

การควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครองไทย

The Control of Usage of Discretionary Power by Administrative Court of Thailand

ยุคลธร เตชewanakorn

Yukonthorn Techawanakorn

นักศึกษาหลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Graduate student, Master of Arts Program in Public Law Faculty of Law,

Thammasat University

E-mail: yukonthortec@gmail.com

Date Received: 30 June 2023 Date Revised: 3 August 2023

Date Accepted: 3 August 2023 Date Published online: 27 December 2023

บทคัดย่อ

บทความวิชาการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครองในประเทศไทย นับเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในการคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองไทยในเรื่องการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลปกครองต่างประเทศ จะเห็นว่ามีมาตรฐานและคุณภาพของคำพิพากษาก็ได้รับการยอมรับเป็นส่วนใหญ่โดยมีความโน้มเอียงในการให้เหตุผลตามแนวทางของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงคำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็พบถึงปัญหาบางประการที่สำคัญ ได้แก่ ปัญหาความชัดเจนในการให้เหตุผลประกอบในการวินิจฉัยคดี ความต่อเนื่องสม่ำเสมอในแนวคำพิพากษาที่ได้วางไว้ซึ่งสาเหตุหลักที่พบ คือ การขาดบทบัญญัติกฎหมายที่จะเป็นฐานอ้างอิงในการให้เหตุผลวินิจฉัยคดีถึงลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจซึ่งไม่ปรากฏทั้งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นจึงควรจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสองฉบับตามแนวทางที่ปรากฏในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมนีและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองเยอรมันที่มีการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนที่ศาลปกครองเยอรมันใช้อ้างเพื่อแก้ไขปัญหาการไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ศาลปกครองไทยวินิจฉัยเรื่องดุลพินิจ

ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในปัจจุบันโดยจะส่งผลให้การตัดสินใจพิพากษาคดีของศาลปกครองไทยเกิดความชัดเจนในการให้เหตุผลทางกฎหมายที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันอย่างมีเอกภาพ ก่อให้เกิดมาตรฐานคุณภาพของคำพิพากษาศาลปกครองในการทำหน้าที่มากยิ่งขึ้นรวมถึงการเกิดเส้นแบ่งที่ชัดเจนในการเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศไทยว่าจะสามารถทำได้ในขอบเขตใดบ้างอีกด้วย

คำสำคัญ: อำนาจดุลพินิจ หลักความได้สัดส่วน หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ ศาลปกครอง

Abstract

The role of Thai Administrative Court on controlling of usage of discretionary power is essential in maintaining people's freedom and rights and public interest. From comparative studying on Thai administrative court's judgment on controlling of usage of discretionary power and those of foreign administrative courts, it is found that there is standard and quality in judgment as most judgment is acceptable and there is tendency that the court's judgment follows French Conseil d' État. However, it is found that there are problems in judgment on legal cases on controlling of usage of discretionary power by administrative court as followings; lack of clarification on reasons why the court rules, and lack of consistency of judgments. This is caused by lacking law which can be applied as reference point in giving reasons in legal cases on controlling of usage of discretionary power. To clarify this law does not present in both the Administrative Procedure Act B.E. 2539 and the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E. 2542. Therefore, these two acts should have been revised following German administrative procedure act and German administrative court procedure act. Following German law will help solve the problem of lacking clear law which can be used by Thai Administrative Court in deciding legal cases on controlling of usage of discretionary power. This would provide clarification and standard on Thai Administrative Court's judgment. Moreover, there is clear cut in how the court can control usage of discretionary power and at what extent.

Keywords: Discretionary Power, Principle of Proportionality, Principle of judicial review of legality of administrative action, Administrative court.

1. บทนำ

หากพิจารณาจากวันที่ศาลปกครองได้เปิดทำการศาลเป็นครั้งแรกเมื่อ 9 มีนาคม พ.ศ. 2544 นับจนถึง พ.ศ. 2566 ก็เป็นระยะเวลาสองทศวรรษกว่าแล้วที่ศาลปกครองได้ก่อตั้งขึ้นมา โดยแต่ละปีมีคดีปกครองที่มีผู้ฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้พิจารณาจำนวนมาก โดยในบรรดาคดีปกครองทั้งหลายตามเขตอำนาจของศาลปกครองที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีส่วนใหญ่ก็เป็นเหตุฟ้องร้องกันตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) เนื่องจากมีเหตุแห่งการฟ้องคดีได้ในหลายกรณี ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำการอื่นใดเนื่องมาจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ในบรรดาเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ถ้าพิจารณาเฉพาะคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนับเป็นคดีที่น่าสนใจเพราะเป็นคดีที่มักเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างประชาชนทั่วไปกับหน่วยงานของรัฐจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตัดสินใจใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน ซึ่งศาลปกครองได้พิพากษาคัดสินคดีประเภทดังกล่าวออกมาเป็นจำนวนมากเช่นกันและเป็นคดีที่มีโอกาสถูกสังคมวิพากษ์วิจารณ์ถึงบทบาทการทำหน้าที่ของศาลปกครองในการเข้าไปควบคุมอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าสามารถกระทำได้นาน้อยเพียงใดและกระทำได้ในเรื่องใดบ้าง ซึ่งที่ผ่านมาแม้ในแวดวงวิชาการกฎหมายมหาชนไทยจะได้มีการศึกษาถึงเรื่องนี้บ้าง ทว่าไม่ได้มีการศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลปกครองต่างประเทศมากนัก ตลอดจนไม่ปรากฏข้อเสนอแนะทางการแก้ไขปัญหาคัดค้านที่ชัดเจน นับได้ว่าเป็นประเด็นที่ควรมีการศึกษาค้นคว้าลงลึกอย่างละเอียด จึงเป็นที่มาของการศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์ในหัวข้อการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครองไทยของผู้เขียน ตามหลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และได้นำเนื้อหาดังกล่าวมาจัดทำเป็นบทความทางวิชาการนี้เพื่อเป็นการเผยแพร่องค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาจัดทำวิทยานิพนธ์ให้แพร่หลายในวงกว้าง

วิทยานิพนธ์ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์สำคัญของการศึกษาอยู่สามประการ ได้แก่ 1) การศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ 2) การศึกษาแนวทางการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเปรียบเทียบในระบบกฎหมายต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย และ 3) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาอุปสรรคที่เกิดขึ้นในการทำหน้าที่ควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครองและข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

สำหรับการศึกษาในหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้จะเป็นการดำเนินงานศึกษาโดยอาศัยจากเอกสารเป็นหลัก ได้แก่ หนังสือ บทความทางวิชาการ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยทำการรวบรวมคำพิพากษาศาลปกครองไทยเฉพาะที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่น่าสนใจเพื่อมาศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองได้ใช้ในการพิจารณาคดีเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลปกครองในต่างประเทศที่น่าสนใจ คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ซึ่งนับเป็นสองประเทศที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อกฎหมายปกครองไทยและการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย โดยผลการศึกษาครั้งนี้จะทำให้รับทราบถึงแนวทางที่ศาลปกครองไทยได้ใช้ในการเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ปัญหาอุปสรรคที่เกิดขึ้นและข้อเสนอแนะเพื่อนำไปสู่การปรับปรุงบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องในอนาคตต่อไป ทั้งนี้ในการเรียบเรียงผลการศึกษาเป็นบทความวิชาการนี้จะแบ่งหัวข้อการนำเสนอ เป็นสี่ส่วนคือ 1. บทนำ 2. การวิเคราะห์การพิจารณาคดีของศาลปกครองไทยในคดีปกครองเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ 3. ปัญหาและข้อเสนอแนะในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครองไทย และ 4. บทสรุป

2. การวิเคราะห์การพิจารณาคดีของศาลปกครองไทยในคดีปกครองเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

จากการศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองไทยเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ผู้ศึกษาได้ค้นพบถึงการเข้าไปตรวจสอบการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยศาลปกครองแยกออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1. การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจากบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงานตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และกำหนดกรอบของการใช้อำนาจในเรื่องนั้นๆ ไว้ เช่น กำหนดเงื่อนไข ขั้นตอน หรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งก็คือบทบัญญัติของกฎหมายในคดีปกครองที่มีการฟ้องร้องกันนั่นเอง นอกจากนี้ศาลปกครองยังให้ความสำคัญถึงการพิจารณาความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ในการใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งถ้าการใช้อำนาจดังกล่าวไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในเรื่องนั้นบรรลุผล ก็จะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบได้ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.25/2560 ในคดีดังกล่าวเป็นการตัดสินในคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการพิจารณาแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตำรวจ ทั้งนี้ การออกคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ ถือเป็นการออกคำสั่งที่ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่ว่าผู้มีอำนาจแต่งตั้งโยกย้ายจะสั่งการอย่างไรก็ได้ ตามที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมในฐานะผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจตามกฎหมาย เพราะการแต่งตั้งให้ไปปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายในเรื่องดังกล่าว

ควรจะต้องคำนึงถึงความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ ตลอดจนความประพฤติ เพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณากับความเหมาะสมกับหน้าที่ความรับผิดชอบ และลักษณะของงานในตำแหน่งที่มอบหมาย รวมทั้งยังต้องคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งให้ข้าราชการผู้นั้นไปปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายและเกิดประโยชน์ต่อทางราชการอย่างแท้จริง ดังปรากฏข้อความในคำพิพากษาคดีนี้ตอนหนึ่งว่า

“เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งสารวัตรฝ่ายอำนวยการตำรวจภูธรจังหวัดราชบุรี มีความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่จนอาจจะทำให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการ และถึงแม้ว่าผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวจะมีประสบการณ์ในงานด้านอำนวยการพอสมควร แต่เมื่อลักษณะของงานด้านอำนวยการเป็นงานในลักษณะงานบริหารทั่วไปและเป็นงานประจำ แม้ข้าราชการตำรวจที่ไม่เคยมีประสบการณ์สามารถเรียนรู้และปฏิบัติงานได้ ซึ่งเป็นงานที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยผู้มีประสบการณ์เฉพาะด้าน และก่อนที่จะมีคำสั่งดังกล่าวก็มีผู้ดำรงตำแหน่งอยู่แล้ว จึงยังไม่มีเหตุผลความจำเป็นเพียงพอ ดังนั้น คำสั่งที่ให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งไปดำรงตำแหน่งพิพาทจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

2. การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จากกฎหมายกลางที่วางหลักในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการใช้อำนาจตามที่กฎหมายที่เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีปกครองได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำ โดยนอกจากศาลจะได้ตัดสินไปตามหลักกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงแล้วหลายครั้ง ศาลปกครองก็ได้อ้างอิงถึงหลักกฎหมายที่อยู่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อาทิ หลักการพิจารณาแบบไต่สวน หลักการฟังความทุกฝ่าย มาใช้ประกอบในการให้เหตุผลทางกฎหมายว่าเจ้าหน้าที่รัฐได้มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่ ในการรวบรวมข้อมูลต่างๆ ให้เพียงพอและมีเหตุมีผลก่อนการใช้อำนาจดุลพินิจออกไป ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.230 /2560 ในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคำขอเข้าทำประโยชน์เขตปฏิรูปที่ดิน ซึ่งเหตุผลตอนหนึ่งที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยในคดีนี้เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการทางปกครองที่รับรองไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ในการรวบรวมข้อมูลข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนก่อนการตัดสินใจใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งการรวบรวมข้อมูลดังกล่าวหากไม่เพียงพอหรือไม่ครบถ้วนก็อาจส่งผลให้การใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปโดยมิชอบได้ซึ่งอาจแสวงหาข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอื่นได้ตามความเหมาะสม หากข้อเท็จจริงยังไม่ครบถ้วนเพียงพอที่จะนำมาเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณา โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่เพียงข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานของคู่กรณีเท่านั้น ดังปรากฏข้อความในคำพิพากษาคดีนี้ตอนหนึ่งว่า

“การที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอเข้าทำประโยชน์ในที่ดินพิพาท โดยอ้างว่าเป็นเกษตรกรผู้ถือครองที่ดินและได้ทำกินในที่ดินดังกล่าว ทั้งๆ ที่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพการครอบครองและทำประโยชน์ปรากฏว่า มิได้เป็นผู้ถือครองและทำกินในที่ดินของรัฐในเขตปฏิรูปที่ดิน ถึงแม้หน่วยงานทางปกครองจะได้รับฟังข้อเท็จจริงที่ได้จากการตรวจพิสูจน์สอบสวนสิทธิการถือครองและทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทจากเจ้าหน้าที่ สปก. และคณะอนุกรรมการปฏิรูปที่ดินระดับอำเภอ กรณีจึงถือไม่ได้ว่าผู้ร้องเป็นเกษตรกรผู้ถือครองที่ดินของรัฐและผู้ทำกินในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินในอันที่จะมีสิทธิยื่นคำร้องขอเข้าทำประโยชน์ในที่ดินพิพาท ดังนั้น มติที่อนุญาตให้ผู้ร้องเข้าทำประโยชน์ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินพิพาทจึงเป็นการออกคำสั่งโดยปราศจากเหตุผลที่เพียงพอ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

3. การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจากหลักกฎหมายที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งจากการศึกษาถึงคำพิพากษาศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ศาลปกครองจะนำหลักเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญมาใช้ประกอบการวินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงด้วยในการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควรกว่าเหตุหรือที่เรียกกันว่า หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) และการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย¹ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.173/2562 ในคดีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับ กรณีที่สภานายความมีคำสั่งห้ามนายความทั่วประเทศเข้ารับการอบรมที่ปรึกษากฎหมายที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางได้ดำเนินการจัดอบรม กรณีที่นายความผู้ใดได้สมัครอบรมไปแล้วให้ดำเนินการถอนชื่อหรือไม่ขึ้นทะเบียนและนายความผู้ใดมิได้ปฏิบัติหรือฝ่าฝืนคำสั่งให้ถือว่าเป็นผู้ไม่ผดุงไว้ซึ่งเกียรติศักดิ์และปฏิบัติตนตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 และข้อบังคับที่เกี่ยวข้องโดยคำพิพากษาของศาลฉบับนี้ได้ให้เหตุผลที่

¹ ปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หลักนิติธรรมได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” ในส่วนหลักความได้สัดส่วนได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 26 วรรคแรกว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”

ถือว่าน่าสนใจในการวางแผนถึงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งใดๆ ต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ฝ่าฝืนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กรณีที่กระทำไปโดยไม่มีอำนาจกฎหมายให้กระทำได้ การกระทำความผิดจะขัดกับหลักนิติธรรมเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายและกฎข้อบังคับมิใช่กระทำการตามอำเภอใจหรือตามอำนาจของตัวบุคคล ดังปรากฏข้อความในคำพิพากษาคดีนี้ตอนหนึ่งว่า “แม้ว่า (1) ของบทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้สภานายความมีอำนาจบริหารกิจการของสภานายความตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 แต่บทบัญญัติในส่วนนี้เป็นการให้อำนาจในการบริหารงานของสภานายความเป็นการทั่วไปเท่านั้น มิได้ให้อำนาจในการมีคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งสมาชิกสภานายความแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติสภานายความ พ.ศ. 2528 ก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจในการมีคำสั่งในลักษณะนี้ได้ รวมทั้งเมื่อพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสมาชิกสภานายความในการเข้ารับการอบรมเพื่อเป็นที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว”

นอกจากหลักเกณฑ์จากกฎหมายทั้งสามลักษณะที่ศาลปกครองได้นำมาใช้ในการตัดสินคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจแล้วนั้น ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ ขอบเขตของศาลปกครองในการเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐว่าจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายมากน้อยเพียงใด และมีการจำกัดบทบาทของศาลในการควบคุมดุลพินิจเช่นเดียวกับศาลปกครองต่างประเทศหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้จะพบว่า ศาลปกครองไทยได้วางหลักและยืนยันถึงอำนาจของศาลปกครองในการเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตลอดจนอธิบายถึงขอบเขตที่ศาลจะเข้าไปควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.33/2557 คดีเรื่องการแต่งตั้งโยกย้ายนายถวิล เปลี่ยนศรี อดีตเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ตอนหนึ่ง ดังนี้

“... ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยผู้ฟ้องคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำพิพาทของฝ่ายบริหารว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบเหตุผลที่ฝ่ายบริหารใช้อ้างอิงในการใช้อำนาจดุลพินิจได้ใน 2 ส่วน คือ เหตุผลในส่วนที่เป็นข้อกฎหมายและเหตุผลในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง สำหรับเหตุผลในส่วนที่เป็นข้อกฎหมายนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่า ฝ่ายบริหารมีความผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ โดยศาลย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารจริงหรือไม่ ฝ่ายบริหารอ้างอิงบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารผิดพลาดหรือไม่และฝ่ายบริหารตีความและหรือปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารผิดพลาดหรือไม่

ส่วนเหตุผลในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ฝ่ายบริหารนำมาอ้างเป็นเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจได้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีอยู่จริงหรือไม่ ส่วนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ฝ่ายบริหารนำมาอ้างเป็นเหตุผลในการใช้อำนาจว่าเป็นข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจในองค์ประกอบส่วนเหตุผลของบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่นั้น ศาลปกครองจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้เพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายว่ามีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีการให้คำนิยามไว้เป็นการเฉพาะและหรือมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงและมีความหมายทั่วไปซึ่งในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว ผู้ใช้ ผู้ตีความถ้อยคำดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางเทคนิควิชาการอื่นมาใช้ประกอบในการใช้และการตีความกฎหมาย เพียงแต่ผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายต้องใช้ดุลพินิจประกอบเพื่อเสริมความให้กฎหมายสมบูรณ์ขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์และตามกาลสมัยเช่น มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

กรณีเช่นนี้ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายบริหารได้ตามปกติ แต่ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะทางวิชาการหรือเป็นถ้อยคำซึ่งผู้ใช้ผู้ตีความไม่สามารถใช้ความรู้ความเข้าใจทั่ว ๆ ไป หรือไม่สามารถใช้เฉพาะความรู้ทางกฎหมายมาใช้และตีความถ้อยคำดังกล่าวได้ แต่จำเป็นต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในแขนงวิชานั้นๆ เป็นผู้ใช้และตีความถ้อยคำดังกล่าว เช่น มีสภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิตร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญหรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ใช้ยา เป็นต้น

กรณีเช่นนี้ การใช้การตีความถ้อยคำของกฎหมายจะต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษซึ่งศาลเองไม่มีความเชี่ยวชาญพิเศษนั้น จึงถือว่าเป็นดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายบริหารที่ศาลปกครองจะจำกัดขอบเขตการเข้าไปตรวจสอบแต่เพียงว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารนั้นมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำหรือไม่ นอกจากนี้ศาลปกครองยังยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยที่ศาลจะจำกัดขอบเขตการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ ในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศผลสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล หรือในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศผลการประเมินการปฏิบัติราชการเพื่อประเมินความรู้ความสามารถของข้าราชการโดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะทำการตรวจสอบข้อสอบและให้คะแนนแทนผู้ตรวจข้อสอบ หรือทำการประเมินผลการปฏิบัติราชการหรือประเมินความรู้ความสามารถของข้าราชการแทนผู้บังคับบัญชาได้...”

ทั้งนี้ เมื่อศึกษาถึงแนวคำพิพากษาศาลปกครองในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ศาลปกครองได้เข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในหลายกรณีไม่ว่าจะ

เป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจสั่งการ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547, อ.103/2554, อ.22/2555, อ.236/2557, อ.25/2560, อ.224/2561, อ.173/2562 การควบคุมการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554, อ.530/2554, อ.3/2555, อ.150/2556, อ.514/2557, อ.85/2558, อ.2049/2559, อ.306/2560, อ.7/2562, อ.5/2562, อ.31/2562 การควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.96/2549, อ.7/2555, อ.582/2557 การควบคุมการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.230/2560, อ.19/2561, อ.747/2561 เป็นต้น

โดยในตัวอย่างคดีปกครองข้างต้น คำพิพากษาศาลส่วนใหญ่ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตัดสินคดีปกครองและวางแนวทางที่สามารถสะท้อนถึงนิติวิธีที่ศาลปกครองได้ยึดถือในการใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผ่านหลักความได้สัดส่วน ที่ถือเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่ศาลใช้ ดังนี้ (ปราณี สุขศรี, (ม.ป.ป.) น. 35-36)

(1) หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่รับประกันว่าฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการทางปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและประชาชนได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างแท้จริง ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองมาบังคับใช้กับ ประชาชนนั้น นอกจากจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและดำเนินการภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจของตนอย่างสมเหตุสมผลหรือพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจและกระทบต่อสิทธิของประชาชนเท่าที่จำเป็นและเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่าความเสียหายที่ปัจเจกบุคคลได้รับ ดังนั้น ในการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง นอกจากจะต้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายมอบอำนาจให้และเป็นไปตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว วิธีการหรือมาตรการที่เลือกใช้จะต้องมีความเหมาะสมและจำเป็นต่อการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจ โดยมีดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและความเสียหายของปัจเจกบุคคล หากวิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุผลสำเร็จลงได้หรือไม่มีความจำเป็นที่จะเลือกใช้มาตรการนั้นหรือก่อความเสียหายแก่ปัจเจกบุคคลมากกว่าที่ประโยชน์สาธารณะจะได้รับ ฝ่ายปกครองก็ต้องละเว้นจากกฎเกณฑ์หรือมาตรการดังกล่าวและศาลปกครองมีอำนาจสั่งห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการนั้นได้

ดังเช่นข้อพิพาทในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.394/2550 หรือในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การเพิกถอนการกระทำอันเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะทำให้ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ได้รับความเสียหาย ศาลปกครองก็มีอำนาจที่สั่งให้เพิกถอนการกระทำบางส่วน หรือให้กระทำการใด ๆ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและความเสียหายเอกชนนั้นก็ได้อ้างเช่น ข้อพิพาทในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.772/2555 เป็นต้น

(2) แม้ปัจเจกบุคคลจะได้รับผลกระทบหรือได้รับความเสียหายจากการดำเนินการ หรือการกระทำฝ่ายปกครองอยู่บ้าง แต่หากเกิดประโยชน์ต่อมหาชนหรือประโยชน์สาธารณะมากกว่า เมื่อเทียบกับความ

เสียหายนั้นก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากทำให้ปัจเจกชนต้องรับภาระหรือความเดือดร้อนมากเกินไปสมควร ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องแก้ไขหรือเยียวยาความเสียหายนั้นอย่างเป็นธรรม

(3) หลักความได้สัดส่วนมิได้มีความหมายว่าฝ่ายปกครองไม่ต้องคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกบุคคลโดยอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามอำนาจหน้าที่เพียงด้านเดียว ในทางตรงกันข้าม หลักกฎหมายนี้กลับเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ต้องคำนึงถึงผลกระทบหรือ ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยวิธีการหรือมาตรการที่เลือกใช้จะต้องเกิดผลกระทบ หรือความเสียหายกับปัจเจกบุคคลน้อยที่สุด ถ้ายังมีวิธีการหรือมาตรการอื่น ๆ ที่จะเกิดความเสียหายหรือผลกระทบกับปัจเจกบุคคลน้อยกว่า ถือว่าวิธีการหรือมาตรการที่เลือกใช้นั้นขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.162/2555 กรณีที่เทศบาลเลือกใช้มาตรการที่จะก่อสร้างถนนแอสฟัลต์ติกคอนกรีตเลียบคลองมหาสวัสดิ์พร้อมวางท่อ ลอดคูและฝังกลบคลองซอยทำให้ปิดทางเข้า-ออกคลองซอยในบริเวณที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีอยู่อาศัยและประกอบสัมมาอาชีพแทนที่จะได้ใช้บล็อกคอนกรีตแทนท่อคอนกรีตทรงกลมซึ่งทำให้เรือสามารถสัญจรเข้า-ออกสู่คลองมหาสวัสดิ์ได้ดังเช่นเทศบาลข้างเคียงได้ดำเนินการถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควรก่อให้เกิดผลกระทบแก่ผู้ฟ้องคดีอย่างไม่เป็นธรรม จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสม

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ใช้หลักความได้สัดส่วนมาประกอบการวินิจฉัยคดีในเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ นั้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองไทยได้นำหลักความได้สัดส่วนนี้มาใช้เป็นแกนหลักในการให้เหตุผลเพื่อวินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองได้มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่ กล่าวคือ ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งศาลได้ตรวจสอบแล้วว่าสอดคล้องกัน คือเป็นไปตามหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ การใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากไม่ได้เป็นไปตามหลักการย่อยๆทั้งสามประการของหลักความได้สัดส่วน โดยอาจขาดความสอดคล้องกับหลักการย่อยข้อใดข้อหนึ่งไป การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวก็จะถือว่าเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จำเป็นต้องมีการยกเลิกเพิกถอนการกระทำดังกล่าวออกไป เพราะการใช้อำนาจนั้นไม่อาจบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในเรื่องนั้นได้ ตลอดจนเป็นการใช้อำนาจที่เข้าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรกว่าเหตุ นั้นเอง

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางของศาลปกครองที่ได้ตัดสินวินิจฉัยในคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับศาลปกครองต่างประเทศ ทั้งในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันที่มีการตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งในการตรวจสอบนั้นมีความยุ่งยากอยู่พอสมควร และต้องเผชิญกับคำถามและความวิตกกังวลที่เกรงว่าฝ่ายตุลาการจะเข้าไปทำหน้าที่ตัดสินใจใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครอง ปัญหาดังกล่าวนี้นศาลปกครองเยอรมันและสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศสก็ได้มีการปฏิบัติที่น่าสนใจ ซึ่งอาจเป็นตัวอย่างให้ศาลปกครองไทยได้นำมาพิจารณาเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้ได้ ดังนี้

กรณีประเทศฝรั่งเศส สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้หันมายอมรับในปัจจุบันว่าอาจพิสูจน์การใช้อำนาจโดยมิชอบได้โดยปัจจัยหลายๆ อย่างในสำนวนคดี อันได้แก่ หลักฐานที่เป็นเอกสารอย่างอื่นๆ สถานการณ์แวดล้อมที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น ความไม่แน่นอนของเหตุผลที่ฝ่ายปกครองยกขึ้นมาซึ่งเป็นเหตุผลที่แสดงให้เห็นเจตนาที่แท้จริงของฝ่ายปกครอง ศาลให้ความสำคัญแก่การพิสูจน์ด้วยการใช้พยานหลักฐานโดยตรงน้อยกว่าการพิสูจน์โดยใช้ “บรรดาปัจจัยชี้ว่าที่สอดคล้องต้องกันถึงความน่าจะเป็น” (un faiseau d'indices convergents)

ทั้งนี้ มีประเด็นทางข้อเท็จจริงว่าปัจจุบันการที่การกระทำของฝ่ายปกครองมีเหตุผลมาจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจมากขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้ศาลปกครองฝรั่งเศสได้คลายความเข้มงวดในการควบคุมฝ่ายปกครองลงไปในเรื่องเหตุผลของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองใช้มาเป็นฐานในการออกมาตรการปราบปรามดังปรากฏในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 มกราคม 1932 คดี Ste des autobusantibois, Gr. Ar. n 49 อย่างไรก็ตามความยากลำบากในการพิสูจน์เกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยมิชอบนี้ทำให้การใช้ข้ออ้างนี้ลดลงอย่างมาก กล่าวคือนับตั้งแต่ที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐยอมรับให้มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ว่าคำสั่งนั้นประกอบไปด้วยเหตุผลที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งจะง่ายกว่าการใช้ข้ออ้างว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยมิชอบ เนื่องจากการใช้อำนาจโดยมิชอบนั้น โจทก์ต้องพิสูจน์ไม่ใช่เพียงแต่ความไม่ถูกต้องของเหตุผลของฝ่ายปกครองแต่โจทก์ยังต้องพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงด้วย (ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2547, น. 266)

อนึ่งในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นจะไม่มีบทกฎหมายใดที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้ ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับประเทศไทยที่แม้มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างชัดเจน ขณะเดียวกันในการเรียนการสอนกฎหมายปกครองในประเทศไทยโดยส่วนใหญ่ก็จะเป็นอาจารย์ที่สำเร็จการศึกษามาจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวคิดในการใช้และตีความกฎหมายปกครองในประเทศไทยและตุลาการในศาลปกครองไทย

กรณีประเทศเยอรมนี แม้ในเยอรมนีเองจะได้มีการตรากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ประกาศใช้บังคับมาตั้งแต่ ปีค.ศ. 1976 (VwVfG) ซึ่งถือว่าเป็นต้นแบบให้กับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองเยอรมันนั้นมุ่งไปที่การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจที่บกพร่องและเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยจำกัดอยู่ที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งได้รับการตอกย้ำเป็นบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 114 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเยอรมัน ค.ศ. 1960 (VwGO) ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการตามดุลพินิจ ศาลชอบที่จะควบคุมตรวจสอบว่าคำสั่งทางปกครอง หรือ การปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หรือการไม่กระทำการดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจที่เกินไปกว่าหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้

หรือได้ใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น ซึ่งก็คือการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนนั่นเอง” (สงกรานต์ ป่องบุญจันทร์, 2555 น. 49)

ขณะเดียวกันศาลปกครองเยอรมันยังได้มีการตัดสินวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยอาศัยบทบัญญัติ มาตรา 40 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ ค.ศ. 1976 (VwvFG) ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการได้ตามดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าว” ซึ่งมลรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้มีการตรากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและบัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเดียวกันนี้ไว้ในกฎหมายของมลรัฐด้วย

ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายของเยอรมันถือว่าตำแหน่งที่มาของดุลพินิจอยู่ที่ผลทางกฎหมายเท่านั้น ไม่มีดุลพินิจปรากฏอยู่ที่องค์ประกอบส่วนเหตุ ในกรณีที่องค์ประกอบส่วนเหตุมีถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เช่น คำว่า “ความสงบเรียบร้อย” หรือ “สภาพเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน” ฝ่ายปกครองผู้ใช้กฎหมายต้องปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงเหล่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นการปรับใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง ไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจ ศาลจึงมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบได้

อย่างไรก็ตาม ในเยอรมันเองได้มีการสร้างทฤษฎีแดนวินิจฉัยขึ้น (Beurteilungsspielraum) กล่าวคือ แม้การปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงจะเป็นการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองที่ถือว่าไม่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ศาลควรมีอำนาจตรวจสอบได้ แต่ก็มีบางกรณีที่ถูกจัดว่าเป็นแดนวินิจฉัยของฝ่ายปกครองซึ่งศาลไม่ควรเข้ามาตรวจสอบ ได้แก่ การตรวจสอบ การประเมินผลงานของเจ้าหน้าที่โดยผู้บังคับบัญชา การคาดการณ์หรือประเมินความเสี่ยงในกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายเศรษฐกิจ การประเมินคุณค่าโดยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์ การประเมินในสถานการณ์การแข่งขันที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการสอบ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระที่ประกอบด้วยกลุ่มต่างๆ หรือคณะกรรมการที่ประกอบด้วยผู้มีความรู้ประสบการณ์หลายด้าน หรือเป็นผู้เชี่ยวชาญต่างๆ เนื่องจากไม่อาจเอาคำวินิจฉัยอื่นมาทดแทนได้ รวมทั้งคำวินิจฉัยเกี่ยวกับนโยบายทางการปกครอง

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบการเข้าไปควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศสและศาลปกครองเยอรมัน กรณีการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงนั้น ศาลปกครองเยอรมันจะมีอำนาจเข้าไปควบคุมได้ตามปกติโดยถือว่าเป็นการควบคุมการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งศาลมีอำนาจตีความกฎหมายเช่นเดียวกับฝ่ายปกครอง เว้นเสียแต่เป็นเรื่องที่อยู่ในแดนวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ที่ศาลจะไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ ขณะที่ในฝรั่งเศส ศาลจะเข้าไปตรวจสอบการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงไม่ได้ เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีที่

ฝ่ายปกครองปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับถ้อยคำทางกฎหมายไม่เฉพาะเจาะจงอย่างผิดพลาดจนเป็นที่ประจักษ์ชัดแจ้งเท่านั้น

สำหรับประเทศไทย จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยการใช้อำนาจดุลพินิจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ผู้เขียนเห็นว่าศาลปกครองไทยมีแนวโน้มที่เดินตามแนวทางของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสมากกว่าการวินิจฉัยตามแนวทางของศาลปกครองเยอรมันที่มีตัวบทกฎหมายกำหนดถึงหลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเอาไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน และยังมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยรองรับไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองเยอรมันอีกด้วย เพราะพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ของไทยไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้โดยตรงเช่นเดียวกับกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ดังนั้นศาลปกครองไทยจึงต้องอ้างอิงหลักความได้สัดส่วนที่เป็นหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยถึงการใช้ดุลพินิจ ซึ่งจะคล้ายกับฝรั่งเศสที่เหตุผลทางกฎหมายในคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจะอ้างอิงโดยวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วนเป็นสำคัญเพราะไม่มีบทกฎหมายปกครองที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้

อย่างไรก็ตามในกรณีของประเทศฝรั่งเศสปัญหาของการไม่มีตัวบทบัญญัติในกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือการกำหนดอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐนั้น ไม่ได้มีปัญหากระทบต่อคุณภาพและมาตรฐานของคำพิพากษาแต่ประการใด เพราะโดยธรรมชาติหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก็ถูกพัฒนามาจากการให้เหตุผลในคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมาตั้งแต่ต้น รวมทั้งนิติวิธีและรากฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องยาวนานและเป็นระบบนับร้อยปี ต่างจากระบบกฎหมายปกครองของไทยรวมถึงการจัดตั้งศาลปกครองไทยที่เพิ่งเริ่มลงหลักปักฐานได้ไม่นานนัก ดังนั้นในกรณีของประเทศไทยจึงมีประเด็นน่าคิดว่าสมควรจะเดินตามรอยฝรั่งเศสที่ปล่อยให้เป็นเรื่องของการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยขึ้นจากคำพิพากษาศาลปกครองไทยดีหรือไม่ ซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อถัดไป

3. ปัญหาและข้อเสนอแนะในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐโดยศาลปกครองไทย

หากพิจารณาถึงเหตุผลที่ศาลปกครองไทยมีแนวทางในการตัดสินคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐไปในแนวทางของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสนั้นดูจะสอดคล้องกับระบบกฎหมายปกครองในประเทศไทยและข้อเท็จจริงที่ว่าองค์ความรู้กฎหมายปกครองไทยมีอิทธิพลจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสอยู่มากพอสมควรในเรื่องการเรียนการสอนและตำรับตำราต่างๆ ประกอบกับด้วยตัวบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี

พิจารณาตีปกรอง พ.ศ. 2542 ก็ไม่มีมาตราใดที่บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหลักการที่ศาลจะใช้วินิจฉัยว่าใช้อำนาจดุลพินิจใดเป็นไปโดยมิชอบ อย่างที่บัญญัติไว้ในกฎหมายปกครองของเยอรมัน จึงทำให้ศาลปกครองไทยไม่สามารถอ้างอิงตัวบทกฎหมายมาใช้ในการให้เหตุผลตัดสินวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทได้โดยตรง โดยศาลจะต้องไปอาศัยบทกฎหมายที่ให้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องนั้น ตลอดจนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนที่เกี่ยวข้อง รวมถึงหลักกฎหมายที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคือ หลักความได้สัดส่วน นำมาพิจารณาเป็นเหตุผลในข้อกฎหมายว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปโดยมิชอบ ด้วยเหตุใดของบทกฎหมายดังกล่าว

เมื่อศึกษาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองไทยที่เกี่ยวข้องพบว่า ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อาศัยอำนาจตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในการตรวจสอบหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากเหตุการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบโดยศาลปกครองไทยนั้น พบว่ามีแนวทางการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแบ่งได้เป็นสองแนวทาง ดังต่อไปนี้

(1) ศาลจำกัดอำนาจของตนในการควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยไม่เข้าไปวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง พบแนวทางของศาลในการจำกัดอำนาจของตนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น การตัดสินใจกระทำการของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น “การตัดสินใจทางบริหาร” การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยมีลักษณะเป็นดุลพินิจความเชี่ยวชาญ และการใช้อำนาจดุลพินิจอันเป็นการบริหารงานภายในองค์กร

(2) ศาลใช้อำนาจในการควบคุมการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้ศาลปกครองจะจำกัดตนเองอยู่เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นโดยไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบถึงความเหมาะสมของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ไม่เช่นนั้นแล้วจะเป็นกรณีที่ศาลก้าวล่วงเข้าไปเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารแทนฝ่ายปกครองเสียเองอันจะขัดต่อหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง พบกรณี que ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ ได้แก่ การตรวจสอบอำนาจของผู้ที่ใช้ดุลพินิจที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครอง การควบคุมตรวจสอบให้การใช้ดุลพินิจอยู่ในขอบเขตของกฎหมายและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย การควบคุมตรวจสอบให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน และการควบคุมตรวจสอบให้การใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยเหตุผล หลักความเหมาะสม และหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐให้เกิดความพอเหมาะพอควร

การให้เหตุผลในลักษณะเช่นนี้ของศาลปกครอง ผู้ศึกษาเห็นว่าแม้จะสามารถอำนวยความสะดวกทางการปกครองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบของฝ่ายปกครองได้ แต่ด้วยเหตุที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายทั่วไป และการกำหนดนิยามของ “การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ” ไว้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายอย่างไร การตัดสินวินิจฉัยในแต่ละคดีของตุลาการศาลปกครองในองค์คณะก็อาจมีการให้เหตุผลที่ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน จนอาจเกิดข้อสงสัยและไม่เชื่อมั่นในคำพิพากษาของศาลปกครองได้ ตลอดจนไม่สามารถพัฒนาหลักกฎหมายปกครองไทยเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบขึ้นมาให้ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายปกครองไทย ทั้งนี้ปัญหาข้างต้นนี้ มีตัวอย่างที่พบอย่างมากในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคล ซึ่งมีผู้ที่เป็นทนายความที่สนใจคดีปกครองได้นำเสนอรายละเอียดของการวิเคราะห์ถึงแนวทางของคำพิพากษาศาลปกครองที่ไม่ได้เป็นไปในทิศทางเดียวกันอย่างสม่ำเสมอไว้อย่างน่าสนใจเผยแพร่ใน



TULIBS_APA update

oct 2021.pdf

เพลงเพลย์บุ๊กหลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง ดังนี้ (ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, 2557)

“ปัญหาการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในงานบริหารงานบุคคล ถือว่าเป็นเรื่องที่ยากที่จะทำความเข้าใจและมีหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อนในหลายประการ ในปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องประสบ คือปัญหาขอบอำนาจของศาลในการเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าการกระทำทางปกครองกรณีใดบ้าง ที่ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ หรือตรวจสอบไม่ได้ ซึ่งจากการศึกษาตามแนวคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดในกรณีขอบอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการบริหารงานบุคคล พบว่าคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองบางกรณีมีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองว่ากรณีใดศาลเข้าไปตรวจสอบได้ แต่บางกรณีมีความสับสนในการวางหลักเกณฑ์และการปรับใช้กฎหมายที่ยากที่หาทฤษฎีหรือหลักการของกฎหมายมาปรับให้เห็นว่า ศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการตัดสินคดี”

นอกเหนือจากปัญหาที่ปรากฏในการทำหน้าที่ของศาลปกครองในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจในคดีที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลแล้ว จากการศึกษาของ อธิรัฐฯ สระทองอุ่น (2550) เรื่องขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง ก็ได้เสนอปัญหาที่พบจากการศึกษาค้นคว้าอีกข้อหนึ่งที่ศาลปกครองมีการจำกัดอำนาจของตนเองในการเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการไม่รับฟ้องคดีโดยอ้างเหตุว่าเป็นคดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาคดี ตามมาตรา 9 หรือเป็นคดีที่มีปัญหาเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ดังนี้

“... พบว่ากรณีมีทั้งการเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบโดยรับคำฟ้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และในส่วนที่ศาลจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบโดยมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความโดยใช้เหตุตามกฎหมายว่ากรณีเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือเป็นคดีที่ไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองด้วยเหตุต่างๆ โดยยังคงมีปัญหาในส่วนของความชัดเจนของขอบเขตของศาลปกครองและการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบที่ปรากฏอยู่ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่ง...”

ปัญหาการทำหน้าที่ของศาลปกครองไทยในคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงสาเหตุหลักของปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้ศึกษาพบว่ามีความเห็นทางวิชาการที่น่าสนใจ คือ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทสมบุรณ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา นักกฎหมายมหาชนชั้นนำของประเทศที่ได้ทำการประเมินการดำเนินงานของศาลปกครองผ่านการทำคำพิพากษาและได้ชี้ให้เห็นถึงสาเหตุสำคัญ คือ การขาดตัวบทบัญญัติเกี่ยวกับ “หลักของการใช้ (บังคับ) กฎหมายจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย” หลักการนี้นับว่าเกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐและเชื่อมโยงถึงหลักกฎหมายที่ศาลปกครองไทยจะใช้อ้างอิงในการตัดสินวินิจฉัยคดีด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับมุมมองดังกล่าวเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ ความเห็นดังกล่าวอยู่ในบทสัมภาษณ์ให้กับกองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครอง ดังนี้ (อมร จันทสมบุรณ์, 2552, น.6 และ น.44-45)

“... การเกิดศาลปกครองขึ้นในปี 2542 หากเปรียบก็เหมือนกับการขอให้เกิดขึ้นมาก่อน และเป็นที่น่าอนว่าเราคงไม่หวังว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองทุก ๆ เรื่องจะต้องถูกต้องและอยู่ในแนวทางของการแก้ไขปัญหาการบริหาร แต่ขอเอาเพียงเป็น “ส่วนมาก” ก็ยังดี แต่เราไม่ใช่อยากให้คำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นคำวินิจฉัยที่ผิดบ้าง ถูกบ้าง หรือมีแต่คำพิพากษาที่มีแต่ “ผล” หรือ “ข้อยุติ” ของคำวินิจฉัยของศาล แต่หา “ตรรกะ” ของการวินิจฉัยของตุลาการไม่พบ คำวินิจฉัยของศาลปกครองในลักษณะที่เป็นอยู่เป็นส่วนมากขณะนี้ ไม่สามารถสร้าง “หลักกฎหมายทั่วไป” เพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานของระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการได้ และไม่เป็นประโยชน์ในการพัฒนาและยกระดับการบริหารให้ไปข้างหน้าเพราะเป็นเพียงคำวินิจฉัยที่ทำให้ปัญหาเฉพาะหน้าเสร็จไป “เรื่องนี้คงต้องดูระบบทั้งระบบของกฎหมายมหาชนและคงไม่ได้ดูเฉพาะศาลปกครอง แต่สำหรับศาลปกครองก็คงไปไม่ไกลนัก ถ้าดูทั้งระบบก็มีบางส่วนที่น่ายินดีเป็นต้นว่าเรามี “กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ซึ่งเท่ากับเป็น “กฎหมายสารบัญญัติ – substantive law” ที่มาช่วยวางหลักกฎหมายปกครองให้เราโดยไม่ต้อง “รอ” ให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เป็นแต่เพียงว่ากฎหมายฉบับนี้อาจเขียนน้อยไปหน่อยเพราะมีบางส่วนที่ผมเห็นว่าเป็น Key Point สำคัญ ของหลักกฎหมายปกครองที่ควรจะต้องบัญญัติอยู่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่ท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ฯ ไม่ได้เขียนลงไว้ให้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้นว่าหลักของการใช้ (บังคับ) กฎหมายจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งการที่ไม่ได้เขียนหลักนี้ไว้ทำให้เราพัฒนากฎหมายมหาชนลำบาก

ขณะนี้ นักกฎหมายของเรามักจะเถียงกันไม่มีที่สิ้นสุดว่าในการตีความกฎหมายจะเอาถ้อยคำหรือเอาเจตนารมณ์เป็นหลัก และนักกฎหมายของเราต่างคนต่างก็ตีความโดยเล่นสำนวนถ้อยคำ ดังนั้น ถ้าเราต้องการหลักการนี้ให้เป็นหลักของการตีความกฎหมายก็ต้องเขียนเป็นตัวบท เราประเทศไทยไม่มีเวลาที่รอการพัฒนา

“หลักกฎหมายทั่วไป” ขึ้นมาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเพราะนักกฎหมายของเราขาดพื้นฐานในทางนิติปรัชญาและคิดไปไม่ถึง กฎหมายเยอรมันเขาเขียนบทนี้ไว้ชัดเจนในกฎหมายของเขา ทั้งๆ ที่หลักกฎหมายทั่วไปนี้เขาได้พัฒนาขึ้นมาและยึดถือปฏิบัติกันอยู่แล้ว

แต่จะเรียกว่าเป็น “การบังคับ” ก็คงไม่ตรงนัก แต่เป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติที่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้กฎหมายต้อง “ยึดถือ” เจตนารมณ์ของกฎหมายในการทำหน้าที่ของตน ไม่ใช่เล่นถ้อยคำสำนวนกฎหมายกัน เป็น “ศรัทธา” ตามที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คนนั้นอ้างอย่างนั้นคนนี้อ้างอย่างโน้นเลยไม่รู้ว่าจะเอาอย่างไรกันแน่ ตรงนี้ผมเห็นว่า ท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ฯ ร่างกฎหมายฉบับนี้ตกหล่นไปในส่วนสำคัญ แม้ว่าดูเหมือนจะเป็นของเล็กๆ น้อยๆ แต่ผมคิดว่าเป็นสิ่งสำคัญที่สุดสำหรับนักกฎหมายไทยและสำหรับผู้พิพากษาของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในขณะที่ยังการเรียนการสอนวิชากฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของไทยยังไม่มีมาตรฐานเหมือนกับประเทศที่พัฒนาแล้ว และนอกจากนั้นประเทศไทยเรายังมีนิทานพื้นบ้านเรื่องความฉลาดของศรีธนญชัยอยู่อีกด้วย ซึ่งทำให้นักกฎหมายไทยและนักการเมืองของเราอยากฉลาดเหมือนศรีธนญชัย

ถ้าพวกคุณไม่มีหลักกฎหมายว่าด้วย “การใช้กฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย” พวกคุณก็จะพบว่า ในกรณีถ้อยคำในกฎหมายมีความหมายได้หลายอย่างและตีความได้ได้หลายอย่างพวกคุณก็จะไม่มีหลักอะไรอ้างอิงว่าจะ “เลือก” ตีความไปในทางใดและทำไมคุณจึงเลือกตีความในทางนี้ ไม่เลือกตีความในทางอื่น ผมเห็นว่าเพราะการขาดหลักกฎหมายข้อนี้เองที่ทำให้นักกฎหมายไทยเป็น “ศรีธนญชัย” สิ่งเหล่านี้ สามารถเขียนลงไปตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ด้วยถ้อยคำไม่กี่ประโยค แต่ถ้อยคำเหล่านี้มีความสำคัญมหาศาลเพราะช่วยให้นักกฎหมายไทยทั่วประเทศเข้าใจ “กฎหมาย” ได้ง่ายและรวดเร็วดีกว่าที่จะใช้ “เวลา” มาสอนนักศึกษาในมหาวิทยาลัยหรือทำการสัมมนาตุลาการหรือผู้พิพากษา และก็ยังไม่ทราบว่หลักเหล่านี้จะกลายมาเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามคำวินิจฉัยของศาลสำหรับให้ยึดถือในการปฏิบัติราชการได้เมื่อใด”

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้ขอบเขตของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไทยให้มีความชัดเจนขึ้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) โดยแยกกรณีเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายต่าง ๆ ไปอยู่ในอีกมาตราหนึ่ง ซึ่งบัญญัติขอบเขตของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้โดยเฉพาะ และอาจมีการนำหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบจนเกิดเป็นแนวบรรทัดฐานแล้วบัญญัติลงไปด้วย โดยเฉพาะหลักเกณฑ์การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ส่วนกรณีที่ศาลปกครองจะจำกัดอำนาจในการตรวจสอบดุลพินิจก็ควรต้องให้เหตุผลที่ชัดเจนมากกว่าการไม่รับคำฟ้องเพราะเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพียงอย่างเดียว

ฉะนั้น จากการวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครอง ปัญหาสำคัญ คือ การที่ไม่มีตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงเป็นเกณฑ์วินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่ ทั้งในส่วนพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 รับรองไว้ จึงทำให้มีปัญหาในการให้เหตุผลที่ชัดเจนไว้ในคำพิพากษาของศาลรวมถึงการให้เหตุผลทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่สม่ำเสมอ ในการตีความถึงขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐในเรื่องการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

ดังนั้น เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อพิจารณาถึงการตัดสินใจของศาลปกครองโดยอ้างเหตุผลตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ว่าฝ่ายปกครองได้ “ใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ” ซึ่งยังขาดด้วยบทกฎหมายมารองรับและอธิบายความหมายที่ชัดเจนของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบว่ามีลักษณะอย่างไรนั้น จากการศึกษาวิเคราะห์ให้ผู้ศึกษาจึงขอมีข้อเสนอแนะว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยนำรูปแบบการบัญญัติถึงการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบของฝ่ายปกครองและการกำหนดเกณฑ์ในการวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่มีในกฎหมายปกครองเยอรมัน มาเป็นแนวทางในการบัญญัติไว้ในกฎหมายปกครองไทยโดยเนื้อหาของกฎหมายเยอรมันดังกล่าวเป็นดังนี้

มาตรา 40 กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ ค.ศ.1976 (VwVfG) ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการได้ตามดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าว”

มาตรา 114 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเยอรมัน ค.ศ.1960 (VwGO) ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการตามดุลพินิจ ศาลชอบที่จะควบคุมตรวจสอบว่าคำสั่งทางปกครอง หรือการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หรือการไม่กระทำการดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจที่เกินไปกว่าหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือได้ใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น”

สำหรับการเพิ่มเติมเนื้อหาของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น อาจกำหนดเพิ่มขึ้นไว้ในส่วน หมวด 2 คำสั่งทางปกครอง ส่วนที่ 3 การพิจารณา โดยอาจบัญญัติเป็นวรรคสองของมาตรา 28 หรือเพิ่มเป็นมาตรา 28/1 ก็ได้ เนื่องจากเนื้อหาของมาตรา 28 นั้นมีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาในการตรวจสอบข้อเท็จจริงของเรื่องซึ่งเป็นกระบวนการได้ส่วนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจที่บัญญัติไว้ว่า “ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี” ซึ่งถ้อยคำที่ผู้ศึกษาขอเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 28 หรือกำหนดเป็นมาตรา 28/1 เป็นดังนี้

“ร่างมาตรา 28/1 ในการพิจารณาทางปกครองที่ใช้อำนาจดุลพินิจนั้น เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวตลอดจนกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่”

ในส่วนข้อเสนอของการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เพื่อกำหนดเกณฑ์ในการวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น ผู้ศึกษามีประเด็นที่เสนอสองข้อ ดังนี้

ประเด็นแรก ผู้ศึกษาเห็นว่าตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งเป็นบทบัญญัติถึงลักษณะของคดีปกครองที่เป็นเขตอำนาจของศาลปกครองที่มีความสำคัญ โดยมีการระบุถึงลักษณะของคดีไว้หลายกรณีไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร รวมทั้งคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วยนั้น ในกรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ควรแยกออกไปบัญญัติเป็นอีกมาตราต่างหาก เนื่องจากคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น มีลักษณะเฉพาะที่ต้องอธิบายความหมายและลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบว่าเป็นอย่างไร

การเขียนถ้อยคำรวมไว้กับเหตุอื่น ๆ ที่เป็นลักษณะข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการวินิจฉัยให้เหตุผลของศาลปกครองได้ ตลอดจนหน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐและประชาชนก็อาจทราบได้ว่า “ดุลพินิจโดยมิชอบ” นั้น มีลักษณะทางกฎหมายอย่างไร ขณะเดียวกันถ้าพิจารณาในทางข้อเท็จจริงคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น มักจะเป็นประเด็นที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลปกครองมากพอสมควร การแยกบทบัญญัติเกี่ยวกับการวินิจฉัยเรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ออกมาต่างหากจากเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่นๆ ย่อมจะเป็นประโยชน์ที่จะทำให้เกิดความชัดเจนในตัวบทกฎหมายมากขึ้น ที่ศาลจะใช้อ้างอิงเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบอย่างไร แทนที่จะกล่าวให้เหตุผลอย่างรวม ๆ แล้วสรุปว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบโดยไม่ได้อธิบายอ้างอิงถึงหลักกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครอง

ทั้งนี้ ในอดีตการที่กฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครองไทยไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องดุลพินิจโดยมิชอบมาตั้งแต่ต้นก็อาจวิเคราะห์ได้ว่าผู้ร่างกฎหมายต้องการให้ศาลปกครองเป็นผู้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองไทยในดุลพินิจโดยมิชอบขึ้น จากการวินิจฉัยคดีปกครองต่างๆ ซึ่งในระยะแรกของการจัดตั้งศาลปกครองไทยนับตั้งแต่ พ.ศ.2542 ที่กฎหมายได้ประกาศใช้เป็นต้นมา บรรยายลักษณะนั้นกฎหมายปกครองไทยเพิ่งเริ่มลงหลักปักฐานด้วยการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และกฎหมายปกครองอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายกลาง มิใช่กฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง นอกจากนี้ บุคลากรด้านกฎหมายไม่อาจจะเป็น

ตุลาการศาลปกครอง พนักงานคดีปกครอง รวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐต่างๆ ก็เพิ่งเริ่มที่จะได้ศึกษาเรียนรู้หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั้งในต่างประเทศและของไทย ความรู้ความเข้าใจต่าง ๆ ก็อาจยังไม่แจ่มชัดนัก การที่ไม่ได้บัญญัติถึงลักษณะของการใช้อำนาจตุลพินิจโดยมิชอบไว้เป็นตัวบทที่ชัดเจนก็อาจเป็นข้อดีที่เปิดโอกาสให้ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองในเรื่องนี้จากการตัดสินคดี (Case Law) ตามอย่างศาลปกครองปกครองของฝรั่งเศส รวมถึงความคุ้นเคยในการเรียนการสอนวิชากฎหมายปกครองในประเทศไทยที่รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสอยู่พอสมควร

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงภาพรวมของระบบกฎหมายปกครองไทยและการออกแบบศาลปกครองที่ได้จัดตั้งขึ้นตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นในการให้เหตุผลของคำพิพากษาศาลปกครองที่ผ่านมา ผู้ศึกษาเห็นว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2542 ก็มีอิทธิพลของกฎหมายปกครองเยอรมันอยู่มากเช่นกัน แต่ในการร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายศาลปกครองไทย ก็ได้นำมาปรับใช้ทั้งหมด ซึ่งปัจจุบันถ้าจะได้นำหลักเกณฑ์การวินิจฉัยอำนาจตุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐของศาลปกครองเยอรมันมาบัญญัติไว้ในกฎหมายศาลปกครองไทยก็น่าจะมีความเหมาะสมและถึงเวลาที่สมควรแล้วที่จะมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้ศาลปกครองไทยและเจ้าหน้าที่รัฐได้อ้างอิงเป็นเกณฑ์ในการตัดสินวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลพินิจโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความชัดเจนเช่นเดียวกับกฎหมายปกครองเยอรมันเพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากยิ่งขึ้น รวมถึงทำให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับทราบและจะได้ยึดถือหลักการที่ถูกต้องในการใช้อำนาจตุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายต่อไป โดยผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นนี้น่าจะดีกว่าการรอเวลาในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองไทยโดยคำพิพากษาศาลปกครองขึ้น ซึ่งแม้มีข้อดีในเรื่องความยืดหยุ่นและให้อำนาจตุลพินิจของศาลในการตีความวินิจฉัยคดีแต่ก็มีความไม่ชัดเจนของตัวบทที่เป็นปัญหาสำคัญส่งผลกระทบต่อคุณภาพของคำพิพากษาศาลปกครองได้

ประเด็นที่สอง สืบเนื่องจากเหตุผลที่กล่าวมาในประเด็นแรก ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรนำบทบัญญัติของมาตรา 114 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเยอรมัน นำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เพื่อให้เป็นบทกฎหมายที่อธิบายลักษณะของการใช้อำนาจตุลพินิจโดยมิชอบที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับของการให้อำนาจศาลปกครองในการวินิจฉัยการใช้อำนาจตุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตราที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่ได้มีการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งเนื้อหาของบทบัญญัติที่ควรเพิ่มเติมขึ้นใหม่ในกฎหมายศาลปกครองไทยนั้น ผู้ศึกษาขอเสนอไว้เป็นมาตรา 9/1 ดังนี้

“ร่างมาตรา 9/1 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตุลพินิจตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ศาลย่อมมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองหรือการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือการไม่กระทำการ

ดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ อันเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจที่เกินไปกว่าหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือได้ใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐ”

ผู้เขียนเชื่อมั่นว่าหากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ตามแนวทางที่ปรากฏในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมันและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองเยอรมัน จะสามารถช่วยแก้ไขปัญหาคำพิพากษาที่ไม่มีความชัดเจนในการกำหนดกฎหมายเกณฑ์ให้ศาลปกครองไทยวินิจฉัยเรื่องดุลพินิจโดยมิชอบในปัจจุบันได้ ส่งผลให้การตัดสินพิพากษาคดีของศาลปกครองเกิดความชัดเจนในการให้เหตุผลทางกฎหมายที่เป็นไปในทิศทางเดียวกันมีเอกภาพ ก่อให้เกิดมาตรฐานคุณภาพของคำพิพากษาศาลปกครองในการคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังจะช่วยให้ศาลปกครองไม่ถูกสาธารณชนพากษ์วิจารณ์ด้วยความเข้าใจผิดในกรณีที่ศาลเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าจะเป็นการเข้าไปแทรกแซงดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือไม่ เพราะมีบทกฎหมายที่รองรับอำนาจและกำหนดขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐโดยศาลปกครองไว้อย่างชัดเจนแล้ว

บทสรุป

จากการศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดไทยเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลปกครองต่างประเทศเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะเห็นได้ว่ามีมาตรฐานและคำพิพากษาที่ได้รับการยอมรับว่ามีคุณภาพเป็นส่วนใหญ่ โดยเหตุผลที่ศาลปกครองได้ใช้นั้นสามารถอธิบายได้ด้วยหลักกฎหมายปกครองและตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงคำพิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ยังพบถึงปัญหาบางประการที่สำคัญ ได้แก่ ปัญหาความชัดเจนในการให้เหตุผลประกอบในการวินิจฉัยคดี ความต่อเนื่องสม่ำเสมอในแนวคำพิพากษาที่ได้วางไว้ ซึ่งสาเหตุหลักที่ผู้ศึกษาค้นพบจากการศึกษาวิเคราะห์มาจากการขาดบทบัญญัติกฎหมายที่จะเป็นฐานอ้างอิงในการให้เหตุผลวินิจฉัยคดีถึงลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบซึ่งไม่ปรากฏทั้งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 การไม่ปรากฏตัวบทบัญญัติของกฎหมายโดยตรงในเรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่งผลให้ศาลปกครองไม่มีกฎหมายแม่บทมาปรับใช้โดยตรง ต้องไปอ้างอิงถึงหลักกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาใช้เป็นเหตุผลหลักในการตัดสิน

ว่าเจ้าหน้าที่รัฐมีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วย เพราะมีการละเมิดหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควรกว่าเหตุหรือไม่

ทั้งนี้ ในปัจจุบันตามที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 28 เมษายน พ.ศ.2563 ให้ความเห็นชอบหลักการในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอและให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดทำร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่...) พ.ศ. ตามหลักการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอโดยให้ความเห็นของกระทรวงการคลังและสำนักงานศาลปกครองไปประกอบการพิจารณาด้วยนั้น ก็เป็นเรื่องที่น่ายินดีว่าประเด็นการแก้ไขเกี่ยวกับบทบัญญัติการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ได้รับการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยโดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครั้งนี้ คือ การอำนวยความสะดวก ให้ความเป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิของบุคคลเพื่อลดความเหลื่อมล้ำทางกฎหมายซึ่งมีหลักการที่สำคัญในส่วนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง โดยได้กำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดให้การใช้อำนาจดุลพินิจจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจและอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย กำหนดหลักเกี่ยวกับแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจและการคุ้มครองความเชื่อถือของบุคคลในการตีความกฎหมายของหน่วยงานรัฐ

กล่าวโดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครองไทยนั้น การที่จะรอให้ศาลปกครองได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในเรื่องนี้ขึ้นมาจากคำพิพากษาศาลที่ได้ตัดสินไว้นั้นเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานานพอสมควร แม้จะก่อให้เกิดการพัฒนาในเชิงหลักกฎหมายและมีความยืดหยุ่น แต่อาจไม่สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงของการปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย ที่เจ้าหน้าที่รัฐส่วนใหญ่ยังไม่ตระหนักถึงการใช้อำนาจที่ต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นหลักสำคัญ รวมถึงปัญหาของคำพิพากษาที่เกิดขึ้นในเรื่องความไม่ชัดเจนในการให้เหตุผล และขาดบทกฎหมายรองรับใช้อ้างอิงโดยตรงในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทย ซึ่งข้อเสนอแนะของผู้เขียนในบทความนี้ที่เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว ก็น่าจะช่วยแก้ไขปัญหาการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศไทยได้อย่างเป็นระบบ ทั้งในส่วนการป้องกันไม่ให้มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วยโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดขึ้นเพราะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นกรอบในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ยึดถือปฏิบัติ และช่วยแก้ไขปัญหาค้นตอนการพิจารณาคดีของศาลปกครองให้ตุลาการศาลปกครองได้มีตัวบทกฎหมายอ้างอิงอย่างชัดเจนมากขึ้นในการตัดสินวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เอกสารอ้างอิง

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเยอรมัน ค.ศ. 1960 (VwGO).

กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ของเยอรมนี ค.ศ. 1976 (VwVfG).

- กองบรรณาธิการวารสารวิชาการศาลปกครอง. (2552). บทสัมภาษณ์ ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*. 9(3), 6-45.
- ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (2557). อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในคดีบริหารงานบุคคล' (เฟซบุ๊กหลักกฎหมายปกครองวันละเรื่อง, วันที่ 25 พฤศจิกายน 2557). สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2565, จาก https://www.facebook.com/DroitAdministrative/?locale=th_TH.
- ธีรธัญญา สรรพทองอุ่น. (2550). ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).
- ปราณี สุขศรี. (ม.ป.ป.). *หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)*. (เอกสารอัดสำเนา).
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542
- พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560
- ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. (2547). *รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว.
- สงกรานต์ ป้องบุญจันทร์. (2555). *การควบคุมอำนาจดุลพินิจวินิจัยของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลปกครองเยอรมันและศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).