

ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง



นางสาวธีรัญญา สระทองอุ่น

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

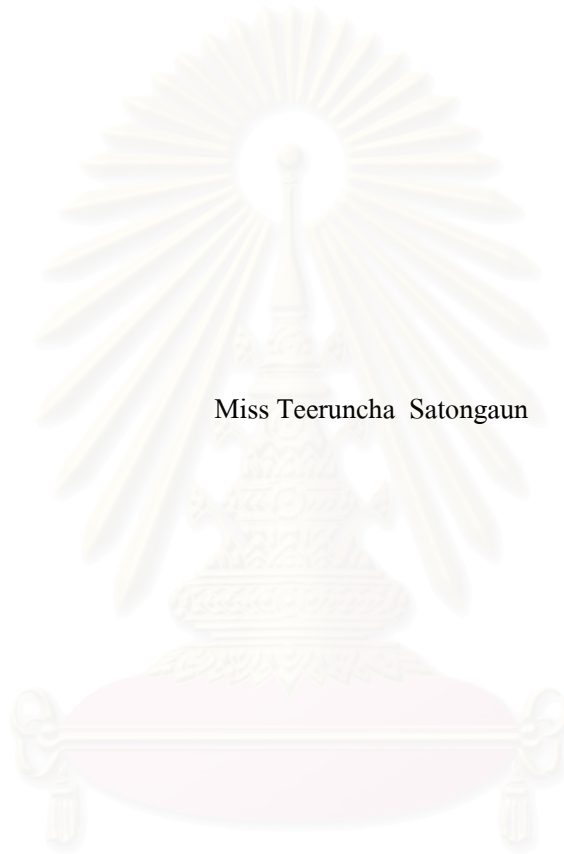
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE POWER OF THE ADMINISTRATIVE COURT IN THE REVIEW OF
ADMINISTRATIVE DISCRETION



Miss Teeruncha Satongaun

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic year 2007

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง
โดยศาลปกครอง

โดย

นางสาวธีรรัชชา สระทองอุ่น

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

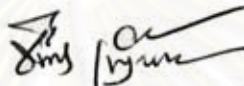
อาจารย์ที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

-


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยอนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต



.....
(รองศาสตราจารย์ ชิตพันธ์ เชื้อบุญชัย)

คณบดีคณะนิติศาสตร์

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



.....
(ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์)

ประธานกรรมการ




.....
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรมานันท์)

อาจารย์ที่ปรึกษา



.....
(อาจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์)

กรรมการ



.....
(อาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี)

กรรมการ

ธีรวิภา สระทองอุ่น : ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (THE POWER OF THE ADMINISTRATIVE COURT IN THE REVIEW OF ADMINISTRATIVE DISCRETION) อาจารย์ที่ปรึกษา : ศ.ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, 233 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาถึงขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งพบว่าหลักเกณฑ์สำคัญที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว คือ การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยในส่วนนี้หากพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะพบว่าได้มีการบัญญัติขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ในฐานะที่เป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองเปิดทำการ คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองเป็นแหล่งที่สร้างหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างเป็นรูปธรรมและชัดเจนยิ่งขึ้นดังเช่นตัวอย่างที่ศึกษาพบจากคำพิพากษาและคำสั่งที่ยกเป็นตัวอย่างในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ 1) หลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย 2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด 3) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน 4) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง และ 5) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน และนอกจากนี้ยังพบว่ากรณีที่มีการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ โดยรับคำฟ้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และในส่วนที่ศาลจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ โดยมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความโดยใช้เหตุผลตามกฎหมายว่ากรณีเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือเป็นคดีที่ไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองด้วยเหตุต่างๆ โดยยังคงมีปัญหาในส่วนของความชัดเจนของขอบเขตของศาลปกครองและการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบที่ปรากฏอยู่ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่ง

ดังนั้น เพื่อให้ขอบเขตของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความชัดเจนขึ้น จึงเห็นควรเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) โดยให้แยกกรณีเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างๆ ให้อยู่ในอีกมาตราหนึ่ง ซึ่งบัญญัติขอบเขตของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้โดยเฉพาะ และอาจมีการนำหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบจนเกิดเป็นแนวบรรทัดฐานแล้วบัญญัติลงไปด้วย โดยเฉพาะหลักเกณฑ์การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ส่วนกรณีที่ศาลจำกัดอำนาจในการตรวจสอบควรต้องให้เหตุผลที่ชัดเจนมากกว่าการไม่รับคำฟ้อง เพราะเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพียงอย่างเดียว

สาขาวิชานิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2550

ลายมือชื่อนิติกร

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

Dr. Nantawat

Dr. Nantawat

Dr. Nantawat

#478 62557 34 : MAJOR LAWS

KEYWORD: ADMINISTRATIVE DISCRETION / ADMINISTRATIVE COURT

TEERUNCHA SATONGAUN: THE POWER OF THE ADMINISTRATIVE COURT IN THE REVIEW OF ADMINISTRATIVE DISCRETION. THESIS ADVISOR: PROF. NANTAWAT BORAMANAND, Ph.D., 233 pp.

The aim of this thesis is to study the ambit of power of the administrative court in reviewing administrative discretion, or in other words, the power thereof to control the administrative authorities in the exercise of their discretion within the scope and purpose of law as prescribed in Section 9 paragraph one (1) of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999).

As manifested by the study, there is no doubt that the judgements and orders pronounced by the administrative court have tangibly and clearly set significant precedents in the review of legality of the administrative discretion since its inception in 2001. Such the precedents demonstrate the controls the administrative court imposes on the administrative authorities while exercising their discretionary power, which consist mainly of (1) the criteria in controlling the administrative authorities in the exercise of their discretionary power within the scope and in accordance with the purpose of law; (2) the control of administrative discretion to be consistent with the form or procedure as required by law; (3) the control of administrative authorities to complete all the factors required by law; (4) the control of fettering discretion of administrative authorities; and (5) the control of administrative discretion to be in accordance with the principles of suitability, reasonableness, and proportionality.

However, in order to make the grounds for review more clearly, it has been suggested that the amendment should be made to Section 9 paragraph one (1) of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999) by categorizing the causes giving rise to the illegality of administrative acts into a separated section of the Act. Furthermore, the precedents set by the administrative court, especially, in connection with the controls over the administrative authorities on exercising their discretionary power within the scope and in accordance with the purpose of law should also be provided in the Act. In addition, the author is of the opinion that in the case where the administrative court rejects any plaint filed, the reasoning in such rejection should also be given, rather than only stating that the matter falls under the administrative discretionary power.

Field of study Laws
Academic year 2007

Student's signature S. Teerunchai.
Advisor's signature Nantawat Boramanand.
Co-advisor's signature _____

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จได้ด้วยคำแนะนำและให้แนวทางของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ซึ่งได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยตลอดระยะเวลาตั้งแต่เริ่มจัดทำเค้าโครงวิทยานิพนธ์ จนกระทั่งถึงวันที่สำเร็จเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์นี้ ท่านได้ให้คำปรึกษา เอาใจใส่ และติดตามความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ตลอดมา แม้กระทั่งการตอบข้อสงสัยในภาษาฝรั่งเศสที่ผู้เขียนได้รับคำแนะนำที่มีคุณค่ายิ่งต่อการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ในส่วนของบทต่างประเทศ และท่านยังได้กรุณาให้ยืมพจนานุกรมกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนฉบับภาษาฝรั่งเศส ซึ่งผู้เขียนไม่สามารถยืมออกนอกห้องสมุดได้ เนื่องจากพจนานุกรมเป็นหนังสืออ้างอิง ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาได้รับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำที่จะนำไปสู่การตอบปัญหาที่ได้เสนอไว้ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ตั้งแต่วันที่ผู้เขียนสอบเค้าโครงวิทยานิพนธ์ ซึ่งทำให้ผู้เขียนได้แนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์โดยไม่ออกนอกขอบเขตที่วางไว้ และยังสามารถตอบข้อสงสัยที่เกิดจากการทำวิทยานิพนธ์นี้ด้วยความเมตตา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ที่นอกจากจะรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว ยังได้ช่วยตรวจสอบการเรียบเรียงภาษาต่างประเทศของผู้เขียน และให้คำแนะนำในการใช้ถ้อยคำในภาษาไทยให้ถูกต้องและเหมาะสมยิ่งขึ้น ตลอดจนความเอาใจใส่ในการติดตามความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนตลอดมา และขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ที่ได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และยังช่วยเรียบเรียงเค้าโครงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเทศเยอรมันให้สอดคล้องกับเนื้อหาที่ต้องการนำเสนอมากขึ้น ตลอดจนการใช้ภาษาไทยให้ถูกต้องสอดคล้องกับภาษาเยอรมัน รวมทั้งช่วยกรุณาตรวจแก้การสะกดภาษาเยอรมันให้ถูกต้องอีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ ท่านวิสูตร วัจนะเสถียรกุล และคุณพิระศักดิ์ นาคี ที่ได้ให้คำปรึกษาแนะนำในการรวบรวมและวิเคราะห์คำพิพากษาคำสั่งศาลปกครอง รวมทั้งปัญหาในทางปฏิบัติแก่ผู้เขียน ตลอดจนทำให้การทำวิทยานิพนธ์และการทำงานของผู้เขียนดำเนินไปพร้อมกันได้ และขอขอบคุณ คุณยงยุทธ อนุภูถ คุณ ศศิมา บุญนาค คุณ กรกฏ แสงเกตุ ดร.เจตน์ สถาวรศีลพร คุณปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์ คุณฉัฐพร อรุณทอง คุณ ลานี สีสม คุณกฤษลิน รุ่งศิริศักดิ์ พี่ๆ เพื่อนๆ ที่ศาลปกครองทุกคน รวมทั้งครอบครัวของผู้เขียน ที่คอยให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา และหากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	2
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	2
1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	3
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	3
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	4
2.1 ความหมายและที่มาของดุลพินิจ.....	4
2.1.1 ความหมายของดุลพินิจ.....	5
2.1.1.1 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.....	7
2.1.1.2 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองเยอรมัน.....	13
2.1.1.3 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองไทย.....	18
2.1.2 ที่มาของดุลพินิจ.....	23
2.1.2.1 ลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง.....	24
(1) โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Faits juridiques) หรือส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ (Conditions d'exercice du pouvoir).....	25
(2) โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย..	28
2.1.2.2 กระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง	34

(1) ขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้น เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง (Constatations des faits matériels).....	35
(2) ขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Qualification juridique des faits constatés).....	35
2.2 ประเภทของดุลพินิจ.....	36
2.2.1 พิจารณาจากขั้นตอนการใช้กฎหมาย.....	37
2.2.1.1 ดุลพินิจที่จะกระทำหรือไม่.....	37
2.2.1.2 ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่ง.....	37
2.2.2 พิจารณาจากลักษณะการใช้ดุลพินิจ.....	37
2.2.2.1 การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย.....	38
2.2.2.2 ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป.....	38
2.2.3 พิจารณาจากขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง.....	39
2.2.3.1 อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบส่วนเหตุ.....	39
2.2.3.2 อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย.....	41
2.3 ขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	42
2.3.1 พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจ.....	43
2.3.1.1 โครงสร้างของกฎหมายในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ.....	43
2.3.1.2 โครงสร้างของกฎหมายในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย.....	43
2.3.2 พิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล.....	46
บทที่ 3 ขอบเขตการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	
โดยศาลปกครองในต่างประเทศ.....	49
3.1 ประเทศเยอรมัน.....	49
3.1.1 หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อ ศาลปกครองเยอรมัน (Verwaltungsrechtsweg).....	51
3.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดย ศาลปกครอง.....	56

3.1.2.1	การตรวจสอบรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง.....	58
3.1.2.2	การตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง.....	58
3.1.3	การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง.....	59
3.1.3.1	การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในส่วนของทางเลือกใช้ผลของกฎหมาย (Rechtsfolgeseite).....	61
1.	การใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบเขต (Ermessensüberschreitung).....	64
2.	การไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ (Ermessensunterschreitung).....	65
3.	การใช้อำนาจดุลพินิจบกพร่อง(Ermessensmissbrauch) หรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน (Ermessensfehlgebrauch).....	66
4.	การใช้อำนาจโดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายพื้นฐาน และหลักกฎหมายปกครองทั่วไป.....	70
3.1.3.2	การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย (Tatbestandsseite หรือ Beurteilungsspielraum).....	75
3.1.4	หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครอง.....	85
3.1.4.1	หลักความเสมอภาค (Gleichheitsgrundsatz).....	86
3.1.4.2	หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismässigkeit) หรือหลัก ความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismässigkeitgrundsatz).....	87
(1)	หลักความเหมาะสม (Geeignetheit).....	88
(2)	หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit).....	88
(3)	หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionalität หรือ Verhältnismässigkeit im engeren Sinne).....	89
3.1.5	แนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน.....	90
3.1.6	สรุปลักษณะทั่วไปและขอบเขตของศาลปกครองเยอรมัน ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	95

3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	98
3.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.....	99
3.2.1.1 การควบคุมปกติ (Le contrôle normal).....	99
3.2.1.2 การควบคุมอย่างจำกัด (Le contrôle restreint ou le contrôle minimum).....	101
3.2.2 ทฤษฎีที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและขอบเขตของศาลในการตรวจสอบ.....	102
3.2.2.1 หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (erreur manifeste d'appréciation).....	103
3.2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่ง (théorie du bilan coûts avantages).....	107
3.2.2.3 หลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité).....	110
3.2.3 สรุปลักษณะทั่วไปและขอบเขตของศาลปกครองฝรั่งเศสในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	112
3.3 เปรียบเทียบลักษณะทั่วไปและขอบเขตของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองเยอรมันและศาลปกครองฝรั่งเศส.....	114
บทที่ 4 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	117
4.1 ที่มาของอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	118
4.1.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร.....	119
4.1.2 แนวคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล.....	121
4.2 รูปแบบที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	122
4.2.1 การตรวจสอบอำนาจของผู้ที่ใช้ดุลพินิจที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี.....	122
4.2.2 การตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	124
4.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	125
4.3 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	125
4.3.1 กรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ.....	126

4.3.1.1	การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ ให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย และเป็นไปตาม วัตถุประสงค์ของกฎหมาย.....	127
4.3.1.2	การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้ เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด.....	135
4.3.1.3	การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ โดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน.....	139
4.3.1.4	การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง..	150
4.3.1.5	การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดย พิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผลและ หลักความได้สัดส่วน.....	156
4.3.2	กรณีศาลจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง....	174
4.4.	สรุปขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจาก แนวคำพิพากษาและคำสั่ง.....	179
4.4.1	หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง.....	179
4.4.1.1	การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้ขอบเขต ของกฎหมาย.....	181
	(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอน.....	181
	(2) การตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ.....	182
4.4.1.2	การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้หลัก ความชอบด้วยเหตุผล หรือหลักความได้สัดส่วน.....	182
4.4.2	ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเมื่อพิจารณา ตามขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง.....	183
4.4.2.1	กรณีการใช้อำนาจในการตีความข้อเท็จจริงและ การปรับบทกฎหมาย.....	184
4.4.2.2	กรณีการใช้อำนาจในการตัดสินใจเลือกใช้ผลทางกฎหมาย.....	185

(1) กรณีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครอง ในการตัดสินใจโดยไม่มีเงื่อนไข.....	186
(2) กรณีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจ ของฝ่ายปกครอง.....	186
4.5 เปรียบเทียบขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองของไทยกับต่างประเทศ.....	187
4.5.1 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	187
4.5.2 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครอง.....	189
บทที่ 5 ปัญหาที่เกิดจากการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง.....	193
5.1 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.....	193
5.2 การกำหนดขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครอง.....	195
5.2.1 กรณีที่ศาลตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง ที่จะตัดสินใจ.....	196
5.2.2 กรณีที่ศาลเข้าไปควบคุม แต่มีระดับของการควบคุมการใช้อำนาจ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่แตกต่างกัน.....	197
5.2.3 ความไม่ชัดเจนของกรณีที่ศาลตรวจสอบและเข้าไปควบคุม กับส่วนที่ศาลปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง.....	201
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	203
6.1 บทสรุป.....	203
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	207
รายการอ้างอิง.....	210
ภาคผนวก.....	215
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	233

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายเป็นสิ่งที่มาและข้อจำกัดอำนาจของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจ ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ย่อมต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ซึ่งตามลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายโดยส่วนใหญ่แล้วย่อมต้องมีส่วนที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองทั้งสิ้น โดยฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principe de légalité des actes administratifs) และในปัจจุบันเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยแยกออกจากศาลยุติธรรมโดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยเฉพาะกรณีจึงเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่ต้องตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งเมื่อพิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ทำให้ศาลปกครองมีขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในลักษณะที่ต้องไม่ทำหน้าที่ในเชิงบริหารจัดการหรือทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง ซึ่งย่อมขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ในขณะเดียวกันการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายให้อำนาจก็จำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลปกครองเพื่อไม่ให้เกิดกรณีการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือไม่มีขอบเขตจำกัดเช่นเดียวกัน ดังนั้น ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะปรากฏอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาวินิจฉัยเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นๆ จึงมีปัญหาในการกำหนดขอบเขตของศาลปกครองเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในปัจจุบันแล้ว พบว่าได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในประการสุดท้าย คือการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะเห็นได้ว่ากรณีเป็นการบัญญัติให้อำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีขอบเขตไม่ชัดเจน และนอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองยังพบว่าขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังขาดความชัดเจนทั้งในแง่ของกฎหมายที่ให้อำนาจและการกำหนดขอบเขตของศาลเอง โดยปัญหาในการกำหนดขอบเขตของศาลปกครองที่จะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้น เป็นส่วนที่ยังคงขาดความชัดเจน

ของหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทั้งในส่วนที่ตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจและในส่วนที่ศาลเข้าไปควบคุม ระดับของการควบคุม ตลอดจนกรณีที่ศาลจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาและวิเคราะห์ตั้งแต่แนวคิดเกี่ยวกับหลักการ ขอบเขต และประเภทของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ขอบเขตของอำนาจศาลปกครองและการค้นหาหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ศาลปกครองใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และเกิดความเหมาะสมกับสถานการณ์หรือเหตุผลของกรณีเฉพาะเรื่อง และเกิดความชัดเจนมากขึ้นเพื่อประโยชน์ในการนำไปใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีปกครอง และแก้ไขปัญหาในทางปฏิบัติต่อไป

การศึกษาถึงหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในคดีปกครองตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการในวันที่ 9 มีนาคม 2544 จนถึงปัจจุบัน จึงเป็นกระบวนการเพื่อศึกษาขอบเขต กฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครอง และหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้เป็นแนวทางในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่เป็นต้นแบบของการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ทั้งนี้ เพื่อที่จะสามารถนำแนวทางการใช้และการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่เหมาะสมมาปรับใช้กับคดีปกครองของไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. ศึกษาอำนาจศาลปกครองและขอบเขตในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง
2. ศึกษาหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศเพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมไทย
3. นำแนวทางและหลักเกณฑ์ที่เกิดจากแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองมาศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไขให้ขอบเขตและอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

เพื่อศึกษาประเด็นสำคัญๆ เกี่ยวกับแนวคิด ขอบเขต ลักษณะและประเภทของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและหลักเกณฑ์ของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบ

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งตั้งแต่ศาลปกครองเปิดทำการ เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 จนกระทั่งถึงปัจจุบัน

1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ที่เป็นเหตุให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ได้กำหนดขอบเขตของศาลปกครอง ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งทำให้ศาลปกครองต้องปรับใช้กฎหมายในการตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวเอง จึงทำให้ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพียงพอที่ศาลจะพิจารณา ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ในระดับใดหรือในบางกรณีก็จำต้องจำกัดอำนาจตนเองในการควบคุม ตรวจสอบ ดังนั้น จึงสมควรต้องพิจารณาถึงขอบเขตและอำนาจศาลปกครอง รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

ศึกษาในเชิงการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ดังนี้

- (1) หนังสือ บทความ เอกสาร และผลงานทางวิชาการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง
- (2) คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครอง
- (3) กฎหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

-พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

-ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

- กฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ปรากฏในคำพิพากษาและคำสั่งที่นำมาวิเคราะห์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อนำหลักเกณฑ์ของศาลปกครองต่างประเทศที่เหมาะสม ตลอดจนวิธีการ กำหนดขอบเขตของอำนาจศาลปกครองดังกล่าวมาปรับใช้กับศาลปกครองของประเทศไทย
2. เพื่อวางแนวทางในการวินิจฉัยปัญหาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของศาลปกครอง
3. เพื่อแก้ปัญหาขอบเขตและอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

เมื่อก้าวถึงกิจกรรมของฝ่ายปกครองแล้ว จะพบว่าในปัจจุบันรัฐมีบทบาทเข้าไปแทรกแซงในความเป็นอยู่ของประชาชนมากขึ้น ซึ่งการแทรกแซงดังกล่าวย่อมต้องมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐนั้นๆ ด้วยและในการใช้อำนาจของรัฐเพื่อแทรกแซงกิจกรรมต่างๆ ของเอกชนย่อมจะต้องมีการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการปรับใช้กฎหมายในแต่ละกรณีอยู่เสมอ และการตัดสินใจกระทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น แม้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) แต่หลักดังกล่าวย่อมไม่เป็นการจำกัดอำนาจในการพิจารณาดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าว ก็ยังคงมีขอบเขตที่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่สามารถจะพิจารณาดัดสินใจกระทำใดๆ ได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งเรียกว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่เข้าใจกันอยู่โดยทั่วไป

ส่วนพื้นฐานแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายของอำนาจดุลพินิจนั้น แม้มิได้มีความหมายโดยรวมที่แตกต่างกับความเข้าใจโดยทั่วไปเท่าใดนัก แต่การที่จะพิจารณาถึงขอบเขตของการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง จำเป็นต้องพิจารณาถึงความหมายในทางกฎหมายและแนวคิดที่เป็นฐานในการบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองประกอบด้วย จึงจะสามารถเลือกใช้หลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการควบคุมดุลพินิจดังกล่าวได้

นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามวิวัฒนาการของรัฐในการมีบทบาทแทรกแซงกิจกรรมต่างๆ ของเอกชนในแต่ละยุคสมัยอีกด้วย ความหมายและที่มาของอำนาจดุลพินิจในสาขาของกฎหมายจึงเป็นพื้นฐานในการกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่เหมาะสมกับยุคสมัย

2.1 ความหมายและที่มาของดุลพินิจ

เมื่อก้าวถึงความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายไทยแล้ว โดยทั่วไปจะมีนักวิชาการให้ความหมายไว้หลากหลาย ซึ่งพบได้ตามบทความ ตำรากฎหมายต่างๆ และนอกจากนี้ เรายังพบแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจได้จากแนวคำพิพากษา ซึ่งแม้ว่าในคำพิพากษาดังกล่าว

จะมีได้ให้ความหมายของคำว่าคุณพินิจไว้โดยตรงเช่นเดียวกับในตำรา แต่บางครั้งก็สามารถทำให้เข้าใจถึงความหมายของคำดังกล่าวได้ง่ายกว่าการกำหนดเป็นบทนิยาม เพราะคำพิพากษาเกิดจากข้อเท็จจริงและปัญหาที่เกิดขึ้นจริง จึงเป็นแหล่งที่ให้ทั้งแนวคิดและการอธิบายความหมายโดยมีการยกตัวอย่างประกอบอยู่ด้วยในตัว ทั้งตัวอย่างต่างๆ ในคำพิพากษาเหล่านั้นยังสอดคล้องตามยุคสมัยอีกด้วย ส่วนบทบัญญัติของกฎหมายก็มีส่วนที่ทำให้สามารถเข้าใจถึงความหมายของอำนาจคุณพินิจและยังเป็นแหล่งที่มาของอำนาจคุณพินิจของฝ่ายปกครองที่สำคัญที่สุดแหล่งหนึ่ง โดยเฉพาะสำหรับระบบกฎหมายไทยที่ยึดถือด้วยบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเพื่อต้องการให้อำนาจคุณพินิจดังกล่าวอาจไม่บัญญัติให้อำนาจคุณพินิจแก่ฝ่ายปกครองโดยตรง หรือในขณะเดียวกันกฎหมายก็ได้บัญญัติค่านิยมของคำว่าคุณพินิจไว้ แต่จะใช้วิธีบัญญัติกฎหมายให้มีลักษณะที่เป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองแบบยืดหยุ่นแทน ซึ่งในกรณีนี้ศาลย่อมเข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้ความหมายและตรวจสอบให้การใช้คุณพินิจของฝ่ายปกครองอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ดี เราก็ยังไม่อาจยึดเอาความหมายของคำว่าคุณพินิจได้จากคำพิพากษา ความเห็นของนักวิชาการตามบทความและตำราต่างๆ หรือจากการพิจารณาด้วยบทกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งได้แต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งต่อไปจะได้กล่าวถึงความหมายและที่มาตลอดจนแนวคิดของอำนาจคุณพินิจในกฎหมายไทยและต่างประเทศ ซึ่งในที่นี้ได้ยกตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันมาเป็นกรณีศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับประเทศไทย

2.1.1 ความหมายของคุณพินิจ

ด้วยประเทศไทยได้รับเอาแนวคิดและหลักการของกฎหมายปกครองโดยส่วนใหญ่แล้ว ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน โดยนำมาผสมผสานกับหลักการและแนวคิดในแบบของสังคมไทย ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาความหมายและแนวคิดในแบบของประเทศดังกล่าวเพื่อนำมาเปรียบเทียบและเป็นข้อสังเกตสำหรับการตีความการให้ความหมาย รวมถึงการนำไปปรับใช้ให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทย

แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงความหมายของอำนาจคุณพินิจจำเป็นต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้กับฝ่ายปกครอง เนื่องจากอำนาจคุณพินิจเป็นอำนาจหนึ่งที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง

ในอันที่จะกระทำการต่างๆ นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน¹ ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

1. อำนาจผูกพัน

อำนาจผูกพันหรือบางครั้งมีผู้เรียกว่า “อำนาจหน้าที่” หรือ “อำนาจผูกมัด”² เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ และกระทำการโดยมีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนด³ เช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส มีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ⁴ ซึ่งจากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า อำนาจผูกพันนั้นก็คือหน้าที่ (Duty) นั่นเอง แต่เหตุที่ยังคงเรียกว่าเป็นอำนาจผูกพัน เนื่องจากการกระทำที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้⁵ ซึ่งการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันก็เนื่องจากการคิดในเรื่องความยุติธรรมทั่วไป คือ ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย⁶

2. อำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้ ซึ่งอาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่าง แต่ละอย่างก็ชอบ

¹ วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 41.

² อิศระ นิตินันท์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด คุณพินอักษรกิจ, 2527), หน้า 102.

³ Jean Rivéro, Droit administratif, 9^e éd. (Paris: Dalloz, 1980), p.83. อ้างถึงใน วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 41.

⁴ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478

⁵ วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง, 3: 41.

⁶ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 229.

ด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน⁷ การกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนี้ก็เนื่องมาจากความคิดในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวๆ หรือเป็นกรณีๆ ไป ทำให้การใช้กฎหมายไม่แข็งกระด้าง แต่สามารถยืดหยุ่นปรับให้สอดคล้องและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายได้ เป็นกรณีที่คำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี⁸ ซึ่งเรื่องอำนาจดุลพินิจนี้เป็นเรื่องที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังจะได้กล่าวถึงความหมายของอำนาจดุลพินิจต่อไป

2.1.1.1 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

คำว่า “อำนาจดุลพินิจ” (pouvoir ou compétence discrétionnaire หรือ discretionary Power) นั้น โดยปกติแล้วเมื่อเราพูดถึงคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” เรามักจะนึกถึงคำว่า “อำเภอใจ” (arbitraire) ด้วย ซึ่งก็แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจว่ามีความใกล้เคียงกันมาก ระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่เมื่อพิจารณาคำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครองแล้ว จะพบว่าไม่มีคดีใดเลยที่ศาลปกครองจะปล่อยให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ เพราะคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” หมายถึงว่าในข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์หนึ่งกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการตัดสินใจที่จะเลือกออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งซึ่งเห็นว่าเหมาะสมที่สุดระหว่างความเป็นไปได้ที่จะออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าฝ่ายปกครองไม่ถูกบังคับไว้ล่วงหน้าว่าจะต้องออกคำสั่งอย่างใดในเงื่อนไขที่เกิดขึ้น⁹ และหากพิจารณาความหมายของอำนาจดุลพินิจจากความเห็นของนักวิชาการฝรั่งเศส ซึ่งพอจะนำมาแยกเป็นตัวอย่างได้โดยสังเขป ดังนี้

อำนาจดุลพินิจ หมายถึง การตัดสินใจโดยไม่มีกฎเกณฑ์มาจำกัดการตัดสินใจนั้น แต่ขึ้นอยู่กับความจำเป็นที่จะต้องมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง และยังมีลักษณะเป็นอำนาจเด็ดขาดปราศจากขอบเขตที่สามารถปรากฏขึ้นได้ทุกที่¹⁰

⁷ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” บทบัญญัติ 42 (กันยายน 2529): 51.

⁸ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 229.

⁹ A. de Laubadère et L. Michaud, “Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l’administration,” Revue générale d’administration, Tome III, An 37 (1914): 5-26, 193-214, Tome I, An 38 (1915): 5-25, 193-227, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 77.

¹⁰ Jean Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Colloque du 5 mars 1977, (Paris: Cujas, 1978), pp. 9-10.

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะมีต่อเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติบังคับให้ตนกระทำการอันใดอันหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ หรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาหลายๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป¹¹

อำนาจดุลพินิจเป็นความสามารถอันกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกกว่าในบรรดาคำสั่งสองหรือหลายคำสั่ง ซึ่งตามกฎหมายแล้วล้วนแต่ออกได้ทั้งสิ้นนั้น คำสั่งใดที่ตนเห็นว่า สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด¹²

สำหรับความหมายตามพจนานุกรมกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเล่มหนึ่งนั้น ได้ให้คำจำกัดความว่า อำนาจดุลพินิจจะเกิดขึ้นเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายปล่อยให้ฝ่ายปกครองมีอิสระในขอบเขตที่กว้างขวางในการพิจารณาเพื่อกระทำการทางปกครอง โดยที่อิสระในการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขและสถานการณ์ที่หลากหลายภายใต้ขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ความชอบด้วยกฎหมายจะต้องไม่ใช่การที่ฝ่ายปกครองมีอิสระในการใช้อำนาจที่มากจนเกินไป โดยฝ่ายปกครองต้องเลือกทางที่เหมาะสมจากในหลายทางเลือกที่กฎหมายให้อำนาจกระทำการ¹³

นอกจากนี้ อำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire) ยังเป็นอำนาจที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน (pouvoir ou compétence liée) ที่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ล่วงหน้า เนื่องจากไม่มีทางเลือกที่จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่น เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดว่าในสถานการณ์เช่นนั้นฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจได้เพียงทางเดียว เช่น การขอใบอนุญาตสร้างอาคารในเขตเทศบาล กรณีนี้กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นทำการตรวจสอบคำขอที่ยื่นเสนอมารวมทั้งแผนผังอาคารที่จะก่อสร้างและกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ซึ่งในกฎหมายฝรั่งเศสได้แก่

¹¹ Emile Giraud, "Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire," *Rev.Gen.d'administration*, (1924): 194, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," *วารสารกฎหมายปกครอง* 3: 42.

¹² Marcel Waline, "Plaidoyer pour le pouvoir discrétionnaire," *Estudios de derecho administrative*, Tome I (1979): 520, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹³ Christophe Guettier, *Droit administratif*, 2^e éd. (Paris: Montchrestien, 2000), p.174.

กฎหมายที่กำหนดผังเมืองเฉพาะหรือกฎหมายควบคุมผังเมืองในเขตนั้นๆ นอกจากนี้ยังต้องดูกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับรูปแบบของอาคารว่ามีความเหมาะสมหรือมีการห้ามก่อสร้างอาคารประเภทใด มีการเว้นระยะจากถนนกับข้างเคียงเช่นไร สิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร ประกอบกับกฎหมายผังเมือง ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายกลาง หรือเป็นเทศบัญญัติของเทศบาลนั้นก็ได้ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจก็เพียงแต่ดูว่าคำขอที่ยื่นมานั้นสอดคล้องและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ถ้าหากเป็นไปตามหลักเกณฑ์และตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งเรื่องผังเมืองและเรื่องควบคุมอาคาร ฝ่ายปกครองก็ไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าสมควรหรือไม่สมควรให้ใบอนุญาต แต่มีหน้าที่ผูกพันที่จะต้องออกใบอนุญาต แต่ถ้าหากว่าคำขอมีความไม่สอดคล้องกับกฎหมายผังเมือง กฎหมายควบคุมอาคาร เทศบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่ก็มีหน้าที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่บุคคลดังกล่าวเช่นเดียวกัน

หรือกรณีอีกตัวอย่างหนึ่ง คือ อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเลื่อนชั้นเลื่อนระดับของข้าราชการในฝรั่งเศส กฎหมายฝรั่งเศสได้แบ่งกลุ่มข้าราชการไว้โดยกฎหมายกำหนดสถานะทั่วไป (statut général) ของข้าราชการเป็น 3 ฝ่าย และข้าราชการฝ่ายต่างๆ ก็จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดสถานะไว้ แต่ถ้าหากว่าจะมีการกำหนดการเลื่อนระดับข้าราชการฝ่ายนั้นๆ จากระดับชั้นตรีเป็นชั้นโท จากชั้นโทเป็นชั้นเอกโดยนำหลักอาวุโสมาใช้ในการพิจารณาแล้ว ผู้บังคับบัญชาต้องทำหน้าที่เลื่อนระดับข้าราชการผู้ที่มีอายุราชการครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรฐานกำหนดให้ข้าราชการที่มีอายุราชการครบ 5 ปี สามารถเลื่อนระดับจากชั้นโทเป็นชั้นเอกได้โดยอัตโนมัติ ในกรณีนี้ผู้บังคับบัญชาก็ต้องมีคำสั่งไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าข้าราชการต้องออกจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเมื่ออายุครบ 60 ปีบริบูรณ์นั้น ผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจดุลพินิจที่จะเลือกว่าจะสั่งหรือไม่สั่ง แต่มีเพียงหน้าที่สั่งให้ข้าราชการคนนั้นพ้นจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเมื่ออายุถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น

การแบ่งแยกให้เห็นระหว่างอำนาจดุลพินิจกับอำนาจผูกพัน จะส่งผลประการสำคัญประการหนึ่งในคดีปกครอง คือในกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจากอำนาจผูกพัน แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะสามารถยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากอำนาจผูกพันมาให้ศาลรับฟังว่ามีเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ศาลก็ไม่สามารถที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ เพราะอำนาจผูกพันนั้นอาจจะเกิดขึ้นมาจากคำขอของผู้ที่เกี่ยวข้องที่ขอให้ออกคำสั่งนั้น และคำสั่งนั้นเป็นอำนาจผูกพันของ

ฝ่ายปกครองแม้การออกคำสั่งจะมีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในศาลปกครองฝรั่งเศส จะอาศัยหลักอาวุโสหรืออายุราชการเป็นหลักประการเดียวในการเลื่อนระดับตำแหน่งจากตุลาการสามัญเป็นตุลาการชั้นพิเศษ ตุลาการหัวหน้าคณะ หรือประธาน โดยเลื่อนตำแหน่งไปตามอาวุโส ถ้าหากว่าในกฎหมายบัญญัติไว้ว่าผู้ที่มีอำนาจสั่งเลื่อนระดับตุลาการคือรองประธานสภาแห่งรัฐ (Vice président du Conseil d'Etat) แต่ในความเป็นจริงคำสั่งออกโดยหัวหน้าคณะหรืออธิบดีศาลใดศาลหนึ่งในการเลื่อนระดับตุลาการนั้น คำสั่งในลักษณะนี้ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลแต่ประการใด เนื่องจากผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ เพราะไม่ใช่ผู้ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ศาลเองก็ไม่สามารถเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้เนื่องจากเป็นอำนาจผูกพันเช่นเดียวกับกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งการให้ข้าราชการพ้นจากราชการเมื่ออายุครบเกษียณ 60 ปีบริบูรณ์ แต่ในความเป็นจริงกฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้ออกคำสั่งให้ข้าราชการพ้นจากราชการเพราะเกษียณอายุ ในกรณีนี้ศาลไม่สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจ (l'incompétence) ได้ เพราะอย่างไรก็ตาม ก็ต้องมีการออกคำสั่งดังกล่าวเนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นอำนาจผูกพันของฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการพิจารณาแยกแยะระหว่างอำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพัน¹⁴

ในประการต่อมาจะได้กล่าวถึงแนวทางของประเทศฝรั่งเศสเกี่ยวกับที่มาของอำนาจดุลพินิจ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี ได้แก่ อำนาจดุลพินิจที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยกฎเกณฑ์ และอำนาจดุลพินิจที่ผู้ใช้อำนาจตุลาการเป็นผู้กำหนด¹⁵

สำหรับในส่วนแรก คือ อำนาจดุลพินิจที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยกฎเกณฑ์นั้น Michoud ผู้เป็นเจ้าของความคิดดังกล่าวได้กล่าวว่า อำนาจดุลพินิจจะปรากฏขึ้นทุกครั้งที่มีการให้อำนาจอย่างอิสระโดยปราศจากกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ทฤษฎีนี้ก็กลับมิใช่ทฤษฎีที่ได้รับการพิจารณาเป็นทฤษฎีแรกก่อนทฤษฎีที่สองซึ่ง M.Kahn ผู้เป็นเจ้าของทฤษฎีที่สองนี้ ได้กล่าวว่า อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่ผู้ใช้อำนาจตุลาการเป็นผู้กำหนด ซึ่งแนวคิดนี้อาจมีที่มาจากสาเหตุที่ว่า

¹⁴ วิทยุ วรรณุญ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หน้า 78-80.

¹⁵ Ruthai Hongsi, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Thaïlande," (Doctorat de troisième cycle en droit. L'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. (Paris II), 1987), p.60.

ในกฎหมายปกครองนั้น การจะควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจที่เกินขอบเขตของฝ่ายปกครอง เป็นอำนาจของตุลาการ ซึ่งด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้มักเกิดปัญหาว่าส่วนใดเป็นอำนาจดุลพินิจหรือ ส่วนใดที่ไม่เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยส่วนที่เป็น “ดุลพินิจ” นั้น ตามปกติไม่ควร ที่จะถูกควบคุมโดยอำนาจตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะไม่สามารถควบคุม การใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม (inopportunité) หรือการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illégalité) ของฝ่ายปกครองได้¹⁶ กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจตุลาการเป็นส่วนหนึ่งที่จะอธิบาย หรือตีความว่าส่วนใดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ถือว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ โดยมีฐาน การพิจารณาจากกฎหมาย แต่ไม่ได้หมายความว่าตุลาการสามารถให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง ได้ ดังนั้น การศึกษาถึงอำนาจดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้การวิเคราะห์เนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่ ให้อำนาจดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ และแนวคำพิพากษาของศาล โดยมีใช้ศึกษาเฉพาะส่วนใดส่วนหนึ่ง เพียงส่วนเดียว¹⁷

ต่อมา จะขอยกตัวอย่างจากการศึกษาถึงอำนาจดุลพินิจใน วิทยานิพนธ์ของประเทศฝรั่งเศสฉบับหนึ่ง ซึ่งได้กล่าวถึงการให้คำจำกัดความของอำนาจดุลพินิจว่า เป็นอำนาจที่สามารถจะตัดสินใจได้อย่างอิสระในสิ่งที่ต้องสัมพันธ์กับเนื้อหาของการกระทำ โดยสามารถอธิบายเหตุผลการตัดสินใจดังกล่าวได้อย่างชัดเจนและมีหลักการ¹⁸ ดังนั้น ด้วยการให้คำจำกัดความดังกล่าวทำให้ต้องมีการวิเคราะห์ถึงเนื้อหาของการกระทำ และในส่วนของ กฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดการให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะเห็นได้ว่าในส่วนนี้ จะสัมพันธ์กับแนวคิดในทฤษฎีแรกที่ Michoud ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น คือ อำนาจดุลพินิจที่ ถูกกำหนดขึ้นด้วยกฎเกณฑ์

¹⁶ Jean Kahn, “Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif”, pp. 9,11.

¹⁷ Eisenmanne, *Cours de droit administratif*, T.2, (Paris: L.G.D.J., 1983), pp. 301-304; de CORAIL (J.-L.), *Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann*, (Economica, Sept. 1985), pp. 203-204, อ้างถึงใน Ruthai Hongsiri. “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l’administration en Thaillande,” (Doctorat de troisième cycle en droit. L’université de droit, d’économie et de sciences sociales de Paris. (Paris II), 1987), p.61.

¹⁸ Venezia (J-CI), *Le pouvoir discrétionnaire*, T.17, (Paris: L.G.D.J., 1958), p.175, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p.62.

ในการนี้ทำให้พบว่าอำนาจดุลพินิจจะอยู่ที่กระบวนการทำคำวินิจฉัยหรือการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ซึ่งสามารถแยกได้เป็นสองส่วน ได้แก่ ความเหมาะสมในการตัดสินใจมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งใดๆ และทางเลือกที่จะตัดสินใจกระทำการ

แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสองส่วนดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยที่ให้ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจไว้ ซึ่งขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในคำพิพากษาของศาลนั้น จะมีวิธีการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองโดยคู่วัตถุประสงค์กับการตัดสินใจกระทำการหรือมีคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวต้องไม่ใช่การกระทำหรือคำสั่งที่ไม่มีทางจะบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องนั้นๆ ได้เลย และต้องไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่มีความเป็นธรรมอย่างเห็นได้ชัด หรือในภาษาฝรั่งเศส ที่ได้มีผู้ถอดความเป็นภาษาไทยว่า ความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง หรือตามต้นฉบับภาษาฝรั่งเศสว่า l'erreur manifeste และหลักแห่งความได้สัดส่วน หรือ le principe de proportionnalité หรือ bilan – coût – avantage ซึ่งเราเรียกการจำแนกหลักเกณฑ์ทั้งสองหลักที่มีที่มาจากแนวคำพิพากษานี้ว่า เป็นการควบคุมแบบปกติ (contrôle normal) และการควบคุมแบบมีเกณฑ์ขั้นต่ำ (contrôle minimum) ซึ่งเป็นการควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลหรือองค์กรตุลาการ ดังจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

ดังนั้น ก่อนอื่นเราต้องแยกแยะให้ได้ว่าอำนาจใดเป็นอำนาจดุลพินิจและอำนาจใดไม่เป็น ซึ่งการแยกแยะดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความละเอียดไม่ว่าจะเป็นกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหรือกฎหมายปกครองไทย แต่อย่างน้อยเมื่อพิจารณาจากทฤษฎีข้างต้นก็พอที่จะสรุปหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาลักษณะของอำนาจดุลพินิจได้¹⁹ คือ

1. พิจารณา กฎเกณฑ์ หรือกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจ (le contenu des règles)
2. พิจารณา บทบาทของศาลในการกำหนดอำนาจดุลพินิจ (le contrôle du juge)

¹⁹ Ruthai Hongsiri, “Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l’administration en Thaïlande,” (Doctorat de troisième cycle en droit. L’université de droit, d’économie et de sciences sociales de Paris. (Paris II), 1987), p. 63.

3. พิจารณาขอบเขตหรืออำนาจกระทำการที่มีสำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี (les domaines (probablement les autorités) dans lesquels s'effectue le contrôle)

2.1.1.2 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองเยอรมัน

ความหมายของอำนาจดุลพินิจในส่วนของความเห็นของนักวิชาการเยอรมันพอจะสรุปได้โดยสังเขป คือ

ดุลพินิจ (Ermessen) หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะสามารถกระทำการได้หลายอย่างเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีขึ้นต่อเมื่อกรณีเข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายในกรณีนั้นๆ²⁰

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ การที่ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจได้เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้กรณีที่เข้าเงื่อนไขขององค์ประกอบของกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ กฎหมายได้กำหนดความผูกพันไว้เฉพาะกับส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย แต่กฎหมายมิได้กำหนดความผูกพันในส่วนผลของกฎหมายไว้เพียงประการเดียว หากแต่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะกำหนดผลของกฎหมายได้เอง ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดทางเลือกผลของกฎหมายไว้สองทางเลือกหรือมากกว่านั้น หรือกำหนดให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจเป็นดุลพินิจที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่ หรืออาจเป็นดุลพินิจที่จะเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับกรณีนั้น²¹

ดุลพินิจ หมายถึง ขอบเขตอิสระในการกระทำการหรือการตัดสินใจในการเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการที่เป็นไปได้ในกรณีที่เกิดข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งขึ้น กล่าวคือ อาจจะเลือกมาตรการ A หรือเลือกมาตรการ B หรือเลือกที่จะไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ความเป็นไปได้ในกรณีนี้หมายถึงความเป็นไปได้ในทางกฎหมาย²²

²⁰ Hans J. Wolff, Otto Bachof and Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I* (München: 1994), S.374. อ้างถึงใน วิทยุ วัลญญ และคณะ, *รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*, หน้า 7.

²¹ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14 Aufl. (2002), p. 108, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-7.

²² Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* (München: 1973), S.84, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

การให้ความหมายดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงคำจำกัดความสั้นๆ ที่พอจะทำให้เข้าใจความหมายอย่างกว้างของคำว่าดุลพินิจได้ ส่วนการให้ความหมายในทางคำรา และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมันได้ให้ความหมายของดุลพินิจไว้ว่า ดุลพินิจเป็น เสรีภาพของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการ แต่ดุลพินิจย่อมก่อให้เกิดความผูกพัน ต่อฝ่ายปกครองเช่นกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะถูกผูกพันโดยประโยชน์สาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง หากฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล ในกรณีนี้จะต้องมีกฎหมาย ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจะกำหนดผลอย่างใด อย่างหนึ่ง ในกรณีที่เป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมายที่กำหนดไว้ในเรื่องนั้น เช่น เมื่อเข้าองค์ประกอบของกฎหมาย A เจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจเลือกผลของกฎหมาย B หรือ C ได้ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองมีเสรีภาพที่จะกระทำการหรือไม่ ดุลพินิจในลักษณะนี้เป็นดุลพินิจ ที่ให้ฝ่ายปกครองเลือกที่จะกระทำการที่ก่อให้เกิดประโยชน์ แต่ในอีกลักษณะหนึ่งเป็นดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิของบุคคล ซึ่งการใช้ดุลพินิจเหล่านี้ย่อมถูกควบคุม ตรวจสอบได้โดยการใช้สิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ในกรณีที่ ฝ่ายปกครองตัดสินใจว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมาย ให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ ในกฎหมาย หรือฝ่ายนิติบัญญัติอาจให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจโดยสมบูรณ์ในการที่จะใช้มาตรการ อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าเหมาะสม

ประเทศเยอรมันได้แยกดุลพินิจออกเป็นดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจ ตัดสินใจได้ในแต่ละสถานการณ์ หรือเรียกว่าเป็นอำนาจดุลพินิจตัดสินใจ (Entschliessungsermessen) หรือในกรณี สถานการณ์หนึ่งสถานการณ์ใดที่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ในหลายมาตรการที่อาจเป็นไปได้ หรือเรียกว่าอำนาจดุลพินิจที่จะเลือก (Auswahlermessen)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะ กระทำการและเลือกผลทางกฎหมายในขณะเดียวกันได้ เช่น เมื่อใดที่ตำรวจจะกระทำการ โดยได้รับการ กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขทั่วไปว่าตำรวจจะกระทำการหรือไม่ก็ได้ และหากกระทำการจะใช้ มาตรการอย่างใด และตำรวจจะกระทำการโดยมุ่งหมายต่อบุคคลใด สิ่งเหล่านี้ล้วนอยู่ในดุลพินิจ ของตำรวจทั้งสิ้น เป็นต้น

ตัวอย่างการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่

ตามมาตรา 15-II แห่งกฎหมายว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsgesetz-VersG) ปล่อยให้อำนาจฝ่ายปกครองในการสั่งให้สลายการชุมนุม แต่ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจตัดสินใจที่จะมีคำสั่งให้สลายการชุมนุมหรือไม่ก็ได้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองในที่นี้เป็นอำนาจทั่วไปของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมาย (polizeiliche Generalklausel) ส่วนเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะเลือกใช้มาตรการใดในการสลายการชุมนุมนั้น ขึ้นอยู่กับว่าการชุมนุมดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อการรักษาความปลอดภัยและการรักษาความสงบเรียบร้อยตามหน้าที่ของตำรวจหรือไม่ โดยการตัดสินใจและการเลือกใช้มาตรการใดเป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามที่เห็นสมควร แต่สำหรับในกรณีที่มีการเลือกใช้มาตรการใดมีกฎหมายกำหนดมาตรการไว้หลายมาตรการ อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดไว้ภายใต้ขอบเขตของการใช้มาตรการตามกฎหมาย เช่น การเรียกเก็บภาษีล่วงหน้ามีกฎหมายบัญญัติให้เรียกเก็บได้ในช่วงอัตรา 30-50 DM เจ้าหน้าที่ที่จะมีอำนาจเรียกเก็บภาษีล่วงหน้าได้ในช่วงอัตราที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวเท่านั้น เป็นต้น

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงสามารถอธิบายได้โดยหากมีสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งตามกฎหมายมีผลให้ฝ่ายปกครองอาจเลือกกระทำการได้มากกว่าหนึ่งทาง ไม่ว่าจะฝ่ายปกครองจะเลือกกระทำการตามผลทางกฎหมายใดก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างจำกัดภายใต้ขอบเขตของผลทางกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกกระทำการดังกล่าว กรณีจึงต้องเคารพต่อการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้มีอำนาจดุลพินิจไว้ในกฎหมาย ถือเป็นเทคนิคในการให้อำนาจดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากในแต่ละสถานการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมมีการปรับใช้กฎหมายที่เหมาะสมสำหรับในแต่ละสถานการณ์แตกต่างกันออกไป ซึ่งโดยส่วนใหญ่การให้อำนาจดุลพินิจในกฎหมายจะบัญญัติคำว่า “สามารถ (kann)” “ให้อำนาจ (darf)” “มีอำนาจในการ... (ist befugt)” เป็นต้น ส่วนการจะเลือกใช้อำนาจแบบใดในแต่ละกรณีต้องพิจารณาโดยอนุมานจากความสอดคล้องลงตัวของผลที่จะเกิดเมื่อตัดสินใจกระทำการใดกับสภาพเศรษฐกิจสังคมและสถานการณ์โดยรวมในขณะนั้น ตัวอย่างเช่น

ตามมาตรา 48 แห่งกฎหมายเกี่ยวกับการจราจร (Strassenverkehrsordnung - StVO) กำหนดว่า เมื่อผู้ขับขี่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการจราจร ก็สามารถที่จะถูกยึดใบขับขี่เพื่อดำเนินการต่อไปในศาลจราจร ซึ่งจะเห็นได้ว่าการจะถูกยึดใบขับขี่สำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย

จรรยาบรรณดังกล่าวนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มีอำนาจยึดตามกฎหมาย เนื่องจากมีการใช้คำว่า “สามารถ” ซึ่งเป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองให้อำนาจภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย²³

ต่อมาจะได้กล่าวถึงอำนาจผูกพันซึ่งเป็นอำนาจที่ตรงข้ามกับอำนาจดุลพินิจ อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองถูกผูกพันให้ต้องใช้อำนาจให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมักใช้คำว่า “มีหน้าที่ต้อง... (muss)” “เป็นไปตาม... (ist zu erteilen))” “ปฏิเสธที่จะ... (darf nicht (versagt warden))” เป็นต้น

ตัวอย่างการจำแนกความแตกต่างระหว่างอำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพัน ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากการใช้ถ้อยคำ เช่น ตามมาตรา 15 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยการค้าเครื่องคั้มและการประกอบกิจการโรงแรม (Gaststättengesetz - GastG) ซึ่งกำหนดว่าอำนาจในการดำเนินกิจการนี้จะต้องถูกเพิกถอน ถ้า... ส่วนในมาตรา 15 วรรคสาม กำหนดว่าอำนาจในการประกอบกิจการนี้สามารถถูกเพิกถอนได้ ถ้า... ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสองกรณีดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่า ถ้ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจใด ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตาม เช่น อำนาจในการดำเนินกิจการนี้จะต้องถูกเพิกถอนถ้า... ซึ่งหมายถึงว่าถ้ามีเหตุกรณีใดเหตุกรณีหนึ่งเกิดขึ้นตามเงื่อนไขของกฎหมาย ฝ่ายปกครองผูกพันที่จะต้องเพิกถอนอำนาจในการดำเนินกิจการดังกล่าว แต่ในบางกรณีที่กฎหมายใช้คำว่า “สามารถ” ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกที่จะเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนอำนาจในการดำเนินกิจการนี้หรือไม่ก็ได้ โดยต้องพิจารณาสถานการณ์และสภาพความร้ายแรงแห่งกรณีและผู้ประกอบการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้วการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะกระทำการสำหรับในเรื่องใด ก็ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทั่วไปของเรื่องนั้น ยกเว้นหากมีกรณีพิเศษในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์โดยทั่วไปดังกล่าว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี เช่น ตามมาตรา 12-4 แห่งกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกองทัพ (Wehrpflichtgesetz) (WehrPflG) กำหนดว่าโดยทั่วไปแล้วผู้มีหน้าที่ต้องเข้ารับราชการทหารจะต้องถูกส่งตัวกลับไปยังภูมิลำเนาเดิม หากปรากฏว่ามีคำสั่งเรียกตัวผู้นั้นโดยสร้างความลำบากให้กับผู้นั้นมากจนเกินไป ยกเว้นกรณีที่เป็นการยากที่จะหาผู้ที่เหมาะสมมาทำหน้าที่แทน

²³ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE, t.23, p.25, 29, ; t.44, p.339, 342.), อ้างถึงใน Hartmut Maurer, *Droit administratif Allemand*, traduit par Michel FROMONT (Paris : L.G.D.J, 1994), p.129.

ปัญหาที่เห็นได้ชัดเจนสำหรับกรณีที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้นนี้ คือ การตีความคำว่า กรณีพิเศษหรือสถานการณ์พิเศษว่าเหตุการณ์ใดหรือข้อเท็จจริงใดจึงจะเข้าข่ายเป็น กรณีพิเศษดังกล่าว แต่หากเป็นกรณีทั่วไปหรือสถานการณ์ทั่วไปแล้วกฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจ ฝ่ายปกครองไว้โดยตรง ส่วนการบัญญัติกฎหมายโดยใช้คำว่า “ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการ...” กับ “ฝ่ายปกครองต้องกระทำการ...” นั้น เป็นการยากที่จะกำหนดขอบเขตของการใช้กฎหมาย ดังกล่าว แต่ก็อาจสรุปได้ว่ากฎหมายได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเลือกใช้มาตรการตามที่ กฎหมายกำหนด

สำหรับในส่วนของศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐนั้น มีหลักการว่า การที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจได้นั้น จะต้องอ้างถึงประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ ตัดสินใจใช้อำนาจดุลพินิจนั้นไป และการที่อาจมีสถานการณ์พิเศษที่มีผลให้ต้องใช้ดุลพินิจเพื่อ ก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้เป็นการยากที่จะรอให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมาย ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการได้ ในกรณีดังกล่าวศาลจึงไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการมีหรือ ไม่มีอำนาจของฝ่ายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามให้พิจารณาผลของการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครองและมูลเหตุที่ใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวว่ามีความจำเป็นหรือไม่เพียงใด²⁴

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า คำว่า ดุลพินิจ (Ermessen) ในทาง กฎหมายของเยอรมันมีความแตกต่างจากถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง (unbestimmte Rechtsbegriffe) โดยกรณีของถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายไม่เจาะจงนั้น เป็นกรณีที่ผล ทางกฎหมายมีความชัดเจน แต่เงื่อนไขในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายขาดความชัดเจน ซึ่งตามแนวคิดดังกล่าวมีข้อสังเกตว่าเป็นความเชื่อมโยงความหมายของดุลพินิจกับคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ ในสองแง่มุม คือ

ประการแรก ในเรื่องเงื่อนไขของกฎหมาย (Gesetzesvorbehalt) โดยกรณี ที่มีการแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งกรณีนี้จำเป็นต้องมีกฎหมาย ให้อำนาจอย่างเพียงพอ โดยจะต้องกำหนดผลของการแทรกแซงในสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ว่า ฝ่ายปกครองสามารถแทรกแซงได้หรือไม่ และฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่ ซึ่งถ้ากฎหมาย ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในลักษณะของดุลพินิจ ในกรณีนี้ถือว่ากฎหมายนั้นขาดความชัดเจน

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ (BVerwGE, t.72, p.1, 6.), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

แต่หากในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งกฎหมายเรียกร้องว่าจะต้องได้รับอนุญาตก่อน บุคคลจะ
ได้รับอนุญาตเมื่อกรณีเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติ กรณีนี้ย่อมไม่ใช่กรณีของคุณพิณิจตัดสินใจ
ที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการ

ประการที่สอง กรณีการกำหนดผลทางกฎหมายย่อมไม่มี
ความหมาย หากผลทางกฎหมายนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย

ดังนั้น ลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ดุลพินิจจะต้อง
พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นประโยชน์
เงื่อนไขหรือไม่ เช่น หากเข้าเงื่อนไขกฎหมาย A ให้มีผลทางกฎหมาย B แต่ในกรณีที่กฎหมาย
กำหนดไว้เพียงแต่อำนาจหน้าที่และกำหนดขอบเขตของการกระทำของฝ่ายปกครองเพียงให้อยู่ใน
เขตแดนของกฎหมายเท่านั้น กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์มิได้เรียกว่าเป็นกรณีของ
คุณพิณิจ หากแต่เป็นเรื่องความอิสระในการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ (Gestaltungsspielraum
der Gesetzgebers) ซึ่งย่อมถือได้ว่าเป็นความอิสระของฝ่ายปกครองเช่นกัน หากกฎหมายเพียงแต่
กำหนดอำนาจหน้าที่และกำหนดขอบเขตของการกระทำให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย

ส่วนหลักในการพิจารณาการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง
ตามแนวทางของประเทศเยอรมัน คือ

1. การพิจารณาโดยตรงในการที่จะวินิจฉัยในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง
จะต้องตีความบทบัญญัติกฎหมาย
2. การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นไม่ว่ากรณีใดๆ จะต้องกระทำ
เพื่อผลประโยชน์มหาชนและจะต้องไม่เป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (die Willkür)

2.1.1.3 ความหมายของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครองไทย

ในระบบกฎหมายไทย คำจำกัดความของคำว่า อำนาจดุลพินิจ
ไม่มีการบัญญัติความหมายหรือจำกัดความไว้ในตัวบทกฎหมายต่างๆ ไว้อย่างชัดเจน
โดยในเนื้อหาของตัวบทกฎหมายบางครั้งอาจบัญญัติคำว่าดุลพินิจลงไปเลย โดยไม่มีการกำหนด
ความหมายในเชิงกฎหมายไว้ในบทนิยามของตัวบทกฎหมายเป็นอีกมาตราแยกไว้ต่างหาก
ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติของกฎหมายในพระราชบัญญัติสัญญาติ พ.ศ. 2508 ซึ่งได้ใช้คำว่าดุลพินิจ
โดยไม่ได้มีบทนิยามศัพท์หรือมีการให้ความหมายเป็นพิเศษแต่อย่างใด ดังต่อไปนี้

- มาตรา 9 วรรคสอง บัญญัติว่า “ การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้
ได้สัญชาติไทยให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี”

- มาตรา 12 วรรคสาม บัญญัติว่า “การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้
แปลงสัญชาติเป็นไทย ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี”

- มาตรา 15 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้
สละสัญชาติไทย ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี”

- มาตรา 24 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้
กลับคืนสัญชาติไทย ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี” เป็นต้น

ซึ่งจากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่า ลักษณะของการเขียนกฎหมาย
เป็นการนำคำว่า ดุลพินิจ มาใช้ โดยมีได้มีการให้ความหมายในทางกฎหมายเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด
ซึ่ง โดยทั่วไปเมื่อไม่มีการให้คำจำกัดความไว้ในกฎหมายที่นำคำว่าดุลพินิจมาใช้จึงต้องยึดถือ
ความหมายของคำดังกล่าวตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 โดยตามพจนานุกรม
ฉบับดังกล่าวให้ความหมายของคำว่าดุลพินิจไว้ว่าหมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร

จากความหมายในพจนานุกรมยังไม่อาจให้ความกระจ่างในการตีความหมาย
ของอำนาจดังกล่าวที่ดูเหมือนว่าจะไม่มีขอบเขตจำกัดการใช้อำนาจอยู่เลย ในปัจจุบันเราจึงยอมรับ
ในการให้ความหมายของคำว่า อำนาจดุลพินิจ จากความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาล
ในส่วนของความเห็นทางกฎหมายนั้น ก็มีความแตกต่างกันตามแต่ว่านักวิชาการที่ให้คำจำกัดความ
จะผ่านการศึกษามาจากประเทศใด แต่โดยส่วนใหญ่แล้วความแตกต่างกันนั้นก็เป็นการแตกต่าง
ในการเรียบเรียงถ้อยคำตัวอักษรเท่านั้น แต่ไม่แตกต่างกันในเชิงแนวคิดอย่างสิ้นเชิง

ตัวอย่างของคำอธิบายคำว่า ดุลพินิจ ตามที่นักวิชาการของไทย
ได้สรุปและให้ความหมายไว้ดังเช่นที่ปรากฏตามบทความและตำรากฎหมายต่างๆ มีดังนี้

อำนาจดุลพินิจ หมายถึง ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจ
ออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อ
ดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจ คือ
อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่อง

ให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างไรอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น สมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร²⁵

อำนาจดุลพินิจ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ซึ่งดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายใน ซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นที่สุด การใช้ดุลพินิจนี้เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนจะออกนิติกรรมทางปกครอง การใช้ดุลพินิจอาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ตัวบทกฎหมายมิได้กำหนดให้ผลทางกฎหมายขององค์ประกอบที่ครบถ้วนนั้นมีเพียงอย่างเดียว แต่ให้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งตัวบทกฎหมายจะเสนอให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือจะให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมายนี้อาจแยกพิจารณาได้สองประการ คือ

ประการแรก ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่

ประการที่สอง ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจเลือกมาตรการที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้อย่างไร หรือดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติ²⁶

อำนาจดุลพินิจ หมายถึง อำนาจในการตัดสินใจหรือกระทำการใดได้อย่างอิสระ โดยปราศจากความพอใจส่วนตัว หรือกล่าวคือ การตัดสินใจต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล โดยต้องพิจารณาถึงความยุติธรรมตามธรรมชาติ และพิจารณาถึงประโยชน์ของทุกฝ่ายอย่างรอบด้านแล้ว หรือเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล²⁷

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3: 43.

²⁶ กมลชัย รัตนสากวางศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 171.

²⁷ ออมร จันทรสมบุรณ์, หลักกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), หน้า 139-140.

ลักษณะของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายไทยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ²⁸

คือ

1. อำนาจที่กฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับหรือระบุเฉพาะเจาะจงให้ผู้ใช้อำนาจต้องกระทำการใดหรือไม่ต้องกระทำการใด (l'indétermination de la réglementation)
2. อำนาจที่ต้องไม่ใช่ตามอำเภอใจ (non - arbitraire du pouvoir discrétionnaire)

1. อำนาจที่กฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับหรือระบุเฉพาะเจาะจงให้ผู้ใช้อำนาจต้องกระทำการใดหรือไม่ต้องกระทำการใด (l'indétermination de la réglementation)

ในหัวข้อนี้เป็นการพิจารณาอำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาจากตัวบทกฎหมายซึ่งอาจกล่าวได้ว่าอำนาจดุลพินิจจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงให้ผู้ใช้อำนาจต้องกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจได้ภายใต้กฎหมาย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งได้แก่

- (1) อำนาจดุลพินิจที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย โดยอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

- กรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจไว้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น มาตรา 9 วรรคสอง และ มาตรา 24 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 บัญญัติว่า การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้"ได้สัญชาติไทย และการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้กลับคืนสัญชาติไทยให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี

- กรณีที่กฎหมายบัญญัติกำหนดให้มีการใช้อำนาจพิเศษในการตัดสินใจได้ หรือมีทางเลือกให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจ ตัวอย่างเช่น ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 3 บัญญัติให้ทางเลือกแก่ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจไว้ว่า บรรดารัษฎากรประเภทต่างๆ ซึ่งเรียกเก็บตามประมวลรัษฎากรนี้ จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อการต่อไปนี้ก็ได้ คือ

²⁸ Ruthai Hongsiri, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Thaïlande," (Doctorat de troisième cycle en droit. L'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. (Paris II), 1987), p.64.

(1) ลดอัตราหรือยกเว้นเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ กิจการ หรือสภาพของท้องถิ่นบางแห่งหรือทั่วไป

(2) ยกเว้นแก่บุคคลหรือองค์การระหว่างประเทศตามข้อผูกพัน ที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อองค์การสหประชาชาติ หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ ตามข้อผูกพัน ที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อองค์การสหประชาชาติ หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือตามสัญญา หรือตามหลักกฏข้อปฏิบัติต่อกันกับนานาประเทศ

(3) ยกเว้นกับรัฐบาล องค์การของรัฐบาล เทศบาล สุขาภิบาล องค์การศาสนา หรือองค์การการกุศลสาธารณะ

การลดหรือยกเว้นตาม (1) (2) และ (3) นั้น จะตราพระราชกฤษฎีกา ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงก็ได้

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มีการใช้คำ “ ก็ได้ ” โดยมีการกำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองเลือกตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ ที่แตกต่างกันสำหรับบรรดาฐานะประเภทต่างๆ ซึ่งเรียกเก็บตามประมวลรัษฎากรนี้ หรือไม่ต้องตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเลยก็ได้ เป็นต้น

(2) อำนาจดุลพินิจที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ โดยเฉพาะเจาะจงให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการอย่างไร

ในกรณีนี้จำเป็นต้องนำหลักนิติธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องกับ การใช้อำนาจดุลพินิจ แต่สำหรับศาลไทยแล้ว ที่ผ่านมามักจะยึดเนื้อหาสาระในบทบัญญัติของกฎหมายเป็นหลักในการจำกัดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทำให้เกิดปัญหาต่อมาว่า หากมีกรณีที่ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะเจาะจงให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจอย่างไรแล้ว อาจทำให้เกิดกรณีตีความได้ว่าฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ดุลพินิจได้เลย ดังนั้น การที่จะนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้ จึงค่อนข้างเกิดอุปสรรคมาก แต่การที่จะปล่อยให้มีการอ้างหลักดังกล่าวอย่างพร่ำเพรื่อ อาจก่อให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ หน้าที่ของศาลจึงต้องมีบทบาทในการพิจารณาเพื่อจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจไว้อย่างชัดเจน

ในบางกรณีที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองไว้ อย่างชัดเจน ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจตัดสินใจได้มากน้อยเพียงใด ในกรณีนี้เมื่อฝ่ายปกครอง

ตัดสินใจกระทำการสิ่งใดลงไปต้องไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต้องตีความว่าเป็นกรณีที่มีการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองโดยที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม แต่ปัญหาของการเกิดขึ้นของอำนาจดุลพินิจในกรณีนี้คือ การปล่อยให้ให้อำนาจดุลพินิจเกิดขึ้นได้โดยไม่จำกัด ซึ่งการพิจารณาถึงอำนาจดุลพินิจในกรณีนี้ ควรจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังเช่นที่ M.Rivéro ได้กล่าวไว้ว่า อำนาจดุลพินิจจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้ (1) มีกฎหมายบัญญัติไว้ (2) สิ่งที่ศาลตีความเฉพาะกรณีว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ หรือ (3) เป็นอำนาจที่ใช้ตัดสินเฉพาะกรณีเพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม²⁹

2. อำนาจที่ต้องไม่ใช่ตามอำเภอใจ (non - arbitraire du pouvoir discrétionnaire)

ลักษณะของอำนาจดุลพินิจที่ต้องไม่ใช่ตามอำเภอใจนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแต่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ได้ตามอำเภอใจนั่นเอง โดยศาลจะเป็นผู้ควบคุมและวินิจฉัยว่าการกระทำใดของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่เรียกว่าการใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำดังกล่าว ซึ่งการควบคุมของศาลในส่วนนี้ในทางปฏิบัติแล้วยังต้องพิจารณาถึงเหตุผลที่เปลี่ยนแปลงไปของรัฐในการเข้าแทรกแซงกิจกรรมของเอกชน

เพราะฉะนั้น สำหรับความหมายของอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้มีผลให้ขอบเขตในการวินิจฉัยของศาลในประเด็นที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือไม่ในข้อเท็จจริงเดียวกัน อาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ยุคสมัย

2.1.2 ที่มาของดุลพินิจ

เมื่อพิจารณาจากความหมายทำให้พบว่าที่มาของอำนาจดุลพินิจนี้มาจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่มีส่วนในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าการที่ฝ่ายปกครองจะทำการใดไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองย่อมต้องอาศัยฐานอำนาจจากกฎหมายทั้งสิ้น ซึ่งในระบบการเมืองการปกครองที่ยึดถือปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ (Legal state principle) ย่อมต้องยึดถือปฏิบัติตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) อย่างเคร่งครัด

²⁹ Ibid., p.66.

ซึ่งหมายถึงการที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ อันมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องใช้อำนาจกระทำการโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย³⁰ ดังนั้น ที่มาของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงมีที่มาจากเนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นแหล่งที่มาหลัก ส่วนคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นแหล่งที่มาของอำนาจดุลพินิจโดยทางอ้อม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นแหล่งที่มาลำดับรอง เพราะคำพิพากษาทำให้การให้อำนาจดุลพินิจของกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้นและยังเป็นแนวทางในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองอีกด้วย

ดังนั้น การที่จะศึกษาถึงเนื้อหาสาระของอำนาจดุลพินิจจึงต้องศึกษาลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองตลอดจนกระบวนการในการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะเป็นกระบวนการขั้นตอนก่อนที่จะกลายเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นภาววิสัย ซึ่งหากการกระทำหรือคำสั่งดังกล่าวก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำหรือคำสั่งนั้นๆ ก็จะก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีปกครอง และทำให้ศาลสามารถกำหนดขอบเขตของตนเองในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในแต่ละกรณีได้อย่างเป็นระบบและมีเหตุผลที่สามารถอธิบายได้ โดยไม่เป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจที่จะตัดสินใจภายใต้กรอบของกฎหมายและความเหมาะสมเป็นธรรมในแต่ละกรณี

2.1.2.1 ลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง

เนื่องจากอำนาจดุลพินิจมีที่มาจากกฎหมายที่ถูกระบุขึ้นโดยกฎหมายหรือมีกฎหมายเป็นเครื่องกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองในการตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น กระบวนการในการทำคำวินิจฉัยหรือการตัดสินใจของฝ่ายปกครองจึงขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้จึงต้องศึกษาถึงโครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง

บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ สามารถแบ่งแยกตามโครงสร้างของลักษณะเนื้อหาของกฎหมายได้เป็น 2 ส่วน คือ

³⁰ สมยศ เชื้อไทย และวราภรณ์ วิสสุตพิชญ์, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย,” *วารสารนิติศาสตร์* 14, 3 (กันยายน 2527): 59.

(1) โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Faits juridiques) หรือส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ (Conditions d'exercice du pouvoir)

(2) โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

(1) โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Faits juridiques) หรือส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ (Conditions d'exercice du pouvoir)

เป็นส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ ซึ่งหากเกิดแล้วจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามที่กำหนดไว้ โดยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้อาจมีหลายลักษณะด้วยกัน และอาจจะบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้ ดังนี้

- ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลผู้อยู่ภายใต้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น การใช้อำนาจลงโทษทางวินัยข้าราชการ ซึ่งฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจลงโทษได้ต่อเมื่อมีการกระทำผิดวินัยของข้าราชการผู้นั้น³¹ หรือการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในอันที่จะถอดถอนสัญชาติไทยของผู้ที่ได้สัญชาติไทยมาโดยการแปลงสัญชาติ รัฐมนตรีจะใช้อำนาจนี้ได้ต่อเมื่อผู้ที่ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติคนนั้นได้กระทำการในทางที่เป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ หรือเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อผลประโยชน์ของรัฐ³² เป็นต้น

- ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคุณภาพของสิ่งของ เช่น การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในอันที่จะสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารหรือถอนอาคาร ซึ่งจะใช้อำนาจสั่งได้ต่อเมื่อปรากฏว่า อาคารนั้นชำรุดทรุดโทรมหรือนำรังเกียจ³³ หรือการใช้อำนาจของคณะกรรมการ

³¹ มาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

³² มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

³³ มาตรา 11 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503

อาหารในอันที่จะสั่งห้ามผลิตอาหาร ซึ่งจะสั่งได้ต่อเมื่อปรากฏว่า อาหารมีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตราย แก่สุขภาพเจ็บปวยอยู่ด้วย³⁴ เป็นต้น

- ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ของสังคม เช่น การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานสาธารณสุขในอันที่จะดำเนินการให้คนซึ่งป่วยหรือมีเหตุสงสัยว่าป่วยเป็นโรคติดต่ออันตรายมารับการตรวจรักษา ซึ่งจะดำเนินการได้ต่อเมื่อปรากฏว่า ได้เกิดหรือมีเหตุสงสัยว่า ได้เกิดโรคติดต่ออันตรายขึ้น³⁵ หรือการใช้อำนาจของพนักงานป้องกันภัยในอันที่จะสั่งให้บุคคลใดๆ เข้าช่วยเหลือเท่าที่จำเป็น ซึ่งจะสั่งได้ต่อเมื่อปรากฏว่ามีกรณีฉุกเฉินที่มีสาธารณสุขภัยเกิดขึ้น³⁶ เป็นต้น

นอกจากข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้อันจะเป็นสิ่งที่กำหนดอำนาจในการกระทำการของฝ่ายปกครองที่พอที่จะจำแนกให้เห็นชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมดังตัวอย่างข้างต้นแล้ว เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการบัญญัติของกฎหมายในส่วนข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่าบางครั้งเนื้อหาของกฎหมายอาจจะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ได้ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

- ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนเป็นกรณีกฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใดๆ ได้ เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งดังที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น เช่น การใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการถอดถอนสัญชาติไทยแก่ผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยมาโดยการแปลงสัญชาติ กฎหมายบัญญัติว่า “รัฐมนตรีมีอำนาจถอดถอนสัญชาติไทยแก่ผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติเมื่อปรากฏว่า ... กระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ ...”³⁷ ดังจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างชัดเจน คือผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ และกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ

³⁴ มาตรา 25 ประกอบกับ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

³⁵ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2523

³⁶ มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522

³⁷ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

ตัวอย่างต่อมา คือ การใช้อำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการของพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติว่า “ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการ... ดำเนินกิจการสถานบริการจัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม... พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ... สั่งพักใช้ใบอนุญาต...”³⁸ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน คือ ผู้รับอนุญาตดำเนินกิจการจัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม

- ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจน

ในบางกรณีกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในกรณีนี้จะเป็นส่วนที่อาจอนุมานได้ว่า กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายนั้นๆ พิจารณาใช้อำนาจกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายไว้ได้ ซึ่งลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ การบัญญัติว่า “เมื่อเห็นสมควรวางและจัดทำผังเมืองรวม ณ ท้องที่ใด สำนักผังเมืองจะวางและจัดทำผังเมืองรวมของท้องที่นั้นขึ้น...ก็ได้...”³⁹ กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่จะทำให้สำนักผังเมืองมีอำนาจดำเนินการวางและจัดทำผังเมืองรวมของท้องที่ใดได้ คือ เมื่อสำนักผังเมืองพิจารณาเห็นสมควรตามความเหมาะสมของแต่ละท้องที่ ซึ่งข้อเท็จจริงที่ว่าท้องที่ใดเหมาะสมนั้น กฎหมายมิได้กำหนดไว้แน่นอนตายตัว จึงเป็นกรณีที่มีการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองใน โครงสร้างของกฎหมายส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเพื่อให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจปฏิบัติให้สอดคล้องกับผลของกฎหมายไว้ ไม่ว่าจะกำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ชัดเจนก็ตาม ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้มิได้มีแต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างไม่ชัดเจนเท่านั้น แต่กรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างชัดเจน เช่น ผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ และการกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ

³⁸ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

³⁹ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518

หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ จะเห็นได้ว่า แม้ลักษณะของข้อเท็จจริงดังกล่าวจะค่อนข้างชัดเจน แต่ก็ยังมีส่วนที่สามารถตีความหมายได้มากกว่าหนึ่งความหมาย เช่น การกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ ซึ่งการกระทำที่ต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวอาจมีได้หลายพฤติกรรม และการจะตีความว่าพฤติกรรมใดที่ถือเป็นการกระทำตามที่บัญญัติไว้ดังกล่าว ย่อมเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ทั้งนี้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการตีความดังกล่าว อาจแคบกว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างไม่ชัดเจน หรือเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 บัญญัติว่า เมื่อเห็นสมควรวางและจัดทำผังเมืองรวม ณ ท้องที่ใด สำนักผังเมืองจะวางและจัดทำผังเมืองรวมของท้องที่นั้นขึ้นก็ได้ ซึ่งคำว่า “เมื่อเห็นสมควร” ย่อมสามารถตีความหมายได้กว้างกว่าคำว่า “การกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ”

ดังนั้น จึงเห็นว่า สำหรับในส่วนของโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจนี้ ล้วนมีการบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการพิจารณาตีความข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวไว้ไม่มากนัก

(2) โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้เป็นส่วนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะใช้อำนาจเมื่อปรากฏว่า มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น หรือเรียกว่าส่วนที่กำหนดมาตรการให้ฝ่ายปกครองดำเนินการ⁴⁰ เช่น กรณีที่บุคคลซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติได้กระทำการใดๆ อันเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ อันเป็นการกระทำที่ครบถ้วนตามข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว ผลทางกฎหมายคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจถอดถอนสัญชาติไทยของบุคคล

⁴⁰ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 17,3 (กันยายน 2530): 51, อ้างถึงใน เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 11.

ผู้นั้น⁴¹ หรือกรณีที่ได้รับอนุญาตตั้งสถานบริการดำเนินการจัดการจัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันเป็นการกระทำที่ครบตามข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว ผลทางกฎหมายคือพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ⁴²

ต่อมาเมื่อพิจารณาโครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายแล้ว ยังสามารถจำแนกลักษณะของผลทางกฎหมายตามเนื้อหาของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการ หรือถ้ากระทำการจะกระทำอย่างไรหรือด้วยวิธีใด โดยลักษณะของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีดังนี้

1. เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยไม่มีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ และในการใช้อำนาจนั้น จะต้องกระทำการ โดยมีเนื้อหาของการกระทำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน เช่น อำนาจของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาในอันที่จะสั่งผลิตหรือนำเข้าซึ่งอาหารที่ปรากฏจากผลการพิสูจน์แล้ว พบว่าเป็นอาหารที่ไม่ควรแก่การบริโภค⁴³ ซึ่งเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดคือ มีอาหารที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือหรืออาหารที่ปรากฏจากผลการตรวจพิสูจน์ว่าเป็นอาหารที่ไม่ควรแก่การบริโภค สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาจะต้องใช้อำนาจสั่งให้ผลิต หรือคนนำเข้าซึ่งอาหารนั้น

2. เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยมีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ แต่ในการใช้อำนาจนั้น ฝ่ายปกครองมี โอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดา

⁴¹ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

⁴² มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

⁴³ มาตรา 30 (2) แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

เนื้อความหลายอย่างที่กฎหมายได้กำหนดไว้ เช่น อำนาจในการลงโทษทางวินัยข้าราชการ⁴⁴ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดคือ มีข้าราชการกระทำผิดวินัยแล้ว ผู้มีอำนาจจะต้องใช้อำนาจออกคำสั่งลงโทษ แต่ในการใช้อำนาจออกคำสั่งลงโทษนั้น ผู้มีอำนาจสามารถเลือกเนื้อความของคำสั่งได้ กล่าวคือ ถ้าเป็นการกระทำผิดวินัยที่ไม่ร้ายแรงอาจสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ หรือตัดเงินเดือนหรือลดขั้นเงินเดือน ส่วนกรณีที่ทำผิดวินัยร้ายแรง อาจสั่งให้ปลดออก หรือไล่ออก

3. เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจที่จะทำการหรือไม่ทำการก็ได้ แต่ถ้าตัดสินใจทำการแล้ว ไม่มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าสมควรจะใช้อำนาจทำการหรือไม่ แต่เมื่อตัดสินใจที่จะใช้อำนาจทำการแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจทำการ โดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำ เช่น อำนาจในการสั่งรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือตัดแปลง โดยไม่ได้รับอนุญาต⁴⁵ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนด คือ มีการก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคารโดยมิได้รับอนุญาตเกิดขึ้นแล้ว และการก่อสร้างหรือตัดแปลงนั้น ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องตามกฎหมายที่ออกตามความในกฎหมายควบคุมอาคารได้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นผู้มีอำนาจจะสั่งให้รื้อถอนอาคารนั้นหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าจะใช้อำนาจสั่งแล้ว จะต้องสั่งให้รื้อถอนอาคารเท่านั้น จะสั่งเป็นอย่างอื่นไม่ได้

4. เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจที่จะทำการหรือไม่ทำการก็ได้ และเมื่อตัดสินใจทำการแล้ว มีโอกาสเลือกเนื้อความของการกระทำ

เป็นลักษณะที่กฎหมายได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าสมควรจะใช้อำนาจทำการหรือไม่ และเมื่อตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถเลือก

⁴⁴ มาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

⁴⁵ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

เนื้อหาของกรกระทำได้ว่า จะกระทำการโดยมีเนื้อความอย่างไร เช่น อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะสั่งพักใช้ใบอนุญาตตั้งสถานบริการ⁴⁶ โดยเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนด คือ ผู้ได้รับอนุญาตตั้งสถานบริการได้ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถตัดสินใจได้ว่าสมควรจะใช้อำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตได้หรือไม่ และถ้าเลือกที่จะใช้อำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตแล้ว ยังมีโอกาสเลือกเนื้อความว่าจะสั่งพักใช้ใบอนุญาตกี่วันด้วย เพียงแต่ห้ามสั่งพักเกิน 30 วัน เท่านั้น

สำหรับในส่วนของการแบ่งโครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกเป็น โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและโครงสร้างในส่วนผลของกฎหมายนั้น ยังมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่กฎหมายในแต่ละส่วนให้อำนาจ ซึ่งสำหรับดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมายเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนนี้ในการตัดสินใจให้อำนาจได้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจว่าจะให้อำนาจไว้อย่างไร แต่ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายนั้น ยังมีปัญหาว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจในชั้นตอนนี้ได้หรือไม่⁴⁷ ดังนั้น จึงอาจศึกษาจากแนวคิดของต่างประเทศได้ ดังเช่นประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมิได้แยกเรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจที่อยู่ในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือดุลพินิจที่อยู่ในส่วนผลของกฎหมาย ในกรณีที่กฎหมายกำหนดถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง ศาลจะตรวจสอบภายในขอบเขตของความถูกต้องของข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits) หรือ contrôle des motifs de l'acte administrative แต่มีในบางขอบเขต ศาลไม่ได้ตรวจสอบการประเมินข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองอย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่หากศาลจะควบคุมตรวจสอบในขอบเขตดังกล่าวนี้ ศาลจะควบคุมการใช้อำนาจในทางมิชอบ (détournement de pouvoir) โดยจะตรวจสอบเป็นการทั่วไปเกี่ยวกับความถูกต้องในทางเนื้อหาของข้อเท็จจริง (exactitude matérielle des faits) ซึ่งหมายถึงข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองนำมาสนับสนุน

⁴⁶ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

⁴⁷ เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 26.

การกระทำของตนเองนั้น โดยแท้จริงแล้วข้อเท็จจริงนั้นมีอยู่หรือไม่ และนอกจากนี้ศาลยังได้ตรวจสอบว่า การประเมินข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองเป็นการประเมินโดยเข้าใจผิดหรือเป็นความผิดพลาดที่เกินขอบเขตของเรื่องนั้นๆ หรือไม่

โดยทั่วไปแล้วศาลจะตรวจสอบการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองได้โดยไม่มีข้อจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการตรวจสอบการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานและในกรณีตามกฎหมายว่าด้วยตำรวจ แต่ในทางตรงกันข้ามศาลได้ตรวจสอบอย่างผิวเผินในกรณีที่เป็นการแทรกแซงผลประโยชน์ของชาวต่างชาติ หรือกรณีที่ปัญหาในทางเทคนิค ในกรณีนี้เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองควบคุมตนเอง ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจโดยอิสระในส่วนข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมาย กล่าวคือ ศาลจะเข้ามาตรวจสอบว่าการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองมีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือไม่

ส่วนแนวคิดของประเทศเยอรมันเกี่ยวกับดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายนั้น เห็นว่า ข้อพิจารณาเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันนั้น จะเกิดขึ้นในกรณีที่บทบัญญัติในส่วนที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะไม่จำเพาะเจาะจง คือ เป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนตายตัว ซึ่งในการนำบทบัญญัตินี้ไปปรับใช้จะต้องมีการตีความให้มีความชัดเจนขึ้น ซึ่งในบางกรณีก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงอรรถวิสัยของผู้ตีความได้ โดยเฉพาะถ้อยคำที่ไม่เจาะจงที่ต้องอาศัยการตีความเพื่อให้ความหมายเพิ่มเติมพิเศษทางวิชาการ หรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกันในการตีความ⁴⁸ ซึ่งมีปัญหาว่าการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย ซึ่งใช้ถ้อยคำลักษณะดังกล่าวนี้ จะถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่

ตามแนวความคิดของเยอรมันนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายได้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องภายใต้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่มีลักษณะชัดเจน หรือถ้อยคำที่ไม่จำเพาะเจาะจงก็ตาม ทั้งนี้ โดยการให้เหตุผลจากเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 (4) ของกฎหมายพื้นฐาน โดยศาลสามารถตรวจสอบการใช้และการตีความ

⁴⁸ กมลชัย รัตนสากาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 273.

กฎหมายในส่วนดังกล่าวของฝ่ายปกครองได้โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย⁴⁹

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นของหลักนี้เกิดขึ้นภายใต้การใช้การตีความถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่จำเพาะเจาะจงประเภทที่ต้องนำมาตีความเพื่อให้ความหมายเพิ่มเติมทางวิชาการหรือต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน โดยในทางตำรา มีความเห็นว่า ในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ศาลปกครองไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าไปทบทวนการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากการประเมินความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจะต้องใช้ความรู้ทางวิชาการเฉพาะด้าน หรือต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความรู้ ความชำนาญ ประสบการณ์พิเศษ และใกล้ชิดคลุกคลีกับปัญหานั้นๆ มาก ศาลจึงต้องยอมรับการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าว โดยจะไม่เข้าไปทบทวนในเนื้อหาของเรื่องนั้นอีก อันมีผลทำให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องนั้น⁵⁰ ดังนั้น ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายนี้จึงเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ยังมีความขัดแย้งในเรื่องดังกล่าวอยู่ โดยนักวิชาการบางท่านเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดของบทบัญญัติที่ขัดแย้งหรือไม่จำเพาะเจาะจงก็เป็นเรื่องของข้อกฎหมายทั้งสิ้น ซึ่งศาลปกครองสามารถทบทวนได้ทั้งหมด โดยนัยนี้จึงถือเป็นการยืนยันว่าฝ่ายปกครองไม่อาจมีดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายได้นั้นเอง⁵¹

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาล จะพบว่าศาลวินิจฉัยในเรื่องการควบคุมตรวจสอบการใช้และการตีความถ้อยคำที่มีลักษณะไม่จำเพาะเจาะจงแตกต่างกันไป โดยในบางกรณีศาลปกครองจะยอมรับและไม่เข้าไปทบทวนตรวจสอบเนื้อหาการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักที่ว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย เช่น กรณีคำวินิจฉัยในเรื่องการสอบ การตรวจข้อสอบและการประเมินผลการสอบ คำวินิจฉัยและการประเมินค่าเกี่ยวกับผลงานและความสามารถของข้าราชการ โดยผู้บังคับบัญชา ตลอดจนคำวินิจฉัยเกี่ยวกับนโยบายทางการปกครอง และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระ

⁴⁹ Albert Bleckmann, *Ermessensfehlerlehre*, (Köln: 1996), p. 120, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หน้า 14.

⁵⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 275.

⁵¹ วิษณุ วรรณุญ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หน้า 13-18.

ที่ประกอบขึ้นจากผู้แทนของกลุ่มต่างๆ หรือประกอบไปด้วยผู้มีความรู้หรือมีประสบการณ์หลายๆ ด้าน หรือเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ ที่มาร่วมกันประเมินค่า ให้ความหมายถ้อยคำของบทบัญญัติ ที่ไม่เจาะจง ซึ่งไม่อาจเอาคำวินิจฉัยอื่นมาทดแทนได้ เป็นต้น⁵²

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีศาลปกครองก็ไม่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ในการใช้และตีความถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่จำเพาะเจาะจง ซึ่งมักเป็นกรณีที่ ศาลปกครองเห็นว่า ศาลมีความสามารถในการตรวจสอบการประเมินความหมายของถ้อยคำของ บทบัญญัติที่ไม่จำเพาะเจาะจงนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องยึดถือตามการประเมินความหมายของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพราะดุลพินิจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้น เป็นเพียงปรากฏการณ์ ที่ศาลปกครองไม่ก้าวเข้าไปตรวจสอบฝ่ายปกครอง กรณีจึงขึ้นอยู่กับศาลปกครองว่าจะปล่อยให้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่เพียงใด⁵³

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าดุลพินิจในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ของกฎหมายตามแนวคิดของเยอรมันจะมีได้ในกรณีใดบ้างนั้น ขึ้นอยู่กับการกำหนดบทบาทในการ ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองของศาลปกครอง ซึ่งหากศาลจำกัดขอบเขตในการควบคุมการใช้ และการตีความบทบัญญัติในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายของฝ่ายปกครอง ในกรณีใด ย่อมมีผลให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณีนั้น

2.1.2.2 กระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำ ข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมเฉพาะกรณีมาปรับกับกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับกรณีเฉพาะนั้นๆ เพื่อพิจารณาว่าข้อเท็จจริงหรือการกระทำ เฉพาะกรณีนั้น มีผลทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าว สามารถแบ่งออกเป็นขั้นตอนต่างๆ ได้ ดังนี้

⁵² กมลชัย รัตนสกาววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 276-278.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 303.

(1) ขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง (Constatations des faits matériels)

ขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเป็นขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจ โดยฝ่ายปกครองต้องตรวจสอบให้แน่ชัดก่อนว่าข้อเท็จจริงที่มีผู้กล่าวอ้างว่าได้เกิดขึ้นหรือซึ่งตนรู้สึกว่าได้เกิดขึ้นนั้น ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบนี้จะกระทำได้ด้วยการอาศัยพยานหลักฐานประเภทต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสารหรือพยานวัตถุ โดยรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหลายที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้มีอยู่จริง จากนั้นก็ตรวจสอบว่าพยานหลักฐานใดรับฟังได้หรือรับฟังไม่ได้ในทางกฎหมาย แล้วจึงพิจารณาว่าพยานที่รับฟังได้เท่าที่มีอยู่นั้น ทำให้น่าเชื่อหรือไม่ว่าข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างหรือที่ตนรู้สึกนั้น ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริง

(2) ขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Qualification juridique des faits constatés)

ขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงที่ได้จากการรับฟังพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่แล้วนั้น เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือเป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่อง หรือเรียกว่าเป็นการปรับบทกฎหมาย ซึ่งกระบวนการในการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงนั้น มีกระบวนการ ดังนี้

1. ตีความถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งสามารถแยกประเภทของถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายได้เป็น 2 ประเภท คือ

- ถ้อยคำธรรมดา หมายถึง ถ้อยคำที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในสังคม ซึ่งกฎหมายได้นำมาบัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยมีได้บัญญัติให้ความหมายของถ้อยคำนั้น ไว้โดยเฉพาะเจาะจง

- ถ้อยคำที่มีลักษณะพิเศษหรือเป็นคำศัพท์ทางกฎหมาย ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กฎหมายนำมาบัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยได้บัญญัติให้มีความหมายแตกต่างไปจากถ้อยคำธรรมดา ซึ่งอาจเป็นความหมายที่กว้างหรือแคบกว่าที่เข้าใจกันอยู่

ในหมู่ประชาชน เช่น กรณีที่พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 4 ซึ่งเป็นบทนิยามศัพท์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้นิยามคำว่า สัตว์น้ำ ว่า สัตว์ที่อาศัยอยู่ในน้ำ...และสาหร่ายทะเล ทั้งนี้รวมทั้งซากหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสัตว์น้ำเหล่านั้น และหมายความรวมถึงพันธุ์ไม้น้ำตามที่ได้มีพระราชกฤษฎีการะบุชื่อ

จากบทนิยามศัพท์คำว่าสัตว์น้ำดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำดังกล่าวมิได้มีความหมายเฉพาะตามที่ทราบกันอยู่โดยทั่วไป แต่มีความหมายในลักษณะที่เป็นศัพท์ทางกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายได้กำหนดให้สาหร่ายทะเลรวมถึงพันธุ์ไม้น้ำตามที่ได้มีพระราชกฤษฎีการะบุชื่อเป็นสัตว์น้ำ ทั้งที่สาหร่ายทะเลและพันธุ์ไม้น้ำมิใช่สัตว์น้ำตามหลักวิชาอนุกรมวิธาน (Taxonomy) หรือตามความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับดังกล่าวต้องการคุ้มครองทั้งสาหร่ายทะเลและพันธุ์ไม้น้ำด้วย จึงนำไปบัญญัติไว้ในบทนิยามของคำว่าสัตว์น้ำด้วย

2. พิจารณาข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง

3. เปรียบเทียบข้อเท็จจริงในกฎหมายที่ได้จากการตีความกับข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในกรณีเฉพาะเรื่องว่าเหมือนหรือคล้ายกันหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าข้อเท็จจริงทั้งสองส่วนดังกล่าวเหมือนหรือคล้ายกันแสดงว่าข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนด

4. ขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจ

ขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจเป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองจะสรุปผลทางกฎหมายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยตามขั้นตอนต่างๆ เป็นที่ยุติแล้วว่า ข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดแล้ว ฝ่ายปกครองก็จะสรุปผลทางกฎหมายโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น ตนมีหน้าที่ต้องกระทำหรือไม่ และถ้าจะกระทำแล้ว กฎหมายได้กำหนดเนื้อความที่จะกระทำการไว้อย่างไร

2.2 ประเภทของดุลพินิจ

ในทางวิชาการนั้น ได้มีการจำแนกประเภทของดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ในหลายลักษณะ โดยขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา ซึ่งการจำแนกประเภทของดุลพินิจ

ดังกล่าวอาจพิจารณาจากขั้นตอนของการใช้กฎหมาย หรือพิจารณาจากลักษณะของการใช้ดุลพินิจ หรือพิจารณาจากตำแหน่งของดุลพินิจในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมาย

2.2.1 พิจารณาจากขั้นตอนการใช้กฎหมาย

การจำแนกประเภทดุลพินิจในลักษณะนี้ได้แยกดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ออกเป็นสองประเภท คือ ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ กับดุลพินิจในการเลือกมาตรการใด มาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติ⁵⁴

2.2.1.1 ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่

ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครอง มีดุลพินิจได้ แต่กฎหมายมิได้กำหนดผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเอาไว้ โดยปล่อยให้ เป็นความอิสระของฝ่ายปกครองที่จะกำหนดว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการหรือไม่ และหากกระทำการ แล้วจะเลือกผลในทางกฎหมายอย่างใด

2.2.1.2 ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่ง

ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนด มาตรการในการให้เจ้าหน้าที่สามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่เหมาะสม สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้น เมื่อเกิดข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว

2.2.2 พิจารณาจากลักษณะการใช้ดุลพินิจ

การจำแนกดุลพินิจในลักษณะนี้ได้แยกดุลพินิจออกเป็นสองประเภท ตามลักษณะของการใช้ดุลพินิจ กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย และการใช้ดุลพินิจ ในกรณีทั่วไป⁵⁵

⁵⁴ Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, p. 375. อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุ และคณะ, *รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*, หน้า 8.

⁵⁵ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 262-263.

2.2.2.1 การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย

ดุลพินิจในกรณีเฉพาะรายเป็นเรื่องที่มีความยุติธรรมในแต่ละเรื่องไม่เหมือนกัน การใช้ดุลพินิจในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ประการหนึ่ง และจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงในกรณีนั้นๆ ประกอบกัน ตัวอย่างเช่น การสลายการชุมนุมที่มีได้มีการแจ้งไว้ล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยการชุมนุม ย่อมมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความสงบสุขของสังคมส่วนรวม หากมีการชุมนุมที่มีได้มีการแจ้งล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องตรวจสอบว่าการประท้วงดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ อย่างไร และหากจะสลายการชุมนุมประท้วงนั้นจะทำได้หรือไม่ ซึ่งก็จะขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่างๆ เช่น จำนวนผู้ชุมนุม จำนวนตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ ความหนาแน่นของการจราจร เป็นต้น ซึ่งจากสภาพการณ์ดังกล่าวนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องสอดคล้องกับสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงในกรณีนั้นๆ

2.2.2.2 ดุลพินิจที่มีการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป

แม้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะเป็นเรื่องที่ต้องใช้กับข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่ก็อาจมีการกำหนดการใช้ดุลพินิจไว้เป็นการทั่วไปก็ได้ โดยเจ้าหน้าที่ในระดับหัวหน้าหน่วยงานอาจกำหนด “แนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง” เพื่อกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจให้แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ที่อยู่ใต้การบังคับบัญชา ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะรายของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นมีความเป็นเอกภาพเป็นไปในทางเดียวกัน ซึ่งจะช่วยส่งเสริมหลักการปฏิบัติต่อประชาชนอย่างเสมอภาค⁵⁶ โดยการกำหนดดุลพินิจในลักษณะทั่วไปเช่นนี้มักใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่สามารจจำแนกประเภทของข้อเท็จจริงนั้นๆ ได้ แต่ไม่อาจนำมาใช้กับเรื่องที่ข้อเท็จจริงในกรณีหนึ่งๆ มีลักษณะเฉพาะ ตัวอย่างเช่น ตามกฎหมายว่าด้วยการชุมนุม (VersammG) ของเยอรมัน ซึ่งกำหนดว่าการชุมนุมอาจถูกสั่งห้ามได้ หากพิจารณาตามสภาพการณ์ในขณะที่ออกคำสั่งนั้นเป็นกรณีที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยตรง ซึ่งจะเห็นว่า การใช้ดุลพินิจตามกฎหมายดังกล่าวสำหรับการชุมนุมแต่ละครั้งนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ ซึ่งมีลักษณะจำเพาะเจาะจง กรณีกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดให้การออกคำสั่งห้ามการชุมนุม

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า262.

จะทำได้ในกรณีเฉพาะรายเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าไม่อาจมีการกำหนดแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองในเรื่องนี้ได้⁵⁷

2.2.3 พิจารณาจากขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่มีความสัมพันธ์กับโครงสร้าง บทบัญญัติของกฎหมายและกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว สามารถแบ่งประเภทของดุลพินิจตามตำแหน่งในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังนี้

2.2.3.1 อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้เป็นส่วนที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งก่อนที่จะใช้อำนาจนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเสียก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใด ซึ่งก็เป็นการตีความกฎหมายนั่นเอง แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริงๆ มาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมาย

จากกระบวนการใช้อำนาจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นเราอาจสรุปได้ว่า

ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่นั้น ฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้โดยอาศัยพยานหลักฐานต่างๆ แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะทำให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะเลือกตามความพอใจว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ แม้ว่าในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้เสมอ แต่ในที่สุดแล้ว

⁵⁷ Harmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (München: 1992), p.112, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤ และคณะ, *รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*, หน้า 10.

ก็จะต้องมีคำวินิจฉัยที่เด็ดขาดเป็นที่ยุติ⁵⁸ ดังนั้น ในบางครั้งจึงมีการกล่าวว่า ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง

สำหรับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือการตีความและการปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจน⁵⁹ แล้วย่อมไม่มีปัญหา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้มีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง⁶⁰ (indefinite legal concepts) เช่น “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี”⁶¹ หรือ “สภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ”⁶² หรือใช้ถ้อยคำที่มีความหมายลักษณะทำนองเดียวกันกับถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่น “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ”⁶³ ซึ่งทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เป็นที่ยุติ โดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไปได้ จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจในขั้นตอนนี้ได้

⁵⁸ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 17,3 (กันยายน 2530): 53. อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 23.

⁵⁹ ถ้อยคำลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่สามารถตีความวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปได้ล่วงหน้าโดยไม่ต้องรอให้ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นมาเสียก่อน (Interpretation a priori), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁰ ถ้อยคำลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่ไม่อาจตีความวางกฎเกณฑ์ทั่วไปได้ล่วงหน้า หากแต่จะต้องตีความหลังจากที่ได้ประสบข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องแล้วเป็นกรณีๆ ไป รวมทั้งยังเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่า ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่ ซึ่งบางท่านเรียกว่า “คำศัพท์ที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน” หรือ “ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว” โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3: 45, สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 17,3: 54, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶¹ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

⁶² มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503

⁶³ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

2.2.3.2 อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้ เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไรหากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ⁶⁴ และในการใช้อำนาจนั้นกฎหมายอาจกำหนดเนื้อหาของกรกระทำเพียงประการเดียว หรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อหาจากหลายๆ ประการ หรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ได้เจาะจงว่าเนื้อหาของนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่ง ซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้

จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะอยู่ในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งในกรณีที่ถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้ได้ เรียกดุลพินิจในชั้นตอนนี้ว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย”⁶⁵ (Margin of Judgement - latitude de jugement) กับในขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจหรือที่เรียกกันว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ”⁶⁶

การจำแนกประเภทของดุลพินิจในลักษณะนี้เป็นวิธีหลักในการพิจารณาเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยถ้าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย ก็เรียก ดุลพินิจวินิจฉัยหรือถ้าดุลพินิจอยู่ในส่วนของผลของกฎหมาย ก็เรียกดุลพินิจตัดสินใจ⁶⁷ ซึ่งดุลพินิจทั้งสองประเภทมีลักษณะ ดังนี้

ดุลพินิจวินิจฉัย เป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วยถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว (Indefinite Concepts) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ และวิญญูชน (Reasonable Man) อาจเข้าใจความหมายกว้างแคบแตกต่างกันออกไปได้ เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะปล่อยให้

⁶⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้อำนาจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3: 44.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43-46.

การวินิจฉัยปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องนั้นเป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดุลพินิจประเภทนี้จึงเรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” (Margin of Judgement - latitude de jugement)

ดุลพินิจตัดสินใจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง คืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ หากสมควรจะออกคำสั่งแล้วสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงการจำแนกประเภทของดุลพินิจดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าเป็นกรณีเดียวกับการจำแนกดุลพินิจโดยการพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย หรืออยู่ในส่วนของผลทางกฎหมายตามแนวคิดของเยอรมัน⁶⁸ โดย “ดุลพินิจตัดสินใจ” นั้น ก็คือ ดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายของบทบัญญัติ (Ermessen auf der Rechtsfolgeseite) และ “ดุลพินิจวินิจฉัย” ก็คือดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบทางกฎหมายของบทบัญญัติ (Beurteilungsspielraum) นั่นเอง

2.3 ขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้ศึกษาถึงที่มาของอำนาจดุลพินิจแล้วปรากฏว่า แหล่งที่มาที่สำคัญของอำนาจดุลพินิจมาจากการให้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ⁶⁹ หรือเรียกได้ว่าอำนาจดุลพินิจมีแหล่งที่มาจากกฎหมายนั่นเอง และนอกจากนี้ยังมีแนวคำพิพากษาของศาลที่มีส่วนในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน ดังนั้น ในการศึกษาถึงขอบเขตในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องศึกษาจากถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งสามารถพิจารณาถ้อยคำดังกล่าวได้ โดยใช้โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการแยกพิจารณาถ้อยคำในกฎหมาย และศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาล

⁶⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 259-278.

⁶⁹ หัสวุฒิ วิจิตรวิญกุล, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองในประเทศออสเตรเลีย,” วารสารนิติศาสตร์ 20,1 (มีนาคม 2533): 128.

2.3.1 พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจ

โดยสามารถพิจารณาถ้อยคำจากบทบัญญัติของกฎหมายได้จากโครงสร้างของบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเกณฑ์ ดังนี้

2.3.1.1 โครงสร้างของกฎหมายในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

เมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้ว ลักษณะของถ้อยคำในกฎหมายจะบัญญัติไว้ในลักษณะที่ไม่เฉพาะเจาะจงประเภทที่จะต้องนำมาขยายความ โดยให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายด้านรวมกัน (Normative concept)⁷⁰ ซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง เช่น การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อากาศที่ขำรุคทรุดโทรมหรือมีสภาพเป็นที่น่ารังเกียจ การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรืออาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ เป็นต้น แต่ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องวางหรือมีกฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมาตรการทั่วไปในการวินิจฉัยด้วยเหตุนี้ ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้จึงอาจพิจารณาได้จากกฎเกณฑ์ของการประเมินความหมาย หรือมาตรฐานทั่วไปที่ฝ่ายปกครองได้วางไว้

2.3.1.2 โครงสร้างของกฎหมายในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

เมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ ลักษณะของถ้อยคำในกฎหมายจะใช้คำว่า “มีอำนาจ” เช่น ตามมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดังต่อไปนี้... ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการเลือกผลทางกฎหมายได้หลายอย่าง

⁷⁰ Normative concept เป็นถ้อยคำที่แสดงออกถึงคุณค่าบางอย่างบางประการ โดยฝ่ายปกครองจะต้องประเมินคุณค่านั้น และจากการประเมินนี้ ผู้ประเมินแต่ละคนรวมทั้งวิญญูชนอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปว่าสิ่งใดสิ่งหนึ่งอยู่หรือไม่อยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้น ซึ่งหมายความว่ามีความเห็นที่ชอบด้วยเหตุผลมากกว่าหนึ่งความเห็นขึ้นไป

หรือคำว่า “มีสิทธิ” ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 กำหนดให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นที่อยู่ภายในเขตที่ดินตามแผนที่เพื่อกระทำการกิจกรรมเท่าที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อทำการสำรวจ... ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติกำหนดเนื้อหาของการกระทำในกรณีเฉพาะเรื่องไว้

หรือคำว่า “อาจ...” ตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 กำหนดว่า... ในกรณีที่เห็นว่าจำเป็นอาจมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมหยุดประกอบกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนจนกว่านายทะเบียนจะเห็นว่าผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมได้ดำเนินการแก้ไขสภาพเช่นว่านั้น... ซึ่งในกรณีนี้ก็ไม่ใช่เป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมหยุดประกอบกิจการเมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ยังมีคำว่า “สามารถ” หรือ “ควรจะ” ที่เป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ แต่ในทางตรงกันข้ามหากกฎหมายใช้คำว่า “ต้อง” หรือ “ให้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอ” เช่น

ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 กำหนดให้เมื่อได้รับจดทะเบียนสมรสหรือหย่าโดยความยินยอม นายทะเบียนต้องออกไปสำคัญแสดงการจดทะเบียนนั้นมอบให้ฝ่ายลงทะเบียนโดยไม่เรียกเก็บค่าธรรมเนียม

ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดให้ในกรณีที่การก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารที่ขออนุญาตนั้นมีลักษณะหรืออยู่ในประเภทที่ได้กำหนดเป็นวิชาชีพวิศวกรรมควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพวิศวกรรม...ถ้าวิศวกรหรือสถาปนิกผู้รับผิดชอบในการนั้นตามที่ระบุไว้ในคำขอมิได้เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ... ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอนั้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นเป็นเพียงข้อสังเกตเบื้องต้นเท่านั้น ฝ่ายปกครองใช้อำนาจจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจประกอบด้วย จึงจะสามารถทราบได้อย่างแน่นอนว่ากฎหมายดังกล่าวให้อำนาจดุลพินิจแก่

ฝ่ายปกครองหรือไม่⁷¹ แต่ทั้งนี้การบัญญัติใช้ถ้อยคำเหล่านี้ต้องมีความรู้สำนึกและมีวิชาการอยู่เบื้องหลังด้วย มิฉะนั้น การพิจารณาหรือการตีความถ้อยคำเหล่านี้มาเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองคงไม่สามารถกระทำได้⁷² โดยเฉพาะการพิจารณาขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีที่ถูกกฎหมายใช้ถ้อยคำตามตัวอย่างข้างต้นนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองทั้งเป็นอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างและอำนาจดุลพินิจอย่างแคบ โดยกรณีที่เป็นอำนาจดุลพินิจอย่างกว้าง เช่น การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “สามารถจะ...” หรือ “มีอำนาจ” ซึ่งการบัญญัติถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวถือว่าไม่ได้กำหนดมาตรฐานการใช้ดุลพินิจไว้ ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาจากกรณีเฉพาะรายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และไม่ถูกจำกัดด้วยหลักเกณฑ์พิจารณาทั่วไป ส่วนกรณีดุลพินิจในความหมายอย่างแคบ เช่น การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำว่า “ควรจะ” ซึ่งการบัญญัติถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวโดยปกติแล้ว ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น เว้นแต่จะมีเหตุพิเศษเฉพาะเรื่องจริงๆ จึงจะสามารถใช้อำนาจดุลพินิจชนิดนี้ได้

ต่อมาจะได้พิจารณาถึงกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง โดยถ้าฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของการกระทำด้วย ซึ่งถ้อยคำในกฎหมายจะมีลักษณะ ดังนี้

1. กำหนดเนื้อความของการกระทำตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไป ให้ฝ่ายปกครองเลือกเนื้อความให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น กรณีที่มีการกระทำผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการผู้ใด กฎหมายได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจลงโทษทางวินัยสามารถเลือกเนื้อความในการที่จะสั่งลงโทษว่าจะสั่งภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือน ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ ตามมาตรา 103 และมาตรา 104 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 หรือกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดคนหนึ่งดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม กฎหมายได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถ

⁷¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3: 44.

⁷² กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” บทบัญญัติ 42: 55.

เลือกเนื้อความว่า สมควรจะออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต โดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิด ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เป็นต้น

2. กำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกเนื้อความของการกระทำได้เองภายในขอบเขตที่กำหนด โดยกฎหมายที่ให้อำนาจมิได้กำหนดเจาะจงว่าเนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง เช่น ในกรณีฉุกเฉินเมื่อมีสาธารณภัย ภัยทางอากาศ หรือการก่อวินาศกรรมเกิดขึ้น และยังไม่มีการป้องกันหรือระงับให้ทันทั่วถึง ให้พนักงานป้องกันภัยมีอำนาจจัดการใดๆ และสั่งให้บุคคลใดๆ เข้าช่วยเหลือเท่าที่จำเป็นเพื่อขจัดภัยเช่นว่านั้นไปพลางก่อนได้ ตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522 ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายมิได้กำหนดว่าจะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งการโดยมีเนื้อความเจาะจงอย่างไร แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อความของการกระทำเองตามความจำเป็น โดยมีอำนาจจัดการใดๆ และสั่งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเข้าช่วยเหลืออย่างไรๆ เพื่อขจัดสาธารณภัยต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้วมักจะมิได้กำหนดข้อความที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำมาประกอบการพิจารณา หรือกฎหมายมิได้วางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจไว้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายประเภทดังกล่าวแล้ว ทำให้เห็นได้ว่าฝ่ายปกครองจะมีขอบเขตของอำนาจดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวาง และในทางปฏิบัติในหลายกรณีฝ่ายปกครองก็ยังคงใช้อำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางด้วย

2.3.2 พิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าแนวคำพิพากษาของศาลเป็นสิ่งที่แสดงถึงขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ โดยในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนั้น ฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ โดยขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองซึ่งในกรณีของขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ แม้โดยถ้อยคำที่ใช้กำหนดเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุจะไม่สามารถแสดงออกซึ่งขอบเขตของอำนาจดุลพินิจได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลมีส่วนในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจในส่วนนี้เช่นกัน เช่น ตัวอย่างของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีเกี่ยวกับสถานภาพของบุคลากรในมหาวิทยาลัย ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่า บุคลากรที่มีผลการประเมินการทดลองการปฏิบัติราชการไม่น่าพอใจจะต้องถูกปลดออกจากการเป็นบุคลากรในมหาวิทยาลัย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏ

ว่า มีผู้ทดลองปฏิบัติราชการที่มีผลการประเมินไม่น่าพอใจ จึงไม่ได้รับการบรรจุ แต่ผู้ทดลองปฏิบัติราชการดังกล่าวเห็นว่าผลการทดลองปฏิบัติราชการของตนเป็นที่น่าพอใจแล้ว จึงนำคดีมาฟ้องศาล แต่ศาลพิพากษายกฟ้องโดยเห็นว่าการประเมินนี้ไม่อาจนำมาฟ้องศาลได้ เพราะเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁷³

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงค่อนข้างกว้างขวาง กล่าวคือ ในกรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับการประเมินคุณภาพของบุคลากรที่ทดลองปฏิบัติราชการเพื่อตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบุคลากรดังกล่าวเข้ารับราชการได้แต่เพียงผู้เดียว โดยศาลไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบข้อเท็จจริงในส่วนที่เป็นคุณภาพการทดลองปฏิบัติราชการของบุคลากรผู้นั้นเลย

ในทางตรงกันข้ามในบางกรณีศาลได้ขยายอำนาจในการควบคุมฝ่ายปกครองอันเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในบางครั้งทำให้ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ เช่น ศาลปกครองฝรั่งเศสในกรณีของกฎหมายเกี่ยวกับป่าไม้ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีเกษตรในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เอกชนหักล้างถางพงในที่ดินของตนเอง ถ้าปรากฏว่าการสงวนไว้ซึ่งต้นไม้ในที่ดินนั้นมีความจำเป็นต่อการรักษาสภาพสมดุลทางชีววิทยาของภูมิภาค เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า เจ้าของที่ดินแปลงหนึ่งซึ่งตั้งอยู่ทางตอนเหนือของประเทศฝรั่งเศสยื่นคำขออนุญาตหักล้างถางพงในที่ดินของตนเอง ซึ่งรัฐมนตรีเกษตรเห็นว่า การสงวนต้นไม้ในที่ดินนั้นมีความจำเป็นต่อการรักษาสภาพสมดุลทางชีววิทยาของภูมิภาค จึงเห็นสมควรไม่อนุญาตให้หักล้างถางพง ซึ่งศาลพิพากษาว่าคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีถูกต้องแล้ว⁷⁴

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลเข้าไปตรวจสอบการวินิจฉัยของรัฐมนตรีในประเด็นของข้อเท็จจริงที่ว่า ที่ดินพิพาทดังกล่าวมีความจำเป็นต้องรักษาสภาพสมดุลทางชีววิทยาของภูมิภาคหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้อาจเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง แต่อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาถึงเหตุผลที่ศาลให้ประกอบด้วยว่าศาลกล่าวถึงในส่วนที่เป็นดุลพินิจของรัฐมนตรีเกษตรมากนักน้อยเพียงใด มิฉะนั้นจะเท่ากับว่าศาลไม่สามารถควบคุมขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของ

⁷³ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ (CE, 27 juillet 1979), อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 64-65.

⁷⁴ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ (CE, 6 février 1981), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

ฝ่ายปกครองได้เลย ซึ่งหลักเกณฑ์ในการควบคุมขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของศาล ตามที่ได้เคยมีผู้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้น จะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

ส่วนการกำหนดขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็น ผลของกฎหมายนั้น มีตัวอย่างดังนี้

คำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการโอนและการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ว่า การโอนและการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ จะต้องได้รับอนุญาตจาก ผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดไว้ อย่างกว้างขวาง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดอนุญาตตามคำขอของผู้ร้อง แต่ศาลเห็นว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์โดยปริยายที่จะขัดขวางการเก็งกำไรจากการซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น ศาลจึงมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งอนุญาตของผู้ว่าราชการจังหวัดที่อนุญาต ให้มีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่เห็นว่าเป็นการเก็งกำไร⁷⁵

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลได้จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในอันที่จะพิจารณาอนุญาตหรือไม่ อนุญาตให้โอนหรือซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยถ้าการ โอนหรือการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์รายใด มีลักษณะเป็นการเก็งกำไร ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องปฏิเสธไม่อนุญาต ส่วนการ โอนหรือการซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีลักษณะเป็นการเก็งกำไร ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องพิจารณาอนุญาต ซึ่งเท่ากับว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลงจนไม่มีอำนาจดุลพินิจในกรณีนี้เหลืออยู่เลย

คำพิพากษาที่ยกขึ้นเป็นตัวอย่างข้างต้นนี้เป็นเพียงตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึง ขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งในส่วนการ ให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงและ ดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย โดยทั้งสองส่วนย่อมมีความสัมพันธ์กับโครงสร้างของ บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาทั้งสอง ส่วนประกอบกันเป็นสำคัญ โดยกรณีจะได้ศึกษาวิธีการพิจารณาของศาลจากแนวคำพิพากษาของ ศาลปกครองทั้งศาลปกครองไทยและต่างประเทศที่จะแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้กำหนด ขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในบทต่อไป

⁷⁵ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ (CE, 9 juillet 1943), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

บทที่ 3

ขอบเขตการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในต่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่าดุลพินิจ ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับขอบเขตในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองมาแล้วในบทก่อน จะเห็นได้ว่าหลักการทั้งในด้านแนวคิด การกำหนดขอบเขตของศาลในเชิงทฤษฎี และการสร้างหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญและมีอิทธิพลต่อการพัฒนาแนวคิดและการพัฒนานำมาปรับใช้กับศาลปกครองไทยเป็นอย่างมาก และส่วนใหญ่ล้วนมีที่มาจากต่างประเทศ โดยประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการวางหลักเกณฑ์ต่างๆ ดังกล่าวก็คือ ประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส

ดังนั้น ในบทนี้จะได้อธิบายถึงขอบเขตในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองของต่างประเทศ โดยมีศาลปกครองของประเทศเยอรมัน (Verwaltungsgericht) และศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) เป็นกรณีที่น่าสนใจเปรียบเทียบ โดยเชื่อมโยงความสัมพันธ์ของกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องที่ให้อำนาจศาลในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าว

3.1 ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ยึดหลักการอยู่ภายใต้กฎหมาย (Gesetzesbindung) มาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 19 โดยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในมาตรา 20 (3) ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz – GG)¹ หรือรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ที่บัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่บัญญัติกฎหมายของต้องบัญญัติกฎหมายหรือกระทำการให้เป็นไปตามกฎหมายพื้นฐานนี้ ส่วนองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรตุลาการก็ต้องปฏิบัติตามให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวจึงสามารถตีความหมายได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย แต่ในความเป็นจริงย่อมเป็นการยากที่จะบัญญัติเงื่อนไขในรายละเอียดของการกระทำทางปกครองไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองนั้นๆ และด้วยหลักการที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวทำให้ในศตวรรษที่ 19

¹ มาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

(3) ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกระทำการโดยผูกพันกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน ส่วนฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการถูกผูกพันโดยกฎหมายและต้องปฏิบัติตามด้วยความยุติธรรม

การที่ฝ่ายปกครองจะเข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปเกี่ยวข้องกับสิทธิหรือประโยชน์ตามกฎหมายของประชาชนนั้น จะต้องมิกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น เว้นแต่จะเป็นกรณีของการกระทำที่ ให้ประโยชน์ จึงจะไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐยังได้ยอมรับว่าแม้จะมีหลักการกระทำทางปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย แต่กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองนั้น ก็ไม่ได้บัญญัติแต่เพียงส่วนที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิของประชาชนที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดแต่เพียงอย่างเดียว แต่กฎหมายยังได้บัญญัติในลักษณะที่มีการคาดการณ์ล่วงหน้าถึงความจำเป็นของฝ่ายปกครองที่อาจต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อันมีลักษณะเป็นเงื่อนไขที่คาดว่าจะอาจเกิดขึ้นได้ และนอกจากนี้การที่กฎหมายได้คาดการณ์ล่วงหน้าออกมาในรูปแบบของการกำหนดเงื่อนไขนี้เอง ยังทำให้ประชาชนสามารถรู้ถึงสิ่งที่อาจจะต้องเกิดขึ้นต่อตนเอง อันเนื่องมาจากการกระทำตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง อีกทั้งยังเป็นการยากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามามีบทบาทในการกำหนดรายละเอียดในกฎหมายให้กับฝ่ายปกครอง ซึ่งมีกิจกรรมและมีรายละเอียดที่หลากหลายแตกต่างกันไปตามหน้าที่ของแต่ละหน่วยงาน ดังนั้น จึงทำให้เป็นการยากที่จะควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ครอบคลุมในทุกๆ รายละเอียดของการกระทำได้ด้วยวิธีการบัญญัติกฎหมาย แต่จะง่ายกว่า ถ้าเปลี่ยนเป็นควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแทน และสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐยอมรับนี้เองที่ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้ง่ายขึ้น และลดปัญหาการปรับใช้กฎหมายที่เป็นไปด้วยความยากลำบาก²

ส่วนการที่ศาลปกครองจะเข้ามาควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เพียงใดนั้น ก่อนอื่นในเบื้องต้นจำเป็นที่จะต้องเข้าใจอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองเยอรมัน โดยสังเขปเสียก่อน จึงจะสามารถอธิบายถึงขอบเขตในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์ในการนำมาเปรียบเทียบกับหลักการควบคุมของศาลปกครองไทยในบทต่อไป

² Michel Fromont et Alfred Rieg, *Introduction au droit Allemand*, Tome II Droit public – droit pénal, 1^{er} éd.

(Paris: Cujas, 1984), p. 152.

3.1.1 หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อศาลปกครองเยอรมัน (Verwaltungsrechtsweg)

ขอบเขตของศาลปกครองเยอรมันในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้นมีกฎหมายที่สำคัญและมีบทบาทในการกำหนดกระบวนการใช้สิทธิทางศาล เงื่อนไขการใช้สิทธิทางศาล ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขทางวิธีสบัญญัติ รวมถึงการตรวจสอบในทางสารบัญญัติที่สำคัญ และเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่มีผลต่อขอบเขตของศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น กฎหมายที่กล่าวถึงนี้เรียกว่า กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) ซึ่งนอกจากกฎหมายฉบับดังกล่าวจะรวบรวมทั้งหลักสารบัญญัติในทางกฎหมายปกครองและวิธีสบัญญัติในคดีปกครองแล้ว ในขณะเดียวกันยังเป็นกฎหมายที่อาจนำหลักการในกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักในทางสารบัญญัติของกฎหมายปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยในคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งด้วย³

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวจะพบว่า หลักทั่วไปในการฟ้องคดีพิพาททางปกครองต่อศาลปกครอง (Verwaltungsrechtsweg) อยู่ในมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการนำคดีข้อพิพาททางปกครองไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง โดยบัญญัติว่า

(1) ประโยคที่หนึ่ง ข้อพิพาททุกประเภทตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ คู่กรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าวมีสิทธินำคดีข้อพิพาทนั้นไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ ดังนี้ เมื่อกฎหมายของสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ข้อพิพาทดังกล่าวตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลประเภทอื่น

ประโยคที่สอง ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนซึ่งอยู่ในขอบเขตของ “กฎหมายของมลรัฐ” อาจตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลประเภทอื่นก็ได้ เมื่อ “กฎหมายของมลรัฐ” ได้บัญญัติไว้ให้ศาลดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าว

(2) ประโยคที่หนึ่ง สิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินจาก “กรณีที่ทรัพย์สินต้องถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ (aus Aufopferung für das gemeine Wohl)” และจาก

³ Hufen Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht (München: 1994), อ้างถึงใน บรรณเจ็ด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 1.

“กรณีเกี่ยวกับเรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สิน โดยรัฐตามกฎหมายมหาชน” และสิทธิเรียกร้องในเรื่องค่าเสียหายจากการที่ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน ซึ่งสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเหล่านี้ไม่ใช่กรณีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ให้คดีฟ้องร้องเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องเหล่านี้ อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ประโยชน์ที่สอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นตาม (2) นี้ ไม่กระทบถึงบทบัญญัติพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำคดีเรื่องการเรียกร้องทดแทนค่าเสียหายทางทรัพย์สินจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”⁴

โดยในอนุมาตรา 1 ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายดังกล่าวเป็นการวางหลักทั่วไปในการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองว่า คดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาททุกประเภทตามกฎหมายมหาชน ซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยหลักแล้วให้นำไปฟ้องร้องต่อ “ศาลปกครอง” ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การที่ มาตรา 40 แห่งกฎหมายดังกล่าววางหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไปในการนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่าคดี หรือคำฟ้องประเภทใดบ้างที่สามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองนั้น จึงทำให้มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ค.ศ. 1960 เป็นข้อกำหนดทั่วไป

⁴ § 40 (Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges) VwGO

(1) Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

(2) Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts sowie über den Rechtsweg bei Ausgleich von Vermögensnachteilen wegen Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte bleiben unberührt.

ในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง (sog. Verwaltungsgerichtliche Generalklausel)⁵ โดยสามารถแยกองค์ประกอบสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้ 3 ประการ⁶ คือ

ประการที่หนึ่ง กรณีจะต้องเป็นเรื่องข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมาย (Rechtstreitigkeit) กล่าวคือจะต้องเป็นกรณีเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือการโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งองค์กรศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว (d.h. für die Streitigkeiten um die Akte der vollziehenden Gewalt, die die Gerechte nach rechtlichen Maßstäben überprüfen können.)⁷ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ วัตถุประสงค์หรือประเด็นของข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งจะต้องเป็นเรื่องของปัญหาที่มีความเกี่ยวพันกันกับกฎหมายเท่านั้น (Gegenstand des Streites muss damit eine Frage von rechtlicher Relevanz sein.)⁸

ประการที่สอง ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายนั้นจะต้องเป็นข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน (Rechtstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art) ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้บัญญัติบทนิยามหรือให้ความหมายของข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชนไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะปล่อยให้เป็นที่หน้าที่ของศาลและนักวิชาการในการเสนอความเห็นทางวิชาการเพื่อให้คำอธิบายความชัดเจนในเรื่องนี้⁹

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ทั่วไปที่นักวิชาการส่วนใหญ่จะนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน ก็โดยวิธีพิจารณาว่าการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมหาชน

⁵ Rennert, Klaus, in : Eyermann / Fröhler, Verwaltungsgerichetsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 1, S. 153; Vgl. BVerwGE 15, 43. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545) หน้า 60.

⁶ Pensri, Wongsaree, “Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in Deutschland und Thailand (การนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศไทย)”, B.I.1, S.11, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁷ อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน.

⁸ Rennert, Klaus, in : Eyermann / Fröhler, Verwaltungsgerichetsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 8, S. 155, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

⁹ BT-Drucksache III / 55, S. 30” Oertzen, Han-Joachim von, in : Redeker / v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 6, S. 110-111, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

(Wenn sie nach Maßgabe des öffentlich Rechts zu beurteilen ist)¹⁰ หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความหมายของข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชนครอบคลุมถึงกรณีข้อพิพาททั้งหลายซึ่งการพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของกรณีข้อพิพาทต่างๆ เหล่านั้น จะต้องนำกฎหมายมหาชนมาใช้ (Der Begriff der öffentlich rechtlichen Streitigkeiten erfaßt alle Fälle, in denen um Rechtsfolgen gestritten wird, die sich aus der Anwendung öffentlichen Rechts ergeben.)¹¹ นอกจากนี้ เพื่อให้การพิจารณาให้ความหมายของคำว่า “ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชน” มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง¹² และนักกฎหมาย¹³ เห็นว่า สมควรพิจารณาจาก ลักษณะธรรมชาติของนิติสัมพันธ์ (Natur des Rechtsverhältnisses) ที่ปรากฏตามสิทธิเรียกร้องซึ่งคู่กรณีนำมาใช้อ้างเพื่อฟ้องร้องต่อศาล หรือเป็นการแยกลักษณะความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนนั่นเอง

ประการที่สาม ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชนนั้น จะต้องไม่ใช่ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Rechtstreitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art) ซึ่งโดยหลักแล้วข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายทางกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน แต่มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ค.ศ. 1960 ได้บัญญัติให้ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายตามกฎหมายพื้นฐานนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยข้อพิพาทดังกล่าว ได้แก่ ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgane) ซึ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐบาลของสหพันธ์ รัฐบาลของมลรัฐ ประธานรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น หรือได้แก่ ข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาวินิจฉัย โดยการตีความหรือการนำบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตัดสินคดี¹⁴

¹⁰ Kopp, Ferdinand, O., in : Kopp / Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40, Rdnr. 6, S. 158, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน.

¹¹ Sommermann, Karl-Peter, Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit, III 1, S. 31, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน.

¹² BVerwGE 27, 314/315; 38, 1/4; 87, 115/119; 89, 281/282; 96, 71/73, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน.

¹³ Oertzen, Han-Joachim von, in : Redeker / v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, § 40, Rdnr. 6, S. 111, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน.

¹⁴ BVerwGE 24, 272/279; 36, 218/228; 50, 124/130; 60, 162/172; 80, 355/357; Vgl. Rennert, Klaus, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

แต่อย่างไรก็ตาม คดีพิพาททางปกครองหรือข้อพิพาททางกฎหมายมหาชน อาจจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองก็ได้ เมื่อมีกฎหมายเฉพาะ ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายของ สหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐที่ได้บัญญัติไว้โดยให้คดีพิพาทหรือข้อพิพาทดังกล่าวอยู่ใน เขตอำนาจของศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลปกครอง เช่น ศาลยุติธรรม หรือ ศาลปกครองพิเศษ เช่น ศาลพาณิชย์ (Finanzgerichte) ศาลสังคม (Sozialgerichte) หรือศาลสิทธิบัตรของสหพันธ์ (Bundespatentgericht)¹⁵ เป็นต้น เช่น กรณีการฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องการเรียกค่าเสียหายในความผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 839 แห่งประมวล กฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) ได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้นำคดีข้อพิพาทดังกล่าว ไปฟ้องยังศาลยุติธรรม หรือกรณีของการฟ้องเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากการถูกเวนคืน ทรัพย์สิน มาตรา 14 อนุมาตรา 3 ประโยคที่ 4 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว บัญญัติให้ฟ้องคดีเกี่ยวกับ ข้อพิพาทในเรื่องนี้ต่อศาลยุติธรรม โดยมีข้อสังเกตว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะ ในประเด็นเรื่องของ จำนวนเงินค่าทดแทนเท่านั้น ส่วนประเด็นข้อพิพาทที่ว่า การเวนคืน อสังหาริมทรัพย์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ยังคงอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของ ศาลปกครอง¹⁶ เป็นต้น

นอกจากนี้ มาตรา 40 อนุมาตรา 2 ประโยคที่ 1 แห่งประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 เอง ก็ได้บัญญัติให้ข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนบางลักษณะ จะต้องนำไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจาก กรณีที่ทรัพย์สินต้องถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือจากกรณีที่เกี่ยวข้องกับการดูแลรักษา ทรัพย์สิน โดยรัฐตามกฎหมายมหาชน¹⁷ และข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องทั้งหลายเหล่านี้จะต้อง ไม่ใช่กรณีเกี่ยวกับเรื่องของสัญญาทางปกครอง เนื่องจากข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่เกิดขึ้น

¹⁵ Pensri WONGSAREE, "Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in Deutschland und Thailand (การนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศไทย)", B.III.2, S.16-17; Vgl. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, § 11, Rdnr.72, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁶ Pensri WONGSAREE, เพิ่งอ้าง, B. III. 2. (C), S. 18; Vgl.BVerwGE 77, 295; BGHZ 95, 28; Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, § 11, Rdnr.77, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

¹⁷ ตัวอย่างของกรณีที่เกี่ยวข้องกับการดูแลรักษาทรัพย์สินโดยรัฐตามกฎหมายมหาชน เช่น การที่เจ้าหน้าที่ (ตำรวจ) ดูแลรักษาทรัพย์สินที่ยึดมาได้จากการกระทำผิดตามกฎหมายตำรวจ โปรดดู เพ็ญศรี วงศ์เสรี, "หลักที่สำคัญของกระบวนการ วิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน (Grundzüge des deutschen Verwaltungsgerichtsprozesses)", S. 13, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

มาจากสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องจากการผิดสัญญาที่ดี หรือการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ให้ถูกต้องตามสัญญาที่ดี สิทธิเรียกร้องต่างๆ เหล่านี้จะต้องนำไปฟ้องต่อศาลปกครองเท่านั้น¹⁸

ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในมาตราดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น จะต้องเป็นกรณีเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือการโต้แย้งเกี่ยวกับการกระทำที่ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ ถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ของศาลปกครองก็คือ การตรวจสอบและควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และในส่วนของ การกระทำทางปกครองนี้เอง ที่จะมีเรื่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดการกระทำ ทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีรวมอยู่ด้วย ซึ่งในประการต่อมาจะได้อธิบายหลักเกณฑ์ และวิธีการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง และความหมายของการกระทำ ทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน เพื่อนำไปสู่การพิจารณาว่า ศาลมีขอบเขตในการวินิจฉัย หรือไม่เพียงใดในประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

3.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง

คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt-VA) ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 35 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz -VwVfG) ค.ศ. 1976 โดยได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า คำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งใดๆ คำวินิจฉัย หรือ มาตรการของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจกระทำการเฉพาะเรื่องในแต่ละกรณี ภายในขอบเขตของ กฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงให้เกิดผลทางกฎหมายออกสู่ภายนอก และในส่วนของ คำสั่งทั่วไปที่จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องมีผลโดยตรงต่อกลุ่มบุคคล หรือมีลักษณะ เป็นการทั่วไป หรือเกี่ยวข้องกับเรื่องทางกฎหมายมหาชน และเป็นการใช้อำนาจที่มีผลต่อมหาชนในวงกว้าง

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติ มาตรา 35 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังกล่าวแล้ว เห็นว่า คำจำกัดความของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน อันที่จริงแล้ว คำจำกัดความดังกล่าวนี้ มีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส (l'acte administrative) และยังไม่พบว่ามีการบัญญัติคำนิยามเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีนักกฎหมาย

¹⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2546), หน้า 59-62.

ของเยอรมันได้ค่อยๆ พัฒนาให้เข้ากับหลักการของประเทศเยอรมันเอง เมื่อประมาณปี ค.ศ. 1826 ซึ่งคำจำกัดความของ “คำสั่งทางปกครอง” นี้ เริ่มมาจากคำสั่งที่รวมทั้งคำสั่งตามกฎหมายเอกชน และคำสั่งตามกฎหมายมหาชน แล้วจึงค่อยปรับเปลี่ยนมาเป็นคำสั่งเฉพาะในทางกฎหมายมหาชน โดยการที่จะกำหนดให้คำสั่งใดจะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลปกครองจะเป็นผู้ตีความ จนกระทั่งต่อมาได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 35 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1976¹⁹

คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมันสามารถจำแนกประเภทตามลักษณะของคำสั่งของฝ่ายปกครองได้ ดังนี้²⁰

1. คำสั่งที่มีผลเป็นการร้องขอให้กระทำการ การให้ยับยั้งการกระทำ (befehrend) เช่น คำสั่งของตำรวจ (Polizeiliche Verführenbescheid) หรือการเรียกให้ชำระภาษี (Steuerbescheid)
2. คำสั่งที่มีผลเป็นการก่อกำเนิดสัมพันธ์ เช่น การโอนสัญชาติ (Einbürgerung) การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง (Ernennung)
3. คำสั่งที่เป็นผลมาจากประกาศอันเนื่องมาจากสถานการณ์พิเศษ (feststellend) เช่น ผลของการให้สถานภาพ เช่น ผลของการให้สัญชาติ (Staatsangehörigkeit) หรือผลของการให้สิทธิ
4. คำสั่งที่มีผลเป็นการให้สิทธิ ประโยชน์ตามคำร้องขอ (begünstigend) เช่น การอนุญาต (Erlaubnis) หรือการให้สิทธิ (Konzession)
5. คำสั่งที่มีผลเป็นการเพิกถอนสิทธิประโยชน์ (belastend) เช่น การปฏิเสธ หรือการยกเลิก เพิกถอนการอนุญาตหรือการให้สิทธิ
6. คำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร (Baugenehmigung) ย่อมมีผลกระทบต่อผู้อยู่อาศัยข้างเคียง เป็นต้น

¹⁹ Mahendra P. Singh, *German administrative law in common law perspective*, 2nd ed.(Springer : 2001), p.63.

²⁰ Howard Fisher, *The German legal system & legal language*, 3rd ed. (cavendish : 2002), pp.160-161.

ศาลปกครองมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปศาลจะตรวจสอบใน 2 ส่วน คือ การตรวจสอบรูปแบบของคำสั่งทางปกครองและการตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง

3.1.2.1 การตรวจสอบรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

รูปแบบของคำสั่งทางปกครองในที่นี้ คือ อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครอง (Behörde) หน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครอง (Zuständig) ที่จะกระทำการตามกฎหมาย และกระบวนการ (Verfahren) ที่นำมาสู่คำสั่งทางปกครองที่มีผลออกสู่ภายนอก โดยที่ศาลจะตรวจสอบรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง โดยตั้งประเด็นในการตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองนั้นต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้น (Behörde) และเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบ (Zuständig) ที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ และตรวจสอบว่า กระบวนการหรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลออกไปสู่ภายนอกนั้น เป็นกระบวนการ (Verfahren) ที่ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งทั้งหมดนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่า รูปแบบของคำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบที่ถูกต้องหรือไม่ โดยถ้าครบองค์ประกอบทั้งสามประการ ก็สรุปได้ว่า รูปแบบของคำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบที่ถูกต้อง

3.1.2.2 การตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง

สำหรับขั้นตอนนี้จะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง โดยศาลปกครองมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองนั้น เป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง และเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (Rechtmäßigkeit der Verwaltung) ประกอบกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานที่ไม่ขัดกับกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับกันแล้วหรือไม่ หรือคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีฐานของกฎหมายรองรับแล้วหรือไม่ ซึ่งถ้าปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้างต้น ก็จะสามารทำให้คำตอบในปัญหาของความชอบด้วยเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติของคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นๆ หรือไม่²¹

²¹ Ibid., p.160.

เมื่อศาลตรวจสอบได้ผลเป็นไปตามองค์ประกอบทั้งสองส่วนข้างต้นแล้ว ศาลจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.1.3 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

การตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองเยอรมันนั้น ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้โดยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 113 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง²² ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยบัญญัติไว้เป็นการทั่วไป และในมาตรา 114 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน²³ ได้บัญญัติให้อำนาจศาลเป็นลายลักษณ์อักษรในการตรวจสอบการใช้

²² มาตรา 113 (1) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ค.ศ. 1960

(1) หากคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งดังกล่าวละเมิดสิทธิของโจทก์ ให้ศาลยกเลิกคำสั่งทางปกครอง และคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (ถ้ามี) ถ้าคำสั่งทางปกครองนั้นได้บังคับการในทางปกครองไปแล้ว ในกรณีนี้หากมีคำร้องขอ ศาลอาจพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อยกเลิกการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว การยกเลิกการบังคับอนุญาตให้ได้เฉพาะกรณีที่ทางราชการอยู่ในฐานะที่จะกระทำได้และปัญหาดังกล่าวได้ทำการวินิจฉัยแล้ว ถ้าคำสั่งทางปกครองใดได้สิ้นสุดลงก่อนแล้วไม่ว่าโดยการยกเลิกหรือโดยวิธีการอื่นใดก็ตาม ในกรณีนี้หากมีคำร้องขอ ศาลอาจพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากโจทก์มีผลประโยชน์อันชอบธรรมในการพิสูจน์ยืนยันซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

§ 113 (1) [Urteile bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen] VwGO

(1) Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf. Ist der Verwaltungsakt schon vollzogen, so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen, daß und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Dieser Ausspruch ist nur zulässig, wenn die Behörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif ist. Hat sich der Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.

²³ มาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ค.ศ. 1960 บัญญัติว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบหมายให้สามารถใช้อดุลพินิจได้ ศาลปกครองชอบที่จะควบคุมตรวจสอบได้ว่าการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หรือการละเว้นการออกคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย (rechtswidrig) หรือไม่ หรือเนื่องมาจากมีการใช้อดุลพินิจเกินไปกว่าขอบเขตหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือเนื่องจากการใช้อดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น

§ 114 [Nachprüfung von Ermessensentscheidungen] VwGO

Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยให้ศาลตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองที่ดี หรือการปฏิเสธ หรือการละเว้นไม่ออกคำสั่งทางปกครองที่ดีเป็นการขัดกับกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากมีการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมาย หรือมีการใช้ดุลพินิจโดยวิธีการที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง และนอกจากนี้ยังมีมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการได้ตามดุลพินิจ (ได้รับมอบหมายให้สามารถใช้ดุลพินิจ) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น และอยู่ภายในขอบเขตแห่งกฎหมายของการใช้ดุลพินิจนั้นด้วย²⁴ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 นั้น จะเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมาย หรือมีการใช้ดุลพินิจโดยวิธีการที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง โดยจะมีความสอดคล้องกับกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการให้อำนาจนั้นและต้องเป็นการใช้ดุลพินิจที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

อย่างไรก็ตามแม้ประเทศเยอรมันจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าว บัญญัติเงื่อนไขของการใช้อำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยมีการบัญญัติเงื่อนไขในการที่ศาลจะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ศาลปกครองเยอรมันก็ยังมีอำนาจที่จะสร้างแนวบรรทัดฐานในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวได้ ทั้งนี้โดยศาลจะต้องพิจารณาตีความสำหรับการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายให้อำนาจและการใช้ดุลพินิจนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายว่ามีความหมายครอบคลุมถึงกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีเพียงใด ซึ่งกรณีนี้มีข้อสังเกตว่าการใช้อำนาจในการสร้างแนวบรรทัดฐานดังกล่าวของศาลปกครองเยอรมันซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil law ก็ไม่มีความแตกต่างจากศาลของประเทศในระบบ Common Law แต่อย่างใด²⁵

Gebrauch gemacht ist. Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.

²⁴ § 40 Ermessen (VwVfG)

Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

²⁵ Singh, *German administrative law in common law perspective*, pp.155-156.

จากถ้อยคำในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรม และ มาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองดังกล่าว ทำให้มีปัญหาคือต้องพิจารณาต่อไปว่า การใช้อำนาจดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายให้อำนาจนั้นและการใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมีความหมายหรือมีขอบเขตเพียงใด และศาลปกครองสามารถเข้าไปตรวจสอบได้เพียงใด และนอกจากนี้ เมื่อพิจารณาขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ยังมีข้อพิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งถือเป็นอำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบสาเหตุในกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาต่อไป

ดังนั้น ในประการต่อมาจะได้พิจารณาถึงขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยพิจารณาจากขั้นตอนการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นเกณฑ์ ซึ่งแยกเป็น 2 ส่วน คือ การตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนของการเลือกใช้ผลของกฎหมาย และการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย

3.1.3.1 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนของการเลือกใช้ผลของกฎหมาย (Rechtsfolgesite)

เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นที่ยอมรับอยู่ทั่วไปว่าเป็นการใช้ในขั้นตอนที่อยู่ในส่วนของผลของกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบสาเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น ตัวอย่างการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรม ค.ศ. 1960 ในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีฟ้องให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นการตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำภายในเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ แต่มิได้เป็นการตรวจสอบว่า มาตรการของฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองไม่สามารถที่จะใช้ดุลพินิจของศาลไปแทนที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้

ส่วนกรณีของการฟ้องให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ศาลไม่อาจวินิจฉัยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองได้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และฝ่ายปกครองยังมีทางเลือกอื่นๆ สำหรับการตัดสินใจ ซึ่งทางเลือกดังกล่าวล้วนอยู่ในขอบเขต ตามมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ค.ศ. 1960 ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลจึงสามารถตรวจสอบได้ เพียงว่า เงื่อนไขของข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบกฎหมาย สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีนั้นๆ มีอยู่ครบถ้วนหรือไม่ หรือตรวจสอบว่าการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีการใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือไม่ หรือตรวจสอบว่าการนิ่งเฉยไม่ออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ ถ้ากรณีที่ศาลตรวจสอบแล้วมีปัญหาในเรื่องดังกล่าว ในกรณีนี้ศาลย่อมวินิจฉัยให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้นได้ หรือวินิจฉัยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจมีหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ศาลวินิจฉัย ตามมาตรา 113 (4) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ค.ศ. 1960²⁶ และกรณีดังกล่าวข้างต้นย่อมนำมาใช้กับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายได้ด้วยเช่นกัน²⁷ ซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

ส่วนเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “การใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย” ซึ่งปรากฏชัดเจนในมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองเพื่อปฏิบัติภารกิจของตนตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจไว้ กรณีจึงมีผลให้ดุลพินิจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองนั้น ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้ดุลพินิจนั้น และนอกจากนี้ยังต้องจำกัดการตีความหมายของการใช้ดุลพินิจภายใต้วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นๆ อีกด้วย ดังนั้น หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวของกฎหมายจะมีผลให้เป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่อง (Ermessensfehlerhaft) ส่วนผลที่ตามมาก็คือทำให้การกระทำที่มาจากการใช้ดุลพินิจนั้น

²⁶ § 113 (4) [Urteile bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen] VwGO

(4) Kann neben der Aufhebung eines Verwaltungsakts eine Leistung verlangt werden, so ist im gleichen Verfahren auch die Verurteilung zur Leistung zulässig.

²⁷ BVerwGE 39, 203; 59, 215; 62, 3365, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพ : สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 39.

เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองสามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองให้เคารพต่อขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของตนได้

ส่วนการใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องดังกล่าวไม่ได้มีความหมายเพียงแก่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่คำนึงถึงขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น แต่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่มีเหตุมาจากการเลือกปฏิบัติ หรือกรณียังมีการตัดสินใจอย่างอื่นที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่า ซึ่งยังคงไม่เกินขอบเขตของกฎหมายนั้น เป็นการใช้อำนาจโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายและถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องเช่นกัน เพียงแต่กรณีไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาและควบคุมโดยศาลปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามการพิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายโดยตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการเลือกสิ่งที่ดีกว่า หรือมีเหตุผลมากกว่าภายใต้หลายสิ่งที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่สามารถเลือกสิ่งไหนก็ได้โดยล้วนเป็นการใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมายทั้งสิ้นนั้น เป็นอำนาจการตรวจสอบของฝ่ายปกครองเองก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ การพิจารณาตรวจสอบของศาลปกครอง ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับมาตรา 68-1 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 ซึ่งได้บัญญัติให้อำนาจการตรวจสอบและเพิกถอนดังกล่าวของฝ่ายปกครองไว้ว่า ก่อนที่ศาลจะพิจารณาเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองใด การกระทำทางปกครองนั้นจะต้องถูกตรวจสอบในชั้นแรกมาก่อนการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องผ่านการตรวจสอบดังกล่าว หรือในกรณีต่อไปนี้ (1) การกระทำทางปกครองนั้นเกิดจากอำนาจของผู้มีอำนาจสูงสุดในระดับสหพันธรัฐ หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในแต่ละมลรัฐ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวต้องได้รับการตรวจสอบก่อน... เป็นต้น ศาลปกครองจึงทำหน้าที่เพียงตรวจสอบและควบคุมให้การกระทำทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายในแต่ละกรณี (Zweckmässigkeit) โดยในส่วนของการควบคุมการใช้ดุลพินิจ โดยเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่าดังกล่าวอยู่ในขอบเขตและเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องตรวจสอบและเพิกถอนก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล²⁸

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าศาลปกครองก็มิได้ปฏิเสธการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่า เพียงแต่ให้เป็นหน้าที่

²⁸ Hartmut Maurer, *Droit administratif Allemand*, traduit par Michel FROMONT (Paris: L.G.D.J, 1994),

ของฝ่ายปกครองที่จะต้องตรวจสอบและเพิกถอนก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทชั้นศาล กรณีจึงมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำใดบ้างที่ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาดหรือบกพร่อง

ตามกฎหมายปกครองเยอรมัน ได้มีการจำแนกการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาดหรือบกพร่องไว้ โดยอาจมีการเรียกชื่อแตกต่างกันไป ดังนี้

1. การใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบเขต (Ermessensüberschreitung)
2. การไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ (Ermessensunterschreitung)
3. การใช้อำนาจดุลพินิจบกพร่อง (Ermessensmissbrauch) หรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน (Ermessensfehlgebrauch)
4. การใช้อำนาจโดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายพื้นฐานและหลักกฎหมายปกครองทั่วไป²⁹

1. การใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบเขต (Ermessensüberschreitung)

การใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบเขตเป็นกรณีฝ่ายปกครองเลือกใช้ผลของกฎหมายนอกขอบเขตของอำนาจที่มีตามกฎหมาย เช่น ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการเรียกเก็บภาษีในอัตรา 60 DM. ทั้งที่กฎหมายให้อำนาจเรียกเก็บได้ในช่วงอัตราตั้งแต่ 20-50 DM. เท่านั้น เป็นต้น หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย เช่น กระทำการเกินกว่าข้อจำกัดอย่างสูงที่กฎหมายบัญญัติให้ทำได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องความแตกต่างเพียงเล็กน้อยของการใช้อำนาจ โดยอาจเกิดจากการตัดสินใจออกคำสั่งโดยไม่พิจารณาไตร่ตรองบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้รอบคอบ เช่น การใช้อำนาจในการรับดูแลเก็บค่าธรรมเนียมการจอดรถจากเจ้าของรถที่นำรถไปจอดในที่สาธารณะ เป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจตามกฎหมายจราจร ซึ่งกฎหมายดังกล่าวต้องการจะควบคุมดูแล สภาพการจราจร และนอกจากนั้นยังมีได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการให้บริการจอดรถ³⁰

²⁹ Ibid., pp.133-135.

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (34 BVerwGE 241.), อ้างถึงใน Singh, German administrative law in common law perspective, p.156.

2. การไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ (Ermessensunterschreitung)

การไม่ใช้อำนาจดุลพินิจเป็นกรณีที่เมื่อฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจ ไม่ว่าจะมิสาเหตุมาจากการที่ฝ่ายปกครองไม่ตั้งใจหรือประมาท หรือการไม่ใช้อำนาจดุลพินิจอันเกิดจากการละเลย หรือคิดว่าตนเองไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ และไม่ว่าฝ่ายปกครองจะต้องการใช้หรือไม่ต้องการใช้อำนาจดังกล่าวก็ตาม ย่อมถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่ออำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องผูกพันที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจ เช่น กฎหมายให้อำนาจตำรวจในการพิจารณาสั่งให้โบสถ์ระงับการตีระฆังในช่วงเช้าเป็นเวลา 1 ชั่วโมง เนื่องจากถือเป็นช่วงเวลาที่เป็นการรบกวนต่อผู้ที่อาศัยอยู่ในบริเวณดังกล่าว แต่ปรากฏว่าตำรวจมิได้ใช้อำนาจพิจารณามีคำสั่งดังกล่าวเลย เนื่องจากเกรงว่าจะเป็นการกระทำละเมิด³¹ หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่เข้าใจว่ามีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามความเป็นจริงไม่มีข้อจำกัดดังกล่าวอยู่³² เช่น เจ้าหน้าที่เข้าใจว่ามีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะแล้ว เป็นต้น

สำหรับกรณีการไม่ใช้ดุลพินิจนี้ มีข้อสังเกตว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจสามารถเยียวยาได้ โดยถ้าได้มีการใช้ดุลพินิจนั้น ก่อนที่กระบวนการโต้แย้งคัดค้านการกระทำทางปกครองที่พิพาทที่เกิดก่อนการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะสิ้นสุดลง แต่ทั้งนี้ต้องไม่หลังจากกระบวนการวินิจฉัยข้อโต้แย้งคัดค้านดังกล่าวสิ้นสุดลง³³

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BverwGE, t.15,p.196,199 ; t.31, p. 212-213.), อ้างถึงใน Hartmut Maurer, *Droit administratif Allemand*, traduit par Michel FROMONT, pp.133-134.

³² BVerwGE 15, 199; 23; 122; 40, 244; 48, 84; 68, 120; DVBI 1984, 532; BVerfG 9, 137 München DVBI 1973, 962; NJW 1985, 1042; W31 II d), อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ, *รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*, หน้า 43.

³³ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (48 BverwGE 81, 84.) Also Wolff, Bachof, above note 4 at 200, อ้างถึงใน Singh, *German administrative law in common law perspective*, p.158.

3. การใช้อำนาจดุลพินิจบกพร่อง(Ermessensmissbrauch) หรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน (Ermessensfehlgebrauch)

การใช้อำนาจดุลพินิจบกพร่องหรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำทางปกครองไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งความบกพร่องในลักษณะนี้เกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจที่มากเกินไปเมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์กับการใช้อำนาจกระทำการ กรณีจึงถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่สมควร และถือว่าเป็นการไม่เคารพต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่เหมาะสม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือฝ่ายปกครองต้องพิจารณาประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนอย่างรอบด้านแล้วจึงใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า การใช้ดุลพินิจบกพร่องจะเป็นสิ่งที่ยากที่จะจัดจำแนกรูปแบบได้อย่างชัดเจนและไม่ได้มีเพียงการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นลักษณะหนึ่งของการใช้อำนาจดุลพินิจบกพร่อง³⁴ ซึ่งสามารถอธิบายลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าวได้ดังตัวอย่างเช่น อำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมายผังเมืองมีว่า เจ้าหน้าที่สามารถจะรื้อถอนอาคารที่สร้างขึ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมายผังเมือง ซึ่งคำสั่งรื้อถอนอาคารดังกล่าว จะถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการควบคุมให้อาคารต้องมีใบอนุญาตก่อสร้างตามกฎหมายเท่านั้น และควบคุมการก่อสร้างให้เป็นไปตามใบอนุญาตไม่ขัดต่อกฎหมายผังเมือง ซึ่งหมายถึงการควบคุมการก่อสร้างอาคารให้ถูกต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายผังเมืองนั่นเอง³⁵ โดยจากตัวอย่างจะเห็นได้ว่าการใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวต้องตามบทบัญญัติมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษปกครอง ซึ่งศาลปกครองจะสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ยังมี การใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนในลักษณะอื่นๆ อีก เช่น การใช้อำนาจดุลพินิจที่มาจากความประสงค์ที่ไม่เหมาะสม

³⁴ Singh, *German administrative law in common law perspective*, p.159.

³⁵ Hartmut Maurer, *Droit administratif Allemand*, traduit par Michel FROMONT, p.133.

ถูกต้องตามสถานการณ์ ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือเกิดจากเจตนาที่ไม่บริสุทธิ์ หรือเกิดจากการพิจารณาที่ไม่ตรงประเด็นกับข้อเท็จจริงที่ใช้อำนาจดุลพินิจนั้น เป็นต้น

ตัวอย่างการใช้อำนาจดุลพินิจบกพร่องหรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน เช่น ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจในกรณีของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่มีได้แสวงหาข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และข้อเท็จจริงนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่หรือเป็นข้อเท็จจริงที่ขาดความแน่นอนชัดเจน³⁶

กรณีการปฏิเสธการต่อใบอนุญาตซึ่งที่ผ่านมาใบอนุญาตดังกล่าวได้รับการต่อมาโดยตลอดโดยไม่มีปัญหาแต่อย่างใด การปฏิเสธการต่อใบอนุญาตโดยมิได้คำนึงถึงความสุจริตของบุคคลที่ขอต่อใบอนุญาต³⁷ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

กรณีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการวางแผนก่อสร้างที่เป็นโครงการขนาดใหญ่โดยมิได้คำนึงถึงพื้นที่อื่นที่เป็นทางเลือกที่ได้มีการเสนอมา ซึ่งพื้นที่ที่เสนอมา มีความเหมาะสมกว่าดีกว่าพื้นที่ที่ได้รับการพิจารณา³⁸ กรณีย่อมเป็นการพิจารณาอย่างบกพร่อง

นอกจากนี้ ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ปราศจากเหตุผลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 39 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 หรือตามระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift) หรือตามหลักกฎหมายทั่วไป (allgemeine Rechtsgrundsätze) ในกรณีเหล่านี้ย่อมถือว่าเป็นการวินิจฉัยที่มีความบกพร่องในเรื่องการใช้ดุลพินิจ³⁹

การใช้ดุลพินิจที่เป็นไปตามกรอบหรือแนวทางที่กำหนดไว้โดยมิได้พิจารณาถึงสถานการณ์พิเศษเฉพาะเรื่องในข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง ซึ่งจะต้องได้รับการคำนึงถึงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและการประเมินข้อเท็จจริงขององค์ประกอบของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจเช่นนี้ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่บกพร่อง⁴⁰ เช่น ในกรณีของการวางผัง

³⁶ BVerwGE 3, 279; BGHZ 21, 260; 23, 43; Kassel, DVBI 1964, 689, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หน้า 42.

³⁷ DÖV 1979, 294; BVerfG DÖV 1978, 918; Weber, DÖV 1978, 371, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

³⁸ BVerwGE 69, 256; DÖV 1985, 790; München Bay VBI 1981, 481, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

³⁹ Lüneburg NJW 1984, 167, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁴⁰ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE 52, 85), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

ซึ่งจะต้องกระทำต่อบุคคลเป็นจำนวนมาก กรณีถือว่าเจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลพินิจอย่างเพียงพอ หากเจ้าหน้าที่ในการวางผังได้คำนึงถึงผลประโยชน์ที่สำคัญในลักษณะทั่วไป⁴¹ แต่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นถึงขนาดต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่มีลักษณะเฉพาะในกรณีใดกรณีหนึ่ง⁴² เว้นแต่ในขอบเขตของการวางผังนั้นมีข้อเท็จจริงในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องในกรณีนั้นมีความสำคัญเป็นพิเศษ⁴³ กรณีนี้เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ในเรื่องนั้นด้วย

กรณีที่ศาลปกครองเยอรมันไม่ยอมรับการที่ศาลจรรยาได้วินิจฉัยให้ยึดใบอนุญาตขับขี่ตามการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองสำหรับผู้ขับขี่ที่ฝ่าฝืนกฎจราจรที่เป็นความคิดไม่ร้ายแรงเพียงครั้งเดียว โดยที่ผู้ขับขี่ผู้นั้นมิได้มีประวัติการเกิดอุบัติเหตุบนท้องถนนมาเป็นเวลานานแล้ว กรณีจึงถือเป็นการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน⁴⁴

กรณีการใช้อำนาจดุลพินิจของตำรวจที่ปฏิบัติต่อนักการเมือง กล่าวคือ เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจตำรวจเป็นพิเศษในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยให้กับนักการเมือง โดยที่กฎหมายให้อำนาจเพียงแก่เตือนถึงความไม่ปลอดภัยที่อาจเกิดขึ้นได้เท่านั้น กรณีจึงต้องใช้มาตรการในการดูแลรักษาความปลอดภัยบุคคลดังกล่าวอย่างเท่าเทียมกับประชาชนทั่วไป ดังนั้น ถ้าตำรวจใช้มาตรการใดเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยสำหรับนักการเมืองเป็นพิเศษ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน แต่กรณีที่ไม่ว่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือบิดเบือน คือ การพิจารณาใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยยึดหลักการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องทางการเงินเป็นอันดับแรก ซึ่งกรณีหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการเงินแล้วการตัดสินใจใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับเรื่องนั้น ตามกฎหมายเยอรมันกลับยอมรับในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษได้ ดังนั้น กรณีการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองจึงไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจบกพร่องหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน เช่น การยกเลิกคำสั่งให้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง (Leistungsbescheid) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางการเงินของรัฐ

⁴¹ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE 45, 315), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

⁴² NJW 1979, 878 = DÖV 1979, 410; NJW 1981, 241 = Bay VBI 1980, 440, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁴³ München Bay VBI 1983, 123, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE, t. 36, p. 119, 120 et s.), อ้างถึงใน Hartmut Maurer,

หากฝ่ายปกครองเห็นว่าการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวจะทำให้รัฐเสียหาย ย่อมใช้ดุลพินิจพิจารณายกเลิกได้ ไม่ถือเป็นการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน ซึ่งแตกต่างจากการใช้อำนาจของตำรวจในการใช้มาตรการป้องกันความปลอดภัยให้นักการเมืองเป็นกรณีพิเศษที่กฎหมายให้อำนาจเพียงการเตือนเท่านั้น หากใช้มาตรการใดเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยสำหรับนักการเมืองเป็นพิเศษ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน เป็นต้น

ต่อมาเป็นตัวอย่งที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งได้แก่ กรณีที่มีการชุมนุมเกิดขึ้นนั้น กฎหมายอาจมิได้บัญญัติเงื่อนไขการใช้ดุลพินิจอย่างชัดเจนเพียงพอสำหรับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้วตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจในการสลายการชุมนุมหรือไม่ก็ได้ แต่ในบางกรณีอาจต้องใช้อำนาจสลายการชุมนุมเนื่องจากไม่ต้องการให้มีการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองหรือให้แสดงความคิดเห็นได้อย่างจำกัดเท่านั้น ซึ่งเป็นแนวคิดที่ตรงข้ามกับขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และแน่นอนว่าการใช้ดุลพินิจสลายการชุมนุมดังกล่าว ย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่บกพร่องหรือไม่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน⁴⁵

นอกจากนี้ ในบางตำรายังมีข้อสังเกตสำหรับการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนอีกว่าการใช้ดุลพินิจบกพร่องดังกล่าวมิได้สองรูปแบบ คือ การใช้ดุลพินิจบกพร่องทางอัตวิสัย และการใช้ดุลพินิจบกพร่องทางภาวะวิสัย โดยการใช้ดุลพินิจบกพร่องทางอัตวิสัยเกิดจากการละเมิดหรือละเลยหรือฝ่าฝืนหลักกฎหมายพื้นฐานหรือหลักกฎหมายอื่น เช่น หลักความเสมอภาค หลักความชอบด้วยเหตุผล หลักความได้สัดส่วน หรือหลักกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาศาล เป็นต้น ส่วนการใช้ดุลพินิจบกพร่องทางภาวะวิสัยเกิดจากการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือไม่สอดคล้องกับเรื่องที่พิจารณา⁴⁶

ส่วนหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่ากรณีใดเป็นการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนนั้น ได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจบกพร่องดังกล่าวเพื่อสร้างความเสมอภาคในการพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจบกพร่องซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายพื้นฐานที่จะได้กล่าวถึงในข้อต่อไป

⁴⁵ Hartmut Maurer, *Droit administratif Allemand*, traduit par Michel FROMONT, p.134.

⁴⁶ Singh, *German administrative law in common law perspective*, p. 155.

4. การใช้อำนาจโดยฝ่ายอื่นหลักกฎหมายพื้นฐานและหลักกฎหมายปกครองทั่วไป

การกระทำทางปกครองต้องไม่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายพื้นฐานและหลักกฎหมายปกครองทั่วไป หรือการกระทำทางปกครองต้องตั้งอยู่บนหลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หรือหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismässigkeit) ซึ่งทั้งสองหลักดังกล่าวเป็นหลักการสำคัญหลักการหนึ่งที่ใช้จำกัดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะไม่ฝ่าฝืนต่อหลักกฎหมายพื้นฐานและหลักกฎหมายปกครองทั่วไปดังกล่าว แต่ก็ยังคงต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมายหรือเป็นการใช้ดุลพินิจบกพร่องหรือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ประกอบด้วย

ตัวอย่างหลักกฎหมายในกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน เช่น หลักความเสมอภาค (Gleichheitsgrundsatz) ตามมาตรา 3-1⁴⁷ แห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อกรณีที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน กรณีจึงถือเป็นการจำกัดตนเองของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจ (Selbstbindung der Verwaltung) ซึ่งย่อมรวมถึงการจำกัดการใช้ดุลพินิจด้วย

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าบทบัญญัติอื่นในกฎหมายพื้นฐานจะต้องไม่ขัดแย้งซึ่งกันและกันในการควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งตามที่มาตรา 3 – I แห่งกฎหมายพื้นฐาน ได้กล่าวถึงการให้หลักความเสมอภาคในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่สำหรับกรณีการใช้อำนาจดุลพินิจในการเนรเทศชาวต่างชาติที่สมรสกับชาวเยอรมันออกนอกประเทศนั้น ตามมาตรา 6-1⁴⁸ แห่งกฎหมายพื้นฐาน ยังคงให้อำนาจฝ่ายปกครองพิจารณาเป็นรายกรณีไป⁴⁹

⁴⁷ มาตรา 3 แห่งกฎหมายพื้นฐาน

1) บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย

⁴⁸ มาตรา 6 แห่งกฎหมายพื้นฐาน

1) การแต่งงานและครอบครัวได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากรัฐ

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE, t. 42, p. 133.) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGE, t. 51, p. 386, 396 et s.), อ้างถึงใน Hartmut Maurer, *Droit administratif Allemand*, traduit par Michel FROMONT, p.135.

ส่วนกรณีที่จะมีการใช้ดุลพินิจอนุญาตให้พรรคการเมืองพรรคใด พรรคหนึ่งในการติดป้ายประกาศโฆษณาหาเสียงได้นั้น ต้องเป็นไปตามมาตรา 5-⁵⁰ และมาตรา 21-⁵¹ แห่งกฎหมายพื้นฐาน ที่กำหนดให้แต่ละพรรคต้องได้รับการพิจารณาอย่างเท่าเทียมกันในการ ติดป้ายหาเสียงดังกล่าว⁵²

เมื่อพิจารณาลักษณะของการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือบกพร่อง ของฝ่ายปกครองในกรณีต่างๆ แล้ว จะเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองมีขอบเขตในการใช้ดุลพินิจแค่ไหน เพียงใดจึงจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีเฉพาะต่างๆ ดังนั้น ในการตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวของศาลปกครองจึงต้องพิจารณาว่า กรณีเป็นการใช้ดุลพินิจ ที่ผิดพลาดหรือบกพร่องตามความหมายข้างต้นหรือไม่ และการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องสัมพันธ์กับการกระทำในแต่ละกรณี และถ้าข้อเท็จจริงกับ การตัดสินใจใช้อำนาจดุลพินิจไม่สอดคล้องกัน ก็จะทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น ปัญหาที่สำคัญในการพิจารณาของศาลก็คือการพิจารณา เงื่อนไขที่เป็นรูปธรรมของสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจ แก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในแต่ละสถานการณ์ย่อมต้องมีช่วงของระดับการใช้อำนาจกระทำหน้าที่แตกต่างกัน โดยในแต่ละสถานการณ์ต่างๆ ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้น ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจกระทำ การต้องมีการให้เหตุผลที่มีความชัดเจนเพียงพอ ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วเหตุผลที่มีความชัดเจนเพียงพอนั้น อาจพอจะอนุมานได้ว่าเป็นกรณีที่ลำดับเหตุการณ์หรือลำดับเวลาที่มีความเป็นเหตุเป็นผล ไม่ขัดแย้งกัน เหตุผลในแง่ภูมิศาสตร์ เช่น การให้เหตุผลที่ไม่ขัดแย้งกันในเรื่องของสถานที่ สภาพภูมิประเทศและภูมิอากาศ โดยที่เหตุผลเหล่านี้จะต้องสัมพันธ์กับการให้เหตุผล ในทางกฎหมายด้วย ซึ่งได้แก่ ความหมายตามกฎหมาย แนวคำพิพากษาของศาล และสำหรับ

⁵⁰ มาตรา 5 แห่งกฎหมายพื้นฐาน

1) บุคคลมีสิทธิที่จะแสดงออกและโฆษณาโดยเสรี ซึ่งความเห็นของตนโดยการพูด การเขียน และรูปภาพ และมีสิทธิโดยเสรีที่จะแสวงหาข่าวสารให้แก่ตนเองจากแหล่งข่าวสารสาธารณะ เสรีภาพในการพิมพ์ และเสรีภาพในการรายงาน ข่าวโดยวิทยุกระจายเสียงและโดยภาพยนตร์ย่อมได้รับความคุ้มครอง จะมีการตรวจข่าวไม่ได้

⁵¹ มาตรา 21 แห่งกฎหมายพื้นฐาน

1) พรรคการเมืองมีส่วนในการก่อตัวของเจตนารมณ์ทางการเมืองของปวงชน การตั้งพรรคการเมือง ย่อมกระทำได้โดยเสรี

⁵² คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE, t. 36, p. 56.), อ้างถึงใน Hartmut Maurer,

สถานการณ์ต่างๆ ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้น แม้จะเป็นสิ่งที่ยากที่จะชี้เฉพาะเจาะจงได้ แต่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นย่อมต้องมีลักษณะเป็นรูปธรรม และสิ่งที่ศาลจะต้องคำนึงถึงในการพิจารณา ขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึง สิ่งต่อไปนี้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น ประโยชน์สาธารณะ สภาพสังคม เจตนาในการใช้อำนาจ การพิจารณา โดยคำนึงถึงสภาพการณ์ที่เป็นไปได้ การกระทำผิดซ้ำ ลักษณะของความเหมาะสม ความจำเป็น สถานการณ์พิเศษ สถานการณ์ในภาวะฉุกเฉิน ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาให้ความเป็นธรรม เป็นกรณีๆ ไป ผลของการใช้อำนาจทำให้เกิดผลที่ยังเลวร้ายลง การมีอคติ เป็นต้น

นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดยังเป็นการใช้ดุลพินิจ ที่เหมือนกันในทุกกรณี โดยไม่มีการพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี หรือเป็นการตัดสินใจ ใช้อำนาจที่มีระดับเดียวกันในทุกกรณี โดยไม่มีความแตกต่างสำหรับข้อเท็จจริงที่มีความแตกต่างกัน เพียงเล็กน้อยแต่สามารถมีระดับการใช้อำนาจดุลพินิจที่เหมาะสมได้ในระดับที่แตกต่างกัน ซึ่งไม่มีข้อยกเว้นแม้กระทั่งกรณีที่มีคำแนะนำหรือแนวปฏิบัติ โดยในส่วนของคำแนะนำและ แนวปฏิบัตินี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจกำหนดแนวทางของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเป็นการผูกพัน เจ้าหน้าที่ของรัฐเองหรือที่เรียกว่า การผูกพันตนเองของฝ่ายปกครอง (sog. Selbstbindung der Verwaltung) โดยอาจทำได้ 2 วิธี คือ ออกเป็นระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) หรือ โดยการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอของฝ่ายปกครองจนกลายเป็นแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง (eine ständige Verwaltungspraxis)

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่ากรณีที่มีคำแนะนำหรือแนวปฏิบัติก็ไม่ทำให้ เป็นกรณียกเว้นให้ฝ่ายปกครองไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ แต่โดยความเป็นจริงแล้วยังต้องพิจารณา ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ซึ่งกรณีดังกล่าวศาลปกครองเห็นว่า ในเรื่องของการปฏิบัติตามคำแนะนำ หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง โดยไม่มีการใช้ดุลพินิจเลยจะถูกแยกออกจากกรณีที่มีการใช้ ดุลพินิจที่ผิดพลาด ซึ่งเท่ากับว่าการใช้ดุลพินิจตามคำแนะนำ แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง ไม่ใช่ กรณีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดแต่อย่างใด ซึ่งการให้สิทธิในการฟ้องโต้แย้งกรณีที่ฝ่ายปกครองมิได้ ใช้ดุลพินิจตามคำแนะนำหรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง โดยมีการใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริง ในแต่ละกรณีไม่ได้หมายความว่า สนับสนุนให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไปในแนวทางเดียวกัน ในทุกกรณี หรือต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำแนะนำหรือแนวปฏิบัติของหน่วยงานเสมอไป แต่เพื่อให้มีการสร้างหลักการที่จะยกเว้นสำหรับในข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถใช้ดุลพินิจให้เหมือนกับ

กรณีอื่นที่ผ่านมาได้ และไม่สามารถปฏิบัติให้เหมือนแนวทางที่ได้วางไว้ได้⁵³ การใช้ดุลพินิจจึงไม่ใช่เพียงใช้ให้เป็นไปตามแนวปฏิบัติที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจนั้น แต่ต้องยึดหลักความเสมอภาค โดยต้องปฏิบัติต่อกรณีที่เหมือนกันไม่แตกต่างกันด้วย เช่น การที่เจ้าหน้าที่กระทรวงแรงงานได้ใช้อำนาจดุลพินิจโดยความเห็นชอบของกระทรวงเจ้าสังกัดที่มีผลต่อบรรดาลูกจ้างผู้ใช้แรงงาน โดยไม่เดินไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจนั้น ในกรณีนี้ศาลจะต้องตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจนั้นหรือไม่และการใช้ดุลพินิจเป็นไปตามหลักความเสมอภาคหรือไม่

ส่วนกรณีตัวอย่างที่ศาลเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักความเสมอภาค เช่น กรณีตามมาตรา 38 (2) แห่งกฎหมายคุ้มครองแรงงานเด็ก ซึ่งให้อำนาจผู้ควบคุมโรงงานเป็นพิเศษในการมีคำสั่งอนุญาตให้มีการจ้างแรงงานเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่างานดังกล่าวไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและพัฒนาการของเด็ก ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า กรณีที่หน่วยงานทางปกครองวางนโยบายทั่วไปว่าจะไม่อนุญาตให้มีการจ้างแรงงานเด็ก เนื่องจากได้มีการสร้างข้อยกเว้นที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ที่ต้องการคุ้มครองสุขภาพและพัฒนาการของเด็กเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁴

แต่สำหรับการปฏิเสธหลักการผูกพันตนเองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองมิได้เป็นการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคตามกฎหมายพื้นฐาน⁵⁵ เพราะกรณีจะเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคจะต้องเป็นระเบียบหรือแนวปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น การใช้ดุลพินิจที่แตกต่างไปจากระเบียบภายในฝ่ายปกครองก็ดีหรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองก็ดี โดยไม่มีเหตุผลที่อาจรับฟังได้ จึงจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาจะขอกกล่าวถึงผลอันเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งทำให้ประเทศเยอรมันพยายามที่จะลดการใช้อำนาจดุลพินิจลงให้เป็นศูนย์ (Ermessensreduzierung auf Null) ซึ่งหมายถึง ในกรณีที่จะมีการใช้ดุลพินิจในการเลือกกระทำการใด ในกรณีเฉพาะกรณีหนึ่ง จะมีการกระทำเดียวเท่านั้นที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

⁵³ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (6 BVerwGE 119, 127. Also (1980) NJW 75 (BVerwG)), อ้างถึงใน Singh, *German administrative law in common law perspective*, p.157.

⁵⁴ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (19 BVerwGE 87,92. Also (OVG Münster) [1973] DVBI 963), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 158.

⁵⁵ มาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐาน

ซึ่งก็เท่ากับว่าในกรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจเลย เช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ควบคุมอาคาร มีอำนาจดุลพินิจเต็มทีในการเข้าไปควบคุมดูแล ถ้าเจ้าของอาคารกระทำการใดๆ เกี่ยวกับอาคารโดยไม่ถูกต้อง (เช่น อาจต่อเติมผิดแบบ ก่อสร้างไม่ถูกต้องตามแบบ เป็นต้น) แต่ในกรณีที่การก่อสร้างอาคารที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อยู่อาศัยข้างเคียง เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ที่จะต้องเข้าไปควบคุมดูแล โดยเจ้าหน้าที่ไม่มีดุลพินิจในกรณีดังกล่าวเลย⁵⁶ หรือแม้ว่าอำนาจในการอนุญาตเป็นกรณีพิเศษในการใช้เส้นทางใดเป็นอำนาจดุลพินิจของตำรวจตามมาตรา 21 และ มาตรา 38 ของกฎหมายพื้นฐานฉบับชั่วคราวในหมวดว่าด้วย พรรคการเมือง การเลือกตั้ง แต่ตำรวจจะต้องอนุญาตให้พรรคการเมืองใช้เส้นทางต่างๆ เป็นกรณีพิเศษได้เฉพาะในช่วงเวลาที่มีการเลือกตั้งเท่านั้น⁵⁷ ในขณะที่หากไม่ใช่ช่วงเวลาดังกล่าว ตำรวจก็ยังคงมีดุลพินิจในการอนุญาตให้ใช้เส้นทางหรือไม่ก็ได้⁵⁸

เมื่อได้พิจารณาขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนการเลือกใช้ผลของกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเกิดขึ้นในส่วนโครงสร้างของบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าศาลต้องเคารพในการตัดสินใจในกรอบที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาปกครอง ค.ศ. 1960 ที่บัญญัติให้ศาลปกครองตรวจสอบได้แต่เพียงว่ากรอบที่กฎหมายวางไว้ในการใช้ดุลพินิจนั้นถูกละเมิดหรือไม่ หรือการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นไปโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการมอบอำนาจดุลพินิจดังกล่าวหรือไม่ แต่กรณียังมีปัญหาในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนของถ้อยคำที่ในบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (unbestimmte Rechtsbegriffe) ที่ปรากฏอยู่ในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยบางครั้งสิ่งที่เป็นลักษณะเฉพาะตลอดจนความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษของฝ่ายปกครองในการตีความหมายของถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวนั้น ในบางกรณีศาลปกครองปล่อยให้เป็นการวินิจฉัยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงดังกล่าว ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการยอมรับดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่เกิดในส่วนโครงสร้าง

⁵⁶ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (11 BVerwGE 92,97.), อ้างถึงใน Singh, German administrative law in common law perspective, p.158.

⁵⁷ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (47 BVerwGE 280, 283 and 56 BVerwGE 63.), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 159.

⁵⁸ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (56 BVerwGE 56.), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

บทกฎหมายในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือคุณพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย⁵⁹ ดังจะได้กล่าวต่อไป

3.1.3.2 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย (Tatbestandsseite หรือ Beurteilungsspielraum)

การตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายเป็นการตรวจสอบในส่วนของการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องของฝ่ายปกครองว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใด ซึ่งก็เป็นการตีความกฎหมายนั่นเอง แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริงๆ มาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมาย ซึ่งในส่วนนี้จะมีหน้าที่ศาลจะต้องตรวจสอบการตีความ “ถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง (unbestimmte Rechtsbegriffe)” โดยในกรณีนี้ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้โดยเทียบเคียงกับมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ค.ศ. 1960 ได้⁶⁰ เช่นกัน

ส่วนกรณีการตรวจสอบดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย (Beurteilungsspielraum) ตามความเห็นของเสียงข้างมากในปัจจุบันเห็นว่า ศาลสามารถทำการวินิจฉัยและตรวจสอบการประเมินข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่เป็น “ถ้อยคำบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง” ได้เฉพาะในกรณีต่อไปนี้⁶¹

1. กรณีเจ้าหน้าที่เข้าใจถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง ความหมายและวัตถุประสงค์ของการให้อำนาจฝ่ายปกครองผิดหรือไม่⁶² หรือเข้าใจขอบเขตของกฎหมายผิดหรือไม่⁶³ ตัวอย่างของความเข้าใจผิด เช่น เข้าใจผิดถึงวัตถุประสงค์ที่จะตรวจสอบ⁶⁴

⁵⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 264.

⁶⁰ วิษณุ วรรณุญ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หน้า 46.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52.

⁶² Lüneburg DVBI 1991, 1004 = NVwZ-RR 1991, 578, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หน้า 52.

2. กรณีตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นถูกต้องหรือสมบูรณ์หรือไม่⁶⁵ หรือมีปัญหาถึงความบกพร่องของการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือไม่⁶⁶ ตัวอย่างเช่น การประเมินการสอบในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการสอบ สิ่งที้อนุญาตให้นำเข้าห้องสอบ รวมทั้งภาระหน้าที่ที่ผู้เข้าสอบจะต้องทำ⁶⁷ นอกจากนี้ศาลยังตรวจสอบได้ว่าคำตอบที่ผู้สอบได้ตอบนั้นถูกหรือผิด หรืออย่างน้อยที่สุดเป็นคำตอบที่สมเหตุสมผลหรือไม่⁶⁸

3. กรณีการพิจารณาไต่ตรองของเจ้าหน้าที่ได้กระทำโดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องอื่นมาประกอบในการพิจารณาด้วยหรือไม่ หรือเป็นการพิจารณาไต่ตรองตามอำเภอใจหรือไม่ หรือเป็นการพิจารณาไต่ตรองโดยปราศจากเหตุผลหรือไม่⁶⁹ ในการพิจารณาว่าคำตอบนั้นผิดหรือถูกศาลจะต้องอาศัยความเห็นผู้เชี่ยวชาญ⁷⁰

⁶³ BVerwGE 39, 204; 68, 336; DVBI 1981, 497; 1982, 198; NVwZ 1982, 101; NJW 1983, 1108; 1984, 1248; NVwZ-RR 1990, 620; BGH NJW 1982, 1059, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁴ BVerwGE 78, 55 = NVwZ 1987, 977, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁵ BVerwGE 60, 245; 62, 340 = DBVI 1982, 29; 68, 337; 70, 143; 72, 315 = NVwZ 1986, 208; 73, 378; 77, 75 = DÖV 1987, 732 = BJW 1987, 1429 = NVwZ 1987, 592; DVBI 1981, 497; 1985, 1082 = DÖV 1986, 212 : NVwZ 1988, 836; 1989, 1168; NVwZ-RR 1990, 620, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁶ BSG NJW 1985, 699; 1987, 1441; BGH NJW 1982, 1059, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁷ BVerwGE 70, 147 = NVwZ 1985, 187; 73, 378; NJW 1984, 1248; Lüneburg DÖV 1982, 513; Thedieck DÖV 1982, 515, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁸ BVerfGE 84, 34 = NJW 1991, 2005 = BVBI 1991, 801 = Bay VBI 1991, 590 = JZ 1991, 1077; 84, 59 = NJW 1991, 2008 = DBVI 1991, 805 = Bay VBI 1991, 651 = JZ 1991, 1081, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁶⁹ BVerwGE 39, 355, 39, 209; 60, 245; 62, 340; 68, 337; 70, 335; 73, 378; NJW 1984, 1248; 1987, 1434; DVBI 1981, 497; NVwZ-RR 1990, 620; BVerfGE 39, 353; DVBI 1992, 147; München NJW 1976, 1851; BSG 34, 269 = NJW 1973, 344; 38, 298; NJW 1985, 699; BGH NJW 1982, 1059; BIH 122, 28; KG Berlin NJW 1979, 2575; Mannheim 13.9.1990, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

⁷⁰ BVerfGE 84, 55 = NJW 1991, 2005 = NJW 1991, 2005 = MDR 1991, 805 = JZ 1991, 1087 = Bay VBI 1991, 590, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

ในกรณีของความบกพร่องในเรื่องการวินิจฉัยข้อเท็จจริงก็ดี ความบกพร่องในเรื่องของกระบวนการก็ดี หรือความบกพร่องในการพิจารณาไต่ตรองและการประเมินซึ่งมิได้มีผลต่อผลของการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ ในกรณีเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา⁷¹

สำหรับกรณีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการตีความหมายของถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง ซึ่งในกรณีนี้มีปัญหาต้องพิจารณาว่า “ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่” โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีพิเศษที่ได้มอบหมายให้เจ้าหน้าที่เป็นผู้พิจารณา ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการตรวจสอบที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งเป็นองค์ประกอบพิเศษและมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ในกรณีนี้มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ความเห็นแรกเห็นว่าในเรื่องนี้อยู่นอกเหนือขอบเขตในทางกฎหมายที่จะพิจารณาได้⁷² ความเห็นที่สอง เห็นว่าบางกรณีเป็นเหตุการณ์ที่ไม่สามารถพิจารณาทำซ้ำอีกครั้งได้ เช่น การประเมินการสอบ และศาลเองก็ไม่อยู่ในความสามารถอย่างเพียงพอที่จะตัดสินใจในเรื่องเหล่านั้นได้⁷³ ความเห็นที่สาม เห็นว่าในกรณีที่มีข้อสงสัยศาลย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้อย่างสมบูรณ์⁷⁴

สำหรับการใช้ดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย (Beurteilungsspielraum) ที่ศาลสามารถตรวจสอบได้ในขอบเขตจำกัดเท่านั้น ตัวอย่างเช่น

1. การประเมินการสอบ⁷⁵ ซึ่งหากเป็นการฟ้องให้ประเมินการสอบใหม่ ในกรณีนี้ศาลอาจวินิจฉัยเพียงให้เจ้าหน้าที่กระทำการประเมินผลการสอบใหม่ แต่ศาลไม่อาจกำหนดผลเองได้ว่าผลของการประเมินควรจะเป็นอย่างไร

⁷¹ BVerfGE 84, 47, 57 = DVBI 1991, 805 = NJW 1991, 2008 = Bay VBI 1991, 651; BVerwG Buchh 421.0 Nr 45, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁷² München Bay VBI 1984, 753; Grupp, Jus 1983, 355, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

⁷³ BVerwGE 62, 336; DVBI 1981, 976; Ipsen, AöR 1982, 29; Tettinger, DVBI 1982, 421; Berlin NJW 1988, 364, Ule, DVBI 1973, 756, Bachof, JZ 1975, 287; Martens, JuS 1987, 103, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁷⁴ BVerwGE 12, 359; 15, 39, 282; 16, 154; 19, 128; 21, 127; 23, 194; 26, 74; 29, 280; 38, 105; BVerfGE 64, 279; BGH NJW 1982, 1058; 12, 359; 15, 39, Bachof, JZ 1955, 97; Kopp, DÖV 1966, 317, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁷⁵ BVerfGE 84, 34 = NJW 1991, 2005 = DVBI 1991, 961 = Bay VBI 1991, 590; Kopp, DBVI 1991, 989; Gury Jura 1991, 633; Pietzker JZ 1991, 1087; Rozek, NVwZ 1992, 343, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

2. การพิจารณาความสามารถในทางวิชาการ เพื่อให้เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาเอกโดยคณะกรรมการการศึกษาในระดับปริญญาเอก⁷⁶
3. การพิจารณาความเหมาะสมของข้าราชการหรือทหารสำหรับตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งหรือสำหรับภาระหน้าที่ใดภาระหน้าที่หนึ่ง⁷⁷
4. การพิจารณาว่าข้าราชการเป็นผู้ที่เคารพต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามหลักการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานหรือไม่⁷⁸
5. การพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องความสามารถในการทำหน้าที่รับราชการทหารของบุคคล⁷⁹
6. การพิจารณาความเหมาะสมของผู้ร่วมงานที่จะต้องทำงานอันเกี่ยวกับการรักษาความลับ⁸⁰
7. การพิจารณาความเหมาะสมของหนังสือที่จะใช้สำหรับการสอนของครู⁸¹
8. การพิจารณาภาพยนตร์โดยเจ้าหน้าที่ในการประเมินภาพยนตร์ว่าเป็นภาพยนตร์ที่ควรได้รับการสนับสนุนหรือไม่⁸²

⁷⁶ DÖV 1985, 79 = Bay VBI 1984, 503, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

⁷⁷ BVerwGE 11, 139; 21, 127; 6, 176; 62, 178; 83, 253 = DÖV 1987, 1074 = NVwZ 1988, 836, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน.

⁷⁸ BVerwGE 61, 186 = NJW 1981, 1386; 61, 199 = NJW 1981, 2683; BVerwGE 39, 354 = NJW 1975, 1644, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁷⁹ BVerwGE 31, 152; Bay VBI 1985, 123, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸⁰ Münster NVwZ 1985, 125 = NJW 1985, 283, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸¹ BVerwGE 61, 164 = DVBI 1981, 682; VRspr 25, 400; NVwZ 1984, 104, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸² BVerwGE 23, 194 = NJW 1966, 1286; Kassel DÖV 1986, 661 = NJW 1987, 1436, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน.

9. การพิจารณาหนังสือโดยเจ้าหน้าที่ตรวจสอบของสหพันธ์ว่าเป็นหนังสือที่เหมาะสมสำหรับเยาวชนหรือไม่⁸³

10. การพิจารณาว่าการจัดนิทรรศการหรือจัดงานเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือขัดกับบทบัญญัติอื่นๆ หรือไม่⁸⁴

11. การพิจารณาว่าบุคคลมีความสามารถในทางวิชาชีพสถาปัตยกรรมหรือไม่⁸⁵

12. ผู้สมัครมีความเหมาะสมที่จะเป็นนายหน้าซื้อขายหุ้นหรือไม่⁸⁶

13. งานศิลปะของศิลปินมีคุณภาพในงานศิลป์เพียงพอหรือไม่⁸⁷

14. ความสามารถในการรับนักศึกษาเข้าศึกษาในคณะของมหาวิทยาลัยได้ประเมินจำนวนอย่างถูกต้องหรือไม่⁸⁸

15. นักกฎหมายที่เข้าสอบการสอบของรัฐครั้งที่ 2 (das Staatsexamen) จะผ่านการสอบหรือไม่⁸⁹

16. เงื่อนไขการอนุญาตให้สอบใหม่เป็นครั้งที่ 2 มีอยู่หรือไม่⁹⁰

⁸³ BVerwGE 28, 223; 39, 197 = NJW 1972, 596, 1587; 39, 204, 211; DVBI 1982, 90; DÖV 1987, 732 = NJW 1987, 752, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸⁴ BVerwGE 64, 280 = NJW 1982, 664; 84, 317 = DÖV 1990, 708 = DVBI 1990, 702, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸⁵ BVerwGE 59, 215, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸⁶ BVerwGE 72, 195; Sendler Ule-FS 1987, 354, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸⁷ Lüneburg NJW 1983, 1218, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

⁸⁸ BVerwGE DVBI 1992, 145 = NVwZ 1992, 341, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁸⁹ Mannheim NJW 1987, 917, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹⁰ München Bay VBI 1986, 26, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

17. การพิจารณาว่าจำนวนแท่งซึ่งจำนวนเท่าใดที่จะมีผลกระทบต่อความสามารถในการทำหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการแท่งซึ่งในพื้นที่นั้น⁹¹

กรณีของการใช้ดุลพินิจในกรณีต่อไปนี้เป็นกรณีที่ศาลสามารถตรวจสอบได้อย่างสมบูรณ์โดยไม่มีข้อจำกัด ตัวอย่างเช่น

1. การตรวจสอบเหตุเดือดร้อนรำคาญต่อพื้นที่รอบข้างจากสนามกีฬา⁹²
2. ความจำเป็นในทางสังคมและทางวัฒนธรรมของประชาชน ความจำเป็นทางด้านศาสนา ความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจ, ความสำคัญของการคุ้มครองธรรมชาติและภูมิประเทศ⁹³
3. การกระทำอันใดอันหนึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดการรบกวนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมตามกฎหมายว่าด้วยตำรวจหรือไม่⁹⁴
4. การกระทำนั้นก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยต่อเส้นทางจราจรหรือไม่⁹⁵
5. การก่อสร้างทำให้เสียทัศนียภาพหรือไม่⁹⁶
6. “เหตุผลที่สำคัญ” ในการเปลี่ยนชื่อตามกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนชื่อมีอยู่หรือไม่⁹⁷
7. ข้อสงสัยที่จะทำให้เจ้าหน้าที่สามารถดักฟังโทรศัพท์ได้มีอยู่หรือไม่⁹⁸

⁹¹ BVerwGE 62, 242; 82, 205 = NJW 1990, 1376 = JuS 1990, 674, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹² BVerwGE 81, 200, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹³ BVerwGE 34, 301; 62, 86 = DVBI 1981, 979, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹⁴ DVBI 1980, 506, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹⁵ BayVBI 1982, 246, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹⁶ BVerwGE 2, 176 = NJW 1955, 1647; NVwZ 1984, 303, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹⁷ BVerwGE 40, 358; NJW 1981, 2174; Mannheim NJW 1991, 3297, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

⁹⁸ JZ 1991, 511; Münster DVBI 1983, 1020, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

8. การพำนักอาศัยของบุคคลต่างด้าวในประเทศจะทำให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของประเทศในความหมายของมาตรา 2 ของกฎหมายว่าด้วยบุคคลต่างด้าวหรือไม่⁹⁹

9. ผู้ที่มีหน้าที่รับราชการทหารมีความเหมาะสมหรือไม่¹⁰⁰

10. ระดับการศึกษาในต่างประเทศมีค่าเท่ากับการศึกษาภายในประเทศหรือไม่¹⁰¹

11. การรักษางานในทางสถาปัตยกรรมของอาคารโดยเหตุผลในทางประวัติศาสตร์และเหตุผลในทางศิลปะอยู่ในผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมหรือไม่¹⁰²

12. อาคารสถานมีคุณค่าที่จะได้รับการคุ้มครองให้เป็นโบราณสถานหรือไม่¹⁰³

13. มาตรการเพื่อทำให้เกิดความมั่นคงในการบริการสาธารณะต่อประชาชนเป็นความจำเป็นหรือไม่¹⁰⁴

14. การคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยกัมมันตภาพรังสีสอดคล้องกับสภาพการณ์ในทางวิชาการและสภาพการณ์ในทางเทคนิคหรือไม่ และเป็นความจำเป็นหรือไม่¹⁰⁵ แต่ในการตรวจสอบการตัดสินใจและการประเมินของฝ่ายปกครองนั้น จะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยที่ศาลจะอาศัยการประเมินข้อเท็จจริงของศาลไปแทนที่การประเมินของฝ่ายปกครองไม่ได้

⁹⁹ BVerwGE 66, 30, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁰ BVerwGE 31, 153, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰¹ München BayVBI 1984, 753, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰² DÖV 1966, 722; München Bay VBI 1979, 119, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰³ DÖV 1966, 123; Lüneburg NvwZ 1983, 231; München 32, 9; Koblenz DVBI 1984, 287, 407, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁴ Buchh 451. 54 Nr. 7, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁵ Mannheim 8.10.1975 X 351/75; aA BverfG 61, 115 = DVBI 1982, 944, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

15. กรณีจะมีผลกระทบทำให้เสียหายต่อสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการรบกวนจากมลภาวะ (BlmSchG) หรือไม่¹⁰⁶

16. อันตรายที่เกิดขึ้นจะก่อให้เกิดผลเสียหายที่สำคัญตามนัยของมาตรา 67 ประกอบกับมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการรบกวนจากมลภาวะ (BlmSchG) หรือไม่¹⁰⁷

17. เพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวม จำเป็นต้องกำหนดพื้นที่ในการคุ้มครองน้ำตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายว่าด้วยน้ำ (WHG) หรือไม่¹⁰⁸

18. การออกใบอนุญาตให้ประกอบอาชีพแพทย์เป็นการชั่วคราวอยู่ในผลประโยชน์ของการดูแลของแพทย์ที่มีต่อประชาชนหรือไม่¹⁰⁹

19. การปฏิเสธการรับราชการทหารเข้าเงื่อนไขสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่¹¹⁰

20. การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่¹¹¹

21. ผู้ขอถ้อยคำเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่¹¹²

¹⁰⁶ BVerwGE 55, 253; 71, 154 = Bay VBI 1985, 601; Bay BVI 1987, 662; Jarass DVBI 1983, 725; a A BVerwGE 24, 32; NJW 1978, 1450; Lüneburg NVwZ 1985, 357; Münster NJW 1976, 2360, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁷ BVerwGE 55, 253 = DVBI 1978, 591; a A Lünebrug DVBI 1985, 1323, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁸ Mannheim DVBI 1983, 638; a A München ZfW 1978, 295 = VRspr 29, 26 BVerwGE 45, 165, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

¹⁰⁹ BVerwGE 65, 22 = NJW 1982, 2621 BVerwGE 44, 22; 49, 309; 61, 50 = 1981, 1684; 69, 92; NVwZ 1982, 619, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁰ BVerwGE 44, 22; 49, 309; 61, 50 = 1981, 1684; 69, 92; NVwZ 1982, 619, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹¹¹ BVerwGE 64, 282; 71, 30; 84, 317; DÖV 1990, 708, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹¹² BVerwGE 26, 25; 39, 197 = NJW 1972, 596; 57, 130 = 1979, 2417; DÖV 1982, 745, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

22. ความจำเป็นโดยริบคว่นในการให้เชื่อมต่อกับสาธารณูปโภคของท้องถิ่นมีอยู่หรือไม่¹¹³ เป็นต้น

นอกเหนือจาก “ถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง (unbestimmte Rechtsbegriffe)” ที่ศาลสามารถตรวจสอบได้แล้ว ถ้อยคำซึ่งฝ่ายปกครองใช้ในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองที่ได้รับการพัฒนาจนกลายเป็นแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองก็ย่อมได้รับการตรวจสอบโดยศาลได้โดยสมบูรณ์เช่นกัน เท่าที่แนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองดังกล่าวมีขึ้นเพื่อทำให้การใช้กฎหมายเกิดเป็นรูปธรรมขึ้น¹¹⁴

ปัญหาต่อมาที่จะต้องพิจารณาในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ กรณีที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงซึ่งถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง (unbestimmte Gesetzesbegriffe und Beurteilungsspielraum)¹¹⁵ นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งในกรณีนั้นที่จริงแล้วย่อมไม่มีลักษณะของการให้มีดุลพินิจ และเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องผูกพันตามกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ (ius strictum) ซึ่งเป็นการผูกพันต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น แต่การที่ถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจงมีลักษณะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะไม่ชัดเจนในตัวเอง ตัวอย่างเช่น คำว่า “ความเหมาะสม” “ประโยชน์สาธารณะ” “กรณีที่มีความจำเป็นริบคว่น” หรือ “ในกรณีที่มีเหตุผลพิเศษ” เป็นต้น ในกรณีเหล่านี้ในด้านหนึ่งย่อมไม่อาจวินิจฉัยได้อย่างชัดเจนถึงขอบเขต แต่ในอีกด้านหนึ่งก็มีได้มอบให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว “ถ้อยคำบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง” ดังกล่าว จึงเป็นบทบัญญัติที่เกิดมาจากองค์กฤษฎีกาบัญญัติโดยมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปกำหนดแนวทางและรายละเอียดของเรื่องดังกล่าวโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง ดังนั้น ในการใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะไม่ชัดเจนดังกล่าว ฝ่ายปกครองจะต้องตีความให้ถูกต้องตามกฎหมายและหากการตัดสินใจของฝ่ายปกครองอยู่ในขอบเขตของถ้อยคำที่ไม่เจาะจงนั้น กรณีย่อมถือว่าเป็นการใช้ การตีความกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากศาล

¹¹³ Lüneburg 25, 375; DNG 1988, 398; a A Wortmann NWVBL 1989, 365; Hill, Gutachten DJT 90, 94, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁴ Kind, DÖV 1988, 89, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁵ Hufen Friedhelm, *Verwaltungsprozeßrecht*, p. 461, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

กรณีจึงมีประเด็นที่เป็นปัญหาในเรื่องดังกล่าว คือ “การตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับ “ถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน” ดังกล่าว อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลหรือไม่” ซึ่งสำหรับประเด็นปัญหานี้มีข้อสรุปแล้วว่า¹¹⁶ ศาลมีอำนาจที่จะตรวจสอบการตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้ในทุกกรณี ซึ่งย่อมหมายความรวมถึงการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการตีความถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงด้วย ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า เนื่องจากศาลมีภารกิจที่จะต้องตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครอง

ดังนั้น ในบางกรณีศาลจึงต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านต่างๆ เพื่อช่วยตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผลให้ศาลยอมรับการวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ซึ่งถือเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และจากการที่ศาลยอมรับคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว ซึ่งเป็นการวินิจฉัยในขั้นตอนของการวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง จึงถือว่าเป็นกรณีที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1. กรณีที่เป็นการวินิจฉัยโดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นอิสระ ปราศจากความผูกพันต่อองค์กรใดๆ และเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน¹¹⁷

2. กรณีที่เป็นการวินิจฉัยที่เกี่ยวกับความเหมาะสมส่วนบุคคล ความสามารถของบุคคล และหากการวินิจฉัยดังกล่าวได้กระทำมาเป็นระยะเวลายาวนานแล้ว ซึ่งศาลไม่สามารถที่จะตรวจสอบจากบุคคลที่เกี่ยวข้องอีกได้

3. การวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งมีลักษณะของการคาดการณ์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องในทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือทางสังคม

แต่ในบางกรณีศาลอาจทำการตรวจสอบการวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญได้ เช่น

¹¹⁶ Stern, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit*, 6. Aufl. (München: 1987), p. 187, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

¹¹⁷ Stern, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit*, p. 190, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

1. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้อาศัยพื้นฐานจากข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและสมบูรณ์หรือไม่
2. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของถ้อยคำนั้นๆ หรือไม่
3. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการตามกระบวนการที่ได้กำหนดไว้ในเรื่องนั้นๆ หรือไม่
4. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาไตร่ตรองโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในเรื่องอื่นที่ไม่ใช่ข้อพิจารณาลำหรับเรื่องนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยหรือไม่
5. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับฟังข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายอย่างถูกต้องชัดเจนและสมเหตุสมผลหรือไม่ เป็นต้น

ดังนั้น จากกรณีทั้งสองที่ศาลรับฟังคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญและกรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบอีกครั้งย่อมแสดงให้เห็นว่าไม่มีกฎเกณฑ์ตายตัวที่จะห้ามไม่ให้ศาลตรวจสอบคำวินิจฉัยของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวหรือไม่ แต่หากจะตั้งข้อสังเกตจากวิธีการที่ศาลเลือกที่จะเข้าไปตรวจสอบคำวินิจฉัยดังกล่าวในบางกรณีนั้น ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นต้องใช้ความเชี่ยวชาญใดเป็นพิเศษมากนัก หากแต่เป็นการตีความหมายของถ้อยคำของกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงโดยปกติ หรือเป็นขั้นตอนการพิจารณาตีปกรองของศาลที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วในหัวข้อก่อนๆ อันได้แก่ การตรวจสอบในขั้นตอนของรูปแบบหรือกระบวนการที่นำไปสู่การกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นๆ หรือหลักความสมเหตุสมผลในการตีความโดยทั่วไป ที่วิญญูชนพึงทราบได้ เป็นต้น

3.1.4 หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

จากการศึกษาขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองและขอบเขตการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของศาลปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่าในขั้นตอนการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น จะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและสอดคล้องกับ

วัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นๆ ทั้งนี้ ตามมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศติปกครอง ค.ศ. 1960 ซึ่งจะเป็นสิ่งเชื่อมโยงให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น และในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจปกครองในรูปแบบต่างๆ แล้วจะเห็นว่า ศาลปกครองได้พิจารณาว่ากรณีใดเป็นการใช้ดุลพินิจปกครอง โดยไม่ว่าความบกพร่องจะเกิดจากการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมาย การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจปกครองหรือบิดเบือน หรือการใช้ดุลพินิจอันถือเป็นการละเมิดหลักกฎหมายพื้นฐานตามที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม ซึ่งโดยหลักการแล้วฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามกฎหมายเป็นสำคัญ

หลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ศาลนำมาใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงมีที่มาจากกฎหมายพื้นฐานเป็นส่วนใหญ่ และหากการใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องถูกต้องตามหลักกฎหมายพื้นฐานย่อมทำให้เป็นการใช้ดุลพินิจปกครอง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบและเพิกถอนการกระทำที่เป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจปกครองนั้นได้ ซึ่งกรณีสามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้พิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้โดยสังเขป ดังนี้

3.1.4.1 หลักความเสมอภาค (Gleichheitsgrundsatz)

หลักความเสมอภาค เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) ตามกฎหมายพื้นฐาน ที่นำมาพิจารณาเสมอทั้งในคำตราและในคำพิพากษาซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐาน โดยบัญญัติห้ามมิให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อกรณีที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน และฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามหลักนี้ ในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและได้ออกคำสั่งทางปกครองให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดไปแล้ว ย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การจะเปลี่ยนแปลงแนววินิจฉัยใหม่นั้นจะต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษ ส่วนมากแล้วดุลพินิจในเรื่องนี้จะผูกพันกับแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง¹¹⁸ ซึ่งจะนำไปสู่หลักต่อมาว่า ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยก่อนของตน (sog. Selbstbindung der Verwaltung) ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งให้บุคคลหนึ่งรื้อถอนบ้านที่สร้างโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

¹¹⁸ Vgl. F. Ossenbühl, Die Quellen des Verwaltungsrechts, in Allgemeines Verwaltungsrecht hrsg. Von H.-U. Erichsen u.E. Martens, 2.Aufl., Berlin New York, S.75 ; vgl. G. pättnner, a.a.O., S.60-61, อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง 8 (2532): 12.

เพราะสร้างโดยไม่ได้ขออนุญาต สำหรับกรณีที่บุคคลอื่นๆ สร้างบ้านโดยไม่ได้ขออนุญาตเช่นเดียวกัน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกเฉยไม่ดำเนินการใดไม่ได้ โดยที่ความผูกพันต่อคำวินิจฉัยก่อนๆ ของตนนี้ คำวินิจฉัยก่อนๆ นั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย ถ้าคำวินิจฉัยก่อนๆ นั้นมิชอบด้วยกฎหมาย กรณีไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผูกพันต่อคำวินิจฉัยก่อนๆ ของตนได้ เพราะกฎหมายจะต้องอยู่เหนือการปฏิบัติหรือการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่มีชอบตามหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmässigkeit) หลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวมิได้ประกันสิทธิที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำในสิ่งที่ผิดพลาดซ้ำอีก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักความเสมอภาคนี้มิได้ประกันความเสมอภาคในความมิชอบด้วยกฎหมาย (keine Gleichheit im Unrecht)¹¹⁹

นอกจากนี้ดุลพินิจฝ่ายปกครองยังผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ด้วย เช่น สิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องสถาบันครอบครัวตามมาตรา 6 วรรคแรก แห่งกฎหมายพื้นฐาน กรณีการจะเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศต้องพิจารณาด้วยว่าคนต่างด้าวผู้นั้นมิได้สมรสกับชาวเยอรมัน¹²⁰ เป็นต้น

3.1.4.2 หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismässigkeit) หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismässigkeitsgrundsatz)

หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายทางกฎหมายกับมาตรการของรัฐที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นๆ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่มีบทบาทมากในกฎหมายมหาชนของเยอรมัน และมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ¹²¹ หลักนี้เรียกร้องว่า วิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้นจะต้องเหมาะสมจำเป็น คือเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้งมาตรการที่ใช้ต้องได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบ

¹¹⁹ Vgl. Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz Art. 3 Abs. I Rdnr. 179, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹²⁰ Vgl. BVerwGE Bd.42, S.133 : BVerfGE Bd.51, S.386, 396 ff, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹²¹ Vgl. BVerfGE Bd.23, S.127 (133) : H. Meyer, a.a.O., S.349, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

(in einem angemessenen Verhältnis stehen)¹²² โดยหลักความได้สัดส่วนตามความหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ให้นิยามและกำหนดองค์ประกอบไว้ว่าหมายความถึงหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ¹²³ ซึ่งในแต่ละหลักย่อยๆ ดังกล่าว มีรายละเอียด ดังนี้

(1) หลักความเหมาะสม (Geeignetheit)

หลักความเหมาะสม หมายถึงความเหมาะสมของวิธีการหรือมาตรการของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายมุ่งประสงค์ไว้ มาตรการใดที่ไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสามารถบรรลุเป็นผลสำเร็จได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เป็นไปตามหลักความเหมาะสม ส่วนความเหมาะสมนั้น หมายถึง สภาพการณ์ที่รัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่จะสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น¹²⁴

(2) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit)

หลักความจำเป็นเป็นหนึ่งในสามองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน โดยศาลได้กล่าวถึงหลักความจำเป็นเสมอว่า ในการพิจารณาถึงการใช้อำนาจรัฐให้สอดคล้องกับหลักความจำเป็นนั้นจะต้องพิจารณาจากมาตรการที่ใช้บังคับ กล่าวคือ มาตรการที่เหมาะสมอาจไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นที่ควรจะนำมาใช้บังคับ โดยหลักความจำเป็นเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่เหมาะสมและมาตรการต่างๆ เหล่านี้ล้วนเป็นมาตรการที่ทำให้การกระทำนั้นๆ บรรลุวัตถุประสงค์ด้วยกันทั้งสิ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการใดจะเป็นมาตรการตามหลักความจำเป็นต่อเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการ

¹²² Vgl. H.U. Erichsen u. W. Martens, a.a.O., S.158, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

¹²³ วรคุณ วิจาระนันท์, “หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 17-28.

¹²⁴ Pieroth and Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 9 Aufl., S.72, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 201.

ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด¹²⁵ ดังนั้น ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ในกรณีที่มีมาตรการให้ฝ่ายปกครองเลือกตัดสินใจฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่มีความจำเป็นที่สุด ซึ่งมาตรการที่จำเป็นที่สุดได้แก่ มาตรการเพียงมาตรการเดียวที่มีผลกระทบต่อประชาชนและประโยชน์สาธารณะน้อยที่สุด แต่ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุดได้ในขณะเดียวกัน และหลักความจำเป็นยังนำมาใช้เป็นข้อจำกัดเพื่อมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเกินขอบเขต¹²⁶

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionalität หรือ Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้เป็นมาตรฐานในการกำหนดระดับการแทรกแซงของการใช้อำนาจของรัฐให้มีความได้สัดส่วนอย่างพอเหมาะพอประมาณต่อทุกฝ่าย¹²⁷ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ควบคุมและจำกัดมิให้รัฐออกมาตรการที่หากใช้บังคับแล้วจะเกิดผลเสียแก่ประชาชนมากกว่า และไม่คุ้มกัน ประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องเลือกใช้มาตรการและในทำนองเดียวกันหรือวิธีการที่มีลักษณะสัมพันธ์และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ทางกฎหมายอย่างได้สัดส่วนและสมเหตุสมผล ซึ่งการใช้หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ ย่อมมีขอบเขตของความผูกพันอยู่ในระดับที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะในแต่ละกรณี

เมื่อได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว ในหัวข้อต่อไปจะได้แสดงให้เห็นถึงวิธีการนำหลักเกณฑ์ต่างๆ ไปปรับใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ตลอดจนวิธีการอธิบายเพื่อวางหลักในการพิจารณาทั้งความมีอยู่ของดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และดุลพินิจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนการใช้กฎหมายดังที่ได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อก่อน ตามคำพิพากษาที่จะนำมาเป็นตัวอย่างโดยสังเขป

¹²⁵ BVerfGE 30, 202 (316); 63, 88, (115); 70, 278 (286), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 204.

¹²⁶ G. Haverkarte, *Rechtsfragen der Leistungsstaats* (Tübingen: 1983), p.29, อ้างถึงใน Jürgen Schwarze, *European administrative law*, (London: Sweet and Maxwell, 1992), p. 687.

¹²⁷ BVerfGE 61, 126 (135), อ้างถึงใน Nicholas Emiliou, *The principle of proportionality in European law*, 1st ed. (London: Kluwer Law International, 1996), p.32.

3.1.5 แนวคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมัน

จากการศึกษาขอบเขตและหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว กรณีจะขอล่าถึงคำพิพากษาของศาลปกครองที่ยืนยันหลักการต่างๆ ที่สำคัญที่ได้กล่าวไปแล้ว ดังนี้

คำพิพากษาที่จะกล่าวถึงเป็นคดีแรกนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยกรณีเป็นการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างถูกต้องและรอบด้าน ซึ่งหากปรากฏว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือมีการใช้ข้อเท็จจริงที่ยังไม่ชัดเจนประกอบการตัดสินใจ หรือปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้พิจารณาบริบทแวดล้อมข้อเท็จจริงให้ครบถ้วน การใช้อำนาจดุลพินิจย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนหรือการไม่ได้พิจารณาบริบทแวดล้อมข้อเท็จจริงให้รอบด้านจะนำไปสู่การเพิกถอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงนั้นถูกต้องครบถ้วนแล้วหรือได้มีการพิจารณาบริบทแวดล้อมข้อเท็จจริงรอบด้านแล้ว ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจเป็นอย่างอื่น โดยคดีมีข้อเท็จจริงดังนี้

ประธานหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesamt für Verfassungsschutz) ได้ยื่นคำร้องถึงกระทรวงมหาดไทยแห่งสหพันธ์ ให้อนุญาตให้ดักฟังโทรศัพท์ของผู้ฟ้องคดีจำนวนสองหมายเลข โดยให้เหตุผลว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สนับสนุนองค์การที่ตั้งขึ้น ซึ่งเป็นที่น่าสงสัยว่าเตรียมที่จะกระทำการทรยศต่อชาติ โดยผู้ฟ้องคดีเคยเป็นผู้ต้องสงสัยมาแล้วครั้งหนึ่ง และ ผู้ฟ้องคดีได้ไปพบกับสมาชิกคนหนึ่งขององค์การดังกล่าวเพื่อสมคบกันกระทำการบางประการ นอกจากนั้น จากการตรวจสอบที่ทำการลับขององค์การยังได้พบสมุดบันทึกที่มีชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดีด้วย กระทรวงมหาดไทยแห่งสหพันธ์จึงได้มีคำสั่งอนุญาตให้ดักฟังโทรศัพท์ของผู้ฟ้องคดีได้โดยไม่มีข้อจำกัด หลังจากระยะเวลาในดักฟังได้ผ่านพ้นไปแล้ว กระทรวงมหาดไทยแห่งสหพันธ์ได้แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทราบว่า ผู้ฟ้องคดีถูกดักฟังโทรศัพท์ระหว่างเดือนมีนาคมถึงเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1974 ทั้งนี้โดยการดักฟังโทรศัพท์ดังกล่าวได้กระทำไป

โดยถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองขอให้พิพากษายืนยันว่า มาตรการในการดักฟังโทรศัพท์นั้นได้ดำเนินการไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย¹²⁸

ศาลปกครองวินิจฉัยว่า โดยเหตุที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแห่ง สหพันธ์มีหน้าที่ต้องพิจารณาออกคำสั่ง ดังนั้น เฉพาะการที่มีการให้เหตุผลในคำร้องขออนุญาต ดักฟังทางโทรศัพท์จึงยังไม่เพียงพอที่จะทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกคำสั่งอนุญาต ได้ แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงและพิจารณาบริบทแวดล้อม กรณีทั้งหมดก่อน ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ากรณีที่เกิดขึ้นนี้ได้มีการส่งมอบเอกสารที่เกี่ยวข้อง ให้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือไม่ หรือได้มีการอธิบายความอย่างชัดเจนในคำร้อง ขออนุญาตหรือไม่ แม้จะได้มีการดำเนินการดังกล่าว ก็ยังไม่เพียงพอ อีกทั้งในคำร้องประกอบด้วย ข้อสังเกตที่ได้ยื่นไปนั้นก็ยังไม่เพียงพอที่จะสรุปยืนยันได้ว่าผู้ฟ้องคดีเกี่ยวข้องกับองค์การลับนั้น เพราะแม้ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดีซึ่งปรากฏอยู่ในสมุดบันทึกจะเป็นเหตุก่อให้เกิดความสงสัย อย่างมาก แต่ก็เป็นไปได้เช่นกันที่ชื่อและที่อยู่เป็นเพียงข้อมูลธรรมดา ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี จะมีความหมายความสำคัญอย่างไรนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสมุดบันทึกตลอดจนวิธีการ ในการบันทึก และตามที่ปรากฏหลักฐานในชั้นศาล เนื้อหาส่วนใหญ่ที่ปรากฏอยู่ในสมุดนั้น ได้แก่ เบอร์โทรศัพท์ มีบ้างที่ข้อมูลในสมุดบันทึกนั้นมีทั้งเบอร์โทรศัพท์และที่อยู่พร้อมๆ กัน และมีน้อยกรณีมากที่ในสมุดบันทึกดังกล่าวจะปรากฏแต่เฉพาะที่อยู่อย่างเดียว ในสมุดบันทึกเล่มนี้ ปรากฏที่อยู่จำนวนมากของบุคคล สถาบันตลอดจนหน่วยงานของรัฐที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับองค์การ ดังกล่าว ถ้าฟังเฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลคนหนึ่งมีชื่ออยู่ในสมุดบันทึกดังกล่าว จึงยังไม่พอฟังว่า บุคคลนั้นเป็นผู้ต้องสงสัยในการเตรียมการเพื่อกระทำการอันเป็นการทรยศต่อชาติ การดักฟัง โทรศัพท์ของผู้ฟ้องคดีในช่วงเวลาดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹²⁹

ต่อมาเป็นตัวอย่างของคำพิพากษาในกรณีที่ศาลวินิจฉัยตรวจสอบการใช้ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักร โดยได้นำเอา

¹²⁸ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของ ศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 272-273.

¹²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น (เมืองโคโลญจ์), VG Köln, NJW 1981, 1630, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน.

หลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกมาตรการที่เหมาะสมตามกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว โดยคดีมีข้อเท็จจริงดังนี้

ผู้ฟ้องคดีเป็นชาวเวียดนามและได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเยอรมัน ตะวันออกเพื่อเป็นลูกจ้าง และได้รับอนุญาตให้อยู่อาศัยในประเทศไทยเยอรมันต่อไปได้ ต่อมา ผู้ฟ้องคดีถูกลงโทษตามประมวลรัษฎากรเป็นโทษปรับรายวันจำนวน 18 วัน วันละ 20 มาร์ก เนื่องจากผู้ฟ้องคดีถูกเจ้าหน้าที่ตรวจพบว่านำบุหรี่เข้ามาขายโดยไม่เสียภาษีนำเข้าและภาษีบุหรี่ หน่วยงานของรัฐจึงออกคำสั่งเนรเทศผู้ฟ้องคดีออกนอกอาณาจักร และขู่ว่าหากผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว หน่วยงานจะดำเนินการจับไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชอาณาจักร ซึ่งเหตุผลในการออกคำสั่งดังกล่าว คือ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการลักลอบนำบุหรี่เข้ามาจำหน่ายอีก ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีอยู่ในอาณาจักรต่อไป โดยให้เหตุผลในคำฟ้องว่าการนำบุหรี่ที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายเข้ามาจำหน่ายนั้น เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง ซึ่งเห็นได้จากกฎหมายลงโทษผู้ฟ้องคดีเพียงโทษปรับเท่านั้น

ศาลปกครองวินิจฉัยว่า การกระทำความผิดอาญาโดยเจตนาดังที่ปรากฏในคดีนี้ไม่ใช่กรณีความผิดไม่ร้ายแรงในความหมายของมาตรา 46 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยคนต่างด้าว ด้วยเหตุนี้จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการครบเงื่อนไขของการเนรเทศตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง และมาตรา 46 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว แต่การเนรเทศบุคคลออกนอกอาณาจักรเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การตัดสินใจดังกล่าวนี้ต้องการการชั่งน้ำหนักกระหว่างประโยชน์สาธารณะในการให้คนต่างด้าวออกไปนอกอาณาจักรกับประโยชน์ของคนต่างด้าวในการที่จะได้อยู่อาศัยในอาณาจักรต่อไป ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้ แม้กระนั้นก็ยังไม้อาจตำหนิผู้ถูกฟ้องคดีได้ที่ได้อาศัยการชั่งน้ำหนักในเรื่องของการป้องกันทั่วไปมาเป็นเหตุในการเนรเทศบุคคลออกนอกอาณาจักร เมื่อคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว การเนรเทศบุคคลออกนอกอาณาจักรย่อมจะต้องพิจารณาถึงผลที่มีต่อการป้องกันทั่วไปด้วย ผลที่มีต่อการป้องกันทั่วไปย่อมเกิดขึ้นหากคนต่างด้าวคนอื่นเห็นแนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการเนรเทศบุคคลที่กระทำความผิดและถูกลงโทษตามคำพิพากษาแล้วออกนอกอาณาจักรเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าวบรรลุผลได้สิ่งที่จะต้องพิจารณาอีกก็คือจะต้องมีคนต่างด้าวในอาณาจักรที่ตกอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับผู้ฟ้องคดี

และเมื่อเห็นผู้ฟ้องคดีถูกเนรเทศแล้ว การถูกเนรเทศของผู้ฟ้องคดีจะส่งผลให้คนต่างด้าวเหล่านั้นหยุดการกระทำความผิดกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ การขังนำหนักของผู้ถูกฟ้องคดีที่เห็นว่าการเนรเทศผู้ฟ้องคดีออกนอกอาณาจักรเป็นสิ่งจำเป็นเนื่องจากการลักลอบนำบุหรีเถื่อนเข้ามาจำหน่ายจะทำให้รัฐขาดรายได้จากภาษีบุหรีและยังจะส่งผลก่อให้เกิดการรวมตัวกันเป็นองค์กรอาชญากรรมอื่นนั้นก็ เป็นสิ่งที่ไม่อาจดำเนินได้ เพราะการลงโทษทางอาญาประการเดียวอาจจะยังไม่พอที่จะยับยั้งการค้าบุหรีเถื่อน เนื่องจากการค้าดังกล่าวมีผลกำไรที่ชวนให้บุคคลเข้าไปเสี่ยง ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้อง ใช้มาตรการทางกฎหมายทุกประการที่มีอยู่เพื่อต่อสู้กับการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว

อย่างไรก็ตามในการตัดสินใจออกคำสั่งเนรเทศนั้น ผู้ถูกฟ้องคดียังขาดการขังนำหนักประโยชน์ของบุคคล ผู้ถูกฟ้องคดีตัดสินใจออกคำสั่งเนรเทศโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเพียงด้านเดียว ไม่ได้พิจารณาขังนำหนักของประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีที่จะได้อาศัยอยู่ในอาณาจักรต่อไป เมื่อพิจารณาจากมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยคนต่างด้าว ซึ่งเปิดแดนที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจให้แล้ว จะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจด้วยความรอบคอบ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาประโยชน์ที่สมควรได้รับของเอกชน ซึ่งในที่นี้คือผู้ฟ้องคดีด้วย โดยมาตรา 45 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติให้การออกคำสั่งเนรเทศนั้น เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงระยะเวลาที่คนต่างด้าวคนนั้นอยู่ในอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย พิจารณาประโยชน์ส่วนบุคคลตลอดจนประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่สมควรได้รับความคุ้มครอง พิจารณาความสัมพันธ์ที่คนต่างด้าวมีในดินแดนอาณาจักร ผลของการถูกเนรเทศที่มีต่อบุคคลในครอบครัว ซึ่งอยู่ในอาณาจักร โดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนผลที่มีต่อคนต่างด้าวที่จะได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับครอบครัวและเครือญาติของคนด้วย

คำสั่งเนรเทศของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะดำรงอยู่อย่างมั่นคงแน่นอน หากผลจากการควบคุมตรวจสอบในทางตุลาการออกมาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้คำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมกรณีที่สำคัญต่อการตัดสินใจรวมทั้งประโยชน์ของคนต่างด้าวอย่างครบถ้วน ทั้งนี้โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องให้เหตุผลทั้งในการออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นและในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งการพิเคราะห์ถึงประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีไม่ปรากฏในคำสั่งเนรเทศถึงแม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะทราบความสัมพันธ์ในครอบครัวของผู้ฟ้องคดีตลอดจนระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีอยู่ในอาณาจักร โดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม อันที่จริงแล้วเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาคำอุทธรณ์ได้แย้งของ

ผู้ฟ้องคดีจะต้องพิจารณาให้น้ำหนักกับระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีอยู่ในอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย และชั่งน้ำหนักประเด็นต่างๆ เหล่านี้กับน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะด้วย เมื่อไม่มีการกระทำในลักษณะดังกล่าว การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด¹³⁰

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้กรณีจะเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าวกำหนดในการออกคำสั่งเนรเทศผู้ฟ้องคดี แต่เมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาเพียงประโยชน์สาธารณะแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่พิจารณาประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีประกอบด้วย ซึ่งทำให้ศาลปกครองวินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาด จึงแสดงให้เห็นถึงการยอมรับและคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงและใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาใช้ดุลพินิจด้วย และคดีนี้อาจดูเหมือนว่าศาลปกครองเข้าไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ภายในครอบครัวของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับความสัมพันธ์ที่คนต่างด้าวมีในดินแดนอาณาจักรด้วย จากการทำวินิจฉัยว่า “...การพิเคราะห์ถึงประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีไม่ปรากฏในคำสั่งเนรเทศ ถึงแม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะทราบความสัมพันธ์ในครอบครัวของผู้ฟ้องคดีตลอดจนระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีอยู่ในอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม อันที่จริงแล้วเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาคำอุทธรณ์โต้แย้งของผู้ฟ้องคดีจะต้องพิจารณาให้น้ำหนักกับระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีอยู่ในอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย และชั่งน้ำหนักประเด็นต่างๆ เหล่านี้กับน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะด้วย” ซึ่งดูเหมือนจะเป็นการให้ความเห็นเป็นนัยว่า มีเหตุตามกฎหมายที่ผู้ฟ้องคดีไม่ควรถูกเนรเทศออกนอกอาณาจักร แต่อย่างไรก็ตาม เหตุที่ศาลปกครองใช้วินิจฉัยถึงความผิดพลาดของการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ก็มาจากการที่ฝ่ายปกครองไม่กล่าวถึงการนำเหตุที่เป็นเงื่อนไขตามกฎหมายในการที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจมาพิจารณาเพื่อมีคำสั่งดังกล่าว กรณีจึงเป็นเรื่องของการที่ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนและรอบด้านดังเช่นคำพิพากษาในกรณีแรก แต่ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ามีส่วนของการที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในส่วนของการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของถ้อยคำว่า “ประโยชน์ส่วนบุคคลตลอดจนประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่สมควรได้รับความคุ้มครอง” “ความสัมพันธ์ที่คนต่างด้าวมีในดินแดนอาณาจักร” “ผลของการถูกเนรเทศที่มีต่อบุคคลในครอบครัว ซึ่งอยู่ในอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย” และ “ผลที่มีต่อคนต่างด้าวที่จะได้ใช้ชีวิต

¹³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE 102, 63.), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 275-277.

อยู่ร่วมกับครอบครัวและเครือญาติของตน” เหล่านี้เป็นต้น ซึ่งกรณีล้วนแต่ต้องมีการวินิจฉัยตีความหมายของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น

3.1.6 สรุปลักษณะทั่วไปและขอบเขตของศาลปกครองเยอรมันในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองเยอรมันมีลักษณะที่สำคัญและเป็นลักษณะเฉพาะในการกำหนดขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) และกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) โดยได้บัญญัติขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ในมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีดุลพินิจการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจนั้น และการใช้ดุลพินิจนั้นต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ส่วนในชั้นการพิจารณาของศาลปกครองนั้น ตามมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่ใช้ดุลพินิจตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้ ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับมาตรา 40 แห่งกฎหมายดังกล่าว ว่าเมื่อเจ้าหน้าที่มีอำนาจกระทำการโดยการใช้ดุลพินิจ ให้ศาลตรวจสอบว่าคำสั่งทางปกครองก็ดี หรือการปฏิเสธหรือการละเว้นไม่ออกคำสั่งทางปกครองก็ดี เป็นการขัดกับกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากมีการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมาย หรือมีการใช้ดุลพินิจโดยวิธีการที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากรณีมีความชัดเจนระดับหนึ่งในเรื่องเกี่ยวกับขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจนั้น กล่าวคือ ศาลปกครองจะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่บกร่องและเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้เป็นหลัก ส่วนการให้ความหมายของการใช้ดุลพินิจบกร่องและดุลพินิจที่เกินขอบเขตของกฎหมายนั้น เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครองแล้ว จะพบว่าศาลจะยึดหลักเกณฑ์ตามกฎหมายพื้นฐานในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าขัดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือขัดกับหลักความได้สัดส่วนดังที่ได้กล่าวมาแล้วหรือไม่ โดยศาลจะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้จากเหตุผลในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ แม้ว่ากรณีจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้วก็ตาม แต่ศาลปกครองก็ยังคง

มีอำนาจในการวางแนวบรรทัดฐานในการกำหนดขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองภายใต้ขอบเขตของกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากลักษณะการบัญญัติกฎหมายในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 นั้น เป็นการกำหนดขอบเขตในการพิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในขอบเขตที่ค่อนข้างกว้างขวาง และจากการศึกษาพบว่าศาลปกครองได้แบ่งขั้นตอนในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ ดังนี้

1. พิจารณาความถูกต้องของขั้นตอนการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงครบเงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายที่ก่อให้เกิดอำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองหรือไม่ เช่น การรับฟังข้อเท็จจริงถูกต้องและเพียงพอแล้วหรือไม่ และมีความสอดคล้องตรงตามเงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่ เพราะหากข้อเท็จจริงในกรณีนั้นมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจตามกฎหมายนั้นๆ ได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายนี้เองที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณีที่มีการบัญญัติกฎหมายด้วย “ถ้อยคำของกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าอยู่ในเงื่อนไขของถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงนั้นหรือไม่

2. พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ โดยพิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่มีความบกพร่อง¹³¹

ดังนั้น ศาลปกครองจึงได้ตีความหมายของบทบัญญัติมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาคดีปกครองและมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนขอบเขตที่ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบและเพิกถอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่บกพร่อง และให้ความหมายของคำว่า ดุลพินิจบกพร่องต่อไปว่า นอกจากจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่เกินขอบเขตของกฎหมายและไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งในส่วนนี้ได้บัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมายมาตรา 114 ดังกล่าวแล้ว ยังมีการใช้ดุลพินิจในลักษณะอื่นที่ศาลเห็นว่าอยู่ในขอบเขตของการใช้ดุลพินิจบกพร่องเช่นกัน โดยศาลได้อาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายพื้นฐานมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นหลักความเสมอภาคหรือหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น

¹³¹ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง), หน้า 28.

โดยในส่วนของหลักความเสมอภาคนั้นได้นำมาสู่แนวทางการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในทางปฏิบัติได้ 2 รูปแบบ คือ การวางแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อกรณีเดียวกันให้ไม่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ภายใต้งื่อนไขว่าเป็นการปฏิบัติภายใต้แนวปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยังต้องเป็นการเลือกปฏิบัติตามแนวปฏิบัติที่มีวัตถุประสงค์ตามกฎหมายสอดคล้องกับเรื่องที่พิจารณาด้วย และในขณะเดียวกันจากหลักความเสมอภาคก็ทำให้เกิดแนวคิดในการลดอำนาจดุลพินิจลงให้เป็นศูนย์ คือ มีการกระทำเดียวเท่านั้นที่เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ในความเป็นจริงแล้วย่อมเป็นไปได้ยากที่จะกำหนดการกระทำเพียงการกระทำเดียวที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งส่วนใหญ่แนวคิดที่มีการกระทำเพียงการกระทำเดียวเท่านั้นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจนั้น ซึ่งมีข้อสังเกตจากตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลปกครองจะเป็นเรื่องที่ทำหากมีข้อเท็จจริงตามกฎหมายเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ต้องใช้อำนาจกระทำการโดยไม่มีสิทธิเลือกที่จะปฏิเสธ แต่ในส่วนรายละเอียดว่าจะมีดุลพินิจส่วนของการเลือกมาตรการหรือวิธีการนั้น จะไม่อยู่ในขอบเขตของตัวอย่างตามแนวคิดนี้ เป็นต้น ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าในบางสถานการณ์ที่อาจมีลักษณะพิเศษ โดยอาจเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความสงบเรียบร้อยที่ต้องการการตัดสินใจที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมสูงสุด การให้อำนาจดุลพินิจอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ เนื่องจากกรณีมีเพียงการกระทำเดียวเท่านั้นที่วิญญูชนสามารถพิจารณาได้ในทันทีว่าต้องปฏิบัติไปในแนวทางใด ดังนั้น เพื่อความชัดเจนในการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองกรณีจึงสามารถบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนลงไปได้ ซึ่งเห็นว่ากรณีเป็นการให้อำนาจผูกพันแก่ฝ่ายปกครองมากกว่า

สำหรับการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ นั้น ก็เป็นกรณีการนำมาใช้ตรวจสอบการให้เหตุผลของฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งในส่วนนี้เป็นเรื่องที่ไม่สามารถกำหนดรายละเอียดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้ในกฎหมายได้ และเป็นส่วนที่ศาลต้องพิจารณา โดยสอดคล้องกับสถานการณ์และยุคสมัย ซึ่งเห็นว่าในส่วนนี้เป็นเรื่องในทางเทคนิคของศาลในการวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักประโยชน์ของรัฐและเอกชน โดยต้องอธิบายเหตุผลในคำพิพากษาคำสั่งให้วิญญูชนพึงรับฟังได้

ส่วนข้อสังเกตประการสุดท้ายสำหรับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในส่วน ขององค์ประกอบของกฎหมายนั้น ศาลปกครองมีขอบเขตในการตรวจสอบดุลพินิจในการให้ ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยสรุปได้ ดังนี้¹³²

1. การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมาจากการพิจารณาข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง หรือไม่
2. ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่กำหนดหรือไม่
3. ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนการประเมินความหมายของ ถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงนั้นหรือไม่
4. ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของการประเมินความหมายหรือ มาตรฐานทั่วไปที่วางไว้หรือไม่

ทั้งนี้ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนการให้ ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนี้มีอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของ ศาลทั้งสองชั้นตอน

3.2. ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีหลักในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) เช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะสิ้นสุดลงเมื่อพ้นขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึง ไม่ครอบคลุมถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการ พิจารณาความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตาม นับแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ยุติการยอมรับความมีอยู่ของการกระทำทางปกครองที่มีดุลพินิจอย่างสมบูรณ์ โดยไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล¹³³ และเนื่องจากลักษณะพิเศษของศาลปกครองของประเทศ

¹³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

¹³³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (CE, 31 janvier 1902, Grazietti, S., 1903, III, p. 113), อ้างถึงใน สำนักงาน ศาลปกครอง, รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์คริสตภาลาตพรวัว, 2547), หน้า 9.

ฝรั่งเศสหรือเรียกว่า สภาแห่งรัฐ คือ ความสามารถในการสร้างหลักกฎหมายที่เรียกว่า หลักกฎหมายปกครองทั่วไป (le principe des généraux du droit) ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้นจึงทำให้ศาลปกครองสามารถกำหนดให้การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางอย่างตามหลักที่กำหนดขึ้น โดยบรรทัดฐานของศาลเอง และด้วยวิธีการดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงเป็นผู้จำกัดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างแท้จริง ซึ่งกรณีในรายละเอียดของหลักการ แนวคิด และขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะได้ศึกษาต่อไป

3.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้น เนื่องจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบและควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองทั้งในส่วนของการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครองโดยทั่วไปที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง

ดังนั้น โดยทั่วไปการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองจะมีวิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย 2 ประการ คือ การควบคุมปกติ (contrôle normal) และการควบคุมอย่างจำกัด (contrôle restreint ou contrôle minimum) แต่ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลจะใช้เพียงวิธีการควบคุมอย่างจำกัดเท่านั้น โดยไม่ใช้วิธีการควบคุมอย่างกว้างขวางหรือการควบคุมปกติที่ใช้กับการควบคุมการกระทำทางปกครองทั่วไป โดยการควบคุมการกระทำทางปกครองทั้งสองแบบมีรายละเอียด ดังนี้

3.2.1.1 การควบคุมปกติ (Le contrôle normal)

คำสั่งทางปกครองโดยปกติแล้วอยู่ภายใต้การควบคุมปกติของศาลปกครอง ซึ่งศาลสามารถตรวจสอบเหตุที่ใช้ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (cas d'ouverture) ทั้ง 5 ประการ¹³⁴ คือ

¹³⁴ J. Rivéro et J. Waline, *Droit administratif*, 15^e éd. (Paris : Dalloz, 1994), p. 221; G.Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, Tome II (P.U.F., 1992), pp. 298-343, อ้างถึงใน วิษณุ วารัญญ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หน้า 83-84 .

1. คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (incompétence l'auteur de l'acte) ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ออกคำสั่งหรือไม่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้อง หรือใช้อำนาจนอกพื้นที่ที่ตนมีอำนาจ หรือออกคำสั่งย้อนหลังหรือก่อนได้รับการแต่งตั้ง หรือหลังจากที่หมดอำนาจลงแล้ว

2. คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (vice de forme) เช่น ไม่ได้ทำเป็นหนังสือในกรณีที่ต้องทำเป็นหนังสือ ไม่ได้ลงนาม ไม่มีการให้เหตุผล เป็นต้น

3. คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด (vice de procédure) เช่น ออกคำสั่งโดยไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการที่มีอำนาจในเรื่องนั้นก่อน หรือไม่ผ่านการอนุมัติจากสภาเทศบาลก่อน เป็นต้น

4. คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) ซึ่งอาจเกิดจากกรณี ดังนี้

(1) กรณีฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (violation directe de règle de droit) เช่น ออกระเบียบที่มีเนื้อหาขัดแย้งกับพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บท

(2) กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) ซึ่งอาจเกิดจาก

- กรณีที่คำสั่งทางปกครองออกโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่มีอยู่ (norme inexistante) หรือมีความผิดพลาดเกี่ยวกับฐานทางกฎหมาย (erreur de base légale) เช่น ออกระเบียบโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่มีอยู่หรือยกเลิกแล้วหรือที่ไม่ใช่กับกรณีดังกล่าว

- กรณี คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (norme illégale)

- กรณี คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยกฎหมายที่สมบูรณ์แต่ตีความกฎหมายผิด (erreur dans l'interprétation du texte)

(3) กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (erreur de fait) เช่น มีการออกคำสั่งโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่หรือไม่ตรงกับความเป็นจริง

(4) กรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits) เช่น การวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง (faute lourde) หรือไม่ หรืออาคารดังกล่าวเป็นโบราณสถาน (monument historique) หรือไม่ เป็นต้น

5. คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (détournement de procédure) หรือไม่ เช่น อำนาจออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตเปิดสถานที่เดินรา ไม่ใช่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่เพื่อตัดคู่แข่งกับกิจการของตนเอง เป็นต้น

3.2.1.2 การควบคุมอย่างจำกัด (Le contrôle restreint ou le contrôle minimum)

ดังที่กล่าวแล้วว่าหากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ แต่ต้องทำความเข้าใจว่าศาลไม่อาจควบคุมเฉพาะ “ดุลพินิจ” เท่านั้น แต่ตัวคำสั่งทางปกครองมิได้หลุดไปจากการควบคุมของศาล เพียงการกระทำทางปกครองที่มีการใช้ดุลพินิจด้วยนั้น ศาลปกครองจะจำกัดขอบเขตการควบคุม ซึ่งเรียกการควบคุมนี้ว่าการควบคุมขั้นต่ำ (contrôle minimum) หรือการควบคุมอย่างจำเป็น (contrôle restreint)¹³⁵ คือศาลปกครองจะเข้าไปควบคุมการกระทำทางปกครองโดยตรวจสอบเฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

1. การกระทำทางปกครองเป็นไปโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) หรือไม่

2. การกระทำทางปกครองเป็นไปโดยผิดแบบหรือขั้นตอน (vice de forme ou de procédure) หรือไม่

3. ฝ่ายปกครองกระทำผิดพลาดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) ซึ่งหมายถึง กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายที่ยกเป็นที่มาของการออกคำสั่งดังกล่าว เช่น การอ้างกฎหมายเพื่อออกคำสั่ง แต่ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายดังกล่าว หรือมีการอ้างกฎหมายลำดับรอง

¹³⁵ A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, Tome I, 12^e éd. (Paris: L.G.D.J., 1992), p.485, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายแบบมีการตีความกฎหมายผิด หรือมีการอ้างกฎหมาย ผิดฉบับหรือที่ยกเลิกแล้ว เป็นต้น

4. มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (erreur de fait) โดยต้องพิจารณา ว่ามีข้อเท็จจริงตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ หรือข้อเท็จจริงที่มีนั้นถูกต้องตรงกันหรือไม่

5. มีการบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ (détournement de pouvoir ou de procédure) โดยออกคำสั่งไปในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ แต่สั่งไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือใช้กฎหมาย ที่บัญญัติไว้เพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่ง

ส่วนในเรื่องการควบคุมการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits) และการควบคุมความเหมาะสมของคำสั่งเมื่อเปรียบเทียบกับ มูลเหตุจูงใจ (contrôle de la décision aux motifs) ศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องเพราะถือว่าฝ่ายปกครอง มีอำนาจอย่างเต็มที่ ควรตรวจสอบเฉพาะความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ความผิดพลาดในข้อเท็จจริง หรือว่ามีการบิดเบือนอำนาจ โดยศาลจะทำการเพิกถอนคำสั่งที่ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบดังกล่าว โดยการตรวจสอบเงื่อนไขทั้งห้าประการดังกล่าวข้างต้น

3.2.2 ทฤษฎีที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและขอบเขต ของศาลในการตรวจสอบ

ในช่วงแรกๆ ศาลจะยังไม่เข้าไปควบคุมถึงอำนาจดุลพินิจโดยตรง แต่จะควบคุมองค์ประกอบอื่น เพราะเป็นประเด็นที่เห็นได้ชัดว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีแหล่งที่มาของกฎหมายที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป คือ หลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Le principe des généraux du droit) ที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้น จนกระทั่ง เมื่อเวลาผ่านไปก็จะกลายเป็นหลักกฎหมายที่เป็นแนวบรรทัดฐาน ซึ่งจากหลักดังกล่าว จึงเป็น ช่องทางที่ทำให้ศาลสามารถเพิ่มมาตรการ วิธีการ ในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีที่ศาลปกครองใช้ เป็นหลักเกณฑ์ดังกล่าว มีดังนี้

3.2.2.1 หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (erreur manifeste d'appréciation)

หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำดังกล่าว เป็นข้ออ้างอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1960 ซึ่งเพิ่มเติมมาจากการควบคุมในช่วงเริ่มต้นที่มี เฉพาะการควบคุมความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ความผิดพลาดในข้อเท็จจริง หรือการบิดเบือน อำนาจ โดยการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำนี้ เริ่มจากคดีควบคุม การลงโทษทางวินัยของข้าราชการ เพราะว่าเดิมทีเดิมเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการได้กระทำ ความผิดวินัย (faute disciplinaire) และฝ่ายปกครองลงโทษอย่างไรนั้นถือเป็นอำนาจดุลพินิจ ศาลจะ ไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง หรือควบคุม เนื่องจากศาลควบคุมเฉพาะ 3 กรณี คือ (1) พิจารณาการกระทำ ของเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง (2) ดูว่ามีกฎหมายให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษได้ หรือไม่ และ (3) ดูว่ามี การบิดเบือนการใช้อำนาจลงโทษหรือไม่ แต่หลังจากปี ค.ศ. 1960 ศาลก็นำ หลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ ลงโทษ โดยตรวจดูว่าความหนักเบาของโทษเหมาะสมกับความผิดหรือไม่ โดยจะวิเคราะห์ว่า การสั่งลงโทษกับความผิดที่เกิดขึ้นจริงนั้น วิญญูชนเห็นว่ามีความไม่เหมาะสมระหว่างความผิด ที่กระทำลงไปกับโทษที่ลงหรือไม่ และยังนำเทคนิคนี้มาใช้กับการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริง ในส่วนเหตุ หรือเรียกว่า ดุลพินิจวินิจฉัย ด้วยว่า มีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมาย กับข้อเท็จจริง ว่าจากข้อเท็จจริงคือการกระทำของข้าราชการนั้นจะถือได้ว่าเป็นความผิดทางวินัย หรือไม่ หากถือว่าความผิดทางวินัยนั้นเกิดความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง โดยเห็นว่าไม่น่าจะเป็น ความผิด ก็ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ฝ่าฝืนกฎหมายได้

ศาลได้ใช้เทคนิคควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชน ไม่พึงกระทำกับคดีการลงโทษทางวินัยและการกำหนดระดับโทษ และต่อมาศาลได้เริ่มใช้เทคนิคนี้ กับคดีเกี่ยวกับการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการหรือการให้คะแนนประจำปี (จาก 1 ถึง 20) ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ นอกจากจะนำเทคนิคนี้มาใช้ในการควบคุม คะแนนที่เป็นตัวเลขแล้ว ยังรวมไปถึงการควบคุมการประเมินที่เป็นการเขียนบรรยายผลการทำงาน ที่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย ในกรณีนี้ศาลสามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจการประเมินผล การทำงานว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ ตัวอย่างเช่นในการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปี ของข้าราชการได้มีการประเมินในช่องให้คะแนนเป็นตัวเลขว่าได้ 19 คะแนน จากคะแนนเต็ม

20 คะแนน แต่ช่องการประเมินผลงานแบบเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นขัดแย้งกับการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งเป็นกรณีพิเศษ อย่างนี้ถือว่าการประเมินครั้งนี้มีความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ

เทคนิคในการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำยังได้ขยายออกไปถึงการควบคุมการจัดทำผังเมืองที่มีการกำหนดสีต่างๆ โดยกำหนดว่าสีแต่ละสีนั้นแทนที่ดินประเภทใดบ้าง เช่น การให้สีเขียวกับผังเมืองจะแสดงถึงเขตชนบท (zone rurale) คือเป็นเขตที่ไม่สามารถก่อสร้างอาคารใดๆ ได้เลย จะมีได้ก็แค่โรงนาหรือบ้านของเกษตรกร และต้องเป็นเกษตรกรอย่างแท้จริง ฉะนั้น การจะกำหนดว่าเขตใดเป็นเขตชนบทหรือเขตเกษตรกรรมที่เป็นจุดพินิจโดยแท้ของการปกครองที่จะพิจารณาตามความเหมาะสม โดยเจ้าหน้าที่ผังเมืองและเจ้าหน้าที่เทศบาลร่วมกันกำหนด โดยให้สิทธิคัดค้านไว้ แต่หลังจากนั้นศาลได้นำเทคนิคเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาใช้ในการกำหนดสีของที่ดินที่ผังเมืองกำหนดด้วย เนื่องจากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น คือ ได้มีการก่อสร้างหมู่บ้าน อาคารพาณิชย์ รวมทั้งโรงงานมากมายอยู่แล้วในเขตนั้นก็มีการกำหนดเป็นบริเวณที่ทำเกษตรกรรมและที่พักอาศัยสำหรับเกษตรกรเท่านั้น เพราะฉะนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการกำหนดเขตดังกล่าวจริงและพิพากษาเพิกถอนการกำหนดสีในบริเวณดังกล่าว

ในทางปฏิบัติศาลปกครองฝรั่งเศสมีความตั้งใจที่จะขยายการควบคุมจุดพินิจออกไป โดยใช้เทคนิคควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำในบางเรื่องเช่นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมคนต่างด้าว ตามกฎหมายคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีคนต่างด้าวเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมาย ฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจควบคุม ออกคำสั่งควบคุมตัวไปยังชายแดน เนรเทศ หรือเพิกถอนสิทธิการพักพิงอยู่ในประเทศ เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องเรื่องเหล่านี้ศาลมีความลังเลเป็นอย่างมากที่จะเข้าไปควบคุม เพราะว่าเป็นเรื่องของจุดพินิจโดยแท้ แต่อย่างไรก็ตามในที่สุดศาลก็ใช้หลักความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำเข้ามาควบคุมในเรื่องการใช้อำนาจเกี่ยวกับการเนรเทศ หรือการควบคุมตัวคนต่างด้าวไปยังชายแดนหรือเนรเทศคนต่างด้าวนี้ออกไป เพราะเกรงว่าจะเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ศาลจะต้องนำมาวิเคราะห์ว่าภัยอันตรายที่น่าจะเกิดขึ้นกับความมั่นคง สำหรับมาตรการที่จะนำไปใช้เพื่อเนรเทศหรือนำตัวไปยังชายแดนนั้นมีความผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือไม่ โดยวิญญูชนก็อาจเห็นได้ว่า คำสั่งหรือมาตรการดังกล่าวได้สัดส่วนกับข้ออ้างหรือไม่ ในกรณีนี้จะเห็นว่าหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดเจน

จะนำไปสู่เทคนิคการควบคุมดุลพินิจอีกประการหนึ่งซึ่งเราเรียกหลักนี้ว่า “หลักความได้สัดส่วน” (le principe de proportionnalité)

ในชั้นนี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจอยู่ 2 ประการ คือ

1. วิวัฒนาการของการควบคุมอำนาจดุลพินิจซึ่งเป็นอำนาจที่ถูกลimitation ควบคุมอย่างจำกัด มีการขยายขอบเขตด้วยหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ และหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะค่อยๆ ขยายการควบคุมไปถึงกรณีต่างๆ มากขึ้นเรื่อยๆ

2. ศาลยอมจำกัดขอบเขตการควบคุมของตัวเอง (auto-limitation) ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความสามารถในทางเทคนิคและวิชาการ โดยศาลมีข้อจำกัดในการควบคุมเรื่องทางเทคนิคและทางวิชาชีพเฉพาะ ในส่วนนี้ศาลจะถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ศาลไม่เข้าไปควบคุม แต่โดยปกติ ศาลมักจะมีแนวโน้มในการใช้อำนาจของตนเองในการควบคุมฝ่ายปกครองมากที่สุด ซึ่งเป็นจุดสำคัญที่ศาลปกครองทุกแห่งจะต้องคำนึงถึงหลักการจำกัดตัวเองไว้ให้มากเช่นกัน โดยเฉพาะข้อจำกัดจากความจำเป็นในทางเทคนิคหรือในทางวิชาชีพ ศาลไม่อาจพิจารณาถึงความเหมาะสมได้

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางแนวในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่า ศาลจะใช้วิธีการควบคุมแบบจำกัด ซึ่งเดิมจะประกอบไปด้วยการควบคุมความผิดพลาดในข้อเท็จจริง ความผิดพลาดในข้อกฎหมาย และการบิดเบือนอำนาจ และต่อมาศาลได้เพิ่มเทคนิคในการควบคุมโดยหลักความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ ซึ่งจะเห็นว่าการควบคุมอย่างจำกัดนั้น ได้ขยายขอบเขตออกไปทุกทีจนใกล้เคียงกับการควบคุมปกติ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของศาลในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจยังมีความแตกต่างกันไปตามประเภทของคดี

แต่สำหรับในการทำคำสั่งทางปกครองที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้ (actes discrétionnaires) ศาลจะจำกัดอำนาจการควบคุมลงไปหรือในบางครั้งอาจจะถึงขนาดที่ว่าไม่เข้าไปควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ เรียกว่าเป็นกรณีเฉพาะที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมอำนาจดุลพินิจโดยแท้ ในกรณีเช่นนี้อาจเป็นกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลเห็นว่าต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการหรือวิชาชีพ เนื่องจากศาลไม่สามารถ

เข้าไปควบคุมได้ เพราะบางกรณีเป็นเรื่องยากที่วิญญูชนก็ไม่สามารถที่จะประเมินการกระทำการดังกล่าวได้ ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะบอกได้ว่าสิ่งที่เป็นความผิดพลาดอย่างแน่แท้ถึงขนาดที่วิญญูชนยังไม่ทำ ศาลจึงปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายปกครอง ในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ คดีประเภทนี้ "ได้แก่

คดีเกี่ยวกับการตัดสินใจของกรรมการในการให้คะแนนหรือการเสนอความเห็นของกรรมการในการสอบแข่งขันหรือการสอบไล่ทั้งหลาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องใช้เทคนิคสูง ศาลไม่สามารถทำการประเมินได้ เช่น การจัดสอบวิชาเคมีนิวเคลียร์ การจัดสอบสถาปนิก หรือการจัดสอบวิศวกร

ในกรณีของสมาคมฟุตบอลฝรั่งเศส ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนและเป็นหน่วยงานทางปกครองที่สามารถถูกฟ้องเป็นคดีปกครองได้ หากปรากฏว่ามีการจัดการแข่งขันฟุตบอลและกรรมการตัดสินใจให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ประตู หรืออาจจะเป็นกรณีที่กรรมการให้ใบเหลืองหรือใบแดงแก่ผู้เข้าแข่งขัน ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดความไม่พอใจต่อการตัดสินใจ ซึ่งผู้เข้าแข่งขันได้อุทธรณ์ไปยังสมาคมฟุตบอลของฝรั่งเศส ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การตัดสินใจของสมาคมฟุตบอลเป็นดุลพินิจ โดยแท้เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกีฬา ศาลไม่สามารถเข้าไปควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำได้ แต่จะเข้าไปควบคุมโดยการควบคุมอย่างจำกัดหรือควบคุมขั้นต่ำ โดยดูความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ความผิดพลาดในข้อเท็จจริง หรือการใช้อำนาจโดยบิดเบือนอำนาจ เท่านั้น ศาลไม่สามารถใช้หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำกับเรื่องดังกล่าวได้

ในการเลือกรูปแบบการจัดการบริการสาธารณะ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจะเลือกรูปแบบการจัดการกับขยะมูลฝอยโดยตั้งสำนักงานของตนเองขึ้นมาเพื่อดำเนินการว่าจ้างพนักงานกวาดขยะ จัดการซื้อรถ ซื้ออุปกรณ์เป็นของตัวเอง หรือไม่เช่นนั้นก็จะจ้างเอกชนเป็นคนจัดเก็บ หรืออีกทางหนึ่งก็คือจัดทำเป็นสัมปทานแล้ว ให้ผู้ที่รับสัมปทานไปเก็บเงินจากผู้รับบริการเอง โดยที่ส่วนราชการอาจจะจ่ายสมทบบ้าง เป็นต้น รูปแบบการจัดการกับขยะมูลฝอยหรือการจัดการบริการสาธารณะนั้น ศาลถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจในการตัดสินใจนั้นได้ แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะสามารถพิสูจน์ได้ว่ารูปแบบทั้งที่เป็นการให้สัมปทานการตั้งสำนักงานของตนเองขึ้นมาหรือการไปจ้างเอกชนจะมีราคาหรือผลที่แตกต่างกันก็ตาม ศาลถือว่าเป็นเรื่อง

ไม่พึงเข้าไปยุ่งเกี่ยว เพราะเป็นการจัดการภายในของส่วนราชการนั้น ในเรื่องนี้ศาลจะไม่ใช้หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำเพื่อเข้าไปควบคุมฝ่ายปกครอง

ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐมีอิสระในการเลือกตัวแทนสหภาพแรงงานของข้าราชการในส่วนราชการของตนเองเพื่อตั้งเป็นตัวแทนข้าราชการในคณะกรรมการของหน่วยงานนั้น เช่น คณะกรรมการเกี่ยวกับวินัยข้าราชการหรือคณะกรรมการในเรื่องการบริหารอื่น เป็นต้น หรือเรื่องที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจอย่างอิสระในการเลือกพิมพ์เผยแพร่รายงานการวิจัยหรือรายงานการศึกษาที่ทางส่วนราชการจัดจ้างให้มีการศึกษาวิจัยภายใต้บังคับของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการในการจัดพิมพ์ เผยแพร่ และเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งในกรณีนี้ก็ถือว่าเป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ ศาลจึงต้องจำกัดอำนาจตัวเองลงไป โดยจะไม่เข้าไปควบคุมโดยใช้หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ

3.2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่ง (théorie du bilan coûts avantages)

ทฤษฎีว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่งนั้น ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ต้องเป็นการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินอย่างแท้จริง โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องตรวจสอบว่าได้มีการนำที่ดินผืนนั้น ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น เช่น สร้างบ้านส่วนตัวหรือไม่ แต่ยิ่งไปกว่านั้น ศาลปกครองยังตรวจสอบลึกกลงไปมากกว่านั้น โดยการเปรียบเทียบว่าสิ่งที่ได้รับซึ่งเป็นผลประโยชน์ (avantages) ที่เกิดต่อส่วนรวมที่ได้มาจากการออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนมีมากกว่าสิ่งที่ต้องเสียไป (inconvenients) จากการเวนคืนดังกล่าวหรือไม่¹³⁶

ในการใช้หลักว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียในเรื่องการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเป็นหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1971 ในคดี Ville Nouvelle Est¹³⁷

¹³⁶ A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, Tome I, p.486, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

¹³⁷ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (CE, 28 mai 1971, Ville Nouvelle Lebon), p.409; G.A.J.A. Est, N° 106, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าในปี ค.ศ. 1966 รัฐบาลมีนโยบายที่จะลดความแออัดของเมืองลิล (Lille) ซึ่งเป็นเมืองที่มีนักศึกษาอยู่เป็นจำนวนมาก จึงได้จัดทำโครงการสร้างเมืองใหม่ขึ้นทางด้านตะวันออกของเมือง โดยใช้งบประมาณ 1,000 ล้านฟรังก์ ครอบคลุมพื้นที่ 500 เฮกตาร์ โครงการนี้สามารถรองรับนักศึกษาได้ 30,000 คน และที่พักอาศัยของราษฎรจำนวน 25,000 หลังคาเรือน

การดำเนินการตามโครงการก่อสร้างเมืองใหม่แห่งนี้ รัฐจำเป็นต้องเวนคืนที่ดินและรื้อถอนบ้านเรือนราษฎร จำนวน 250 หลังคาเรือน ผู้เสียหายซึ่งตั้งบ้านเรือนอยู่ในแนวเขตที่จะถูกเวนคืนได้รวมตัวกันคัดค้าน ฝ่ายปกครองจึงได้ทบทวนและเปลี่ยนแปลงแนวเขตเวนคืนใหม่ ซึ่งจะต้องรื้อถอนบ้านเรือนเพียง 80 หลังคาเรือน เท่านั้น แต่ราษฎรยังคงคัดค้านและเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงเขตถนนที่จะก่อสร้างออกไปอีก 30 เมตร อันจะส่งผลให้ไม่ต้องรื้อถอนบ้านเรือนราษฎรเลย

ในที่สุด รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเคหะได้ออกประกาศ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1968 กำหนดให้โครงการเวนคืนบ้านเรือนของราษฎรจำนวน 80 หลังคาเรือนเป็นโครงการเพื่อสาธารณประโยชน์อันเป็นขั้นตอนแรกของกระบวนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

สมาคมผู้พิทักษ์ผลประโยชน์ของผู้เสียหายจากการถูกเวนคืน จึงได้ยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐขอให้เพิกถอนประกาศฉบับนี้โดยอ้างว่า หากฝ่ายปกครองยินยอมเปลี่ยนแปลงแนวเขตเวนคืนแล้ว นอกจากจะไม่ต้องรื้อถอนบ้านเรือนของราษฎรจำนวน 80 หลังคาเรือนแล้ว ยังทำให้รัฐเสียค่าใช้จ่ายน้อยลงด้วย ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าโครงการดังกล่าวเป็นโครงการเพื่อสาธารณประโยชน์

สภาแห่งรัฐได้พิพากษาโดยวางหลักเกณฑ์ว่า การที่หน่วยงานของรัฐจะประกาศให้โครงการใดโครงการหนึ่งเป็นโครงการเพื่อสาธารณประโยชน์ได้ก็ต่อเมื่อโครงการดังกล่าวมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของเอกชน และค่าใช้จ่ายตลอดจนความเสียหายทางสังคมอันเนื่องมาจากการดำเนินการตามโครงการนั้นไม่มากเกินไปเมื่อเทียบกับประโยชน์อันพึงจะได้รับจากการนั้น อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้สภาแห่งรัฐ พิจารณาเห็นว่า โครงการเวนคืนเพื่อก่อสร้างศูนย์การศึกษาระดับมหาวิทยาลัยและการสร้างเมืองใหม่ทางตะวันออกของเมือง Lille ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเคหะได้ออกประกาศดังกล่าวข้างต้นเป็นโครงการเพื่อสาธารณประโยชน์ จึงพิพากษายกฟ้อง

จะเห็นว่าคดีดังกล่าว ศาลจะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว โดยตั้งประเด็นวินิจฉัยปัญหาตามลำดับ ดังนี้

ประเด็นที่ 1 การเวนคืนที่ดินนั้นเป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์หรือไม่ ประเด็นนี้เป็นการควบคุมตามความชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไป ซึ่งโดยปกติแล้วคำตอบมักจะเป็นไปในทางบวก โดยอ้างว่าการเวนคืนทำไปเพื่อกิจการหรือสาธารณประโยชน์เพื่อสร้างทางหรือสร้างเมืองใหม่

ประเด็นที่ 2 การเวนคืนมีความจำเป็นหรือไม่ สามารถหาแนวทางอื่นหรือมีพื้นที่อื่นที่จะทำแทนได้หรือไม่ และมีทรัพย์สินหรือว่าที่ดินของส่วนราชการที่สามารถจะดำเนินการในเรื่องนั้นได้หรือไม่

ประเด็นที่ 3 มีเหตุผลอะไรที่จะแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเวนคืน

ประเด็นที่ 4 ประเด็นนี้เป็นประเด็นที่แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองเป็นองค์กรที่เข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจในเรื่องการเวนคืน โดยการเข้าไปตรวจสอบว่ามีประโยชน์อะไรบ้างที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนและในการเวนคืนนั้นต้องมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนเงินเท่าไร มีราคาสูงไปหรือไม่ และเปรียบเทียบต้นทุนทางสังคมและต้นทุนทางการเงินในการเวนคืนทรัพย์สินของประชาชน ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสภาพแวดล้อมหรือสังคมวัฒนธรรม และวิถีชีวิตของผู้คน ประกอบกับสิ่งที่จะได้รับจากการเวนคืน เช่น กรณีการเวนคืนเพื่อสร้างเมืองใหม่ ศาลต้องดูผลประโยชน์ที่ได้รับ ไม่ว่าจะเป็นการได้พื้นที่ การจัดทำผังเมืองให้ถูกต้องและสวยงามยิ่งขึ้น มีการจราจรที่สะดวก และมีบริการสาธารณะที่ดีขึ้น ซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวข้างต้นนั้นเพียงพอที่จะเป็นคำอธิบาย หรือเพียงพอที่จะลบข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนดังกล่าวหรือไม่ ถ้าหากมีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ที่ได้รับและข้อบกพร่องแล้ว ผลประโยชน์ที่ได้มีมากกว่า ศาลจะพิจารณาว่าการเวนคืนนั้นชอบและเหมาะสม เป็นการใช้อดุลพินิจโดยชอบ แต่ถ้าหากศาลเห็นว่าเกิดผลเสียมากกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับ ศาลจะพิจารณาว่าการเวนคืนนั้นมีการใช้อดุลพินิจที่ไม่ชอบ

นอกจากนี้ยังมีการขยายการควบคุมด้วยวิธีการประเมินผลประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่งไปใช้กับการเวนคืนเพื่อสร้างทางหรือสร้างโรงพยาบาลด้วย แนวคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลให้การใช้อดุลพินิจดำเนินการหรือการตัดสินใจโดยใช้อดุลพินิจ

ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองเกือบทั้งสิ้น และผลของคำวินิจฉัยเมื่อปี ค.ศ. 1971 ทำให้ฝ่ายปกครองใช้ความระมัดระวังในการเวนคืนมากขึ้น จะเห็นได้จากการควบคุมของศาลปกครองโดยใช้หลักการประเมินผลประโยชน์ได้เสียนั้น เป็นผลให้ศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการควบคุมการออกคำสั่ง ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการขยายขอบเขตอำนาจการควบคุมของศาลปกครองให้ขยายออกไประหว่างคำสั่งทางปกครองกับเหตุที่ต้องออกคำสั่งดังกล่าวอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อน

3.2.2.3 หลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité)

หลักความได้สัดส่วนนี้เริ่มใช้ในการควบคุมการลงโทษทางวินัยข้าราชการ โดยสภาแห่งรัฐพิพากษาไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 ว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตรวจสอบว่ามีสัดส่วนที่สัมพันธ์กัน (lien de proportionnalité) ระหว่างการกระทำผิดของข้าราชการกับโทษทางวินัยที่ได้รับหรือไม่¹³⁸ ซึ่งต่อมาหลักการนี้ได้รับการยอมรับเป็นหลักสากล

ต่อมาหลักนี้นำมาใช้กับการควบคุมการใช้อำนาจของกระทรวงมหาดไทยในการควบคุมคนต่างด้าว ซึ่งศาลจะใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งขับไล่ (l'expulsion) คนต่างด้าวที่เข้าประเทศโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยหรือมีพฤติกรรมที่เป็นภัยต่อประเทศชาติ ศาลสามารถใช้มาตรการนี้ขับไล่ออกนอกประเทศได้ หรือกรณีการควบคุมตัวไปยังชายแดน (reconduite à la frontière) ซึ่งเป็นกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศฝรั่งเศสโดยไม่ชอบหรือเข้ามาโดยชอบแล้วแต่อยู่เกินกำหนด เมื่อถูกจับได้ก็อาจถูกควบคุมตัวไปยังชายแดนเพื่อผลักดันออกนอกประเทศ

มาตรการในการขับไล่ออกไปก็ดี หรือมาตรการการควบคุมตัวไปยังชายแดน หรือไปยังประเทศต้นกำเนิดก็ดี มาตรการเหล่านี้ของกระทรวงมหาดไทย จะถูกควบคุมโดยศาลว่า ในการใช้ดุลพินิจว่าบุคคลดังกล่าวเป็นภัยต่อความมั่นคง หรือการใช้มาตรการผลักดันไปยังชายแดน หรือไปยังประเทศต้นกำเนิดมีความเหมาะสมหรือไม่ ศาลจะควบคุมโดยชี้ว่าหนักข้อดีข้อเสียที่เกิดขึ้นจากมาตรการดังกล่าว ในส่วนของข้อดีนั้นก็จะดูจากการควบคุมตรวจสอบให้เป็นไปตามกฎหมายเพราะบุคคลที่อยู่อย่างผิดกฎหมายก็ต้องถูกขับไล่

¹³⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (CE 9 juin 1978, Lebon 245 ; CE 7 nov. 1979, Mme. Boury Nauron, R.D.P. 1980, p. 1499.), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

ออกไป ซึ่งก็เป็นผลประโยชน์ของกฎหมายนั่นเอง ส่วนข้อเสียก็จะถือว่าชีวิตครอบครัวของเขา ถูกทำลายไปหรือไม่ เพราะบางทีคนต่างด้าวก็เดินทางเข้ามาในประเทศฝรั่งเศสพร้อมครอบครัว หรือบางครั้งอาจจะมีครอบครัวหลังจากที่เข้ามาอยู่ในประเทศฝรั่งเศสแล้ว การลงโทษและจับได้ คนต่างด้าวเหล่านี้ออกไปก็จะเป็นการทำลายชีวิตครอบครัว และขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน เพราะฉะนั้นศาลต้องพิจารณาโดยใช้หลักความได้สัดส่วนว่าการบังคับใช้กฎหมายอย่างเต็มที่จับได้ คนออกนอกประเทศกับการทำลายหลักสิทธิมนุษยชนในการที่เขาจะได้อยู่กับครอบครัวเพื่อดูแล สมาชิกในครอบครัวจะได้สัดส่วนกันหรือไม่ ซึ่งศาลจะเป็นผู้เข้ามาควบคุมในจุดนี้ โดยเฉพาะ ในกรณีประเทศฝรั่งเศสได้ลงนามในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (La convention européenne des droits de l'homme) และในอนุสัญญาดังกล่าวมีการรับรองสิทธิการมีชีวิตส่วนตัว และสิทธิในชีวิตครอบครัว เพราะฉะนั้นการใช้มาตรการของกระทรวงมหาดไทยทั้งการจับได้ และการควบคุมตัวไปยังชายแดนนั้น ศาลจะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดโดยดูตามหลักความได้ สัดส่วนว่ามาตรการที่ใช้กับสิ่งที่จะได้จากการใช้มาตรการดังกล่าวได้สัดส่วนเพียงพอหรือไม่

การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในคดีเกี่ยวกับการจับได้ คนต่างด้าวหรือการคุมตัวไปยังชายแดน นับเป็นเรื่องที่สำคัญเพราะกฎหมายได้ให้สิทธิแก่บุคคล ที่ถูกบังคับดังกล่าวฟ้องคดีต่อศาลภายในเวลา 24 ชั่วโมง นับตั้งแต่วันที่มีการออกคำสั่งทั้งคำสั่ง จับได้หรือนำตัวไปยังชายแดน หรือนำตัวไปยังประเทศต้นกำเนิด และเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล คำสั่งจับได้หรือคำสั่งให้นำตัวไปก็จะถูกทุเลาการบังคับไปในตัว ฉะนั้น โดยปกติเกือบ ร้อยเปอร์เซ็นต์คนต่างด้าวจะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และกลายเป็นคดีที่มีปริมาณเพิ่มขึ้นมา อย่างมาก และจะเห็นได้ว่าในคดีดังกล่าวคำสั่งจับได้ หรือให้นำตัวคนต่างด้าวไปยังชายแดน หรือนำตัวคนต่างด้าวไปยังประเทศต้นกำเนิด น่าจะต้องชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว เพราะ คนเหล่านั้นเป็นบุคคลที่ไม่มีสิทธิจะอยู่ในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากไม่มีวีซ่าหรือวีซ่าหมดอายุ คำสั่งดังกล่าวย่อมจะชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้ยกหลักความได้สัดส่วนมาใช้ พิจารณาประกอบกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพื่อดูว่าในการสั่งจับได้คนต่างด้าว ดังกล่าวออกนอกประเทศนั้น คำสั่งดังกล่าวได้สัดส่วนกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน หรือไม่ เช่น สิทธิที่จะอยู่กับครอบครัว สิทธิในการประกอบอาชีพ เพราะถึงแม้ว่าคนเหล่านั้นจะอยู่ใน สถานการณ์ไม่ปกติก็ตาม แต่สามารถประกอบอาชีพได้เป็นหลักแหล่งหรือสามารถศึกษา ได้ตามปกติ จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าศาลได้คิดค้นและพัฒนาหลักขึ้นมาเพื่อจัดการกับคดี

ที่เกิดขึ้นและคนทั่วไปมองเห็นว่ามีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น ดังนั้น ศาลจึงต้องพัฒนาเรื่องหลักความได้สัดส่วนกันต่อไป

3.2.3 สรุปลักษณะทั่วไปและขอบเขตของศาลปกครองฝรั่งเศสในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

เนื่องจากการศึกษาเรื่องอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น จะต้องทำความเข้าใจก่อนว่าการมีอยู่และลักษณะของอำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องที่ต้องบัญญัติขึ้นในกฎหมาย แต่กฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองอาจจะเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นมาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสก็ได้ เพราะศาลปกครองฝรั่งเศสใช้กฎหมายจารีตประเพณีด้วยในกฎหมายปกครอง ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีที่มาจากคำพิพากษาของศาลก็มีฐานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน และที่ต้องทราบต่อไปคือกฎหมายไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือแนวคำพิพากษาของศาล ก็มีการวิวัฒนาการอยู่ตลอดเวลาในเรื่องเกี่ยวกับดุลพินิจ โดยเริ่มจากการให้ดุลพินิจที่กว้างขวางแก่ฝ่ายปกครองแล้วต่อมาจึงค่อยๆ มีการจำกัดอำนาจดุลพินิจให้ลดลงไป ทั้ง โดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายและการยึดถือตามหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (le principe des généraux du droit) ที่มีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาล

ส่วนการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังเช่นศาลปกครองเยอรมัน แต่จากการศึกษาพบว่าแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยในประการแรกของการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลจะพิจารณาก่อนว่าเรื่องนั้นเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ ซึ่งถ้าเป็นเรื่องอำนาจดุลพินิจศาลก็จะเข้าไปตรวจสอบเพียงสามส่วนเท่านั้น คือ

- 1) ฝ่ายปกครองมีความผิดพลาดในการใช้กฎหมายหรือไม่ ซึ่งกรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายเป็นกรณีที่มีการอ้างกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีที่มีการตีความกฎหมายผิด กล่าวคือ มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายที่นำมาอ้างหรือไม่
- 2) ฝ่ายปกครองมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงหรือไม่ คือ ข้อเท็จจริงที่อ้างมีอยู่จริงหรือไม่

3) ฝ่ายปกครองมีการใช้อำนาจโดยบิดเบือนหรือไม่

อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วหากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ กระทำการใด ศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจได้ แต่ศาลจะถือว่าศาลมีหน้าที่ในการ ตรวจสอบและควบคุมในส่วนของการกระทำทางปกครองนั้น โดยศาลจะควบคุมเท่าที่จำเป็น (le contrôle restreint) หรือต้องมีการควบคุมขั้นต่ำ (le contrôle minimum) ซึ่งเท่ากับเป็นการ ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยใช้การกระทำทางปกครองเป็นวัตถุประสงค์แห่ง การตรวจสอบ ซึ่งกรณีเป็นการหลีกเลี่ยงการตรวจสอบดุลพินิจโดยตรงอันจะขัดกับวัตถุประสงค์ที่ ต้องการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ ศาลยังคงจำกัดขอบเขตของการตรวจสอบไว้ เพียงสามส่วนตามที่กล่าวมาแล้ว คือ ข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้อำนาจโดยบิดเบือน โดยมีข้อสังเกตในส่วนของการใช้อำนาจโดยบิดเบือนตามความหมายของศาลปกครองนั้น คือ การใช้อำนาจออกคำสั่งของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์นอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นอกจากที่กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการนั้นกำหนด ซึ่งในส่วนนี้ประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้อำนาจศาลในการตรวจสอบ และควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน

แม้ว่าประเทศฝรั่งเศสจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติขอบเขต ของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือแม้แต่ความหมายของคำว่า ดุลพินิจ อย่างชัดเจนดังเช่นประเทศเยอรมัน แต่ประเทศฝรั่งเศสก็มีแหล่งที่มาของกฎหมายที่สำคัญ และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป คือหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของ ศาลปกครอง ซึ่งกรณีจึงก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครอง อันได้แก่ หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำ ทฤษฎีว่าด้วยการ ประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่งนั้น และหลักความได้สัดส่วน โดยหลัก ความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำ ซึ่งนำมาใช้พิจารณาความเหมาะสมในการใช้ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยอาศัยความรู้สึกนึกคิดของวิญญูชนเป็นเกณฑ์นั้น ต่อมาได้พัฒนาเป็น หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นการพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างผลได้และผลเสีย โดยมีข้อสังเกตว่า วิวัฒนาการของการควบคุมอำนาจดุลพินิจของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น แม้จะเป็นการควบคุมอย่างจำกัด แต่ได้มีการขยายขอบเขตด้วยการเข้าไปควบคุมกรณีต่างๆ มากขึ้นเรื่อยๆ จนใกล้เคียงกับ การควบคุมแบบปกติ กรณีจึงมีผลให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองลดลง

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเองก็ต้องยอมรับในการจำกัดขอบเขตของตนเอง ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน เนื่องจากเหตุผลที่ว่า ความสามารถในทางเทคนิคหรือในทางวิทยาการของศาลมีข้อจำกัดที่ไม่สามารถเข้าไปควบคุม ในสิ่งที่เป็นเรื่องทางเทคนิควิชาชีพเฉพาะได้ ซึ่งสำหรับในส่วนนี้เป็นกรณีที่ศาลยอมรับให้เป็น อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยแท้

3.3 เปรียบเทียบลักษณะทั่วไปและขอบเขตของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดย ศาลปกครองเยอรมันและศาลปกครองฝรั่งเศส

จากการศึกษาลักษณะทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบและควบคุม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสแล้ว พบว่ามีทั้งความเหมือน และความแตกต่างกันในบางประเด็น โดยในส่วนที่มีลักษณะร่วมกันบางประการของลักษณะทั่วไป และขอบเขตของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีดังนี้

1) แนวคิดและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดขอบเขตอำนาจศาลในการ ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยทั้งสองประเทศมีแนวคิดและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการ ตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นไปในแนวทางเดียวกัน เช่น การตรวจสอบความบิดเบือนหรือความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง รวมถึง การแปลความหมายของความบิดเบือนและความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองใน กรณีต่างๆ ประเด็นที่ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ เช่น อำนาจ รูปแบบขั้นตอน การพิจารณา ความครบถ้วนขององค์ประกอบของกฎหมายก่อนใช้อำนาจ และเนื้อหาของดุลพินิจว่ามีความเหมาะสม ได้สัดส่วนสำหรับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเฉพาะในแต่ละกรณี เป็นต้น

2) วิธีการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของศาลปกครองในการ ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยวิธีการพัฒนาของหลักเกณฑ์ต่างๆ ในการควบคุม ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองล้วนมีที่มาจากแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครอง ทั้งสิ้น นอกจากนี้ ทั้งสองประเทศยังให้ความสำคัญกับความยืดหยุ่นในการควบคุมตรวจสอบ ความเหมาะสมและการให้เหตุผลในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในแต่ละกรณี เนื่องจาก แม้ในบางกรณีอาจมีแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาคำสั่งที่ศาลได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว แต่หากมี กรณีเดียวกันในภายหลังเกิดขึ้นอีก ศาลอาจไม่วินิจฉัยเป็นอย่างเดียวกันก็อาจเป็นไปได้ ซึ่งกรณียังคง ต้องพิจารณาการให้เหตุผลที่วิญญูชนรับฟังได้ของฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจ เนื่องจาก

สถานการณ์ เวลา และข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันแม้เพียงเล็กน้อยอาจเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองสามารถวินิจฉัยโดยใช้ดุลพินิจให้แตกต่างกันได้ และกรณียังถือว่าอยู่ภายในขอบเขตและขอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

สำหรับความแตกต่างกันนั้น มีดังนี้

1) กฎหมายที่กำหนดขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยที่ประเทศเยอรมันได้มีการบัญญัติขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างสอดคล้องกันในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามลำดับ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวตลอดจนขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด นอกจากเป็นการกำหนดขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบและควบคุมและขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลเอง ทั้งนี้ ตามหลักที่ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศฝรั่งเศส

2) แนวคิดในการตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเนื่องจากประเทศเยอรมันได้บัญญัติขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งศาลเห็นว่าการใช้ดุลพินิจที่ไม่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือบกพร่อง ศาลจึงมีอำนาจเข้าไปควบคุมหรือตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือบกพร่องดังกล่าวได้ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า หากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจกระทำการใด ศาลไม่สามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจได้ ศาลจึงหลีกเลี่ยงด้วยการเข้าไปตรวจสอบและควบคุมในส่วนของการกระทำทางปกครองแทน โดยควบคุมตรวจสอบเท่าที่จำเป็นหรือเป็นการควบคุมขั้นต่ำเท่านั้น เพื่อไม่ให้ขัดกับความหมายของอำนาจดุลพินิจที่ต้องการให้เป็นอิสระของฝ่ายปกครองโดยแท้จริง

3) การกล่าวถึงการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยสำหรับประเทศเยอรมัน แม้ในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง จะบัญญัติให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบว่าการกระทำทางปกครองมีการใช้ดุลพินิจ

โดยวิธีการที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองนั้นหรือไม่ แต่ในทางตำรายังคงมีการกล่าวว่าการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองมีขอบเขตอยู่ที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยไม่ตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจว่าชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งอาจมีความหมายว่าศาลจะตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการใช้อำนาจดุลพินิจได้เพียงในขั้นตอนของการตรวจสอบในส่วนของอำนาจและรูปแบบขั้นตอนของการใช้อำนาจดุลพินิจ หรือเมื่อพิจารณาความครบถ้วนขององค์ประกอบของกฎหมายก่อนใช้อำนาจเท่านั้น ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสยอมรับการตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายของการใช้ดุลพินิจอย่างไม่มีข้อโต้แย้งว่าหากกรณีใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่บิดเบือน ซึ่งจะเป็นเหตุให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่เกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนนั้นได้

ดังนั้น จากหลักการและตัวอย่างที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมดของกรณีศึกษาทั้งสองประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงแนวคิด วิธีการที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่สำคัญที่สามารถนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับการกำหนดขอบเขตของศาลปกครองไทยในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์และวิธีการในแบบของประเทศไทยในรายละเอียดในบทต่อไป

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ด้วยเหตุที่อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งจำเป็นในการดำเนินการกิจทั้งหลายของฝ่ายปกครองให้สำเร็จลุล่วงเป็นไปตามวัตถุประสงค์ได้อย่างเหมาะสมกับกรณีเฉพาะเรื่อง แต่อิสระที่มีอยู่ในตัวเองของอำนาจดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่จะต้องมีการควบคุมเพื่อไม่ให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือการใช้อำนาจโดยบิดเบือนอันจะส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อทั้งประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนได้ กรณีจึงต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบและตีความการมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในแต่ละกรณี รวมถึงขอบเขตของการใช้อำนาจดังกล่าว และในขณะเดียวกันตัวองค์กรเองก็ต้องกำหนดขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย เพื่อไม่ให้เกิดกรณีการใช้ดุลพินิจแทนที่ฝ่ายปกครอง

ดังนั้น ในปัจจุบันเมื่อศาลปกครองเปิดทำการแล้วตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็คือศาลปกครอง โดยมีมาตรา 276 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งบัญญัติให้ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

แม้ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะถูกยกเลิกไปแล้ว และปัจจุบันก็ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้บัญญัติอำนาจของศาลปกครองไว้ในมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยยังคงหลักการสำคัญเกี่ยวกับคดีปกครองไว้เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยในมาตรา 223 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ

รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณา พิพากษาเรื่องรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง และในวรรคสอง บัญญัติว่า อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น

กรณีจึงมีข้อสังเกตว่าในตอนท้ายของวรรคแรกของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ และโดยอาศัยอำนาจตาม รัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่ง เป็นกฎหมายฉบับสำคัญที่ได้บัญญัติถึงอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง รวมทั้ง ขั้นตอนวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง โดยในที่นี้จะได้กล่าวถึงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

4.1 ที่มาของอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองนั้น จากที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่ากฎหมายฉบับสำคัญที่ให้อำนาจศาลปกครอง ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 แหล่งที่มาของอำนาจศาลที่สำคัญจึงมีที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นสำคัญ ประกอบกับประเทศไทยเป็นประเทศที่ยอมรับการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก ดังนั้น จึงทำให้กฎหมายฉบับดังกล่าวมีอิทธิพลต่อขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศไทยจะยึดมั่นในการใช้บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์ อักษรเพียงใดก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วหลักกฎหมายที่ได้จากแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาล ก็มีใช้สิ่งที่ถูกละเลยไม่นำมาพิจารณาเสียเลย ดังจะเห็นได้จากได้มีการสร้างแนวบรรทัดฐานในการ พิจารณาและพิพากษาคดี ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปแล้วว่าเป็นสิ่งที่ศาลสามารถทำได้เช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวบรรทัดฐานในการกำหนดขอบเขตการใช้

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองและในขณะเดียวกันก็กำหนดขอบเขตของศาลปกครองในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองด้วย

โดยในประการต่อมาจะได้พิจารณาถึงที่มาของอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งสองแหล่งดังกล่าว

4.1.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

โดยในส่วนของอำนาจศาลในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นเนื่องจากศาลปกครองเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจึงได้บัญญัติรับรองอำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยบัญญัติอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ การออกคำสั่ง หรือโดยการกระทำอื่นใด ซึ่งบทบัญญัติในอนุมาตราดังกล่าวได้กล่าวถึงเหตุต่างๆ ที่ทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวม 10 ประการ ได้แก่ (1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (2) การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (3) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (4) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน (5) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น (6) การกระทำโดยไม่สุจริต (7) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (8) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น (9) การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร (10) การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบและนอกจากนี้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการสั่งให้เพิกถอนกฎ หรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำนั้นๆ ได้¹

¹ มาตรา 72 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

การที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นๆ นอกจากการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบซึ่งเหตุอื่นๆ ดังกล่าว เช่น การกระทำโดยไม่สุจริต ซึ่งอาจจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาค หรือการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วน ยังเป็นเหตุที่อาจถือว่าเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย และการที่บัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไว้ในประการสุดท้ายว่า เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบนั้น ก็เพื่อให้ครอบคลุมถึงการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเหตุประการอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะของการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ในทุกกรณี ไม่ว่าเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะเกิดจากเหตุใดก็ตาม² ส่วนขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวจะมีแค่ไหนเพียงใดนั้นยังเป็นกรณีที่จะต้องศึกษาในรายละเอียดในแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองต่อไป

ดังนั้น กรณีจึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องกำหนดขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และการเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ซึ่งในส่วนนี้จึงทำให้ถือเป็นการยอมรับหลักในการกำหนดขอบเขตในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีที่มาจากแนวคำพิพากษา ซึ่งจะเป็นการสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และมีผลเป็นการบังคับโดยทางอ้อมให้ศาลปกครองต้องยึดแนวบรรทัดฐานที่ได้ตัดสินใจไว้ สำหรับกรณีข้อเท็จจริงและสถานการณ์เดียวกัน หรือหากต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ ก็จำเป็นต้องหาหลักกฎหมายและเหตุผลที่เหมาะสมและรับฟังได้สำหรับสภาพปัญหาและสถานการณ์ในขณะนั้น ซึ่งกรณีจะได้ศึกษาในรายละเอียดต่อไป

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎ หรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

² สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง), หน้า 32-34.

4.1.2 แนวคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล

แม้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองจะไม่ได้มีผลดังเช่นกฎหมายที่ศาลจะต้องยึดถือเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี แต่แนวคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นแหล่งที่มาและแหล่งที่ทำให้เกิดการวิวัฒนาการของกฎหมายปกครองที่สำคัญอันจะก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี รวมถึงหลักเกณฑ์ของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะได้ศึกษาจากแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองในหัวข้อต่อไป และนอกจากนี้การที่ศาลจะเป็นองค์กรที่สามารถคงอยู่ได้นั้น จำเป็นต้องได้รับความเชื่อถือจากประชาชน โดยหากศาลตัดสินใจโดยไม่ยึดหลักกฎหมายหรือตัดสินใจตามอำเภอใจโดยปราศจากเหตุผลที่ถึงขนาดประชาชนทั่วไปหรือสังคมไม่อาจยอมรับได้ ศาลก็คงเป็นแค่อาคารสถานที่แห่งหนึ่งเท่านั้น และด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้เป็นการบังคับศาลโดยทางอ้อมให้ใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยนอกจากจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังต้องเป็นไปตามแนวทางที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้นเองหรือแนวบรรทัดฐานที่พัฒนามาจากหลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติดังเช่นตามแบบอย่างของศาลปกครองในต่างประเทศ ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในบทก่อนอีกด้วย

สำหรับในส่วน of ศาลปกครองที่เปิดทำการมาแล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 จนถึงขณะนี้ปี พ.ศ. 2550 เป็นระยะเวลา 6 ปี แนวบรรทัดฐานในการพิจารณาตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเริ่มที่จะมีให้เห็นเป็นรูปธรรม สำหรับในแต่ละสภาพของปัญหา และข้อเท็จจริงที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งมีลักษณะของข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันที่ศาลได้วางแนวทางการวินิจฉัยโดยให้เหตุผลไปในทำนองเดียวกันไว้ และสิ่งเหล่านี้เองที่เป็นเสมือนกับหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลในการควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ดังนั้น ในประการต่อมา เมื่อจะพิจารณาในส่วน of ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ประการแรกจึงต้องพิจารณาถึงรูปแบบที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งกรณีจะมีผลต่อการกำหนดประเด็นแห่งคดีของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีในคดีปกครองแต่ละประเภท

4.2 รูปแบบที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง นอกจากศาลจะพิจารณาอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ตรวจสอบเงื่อนไขการฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก่อนนำคดีมาฟ้องศาลหรือไม่ ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาหรือไม่ และศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ เป็นต้น แล้ว เมื่อผ่านขั้นตอนของการตรวจสอบอำนาจและเงื่อนไขการฟ้องคดี ในขั้นตอนต่อมาศาลจึงตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งโดยส่วนใหญ่ มักจะตั้งประเด็นไว้สามประเด็น คือ 1) ผู้ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจหรือไม่ 2) การกระทำทางปกครองดังกล่าวชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนตามกฎหมายหรือไม่ และ 3) เนื้อหาของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

โดยทั่วไปแล้วหากมีกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในส่วนของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ศาลจะตรวจสอบโดยมักจะตั้งประเด็นไว้ในสามประเด็น คือ การตรวจสอบเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง ซึ่งในบางครั้งพบว่าในส่วนนี้มักเป็นการตรวจสอบในเนื้อหาของดุลพินิจเพียงอย่างเดียว โดยการตรวจสอบอำนาจและรูปแบบขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจมักพบว่าได้นำไปวินิจฉัยไว้ในประเด็นที่หนึ่งและสอง คือ ความชอบด้วยกฎหมายของอำนาจและรูปแบบขั้นตอนของการกระทำทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบอำนาจและรูปแบบขั้นตอนก็ยังคงเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กรณีอาจตั้งข้อสังเกตของรูปแบบในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เป็น 3 ขั้นตอน คือ

4.2.1 การตรวจสอบอำนาจของผู้ที่ใช้ดุลพินิจที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

ก่อนที่ศาลจะได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ออกกฎหมายหรือคำสั่งอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น มีอำนาจตามกฎหมายในการออกกฎหมายหรือคำสั่งนั้นๆ หรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบในส่วนนี้อาจพบในคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งเป็นส่วนใหญ่ เพราะอำนาจตามกฎหมายเป็นฐานสำคัญในการก่อให้เกิดการกระทำ

ทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหรือคำสั่ง หากการกระทำทางปกครองใดเกิดขึ้นโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงรูปแบบขั้นตอนที่ให้ได้ว่าซึ่งกฎหรือคำสั่งหรือแม้กระทั่งความชอบด้วยเนื้อหาของกฎหรือคำสั่งนั้น

โดยในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งใดก็ตาม นอกจากจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่นั้นๆ มีดุลพินิจหรือไม่แล้ว ต้องพิจารณาว่าผู้ที่ใช้อำนาจนั้นเป็นผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ด้วย โดยศาลปกครองได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสาระสำคัญของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจไว้ คือ

คดีนี้เป็นคดีที่สมาชิกสหกรณ์ออมทรัพย์ของมหาวิทยาลัยฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่กระทำการแทนนายทะเบียนสหกรณ์ซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดี โดยได้วินิจฉัยตอบข้อหารือของประธานสหกรณ์ออมทรัพย์ของมหาวิทยาลัยเกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบของสหกรณ์ ว่าด้วยการสรรหาประธานกรรมการ ดำเนินการและผู้ตรวจสอบกิจการ พ.ศ. 2546 ในประเด็นเรื่องคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นประธานกรรมการสหกรณ์ โดยรองนายทะเบียนสหกรณ์ได้วินิจฉัยให้สมาชิกสหกรณ์ ที่เคยกระทำผิดระเบียบดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นประธานกรรมการสหกรณ์ได้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การตอบข้อหารือของผู้ถูกฟ้องคดีมีลักษณะเป็นการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการตีความข้อบังคับ ซึ่งตามมาตรา 45³ แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติให้สหกรณ์ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความข้อบังคับขอคำวินิจฉัยจากนายทะเบียนและให้สหกรณ์ถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น ดังนั้น คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

³ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการตีความในข้อบังคับ ให้สหกรณ์ขอคำวินิจฉัยจากนายทะเบียนสหกรณ์ และให้สหกรณ์ถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น

⁴ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

พ.ศ. 2539 เมื่อนายทะเบียนสหกรณ์ได้มอบอำนาจการตีความข้อบังคับตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติข้างต้นให้เฉพาะรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่แต่งตั้งจากรองอธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์เท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยแทนนายทะเบียนสหกรณ์⁵ ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเพียงรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่ได้รับแต่งตั้งจากตำแหน่งสหกรณ์จังหวัดให้ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์เฉพาะในเรื่องการส่งเสริม แนะนำ และกำกับดูแลสหกรณ์ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติสหกรณ์และกฎหมายอื่น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในปัญหาที่สหกรณ์หารือได้ คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีข้างต้น⁶

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 กำหนดให้นายทะเบียนสหกรณ์เป็นผู้มีอำนาจตีความข้อบังคับ และยังมีผลให้สหกรณ์ต้องถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของนายทะเบียนสหกรณ์นั้น ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้นายทะเบียนสหกรณ์หรือรองนายทะเบียนสหกรณ์ที่แต่งตั้งจากรองอธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์เท่านั้นเป็นผู้ใช้ดุลพินิจแทนนายทะเบียนสหกรณ์ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีซึ่งมิได้มีตำแหน่งดังกล่าวจึงมิใช่ผู้มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจได้ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนหรือเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ

4.2.2 การตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

หากกรณีผ่านเงื่อนไขของการเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายแล้ว หรือไม่มีกรณีที่ต้องวินิจฉัยเรื่องผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจแล้ว กรณีต่อไปจะต้องวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยปฏิบัติตามขั้นตอนและแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งลงโทษ

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁵ คำสั่งนายทะเบียนสหกรณ์ที่ 827/2546 ลงวันที่ 13 ตุลาคม 2546 เรื่อง มอบอำนาจให้รองนายทะเบียนสหกรณ์ปฏิบัติการแทนนายทะเบียนสหกรณ์

⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.139/2549

ทางวินัย จะต้องมีการขึ้นตอนการแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาที่ปรากฏตามเรื่องที่ถูกกล่าวหา (แบบ ศ.ว. 2) และแจ้งสรุปพยานหลักฐานที่สรุปพยานหลักฐาน (แบบ ศ.ว. 3) ให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ เป็นต้น หากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าว ศาลจะเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น โดยไม่วินิจฉัยการใช้ดุลพินิจในการสั่งลงโทษ ซึ่งเป็นส่วนเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ

4.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในส่วนของความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้น เป็นการพิจารณาในสาระสำคัญของการตัดสินใจหรือเจตนาภายในที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองที่มาจาก การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น การเลือกใช้มาตรการตามที่กฎหมายกำหนด การตัดสินใจใช้อำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการใด โดยไม่ใช่การพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอกของการใช้ดุลพินิจนั้น เช่น ผู้ใช้อำนาจมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ หรือการปฏิบัติเป็นไปตามขั้นตอน แบบพิธีที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เป็นต้น โดยในที่นี้จะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้จะแยกพิจารณาออกเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดเกิดขึ้นแล้ว หรือเป็นกรณีที่อยู่ในขั้นตอนกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายและเหตุผลที่ฝ่ายปกครองให้ในการใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว ซึ่งในส่วนนี้เป็นส่วนที่ศาลจะต้องกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ตัวอย่างการวินิจฉัยในเนื้อหาของดุลพินิจ เช่น การออกคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการเป็นการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำแล้วหรือไม่ เป็นต้น โดยกรณีจะได้อ้างถึงแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองในหัวข้อต่อไป

4.3 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองแล้ว พบว่าในปัจจุบันขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งได้เป็นสองส่วนใหญ่ๆ คือ กรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ กล่าวคือกรณีที่ศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาและดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงจนกระทั่งสรุปสำนวนและทำคำพิพากษา โดยได้ตรวจสอบและวินิจฉัยในส่วนของอำนาจ รูปแบบขั้นตอนตลอดจนเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และท้ายที่สุดนำไปสู่การวินิจฉัย

ในประเด็นแห่งคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี และกรณีที่ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว โดยปฏิเสธที่จะรับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งในส่วนของศาลจำกัดอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ถือว่าเป็นส่วนน้อยที่ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยให้เหตุผลว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าว ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป แต่ก่อนอื่นจะได้กล่าวถึงกรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบเป็นกรณีแรก

4.3.1 กรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ

เนื่องจากการศึกษาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้น โดยทั่วไปศาลจะกำหนดขอบเขตและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันสำหรับคดีปกครองทุกประเภท และเป็นไปด้วยความยุติธรรม แม้ว่าอาจมีความแตกต่างกันบ้างก็เพียงแต่อำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งต้องผูกพันกับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กล่าวคือ การกำหนดคำสั่งบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองให้อำนาจและยังต้องสัมพันธ์กันสำหรับในแต่ละประเภทคดีตามที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดอีกด้วย ซึ่งกรณีอาจเป็นเงื่อนไขอีกกรณีหนึ่งที่มีผลในทางปฏิบัติต่อขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันแล้ว ดังนั้น เพื่อความชัดเจนในการศึกษาเทคนิควิธีการที่ศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจากแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น จึงได้แยกพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์นั้นๆ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

และเนื่องจากอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ดังนั้น หลักเกณฑ์กว้างๆ ที่สำคัญจึงเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบและควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งกรณียังมีความจำเป็นต้องมีการอธิบายถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้มีความชัดเจนเป็นรูปธรรมและสามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้ดียิ่งขึ้นด้วยการพิจารณาจากแนวคำพิพากษาคำสั่งศาล ซึ่งศาลปกครองมีหลักเกณฑ์และแนวทางในการตรวจสอบการใช้

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในคดีพิพาทต่างๆ ที่มีการฟ้องต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

4.3.1.1 การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบและควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย คงจะเป็นไปได้ยากหากจะไม่กล่าวถึงการให้หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบและควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้อยู่ภายในความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง และหลักเกณฑ์ทั้งสองแทบจะแยกกันไม่ออกในการพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ย่อยหลักเกณฑ์หนึ่งที่ใช้พิจารณาว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ ดังจะพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาศาลปกครองดังต่อไปนี้

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นเงื่อนไขแรกในการกำหนดขอบเขตของการใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย การที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างตนเองกับราษฎรจึงมิได้หมายความว่าอนุญาตให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอะไรก็ได้ แต่องค์กรผู้ใช้อำนาจจะต้องใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายดังต่อไปนี้⁷

1. องค์กรผู้ใช้อำนาจจะต้องใช้อำนาจเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเท่านั้น จะใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายอย่างอื่นนอกเหนือไปจากความมุ่งหมายที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2. องค์กรผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งต้องใช้อำนาจเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนแขนงที่อยู่ในความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจด้วย ซึ่งประโยชน์มหาชนนั้นอาจแยกออกได้หลายแขนง เช่น ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ

⁷ Jean-Marie Auby, "The Abuse of Power in French Administrative Law," *The American Journal of Comparative Law* 18,3 (1970): 549, 554, Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common-Law World* (New York: New York University Press, 1954) pp. 216-217, อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, "การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 106.

ประชาชน หรือความมั่นคงของชาติ เป็นต้น แล้วแต่ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจจะมีความมุ่งหมายที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนแขนงใด

การใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายส่วนตัวก็ดี การใช้อำนาจโดยมีความมุ่งหมายที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนแต่เป็นประโยชน์มหาชนแขนงอื่นที่ไม่ใช่แขนงที่กฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้ก็ดี การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าการควบคุมให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่กฎหมายกำหนดนี้ เป็นการควบคุมเพื่อตรวจสอบมูลเหตุในใจหรือมูลเหตุซึ่งใจที่ทำให้ให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจนั่นเอง⁸ โดยในส่วนของ การควบคุมให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การพิจารณาคุณสมบัติและความสามารถของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานในโครงการจัดหาพัสดุของส่วนราชการนั้น ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ให้อำนาจไว้ โดยจะต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของระเบียบดังกล่าวที่มุ่งคุ้มครองให้การจัดหาพัสดุต้องกระทำโดยเปิดเผย โปร่งใส และมีการแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรม เมื่อปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติใดของระเบียบที่บัญญัติให้อำนาจส่วนราชการประกาศตัดสิทธิผู้เสนอราคาหรือผู้รับจ้างที่เคยมีประวัติการรับจ้างงานก่อสร้างบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่งมาก่อนเข้าเสนอราคากับส่วนราชการ การที่กรมโยธาธิการประกาศตัดสิทธิเอกชนข้างต้น มิให้เสนอราคา รับจ้างงานก่อสร้างกับกรมโยธาธิการจึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยที่ การควบคุมดูแลการจัดหาพัสดุให้ถูกต้องเป็นธรรมและมีให้ประโยชน์ของทางราชการหรือประโยชน์สาธารณะเสียหายนั้น สามารถทำได้โดยการกำหนดไว้เป็นข้อสัญญาให้ผู้รับจ้างต้องรับผิดชอบจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือการปฏิบัติงานล่าช้าและบังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญาได้อยู่แล้ว ประกอบกับในการเสนอราคาหรือเสนองานของผู้รับจ้างนั้น ส่วนราชการจะต้องพิจารณาถึงความพร้อมหรือความสามารถของผู้เสนอราคาหรือผู้เสนองานในขณะที่เสนอราคา ดังนั้น กรมโยธาธิการจึงไม่อาจนำกรณีการปฏิบัติงานบกพร่องตามโครงการหนึ่งมาเป็นข้ออ้างในการตัดสิทธิผู้รับจ้างรายหนึ่งรายใด มิให้เสนอการรับจ้างก่อสร้างในทุกสาขางานก่อสร้างได้ การประกาศตัดสิทธิของกรมโยธาธิการดังกล่าว จึงเป็นการใช้อำนาจเกินกว่าที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุกำหนดไว้ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของระเบียบดังกล่าว อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการปฏิเสธ

⁸ L. Neville Brown and J.F. Garner, *French Administrative Law*, 2nd ed. (London: Butterworths, 1973), p. 130, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

ไม่รับพิจารณาการเสนอราคาโดยอ้างประกาศตัดสิทธิข้างต้นย่อมเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เสนอราคา จึงพิพากษาให้กรมโยธาธิการชดใช้ค่าเสียหายเท่าที่เกิดขึ้นจริง และเป็นผลโดยตรงจากการกระทำละเมิด ให้แก่ผู้เสนอราคาที่ได้รับความสะดวก

นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาวัตถุประสงค์ หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ศาลยังต้องพิจารณาว่าการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง มีวัตถุประสงค์ของกฎหมายตรงกับเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่หรือไม่ โดยในการพิจารณาสีทธิเกี่ยวกับ เงินค่าตอบแทนการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการและในวันหยุดราชการของข้าราชการ ต้องพิจารณา ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการได้รับสิทธิดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ หน่วยงานทางปกครองไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายในส่วนที่กำหนดเกี่ยวกับการจัดให้มีหลักฐานเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบผลการปฏิบัติงานของข้าราชการหรือเพื่อประโยชน์ ในการตรวจสอบการจ่ายเงินค่าตอบแทนการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการมาพิจารณาวินิจฉัยว่า ข้าราชการที่ไม่ได้จัดให้มีหลักฐานตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าวเป็นผู้ไม่มีสิทธิที่จะได้รับ เงินค่าตอบแทน เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่มีเจตนารมณ์แตกต่างกัน ซึ่งศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยในกรณีนี้ว่าเมื่อพยานหลักฐานรับฟังได้ว่าข้าราชการผู้เบิกเงินค่าตอบแทนการทำงานนอกเวลาราชการ ได้อยู่เวรปฏิบัติงานในช่วงเวลาที่เบิกจริง โดยกรณีเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจ่ายเงิน ค่าตอบแทนตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4¹⁰ และข้อ 11¹¹ ของข้อบังคับกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วย

⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.221/2548

¹⁰ ข้อ 4 ของระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยเงินบำรุงของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2536 วิธีปฏิบัติอื่นใดซึ่งมิได้กำหนดไว้ในระเบียบนี้ ให้ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ โดยอนุโลม

¹¹ ข้อบังคับกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยเงินค่าตอบแทนเจ้าหน้าที่ของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวง สาธารณสุข พ.ศ. 2536

ข้อ 4 การจ่ายเงินค่าตอบแทนให้แก่เจ้าหน้าที่ในสังกัดกระทรวงสาธารณสุขที่ได้รับคำสั่งหรือ ได้รับ มอบหมายให้บริการ สนับสนุน หรือร่วมบริการด้านการรักษาพยาบาล หรือบริการด้านสาธารณสุขที่เป็นบริการสาธารณสุขประโยชน์ ให้พิจารณาความเหมาะสมกับความจำเป็นของงาน และไม่เป็นภาระแก่สถานะเงินบำรุงของหน่วยบริการ และให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อบังคับนี้

ข้อ 11 เจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทน ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

- (1) เป็นงานให้บริการทางการแพทย์และการสาธารณสุขที่อยู่ในหน้าที่ของหน่วยบริการนั้น
- (2) เป็นงานที่ปฏิบัติงานนอกเวลาราชการโดยไม่ได้รับสิทธิหยุดชดเชยในวันรุ่งขึ้นหรือถัดหรือวันต่อๆ ไป
- (3) เป็นผู้ได้รับการจัดให้ปฏิบัติงานเป็นเวรหรือผลัด และได้ปฏิบัติงานต่อเนื่องนอกเวลาราชการหรือจนครบ

เวลาที่กำหนด

เงินค่าตอบแทนเจ้าหน้าที่ของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2536 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 9 วรรคสอง และข้อ 16¹² ของระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยเงินบำรุงของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข ข้าราชการดังกล่าวจึงเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทนข้างต้น แม้ว่าการเบิกเงินค่าตอบแทนจะไม่มีหลักฐานบัญชีลงเวลาการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากหลักเกณฑ์ตามระเบียบที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินหยิบยกมาเป็นเหตุวินิจฉัยว่า ข้าราชการผู้เบิกเงินค่าตอบแทนปฏิบัติไม่ชอบ ทำให้ไม่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าวอันได้แก่หลักเกณฑ์ตามข้อ 6 และข้อ 10¹³ ของระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยการจ่ายเงินค่าตอบแทนการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการนั้น มีวัตถุประสงค์ให้ผู้มีอำนาจอนุมัติการจ่ายเงินได้ตรวจสอบผลการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการของผู้ปฏิบัติงานว่าคุ้มค่าเหมาะสมกับค่าตอบแทนที่ทางราชการจ่ายให้หรือไม่ และหลักเกณฑ์ตามข้อ 21 และข้อ 34¹⁴ ของระเบียบการเก็บรักษาเงินและการนำเงิน

(4) ต้องปฏิบัติงานติดต่อกันไม่น้อยกว่า 8 ชั่วโมง เว้นแต่เป็นกรณีที่หัวหน้าหน่วยบริการได้กำหนดให้ปฏิบัติงานน้อยกว่า 8 ชั่วโมง

(5) ในวันหนึ่งคนหนึ่งได้รับเงินค่าตอบแทนไม่เกิน 1 ครั้ง

¹² ระเบียบกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยเงินบำรุงของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2536 ข้อ 9 เงินบำรุงที่หน่วยบริการได้รับ จะนำไปก่อหนี้ผูกพันหรือจ่ายได้เฉพาะกรณีที่พึงจ่ายได้จากเงินงบประมาณ และเพื่อการปฏิบัติราชการของหน่วยบริการ

การจ่ายเงินบำรุงเพื่อการปฏิบัติราชการของหน่วยบริการอื่น หรือการจ่ายเงินบำรุงในลักษณะเงินค่าตอบแทนเงินตอบแทนพิเศษแก่บุคคลของหน่วยบริการที่ให้บริการด้านการรักษาพยาบาลโดยตรง หรือบริการด้านการสาธารณสุข ที่เป็นบริการอันเป็นสาธารณประโยชน์ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขกำหนด

ข้อ 16 ให้ปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้รักษาการให้เป็นไปตามระเบียบนี้ และให้มีอำนาจออกข้อบังคับหรือคำสั่งในทางปฏิบัติ แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับระเบียบนี้

¹³ ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายเงินค่าตอบแทนการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการ พ.ศ. 2536 ข้อ 6 ให้หัวหน้าส่วนราชการเจ้าของงบประมาณหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายสำหรับราชการบริหารส่วนกลาง ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายสำหรับราชการบริหารส่วนภูมิภาค มีอำนาจอนุมัติให้ข้าราชการอยู่ปฏิบัติราชการนอกเวลาราชการปกติได้

ให้ผู้มีอำนาจตามวรรคแรกพิจารณาอนุมัติให้ข้าราชการอยู่ปฏิบัติราชการนอกเวลาราชการปกติได้ตามความจำเป็นโดยคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการ และความเหมาะสมของผู้ปฏิบัติงานเป็นหลัก ทั้งนี้ ให้มีผู้ควบคุมดูแลการลงเวลาและการปฏิบัติงานอย่างเคร่งครัดและให้รายงานผลการปฏิบัติงานต่อผู้มีอำนาจอนุมัติภายใน 15 วัน นับแต่วันที่เสร็จสิ้นการปฏิบัติงานตามคำสั่งนั้น

ข้อ 10 หลักฐานการจ่ายเงินตอบแทนการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการ ให้เป็นไปตามแบบที่กรมบัญชีกลางกำหนด หรือตามที่ได้รับความเห็นชอบจากกรมบัญชีกลาง

¹⁴ ระเบียบการเก็บรักษาเงินและการนำเงินส่งคลังของส่วนราชการ พ.ศ. 2520

ส่งคลังของส่วนราชการมีวัตถุประสงค์ให้มีหลักฐานการจ่ายเงินเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ ซึ่งหลักเกณฑ์ตามระเบียบทั้งสองฉบับไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิในการได้รับเงินค่าตอบแทน เพราะสิทธิในการได้รับเงินดังกล่าวได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้วตามข้อบังคับของกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยเงินค่าตอบแทนเจ้าหน้าที่ของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข ดังนั้น การที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินวินิจฉัยว่าข้าราชการผู้เบิกเงินค่าตอบแทนไม่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าว เนื่องจากไม่มีหลักฐานบัญชีลงเวลาการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการตามระเบียบข้างต้นจึงไม่ถูกต้อง และคำสั่งของหน่วยราชการต้นสังกัดที่เรียกให้ข้าราชการผู้เบิกเงินคืนเงินค่าตอบแทนที่ได้เบิกไปแล้วตามที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินแจ้งให้ดำเนินการ จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งเรียกให้คืนเงินดังกล่าว¹⁵

ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวยังคงแสดงให้เห็นว่า ศาลยังคงตรวจสอบความสอดคล้องของวัตถุประสงค์ของกฎหมายกับการวินิจฉัยและมีคำสั่งของฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ โดยฝ่ายปกครองต้องปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เกี่ยวกับข้อเท็จจริงของเรื่องที่กำลังวินิจฉัยอยู่ด้วย ไม่ใช่ใช้กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์สำหรับข้อเท็จจริงคนละประเภทกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งจะทำให้เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งกรณีดังกล่าวข้างต้นได้มีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้ยืนยันหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองไทยใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองต้องใช้กฎหมายให้ตรงกับวัตถุประสงค์ของเรื่องที่พิจารณา ซึ่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองในการกำหนดมาตรการเพื่อจะให้พื้นที่จอดรถในเมืองว่างจากการที่มีรถจอดตลอดเวลา เพื่อให้ผู้ที่มาเที่ยวงานคริสต์มาสซึ่งจะมาจอดรถในช่วงเวลาหนึ่งได้มีที่จอดรถนั้น จะบรรลุได้ก็แต่โดยการใช้อำนาจออกคำสั่งตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง และมาตรา 16 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการจราจรทางบก ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายตามกฎหมายว่าด้วยถนนมาแทนที่มาตรการตามกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบกตั้งที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำในคดีนี้ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันของกฎหมายทั้งสองฉบับ โดยกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบกกำหนด

ข้อ 21 หลักฐานการจ่าย นอกจากใบสำคัญจ่าย ให้เป็นไปตามที่กระทรวงการคลังกำหนดหรือตามที่ได้รับ ความเห็นชอบจากกระทรวงการคลังแล้ว

ข้อ 34 การจ่ายเงิน จะต้องหลักฐานการจ่ายไว้เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.23/2548

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับระเบียบการจราจรและมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยในการเดินทาง กฎหมายดังกล่าวกำหนดกฎเกณฑ์การจราจรภายใต้แนวความคิดเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ แต่กฎหมายว่าด้วยถนนกำหนดนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับถนนสาธารณะ กล่าวคือ กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของถนนสาธารณะ (การอุทิศถนน การแบ่งถนน การปรับเปลี่ยนถนน ฯลฯ) การใช้ประโยชน์ธรรมดาและการใช้ประโยชน์พิเศษในถนน กำหนดกฎเกณฑ์การก่อสร้างและข้อจำกัดของการก่อสร้างอาคารต่างๆ ตามแนวถนน ซึ่งจะเห็นได้ว่าเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบกและกฎหมายว่าด้วยถนนเป็นเนื้อหาทางนิติบัญญัติคนละส่วนกัน มาตรการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ตัดสินใจไปนั้นไม่อาจให้เหตุผลได้โดยอาศัยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยถนนว่าการจอดรถเป็นระยะเวลาอันเป็นการใช้ประโยชน์ที่เกินไปกว่าการใช้ประโยชน์ทั่วไป แต่กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบก ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบกกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจอดรถไว้ในมาตรา 16 ว่ากรณีใดบ้างที่การจอดรถถือว่าต้องห้ามตามกฎหมาย นอกจากนั้นกฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดของการจอดรถ ซึ่งการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเรื่องที่ส่วนรวมไม่อาจยอมรับได้ ซึ่งกรณีนี้ก็เป็นกรณีที่จะต้องว่ากันไปตามกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบก ไม่ใช่ตามกฎหมายว่าด้วยถนน ด้วยเหตุนี้หน่วยงานของรัฐจึงไม่สามารถใช้มาตรการตามกฎหมายว่าด้วยถนนได้¹⁶

นอกจากนี้หากเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ กรณียังถือว่าฝ่ายปกครองไม่ใช่ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นเดียวกัน โดยหากกฎหมายกำหนดระดับความหนักเบาของมาตรการไว้ เมื่อผู้ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการในขั้นต้น หน่วยงานทางปกครองต้องพิจารณาใช้มาตรการบังคับซึ่งมีระดับสูงขึ้นตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ การที่ยังคงออกคำสั่งซ้ำให้ใช้มาตรการเดิมซึ่งไม่ได้ผลอีก ถือเป็นการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งระงับการก่อสร้างและห้ามบุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใดๆ ของอาคาร และมีคำสั่งให้แก้ไขอาคารให้ถูกต้องภายในกำหนดเวลา หากเจ้าของอาคารไม่ดำเนินการภายในกำหนด มาตรการขั้นต่อไป คือ การสั่งให้รื้อถอนอาคารภายในกำหนด หากยังไม่มีการปฏิบัติตามเจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถดำเนินการให้มีการรื้อถอน

¹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE 34, 241), อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณะ, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 274.

อาคารหรือยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตรวจพบว่ามี การก่อสร้างอาคารผิดไปจากแบบแปลนที่ได้รับอนุญาตแล้ว เพียงแต่มีคำสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารให้ถูกต้องตามกฎหมายซ้ำกันหลายครั้ง โดยไม่ได้ดำเนินการบังคับเพื่อให้เจ้าของอาคารดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งดังกล่าว และปัจจุบันอาคารพิพาทก็ยังไม่ได้รับการแก้ไข จึงถือได้ว่าเจ้าพนักงานท้องถิ่นละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด¹⁷

กรณีต่อมาเป็นตัวอย่างที่สนับสนุนว่าหากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงไปพิพากษาให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเป็นอย่างอื่นได้ โดยในคดีที่ฟ้องขอให้องค์การบริหารส่วนตำบลจัดจ้างใหม่โดยให้รวมโครงการที่มีลักษณะงานอย่างเดียวกันเป็นโครงการเดียวกันแล้วจัดจ้างใหม่โดยวิธีสอบราคาให้ถูกต้อง เนื่องจากผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเข้าทำการแข่งขันเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับการที่องค์การบริหารส่วนตำบลเปลี่ยนวิธีจ้างจากวิธีสอบราคาเป็นวิธีตกลงราคา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีที่มีองค์การบริหารส่วนตำบลหลายแห่งจ้างงานซึ่งมีลักษณะอย่างเดียวกันโดยวิธีทดสอบราคานั้น โดยที่ข้อ 16 วรรคหนึ่ง ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544 ได้กำหนดให้การซื้อหรือการจ้างตามข้อ 13 และข้อ 14¹⁸ ถ้าผู้สั่งซื้อหรือสั่งจ้างเห็นสมควรจะสั่งให้ดำเนินการโดยวิธีที่กำหนดไว้สำหรับวงเงินที่สูงกว่าก็ได้ อันเป็นกรณีที่ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้อำนาจผู้สั่งซื้อหรือสั่งจ้างสามารถทำการสั่งซื้อหรือสั่งจ้างนอกเหนือจากวิธีที่ระเบียบกำหนดไว้สำหรับวงเงินที่จะสั่งซื้อหรือสั่งจ้างได้ โดยเป็นการให้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระแก่ผู้สั่งซื้อหรือสั่งจ้างที่จะเลือกสั่งซื้อหรือสั่งจ้างด้วยวิธีอื่นตามที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้สำหรับวงเงินที่สูงกว่า ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่วิธีสอบราคาหรือวิธีประกวดราคา ดังนั้น หากผู้สั่งซื้อหรือสั่งจ้างเห็นว่าวิธีที่ตนเลือกสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้อย่างดีที่สุด ซึ่งไม่ว่าผู้สั่งซื้อหรือสั่งจ้างจะเลือกใช้วิธีตามวงเงินที่จะสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้อันได้แก่วิธีการตกลงราคา หรือจะเลือกใช้วิธีที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้สำหรับวงเงินที่สูงกว่าอันได้แก่

¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2548

¹⁸ ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538

ข้อ 13 การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีตกลงราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท

ข้อ 14 การซื้อหรือการจ้างโดยวิธีสอบราคา ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท

วิธีการสอบราคาก็ล้วนแต่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้น เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลใดๆ ใช้ดุลพินิจแล้วเห็นควรสั่งจ้างในวงเงินที่สูงกว่า โดยวิธีสอบราคาจึงเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ผูกมัดให้องค์การบริหารส่วนตำบลอื่นๆ ต้องสั่งจ้างด้วยวิธีเดียวกันแต่อย่างใด และอำนาจดุลพินิจดังกล่าวนี้เป็นอำนาจการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะหากผู้ตั้งซื้อสั่งจ้างได้ใช้ดุลพินิจกระทำการตั้งซื้อสั่งจ้างอยู่ในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปกำหนดให้ผู้ตั้งซื้อหรือสั่งจ้างใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่น¹⁹

กรณีตามตัวอย่างนี้จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าศาลเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพียงขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เมื่อฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตดังกล่าวแล้ว ศาลย่อมจำกัดอำนาจตนเองในการเข้าไปวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองเลือกผลของกฎหมายเป็นอย่างอื่น ซึ่งแม้ว่าทางเลือกอื่นก็เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน และนอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่าหน่วยงานอื่นๆ ภายใต้การใช้กฎหมายฉบับเดียวกันไม่ต้องถูกผูกพันให้ใช้ดุลพินิจเหมือนกัน หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ หน่วยงานที่ตัดสินใจใช้ดุลพินิจก่อนไม่ได้เป็นแนวปฏิบัติที่บังคับสำหรับอีกหน่วยงานหนึ่งให้ต้องปฏิบัติตามแนวทางเดียวกัน

ส่วนกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้อำนาจไว้ ในกรณีนี้พบว่าศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยตรวจสอบว่าเป็นการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การออกข้อบัญญัติที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเมื่อปรากฏว่าในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัดจากผู้พักในโรงแรมตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจออกข้อบัญญัติเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้พักในโรงแรมตามกฎหมายว่าด้วยโรงแรมตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง²⁰ โดยในการดำเนินการจัดเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าว พระราชบัญญัติองค์การ

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.149/2549

²⁰ กฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ข้อ 1 ให้ผู้พักในโรงแรมที่เสียค่าเช่าห้องพักเสียค่าธรรมเนียมบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัดตามอัตราที่กำหนดไว้ในข้อ 2

ข้อ 2 การออกข้อบัญญัติจังหวัดเพื่อเก็บค่าธรรมเนียมบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัดจากผู้พักในโรงแรมให้เรียกเก็บได้ในอัตราไม่เกินร้อยละสามของค่าเช่าห้องพัก

บริหารส่วนจังหวัดไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดในการออกข้อบัญญัติ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดสามารถเรียกผู้ควบคุมและผู้จัดการ โรงแรม ผู้พัก และผู้เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหรือหลักฐานอื่นใดมาเพื่อตรวจสอบได้ และเนื่องจากการกำหนดข้อบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดไว้อย่างชัดเจน การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดออกข้อบัญญัติในลักษณะดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนข้อบัญญัติขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ในส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²¹

กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้นจะเห็นได้ว่าหากกฎหมาย มีลักษณะไม่ชัดเจนว่าให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งหรือกระทำการใดๆ หรือไม่ ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ดุลพินิจออกคำสั่งหรือกระทำการนั้นๆ ได้ ไม่ว่าจะเนื่องมาจากสาเหตุที่เข้าใจโดยสุจริตว่าตนมีดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว โดยเฉพาะในกรณีที่การใช้อำนาจนั้น มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

4.3.1.2 การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

โดยปกติแล้วการตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะอยู่ในขั้นตอนของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยปรากฏอยู่ในขั้นตอนก่อนการเข้าสู่การตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งหากเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับกรนั้น ศาลย่อมวินิจฉัยได้ในทันทีว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นของความชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ ซึ่งในการศึกษาเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนี้ จะพบว่าการใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

ข้อ 3 ให้นุคคลผู้ควบคุมและจัดการ โรงแรมเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามข้อ 2 ไว้แทนองค์การบริหารส่วนจังหวัดทุกครั้งที่มีการเรียกเก็บค่าเช่าห้องพัก และนำส่งองค์การบริหารส่วนจังหวัดภายในวันที่สิบของเดือนถัดไป

²¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.34/2549

เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบ ตัวอย่างที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ เช่น

ในการออกคำสั่งทางปกครองอันมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลใด หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องให้บุคคลดังกล่าวได้มีโอกาสทราบข้อเท็จจริง รวมทั้งมี โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เสียก่อน ไม่เช่นนั้นย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการที่นายอำเภอได้ออกประกาศจำหน่ายชื่อและรายการบุคคลของผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) เนื่องจากมีการร้องเรียนต่อกระทรวงมหาดไทยว่ามีการทุจริตในการทำบัตรประชาชนและแก้ไขสัญชาติโดยไม่ชอบ ซึ่งเป็นการดำเนินการตามหนังสือสั่งการของอธิบดีกรมการปกครองโดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นคำร้องขอประกาศดังกล่าวจึงเกิดจากดุลพินิจของนายอำเภอในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร มิได้เกิดจากคำขอโดยเจตนาของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด ดังนั้น นายอำเภอจึงต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบทุกคนได้ทราบความเป็นมาของการออกประกาศดังกล่าวและสามารถโต้แย้งคัดค้านหรือแสดงพยานหลักฐานใดๆ ก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อนายอำเภอไม่ได้แจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ฟ้องคดีทราบก่อนออกประกาศดังกล่าว จึงถือว่ามีได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้ประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย²²

ตามคำพิพากษาจะเห็นว่าแม้ไม่มีการร้องขอนายอำเภอซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีอำนาจดุลพินิจในการตรวจสอบและออกประกาศจำหน่ายชื่อและรายการบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติตามกฎหมายออกจากทะเบียนบ้านได้ แต่ทั้งนี้ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องและเป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากกรณีนี้นายอำเภอได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว ยังมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยอีกว่าการใช้ดุลพินิจออกประกาศดังกล่าวของนายอำเภอชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ซึ่งจะเป็นการตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต่อไป

²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 117/2548

แต่ปัญหาในเรื่องการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดที่จะทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ในบางกรณีหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น ไม่ได้มีการดำเนินการตามรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลปกครองจะวินิจฉัยคดีโดยไม่ตั้งเป็นประเด็นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในส่วนของความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ กรณีจึงมีข้อสังเกตว่า ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจที่อยู่ในส่วนของเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้นก็ต่อเมื่อกรณีต้องผ่านการตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนในการใช้อำนาจตามกฎหมายก่อนหรือไม่ โดยที่ถือว่าในขั้นตอนการตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนตามกฎหมายนี้ ฝ่ายปกครองยังไม่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในส่วนของทางเลือกผลของกฎหมายแต่อย่างใด ดังเช่นตัวอย่างในคดีเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการดังต่อไปนี้

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการดำเนินการทางวินัยโดยคณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ ประกอบกับในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าวไม่มีข้อความใดที่จะอนุโลมได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจอยู่ในตัวถึงมูลกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย อีกทั้งไม่ปรากฏว่าได้มีการสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้โต้แย้งหรือแก้ข้อกล่าวหา ดังนั้นการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหาจึงเป็นกรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่ง เป็นการสั่งลงโทษทางวินัยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย²³ ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีกรณีกล่าวถึงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่เป็นเหตุให้คำสั่งลงโทษทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตามก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าการปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดเป็นองค์ประกอบสำคัญในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพียงแต่ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมหรือเหตุผลที่ฝ่ายปกครองอ้างเพื่อใช้ดุลพินิจออกคำสั่งดังกล่าวนั่นเอง

ในทางตรงกันข้ามในกรณีที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ใช้เป็น

²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 214/2548 และที่ อ. 218/2548

เครื่องมือในการพิจารณาวินิจฉัยสั่งการ หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าว ย่อมเป็นผลให้การใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างจากตัวอย่างการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยที่หากไม่ผ่านการตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนก่อน ศาลจะไม่วินิจฉัยในประเด็นเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจในขณะที่กรณีที่เป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในกรณีที่มีกฎหมายวางกรอบในการใช้ดุลพินิจไว้ จะเป็นกรณีที่รูปแบบขั้นตอนการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังตัวอย่างในคดีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการครูได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือน โดยไม่ดำเนินการตามขั้นตอนตามวิธีประเมินความดีความชอบของข้าราชการ ไม่แจ้งผลการประเมินการปฏิบัติงานให้ทราบ และใช้อำนาจพิจารณาความดีความชอบเพียงฝ่ายเดียว แล้วเสนอให้ผู้มีอำนาจสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนพิจารณาสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนให้ผู้ฟ้องคดีเพียงครั้งขึ้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าตามข้อ²⁴ ของกฎ ก.ค. ฉบับที่ 20 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ว่าด้วยการเลื่อนขั้นเงินเดือนได้กำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาว่าจะต้องนำผลการประเมินการปฏิบัติงานตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.ค. กำหนดมาประกอบการพิจารณา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือน โดยให้ผู้บังคับบัญชาโดยตรงของผู้รับการประเมินเป็นผู้ประเมินเบื้องต้น โดยประเมินตามหัวข้อที่กำหนด เช่น ผลงาน ผลการปฏิบัติตามเกณฑ์มาตรฐานวิชาชีพครู คุณลักษณะในการปฏิบัติงาน แล้วให้นำเสนอต่อผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ ให้จัดให้มีการประเมินผลการปฏิบัติงานของข้าราชการครูอย่างน้อยปีละ 2 ครั้ง รวมทั้งเปิดโอกาสให้ผู้ได้บังคับบัญชาที่ถูกประเมินได้ชี้แจง ให้ความเห็นหรือขอคำปรึกษาเกี่ยวกับการประเมินและผลการประเมินดังกล่าว ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวจะทำให้การพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการครูมีความเป็นธรรม โปร่งใส สามารถอธิบายและ

²⁴ ข้อ 9 ของกฎ ก.ค. ฉบับที่ 20 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ว่าด้วยการเลื่อนขั้นเงินเดือน

การพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการครูประจำปีตามข้อ 5 ข้อ 6 ข้อ 7 และข้อ 8 ให้ผู้บังคับบัญชาชั้นต้น หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายนำผลการประเมินการปฏิบัติงานตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.ค. กำหนด และข้อมูลเกี่ยวกับการลา พุดติกรรมการทำงาน การรักษาวินัย การปฏิบัติตนเหมาะสมกับการเป็นข้าราชการครูและข้อความพิจารณาอื่นๆ ของข้าราชการครู ผู้นั้นมาประกอบการพิจารณาอย่างรอบคอบ แล้วรายงานผลการพิจารณานั้นพร้อมด้วยข้อมูลดังกล่าวต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปตามลำดับจนถึงผู้มีอำนาจสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือน

ตรวจสอบได้ เมื่อการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนในครั้งนี้อยู่บังคับบัญชาขั้นต้นของผู้ฟ้องคดีไม่ได้ จัดให้มีการประเมินผลการปฏิบัติงานตามที่ ก.ค. กำหนด จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีขาดโอกาสที่จะได้รับทราบผลการประเมินของผู้บังคับบัญชา และหากจัดให้มีการประเมินอย่างน้อยปีละ 2 ครั้ง กับแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบผลการประเมินตั้งแต่ครั้งแรกก็จะทำให้ผู้ฟ้องคดีได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้ประเมินทราบ ดังนั้น การพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนในกรณีนี้ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁵

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าหากมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองจำเป็นที่จะต้องใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตดังกล่าว และต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจนั้นด้วย ซึ่งกรณีนี้มีข้อสังเกตว่าการวางกรอบของการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้มีลักษณะคล้ายกับการวางแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง เพียงแต่มีความแตกต่างกันที่วิธีการวางแนวปฏิบัติเท่านั้น โดยกรณีนี้ใช้วิธีออกกฎเพื่อวางแนวปฏิบัติ ซึ่งย่อมมีค่าบังคับมากกว่าวิธีการวางแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองในลักษณะของหนังสือแจ้งเวียนหรือในลักษณะอื่นที่มีวัตถุประสงค์เดียวกัน และเมื่อแนวปฏิบัติหรือกรอบการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้มีสภาพบังคับเท่ากับกฎหมาย กรณีจึงต้องพิจารณาความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาในประเด็นเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งในประเด็นที่แนวปฏิบัติกลายเป็นกฎหมายนั้น น่าจะมีที่มาจากที่ได้มีการใช้แนวปฏิบัติดังกล่าวมาเป็นเวลานาน จนกระทั่งแทบจะไม่มีเปลี่ยนแปลงใดๆ แล้ว จากแนวปฏิบัติก็จะถูกพัฒนาขึ้นเป็นกฎหมาย

4.3.1.3 การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน

การตรวจสอบและควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วนเป็นหลักเกณฑ์อีกหลักเกณฑ์หนึ่งที่มาจากการพิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย โดยเมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายครบถ้วนแล้ว จึงใช้อำนาจดุลพินิจ ส่วนถ้าพิจารณาในขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น เป็นขั้นตอนที่

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.41/2548

ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพื่อใช้ดุลพินิจในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายโดยต้องพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน เช่นกัน

ตัวอย่างการพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วนก่อนการใช้ดุลพินิจ เช่น กรณีการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกำกับดูแลการดำเนินกิจการของมูลนิธิเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับของมูลนิธิตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 128 วรรคหนึ่ง²⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการอย่างรอบคอบโดยต้องพิจารณาองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของมูลนิธิในเรื่องนั้นๆ ตามที่ข้อบังคับกำหนดไว้อย่างครบถ้วน ไม่ใช่พิจารณาเฉพาะจากองค์ประกอบประการใดประการหนึ่งตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของมูลนิธิเท่านั้น โดยผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นกรรมการมูลนิธิฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของปลัดกระทรวงมหาดไทย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะนายทะเบียนกรุงเทพมหานคร ที่อนุญาตให้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงกรรมการมูลนิธิตามมติการประชุมกรรมการมูลนิธิ ทั้งที่การประชุมดังกล่าวดำเนินการโดยขัดต่อกฎหมายและข้อบังคับของมูลนิธิ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะนายทะเบียนมูลนิธิกรุงเทพมหานครต้องพิจารณาการขออนุญาตจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงกรรมการมูลนิธิ โดยตรวจสอบการดำเนินการของมูลนิธิให้เป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับของมูลนิธิตามมาตรา 128 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างละเอียดรอบคอบ มิใช่พิจารณาแต่เพียงว่ามีกรรมการมาประชุมครบองค์ประชุมเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาด้วยว่ามีการเชิญกรรมการทุกคนให้เข้าร่วมประชุมอันเป็นสาระสำคัญของการนัดประชุมหรือไม่ ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้พิจารณาในประเด็นดังกล่าว และปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีและกรรมการอื่นอีกรวม 3 คน ไม่ได้รับเชิญให้เข้าร่วมประชุมเพื่อแต่งตั้งกรรมการชุดใหม่แทนกรรมการชุดเดิมด้วย จึงเป็นการประชุมที่ไม่ชอบด้วยข้อบังคับและข้อกฎหมาย มติของที่ประชุมจึงไม่มีผลตามกฎหมาย ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณารับจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงกรรมการมูลนิธิตามมติที่ประชุม

²⁶ มาตรา 128 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ให้นายทะเบียนมีอำนาจตรวจตราและควบคุมดูแลการดำเนินกิจการของมูลนิธิให้เป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับของมูลนิธิ เพื่อการนี้ให้นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งนายทะเบียนมอบหมายเป็นหนังสือ มีอำนาจ

(1) มีคำสั่งเป็นหนังสือให้กรรมการ พนักงาน ลูกจ้างหรือตัวแทนของมูลนิธิ ซึ่งแจ้งแสดงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกิจการของมูลนิธิ หรือเรียกบุคคลดังกล่าวมาสอบถาม หรือให้ส่งหรือแสดงสมุดบัญชีและเอกสารต่างๆ ของมูลนิธิเพื่อตรวจสอบ

ดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงกรรมการ
มูลนิธิของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยให้มีผลย้อนหลังไปนับแต่วันจดทะเบียน²⁷

กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาล
สามารถเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบของ
กฎหมายให้ครบถ้วน มิใช่พิจารณาเฉพาะองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งเพียงองค์ประกอบเดียว
กรณีจึงจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองพิจารณาใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นไปตาม
องค์ประกอบของกฎหมายหรือโดยแท้จริงแล้วอาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตาม
กฎหมายก็ได้ ซึ่งมีผลให้เป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า
ตามมาตรา 58 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 บัญญัติว่า พนักงานเจ้าหน้าที่
มีอำนาจสั่งต่ออายุใบอนุญาตที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ได้เมื่อเห็นสมควร จึงเป็นดุลพินิจ
ของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาต่ออายุใบอนุญาตให้ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าพนักงาน
เจ้าหน้าที่จะพิจารณาสั่งการตามอำเภอใจได้ กรณียังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย
ในเรื่องนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรให้แก่
ผู้ฟ้องคดี โดยมีเหตุผลว่าเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ว่าผู้ประกอบการ
โรงงานแปรรูปไม้ซึ่งมีพฤติกรรมพัวพันกับการทำไม้ผิดกฎหมาย แม้จะผู้คดีสำเร็จก็ไม่ควรให้
ประกอบอาชีพนี้อีก จึงต้องพิจารณาก่อนว่านโยบายดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า
ในการพิจารณาต่ออายุใบอนุญาตในสาระสำคัญก็คือการพิจารณาอนุญาต ซึ่งมาตรา 49 แห่ง
พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ได้บัญญัติวงหลักเกณฑ์ในการขอรับอนุญาตตั้งโรงงาน
แปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรกลไว้ว่า (1) เป็นเจ้าของ และ (2) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษา
ถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดที่เป็นลหุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือ (3)
ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย หรือ (4) ไม่อยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือไม่เคยถูกเพิกถอน
ใบอนุญาตซึ่งออกตามความในหมวดนี้หรือใบอนุญาตทำไม้ ใบอนุญาตผูกขาดทำไม้หรือสัมปทาน
ป่าไม้ ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ อันเห็นได้ว่า ไม่มีหลักเกณฑ์ข้อใดที่กำหนดให้ใช้
เกณฑ์เรื่องพฤติกรรมของบุคคลที่พัวพันกับการทำไม้ผิดกฎหมาย เป็นลักษณะต้องห้ามมิให้เป็น

²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.213/2549

ผู้ขอรับอนุญาต นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 แม้ว่าในด้านหนึ่งจะมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการทำลายป่าไม้หรือคุ้มครองและบำรุงรักษาป่าไม้ ดังปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2503 และพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2518 แต่อีกด้านหนึ่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตหรือให้สัมปทานทำไม้ รวมทั้งการอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้ดังในกรณีของคดีนี้ ซึ่งย่อมต้องถือว่าเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของกฎหมายเช่นกัน การที่จะกำหนดแนวนโยบายใดๆ จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้ขออนุญาตที่มีอยู่ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ด้วย อีกทั้งนโยบายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในส่วนที่ว่าแม้จะสำเร็จก็ไมควรรให้ประกอบอาชีพนี้อีก ทั้งยังส่อไปในทางปฏิเสธกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งที่การพิสูจน์ว่าผู้ประกอบกิจการ โรงงานแปรรูปไม้กระทำผิดกฎหมายหรือไม่นั้น พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 กำหนดให้กระทำโดยการดำเนินคดีอาญาด้วยการกำหนดให้ต้องรับโทษทางอาญา ฉะนั้น จึงเห็นว่า นโยบายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ว่าผู้ประกอบกิจการ โรงงานแปรรูปไม้ ซึ่งมีพฤติกรรมพัวพันกับการทำไม้ผิดกฎหมาย แม้จะสำเร็จก็ไม่ควรรให้ประกอบอาชีพนี้อีกนั้น ไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 จึงไม่อาจอ้างเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรได้

ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีเพียงแต่ถูกดำเนินคดีในความผิดตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 โดยพนักงานอัยการได้มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ฟ้องคดีแล้ว และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีมีลักษณะต้องห้ามมิให้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงไม่อาจมีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ที่มีผลเพียงเพื่อให้เป็นไปตามแนวนโยบายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ว่าผู้ประกอบกิจการ โรงงานแปรรูปไม้ ซึ่งมีพฤติกรรมพัวพันกับการทำไม้ผิดกฎหมาย แม้จะสำเร็จก็ไม่ควรรให้ประกอบอาชีพนี้อีก จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ที่ไม่ต่ออายุใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรให้แก่ผู้ฟ้องคดี และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 พิจารณาคำขอต่ออายุใบอนุญาตของผู้ฟ้องคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามคำพิพากษานี้ต่อไป²⁸

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.8/2549

คดีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาคำขอต่อใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้ โดยไม่กำหนดเงื่อนไข โดยปรากฏคำว่า “เมื่อเห็นสมควร” ตามมาตรา 58 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 โดยศาลจะพิจารณาเงื่อนไขการพิจารณาคำขอต่อใบอนุญาตโดยเทียบเคียงจากเงื่อนไขการพิจารณาการขอรับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้ ซึ่งเมื่อเข้าองค์ประกอบของกฎหมายดังกล่าวครบถ้วนแล้ว ฝ่ายปกครองไม่อาจอ้างเหตุอื่นที่ไม่เข้าองค์ประกอบของกฎหมายและไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคำขอต่อใบอนุญาตดังกล่าวได้

ส่วนกรณีขั้นตอนการพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายเพื่อใช้ดุลพินิจในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น ในคดีนี้เป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เนื่องจากขาดงานติดต่อกันเกินกว่า 15 วัน ซึ่งคดีมีปัญหาว่าใบรับรองแพทย์ที่มีความเห็นให้ผู้ฟ้องคดีหยุดงานต่อไปได้อีก 3 วัน นับแต่ครบกำหนด 15 วัน แล้วนั้นมีผลให้ถือเป็นการลาป่วยได้หรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยศาลได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจรับฟังพยานหลักฐานของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อกันเกินกว่า 15 วัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เนื่องจากการที่คณะกรรมการสอบสวนสรุปความเห็นว่าการเจ็บป่วยของผู้ฟ้องคดีเป็นกรณีที่ยังสามารถทำงานได้เนื่องจากเป็นใบรับรองแพทย์ที่ออกให้ย้อนหลังคือวันที่ 14 ตุลาคม 2541 หลังจากที่ผู้ฟ้องคดีหยุดงานไปในวันที่ 12 ถึงวันที่ 14 ตุลาคม 2541 แล้ว และผู้ฟ้องคดีไปพบแพทย์ในตอนเย็นวันที่ 14 ตุลาคม 2541 หลังจากได้รับโทรศัพท์จากเจ้าหน้าที่ที่เตือนผู้ฟ้องคดีว่าขาดงานเกิน 15 วันแล้ว จึงเห็นว่าผู้ฟ้องคดีมิได้เจ็บป่วยถึงขนาดไม่สามารถทำงานได้ในวันที่ 12 ถึงวันที่ 14 ตุลาคม 2541 ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า คณะกรรมการสอบสวนซึ่งไม่ได้เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพโรคศิลปะที่มีอำนาจวินิจฉัยโรคว่าผู้ฟ้องคดีมีอาการป่วยตามที่กล่าวอ้างและสามารถทำงานได้จริงหรือไม่ ทั้งคณะกรรมการสอบสวนดังกล่าวก็ไม่มีผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่จะให้ความเห็นในเรื่องนี้ได้ร่วมอยู่ด้วย และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคณะกรรมการสอบสวนได้แสวงหาความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญภายนอกผู้ใดเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนี้ด้วย ดังนั้น ความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนที่ว่าผู้ฟ้องคดียังทำงานได้ในวันดังกล่าวจึงไม่อาจรับฟังเพื่อหักล้างความเห็นของแพทย์ซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพโรคศิลปะที่มีความเห็นว่าการป่วยควรลางานในวันที่ 12 ถึง 14 ตุลาคม 2541 ได้ ดังนั้น จึงไม่อาจนำวันลาป่วยของผู้ฟ้องคดีในวันที่ 12 ถึงวันที่ 14 ตุลาคม 2541 รวม 3 วัน มานับรวมเป็นระยะเวลาของการละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อกันเกินกว่าสิบห้าวันโดยไม่มี

เหตุผลอันสมควรได้ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีป่วยจริง การลาพักผ่อนและลาป่วยของผู้ฟ้องคดีที่ลาติดต่อกันในครั้งนี้นับได้เพียง 14 วันเท่านั้น

ส่วนศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นในทำนองเดียวกันว่าหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะผู้บังคับบัญชาผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ใบรับรองแพทย์ที่ผู้ฟ้องคดีนำมาขึ้นนั้นขาดความน่าเชื่อถือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ก็ชอบที่จะสั่งให้ผู้ฟ้องคดีใช้ใบรับรองแพทย์ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เห็นชอบแทน หรือสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปรับการตรวจจากแพทย์ของทางราชการเพื่อประกอบการพิจารณาอนุญาตตามระเบียบได้ เมื่อพยานหลักฐานแสดงว่าผู้ฟ้องคดีมีประวัติเป็นคนไข้โรคจิตเวช โดยมีอาการเครียดนอนไม่หลับ เบื่อและซึมเศร้า ซึ่งนายแพทย์ซึ่งได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้ตรวจรักษาผู้ฟ้องคดีออกใบรับรองแพทย์โดยเห็นควรให้ผู้ฟ้องคดีหยุดงานเป็นเวลาสามวัน เพราะมีอาการเครียด ปวดศีรษะ นอนไม่หลับ จึงเป็นใบรับรองแพทย์ที่ออกโดยชอบ ส่วนที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งหกโต้แย้งว่าใบรับรองแพทย์ประกอบใบลาของผู้ฟ้องคดีมีพิรุณหลายประการ แต่นายแพทย์ผู้ออกใบรับรองแพทย์ยืนยันได้ว่าได้ตรวจรักษาและออกใบรับรองแพทย์ถูกต้องแล้วจริง และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งหกมิได้โต้แย้งว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ป่วยเป็นโรคจิตเวช จึงต้องถือว่าผู้ฟ้องคดีป่วยเป็นโรคจิตเวชจริง การลงโทษผู้ฟ้องคดีเนื่องจากการงดเว้น ไม่อนุญาตให้ลาป่วยดังกล่าว จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁹

จากคำพิพากษาของศาลปกครองทั้งสองชั้นศาลได้ยืนยันไปในแนวทางเดียวกันว่าในคดีที่มีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีการรับฟังพยานหลักฐานจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หากไม่สามารถหักล้างความเห็นดังกล่าวเนื่องจากสาเหตุของรูปแบบขั้นตอนการพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือมีการให้ความเห็นโดยทฤษฎีบิดเบือนข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างชัดเจนแล้ว ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้ดุลพินิจโดยไม่รับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญได้ และจะเห็นได้ว่าศาลเองก็จะไม่เข้าไปก้าวก่ายการใช้ดุลพินิจของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว ดังนั้น แพทย์ซึ่งถือเป็นผู้เชี่ยวชาญในคดีนี้ แม้ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจที่แตกต่างจากผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว ศาลก็ยังคงตรวจสอบและควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ในขอบเขตของความเห็นของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 2/2549

ส่วนกรณีการตรวจสอบการสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการนั้น สำหรับคดีนี้เห็นว่า ศาลได้เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานของฝ่ายปกครอง โดยยังคงรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ฝ่ายปกครองรับฟังมาเป็นส่วนใหญ่ โดยไม่ใช้อำนาจศาลในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมด้วยตนเอง ซึ่งอาจมีข้อสังเกตได้ว่าในกรณีที่การรับฟังข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองไม่มีข้อผิดพลาดทั้งในด้านกฎหมายหรือการให้เหตุผลอย่างไม่อาจยอมรับได้แล้ว ศาลจะไม่เข้าไปก้าวก้าวยการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ จะไม่เข้าไปรับฟังข้อเท็จจริงให้แตกต่างจากฝ่ายปกครอง

ต่อมาเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดขณะปฏิบัติหน้าที่อยู่เวร โดยมีปัญหาต้องพิจารณาดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของถ้อยคำว่า “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” กล่าวคือ ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งมอบหมายภารกิจใดๆ ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในสังกัดถือปฏิบัติ และคำสั่งดังกล่าวไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ ไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งได้ปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังตั้งเช่นวินัยชนจะพึงปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ แล้ว หากเกิดความเสียหายใดๆ ขึ้นย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานทางปกครองจึงไม่อาจมีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวชดใช้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามนัยมาตรา 10 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 8³⁰ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้ โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดี

³⁰ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 8 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่งจะมีได้เพียงใดให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวมให้หักส่วนแห่งความรับผิดดังกล่าวออกด้วย

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น

มาตรา 10 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม แต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อยู่เวรภายหลังจากที่ได้ปฏิบัติงานตามปกติแล้วต่อเนื่องไปจนถึงวันรุ่งขึ้นโดยต้องปฏิบัติงานปกติในวันดังกล่าวต่อไปอีกนั้น เป็นคำสั่งที่มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องปฏิบัติหน้าที่ทั้งในเวลาทำงานปกติและนอกเวลาทำงานปกติรวมกันถึงสองวันกับหนึ่งคืนติดต่อกัน ดังนั้น โดยสภาพของการทำงานจึงต้องยอมให้ผู้ฟ้องคดีได้นอนพักผ่อนระหว่างอยู่เวรในตอนกลางคืน และเมื่อปรากฏด้วยว่าเงินค่าตอบแทนการอยู่เวรที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเป็นเงินค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติไม่ใช่เงินค่าจ้างเฝ้ายาม ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีตำแหน่งเป็นนักการภารโรงจึงไม่ต้องรับผิดชอบดังเช่นพนักงานรักษาความปลอดภัยผู้มีอาชีพเฝ้ายามโดยเฉพาะ นอกจากนั้น เมื่อปรากฏว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ได้ห้ามผู้ฟ้องคดีได้นอนพักผ่อนในระหว่างปฏิบัติหน้าที่และไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติในการอยู่เวรว่า จะต้องดูแลตรวจอาคาร ใดหรือฝ้าดูแลทรัพย์สินไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจึงต้องตรวจสอบสถานที่และทรัพย์สินในทุกอาคารเยี่ยงวิญญูชนจะพึงกระทำในการดูแลทรัพย์สินของตน ฉะนั้น เมื่อพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแล้วปรากฏข้อเท็จจริงที่ฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ใช้ความระมัดระวังดูแลเครื่องใช้และสถานที่ตามสมควรอันพึงปฏิบัติแล้ว โดยได้ตรวจสอบความเรียบร้อยในการปิดล็อกประตูหน้าต่างของห้องเก็บทรัพย์สินที่สูญหายก่อนที่จะเข้านอนพักผ่อนและไม่พบสิ่งผิดปกติแต่ประการใด การที่ผู้ฟ้องคดีไปพักผ่อนเฝ้าระวังเหตุอยู่ในอาคารอื่นซึ่งไม่ใช่อาคารที่ทรัพย์สินสูญหายจึงเป็นการอยู่ปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละทิ้งหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สิน ประกอบกับผลการสอบสวนของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดสรุปว่าทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดีสูญหายไปโดยไม่ทราบสาเหตุ อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีเหตุการณ์หรือสิ่งผิดปกติที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้แล้วไม่ป้องกันแก้ไข จึงยังฟังไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้ทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดีสูญหาย ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ราคาทรัพย์สินที่สูญหายให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี จึงเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่เรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหาย³¹

เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะเห็นได้ว่าศาลได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ข้อเท็จจริงรับกันแล้วว่าเป็นการกระทำละเมิด แต่มีปัญหาต้องวินิจฉัยว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่รัฐหรือไม่ ซึ่งศาลได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นสำคัญโดยพิจารณาถ้อยคำว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.79/2549

อย่างร้ายแรงหรือไม่ และได้พิจารณาโดยเปรียบเทียบกับวิญญูชนในการที่จะต้องพึงระมัดระวังรักษาทรัพย์สินของตนเอง และพิจารณาประกอบกับผลการสอบสวนของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดที่ไม่ปรากฏสาเหตุการสูญหายของทรัพย์สินของทางราชการ กรณีจึงถือว่าคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกรณีมีข้อสังเกตว่าศาลกำหนดขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจในการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่โดยรับฟังฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ ซึ่งในที่นี้คือคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดโดยมีความระมัดระวังในการที่จะใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยด้วยตนเองมากกว่าการวินิจฉัยโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วนแล้ว กรณียังต้องพิจารณากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจให้ครบถ้วนเพื่อให้ได้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่แท้จริงของกฎหมายฉบับนั้นอีกด้วย ซึ่งในกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ แต่ฝ่ายปกครองให้อำนาจในการออกกฎเกินขอบเขตของกฎหมาย โดยศาลได้ตรวจสอบการแปลความการใช้กฎหมายแม่บทของฝ่ายปกครองซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาศัยเป็นฐานในการออกกฎ³² เพื่อกำหนดหน้าที่ให้บุคคลต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้อำนาจในเรื่องนั้นไว้โดยเฉพาะอันเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องแปลความโดยคำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการนั้นในมาตราอื่นๆ ประกอบกันด้วย และจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ไม่เช่นนั้นย่อมเป็นการออกกฎที่เกินกว่าอำนาจตามกฎหมายแม่บท โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่า คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ออกระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543 ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจัดเก็บเงินเข้ากองทุนเพื่อชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์ (ชกส.) ตามโครงการเงินเพิ่มค่าอ้อยขั้นต้น ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 2543 กำหนดให้โรงงานน้ำตาลทรายมีหน้าที่หักเงินจากราคาอ้อยที่ต้องจ่ายให้แก่ชาวไร้อ้อยแล้วนำส่งต่อกองทุนอ้อยและน้ำตาลทรายเพื่อนำไปชำระหนี้เงินกู้ให้แก่ ชกส.

³² มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ตามโครงการเงินเพิ่มค่าอ้อยขึ้นต้น³³ ซึ่งโครงการดังกล่าวเป็นกรณีที่กองทุนเป็นผู้กู้เงินจาก ชกส. เพื่อนำไปจ่ายเพิ่มให้แก่ชาวไร่อ้อย แล้วให้ชาวไร่อ้อยเป็นผู้ชำระหนี้เงินกู้ผ่านกองทุน โดยหากโรงงานน้ำตาลทรายไม่นำส่งเงินต่อกองทุนหรือนำส่งเงินไม่ครบถ้วนภายในเวลาที่กำหนด จะต้องเสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ของจำนวนเงินที่ยังไม่ได้ส่งนับแต่วันถัดจากวันที่ครบกำหนด นำส่งในแต่ละงวดจนกว่าจะได้นำส่งเงินเสร็จสิ้น และจะต้องถูกดำเนินการตามระเบียบของคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายเอาไว้ โดยมีวัตถุประสงค์ให้คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายเป็นกลไกที่จะสนับสนุนให้ระบบการผลิตและจำหน่ายอ้อยและน้ำตาลทรายดำเนินไปได้มากกว่าที่จะให้เป็นกลไกในเชิงบังคับหรือสั่งการให้ผู้อยู่ในบังคับของกฎหมายต้องปฏิบัติ สำหรับบทบัญญัติมาตรา 17 (29) และ (30)³⁴ ซึ่งคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายอาศัยเป็นฐานในการออกระเบียบข้างต้นนั้น มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายไว้อย่างกว้างๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในอนุมาตราต่างๆ ก่อนหน้าอนุมาตราดังกล่าว โดยมาตรา 17 (29) เป็นหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย ส่วนมาตรา 17 (30) เป็นหน้าที่ในการกำหนดระเบียบอื่นใดเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ การแปลความขอบเขตของบทบัญญัติอนุมาตราดังกล่าว ต้องคำนึงถึงหน้าที่อื่นๆ ที่ได้ระบุมาในอนุมาตราก่อน และอยู่ภายใต้ขอบเขต

³³ ข้อ 5 ของระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543 ว่าด้วยหลักเกณฑ์ และวิธีการจัดเก็บเงินเข้ากองทุนเพื่อชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรตามโครงการเงินเพิ่มค่าอ้อยขึ้นต้น

ภาระหนี้เงินกู้ที่ชาวไร่อ้อยต้องชำระให้แก่กองทุนเพื่อนำไปชำระคืนธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ให้เรียกเก็บจากการคำนวณราคาอ้อยขั้นสุดท้ายสำหรับฤดูกาลผลิตปี 2542/2543 โดยให้ถือเป็นค่าใช้จ่ายในการคำนวณราคาอ้อยขั้นสุดท้ายเฉพาะในส่วนของชาวไร่อ้อย และให้เรียกเก็บจากการคำนวณราคาอ้อยขึ้นต้นตั้งแต่ฤดูกาลผลิตปี 2543/2544 เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระหนี้แล้วเสร็จ โดยให้ถือเป็นค่าใช้จ่ายในการคำนวณราคาอ้อยเฉพาะในส่วนของชาวไร่อ้อย

ให้ชาวไร่อ้อยชำระหนี้เงินกู้ตามวรรคแรก โดยคำนวณตามปริมาณอ้อยที่ส่งเข้าหีบจริง คุณด้วยอัตราตามที่คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายกำหนด ทั้งนี้ ให้ชาวไร่อ้อยโดยขบวนการคำนวณราคาอ้อยและให้โรงงานเป็นผู้นำส่งเงินจำนวนดังกล่าวต่อกองทุน

³⁴ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527

คณะกรรมการมีหน้าที่ดังต่อไปนี้...

(29) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดหรือที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย

(30) กำหนดระเบียบอื่นใดเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

ของกฎหมายว่าด้วยการนั้น โดยไม่อาจแปลความว่ามีหน้าที่กระทำการในเรื่องใดๆ โดยปราศจากขอบเขต ดังนั้น แม้ว่ามาตรา 44 (1)³⁵ แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทรายจะกำหนดให้โรงงานน้ำตาลทรายต้องปฏิบัติตามระเบียบและประกาศที่คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายกำหนด แต่ก็ต้องหมายความว่าระเบียบและประกาศนั้นต้องออกโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้นแม้ความในมาตรา 17 (29) และ (30) จะบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ แต่ก็ต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยอ้อยและน้ำตาลทราย ซึ่งเมื่อไม่มีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดให้เป็นภาระหรือหน้าที่ของโรงงานน้ำตาลทรายให้ต้องหักเงินเพื่อชำระหนี้เงินกู้โดยที่โรงงานไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการกู้เงินนั้น ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 17 (29) และ (30) จึงไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการที่จะออกระเบียบในลักษณะดังกล่าวได้ การที่ระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 (29) และ (30) ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของโรงงานน้ำตาลทรายในเรื่องข้างต้นไว้ จึงเป็นกฎที่ออกโดยเกินอำนาจตามกฎหมาย จึงให้เพิกถอนระเบียบดังกล่าวโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่มิคำพิพากษา³⁶

กรณีตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะเห็นได้ว่าศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจคุณพินิจของคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายในการออกกฎ ได้แก่ พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 โดยในมาตรา 17 (29) และ (30) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติให้คณะกรรมการมีหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดหรือที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย และกำหนดระเบียบอื่นใดเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และในการค้นหาวัตถุประสงค์ของกฎหมายศาลได้พิจารณาถึงหน้าที่อื่นๆ ที่ได้ระบุไว้ในอนุมาตราก่อนหน้านั้นด้วย โดยต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย และยังได้วินิจฉัยว่าอำนาจคุณพินิจของคณะกรรมการดังกล่าวตามที่กฎหมายให้อำนาจนั้น มิใช่ อำนาจโดยปราศจากขอบเขต

³⁵ มาตรา 44 (1) แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527

โรงงานต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ปฏิบัติตามระเบียบและประกาศที่คณะกรรมการกำหนด

³⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.40/2549

4.3.1.4 การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง

นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว กรณียังเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้³⁷ โดยจะปฏิเสธไม่ใช้ดุลพินิจไม่ได้ และยังต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยอิสระภายใต้ขอบเขตของกฎหมายด้วย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

การที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจของตนอย่างอิสระ คือ การใช้ดุลพินิจโดยผูกพันตามแนวปฏิบัติอย่างเคร่งครัด หรือแนวนโยบาย หรือคำปรึกษาหรือข้อหาหรือของหน่วยงานต่างๆ เป็นต้น ซึ่งกรณีตามตัวอย่างต่อไปนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติในส่วนที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กล่าวคือ สิทธิในการนำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้เพื่อชำระราคาบ้านมาเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติไว้ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือมีคำสั่งให้ข้าราชการที่ได้ใช้สิทธิดังกล่าวอยู่แต่เดิมต้องเข้าพักในบ้านพักของทางราชการที่ว่างลงในภายหลัง อันมีผลเป็นการตัดสิทธิที่ข้าราชการมีอยู่ข้างต้น เนื่องจากการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งประสงค์จะผ่อนผันให้ข้าราชการมีสิทธิดังกล่าว

โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีที่ข้าราชการได้ใช้สิทธิในการนำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้เพื่อชำระราคาบ้านซึ่งข้าราชการผู้นั้นใช้เป็นที่อยู่อาศัย มาเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการอันเป็นการใช้สิทธิตามมาตรา 16³⁸ แห่งพระราชกฤษฎีกา

³⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” *บทบัญญัติ* 42 (กันยายน 2529): 61.

³⁸ มาตรา 16 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2545

ในกรณีที่ข้าราชการซึ่งมีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกานี้ ได้เช่าซื้อบ้านหรือผ่อนชำระเงินกู้เพื่อชำระราคาบ้านที่ค้างชำระอยู่ในท้องที่ที่ไปประจำสำนักงานใหม่ เพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยและได้อาศัยอยู่จริงในบ้านนั้น ให้ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธินำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้ดังกล่าวมาเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการได้ไม่เกินจำนวนเงินที่กำหนดไว้ตามบัญชีอัตราค่าเช่าบ้านข้าราชการท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ตนเอง และสามีหรือภริยาได้ทำการผ่อนชำระเงินกู้เพื่อชำระราคาบ้าน อยู่เพียงหลังเดียวในท้องที่นั้น
- (2) จะต้องเป็นการผ่อนชำระค่าเช่าซื้อหรือผ่อนชำระเงินกู้กับสถาบันการเงิน หรือกับรัฐวิสาหกิจหรือสหกรณ์ ที่ดำเนินกิจการเกี่ยวกับการเคหะ ทั้งนี้ ตามที่กระทรวงการคลังกำหนด หรือเป็นการผ่อนชำระเงินกู้กับกองทุนบำเหน็จบำนาญ

ค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2545 อยู่ก่อนที่ทางราชการจะได้จัดที่พักอาศัยให้ นั้น แม้ต่อมามีบ้านพักของทางราชการว่างลง ทางราชการก็ไม่จำเป็นต้องจัดที่พักอาศัยให้ข้าราชการผู้นั้นอยู่อีก และเป็นกรณีที่ไม้อาจอ้างเหตุว่าทางราชการได้จัดที่พักอาศัยให้อยู่แล้ว ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง (1)³⁹ แห่งพระราชกฤษฎีกาเดียวกันมาตัดสิทธิในการเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการของข้าราชการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้บัญญัติให้บทบัญญัติมาตรา 7 อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติมาตรา 16 ดังนั้น การที่ทางราชการมีคำสั่งให้ข้าราชการผู้ที่ได้รับอนุมัติให้ใช้สิทธิตามมาตรา 16 อยู่ก่อนและยังคงมีสิทธิอยู่ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เข้าพักอาศัยในบ้านพักของทางราชการที่ว่างลงและให้หมดสิทธิในการเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการโดยอาศัยเหตุตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง (1) ข้างต้น จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ แม้ว่าจะเป็นกรออกคำสั่งตามแนวทางปฏิบัติของกรมบัญชีกลาง⁴⁰ ที่กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการต้องใช้ดุลพินิจจัดข้าราชการที่มีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้าน ไม่ว่าจะเป็นผู้ที่กำลังใช้สิทธิอยู่หรือไม่ก็ตาม ให้เข้าพักอาศัยในบ้านพักของทางราชการเมื่อบ้านพักของทางราชการว่างลง และหากข้าราชการดังกล่าวไม่เข้าพักถือว่าละสิทธิในบ้านพักข้าราชการที่จัดให้โดยไม่มีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านจาก

ข้าราชการตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ และสัญญาเช่าซื้อหรือสัญญาเงินกู้จะต้องได้รับความเห็นชอบตามระเบียบที่กระทรวงการคลังกำหนด

(3) จะต้องไม่เคยใช้สิทธินำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้สำหรับบ้านหลังหนึ่งหลังใดในท้องถิ่นมาแล้ว เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ได้รับแต่งตั้งให้กลับไปรับราชการในท้องถิ่นอื่น และเป็นการใช้สิทธินำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้ตามที่ได้เคยใช้สิทธิมาแล้ว

³⁹ มาตรา 7 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541

ภายใต้บังคับมาตรา 16 และมาตรา 17 ข้าราชการผู้ใดได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานในต่างท้องที่ มีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการเท่าที่ตรงจ่ายจริงตามที่สมควรแก่สภาพแห่งบ้าน แต่อย่างสูงไม่เกินจำนวนเงินที่กำหนดไว้ตามบัญชีอัตราค่าเช่าบ้านข้าราชการท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ ทั้งนี้ เว้นแต่ผู้นั้น

- (1) ทางราชการได้จัดที่พักอาศัยให้อยู่แล้ว
- (2) มีเคหสถานของตนเอง หรือของสามีหรือภริยาที่พออาศัยอยู่ร่วมกันได้ในท้องที่ที่ไปประจำสำนักงานใหม่
- (3) ได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ในท้องที่ที่เริ่มรับราชการครั้งแรก หรือท้องที่ที่กลับเข้ารับราชการใหม่
- (4) ได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ตามคำร้องของตนเอง
- (5) เป็นข้าราชการวิสามัญ

ข้าราชการผู้ใดได้รับเงินเดือนไม่ตรงกับอัตราเงินเดือนในบัญชีอัตราค่าเช่าบ้านข้าราชการท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ ให้ได้รับค่าเช่าบ้านตามส่วนของเงินเดือนได้คำนวณตามวิธีการที่กระทรวงการคลังกำหนด

⁴⁰ หนังสือกรมบัญชีกลาง ที่ กค 0526.5/2913 ลงวันที่ 28 มิถุนายน 2542

ทางราชการอีกต่อไปก็ตาม แต่เนื่องจากแนวปฏิบัติดังกล่าวถูกต้องเฉพาะในกรณีที่ข้าราชการ ผู้เบิกค่าเช่าบ้านอยู่เดิมได้เช่าบ้านผู้อื่นอยู่อาศัย แต่ไม่ถูกต้องสำหรับกรณีที่ข้าราชการได้ใช้สิทธิ นำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้เพื่อชำระราคาบ้านมาเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการ เพราะเป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการตัดสิทธิของข้าราชการซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติ มาตรา 16 และเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาข้างต้นที่ประสงค์จะผ่อนผันให้ข้าราชการได้มีสิทธิ ดังกล่าว จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้บังคับบัญชาและให้ดำเนินการให้มีการเบิกจ่าย ค่าเช่าบ้านข้าราชการตามสิทธิที่มีอยู่เดิมต่อไป⁴¹

กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าศาลได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองโดยเห็นว่า การที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจในการออกคำสั่งใดนั้น แม้กรณีจะมีแนวทาง ปฏิบัติของหน่วยงาน แต่หากเป็นการใช้ดุลพินิจตามแนวปฏิบัติในส่วนที่ไม่เป็นไปตาม วัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งในที่นี้คือ พระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ กรณีจึงไม่อาจใช้ ดุลพินิจดังกล่าวได้ โดยศาลเห็นว่าความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามพระราชกฤษฎีกา ค่าเช่าบ้านข้าราชการดังกล่าวในกรณีนี้อยู่ที่เจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาที่ประสงค์จะผ่อนผัน ให้ข้าราชการได้มีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้าน ดังนั้น ในส่วนของแนวปฏิบัติของกรมบัญชีกลางเฉพาะที่ ตัดสิทธิการเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการ จึงเป็นแนวปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เมื่อฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตามแนวปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กรณีจึงทำให้ คำสั่งที่มีผลเป็นการตัดสิทธิการเบิกค่าเช่าบ้านดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีต่อมาเป็นกรณีที่หากมีกฎหมายกำหนดวิธีการให้ ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดไว้โดยเฉพาะแล้ว หากไม่มีกฎหมายเฉพาะ บัญญัติยกเว้นในกรณีดังกล่าวไว้เป็นอย่างอื่น ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ดุลพินิจโดยอ้างแนวปฏิบัติอื่น หรือเหตุผลอื่นเพื่อปฏิบัติให้แตกต่างไปจากกฎหมายได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในกรณีนี้ ว่า เมื่อคำสั่งอนุมัติให้ข้าราชการเบิกค่าเช่าบ้านเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง แม้ว่าตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน ข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 จะกำหนดให้ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำ สำนักงานแห่งใหม่ตามคำร้องขอของตนเองไม่มีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านก็ตาม แต่ตามมาตรา 5⁴²

⁴¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.186/2548

⁴² มาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541

แห่งพระราชกฤษฎีกาฉบับเดียวกัน รวมทั้งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541 ได้กำหนดให้สิทธิในการเบิกค่าเช่าบ้านที่มีอยู่ก่อนหน้านั้น อันได้แก่สิทธิตามบทบัญญัติแห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 ยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว ฉะนั้น เมื่อปรากฏว่าการใช้สิทธิเบิกค่าเช่าบ้านซึ่งเช่าจากมารดา เพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยไม่ขัดต่อพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ใช้บังคับอยู่เดิม การที่ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ข้าราชการ จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้จึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 53 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าผู้บังคับบัญชาเพิกถอนคำสั่งอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านที่มีอยู่เดิม โดยอ้างแนวปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรีและของกระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นเหตุผลที่ไม่เข้ากรณีใดกรณีหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 53 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว⁴³

เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ศาลเห็นว่ากรณีที่หน่วยงานมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีเบิกค่าเช่าบ้านและขอใช้ค่าเช่าบ้านที่เบิกไปแล้วคืน โดยอาศัยแนวปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีและหนังสือของกระทรวงการคลังนั้น เมื่อการใช้สิทธิเบิกค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีไม่ขัดต่อพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ อันเป็นสิทธิตามคำสั่งอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและให้คืนเงินที่เบิกไปแล้วคืน จึงเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและให้ประโยชน์ กรณีไม่อาจอ้างแนวปฏิบัติใดมาเป็นบรรทัดฐานให้ปฏิบัตินอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดได้ กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่ายังมีกรณีที่ศาลเห็นว่าถ้าแนวปฏิบัติเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะบทบัญญัติที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่ปฏิบัติภายในขอบเขตของกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจอ้างอำนาจดุลพินิจที่ได้ใช้ตามแนวปฏิบัติดังกล่าวมากระทำการใดที่เป็นการกระทบสิทธิของบุคคลดังกล่าวที่มีตามกฎหมายได้ หรืออาจสรุปได้ว่าแนวปฏิบัติที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจได้นั้น

สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ตามคำสั่งร้องขอของตนเอง หรือของข้าราชการซึ่งสำนักงานที่ปฏิบัติราชการประจำอยู่เดิมได้ย้ายสถานที่ทำการไปตั้งในท้องที่ใหม่ที่มีอยู่ตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 ก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับ ให้ยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกานี้

⁴³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.160/2548

จะต้องเป็นแนวปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย และกรณียังเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องยึดถือเคร่งครัดกับแนวทางปฏิบัติราชการของหน่วยงาน โดยเฉพาะแนวปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น จากกรณีตัวอย่างคำพิพากษาทั้งสองกรณีข้างต้น จึงเป็นไปได้ในทำนองเดียวกันว่าศาลปกครองได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยต้องใช้อำนาจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจเป็นสำคัญ และหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็จะถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยที่แนวปฏิบัติเป็นเพียงกรอบและแนวทางสำหรับให้ฝ่ายปกครองพิจารณาใช้อำนาจได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรมขึ้น แต่ทั้งนี้แนวปฏิบัติก็ต้องชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นกัน

แต่ในทางตรงกันข้ามหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีแนวปฏิบัติสำหรับเรื่องใดเรื่องหนึ่งในการใช้ดุลพินิจที่ผ่านมาของตน หากต่อมามีเรื่องเดียวกันที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันเกิดขึ้น การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะปฏิเสธการใช้ดุลพินิจดังกล่าว จะต้องมิเหตุผลอันสมควร ดังเช่นกรณีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาตามประกาศของกรมอนามัยซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดี และให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจัดซื้อครุภัณฑ์ทางการแพทย์ที่ผู้ฟ้องคดีเสนอขายหรือขอใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งยกเลิกการประกวดราคาซื้อครุภัณฑ์ทางการแพทย์ เนื่องจากผู้เสนอราคา ผู้ฟ้องคดีผิดเงื่อนไขตามเอกสารประกวดราคาในเรื่องการแนบสำเนาใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของกระทรวงอุตสาหกรรม (ใบ ร.จ. 4) ไม่ครบถ้วน ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้หนึ่งที่เข้าเสนอราคาและยื่นใบ ร.จ. 4 ที่ประกอบด้วยเอกสาร 10 ลำดับ ไม่ครบทุกลำดับ โดยได้ยื่นเฉพาะเอกสารในลำดับที่เคยยื่นในการเสนอราคาหลายครั้งที่ผ่านมาต่อกรมอนามัยซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ได้รับเลือกให้เข้าทำสัญญา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ประกาศประกวดราคาจะกำหนดให้ผู้เข้าประกวดราคาขายครุภัณฑ์ทางการแพทย์ที่มีแหล่งกำเนิดหรือผลิตในประเทศไทยต้องแนบสำเนาใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของกระทรวงอุตสาหกรรม (ใบ ร.จ. 4) ของผู้ผลิตที่ประกอบด้วยเอกสารจำนวน 10 ลำดับก็ตาม แต่ในการประกวดราคาหลายครั้งที่ผ่านมา กรมอนามัยได้เคยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการยื่นใบ ร.จ. 4 ไม่ครบทุกลำดับ มิใช่การผิดเงื่อนไขของเอกสารประกวดราคาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และการประกวดราคารั้งนี้กับครั้งที่ผ่านมา มีข้อเท็จจริงไม่แตกต่างกัน กรมอนามัยจึงต้องผูกพันกับการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เว้นแต่จะได้กำหนด

ไว้อย่างชัดเจนว่าผู้เสนอราคาจะต้องยื่นใบ ร.ง. 4 ครบทั้ง 10 ลำดับ และแม้การประกวดราคาในแต่ละครั้งจะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาเป็นครั้งๆ ไป ซึ่งอาจมีความเห็นแตกต่างกันก็ตาม แต่กรมอนามัยเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการออกประกาศประกวดราคาและพิจารณาสั่งการ คณะกรรมการดังกล่าวเป็นเพียงเจ้าหน้าที่เตรียมการและดำเนินการเพื่อเสนอความเห็นต่อกรมอนามัยเท่านั้น การยกเลิกการประกวดราคาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่นำใบ ร.ง. 4 ยื่นประกอบการเสนอราคาทุกลำดับ ซึ่งบางลำดับที่ไม่ได้ยื่นนั้นกรมอนามัยสามารถตรวจสอบรายละเอียดได้จากเอกสารในลำดับที่มีการยื่น หรือสอบถามจากผู้ฟ้องคดีได้ จึงเป็นการยกเลิกการประกวดราคาที่ไม่มีความผิดอันควร เป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้ฟ้องคดีย่อมเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากคำสั่งทางปกครองข้างต้นได้ โดยค่าเสียหายดังกล่าวจะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วอย่างแท้จริง ซึ่งในกรณีนี้ ได้แก่ ค่าธรรมเนียมซื้อแคชเชียร์เช็คเพื่อใช้เป็นหลักประกันของและค่าธรรมเนียมของธนาคารในการออกหนังสือค้ำประกันสัญญา ส่วนค่าเสียหายจากการขาดประโยชน์จากกำไรที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าควรจะได้รับ เป็นเพียงความคาดหมายของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับเมื่อการทำสัญญามีได้เกิดขึ้นอันทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในส่วนของตนเป็นการตอบแทนการที่ผู้ฟ้องคดีจะอ้างเอากำไรอันเป็นประโยชน์ตอบแทน จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง และสำหรับความเสียหายอื่นที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำสัญญาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้เตรียมดำเนินการบางสิ่งบางอย่างลงไป เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้นำสืบและแสดงพยานหลักฐานให้เห็นว่าได้มีความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้น และมีได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไว้ล่วงหน้าสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญาในกรณีที่สัญญาไม่เกิดขึ้นเพราะเหตุที่กรมอนามัยต้องรับผิดชอบ ศาลจึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายในส่วนดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีได้⁴⁴

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะเห็นว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องผูกพันต่อการใช้ดุลพินิจที่ผ่านมาของตนในการพิจารณาหรือกระทำการใดๆ ก็ตามที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธการใช้ดุลพินิจดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ถือเป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นการใช้

⁴⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.154/2547

ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยังเป็นกรกระทำละเมิดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อีกด้วย

กล่าวโดยสรุปก็คือ แนวปฏิบัติถือเป็นข้อพิจารณาประการหนึ่งสำหรับเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในเงื่อนไขและขอบเขตของกฎหมาย เนื่องจากไม่ว่าอย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติย่อมเกิดจากการปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ จนเป็นที่ยอมรับในระดับหนึ่งถึงมาตรฐาน ความเหมาะสมสำหรับกรณีเฉพาะเรื่อง แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบว่าแนวปฏิบัติดังกล่าวชอบด้วยขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการออกแนวปฏิบัตินั้นๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามแนวปฏิบัติก็ไม่ผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาให้เป็นไปตามนั้นอย่างไม่พิจารณาถึงความถูกต้องของแนวปฏิบัตินั้น หรือใช้ดุลพินิจในสิ่งที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้อย่างแท้จริง

4.3.1.5 การควบคุมและตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน

ในส่วนการตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วนนั้น อาจถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง เนื่องจากลักษณะของการตรวจสอบค่อนข้างเป็นนามธรรม ความเห็นที่ถือว่าอยู่ในขอบเขตที่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีหลายความเห็น และโดยปกติตามหลักการแล้วศาลจะไม่ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหากอยู่ในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ซึ่งการพิจารณาความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจนี้ยังคงต้องพิจารณากำหนดขอบเขตในการตรวจสอบของศาลเป็นรายกรณีไป เช่น

การใช้หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยกรณีเป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนข้อ 11 ทวิ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2536) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวกำหนดให้มัคคุเทศก์เข้ารับ

การฝึกอบรมวิษามัคคุเทศก์ หากผู้ใดไม่เข้ารับการอบรมเพิ่มเติมถือว่าฝ่าฝืนกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว มีความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 นายทะเบียน ธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์จะพิจารณาพักใช้และเพิกถอนใบอนุญาตตามลำดับและอาจถูกปรับ ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสหภาพแรงงานมัคคุเทศก์อาชีพแห่งประเทศไทยเห็นว่ากฎกระทรวงฉบับดังกล่าวขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติ ธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 เพื่อให้เป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานการประกอบธุรกิจ นำเที่ยวและอาชีพมัคคุเทศก์ และให้การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยทำหน้าที่ส่งเสริมและควบคุม การประกอบธุรกิจอาชีพดังกล่าวให้เป็นระเบียบและได้มาตรฐาน และเหตุผลในการประกาศใช้ กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) เนื่องจากเป็นยุคที่เทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อให้มัคคุเทศก์ มีความรู้ทันต่อเหตุการณ์ สมควรให้มัคคุเทศก์มีหน้าที่เข้ารับการฝึกอบรมวิษามัคคุเทศก์เพิ่มเติม เพื่อเป็นการปรับปรุงมาตรฐานและเพื่อคุณภาพของมัคคุเทศก์ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) โดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 กำหนดหน้าที่ของมัคคุเทศก์ให้เข้ารับการอบรม ย่อมเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อ การปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ โดยสามารถนำเอาสิ่งที่ได้รับจากการอบรมไปใช้ให้เป็นประโยชน์ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ดียิ่งขึ้นและส่งผลดีถึงสิ่งที่มัคคุเทศก์จะพึงปฏิบัติในประการอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งกาย มารยาท รวมทั้งความประพฤติของมัคคุเทศก์ด้วย อันเป็นการสมดัง เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไป อย่างมีระเบียบและได้มาตรฐาน กฎกระทรวงฉบับนี้จึงเป็นกฎกระทรวงที่มีลักษณะเป็นการ จัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ยินยอมให้กระทำได้ ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงออกมาใช้บังคับโดยไม่เกิน ขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด จึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และการกำหนดให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรม เพิ่มเติมยังเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นสัมฤทธิ์ผล โดยที่ ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุด ที่จะทำให้มัคคุเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งข้อกำหนดดังกล่าวไม่ขัดต่อ หลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมัคคุเทศก์หรือสังคมโดยรวมและประโยชน์ มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมย่อมเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม เนื่องจากจะได้นำความรู้ที่ได้รับไปถ่ายทอดทำให้นักท่องเที่ยวได้มีความรู้ความเข้าใจข้อมูลต่างๆ

อย่างถูกต้องทันต่อเหตุการณ์ และมีคฤเทศก์ก็จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาท และความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรมย่อมได้แก่บรรดาผู้ประกอบการอาชีพมัคคุเทศก์ทั้งหลายในที่สุด ในขณะที่มัคคุเทศก์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมโดยเสียค่าใช้จ่ายทุกๆ สองปีโดยประมาณเท่านั้น ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมัคคุเทศก์จนเกินสมควรอันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁴⁵

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น มีข้อพิจารณาได้ว่า โดยที่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงของคดีประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงฉบับพิพาทแล้วเห็นว่า มาตรการที่ปรากฏในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวสามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ (พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535) ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบ และได้มาตรฐานบรรลุเป็นผลสำเร็จ โดยศาลได้นำหลักความเหมาะสมมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้ว่าโดยถ้อยคำและข้อความที่ปรากฏในคำพิพากษานี้ จะมีได้ปรากฏคำว่า เหมาะสม หรือ ได้สัดส่วน ก็ตาม แต่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยเช่นกัน

ดังเช่นคำวินิจฉัยของศาลปกครองแห่งสหพันธ์ซึ่งได้นำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเช่นกันดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 โดยศาลได้วินิจฉัยถึงการชั่งน้ำหนักของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งเนรเทศผู้ฟ้องคดีออกนอกอาณาจักร โดยการที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าการเนรเทศเป็นสิ่งที่จำเป็นเนื่องจากการลักลอบนำหมูหรีเถื่อนเข้ามาจำหน่ายจะทำให้รัฐบาลรายได้จากภาษีหมูหรีเถื่อนและยังจะส่งผลก่อให้เกิดการรวมตัวกันเป็นองค์กรอาชญากรรมอื่นนั้นก็ เป็นสิ่งที่ไม่อาจตำหนิได้ เพราะการลงโทษทางอาญาประการเดียวอาจจะยังไม่พอที่จะยับยั้งการค้าหมูหรีเถื่อน เนื่องจากการค้าดังกล่าวมีผลกำไรที่ชวนให้บุคคลเข้าไปเลี้ยง ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายทุกประการที่มีอยู่เพื่อต่อสู้กับการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.15/2545

อย่างไรก็ตามในการตัดสินใจออกคำสั่งเนรเทศนั้น ฝ่ายปกครอง ยังขาดการชี้แจงน้ำหนักประโยชน์ของบุคคล ผู้ถูกฟ้องคดีตัดสินใจออกคำสั่งเนรเทศโดยจะคำนึงถึง ประโยชน์สาธารณะเพียงด้านเดียว โดยไม่ได้พิจารณาชี้แจงน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะกับ ประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีที่จะได้อาศัยอยู่ในอาณาจักรต่อไป เมื่อพิจารณาจากมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญติ ว่าด้วยคนต่างด้าว ซึ่งเปิดขอบเขตให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจ ซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ ด้วยความรอบคอบ โดยต้องพิจารณาประโยชน์ที่สมควรได้รับของผู้ฟ้องคดีด้วย ซึ่งมาตรา 45 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติให้การออกคำสั่งเนรเทศนั้น เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงระยะเวลา ที่คนต่างด้าวนั้นอยู่ในอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย พิจารณาประโยชน์ส่วนบุคคลตลอดจน ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่สมควรได้รับความคุ้มครอง พิจารณาความสัมพันธ์ที่คนต่างด้าวมี ในดินแดนอาณาจักร ผลของการถูกเนรเทศที่มีต่อบุคคลในครอบครัว ซึ่งอยู่ในอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนผลที่มีต่อคนต่างด้าวที่จะได้ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับครอบครัวและเครือญาติของตนด้วย⁴⁶

กรณีตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์มีการใช้หลักความได้สัดส่วนที่ต้องพิจารณาชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์ ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะ โดยกรณีข้อเท็จจริงของไทยนั้นศาลได้พิจารณาชี้แจงน้ำหนัก เกี่ยวกับการออกกฎกระทรวงที่กำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะมีความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และอาจถูกพิจารณาพักใช้และเพิกถอน ใบอนุญาตได้ ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้กับมัคคุเทศก์ซึ่งเป็นฝ่ายเอกชน แต่ในขณะเดียวกัน เมื่อคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะอันเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวซึ่งเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ในระดับประเทศ จึงถือว่าภาระดังกล่าวมีน้ำหนักน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ ส่วนใน มุมมองของประเทศเยอรมันนั้น ในคดีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวเนื่องจากลักลอบ นำนุหรีเถื่อนเข้ามาจำหน่ายซึ่งจะทำให้รัฐขาดรายได้ โดยให้ความสำคัญต่อสิทธิอื่นๆ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นฝ่ายเอกชนน้อยกว่าประโยชน์ของรัฐนั้น ศาลปกครองเยอรมันกลับเห็นว่าสิทธิต่างๆ ของ ผู้ฟ้องคดี ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในครอบครัวหรือความสัมพันธ์ของผู้ฟ้องคดีกับดินแดนมีน้ำหนัก มากกว่าประโยชน์ของรัฐ กรณีจึงแสดงให้เห็นถึงวิธีการพิจารณาชี้แจงน้ำหนักตามหลักความได้ สัดส่วนของไทยและต่างประเทศไม่ได้มีความแตกต่างกันในเรื่องของสาระสำคัญของเกณฑ์ ที่ต้องพิจารณา ซึ่งในที่นี้ได้แก่ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน แต่การที่จะ

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwGE 102, 63.), อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณะ, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 275-277.

ให้นำหนักแก่ประโยชน์ด้านใดมากกว่ากันนั้น เป็นเรื่องของสภาพสังคม เศรษฐกิจและวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียมและวัฒนธรรมโดยรวมของประชาชนในประเทศนั้น กรณีจึงไม่อาจนำข้อเท็จจริงที่ ศาลพิจารณาเป็นข้อเปรียบเทียบให้ประเทศใดใช้ตัวอย่างของประเทศใดโดยไม่ต้องพิจารณาถึง ตัวแปรอื่นอีกได้ กรณีการให้เหตุผลในการนำมาชั่งน้ำหนักนั้น เพียงแต่นำมาใช้เป็นแนวคิดเพื่อจะ ปรับเปลี่ยนให้เข้ากับสภาพของข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นเหมือนหรือคล้ายหรือการนำมาเทียบเคียง เพื่อจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศใดประเทศหนึ่งได้

กรณีต่อมาเป็นกรณีที่ศาลพิจารณาคำให้การให้เหตุผลในการใช้ดุลพินิจ ตามที่กฎหมายให้อำนาจภายใต้เงื่อนไขของเนื้อหาของกฎหมายที่ให้ดุลพินิจฝ่ายปกครอง โดยในคดีที่ยกมาเป็นตัวอย่างนี้ เนื้อความตามกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองคือ คำว่า ประโยชน์ของทางราชการ และนอกจากนี้ยังมีส่วนที่ศาลวินิจฉัยถึงการมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถเลือกใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามความเหมาะสม กล่าวคือ ส่วนราชการมีอำนาจกำหนดคุณสมบัติของงานจ้าง โดยรวมงานที่มีลักษณะแตกต่างกันไว้ใน การสอบราคาคราวเดียวกันได้ หากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ต่อทางราชการ โดยแท้จริงตามนัย ข้อ 42 (3)⁴⁷ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ แต่หากการดำเนินการดังกล่าว มีวัตถุประสงค์หรือก่อให้เกิดการผูกขาดในการเสนอราคาจ้าง หรือเจาะจงเพื่อคัดเลือกผู้เสนอราคา รายหนึ่งรายใด หรือมุ่งประสงค์ในประการที่ไม่เป็นประโยชน์แก่ทางราชการ การสอบราคารุนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่กรมพัฒนาฝีมือแรงงานได้ประกาศสอบราคาโดยรวมงานทั้งสาม ประเภท ซึ่งได้แก่ งานรักษาความปลอดภัย งานทำความสะอาด และงานดูแลสนามหญ้าสวนหย่อม ไว้ในคราวเดียวกันและมีเหตุผลว่า เนื่องจากเป็นงานที่มีเวลาการทำงานเหลื่อมซ้อนกันอยู่ หากให้ เอกชนต่างรายเป็นผู้รับจ้างงานแต่ละงานแล้วอาจก่อให้เกิดปัญหาในการรักษาความปลอดภัยของ

⁴⁷ ข้อ 42 (3) แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

คณะกรรมการเปิดซองสอบราคามีหน้าที่ดังนี้

(3) พิจารณาคัดเลือกพัสดุหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่ถูกต้องตาม (2) ที่มีคุณภาพและคุณสมบัติ เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ และเสนอให้ซื้อหรือจ้างจากรายที่คัดเลือกไว้แล้ว ซึ่งเสนอราคาต่ำสุด

ในกรณีที่ผู้เสนอราคาต่ำสุดดังกล่าวไม่ยอมเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงกับส่วนราชการในเวลาที่กำหนด ตามเอกสารสอบราคา ให้คณะกรรมการพิจารณาจากผู้เสนอราคาต่ำรายถัดไปตามลำดับ

ถ้ามีผู้เสนอราคาเท่ากันหลายราย ให้เรียกผู้เสนอราคาดังกล่าวมาขอให้เสนอราคาใหม่พร้อมกันด้วยวิธี ยื่นซองเสนอราคา

ถ้าปรากฏว่า ราคาของผู้เสนอราคาทีคณะกรรมการเห็นสมควรซื้อหรือจ้างสูงกว่าวงเงินที่จะซื้อหรือจ้าง ให้คณะกรรมการเปิดซองสอบราคาดำเนินการตามข้อ 43

อาคารสถานที่และทรัพย์สินของทางราชการขึ้นได้ ทั้งยังอาจก่อให้เกิดปัญหาในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับจ้างในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นกับทรัพย์สินดังกล่าว เพราะเป็นการยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของฝ่ายใดนั้น เป็นกรณีที่เห็นได้ว่าเป็นการประกาศสอบราคาที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการตามนัยข้อ 42 (3) ของระเบียบข้างต้น กรมพัฒนาฝีมือแรงงานจึงมีอำนาจดำเนินการได้ นอกจากนั้น กรณีที่เอกสารสอบราคากำหนดว่าจะพิจารณาตัดสินจากราคารวมเป็นหลักอันเป็นผลให้ผู้เสนอราคาต้องเสนอราคาเป็นราคารวมนั้น เป็นดุลพินิจของผู้ประกาศสอบราคาที่จะกำหนดให้มีการเสนอราคารวมทั้งสิ้นอย่างเดียวหรือเป็นราคารวมทั้งสิ้นพร้อมราคาต่อหน่วยหรือต่อรายการได้ ตามความจำเป็นและเหมาะสมตามนัยข้อ 40 (6)⁴⁸ ของระเบียบฉบับเดียวกัน ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีความไม่เหมาะสมในการกำหนดให้เสนอราคารวมทั้งสิ้นอย่างเดียว การไม่ได้ให้ผู้เสนอราคาเสนอราคาเป็นต่อหน่วยหรือต่อรายการจึงไม่ขัดต่อข้อ 40 (6) ดังกล่าว ประกาศสอบราคาจ้างของกรมพัฒนาฝีมือแรงงานข้างต้น จึงชอบด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุแล้ว⁴⁹

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะเห็นว่า ศาลยอมรับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าว เนื่องจากเหตุผลที่ฝ่ายปกครองให้เป็นเหตุผลที่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่บัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขที่เป็นรูปธรรมชัดเจน โดยข้อ 42 ของระเบียบว่าด้วยการพัสดุใช้ถ้อยคำว่า คณะกรรมการเปิดซองสอบราคามีหน้าที่...(3) พิจารณาคัดเลือกพัสดุหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่ต้องตาม (2) ที่มีคุณภาพและคุณสมบัติเป็นประโยชน์ต่อทางราชการ และเสนอให้ซื้อหรือจ้างจากรายที่คัดเลือกไว้แล้ว ซึ่งเสนอราคาต่ำสุด ซึ่งคำว่าผู้เสนอราคาที่มีคุณภาพและคุณสมบัติเป็นประโยชน์ต่อทางราชการเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาขึ้นอยู่กับลักษณะงานที่จัดจ้างและการดำเนินกิจการของหน่วยงาน ซึ่งต้องพิจารณาเลือกใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมเป็นกรณีๆ ไป โดยศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนของความชอบด้วยเหตุผลเท่านั้น

⁴⁸ ข้อ 40 (6) แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำเอกสารสอบราคา โดยอย่างน้อยให้แสดงรายการดังต่อไปนี้

(6) ข้อกำหนดให้ผู้เข้าเสนอราคารวมทั้งสิ้น และราคาต่อหน่วยหรือต่อรายการ (ถ้าทำได้) พร้อมทั้งระบุหลักเกณฑ์โดยชัดเจนว่าจะพิจารณากรรมหรือราคาต่อหน่วยราชการ ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคาให้พิจารณากรรม

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.159/2548

และนอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่าสำหรับดุลพินิจในส่วนนี้จะเป็นดุลพินิจในส่วนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองในการพิจารณาว่าในเรื่องดังกล่าวข้อเท็จจริงแบบใดจึงจะถือว่าเข้าลักษณะของกฎหมายคำว่า “การพิจารณาคัดเลือกพัสดุหรืองานจ้างของผู้เสนอราคาที่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ”

ส่วนกรณีที่ได้วินิจฉัยการมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจากถ้อยคำของกฎหมายและยังเป็นดุลพินิจในส่วนการเลือกใช้ผลของกฎหมายคือกรณีข้อ 40 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำเอกสารสอบราคา โดยอย่างน้อยให้แสดงรายการดังต่อไปนี้...(6) ข้อกำหนดให้ผู้เข้าเสนอราคารวมทั้งสี้นและราคาต่อหน่วยหรือต่อรายการ (ถ้าทำได้) โดยการที่ศาลวินิจฉัยว่ากรณีที่เกิดเอกสารสอบราคา กำหนดว่าจะพิจารณาตัดสินจากราคารวมเป็นหลักอันเป็นผลให้ผู้เสนอราคาต้องเสนอราคาเป็นราคารวมเป็นดุลพินิจของผู้ประกาศสอบราคาที่จะกำหนดให้มีการเสนอราคารวมทั้งสี้นอย่างเดียวหรือเป็นราคารวมทั้งสี้นพร้อมราคาต่อหน่วยหรือต่อรายการได้ ตามความจำเป็นและเหมาะสมนั้น เห็นว่า ตามที่กฎหมายใช้ถ้อยคำในวงเล็บว่า “ถ้าทำได้” แสดงให้เห็นว่าเป็นอำนาจดุลพินิจในการจัดทำเอกสารสอบราคาโดยมีข้อกำหนดให้ผู้เสนอราคารวมทั้งสี้นเพียงอย่างเดียวหรือเสนอราคาต่อหน่วยด้วยก็ได้ เมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะพิจารณาจากราคารวมเป็นหลัก จึงเป็นการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวแล้ว โดยมีข้อสังเกตว่ากรณีนี้ศาลปล่อยให้เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการพิจารณาตามความเหมาะสม โดยได้พิจารณาแล้วด้วยว่าไม่พบเหตุแห่งความไม่เหมาะสมอย่างไร กรณีจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยระเบียบดังกล่าวแล้ว

กรณีต่อมาเป็นกรณีที่ศาลจำกัดขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาเลือกใช้ระดับโทษทางวินัย โดยพิจารณาจากมาตรฐานของโทษที่ลงสัมพันธ์กับความผิด ซึ่งถ้าเหมาะสมแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแก่กรณีและไม่เป็นการพิจารณาโทษโดยทุจริตแล้ว ศาลจะไม่แก้ไขโทษที่ลงอีก โดยผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติที่ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีทำหน้าที่เป็นกรรมการและเหรียญกษาปณ์ของคณะกรรมการสวัสดิการกลุ่มโรงเรียน และถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง คณะกรรมการสอบสวนได้สรุปรายงานการสอบสวนให้ลงโทษลดขั้นเงินเดือน 1 ขั้น และภายหลังได้มีการเพิ่มโทษเป็นไล่ออก ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการพิจารณาลงโทษผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการเลือกปฏิบัติ ในขณะที่คณะกรรมการสวัสดิการกลุ่มฯ รายอื่นได้รับการพิจารณาโทษเพียงการว่ากล่าวตักเตือนเท่านั้น

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อ อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นชอบตามความเห็นของผู้ฟ้องคดีว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเข้าลักษณะความผิดฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยมิชอบเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ที่มิควรได้เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ และฐานกระทำการอื่นใดอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 82 วรรคสาม และมาตรา 98 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 จึงมีมติไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากราชการการที่ผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งลงโทษไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากราชการตามมติของ อ.ก.ค. ดังกล่าว นั้น เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าวโดยชอบ และได้ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับโทษที่ลงแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นไปตามมาตรฐานโทษที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งกรณีแล้ว ศาลย่อมไม่อาจก้าวล่วงไปวินิจฉัยบททวนดุลพินิจของผู้ฟ้องคดีหรือ อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติในการกำหนดโทษแก่ผู้ฟ้องคดีตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ในเมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการใช้ดุลพินิจที่ไม่สุจริตหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้งกรณีการทำความผิดวินัยของผู้ฟ้องคดีในฐานะกรรมการและเหรียญของสวัสดิการกลุ่มโรงเรียนเป็นกรณีกระทำผิดส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีโดยตรงซึ่งมิได้มีผู้ใดร่วมกระทำผิดดังกล่าวด้วย จึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ดังนั้น คำสั่งลงโทษไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากราชการจึงชอบด้วยกฎหมาย⁵⁰

ต่อมาเป็นที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะอนุญาตให้เอกชนประกอบกิจการซึ่งมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของรัฐนั้น ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ และใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตโดยต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญด้วย ซึ่งหากปรากฏว่าประโยชน์ที่รัฐและประชาชนจะได้รับจากการอนุญาตให้มีการประกอบกิจการดังกล่าวมีเป็นส่วนใหญ่เมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่สภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจชอบที่จะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการดังกล่าว โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการระเบิดและข่อยหินในที่ดินของรัฐได้ยื่นคำขอประทานบัตรต่อกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ (กรมทรัพยากรธรณี เดิม) ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เพื่อทำเหมืองแร่หินชนิดหินปูน ต่อมาสำนักนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 9/2549

(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้เสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของผู้ฟ้องคดีต่อ คณะกรรมการผู้ชำนาญการพิจารณารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมด้านโครงการเหมืองแร่ โครงการสำรวจและหรือผลิตปิโตรเลียม เพื่อพิจารณาตามมาตรา 48⁵¹ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งคณะกรรมการผู้ชำนาญการฯ ได้พิจารณารายงานดังกล่าวโดยขอความเห็นจากคณะกรรมการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรมมาประกอบการพิจารณา แล้วมีมติไม่เห็นชอบให้มีการดำเนินโครงการทำเหมืองแร่หินอุตสาหกรรมในบริเวณที่ขอประทานบัตรอีกต่อไป เนื่องจากจะเป็นการทำลายทัศนียภาพธรรมชาติและขัดแย้งกับการเป็นแหล่งท่องเที่ยวธรรมชาติของเกาะ และเห็นสมควรให้มีการประสานกรมทรัพยากรธรณีเพื่อเพิกถอนพื้นที่บริเวณดังกล่าวออกจากประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมที่กำหนดให้พื้นที่ข้างต้นเป็นพื้นที่แหล่งหินอุตสาหกรรม ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบและอนุมัติให้ใช้ประโยชน์ในพื้นที่เพื่อทำกิจการเหมืองหินอุตสาหกรรม รวมทั้งให้ยกเลิกการทำเหมืองแร่หินอุตสาหกรรมโดยไม่ต่อสัมปทานเมื่อหมดอายุ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดพื้นที่แหล่งหินอุตสาหกรรม ลงวันที่ 1 ตุลาคม 2540 กำหนดให้บริเวณที่ผู้ฟ้องคดีขอประทานบัตรเป็นแหล่งหินอุตสาหกรรม โดยคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบและอนุมัติ

⁵¹ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

มาตรา 46 เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชน ที่มีผลกระทบสิ่งแวดล้อมซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม เพื่อเสนอขอความเห็นชอบตามมาตรา 47 มาตรา 48 และมาตรา 49

มาตรา 48 ในกรณีที่โครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 46 เป็นโครงการหรือกิจการซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากทางราชการตามกฎหมายก่อนเริ่มการก่อสร้างหรือดำเนินการ ให้นุคคลผู้ขออนุญาตเสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมต่อเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายนั้น และต่อสำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม ในการเสนอรายงานดังกล่าวอาจจัดทำเป็นรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา 46 วรรคสอง ก็ได้

ในกรณีที่สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อมพิจารณาเห็นว่า รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมและเอกสารที่เกี่ยวข้องที่เสนอมายังต้องและมีข้อมูลครบถ้วนหรือ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้องครบถ้วนตามวรรคสามแล้ว ให้สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อมพิจารณาเสนอความเห็นเบื้องต้นเกี่ยวกับรายงานดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับการเสนอรายงานนั้น เพื่อนำเสนอให้คณะกรรมการผู้ชำนาญการพิจารณาต่อไป

การแต่งตั้งคณะกรรมการผู้ชำนาญการตามวรรคสี่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติกำหนด ซึ่งจะต้องประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และจะต้องมีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาตตามกฎหมายสำหรับโครงการหรือกิจการนั้น หรือผู้แทนร่วมเป็นกรรมการอยู่ด้วย

ให้ใช้ประโยชน์ในพื้นที่เพื่อทำเหมืองแร่หินอุตสาหกรรมได้นั้น เป็นเพียงการกำหนดบริเวณที่มีแหล่งหินอุดมสมบูรณ์ที่อาจออกประทานบัตร แต่การจะออกประทานบัตรให้พื้นที่นั้นต้องมีการดำเนินการตามพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรวมถึงพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ด้วย จึงมิได้หมายความว่า ถ้ามีผู้ยื่นประทานบัตรในพื้นที่ที่กำหนดในประกาศดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีคำสั่งอนุญาตคำขอประทานบัตรนั้นโดยมิอาจพิจารณาเป็นอย่างอื่นได้แต่อย่างใด ประกอบกับจากรายงานการจัดทำแผนการจัดการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติของคณะกรรมการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรม ปรากฏว่าบริเวณที่ผู้ฟ้องคดีขอประทานบัตรเป็นพื้นที่สงวนที่มีความสำคัญสูงในการจัดการอนุรักษ์ เนื่องจากเป็นพื้นที่ที่มีความสำคัญต่อระบบนิเวศวิทยาของเกาะและโครงสร้างการยึดเกาะของชายฝั่งมีระบบนิเวศหลายระบบ จึงเหมาะเป็นแหล่งศึกษาวิจัยซึ่งการทำเหมืองระเบิดหินจะทำให้เกิดผลกระทบต่อบรรยากาศการท่องเที่ยวและสิ่งแวดล้อม อีกทั้งสามารถขนส่งหินมาจากแผ่นดินใหญ่ได้ และแม้ว่าในการพิจารณาของคณะกรรมการผู้ชำนาญการฯ จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตรวจสอบพื้นที่และมีความเห็นเหมาะสมที่จะทำเหมืองหิน โดยผู้ฟ้องคดีพยายามวางมาตรการป้องกันเพื่อลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแล้วก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าการทำเหมืองหินในบริเวณดังกล่าวอย่างน้อยที่สุดย่อมส่งผลให้สูญเสียพื้นที่ที่เป็นภูเขาไปอย่างถาวร ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อันจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของเกาะ และเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ที่ได้รับจากการทำเหมืองดังกล่าว ซึ่งมีเพียงทำให้หินที่ใช้ในการอุตสาหกรรมก่อสร้างบนเกาะหาได้ง่ายและมีราคาถูกแล้ว กรณีย่อมไม่อาจเปรียบเทียบได้กับความเสียหายที่จะเกิดแก่สภาพสิ่งแวดล้อมของเกาะ การที่คณะกรรมการผู้ชำนาญการเห็นพ้องกับความเห็นของคณะกรรมการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมธรรมชาติและศิลปกรรม และมีมติไม่เห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของโครงการที่ผู้ฟ้องคดีขอประทานบัตร จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลและกฎหมาย ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีคำสั่งไม่อนุญาตประทานบัตรตามคำขอของผู้ฟ้องคดีอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่คณะกรรมการผู้ชำนาญการฯ ไม่เห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ผู้ฟ้องคดีเสนอ จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵²

⁵² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.333/2549

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างกรณีที่ศาลวินิจฉัยถึงการใช้อุทธรณ์ที่มีความเหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องมีการใช้ถ้อยคำว่า ความเหมาะสม หรือ ความได้สัดส่วนในการดำเนินการให้บรรลุนิติบุคคลของกฎหมาย แต่ก็สามารถอนุมานได้ว่าเป็นกรณีใช้อุทธรณ์โดยได้พิจารณาความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว โดยในกรณีที่ผู้ที่มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งข้าราชการใช้อุทธรณ์ไม่สั่งบรรจุบุคคลกลับเข้ารับราชการ โดยพิจารณาถึงระยะเวลาในการรับราชการที่เหลืออยู่ของผู้ขอกลับเข้ารับราชการที่จะสามารถทำประโยชน์ให้แก่ราชการ การมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง และการมีตำแหน่งว่างที่เหมาะสม โดยยึดถือประโยชน์ของทางราชการเป็นหลัก ถือได้ว่าเป็นการใช้อุทธรณ์ที่คำนึงถึงข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมายในการรับบุคคลกลับเข้ารับราชการตามนัยมาตรา 65⁵³ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 แล้ว จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามบทบัญญัติมาตรา 52 (4)⁵⁴ ประกอบกับมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว การบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการในกรณีนี้เป็นอำนาจของปลัดกระทรวงที่จะใช้อุทธรณ์พิจารณาว่าสมควรที่จะรับผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการหรือไม่ อันเป็นกรณีที่กฎหมายได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถวินิจฉัยและตัดสินใจด้วยตนเองได้ภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ และภายในขอบเขตของหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อุทธรณ์ได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะราย โดยจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์และ

⁵³ มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ได้ออกจากราชการไปแล้ว และไม่ใช่นิติบุคคลออกจากราชการในระหว่างทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการ ถ้าสมัครเข้ารับราชการและทางราชการต้องการจะรับผู้นั้นเข้ารับราชการ ให้ผู้มีอำนาจตามมาตรา 52 สั่งบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งและรับเงินเดือนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดได้

⁵⁴ มาตรา 52 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ให้ดำเนินการตามมาตรา 46 มาตรา 50 มาตรา 51 มาตรา 57 มาตรา 58 มาตรา 59 มาตรา 60 มาตรา 61 มาตรา 62 มาตรา 63 มาตรา 64 มาตรา 65 หรือมาตรา 66 แล้วแต่กรณี และให้ผู้มีอำนาจดังต่อไปนี้เป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้ง

(4) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 9 ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง ส่วนการบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 9 ในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและไม่สังกัดกระทรวงหรือทบวงแต่อยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีหรือในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ให้อธิบดีผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง สำหรับการบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 9 ลงมาในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรม และไม่สังกัดกระทรวงหรือทบวงแต่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีหรือในสำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรี ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเรื่องนั้นๆ เป็นสำคัญ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีมีระยะเวลาที่จะรับราชการต่อไปจนเกษียณอายุราชการเพียงอีกประมาณ 10 เดือน นับแต่วันที่ยื่นคำขอกลับเข้ารับราชการ และกรมที่ผู้ฟ้องคดีรับราชการอยู่เดิมไม่มีตำแหน่งว่างในระดับเดียวกันกับตำแหน่งเดิมของผู้ฟ้องคดี ส่วนตำแหน่งอื่นที่ว่างลงในภายหลังก็เป็นตำแหน่งในหน่วยงานที่ผู้ฟ้องคดีไม่เคยมีประสบการณ์ในการทำงานมาก่อน หากบรรจุผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการในหน่วยงานดังกล่าว ในขณะที่อายุราชการเหลือเพียงเล็กน้อยย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อราชการเท่าที่ควร ปลัดกระทรวงจึงไม่สั่งบรรจุผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการตามที่ร้องขอนั้น ถือได้ว่าปลัดกระทรวงได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายในการรับบุคคลกลับเข้ารับราชการ อันได้แก่ ระยะเวลาในการรับราชการที่เหลือที่จะทำประโยชน์ให้แก่ราชการ การมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง รวมทั้งการพิจารณาว่ามีตำแหน่งว่างที่เหมาะสมสำหรับผู้ขอหรือไม่ โดยยึดถือประโยชน์ของทางราชการเป็นหลัก อันเป็นการใช้ดุลพินิจที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว ประกอบกับไม่ปรากฏว่ามีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับใดที่บัญญัติให้ต้องบรรจุแต่งตั้งข้าราชการที่ลาออกไปสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แต่ไม่ได้รับเลือกตั้งกลับเข้ารับราชการตามที่ขอ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของปลัดกระทรวงในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁵

จากการที่ศาลใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้มีความเหมาะสม ชอบด้วยเหตุผล และเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนนั้น กรณียังมีข้อสังเกตที่น่าสนใจเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในส่วนของการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งจากการศึกษาพบว่าศาลปกครองได้ควบคุมตรวจสอบการใช้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการตีความหมายโดยชอบด้วยเหตุผล ซึ่งกรณี จะต้องพิจารณาการให้เหตุผลของฝ่ายปกครองประกอบการพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องนั้นๆ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

กรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งมีข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการทำงานไม่เสร็จทันตามกำหนดระยะเวลาตามสัญญาจ้าง โดยที่ปริมาณงานที่เหลืออยู่มีจำนวนมากเกินกว่าระยะเวลาตามสัญญาที่เหลือ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองผู้จ้างเห็นว่า

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.116/2549

ผู้รับจ้างไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาได้ จึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าปรับพร้อมดอกเบี้ย โดยปัญหาที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในคดีประเภทนี้ ส่วนใหญ่จะเป็นดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าผู้รับจ้างมีเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาหรือไม่ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าเป็นการวินิจฉัยการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีที่มาจากข้อสัญญา โดยส่วนใหญ่คดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครองจะเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองวินิจฉัยว่าไม่มีเหตุสุดวิสัยดังกล่าว และศาลย่อมต้องตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าว ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจในส่วนของกาให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

แนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงมีดังนี้

กรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามข้อ 130 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดว่าให้หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นพิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงในกรณีที่มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้หัวหน้าฝ่ายบริหารของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นพิจารณาได้เฉพาะกรณีที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นโดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป ประกอบกับข้อกำหนดในสัญญาจ้าง ข้อ 5 ที่กำหนดว่า ผู้รับจ้างต้องเริ่มทำงานที่รับจ้างภายในวันที่ 12 มิถุนายน 2543 และจะต้องทำงานให้แล้วเสร็จสมบูรณ์ในวันที่ 28 มกราคม 2544 ถ้าผู้รับจ้างมิได้ลงมือทำงานภายในกำหนดเวลา หรือไม่สามารทำงานให้แล้วเสร็จตามกำหนดเวลา หรือมีเหตุให้เชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา หรือจะแล้วเสร็จล่าช้าเกินกว่ากำหนดเวลา หรือผู้รับจ้างผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ผู้ว่าจ้างจะมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีมิได้รับดำเนินการตามสัญญาจ้าง ทั้งๆ ที่ทราบเนื้อความในสัญญาเป็นอย่างดี รวมทั้งทราบว่าสัญญาจะสิ้นสุดลงในวันที่ 28 มกราคม 2544 ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องมีหนังสือเร่งรัดให้ผู้ถูกฟ้องคดีรีบเข้าดำเนินการ ผู้ฟ้องคดีเริ่มลงมือดำเนินการวันที่ 24 ตุลาคม 2543 และได้นำเสาเข็มที่จะต้องตอกไปกองไว้ที่บริเวณก่อสร้างแล้วเสร็จเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2543 เพื่อส่งงานงวดที่ 1 และงวดที่ 5

ทั้งๆ ที่ตามสัญญาแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติงานงวดที่ 1 ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันทำสัญญา และได้ส่งงานงวดอื่นๆ ล่าช้า โดยได้ส่งมอบงานงวดที่ 4 เมื่อพ้นกำหนดอายุสัญญาแล้ว ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้บอกเลิกสัญญา แต่ให้ดำเนินการตอกเสาเข็มต่อไป และปรากฏว่าระหว่างดำเนินการดังกล่าว ตลิ่งบริเวณที่ก่อสร้างเกิดยุบตัว ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องสั่งให้ระงับการก่อสร้างไว้ก่อน เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีเสนอแผนและแนวทางการแก้ไขปัญหา ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหา และได้ขอขยายระยะเวลาออกไปอีก 360 วัน โดยระบุไว้ด้วยว่าหากไม่สามารถออกแบบแนวตลิ่งซึ่งเป็นขั้นตอนแรกของแผนที่เสนอภายใน 60 วัน ผู้ฟ้องคดียินยอมให้ถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการเลิกสัญญาได้ แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการอย่างใดต่อไป พฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีปรากฏชัดเจนว่าเป็นการละเลยไม่ใส่ใจที่จะปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จทันตามกำหนดระยะเวลาตามสัญญา ส่งผลให้ส่งมอบงานจ้างงวดที่ 1 ถึงงวดที่ 5 เกินระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ผู้ฟ้องคดีเคยได้รับโอกาสจากผู้ถูกฟ้องคดีให้ทำการแก้ไขปรับปรุงการทำงานโดยไม่แจ้งบอกเลิกสัญญาและให้มีโอกาสทำงานจ้างได้ต่อไปในงวดที่ยังคงเหลือ โดยเสนอเรื่องขออนุมัติให้มีการขยายระยะเวลาการเบิกจ่ายออกไปถึง 2 ครั้ง เป็นระยะเวลานานกว่า 1 ปี 5 เดือน ผู้ฟ้องคดีก็ได้เร่งรัดเข้าทำงาน กลับปล่อยให้ระยะเวลาคงเหลือลดน้อยลงจนกระทั่งไม่เพียงพอกับระยะเวลาที่กำหนดตามแผนงานที่เสนอ ผู้ฟ้องคดีจึงยอมที่จะไม่อาจทำงานที่จ้างแล้วเสร็จตามที่กำหนดไว้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาจึงชอบด้วยข้อสัญญาและระเบียบของทางราชการแล้ว⁵⁶

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นกรณีที่มีกฎหมายประกอบกับข้อสัญญาที่สอดคล้องกับกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากผู้รับจ้างไม่อาจทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาได้ ซึ่งศาลได้พิจารณาจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่วินิจฉัยพฤติการณ์ของผู้รับจ้างว่ามีเหตุสมควรที่ทำให้ไม่สามารถทำงานตามสัญญาให้แล้วเสร็จหรือไม่ โดยจะเห็นได้ว่าศาลได้พิจารณาตรวจสอบจากพฤติการณ์ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงในส่วนของการทำงานของผู้รับจ้างเป็นสำคัญแล้ว จึงวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ต่อมาเป็นกรณีฟ้องขอให้ศาลพิพากษาให้องค์การบริหารส่วนตำบลเชิงทะเล ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีให้ก่อสร้างระบบประปาหมู่บ้าน โดยแบ่งจ่ายเงินค่าจ้างเป็น 3 งวด

⁵⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 165/2550

ตามความสำเร็จของงานที่จ้าง ผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานล่าช้ากว่าที่กำหนดในสัญญาเนื่องจากประสบเหตุขัดข้องในระหว่างการทำงาน 2 ครั้ง คือ ครั้งที่หนึ่งผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าดำเนินงานก่อสร้างระบบประปาบนเนินเขาหมู่ที่ 3 ได้ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีได้ว่าจ้างเอกชนรายหนึ่งก่อสร้างถนนซึ่งผู้ฟ้องคดีใช้เป็นเส้นทางขนเครื่องจักรและอุปกรณ์ขึ้นไปก่อสร้างระบบประปาระหว่างวันที่ 24 กันยายน 2542 ถึงวันที่ 25 มกราคม 2543 ผู้ฟ้องคดีต้องรอให้การก่อสร้างถนนดังกล่าวแล้วเสร็จจึงสามารถเข้าดำเนินงานตามสัญญาได้ และครั้งที่สอง ในขณะที่ผู้ฟ้องคดีดำเนินงานก่อสร้างระบบประปาหมู่บ้าน หมู่ที่ 4 ซึ่งจะต้องวางท่อประปาบริเวณถนน ผู้ควบคุมงานของผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีหยุดงานชั่วคราว ตั้งแต่วันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2543 เนื่องจากการวางท่อไม่ได้รับอนุญาตจากแขวงการทาง และผู้ฟ้องคดีได้เริ่มงานอีกครั้งเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2543 เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีต้องหยุดทำการก่อสร้างตามคำสั่งผู้ควบคุมงานของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเวลา 20 วัน และส่งมอบงานล่าช้ากว่าที่กำหนดไว้ในสัญญา รวมทั้งสิ้น 177 วัน ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2543 วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2543 และวันที่ 16 มิถุนายน 2543 ขอบขยเวลาทำงานตามสัญญาจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อนุญาตให้ขยเวลา และมีคำสั่งปรับผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีประสบเหตุขัดข้องครั้งแรก ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งเหตุขัดข้องดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อใช้สิทธิขอขยเวลาทำงานตามสัญญาจ้างภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่เหตุขัดข้องสิ้นสุดลงตามข้อ 20 ของสัญญาจ้าง ประกอบกับข้อ 61 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าการก่อสร้างถนนที่พิพาทแล้วเสร็จในวันที่ 25 มกราคม 2543 ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิขอขยเวลาทำงานตามสัญญาจ้างต่อผู้ถูกฟ้องคดีอย่างช้าที่สุดในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2543 การที่ผู้ฟ้องคดียื่นหนังสือลงวันที่ 16 มิถุนายน 2543 ขอบขยระยะเวลาตามสัญญาจ้าง โดยอ้างเหตุขัดข้องดังกล่าว จึงเป็นการยื่นคำขอขยเวลาทำงานตามสัญญาจ้างเมื่อพ้น 15 วัน นับถัดจากวันที่เหตุขัดข้องสิ้นสุดลง ทั้งนี้ แม้ผู้ฟ้องคดีจะยื่นหนังสือลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2543 และวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2543 ต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอขยเวลาทำงานตามสัญญาจ้าง แต่หนังสือทั้งสองฉบับดังกล่าวไม่ได้ระบุหรืออ้างถึงเหตุขัดข้องดังกล่าวของผู้ฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีละสิทธิเรียกร้องในการขอขยระยะเวลาทำงานตามสัญญา นอกจากนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่ายังมีเส้นทางอื่นนอกเหนือจากถนนที่พิพาทที่สามารถใช้เป็นเส้นทางขนเครื่องจักรและอุปกรณ์ได้ และกรณีดังกล่าวมิได้เป็นเหตุสุดวิสัยหรือเหตุใดๆ อันเนื่องมาจากความผิดหรือความบกพร่องของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะต้องขยเวลาทำงานตามสัญญาจ้าง

ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานล่าช้ากว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาถึง 177 วัน และผู้ถูกฟ้องคดีปรับผู้ฟ้องคดีตามจำนวนวันดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิที่จะยกเหตุขัดข้องมาลดค่าปรับได้

สำหรับเหตุขัดข้องครั้งที่สอง ผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องส่งมอบพื้นที่ให้ผู้ฟ้องคดีสามารถดำเนินงานก่อสร้างตามสัญญา โดยปราศจากการรบกวนสิทธิ เมื่อผู้ควบคุมงานของผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีหยุดงานวางท่อประปาชั่วคราวตั้งแต่วันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2543 เนื่องจากการวางท่อดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตจากแขวงกรทาง และผู้ฟ้องคดีสามารถเริ่มทำงานได้อีกครั้งในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2543 ซึ่งทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องหยุดงานเป็นเวลา 20 วัน กรณีดังกล่าวจึงเป็นการส่งมอบพื้นที่โดยมีอุปสรรคและรบกวนสิทธิมิให้ผู้ฟ้องคดีทำงานที่จ้างตามสัญญาและเป็นความผิดพลาดหรือความบกพร่องที่เกิดขึ้นเพราะสภาพแห่งงานที่จ้าง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีทราบที่อยู่แล้วตั้งแต่ต้นตามข้อ 20 ของสัญญาจ้าง ประกอบกับข้อ 61 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นหนังสือลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2543 วันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2543 และวันที่ 16 มิถุนายน 2543 ขอย้ายเวลาทำงานตามสัญญาจ้าง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ขยายเวลา คำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีส่งมอบงานล่าช้ากว่าที่กำหนดไว้ในสัญญา 177 วัน และผู้ถูกฟ้องคดีปรับผู้ฟ้องคดีโดยไม่ได้นำเหตุขัดข้องของผู้ฟ้องคดีในครั้งที่สองมาลดค่าปรับจึงเป็นการปรับผู้ฟ้องคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีต้องลดค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดีจำนวน 20 วัน จึงพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าปรับให้แก่ผู้ฟ้องคดี จำนวน 20 วัน⁵⁷

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานในการพิจารณาเหตุที่ผู้รับจ้างขอย้ายเวลาการทำงานโดยไม่ได้นำเหตุขัดข้องระหว่างการทำงานของผู้ฟ้องคดีในครั้งที่สองมาลดค่าปรับนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยเหตุผล เนื่องจากการที่ผู้รับจ้างทำงานไม่แล้วเสร็จตามกำหนด ส่วนหนึ่งมาจากความรับผิดชอบของหน่วยงานที่ส่งมอบพื้นที่ล่าช้าศาลจึงชอบที่จะพิพากษาให้หน่วยงานลดค่าปรับตามจำนวนวันที่ส่งมอบพื้นที่ล่าช้าให้แก่ผู้รับจ้าง

กรณีต่อไปเป็นกรณีหน่วยงานฟ้องขอให้ผู้รับทุนการศึกษาและผู้กำกับร่วมกันชดใช้เงินพร้อมดอกเบี้ยเนื่องจากผิดสัญญา โดยคดีมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นนักศึกษา

⁵⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.111/2549

ผู้รับทุนในโครงการส่งเสริมการผลิตครูที่มีความสามารถพิเศษทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ (สควค.) ระดับอุดมศึกษา ปีการศึกษา 2543 ซึ่งสถาบันส่งเสริมการสอนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ผู้ฟ้องคดี ได้ทำสัญญาให้ทุนการศึกษาตามโครงการดังกล่าวกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยสัญญากำหนดว่า ถ้าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาหรือศึกษาไม่สำเร็จ ต้องยอมชดใช้เงินทุนคืน สองเท่าของจำนวนเงินทุนที่ได้รับพร้อมดอกเบี้ย นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขให้ต้องเป็นผู้มีความขยันหมั่นเพียร ในการเรียนและมีความประพฤติดี มีผลการเรียนดี โดยในแต่ละปีจะต้องได้รับคะแนนเฉลี่ยสะสม ทุกวิชาไม่ต่ำกว่า 2.75 นิสิตนักศึกษาที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขและหรือมีคุณสมบัติไม่ครบดังกล่าว จะต้องพ้นสภาพจากการเป็นนิสิตนักศึกษาในโครงการ แต่ยังคงให้ศึกษาต่อไปจนกว่าจะสำเร็จ การศึกษา นิสิตนักศึกษาในโครงการที่พ้นสภาพตามความเห็นชอบของคณะกรรมการ ระดับอุดมศึกษา การชดใช้เงินทุนการศึกษายื่นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการระดับอุดมศึกษา และในการทำสัญญาดังกล่าวมีบิดาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นผู้ค้ำประกัน แต่ระหว่างรับทุนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แก้ไขเอกสารแสดงความจำนงการเลือกสาขาวิชาเอกที่เคยแจ้งไว้ใน ใบสมัคร โดยไม่ได้รับอนุญาตจากอาจารย์ที่ปรึกษา เป็นการจงใจทุจริตเพื่อให้พ้นจากการเป็นผู้รับทุน เพราะนักศึกษาผู้รับทุนในโครงการสามารถเลือกศึกษาวิชาเอกได้เพียงสาขาวิชาเดียวเท่านั้น คือ สาขาวิชาที่แจ้งความจำนงไว้ในใบสมัครของโครงการ ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สอบคัดเลือกเข้ามา ในโครงการได้เป็นอันดับที่หนึ่งแต่ต้องออกจากโครงการเนื่องจากผลการเรียนไม่ถึงเกณฑ์ที่โครงการ กำหนด ทำให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ตั้งใจเรียนเท่าที่ควร ทั้งที่มีศักยภาพในการเรียนเพียงพอ คณะอนุกรรมการส่งเสริมการผลิตครูที่มีความสามารถพิเศษทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ ระดับอุดมศึกษา ระดับประเทศ เห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผิดสัญญา จึงมีมติให้พ้นสภาพจากการเป็น นิสิตนักศึกษาในโครงการ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองขอให้ชดเชยปรับ และดอกเบี้ย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ไม่อาจเปลี่ยนแปลงสาขาวิชาเอกที่ศึกษา ให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าว โดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ฟ้องคดีคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนที่คณะอนุกรรมการส่งเสริมการผลิตครูที่มีความสามารถพิเศษทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ ระดับอุดมศึกษา ระดับประเทศ ได้มีมติให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พ้นสภาพจากการเป็นนักศึกษาในโครงการ และรับผิดชอบใช้เงินทุนคืนแก่ผู้ฟ้องคดี เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ตั้งใจเรียนเท่าที่ควร ทั้งๆ ที่มีศักยภาพในการเรียนเพียงพอ และไม่มีความซื่อสัตย์สุจริต แก้ไขเอกสารแสดงความจำนง

การเลือกสาขาวิชาเอก โดยไม่ได้รับอนุญาตจากอาจารย์ที่ปรึกษา อันเป็นการจงใจทุจริตเพื่อให้พ้นสภาพจากการเป็นนักศึกษาในโครงการ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ขัดต่อหลักการสำคัญของการเป็นนักศึกษาในโครงการ ส่วนนักศึกษารายอื่นที่มีผลการเรียนได้คะแนนเฉลี่ยสะสมไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดเช่นเดียวกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ไม่ต้องชดใช้ทุนการศึกษานั้น เนื่องจากนักศึกษารายอื่นไม่ได้มีพฤติกรรมเปลี่ยนสาขาวิชาเอกโดยพลการเช่นเดียวกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังนั้น การที่คณะอนุกรรมการส่งเสริมการผลิตครูที่มีความสามารถพิเศษทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ ระดับอุดมศึกษา ระดับประเทศ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รับผิดชอบใช้เงินทุนการศึกษาคืนแก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการใช้ดุลพินิจภายใต้เงื่อนไขแห่งสัญญาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำไว้กับผู้ฟ้องคดีแล้ว ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมีเหตุผลอันสมควร

สำหรับกรณีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อ้างเหตุให้คงเบี้ยปรับและดอกเบี้ย โดยยังคงศึกษาต่อ ในคณะวิทยาศาสตร์ต่อไปและใกล้จะสำเร็จการศึกษาแล้ว ซึ่งเมื่อสำเร็จการศึกษา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็สามารถรับใช้ประเทศชาติต่อไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผิดสัญญาจึงไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการ นั้น เห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องพ้นสภาพจากการเป็นนักศึกษาในโครงการกลางคัน ทำให้การผลิตบุคลากรเพื่อนำมาใช้ตามโครงการไม่เป็นไปตามแผนงานที่ผู้ฟ้องคดีกำหนดไว้ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโครงการอันเป็นการสูญเสียทั้งทางด้านเศรษฐกิจและทำให้นโยบายของรัฐด้านการศึกษาดำเนินการไม่บรรลุผลด้วย ซึ่งมีใช้แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สินเท่านั้น กรณีจึงไม่มีเหตุที่จะลดหรือลดเบี้ยปรับให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง⁵⁸

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าศาลได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองภายใต้เงื่อนไขการให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองโดยมีฐานมาจากสัญญาทางปกครอง โดยที่อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการก่อนนิติสัมพันธ์เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการทางปกครองนั้น ก็มาจากกฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของข้อกำหนดในสัญญาแล้ว ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ส่วนปัญหาการลดหรือคงเบี้ยปรับนั้น เป็นอำนาจดุลพินิจของศาลตามกฎหมาย⁵⁹ อันเนื่องมาจากการพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีได้

⁵⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 348/2549

⁵⁹ มาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เช่น การลาออกจากหน่วยงานที่ให้ทุนไปรับราชการในอีกหน่วยงานหนึ่ง เป็นต้น ส่วนดอกเบี้ยที่กำหนดไว้สำหรับการผิคนัดก็ถือเป็นเบี้ยปรับที่ศาลสามารถลดได้เช่นกัน กรณีจึงไม่ถือเป็นการใช้ดุลพินิจของศาลแทนที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

กรณีตามตัวอย่างคำพิพากษาและคำสั่งที่ยกมาทั้งหมดในทุกประเภทคดีที่ได้กล่าวถึงในที่นี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งที่ได้แสดงให้เห็นถึงการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครองที่พอจะทำให้มองเห็นแนวทางการกำหนดขอบเขตและหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบ ตลอดจนมุมมองของศาลในความหมาย ความมีอยู่ และความสำคัญของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย ซึ่งโดยแท้จริงแล้วยังมีตัวอย่างอีกเป็นจำนวนมากที่มีได้กล่าวถึงในที่นี้ ด้วยเหตุที่บางส่วนเป็นการอธิบายด้วยมุมมองหรือการใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน ซึ่งจะทำให้เกิดความยาวของเนื้อหาโดยไม่ได้หลักเกณฑ์ใดใหม่ กรณีจึงยังต้องมีการติดตามเพื่อแสวงหาหลักเกณฑ์ใหม่ที่ศาลจะได้สร้างขึ้นไป

4.3.2 กรณีที่ศาลจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น เป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลจะจำกัดตนเองในการเข้าไปตรวจสอบขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นอำนาจของผู้ใช้ดุลพินิจ รูปแบบ ขั้นตอน ตลอดจนความชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ ด้วยการไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา โดยข้อกฎหมายที่ศาลปกครองใช้ในการไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มีทั้งกรณีที่เห็นว่าผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกรณีที่วินิจฉัยว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีไม่เป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน หรือแม้กระทั่งมิได้ระบุข้อกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กรณีที่ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยให้เหตุผลตามข้อกฎหมายในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ดังกล่าว เช่น กรณีผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนโยธา (นักบริหารงานช่าง 6) สังกัดองค์การบริหารส่วนตำบลมีหนังสือถึงนายกองค์การบริหารส่วนตำบลขอให้ขยายกรอบตำแหน่งนักบริหารงานช่าง 6 เป็นนักบริหารงานช่าง 7 ตามประกาศกำหนดขนาดขององค์การบริหารส่วนตำบลและประกาศกำหนดกองหรือส่วนราชการขององค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบล

เห็นควรพิจารณาตามระเบียบและความเหมาะสมเพื่อเป็นประโยชน์ต่อองค์กรและยังไม่ดำเนินการใดๆ ตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการปรับโครงสร้างแผนอัตรากำลังเป็นหน้าที่ของนายกองค้การบริหารส่วนตำบลที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของประธานกรรมการพนักงานส่วนตำบล เมื่อประธานกรรมการพนักงานส่วนตำบลดังกล่าวมีหนังสือถึงนายกองค้การบริหารส่วนตำบลเกี่ยวกับเรื่องให้ผู้ฟ้องคดีร้องขอให้ปรับโครงสร้างแผนอัตรากำลัง โดยให้นายกองค้การบริหารส่วนตำบลพิจารณาดำเนินการต่อไป กรณีจึงเป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่นายกองค้การบริหารส่วนตำบลในการพิจารณาดำเนินการเท่านั้น อีกทั้งตามข้อ 4 ของประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เรื่อง กำหนดมาตรฐานกลางการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดโครงสร้างการแบ่งส่วนราชการและการกำหนดตำแหน่ง โดยคำนึงถึงอำนาจหน้าที่และปริมาณงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ ภายใต้กรอบมาตรฐานทั่วไปที่คณะกรรมการกลางข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นกำหนด ประกาศดังกล่าวจึงไม่ได้กำหนดให้หน่วยงานจะต้องปฏิบัติในทันที แต่องค์กรบริหารส่วนตำบลจะต้องพิจารณาตามความจำเป็นและความเหมาะสมของปริมาณงานและคุณภาพที่เข้าหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบลกำหนด การปรับปรุงโครงสร้างแผนอัตรากำลังเป็นการบริหารงานภายในองค์กรที่อยู่ในดุลพินิจของนายกองค้การบริหารส่วนตำบล มิได้เป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติที่ผู้ฟ้องคดีจะมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶⁰

กรณีตามคำพิพากษาดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ซึ่งถือเป็นเรื่องการบริหารราชการแผ่นดิน โดยแท้ ศาลปกครองจึงมีแนวโน้มที่จะยังคงจำกัดขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่จะขยายหรือปรับปรุงโครงสร้างองค์กรของรัฐ เนื่องจากเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจด้วยตนเอง โดยที่ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงได้ แต่ในคดีนี้ก็มีข้อสังเกตว่าตัวผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเพียงเจ้าหน้าที่คนหนึ่ง ในหน่วยงานทางปกครองไม่น่าจะมีสิทธิร้องขอให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ในหน้าที่ราชการของตนหรือพวกพ้องเป็นการส่วนตัว

⁶⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 155/2550

ส่วนตัวอย่างต่อมาอาจจะเป็นกรณีเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน โดยแท้ก็กรณีหนึ่ง แต่กรณีนี้เป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของหน่วยงานทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าการที่คณะกรรมการองค์การบริหารส่วนตำบลตัดสินใจก่อสร้างสำนักงานองค์การบริหารส่วนตำบลที่ใดไม่มีการกระทำใดที่จะถือว่าเป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คดีจึงมิใช่คดีพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁶¹ แต่ตามตัวอย่างนี้มีข้อสังเกตว่าศาลปกครองชั้นต้นมีความเห็นในแนวทางเดียวกับศาลปกครองสูงสุด โดยเห็นว่าการตัดสินใจก่อสร้างอาคารสำนักงานดังกล่าวเป็นการตัดสินใจทางบริหารขององค์การบริหารส่วนตำบล แต่ข้อกฎหมายที่ศาลปกครองชั้นต้นใช้ในการมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคือ ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นประธานจัดหาสถานที่ไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน⁶²

แต่ในเรื่องการบริหารงานบุคคลบางกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะรับย้ายหรือไม่รับย้ายบุคคลใด โดยต้องตั้งอยู่บนหลักเหตุผล ไม่ใช่ว่าผู้มีอำนาจอนุมัติดังกล่าวสามารถที่จะใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ และเมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าหน่วยงานพิจารณาคำร้องขอย้ายของผู้ฟ้องคดีแล้วไม่รับย้ายโดยปฏิบัติไม่ถูกต้อง ไม่มีเหตุผล และเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กรณีจึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶³ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีนี้ศาลรับที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานที่ไม่ย้ายผู้ฟ้องคดีตามคำขอดังกล่าว⁶⁴ ซึ่งอาจมีข้อสังเกตว่าข้อเท็จจริงของคดีในรายละเอียดอาจจะมีสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความน่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในบางประการก็เป็นได้

⁶¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2546

⁶² คำสั่งศาลปกครองกลาง หมายเลขแดงที่ 2054/2545

⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 814/2549

⁶⁴ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ท้ายที่สุดศาลปกครองสูงสุดก็มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา เนื่องจากผู้ฟ้องคดีจะต้องไปดำเนินการอุทธรณ์มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับย้ายผู้ฟ้องคดีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก่อนนำคดีมาฟ้องศาล ทั้งนี้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีจึงไม่สามารถติดตามผลได้ว่าศาลปกครองตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีไว้อย่างไรบ้าง

จากตัวอย่างที่ศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยวินิจฉัยว่า กรณีเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเหตุผลและการใช้ออกกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังกล่าวซึ่งล้วนแสดงให้เห็นว่ามีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในบางกรณีที่ศาลจำกัดอำนาจของตนเองในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่อง หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้แบ่งแยกอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบแม้แต่ ความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจากแนวคำพิพากษาคำสั่งที่ยกขึ้นเป็นกรณีศึกษานี้อาจมีข้อสังเกตได้ว่า ในแต่ละคดีที่ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณานั้น ศาลได้มีการวินิจฉัยถึงความมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองตามกฎหมายในกรณีการใช้อำนาจกระทำการนั้นๆ และกล่าวไว้ในคำสั่งด้วยว่า ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างไร ดังจะเห็นได้ว่าศาลได้วินิจฉัยให้องค์การ บริหารส่วนตำบลจะต้องพิจารณาตามความจำเป็นและความเหมาะสมของปริมาณงานและคุณภาพ ที่เข้าหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบลกำหนด ก่อนการพิจารณาปรับปรุง โครงสร้างแผนอัตรากำลังซึ่งอยู่ในดุลพินิจของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างในกรณีอื่นๆ ที่ศาลจำกัดอำนาจของตนเองในการ เข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ไม่ระบุข้อกฎหมายที่ใช้เป็นเหตุในการ ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เช่น

คดีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีอาชีพรับเหมาก่อสร้าง และเคยเป็นคู่สัญญา กับ องค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ร้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จัดส่งประกาศสอบ ราคาจ้างเหมาทำงานในโครงการต่างๆ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะดำเนินการทางไปรษณีย์ โดยยินดี ให้เรียกเก็บเงินค่าจัดส่งปลายทาง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่เคยจัดส่งประกาศดังกล่าว จึงฟ้องขอให้ ผู้ถูกฟ้องคดีส่งประกาศสอบราคาทางไปรษณีย์ให้ทุกโครงการ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ข้อ 34 (1) แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการ ส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 กำหนดแต่เพียงว่าให้จัดส่งประกาศสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้าง ทำงานนั้นให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ กรณีจึงเป็นการให้ดุลพินิจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีในการจัดส่งประกาศ เผยแพร่การสอบราคา และแม้จะมีหนังสือกระทรวงมหาดไทยชักชวนแนวทางปฏิบัติตามระเบียบ กระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ที่กำหนดว่า การซื้อ หรือจ้างโดยวิธีสอบราคาทุกครั้ง หากมีผู้ประกอบการแสดงความจำนงต่อองค์การบริหาร ส่วนตำบลเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อขอรับประกาศสอบราคาและเอกสารสอบราคา องค์การบริหาร

ส่วนตำบลควรจัดส่งประกาศสอบราคาและเอกสารสอบราคาไปยังผู้ร้องขอทุกรายเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างกว้างขวาง แต่ศาลเห็นว่า หนังสือกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงคำแนะนำภายในเพื่อให้เจ้าหน้าที่และหน่วยงานในสังกัดถือเป็นแนวทางปฏิบัติเท่านั้น ซึ่งเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานผู้รับผิดชอบสามารถใช้ดุลพินิจในการจัดส่งประกาศสอบราคาและเอกสารสอบราคาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา⁶⁵

ตามตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า กรณีนี้ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขององค์การบริหารส่วนจังหวัดในการเลือกที่จะส่งประกาศสอบราคาทางไปรษณีย์ โดยไม่พิจารณาในประเด็นปัญหาที่ว่า การไม่ส่งประกาศสอบราคาดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมและอยู่ในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากศาลเห็นว่า หากมีกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองแล้ว แม้ต่อมาภายหลังจะมีการออกแนวปฏิบัติในเรื่องที่ให้ดุลพินิจนั้นไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้ขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองลดน้อยลงไป หากแต่แนวปฏิบัติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงหรือนำมาพิจารณาประกอบด้วย แต่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัดถึงขนาดที่ไม่อาจเลือกปฏิบัติให้เป็นแบบอื่นได้เลย

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีกรณีที่ศาลวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีการใช้ดุลพินิจสั่งการหรือดำเนินการใดๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยต้องพิจารณาตรวจสอบให้ดำเนินการภายในกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ และต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่าการมีคำสั่งถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งรองนายกองค์การบริหารส่วนตำบลของนายกองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยอิสระที่กฎหมายบัญญัติไว้ อันอาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองท้องถิ่น โดยแท้ จึงไม่ใช่คดีพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองนั้น ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการออกคำสั่งหรือกระทำการใดๆ ก็เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถที่จะพิจารณาสั่งการหรือกระทำการหรือไม่กระทำการหรือใช้มาตรการใดๆ ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงและสภาวะการณ์ในแต่ละกรณี ซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะต้องพิจารณาสั่งการหรือดำเนินการภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด คำสั่งหรือการกระทำดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 333/2548

ดังนั้น เมื่อคำสั่งที่พิพากษาเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล อันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของรองนายกองค์การบริหารส่วนตำบล ทำให้ต้องพ้นจากตำแหน่งและหมดสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ใช่เป็นการกระทำทางการเมือง การฟ้องว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶⁶ ซึ่งกรณีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดข้างต้นอาจกล่าวได้ว่าศาลไม่ยอมรับว่ามีกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้โดยที่ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบเลยแม้แต่ความชอบด้วยกฎหมาย

ในประการต่อไปจะได้กล่าวถึงขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่สรุปได้จากแนวคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครอง

4.4 สรุปขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจากแนวคำพิพากษาและคำสั่ง

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยในส่วนของ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในลักษณะต่างๆ แล้ว จะพบว่ามีข้อสังเกตที่น่าสนใจอยู่ 2 เรื่อง คือ

4.4.1 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

4.4.2 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเมื่อพิจารณาตามขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

4.4.1 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองที่ได้มีการศึกษานั้น เห็นว่า หลักเกณฑ์ที่ได้จากคำพิพากษาและคำสั่ง

⁶⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 820/2548

ที่นำมากล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่ศาลปกครองใช้ โดยสามารถจัดจำแนกเป็นกลุ่มใหญ่ๆ ได้จำนวน 5 หลักเกณฑ์ คือ 1) หลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย 2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด 3) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน 4) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง และ 5) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะเห็นได้ว่าในคำพิพากษาที่ศาลได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่ใช้ดังกล่าวล้วนมีมากกว่าหนึ่งหลักเกณฑ์ โดยมีการผสมผสานกันระหว่างหลายหลักเกณฑ์หรือหลายวิธีการ เนื่องจากคงจะเป็นการยากถ้าจะแยกหลักเกณฑ์อื่นๆ ให้เป็นเอกเทศออกจากหลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะในความเป็นจริงแล้วอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือหลักเกณฑ์และวิธีการที่ศาลปกครองใช้ในปัจจุบันล้วนเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น แม้ในทางทฤษฎีแล้วจะยอมรับว่าหากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้มาตรการหรือการตัดสินใจตามที่ศาลปกครองเห็นว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมกว่า แต่ในทางปฏิบัติหากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองปรากฏอย่างชัดเจนซึ่งความไม่เหมาะสม หรือความชอบด้วยเหตุผลในการเลือกใช้มาตรการหรือการวินิจฉัย ศาลปกครองก็จะวินิจฉัยว่ากรณีเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยในส่วนนี้มักจะวินิจฉัยอยู่ในส่วนของเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ดังนั้น ในที่นี้จึงขอสรุปหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองออกเป็นประเภทใหญ่ๆ เพียง 2 ประเภท ดังนี้

4.4.1.1 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

4.4.1.2 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้หลักความชอบด้วยเหตุผล หรือหลักความได้สัดส่วน

4.4.1.1 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

แม้ว่าในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้จำแนกหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองออกเป็น 5 ประการย่อยๆ ก็ตาม แต่โดยแท้จริงแล้วหลักเกณฑ์ที่ต้องควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญและครอบคลุมที่สุดในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ดังนั้นจากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่ง จึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวน่าจะเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ควรจะต้องกล่าวถึงเป็นประการแรก โดยการใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมายนี้ ยังสามารถแบ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนและเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ โดยในส่วนของตรวจสอบเนื้อหาของดุลพินิจโดยส่วนใหญ่จะพบหลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่มาจากเหตุเบื้องหลังภายในจิตใจของฝ่ายปกครองที่ตัดสินใจใช้ดุลพินิจ เช่น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลหรือเป็นไปตามหลักความเหมาะสมหรือหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งต่อไปจะได้กล่าวถึงการตรวจสอบทั้งสองรูปแบบ

(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอน

ในที่นี้การตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจจะรวมถึงการตรวจสอบถึงผู้ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นด้วยว่าเป็นผู้ที่กฎหมายประสงค์จะให้เป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นหรือไม่ ส่วนความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนนั้น หมายถึง ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยปฏิบัติตามขั้นตอนและแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีที่ต้องมีการร้องขอฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอก่อน หรือกรณีที่ต้องจัดให้มีกระบวนการรับฟังทางมหาชน ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อจัดให้มีการรับฟังเช่นนั้น เป็นต้น

กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจนี้มีข้อสังเกตว่าไม่มีความแตกต่างจากการตรวจสอบการกระทำทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีในกรณีที่ไม่ว่าเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจ เพียงแต่กรณีนี้ต้องเริ่มจากการที่มีกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นๆ เสียก่อน ซึ่งจะต้องเป็นปัญหาของศาลที่จะต้องพิจารณากฎหมายที่ฝ่ายปกครองอ้างเป็นฐานในการใช้อำนาจว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีที่ให้อำนาจดุลพินิจนอกจากจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนดังเช่น

กรณีที่ไม่มีการให้อำนาจดุลพินิจแล้ว ปัญหาต่อไปที่จะต้องพิจารณาคือ ความชอบด้วยเนื้อหาของ การใช้ดุลพินิจ

(2) การตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ

ในส่วนของความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้น มีเงื่อนไขขอบเขตการให้อำนาจที่กฎหมายกำหนดแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจ แต่ละฉบับ โดยในประการแรกจะต้องตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมีเนื้อความตามที่ กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้จะแยกพิจารณาออกเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองจะให้อำนาจ ดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการให้อำนาจตามที่ กฎหมายกำหนดเกิดขึ้นแล้ว หรือเป็นกรณีที่อยู่ในขั้นตอนกระบวนการให้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของ กฎหมายซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดองค์ประกอบหนึ่งที่จะพิจารณาว่าฝ่ายปกครองให้อำนาจ ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ และนอกจากนี้ยังต้องพิจารณาโดยใช้เหตุผลหรือการ พิจารณาใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวโดยใช้หลักความได้สัดส่วน ซึ่งในส่วนนี้เป็นส่วนที่ไม่มี หลักเกณฑ์แน่นอนตายตัว เป็นส่วนที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพแห่งข้อเท็จจริง สังคม เศรษฐกิจ โดยแท้ จึงเป็นสิ่งที่ต้องอาศัยประสบการณ์ทางการบริหารราชการแผ่นดิน การปกครอง และความรู้ ในอีกหลายศาสตร์ร่วมกันจึงจะสามารถทำให้ประโยชน์ส่วนรวมและประโยชน์ของเอกชน เกิดความสมดุลได้ โดยจะได้กล่าวถึงหลักดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

4.4.1.2 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองให้อำนาจดุลพินิจภายใต้หลักความชอบ ด้วยเหตุผล หรือหลักความได้สัดส่วน

กรณีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองไทยได้ยอมรับและนำหลัก ความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจว่า ฝ่ายปกครองจำต้องใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมาย ให้อำนาจโดยสอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน มิฉะนั้นแล้ว การให้อำนาจดังกล่าวจะถือว่า ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดอำนาจแก่ศาลในการเพิกถอนการให้อำนาจดังกล่าวของ ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใด โดยในกรณีหลักความได้สัดส่วนศาลได้นำมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจใช้อำนาจอย่างมีเหตุผลหรือไม่ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรการในการพิจารณาความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการของฝ่ายปกครองกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่จะได้รับ

นอกจากนี้ ศาลยังอาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจน ซึ่งโดยปกติแล้วการควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือเป็นกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงของฝ่ายปกครองนั้น โดยหลักการแล้ว ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล แต่ศาลอาจพิจารณาว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปราศจากความเหมาะสมอย่างชัดเจน ย่อมเป็นกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งที่อยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลด้วยเช่นกัน แต่หากศาลเห็นว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจที่เป็นการเฉพาะตัวอย่างแท้จริงของฝ่ายปกครองหรือเป็นกรณีที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองเท่านั้น ศาลก็จะวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองไม่อยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาล แม้ในบางครั้งการใช้อำนาจดังกล่าวอาจไม่มีความเหมาะสมหรือได้สัดส่วนบ้าง โดยศาลจะพิจารณาตรวจสอบเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากความผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครองเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นกรณีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบ ซึ่งในส่วนของการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนนั้นถือว่าเป็นการตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง⁶⁷

4.4.2 ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเมื่อพิจารณาตามขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับขั้นตอนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งกระบวนการการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองย่อมมีความสัมพันธ์กับโครงสร้างของบทบัญญัติของกฎหมาย และในส่วนของอำนาจดุลพินิจที่มีตามตำแหน่งโครงสร้างของบทบัญญัติของกฎหมายก็คือ อำนาจดุลพินิจที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นการตีความกฎหมาย และนำข้อเท็จจริงที่ตรวจสอบแล้วว่าเกิดขึ้นจริงมาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมายหรือเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการตีความข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายนั่นเอง

⁶⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.15/2545

ส่วนในขั้นตอนต่อมาเป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะต้องตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาผลตามที่กฎหมายกำหนดเนื้อหาของการกระทำให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการใดๆ ซึ่งอาจกำหนดเนื้อหาของการกระทำเพียงประการเดียว หรืออาจเลือกเนื้อหาของได้หลายประการ หรือเนื้อหาของได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการใดได้ภายในขอบเขตโดยไม่กำหนดเฉพาะเจาะจงลักษณะของการกระทำ

ดังนั้น อำนาจดุลพินิจที่ปรากฏอยู่ในขั้นตอนการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองทั้งสองส่วน จึงเป็นสิ่งที่ศาลเข้าไปตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ส่วนการที่ศาลจะตรวจสอบและควบคุมได้แค่ไหน เพียงใดนั้น อาจสามารถพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นกรณีๆ ไป

4.4.2.1 กรณีการใช้อำนาจในการตีความข้อเท็จจริงและการปรับบท

กฎหมาย

การใช้อำนาจดุลพินิจในการตีความข้อเท็จจริงและการปรับบทกฎหมายหรืออาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่าเป็นขั้นตอนของการใช้อำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งแม้ว่าอำนาจดุลพินิจในลักษณะนี้จะไม่ใช้อำนาจดุลพินิจในความหมายทางทฤษฎีของกฎหมายปกครอง ดังเช่นอำนาจดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะต้องตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาจากผลตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจในความหมายของทฤษฎีของกฎหมายปกครอง⁶⁸ แต่ในที่นี้เนื่องจากเมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองแล้วจะเห็นว่า การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีผลสำคัญต่อการวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี และยังพบว่าในหลายๆ ครั้ง ศาลได้ให้ความสำคัญในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงดังกล่าวของฝ่ายปกครอง โดยได้เข้าไปตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจดังกล่าวให้เหมาะสมสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ซึ่งถือเป็นเรื่องละเอียดอ่อนในการเข้าไปควบคุมดังกล่าวของศาลปกครอง

⁶⁸ วิษณุ วรรณุญ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง), หน้า 129-130.

ฉะนั้น ในที่นี้จึงได้ขอกล่าวถึงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงรวมอยู่ด้วย ซึ่งกรณีคดีที่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาโดยฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นหลักในการวินิจฉัยสั่งการ เช่น คดีปกครองเกี่ยวกับวินัย ในกรณีการวินิจฉัยพฤติการณ์แห่งการกระทำผิดวินัยว่าสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้ถ้อยคำ่ว่า ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง หรือไม่ เพื่อใช้เลือกผลของกฎหมายซึ่งได้แก่ระดับโทษที่ลงซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจในอีกขั้นตอนหนึ่ง⁶⁹ และคดีปกครองเกี่ยวกับการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดิน ในกรณีการวินิจฉัยให้สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นพ้นสมาชิกภาพหรือพ้นจากตำแหน่ง โดยวินิจฉัยพฤติการณ์ว่าสอดคล้องกับถ้อยคำในกฎหมายหรือไม่ เช่น ความเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญา พฤติการณ์ในทางที่จะนำมาซึ่งความเสียหายหรือก่อความไม่สงบเรียบร้อยแก่องค์การบริหารส่วนตำบล⁷⁰ เป็นต้น โดยศาลได้ตรวจสอบการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองตามหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อก่อน โดยเฉพาะการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสำคัญ เพราะกรณีเป็นการให้ความหมายแก่ถ้อยคำตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งจะเป็นแนวทางในการพิจารณาใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีเดียวกันต่อไป

4.4.2.2 กรณีการใช้อำนาจในการตัดสินใจเลือกใช้ผลทางกฎหมาย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในขั้นตอนการใช้อำนาจในการตัดสินใจเลือกใช้ผลทางกฎหมาย โดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ และในการใช้อำนาจนั้น กฎหมายอาจกำหนดเนื้อความของการกระทำเพียงประการเดียว หรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อความจากหลายๆ ประการ หรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ได้เจาะจงว่าเนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่ง

⁶⁹ มาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535

⁷⁰ มาตรา 47 ตี (6) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

แนวทางที่ศาลตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองแยกเป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองในการตัดสินใจโดยไม่มีเงื่อนไข

ตัวอย่างถ้อยคำของกฎหมายในกรณีนี้ เช่น ในกรณีที่มีเหตุเดือดร้อนรำคาญเกิดขึ้นในสถานที่เอกชน ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้นระงับเหตุรำคาญภายในระยะเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และถ้าเห็นว่าสมควรจะให้กระทำโดยวิธีใดเพื่อระงับเหตุรำคาญนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นในอนาคตให้ระบุไว้ในคำสั่งได้⁷¹ ซึ่งในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของการเลือกใช้ผลของกฎหมายในการกำหนดมาตรการเพื่อให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่นั้นดำเนินการระงับเหตุเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการเลือกผลของกฎหมายหรือการเลือกมาตรการที่เหมาะสมสำหรับในแต่ละกรณีนั้น ศาลมักจะไม่วางเข้าไปวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หากการใช้อำนาจนั้นเป็นไปด้วยความเหมาะสมแล้วในแต่ละกรณี โดยศาลจะไม่กำหนดวิธีการที่ศาลเห็นว่าเหมาะสมกว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะจะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจแทนที่ฝ่ายปกครอง

(2) กรณีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ตัวอย่างในกรณีนี้ เช่น กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองในการพิจารณาระดับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดวินัย คือ สั่งพักทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือน ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ ซึ่งในกรณีที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากศาลจะต้องควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจภายในเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ยังต้องควบคุมให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ฝ่ายปกครองเองเป็นผู้สร้างไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อกรณีเดียวกันให้แตกต่างกันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และไม่ได้สัดส่วนตามหลักความได้สัดส่วนเป็นสำคัญ

⁷¹ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลปกครองมีขอบเขตในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางภายใต้กฎหมายและหลักเกณฑ์ซึ่งโดยแท้จริงก็เป็นหลักความชอบด้วยเหตุผลโดยทั่วไปที่วิญญูชนพึงกระทำหากเกิดกรณีที่จะต้องวินิจฉัยในสถานการณ์นั้นๆ

4.5. เปรียบเทียบขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของไทยกับต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาลักษณะทั่วไปของขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว พบว่าขอบเขตของศาลปกครองไทยนั้น มีบางส่วนที่มีลักษณะใกล้เคียงกับขอบเขตของต่างประเทศ หรือในบางเรื่องอาจเรียกได้ว่ารับเอาเทคนิควิธีการมาจากต่างประเทศก็เป็นได้ เช่น หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไป หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็ตาม หรือในขณะเดียวกันก็มีบางส่วนที่แตกต่างจากขอบเขตของต่างประเทศ โดยจะได้แยกพิจารณาเปรียบเทียบในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

4.5.1 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาลักษณะ โดยทั่วไปของอำนาจศาลปกครองไทยในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว พบว่าโดยทั่วไปแล้วอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบดุลพินิจดังกล่าวล้วนมีที่มาจากสองแหล่งที่มาที่สำคัญ คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร และแนวคำพิพากษาของศาลเอง โดยศาลปกครองเยอรมันและศาลปกครองไทยมีลักษณะร่วมกันในจุดที่มีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าว โดยกฎหมายไทยจะบัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนกฎหมายเยอรมันจะบัญญัติไว้ในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสไม่มีการบัญญัติในส่วนของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้วิธีการพัฒนามาจากแนวคำพิพากษาคำสั่งศาลจนกลายมาเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Le principe des généraux du droit) และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

ส่วนเมื่อก้าวถึงในรายละเอียดของบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลดังกล่าว และวิธีการบัญญัติกฎหมายนั้น ประเทศเยอรมันได้มีการบัญญัติขอบเขตของดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ โดยได้บัญญัติไว้ในลักษณะค่อนข้างกว้างและไม่ระบุรายละเอียดของขอบเขตในการตรวจสอบมากนัก เพื่อให้ศาลสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างยืดหยุ่น และทำให้ง่ายต่อการสร้างหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบขึ้นใหม่ได้ แต่ทั้งนี้ก็ยังคงอยู่ในลักษณะของการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย และวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจนั้น ในขณะที่ประเทศไทยหากจะพิจารณาตามตัวอักษรแล้ว จะพบว่าการที่กฎหมายใช้ถ้อยคำ “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก...หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ” เป็นการบัญญัติกฎหมายโดยไม่ระบุขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้ชัดเจน เพียงแต่บัญญัติรับรองอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ส่วนเหตุอื่นๆ ที่บัญญัติไว้ เช่น การกระทำโดยไม่มีอำนาจ นอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรม เป็นต้น แม้โดยตัวของมันเองจะเป็นเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่จากลักษณะการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็ไม่อาจตีความหมายให้ชัดเจนได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติขอบเขตของอำนาจศาลปกครองไทยในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ชัดเจนและมีรายละเอียดมากกว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน

แต่อย่างไรก็ตาม โดยหลักการแล้วทั้งศาลปกครองไทยและศาลปกครองต่างประเทศที่ยกขึ้นเป็นกรณีศึกษาทั้งสองประเทศก็ยังมีขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่แตกต่างกัน หากจะพิจารณาจากคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองของแต่ละประเทศ ซึ่งยังคงยึดถือการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ให้ทั้งศาลปกครองใช้พิจารณาควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในขณะที่ฝ่ายปกครองเองก็ต้องใช้วัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตการใช้ดุลพินิจของตนเองด้วยเช่นกัน ซึ่งในส่วนนี้ของฝ่ายปกครองนี้ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ของเยอรมัน ในมาตรา 40 ได้บัญญัติในส่วนหนึ่งของขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้อีกส่วนหนึ่งด้วย โดยบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการให้อำนาจนั้นและต้องเป็นการใช้ดุลพินิจที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

4.5.2 ขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

เมื่อกล่าวถึงขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว ก่อนอื่นต้องพิจารณาถึงวิธีการตรวจสอบของศาลปกครอง ซึ่งปรากฏว่าทั้งศาลปกครองต่างประเทศทั้งสองประเทศและศาลปกครองไทยมีขั้นตอนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองค่อนข้างใกล้เคียงกัน โดยแบ่งเป็นสามขั้นตอน คือ 1) การตรวจสอบอำนาจของผู้ใช้ดุลพินิจ 2) การตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนของการใช้อำนาจดุลพินิจ และ 3) การตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งในส่วนสุดท้ายนี้จะเห็นว่าเป็นส่วนที่มีการพิจารณาถึงความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองสำหรับการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยนำหลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาคมาใช้ หรือเป็นการพิจารณาความชอบด้วยเหตุผลของการกระทำทางปกครอง เป็นต้น ส่วนในสองขั้นตอนแรกนั้นในบางครั้งอาจพิจารณารวมเป็นขั้นตอนเดียวกันก็ได้ โดยสำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น สามขั้นตอนข้างต้นนี้จะอยู่ในส่วนของการควบคุมแบบจำกัด (le contrôle restreint) ซึ่งในปัจจุบันพบว่าไม่ว่าจะเป็นการควบคุมแบบจำกัดหรือการควบคุมแบบปกติ (le contrôle normal) ในส่วนที่เป็นการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยทั่วไป ก็มีความใกล้เคียงกันมากขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวโน้มที่จะเข้าไปตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมากขึ้น ซึ่งในส่วนนี้มีความสอดคล้องกับลักษณะขั้นตอนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย แต่ในรายละเอียดสำหรับการตั้งประเด็นพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไทยในบางคดีอาจใช้วิธีตั้งเป็นประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีเพียงประเด็นเดียว แล้ววินิจฉัยในส่วนอำนาจ รูปแบบขั้นตอน หรือความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจด้วยวิธีอธิบายโดยให้เป็นเหตุเป็นผลสอดคล้องกันไป แต่คดีประเภทที่มักแยกเป็นสามขั้นตอนดังกล่าวค่อนข้างชัดเจนเท่าที่ศึกษามักเป็นคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย

สำหรับขั้นตอนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของศาลปกครองเยอรมันนั้น ไม่ปรากฏชัดเจนในการตั้งรูปแบบขั้นตอนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ปรากฏรูปแบบของการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีการตรวจสอบอำนาจและความสามารถของผู้ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครอง และตรวจสอบกระบวนการในการก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองซึ่งอาจเทียบได้กับการตรวจสอบรูปแบบและขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจนั่นเอง นอกจากนี้ยังตรวจสอบการกระทำทางปกครองว่าเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประกอบกับการกระทำทางปกครอง

ดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานที่ไม่ขัดกับกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับกันแล้วหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้เทียบได้กับการตรวจสอบในส่วนเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยสรุปการตั้งประเด็นในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งต่างประเทศและศาลปกครองไทยมีรูปแบบเค้าโครงในการตรวจสอบไม่แตกต่างกัน

ต่อมาเมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง พบว่าศาลปกครองเยอรมันยึดถือการแปลความหมายของถ้อยคำว่า ดุลพินิจบกพร่อง เป็นเกณฑ์ โดยหากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีการใช้ดุลพินิจบกพร่องศาลปกครองก็จะเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมและตรวจสอบ ส่วนการวินิจฉัยว่ากรณีใดบ้างเป็นกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจบกพร่องเป็นเรื่องที่ศาลอาศัยหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ที่มีที่มาจากกฎหมายพื้นฐาน เช่น หลักความได้สัดส่วน หรือการพิจารณาขอบเขตของกฎหมาย ส่วนศาลปกครองฝรั่งเศสยึดหลักเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเมื่อมีความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำความผิดพลาดดังกล่าว หรือ หลัก l'erreur manifeste d'appréciation และใช้วิธีการประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่งนั้น หรือ หลัก bilan coûts avantages ซึ่งในส่วนของประเทศฝรั่งเศสจะใช้หลักการที่ค่อนข้างชัดเจนและเป็นรูปธรรมเมื่อนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง

สำหรับหลักเกณฑ์ของศาลปกครองไทยนั้น แม่ว่ายังไม่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นของประเทศไทยไว้โดยเฉพาะ แต่วิธีการในการตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่แตกต่างจากวิธีการของต่างประเทศเท่าใดนัก อาจจะต่างกันบ้างที่การให้เหตุผล เพราะสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประชาชนและวิวัฒนาการของศาลปกครองมีความแตกต่างกัน จึงเป็นไปได้ที่จะมีวิธีการคิดและให้เหตุผลที่เหมือนกันทั้งหมด และโดยแท้จริงแล้วหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของศาลปกครองไทยได้มีการบัญญัติไว้แล้วในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นส่วนของเหตุย่อยๆ ที่เป็นผลให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลได้วินิจฉัยโดยใช้เหตุดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งที่ใช้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น การกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจ หรือกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ซึ่งหลักเกณฑ์ย่อยเหล่านี้อาจเทียบได้กับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศดังตารางข้างล่างนี้

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 9	หลักเกณฑ์ตามกฎหมายเยอรมัน	หลักเกณฑ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส
1. การกระทำโดยไม่มีอำนาจ	1. ตรวจสอบหน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครอง (Zuständig) ที่จะกระทำการตามกฎหมาย	1. การกระทำทางปกครองกระทำโดยปราศจากอำนาจ (incompétence)หรือไม่
2. การกระทำนอกเหนืออำนาจ	2. ตรวจสอบอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครอง (Behörde)	2. การกระทำโดยใช้อำนาจเกินขอบเขตของกฎหมาย (l'excès de pouvoir)
3. กระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย	3. การกระทำที่ไม่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย (Ermessensüberschreitung)	3. การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi)
4. การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น	4. ตรวจสอบอำนาจ (Behörde) หน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครอง (Zuständig) ที่จะกระทำการตามกฎหมายและกระบวนการ (Verfahren) ที่นำมาสู่คำสั่งทางปกครอง	4. การกระทำทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (vice de forme) หรือออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด (vice de procédure)
5. การกระทำโดยไม่สุจริต	5. การใช้ดุลพินิจบกพร่อง (Ermessensmissbrauch) หรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน (Ermessensfehlgebrauch)	5. การกระทำทางปกครองที่บิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir)

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 9	หลักเกณฑ์ตามกฎหมายเยอรมัน	หลักเกณฑ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส
6. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม	6. หลักตามกฎหมายพื้นฐานหลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หรือหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismässigkeit)	6. ความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่กระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation) และหลักความได้สัดส่วน (la proportionnalité)
7. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น	7. หลักตามกฎหมายพื้นฐานหลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หรือหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismässigkeit)	7. ความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่กระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation) และหลักความได้สัดส่วน (la proportionnalité)
8. การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดขึ้นกับประชาชนเกินสมควร	8. หลักตามกฎหมายพื้นฐานหลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หรือหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismässigkeit)	8. ความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่กระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation) และหลักความได้สัดส่วน (la proportionnalité)
9. การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ	9. การใช้ดุลพินิจบกพร่อง (Ermessensmissbrauch) หรือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน (Ermessensfehlgebrauch)	9. ความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่กระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation) และหลักความได้สัดส่วน (la proportionnalité)

ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าในทางปฏิบัติศาลปกครองไทยได้ใช้หลักเกณฑ์ที่มีได้มีความแตกต่างจากทั้งสองประเทศเท่าใดนัก เพียงแต่วิธีการบัญญัติกฎหมายของเราต่างจากทั้งสองประเทศเท่านั้น ซึ่งในประการต่อไปจะได้กล่าวถึงปัญหาในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นจากสาเหตุต่างๆ

บทที่ 5

ปัญหาที่เกิดจากการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทต้นๆ เกี่ยวกับเรื่องของขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้น จะเห็นได้ว่าถ้ากล่าวในเชิงทฤษฎีแล้ว หลักสำคัญที่ศาลต้องคำนึงถึงในการกำหนดขอบเขตอำนาจตนเองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็คือหลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ ศาลปกครองในฐานะที่ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งขึ้น โดยแยกออกจากศาลยุติธรรมก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยเฉพาะ จึงมีหน้าที่ที่ต้องกำหนดขอบเขตของตนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในลักษณะที่ต้องไม่ใช้ดุลพินิจของศาลพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเชิงบริหารจัดการหรือทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง แต่ในขณะเดียวกันการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายให้อำนาจก็จำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลปกครองเพื่อไม่ให้เกิดกรณีการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือไม่มีขอบเขตจำกัด โดยขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้น กรณีย่อมต้องมีที่มาจากกฎหมายเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในปัจจุบันจะพบว่าได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประการสุดท้าย คือการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะเห็นได้ว่ากรณีเป็นการบัญญัติให้อำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีขอบเขตกว้างขวางมากและยังคงขาดความชัดเจนของหลักเกณฑ์ที่ศาลจะกำหนดขอบเขตของตนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทั้งในส่วนที่ตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจและในส่วนที่ศาลเข้าไปควบคุม รวมทั้งระดับของการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เป็นต้น โดยมีการสร้างหลักเกณฑ์และแนวทางในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งมีที่มาจากแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครอง

5.1 อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในส่วนของอำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ได้บัญญัติรับรองอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ในฐานะที่เป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ในส่วนของเหตุประการอื่นนอกจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ยังมีเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีก 9 ประการ ได้แก่ (1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (2) การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (3) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (4) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน (5) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น (6) การกระทำโดยไม่สุจริต (7) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (8) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น (9) การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ซึ่งหากพิจารณาจากคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองแล้ว ในทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดได้ใช้เหตุต่างๆ ทั้ง 9 เหตุข้างต้นมาเป็นเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนที่ศาลปกครองเห็นว่าเหตุประการอื่นหนึ่งในเก้าเหตุข้างต้นเป็นเหตุให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เหตุข้อ (4) การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ว่า ประกาศจำหน่ายชื่อและรายการบุคคลของผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) เนื่องจากการร้องเรียนต่อกระทรวงมหาดไทยว่ามีกรทุจริตในการทำบัตรประชาชนและแก้ไขสัญชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นคำร้องขอ เกิดจากดุลพินิจของนายอำเภอในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร นายอำเภอจึงต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบทุกคนได้ทราบความเป็นมาของการออกประกาศดังกล่าวและสามารถโต้แย้งคัดค้านหรือแสดงพยานหลักฐานใดๆ ก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อนายอำเภอไม่ได้แจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ฟ้องคดีทราบก่อนออกประกาศดังกล่าว จึงถือว่ามีได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้ประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹ ซึ่งจากคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถแปลความได้ว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของนายอำเภอไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยังแสดงให้เห็นถึงการพยายามแปลความกฎหมายมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้เหตุแห่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่

¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 117/2548

ไม่เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเป็นเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองมีอำนาจในการเข้าไปควบคุมให้ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายและวิธีการใช้กฎหมายของศาลแล้ว จะเห็นได้ว่า ในส่วนการปรับใช้กฎหมายของศาลนั้น แม้ศาลจะปรับใช้เหตุทั้งหลายในบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ดังกล่าว โดยถือว่าเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่โดยถ้อยคำและลักษณะการบัญญัติกฎหมายในมาตราดังกล่าวกลับบัญญัติให้แปลความตามตัวอักษรได้เพียงให้การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งกรณียังคงขาดความชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายสำหรับขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเพื่อก่อให้เกิดการกระทำทางปกครอง และยังขาดความสอดคล้องในการใช้อำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองตามบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการตรวจสอบดังกล่าว

และนอกจากนี้กรณียังมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในลักษณะใดที่ถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองมีขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบหรือจำกัดขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เพียงใด ซึ่งยังเป็นกรณีที่เป็นปัญหาที่สำคัญที่จะต้องศึกษาในรายละเอียดตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองต่อไป

5.2 การกำหนดขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ปัญหาในการกำหนดขอบเขตของศาลปกครองที่จะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้น เป็นส่วนที่ยังคงขาดความชัดเจนของหลักเกณฑ์ที่ศาลจะกำหนดขอบเขตของตนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทั้งในส่วนที่ตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจและในส่วนที่ศาลเข้าไปควบคุม รวมทั้งระดับของการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

5.2.1 กรณีที่ศาลตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจ

ตามที่ปรากฏในแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองในกรณีที่ตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจ หรือที่วินิจฉัยว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มีทั้งที่ศาลวินิจฉัยในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจไว้ในรูปแบบของคำพิพากษาซึ่งมักวินิจฉัยโดยใช้คำว่า “กรณีจึงเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือวินิจฉัยว่าอำนาจดุลพินิจดังกล่าวเป็นอำนาจการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ หากฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจกระทำการอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปกำหนดให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่น”² แล้วจึงวินิจฉัยต่อไปว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เป็นต้น

ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาคำฟ้องแล้วจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ที่ศาลปกครองเห็นว่าหากรับไว้พิจารณาและต่อมาไม่ว่าจะมีคำพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม กรณีจะหมายถึงการที่ศาลปกครองขยายขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบและควบคุมให้ฝ่ายปกครองต้องบริหารราชการภายใต้กำกับของศาลปกครอง เช่น คดีฟ้องขอให้นายกองค์การบริหารส่วนตำบลปรับโครงสร้างแผนอัตรากำลัง เนื่องจากนายกองค์การบริหารส่วนตำบลยังไม่ดำเนินการใดๆ ตามคำขอให้ขยายกรอบตำแหน่งนักบริหารงานช่าง 6 เป็นนักบริหารงานช่าง 7 ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลเห็นว่าเมื่อมีกฎหมายให้ดุลพินิจแก่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลที่จะพิจารณาตามความจำเป็นและความเหมาะสมของปริมาณงานและคุณภาพที่เข้าหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบลกำหนด ดังนั้น การปรับปรุงโครงสร้างแผนอัตรากำลังจึงเป็นการบริหารงานภายในองค์กรที่อยู่ในดุลพินิจของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล มิได้เป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติที่ผู้ฟ้องคดีจะมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³ เป็นต้น ซึ่งกรณีจะเห็นได้ว่า

² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.149/2549

³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 155/2550

มีการปรับข้อกำหนดที่ใช้ในการจำกัดขอบเขตของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยอาศัยเหตุของเงื่อนไขการฟ้องคดี

เมื่อพิจารณาจากกรณีทั้งสองตัวอย่างที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ นั้น มีการใช้ถ้อยคำที่เหมือนหรือใกล้เคียงกัน ในการวินิจฉัยว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยจะสังเกตได้จากคำว่า “อำนาจดุลพินิจดังกล่าวเป็นอำนาจการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ” ในคำพิพากษา และคำว่า “เป็นการบริหารงานภายในองค์กรที่อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง มิได้เป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ” ในคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งในกรณีที่ศาลมีคำวินิจฉัยไว้ในรูปแบบที่แตกต่างกันนี้ มีนัยให้พิจารณาได้ว่า มีบางกรณีที่ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีที่มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และมีบางกรณีที่ศาลกำหนดขอบเขตของตนให้มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพียงแต่ศาลเห็นว่ากรณีข้อเท็จจริงข้อกฎหมายที่ศาลตรวจสอบแล้ว เห็นว่าสามารถปล่อยให้เป็นดุลพินิจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัยเช่นนั้นได้ และกรณีถือว่าอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว เป็นต้น ซึ่งความชัดเจนในการแบ่งแยกนี้ค่อนข้างละเอียดและมีความทับซ้อนกันอยู่

5.2.2 กรณีที่ศาลเข้าไปควบคุม แต่มีระดับของการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่แตกต่างกัน

กรณีนี้เป็นกรณีที่อยู่ในขั้นตอนของกระบวนการในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเมื่อศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว ศาลใช้หลักเกณฑ์ใดในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ซึ่งกรณีจะมีผลเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องที่ตรวจสอบของฝ่ายปกครองด้วย เช่น การตรวจสอบและควบคุมให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและต้องสอดคล้องกับข้อเท็จจริงกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่องดังกล่าวด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการที่ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว นั้น เป็นเรื่องที่ยากและมีความเป็นนามธรรม โดยเฉพาะการตรวจสอบในส่วนเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยการพิจารณาตามหลักความเหมาะสมหรือหลักความชอบด้วยเหตุผลหรือหลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นกรณีที่ไม่ว่าบัญญัติไว้ในกฎหมายเป็นถ้อยคำตายตัวได้ ด้วยลักษณะที่เป็นนามธรรมดังกล่าวย่อมทำให้ขาด

ความชัดเจนและยากจะอธิบายโดยละเอียดให้เข้าใจถึงขอบเขตของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ ดังเช่น การอธิบายในส่วนของการใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสนั้น จึงแยกหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกเพียงการควบคุมตรวจสอบเฉพาะความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (l'erreur manifeste d'appréciation) หรือการชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ที่ได้และสิ่งที่จะต้องสูญเสียว่าสมควรหรือไม่ที่จะใช้ดุลพินิจดังกล่าว (bilan – coûts – avantages) เป็นต้น โดยในส่วนของเหตุผลหรือรายละเอียดของหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่ใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจนั้น จะได้มีการอธิบายไว้ในตัวคำพิพากษาคำสั่งในเรื่องนั้นๆ ซึ่งย่อมเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง และเป็นวิธีการที่ต้องมีการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่างๆ ขึ้น โดยศาลปกครองจนกลายมาเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับ

โดยในส่วนของไทยนั้น ยังมีปัญหาอันเนื่องมาจากการที่ศาลปกครองยังมีอายุน้อย ซึ่งนับจากวันที่ศาลปกครองเปิดทำการในวันที่ 9 มีนาคม 2544 ถึงปัจจุบัน ปี พ.ศ. 2550 ศาลปกครองเพิ่งครบอายุ 6 ปี เท่านั้น กรณีจึงยังไม่อาจสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่จะนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ โดยจะเห็นได้จากการพบปัญหาของการนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาปรับใช้กับกรณีข้อเท็จจริงที่เป็นคดีที่ขึ้นสู่ศาลปกครองแล้วเป็นจำนวนน้อย แต่ในจำนวนน้อยนั้น ปัญหาที่พบโดยส่วนใหญ่คือความชัดเจนในการให้เหตุผลของหลักเกณฑ์ที่ศาลเลือกใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในแต่ละกรณี โดยเฉพาะการนำหลักความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยในที่นี้จะได้ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่ศาลปกครองได้ให้เหตุผลไว้โดยละเอียดสำหรับการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน

กรณีเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการออกกฎกระทรวงที่กำหนดให้มัลลเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมวิชามัลลเทศก์ หากผู้ใดไม่เข้ารับการอบรมเพิ่มเติมถือว่าฝ่าฝืนกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว มีความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัลลเทศก์ พ.ศ. 2535 นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัลลเทศก์จะพิจารณาพักใช้และเพิกถอนใบอนุญาตตามลำดับและอาจถูกปรับ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยโดยนำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์และปรับใช้ว่า เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัลลเทศก์ พ.ศ. 2535 เพื่อให้เป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวและอาชีพมัลลเทศก์ และให้การท่องเที่ยว

แห่งประเทศไทยทำหน้าที่ส่งเสริมและควบคุมการประกอบธุรกิจอาชีพดังกล่าวให้เป็นระเบียบและได้มาตรฐาน และเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) เนื่องจากเป็นยุคที่เทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นต่อเหตุการณ์ สมควรให้มัลแวร์ที่มีหน้าที่เข้ารับการฝึกอบรมวิชาเทคนิคเพิ่มเติม เพื่อเป็นการปรับปรุงมาตรฐานและเพื่อคุณภาพของมัลแวร์ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) โดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัลแวร์ พ.ศ. 2535 กำหนดหน้าที่ของมัลแวร์ให้เข้ารับการอบรม ย่อมเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของมัลแวร์ โดยสามารถนำเอาสิ่งที่ได้รับจากการอบรมไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ดียิ่งขึ้นและส่งผลดีถึงสิ่งที่มัลแวร์จะพึงปฏิบัติในประการอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งกาย มารยาท รวมทั้งความประพฤติของมัลแวร์ด้วย อันเป็นการสมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมัลแวร์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้มาตรฐาน กฎกระทรวงฉบับนี้จึงเป็นกฎกระทรวงที่มีลักษณะเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ยินยอมให้กระทำได้

ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงออกมาใช้บังคับโดยไม่เกินขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด จึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัลแวร์ พ.ศ. 2535 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และการกำหนดให้มัลแวร์เข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมยังเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัลแวร์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งข้อกำหนดดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมัลแวร์หรือสังคมโดยรวมและประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มัลแวร์เข้ารับการฝึกอบรมย่อมเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเนื่องจากจะได้ นำความรู้ที่ได้รับไปถ่ายทอดทำให้นักท่องเที่ยวได้มีความรู้ความเข้าใจข้อมูลต่างๆ อย่างถูกต้องทันต่อเหตุการณ์ และมัลแวร์ก็จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาทและความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงยอมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรมย่อมได้แก่บรรดาผู้ประกอบการอาชีพมัลแวร์ทั้งหลายในที่สุด ในขณะที่มัลแวร์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมโดยเสียค่าใช้จ่าย

ทุกๆ สองปีโดยประมาณเท่านั้น ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของภาคเอกชนเกินสมควรอันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁴

จากคำพิพากษาข้างต้นเป็นตัวอย่างที่แสดงถึงกรณีที่ศาลก่อนข้างนำหลักความได้สัดส่วน ซึ่งยอมรับแล้วว่าเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่ใช้กำหนดขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยสามารถอธิบายความเป็นเหตุเป็นผลได้อย่างสอดคล้องกันระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวมซึ่งในที่นี้คืออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศกับภาระที่จะเกิดขึ้นต่อภาคเอกชนในการต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในกฎกระทรวงดังกล่าว แต่ในบางกรณีศาลก็มีได้อธิบายการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจนเท่าใดนัก

ตัวอย่างเช่นกรณีที่ศาลพิจารณาความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจภายใต้เงื่อนไขของเนื้อหาของกฎหมายที่ให้ดุลพินิจฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีที่เอกสารสอบราคากำหนดว่าจะพิจารณาตัดสินจากราคารวมเป็นหลักอันเป็นผลให้ผู้เสนอราคาต้องเสนอราคาเป็นราคารวมนั้น เป็นดุลพินิจของผู้ประกาศสอบราคาที่จะกำหนดให้มีการเสนอราคารวมทั้งสิ้นอย่างเดียวหรือเป็นราคารวมทั้งสิ้นพร้อมราคาต่อหน่วยหรือต่อรายการได้ ตามความจำเป็นและเหมาะสม ตามนัยข้อ 40 (6)⁵ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีความไม่เหมาะสมในการกำหนดให้ผู้เสนอราคารวมทั้งสิ้นอย่างเดียว การไม่ได้ให้ผู้เสนอราคาเสนอราคาเป็นต่อหน่วยหรือต่อรายการจึงไม่ขัดต่อข้อ 40 (6) ของระเบียบดังกล่าว ประกาศสอบราคาจ้างของกรมพัฒนาฝีมือแรงงานข้างต้นจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว⁶

⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.15/2545

⁵ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ข้อ 40 ให้เจ้าหน้าที่พัสดุจัดทำเอกสารสอบราคา โดยอย่างน้อยให้แสดงรายการดังต่อไปนี้

(6) ข้อกำหนดให้ผู้เข้าเสนอราคารวมทั้งสิ้น และราคาต่อหน่วยหรือต่อรายการ (ถ้าทำได้) พร้อมทั้งระบุหลักเกณฑ์โดยชัดเจนว่าจะพิจารณาราคารวมหรือราคาต่อหน่วยรายการ ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคาให้พิจารณาราคารวม

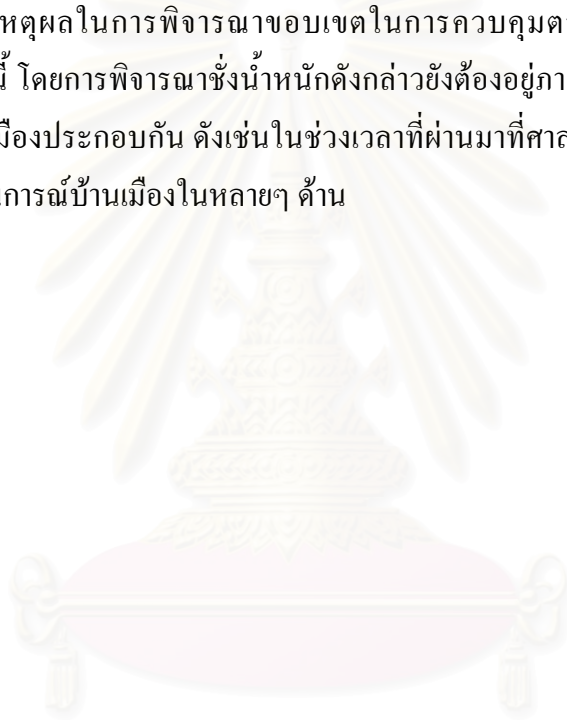
⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.159/2548

จากคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมแล้วโดยไม่แสดงเหตุผลโดยละเอียดมากนัก ซึ่งแตกต่างจากคดีการใช้ดุลพินิจในการออกกฎกระทรวงที่กำหนดให้หมักคูกเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมวิชาหมักคูกเทศก์ที่มีการให้เหตุผลอย่างค่อนข้างชัดเจน ดังนั้น กรณีจึงยังคงมีปัญหาในส่วนของวิธีการนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีที่ยังคงขาดความชัดเจน และการที่จะกำหนดถึงขั้นหาหลักเกณฑ์ในการกำหนดระดับในการควบคุมตรวจสอบหรือแนวทางในการให้เหตุผลของศาลคงจะเป็นเรื่องที่ยังเป็นปัญหาและอุปสรรคอยู่ ซึ่งปัญหาในการให้เหตุผลจะต้องวิเคราะห์หาทางแก้ไขเป็นคดีๆ ไปเพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาที่ใกล้เคียงกันที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป

5.2.3 ความไม่ชัดเจนของกรณีที่ศาลตรวจสอบและเข้าไปควบคุมกับส่วนที่ศาลปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง

หลักเกณฑ์ที่ใช้แบ่งแยกระหว่างการใช้ดุลพินิจในส่วนที่ศาลตรวจสอบและเข้าไปควบคุมกับส่วนที่ศาลปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองนั้น ยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้สำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไม่มีบรรทัดฐานที่เสมอภาคกัน ซึ่งเป็นเรื่องที่ยังคงเป็นนามธรรมและละเอียดอ่อน ตลอดจนอำนาจศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้อำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีที่เป็นเพียงเหตุหนึ่งที่ทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น อีกทั้ง ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนของขอบเขตที่ศาลจะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือมีบทนิยามของคำว่า อำนาจดุลพินิจ ไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ซึ่งกรณีย่อมส่งผลกระทบต่อการแสวงหาและปรับใช้หลักเกณฑ์ต่างๆ ในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งในปัจจุบันกรณียังเป็นเพียงการปรับใช้บทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ของศาลปกครองเองที่ยังคงขาดการสรุปแนวทาง ตลอดจนขาดความชัดเจนในการให้เหตุผลในคำพิพากษาและคำสั่งในบางกรณีที่จะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการแบ่งแยกระหว่างขอบเขตของศาลปกครองในส่วนที่เข้าไปตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยมีการพิจารณาระดับในการควบคุมกับในส่วนที่ศาลเห็นว่าควรจำกัดอำนาจของตนในการควบคุม เป็นต้น

และโดยที่ศาลปกครองมีบทบาทในการวางบรรทัดฐานในการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่ว่ากรณีของหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้กำหนดขอบเขตในการตรวจสอบและควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นนามธรรมเพียงใดก็ตาม กรณีจะต้องมีความชัดเจนในระดับหนึ่งที่สามารถแบ่งแยกกรณีที่ศาลปล่อยให้เป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือหากเข้าไปควบคุมมีปัจจัยสำคัญใดบ้างที่เป็นเหตุผลที่ศาลวินิจฉัยในปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น ในการพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ฝ่ายปกครองรับฟังมา โดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อพิจารณาชี้แนะนักประ โยชน์ของฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชน ประกอบการให้เหตุผลในการพิจารณาขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ โดยการพิจารณาชี้แนะนักดังกล่าวยังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของช่วงเวลาและสถานการณ์บ้านเมืองประกอบกัน ดังเช่นในช่วงเวลาที่ผ่านมาที่ศาลปกครองได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการแก้ไขสถานการณ์บ้านเมืองในหลายๆ ด้าน



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองโดยเริ่มตั้งแต่แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ขอบเขตการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองทั้งของต่างประเทศและของไทย เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการของแนวคิดในการกำหนดขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ตลอดจนสะท้อนให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันไม่ว่าจะมาจากข้อกำหนดแนวทางของศาลเองในการวางรูปแบบในการตรวจสอบทั้งในส่วนที่เป็นอำนาจของผู้ใช้ดุลพินิจ รูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจ เพื่อก่อให้เกิดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง และเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ และเนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองกรณีรูปแบบในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งสามส่วนนี้ หากจะเทียบเคียงกับกรณีรูปแบบในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ประกอบไปด้วยการตรวจสอบรูปแบบของการกระทำทางปกครองและการตรวจสอบเนื้อหาของการกระทำทางปกครองแล้ว จะพบว่าตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็มีรูปแบบเช่นเดียวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นภาพรวมของอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่ต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ

ดังนั้น ในส่วนของรูปแบบในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามรูปแบบสากลที่ทั้งศาลปกครองไทยเองและศาลปกครองในต่างประเทศใช้ คือ ตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนในการใช้อำนาจและความชอบด้วยเนื้อหาส่วนในรายละเอียดนั้น จะพบว่าในส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง นั้น ก่อนอื่นศาลควรต้องวินิจฉัยให้ชัดเจนถึงความมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจก่อนว่ากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจนั้น มีบทบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในรูปแบบใดบ้าง เช่น กฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจในขั้นตอนการรับข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง โดยมีถ้อยคำที่ต้องมีการให้คำจำกัดความ กฎหมายที่ให้อำนาจในการเลือกใช้ผลของกฎหมายทั้งที่มีเงื่อนไขและไม่มีเงื่อนไข

จากการศึกษาพบว่ายิ่งถ้ากฎหมายไม่กำหนดเงื่อนไขมากเท่าไร กรณีต้องเป็นภาระหน้าที่อย่างหนักของศาลปกครองที่จะต้องควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในส่วนของเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งกรณีนี้หลักเกณฑ์สำคัญที่ได้นำมาใช้เสมอและเป็นหลักตรรกะที่สำคัญที่สุด คือ หลักความได้สัดส่วน หรือถ้าจะอธิบายง่ายๆ ก็คือ ศาลจะควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมและมีเหตุผลเท่านั้น ซึ่งคำว่าเหมาะสมหรือมีเหตุผลนั้น เป็นสิ่งที่ไม่สามารถอธิบายอย่างเป็นรูปธรรมหรือบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีของประเทศเยอรมันที่แม้จะได้มีการบัญญัติขอบเขตอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ค่อนข้างกว้างในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 โดยบัญญัติว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบหมายให้สามารถใช้ดุลพินิจได้ ศาลปกครองชอบที่จะควบคุมตรวจสอบได้ว่าการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หรือการละเว้นการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย หรือไม่ หรือเนื่องมาจากมีการใช้ดุลพินิจเกินไปกว่าขอบเขตหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือเนื่องมาจากมีการใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น แต่เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมันแล้ว จะเห็นว่าได้ใช้วิธีการพัฒนาการวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองภายใต้หลักเกณฑ์ในมาตราดังกล่าว โดยยังคงมีวิธีการให้เหตุผลในกรณีแต่ละเรื่องแต่ละข้อเท็จจริงที่ปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์และความเหมาะสม ทั้งนี้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและโดยยึดหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายพื้นฐาน ส่วนประเทศฝรั่งเศสเองซึ่งแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจศาลในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่หลักเกณฑ์และแนวคิดที่ศาลสร้างขึ้นจนกลายเป็นหลักกฎหมายหรืออาจกลายเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปก็เป็นตรรกะที่ไม่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ของประเทศเยอรมันไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเฉพาะความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำหรือการซึ่งน้ำหนักผลได้ผลเสียของสิ่งที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจท่ามกลางทางที่ฝ่ายปกครองอาจพิจารณาเลือกได้อีกหลายทางซึ่งล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนทั้งสิ้น ซึ่งสำหรับในกรณีของประเทศไทยนั้น จากการศึกษาแนวคำพิพากษาจะพบว่าศาลไทยได้รับอิทธิพลจากทั้งสองประเทศเป็นอย่างยิ่งสำหรับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

แต่อย่างไรก็ตาม ยังเห็นว่า หลักตรรกะหรือหลักเหตุผลเหล่านี้เป็นระบบความคิดพื้นฐานโดยทั่วไปของมนุษย์อยู่แล้วไม่ว่าจะเชื้อชาติใด ภาษาใด เพียงแต่ในต่างประเทศได้มีการ

วางระบบระเบียบไว้ค่อนข้างชัดเจนและมีชื่อเรียกหลักเกณฑ์ต่างๆ อย่างชัดเจน จึงทำให้ดูเหมือนกับว่าศาลปกครองไทยได้ยอมรับเอาหลักเกณฑ์ต่างๆ ดังกล่าวมาจากต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ แต่แท้จริงแล้วเราได้ใช้หลักความเป็นเหตุเป็นผลซึ่งเป็นหลักโดยทั่วไปนั่นเอง เราเพียงแต่ศึกษาวิธีคิดและการปรับใช้หลักเกณฑ์ต่างๆ ให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นกรณีเฉพาะเรื่องเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาการปรับใช้หลักเกณฑ์ต่างๆ กับข้อเท็จจริงของศาลไทยแล้วพบว่า ส่วนใหญ่ก็มีความเหมาะสมกับกรณีพิพาทที่เกิดขึ้น ศาลปกครองค่อนข้างจะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนของเนื้อหาของดุลพินิจมากขึ้น แต่ก็ยังจำกัดแค่ในส่วนของความชอบด้วยเหตุผลและความเหมาะสมเท่านั้น ซึ่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้หลายประการ ซึ่งเห็นว่าเหตุดังกล่าวเป็นเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความบกพร่องหรืออาจทำให้ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หรือต่อไปอาจจะมีเหตุอื่นเกิดขึ้นอีกก็เป็นได้ กรณีจึงเป็นอำนาจศาลปกครองที่จะวางแนวทางในการวินิจฉัยว่าเหตุใดที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในส่วนที่ได้ศึกษามาในข้อกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น เห็นว่า กรณีจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติในรายละเอียดที่ให้อำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างชัดเจนเท่าใดนัก เพราะการจะบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการจะเป็นรูปธรรมหรือมีรายละเอียดปลีกย่อยมากย่อมเป็นไปได้ยาก เนื่องจากเป็นไปได้ที่จะกำหนดลักษณะของการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นเหตุให้ศาลปกครองเพิกถอนหรือแก้ไขการกระทำดังกล่าวได้ เพราะการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีหลากหลายตามการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาแนวทางการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจโดยศาลปกครองในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าหากเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 ของประเทศเยอรมันที่บัญญัติให้อำนาจศาลในการตรวจสอบว่า การออกคำสั่งทางปกครอง หรือการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หรือการละเว้นการออกคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย หรือไม่ หรือเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจเกินไปกว่าขอบเขตหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น แล้ว จะเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฉบับดังกล่าว มีความชัดเจนในระดับที่สูงกว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยที่บัญญัติแต่เพียงการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

ด้วยกฎหมาย แต่สำหรับในทางปฏิบัติศาลก็ได้สร้างแนวทางการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาและคำสั่งที่ยกมาเป็นตัวอย่างในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เช่น 1) หลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย 2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด 3) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน 4) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง และ 5) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น ซึ่งกรณีนี้มีข้อสังเกตว่า ศาลปกครองไทยได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยไม่แตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 114 แห่งกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น หากเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงรูปแบบเท่านั้น จึงอาจไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายให้เป็นการสร้างภาระแก่ฝ่ายนิติบัญญัติอีกแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม การที่ศาลปกครองไทยอยู่ในวาระที่เพิ่งเริ่มก่อตั้ง การที่จะรอให้ศาลปกครองเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายดังเช่นที่ประเทศฝรั่งเศสประสบความสำเร็จมาแล้ว คงจะเป็นวิธีการที่ไม่ทันต่อการปรับใช้กฎหมายในปัจจุบัน กรณีจึงยังคงเห็นว่าการแก้ไขกฎหมายยังเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดสำหรับสภาวะเช่นนี้ ส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายก็ยังคงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องไม่หยุดยั้งในการศึกษาและพัฒนาต่อไป

ส่วนปัญหาในการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองถึงขนาดไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณานั้น คงต้องพิจารณาโดยค่อยๆ ปรับเป็นรายกรณีไป แต่ในปัจจุบันพบว่าสิ่งที่ศาลจะไม่ควบคุมตรวจสอบมีเป็นจำนวนน้อยลง โดยส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองจะรับคำฟ้องไว้พิจารณา แล้วจึงวินิจฉัยโดยแสดงให้เห็นถึงการกำหนดขอบเขตทั้งในส่วนของศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและในส่วนของการกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือในบางกรณีอาจมีข้อสังเกตว่าการไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาอาจไม่ได้หมายความว่าศาลไม่ควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าว แต่เป็นกรณีที่เห็นได้ชัดแจ้งว่าสามารถปล่อยให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเช่นนั้นได้ เนื่องจากเป็นกรณีการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง เช่น คดีที่ฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีส่งประกาศสอบราคาทางไปรษณีย์ให้ทุกโครงการ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่กฎหมายกำหนดแต่เพียงว่าให้จัดส่งประกาศสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างทำงานนั้นให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ กรณีจึงเป็นการให้ดุลพินิจแก่ผู้ถูกฟ้องคดีในการจัดส่งประกาศเผยแพร่การสอบราคา และแม้จะมีหนังสือกระทรวงมหาดไทยที่กำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบลควรจัดส่งประกาศสอบราคาและเอกสารสอบราคาไปยังผู้ร้องขอทุกรายเพื่อให้เกิดการแข่งขัน

อย่างกว้างขวาง แต่ศาลเห็นว่า หนังสือดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงคำแนะนำภายในเพื่อให้เจ้าหน้าที่และหน่วยงานในสังกัดถือเป็นแนวทางปฏิบัติเท่านั้น ซึ่งเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานผู้รับผิดชอบสามารถใช้ดุลพินิจในการจัดส่งประกาศสอบราคาและเอกสารสอบราคาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา¹ ซึ่งจากคำสั่งไม่รับคำฟ้องดังกล่าวมีข้อสังเกตว่าศาลได้วินิจฉัยโดยตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้วว่า กรณีข้อเท็จจริงในคดีนี้ ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจให้แตกต่างจากแนวปฏิบัติได้ ในขณะที่กรณีที่ศาลตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงในกรณีที่มีแนวปฏิบัติเช่นเดียวกัน แต่เป็นคดีที่ศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้วดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งมีคำพิพากษา โดยในกรณีดังกล่าวได้มีการวินิจฉัยในปัญหาว่า แนวปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองนำมาพิจารณาเป็นฐานในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองนั้น ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ ซึ่งทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกันที่วิธีดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ในส่วนของกระบวนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้วแทบไม่มีความแตกต่างกันเลย โดยในส่วนของความแตกต่างนี้ยังต้องรอให้ศาลปกครองวางหลักเกณฑ์ในการแยกแยะคดีใดควรจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และคดีใดไม่จำเป็นต้องรับคำฟ้องไว้พิจารณา

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาของอำนาจศาลในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ในฐานะที่เป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ตลอดจนถึงปัญหาของความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้จำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยในบางกรณีอาจขาดความชัดเจนในการให้เหตุผล โดยเฉพาะกรณีที่วินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ นั้น เห็นว่า เพื่อให้ขอบเขตของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความชัดเจนขึ้นในแง่ของอำนาจศาล อาจพิจารณาดังนี้

¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 333/2548

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ในส่วนของเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันได้แก่ (1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (2) การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (3) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (4) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน (5) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น (6) การกระทำโดยไม่สุจริต (7) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (8) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น (9) การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร โดยแยกกรณีเหตุทั้งหลายดังกล่าวให้อยู่ในอีกมาตราหนึ่งซึ่งจะเป็นมาตราที่บัญญัติให้อำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้โดยเฉพาะ โดยอาจจะมีการนำหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบจนเกิดเป็นแนวบรรทัดฐานแล้วบัญญัติลงไปด้วย เช่น อาจบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่มีอำนาจ นอกเหนืออำนาจหน้าที่ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น การใช้อำนาจโดยไม่สุจริต การใช้ดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจไม่ชอบในประการอื่นๆ แล้วแต่กรณี” โดยในตอนท้ายนี้บัญญัติเพื่อให้อำนาจศาลเป็นลายลักษณ์อักษรในการสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป และในอนาคตอาจนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเพิ่มเติมก็ได้

ส่วนขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวจะมีแค่ไหนเพียงใดในรายละเอียดนั้น ยังเป็นกรณีที่ศาลปกครองจะต้องพัฒนาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองต่อไป เพราะกรณีไม่สามารถบัญญัติรูปแบบหรือวิธีการเป็นลายลักษณ์อักษรได้มากกว่าที่เสนอมาข้างต้น เนื่องจากการให้เหตุผลที่เหมาะสมนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสภาพสังคมในขณะที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

2) กรณีที่ศาลจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น แม้ว่าจากการศึกษายังไม่สามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนที่ศาลปกครองใช้แบ่งแยกว่ากรณีใดควรเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ ซึ่งก็คือ

การรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ววินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือกรณีใดควรจำกัดอำนาจศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง โดยมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ แต่อย่างไรก็ตาม ควรต้อง ให้เหตุผลที่ชัดเจน โดยพยายามไม่ใช่ถ้อยคำคลุมเครือ หรืออย่างน้อยที่สุดต้องไม่กล่าวลอยๆ ว่าเป็นอำนาจดุลพินิจจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เป็นต้น

ส่วนกรณีจะปรับบทกฎหมายด้วยเงื่อนไขการฟ้องคดี เช่น ผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ ผู้เสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 หรือปรับด้วยอำนาจศาล โดยวินิจฉัยว่าไม่เป็น คดีพิพาทตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว นั้น เห็นว่า ควรพิจารณาเป็นรายกรณี แต่การปรับบทด้วยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง น่าจะอธิบายเหตุผลให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใจได้ง่ายกว่าการปรับ บทด้วยมาตรา 9 โดยการปรับด้วยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง จะเป็นกรณีที่ต้องให้เหตุผลว่า ผู้ฟ้องคดียอม ไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจาก การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในเรื่องนั้นๆ อย่างไร แต่ถ้าการให้เหตุผลกรณีการปรับตามมาตรา 9 นั้น เห็นว่า การที่ต้องอธิบายว่ากรณีไม่เป็นคดีพิพาทที่เกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เป็นเรื่องที่ต้องให้คำอธิบายที่มีลักษณะในทางกฎหมายมากกว่าหลักเหตุผล โดยทั่วไป แต่ทั้งนี้ก็ต้องขึ้นอยู่กับคำฟ้องในแต่ละคดี โดยต้องพิจารณาเป็นคดีๆ ไป

3) ในส่วนของระดับการควบคุมตรวจสอบนั้นน่าจะปล่อยให้เป็นที่ของ ศาลปกครองที่จะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในการควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองให้เหมาะสมโดยไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบจนกระทั่งมีลักษณะก้าวก่ายการใช้อำนาจ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือปล่อยให้เกิดกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเห็นได้ชัดแจ้ง ถึงความไม่เหมาะสมและเป็นธรรมสำหรับสังคมไทย ซึ่งคำว่าเหมาะสมนั้นย่อมขึ้นอยู่กับยุคสมัย และสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปประกอบกันด้วย กรณีขอบเขตอำนาจของศาลปกครองในการ ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องดำเนินไปอย่างมีพลวัตร

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. บทบัญญัติ 42 (กันยายน 2529): 51, 55.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2549.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. คำอธิบายศัพท์กฎหมายมหาชนฝรั่งเศส-ไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2546.

วรตน์ วิจารณ์ันท์. หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 41-14.

วิษณุ วรรณุญ และคณะ. รายงานการวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.

ศาลปกครอง, สำนักงาน. สำนักวิจัยและวิชาการ. สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, (ม.ป.ป.). (อัครา)

ศาลปกครอง, สำนักงาน. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2547.

สมยศ เชื้อไทย. การกระทำทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์ 17 (กันยายน 2530): 51. อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534. หน้า 11.

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2549.

สมยศ เชื้อไทย และวราพจน์ วิสริตพิชญ์. แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและ ประชาธิปไตย. วารสารนิติศาสตร์ (กันยายน 2527): 59.

หัสวุฒิ วิจิตวิริยกุล. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองในประเทศออสเตรเลีย. วารสาร นิติศาสตร์ 20,1 (มีนาคม 2533): 128.

อมรจันทร์สมบุญรัตน์. หลักกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520.

อิสระ นิตินันท์ประกาศ. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด คุณพินอักษรกิจ, 2527.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย. วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบัณฑิตศึกษา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

ภาษาอังกฤษ

Emilliou, N. The principle of proportionality in European law. 1st ed. London: Kluwer Law International, 1996.

Fisher, H. The German legal system and legal language. 3rd ed. London: Cavendish Publishing, 2002.

Schwarze, J. European administrative law. London: Sweet and Maxwell, 1992.

Siedentopf, H., Hauschild, C., and Sommermann, K. P. Implementation of administrative law and Judicial control by administrative courts. Hauptstr: Speyerer Forschungsberichte, 1998.

Singh, M. P. German administrative law in common law perspective. 2nd ed. German: Springer, 2001.

ภาษาฝรั่งเศส

Auby, Jean-Marie. The Abuse of Power in French Administrative Law. The American Journal of Comparative Law 18,3 (1970): 549, 554. Bernard Schwartz. French Administrative Law and the Common-Law World. New York: New York University Press, 1954. pp. 216-217, อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534. หน้า 106.

de Laubadère, A. Traité de droit administratif. Tome I. 12^e éd. Paris: L.G.D.J., 1992. p. 485, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547, หน้า 84.

de Laubadère, A. et L. Michaud. Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Revue générale d'administration, Tome III, An 37 (1914): 5-26, 193-214, Tome I, An 38 (1915): 5-25, 193-227. อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547, หน้า 77.

Eisenmanne. Cours de droit administratif. T.2, Paris: L.G.D.J., 1983; de CORAIL (J.-L.). Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann. Economica, Sept. 1985, pp. 203-204, อ้างถึงใน Ruthai Hongsiri. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en thaïlande, Doctorat de troisième cycle en droit. L'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris. (Paris II), 1987, p.61.

Emile Giraud. Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire. Rev.Gen.d'administration, (1924): 194, อ้างถึงใน วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 42.

Fromont, M. et Rieg, A. Introduction au droit allemand Tome II Droit public – droit pénal. 1^{er} éd. Paris: Cujas, 1984.

Guettier, C. Droit administratif. 2nd éd. Paris: Montchrestien, 2000.

Hongsiri, R. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en thailande. Doctorat de troisième cycle en droit, L'université de droit, d'économie et de sciences sociales de paris. (paris II), 1987.

Kahn, J. Le pouvoir discretionnaire et le juge administratif. Paris : Cujas, 1978.

Maurer, H. Droit administratif allemand. Traduit par M. Fromont Paris: L.G.D.J, 1994.

Neville Brown, L. and Garner, J.F. French Administrative Law. 2nd ed. London: Butterworths, 1973. p. 130, อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534. หน้า 107.

Rivéro, J. Droit administratif. 9^e éd. Paris: Dalloz, 1980, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 41.

Rivéro, J. et Waline, J. Droit administrative. 15^e éd. Paris: Dalloz, 1994. p. 221. G.Vedel et P.Delvolvé. Droit administratif, Tome II. P.U.F.,1992. pp. 298-343, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤณ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2547. หน้า 83-84.

Waline, Marcel. Plaidoyer pour le pouvoir discrétionnaire. Estudios de derecho administrative. Tome I (1979): 520, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 42.

ภาษาเยอรมัน

Bleckmann, A. Ermessensfehlerlehre. Köln: 1996. p. 120. อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤณ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 14.

- Forsthoff, E. Lehrbuech des Verwaltungsrechts. München: 1973, S.84, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 7.
- Friedhelm, H. Verwaltungsprozeßrecht. München: 1994, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547. หน้า 1.
- Haverkarte, G. Rechtsfragen der Leistungsstaats. Tübingen: 1983. p.29, อ้างถึงใน Jürgen Schwarze. European administrative law. London: Sweet and Maxwell, 1992. p. 687.
- Maurer, H. Allgemeines Verwaltungsrecht. München: 1992. p.112, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 10.
- Maurer, H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 14 Aufl. 2002. p. 108, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 6-7.
- Pieroth and Schlink. Grundrechte – Staatsrecht II. 9 Aufl. S.72, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547. หน้า 201.
- Sommernann, Karl-Peter. Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit. Speyerer Forschungsberichte Nr. 106. Speyer: 1991, อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545.
- Stern. Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit. 6. Aufl. München: 1987. p. 187, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 30.
- Wolff, H. J., Bachof, O. and Stober, Rolf. Verwaltungsrecht I. München: 1994. S.374, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณฤ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 7.



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก

สารบัญคำพิพากษาและคำสั่ง

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
คำสั่งศาลปกครองกลาง ที่ 2054/2545	ผู้ฟ้องคดี: นายเชวง ดีจู ผู้ถูกฟ้องคดี: สมาชิกสภา องค์การบริหารส่วนตำบล บ้านด่าน ที่ 1 กับพวกรวม 4 คน	หลักกฎหมาย: ศาลจำกัด อำนาจในการตรวจสอบการใช้ ดุลพินิจ กฎหมาย: พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 42 วรรคหนึ่ง)	176
คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 429/2546	ผู้ฟ้องคดี: นายเชวง ดีจู ผู้ถูกฟ้องคดี: สมาชิกสภา องค์การบริหารส่วนตำบล บ้านด่าน ที่ 1 กับพวกรวม 4 คน	หลักกฎหมาย: ศาลจำกัด อำนาจในการตรวจสอบการใช้ ดุลพินิจ กฎหมาย: พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1))	176
คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 333/2548	ผู้ฟ้องคดี: นายจิโรจน์ บัวบาน ผู้ถูกฟ้องคดี: องค์การ บริหารส่วนจังหวัด นครศรีธรรมราช ที่ 1 กับ พวกรวม 2 คน	หลักกฎหมาย: ศาลจำกัด อำนาจในการตรวจสอบการใช้ ดุลพินิจ กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2)) 2. ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการ	178

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		บริการราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 (ข้อ 34 (1))	
คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 820/2548	ผู้ฟ้องคดี: นางสาวสมใจ บุตรวงษ์ ผู้ถูกฟ้องคดี: นายก องค์การบริหารส่วนตำบล สำราญ	หลักกฎหมาย: ศาลจำกัด อำนาจในการตรวจสอบการใช้ ดุลพินิจ กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 42 และมาตรา 49) 2. พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 5 และมาตรา 44) 3. พ.ร.บ. สภาตำบลและ องค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 (มาตรา 59 (3) มาตรา 64/1 (2) และมาตรา 86)	179
คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 814/2549	ผู้ฟ้องคดี: นายกิจจาพจน์ ภู่มุ่ม ผู้ถูกฟ้องคดี: อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่ การศึกษา นครสวรรค์ เขต 1	หลักกฎหมาย: ศาลจำกัด อำนาจในการตรวจสอบการใช้ ดุลพินิจ กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 42 วรรคหนึ่ง, วรรค	176

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		<p>สอง และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)</p> <p>2. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 (มาตรา 53 วรรคหนึ่ง (3) และมาตรา 59 วรรคสอง)</p> <p>3. พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 44 และมาตรา 45)</p> <p>4. กฎ ก.ค. ฉบับที่ 23 (พ.ศ. 2543) ออกตามความใน พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 (ข้อ 2)</p>	
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 155/2550	<p>ผู้ฟ้องคดี: นายวรวัฒน์สุนทรเสนาะ</p> <p>ผู้ถูกฟ้องคดี: นายกองศักดิ์การบริหารส่วนตำบลหนอง</p>	<p>หลักกฎหมาย: ศาลจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ</p> <p>กฎหมาย:</p> <p>1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 42 วรรคหนึ่ง)</p> <p>2. ประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เรื่องกำหนดมาตรฐานกลางการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น (ข้อ 4)</p>	175

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ ฟ.15/2545	ผู้ฟ้องคดี: สหภาพแรงงาน มัคคุเทศก์อาชีพแห่ง ประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี: การท่องเที่ยว แห่งประเทศไทย ที่ 1 กับ พวกรวม 2 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดย พิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลัก ความได้สัดส่วน กฎหมาย: 1. รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 50 วรรคหนึ่ง) 2. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 3 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 42 วรรค หนึ่ง มาตรา 49 และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)) 3. พ.ร.บ. ธุรกิจนำเที่ยวและ มัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 (มาตรา 42 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 50 และมาตรา 66) 4. กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความใน พ.ร.บ.ธุรกิจนำเที่ยวและ มัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 (ข้อ 11 ทวิ) 5. พ.ร.บ. การท่องเที่ยวแห่ง ประเทศไทย พ.ศ. 2522 (มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 8 (1) มาตรา 9 (2) และมาตรา 15)	158

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ พ.40/2549	ผู้ฟ้องคดี: บริษัท น้ำตาล นครเพชร จำกัด ที่ 1 กับ พวกรวม 36 คน ผู้ถูกฟ้องคดี: คณะกรรมการอ้อยและ น้ำตาลทราย	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจโดย พิจารณาองค์ประกอบของ กฎหมายให้ครบถ้วน กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 49 มาตรา 52 วรรคสอง และมาตรา 72) 2. พ.ร.บ. อ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 (มาตรา 17 (29) (30) มาตรา 18 มาตรา 23 มาตรา 30 และมาตรา 44 (1)) 3. ระเบียบคณะกรรมการอ้อย และน้ำตาล ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543 ว่าด้วยหลักเกณฑ์และ วิธีการจัดเก็บเงินเข้ากองทุน เพื่อชำระหนี้ให้แก่ธนาคารเพื่อ การเกษตรและสหกรณ์ การเกษตรตามโครงการเงิน เพิ่มค่าอ้อยขั้นต้น (มาตรา 85)	149
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.154/2547	ผู้ฟ้องคดี: ห้างหุ้นส่วน จำกัด เอวี โปรดักชั่น ผู้ถูกฟ้องคดี: กรมอนามัย	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจอย่าง แท้จริง กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9วรรคหนึ่ง	155

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		<p>(3) มาตรา 45 วรรคสี่ และ มาตรา 103 วรรคสาม)</p> <p>2. ระเบียบฯ ว่าด้วยการดำเนิน กระบวนการพิจารณาและพิพากษา คดีปกครองที่โอนมาจากเรื่อง ร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วย คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2544 (ข้อ 4 วรรคสอง)</p> <p>3. พ.ร.บ. โรงงาน พ.ศ. 2535 (มาตรา 13 วรรคหนึ่ง)</p> <p>4. กฎกระทรวง ฉบับที่ ๕ (พ.ศ. 2535) ออกตามความใน พ.ร.บ. โรงงาน พ.ศ. 2535 (ข้อ 6)</p> <p>5. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ข้อ 50 (1) วรรคสอง)</p>	
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.23/2548	<p>ผู้ฟ้องคดี: นายสักรินทร์ มณีสุข ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน</p> <p>ผู้ถูกฟ้องคดี: สำนักงาน การตรวจเงินแผ่นดิน ที่ 1 กับพวกรวม 4 คน</p>	<p>หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้ อยู่ภายในขอบเขตของ กฎหมาย</p> <p>กฎหมาย:</p> <p>1. ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายเงินค่าตอบแทน การปฏิบัติงานนอกเวลา ราชการ พ.ศ. 2536 (ข้อ 6 และ ข้อ 10)</p> <p>2. ระเบียบการเก็บรักษาเงิน</p>	131

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		<p>และการนำเงินส่งคลังของส่วนราชการ พ.ศ. 2520 (ข้อ 21 และข้อ 34)</p> <p>3. ระเบียบกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยเงินบำรุงของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2536 (ข้อ 4 ข้อ 9 วรรคสอง และข้อ 16)</p> <p>4. ข้อบังคับกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยเงินค่าตอบแทนเจ้าหน้าที่ของหน่วยบริการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2536 (ข้อ 14 (1))</p>	
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2548	<p>ผู้ฟ้องคดี: นางลัดดาวัลย์ ศรีสุกใส</p> <p>ผู้ถูกฟ้องคดี: นายกองค้การ บริหารส่วนตำบลโพไร่หวาน (ประธานกรรมการบริหาร องค์การบริหารส่วนตำบลโพไร่หวาน เดิม) ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน</p>	<p>หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย</p> <p>กฎหมาย:</p> <p>1. พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 (มาตรา 40 มาตรา 40 (3) มาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 43 วรรคหนึ่ง มาตรา 44 และ มาตรา 67 วรรคหนึ่ง)</p> <p>2. กฎกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความใน พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ.</p>	133

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		2522 (ข้อ 50 วรรคสอง)	
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.41/2548	ผู้ฟ้องคดี: นางอนงค์สิริ หรือเอียดสิริ ธานี ผู้ถูกฟ้องคดี: สำนักงานเขต พื้นที่การศึกษาศกนคร เขต 1 (สำนักงานสามัญ ศึกษาจังหวัดสกลนคร เดิม) ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไป ตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมาย กำหนด กฎหมาย: กฎ ก.ค. ฉบับที่ 20 (พ.ศ. 2540) ออกตามความใน พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ว่าด้วยการเลื่อนขั้น เงินเดือน (ข้อ 5 (1) ข้อ 6 และ ข้อ 9 วรรคหนึ่ง)	139
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.117/2548	ผู้ฟ้องคดี: นางสาวผ่องศรี อินหลู่ ที่ 1 กับพวกรวม 866 คน ผู้ถูกฟ้องคดี: กรมการ ปกครอง ที่ 1 กับพวกรวม 3 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไป ตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมาย กำหนด กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 3 มาตรา 5 และมาตรา 30 วรรค หนึ่ง วรรคสอง) 2. พ.ร.บ. สัญชาติ พ.ศ. 2508 (มาตรา 7 (1)) 3. พ.ร.บ. สัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 (มาตรา 10) 4. ระเบียบสำนักทะเบียนกลาง ว่าด้วยการจัดทำทะเบียน ราษฎร พ.ศ. 2535 (ข้อ 94 ข้อ	136

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		97 ข้อ 103 และข้อ 115 (3))	
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.159/2548	ผู้ฟ้องคดี: ห้างหุ้นส่วน จำกัด วันสต่อเพเซอร์วิส ผู้ถูกฟ้องคดี: กรมพัฒนา ฝีมือแรงงาน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดย พิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลัก ความได้สัดส่วน กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 42 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)) 2. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ข้อ 40 (1) – (15) และข้อ 42 (3))	161
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.160/2548	ผู้ฟ้องคดี: นางวยุรี วรพัฒนะไพบุลย์ ผู้ถูกฟ้องคดี: ผู้อำนวยการ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา สิงห์บุรี (สำนักงานเขตพื้นที่ การศึกษาสิงห์บุรี หรือ สำนักงานศึกษาธิการจังหวัด สิงห์บุรี เดิม)	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจอย่าง แท้จริง กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 5 และมาตรา 53 วรรคสอง (1) ถึง (5)) 2. พ.ร.ฎ. ค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 (มาตรา 5) 3. พ.ร.ฎ. ค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541	153

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		4. พ.ร.ฎ. ค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 (มาตรา 7)	
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.186/2548	ผู้ฟ้องคดี: นางพัชรา ประกอบดี ผู้ถูกฟ้องคดี: จังหวัดปัตตานี	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)) 2. พ.ร.บ. คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 (มาตรา 20 (4) และมาตรา 25) 3. พ.ร.ฎ. ค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 (มาตรา 7 วรรคหนึ่ง (1) และมาตรา 16)	152
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.214/2548	ผู้ฟ้องคดี: นายสมยศ ศรีน้อย ผู้ถูกฟ้องคดี: ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา สมุทรสงคราม (ผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดสมุทรสงครามเดิม)	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 30 และมาตรา 31) 2. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 (มาตรา 4 และมาตรา 16) 3. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการ	137

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		พลเรือน พ.ศ. 2535 (มาตรา 102 วรรคหนึ่ง วรรคสอง)	
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.218/2548	<p>ผู้ฟ้องคดี: นายประสิทธิ์ วิจิตรวรรณ</p> <p>ผู้ถูกฟ้องคดี: ผู้อำนวยการเขตบางรัก ที่ 1 กับพวก รวม 3 คน</p>	<p>หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด</p> <p>กฎหมาย:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 3 วรรคหนึ่ง มาตรา 5 มาตรา 27 มาตรา 30 และมาตรา 31) 2. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 (มาตรา 99 วรรคเจ็ด มาตรา 100 มาตรา 102 มาตรา 103 และมาตรา 104) 3. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 (มาตรา 4) 	137
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.221/2548	<p>ผู้ฟ้องคดี: บริษัท หนึ่งพัฒนาการ จำกัด</p> <p>ผู้ถูกฟ้องคดี: กรมโยธาธิการ และผังเมือง (กรมโยธาธิการ เดิม)</p>	<p>หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย</p> <p>กฎหมาย:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 50) 2. พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 	129

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		(มาตรา 8 และมาตรา 32) 3. พ.ร.ฎ. แบ่งส่วนราชการกรม โยธาธิการ กระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2537 (มาตรา 3 (2)) 4. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 (ข้อ 15 ทวิ วรรคหนึ่ง ข้อ 33 ทวิ วรรคหนึ่ง และข้อ 50 วรรค หนึ่ง (2))	
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.2/2549	ผู้ฟ้องคดี: นางร็มภา จิตร รักเวช ผู้ถูกฟ้องคดี: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ 1 กับพวกรวม 6 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจโดย พิจารณาองค์ประกอบของ กฎหมายให้ครบถ้วน กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ. 2535 (มาตรา 92 วรรคสอง) 2. กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2519) ออกตามความใน พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือนใน มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2507 (ข้อ 10) 3. ระเบียบการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2535 (ข้อ 17 วรรคหนึ่ง)	144
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.8/2549	ผู้ฟ้องคดี: บริษัท นครน่าน จำกัด ผู้ถูกฟ้องคดี: รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ทรัพยากรธรรมชาติและ	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจโดย พิจารณาองค์ประกอบของ กฎหมายให้ครบถ้วน กฎหมาย:	142

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
	<p>สิ่งแวดล้อม (รัฐมนตรีว่าการกระทรวง เกษตรและสหกรณ์ เดิม) ที่ 1 กับพวกรวม 3 คน</p>	<p>พ.ร.บ. ป่าไม้ พ.ศ. 2484 (มาตรา 58 วรรคสอง และ มาตรา 49)</p>	
<p>คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.9/2549</p>	<p>ผู้ฟ้องคดี: นายชินนรต ขวัญโพ้น ผู้ถูกฟ้องคดี: เลขาธิการ คณะกรรมการการศึกษา ขั้นพื้นฐาน (เลขาธิการ คณะกรรมการการ ประถมศึกษาแห่งชาติ เดิม)</p>	<p>หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดย พิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลัก ความได้สัดส่วน กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 (มาตรา 4, มาตรา 42 วรรคหนึ่ง (5) และมาตรา 61) 2. พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ. 2535 (มาตรา 82 วรรคสาม มาตรา 98 วรรคหนึ่ง วรรคสอง มาตรา 99 วรรคหก มาตรา 102 วรรคสอง วรรคสาม มาตรา 103 วรรคหนึ่ง วรรคสาม และมาตรา 104 วรรคสอง) 2. กฎ ก.ค. ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2539) ออกตามความใน พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 (ข้อ 4) 3. กฎ ก.ค. ว่าด้วยการอุทธรณ์ และการพิจารณาอุทธรณ์ พ.ศ. 2545 (ข้อ 13 วรรคหนึ่ง (6))</p>	<p>163</p>

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.34/2549	ผู้ฟ้องคดี: พันเอก (พิเศษ) มานะ เกษรศิริ ที่ 1 กับพวกรวม 11 คน ผู้ถูกฟ้องคดี: นายก องค์การบริหารส่วน จังหวัดระยอง ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้ อยู่ภายในขอบเขตของ กฎหมาย กฎหมาย: 1. รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 2. พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วน จังหวัด พ.ศ. 2540 (มาตรา 6 มาตรา 45 วรรคหนึ่ง(1) มาตรา 40 มาตรา 51 วรรคสอง มาตรา 53 และมาตรา 65) 3. ข้อบัญญัติองค์การบริหาร ส่วนจังหวัดระยอง เรื่อง การเรียก เก็บค่าธรรมเนียมบำรุงองค์การ บริหารส่วนจังหวัดจากผู้พักใน โรงแรม พ.ศ. 2545 ลงวันที่ 15 พ.ค. 2545 (ข้อ 3 ข้อ 8 ข้อ 9 และ ข้อ 15) 4. กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2541) ออกตามความใน พ.ร.บ. องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 (ข้อ 3)	135
คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.79/2549	ผู้ฟ้องคดี: นายสุชน เข้มเพ็ชร์ ผู้ถูกฟ้องคดี: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจโดย พิจารณาองค์ประกอบของ กฎหมายให้ครบถ้วน กฎหมาย:	146

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		พ.ร.บ. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (มาตรา 8 และมาตรา 10 วรรคหนึ่ง)	
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.111/2549	ผู้ฟ้องคดี: ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามพี่น้องธุรกิจ ผู้ถูกฟ้องคดี: องค์การบริหารส่วนตำบลเชิงทะเล	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน กฎหมาย: ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 (ข้อ 61)	171
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.116/2549	ผู้ฟ้องคดี: นายสาโรช วัฒนศิริ ผู้ถูกฟ้องคดี: ปลัดกระทรวงศึกษาธิการ	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน กฎหมาย: พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 (มาตรา 52 (4) และมาตรา 65)	167
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.149/2549	ผู้ฟ้องคดี: ห้างหุ้นส่วนจำกัด สุจรรรยา ผู้ถูกฟ้องคดี: องค์การบริหารส่วนตำบลนามน ที่ 1 กับพวกรวม 4 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง	134

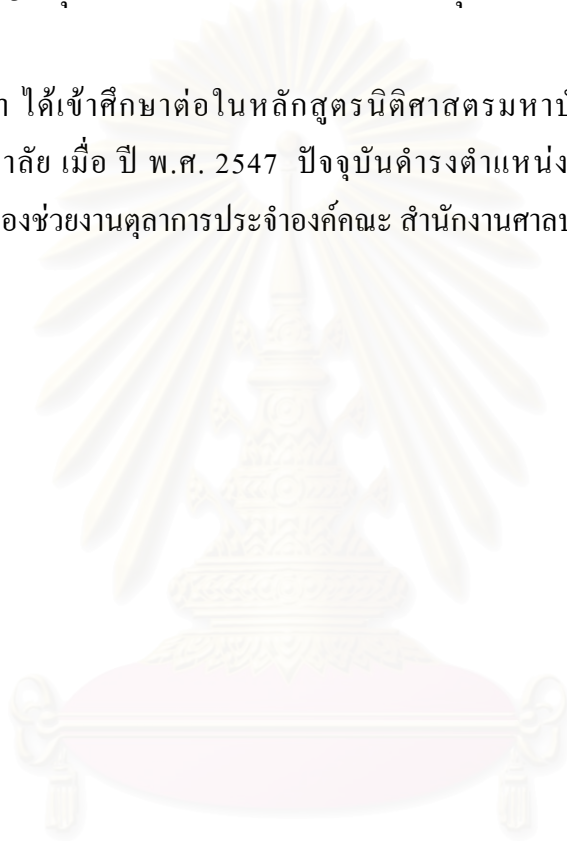
คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)) 2. ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544 (ข้อ 16 และข้อ 13))	
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.213/2549	ผู้ฟ้องคดี: นายอนันต์ ด.สุวรรณ ผู้ถูกฟ้องคดี: ปลัดกระทรวงมหาดไทย ที่ 1 กับพวก รวม 3 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)) 2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 128 วรรคหนึ่ง)	141
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.333/2549	ผู้ฟ้องคดี: นายสมพิศ มีแสง ผู้ถูกฟ้องคดี: กรมอุตสาหกรรมพื้นฐาน และการเหมืองแร่ ที่ 1 กับพวก รวม 3 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (มาตรา 13 (1) และมาตรา 48) 2. พ.ร.บ. แร่ พ.ศ. 2510 3. กฎกระทรวง ฉบับที่ 251 (พ.ศ.	165

คำพิพากษา/คำสั่ง	คู่กรณี	หลักกฎหมาย และกฎหมาย	หน้า
		2538) ออกตามความใน พ.ร.บ. การผังเมืองพ.ศ.2518)	
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.348/2549	ผู้ฟ้องคดี: สถาบันส่งเสริมการสอนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ผู้ถูกฟ้องคดี: นายฮาริศ นานา ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน กฎหมาย: 1. พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (มาตรา 51) 2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 193/14 (1))	173
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.165/2550	ผู้ฟ้องคดี: บริษัทนพศิริเพิ่มพูนทรัพย์ จำกัด ผู้ถูกฟ้องคดี: เทศบาลตำบลท่าสะอ้าน	หลักกฎหมาย: ควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วน กฎหมาย: 1. ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 (ข้อ 101 วรรคสอง) 2. ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 (ข้อ 130)	169

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวธีรัญญา สระทองอ่อน เกิดเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2519 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต สาขาชีววิทยา จากคณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล เมื่อปี พ.ศ. 2540 และปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อปี พ.ศ. 2542 เริ่มรับราชการที่สำนักงานศาลปกครองสูงสุด ในตำแหน่ง พนักงานคดีปกครอง 3 กลุ่มพนักงานคดีปกครองช่วยงานตุลาการประจำองค์คณะ เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2545

ต่อมา ได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ ปี พ.ศ. 2547 ปัจจุบันดำรงตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง 4 กลุ่มพนักงานคดีปกครองช่วยงานตุลาการประจำองค์คณะ สำนักงานศาลปกครองสูงสุด



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย