

การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง
ของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครอง

วนิดา โกงเหลง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2556

**The Administrative Court's Judicial Review of the Discretion of the
Promotion Order for Governmental Officials**

Wanida Kongleng

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2013

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครอง
ชื่อผู้เขียน	วนิดา โกงเหลง
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน เพื่อศึกษาเหตุที่ทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเหตุที่ศาลปกครองไทยใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ตลอดจนหาแนวทางที่เหมาะสมในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน

จากการศึกษาพบว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครองไทย มีความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว ว่าเหตุที่ศาลใช้ในการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น เกิดจากผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือคำสั่งนั้นออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากกรณีความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง จากการศึกษายังพบว่า ศาลปกครองไม่มีความชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช่อำนาจดุลพินิจ เพราะในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งหรือที่เรียกว่าชี้ตอกไว้ ศาลปกครองยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนว่าควร

ควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจตามแนวทางดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเพียงใด เพื่อให้การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการได้รับผลกระทบน้อยที่สุด นอกจากนี้ ศาลปกครองได้เข้าไปควบคุมความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ในการประเมินผลงานทางวิชาการ โดยที่ศาลปกครองไม่ใช่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญที่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลใดมีความเหมาะสมในการทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ฝ่ายปกครองอาจมีเหตุผลสำคัญที่ต้องแต่งตั้งบุคคลในลักษณะเช่นนั้นเพื่อให้การบริหารงานบุคคลภาครัฐดำเนินต่อไปได้

จากการศึกษาพบว่า คำสั่งเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งในประเทศฝรั่งเศสเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งจึงมีหลักการเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น กล่าวคือ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเกิดเหตุบกพร่องจนส่งผลถึงความชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่ต้องพิจารณาถึงการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ส่วนกรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองฝรั่งเศสก็จะควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจตามที่ได้รับมอบอำนาจอย่างอิสระ และการปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดุลพินิจถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับขอบเขตในการควบคุมดุลพินิจในลักษณะทำนองนี้ ศาลปกครองเยอรมนีและศาลปกครองฝรั่งเศสก็เข้าไปในแนวทางเดียวกัน โดยจะให้ความเคารพต่อเนื้อหาของดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้เป็นกรณีที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และต้องใช้เทคนิคในการพิจารณาสูง จึงปล่อยให้เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้

ดังที่กล่าวมาข้างต้น ศาลปกครองไทยควรมีการนำแนวคิดและหลักการในต่างประเทศมาปรับใช้ เพื่อให้การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนถูกต้องตามหลักกฎหมาย เป็นไปตามแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และมีความชัดเจนเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

Thesis Title	The Administrative Court's Judicial Review of the Discretion of the Promotion Order for Governmental Officials
Author	Wanida Kongleng
Thesis Advisor	Professor Dr. Phaisith Phipatanakul
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

The goal of this study is to examine the discretion of the state agencies or administrative officials in issuing a promotion order for governmental officials in order to explore the causes of unlawful promotion orders and reasons that the Administrative Court of Thailand applied in the judicial review of such order including seeking for a proper guideline to control the discretion of the promotion order.

According to the research, application to the law by the Administrative Court in reviewing the legitimacy of the promotion order is obscure. This is because the administrative orders were not issued by an authorized agency or person or such orders were not comply with the legal process or the agencies or the officials abuse their discretion in issuing the promotion order.

In addition to unclear application to law of judicial review of the promotion order, it is also found that judicial review of the discretion by the Administrative Court remains inexplicit. In the event that the agencies or officials had set the direction to make discretion in issuing the promotion order, the Administrative Court has no certain way to strictly control the agencies or officials to comply with such direction in order to abide with legislative intent and make the least impact on governmental officials' interest. Furthermore, the Administrative Court had controlled the discretion of the appointment of an academic research examiner. However, the Court had no special knowledge to consider an appropriate person for this position, while the agencies know the qualification of a person who is fit for this position better. The agencies may have special reasons to appoint such person in order to run the human management effectively.

Concerning the French legal system, a promotion order is a type of an administrative order, therefore; the judicial review of such order followed the same principle as the other administrative orders. In other words, when the administrative order is not legitimate because an agency or official who issued the order is not authorized, the Administrative Court has the power to withdraw such order without considering the discretion of the agency or the official. In the case that laws provide power to the agencies or officials to make discretion, the Court would review only the legitimacy and allows the agencies or officials independently make their own decision. Rejection to make discretion when required by law is an illegal administrative action. The German Administrative Court applies the same principle as the French Administrative Court. Both French and German Courts do not interfere with the discretion of the state agencies or governmental officials particularly when special knowledge is required.

In conclusion, the Thai Administrative Court should apply concept and principle from the foreign Courts in order to control legality of the discretion in issuing promotion order. Therefore, the discretion of the order would comply with the same direction of legal concept and principle of the discretion by the administrative agency.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาและอนุเคราะห์จากอาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาที่ให้คำแนะนำ ตลอดจนตรวจร่างวิทยานิพนธ์ จึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. วีระ โลจายะ ประธานกรรมการ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พรชัย เลื่อนฉวี ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ คณะกรรมการตรวจสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้กรุณาชี้แนะประเด็นอันเป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ ข้อคิดเห็นต่างๆ และตอบข้อสงสัยที่เกิดจากการทำวิทยานิพนธ์นี้ด้วยความเมตตา ตลอดจนช่วยเหลือในการตรวจสอบจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง

ผู้เขียนยังขอขอบคุณนายกฤษฎา จันท์เจริญ ที่ได้ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นายอรรถพล พรหมสุวรรณ ที่คอยแก้ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในขณะดำเนินการจัดทำ นางสาวราภรณ์ คำปาเชื้อ นางสาวชุลีวรรณ เม่งสังข์ และนางสาวสรินญา เรืองพยุงศักดิ์ ที่ให้ความช่วยเหลือในการจัดพิมพ์และพิสูจน์อักษร และขอขอบคุณนายพัชร พันธุ์สุวรรณ ที่คอยอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอโน้มรำลึกถึงพระคุณบิดามารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน ซึ่งไม่อาจกล่าวไว้ได้ทั้งหมด ณ ที่นี้ สำหรับกำลังใจ และความห่วงใย ตลอดจนรุ่นพี่และรุ่นน้อง นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน รุ่น 52 เพื่อนร่วมงานที่ศาลปกครองทุกคนที่สละเวลาให้ความช่วยเหลือในการให้คำปรึกษา ค้นคว้าหาข้อมูล จนเป็นผลให้การศึกษาระดับมหาบัณฑิตของผู้เขียนสำเร็จลุล่วงไปได้

ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้าง และขออน้อมอุทิศให้แก่คณาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทความรู้ให้แก่ผู้เขียนตลอดมา แต่หากวิทยานิพนธ์นี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขออน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

วนิดา โกงเหลง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	7
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	9
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
2. หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการไทยและการใช้ดุลพินิจ ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง.....	11
2.1 การเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการไทย	11
2.1.1 ความหมายของการเลื่อนตำแหน่ง.....	12
2.1.2 ประเภทของข้าราชการ	13
2.1.3 การกำหนดตำแหน่ง.....	14
2.1.4 การเลื่อนตำแหน่ง.....	19
2.2 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง	25
2.2.1 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง.....	26
2.2.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง.....	29
2.2.3 ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง	33
2.2.4 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง.....	43
3. หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศ.....	51
3.1 หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	52
3.1.1 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง	52

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.1.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง.....	53
3.1.3 คุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง.....	57
3.1.4 ความบกพร่องของการใช้คุณพินิจในการออก คำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง.....	59
3.1.5 การควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง	61
3.1.6 การควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยศาลปกครองเยอรมนี.....	63
3.1.7 แนวคิดและทฤษฎีที่ศาลปกครองเยอรมนีนำมาใช้ ในการควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง.....	65
3.2 หลักการควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส	67
3.2.1 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง.....	68
3.2.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง.....	70
3.2.3 อำนาจคุณพินิจของฝ่ายปกครอง	79
3.2.4 ความบกพร่องของการใช้คุณพินิจในการออก คำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง.....	81
3.2.5 การควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยศาลปกครองฝรั่งเศส	82
3.2.6 แนวคิดและทฤษฎีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสนำมาใช้ ในการควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง.....	85
4. การควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ของข้าราชการฝ่ายพลเรือนในประเทศไทย.....	91
4.1 การควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง.....	91
4.1.1 การควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์.....	92
4.1.2 การควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยศาลยุติธรรม	94

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยศาลปกครอง	97
4.2.1 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ไม่ชอบด้วยเหตุคำสั่งออกโดยผู้ไม่มีอำนาจ.....	102
4.2.2 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ไม่ชอบด้วยเหตุออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ	106
4.2.3 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ไม่ชอบด้วยเหตุออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย	120
4.2.4 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ไม่ชอบด้วยเหตุออกโดยบิดเบือนอำนาจ.....	133
5. วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครองไทย	134
5.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาใช้ ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย	135
5.1.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาใช้ ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย.....	135
5.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมาย มาใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย	141
5.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ	146
5.2.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ.....	146
5.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบ ด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ...	152
5.3 ปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน	155
5.3.1 ปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน	155

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหามหาขอบเขตการควบคุมคุณภาพ ในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน	160
6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	164
6.1 บทสรุป	164
6.2 ข้อเสนอแนะ	166
บรรณานุกรม	171
ประวัติผู้เขียน	179

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การบริหารงานบุคคลภาครัฐของไทยมีขั้นตอนที่สำคัญตั้งแต่การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ารับราชการ วิธีการสรรหาและคัดเลือก การทดลองปฏิบัติหน้าที่ราชการ การบรรจุและแต่งตั้ง การย้าย การประเมินผลการปฏิบัติงาน การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การพ้นสภาพ การเป็นข้าราชการ การร้องทุกข์ ตลอดจนการดำเนินการทางวินัยข้าราชการ¹ โดยมีกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเป็นหลักการสำคัญของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการฝ่ายพลเรือน ในขณะที่ด้วยกันกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทอื่นก็จะนำบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาอนุโลมใช้หรือมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้ในตนเองด้วยกัน ฉะนั้น กระบวนการบริหารงานบุคคลภาครัฐจึงถูกกำหนดโดยกฎหมายต่างๆ หลายฉบับ

จากที่กล่าวข้างต้น ขั้นตอนหรือวิธีการต่างๆ ยังต้องอยู่ภายใต้ นโยบายการบริหารงานบุคคลและแนวปฏิบัติต่างๆ ที่กำหนดโดยองค์กรกลางบริหารงานบุคคล ซึ่งก็คือคณะกรรมการข้าราชการตามประเภทของข้าราชการนั้นๆ โดยในบรรดาคณะกรรมการต่างๆ ที่มีอยู่เป็นจำนวนมากนั้น คณะกรรมการที่ทำหน้าที่เป็นต้นแบบให้คณะกรรมการอื่นๆ ก็คือ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)² เพื่อให้การบริหารงานบุคคลภาครัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่ในกระบวนการบริหารงานบุคคลภาครัฐในแต่ละขั้นตอนมักจะมีกรณีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับข้าราชการในสังกัดตลอดมา โดยเฉพาะ “การเลื่อนตำแหน่ง” ที่เป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีกรณีพิพาทเป็นจำนวนมากในแต่ละหน่วยงานของรัฐ แต่โดยที่ข้าราชการแต่ละประเภทก็จะมี

¹บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (น. 6-7), โดย สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, 2549, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

²แหล่งเดิม. (น. 5-6).

ขั้นตอนหรือวิธีการในการเลื่อนตำแหน่งแตกต่างกันออกไป ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายของข้าราชการประเภทนั้นๆ กำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม ขั้นตอนหรือวิธีการในการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการแต่ละประเภทก็มักจะไปในทำนองเดียวกันกับกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ที่กำหนดให้ข้าราชการสามารถเลื่อนตำแหน่งได้ต่อเมื่อผ่านการสอบแข่งขัน สอบคัดเลือก หรือการได้รับคัดเลือก และเมื่อข้าราชการผู้ใดผ่านขั้นตอนหรือวิธีการเลื่อนตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะทำการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเพื่อแต่งตั้งให้ข้าราชการผู้นั้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงมีผลกระทบต่อความก้าวหน้าและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการโดยตรง

การเกิดกรณีพิพาทจากการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น มาจากสาเหตุหลายประการด้วยกัน ทั้งเหตุอันเกิดจากการใช้และการตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ความไม่โปร่งใสในการพิจารณาในระบบราชการ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด การใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ตลอดจนความรู้ความเข้าใจของข้าราชการเอง³ ปัญหาการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการจึงเป็นปัญหาหนึ่งที่ก่อให้เกิดกรณีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับข้าราชการในสังกัด

การใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง เป็นอำนาจชนิดหนึ่งที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครอง ที่โดยหลักการแล้วอำนาจของฝ่ายปกครองจะมีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ อำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ ซึ่งอำนาจผูกพันก็คือหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการตามที่กำหนดไว้เท่านั้น จะกระทำการเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้⁴ ส่วนอำนาจดุลพินิจนั้น กฎหมายจะกำหนดให้

³แหล่งเดิม. (น. 90-124).

⁴ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 86-87), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

ฝ่ายปกครองสามารถเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ โดยอิสระ⁵ และสิ่งเหล่านั้นล้วนเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น การที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมส่งผลให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะเดียวกัน หากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจ แต่ฝ่ายปกครองกลับใช้อำนาจนั้นในลักษณะของการใช้อำนาจผูกพันก็ย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งแล้วจะเห็นได้ว่า คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ดังนั้น หากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งบกพร่องไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย หรือออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ หรือไม่ถูกต้องตามแบบตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงต้องพิจารณาเกี่ยวกับเหตุดังกล่าวข้างต้นด้วย เพื่อที่จะสามารถดำเนินการแก้ไขได้อย่างถูกต้อง ซึ่งในการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พบว่า มีทั้งการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง คือ การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ภายในของฝ่ายปกครอง และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง คือ องค์กรตุลาการหรือศาลนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ที่ควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจภายในกรอบของกฎหมายนั้นเป็นการควบคุมตรวจสอบที่ดีที่สุด แต่ในการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการมีข้อจำกัด เนื่องจากศาลต้องควบคุมตรวจสอบเฉพาะแต่ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น กล่าวคือ ศาลจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองกระทำการภายในขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ฉะนั้น หากศาลเห็นว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะดำเนินการเพิกถอนและแก้ไขเยียวยาภายในกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น โดยเฉพาะการควบคุมดุลพินิจ ศาลไม่มีอำนาจควบคุมความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง เพราะจะเท่ากับว่าศาลเข้าไปใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะมอบหมายให้อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

⁵คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (น. 119), โดย จิรนิติ หะวานนท์, 2553, กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

แทนที่ฝ่ายปกครอง ศาลเองจึงไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะควบคุมความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองได้ แต่ศาลจะไม่ปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่เหมาะสมอย่างชัดแจ้งมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย⁶

สำหรับศาลปกครองไทย มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...” และจากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้รับรองอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การควบคุมการใช้ดุลพินิจเป็นเหตุหนึ่งที่กฎหมายรับรองให้ศาลปกครองกระทำได้ในฐานะเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นเหตุให้ศาลปกครองพิพากษาหรือสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำนั้นๆ ได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอาจถือได้ว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นๆ เช่น การกระทำโดยไม่สุจริต การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร เป็นเหตุที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยเช่นกัน การบัญญัติถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) จึงเป็นไป

⁶ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 86). เล่มเดิม.

เพื่อให้ครอบคลุมถึงการใช้ดุลพินิจที่มีขอบด้วยเหตุประการอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ดังกล่าวแล้ว
นั่นเอง⁷

การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเพื่อแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้นนั้น
แม้จะเป็นระบบบริหารงานบุคคลภาครัฐ แต่การกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่
ของข้าราชการ เมื่อเกิดเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลปกครองจึงต้องทำการควบคุม แต่ในการ
ควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับ
ตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยศาลปกครองไทย พบว่า

1) การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออก
คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่เป็นไปตามหลักการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเหตุ
ที่ศาลใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งว่าเกิดจากการใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย
แท้จริงแล้วเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับ
ตำแหน่งเพราะเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย หรือออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอน
หรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง
มีหลักในการพิจารณาพิพากษาแตกต่างจากการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุอื่นๆ
การที่ศาลปกครองเห็นว่า คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุผู้ออกคำสั่ง
ไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย หรือออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด
ส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งและแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง
สูงขึ้นไม่ชอบด้วยนั้น จึงไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และโดย
หลักแล้วคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจมีข้อบกพร่องจนส่งผลให้คำสั่ง
ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุต่างๆ ได้ ดังเช่นคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น ส่วนการใช้
ดุลพินิจไม่ชอบในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็เป็นเพียงเหตุประการหนึ่งที่ส่งผลให้คำสั่งนั้น
ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) กรณีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากการไม่ใช่อำนาจดุลพินิจของหน่วยงาน
ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่

⁷สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 33-34), โดย สำนักวิจัยและวิชาการ
สำนักงานศาลปกครอง, 2548, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

ของรัฐในการใช้ดุลพินิจ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะต้องใช้อำนาจดังกล่าว โดยอิสระ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจภายในกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ได้ปฏิบัติกันมา ย่อมทำให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ศาลปกครองไม่ควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยแท้จริง แต่ยอมรับให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยเคร่งครัดกับแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ได้กำหนดขึ้น ย่อมเป็นการที่ศาลปกครองยอมรับในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะการใช้อำนาจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย และเป็นการใช้อำนาจในลักษณะของการใช้อำนาจผูกพัน ย่อมส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ได้รับการควบคุมและตรวจสอบ รวมถึงข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยา และเป็นการกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของข้าราชการผู้นั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

3) การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในบางกรณีของศาลปกครองมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจแทนหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ที่โดยหลักการแล้วการควบคุมดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในกรณีดังกล่าว ศาลควรจะเข้าไปควบคุมในขอบเขตที่จำกัด หรือเข้าไปทบทวนและเพิกถอนการใช้อำนาจนั้น เฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจผิดพลาดอย่างชัดเจน อันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่ถูกต้อง ซึ่งวิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถพิจารณามองเห็นได้โดยไม่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญใดๆ เพราะหากองค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมทุกอย่างอาจจะเป็นการวินิจฉัยในลักษณะที่เป็นการใช้ดุลพินิจแทนที่ฝ่ายปกครอง ประกอบกับการพิจารณาแต่งตั้งหรือคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้ตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความประพฤติและประวัติการรับราชการ โดยจะต้องเป็นผู้ที่มีผลงานเป็นที่ประจักษ์ ภายใต้หลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนหรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทอื่นกำหนดไว้ รวมทั้งระเบียบ

และหลักเกณฑ์ที่ส่วนราชการกำหนดขึ้น อันถือเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ คำวินิจฉัยของศาลในลักษณะเช่นนี้จึงย่อมมีผลกระทบต่อระบบการบริหารงานบุคคลภาครัฐที่เป็นกลไกสำคัญของฝ่ายปกครองที่มีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องและการพิจารณาว่าผลงานเรื่องใดมีคุณภาพหรือบุคคลใดควรแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นเป็นเรื่องทางเทคนิค ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งองค์กรศาลไม่ใช่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านนี้

การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้การออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจึงต้องควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้เพื่อให้ข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวได้รับการเยียวยาแก้ไข แต่เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง การควบคุมตรวจสอบก็ต้องเป็นไปตามหลักการที่ถูกต้อง เพื่อเป็นแนวทางให้แก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการพิจารณาออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง และเมื่อการเลื่อนตำแหน่งส่วนใหญ่จะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน หรือนำบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาอนุโลมใช้หรือมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือวิธีการต่างๆ ไว้ในทำนองเดียวกัน การควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนจึงเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการออกคำสั่งให้เป็นไปอย่างเหมาะสมต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน
- 2) เพื่อศึกษาเหตุที่ทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- 3) เพื่อศึกษาเหตุที่ศาลปกครองไทยใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน

4) เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง หากคำสั่งดังกล่าวออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้นถูกควบคุมตรวจสอบได้ทั้งเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย หรือเหตุออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ หรือไม่ถูกต้องตามแบบตามที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะเหตุการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นในการควบคุมตรวจสอบ ศาลปกครองจะต้องพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณีดังกล่าวข้างต้น ซึ่งหากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีความบกพร่องมาจากเหตุใด ศาลปกครองก็จะต้องนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษา และสามารถพิพากษาเพิกถอนคำสั่งนั้นได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นมีความบกพร่องอันเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลก็จะต้องนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองมาใช้ประกอบในการพิจารณาพิพากษา โดยจะต้องพิจารณาไปถึงความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ อันจะแตกต่างกับการพิจารณาพิพากษาอันเนื่องมาจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งซึ่งเกิดจากเหตุอื่น และการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของศาลปกครองก็ควรจะจำกัดอำนาจหรือมีขอบเขตในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะคำวินิจฉัยของศาลย่อมมีผลกระทบต่อระบบการบริหารงานบุคคลภาครัฐอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยถูกต้องตามหลักกฎหมายย่อมทำให้ข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งดังกล่าวได้รับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับตามกฎหมายอย่างเป็นธรรม เพราะคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งส่งผลต่อสิทธิประโยชน์ในด้านต่างๆ ของข้าราชการโดยตรง ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้นำเสนอแนวคิดและทฤษฎีในต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการปรับใช้ เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานบุคคลภาครัฐของไทยต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงความหมาย หลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่ง ตลอดจนเหตุที่ทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจ ความบกพร่องในการใช้อำนาจดุลพินิจ และการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แนวคำพิพากษา และคำสั่งของศาลปกครองเกี่ยวกับการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน ปัญหาในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและผลกระทบจากการที่ศาลปกครองเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน นอกจากนี้ยังศึกษาถึงแนวทางในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน เพื่อเป็นแนวทางในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองไทยต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีการศึกษา ค้นคว้าและวิจัยทางเอกสาร โดยศึกษาจากหนังสือและตำราในห้องสมุดต่างๆ ทั้งภาครัฐ และภาคเอกชน บทความ เอกสารทางวิชาการ คำพิพากษาศาลปกครอง คำพิพากษาศาลฎีกา บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ วิทยานิพนธ์ และจากอาจารย์และผู้ทรงคุณวุฒิ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) เพื่อให้การใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนเป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง
- 2) เพื่อให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้รับการควบคุมตรวจสอบ และแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
- 3) เพื่อให้การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครองไทยเป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องดุลพินิจ

4) เพื่อกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครองไทย

DPU

บทที่ 2

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการไทย และการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

การบริหารงานบุคคลภาครัฐมีหลายขั้นตอนและไม่ว่าขั้นตอนใดย่อมมีผลต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ โดยเฉพาะในด้านสิทธิประโยชน์ที่ข้าราชการผู้นั้นพึงได้รับ ซึ่งในการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการ หากข้าราชการมีคุณสมบัติและได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว แต่ไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งก็ย่อมมีผลต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ กระทบต่อสิทธิประโยชน์ในด้านต่างๆ ที่ตนควรจะได้รับเช่นเดียวกัน ซึ่งในการพิจารณาเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการ “ดุลพินิจ” เป็นสิ่งที่มีความเกี่ยวข้อง และมีผลต่อการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการ เพราะหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยไม่ถูกต้องไม่สุจริต ย่อมมีผลโดยตรงต่อข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง จึงต้องมีการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ เพื่อให้ข้าราชการซึ่งเป็นบุคลากรที่สำคัญของรัฐได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ซึ่งองค์กรที่ได้รับการยอมรับในการควบคุมดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดคือองค์กรตุลาการ นั่นคือ “ศาลปกครอง”

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการไทยและการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่จะต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเพื่อจะได้ทราบถึงความหมาย หลักเกณฑ์ของการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการไทย การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ตลอดจนการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งตามระบบกฎหมายไทย

2.1 การเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการไทย

การเลื่อนตำแหน่งเป็นกระบวนการบริหารงานบุคคลภาครัฐขั้นตอนหนึ่ง ที่เสริมสร้างแรงจูงใจและขวัญกำลังใจในการทำงานให้แก่ข้าราชการ สร้างหลักประกันความมั่นคงในอาชีพ ทำให้ข้าราชการมีความก้าวหน้า และพัฒนาตนเองเพื่อไปสู่ตำแหน่งที่สูงขึ้น และเมื่อการเลื่อนตำแหน่งทำให้ได้รับค่าตอบแทนหรือเงินเดือนที่สูงขึ้น จึงเป็นปัจจัยที่ทำให้ข้าราชการต้องการที่จะ

ได้รับการเลื่อนตำแหน่ง⁸ ส่งผลให้หน่วยงานของรัฐมีบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถเพื่อพัฒนาองค์กรให้ก้าวหน้าและส่งผลดีต่อระบบราชการ ซึ่งในแต่ละประเภทของข้าราชการจะมีการกำหนดวิธีการเลื่อนตำแหน่งแตกต่างกันออกไป โดยในที่นี้การเลื่อนตำแหน่งมีความหมายครอบคลุมถึงกระบวนการบริหารงานบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเลื่อนตำแหน่งด้วย เช่น การขอกำหนดตำแหน่งให้เป็นระดับที่สูงขึ้น กระบวนการคัดเลือกบุคคลเข้ารับการอบรมในหลักสูตรที่กำหนดเป็นเงื่อนไขของการเข้าสู่ตำแหน่ง เป็นต้น⁹ โดยในเบื้องต้นจะขออธิบายถึงความหมายของการเลื่อนตำแหน่ง ประเภทของข้าราชการ การกำหนดตำแหน่ง และการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการไทย

2.1.1 ความหมายของการเลื่อนตำแหน่ง

การเลื่อนตำแหน่ง (Promotion) เป็นกระบวนการบริหารงานบุคคลที่มีทั้งในภาครัฐและเอกชน ซึ่งอาจมีหลักเกณฑ์วิธีการหรือขั้นตอนอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ต้องผ่านการสอบแข่งขันหรือการสอบคัดเลือกเพื่อเลื่อนขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น หรืออาจจะเป็นการคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีผู้ให้ความหมายและอธิบายเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งไว้หลากหลาย ดังนี้

Leonard D. White¹⁰ กล่าวว่า การเลื่อนตำแหน่ง คือ การแต่งตั้งบุคคลจากตำแหน่งหนึ่งไปยังอีกตำแหน่งหนึ่งที่อยู่ระดับสูงกว่าเดิม มีความเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ มีรูปแบบของงานที่ยุ่ยากกว่าและมีความรับผิดชอบมากกว่า ควบคู่กันไปกับการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งและโดยปกติเงินเดือนจะเพิ่มขึ้นด้วย

William G. Torpey¹¹ กล่าวว่า การเลื่อนตำแหน่งเป็นการเคลื่อนย้ายของข้าราชการจากตำแหน่งหนึ่งไปยังอีกตำแหน่งหนึ่งที่สูงกว่าเดิมหรือเลื่อนไปรับเงินเดือนขั้นต่ำของตำแหน่งที่สูงขึ้นด้วย การเลื่อนตำแหน่งทำให้ข้าราชการมีหน้าที่และความรับผิดชอบมากขึ้น

ธงชัย สันติวงษ์¹² กล่าวว่า การเลื่อนตำแหน่งงาน หมายถึง การเปลี่ยนแปลงตำแหน่งในทางสูงขึ้น ซึ่งโดยปกติมักจะมีค่าตอบแทนมากขึ้น และมีหน้าที่งานที่แตกต่างไปจากเดิม โดยเฉพาะแตกต่างไปจากตำแหน่งงานในปัจจุบัน

⁸ทางออกการบริหารงานบุคคลของ อบต. (น. 30), โดย วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า, 2547, กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า.

⁹บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (น. 90). เล่มเดิม.

¹⁰การบริหารงานบุคคลภาครัฐกิจ (น. 144-145), โดย ชูศักดิ์ เทียงตรง, 2519, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹¹แหล่งเดิม.

สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (สำนักงาน ก.พ.)¹³ ก็ได้ให้ความหมายของการเลื่อนตำแหน่งไว้ว่า การเลื่อนตำแหน่ง หมายถึง การแต่งตั้งข้าราชการให้มีอำนาจหน้าที่และรับผิดชอบงานในตำแหน่งที่มีระดับสูงกว่าเดิม ทั้งนี้ อาจเป็นตำแหน่งในสายงานเดิมหรือต่างสายงานก็ได้

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า การเลื่อนตำแหน่ง หมายถึง การแต่งตั้งข้าราชการจากตำแหน่งหนึ่งไปยังอีกตำแหน่งหนึ่งในระดับที่สูงขึ้น อาจเป็นตำแหน่งในสายงานเดิมหรือต่างสายงาน โดยมีอำนาจและความรับผิดชอบงานในหน้าที่มากกว่าเดิม ขณะเดียวกันอัตราเงินเดือนก็จะเปลี่ยนแปลงในอัตราที่สูงขึ้นกว่าเดิมด้วย ดังนั้น ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเฉพาะอัตราเงินเดือนที่สูงขึ้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการ

2.1.2 ประเภทของข้าราชการ

ข้าราชการในประเทศไทยสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท¹⁴ ใหญ่ๆ คือ ข้าราชการฝ่ายบริหาร ข้าราชการฝ่ายนิติบัญญัติ ข้าราชการฝ่ายตุลาการ และข้าราชการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งทั้ง 4 ประเภท มีทั้งข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ แต่โดยที่ข้าราชการการเมืองนั้น การแต่งตั้งและการออกจากตำแหน่งเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะศึกษาเฉพาะการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการประจำ ที่การเลื่อนตำแหน่งจะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเป็นหลัก อันเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ดังนั้น ในที่นี้จึงขออธิบายถึงประเภทของข้าราชการเฉพาะที่เป็นข้าราชการประจำเท่านั้น ซึ่งสามารถจัดแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ¹⁵ คือ

(1) ข้าราชการฝ่ายพลเรือน ได้แก่ ข้าราชการพลเรือน¹⁶ ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการฝ่ายอัยการ¹⁷ ข้าราชการรัฐสภาสามัญ¹⁸ ข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง ข้าราชการศาลยุติธรรม ข้าราชการ

¹²การบริหารงานบุคคล (น. 213), โดย ชงชัย สันติวงษ์, 2537, กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.

¹³คู่มือปฏิบัติงานบุคคลว่าด้วยการเลื่อนตำแหน่ง การโอน การแต่งตั้ง ระดับ 9 ระดับ 10 ระดับ 11 (น. 1), โดย สำนักตรวจสอบและประเมินผลกำลังคน สำนักงาน ก.พ., 2549, กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ.

¹⁴คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 228-251), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2555, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

¹⁵คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (น. 72), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁶ข้าราชการพลเรือน มี 2 ประเภท คือ ข้าราชการพลเรือนสามัญ และข้าราชการพลเรือนในพระองค์.

¹⁷ข้าราชการฝ่ายอัยการ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ข้าราชการอัยการ และข้าราชการตุลาการของสำนักงานอัยการสูงสุด.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ข้าราชการสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ¹⁹

ส่วนข้าราชการฝ่ายพลเรือน ประเภทข้าราชการตุลาการ ได้แก่ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ตุลาการศาลปกครอง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ²⁰

(2) ข้าราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ ข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด และข้าราชการกรุงเทพมหานคร²¹

(3) ข้าราชการทหาร อาจแบ่งออกเป็น ทหารบก ทหารเรือ และทหารอากาศ²²

สำหรับการศึกษาการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการตามวิทยานិพนธ์ฉบับนี้ ดังได้กล่าวไปแล้วว่า จะทำการศึกษาเฉพาะการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการประจำ ที่การเลื่อนตำแหน่งเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน หรือนำบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาอนุโลมใช้หรือมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้ในทำนองเดียวกันในที่นี้จึงจะทำการศึกษาเฉพาะการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงข้าราชการฝ่ายพลเรือน ประเภทข้าราชการอัยการ ข้าราชการตุลาการ และข้าราชการพลเรือนในพระองค์ เนื่องจากข้าราชการฝ่ายพลเรือนทั้งสามประเภทจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดการเลื่อนตำแหน่งแตกต่างกันไปจากระเบียบข้าราชการพลเรือนโดยสิ้นเชิง ดังนั้น ในการศึกษาในหัวข้อต่อไปเกี่ยวกับการกำหนดตำแหน่ง และการเลื่อนตำแหน่ง จะทำการศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดตำแหน่งและการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนเป็นหลัก

2.1.3 การกำหนดตำแหน่ง

เมื่อพิจารณากระบวนการของการเลื่อนตำแหน่งแล้ว สิ่งแรกที่จะต้องทำความเข้าใจคือการกำหนดตำแหน่งของข้าราชการประเภทต่างๆ เพราะการกำหนดตำแหน่งจะมีขอบข่ายเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนตำแหน่งในหน่วยงานของรัฐ การกำหนดชื่อตำแหน่ง การกำหนดระดับตำแหน่ง การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง และการกำหนดอัตราเงินเดือน²³ จนอาจกล่าว

¹⁸ ข้าราชการรัฐสภาสามัญ เป็นข้าราชการของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

¹⁹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 228-251). เล่มเดิม.

²⁰ แหล่งเดิม. (น. 244).

²¹ แหล่งเดิม. (น. 235-236).

²² บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (น. 2). เล่มเดิม.

²³ แหล่งเดิม. (น. 10).

ได้ว่า การกำหนดตำแหน่ง ก็คือ การกำหนดให้มีตำแหน่งในส่วนราชการใด จำนวนเท่าใด และเป็นตำแหน่งประเภทใด สายงานใด ระดับใด และยังหมายความรวมถึง การปรับปรุงการกำหนดตำแหน่ง การเกลี่ยอัตรากำลัง²⁴ อีกด้วย อันจะนำไปสู่กรอบหรืออัตราที่จะทำการเลื่อนตำแหน่งในแต่ละตำแหน่งภายในหน่วยงานนั้นๆ ของรัฐ

1) การกำหนดตำแหน่งตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน

เดิมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ได้มีการกำหนดตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ตำแหน่งประเภททั่วไป ตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะหรือเชี่ยวชาญเฉพาะ และตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงหรือบริหารระดับกลาง²⁵ ซึ่งได้มีการกำหนดระดับตำแหน่งไว้ทั้งหมด 11 ระดับ โดยตำแหน่งระดับ 1 เป็นระดับต่ำสุด เรียงสูงขึ้นไปเป็นลำดับตามความยากและคุณภาพของงานจนถึงตำแหน่งระดับ 11 ที่เป็นระดับสูงสุด ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงลักษณะหน้าที่ความรับผิดชอบและคุณภาพของงาน²⁶ ดังนั้น ตำแหน่งประเภททั่วไปจึงได้แก่ ตำแหน่งระดับ 1 ถึงระดับ 7 ตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะ ได้แก่ ตำแหน่งระดับ 8 ขึ้นไป ตำแหน่งประเภทเชี่ยวชาญเฉพาะ ได้แก่ ตำแหน่งระดับ 9 ขึ้นไป ซึ่งต้องปฏิบัติงานที่เป็นงานหลักของหน่วยงาน²⁷ และตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง ได้แก่ ตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 9 ขึ้นไป ที่มีฐานะและหน้าที่ในการบริหารงาน ส่วนตำแหน่งประเภทบริหารระดับกลาง ได้แก่ ตำแหน่งระดับ 8 ที่มีฐานะและหน้าที่ในการบริหารงาน²⁸

ต่อมาภายหลังมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้มีการกำหนดตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนไว้ 4 ประเภท ได้แก่ ตำแหน่งประเภทบริหาร ตำแหน่งประเภทอำนวยการ ตำแหน่งประเภทวิชาการ และตำแหน่งประเภททั่วไป²⁹ โดยให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนจัดทำมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง ด้วยการจำแนกตำแหน่งเป็น

²⁴หนังสือพระราชกฤษฎีกา กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และหนังสือเวียนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เล่ม 1 (น. 75), โดย สำนักกฎหมาย สำนักงาน ก.พ., 2553, กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ.

²⁵พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 39.

²⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 40.

²⁷พระราชกฤษฎีกากำหนดตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญประเภทวิชาชีพเฉพาะและประเภทเชี่ยวชาญเฉพาะ พ.ศ. 2535 มาตรา 3 และมาตรา 4.

²⁸พระราชกฤษฎีกากำหนดตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญประเภทบริหารระดับสูงและประเภทบริหารระดับกลาง พ.ศ. 2535 มาตรา 3 และมาตรา 4.

²⁹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 45.

ประเภทและสายงานตามลักษณะงาน³⁰ เพื่อให้ยึดถือเป็นหลักในการกำหนดตำแหน่งข้าราชการพลเรือนทุกตำแหน่งในส่วนราชการ และในมาตรฐานกำหนดตำแหน่งให้ระบุชื่อตำแหน่งในสายงาน หน้าที่ความรับผิดชอบหลัก และคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งไว้ด้วย³¹ โดยมีระดับตำแหน่ง ดังนี้³²

ตำแหน่งประเภทบริหารมี 2 ระดับ คือ ตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้น และระดับสูง ตำแหน่งประเภทอำนวยการมี 2 ระดับ คือ ตำแหน่งประเภทอำนวยการระดับต้น และระดับสูง ตำแหน่งประเภทวิชาการมี 5 ระดับ คือ ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับปฏิบัติการ ระดับชำนาญการ ระดับชำนาญการพิเศษ ระดับเชี่ยวชาญ และระดับทรงคุณวุฒิ และตำแหน่งประเภททั่วไปมี 4 ระดับ คือ ตำแหน่งประเภททั่วไประดับปฏิบัติงาน ระดับชำนาญงาน ระดับอาวุโส และระดับทักษะพิเศษ ซึ่งในการกำหนดตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนส่วนใหญ่ก็จะเป็นไปในทำนองเดียวกันนี้

2) การกำหนดตำแหน่งตามกฎหมายเฉพาะ

การกำหนดตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยส่วนใหญ่จะเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนหรือมีลักษณะเป็นไปในทำนองเดียวกัน แต่ข้าราชการฝ่ายพลเรือนที่เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และข้าราชการตำรวจ นั้น มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแตกต่างจากการกำหนดตำแหน่งตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน กล่าวคือ

2.1) ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ได้กำหนดตำแหน่งไว้³³ ดังนี้

(1) ตำแหน่งวิชาการ ได้แก่ ศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อาจารย์ และตำแหน่งอื่นตามที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (ก.พ.อ.) กำหนด

(2) ตำแหน่งประเภทผู้บริหาร ได้แก่ อธิการบดี รองอธิการบดี คณบดี หัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะ ผู้ช่วยอธิการบดี รองคณบดีหรือรองหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะ ผู้อำนวยการสำนักงานอธิการบดี ผู้อำนวยการสำนักงานวิทยาเขต ผู้อำนวยการกองหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากอง ตามที่ ก.พ.อ. กำหนด และตำแหน่งอื่นตามที่ ก.พ.อ. กำหนด

³⁰พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 48.

³¹หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1008/ว 10 ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2551.

³²พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 46.

³³พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 18.

(3) ตำแหน่งประเภททั่วไป วิชาชีพเฉพาะ หรือเชี่ยวชาญเฉพาะ ได้แก่ ระดับเชี่ยวชาญพิเศษ ระดับเชี่ยวชาญ ระดับชำนาญการ ระดับปฏิบัติการ และระดับอื่นตามที่ ก.พ.อ. กำหนด

2.2) ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ได้กำหนดตำแหน่งไว้³⁴ ดังนี้

(1) ตำแหน่งซึ่งมีหน้าที่เป็นผู้สอนในหน่วยงานการศึกษา ได้แก่ ครูผู้ช่วย ครูอาจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ และศาสตราจารย์

(2) ตำแหน่งผู้บริหารสถานศึกษาและผู้บริหารการศึกษา ได้แก่ รองผู้อำนวยการสถานศึกษา ผู้อำนวยการสถานศึกษา รองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา รองอธิการบดี อธิการบดี และตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) กำหนด

(3) ตำแหน่งบุคลากรทางการศึกษาอื่น ได้แก่ ศึกษานิเทศน์ และตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามที่ ก.ค.ศ. กำหนด หรือตำแหน่งของข้าราชการที่ ก.ค.ศ. นำมาใช้กำหนดให้เป็นตำแหน่งข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

และกำหนดให้ตำแหน่งคณาจารย์ ประเภทอาจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ และศาสตราจารย์ เป็นตำแหน่งทางวิชาการ³⁵.

โดยให้แต่ละตำแหน่งมีวิทยฐานะ³⁶ ดังต่อไปนี้

(1) ตำแหน่งครูมีวิทยฐานะเป็น ครูชำนาญการ ครูชำนาญการพิเศษ ครูเชี่ยวชาญ และครูเชี่ยวชาญพิเศษ

(2) ตำแหน่งผู้บริหารสถานศึกษา มีวิทยฐานะเป็น รองผู้อำนวยการชำนาญการ รองผู้อำนวยการชำนาญการพิเศษ รองผู้อำนวยการเชี่ยวชาญ ผู้อำนวยการชำนาญการ ผู้อำนวยการชำนาญการพิเศษ ผู้อำนวยการเชี่ยวชาญ และผู้อำนวยการเชี่ยวชาญพิเศษ

(3) ตำแหน่งผู้บริหารการศึกษา มีวิทยฐานะเป็น รองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาชำนาญการพิเศษ รองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเชี่ยวชาญ ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเชี่ยวชาญ และผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเชี่ยวชาญพิเศษ

³⁴พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 38.

³⁵พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 40.

³⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39.

(4) ตำแหน่งศึกษานิเทศก์ มีวิทยฐานะเป็น ศึกษานิเทศก์ชำนาญการ ศึกษานิเทศก์ชำนาญการพิเศษ ศึกษานิเทศก์เชี่ยวชาญ และศึกษานิเทศก์เชี่ยวชาญพิเศษ

(5) ตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามที่ ก.ค.ศ. กำหนดให้มีวิทยฐานะ

2.3) ข้าราชการตำรวจ ซึ่งตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ได้กำหนดตำแหน่งไว้³⁷ ดังนี้

- (1) ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ
- (2) จเรตำรวจแห่งชาติ และรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ
- (3) ผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ
- (4) ผู้บัญชาการ
- (5) รองผู้บัญชาการ
- (6) ผู้บังคับการ และพนักงานสอบสวนผู้เชี่ยวชาญพิเศษ
- (7) รองผู้บังคับการ และพนักงานสอบสวนผู้เชี่ยวชาญ
- (8) ผู้กำกับการ และพนักงานสอบสวนผู้ทรงคุณวุฒิ
- (9) รองผู้กำกับการ และพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการพิเศษ
- (10) สารวัตร และพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการ
- (11) รองสารวัตร และพนักงานสอบสวน
- (12) ผู้บังคับหมู่
- (13) รองผู้บังคับหมู่

โดยมียศตำรวจ³⁸ และชั้นข้าราชการตำรวจ³⁹ ดังนี้

(1) ยศของข้าราชการตำรวจ ซึ่งจะเรียงตามลำดับ จาก ยศพลตำรวจเอก พลตำรวจโท พลตำรวจตรี พันตำรวจเอก พันตำรวจโท พันตำรวจตรี ร้อยตำรวจเอก ร้อยตำรวจโท ร้อยตำรวจตรี ดาบตำรวจ จำลิบตำรวจ ลิบตำรวจเอก ลิบตำรวจโท จนถึงยศต่ำสุด คือ ลิบตำรวจตรี

(2) ชั้นของข้าราชการตำรวจ แบ่งออกเป็น ชั้นสัญญาบัตร ชั้นประทวน และชั้นพลตำรวจ

³⁷ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 44.

³⁸ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 24.

³⁹ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 25.

2.1.4 การเลื่อนตำแหน่ง

การเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการประจำประเภทต่างๆ มีหลักเกณฑ์ วิธีการหรือขั้นตอนที่แตกต่างกันออกไป แต่โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะมีเนื้อหาสอดคล้องหรืออนุโลมใช้กับกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน

1) การเลื่อนตำแหน่งตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน

ในขั้นนี้จะขออธิบายแยกออกเป็นการเลื่อนตำแหน่งก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

1.1) การเลื่อนตำแหน่งก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 การเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นนั้น อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายที่จะพิจารณาตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความประพฤติ และประวัติการรับราชการ ซึ่งมีวิธีการเลื่อนตำแหน่ง 3 วิธี คือ การเลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันได้ ผู้สอบคัดเลือกได้ และผู้ได้รับคัดเลือก⁴⁰ โดยการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นสำหรับผู้สอบแข่งขันได้ให้แต่งตั้งตามลำดับที่ในบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ ส่วนผู้สอบคัดเลือกได้หรือผู้ได้รับคัดเลือกให้แต่งตั้งได้ตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงความรู้ ความสามารถ ความประพฤติ และประวัติการรับราชการ⁴¹

ในกรณีการสอบแข่งขันได้มักจะเป็นการสอบแข่งขันร่วมกับผู้สมัครเข้ารับราชการใหม่ ซึ่งสอบแข่งขันตามที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) กำหนด

ส่วนการเลื่อนและแต่งตั้งในกรณีการสอบคัดเลือกนั้น มีอยู่ 2 กรณี คือ การสอบคัดเลือกเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับ 4 และระดับ 5 และการสอบคัดเลือกเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับ 6 ซึ่งทั้ง 2 กรณี ให้มีทั้งการสอบความรู้ความสามารถทั่วไป ความรู้ความสามารถที่ใช้เฉพาะตำแหน่ง และความเหมาะสมกับตำแหน่ง⁴²

⁴⁰พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 58 วรรคสอง.

⁴¹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 59.

⁴²บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (น. 23-24). เล่มเดิม.

สำหรับกรณีที่จะเลื่อนและแต่งตั้งจากผู้ได้รับการคัดเลือกมีอยู่หลายกรณี กล่าวคือ

(1) การคัดเลือกเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นซึ่งเป็นตำแหน่งระดับควบ ให้ดำเนินการโดยการประเมินบุคคลและการปฏิบัติงานของข้าราชการ และเมื่อผู้ประเมิน⁴³ได้ประเมินบุคคลและการปฏิบัติงานของข้าราชการแล้วให้เสนอผลการประเมินนั้นต่อผู้มีอำนาจสั่งบรรจุ เพื่อประกอบการพิจารณาเลื่อนและแต่งตั้งผู้นั้นให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นต่อไป⁴⁴ ซึ่งในกรณีระดับควบนี้ได้แบ่งออกเป็น 2 ระดับ⁴⁵ คือ

ระดับควบขั้นต้น เช่น การเลื่อนจากผู้ดำรงตำแหน่งในระดับ 1 ของสายงานที่เริ่มต้นจากระดับ 1 ขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับ 2 ของสายงานนั้น หรือการเลื่อนจากผู้ดำรงตำแหน่งในระดับ 3 ของสายงานที่เริ่มต้นจากระดับ 3 ขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับ 4 ของสายงานนั้น ที่ได้กำหนดให้ทำการประเมินเมื่อบุคคลนั้นได้ปฏิบัติงานครบตามระยะเวลาที่กำหนด มีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง และได้รับเงินเดือนตามหลักเกณฑ์ของผู้ที่จะเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น

ระดับควบขั้นสูง เช่น การเลื่อนจากผู้ดำรงตำแหน่งในระดับ 2 ของสายงานที่เริ่มต้นจากระดับ 1 ขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับ 3 ของสายงานนั้น หรือการเลื่อนจากผู้ดำรงตำแหน่งในระดับ 4 ของสายงานที่เริ่มต้นจากระดับ 3 ขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับ 5 ของสายงานนั้น ที่ได้กำหนดให้ทำการประเมินเมื่อบุคคลนั้นได้ปฏิบัติงานครบตามระยะเวลาที่กำหนด มีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง และได้รับเงินเดือนถึงขั้นต่ำของระดับตำแหน่งที่จะเลื่อนขึ้นแต่งตั้ง

(2) การคัดเลือกเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติโดยอาศัยความรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์เฉพาะตัว สำหรับสายงานที่เริ่มต้นจากระดับ 1 และระดับ 2 โดยการคัดเลือกให้ใช้วิธีการสอบ หรือการประเมินผลงาน หรือการทดลองปฏิบัติงาน⁴⁶

⁴³ผู้ประเมิน คือ ผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้ที่รับผิดชอบ ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของผู้รับการประเมิน หลังจากนั้นจึงเสนอให้ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป 1 ระดับ และหัวหน้าส่วนราชการ เป็นผู้พิจารณาอีกครั้งหนึ่งตามลำดับ.

⁴⁴หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 6 ลงวันที่ 13 พฤษภาคม 2536.

⁴⁵กฎ ก.พ. ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2544 พร้อมด้วยข้อบังคับ ก.พ. ระเบียบ ก.พ. หนังสือเวียน ก.พ. (น. 927), โดย สำนักกฎหมาย สำนักงาน ก.พ., 2544, กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ.

⁴⁶หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว 34 ลงวันที่ 29 ตุลาคม 2547.

(3) การคัดเลือกเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 8 ลงมา และระดับ 8 ระดับ 10 ระดับ 11⁴⁷ โดยให้ส่วนราชการเสนอรายชื่อข้าราชการที่สอบคัดเลือกได้ในตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนและอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะเลื่อนขึ้นดำรงตำแหน่งที่จะแต่งตั้งได้ ต่อคณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจากส่วนราชการ⁴⁸ เพื่อดำเนินการเลือกสรรกลั่นกรอง⁴⁹ โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วย⁵⁰

รายละเอียดเกี่ยวกับหน้าที่ความรับผิดชอบ และความต้องการของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง และข้อมูลอื่นๆ เกี่ยวกับงานของตำแหน่งที่จะแต่งตั้งอันจะเป็นประโยชน์ต่อการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ ตลอดจนคุณลักษณะของบุคคลที่จะสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือคุณลักษณะที่พึงประสงค์ และจำเป็นต่อการปฏิบัติงานในตำแหน่ง

ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับประวัติการรับราชการและประวัติส่วนตัวของผู้ซึ่งได้รับการเสนอชื่อเพื่อรับการพิจารณาความเหมาะสม รวมทั้งประวัติการศึกษา การฝึกอบรม ความรู้ ประสบการณ์ ความสามารถ ความชำนาญ หรือคุณลักษณะพิเศษ ผลงานสำคัญพิเศษ หรือผลงานที่เป็นที่ประจักษ์ในความสามารถของข้าราชการ ประวัติทางวินัย และความเห็นของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับความเหมาะสม ความพร้อมหรือไม่พร้อมที่จะเลื่อนขึ้นดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น

และให้คณะกรรมการดำเนินการดังนี้⁵¹

ประการที่หนึ่ง กำหนดเกณฑ์การประเมินบุคคลให้เหมาะสมกับตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง โดยให้คำนึงถึงความรู้ ความสามารถ ความประพฤติ และประวัติการรับราชการซึ่งจะต้องมีผลงานเป็นที่ประจักษ์ในความสามารถมาแล้วเป็นหลัก⁵²

ประการที่สอง ประเมินและพิจารณาความเหมาะสมผู้ซึ่งได้รับการเสนอชื่อทุกคนโดยพิจารณาเทียบข้อมูลบุคคล เช่น คุณสมบัติ ผลงาน ประวัติการรับราชการของแต่ละคน กับหน้าที่ความรับผิดชอบและความต้องการของตำแหน่ง แล้วคัดเลือกให้เหลือผู้ซึ่งเหมาะสมกับตำแหน่ง

⁴⁷หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0701/ว 9 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2544.

⁴⁸กฎ ก.พ. ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2544 พร้อมด้วยข้อบังคับ ก.พ. ระเบียบ ก.พ. หนังสือเวียน ก.พ. (น. 950). เล่มเดิม.

⁴⁹แหล่งเดิม. (น. 951-952).

⁵⁰แหล่งเดิม.

⁵¹แหล่งเดิม.

⁵²พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 59.

ประการที่สาม ให้คณะกรรมการเสนอรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกต่อผู้มีอำนาจสั่งบรรจุ โดยให้เสนอเรียงลำดับชื่อผู้ซึ่งเหมาะสมที่สุดไว้ในลำดับแรก และผู้ซึ่งเหมาะสมรองลงไปไว้ในลำดับหลังต่อๆ กันไป พร้อมทั้งเหตุผลเพื่อประกอบการพิจารณา

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาได้แล้วก็ให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายใช้ดุลพินิจพิจารณารายชื่อผู้ที่คณะกรรมการเสนอมาว่าบุคคลใดในรายชื่อนั้นเป็นผู้ที่เหมาะสมที่จะได้เลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น แล้วให้ดำเนินการตามขั้นตอนการออกคำสั่งแต่งตั้งต่อไป และในกรณีที่ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุเห็นว่า รายชื่อที่คณะกรรมการเสนอยังไม่เหมาะสมก็ให้ปรึกษากับประธานกรรมการ หรือส่งให้คณะกรรมการพิจารณาใหม่ตามที่เห็นสมควร⁵³

1.2) การเลื่อนตำแหน่งหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 การเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 นั้น เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. แต่โดยที่ปัจจุบันยังไม่ได้ตราพระราชกฤษฎีกา หรือออกกฎ ก.พ. ข้อบังคับหรือระเบียบ หรือกำหนดกรณีใดเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จึงต้องนำพระราชกฤษฎีกา กฎ ก.พ. ข้อบังคับ หรือระเบียบ หรือกรณีที่กำหนดไว้แล้วซึ่งใช้อยู่เดิมมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้ส่วนราชการสามารถดำเนินการได้อย่างต่อเนื่องในระหว่างที่ยังไม่ได้ออกกฎ ก.พ. หรือหลักเกณฑ์ และวิธีการที่เกี่ยวกับการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว⁵⁴

การเลื่อนตำแหน่งในกรณีนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี⁵⁵ คือ

(1) การเลื่อนในตำแหน่งที่ผู้นั้นครองอยู่ โดยให้ใช้วิธีการประเมินออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ การประเมินความเหมาะสมของบุคคลและประเมินผลการปฏิบัติงานโดยผู้บังคับบัญชา และการประเมินความเหมาะสมของบุคคลและประเมินผลการปฏิบัติงานโดยคณะกรรมการประเมิน

(2) การเลื่อนในตำแหน่งที่ต้องผ่านการคัดเลือก ซึ่งได้แก่ ตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษ ขึ้นไป โดยจะดำเนินการเมื่อมีตำแหน่งว่าง ขั้นตอนในการเลื่อนตำแหน่งจะมีลักษณะทำนองเดียวกับการเลื่อนตำแหน่งที่ไม่ใช่ตำแหน่งที่ปรับระดับสูงขึ้นได้จากระดับเริ่มต้นของสายงานตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 โดยอาจแบ่งออกเป็นขั้นตอนสำคัญๆ ได้ 4 ขั้นตอน กล่าวคือ

⁵³แหล่งเดิม.

⁵⁴หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว 7 ลงวันที่ 6 มีนาคม 2552.

⁵⁵คู่มือ “การดำเนินการประเมินบุคคล เพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นตามระบบจำแนกตำแหน่งใหม่,” โดยสำนักงานศาลปกครอง.

ขั้นตอนที่หนึ่ง การจัดทำคำขอประเมิน และการประเมินความเหมาะสมของบุคคล และประเมินผลการปฏิบัติงาน โดยผู้บังคับบัญชา

ขั้นตอนที่สอง การจัดทำคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการประเมิน

ขั้นตอนที่สาม การประเมินความเหมาะสมของบุคคลและประเมินผลการปฏิบัติงาน โดยคณะกรรมการประเมิน

ขั้นตอนที่สี่ การรายงานผลการประเมินความเหมาะสมของบุคคลและประเมินผลการปฏิบัติงาน และจัดทำคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น

2) การเลื่อนตำแหน่งตามกฎหมายเฉพาะ

การเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนส่วนใหญ่จะมีหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกับกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน แต่ในการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และข้าราชการตำรวจ นั้น มีหลักเกณฑ์และวิธีการที่แตกต่างจากกฎหมายข้าราชการพลเรือน กล่าวคือ

2.1) การเลื่อนข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น⁵⁶ ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่สภาสถาบันอุดมศึกษากำหนด ซึ่งต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (ก.พ.อ.) กำหนด โดย ก.พ.อ. ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการเลื่อนตำแหน่งวิชาการไว้แตกต่างจากตำแหน่งอื่นๆ กล่าวคือ

ตำแหน่งวิชาการ⁵⁷ ได้แก่ ศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ให้พิจารณาจากคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง ผลการสอน ผลงานทางวิชาการ และจริยธรรมและจรรยาบรรณทางวิชาการ กระทำได้ 2 วิธี คือ การแต่งตั้งโดยวิธีปกติ และการแต่งตั้งโดยวิธีพิเศษ

โดยวิธีปกติให้พิจารณา คุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง ผลการสอน ผลงานทางวิชาการ จริยธรรมและจรรยาบรรณทางวิชาการ โดยการแต่งตั้งอาจารย์ประจำให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ และศาสตราจารย์ นั้น ให้ดำเนินการ ดังนี้

(1) การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ และรองศาสตราจารย์ให้คณะวิชาเสนอชื่อผู้มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาดำเนินการทางวิชาการ ตามแบบคำขอรับการพิจารณากำหนดตำแหน่งทางวิชาการ ที่ ก.พ.อ. กำหนดพร้อมด้วยผลงานทางวิชาการ แล้วให้คณะกรรมการพิจารณาดำเนินการทางวิชาการประเมินผลการสอน โดยอาจแต่งตั้ง

⁵⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 31.

⁵⁷ประกาศ ก.พ.อ. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ และศาสตราจารย์.

คณะกรรมการเพื่อประเมินผลการสอนได้ตามความเหมาะสม และเมื่อคณะกรรมการพิจารณาตำแหน่งทางวิชาการพิจารณาแล้ว ให้นำเสนอต่อสภาสถาบันพิจารณาอนุมัติและให้อธิการบดีออกคำสั่งแต่งตั้ง และแจ้งให้ ก.พ.อ. ทราบ

(2) การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ ให้คณะวิชาเสนอชื่อผู้มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาตำแหน่งทางวิชาการ ตามที่ ก.พ.อ. กำหนดพร้อมด้วยผลงานทางวิชาการ ให้คณะกรรมการพิจารณาตำแหน่งทางวิชาการประเมินผลการสอนโดยอาจแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อประเมินผลการสอนได้ตามความเหมาะสม แล้วให้คณะกรรมการพิจารณาตำแหน่งทางวิชาการแต่งตั้งคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อทำหน้าที่ประเมินผลงานทางวิชาการและจริยธรรมและจรรยาบรรณทางวิชาการในสาขาวิชานั้นๆ เมื่อคณะกรรมการพิจารณาตำแหน่งทางวิชาการพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว ให้นำเสนอต่อสภาสถาบันอุดมศึกษาพิจารณา เมื่อสภาสถาบันอุดมศึกษาพิจารณาอนุมัติแล้ว ให้เสนอ ก.พ.อ. ให้ความเห็นเพื่อเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการเพื่อนำเสนอนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

ส่วนวิธีพิเศษ การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ และรองศาสตราจารย์ ให้เสนอผลงานทางวิชาการและให้ดำเนินการตามวิธีการเช่นเดียวกับการแต่งตั้งโดยวิธีปกติ

2.2) การเลื่อนตำแหน่งข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่ไม่ได้กำหนดให้มีวิทยฐานะเพื่อให้ได้รับเงินเดือนในระดับที่สูงขึ้น ให้กระทำได้โดยการสอบแข่งขัน สอบคัดเลือก คัดเลือก หรือประเมินด้วยวิธีการอื่น กรณีใดจะเลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันได้ ผู้สอบคัดเลือกได้ ผู้ได้รับคัดเลือกหรือผู้ผ่านการประเมินด้วยวิธีการอื่น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) กำหนด⁵⁸

2.3) การเลื่อนตำแหน่งข้าราชการตำรวจ ข้าราชการตำรวจซึ่งดำรงตำแหน่งพนักงานสอบสวน ให้ได้รับการเลื่อนตำแหน่ง ดังต่อไปนี้⁵⁹

(1) พนักงานสอบสวน เมื่อดำรงตำแหน่งและได้รับเงินเดือนตามที่คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) กำหนดอีกทั้งได้ผ่านการประเมินแล้ว ให้ผู้นั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการ

⁵⁸พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 61.

⁵⁹พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 47.

(2) พนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการ เมื่อดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและได้รับเงินเดือนถึงขั้นต่ำของระดับ ส.3 อีกทั้งได้ผ่านการประเมินแล้ว ให้ผู้นั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการพิเศษ

(3) พนักงานสอบสวนผู้ชำนาญการพิเศษ เมื่อดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและได้รับเงินเดือนถึงขั้นต่ำของระดับ ส. 4 อีกทั้งได้ผ่านการประเมินแล้ว ให้ผู้นั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้ทรงคุณวุฒิ

(4) พนักงานสอบสวนผู้ทรงคุณวุฒิ เมื่อดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและได้รับเงินเดือนถึงขั้นต่ำของระดับ ส. 5 อีกทั้งได้ผ่านการประเมินแล้ว ให้ผู้นั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้เชี่ยวชาญ

(5) พนักงานสอบสวนผู้เชี่ยวชาญ เมื่อดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและได้รับเงินเดือนถึงขั้นต่ำของระดับ ส. 6 อีกทั้งได้ผ่านการประเมินแล้ว พร้อมทั้งมีตำแหน่งว่างให้ผู้นั้นเป็นพนักงานสอบสวนผู้เชี่ยวชาญพิเศษ

โดยในการประเมินพิจารณาเลื่อนตำแหน่งพนักงานสอบสวนให้นำปริมาณและคุณภาพของสำนวนการสอบสวนมาประกอบการพิจารณาด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในระเบียบ ก.ตร.

2.2 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

ข้าราชการมีความสัมพันธ์กับรัฐใน 2 ฐานะ คือ ฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐซึ่งไม่มีสิทธิหน้าที่ของตัวเอง เพราะเป็นเพียงเครื่องมือในการแสดงเจตนาของรัฐ อันเป็นเรื่องของการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการ ถ้าองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ได้บังคับบัญชาปฏิบัติในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ส่วนอีกฐานะหนึ่งที่เป็นเอกชนซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐเป็นความสัมพันธ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐหรือข้าราชการกับรัฐ ถ้าองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งไปกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรง คำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง⁶⁰ โดยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กรณีของข้าราชการนั้นถือเป็นกรณีที่ต้อง

⁶⁰“การกระทำทางปกครอง,” โดย สมยศ เชื้อไทย, 2530, วารสารนิติศาสตร์, 3, น. 67-68. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

พิจารณาเป็นพิเศษเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐเป็นความสัมพันธ์ที่เรียกว่า “นิติสัมพันธ์รูปแบบพิเศษ” (Sonderrechtsverhältnis)⁶¹ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่มีความใกล้ชิดกับรัฐมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ทำให้ข้าราชการเป็นบุคคลที่มีสองสถานะในคนเดียวกัน ในด้านหนึ่งข้าราชการมีสถานะเป็นปัจเจกบุคคลที่มีสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐตามที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่อีกด้านหนึ่งข้าราชการก็เป็นส่วนหนึ่งของรัฐ เปรียบเสมือนเป็นฟันเฟืองตัวหนึ่งของระบบบริหารราชการแผ่นดิน เนื่องจากหน่วยงานของรัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคล ไม่มีตัวตนอยู่จริง จึงต้องมีข้าราชการคอยเป็นแขนเป็นขาเพื่อให้ภารกิจต่างๆ ของหน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินไปได้จริง ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้บังคับบัญชากระทบกระเทือนต่อสิทธิของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือไม่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นกระทบต่อข้าราชการผู้นั้นในสถานะใด⁶²

สำหรับการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องดำเนินการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งให้แก่ข้าราชการผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ในหัวข้อต่อไปจึงจะทำการศึกษาว่า คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร มีเหตุใดบ้างที่ทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเพียงใด ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการออกคำสั่ง ก็จะต้องมีองค์กรของรัฐทำหน้าที่ควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เพื่อให้ข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้รับการคุ้มครองสิทธิของตนอย่างเป็นธรรม

2.2.1 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

เมื่อการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำต่อข้าราชการในฐานะส่วนตัวไม่ใช่ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ซึ่งไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรง จึงต้องพิจารณา

⁶¹Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., § 8 Rn. 2. อ้างใน การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน, โดย คนันท์ ชัยชนะ, 2554, สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2555 จาก <http://www.pub-law.net>.

⁶²Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, S. 612; vgl. auch BVerwGE 14, 84; 41, 253. อ้างใน แหล่งเดิม.

ในเบื้องต้นก่อนว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ โดยต้องพิจารณาตามองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง⁶³ ดังต่อไปนี้

1) กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หมายความว่า บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม โดยการเลื่อนข้าราชการฝ่ายพลเรือนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นนั้น อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายที่จะเป็นผู้พิจารณาตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความประพฤติ และประวัติการรับราชการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาว่าข้าราชการคนใดมีความเหมาะสมที่จะได้เลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นคือ ผู้บังคับบัญชา⁶⁴ นั่นเอง

สำหรับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ผู้มีอำนาจตั้งบรรจุ⁶⁵ จะเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งเลื่อนระดับ เพื่อปรับระดับในการดำรงตำแหน่งของข้าราชการในหน่วยงานของรัฐ การออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

2) เป็นการใช้อำนาจปกครอง

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน หรือกฎหมายเฉพาะ เช่น ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา การออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ข้าราชการตำรวจ ก็ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ฯลฯ และเมื่อการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นการใช้อำนาจ

⁶³ คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง.

⁶⁴ กฎ ก.พ. ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2544 พร้อมด้วยข้อบังคับ ก.พ. ระเบียบ ก.พ. หนังสือเวียน ก.พ. (น. 877). เล่มเดิม.

⁶⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 52.

ฝ่ายเดียวของผู้มีอำนาจตามกฎหมายฉบับต่างๆ ดังเช่นที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น โดยออกคำสั่ง บังคับแก่ข้าราชการ โดยข้าราชการไม่ได้ยินยอมด้วย อีกทั้งการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ไม่ใช่การใช้ อำนาจในทางนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจทางตุลาการ การออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็น การใช้อำนาจในทางปกครอง

3) เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมาย

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ถือเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและสถานภาพของ ข้าราชการ และเป็นมาตรการที่กระทบต่อข้าราชการผู้นั้นในฐานะปัจเจกบุคคล กระทบต่อ นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการ จึงต้องถือว่ามีผลกระทบในสิทธิทางกฎหมายมหาชนของ ข้าราชการผู้นั้น อันมีการกระทบสิทธิเกิดขึ้นเพราะได้ปฏิบัติต่อข้าราชการผู้นั้นในฐานะ “บุคคล”⁶⁶ เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมุ่งจะทำให้เกิดผลในทางกฎหมายขึ้นใหม่ต่อข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับ บัญชา ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างข้าราชการกับรัฐ จึงมีผลต่อสถานภาพ ของสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการโดยตรง

4) มีผลเป็นการเฉพาะกรณี

องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้ได้มาจากการพิจารณานิยามของ “คำสั่ง ทางปกครอง” กับ “กฎ” ที่ว่า คำสั่งทางปกครองไม่รวมกฎ โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามว่า “กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการ ทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”⁶⁷ ซึ่งหากพิจารณาจาก นิยามดังกล่าว ก็จะเห็นได้ว่า คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มี ลักษณะเป็นรูปธรรมให้มีผลกับข้าราชการ โดยเฉพาะเจาะจง ไม่ได้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงไม่ใช่ กฎตามความหมายดังกล่าวข้างต้น

5) มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

องค์ประกอบที่สำคัญของคำสั่งทางปกครองอีกประการหนึ่งคือ จะต้องเป็นคำสั่งของ หน่วยงานของรัฐที่ออกไปสู่ประชาชนหรือราษฎรที่อยู่ภายนอก หรือแม้หากเป็นคำสั่งภายใน

⁶⁶Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, S. 612; vgl. auch BVerwGE 14, 84; 41, 253 . อ้างใน การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน, โดย คนันท์ ชัยชนะ, 2554, สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2555 จาก <http://www.pub-law.net>.

⁶⁷คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทาง ปกครอง ตอนที่ 1 (น. 98), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐ แต่ถ้าคำสั่งเช่นนั้นได้กระทบต่อตัวบุคคลสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลกรณี เช่นนี้ คำสั่งนั้นก็เป็คำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นการกระทบสิทธิของผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา ซึ่งคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็มีลักษณะดังกล่าว เนื่องจากเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง ฝ่ายปกครองกับข้าราชการซึ่งเป็นผู้ที่อยู่ใด้บังคับบัญชาที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือข้าราชการ ผู้นั้น และคำสั่งดังกล่าวมีผลกระทบโดยตรงกับข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา

เมื่อการเลื่อนตำแหน่ง (Promotion) เป็นการสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้มีอำนาจหน้าที่และ รับผิดชอบงานในตำแหน่งที่มีระดับสูงกว่าเดิม ทั้งนี้ อาจเป็นตำแหน่งในสายงานเดิมหรือต่างสายงาน ก็ได้⁶⁸ และได้รับค่าตอบแทนอัตราเงินเดือนที่เพิ่มขึ้น โดยมีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่มีการ เปลี่ยนแปลงเฉพาะค่าตอบแทนหรืออัตราเงินเดือนที่สูงขึ้น แต่ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในลักษณะ ของความรับผิดชอบในงานที่มากขึ้น จะไม่ถือว่าเป็นการเลื่อนตำแหน่ง แต่จะเป็นการเปลี่ยนแปลง อัตราเงินเดือนที่สูงขึ้นเท่านั้น⁶⁹ จึงเห็นได้ว่า การเลื่อนตำแหน่ง ถือเป็นความก้าวหน้าของข้าราชการ ที่ได้ปฏิบัติงานในตำแหน่งที่สูงขึ้น มีความรับผิดชอบมากขึ้น และย่อมได้รับเงินเดือนมากขึ้น มีเกียรติยศสูงขึ้นในสังคม จึงก่อให้เกิดผลดีทั้ง 2 ฝ่าย คือ ต่อข้าราชการและหน่วยงานของรัฐ เพราะเป็นการให้รางวัลแก่บุคคลที่ปฏิบัติงานดีมีความสามารถสูง เป็นการสร้างขวัญและกำลังใจ ให้แก่ข้าราชการในกระทรวง ทบวง กรม นั้น ซึ่งถือเป็นการพัฒนาข้าราชการอย่างหนึ่ง ทั้งยังเป็น การดึงดูดให้บุคคลภายนอกสนใจมารับราชการ เพราะเห็นว่ามีโอกาสก้าวหน้าในหน่วยงานที่มี การเลื่อนตำแหน่งมาก ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะสำคัญของการเลื่อนตำแหน่ง และลักษณะของ คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งแล้ว จะเห็นได้ว่า คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง เป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐาน อันเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กระทบถึงสิทธิของข้าราชการ สถานภาพทางกฎหมายในฐานะส่วนตัวของข้าราชการผู้นั้น ถูกกระทบกระเทือน คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง และเมื่อเป็นคำสั่ง ทางปกครอง จึงมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับ ตำแหน่ง คุณพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง และการควบคุมคุณพินิจในการออกคำสั่ง เลื่อนระดับ เพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งต่อไป

2.2.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายในการ ออกคำสั่งเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่หรือสภาพทางกฎหมายของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของ

⁶⁸ คู่มือปฏิบัติงานบุคคลว่าด้วยการเลื่อนตำแหน่ง การโอน การแต่งตั้ง ระดับ 9 ระดับ 10 ระดับ 11 (น. 1). เล่มเดิม.

⁶⁹ ทางออกการบริหารงานบุคคลของ อบต. (น. 29). เล่มเดิม.

ฝ่ายปกครอง เพื่อให้การเป็นไปตามอำนาจหน้าที่เป็นการเฉพาะกรณี ดังนั้น หากเกิดข้อบกพร่องในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งผลทางกฎหมายจึงไม่แตกต่างจากคำสั่งทางปกครองอื่นๆ ซึ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอาจแบ่งออกได้เป็น 2 เหตุ⁷⁰ คือ

1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่ง

โดยปกติสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครองไม่มีผลโดยตรงต่อบุคคลภายนอก เพราะยังไม่ได้ดำเนินการจนสำเร็จออกมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคล แต่เพื่อประโยชน์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หากกรณีมีเหตุให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ต่อเอกชนคนใด ก็อาจร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดการพิจารณาแก้ไขในทางปฏิบัติได้ แต่การนำเรื่องสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองนั้นจะกระทำไม่ได้เพราะจะเป็นการแทรกแซงฝ่ายปกครอง⁷¹ ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง จะเรียกว่าเป็น “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ” ก็ได้⁷² โดยเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ มีดังนี้

1.1) คำสั่งที่ทำโดยปราศจากอำนาจ ความสามารถในการมีคำสั่งทางปกครอง คือการมีอำนาจกระทำการ เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องใดจึงจะเป็นผู้มีความสามารถออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นได้ ส่วนเมื่อมีอำนาจที่จะทำคำสั่งแล้วดำเนินการใช้อำนาจนั้นอย่างไร ก็เป็นเรื่องของวิธีดำเนินการและเรื่องทางสาระของคำสั่งทางปกครอง⁷³ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจจะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ไม่มีอำนาจที่จะกระทำการทางปกครองนั้น⁷⁴

1.2) คำสั่งที่ทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ ในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายจะกำหนดขั้นตอนต่างๆ ไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้แต่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งทางปกครอง

⁷⁰กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 182-183), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ : จีรัชการพิมพ์.

⁷¹แหล่งเดิม. (น. 184).

⁷²คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 516). เล่มเดิม.

⁷³กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 185). เล่มเดิม.

⁷⁴คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 517). เล่มเดิม.

ที่ออกมานั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷⁵ อย่างไรก็ตาม แม้ขั้นตอนการพิจารณาต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดจะเป็นเรื่องสำคัญ แต่บางกรณีก็เป็นเพียงขั้นตอนในการตรวจสอบและไม่มีผลกระทบไปถึงสาระที่จะเกิดขึ้นในคำสั่งทางปกครอง การกระทำผิดวิธีพิจารณาจึงไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์เสมอไป การกระทำผิดวิธีพิจารณาที่ไม่สำคัญจึงไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป แต่มีเนื้อหาสาระที่ถูกต้องทุกประการ ฉะนั้น หากขั้นตอนวิธีพิจารณาใดถ้ามีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนที่เกี่ยวข้อง หรือถ้าไม่ดำเนินการตามขั้นตอนนั้นผลการพิจารณาจะเปลี่ยนไป ให้ถือเป็นกรณีสำคัญที่จะต้องดำเนินการตามนั้นเสมอ⁷⁶

1.3) คำสั่งที่ทำโดยไม่ถูกต้องตามแบบ คำสั่งทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือหรือทำโดยวาจาหรือเป็นรูปแบบอื่นก็ได้ กฎหมายบางฉบับระบุชัดเจนว่าต้องทำคำสั่งในเรื่องหนึ่งเรื่องใดเป็นหนังสือ แต่ถ้ากฎหมายไม่ระบุเจ้าหน้าที่ย่อมมีสิทธิจะเลือกทำคำสั่งในรูปแบบใดก็ได้ ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจอันเป็นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่นั่นเอง โดยต้องพิจารณาจากความเร่งด่วนและความจำเป็นของสภาพการณ์เป็นสำคัญ แบบของคำสั่งทางปกครองนอกจากจะให้เป็นหลักฐานแน่ชัดโดยเหมาะสมแก่เรื่องแล้ว ยังมุ่งประสงค์ให้มีการพิจารณาโดยรอบคอบด้วย ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ หากไม่ทำเป็นหนังสือก็ย่อมขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจน⁷⁷ นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาด้วยว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามแบบ ต่างจากการกระทำทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนวิธีการ ในแง่ที่การกระทำทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการเป็นเรื่องของการไม่ทำตาม “กระบวนการ” ในการกระทำทางปกครอง ส่วนการกระทำทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามแบบเป็นเรื่องของการไม่ทำตาม “รูปแบบภายนอก” ของการกระทำทางปกครอง⁷⁸

2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่ง

คำสั่งทางปกครองนั้นมีทั้งในส่วนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเกี่ยวข้องด้วยเสมอ โดยในการพิจารณาเพื่อจะมีคำสั่งทางปกครองจะมีการใช้ดุลพินิจตั้งแต่ในส่วนข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย โดยไม่ได้มีการแยกขั้นตอนการใช้ดุลพินิจออกมาเป็นอิสระ⁷⁹ เพราะอำนาจการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะมีอยู่ทั้งในการวิเคราะห์ การกระทำ และการตัดสินใจ ซึ่งเจ้าหน้าที่อาจเลือกกระทำ

⁷⁵แหล่งเดิม. (น. 521).

⁷⁶กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 191). เล่มเดิม.

⁷⁷แหล่งเดิม. (น. 192-193).

⁷⁸คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 531). เล่มเดิม.

⁷⁹กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 200). เล่มเดิม.

หรือไม่กระทำก็ได้ หรืออาจเลือกผลอย่างหนึ่งอย่างใดในกรณีมีหลายทางเลือกก็ได้⁸⁰ และเมื่อมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นก็จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้บางครั้งเรียกว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการกระทำทางปกครองที่มีเนื้อหาไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เพราะโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองต้องกระทำการทางปกครองที่มีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจที่จะเลือกกำหนดเนื้อความของการกระทำทางปกครองตามใจชอบได้⁸¹

2.2) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ จะต้องย้อนไปพิจารณาว่าเพราะเหตุใดจึงได้มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ถ้าหากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองออกโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง⁸² หรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย⁸³ คำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁴

2.3) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ บางครั้งเรียกว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการทางปกครองอย่างจงใจเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้⁸⁵

เมื่อพิจารณาจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งที่แบ่งเกณฑ์ในการควบคุมออกเป็นความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ หรือสภาพภายนอก และความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ หรือในสาระของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากแยกลักษณะของกระบวนการในการใช้กฎหมายออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนขององค์ประกอบของ

⁸⁰ แหล่งเดิม. (น. 202).

⁸¹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 532). แหล่งเดิม.

⁸² สำคัญผิดในข้อเท็จจริง คือ คำสั่งทางปกครองออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงซึ่งไม่มีอยู่จริง.

⁸³ สำคัญผิดในข้อกฎหมาย คือ คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจกฎหมายเรื่องหนึ่งแต่ความจริงกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการทางปกครองเช่นนั้นไม่มีอยู่ หรือการกระทำทางปกครองที่ออกเพราะฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดพลาด.

⁸⁴ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น. 535). แหล่งเดิม.

⁸⁵ แหล่งเดิม. (น. 557).

กฎหมายและส่วนผลของกฎหมาย การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายย่อมครอบคลุมทั้งใน ส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายและในส่วนผลของกฎหมาย แต่ในขณะที่การควบคุม ความเหมาะสมจะเกิดได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่าหนึ่งทางเลือก เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด สำหรับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง ซึ่งการเลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งนี้เองที่เรียกว่า “ดุลพินิจ”⁸⁶ อย่างไรก็ตาม ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ไม่อาจทำได้ตามอำเภอใจ เนื่องจากการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองก็มีหลักในการควบคุมอยู่ อันเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปไม่ว่าจะเป็น หลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความแน่นอนในกฎหมาย⁸⁷ ซึ่งการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองก็เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเหตุหนึ่ง

2.2.3 ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่มีความเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจ ดังนั้น จึงต้องทำความเข้าใจถึงการใช้อำนาจดุลพินิจ อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งเลื่อน ระดับตำแหน่ง และการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง เพื่อให้การใช้ดุลพินิจ ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นไปอย่างมีเหตุมีผล

1) ลักษณะและความหมายของดุลพินิจ

ในทางทฤษฎีแล้ว อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออก คำสั่งต่างๆ นั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (mandatory power) และอำนาจดุลพินิจ (discretionary power)⁸⁸ ซึ่งมีลักษณะ ดังนี้

อำนาจผูกพัน คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใด องค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้ เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่ง และจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความ ตามที่ได้กำหนดไว้⁸⁹ ดังนั้น อำนาจผูกพันแท้ที่จริงแล้วก็คือหน้าที่นั่นเอง แต่ที่เรียกว่าอำนาจผูกพัน ก็ด้วยเหตุผลแต่เพียงว่าคำวินิจฉัยสั่งการที่เป็นผลมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองปฏิบัติ หน้าที่ของตนนี้เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้นเอง⁹⁰

⁸⁶หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 47), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2554, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁸⁷กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 203). เล่มเดิม.

⁸⁸ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 86). เล่มเดิม.

⁸⁹แหล่งเดิม. (น. 86-87).

⁹⁰แหล่งเดิม.

ส่วนอำนาจดุลพินิจ ก็เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน⁹¹ ซึ่งมีนักกฎหมายของประเทศต่างๆ ให้ความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้ ดังต่อไปนี้

S.A. de Smith และ J.M. Evans⁹² นักกฎหมายชาวอังกฤษ อธิบายว่า ดุลพินิจ หมายถึงอำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช่การใช้ดุลพินิจแต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่

Kenneth C. Davis⁹³ นักกฎหมายชาวสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวไว้ว่า เจ้าพนักงานของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระ ในระหว่างทางเลือกกระทำการเป็นไปตามหลายทางหรือทางที่จะไม่กระทำ คือ⁹⁴ เพิ่มเติมความหมายของคำว่าดุลพินิจของนักกฎหมายชาวอังกฤษว่าเลือกไม่กระทำก็ได้ถือว่าเป็นดุลพินิจเหมือนกัน

Vg L.G. Puttner⁹⁵ นักกฎหมายชาวเยอรมัน ได้ให้ความหมายไว้ว่า ดุลพินิจฝ่ายปกครองย่อมหมายถึงการที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ส่วนคำอธิบายของนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสได้กล่าวไว้ว่า อำนาจดุลพินิจ คือความสามารถอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁹⁶

⁹¹แหล่งเดิม.

⁹²การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อปิดสถานพยาบาลและเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 (น. 40), โดย ประพนอม วิไลรัตน์, 2547, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁹³แหล่งเดิม.

⁹⁴คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (น. 120). เล่มเดิม.

⁹⁵การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อปิดสถานพยาบาลและเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 (น. 41). เล่มเดิม.

⁹⁶คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) หน้าเดิม.

ตามที่ได้อ่านมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้ เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบรรดาทางเลือกเหล่านั้นล้วนชอบด้วยกฎหมาย

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงหมายถึง อำนาจที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทางได้โดยอิสระ และไม่ว่าจะเลือกกระทำการในทางใดก็ล้วนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายมีเพียงทางเลือกเดียว ย่อมถือไม่ได้ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้

เมื่อพิจารณาจากความหมายของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ จึงมีข้อพิจารณาในเบื้องต้นว่า ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ในขั้นตอนใดของกฎหมายบ้าง โดยบทกฎหมายที่สมบูรณ์ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขนั้นประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วน⁹⁷ คือ องค์ประกอบสาเหตุ และผลในทางกฎหมาย หากข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบสาเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน ผลในทางกฎหมายก็ย่อมเกิดขึ้นตามมา โครงสร้างของบรรทัดฐานทางกฎหมายเหล่านี้ ทำให้การปรับใช้กฎหมายต้องดำเนินไปตามขั้นตอน 4 ขั้นตอน⁹⁸ คือ

ขั้นตอนที่หนึ่ง ขั้นตอนการสืบสวนหาข้อเท็จจริงและการสรุปข้อเท็จจริง

ขั้นตอนที่สอง ขั้นตอนในการตีความองค์ประกอบทางกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบสาเหตุ และการสรุปความหมายขององค์ประกอบสาเหตุ

ขั้นตอนที่สาม ขั้นตอนในการปรับข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วนั้นเข้ากับองค์ประกอบทางกฎหมาย

ขั้นตอนที่สี่ ขั้นตอนในการยืนยันสรุปผลในทางกฎหมาย

การใช้บทกฎหมายตามขั้นตอนทั้งสี่นี้อาจแยกส่วนออกจากกันได้ แต่เป็นกระบวนการที่เชื่อมโยงประสานกันและต้องคำนึงถึงกันและกัน โดยการสืบสวนข้อเท็จจริงจะต้องกระทำโดยพิจารณาองค์ประกอบในทางกฎหมาย ส่วนการตีความบทกฎหมายนั้นก็จะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อม⁹⁹ แต่ก็อาจกล่าวถึงตำแหน่งแห่งที่ของดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างของบรรทัดฐานทางกฎหมายได้ ดังต่อไปนี้

⁹⁷กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 72), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์.

⁹⁸แหล่งเดิม.

⁹⁹แหล่งเดิม.

(1) คุณพินิจที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเป็นส่วนที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งก่อนที่จะใช้อำนาจนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเสียก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใด ซึ่งเป็นการตีความกฎหมายนั่นเอง แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริงๆ มาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมาย¹⁰⁰ ซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ อาจเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือการกระทำของบุคคล หรือคุณสมบัติของสิ่งของหรือคุณสมบัติของบุคคลหรือสภาวะการณ์ทางสังคมก็ได้ และอาจเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยาย¹⁰¹ ซึ่งในการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริง ฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้โดยอาศัยพยานหลักฐานต่างๆ แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะทำให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริง จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะเลือกตามความพอใจว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริง แม้ว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้เสมอ แต่ในที่สุดแล้วก็จะต้องมีคำวินิจฉัยที่เด็ดขาดเป็นที่ยุติ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่มีคุณพินิจในขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง¹⁰²

สำหรับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือการตีความและการปรับข้อความกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนแล้วย่อมไม่มีปัญหา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่มีคุณพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง แต่ในการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุมีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง¹⁰³ อาจมีปัญหาในการยอมรับคุณพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือที่เรียกว่า “คุณพินิจวินิจฉัย”¹⁰⁴

¹⁰⁰ การควบคุมอำนาจคุณพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 22), โดย เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2534, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁰¹ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 90-91). เล่มเดิม.

¹⁰² การควบคุมอำนาจคุณพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 22-23). เล่มเดิม.

¹⁰³ แหล่งเดิม. (น. 23).

¹⁰⁴ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 80). เล่มเดิม.

ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้น องค์กฤษฎีกาบัญญัติย่อมต้องพิจารณาถ้อยคำที่จะสร้างเป็นรูปประโยคทางกฎหมายและเลือกใช้ถ้อยคำที่ตนได้พิจารณาแล้วนั้น ถ้อยคำจำนวนไม่น้อยที่องค์กฤษฎีกาบัญญัติประมวลขึ้นเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายนั้น เป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เข้าใจกันว่าถ้อยคำหรือข้อความที่มีลักษณะเช่นนี้เรียกว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจง” (bestimmter Rechtsbegriff ; definite legal concept) ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจง อาจเป็นถ้อยคำหรือข้อความเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ หรือถ้อยคำเทคนิค (terminus technicus) ทางกฎหมาย เช่น กรรมสิทธิ์ ทรัพย์ เป็นต้น หรืออาจเป็นถ้อยคำที่เมื่อพิจารณาแล้วยังไม่ชัดเจน แต่หากข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมประกอบก็จะเข้าใจได้ ดังกรณีคำว่า ขามวิกาล เป็นต้น การปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงนี้ถือว่าเป็นการปรับบทกฎหมายที่องค์กฤษฎีกาหน้าทีของรัฐไม่มีดุลพินิจ¹⁰⁵

นอกจากถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงแล้ว ในการประมวลถ้อยคำให้อยู่ในกฎหมายนั้น มีอยู่หลายกรณีที่องค์กฤษฎีกาไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำหรือข้อความที่มีความหมายไม่แน่นอนได้ หากองค์กฤษฎีกาต้องการให้องค์ประกอบส่วนเหตุที่ตนบัญญัติขึ้นนั้นครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก และเป็นข้อเท็จจริงที่ตนไม่สามารถกำหนดให้เป็นองค์ประกอบที่ชัดเจนแน่นอนได้ ถ้อยคำหรือข้อความดังกล่าวนี้มักเป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าบางประการ และวิญญูชนอาจเห็นแตกต่างกันได้ว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือข้อความนั้น เช่น “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” “สภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ” “สภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน” ถ้อยคำหรือข้อความเช่นนี้เราเรียกว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” (unbestimmter Rechtsbegriff ; indefinite legal concept)¹⁰⁶

ในต่างประเทศมีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้แตกต่างกันออกไปหลายแนว ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุ นั้น ถือเป็นขั้นตอนของการใช้กฎหมายธรรมดา ซึ่งศาลปกครองในฐานะที่เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการใช้กฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ย่อมสามารถเข้ามาตรวจสอบได้ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กฎหมายถูกต้องหรือไม่ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่า องค์ประกอบส่วนเหตุ นั้นเป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงหรือถ้อยคำทางกฎหมายที่มี

¹⁰⁵ แหล่งเดิม. (น. 80-81).

¹⁰⁶ แหล่งเดิม. (น. 81).

ความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งมีแนวความคิดว่า โดยหลักแล้วหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีดุลพินิจในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุ แต่ก็ยอมรับว่าอาจมีบางกรณีทีในการตีความความหมายขององค์ประกอบส่วนเหตุ นั้น จำเป็นต้องอาศัยความเชี่ยวชาญพิเศษซึ่งศาลเองไม่มีความเชี่ยวชาญพิเศษนั้น ศาลจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะทบทวนการปรับใช้กฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนนี้ได้ และถือว่าในกรณียกเว้นนี้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจ นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดอีกจำนวนหนึ่งที่เห็นว่า ในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุ นั้น หากเป็นกรณีที่ต้องประกอบส่วนเหตุเป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ย่อมถือว่าเป็นความประสงค์ขององค์กรณีบัญญัติที่จะมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครอง ในการที่จะพิจารณาปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงอาจอยู่ใน โครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุได้¹⁰⁷

(2) ดุลพินิจที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้ เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ¹⁰⁸ และในการใช้อำนาจนั้นกฎหมายอาจกำหนดเนื้อหาของความของการกระทำเพียงประการเดียวหรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อหาของความจากหลายๆ ประการ หรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ได้เจาะจงว่าเนื้อหาของความนั้นจะเป็นอย่างไร ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่ง ซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในขั้นตอนนี้¹⁰⁹

เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นนั้น อาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่ หรือความสามารถแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งใดๆ ก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร¹¹⁰

¹⁰⁷ แหล่งเดิม. (น. 82).

¹⁰⁸ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. (น. 90-91). เล่มเดิม.

¹⁰⁹ การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 24-25). เล่มเดิม.

¹¹⁰ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. หน้าเดิม.

เมื่อองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็สามารถเลือกผลในทางกฎหมายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ ซึ่งดุลพินิจที่ปรากฏอยู่ในส่วนนี้เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” มีอยู่ 2 กรณีใหญ่ๆ คือ¹¹¹

กรณีที่หนึ่ง กรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว องค์การฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะดำเนินการหรือไม่มีดุลพินิจ (ดุลพินิจตัดสินใจ ดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ) การแสดงออกซึ่งอำนาจดุลพินิจในกรณีนี้จะต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ แต่ต้องมีเหตุผลรับรองว่า ทำไมจึงตัดสินใจที่จะดำเนินการหรือตัดสินใจที่จะไม่ดำเนินการ แต่กรณีอาจเป็นไปได้เสมอที่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีแล้ว ดุลพินิจตัดสินใจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการจะลดระดับลงจนกลายเป็นไม่มีดุลพินิจ กล่าวคือ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทรงอำนาจจะต้องตัดสินใจดำเนินการเท่านั้น หรือจะต้องตัดสินใจไม่ดำเนินการเท่านั้น ไม่มีดุลพินิจเหลืออยู่อีกต่อไป แม้ว่าเมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายจะเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจก็ตาม หรืออาจกล่าวได้ว่า กรณีที่ดุลพินิจลดระดับลงจนไม่มีดุลพินิจนี้ ก็คือกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้นนั่นเอง

กรณีที่สอง กรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว และหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจที่จะดำเนินการ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกดำเนินการตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งในบรรดามาตรการหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ (ดุลพินิจตัดสินใจเลือกวิธีดำเนินการ)

ในการบัญญัติให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจตัดสินใจนั้น องค์กฤษฎีกาบัญญัติมักจะใช้ถ้อยคำในทำนองที่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ “มีอำนาจ”¹¹² เช่น “จะต้อง” หรือ “มีอำนาจ” หรือ “สามารถ” หรือ “อาจ...ก็ได้” แต่ถ้อยคำเหล่านี้ก็เป็นเพียงข้อพิจารณาเบื้องต้นเท่านั้น ผู้ใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบด้วย จึงจะสามารถทราบได้อย่างถ่องแท้ว่ากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและภายในขอบเขตเพียงใด¹¹³ ส่วนในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีดุลพินิจตัดสินใจ องค์กฤษฎีกาบัญญัติมักจะใช้ถ้อยคำในทำนองว่า “ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ (ปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง)” ซึ่งกรณีที่องค์กฤษฎีกาบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ชัดเจน (expressis verbis) ย่อมไม่เป็นปัญหาให้ต้องตีความว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่มีดุลพินิจ อย่างไรก็ตามการจะพิจารณาว่า

¹¹¹กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 76-80). เล่มเดิม.

¹¹²แหล่งเดิม. (น. 78).

¹¹³ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. (น. 90-91). เล่มเดิม.

ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่มีดุลพินิจนั้น ไม่พึงจำกัดอยู่เฉพาะแต่ถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น แต่จะต้องคำนึงถึงบริบทแวดล้อมด้วยว่า กรณีนั้นองค์กรณีบัญญัติประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหรือไม่ แม้ในบางครั้ง องค์กรณีบัญญัติจะไม่ได้บัญญัติโดยชัดเจนให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่ฝ่ายปกครองก็อาจมีดุลพินิจได้ หากพิจารณาจากบริบทแวดล้อมแล้วจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีดุลพินิจทางปกครอง¹¹⁴

การที่องค์กรณีบัญญัติตรากฎหมายให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจก็เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พิจารณาสั่งการ โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (ratio legis) ประกอบกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เป็นรูปธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับความยุติธรรมเฉพาะกรณี ด้วยเหตุนี้ในการใช้ดุลพินิจ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า วัตถุประสงค์ในการที่องค์กรณีบัญญัติมอบดุลพินิจให้แก่ตนในฐานะที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคืออะไร มีประเด็นอะไรที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจ จากนั้นให้พิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏแล้ว จึงตัดสินใจวินิจฉัยนั่นเอง¹¹⁵

การที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจแม้จะมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมเฉพาะกรณีเป็นสำคัญก็ตาม แต่องค์กรฝ่ายปกครองเองก็อาจจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ ภายในองค์กรของตนได้ เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจไปในทิศทางเดียวกัน การกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจ หรือที่เรียกกันว่า “ยี่ต็อก” นี้ จะทำให้ปัจเจกชนได้รับการปฏิบัติจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเสมอภาคกัน อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแตกต่างจากข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เจ้าหน้าที่เคยปฏิบัติตาม “ยี่ต็อก” ในสาระสำคัญ เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง มิฉะนั้นอาจถือว่าเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจผิดพลาดได้¹¹⁶

¹¹⁴กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 78-79). เล่มเดิม.

¹¹⁵แหล่งเดิม. (น. 79).

¹¹⁶แหล่งเดิม. (น. 79-80).

2) คุณพินิจในส่วนที่เกี่ยวกับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง¹¹⁷

กรณีการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายกำหนดเป็นตำแหน่งที่ปรับระดับสูงขึ้นได้จากระดับเริ่มต้นของสายงาน (ตำแหน่งเลื่อนไหล) และมีผู้ครองตำแหน่งอยู่แล้ว เช่น ตำแหน่งพยาบาลวิชาชีพ 3-5 ตำแหน่งบุคลากร 3-5 เป็นต้น ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุไม่มีคุณพินิจในการเลื่อนตำแหน่ง หากผู้ที่ครองตำแหน่งมีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ภายหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 การเลื่อนในตำแหน่งที่ผู้นั้นครองอยู่ ต้องใช้วิธีการประเมิน 2 ส่วน คือ ส่วนของการประเมินความเหมาะสมของบุคคลและประเมินผลการปฏิบัติงาน โดยผู้บังคับบัญชา และส่วนของการประเมินความเหมาะสมของบุคคลและประเมินผลการปฏิบัติงานโดยคณะกรรมการประเมิน ซึ่งทั้งผู้บังคับบัญชาและคณะกรรมการประเมินมีคุณพินิจทั้งในเรื่องการพิจารณาความเหมาะสมและในการตรวจผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน

2.1) ขั้นตอนการคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง

(1) การกำหนดองค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคล กล่าวคือ ความรู้ ความสามารถ และความชำนาญในการปฏิบัติงาน ระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง การปฏิบัติตนเหมาะสมกับการเป็นข้าราชการ ผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน และเกณฑ์อื่นๆ โดยองค์ประกอบในข้อของความรู้ความสามารถและความชำนาญในการปฏิบัติงาน การปฏิบัติงานเหมาะสมกับการเป็นข้าราชการ และเกณฑ์อื่นๆ ที่ส่วนราชการกำหนดขึ้น จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณพินิจของผู้บังคับบัญชาโดยตรง และเป็นเรื่องที่ศาลไม่สามารถที่จะก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบได้ เว้นแต่ว่าคุณพินิจดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน

(2) การกำหนดองค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเกี่ยวกับเรื่อง “ผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน” ในทางปฏิบัติ หากเจ้าหน้าที่ได้กำหนดให้นำเรื่อง “ผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน” มาใช้เป็นองค์ประกอบในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งโดยหลักแล้วผลงานหรือผลการปฏิบัติงานดังกล่าวจะต้องเป็นผลงานหรือผลการปฏิบัติงานของผู้รับการคัดเลือกในตำแหน่งระดับเดิมที่มีศักยภาพและคุณภาพเป็นที่ประจักษ์ชัด ดังนั้น ในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือคณะกรรมการที่พิจารณาคัดเลือกว่าจะมีมติให้ผลงานหรือผลการปฏิบัติงานผู้รับการคัดเลือกกราบไต่ผ่านการพิจารณา เจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการจะต้องพิจารณาโดยแสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่าได้ใช้คุณพินิจ

¹¹⁷ รายงานเรื่อง เจื่อนใจในการฟ้องคดีปกครอง กรณีการประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง สำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) ระดับ 6ว 7ว หรือ 8ว ของข้าราชการพลเรือนสามัญ (น.6-34), โดยเทอดพงษ์ คงจันทร์.

ตรวจผลงานหรือผลการปฏิบัติงานในตำแหน่งระดับเดิมของผู้ขอรับการคัดเลือกฯ โดยมีข้อเท็จจริง และเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ จึงจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

2.2) ขั้นตอนการประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง

(1) การพิจารณาคุณสมบัติของบุคคล กรณีองค์ประกอบด้านข้อมูลทั่วไป ได้แก่ การกำหนดอัตราเงินเดือน เนื่องจากเจ้าหน้าที่ที่สามารถใช้ดุลพินิจที่มีเหตุผลอันเหมาะสม กำหนดอัตราเงินเดือนขั้นต่ำในการประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงกว่าอัตราเงินเดือนขั้นต่ำที่ ก.พ. กำหนดได้ แต่ไม่อาจกำหนดอัตราเงินเดือนขั้นต่ำในการประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่ำกว่าอัตราเงินเดือนขั้นต่ำที่ ก.พ. กำหนดได้เลย เพราะจะเข้าข่ายเจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบได้

กรณีองค์ประกอบด้านคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง ได้แก่ ระยะเวลาขั้นต่ำในการดำรงตำแหน่ง หรือเคยดำรงตำแหน่งในสายงานที่จะแต่งตั้ง ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลฯ ได้กำหนดขึ้น โดยหากเจ้าหน้าที่กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำในการดำรงตำแหน่ง หรือเคยดำรงตำแหน่งในสายงานที่จะแต่งตั้ง โดยมีระยะเวลาไม่เป็นไปตามที่หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลฯ กำหนด ก็จะเข้าข่ายที่เจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเข้าลักษณะเป็นการดำเนินการ “โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น” และ “เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” ได้

(2) การประเมินคุณลักษณะของบุคคล ในขั้นตอนนี้ ผู้ขอรับการประเมินได้ผ่านการคัดเลือกเข้ารับการประเมินในอัตราส่วน 1 ราย ต่อ 1 ตำแหน่ง นั้น หากผู้ขอรับการประเมินผ่านการประเมินคุณลักษณะของบุคคล ก็จะได้เข้าสู่ขั้นตอนการประเมินผลงานเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่อไป แต่ถ้าผู้ขอรับการประเมินไม่ผ่านการประเมินคุณลักษณะของบุคคลตามขั้นตอนนี้ ไม่ว่าจะด้วยถูกผู้บังคับบัญชาทั้ง 2 ระดับ ประเมินให้ไม่ผ่านหรือผู้มีอำนาจสั่งบรรจุเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดให้ไม่ผ่าน ผู้ขอรับการประเมินในตำแหน่งนั้น ก็จะไม่สามารถผ่านเข้าสู่ขั้นตอนการประเมินผลงานเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่อไปได้ เพราะฉะนั้น การมีคำสั่งไม่ให้ผ่านการประเมินคุณลักษณะของบุคคลดังกล่าว ถือได้ว่าเข้าลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ด้วยเช่นกัน เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของข้าราชการรายที่ไม่ผ่านการประเมินตามคำสั่งนั้น เพราะจะไม่ได้ผ่านเข้าสู่ขั้นตอนการประเมินผลงานเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่อไปได้ เพราะฉะนั้นหากการประเมินของผู้บังคับบัญชา กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเพราะเหตุการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ย่อมกระทบสิทธิผู้ขอรับการประเมินรายดังกล่าว

(3) การประเมินผลงาน ในขั้นตอนนี้ หากคณะกรรมการพิจารณามีมติไม่ให้ผลงานของผู้รับการประเมินผ่านการประเมิน ก็เท่ากับว่าข้าราชการผู้รับการประเมินรายนั้น จะไม่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งการมีมติดังกล่าวของคณะกรรมการพิจารณา ถือได้ว่าเข้าลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เช่นเดียวกัน เพราะฉะนั้น หากข้าราชการรายดังกล่าวเห็นว่า มติของคณะกรรมการพิจารณาที่ไม่ให้ผลงานของตนเองผ่านการประเมิน กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะด้วยเหตุการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เมื่อเทียบกับการประเมินผลงานของผู้รับการประเมินรายอื่น หรือรายที่ผ่านๆ มา ซึ่งมีคุณภาพของผลงานที่ต่ำกว่าแต่ผ่านการประเมิน ย่อมกระทบต่อสิทธิของข้าราชการรายที่ไม่ผ่านการประเมิน ผลงานตามมตินั้น

2.2.4 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

เมื่อในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจในการออกคำสั่ง สามารถใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าว เพื่อให้การแต่งตั้งข้าราชการในตำแหน่งนั้นๆ เป็นไปอย่างเหมาะสมกับหน้าที่ความรับผิดชอบที่เพิ่มมากขึ้น แต่ก็ไม่ใช่ว่าผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจนั้นจะสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงต้องมีการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของข้าราชการในฐานะผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา

1) หลักเกณฑ์ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง¹¹⁸

ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีอื่นๆ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมีอยู่ด้วยกัน 3 ข้อ กล่าวคือ

1.1) อำนาจของผู้ที่ใช้ดุลพินิจ ในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ออกคำสั่ง มีอำนาจตามกฎหมายในการออกกฎหรือคำสั่งนั้นๆ หรือไม่ เพราะอำนาจตามกฎหมายเป็นฐานสำคัญในการก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหรือคำสั่ง หากกระทำโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย การกระทำทางปกครองนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงรูปแบบขั้นตอนที่ได้มาซึ่งกฎหรือคำสั่งหรือแม้กระทั่งความชอบด้วยเนื้อหาของกฎหรือคำสั่งนั้น โดยในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งใดก็ตาม นอกจากจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่นั้นๆ มีดุลพินิจ

¹¹⁸ ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (น. 122-125), โดย ธีรัญญา สระทองอุ่น, 2550, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

หรือไม่แล้ว ต้องพิจารณาว่าผู้ที่ใช้อำนาจนั้นเป็นผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ด้วย

1.2) รูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เมื่อผ่านเงื่อนไขของการเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายแล้วหรือไม่ มีกรณีที่ต้องวินิจฉัยเรื่องผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจแล้ว กรณีต่อไปจะต้องวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยปฏิบัติตามขั้นตอนและแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย จะต้องมีการแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาที่ปรากฏตามเรื่องที่กำลังกล่าวหา (แบบ ส.ว. 2) และแจ้งสรุปพยานหลักฐานที่สรุปพยานหลักฐาน (แบบ ส.ว. 3) ให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ เป็นต้น หากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวศาลจะเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น โดยไม่วินิจฉัยการใช้ดุลพินิจในการสั่งลงโทษ ซึ่งเป็นส่วนเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ

1.3) ความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในส่วนของความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้น เป็นการพิจารณาในสาระสำคัญของการตัดสินใจหรือเจตนาภายในที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองที่มาจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น การเลือกใช้มาตรการตามที่กฎหมายกำหนด การตัดสินใจใช้อำนาจกระทำหรือไม่กระทำการใด โดยไม่ใช้การพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอกของการใช้ดุลพินิจนั้น เช่น ผู้ใช้อำนาจมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ หรือการปฏิบัติเป็นไปตามขั้นตอน แบบพิธีที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เป็นต้น โดยจะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้จะแยกพิจารณาออกเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามที่กฎหมายเกิดขึ้นแล้ว หรือเป็นกรณีที่อยู่ในขั้นตอนกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเหตุผลที่ฝ่ายปกครองให้ในการใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว ซึ่งในส่วนนี้เป็นส่วนที่ศาลจะต้องกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น การออกคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการเป็นการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำแล้วหรือไม่ เป็นต้น

2) รูปแบบของการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเมื่อออกมาแล้วย่อมมีผลบังคับทันที และมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งคำสั่งนั้น จึงต้องมีกลไกควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.1) การควบคุมภายในฝ่ายปกครอง ข้าราชการที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หากเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากคำสั่งดังกล่าวสามารถที่จะร้องขอต่อหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ที่ออกคำสั่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐในระดับสูงขึ้นไป ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานที่ได้ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยการยื่นอุทธรณ์หรือร้องทุกข์ต่อหน่วยงานดังกล่าว เพื่อให้ดำเนินการพิจารณาตรวจสอบ ทบทวนคำสั่ง ซึ่งอาจจะนำไปสู่การดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ โดยในขั้นนี้ หน่วยงานของรัฐสามารถที่จะพิจารณาทบทวนคำสั่งได้ ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหาข้อกฎหมาย หรือปัญหาความเหมาะสมของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง¹¹⁹

ตามระบบกฎหมายไทย หากข้าราชการเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ข้าราชการผู้นั้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการร้องทุกข์ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นไปในทำนองเดียวกันตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน แต่โดยที่ปี พ.ศ. 2551 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แทนพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ในการอธิบายจึงขอแบ่งการอธิบายการควบคุมภายในฝ่ายปกครองออกเป็น การควบคุมภายในฝ่ายปกครองก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

(1) การควบคุมภายในฝ่ายปกครองก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งหากเกิดกรณีที่เห็นว่าผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจในการเลื่อนตำแหน่งโดยไม่ถูกต้องเหมาะสม หรือโดยไม่สุจริต อันเป็นกรณีที่ข้าราชการผู้นั้นเห็นว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจหน้าที่ปฏิบัติต่อตนโดยไม่ถูกต้อง หรือไม่ปฏิบัติต่อตนให้ถูกต้องตามกฎหมายข้าราชการผู้นั้นก็สามารถดำเนินการร้องทุกข์ได้¹²⁰ โดยผู้ประสงค์จะร้องทุกข์ต้องร้องทุกข์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ทราบเหตุให้ร้องทุกข์ ต่อผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ โดยผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ต้องพิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือร้องทุกข์และ

¹¹⁹ การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อปิดสถานพยาบาลและเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 (น. 59). เล่มเดิม.

¹²⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 130.

เอกสารหลักฐานต่างๆ แต่ถ้ามีความจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเวลาดังกล่าว ให้ขยายเวลาพิจารณาได้อีกไม่เกินสามสิบวัน และให้บันทึกแสดงผลความจำเป็นที่ต้องขยายเวลาไว้ด้วย¹²¹

(2) การควบคุมภายในฝ่ายปกครองหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เมื่อได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ระบบวินัย อุทธรณ์ และการร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือนสามัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนองค์กรและผู้อำนวยการในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐภายในฝ่ายปกครองที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ขึ้น เพื่อให้ ก.พ.ค. เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐทั้งในเรื่องของการอุทธรณ์และร้องทุกข์แทนที่อำนาจที่มีอยู่เดิมของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) และคณะกรรมการสามัญประจำ (อ.ก.พ.) ในแต่ละหน่วยงาน ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นองค์กรและผู้อำนวยการภายนอกฝ่ายปกครองนั้น ก็มีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นฟ้องคดีต่างไปจากเดิมเช่นกัน¹²² โดยหลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 องค์กรและผู้อำนวยการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์และร้องทุกข์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ คือ ก.พ.ค. โดยในกรณีการร้องทุกข์¹²³ กำหนดให้ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติต่อตนของผู้บังคับบัญชา และเป็นกรณีที่ไม่อาจอุทธรณ์ตามหมวดอุทธรณ์ได้ ผู้นั้นมีสิทธิร้องทุกข์ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้

หลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ในกรณีการเลื่อนตำแหน่ง หากข้าราชการผู้ใดเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงสามารถร้องทุกข์¹²⁴ได้ ซึ่งสามารถแยกเป็น 2 กรณี คือ¹²⁵ การร้องทุกข์ที่เหตุเกิดจากผู้บังคับบัญชา ให้ร้องทุกข์ต่อ

¹²¹ กฎ ก.พ. ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ขอให้แก้ไขการปฏิบัติไม่ถูกต้องหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย.

¹²² แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง (น. 46-47), โดย ธนวิธ โชติรัตน์, 2552, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹²³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 122.

¹²⁴ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 122.

¹²⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 123.

ผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไป ตามลำดับ และการร้องทุกข์ที่เกิดจากหัวหน้าส่วนราชการ ระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีปลัดกระทรวง รัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือนายกรัฐมนตรี ให้ร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค. หนึ่ง เมื่อ ก.พ.ค. ได้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ประการใดแล้ว ให้หัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีปลัดกระทรวง รัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือนายกรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค. ทั้งนี้ ผู้ประสงค์จะร้องทุกข์ต้องร้องทุกข์ภายใน 30 วัน นับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบเหตุแห่งการร้องทุกข์¹²⁶ ต่อผู้มีอำนาจพิจารณา โดยผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย คำร้องทุกข์ต้องพิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ ให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือร้องทุกข์ แต่ถ้ามีความจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเวลาดังกล่าว ให้ขยายเวลาพิจารณาได้อีกสองครั้ง ซึ่งแต่ละครั้งต้องไม่เกินสามสิบวัน¹²⁷

2.2) การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครอง องค์กรและใช้อำนาจในการควบคุมดุลพินิจ ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งภายนอกฝ่ายปกครองที่เป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง โดยส่วนใหญ่แล้วองค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรที่ได้รับการยอมรับว่าให้ความเป็นธรรมต่อปัจเจกชน ได้มากที่สุด แต่ตามหลักนิติรัฐ องค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบ “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและการคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการล่วงละเมิด โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” เพื่อคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการจึงมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ศาลปกครองจะควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย แต่เพียงว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เลือกตัดสินใจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยจะไม่ทำการตรวจสอบว่าแนวทางที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกตัดสินใจนั้นเหมาะสมหรือไม่เหมาะสม ดังนั้น ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองย่อมควบคุมได้แต่เพียงว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้¹²⁸

แต่ในช่วงก่อน ประกาษาใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง องค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมดุลพินิจในการ

¹²⁶ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2551 ข้อ 8 วรรคหนึ่ง.

¹²⁷ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2551 ข้อ 55 วรรคหนึ่ง.

¹²⁸ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 73-76). เล่มเดิม.

ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และศาลยุติธรรม ดังนั้น ผู้เขียนจึงจะแบ่งแยกองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งออกเป็น 2 ช่วง คือ การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครองก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

(1) การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครองก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ข้าราชการผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และอาจจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ แต่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะไม่รับพิจารณาคดีที่อยู่ในระหว่างการดำเนินคดีของศาลยุติธรรม การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครองก่อนจัดตั้งศาลปกครองจึงมี 2 องค์กรหลักที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และศาลยุติธรรม

องค์กรแรก คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์¹²⁹ ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในข้อพิพาททางปกครอง อันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่นั้น กฎหมายได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา ในการพิจารณาวินิจฉัยและทำความเข้าใจสำหรับเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจ ก่อนที่จะเสนอคำวินิจฉัยไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการต่อไป ซึ่งรูปแบบการพิจารณาจะใช้ระบบร้องทุกข์ที่ให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายมีสิทธิเสนอเรื่องดังกล่าวของตนให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ทำการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทได้ โดยมีเงื่อนไขในการรับเรื่องร้องทุกข์ไว้พิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าการใช้สิทธิยื่นเรื่องร้องทุกข์ของข้าราชการต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะกระทำได้อีกเมื่อข้าราชการผู้นั้นได้ดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว กล่าวคือ ข้าราชการผู้นั้นได้ใช้สิทธิอุทธรณ์แล้ว แต่ยังไม่พอใจในผลการพิจารณาอุทธรณ์ก็สามารถใช้สิทธิร้องทุกข์ได้ และเรื่องร้องทุกข์นั้นคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรียังไม่ได้มีมติเด็ดขาด ซึ่งเมื่อการเลื่อนตำแหน่งทำให้ข้าราชการผู้ใดได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ข้าราชการผู้นั้นก็อาจร้องทุกข์ได้ อันเป็นการโต้แย้งการกระทำของหน่วยงานของรัฐจึงเป็นเรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับวินิจฉัยได้

¹²⁹ แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง (น. 37-38). เล่มเดิม.

องค์ครั้งที่สอง ศาลยุติธรรม¹³⁰ เจื่อนใจในการรับพิจารณาคดี เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา กล่าวคือ จะต้องเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล เพราะบุคคลเท่านั้นที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้โดยจะต้องมีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล และจะต้องดำเนินการร้องทุกข์ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาล แต่ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอนดังกล่าวไว้ ก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายบริหารนั้นจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ มิฉะนั้นจะถือว่าไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายถึงแม้ว่าคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาจะยอมรับอุทธรณ์แล้ววินิจฉัยให้ยกคำอุทธรณ์ โดยไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการยื่นอุทธรณ์เกินกำหนดเวลาตามกฎหมาย หากผู้อุทธรณ์มาฟ้องคดีต่อศาล ศาลก็อาจยกข้อที่ไม่ได้อุทธรณ์ภายในกำหนดนั้นขึ้นเป็นเหตุยกฟ้องได้ เจื่อนใจประการสุดท้ายในการรับพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ก็คือ จะต้องเสนอคำฟ้องต่อศาลภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้รับอุทธรณ์ไม่ดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์จนพ้นระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลได้ แสดงว่าศาลฎีกาถือว่าการนิ่งเฉยของผู้รับอุทธรณ์ มีผลเป็นการยื่นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง

ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครอง ข้าราชการผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็สามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ คดีปกครองที่เกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งข้าราชการนั้น ถือได้ว่า มีลักษณะและสภาพที่ไม่แตกต่างจากข้อพิพาททางปกครองโดยทั่วไป เนื่องจากเป็นข้อพิพาทที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดบนพื้นฐานของความสัมพันธ์ที่มีความไม่เท่าเทียมกันที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาต่างใช้อำนาจทางปกครองที่เหนือกว่าในการดำเนินการอื่นใดในการบริหารงานบุคคล อันเป็นการกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเห็นได้ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงอยู่ภายใต้การควบคุมโดยศาลปกครอง และเมื่อศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่พอใจในคำวินิจฉัย สามารถที่จะยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลปกครองสูงสุด โดยการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดนี้ ผู้อุทธรณ์สามารถโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษา

¹³⁰ คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ : ศึกษาเฉพาะกรณีคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ (น. 63-65), โดย ศุภิสพร พิศาลบุตร, 2547, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ของศาลปกครองชั้นต้นทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในกรณีต่างๆ ที่ตนไม่เห็นด้วยต่อศาลปกครองสูงสุดได้

(2) การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครองหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ภายหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 องค์กรภายนอกฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง คือ ศาลปกครอง เพียงองค์กรเดียว ซึ่งหากข้าราชการผู้ใดไม่พอใจในคำวินิจฉัยร้องทุกข์ของ ก.พ.ค. กรณีการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง สามารถที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นได้¹³¹ ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความสะดวกหรือเสียหายจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง และคำขอที่ผู้ฟ้องคดียื่นต่อศาลเป็นคำขอที่ศาลสามารถออกคำสั่งได้ โดยได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ และได้ยื่นฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ศาลจึงจะสามารถรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาได้ และหากคู่ความฝ่ายใดไม่พอใจในผลของคำสั่งและคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นสามารถที่จะอุทธรณ์คำสั่งและคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าวขึ้นไปยังศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณาพิพากษาต่อไปตามที่กฎหมายกำหนดได้อันนี้ กรณีนี้จะแตกต่างจากกรณีการยื่นฟ้องคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ที่สามารถยื่นฟ้องโดยตรงต่อศาลปกครองสูงสุดได้เลย¹³²

¹³¹ กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2551 ข้อ 56 วรรคสอง.

¹³² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 116.

บทที่ 3

หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศ

ในต่างประเทศข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งถือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสการที่ข้าราชการถูกตัดชื่อออกจากทะเบียนการเลื่อนตำแหน่งหรือการเลื่อนระดับ หรือการลดตำแหน่ง เป็นโทษทางวินัยของข้าราชการ อันเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย ที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถบังคับได้ทันที¹³³ คำสั่งเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งจึงเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการโดยตรง มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ถือว่าการเลื่อนตำแหน่ง (Beförderung) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งแต่งตั้ง (Ernennung)¹³⁴ ที่มีผลเป็นการก่อหรือเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นข้าราชการและมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งในฐานะปัจเจกบุคคล กระทบต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการ ข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจึงสามารถอุทธรณ์คำสั่งที่เกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งได้ดังเช่นคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน¹³⁵ เมื่อคำสั่งที่เกี่ยวกับการเลื่อนระดับตำแหน่งมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวจึงมีหลักการเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ในชั้นนี้จึงจะทำการศึกษาถึงหลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสเป็นหลัก

¹³³ แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง (น. 53-59). เล่มเดิม.

¹³⁴ มาตรา 10 Bundesbeamtengesetz อ้างใน การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน, โดย คนันท์ ชัยชนะ, 2554, สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2555 จาก <http://www.pub-law.net>.

¹³⁵ Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, S. 612; vgl. Auch BVerwGE 14, 84; 41, 253. อ้างใน แหล่งเดิม.

3.1 หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 35¹³⁶ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt-VA) ไว้ว่า คำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งใดๆ คำวินิจฉัย หรือมาตรการของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจกระทำการเฉพาะเรื่องในแต่ละกรณี ภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงให้เกิดผลทางกฎหมายออกสู่ภายนอก และในส่วนของคำสั่งทั่วไปที่จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องมีผลโดยตรงต่อบุคคล หรือมีลักษณะเป็นการทั่วไป หรือเกี่ยวเนื่องกับเรื่องทางกฎหมายมหาชนและเป็นการใช้อำนาจที่มีผลต่อมหาชนในวงกว้าง¹³⁷ ซึ่งคำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมีการจำแนกออกเป็นหลายประเภทด้วยกัน

3.1.1 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง¹³⁸

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครองตามลักษณะของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

- (1) คำสั่งที่มีผลเป็นการร้องขอให้กระทำการ ให้ยับยั้งการกระทำ (befehlend) เช่น คำสั่งของตำรวจ (Polizeiliche Verführenbescheid) หรือการเรียกให้ชำระภาษี (Steuerbescheid)
- (2) คำสั่งที่มีผลเป็นการกอนิติสัมพันธ์ เช่น การโอนสัญชาติ (Einbürgerung) การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง (Ernennung)
- (3) คำสั่งที่เป็นผลมาจากประกาศอันเนื่องมาจากสถานการณ์พิเศษ (feststellend) เช่น ผลของการให้สถานภาพ เช่น ผลของการให้สัญชาติ (Staatsangehörigkeit) หรือผลของการให้สิทธิ
- (4) คำสั่งที่มีผลเป็นการให้สิทธิประโยชน์ตามคำร้องขอ (begünstigend) เช่น การอนุญาต (Erlaubnis) หรือการให้สิทธิ (Konzession)
- (5) คำสั่งที่มีผลเป็นการเพิกถอนสิทธิประโยชน์ (belastend) เช่น การปฏิเสธ หรือการยกเลิกเพิกถอนการอนุญาต หรือการให้สิทธิ

¹³⁶§ 35 Begriff des Verwaltungsaktes

Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.

¹³⁷ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (น. 56). เล่มเดิม.

¹³⁸แหล่งเดิม. (น. 57).

(6) คำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร (Baugenehmigung) ย่อมมีผลกระทบต่อผู้อยู่อาศัยข้างเคียง เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝ่ายปกครองในฐานะองค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครอง จะออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ตัวบทกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายจะประกอบด้วยสองส่วนสำคัญ คือ ส่วนที่เป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชน หรือก่อให้เกิดอำนาจแก่ฝ่ายปกครอง เรียกว่า องค์ประกอบ (Tatbestand) และส่วนที่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะสั่งการเมื่อครบเงื่อนไขในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ เรียกว่า ผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ซึ่งทั้งสองส่วนมีความสัมพันธ์กัน ดังนั้นในการพิจารณาส่วนหนึ่งก็ต้องคำนึงถึงเนื้อหาของอีกส่วนหนึ่งด้วย¹³⁹ และเมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นผลิตผลจากฝ่ายปกครอง จึงเป็นสิ่งที่จะต้องกระทำภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองประเภทอื่น แต่ก็อาจเกิดข้อบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองจนทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

3.1.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง¹⁴⁰

ระบบกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้บัญญัติผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ ซึ่งตามหลักกฎหมายดังกล่าวทำให้ทราบว่ามีเหตุใดบ้างที่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Nichtige Verwaltungsakte)

คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย โดยคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นโมฆะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ

1.1) กรณีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคแรก¹⁴¹ ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นโมฆะต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

¹³⁹ *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น. 254), โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 2544, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁴⁰ *ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย* (น. 23-24), โดย ปัญญา จันสกุล, 2550, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹⁴¹ § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรง ที่แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้ศึกษาทางด้านกฎหมายพิจารณาแล้ว ก็เห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

1.2) กรณีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสอง¹⁴² ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองหากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 6 ประการดังต่อไปนี้ คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นโมฆะ

- (1) คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือแต่ไม่ปรากฏว่าคำสั่งนั้นได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐคนใด
- (2) คำสั่งทางปกครองที่จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้มอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่ง
- (3) คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเขตพื้นที่ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐคนนั้น
- (4) คำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งไม่สามารถกระทำการหรือปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้

(1) Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

¹⁴² § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(2) Ohne Rücksicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 ist ein Verwaltungsakt nichtig,

1. der schriftlich oder elektronisch erlassen worden ist, die erlassende Behörde aber nicht erkennen lässt;

2. der nach einer Rechtsvorschrift nur durch die Aushändigung einer Urkunde erlassen werden kann, aber dieser Form nicht genügt;

3. den eine Behörde außerhalb ihrer durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 begründeten Zuständigkeit erlassen hat, ohne dazu ermächtigt zu sein;

4. den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann;

5. der die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangt, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht;

6. der gegen die guten Sitten verstößt.

(5) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งไม่สามารถกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หากการกระทำนั้นส่งผลให้ผู้รับคำสั่งซึ่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งอาจต้องรับโทษทางอาญา

(6) คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.3) กรณีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม (2)¹⁴³ บทบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงแต่สามารถแปลความได้ว่าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นคู่กรณีเองแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้นจะมีผลเป็นโมฆะ นอกจากนี้ ศาลปกครองเยอรมนีได้มีแนวการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะอย่างอื่นอีก เช่น คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระไม่ชัดเจนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะให้เอกชนผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามอย่างไร ก็จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นโมฆะเช่นกัน

2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ (Anfechtbare Verwaltungsakte)

คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ได้ร้ายแรงถึงระดับโมฆะ จึงยังมีผลในทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะทำให้สิ้นผล ซึ่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม¹⁴⁴ ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งโมฆียะกรรมในบางกรณีไว้ ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ได้มีอำนาจหน้าที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น

กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ญาติพี่น้องของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่ง

¹⁴³ § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(3) Ein Verwaltungsakt ist nicht schon deshalb nichtig, weil

2. eine nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 6 ausgeschlossene Person mit-gewirkt hat;

¹⁴⁴ § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(3) Ein Verwaltungsakt ist nicht schon deshalb nichtig, weil

1. Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit nicht eingehalten worden sind, außer wenn ein Fall des Absatzes 2 Nr. 3 vorliegt;

2. eine nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 6 ausgeschlossene Person mit-gewirkt hat;

3. ein durch Rechtsvorschrift zur Mitwirkung berufener Ausschuss den für den Erlass des Verwaltungsaktes vorgeschriebenen Beschluss nicht gefasst hat oder nicht beschlussfähig war;

4. die nach einer Rechtsvorschrift erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde unterblieben ist.

กรณีที่สาม คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในการออกคำสั่งนั้นมีการเรียกประชุมหรือมีองค์ประชุมที่ผิดพลาดหรืออาจมีบุคคลที่ไม่ได้เป็นกรรมการเข้าร่วมประชุม

กรณีที่สี่ คำสั่งทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดให้ส่วนราชการอื่นต้องมีส่วนร่วมในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งนั้นได้ออกโดยปราศจากการมีส่วนร่วมของหน่วยงานดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังต่อไปนี้ก็ถือว่าเป็นเหตุที่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆียะกรรม¹⁴⁵

(1) การรับฟังข้อเท็จจริงไม่เพียงพอ หรือฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด รวมถึงการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

(2) การไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณา เช่น การรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นญาติพี่น้องของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองโดยไม่เข้าข้อยกเว้น หรือการไม่ให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียในการตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(3) การกระทำการ โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ในการออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Eingriffsverwaltung)

(4) การใช้กฎหมายผิดพลาดไม่ว่าจะเป็นการตีความกฎหมาย (Auslegung) การปรับบทกฎหมาย (Subsumtion) หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

(5) การกระทำผิดรูปแบบในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรแต่กลับทำด้วยวาจา

(6) การกระทำนอกเขตพื้นที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนในกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์

(7) ความบกพร่องในเรื่องเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของที่มาของการใช้อำนาจทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นคำร้องแต่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยผู้ร้องขอไม่ได้ยื่นคำร้องขอ

(8) การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เกินขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือใช้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ หรือสั่งการโดยที่ยังมิได้ใช้ดุลพินิจ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจดุลพินิจ การบิดเบือนการใช้อำนาจดุลพินิจ โดยการ

¹⁴⁵ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 174-176). เล่มเดิม.

กลับแก่งผู้รับคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ออกคำสั่งทางปกครองมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น แต่ไม่ได้เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

(9) การวินิจฉัยสั่งการที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของหลักนิติรัฐ (rechtsstaatliches Übermaßverbot)

(10) การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้การบังคับนั้นในตัวเองจะเป็นคำสั่งทางปกครองอันเป็นอุปกรณ์ที่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายทุกประการ แต่ถ้าคำสั่งทางปกครองอันเป็นประธาณนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การบังคับนั้นก็ย่อมต้องตกไปเสมือนหนึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการออกคำสั่งทางปกครองย่อมอาจเกิดความบกพร่องจนส่งผลให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่จะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะย่อมขึ้นอยู่กับเหตุที่ทำให้คำสั่งนั้นบกพร่องตามหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งการใช้ดุลพินิจหากไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายแล้วก็ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน ในที่นี้จึงจะต้องทำการศึกษาเกี่ยวกับดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองต่อไป

3.1.3 ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการ ในทางปกครองด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตน ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นภายในขอบเขตหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดุลพินิจถือเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง โดยการใช้ดุลพินิจอาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นกระทำก็ได้¹⁴⁶

กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจึงต้องให้เหตุผลและชี้แจงถึงการชั่งน้ำหนักเหตุผลต่างๆ อันเป็นที่มาของการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นๆ¹⁴⁷ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำกรได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งกฎหมายอาจจะกำหนดให้เลือกกระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้น หรือจะให้เลือกกระทำกรภายในขอบเขตที่กำหนดได้ ดุลพินิจจึงเป็นการเลือกวินิจฉัย

¹⁴⁶ แหล่งเดิม. (น. 259).

¹⁴⁷ แหล่งเดิม. (น. 159).

ของฝ่ายปกครองระหว่างการกระทำหลายอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ ให้ฝ่ายปกครองในการกระทำเรื่องใดเรื่องหนึ่ง¹⁴⁸ ซึ่งหากเรานำเรื่องดุลพินิจมาเป็นหลักในการ แบ่งประเภทคำสั่งทางปกครองเราอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ¹⁴⁹

(1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองต้อง ปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายโดยไม่มีอิสระในการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ เมื่อข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอาจจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองหรือ ห้ามไม่ให้ออกคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าข้อเท็จจริงไม่ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็น องค์ประกอบ เช่น ผู้ยื่นคำร้องมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วน เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะต้องปฏิเสธคำร้องไป การออกคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงอาจเป็นคุณแก่ผู้ยื่นคำร้อง เช่น การออกใบอนุญาตต่างๆ แต่ก็อาจไม่เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น กฎหมายภาษีอากรมีหลักทั่วไปว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้รับผิดชอบจะต้องมีคำสั่งให้ประชาชนเสียภาษีอากรเสมอ

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่สามารถตรากฎหมายให้ละเอียดได้ทุกเรื่อง จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติ และตัดสินใจด้วยตนเองภายในขอบเขตของกฎหมาย ที่อาจจะมีการปฏิบัติและการตัดสินใจ ได้หลายอย่าง และแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการกระทำเช่นนี้ จึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจ

(3) คำสั่งทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมาย คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะพบ ในการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นคุณแก่ประชาชนฝ่ายเดียวเท่านั้น

บทบัญญัติของกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีประกอบด้วยสองส่วนที่สำคัญ คือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบ (Tatbestand) และส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge)¹⁵⁰ แต่ตาม หลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝ่ายปกครองไม่อาจมีดุลพินิจในส่วนที่เป็น องค์ประกอบ (Tatbestand) โดยต้องผูกพันกับบทบัญญัติกฎหมายและไม่อาจตัดสินใจได้อย่างอิสระ ดังเช่นดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีดุลพินิจใน

¹⁴⁸ แหล่งเดิม. (น. 259).

¹⁴⁹ “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2532, วารสารกฎหมายปกครอง, 8, น. 4-6. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าของ ลิขสิทธิ์.

¹⁵⁰ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 254). เล่มเดิม.

ส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายเท่านั้น¹⁵¹ และอาจแยกการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ¹⁵²

ประการที่หนึ่ง การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย ในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละกรณีเพื่อหาทางแก้ไขปัญหาในเรื่องนั้นๆ ให้เป็นไปอย่างเหมาะสม

ประการที่สอง การใช้ดุลพินิจทั่วไป ในเบื้องต้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองมุ่งที่จะใช้กับกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย แต่ผู้บังคับบัญชาที่ชอบที่จะออกแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้อยู่ได้บังคับบัญชาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองไม่อาจจะกระทำตามอำเภอใจได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองและรัฐธรรมนูญ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงไม่ได้เป็นไปอย่างไร้ขอบเขต แต่เป็นไปตามหน้าที่ ตามขอบเขตความชอบด้วยกฎหมาย สิ่งเหล่านี้จึงเป็นข้อจำกัดในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ชี้นำ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นขอบเขตทางภววิสัยของการใช้ดุลพินิจ และจะต้องชั่งน้ำหนักของเหตุผลหลายๆ ด้าน การใช้ดุลพินิจโดยไม่สอดคล้องถูกต้องตามรัฐธรรมนูญจึงย่อมส่งผลให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจที่บกพร่อง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจจะควบคุมตรวจสอบได้¹⁵³

3.1.4 ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่ได้คำนึงถึงขอบเขตหรือความผูกพันทางกฎหมาย ตามหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบกฎหมาย (Gebot der Gesetz-mäßigkeit der Verwaltung) ดุลพินิจของฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือไม่ ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และจะต้องพิจารณาด้วยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ ครบถ้วนไขในส่วนองค์ประกอบที่จะก่อให้เกิดอำนาจในการใช้ดุลพินิจ (Tatbestandsvoraussetzung der Ermessensnorm) และฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้น¹⁵⁴

¹⁵¹ แหล่งเดิม. (น. 260).

¹⁵² แหล่งเดิม. (น. 262).

¹⁵³ แหล่งเดิม. (น. 263).

¹⁵⁴ แหล่งเดิม. (น. 265-266).

เมื่อเงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายครบถ้วนแล้ว จึงพิจารณาดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือไม่ ซึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าการใช้ดุลพินิจลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้¹⁵⁵ เป็นการใช้อดุลพินิจผิดพลาด

(1) การใช้อดุลพินิจเกินขอบเขตหรือเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด (Ermessensüberschreitung) คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

(2) การใช้อดุลพินิจบกพร่อง (Ermessensmangel) หรือการไม่ใช้อดุลพินิจ (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensunterschreitung) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ใช้โอกาสเลือกตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะวินิจฉัยสั่งการโดยไม่มีอำนาจดุลพินิจ เช่น¹⁵⁶ ผู้ที่อาศัยอยู่ใกล้กับโบสถ์ ร้องขอให้เจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการกับหอนาฬิกาของโบสถ์ เพราะเสียงระฆังดังก่อนเวลาเสมออันเป็นการรบกวน และเป็นเหตุเดือดร้อนรำคาญ แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีอำนาจไม่เข้าดำเนินการหรือเชื่อ โดยสำคัญผิดว่าตนไม่มีอำนาจที่จะไปออกคำสั่งในเรื่องนี้กับโบสถ์ดังกล่าว

(3) การใช้อดุลพินิจโดยมิชอบหรือในทางที่ผิดหรือโดยบิดเบือน (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensmißbrauch) กรณีนี้เป็นกรณีการใช้อดุลพินิจผิดพลาดที่เกิดขึ้นมากที่สุด คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ เช่น¹⁵⁷ การเรียกบุคคลผู้ซึ่งเคยผิดกฎจราจรเพียงครั้งเดียวและเป็นกรณีเล็กๆ น้อยๆ หรือบุคคลที่ไม่เคยก่อให้เกิดอุบัติเหตุมานานแล้ว มาเข้ารับการอบรมกฎจราจร

ความบกพร่องในการใช้อดุลพินิจนี้ เป็นการพิจารณาการใช้อดุลพินิจในด้านอัตวิสัยของผู้ใช้ ซึ่งจะสัมพันธ์กับหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้วินิจฉัยอาศัยความรู้สึกส่วนตัวเป็นมูลเหตุซึ่งจงใจมาเกี่ยวข้องกับการใช้อดุลพินิจ¹⁵⁸

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อดุลพินิจบกพร่องย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยแล้วให้เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาเรื่องนั้นใหม่โดยใช้อดุลพินิจให้ถูกต้อง ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่

¹⁵⁵ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น. 248-249), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2555, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

¹⁵⁶ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 266-267). เล่มเดิม.

¹⁵⁷ แหล่งเดิม. (น. 267).

¹⁵⁸ แหล่งเดิม.

ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้หากยังไม่มีคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงย่อมมีผลใช้บังคับ ต่างจากกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ เช่น กรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกรณีที่มีการปฏิบัติตามจะเป็นความผิดทางอาญา เป็นต้น¹⁵⁹ ที่จะไม่ใช้บังคับในทันที

3.1.5 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันกับหลักสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นการจำกัดการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (als ermessens-begrenzende Faktoren) ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ผิดพลาด (Ermessensfehlerfreiheit)¹⁶⁰ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจภายในขอบเขตและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และจะต้องไม่ใช่อย่างบิดเบือน¹⁶¹ จึงต้องมีองค์การที่ควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองแบ่งออกเป็น การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งดังกล่าว ซึ่งหากประชาชนไม่เห็นด้วยก็สามารถโต้แย้งคัดค้านในประเด็นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้แสดงไว้ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐในชั้นอุทธรณ์จะตรวจสอบว่าการชั่งน้ำหนักในการตัดสินใจวินิจฉัยสั่งการนั้นเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนหรือตามอำเภอใจหรือไม่ ขั้นตอนการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้าน จึงเกิดขึ้นเพื่อให้องค์กรฝ่ายปกครองในระดับที่สูงขึ้นมีโอกาสตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของผู้ได้บังคับบัญชา¹⁶²

การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยองค์การภายในตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น หรือการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กร

¹⁵⁹ แหล่งเดิม. (น. 271).

¹⁶⁰ “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2532, วารสารกฎหมายปกครอง, 8, น. 1-32. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁶¹ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 164). เล่มเดิม.

¹⁶² แหล่งเดิม. (น. 211).

ฝ่ายปกครอง เรียกว่า Widerspruch หรือ Vorverfahren กำหนดให้ต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในระยะเวลาหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ได้มีการแจ้งหรือประกาศคำสั่งทางปกครองให้ทราบ โดยต้องยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในขั้นนี้คำสั่งทางปกครองอาจถูกตรวจสอบได้ทั้งประเด็นความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmässigkeit) และเนื้อหาของการใช้อำนาจดุลพินิจ (ประเด็นความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งมีหน้าที่ต้องตรวจสอบคำสั่งที่ตนเป็นผู้ออกอีกครั้งหนึ่ง ถ้าเห็นว่าคำร้องอุทธรณ์ของผู้รับคำสั่งมีเหตุผลที่รับฟังได้ ก็มีหน้าที่บอกล้างหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้อง แต่ถ้ากรณีเป็นอย่างอื่น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นก็จะต้องส่งคำร้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งไปยังเจ้าหน้าที่ของรัฐในลำดับสายบังคับบัญชาลำดับสูงขึ้น ไป ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐลำดับสายบังคับบัญชาลำดับสูงขึ้นไปก็จะต้องวินิจฉัยทั้งเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการยื่นอุทธรณ์และในส่วนของเนื้อหาของการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการและใช้อำนาจดุลพินิจว่าคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยออกเป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ในกรณีที่คำร้องอุทธรณ์มีเหตุผลที่รับฟังได้ คำสั่งจะถูกบอกล้างหรือยกเลิกโดยคำวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่ในกรณีที่คำร้องอุทธรณ์ไม่มีเหตุผลที่รับฟังได้ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็จะยืนตามคำสั่งนั้น แต่หากการยื่นอุทธรณ์ไม่ได้กระทำให้ถูกต้องตามเงื่อนไขของการยื่นอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของคำสั่ง แต่ก็มีอำนาจที่จะพิจารณาในเนื้อหาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นได้¹⁶³

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีอาจไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนการอุทธรณ์โต้แย้งภายในองค์กรฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ผู้รับคำสั่งอาจยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย ถ้าผู้ออกคำสั่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงหรือผู้ถูกกระทำความผิดจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น โดยตรง และอาจกล่าวได้ว่าการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งดังกล่าวนี้ เป็นวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่เป็นขั้นตอนการพิจารณาก่อนจะนำคดีขึ้นสู่ศาล เพราะเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งที่ผู้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติก่อนจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง¹⁶⁴

สำหรับการควบคุมโดยองค์กรภายนอก การควบคุมในกรณีนี้ เป็นการควบคุมโดยศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ อันเป็นการควบคุมภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง (verwaltungsexterne Kontrolle) ซึ่งหากผู้รับคำสั่งไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ก็ย่อมมีสิทธิที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัย

¹⁶³ แหล่งเดิม. (น. 193-194).

¹⁶⁴ แหล่งเดิม. (น. 194-195).

อุทธรณ์โดยปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การนำคดีมาฟ้องศาลปกครอง โดยศาลปกครองจะทำหน้าที่ตรวจสอบเฉพาะประเด็นเรื่องกฎหมายหรือขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเท่านั้น¹⁶⁵

3.1.6 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองเยอรมนี

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจวินิจฉัยในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย หรือมีดุลพินิจในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ความผูกพันตามกฎหมายของฝ่ายปกครองก็จะมีลักษณะยืดหยุ่น การควบคุมโดยศาลปกครองจึงมีลักษณะทำนองเดียวกัน เพราะศาลปกครองจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองมีดุลพินิจอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างนี้¹⁶⁶ ศาลจึงจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ

1) การควบคุมดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย¹⁶⁷ แนวคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายเกิดขึ้นในกรณีที่บทบัญญัติในส่วนที่เป็นองค์ประกอบใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในการนำบทบัญญัติดังกล่าวไปปรับใช้จึงต้องมีการตีความให้มีความชัดเจน ซึ่งในบางกรณีก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความได้ โดยเฉพาะถ้อยคำที่ไม่เจาะจงที่ต้องอาศัยการตีความเพื่อให้ความหมายเพิ่มเติมพิเศษทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกันในการตีความ

ตามแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายได้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องภายใต้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่มีลักษณะชัดเจน หรือถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงก็ตาม ทั้งนี้ เพราะเป็นการให้เหตุผลในเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดยศาลสามารถตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายในส่วนดังกล่าวของฝ่ายปกครองได้ โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย¹⁶⁸

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยใช้ “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” ศาลก็มีอำนาจตีความถ้อยคำทางกฎหมายดังกล่าวได้ กล่าวคือ ไม่ได้ยอมรับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

¹⁶⁵ แหล่งเดิม. (น. 195).

¹⁶⁶ แหล่งเดิม. (น. 256).

¹⁶⁷ แหล่งเดิม. (น. 272-275).

¹⁶⁸ รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 14), โดย วิษณุ วรรุญญ และคณะ, 2547, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ แต่ระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็สร้างข้อยกเว้นที่ไม่ให้ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการตีความของฝ่ายปกครองบางประการ โดยเรียกกรณีดังกล่าวว่าเป็น “แดนวินิจฉัย” (Beurteilungsspielraum ; margin of judgement) อันเป็นอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ ซึ่งอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ที่สำคัญที่ปรากฏในคำพิพากษาได้แก่ การตรวจสอบข้อสอบและการประเมินผลการสอบ¹⁶⁹ การประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁷⁰ การวินิจฉัยอันมีลักษณะเป็นการประเมินคุณค่าที่กระทำโดยคณะกรรมการอิสระซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์¹⁷¹ การวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพยากรณ์หรือการประเมินความเสี่ยงในกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายเศรษฐกิจ¹⁷² เป็นต้น

2) การควบคุมดุลพินิจในส่วนของการเลือกใช้ผลของกฎหมาย¹⁷³ โดยทั่วไปการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนที่อยู่ในส่วนของผลของกฎหมาย เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น และอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “การใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย” ซึ่งปรากฏชัดเจนในมาตรา 40¹⁷⁴ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองปฏิบัติภารกิจของตนตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจไว้ กรณีจึงมีผลทำให้ดุลพินิจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองนั้น ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจดุลพินิจนั้น และนอกจากนี้ยังต้องจำกัดการตีความของการใช้ดุลพินิจภายใต้วัตถุประสงค์ฉบับนั้นๆ อีกด้วย ดังนั้น หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวของกฎหมายจะมีผลให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวผิดพลาดหรือบกพร่อง (Ermessensfehlerhaft) ส่งผลให้การกระทำที่มาจากการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้

¹⁶⁹กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 84). เล่มเดิม.

¹⁷⁰แหล่งเดิม.

¹⁷¹แหล่งเดิม. (น. 85).

¹⁷²แหล่งเดิม.

¹⁷³ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (น. 61-63). เล่มเดิม.

¹⁷⁴§ 40 Ermessen

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

ศาลปกครองสามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองให้เคารพต่อขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของตนได้

การใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องดังกล่าวไม่ได้มีความหมายเพียงแต่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่คำนึงถึงขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น แต่หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีเหตุมาจากการเลือกปฏิบัติ หรือมีการตัดสินใจอย่างอื่นที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่า ซึ่งไม่เกินขอบเขตของกฎหมายนั้น ก็ถือว่า เป็นการใช้อำนาจโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายและถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องเช่นกัน เพียงแต่กรณีไม่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยศาลปกครอง ในทางตรงกันข้ามการควบคุมการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย โดยควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการเลือกสิ่งที่ดีกว่า หรือมีเหตุผลมากกว่าภายใต้หลายสิ่งที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่สามารถเลือกสิ่งไหนก็ได้ล้วนเป็นการใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมายทั้งสิ้น เป็นอำนาจการควบคุมของฝ่ายปกครองก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาควบคุมของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงทำหน้าที่เพียงตรวจสอบและควบคุมให้การกระทำทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายในแต่ละกรณี (Zweckmäßigkeit) โดยในส่วนของ การควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่าดังกล่าวอยู่ในขอบเขตและเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องตรวจสอบและเพิกถอนก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไม่ได้ปฏิเสธการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่า เพียงแต่ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องควบคุมและเพิกถอนก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล

3.1.7 แนวคิดและทฤษฎีที่ศาลปกครองเยอรมนีนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

ศาลปกครองเยอรมนีได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายทางกฎหมายกับมาตรการของรัฐที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่มีบทบาทมากในกฎหมายมหาชนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ หลักความได้สัดส่วนนี้กำหนดให้ วิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะนำมาใช้กระทำการใดในทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายจะต้องเหมาะสมและจำเป็น คือเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้งต้องเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ จากการที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบ

(in einem angemessenen Verhältnis stehen)¹⁷⁵ โดยหลักความได้สัดส่วนตามที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ให้นิยามและกำหนดองค์ประกอบไว้ หมายความว่าถึงหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งในแต่ละหลักมีรายละเอียด ดังนี้¹⁷⁶

1) หลักความเหมาะสม (Geeignetheit)

หลักความเหมาะสม หมายถึง ความเหมาะสมของวิธีการหรือมาตรการของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายประสงค์ไว้ มาตรการใดที่ไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสามารถบรรลุผลสำเร็จได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเป็นไปได้ยาก ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่เป็นไปตามหลักความเหมาะสม ส่วนความเหมาะสม หมายถึง สภาพการณ์ที่ฝ่ายปกครองได้ทำการแทรกแซง และภายในสภาพการณ์นั้น จะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยมาตรการนั้นต้องตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่จะสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงได้เท่านั้น

2) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit)

หลักความจำเป็น เป็นหนึ่งในสามองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน โดยศาลได้กล่าวถึงหลักความจำเป็นว่า ในการพิจารณาถึงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับหลักความจำเป็นจะต้องพิจารณาจากมาตรการที่ใช้บังคับ กล่าวคือ มาตรการที่เหมาะสมอาจไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นที่ควรจะนำมาใช้บังคับ โดยหลักความจำเป็นเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่เหมาะสม และมาตรการต่างๆ เหล่านี้ล้วนเป็นมาตรการที่ทำให้การกระทำนั้นๆ บรรลุวัตถุประสงค์ด้วยกันทั้งสิ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการใดจะเป็นมาตรการตามหลักความจำเป็นต่อเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด ดังนั้น ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในกรณีที่มีมาตรการให้ฝ่ายปกครองเลือกตัดสินใจ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่มีความจำเป็นที่สุด ซึ่งมาตรการที่จำเป็นที่สุด ได้แก่ มาตรการเพียงมาตรการเดียวที่มีผลกระทบต่อประชาชนและประโยชน์สาธารณะน้อยที่สุด แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุด และหลักความจำเป็นยังเป็นข้อจำกัดที่ห้ามไม่ให้

¹⁷⁵“ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2532, วารสารกฎหมายปกครอง, 8, น. 11-12. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁷⁶หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย (น. 17-28), โดย วรณู วิจารณ์ันท์, 2548, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเกินขอบเขต

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionalität หรือ Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นมาตรฐานในการกำหนดระดับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ได้สัดส่วนหรือพอเหมาะสมกับทุกฝ่าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ควบคุมและจำกัดให้ฝ่ายปกครองต้องออกมาตรการที่ใช้บังคับแล้วจะเกิดผลเสียแก่ประชาชนและประโยชน์ส่วนรวมซึ่งการเลือกใช้มาตรการหรือวิธีการที่มีลักษณะสัมพันธ์และสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้มีขอบเขตของความผูกพันอยู่ในระดับที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะในแต่ละกรณี

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากการศึกษาพบว่า ในการออกคำสั่งทางปกครองอาจเกิดความผิดพลาดหรือบกพร่องจนส่งผลให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะก็แล้วแต่เหตุความบกพร่องที่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด (Ermessensüberschreitung) การไม่ใช้ดุลพินิจ (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensunterschreitung) หรือการใช้ดุลพินิจอย่างมิชอบ หรืออย่างบิดเบือน (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensmißbrauch) ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสามารถทำการควบคุมตรวจสอบได้ โดยหลักที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อควบคุมให้การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของเอกชนผู้ได้รับผลกระทบ

3.2 หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อาศัย “เครื่องมือทางกฎหมาย” และ “การปฏิบัติการ” ซึ่งการปฏิบัติการของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในเครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่สองประเภท คือ นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (les actes unilatéraux de l'administration) และสัญญาทางปกครอง แต่ในที่นี้จะขออธิบายถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นหลัก เพราะเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดผล

ทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อเอกชน โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ได้รับผลกระทบ โดยแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร และนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว¹⁷⁷

กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร ถือเป็นอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (le pouvoir réglementaire) หรือที่เรียกว่า “กฎ” นั้นเอง¹⁷⁸

ส่วนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (les actes administratifs unilatéraux) เป็นเอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือผู้อยู่ใต้ปกครอง เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษนี้จึงเป็นสิ่งที่ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่มีผลทางกฎหมายได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน หรือที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง”¹⁷⁹

ตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงหมายรวมถึง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ที่มีรูปแบบการกระทำที่หลากหลาย และก็มีหลายกรณีที่มีการกระทำนั้นถูกโต้แย้งจากเอกชนถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในการศึกษาถึงหลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส เบื้องต้นจึงต้องทำการศึกษเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบของคำสั่งทางปกครองก่อน เพื่อให้เกิดความเข้าใจว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่เกิดจากความบกพร่องอื่น และที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มีกรณีใดบ้าง แล้วจึงทำการศึกษาลึกในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส

3.2.1 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศสเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับได้เองทันที (la décision exécutoire) และเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่สำคัญที่สุดที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของตนเองทุกประเภท¹⁸⁰ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้เองทันทีนี้มีหลายรูปแบบ

ในการจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครอง จะอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกัน เช่น ความแตกต่างในด้านแบบพิธี (formelle) ซึ่งหากถือในแง่องค์กรเป็นหลักก็จะต้องคำนึงถึงสภาพของผู้ออกคำสั่ง โดยเมื่อเรียงลำดับชั้นของเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่างๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ออก

¹⁷⁷ *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น. 124-139), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2551, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

¹⁷⁸ แหล่งเดิม. (น. 125-130).

¹⁷⁹ แหล่งเดิม. (น. 130-138).

¹⁸⁰ แหล่งเดิม. (น. 131).

คำสั่งแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับโครงสร้างทางปกครองด้านพื้นที่ (Structure territoriales) ก็จะเป็น ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี โครงสร้างรัฐก็จะเป็นผู้ว่าการจังหวัดและคณะกรรมการทั่วไปของจังหวัด (Conseil Général) โครงสร้างภูมิภาคก็จะเป็น Département และนายกเทศมนตรี และคณะกรรมการ commune (conseil municipal) สำหรับ Commune นอกนั้นก็ยังมีบรรดาหัวหน้าหน่วยงานในทุกระดับที่สามารถออกคำสั่ง exécutoire ได้ อย่างไรก็ตามยังต้องคำนึงถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับโครงสร้างด้านหน้าที่ (Structures fonctionnelles) ด้วย ซึ่งอำนาจเหล่านี้อยู่ที่องค์กรที่ได้รับมอบหมายในการดำเนินการสาธารณะ เอกเทศต่างๆ เช่น établissement public องค์กรเอกชนหรือองค์กรอื่นใดที่ไม่ระบุประเภทแน่ชัด แต่ได้รับมอบหมายหน้าที่บริการสาธารณะ¹⁸¹

ความแตกต่างในด้านรูปแบบ (forme) ก็อาจเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคน ต้องปฏิบัติหลักการเฉพาะและหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจแยกความแตกต่างได้ ดังนี้ คือ กฎฎีกา (décrets) จะต้องออกโดยประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี รูปแบบ arrêtés จะต้องออกโดยรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรี และรูปแบบข้อบัญญัติต่างๆ (délibérations) ที่ออกโดยคณะกรรมการผสม เช่น กรรมการจังหวัดและคณะกรรมการเทศบาล แต่ก็ยังมีความแตกต่างในด้านอื่นๆ ด้วย ซึ่งอาจออกคำสั่งที่มีรูปแบบนอกจากนี้และมีผลเป็น décision exécutoire เช่นเดียวกัน เช่น ออกคำสั่งที่มีรูปแบบของบันทึกของหน่วยงาน (note de service) จดหมาย คำสั่ง ด้วยวาจา เป็นต้น¹⁸²

ในการพิจารณาถึงความแตกต่างจึงควรพิจารณาที่เนื้อหา ที่ส่งผลตามมาในด้านระบบ (régime) ของคำสั่งเหล่านี้ คือ ความแตกต่างระหว่างการกระทำหรือคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไปและที่มีผลเฉพาะบุคคล¹⁸³ จากที่ได้กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ประเภทของคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่สำคัญมีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่¹⁸⁴

(1) คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป (les actes réglementaires) หมายถึง การวางกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป

¹⁸¹“นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส,” โดย พูนศักดิ์ ไวสารวัจน, 2528, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 4 ตอน 2, น. 292-293. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁸²แหล่งเดิม. (น. 293).

¹⁸³แหล่งเดิม.

¹⁸⁴เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง (น. 25-26), โดย วรรงค์ ทองโคกสี, 2554, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

(2) คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะบุคคล (des actes individuels) ฝ่ายปกครองจะนำคำสั่งประเภทนี้มาใช้ในการดำเนินกิจกรรมทุกประเภท และคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจปรากฏในลักษณะของคำสั่งห้าม คำสั่งอนุมัติ อนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เช่น คำสั่งไม่รับจดทะเบียนสมาคม คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร คำสั่งไล่ข้าราชการออกจากราชการ หรือคำสั่งให้ปิดโรงงาน เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงคำสั่งเฉพาะกลุ่มหรือคำสั่งต่อกลุ่มบุคคลหรือคำสั่งทางปกครองรวม (acte collectif) ซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะรายที่ออกรวมกันมาในคราวเดียว เช่น การประกาศบัญชีรายชื่อผู้ผ่านการสอบแข่งขันบัญชีเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการ เป็นต้น และคำสั่งทางปกครองพิเศษหรือคำสั่งเฉพาะกรณี (acte particulier) เช่น ประกาศการใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการยุบสภาเทศบาล เป็นต้น

3.2.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administrative) ของประเทศฝรั่งเศส ได้แบ่งเหตุที่จะใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (cas d'ouverture) ออกเป็น 2 เหตุด้วยกัน คือ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) จึงอาจกล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองหากมีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุใดเหตุหนึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้

1) เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe)

เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก แบ่งออกเป็น 3 เหตุ คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) คำสั่งทางปกครองออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme) และคำสั่งทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure)¹⁸⁵ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1.1) คำสั่งทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte)¹⁸⁶ การใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยบุคคลคนเดียวหรือในรูปของคณะกรรมการย่อมเป็นการใช้อำนาจในนามของนิติบุคคลมหาชนที่กฎหมายจะให้อำนาจและวางขอบเขตการใช้อำนาจไว้ การกระทำโดยปราศจากอำนาจจึงเป็นสาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองตรวจสอบอย่างเคร่งครัดและเป็นสาเหตุเกี่ยวกับความสงบความเรียบร้อย ซึ่งการกระทำโดยปราศจากอำนาจสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

¹⁸⁵“เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2545, วารสารนิติศาสตร์, 2, น. 251. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁸⁶แหล่งเดิม. (น. 252-262).

(1) ปราศจากอำนาจเนื่องจากตัวบุคคล (*ratione personae*) ซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง บุคคลที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครองเข้าใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (*l'usurpation de pouvoir ou de fonction*) หมายถึง กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่กระทำลงโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจเพราะไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หรือเพราะบุคคลนั้นไม่ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่ หรือเพราะวาระแห่งการดำรงตำแหน่งนั้นได้สิ้นสุดลงแล้วหรือเพราะคำสั่งนั้นถูกเพิกถอนไปแล้ว

กรณีที่สอง การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับหน้าที่ทางปกครอง ซึ่งหมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำลงไปโดยไม่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเลย เรียกได้ว่าเป็นการกระทำลงไปโดยปราศจากอำนาจอย่างชัดเจน

ผลของการกระทำโดยปราศจากอำนาจประเภทนี้ก่อให้เกิดผลว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีอยู่เลย ไม่ใช่เพียงแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น (*acte juridique inexistent et non pas simplement un acte nul*)

(2) ปราศจากอำนาจตามเนื้อหาของเรื่อง (*l'incompétence ratione materiae*) หมายถึง การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจกระทำการในนามของนิติบุคคลมหาชน แต่ได้สั่งการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่ผู้ได้บังคับบัญชาได้ก้าวล่วงใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา กรณีผู้ได้บังคับบัญชาก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะเป็นผู้รักษาราชการแทน (*suppléance*) กรณีผู้ได้บังคับบัญชาก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะเป็นผู้รักษาราชการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราว (*interim*) ผู้ได้บังคับบัญชาก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปภายใต้การมอบอำนาจ และกรณีการก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาต่อผู้อยู่ได้บังคับบัญชา การก้าวล่วงอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐคนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกคนหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่บังคับบัญชาและการควบคุมกำกับ กรณีที่เห็นชัดที่สุดก็คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐคนหนึ่งสั่งการไปในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกคนหนึ่ง

(3) ปราศจากอำนาจเพราะสถานที่ (*l'incompétence ratione loci*) คือ กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หนึ่งใช้อำนาจนอกเขตพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบ และกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจภายในเขตพื้นที่รับผิดชอบเดียวกันแต่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการรับผิดชอบพื้นที่ไว้

(4) ปราศจากอำนาจเพราะเวลา (*l'incompétence ratione temporis*) อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่างๆ คือ การใช้อำนาจโดยเข้าใจผิดในเรื่องระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจได้ การกระทำทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง การใช้อำนาจของผู้รักษาราชการในตำแหน่งเกินเวลาที่รักษาราชการ หรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่ตนจะได้รับการแต่งตั้ง

ผลของเรื่องความสามารถในการทำคำสั่งทางปกครอง ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่กระทำไปโดยปราศจากอำนาจย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจให้สัตยาบัน (validè) หรือแก้ไขให้ยอมรับในภายหลังได้ และความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) ซึ่งศาลยกขึ้นวินิจฉัยเองได้

1.2) กรณีคำสั่งทางปกครองออกโดยผิดแบบ (le vice de forme)¹⁸⁷ การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบนี้มีความคาบเกี่ยวกับการกระทำที่ปราศจากอำนาจและการกระทำที่ผิดขั้นตอนหรือวิธีการ โดยการกระทำที่ปราศจากอำนาจ เช่น การลงนามและการลงนามกำกับหรือรับสนองพระบรมราชโองการ (contresaigning) ถ้ามองรูปแบบภายนอกจะมีการลงนามหรือลงนามรับสนองหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของแบบ (forme) แต่ถ้าเป็นปัญหาว่าการลงนามนั้นกระทำโดยผู้มีอำนาจหรือไม่ หรือการลงนามรับสนองกระทำโดยผู้ที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของการกระทำโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) ส่วนการกระทำที่ผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (procedure) ภายหลังได้มีการแบ่งแยกออกจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบ (forme) โดยพิจารณาจากผลของการกระทำทั้งสองลักษณะ ซึ่งจากคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat พบว่าบางเรื่อง Conseil d'Etat จะใช้คำว่า “ไม่ถูกต้องตามแบบ” (vice de forme) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการ “ไม่ถูกต้องตามขั้นตอน” (vice de procedure) แต่เหตุที่ให้ไว้ในคำวินิจฉัยจะแสดงว่าเหตุที่เพิกถอนการกระทำนั้นเพราะไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับแบบของการกระทำทางปกครองอาจจะกำหนดโดยพระราชบัญญัติ กฎ ข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ แนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat จึงได้แยกลักษณะของ “แบบ” ออกเป็น 2 ประเภท คือ แบบที่เป็นสาระสำคัญ (formalité substantielle) และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (formalité non substantielle) การไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่ Conseil d'Etat เพิกถอน แบบที่เป็นสาระสำคัญก็คือแบบที่การไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องมีผลต่อการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงพบว่าในบางครั้งมีความเกี่ยวพันกันระหว่างความหมายของคำว่าแบบที่เป็นสาระสำคัญกับมูลเหตุที่เป็นตัวกำหนดการกระทำ

กรณีต่าง ๆ ของการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบ

(1) คำสั่งทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไปหรือไม่ ศาลปกครองถือว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าต้องทำเป็นหนังสือย่อมทำได้ด้วยวาจาได้ ดังนั้น การไม่ทำเป็นหนังสือจึงไม่เป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁸⁷ แหล่งเดิม. (น. 262-267).

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องหาหรือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน ขั้นตอนถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าไม่ปฏิบัติตามย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดให้การทำนิติกรรมทางปกครองบางเรื่องต้องผ่านการหาหรือหรือผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อนเช่นนี้ก็เพื่อให้การตัดสินใจสั่งการเป็นไปโดยรอบคอบ มีข้อมูลต่าง ๆ ที่สมบูรณ์ อันจะทำให้เกิดการบริหารที่ดี

(3) การไม่เคารพสิทธิในการต่อสู้คดีของบุคคล (droit de la défense) ในการดำเนินคดีในศาล บุคคลย่อมมีสิทธิในการต่อสู้คดีของตนในลักษณะของการโต้แย้งต่างๆ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป แต่ในขั้นตอนการดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองซึ่งไม่ใช่การดำเนินคดีในศาล ปึงเจกชนที่เกี่ยวข้องจะมีสิทธิโต้แย้งหรือได้รับแจ้งเรื่องราวหรือรับเอกสารที่เกี่ยวกับตนหรือไม่ ได้เริ่มมีพระราชบัญญัติลงวันที่ 22 เมษายน 1905 วางหลักประกันให้แก่ข้าราชการในประเทศฝรั่งเศสเป็นครั้งแรกในกรณีที่ถูกสอบสวนและลงโทษทางวินัย ทางราชการจะต้องส่งแฟ้มประวัติพร้อมเอกสารต่าง ๆ ให้ผู้ถูกสอบสวนนั้น ทั้งนี้เพื่อให้รู้ว่าผู้บังคับบัญชาได้บันทึกสิ่งต่างๆ เกี่ยวกับตนเองไว้อย่างไร ถูกต้องหรือไม่ จะได้สามารถต่อสู้คัดค้านกล่าวหาต่างๆ ได้ ต่อมา Conseil d'Etat ได้วินิจฉัยว่าแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิในการป้องกันสิทธิของบุคคลแต่สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่หลักกฎหมายทั่วไปรับรอง (principles généraux du droit) ดังนั้น ถ้าฝ่ายปกครองละเลยไม่ให้บุคคลใช้สิทธิโต้แย้งในขั้นตอนการดำเนินการทางปกครองต่างๆ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การยอมรับสิทธิในการต่อสู้คดีของศาลเน้นไปในกรณีการกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล เช่น การปฏิเสธหรือเพิกถอนการอนุญาต แต่ถ้าเป็นการกระทำที่เป็นลักษณะมาตรการรักษาความสงบเรียบร้อยแล้ว ศาลไม่รับรองสิทธิในการต่อสู้คดีในลักษณะที่กล่าวมา

(4) การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง (motivation) เราจะพบว่าสำหรับการกระทำที่เป็นลักษณะชี้ขาดข้อพิพาทหรือที่เราเรียกว่าคำตัดสิน คำพิพากษา คำวินิจฉัย นั้น จะต้องมีกรให้เหตุผลในคำตัดสินชี้ขาดเสมอ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป แต่สำหรับการกระทำทางปกครองแล้ว Conseil d'Etat ถือว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผลไว้ ดังนั้น การไม่ให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองต่างๆ จึงไม่ทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1.3) คำสั่งทางปกครองออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procedure)¹⁸⁸ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือระเบียบแบบแผนทางราชการนี้เป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการปกครองอันได้แก่การออกคำสั่งต่างๆ ทางปกครอง Hauriou ยังกล่าวอีกด้วยว่า

¹⁸⁸ แหล่งเดิม. (น. 267-275).

“การดำเนินการปกครองย่อมก่อให้เกิดขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งจะถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครองหรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน” ระเบียบแบบแผนทางราชการหรือ ขั้นตอนวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองแยกออกเป็น 3 กรณี คือ 1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ 2) ขั้นตอน หรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน 3) ขั้นตอนหรือวิธีการอื่น

(1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ ผลของการไม่ปรึกษาหารือ โดยปกติการที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหารือ การหารือนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การกระทำทางปกครองนั้นสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ เช่น Conseil d'Etat ได้เพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat และ Conseil d'Etat ถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกขึ้นได้เอง ทั้งนี้ยกเว้นในกรณีที่การปรึกษาหารือไม่อาจกระทำได้ที่สถานการณ์บางอย่าง เช่น ภาวะสงคราม เป็นต้น โดยผู้ที่สามารถยกความไม่สมบูรณ์ของการไม่ปรึกษาหารือขึ้นให้ศาลพิจารณาได้แก่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่ต้องผ่านการปรึกษาหารือ

(2) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดกระบวนการดังกล่าวไว้ เช่น กฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการไต่สวนก่อนออกคำสั่ง จะกำหนดให้มีการฟังการโต้แย้งจากผู้มีส่วนได้เสีย หรือกฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการที่บัญญัติให้มีการส่งแฟ้มประวัติพร้อมเอกสารต่างๆ ให้ผู้ถูกสอบสวนทางวินัย (communication du dossier) ก่อนจะมีการลงโทษทางวินัย ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ถูกสอบสวนทราบว่ามีการบันทึกเรื่องเกี่ยวกับตนเองตลอดจนข้อกล่าวหาต่างๆ ไว้อย่างไร จะสามารถโต้แย้งต่อสู้ได้ สิทธิในการต่อสู้คดีที่กล่าวมานั้น นักวิชาการบางคนนิยมเรียกว่า “หลักฟังความสองฝ่าย” (Audi alteram partem) ซึ่งหลักดังกล่าวศาลอังกฤษและอเมริกาจะอ้างถึงเสมอ แม้ไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้เพราะถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) สำหรับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส กระบวนการโต้แย้งคัดค้านไม่ได้มีสำหรับการออกคำสั่งทางปกครองในทุกกรณี แม้ว่ากระบวนการดังกล่าวจะได้รับการยอมรับและมีขอบข่ายครอบคลุมกว้างขวางขึ้น ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีกระบวนการโต้แย้ง ศาลจะตรวจสอบว่าได้มีการปฏิบัติโดยครบถ้วนถูกต้องตามกระบวนการดังกล่าวหรือไม่ นั่นคือสิทธิในการต่อสู้คดี ได้รับการเคารพเพียงใด กล่าวโดยสรุป แม้ว่าอำนาจ “sanctions” หรืออำนาจลงโทษ จะไม่ใช่แก่นของอำนาจทางปกครองแต่ก็เป็นอำนาจที่มอบให้ฝ่ายปกครองเช่นกัน และนับวันจะมากขึ้น อำนาจดังกล่าวที่กฎหมายบัญญัติให้มันจัดได้ว่าเป็นอำนาจอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคล ดังนั้นจึงเป็นการชอบด้วยเหตุผลที่อำนาจลงโทษจะต้องถูกจำกัดด้วย

“สิทธิในการต่อสู้คดี” ของบุคคล แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีสิทธิดังกล่าวก็ตาม

(3) ขั้นตอนหรือวิธีการอื่นๆ เช่น ในเรื่องระยะเวลา ถ้าการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากสิ้นระยะเวลาดังกล่าวไปและมีการกระทำขึ้น การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจเพราะเวลา แต่ถ้าระยะเวลาใดเป็นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นหลักประกันแก่ปัจเจกชนแล้ว การไม่สั่งการเสียภายในเวลาดังกล่าวย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่เคารพขั้นตอนอันเป็นหลักประกันที่ให้ไว้แก่ปัจเจกชน การจะพิจารณาว่าระยะเวลาเรื่องหนึ่งๆ เป็นหลักประกันหรือไม่ ศาลปกครองจะวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป

2) เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne)

เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายใน แบ่งออกเป็น 2 เหตุ คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) และคำสั่งทางปกครองออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir)¹⁸⁹ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.1) คำสั่งทางปกครองออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)¹⁹⁰ เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายเป็นเหตุที่มีความหมายกว้าง หากคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่อาจอ้างเหตุใดได้แล้ว ก็ถือว่าเป็นกรณี “ฝ่าฝืนกฎหมาย” (violation de la loi) ด้วยเหตุนี้เอง เหตุที่อ้างว่าคำสั่งออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย จึงนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย ไม่ว่าจะ เป็นกรณีการควบคุมตามหลักความได้สัดส่วน (proportionnalité) หรือการควบคุมตามหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (bilan coût-avantages) หรือการควบคุมคำสั่งอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งในการประเมินของผู้ออกคำสั่งนั้น (erreur manifeste d'appréciation) ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ (1) การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation directe de la règle de droit) และ (2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (l'erreur de droit et l'erreur de fait)

(1) การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation directe de la règle de droit) เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเนื้อหา (contenu หรือ objet) ของคำสั่งทางปกครอง เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุด ยกตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกาที่

¹⁸⁹ แหล่งเดิม. (น. 275).

¹⁹⁰ แหล่งเดิม. (น. 275-281).

ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติแต่มีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับบทกฎหมายแม่บท หรือคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งออกมาโดยระบุให้มีผลย้อนหลังซึ่งขัดกับหลักเรื่องคำสั่งทางปกครองต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลัง เว้นแต่จะเป็นข้อยกเว้น หรือกรณีการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ โดยโทษนั้นไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย หรือกรณีที่มีการออกประกาศกระทรวงศึกษาธิการกำหนดอัตราค่าเล่าเรียน โรงเรียนเอกชนสำหรับนักเรียนไป-กลับ โดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา เห็นได้ว่า การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายมีทั้งการฝ่าฝืนในเชิงบวกและเชิงลบต่อเนื้อหาของกฎหมาย

(2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (l'erreur de roit et l'erreur de fait) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้ไม่ได้เกิดจากเนื้อหา (contenu) ของคำสั่งทางปกครอง แต่เกิดจากมูลเหตุจูงใจ (motif) ซึ่งกรณีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาเนื้อหาแต่ดูที่เหตุผลทั้งที่เป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (raisons de droit ou de faits) ที่ส่งผลให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจในเรื่องต่างๆ โดยอาจเรียกเหตุนี้อีกอย่างหนึ่งว่า กรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจในการออกคำสั่งทางปกครอง (l'illégalité en raison des motifs de l'acte) ซึ่งในกรณีนี้อาจแบ่งออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ

กรณีที่หนึ่ง กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) ซึ่งหมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำคำสั่งทางปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นไม่มีอยู่ เป็นกฎหมายที่ออกมาโดยไม่ชอบ หรือมีการตีความกฎหมายผิด ซึ่งในกรณีนี้หมายรวมถึงกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดว่า ไม่มีอำนาจดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพัน ในกรณีเช่นนี้ศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งนั้นเสีย

กรณีที่สอง กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้อาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แต่ปรากฏว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง และหากทราบข้อเท็จจริงที่ถูกต้องก็จะไม่ออกกฎหรือคำสั่งดังกล่าว กรณีนี้ถือว่ามีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกกฎหรือคำสั่ง

กรณีที่สาม กรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (l'erreur de qualification juridique des faits) อาจกล่าวได้ว่า การตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นถูกต้องหรือไม่เพียงประการเดียวยังไม่เพียงพอที่จะยืนยันว่านิติกรรมนั้นชอบด้วยกฎหมายจะต้อง

ตรวจสอบว่ามีกรให้คุณค่า หรือให้ความหมายทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นถูกต้องหรือไม่ เพราะลักษณะดังกล่าวจะใช้เป็นข้ออ้างในการออกคำสั่งทางปกครอง

2.2) คำสั่งทางปกครองออกโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือ บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure)¹⁹¹ กรณีนี้อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเหตุ ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในที่มีมูลเหตุ มาจากวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งทางปกครอง (l'illégalité en raison du but de l'acte)

(1) การทำคำสั่งทางปกครองโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) การบิดเบือนอำนาจนั้นเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ (but) อื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ (but) ที่กฎหมายให้อำนาจนั้นไว้ เพราะอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้มา ตามกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นก็เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ (but) ที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรืออนุมานได้จากระบบกฎหมายนั้น หรือ หลักทั่วไป เช่น ให้อำนาจเพื่อให้บริการสาธารณะ (service public) เพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) เป็นต้น สิ่งที่ถือว่าเป็นลักษณะพิเศษของเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ คือ มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น โดยต้องมีการค้นหาความตั้งใจ (intention) ของฝ่ายปกครองในขณะที่ทำคำสั่งนั้นว่ามีอย่างไร ซึ่งการยกเหตุนี้ขึ้นมาอ้างต่อเมื่อ เหตุอื่นที่ใช้อ้างไม่อาจยกขึ้นได้แล้ว และเป็นเหตุที่พิสูจน์ได้ยากมาก เพราะผู้ฟ้องคดีต้องเสนอ ข้อสันนิษฐานที่มีน้ำหนักว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะกล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยบิดเบือนอำนาจจะต้องปรากฏว่าเป็นคำสั่ง ที่ออกมาโดยถูกต้องตามแบบและไม่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกอื่น ๆ และเจ้าหน้าที่ ของรัฐที่เป็นผู้ออกกฎหมายหรือคำสั่งนั้นจะต้องมีอำนาจดุลพินิจไม่มากนักน้อย เพราะจะมีการใช้อำนาจ ที่บิดเบือนได้ อำนาจนั้นจะต้องเป็นอำนาจในการเลือกตัดสินใจในการออกคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ออกประสงค์ได้ จึงไม่มีกรณีของการบิดเบือนอำนาจในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีแต่อำนาจผูกพัน (compétence liée) ด้วยเหตุดังกล่าว กรณีของการบิดเบือนอำนาจนี้จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครอง จะตรวจสอบเหตุนี้เป็นเหตุสุดท้ายในการพิจารณาคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง นอกจากนั้น เนื่องจากเหตุเพิกถอนคำสั่งเพราะการบิดเบือนอำนาจนี้มีลักษณะที่เป็นอัตวิสัย (subjectif) จึงมิใช่เหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (d'ordre public) และจะนำมาใช้ต่อเมื่อเหตุ เพิกถอนอื่น ๆ ไม่อาจใช้ได้แล้ว และเนื่องจากเป็นเหตุที่มีลักษณะรองจากเหตุอื่น ๆ (subsidaire) ฉะนั้น หากศาลพบเหตุที่จะเพิกถอนเหตุอื่น ๆ เหตุเดียวหรือหลายเหตุ ศาลก็จะยกเอาเหตุอื่นขึ้นมาอ้าง

¹⁹¹ แหล่งเดิม. (น. 281-286).

ในการเพิกถอนก่อนโดยไม่ต้องอ้างเหตุเพราะมีการบิดเบือนอำนาจแต่ประการใด เหตุเพิกถอนคำสั่งเพราะมีการบิดเบือนอำนาจนี้ไม่มีองค์ประกอบแน่นอนแต่เป็นกรณีที่สามารถได้วางแนวคำพิพากษาไว้ ซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ การบิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ (intérêt general) และการบิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่เป็นประโยชน์ที่กฎหมายไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะให้ใช้ (intérêt general autre que celui pouvant légalement être poursuivi)

(2) มีการทำคำสั่งทางปกครองไปโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procedure) เป็นรูปแบบของการบิดเบือนอำนาจประเภทหนึ่งแต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้ หมายถึงการที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้น เพื่อให้บรรลุเป้าหมาย (but) ได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procedure) นั้นมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับเรื่องการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procedure) ซึ่งเป็นเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้สืบเนื่องมาจากการตรวจสอบวัตถุประสงค์ (but) ของการออกคำสั่ง ฉะนั้นการบิดเบือนขั้นตอนนี้จึงเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในประเภทความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน

(3) ปัญหาในการอ้างเหตุบิดเบือนอำนาจ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) นั้น หลังจากมีการพัฒนาหลักนี้ได้ระยะหนึ่ง เหตุนี้กลับมีโอกาสนำมาใช้ได้น้อยลงไปด้วยเหตุหลายประการ

ประการแรก เกิดจากการพัฒนาเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทการฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) ซึ่งเหตุทั้งสองนั้นต่างกัน เพราะ la violation de la loi นั้น พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจ (motif) แต่ détournement de pouvoir เป็นการพิจารณาจากวัตถุประสงค์ (but) ในการออกคำสั่ง

ประการที่สอง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจบริหารเกี่ยวกับเรื่องในทางเศรษฐกิจนั้น เหตุเกี่ยวกับการบิดเบือนอำนาจมีการใช้น้อยลงหรือมีประสิทธิภาพน้อยลงอย่างเห็นได้ชัด เพราะศาลปกครองไม่ได้แสวงหาข้อเท็จจริงลงไปอย่างละเอียดว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายเศรษฐกิจนั้น ตรงกับวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งนั้นหรือไม่ เพียงแต่ฝ่ายปกครองกระทำการไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (intérêt general) ศาลก็ถือว่าได้มีการดำเนินการตรงตามวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายนั้นแล้ว แนวความคิดดังกล่าวอาจเกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางนโยบายเศรษฐกิจที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างกว้างขวางหรือบางครั้งก็เกิดจากกฎหมายที่มีลักษณะเป็นเทคนิคสูง

บางครั้งหากศาลปกครองเพิ่มระดับการตรวจสอบวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายและของฝ่ายปกครองแล้ว อาจจะทำให้การควบคุมมีลักษณะเป็นการควบคุมความเหมาะสม (opportunité) ของการกระทำก็ได้ ซึ่งจะทำให้ศาลไปทำหน้าที่ฝ่ายปกครองเสียเอง ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่พึงปรารถนาและไม่พึงกระทำโดยศาล

ตามเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส พบว่า เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น รวมถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งโดยไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน หรือความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง รวมทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจแต่ฝ่ายปกครองไม่ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นด้วย ในหัวข้อต่อไปจึงทำการศึกษาด้านอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสและการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองต่อไป

3.2.3 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่กฎหมายมอบอำนาจให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการเลือกออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดๆ ในทางปกครองได้เองตามที่เห็นว่าเหมาะสมก็ใช้ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดๆ ในทางปกครองอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะต้องเคารพต่อหลักการที่ว่านิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (principe de légalité)¹⁹² ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาถึงลักษณะของอำนาจดุลพินิจและโครงสร้างของอำนาจดุลพินิจ

1) ลักษณะของอำนาจดุลพินิจ¹⁹³

อำนาจดุลพินิจ หรือ pouvoir ou compétence discrétionnaire ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์หนึ่งที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการตัดสินใจที่เลือกออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งอย่างใดเพียงอย่างเดียวภายใต้เงื่อนไขที่เกิดขึ้น ซึ่งในการศึกษาเรื่องอำนาจดุลพินิจมีข้อพิจารณาที่สำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ

1.1) การมีอยู่ขอบเขต และลักษณะของอำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยที่กฎหมายนั้นอาจจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส เพราะในศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถนำ

¹⁹² รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 76). เล่มเดิม.

¹⁹³ แหล่งเดิม. (น. 77-79).

หลักกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ประกอบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ดังนั้น จารีตประเพณีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลก็มีฐานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน

1.2) อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เกี่ยวกับการเลื่อนขั้นเลื่อนระดับของข้าราชการในประเทศฝรั่งเศส ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งกลุ่มข้าราชการออกเป็น 3 ฝ่าย ซึ่งข้าราชการทั้งสามฝ่ายจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดสถานะไว้แต่ในกรณีการเลื่อนระดับข้าราชการไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใด จากระดับชั้นตรีเป็นชั้นโท จากชั้นโทเป็นชั้นเอก หากนำหลักอาวโสมมาใช้ในการพิจารณาแล้วผู้บังคับบัญชาต้องทำหน้าที่เลื่อนระดับข้าราชการผู้มีอายุราชการครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีเช่นนี้ ผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจดุลพินิจ เช่น เมื่อกฎหมายกำหนดให้ข้าราชการที่มีอายุราชการครบ 5 ปี สามารถเลื่อนระดับจากชั้นโทเป็นชั้นเอกได้โดยอัตโนมัติ ในกรณีเช่นนี้ผู้บังคับบัญชาก็ต้องมีคำสั่งไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้

1.3) อำนาจดุลพินิจไม่ใช่อำนาจการตัดสินใจซึ่งกระทำได้ตามอำเภอใจ แต่เป็นอำนาจตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกออกคำสั่งหนึ่งระหว่างคำสั่งหลายๆ คำสั่ง

2) โครงสร้างของอำนาจดุลพินิจ¹⁹⁴

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จึงจำต้องเข้าใจโครงสร้างของกฎหมายในการบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองว่าจะต้องมี 2 ส่วนเสมอ คือ

ส่วนที่หนึ่ง บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนที่เป็นเหตุหรือที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจ

ส่วนที่สอง บทบัญญัติในส่วนที่เป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง หรือเรียกว่าส่วนที่เป็นผล

กล่าวคือ บทบัญญัติที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ นั้นเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นเงื่อนไขที่กฎหมายเขียนไว้ ในส่วนนี้อาจเป็นข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขที่ชัดเจนไม่ต้องตีความใดๆ ซึ่งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริงนี้ (qualification juridique des faits) ต้องแยกแยะให้ออกจากส่วนที่เป็นผล โดยในส่วนของข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุก็มีบางกรณีที่ศาลต้องใช้อำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire) เช่นเดียวกัน และการควบคุมดุลพินิจก็ใช้หลักเช่นเดียวกันกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะออกคำสั่งทางปกครองคำสั่งใด แต่ใน

¹⁹⁴ แหล่งเดิม. (น. 81-82).

กรณีเช่นนี้จะควบคุมโดยใช้หลักการควบคุมความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits)

สำหรับบทบัญญัติที่เป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง เป็นส่วนที่จะทำให้ทราบว่ากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองแบบอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจเลือกออกคำสั่งหรือไม่ออกคำสั่ง หรือให้เลือกออกคำสั่งอย่างไรอย่างหนึ่งก็จะเป็นการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจหรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ หลังจากที่มีข้อเท็จจริงหรือมีเงื่อนไขส่วนที่เป็นเหตุเกิดขึ้นแล้ว

3.2.4 ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

เหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นก็มักจะทำนองเดียวกับหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีอยู่ 2 เหตุใหญ่ๆ กล่าวคือ

(1) กรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดว่าไม่มีอำนาจดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพัน จึงไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจ

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ไว้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีมหาดไทยปลดข้าราชการและลูกจ้างของรัฐออกจากราชการเมื่อปรากฏว่าข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐผู้นั้นหย่อนสมรรถภาพในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งการวินิจฉัยว่าหย่อนสมรรถภาพหรือไม่นี้ เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ถือว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ (ดุลพินิจวินิจฉัย) รัฐมนตรีมหาดไทยวางกฎเกณฑ์ไว้ว่าข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐทุกคนที่มีอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์จะถูกปลดออกจากราชการฐานหย่อนสมรรถภาพเสมอ นาย Piron เป็นตำรวจสายตรวจถูกปลดเพราะมีอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์ ตามกฎเกณฑ์ที่รัฐมนตรีมหาดไทยได้กำหนดไว้ ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของรัฐมนตรีมหาดไทย โดยให้เหตุผลว่าคำสั่งของรัฐมนตรีมหาดไทยเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นโดยรัฐมนตรีผูกพันกับกฎเกณฑ์ของตนเองอย่างเคร่งครัด โดยไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง เท่ากับรัฐมนตรีมหาดไทยไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจในการวินิจฉัยว่ามี การหย่อนสมรรถภาพหรือไม่ แม้อายุจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่ามาประกอบการพิจารณาใช้อำนาจดุลพินิจก็ตาม แต่การให้น้ำหนักแก่อายุจนปฏิเสธไม่นำเอาปัจจัยอื่นๆ มาพิจารณาประกอบด้วยย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ชอบ เพราะถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ¹⁹⁵

¹⁹⁵ การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 157). เล่มเดิม.

ศาลปกครองฝรั่งเศสยังได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ไว้ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศฝรั่งเศส ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศฝรั่งเศสได้ เมื่อปรากฏว่าการอยู่ในประเทศฝรั่งเศสของคนต่างด้าวผู้นั้นจะเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยหรือชื่อเสียงเกียรติยศของประเทศ นาย Dridi เป็นคนอาหรับ ต้องคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าได้ทำความผิดอาญาฐานหนึ่ง ศาลสั่งจำคุกชั่วคราวหนึ่งเมื่อพ้นโทษแล้ว รัฐมนตรีมหาดไทยก็ออกคำสั่งเนรเทศออกจากประเทศฝรั่งเศสโดยให้เหตุผลว่า นาย Dridi กระทำความผิดอาญาในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งหมายความว่ารัฐมนตรีมหาดไทยได้วางนโยบายไว้ว่าเมื่อคนต่างด้าวอาศัยในประเทศฝรั่งเศสได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ตนจะสั่งเนรเทศคนต่างด้าวผู้นั้นทันที ศาลพิพากษาว่าคำสั่งของรัฐมนตรีมหาดไทยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งตามนโยบายที่ตนวางไว้ล่วงหน้าอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีว่าการอยู่ในประเทศฝรั่งเศสของนาย Dridi นั้นจะมีผลต่อชื่อเสียงเกียรติยศของประเทศฝรั่งเศสหรือไม่¹⁹⁶

(2) การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน อันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการใดโดยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรืออนุมานได้จากระบบกฎหมาย หรือหลักทั่วไป

เมื่อเกิดกรณีความบกพร่องในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงสามารถดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ในหัวข้อต่อไปจึงจะได้ทำการศึกษาถึงการควบคุมดุลพินิจในกรณีเกิดเหตุการณ์ใช้ดุลพินิจดังกล่าวข้างต้นโดยศาลปกครองฝรั่งเศสต่อไป

3.2.5 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

ในการควบคุมดุลพินิจของศาลปกครองฝรั่งเศสจะเป็นการควบคุมแบบจำกัด (Le contrôle restraint ou le contrôle minimum) ซึ่งจะแตกต่างจากการควบคุมแบบปกติ (Le contrôle normal) เพราะการควบคุมแบบปกติศาลจะสามารถยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายใน¹⁹⁷ ทุกเหตุมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองได้ทั้งหมด แต่การควบคุมแบบจำกัดที่นำมาใช้ในการควบคุมอำนาจดุลพินิจนั้น ศาลจะไม่นำหลักเรื่องความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits) มาใช้ใน

¹⁹⁶แหล่งเดิม. (น. 157-158).

¹⁹⁷ความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ ผิดแบบหรือผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย หรือมีการทำคำสั่งทางปกครองไปโดยบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ.

การตรวจสอบ แต่นำเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายในอื่นมาตรวจสอบ¹⁹⁸ ในเบื้องต้นจึงจะขออธิบายให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการควบคุมแบบปกติและการควบคุมแบบจำกัด กล่าวคือ

การควบคุมแบบปกติ (Le contrôle normal)¹⁹⁹ คำสั่งทางปกครองโดยปกติแล้วอยู่ภายใต้การควบคุมแบบปกติของศาลปกครอง ซึ่งศาลสามารถตรวจสอบเหตุที่ใช้ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (incompetence de l'auteur de l'acte) ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ออกคำสั่งหรือไม่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้อง หรือใช้อำนาจนอกพื้นที่ที่ตนมีอำนาจหรือออกคำสั่งย้อนหลังหรือก่อนได้รับการแต่งตั้ง หรือหลังจากที่หมดอำนาจลงแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (vice de forme) เช่น ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ในกรณีที่ต้องทำเป็นหนังสือ ไม่ได้ลงนาม ไม่มีการให้เหตุผล เป็นต้น

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

(4) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) ซึ่งอาจเกิดจากกรณีฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (violation directe de la règle de droit) กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (erreur de fait) และกรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits)

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

การควบคุมอย่างจำกัด (Le contrôle restreint ou le contrôle minimum)²⁰⁰ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ แต่ศาลจะไม่

¹⁹⁸“เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2545, วารสารนิติศาสตร์, 2, น. 288. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁹⁹รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 83-84). เล่มเดิม.

²⁰⁰แหล่งเดิม. (น. 84-85).

ควบคุมเฉพาะ “ดุลพินิจ” เท่านั้น ส่วนตัวคำสั่งทางปกครองยังอยู่ในความควบคุมตรวจสอบของศาล ซึ่งการควบคุมนี้เรียกว่า การควบคุมขั้นต่ำ (contrôle minimum) หรือการควบคุมอย่างจำเป็น (contrôle restreint) โดยศาลจะควบคุมในลักษณะดังต่อไปนี้

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) หรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองโดยผิดแบบหรือขั้นตอน (vice de forme ou de procédure) หรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองกระทำผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) หรือไม่ ซึ่งการควบคุม l'erreur de droit นั้น หมายถึง กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายที่ยกเป็นที่มาของการออกคำสั่งดังกล่าว เช่น การอ้างกฎหมายเพื่อออกคำสั่ง แต่ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายดังกล่าว หรือมีการอ้างกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายแม่บท มีการตีความกฎหมายผิด หรือมีการอ้างกฎหมายผิดฉบับ หรือที่ยกเลิกแล้ว เป็นต้น

กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) ศาลต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างหรือไม่ หรือข้อเท็จจริงที่มีนั้นถูกต้องตรงกันหรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่ามีการบิดเบือนอำนาจหรือขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ (détournement de pouvoir ou de procédure) โดยต้องพิจารณาว่าการออกคำสั่งภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ นั้น ได้ส่งไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่ง

ส่วนในเรื่องการควบคุมการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits) และการควบคุมความเหมาะสมของคำสั่ง เมื่อเปรียบเทียบกับมูลเหตุจูงใจ (contrôle de l'adéquation de la décision aux motifs) ศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง เพราะถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างเต็มที่ ศาลจะตรวจสอบเฉพาะความผิดพลาดในข้อกฎหมายในข้อเท็จจริงว่ามีการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) หรือไม่ โดยศาลจะทำการเพิกถอนคำสั่งที่ใช้ดุลพินิจไม่ชอบดังกล่าว

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักใหม่มาใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุม l'erreur manifeste d'appréciation หรือการควบคุมว่าการประเมินหรือการใช้วิจรรย์ญาณของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งนั้นมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนเห็นได้หรือไม่ และการควบคุมตามหลักความได้สัดส่วน รวมทั้งการควบคุมโดยอาศัยหลักการทำบัญชีคำนวณผลเสียหรือสิ่งที่ต้องเสียไปและผลดี

หรือสิ่งที่จะได้ตอบแทน จากการทำคำสั่งทางปกครอง²⁰¹ ซึ่งรายละเอียดจะขออธิบายในหัวข้อต่อไป

3.2.6 แนวคิดและทฤษฎีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้แยกเรื่องการใช้ดุลพินิจที่อยู่ในส่วนของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือดุลพินิจที่อยู่ในส่วนผลของกฎหมาย โดยในกรณีที่กฎหมายกำหนดด้วยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง ศาลจะตรวจสอบภายในขอบเขตของความถูกต้องของข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits หรือ contrôle des motifs de l'acte administrative) หากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจกระทำการใด โดยทั่วไปแล้วศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจได้ โดยศาลจะควบคุมเพียงเท่าที่จำเป็นหรือมีการควบคุมแบบขั้นต่ำ ซึ่งเท่ากับเป็นการควบคุมโดยใช้การกระทำทางปกครองเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบ เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง โดยศาลจะจำกัดขอบเขตของการตรวจสอบไว้เฉพาะข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้อำนาจโดยบิดเบือน แต่ต่อมาแนวคำพิพากษาของประเทศฝรั่งเศสได้ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์และทฤษฎีในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำ ทฤษฎีว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่ง และหลักความได้สัดส่วน²⁰²

ศาลได้ใช้หลักควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งนี้เป็นเทคนิคที่ใช้กับการประเมินผลการปฏิบัติงาน หรือการให้คะแนนประจำปี ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ ซึ่งหลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำ ต่อมา ได้พัฒนามาเป็นหลักความได้สัดส่วน ที่เริ่มในการควบคุมการลงโทษทางวินัยข้าราชการ จึงเห็นได้ว่า แม้วิวัฒนาการของการควบคุมอำนาจดุลพินิจของศาลปกครองฝรั่งเศสจะเป็นการควบคุมอย่างจำกัด แต่ต่อมาได้มีการขยายขอบเขตการควบคุมในกรณีต่างๆ มากขึ้นเรื่อยๆ จนใกล้เคียงกับการควบคุมแบบปกติ กรณีจึงมีผลให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองลดลง อย่างไรก็ตาม หากเป็นในเรื่องที่เกี่ยวกับความสามารถในทางเทคนิคหรือวิชาชีพเฉพาะ ศาลจะต้องยอมรับในการจำกัดขอบเขตของตนเองในการควบคุมการใช้ดุลพินิจ

²⁰¹“เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2545, วารสารนิติศาสตร์, 2, น. 288. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

²⁰²ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (น. 102-114). เล่มเดิม.

ของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน ซึ่งในส่วนนี้จะต้องเป็นกรณีที่ศาลยอมรับให้เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยแท้²⁰³

1) ทฤษฎีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation)²⁰⁴

การควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำนี้ เริ่มจากคดีควบคุมการลงโทษทางวินัยของข้าราชการ เพราะว่าเดิมเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการได้กระทำความผิดวินัย (faute disciplinaire) และฝ่ายปกครองได้ลงโทษอย่างไรนั้นถือเป็นอำนาจดุลพินิจศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือควบคุม เนื่องจากศาลควบคุมเฉพาะ 3 กรณี คือ (1) พิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง (2) ดูว่ามีกฎหมายให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษได้หรือไม่ และ (3) ดูว่ามี การบิดเบือนการใช้อำนาจลงโทษหรือไม่

หลังจากปี ค.ศ. 1960 ศาลได้นำหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation) มาใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจลงโทษ โดยตรวจว่าความหนักเบาของโทษว่าเหมาะสมกับความผิดหรือไม่ โดยจะวิเคราะห์ว่าการสั่งลงโทษกับความผิดที่เกิดขึ้นจริงนั้น วิญญูชนเห็นว่ามี ความไม่เหมาะสมระหว่างความผิดที่กระทำลงไปกับโทษที่ลงหรือไม่ และยังนำเทคนิคนี้มาใช้ในการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงในส่วนเหตุหรือที่เรียกว่า ดุลพินิจวินิจฉัย ด้วยว่า มีความผิดพลาดในการในคุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (l'erreur de qualification juridique des faits) ว่าจากข้อเท็จจริงคือการกระทำของข้าราชการนั้น จะถือได้ว่าเป็นความผิดทางวินัยหรือไม่ หากถือว่าความผิดทางวินัยนั้นเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง โดยเห็นว่าไม่น่าจะเป็นความผิด ก็ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ฝ่าฝืนกฎหมายได้

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ใช้เทคนิคควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำกับคดีการลงโทษทางวินัยและการกำหนดระดับลงโทษ และต่อมาศาลได้เริ่มใช้เทคนิคนี้กับคดีเกี่ยวกับการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการหรือการให้คะแนนประจำปี ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ นอกจากจะนำเทคนิคนี้มาใช้ในการควบคุมคะแนนที่เป็นตัวเลขแล้ว ยังรวมไปถึงการควบคุมการประเมินที่เป็นการเขียนบรรยายผลการทำงานที่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย ในกรณีนี้ ศาลสามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจการประเมินผลการทำงานว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการได้มีการประเมินในช่องคะแนนเป็นตัวเลขว่าได้ 19 คะแนน จากคะแนนเต็ม 20 คะแนน

²⁰³ แหล่งเดิม.

²⁰⁴ รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 85-89). เล่มเดิม.

แต่ช่องการประเมินผลงานแบบเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นขัดแย้งกับการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง เป็นกรณีพิเศษ อย่างนี้ถือว่าการประเมินครั้งนี้มีความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ

เทคนิคในการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำยังได้ขยาย ออกไปถึงการควบคุมการจัดทำผังเมืองที่มีการกำหนดสีต่างๆ โดยกำหนดว่าสีแต่ละสีนั้นแทนที่ดิน ประเภทใดบ้าง เช่น การให้สีเขียวกับผังเมืองที่จะแสดงถึงเขตชนบท (zone rurale) คือ เกษตรกร อย่างแท้จริง ฉะนั้น การจะกำหนดว่าเขตใดเป็นเขตชนบทหรือเขตเกษตรกรรมเดิมที่เป็นดุลพินิจ โดยแท้ของการปกครองที่จะพิจารณาตามความเหมาะสม โดยเจ้าหน้าที่ผังเมืองและเจ้าหน้าที่ เทศบาลร่วมกันกำหนด โดยให้สิทธิคัดค้านไว้แต่หลังจากนั้นศาลได้นำเทคนิคเรื่องความผิดพลาด อย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาใช้ในการกำหนดสีของที่ดินที่ผังเมืองกำหนดด้วย เนื่องจาก มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น คือ ได้มีการก่อสร้างหมู่บ้าน อาคารพาณิชย์ รวมทั้งโรงงานมากมายอยู่แล้ว ในเขตนั้นก็มีการกำหนดเป็นบริเวณที่ทำเกษตรกรรมและที่พักอาศัยสำหรับเกษตรกรเท่านั้น เพราะฉะนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการกำหนดเขตดังกล่าวจริงและ พิพากษาเพิกถอนการกำหนดสีในบริเวณดังกล่าว

ในทางปฏิบัติศาลปกครองฝรั่งเศสมีความลังเลที่จะขยายการควบคุมดุลพินิจออกไป โดยใช้เทคนิคควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำในบางเรื่อง เช่น เรื่องที่ เกี่ยวกับการควบคุมคนต่างด้าวตามกฎหมายคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีคนต่างด้าวเข้าเมืองมาโดยผิด กฎหมาย ฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจควบคุม ออกคำสั่งควบคุมตัวไปยังชายแดน เนรเทศ หรือเพิกถอนสิทธิการพักพิงอยู่ในประเทศ เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องเรื่องเหล่านี้ศาลมีความลังเล เป็นอย่างมากที่จะเข้าไปควบคุม เพราะว่าเป็นเรื่องของดุลพินิจโดยแท้ แต่อย่างไรก็ตามการใช้ อำนาจเกี่ยวกับการเนรเทศ หรือการควบคุมตัวคนต่างด้าวไปยังชายแดนหรือเนรเทศคนต่างด้าวนี้ ออกไป เพราะเกรงว่าจะเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ศาลจะต้องนำมาวิเคราะห์ว่าภัยอันตราย ที่น่าจะเกิดขึ้นกับความมั่นคง สำหรับมาตรการที่จะนำไปใช้เพื่อเนรเทศหรือนำตัวไปยังชายแดนนั้น มีความผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือไม่ โดยวิญญูชนก็อาจเห็นได้ว่า คำสั่งหรือมาตรการดังกล่าว ได้สัดส่วนกับข้ออ้างหรือไม่ ในกรณีนี้จะเห็นว่าหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดเจนจะนำไปสู่ การควบคุมดุลพินิจอีกประการหนึ่ง ซึ่งเราเรียกหลักนี้ว่า “หลักความได้สัดส่วน” (le principe de proportionnalité)

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางแนวในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่า ศาลจะใช้ วิธีการควบคุมแบบจำกัด (contrôle restreint) ซึ่งเดิมจะประกอบไปด้วยการควบคุมความผิดพลาด ในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) ความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) และการบิดเบือน อำนาจ (détournement de pouvoir) และต่อมาศาลได้เพิ่มเทคนิคในการควบคุมโดยหลัก

ความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ ซึ่งจะเห็นว่าการควบคุมอย่างจำกัดนั้น ได้ขยายขอบเขตออกไปมากขึ้นจนใกล้เคียงกับการควบคุมปกติ (contrôle normal) แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของศาลในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจยังมีความแตกต่างกันไปตามประเภทของคดี

สำหรับการทำคำสั่งทางปกครองที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้ (actes discrétionnaires) ศาลจะจำกัดอำนาจการควบคุมลงไปหรือในบางครั้งอาจจะถึงขนาดที่ว่าไม่เข้าไปควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ เรียกว่าเป็นกรณีเฉพาะที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมอำนาจดุลพินิจโดยแท้ ในกรณีอย่างนี้อาจเป็นกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลเห็นว่าต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการหรือวิชาชีพ เนื่องจากศาลไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ เพราะบางกรณีเป็นเรื่องที่ยากที่วิญญูชนก็ไม่สามารถที่จะประเมินการกระทำการดังกล่าวได้ ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะบอกได้ว่าสิ่งที่เป็นความผิดพลาดถึงขนาดที่วิญญูชนยังไม่พึงกระทำ ศาลจึงปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายปกครองในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ คดีประเภทนี้ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการตัดสินของคณะกรรมการในการให้คะแนนหรือการเสนอความเห็นของคณะกรรมการในการสอบแข่งขันหรือการสอบไล่ทั้งหลาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องใช้เทคนิคสูง ศาลไม่สามารถทำการประเมินได้ เช่น การจัดสอบวิชาเคมีนิวเคลียร์ การจัดสอบสถาปนิก หรือการจัดสอบวิศวกร

2) ทฤษฎีว่าด้วยการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักของผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่ง (théorie du bilan coûts avantages)²⁰⁵

คำสั่งทางปกครองที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจที่ศาลใช้หลักการควบคุมแบบจำกัด แต่ได้เพิ่มความเข้มข้นในการควบคุมขึ้น โดยใช้ทฤษฎี 2 ทฤษฎี เพื่อควบคุมดุลพินิจให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ทฤษฎีแรกเป็นทฤษฎีว่าด้วยการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักของผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่งนั้น (théorie du bilan coûts avantages)

ทฤษฎีว่าด้วยการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักของผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่งนั้น ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ต้องเป็นการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินอย่างแท้จริง โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องตรวจสอบว่าได้มีการนำที่ดินผืนนั้น ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น เช่น สร้างบ้านส่วนตัวหรือไม่ แต่ยิ่งไปกว่านั้น ศาลปกครองยังตรวจสอบลึกลงไปมากกว่านั้น โดยการเปรียบเทียบทำบัญชีและดูว่าสิ่งที่

²⁰⁵ แหล่งเดิม. (น. 89-91).

ได้รับซึ่งเป็นผลประโยชน์ (avantages) ที่เกิดต่อส่วนรวมที่ได้มาจากการออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนที่ดินมีมากกว่าสิ่งที่จะต้องเสียไป (inconvenients) จากการเวนคืนดังกล่าวหรือไม่

ในการใช้หลักว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียในเรื่องการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเป็นหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1971 ในคดี Ville Nouvelle Est

นอกจากนี้ยังมีการขยายการควบคุมด้วยวิธีการซึ่งผลดีผลเสียจากการออกคำสั่งไปใช้กับการเวนคืนเพื่อสร้างทาง หรือสร้างโรงพยาบาลด้วย แนวคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลให้การใช้ดุลพินิจดำเนินการหรือการตัดสินใจโดยใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองเกือบทั้งสิ้น และผลของคำวินิจฉัยเมื่อปี ค.ศ. 1971 ทำให้ฝ่ายปกครองใช้ความระมัดระวังมากขึ้นในการเวนคืน จะเห็นได้จากการควบคุมของศาลปกครองโดยใช้หลักการซึ่งคู่บัญชีระหว่างผลดีกับผลเสียนั้น เป็นผลให้ศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการควบคุมการออกคำสั่ง ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการขยายขอบเขตอำนาจการควบคุมของศาลปกครองให้ขยายออกไประหว่างคำสั่งทางปกครองกับเหตุที่ต้องออกคำสั่งดังกล่าวอย่างไม่เคยมีมาก่อน

กรณีนี้เป็นคดีที่ชมรมส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งเมือง Nevers ประเทศฝรั่งเศส มีโครงการที่จะจัดประชุมทางวรรณกรรมขึ้นและได้เชิญนาย Benjamin มาแสดงปาฐกถาต่อที่ประชุมนี้ด้วย ปรากฏว่าสหภาพครูได้แจ้งให้นายกเทศมนตรีเมือง Nevers ทราบว่าจะต่อต้านการเดินทางมาแสดงปาฐกถาของนาย Benjamin ทุกวิถีทาง ทั้งนี้ เพราะบุคคลผู้นี้ได้เคยกล่าวถ้อยคำดูหมิ่นเหยียดหยามบรรดาครูผู้สอนในโรงเรียนที่ไม่ขึ้นกับศาสนาไว้ในข้อเขียนต่างๆ ของตนหลายครั้ง พร้อมกันนั้นก็ได้เรียกร้อง ทั้งโดยทางหน้าหนังสือพิมพ์ ใบปลิวและป้ายโฆษณา ให้บรรดาผู้สนับสนุนโรงเรียนของรัฐ สหภาพ ตลอดจนกลุ่มฝ่ายซ้ายต่างๆ มาชุมนุมต่อต้านด้วย นายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nevers พิจารณาแล้วเห็นว่าการเดินทางมาเมือง Nevers ของนาย Benjamin เพื่อแสดงปาฐกถาทางวรรณกรรม น่าจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในเมืองดังกล่าวได้ จึงอาศัยอำนาจตามความในบทบัญญัติมาตรา 97 แห่งกฎหมายฉบับลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1884 ซึ่งบัญญัติว่านายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ออกมาตรการที่จำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ออกคำสั่งห้ามไม่ให้จัดประชุมฟังการแสดงปาฐกถาของนาย Benjamin Conseil d'Etat พิพากษาว่าคำสั่งของนายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nevers ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้เหตุผลว่า ความไม่สงบเรียบร้อยอันอาจเกิดขึ้นจากการมาปรากฏตัวของนาย Benjamin ในเมือง Nevers นั้น ไม่ได้ร้ายแรงถึงขนาดที่นายกเทศมนตรีไม่อาจจะป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นได้ด้วยวิธีอื่น นอกเหนือจากการออกคำสั่งดังกล่าว กล่าวโดยสรุปคำสั่งของนายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nevers

ที่ห้ามไม่ให้จัดชุมนุมฟังการแสดงปาฐกถาของนาย Benjamin นั้น มีผลกระทบต่อกระเทือนเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยในเมือง Nevers²⁰⁶

3) ทฤษฎีความได้สัดส่วน (théorie de proportionnalité)²⁰⁷

ทฤษฎีนี้เริ่มใช้ในการควบคุมการลงโทษทางวินัยข้าราชการ โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) พิพากษาไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 ว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตรวจสอบว่ามีสัดส่วนที่สัมพันธ์กัน ระหว่างการกระทำผิดของข้าราชการกับโทษทางวินัยที่ได้รับหรือไม่ ซึ่งต่อมาหลักการนี้ได้รับการยอมรับเป็นหลักสากล

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

จากการศึกษาหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เห็นได้ว่า ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ได้แบ่งเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 ประการ คือ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) โดยหากคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งโดยไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน หรือมีความผิดพลาดอย่างชัดเจน รวมทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจ แต่ฝ่ายปกครองไม่ใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสถือเป็นเหตุภายในที่ศาลปกครองสามารถดำเนินการเพิกถอนได้ แต่การควบคุมจะเป็นการควบคุมแบบจำกัด (contrôle restraint หรือ contrôle réduit) กล่าวคือ ศาลจะไม่นำหลักเรื่องความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits) มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบแต่จะนำเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายในอื่นมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบ

²⁰⁶ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 104-105). เล่มเดิม.

²⁰⁷ รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 92-94). เล่มเดิม.

บทที่ 4

การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ของข้าราชการฝ่ายพลเรือนในประเทศไทย

ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง แม้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะมีดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวก็ตาม แต่ก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจากการศึกษาพบว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน ก็เป็นปัญหาหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดกรณีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับข้าราชการในสังกัด และในประเทศไทยได้มีการควบคุมดุลพินิจดังกล่าวมาเป็นระยะเวลานาน เพื่อให้ข้าราชการฝ่ายพลเรือนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง ที่เห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือได้รับความเดือดร้อน และเสียหายจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ได้รับการแก้ไขเยียวยาอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะทำการศึกษาการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ตามระบบกฎหมายไทย โดยจะแบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือ การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง และการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยศาลปกครอง

4.1 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง

ข้าราชการฝ่ายพลเรือนผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หากไม่พอใจผลการพิจารณาขององค์กรภายในฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ไม่พอใจผลการพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ก็สามารถนำกรณีดังกล่าวมาสู่การพิจารณาขององค์กรภายนอกฝ่ายปกครองได้ ซึ่งการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองตามระบบกฎหมายไทย ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองมี 2 องค์กรหลักที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และศาลยุติธรรม

4.1.1 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นระบบการตรวจสอบตามระบบ justice revenue อันเป็นระบบที่มีการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองที่องค์กรที่ทำหน้าที่ชี้ขาดคดีปกครองไม่ได้ใช้อำนาจตุลาการอย่างเต็มรูปแบบ โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่มีสภาพบังคับในตัวเอง แต่ต้องส่งให้นายกรัฐมนตรีสั่งการจึงจะมีสภาพบังคับต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมาตรา 19²⁰⁸ วรรคหนึ่ง (2) (จ) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีอำนาจพิจารณาการกระทำโดยไม่สุจริต หรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ก็คือการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง แต่การควบคุมอำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีข้อจำกัด เพราะตามมาตรา 19 วรรคสอง กำหนดให้อำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมาย และที่ผ่านมาจนกระทั่งมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยก็ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด จึงส่งผลให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไปโดยปริยาย²⁰⁹

การควบคุมดุลพินิจในการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการของฝ่ายปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า การร้องทุกข์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ เป็นการร้องทุกข์กล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่สุจริตหรือ ไม่มีเหตุผลอันสมควรตามมาตรา 19 (2) (จ)

²⁰⁸ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “เรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นเรื่องที่มีผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และ

(2) ความเดือดร้อนหรือความเสียหายตาม (1) นั้น เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(ข) ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(ค) กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

(ง) กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือ

(จ) กระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ความใน (2) (ง) และ (จ) จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานของรัฐใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง.”

²⁰⁹ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 30). เล่มเดิม.

ซึ่งขณะที่มีการร้องทุกข์ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ให้ใช้กับหน่วยงานใดของรัฐ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบ²¹⁰ การตรวจสอบส่วนใหญ่จึงจะไม่ก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการเลื่อนตำแหน่ง²¹¹ แต่มีข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น คือ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมนบูรณ์ ว่าอุปสรรคในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งข้าราชการเข้าดำรงตำแหน่งมีอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ทางราชการยังไม่ได้กำหนด “วิธีการ” เกี่ยวกับการกลั่นกรองคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอย่างมีขั้นตอนและมีการทำเป็นบันทึกรายงานที่แน่ชัด จึงเปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจแต่งตั้งได้ตามอำเภอใจ ประการที่สอง ขณะนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารนำที่จะมีความพร้อมให้ถูกตรวจสอบการใช้ “ดุลพินิจ” ได้แล้ว จึงสมควรออกกฎกระทรวงตามมาตรา 19 วรรคสอง เพื่อให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจตรวจสอบ “ดุลพินิจ” ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่มีอำนาจสั่งการ ว่าได้กระทำโดย “สุจริต” หรือกระทำโดยมี “เหตุผลอันสมควร” การตรวจสอบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภายใต้ “ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง” จะสามารถพัฒนา “หลักกฎหมายปกครอง” ที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้ อำนาจดุลพินิจในทางบริหารของเจ้าหน้าที่อย่างเหมาะสมได้²¹²

ต่อมาภายหลังปรากฏว่าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ทำการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลื่อนตำแหน่ง ในกรณีผู้อำนวยการโรงเรียนมหากษัตริย์ราชวิทยาลัย ประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ร้องทุกข์โดยใช้ดุลพินิจที่ปราศจากหลักฐานและข้อเท็จจริงสนับสนุนตามสมควรและไม่ได้ใช้กรอบวิธีการประเมินตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ การที่ผู้อำนวยการโรงเรียนมหากษัตริย์ราชวิทยาลัย ประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ร้องทุกข์ สำหรับการกำหนดให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 2 ได้รับเงินเดือนในระดับ 7 เป็นการกระทำที่ขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เห็นว่า ผู้อำนวยการโรงเรียนมหากษัตริย์ราชวิทยาลัยไม่ได้พิจารณาตรวจสอบพยานหลักฐานต่างๆ ที่จำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่ผู้ร้องทุกข์อ้างในแบบประเมินผลการปฏิบัติงาน ไม่ได้ประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ร้องทุกข์ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) กำหนด เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่มี

²¹⁰ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 89/2527.

²¹¹ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 23/2537.

²¹² คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 2/2531.

พยานหลักฐานและข้อเท็จจริงสนับสนุนตามสมควร ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย²¹³

4.1.2 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยศาลยุติธรรม

นอกจากการควบคุม โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้ว ก่อนการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย ศาลยุติธรรมก็เป็นอีกองค์กรหนึ่งที่ทำกรควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลยุติธรรมได้มีการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในหลายประการด้วยกัน กล่าวคือ

1) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจภายในเงื่อนไขหรือขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเองจะให้องค์กรอื่นใช้อำนาจดังกล่าวแทนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติอนุญาตไว้ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจตามขั้นตอนและแบบพิธีตามที่กฎหมายกำหนด การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด การตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจอย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น

ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องร้องเรียนหรืออุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนศาลจะรับควบคุมตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อผู้ที่ได้รับความเสียหายได้ร้องเรียนหรืออุทธรณ์ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล

2) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง กล่าวคือ การควบคุมตรวจสอบให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตน โดยต้องมีการพิจารณาให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างเป็นอิสระ ไม่ผูกพันกับคำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะขององค์กรอื่น แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันกับแนวทางการใช้ดุลพินิจภายในได้ หากแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นชอบด้วยกฎหมาย

3) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลตามหลักความได้สัดส่วน การควบคุมในกรณีนี้ปรากฏแนวคำพิพากษาน้อยมาก และส่วนใหญ่

²¹³ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 168/2543.

จะเป็นการนำมาใช้ในกรณีการควบคุมการประเมินภาษีอากรหรือการจ่ายค่าทดแทนในการเวนคืน²¹⁴

การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลยุติธรรมเมื่อเปรียบเทียบกับ การควบคุมดุลพินิจของศาลในบางประเทศ พบข้อบกพร่องอยู่บางประการ กล่าวคือ ศาลยุติธรรมยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดของกฎหมายปกครอง เช่น การปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุมแม้แต่ในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายในกรณีการใช้ดุลพินิจในการให้ทุนให้โทษแก่ข้าราชการ หรือการยอมรับความผูกพันกับแนวทางการใช้ดุลพินิจภายใน หรือ “ซีต็อก” นอกจากนี้ ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่จำเพาะเจาะจงที่จะต้องให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งในต่างประเทศถือว่าเป็น “ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย” นั้น ศาลยุติธรรมยังถือว่าถ้อยคำที่มีลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง อันเป็นปัญหาที่ศาลควบคุมได้ทุกกรณี ซึ่งในบางกรณีศาลก็ไม่มีผู้เชี่ยวชาญหรือความสามารถในการพิจารณาวินิจฉัยความหมายของถ้อยคำที่ไม่เจาะจงนั้นดีเท่ากับฝ่ายปกครอง จึงควรปล่อยให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในกรณีนั้นๆ²¹⁵

ก่อนการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย ระบบกฎหมายของไทยไม่ได้มีการแบ่งแยกระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครองให้ชัดเจน ศาลยุติธรรมจึงถือว่าคดีปกครองเป็นคดีแพ่งและนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับคดีปกครอง ทำให้การฟ้องคดีปกครองของประชาชน โดยเฉพาะการนำสืบถึงข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ยาก การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลยุติธรรมจึงไม่ได้ประสิทธิภาพ และมีผลต่อการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง²¹⁶

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นเป็นกรณีเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยทั่วไปของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจากการตรวจสอบแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังไม่พบกรณีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการโดยตรง แต่พบว่าการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลศาลจะไม่เข้าไปควบคุม เพราะไม่ใช่อำนาจหน้าที่ของศาลที่จะเข้าไปชี้ขาด และการปฏิบัติ

²¹⁴ สรุปลักษณะกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 30-31). เล่มเดิม.

²¹⁵ แหล่งเดิม. (น. 31).

²¹⁶ แหล่งเดิม. (น. 32).

ตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เป็นการใช้
อำนาจของทางราชการฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ²¹⁷

ต่อมาภายหลังนับแต่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ศาลยุติธรรมก็ได้รับฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการไว้พิจารณา โดยศาลได้เข้าไปควบคุมในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลมากขึ้น เนื่องจากเห็นว่า คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30²¹⁸ วรรคสอง (6) คือ การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขึ้นเงินเดือน การสั่ง

²¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2513.

²¹⁸ มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่าง เพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติ เป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้า ออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ สาธารณะ.”

กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่า “ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขึ้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

(2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ.”

พักงานหรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อนหรือการให้พ้นจากตำแหน่ง อันทำให้ได้รับความเสียหาย เป็นการกระทำที่ได้แย้งสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 55²¹⁹ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลจึงสามารถรับคำฟ้องในกรณีดังกล่าวไว้พิจารณาได้²²⁰ ส่วนการใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามมาตรา 12²²¹ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 เป็นเพียงการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานของฝ่ายบริหารไม่ใช่เป็นการฟ้อง คดีปกครองต่อศาลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้น ในขณะที่ ศาลปกครองกลางยังไม่ได้เปิดทำการศาลยุติธรรมจึงชอบที่จะรับคำฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณา²²²

4.2 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยศาลปกครอง

การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะโดยคณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์หรือโดยศาลยุติธรรมดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น มีข้อจำกัดหลายประการ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นอีกระบบ ศาลหนึ่งเพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนไม่ว่าจะเป็นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือข้าราชการ ผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่า อันเป็นการสร้างบรรทัดฐาน ที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง ซึ่งในปัจจุบันได้มีการกำหนดเขตอำนาจของ ศาลปกครองไว้ในมาตรา 223²²³ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

²¹⁹ มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับ สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดี ของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้.”

²²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 6623/2541.

²²¹ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2534 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ยังคงมีผลบังคับอยู่ต่อไปจนกว่าจะมีการเปิด ทำการศาลปกครองกลางตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.”

²²² คำพิพากษาฎีกาที่ 3795/2543.

²²³ มาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “ศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงาน ของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน

ประกอบมาตรา 9²²⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง²²⁵

อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้.”

²²⁴มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอันใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง
เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น.”

²²⁵สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 32). เล่มเดิม.

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นโดยการออกกฎ การออกคำสั่ง หรือโดยการกระทำอื่นใด โดยได้กล่าวถึงเหตุต่างๆที่ทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ 10 ประการ ได้แก่ (1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (2) การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (3) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (4) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน (5) การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น (6) การกระทำโดยไม่สุจริต (7) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (8) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น (9) การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร (10) การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย²²⁶

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติรับรองอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบของหน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้อำนาจศาลปกครองในการสั่งเพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำนั้นๆ ได้ ตามมาตรา 72²²⁷ วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งนอกเหนือจากคำว่า “...เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” แล้ว มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นๆ ซึ่งอาจถือเป็นเหตุที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย เช่น การกระทำโดยไม่สุจริต การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร ซึ่งจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ในหลายประการ ทั้งนี้ การบัญญัติถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ประการสุดท้าย คือ การกระทำที่เป็นการใช้

²²⁶ แหล่งเดิม. (น. 33).

²²⁷ มาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในการพิพาทคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1).”

ดุลพินิจโดยมิชอบ ก็เพื่อให้ครอบคลุมถึงการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยเหตุประการอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ดังได้กล่าวไปแล้วข้างต้น²²⁸

ส่วนกระบวนการในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ได้แก่

ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42²²⁹ วรรคหนึ่ง กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่มีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำหรือความเพิกการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายนั้นต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง

ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับการนั้นก่อนที่จะฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง

ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 49²³⁰ กล่าวคือ จะต้องฟ้องคดีภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี

²²⁸ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 33-34). เล่มเดิม.

²²⁹ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด.”

²³⁰ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น.”

สำหรับเงื่อนไขในการฟ้องคดีประการอื่นๆ ผู้ฟ้องคดีก็ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับรายละเอียดของคำฟ้องและวิธีการยื่นคำฟ้อง เงื่อนไขเกี่ยวกับความสามารถของผู้ฟ้องคดี เงื่อนไขเกี่ยวกับการชำระค่าธรรมเนียมศาล เป็นต้น

ในเรื่องของวิธีพิจารณาความที่ศาลปกครองนำมาใช้ ก็เป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาในคดีปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองจะมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริงที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายกล่าวอ้าง การแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดี และการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การใช้มาตรการต่างๆ ในการแสวงหาข้อเท็จจริง การกำหนดระยะเวลาให้คู่กรณีดำเนินการต่างๆ หรือการซักถามคู่กรณีหรือพยาน ดังนั้น วิธีพิจารณาในศาลปกครองที่เรียกว่าเป็น “ระบบไต่สวน” จึงแตกต่างไปจากวิธีพิจารณาคดีในคดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไปที่เรียกว่า “ระบบกล่าวหา” อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีปกครองยังคงต้องเคารพหลักทั่วไปของระบบวิธีพิจารณาคดี อันเป็นหลักการที่มุ่งเน้นให้มีการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ เช่น การฟังความสองฝ่าย การพิจารณาไปตามกรอบของคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้อง การคัดค้านตุลาการ เป็นต้น²³¹

เมื่อองค์กรที่ได้รับการยอมรับในการควบคุมดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดคือองค์กรตุลาการ ซึ่งในปัจจุบัน คือ ศาลปกครอง โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติรับรองอำนาจศาลปกครองในการควบคุมดุลพินิจในฐานะที่เป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และในปัจจุบันเหตุที่มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองอันเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีเป็นจำนวนมาก รวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการ ที่ข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมักจะยกขึ้นกล่าวอ้างในการฟ้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่แม้ว่าศาลปกครองจะมีอำนาจในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในการควบคุมดุลพินิจของศาลปกครองก็ต้องเป็นไปตามหลักแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ การควบคุมของศาลปกครองจะต้องไม่เป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายปกครองจนเกิดกรณีการใช้ดุลพินิจแทนที่ฝ่ายปกครอง

ปัจจุบันศาลปกครองควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนมากขึ้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาถึงการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้เพื่อให้เห็นว่าศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์หรือเหตุผลใดในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่ง

²³¹ สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 34-36). เล่มเดิม.

เลื่อนระดับตำแหน่ง และเหตุที่ศาลใช้ในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นเป็นเพราะคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เป็นไปตามกรอบหรือขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนด หรือเนื่องจากคำสั่งนั้นมีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุประการอื่น

การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักทั่วไปที่ว่า “ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยแท้จริง และฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผล”²³² และเมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจจึงไม่ต่างจากการควบคุมดุลพินิจคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น ที่ศาลจะตรวจสอบอยู่ 3 ประเด็นสำคัญ คือ อำนาจผู้ที่ใช้ดุลพินิจที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครอง รูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจ และเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยหากคำสั่งดังกล่าวออกโดยผู้ไม่มีอำนาจหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน ศาลก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในส่วนเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ²³³ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษา ศาลปกครอง ยกเหตุผลในการวินิจฉัยในกรณีต่างๆ ดังนี้

4.2.1 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยเหตุคำสั่งออกโดยผู้ไม่มีอำนาจ

ในการออกคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำได้อต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำภายในขอบอำนาจดังกล่าว หากกระทำโดยปราศจากอำนาจคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจึงได้แก่ผู้บังคับบัญชาตามที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการนั้นๆ กำหนดให้อำนาจไว้ หรือมีการกำหนดให้มอบอำนาจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ผู้ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่²³⁴ ที่มีอำนาจหน้าที่ จึงจะมีความสามารถออกคำสั่ง

²³² บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (น. 169-170). เล่มเดิม.

²³³ ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครอง (น. 122-125). เล่มเดิม.

²³⁴ เจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในการดำเนินการ

ดังกล่าวได้ และหากคำสั่งดังกล่าวออกโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่มีอำนาจย่อมส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะความสามารถในการออกคำสั่งทางปกครองคือการมีอำนาจกระทำการ เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นจึงจะเป็นผู้มีความสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ ส่วนเมื่อมีอำนาจที่จะออกคำสั่งได้แล้วได้ดำเนินการใช้อำนาจนั้นอย่างไร จะเป็นเรื่องของวิธีดำเนินการและเรื่องทางสาระของคำสั่งทางปกครองต่อไป

กรณีเกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุหนึ่ง ที่อาจทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่เกิดขึ้นได้ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ไม่มีอำนาจที่จะกระทำการทางปกครองนั้น อันเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลปกครองสามารถเพิกถอนได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administratif) ของประเทศฝรั่งเศส ที่จะใช้อำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) ที่เป็นการเพิกถอนความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอก (l'illégalité externe) ของคำสั่งทางปกครอง โดยคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสจะตรวจสอบอย่างเคร่งครัด เพราะเป็นสาเหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) ซึ่งศาลสามารถยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ และในสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีก็เช่นเดียวกันหากมีการกระทำการโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ในการออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมส่งผลให้คำสั่งดังกล่าวตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะกรรม อันเป็นความบกพร่องที่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองเยอรมนีเพื่อดำเนินการแก้ไขเยียวยาได้

ในการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ การเลื่อนตำแหน่งมีความหมายครอบคลุมถึงกระบวนการบริหารงานบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเลื่อนตำแหน่งด้วย จึงหมายรวมถึงกระบวนการคัดเลือกบุคคลเข้ารับการอบรมในหลักสูตรที่กำหนดเป็นเงื่อนไขของการเข้าสู่ตำแหน่ง ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย พบว่า ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ อันเป็นกระบวนการคัดเลือกบุคคลเข้ารับการอบรมในหลักสูตรที่กำหนดไว้ ที่เป็นเงื่อนไขของการเข้าสู่ตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ซึ่งกรณีนี้

อย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม.

ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เมื่อมาตรา 43²³⁵ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 กำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) มีอำนาจออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคัดเลือกและการสอบแข่งขัน เมื่อเกิดการทุจริตในการคัดเลือก และ ก.ตร. ยังไม่ได้พิจารณากำหนดวิธีดำเนินการในกรณีดังกล่าวไว้ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีหน้าที่ต้องนำเสนอ ก.ตร. เพื่อพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น เพราะเป็นอำนาจของ ก.ตร. การที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติใช้ดุลพินิจรับรองความถูกต้องของการสอบคัดเลือกโดยประกาศผลการสอบและแก้ปัญหาด้วยการให้รองผู้กำกับการทุกคนที่เข้าสอบคัดเลือกได้เข้ารับการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีเหตุผล พิพากษาให้เพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกดังกล่าว²³⁶

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า การผ่านการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ เป็นคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งประการหนึ่งของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้กำกับการตามมาตรา 20²³⁷ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 โดยคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ารับการอบรมในหลักสูตรผู้กำกับการและวิธีการคัดเลือกเพื่อเข้ารับการอบรมเป็นคุณสมบัติและวิธีการภายในที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติกำหนดขึ้นตามความเหมาะสม ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดหรือตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 กำหนดให้การเข้ารับการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการจะต้องดำเนินการโดยวิธีการสอบ แต่จะทำโดยการสอบก็ได้ ถือเป็นดุลพินิจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ดังนั้น ในการสอบเพื่อคัดเลือกบุคคลเข้าอบรมในหลักสูตรดังกล่าว จึงต้องเป็นไปตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 ที่กำหนดให้ ก.ตร. มีอำนาจออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคัดเลือกและ

²³⁵ มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ให้ ก.ตร. มีอำนาจออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคัดเลือกและการสอบแข่งขันข้าราชการตำรวจ.”

²³⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.9/2547.

²³⁷ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ตำแหน่งข้าราชการตำรวจจะมีตำแหน่งใด อยู่ในส่วนราชการใด จำนวนเท่าใด และต้องใช้ผู้มีคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งอย่างใด ยศชั้นใด ให้เป็นไปตามที่ ก.ตร. กำหนด โดยให้คำนึงถึงลักษณะหน้าที่และความรับผิดชอบ ปริมาณและคุณภาพของงาน

การกำหนดตำแหน่งข้าราชการตำรวจตั้งแต่ตำแหน่งรองผู้กำกับการหรือเทียบรองผู้กำกับการขึ้นไป ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน เว้นแต่เป็นการตัดโอนตำแหน่งจากส่วนราชการหนึ่งไปเพิ่มในอีกส่วนราชการหนึ่ง.”

การสอบแข่งขัน และหากเกิดการทุจริตในการสอบเพื่อคัดเลือกบุคคล ก.ตร. จึงเป็นผู้มีอำนาจในการออกระเบียบหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทุจริตในการคัดเลือกดังกล่าว ไม่ใช่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ

คดีนี้เมื่อพิจารณาคำอุทธรณ์ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติและผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ได้ยกขึ้นกล่าวอ้างว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 มาตรา 24²³⁸ ให้ ก.ตร.

²³⁸ มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 20 การแต่งตั้งให้ข้าราชการตำรวจดำรงตำแหน่งให้ผู้บังคับบัญชาแต่งตั้งตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ตำแหน่งลูกแถวหรือเทียบลูกแถว ให้อธิบดีหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดีแต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจชั้นพลตำรวจ

(2) ตำแหน่งผู้บังคับหมู่หรือเทียบผู้บังคับหมู่ ให้อธิบดีหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดี แต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจชั้นประทวน แต่เฉพาะตำแหน่งผู้บังคับหมู่นั้นจะแต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจชั้นพลตำรวจก็ได้

(3) ตำแหน่งรองสารวัตรหรือเทียบรองสารวัตร ให้อธิบดีหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดี แต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจยศร้อยตำรวจตรีขึ้นไป แต่ไม่สูงกว่าร้อยตำรวจเอก

(4) ตำแหน่งสารวัตรหรือเทียบสารวัตร ให้อธิบดีแต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจยศร้อยตำรวจโทขึ้นไป แต่ไม่สูงกว่าพันตำรวจโท

(5) ตำแหน่งสารวัตรใหญ่หรือเทียบสารวัตรใหญ่ ตำแหน่งรองผู้กำกับการหรือเทียบรองผู้กำกับการ ให้อธิบดีแต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจยศร้อยตำรวจเอกขึ้นไป แต่ไม่สูงกว่าพันตำรวจโท

(6) ตำแหน่งผู้กำกับการหรือเทียบผู้กำกับการ ให้อธิบดีแต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจตรีขึ้นไป แต่ไม่สูงกว่าพันตำรวจเอก

(7) ตำแหน่งรองผู้บังคับการหรือเทียบรองผู้บังคับการ ให้อธิบดีแต่งตั้งจากข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจโทขึ้นไป แต่ไม่สูงกว่าพันตำรวจเอกซึ่งได้รับเงินเดือนอัตราพันตำรวจเอก (พิเศษ)

(8) ตำแหน่งผู้บังคับการหรือเทียบผู้บังคับการ ให้อธิบดีพิจารณาคัดเลือกจากข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจเอกขึ้นไป แต่ไม่สูงกว่าพลตำรวจตรี และเสนอไปยังคณะรัฐมนตรี เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้วให้อธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง

(9) ตำแหน่งผู้ช่วยผู้บัญชาการหรือเทียบผู้ช่วยผู้บัญชาการ ให้รัฐมนตรีพิจารณาคัดเลือกจากข้าราชการตำรวจยศพันตำรวจเอกซึ่งได้รับเงินเดือนอัตราพันตำรวจเอก (พิเศษ) ขึ้นไป และเสนอไปยังคณะรัฐมนตรี เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้วให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

(10) ตำแหน่งรองผู้บัญชาการหรือเทียบรองผู้บัญชาการ ตำแหน่งผู้บัญชาการหรือเทียบผู้บัญชาการ หรือตำแหน่งที่สูงกว่านั้นขึ้นไป ให้รัฐมนตรีพิจารณาคัดเลือกจากข้าราชการตำรวจยศพลตำรวจตรีขึ้นไป และเสนอไปยังคณะรัฐมนตรี เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้วให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

การแต่งตั้งตาม (6) และ (7) และการคัดเลือกตาม (8) ถึง (10) ต้องได้รับอนุมัติจาก ก.ตร. ก่อน.”

เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการคัดเลือกและการสอบแข่งขันเท่านั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเสนอเรื่องเกี่ยวกับการสรรหาผู้เข้าอบรมหลักสูตรต่างๆ ให้ ก.ตร. พิจารณา ตามนัยมาตรา 18²³⁹ ประกอบกับมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 ประกอบกับการผ่านการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการเป็นเพียงคุณสมบัติข้อหนึ่งในหลายๆ ข้อ ของการพิจารณาแต่งตั้งขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น การสำเร็จการอบรมจึงไม่ใช่ข้อได้เปรียบเสียเปรียบ ทั้งการอบรมก็ทำให้ผู้เข้ารับการอบรมได้ความรู้และสามารถนำความรู้ไปใช้ประโยชน์ในการปฏิบัติราชการต่อไป การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบแล้ว” แสดงให้เห็นว่า ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเข้าใจว่าตนเป็นผู้มีอำนาจที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

ตามคำพิพากษาลบคดีดังกล่าว แม้จะไม่ใช่วินิจฉัยที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนเพราะเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งโดยตรง แต่กรณีดังกล่าวก็เป็นกรณีตัวอย่างที่ทำให้เห็นได้ว่า แนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองไทยในกรณีนี้จะนำไปในแนวทางที่ว่า หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมส่งผลให้การใช้อำนาจนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า กรณีนี้ศาลยังไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาของดุลพินิจว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงไม่น่าจะพิจารณาได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นกรณีที่ต้องยกผู้ใช้อำนาจไม่ใช่องค์กรตามที่กฎหมายบัญญัติจึงทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของดุลพินิจแต่อย่างใด

4.2.2 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยเหตุออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ

ตามกฎหมายนอกจากจะกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจแล้ว ยังกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการของการใช้อำนาจ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจจึงต้องใช้อำนาจโดยปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย และหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการของการใช้อำนาจตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ย่อมส่งผลให้การออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายจะกำหนดขั้นตอนต่างๆ ไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฉะนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอน

²³⁹ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ ก.ตร. มีหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดีเป็นผู้เสนอเรื่องต่อ ก.ตร. แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิกรรมการข้าราชการตำรวจคนไหนคนหนึ่งที่จะเสนอ.”

หรือวิธีการไว้แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งทางปกครอง ที่ออกมานั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้น แม้ว่าขั้นตอนหรือวิธีการในการพิจารณาต่างๆ ที่กฎหมายกำหนด จะเป็นเรื่องสำคัญ แต่บางกรณีก็เป็นเพียงขั้นตอนหรือวิธีการในการตรวจสอบและไม่มีผลกระทบ ไปถึงสาระที่จะเกิดขึ้นในคำสั่งทางปกครอง การกระทำผิดขั้นตอนหรือวิธีการในวิธีพิจารณาจึงไม่ ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์เสมอไป ดังนั้น การกระทำผิดขั้นตอนหรือวิธีการในวิธีพิจารณา ที่ไม่สำคัญจึงไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป แต่หากขั้นตอนหรือวิธีการในวิธีพิจารณาใด ถ้ามุ่งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่เกี่ยวข้อง หรือถ้าไม่ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ผลการพิจารณาจะเปลี่ยนไป ให้ถือเป็นสาระสำคัญที่จะต้องดำเนินการตามนั้นเสมอ

ตามหลักกฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนหรือ วิธีการตามที่กฎหมายกำหนดในบางกรณีก็มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ ดังเช่น กรณีคำสั่งทางปกครองที่จะต้องมีการมอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่หาก เจ้าหน้าที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้ย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะ หรือบางกรณีก็มีผลทำให้ คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะกรรม เช่น กรณีออกคำสั่งทางปกครองโดยผู้ร้องขอไม่ได้ยื่นคำร้องขอ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องยื่น

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่ง ทางปกครองในการดำเนินการทางปกครองนั้น หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง เคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการเพราะถือเป็นหลักประกันอีกประการหนึ่งที่ประชาชนจะพึง ได้รับ เพื่อไม่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใดๆ ตามอำเภอใจ คำสั่ง ทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) จึงเป็นอีกเหตุหนึ่ง ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถดำเนินการเพิกถอนได้ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administratif) ของประเทศฝรั่งเศส อันสอดคล้องกับหลักกฎหมายไทยที่หากหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสามารถเพิกถอนได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เพราะการปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็น สาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดเป็นองค์ประกอบสำคัญในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพียงแต่ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม หรือเหตุผลที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอ้างเพื่อใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง

นับตั้งแต่ศาลปกครองในประเทศไทยเปิดทำการ มีหลายกรณีที่ศาลวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยยกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด หรือกรณีกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน หรือวิธีการคัดเลือกระหว่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยเกี่ยวกับคดีพิพาทการคัดเลือกนักบริหาร 9 สังกัดกรมสรรพากร คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ให้นำระบบนักบริหารระดับสูงมาใช้ในราชการพลเรือน ก.พ. จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหารระดับ 9 แ่งส่วนราชการต่างๆ เพื่อทราบและถือปฏิบัติตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0701/ว 9 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2544 โดย ก.พ. ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร 9 ให้ผู้มีสิทธิสมัครจะต้องมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งและมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งตามข้อ 2.3²⁴⁰ ของหนังสือเวียนฉบับดังกล่าว แต่กรณีนี้ปรากฏว่าในส่วนของกรมสรรพากรมีผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งรองอธิบดี (นักบริหาร 9) จำนวน 10 คน เป็นผู้ที่กรมสรรพากรเสนอชื่อให้สมัครเข้ารับการคัดเลือกถึง 5 คน โดยเป็นผู้ที่ไม่มีรายชื่อในบัญชีผู้ผ่านการประเมินสมรรถนะหลักทางการบริหาร จำนวน 2 คน และตามประกาศรับสมัครของคณะกรรมการคัดเลือกก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกสรรวิธีการ ในการประเมินและขั้นตอนการคัดเลือกตามที่ ก.พ. กำหนด ส่วนการลงมติของคณะกรรมการคัดเลือกที่เห็นสมควรให้แต่งตั้งโดยระบุตัวบุคคลให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรตามที่มีตำแหน่งว่าง มีลักษณะเป็นการเจาะจงตัวบุคคลเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ให้คณะกรรมการคัดเลือก พิจารณาคัดเลือกผู้เหมาะสมจำนวนไม่เกิน 3 ชื่อ ต่อ

²⁴⁰ข้อ 2.3 ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0701/ว 9 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2544 กำหนดว่าให้ผู้ประสงค์จะเข้ารับการคัดเลือกยื่นใบสมัคร โดยผู้มีสิทธิสมัครจะต้องมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้น ตามที่ ก.พ. กำหนดไว้ในมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง และมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) ผ่านการประเมินสมรรถนะหลักทางการบริหาร และได้รับการขึ้นบัญชีผู้ผ่านการประเมินโดยบัญชีดังกล่าวมีอายุไม่เกิน 2 ปี
- (2) ผ่านการอบรมหลักสูตรนักบริหารระดับสูงที่ ก.พ. รับรอง
- (3) ส่วนราชการระดับกรมที่มีตำแหน่งว่างเสนอชื่อให้สมัครเข้ารับการคัดเลือก ซึ่งสามารถเสนอได้ส่วนราชการละ 1-2 ชื่อ.

1 ตำแหน่ง พร้อมระบุความเหมาะสมของบุคคลต่อผู้มีอำนาจแต่งตั้งพิจารณาต่อไป การดำเนินการประเมินและการพิจารณามีมติของคณะกรรมการคัดเลือกจึงไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด และเมื่อสำนักงาน ก.พ. ได้ออกหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0701/ว 9 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2544 โดยเพิ่มเติมคุณสมบัติผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับการคัดเลือกจากเดิมที่ได้เสนอหลักการว่า ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง และต้องผ่านการประเมินสมรรถนะหลักทางการบริหารและได้รับการขึ้นบัญชีผู้ผ่านการประเมินโดยได้กำหนดคุณสมบัติเพิ่มขึ้นอีก 2 กรณี คือ ผ่านการอบรมหลักสูตรนักบริหารระดับสูงที่ ก.พ. รับรอง หรือส่วนราชการระดับกรมที่มี ตำแหน่งว่างเสนอชื่อให้สมัครเข้ารับการคัดเลือก ซึ่งสามารถเสนอได้ส่วนราชการละ 1-2 ชื่อ มีผลเป็นการยกเว้นหลักการเดิม คือ แม้จะไม่ผ่านการประเมินสมรรถนะหลักทางการบริหารและได้รับการขึ้นบัญชีไว้ ก็สามารถเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกได้ ถ้ามีคุณสมบัติข้อใดข้อหนึ่งใน 2 กรณี ดังกล่าว ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญที่สำนักงาน ก.พ. ไม่มีอำนาจเพิ่มเติมในส่วนที่เป็นการกำหนด คุณสมบัติของผู้มีสิทธิจะได้รับการคัดเลือก จึงเป็นการไม่ถือปฏิบัติตามนัยมาตรา 8²⁴¹ แห่ง

²⁴¹มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “ก.พ. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) เสนอแนะและให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือน และการจัดระบบราชการพลเรือน
- (2) เสนอแนะและให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับมาตรฐานการบริหารงานบุคคลของข้าราชการฝ่ายพลเรือน
- (3) เสนอแนะและให้คำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม ฝ่ายพลเรือน การจัดและการพัฒนาส่วนราชการและวิธีปฏิบัติราชการของข้าราชการฝ่ายพลเรือน
- (4) พิจารณากำหนดนโยบายเกี่ยวกับการวางแผนกำลังคนในราชการพลเรือน
- (5) ออกกฎ ก.พ. ชั่วคราว หรือระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎ ก.พ. เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้
- (6) ศึกษาค้นคว้าและวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากการใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้ มติของ ก.พ. ตามข้อนี้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย
- (7) กำกับ ดูแล ตรวจสอบ แนะนำและชี้แจงเพื่อให้กระทรวง ทบวง กรม ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ในการนี้ ให้มีอำนาจเรียกเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ ห้างหุ้นส่วนบริษัท หรือบุคคลใดๆ หรือให้ผู้แทนหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ ห้างหุ้นส่วนบริษัท ข้าราชการหรือบุคคลใดๆ มาให้ถ้อยคำหรือชี้แจงข้อเท็จจริง และให้มีอำนาจออกระเบียบให้กระทรวง ทบวง กรม รายงานเกี่ยวกับการสอบ การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การดำเนินการทางวินัย การออกจากราชการตลอดจนการรายงานเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงในลักษณะหน้าที่และ

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และขัดต่อหลักการที่ได้เสนอต่อ คณะรัฐมนตรี ศาลปกครองจึงพิพากษาให้เพิกถอนการแต่งตั้งรองอธิบดี (นักบริหาร 9) กรมสรรพากร และหลักเกณฑ์ของ ก.พ. ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับ การคัดเลือกดังกล่าว²⁴²

ตามคำพิพากษาข้างต้นในการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการในหน่วยงานของรัฐต่างๆ ในส่วนของการคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่องค์กรกลางในการบริหาร งานบุคคลกำหนดไว้โดยเคร่งครัด การดำเนินการคัดเลือกโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน

ความรับผิดชอบของตำแหน่งและของส่วนราชการ การเปลี่ยนแปลงการใช้ตำแหน่ง ทะเบียน ประวัติของ ข้าราชการพลเรือน และการปฏิบัติกรอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ไปยัง ก.พ.

(8) รายงานนายกรัฐมนตรีในกรณีที่ปรากฏว่ากระทรวง ทบวง กรม ไม่ปฏิบัติตาม พระราชบัญญัตินี้ หรือปฏิบัติการ โดยไม่เหมาะสม เพื่อนายกรัฐมนตรีจะได้พิจารณาและสั่งการต่อไป

(9) รายงานคณะรัฐมนตรีในกรณีที่ค่าครองชีพเปลี่ยนแปลงไปมาก หรือการจัดสวัสดิการหรือ ประโยชน์เกื้อกูลสำหรับข้าราชการยังไม่เหมาะสม เพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาในอันที่จะปรับปรุงเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง เงินเพิ่มค่าครองชีพ สวัสดิการ หรือประโยชน์เกื้อกูลสำหรับข้าราชการพลเรือนให้เหมาะสม

(10) กำหนดนโยบายและออกระเบียบเกี่ยวกับทุนของรัฐบาลเพื่อสนองความต้องการกำลังคน ของกระทรวง ทบวง กรมฝ่ายพลเรือน และทุนเล่าเรียนหลวง ตลอดจนการจัดสรรผู้รับทุนของรัฐบาลที่สำเร็จ การศึกษาแล้วเข้ารับราชการในส่วนราชการต่างๆ

(11) ออกข้อบังคับหรือระเบียบเพื่อควบคุมดูแลข้าราชการฝ่ายพลเรือนที่ศึกษา หรือฝึกอบรม ในต่างประเทศ และเพื่อดูแลจัดการการศึกษาของนักเรียนฝ่ายพลเรือนในต่างประเทศรวมทั้งเพื่อควบคุมการศึกษา ความประพฤติ และการใช้จ่าย ตลอดจนการเก็บเงินชดเชยค่าใช้จ่ายในการดูแลจัดการการศึกษา การกำหนดวินัย และการลงโทษสำหรับนักเรียนดังกล่าว ทั้งนี้ ให้ถือว่าเงินชดเชยค่าใช้จ่ายในการดูแลจัดการการศึกษาเป็นเงิน รายรับของส่วนราชการที่เป็นสถานอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณประโยชน์ตามความหมายในกฎหมายว่าด้วย วิธีการงบประมาณ

(12) พิจารณารับรองคุณวุฒิของผู้ได้รับปริญญา ประกาศนียบัตรวิชาชีพหรือคุณวุฒิอย่างอื่นเพื่อ ประโยชน์ในการบรรจุและการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน และกำหนดเงินเดือนที่ควรได้รับและระดับตำแหน่ง ที่ควรแต่งตั้ง

(13) กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

(14) พิจารณาการแก้ไขทะเบียนประวัติเกี่ยวกับวันเดือนปีเกิด และการควบคุมเกษียณอายุของ ข้าราชการพลเรือน

(15) ปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในมาตราอื่นแห่งพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น.”

²⁴² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549.

หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ ย่อมมีผลทำให้คำสั่งแต่งตั้งผู้ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลนั้น องค์กกรกลางในการบริหารงานบุคคล เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในรูปคณะกรรมการในฝ่ายบริหาร มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามนโยบายการบริหารงานบุคคลของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดที่มีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในเรื่องใดๆ ให้แตกต่างไปจากหลักการซึ่งเป็นสาระสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนดเป็นนโยบายไว้ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยมติคณะรัฐมนตรี ย่อมเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์การประเมินและวิธีการให้คะแนนไว้อย่างชัดเจน การไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมถือว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กำหนดไว้คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการได้พิจารณาผลงานของผู้ฟ้องคดีที่เสนอขอรับการประเมิน โดยไม่ปรากฏรายละเอียดการพิจารณาของแต่ละส่วนว่า ได้มีการกำหนดรายการประเมินหรือองค์ประกอบการประเมิน และเกณฑ์การตัดสินตามตำแหน่งและระดับไว้ตามหลักเกณฑ์ข้อ 3.2²⁴³ ของประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนข้าราชการฝ่ายศาลปกครองขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในสายงานพนักงานคดีปกครอง ฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545 เพราะหากมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องมีการกำหนดองค์ประกอบการประเมินย่อยของแต่ละส่วน โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์การให้คะแนนในแต่ละองค์ประกอบตามความสำคัญและความเหมาะสมกับตำแหน่งและระดับที่ขอประเมิน ซึ่งการพิจารณาผลงานทางวิชาการในภาพรวมของคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการทำให้ขาดความชัดเจนอันส่งผลถึงการให้คะแนนที่ขาดหลักเกณฑ์ตามที่ควรจะเป็น ซึ่งหากได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินและวิธีการให้คะแนนไว้อย่างชัดเจน ก็จะทำให้การให้คะแนน

²⁴³ข้อ 3.2 ของประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนข้าราชการฝ่ายศาลปกครองขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในสายงานพนักงานคดีปกครอง ฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545 กำหนดว่า สำนักงานศาลปกครองจะแต่งตั้งคณะกรรมการประเมินผลงานทางวิชาการเพื่อทำหน้าที่พิจารณาว่าผลงานใดเป็นผลงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับงานคดีปกครองตามลักษณะงาน 5 ด้าน พร้อมทั้งพิจารณาคุณภาพของผลงานว่ามีความยุ่งยากและซับซ้อนเหมาะสมกับระดับตำแหน่งที่ขอประเมิน และกำหนดรายการประเมินหรือองค์ประกอบการประเมินรวมทั้งเกณฑ์การตัดสินตามตำแหน่งและระดับ.

ในการประเมินมีความโปร่งใสและเป็นธรรมยิ่งขึ้น จึงเห็นได้ว่า คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติ และประเมินผลงานทางวิชาการมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศ สำนักงานศาลปกครองฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545 แต่การกำหนดให้หน่วยงานประเมินผลงาน ของผู้ฟ้องคดีใหม่ เป็นกรณีที่ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปกำหนดได้ เนื่องจากเป็นดุลพินิจของ ฝ่ายบริหารโดยแท้ ศาลจึงใช้อำนาจตามมาตรา 69²⁴⁴ (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีข้อสังเกตให้เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองพิจารณา ดำเนินการให้มีการประเมินผลงานทางวิชาการเรื่องที่ 1 ของผู้ฟ้องคดีใหม่ โดยคณะกรรมการที่ ไม่ใช่คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการที่ได้เคยพิจารณามาแล้ว โดยให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานศาลปกครอง ฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545²⁴⁵ ตามคำพิพากษาศาลปกครองข้างต้น เพื่อให้หน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด และเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ถือปฏิบัติเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ศาลปกครองจึงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 69 (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดแนวทางการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล อันจะไม่ใช่เป็น การก้าวล่วงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้

ส่วนกรณีที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการคัดเลือกแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมาย กำหนดไว้ เช่น กรณีการออกหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อประเมิน และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) ระดับ 7ว

²⁴⁴ตามมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องระบุ

- (1) ชื่อผู้ยื่นคำฟ้อง
- (2) หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี
- (3) เหตุแห่งการฟ้องคดี
- (4) ข้อเท็จจริงของเรื่องที่ฟ้อง
- (5) เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย
- (6) คำวินิจฉัยของศาลในประเด็นแห่งคดี
- (7) คำบังคับ ถ้ามี โดยให้ระบุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติตาม คำบังคับไว้ด้วย
- (8) ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้ามี.”

²⁴⁵คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 290/2556.

หรือ 8ว ของปลัดกระทรวงมหาดไทยที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เดิมในข้อการดำเนินการให้ข้าราชการในสังกัดได้ทราบล่วงหน้าตามที่เห็นสมควรตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 16 ลงวันที่ 29 กันยายน 2538²⁴⁶ ซึ่งตามหลักเกณฑ์เดิมสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) กำหนดไว้ตามหนังสือ ที่ มท 0203.2/ว 0170 ลงวันที่ 16 มกราคม 2541²⁴⁷ ในข้อที่ 2.1 เรื่องประกาศรับสมัคร

²⁴⁶ หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว16 ลงวันที่ 29 กันยายน 2538 เรื่อง การประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) ตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะ และตำแหน่งประเภทเชี่ยวชาญเฉพาะ ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะได้รับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) ตำแหน่งวิชาชีพเฉพาะ และตำแหน่งประเภทเชี่ยวชาญเฉพาะ ไว้ว่า

(1) องค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณา ควรพิจารณาองค์ประกอบ ดังนี้

(1.1) ความรู้ความสามารถและความชำนาญในการปฏิบัติงานให้พิจารณาโดยคำนึงถึงคุณวุฒิ การศึกษา ความรู้ความสามารถ ทักษะและให้ความชำนาญในการปฏิบัติงานด้านนั้น ซึ่งอาจพิจารณาจากข้อมูล การประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการผู้นั้นในระยะเวลาที่ผ่านมา

(1.2) ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งให้พิจารณาโดยคำนึงถึงระยะเวลา ตำแหน่งในสายงานที่จะแต่งตั้ง หรือสายงานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือระยะเวลาที่เคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องหรือเกือกลกับตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง

(2) แนวทางการดำเนินการคัดเลือก

(2.1) ส่วนราชการควรพิจารณากำหนดองค์ประกอบที่จะใช้ในการพิจารณาคัดเลือกไว้ อย่างชัดเจน ซึ่งอาจแตกต่างไปจากองค์ประกอบที่กำหนดตามข้อ 1 ก็ได้ ทั้งนี้ โดยเน้นผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน เป็นองค์ประกอบหลัก

(2.2) ดำเนินการให้ข้าราชการในสังกัดได้ทราบเป็นการล่วงหน้าตามที่เห็นสมควร

(2.3) ในการดำเนินการคัดเลือกบุคคลที่จะได้รับการประเมินผล ให้ผู้มีหน้าที่ในการคัดเลือกพิจารณาคัดเลือกตามองค์ประกอบที่สถานภาพนั้นได้กำหนดไว้.

²⁴⁷ สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกบุคคลที่จะได้รับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ ไว้ว่า

(1) การคัดเลือกบุคคลที่จะได้รับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) และตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะ ของสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย (ผนวก ก) ให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะได้รับการประเมิน ซึ่งแต่งตั้งโดยปลัดกระทรวงมหาดไทย

(2) การคัดเลือกบุคคลที่จะได้รับการประเมินตามข้อ 1. ให้ดำเนินการตามแนวทาง ดังนี้

(2.1) ให้กองการเจ้าหน้าที่ประกาศรับสมัครผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนด และตรงตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งของ ก.พ. โดยประกาศรับสมัครจะต้องมีรายละเอียด คือ ชื่อตำแหน่ง และลักษณะ

ผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนประกอบข้อ 2.2 ให้กำหนดวันรับสมัครผู้เข้ารับการคัดเลือกไม่น้อยกว่า 7 วันทำการ การกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เดิม แม้จะชอบด้วยเหตุผลที่ว่า ก.พ. ได้ให้อำนาจในการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมได้ในเรื่ององค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณาหรือแนวทางการดำเนินการคัดเลือกก็ตาม แต่ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานเดิมโดยชอบด้วยกฎหมาย และต้องไม่ต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานที่ ก.พ. กำหนด โดยต้องดำเนินการให้ข้าราชการในสังกัดได้ทราบเป็นการล่วงหน้าตามที่เห็นสมควร การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่ง

งานที่ปฏิบัติ คุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครคัดเลือกในตำแหน่งนั้นๆ วิธีการคัดเลือก การประกาศผล และการยกเลิกการประกาศผู้ได้รับการคัดเลือก

- (2.2) ให้กำหนดวันรับสมัครผู้เข้ารับการคัดเลือกไม่น้อยกว่า 7 วันทำการ
- (2.3) ให้ต้นสังกัดของผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครฯ ในเบื้องต้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศ และให้กองการเจ้าหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้อง
- (2.4) ให้กองการเจ้าหน้าที่ประกาศรายชื่อผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกก่อนวันคัดเลือกไม่น้อยกว่า 5 วันทำการ
- (3) วิธีการในการคัดเลือก ให้พิจารณาจาก
 - (3.1) คุณสมบัติและผลการประเมินคุณลักษณะของบุคคลจากผู้บังคับบัญชา (100 คะแนน)
 - (3.2) การประเมินบุคคลโดยการสัมภาษณ์ (100 คะแนน) จากคณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมิน โดยให้ความสำคัญกับผลงานที่ผู้สมัครคัดเลือกนำมาเสนอ และประสบการณ์ในการดำรงตำแหน่งที่ผ่านมา การประกาศผลผู้ได้รับการคัดเลือก ให้ประกาศรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกที่ได้คะแนนรวมจากการประเมินตาม 3 ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 60 โดยเรียงจากผู้ที่ได้คะแนนสูงลงมาตามลำดับ
- (4) การประกาศผลผู้ได้รับการคัดเลือกให้ประกาศรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกที่ได้คะแนนรวมจากการประเมินตามข้อ 3 ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 60 ให้เรียงจากผู้ที่ได้คะแนนสูงลงมาตามลำดับ
- (5) ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกจะได้รับการแต่งตั้งให้รักษาการในตำแหน่งดังกล่าวตามจำนวนอัตราว่าง และมีสิทธิทำผลงานเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติ และประเมินบุคคล โดยจะต้องทำผลงานให้แล้วเสร็จ และส่งผลงานให้กองการเจ้าหน้าที่ภายใน 1 ปี
- (6) การนับระยะเวลา 1 ปี ของการทำผลงานที่จะประเมินให้ประกาศให้ทราบในประกาศผลผู้ได้รับการคัดเลือก
- (7) บัญชีการประกาศผลผู้ได้รับการคัดเลือกให้ใช้ได้ไม่เกิน 1 ปี นับแต่วันประกาศผล
- (8) ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) และตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะ จะต้องดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่น้อยกว่า 2 ปี
- (9) การปฏิบัติใดๆ ที่เกี่ยวกับการคัดเลือกที่อยู่นอกเหนือจากที่กำหนดนี้ให้อยู่ในอำนาจและดุลยพินิจของคณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมิน.

ประเภททั่วไป) ระดับ 7ว หรือ 8ว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งของประธานคณะกรรมการสามัญประจำกระทรวงมหาดไทย ที่แต่งตั้งข้าราชการในสังกัดให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁴⁸

จากคำพิพากษาข้างต้น จึงเห็นได้ว่า การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นซึ่งจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ ประกอบกับหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนให้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ในฐานะองค์กรกลางในการบริหารงานบุคคลภาครัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการไว้ หน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจกำหนดให้แตกต่างไปจากสาระสำคัญของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) เพราะจะทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากกรณีการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด จะทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังพบกรณีที่ศาลปกครอง ได้วินิจฉัยในทำนองที่ว่าหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดำเนินการตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีการนำผลการประเมินที่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้น โดยไม่มีอำนาจมาใช้ในการพิจารณาคัดเลือกและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น ย่อมมีผลทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีนี้เป็นคดีที่อธิบดีกรมส่งเสริมการเกษตรได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ข้าราชการระดับ 5 ในฝ่ายบริหารทั่วไปที่จะขึ้นดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 หัวหน้าฝ่ายบริหารทั่วไป ในสำนักงานเกษตรจังหวัด ว่าต้องได้รับการเสนอชื่อจากหน่วยงานต้นสังกัด โดยให้เสนอชื่อได้อย่างน้อย 2 คน ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดพิจิตรก็ได้เสนอชื่อข้าราชการผู้สอบคัดเลือกได้ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยเสนอชื่อผู้ฟ้องคดี และนางสุขาวดี ใจผ่องใส ให้กองการเจ้าหน้าที่ของกรมส่งเสริมการเกษตร เพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมทำการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการต่อไป แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ให้ข้าราชการระดับ 5 ขึ้นดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารทั่วไป 6 ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535²⁴⁹ ไม่ได้ให้อำนาจแก่อธิบดี

²⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/2552.

²⁴⁹ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ให้ดำเนินการตามมาตรา 46

กรมส่งเสริมการเกษตรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกในเรื่องดังกล่าวไว้ อีกทั้ง การกำหนดหลักเกณฑ์ของอธิบดีกรมส่งเสริมการเกษตรที่ให้หน่วยงานต้นสังกัดเป็นผู้พิจารณาเสนอชื่อข้าราชการดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่นอกเหนือไปจากที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) กำหนดให้กองการเจ้าหน้าที่เป็นผู้เสนอชื่อ เมื่ออธิบดีกรมส่งเสริมการเกษตรนำเอาผลการประเมินของคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมที่ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด และไม่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งกรมส่งเสริมการเกษตร

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...

ในการเสนอเพื่อแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งให้รายงานความสมควร พร้อมทั้งเหตุผลตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไปด้วย.”

มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “การเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นให้เลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันหรือผู้สอบคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งนั้นได้ หรือจากผู้ได้รับคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งนั้น

กรณีใดจะเลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันได้ ผู้สอบคัดเลือกได้ หรือผู้ได้รับคัดเลือกให้เป็นไปตามที่ ก.พ. กำหนด

การสอบแข่งขัน ให้เป็นไปตามมาตรา 48 ส่วนการสอบคัดเลือกและคัดเลือกให้กระทรวง ทบวง กรม เจ้าสังกัดเป็นผู้ดำเนินการ หลักสูตรและวิธีดำเนินการเกี่ยวกับการสอบคัดเลือก คุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก เกณฑ์การตัดสิน การขึ้นบัญชีและการยกเลิกบัญชีผู้สอบคัดเลือกได้ ตลอดจนวิธีดำเนินการเกี่ยวกับการคัดเลือกให้เป็นไปตามที่ ก.พ. กำหนด.”

มาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 58 สำหรับผู้สอบแข่งขันได้ ให้แต่งตั้งตามลำดับที่ในบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ สำหรับผู้สอบคัดเลือกได้หรือผู้ได้รับการคัดเลือก ให้แต่งตั้งได้ตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความประพฤติ และประวัติการรับราชการ ซึ่งจะต้องเป็นผู้มีผลงานเป็นที่ประจักษ์ในความสามารถมาแล้ว ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด.”

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 22 ลงวันที่ 30 กันยายน 2540 ได้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และขั้นตอนการพิจารณาความเหมาะสม และการคัดเลือกเพื่อเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 8 ลงมา ไว้ในข้อ 5 กำหนดให้หน่วยงานที่รับผิดชอบงานการเจ้าหน้าที่เสนอรายชื่อข้าราชการที่สอบคัดเลือกได้ในตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนและอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะเลื่อนขึ้นดำรงตำแหน่งที่จะแต่งตั้งได้ต่อคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมที่ได้รับแต่งตั้งตามคำสั่งของ อ.ก.พ. กรม และข้อ 7 กำหนดให้คณะกรรมการชุดดังกล่าวกำหนดเกณฑ์การประเมินบุคคลให้เหมาะสมกับตำแหน่งที่จะแต่งตั้งโดยถือเกณฑ์ตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535.

ที่ 1257/2546 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2546 ที่แต่งตั้งนางสุชาวดีเป็นเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 แล้ว ย่อมทำให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน²⁵⁰

ตามคำพิพากษาศาลปกครองคดีที่ได้กล่าวไปข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า ในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายจะกำหนดขั้นตอนต่างๆ ไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฉะนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้แต่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้ขั้นตอนการพิจารณาต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดจะเป็นเรื่องสำคัญที่จะก้าวข้ามไปไม่ได้ แต่บางกรณีก็เป็นเพียงขั้นตอนในการตรวจสอบและไม่มีผลกระทบไปถึงสาระที่จะเกิดขึ้นในคำสั่งทางปกครอง การกระทำผิดวิธีพิจารณาจึงไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์เสมอไป การทำผิดวิธีพิจารณาเมื่อจบลงอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระที่ถูกต้องทุกประการก็ได้ การกระทำผิดวิธีพิจารณาที่ไม่สำคัญจึงไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป ดังนั้น หากขั้นตอนวิธีพิจารณาใดถ้ามีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนที่เกี่ยวข้อง หรือถ้าไม่ดำเนินการตามขั้นตอนนั้นผลการพิจารณาคงจะเปลี่ยนไป ให้ถือเป็นกรณีสำคัญที่จะต้องดำเนินการตามนั้นเสมอ หากฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ ศาลย่อมวินิจฉัยได้ในทันทีว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นของความชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง พบว่า ในบางกรณีศาลปกครองไม่มีความชัดเจนว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นเพราะไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้เป็นกรณีเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ประเมิน โดยศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ว่า เมื่อการเสนอผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเป็นการเสนอผลงานเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน เพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 และเมื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการวิสามัญเฉพาะกิจประเมินบุคคล เพื่อประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีมีเพียงนางวาสนา พรหมณะนันท์ คนเดียวที่มีวุฒิการศึกษาทางด้านสถาปัตยกรรม แต่ก็ไม่ใช่อสถาปัตยกรรมภายในและมัณฑนศิลป์อันเป็นสาขาโดยตรงที่ผู้ฟ้องคดีเสนอผลงานทางวิชาการ เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามมิได้เป็นผู้ที่มีความรู้และมีประสบการณ์ทางด้านสถาปัตยกรรมภายใน

²⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 460/2553.

โดยตรง ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามก็หาใช่ผู้ที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการตามคู่มือการประเมินตำแหน่งทางวิชาการของข้าราชการครู ฉะนั้นเมื่อการประเมินผลงานทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีพื้นฐานขององค์ประกอบด้านความรู้และด้านประสบการณ์การทำงานอย่างเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดี การใช้ดุลพินิจดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันส่งผลให้การที่คณะกรรมการข้าราชการครูไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 เป็นผลการพิจารณาที่หาชอบด้วยกฎหมายไม่ พิกษาพิทกอนมติของคณะกรรมการข้าราชการครู ที่ไม่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 โดยมีข้อสังเกตให้คณะกรรมการข้าราชการครู ประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีอีกครั้งหนึ่งโดยเร็ว และในการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิอื่นให้ทำหน้าที่ประเมินผลงานผู้ฟ้องคดีควรแต่งตั้งจากผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ทางด้านสถาปัตยกรรมภายใน²⁵¹

คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิ 3 ราย ที่ประเมินผลงานของผู้ฟ้องคดีมี 1 ราย สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม สาขาสถาปัตยกรรมหลัก ส่วนอีก 2 ราย ไม่ได้สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม ในขณะที่วิชาสถาปัตยกรรมแบ่งออกเป็น 4 สาขาย่อย ได้แก่ สถาปัตยกรรมหลัก สถาปัตยกรรมผังเมือง ภูมิสถาปัตย์ และสถาปัตยกรรมภายใน ซึ่งผลงานของผู้ฟ้องคดีเป็นผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นว่าเป็นการแต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจ ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครูไม่ชอบไปด้วย

ตามคำพิพากษาศาลปกครองดังกล่าว ศาลได้อ้างเหตุในเรื่องคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ประเมิน เป็นเหตุให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอ้างอิงถึงความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ที่ทำหน้าที่ประเมิน แต่เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประเมินในกรณีนี้แล้ว เห็นว่า มาตรา 42²⁵² วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523

²⁵¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

²⁵² มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 บัญญัติว่า “การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการและการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการครู ให้ผู้มีอำนาจต่อไปนี้เป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้ง

(1) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับ 10 และตำแหน่งศาสตราจารย์ ให้ปลัดกระทรวงศึกษาธิการ โดยอนุมัติ ก.ค. เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและเสนอชื่อต่อรัฐมนตรีให้รัฐมนตรีรายงานนายกรัฐมนตรีเพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

(2) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับ 9 และระดับ 8 ให้อธิบดี โดยอนุมัติ ก.ค. เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง

ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะเกิดเหตุ ได้กำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการครูมีอำนาจตั้ง
 อนุกรรมการวิสามัญเพื่อทำการแทนได้ อันเป็นไปตามมาตรา 21²⁵³ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว
 ปรากฏว่า คณะกรรมการข้าราชการครูได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการวิสามัญเกี่ยวกับตำแหน่งและ
 อัตราเงินเดือนระดับสูง ตามประกาศคณะกรรมการข้าราชการครู ลงวันที่ 14 เมษายน 2540 และแต่งตั้ง
 คณะอนุกรรมการวิสามัญเฉพาะกิจประเมินบุคคลเพื่อให้ดำรงตำแหน่งและหรือให้ได้รับเงินเดือน
 ในระดับที่สูงขึ้นในระดับ 8 หรือระดับ 9 สายงานการสอน สายงานนิเทศการศึกษา และสายงาน
 บริหารในสถานศึกษา ตามประกาศคณะกรรมการข้าราชการครู ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2540 โดยมี
 การแต่งตั้ง อ.ก.ค. วิสามัญ สำหรับระดับ 8 จำนวน 35 คณะ ส่วนระดับ 9 ได้มีการแต่งตั้ง อ.ก.ค.
 วิสามัญ ไว้จำนวน 37 คณะ แยกเป็นสาขาต่างๆ จำนวน 11 สาขา รวมทั้งสาขาวิชาชีพ และในสาขา
 วิชาชีพนั้นเองก็ได้แต่งตั้งแยกออกเป็น 7 คณะ สำหรับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่
 จะได้รับแต่งตั้งเป็นอนุกรรมการวิสามัญทั้ง 2 ประเภท ดังกล่าวนี้นจะเป็นอย่างไรนั้น กฎหมายไม่ได้
 กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะแต่ประการใด²⁵⁴ จึงเห็นได้ว่า การแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ประเมินในกรณีนี้

(3) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับ 7 และระดับ 6 ให้อธิบดี
 โดยอนุมัติ อ.ก.ค. กรม เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง

(4) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนตั้งแต่ระดับ 5 ลงมา ให้อธิบดีหรือ
 ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดี เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง

(5) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนตั้งแต่ระดับ 6 ลงมา ของข้าราชการครู
 สังกัดสำนักงานการประถมศึกษาจังหวัด หรือสำนักงานการประถมศึกษากรุงเทพมหานคร ให้ผู้อำนวยการ
 การประถมศึกษาจังหวัด หรือผู้อำนวยการการประถมศึกษากรุงเทพมหานคร แล้วแต่กรณี โดยอนุมัติ อ.ก.ค.
 จังหวัด เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง

สำหรับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัด ผู้อำนวยการการ
 ประถมศึกษากรุงเทพมหานคร หัวหน้าการประถมศึกษาอำเภอ หัวหน้าการประถมศึกษากิ่งอำเภอ ผู้อำนวยการ
 โรงเรียน อาจารย์ใหญ่และครูใหญ่ในสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ ต้องได้รับความเห็นชอบ
 ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการการศึกษาก่อนและเมื่อได้รับความเห็นชอบดังกล่าวแล้ว ให้ผู้มีอำนาจ
 สั่งบรรจุตามวาระหนึ่งสั่งแต่งตั้งต่อไป.”

²⁵³ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 บัญญัติว่า “ก.ค. มีอำนาจตั้ง
 อนุกรรมการวิสามัญ เรียกโดยย่อว่า อ.ก.ค.วิสามัญ เพื่อทำการใด ๆ แทนได้

ในกรณีที่ตั้ง อ.ก.ค. วิสามัญ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาเรื่องการค้าเงินทางวินัย การออกจาก
 ราชการ การร้องทุกข์หรือการอุทธรณ์ให้ตั้งจากกรรมการ ก.ค. ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งอย่างน้อยสองคน
 และกรรมการ ก.ค. ซึ่งเป็นผู้แทนข้าราชการครูจำนวนไม่น้อยกว่า หนึ่งในสามของจำนวนอนุกรรมการทั้งหมด
 และให้หน้า มาตรา 10 มาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 13 มาใช้บังคับโดยอนุโลม.”

²⁵⁴ คำแถลงการณ์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

เป็นกรณีที่แต่งตั้งตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ดังนั้น ในเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ประเมินนี้ ในการพิจารณาว่าการแต่งตั้งชอบหรือไม่ จึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีนี้จึงไม่นำเรื่องดุลพินิจมาประกอบการพิจารณาได้

4.2.3 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยเหตุออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการที่ศาลจะเพิกถอนเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่นๆ ซึ่งนอกจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกดังได้กล่าวไปแล้ว ก็มีเหตุภายในที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

1) กรณีไม่ใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง

เหตุหนึ่งที่พบในการที่ศาลปกครองไทยจะใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยึดติดอยู่กับแนวทางการใช้ดุลพินิจโดยไม่ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งอย่างแท้จริง ซึ่งกรณีนี้ก็คือ การที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจดังกล่าว แต่ใช้อำนาจดังกล่าวในลักษณะของการใช้อำนาจผูกพัน ซึ่งตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสถือว่า การออกคำสั่งในลักษณะนี้เป็นการออกนิติกรรมทางปกครอง โดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)

เหตุที่ต้องมีการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง เพราะถือว่าเมื่อกฎหมายให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ผูกพันโดยมีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ และจะต้องใช้ดุลพินิจนั้นอย่างแท้จริง เนื่องจากการที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้ฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณของตนตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรจะกระทำการอย่างไรจึงจะเหมาะสมแก่กรณีนั้น กล่าวคือให้อำนาจตอบสนองความต้องการของประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และในขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้อย่างเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องก็จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง โดยพิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเสียก่อนแล้วจึงค่อยใช้วิจารณญาณของตนตัดสินใจออกคำสั่งไปตามความต้องการของประโยชน์มหาชนในขณะนั้น และการที่ฝ่ายปกครอง

ไม่ได้ใช้ดุลพินิจของตนอย่างแท้จริง ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจที่ไม่สมบูรณ์²⁵⁵ ซึ่งการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้ อาจมีได้หลายกรณี เช่น

(1) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้มีอำนาจต้องใช้อำนาจดุลพินิจของตนจะปฏิเสธไม่ใช้ดุลพินิจของตนไม่ได้

(2) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้มีอำนาจใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างอิสระ ซึ่งในกรณีนี้เป็นการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจของตนโดยไม่ผูกพันตนเองอย่างเคร่งครัดกับคำปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะขององค์กรอื่น ไม่ผูกพันตนเองอย่างเคร่งครัดกับแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ตนเองหรือผู้บังคับบัญชากำหนดขึ้น ไม่ผูกพันตนเองกับข้อสัญญาที่ได้ให้ไว้แก่ผู้อื่น

(3) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้มีอำนาจใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีอย่างรอบด้าน

ในกรณีของการเลื่อนตำแหน่ง จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครอง พบว่าศาลปกครองยอมรับว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจดุลพินิจโดยอ้างอิงแนวทางการใช้ดุลพินิจได้ ดังเช่น กรณีการออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้นโดยให้มีผลหลังจากที่ได้ออกคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือน ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ว่าในการออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 สำนักงานจัดหางานจังหวัดศรีสะเกษ ตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2544 นั้น อธิบดีกรมการจัดหางานได้ปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติที่ได้รับการขอความร่วมมือจากกรมบัญชีกลางในการออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่มีผลเป็นการตัดโอนอัตราเงินเดือน ที่ต้องดำเนินการออกคำสั่งให้มีผลในช่วงต้นเดือนหรือกลางเดือน เพื่อประโยชน์ในการควบคุมดูแลการเบิกจ่ายเงินเดือนของข้าราชการให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ประกอบกับเป็นช่วงที่รัฐบาลได้กำหนดนโยบายให้มีการเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ข้าราชการปีละ 2 ครั้ง โดยครั้งแรกให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนในวันที่ 1 เมษายน ครั้งที่สองให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนในวันที่ 1 ตุลาคม ของทุกปี ซึ่งอธิบดีกรมการจัดหางานได้ถือปฏิบัติในการสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนแก่ข้าราชการในสังกัด ตามมติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในฐานะที่เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนสามัญ ที่ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติในการให้ข้าราชการได้รับเงินเดือนตามตำแหน่ง โดยให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนก่อนแล้วจึงเลื่อนผู้นั้นขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับ

²⁵⁵ การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลไทย (น. 124- 125). เล่มเดิม.

ที่สูงขึ้น ปรากฏตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ สร 0704/ว 6 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2525²⁵⁶ ที่ได้แจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่างๆ ถือปฏิบัติ ซึ่งต่อมาคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ก็ได้มีมติกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ตามแนวทางปฏิบัติเดิมในการเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการ โดยได้เปลี่ยนระบบการเลื่อนขั้นเงินเดือนเป็นปีละ 2 ครั้ง ตามมติคณะรัฐมนตรี ที่ให้พิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนแก่ข้าราชการก่อนแล้วจึงเลื่อนข้าราชการผู้นั้นขึ้นแต่งตั้งดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 13 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2544²⁵⁷ และได้แจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่างๆ ถือปฏิบัติ โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2544 เป็นต้นไป อธิบดีกรมการจัดหางานจึงได้ออกคำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนในรอบครึ่งปี ครั้งที่ 1 ให้แก่ผู้ฟ้องคดีในวันที่ 1 เมษายน 2544 ก่อน และออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2544 เป็นต้นไป ดังนั้น การที่อธิบดีกรมการจัดหางานได้ออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น โดยให้มีผลหลังจากที่ได้ออกคำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนในรอบครึ่งปีประมาณ 2544 เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2544 จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว²⁵⁸

นอกจากแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งภายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังปรากฏว่า ศาลปกครองได้ยอมรับการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามแนวทางการใช้ดุลพินิจในกรณีการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งแก่ข้าราชการกรณีการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในระดับควบ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 5 ลงวันที่ 13 พฤษภาคม 2536 ที่กำหนดไว้ว่า กรณีการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในระดับควบสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งระดับ 4 ของสายงานใดที่เริ่มต้นจากระดับ 3 ขึ้นดำรงตำแหน่งระดับ 5 ของสายงานนั้น ให้เลื่อน

²⁵⁶ข้อ 1 ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ สร 0704/ว 6 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2525 ก.พ. กำหนดว่าการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในวันที่ 1 ตุลาคม ซึ่งเป็นวันเดียวกันกับวันเลื่อนขั้นเงินเดือนประจำปี ให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 44 พิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนประจำปีก่อน แล้วจึงเลื่อนผู้นั้นขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น.

²⁵⁷ข้อ 1 ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 13 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2544 ก.พ. กำหนดว่าการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในวันที่ 1 เมษายน หรือวันที่ 1 ตุลาคม ซึ่งเป็นวันเดียวกันกับวันเลื่อนขั้นเงินเดือน ให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 52 พิจารณาสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนให้แก่ข้าราชการก่อน แล้วจึงเลื่อนข้าราชการผู้นั้นขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น.

²⁵⁸คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1772/2546.

และแต่งตั้งจากผู้ได้รับการคัดเลือก และได้รับเงินเดือนขั้นต่ำของอันดับเงินเดือนสำหรับตำแหน่งที่จะเลื่อน

กรณีนี้ศาลปกครองได้วินิจฉัยเกี่ยวกับแนวทางการใช้ดุลพินิจตามแนวทางของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ไว้ว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับการคัดเลือกให้เลื่อนขั้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนิติกร ระดับ 5 ได้ โดยผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนและได้รับเงินเดือนไม่ต่ำกว่าขั้นต่ำของอันดับเงินเดือนสำหรับตำแหน่งที่จะเลื่อนขั้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นนิติกร ระดับ 5 ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2542 อธิบดีกรมสรรพากรก็ควรมีคำสั่งเลื่อนผู้ฟ้องคดีขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนิติกร ระดับ 5 ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2542 การที่อธิบดีกรมสรรพากรอ้างแนวทางปฏิบัติว่าในการเลื่อนตำแหน่งจะต้องเลื่อนในวันที่ 2 ตุลาคม เหมือนกับข้าราชการในสังกัดทุกคน เนื่องจากต้องจัดทำบัญชีถือจ่ายการเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการเพื่อส่งให้กรมบัญชีกลาง ซึ่งจะต้องแล้วเสร็จภายในวันที่ 1 ตุลาคม ของแต่ละปี หากมีการเลื่อนตำแหน่งข้าราชการในวันที่ 1 ตุลาคม จะทำให้บัญชีถือจ่ายไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริงที่ได้จัดส่งไปยังกรมบัญชีกลาง จึงยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะนำมาอ้างเพื่อไม่เลื่อนระดับของผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 58²⁵⁹ และมาตรา 59²⁶⁰ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 5 ลงวันที่ 13 พฤษภาคม 2536 ประกอบกับอธิบดีกรมสรรพากรก็ได้เคยมีคำสั่งเลื่อนตำแหน่งข้าราชการจากระดับ 7 เป็นระดับ 8 ในวันที่ 1 ตุลาคม 2534 มาแล้ว แม้จะเป็นการสั่งเลื่อนตำแหน่งข้าราชการที่เกี่ยวข้องกับการประเมินของ

²⁵⁹ มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “การเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ให้เลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันหรือผู้สอบคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งนั้นได้หรือจากผู้ได้รับการคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งนั้น

กรณีนี้จะเลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันได้ ผู้สอบคัดเลือกได้ หรือผู้ได้รับการคัดเลือกให้เป็นไปตามที่ ก.พ. กำหนด

การสอบแข่งขัน ให้เป็นไปตามมาตรา 48 ส่วนการสอบคัดเลือกและคัดเลือกให้กระทรวง ทบวง กรมเจ้าสังกัดเป็นผู้ดำเนินการ หลักสูตรและวิธีดำเนินการเกี่ยวกับการสอบคัดเลือก คุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก เกณฑ์การตัดสิน การขึ้นบัญชีและการยกเลิกบัญชีผู้สอบคัดเลือกได้ ตลอดจนวิธีดำเนินการเกี่ยวกับการคัดเลือกให้เป็นไปตามที่ ก.พ. กำหนด.”

²⁶⁰ มาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 58 สำหรับผู้สอบแข่งขันได้ให้แต่งตั้งตามลำดับที่ในบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ สำหรับผู้สอบคัดเลือกได้หรือผู้ได้รับการคัดเลือกให้แต่งตั้งได้ตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงความรู้ ความสามารถ ความประพฤติ และประวัติการรับราชการ ซึ่งจะต้องเป็นผู้มีผลงานเป็นที่ประจักษ์ในความสามารถมาแล้ว ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด.”

ผู้บังคับบัญชาหลายระดับชั้นและไม่เป็นระดับควบก็ตาม แต่ก็เป็นการเลื่อนตำแหน่งตามมาตรา 58 และมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เช่นเดียวกัน ซึ่งคณะกรรมการสามัญประจำกระทรวงการคลัง ก็ได้มีการพิจารณาให้ทุกกรมในสังกัดตั้งเลื่อนระดับข้าราชการที่มีคุณสมบัติครบถ้วนในวันที่ 1 ตุลาคม โดยให้เลื่อนตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม เป็นต้นไป และอธิบดีกรมสรรพากรก็ได้มีหนังสือลงวันที่ 13 กันยายน 2544 แจ้งเวียนหลักเกณฑ์และวิธีการในการเลื่อนข้าราชการตำแหน่งระดับควบดังกล่าว โดยให้เลื่อนระดับข้าราชการที่มีคุณสมบัติครบถ้วนในวันที่ 1 ตุลาคม ให้เลื่อนตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม เป็นต้นไป และให้เจ้าหน้าที่ถือปฏิบัติต่อไป อันเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติของอธิบดีกรมสรรพากรที่ได้ดำเนินการมาแล้ว การที่อธิบดีกรมสรรพากรสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งผู้ฟ้องคดีในวันที่ 2 ตุลาคม 2542 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ พิกษาเพิกถอนคำสั่งของอธิบดีกรมสรรพากร²⁶¹

ในเมื่อแนวทางการใช้ดุลพินิจไม่ใช่กฎหมาย การใช้ดุลพินิจตามแนวทางการใช้ดุลพินิจดังกล่าว จึงต้องนำมาใช้ประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นๆ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะยึดถือแนวทางการใช้ดุลพินิจโดยไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอื่นๆ ประกอบเลยไม่ได้ และส่งผลให้การใช้ดุลพินิจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนี้ เมื่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น กำหนดให้กระทำได้ไม่ก่อนวันที่ข้าราชการผู้นั้นผ่านการประเมินผลงาน จึงต้องถือว่าผู้ผ่านการประเมินผลงานเกิดสิทธิที่จะได้รับการเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น ตั้งแต่วันที่คณะกรรมการประเมินผลงานมีมติอนุมัติให้ผ่านการประเมินเป็นต้นไป เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงต้องใช้ดุลพินิจออกคำสั่งในทางที่ไม่ให้มีผลกระทบหรือเสียหายต่อสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ผ่านการประเมิน การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งให้มีผลภายหลังจากวันที่ผ่านการประเมิน หากเป็นการกระทบหรือเป็นที่เสียหายต่อสิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวข้างต้นไว้ว่า แม้ว่าการเลื่อนข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นนั้น จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใด และหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งเลื่อนระดับให้ข้าราชการผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนในวันใดโดยชัดแจ้ง แต่ก็เป็นการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งที่จะเลื่อนระดับให้ข้าราชการผู้นั้นในวันที่มีคุณสมบัติครบถ้วน หรือวันที่ได้ผ่านการประเมินหรือวันใดหลังจากที่คุณสมบัติครบถ้วนและผ่านการประเมินแล้วก็ได้ อย่างไรก็ตาม

²⁶¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 717/2547.

การจะเลื่อนข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งต้องใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในการจัดระบบบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนให้เหมาะสมเป็นธรรม เพิ่มพูนประสิทธิภาพและเสริมสร้างแรงจูงใจในการปฏิบัติราชการ เพื่อให้การปฏิบัติราชการของข้าราชการพลเรือนมีประสิทธิภาพสูงสุด และยังคงคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ของข้าราชการด้วย การเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นโดยให้มีผลแตกต่างกัน ย่อมทำให้เกิดสิทธิประโยชน์แก่ข้าราชการแตกต่างกันไป เช่น สิทธิในการเบิกค่าเช่าบ้าน สิทธิในการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือน เป็นต้น ดังนั้น การเลื่อนระดับให้ข้าราชการดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจึงต้องพิจารณาออกคำสั่งที่จะส่งผลให้เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวลุล่วงไปอย่างมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ข้าราชการและหน่วยงานทางปกครองน้อยที่สุด ดังนั้น แม้เลขาธิการสำนักงานประกันสังคมจะอ้างว่าการเลื่อนระดับให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่เป็นระดับ 4 โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2543 เป็นการดำเนินการตามแนวทางปฏิบัติของสำนักงานประกันสังคม²⁶² แต่เมื่อแนวทางปฏิบัติดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ข้าราชการที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในหมู่ข้าราชการ เนื่องจากข้าราชการที่ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการครั้งแรกตำแหน่งระดับ 3 ต่างกันเพียงแคว้นเดียว แต่เมื่อมีการเลื่อนเป็นระดับ 4 ทำให้อายุราชการต่างกันเป็นเดือน ซึ่งมีผลต่อการปรับเงินเดือนและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการผู้นั้น เพราะหากเลขาธิการสำนักงานประกันสังคมเลือกใช้ดุลพินิจสั่งเลื่อนระดับข้าราชการที่บรรจุเป็นระดับ 3 หลังวันที่ 1 ของเดือนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 4 ตั้งแต่วันที่ข้าราชการผู้นั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนและผ่านการประเมินแล้ว ย่อมมีผลให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 4 เร็วขึ้น และได้รับการปรับเงินเดือนให้ได้รับสูงขึ้นมากกว่าการเลื่อนระดับตั้งแต่วันที่ 1 ของเดือนถัดไป จึงเห็นได้ว่า การใช้ดุลพินิจของเลขาธิการสำนักงานประกันสังคมที่สั่งเลื่อนระดับผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ซึ่งได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 3 ตั้งแต่วันที่ 14 กันยายน 2541 และผ่านการประเมินแล้วก่อนวันที่ 26 กันยายน 2543 ขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 4

²⁶² แนวทางปฏิบัติของสำนักงานประกันสังคมเกี่ยวกับการเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้นจากระดับ 3 เป็นระดับ 4 ที่ใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 คือ หากข้าราชการผู้ใดได้รับการบรรจุแต่งตั้งในวันที่ 1 ของเดือนเมื่อมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด จะพิจารณาเลื่อนระดับให้มีผลในวันที่ 1 ของเดือนนั้น หากได้รับการบรรจุแต่งตั้งภายหลังวันที่ 1 จะพิจารณาเลื่อนระดับให้มีผลในวันที่ 1 ของเดือนถัดไป อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2544 ได้เปลี่ยนแนวทางปฏิบัติการเลื่อนระดับแล้วโดยให้มีผลในวันที่และเดือนเดียวกันกับที่ได้รับการบรรจุแต่งตั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนปีละสองครั้งตามกฎหมาย ว่าด้วยการเลื่อนขั้นเงินเดือน พ.ศ. 2544.

ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2543 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบและกระทบต่อสิทธิอันพึงมีพึงได้ของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสี่เป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนและได้ผ่านการประเมินจากผู้บังคับบัญชาแล้ว เลขานุการสำนักงานประกันสังคมก็ควรจะเลือกใช้ดุลพินิจเลื่อนระดับผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้ตั้งแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนและได้ผ่านการประเมิน พินิจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งของเลขานุการสำนักงานประกันสังคม²⁶³

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองจึงเห็นได้ว่า หากข้าราชการมีคุณสมบัติครบที่จะเลื่อนระดับสูงขึ้นตั้งแต่วันที่มิคุณสมบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้บังคับบัญชาก็ต้องออกคำสั่งเลื่อนระดับและแต่งตั้งโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ใช้ปฏิบัติกันมา เพราะจะเป็นการผูกพันในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยยึดติดหรือผูกมัดกับแนวทางการใช้ดุลพินิจมากเกินไป จนทำให้การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจึงต้องควบคุมให้การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปอย่างแท้จริง และเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิประโยชน์ของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งดังกล่าว

2) กรณีใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วน

หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ²⁶⁴ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพ²⁶⁵ แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือแก่รัฐน้อยที่สุด²⁶⁶ และห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่ง ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนหรือรัฐ²⁶⁷ ซึ่งหลักการนี้ทั้งศาลปกครองฝรั่งเศสและศาลปกครองเยอรมนี นำไปใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง

ศาลปกครองเยอรมนียืนยันหลักการนี้ไว้ใน คดีเนรเทศคนต่างด้าวว่า การกระทำ ความผิดอาญาโดยเจตนาดังที่ปรากฏในคดีนี้ไม่ใช่กรณีความผิดไม่ร้ายแรงในความหมายของมาตรา 46

²⁶³ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1247/2547.

²⁶⁴ *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน* (น. 102). เล่มเดิม.

²⁶⁵ *แหล่งเดิม*. (น. 103).

²⁶⁶ *แหล่งเดิม*. (น. 104).

²⁶⁷ *แหล่งเดิม*. (น. 106).

วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยคนต่างด้าว ด้วยเหตุนี้จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการครบเงื่อนไขของการเนรเทศตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง และมาตรา 46 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวแล้ว แต่การเนรเทศบุคคลออกนอกอาณาจักรเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การตัดสินใจดังกล่าวนี้ต้องการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะในการให้คนต่างด้าวออกไปนอกอาณาจักรกับประโยชน์ของคนต่างด้าวในการที่จะได้อยู่อาศัยในอาณาจักรต่อไป ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้ แม้กระนั้นก็ยังไมอาจตำหนิผู้ถูกฟ้องคดีที่ได้อาศัยการชั่งน้ำหนักในเรื่องของการป้องกันทั่วไปมาเป็นเหตุในการเนรเทศบุคคลออกนอกอาณาจักร เมื่อคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้วการเนรเทศบุคคลออกนอกราชอาณาจักรย่อมจะต้องพิจารณาถึงผลที่มีต่อการป้องกันทั่วไปด้วย ผลที่มีต่อการป้องกันทั่วไปย่อมเกิดขึ้นหากคนต่างด้าวคนอื่นเห็นแนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการเนรเทศบุคคลที่กระทำผิดออกนอกราชอาณาจักรอย่างสม่ำเสมอและคนต่างด้าวเหล่านั้นก็จะประพฤติดันให้สอดคล้องกับกฎหมาย

ส่วนศาลปกครองฝรั่งเศสปรากฏในคดีขับไล่คนต่างด้าว โดยศาลจะใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งขับไล่ คนต่างด้าวที่เข้าประเทศโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยหรือมีพฤติกรรมที่เป็นภัยต่อประเทศชาติ ศาลสามารถใช้มาตรการนี้ขับไล่ออกนอกประเทศ หรือกรณีการควบคุมตัวไปยังชายแดน ซึ่งเป็นกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศฝรั่งเศสโดยไม่ชอบหรือเข้ามาโดยชอบแล้วแต่อยู่เกินกำหนด เมื่อถูกจับได้ก็อาจถูกควบคุมตัวไปยังชายแดนเพื่อผลักดันออกนอกประเทศ

ความชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ เป็นการพิจารณาในสาระสำคัญของการตัดสินใจหรือเจตนาภายในที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครอง ที่มาจากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนตำแหน่งก็เช่นเดียวกัน ซึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้ หากศาลเห็นว่า การใช้ดุลพินิจนั้นเหมาะสม แม้จะไม่ถูกต้องตามแนวทางที่กำหนด แต่หากไม่ใช้การกระทำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ก็ไม่ทำให้คำสั่งเลื่อนตำแหน่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เหตุที่ต้องควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลเพราะคำว่าดุลพินิจนั้นไม่ใช่เลือกได้ตามใจชอบ แต่จะต้องเป็นการวินิจฉัยตามเหตุและผล เมื่อสิ่งใดเป็นเหตุและผลแล้วย่อมจะมีทางที่จะชี้ได้ว่าถูกหรือผิด โดยการควบคุมดังกล่าวเป็นการพิเคราะห์เจาะลึกเข้าไปถึงคุณภาพหรืออีกนัยหนึ่งความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของการใช้อำนาจ ซึ่งต่างจากการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงที่เป็นเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันจะเป็นหลักประกันในเบื้องต้นว่า การใช้อำนาจน่าจะเหมาะสม

แก่กรณีเฉพาะเรื่องซึ่งมุ่งหมายจะใช้บังคับเท่านั้น²⁶⁸ การควบคุมดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลนี้ ถือว่าเป็นการควบคุมในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลจะไม่ควบคุมหากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว และเมื่อการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องชอบด้วยเหตุผล เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในกระบวนการบริหารงานบุคคลภาครัฐมากที่สุด จึงมีข้อพิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้ดุลพินิจอย่างไรจึงจะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงอาจศึกษาหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการควบคุมความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครองมาเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ กล่าวคือ หากเป็นการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอย่างมีเหตุผล ก็จะต้องนำหลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาประกอบการพิจารณา แต่หากเป็นการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลก็ต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณา

ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของศาลปกครองไทยนั้น จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองไทยจะทำการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้โดยพิจารณาเป็นกรณีๆ โดยในบางกรณีศาลปกครองก็ใช้หลักการดังกล่าวในการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ดังเช่น กรณีคณะอนุกรรมการสามัญประจำสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 3/2541 กำหนดแนวทางการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้ารับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งวิชาชีพเฉพาะ (วช) ตามแนวทางการคัดเลือกของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)²⁶⁹ สรุปว่า ให้พิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

²⁶⁸ การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 171). เล่มเดิม.

²⁶⁹ หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 16 ลงวันที่ 29 กันยายน 2538 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) ตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะ และตำแหน่งประเภทเชี่ยวชาญเฉพาะ โดยกำหนดแนวทางการพิจารณาตามแนบท้ายหนังสือสำนักงาน ก.พ. ฉบับดังกล่าว กล่าวคือ องค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณา ควรพิจารณาองค์ประกอบดังนี้ ความรู้ความสามารถในการปฏิบัติงาน ระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง การปฏิบัติตนเหมาะสมกับการเป็นข้าราชการ ผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน และเกณฑ์อื่นๆ ตามที่ส่วนราชการเห็นสมควรกำหนดเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคัดเลือก ซึ่งส่วนราชการควรพิจารณาองค์ประกอบที่จะใช้ในการพิจารณาคัดเลือกไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจแตกต่างกันไปจากองค์ประกอบที่กำหนดก็ได้ ทั้งนี้ โดยเน้นผลงานหรือผลการปฏิบัติงานเป็นองค์ประกอบหลัก.

ก) พิจารณาจากผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน ข) พิจารณาจากข้อมูลค่านับบุคคล ฯลฯ แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามรายงานการประชุมของคณะอนุกรรมการสามัญประจำสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาที่ประชุมได้พิจารณาเพียงใบสมัครของผู้เข้ารับการคัดเลือก โดยไม่ปรากฏพยานหลักฐานใดที่แสดงว่าได้ใช้ดุลพินิจตรวจผลงานหรือผลการปฏิบัติงานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ เป็นการพิจารณาโดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงและเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ พิจารณาให้เพิกถอนมติของคณะอนุกรรมการสามัญประจำสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาดังกล่าว เฉพาะส่วนที่มีมติคัดเลือก นาย ว. ให้เสนอผลงานประเมินเพื่อเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเภสัชกร 8 วช²⁷⁰

คดีนี้เป็นกรณีที่ อ.ก.พ. สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ใช้ดุลพินิจในการคัดเลือกบุคคลเข้ารับประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น โดยไม่ได้พิจารณารายละเอียดผลงานหรือผลการปฏิบัติงานตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างเพียงพอ จึงเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดียกขึ้นกล่าวอ้างได้ว่า อ.ก.พ. ดังกล่าวใช้ดุลพินิจคัดเลือกบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นกรณีที่พิพาทเกี่ยวกับกระบวนการในการใช้ดุลพินิจของ อ.ก.พ. สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาที่ไม่ปรากฏหลักฐานว่าได้นำหลักเกณฑ์การคัดเลือกตามที่กำหนดไว้มาเป็นกรอบในการพิจารณา

แต่ก็มีบางกรณีที่ศาลปกครองเห็นว่า การใช้ดุลพินิจนั้น เป็นไปโดยเหมาะสมแล้ว อันเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ไม่ว่าจะเป็กรณที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งภายหลังจากที่ได้แต่งตั้งผู้ที่สอบคัดเลือกได้ในบัญชีเดียวกันไปแล้ว เนื่องจากในขณะที่ออกคำสั่งแต่งตั้งตามบัญชีนั้น ข้าราชการผู้นั้นมีสุขภาพไม่แข็งแรงจากการประสบอุบัติเหตุ ทำให้ยังไม่พร้อมที่จะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งใหม่ ซึ่งคำสั่งเลื่อนระดับดังกล่าวข้างต้นศาลปกครองเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว²⁷¹ หรือกรณีอธิบดีกรมโยธาธิการมีคำสั่งเลื่อนนาง ว. ตำแหน่งบุคลากร 7 ขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งบุคลากร 8 (ผู้อำนวยการกองการเจ้าหน้าที่) ตามมติของคณะอนุกรรมการสามัญประจำกรมโยธาธิการ ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากปลัดกระทรวงมหาดไทยแล้ว ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งนักพัฒนาทรัพยากรบุคคล 8ว เห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากตนมีความอาวุโส มีคุณวุฒิและคุณสมบัติครบถ้วนที่จะดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการกองการเจ้าหน้าที่มากกว่า กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่ยอมรับการใช้วิธีการคัดเลือกบุคคล โดยแยกกลุ่มประเมินและ

²⁷⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 78/2549.

²⁷¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1772/2546.

ไม่ได้เปรียบเทียบข้อมูลในหลายด้านระหว่างผู้ได้รับการแต่งตั้งกับผู้ฟ้องคดี แต่อ้างอายุงานและประสบการณ์ในตำแหน่งบุคลากรมาเป็นเหตุผลในการตัดสิน ซึ่งศาลปกครองเห็นว่า แม้มีการจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น 2 กลุ่ม ก็ตาม แต่ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการประเมิน²⁷² โดยให้มีการประเมินผลการปฏิบัติงาน คุณสมบัติบุคคล และคุณลักษณะการบริหารงาน ซึ่งครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน และการเปรียบเทียบวัดค่าคะแนนแยกกลุ่มกันระหว่างข้าราชการระดับ 8 กับระดับ 7 ย่อมเป็นธรรมกับข้าราชการในแต่ละกลุ่มแล้ว สำหรับประเด็นเรื่องอายุงานและประสบการณ์ เมื่อ นาง ว. มีประสบการณ์ในสายงานบุคลากรมากกว่าผู้ฟ้องคดี ย่อมต้องมีความเข้าใจในหน้าที่ที่จะปฏิบัติในสายงานนั้นได้ดีกว่า ซึ่งหมายความว่ามีความเหมาะสมมากกว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เลือก นาง ว. จึงมีเหตุผลอันสมควรเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ อันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว²⁷³

ตามคำพิพากษาของศาลปกครอง จากการศึกษาจึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองไทยได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง และได้ปรับใช้โดยถูกต้องตามหลักความได้สัดส่วนดังเช่นที่ศาลปกครองเยอรมนีนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ในการปรับใช้หลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นไปโดยถูกต้องและเหมาะสมแล้ว ซึ่งก็จะเป็นประโยชน์ต่อข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งที่จะได้รับการเยียวยาแก้ไขจากคำสั่งดังกล่าวที่ออกโดยไม่ชอบให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมต่อไป

²⁷² หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 22 ลงวันที่ 30 กันยายน 2540 กำหนดว่า การเลื่อนขึ้นแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในกรมให้ อ.ก.พ. กรม มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาคัดเลือกและประเมินบุคคล และให้คณะกรรมการดำเนินการประเมินและพิจารณาความเหมาะสมผู้ซึ่งได้รับการเสนอชื่อทุกคน โดยพิจารณาเทียบข้อมูลบุคคล เช่น คุณสมบัติ ผลงาน ประวัติการรับราชการของแต่ละคนกับหน้าที่ความรับผิดชอบและความต้องการของตำแหน่ง

บันทึกสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0203.1/ว 3280 ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน 2541 กำหนดว่า ในการขอรับความเห็นชอบการเลื่อนข้าราชการขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 8 ให้หน้าบัญชีรายชื่อข้าราชการระดับ 7 ที่มีคุณสมบัติเข้าหลักเกณฑ์การแต่งตั้งมาทำการประเมินดังนี้ (1) คุณสมบัติในด้านอาวุโสของสำนักงาน ก.พ. โดยมีองค์ประกอบคือวันเลื่อนระดับ 7 และขึ้นเงินเดือนปัจจุบัน (2) คุณสมบัติในด้านความรู้ความสามารถ และประสบการณ์ โดยมีองค์ประกอบคือได้รับเงินเดือน 5 ปีย้อนหลัง วุฒิการศึกษาและการฝึกอบรม และ (3) การประเมินผลการปฏิบัติงาน คุณลักษณะการบริหารงาน.

²⁷³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 134/2548.

3) กรณีใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาดอย่างชัดเจน

หลักความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำเป็นหลักที่ศาลปกครองฝรั่งเศสนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้ใช้เทคนิคควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำกับคดีการลงโทษทางวินัยและการกำหนดระดับลงโทษ และต่อมาศาลได้เริ่มใช้เทคนิคนี้กับคดีเกี่ยวกับการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการหรือการให้คะแนนประจำปี ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือไม่ และยังรวมไปถึงการควบคุมการประเมินที่เป็นการเขียนบรรยายผลการทำงานที่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย ในกรณีนี้ ศาลสามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจการประเมินผลการทำงานว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือไม่ แต่สำหรับในการทำคำสั่งทางปกครองที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้ ศาลจะจำกัดอำนาจการควบคุมลงไปหรือในบางครั้งอาจจะถึงขนาดที่ว่าไม่เข้าไปควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ เรียกว่าเป็นกรณีเฉพาะที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมอำนาจดุลพินิจโดยแท้ ในกรณีอย่างนี้อาจเป็นกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลเห็นว่าต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการหรือวิชาชีพ เนื่องจากศาลไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ เพราะบางกรณีเป็นเรื่องยากที่วิญญูชนก็ไม่สามารถที่จะประเมินการกระทำการดังกล่าวได้ ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะบอกได้ว่าสิ่งที่เป็นความผิดพลาดอย่างแน่แท้ถึงขนาดที่วิญญูชนยังไม่ทำ ศาลจึงปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายปกครองในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่คดีประเภทนี้ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการตัดสินใจของคณะกรรมการในการให้คะแนนหรือการเสนอความเห็นของคณะกรรมการในการสอบแข่งขันหรือการสอบไล่ทั้งหลาย

สำหรับศาลปกครองไทยหลักการนี้ยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยว่าได้นำหลักความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งแต่อย่างใด แต่จากการศึกษาพบว่า ศาลปกครองไทยได้หยิบยกหลักการดังกล่าวไว้ในคำแถลงการณ์²⁷⁴ ในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำหน้าที่ในการประเมินผลงานของผู้ฟ้องคดีว่าไม่ได้สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม ซึ่งศาลปกครองเห็นว่า ผลงานของผู้ฟ้องคดีเป็นผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน การแต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจในการประเมินผลงาน ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครูที่ไม่อนุวัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 เป็นผลการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

²⁷⁴ คำแถลงการณ์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

คดีนี้ตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า ในคดีปกครองจะตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการประเมินผลงานของบุคคลในกรณีที่มีลักษณะเช่นนี้ โดยหลักแล้ว องค์กรตุลาการจะให้การเคารพต่อเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่า การพิจารณาว่าผลงานเรื่องใดมีคุณภาพหรือไม่เพียงใดเป็นเรื่องทางเทคนิค ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และเมื่อองค์กรตุลาการไม่อยู่ในฐานะที่จะเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญได้ในทุกๆ เรื่อง องค์กรตุลาการก็จะจำกัดการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของตนโดยไม่ใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกันกับที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจไว้แล้วนั้นอีก และยอมรับที่จะให้เป็นไปตามการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ด้วยหลักการเดียวกันนี้เอง หากเมื่อใดปรากฏว่า การใช้ดุลพินิจนั้นไม่ถูกต้อง ซึ่งแม้แต่วิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถพิจารณามองเห็นได้โดยไม่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญใดๆ องค์กรตุลาการก็จะเข้าไปทบทวนและเพิกถอนการใช้อำนาจนั้น หรือที่เรียกกันว่าการใช้ดุลพินิจมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง (erreur manifeste) และนอกจากกรณีการใช้ดุลพินิจผิดพลาดอย่างชัดแจ้งดังที่กล่าวมาแล้ว องค์กรตุลาการก็อาจทำการทบทวนตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการใช้ดุลพินิจได้อีกสาเหตุหนึ่ง ซึ่งได้แก่ การตรวจสอบว่า การใช้ดุลพินิจนั้นได้กระทำโดยไม่เป็นกลางหรือมีอคติหรือไม่ ดังนั้น การจะอ้างเพียงเหตุว่าผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำหน้าที่ประเมินผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้และประสบการณ์ที่เหมาะสม จึงไม่อาจนำมาอ้างได้ในคดีนี้ ส่วนการตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการใช้ดุลพินิจนั้น ในการพิจารณาคดีนี้ ไม่ปรากฏว่า ศาลปกครองได้เข้าไปตรวจสอบใน “เนื้อหา” ของการใช้ดุลพินิจประเมินบุคคล ว่าได้มีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งในการใช้ดุลพินิจประเมินผู้ฟ้องคดีอย่างไร หรือไม่ หรือได้ตรวจสอบว่า ผู้ทำหน้าที่ประเมินได้ใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นกลางหรือมีอคติหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นว่า กรณียังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่จะควบคุมในตัวเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยปกติศาลปกครองจะไม่เข้าไปควบคุม เพราะการพิจารณาว่าผลงานหรือสิ่งที่ใช้ในการเลื่อนระดับตำแหน่งมีคุณภาพหรือไม่เพียงใดเป็นเรื่องทางเทคนิค ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งศาลปกครองย่อมไม่มีความเชี่ยวชาญได้ในทุกๆ เรื่อง แต่อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งแม้แต่วิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถพิจารณามองเห็นได้โดยไม่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญใดๆ ศาลปกครองก็สามารถเข้าไปทบทวนและเพิกถอนได้ ตามหลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ ซึ่งสำหรับศาลปกครองไทยก็จะต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ต่อไปว่าจะมีการนำหลักการนี้ไปใช้ในการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งอย่างไร

4.2.4 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยเหตุ
ออกโดยบิดเบือนอำนาจ

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงอาจมีกรณีที่หน่วยงานทางปกครอง
หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าวโดยบิดเบือนได้ ซึ่งการใช้อำนาจ
โดยบิดเบือน (abuse of power) ตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง การที่ฝ่ายปกครอง
ใช้อำนาจกระทำการทางปกครองอย่างจงใจเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างอื่น
นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ เพราะโดยปกติอำนาจที่ฝ่ายปกครอง
ได้มาตามกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นก็ได้มาเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์
ที่กำหนดไว้ สิ่งทีถือว่าเป็นลักษณะพิเศษของเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ คือ
มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น โดยต้องมีการค้นหา
ความตั้งใจของฝ่ายปกครองในขณะที่ทำนิติกรรมนั้นว่ามีอย่างไร เนื่องจากเหตุเพิกถอนคำสั่ง
เพราะการบิดเบือนอำนาจนี้ไม่ใช่เหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และจะนำมาใช้ต่อเมื่อเหตุ
เพิกถอนด้วยเหตุอื่นๆ ไม่อาจใช้ได้แล้ว ซึ่งสำหรับศาลปกครองไทยก็ต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัย
เกี่ยวกับกรณีนี้ต่อไปว่าจะมีการนำหลักการนี้ไปใช้ในการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงาน
ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีบิดเบือนอำนาจ
อย่างไร

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครองไทย

ในกระบวนการใช้อำนาจเพื่อออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นปัญหาหนึ่งที่สำคัญ เพราะโดยหลักการแล้วผู้บังคับบัญชาจะต้องใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวภายในเงื่อนไขและขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ในด้านต่างๆ ของผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา ทำให้ข้าราชการผู้นั้นมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในงานที่มากกว่าเดิม ขณะเดียวกันอัตราเงินเดือนก็จะเปลี่ยนแปลงในอัตราที่สูงขึ้น คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงมีผลกระทบโดยตรงต่อสถานภาพทางกฎหมายในฐานะส่วนตัวของข้าราชการ ซึ่งหากข้าราชการเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการออกคำสั่งดังกล่าวก็สามารถนำคดีมาขึ้นฟ้องต่อศาลปกครอง และในปัจจุบันข้อพิพาทในกรณีนี้ก็มีเป็นจำนวนมาก แต่จากการศึกษาพบว่า การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยศาลปกครองไทย ยังมีปัญหาอยู่หลายประการ กล่าวคือ ในการพิจารณาพิพากษาคดีเมื่อศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะอ้างเหตุในการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยอาศัยเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งนั้น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องแล้ว จะเห็นได้ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นต้องถูกเพิกถอน ไม่ได้เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด ส่วนแนวทางในการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของศาลปกครองก็ยังไม่มีความชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ประกอบกับโดยหลักการแล้วศาลปกครองจะไม่ก้าวล่วงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของศาลปกครองไทยจึงต้องมีการกำหนดขอบเขตไม่ให้ศาลพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเชิงบริหารจัดการหรือทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องควบคุมการใช้ดุลพินิจไม่ให้ใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือไม่มีขอบเขต เพื่อให้ข้าราชการได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างถูกต้องและเป็นธรรม

5.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งที่เกิดจากการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายฉบับต่างๆ เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาเป็นการเฉพาะด้วยความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาอันเกิดจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นความสัมพันธ์ในฐานะส่วนตัว เพราะมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการโดยตรง คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงมีลักษณะเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่นที่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากการที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรืออาจจะเกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ ความชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

5.1.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองต้องทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองจึงต้องทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกและสภาพภายในของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

ตามแนวความคิดในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครองที่สำคัญมีอยู่ด้วยกัน 3 ประการ กล่าวคือ

1) คำสั่งที่ทำโดยปราศจากอำนาจ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ จะเกิดขึ้นในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจที่จะกระทำการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งในกรณีของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ผู้มีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวก็คือผู้บังคับบัญชาตามที่กฎหมายฉบับนั้นๆ กำหนดไว้ ดังนั้น หากบุคคลผู้ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ใช่ผู้บังคับบัญชาตามที่กฎหมายฉบับต่างๆ กำหนดไว้ คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) คำสั่งที่ทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ ในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายจะกำหนดขั้นตอนต่างๆ ไว้เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่โดยหลักการแล้วขั้นตอนในทางกฎหมายไม่ใช่ว่าทุกขั้นตอนจะมีผลกระทบโดยตรงต่อคำสั่งนั้น หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญก็ไม่ส่งผลให้คำสั่งนั้นตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่จะส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขั้นตอนนั้นจะต้องเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

3) คำสั่งที่ทำโดยไม่ถูกต้องตามแบบ คำสั่งทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาหรือรูปแบบอื่นตามที่กฎหมายกำหนด หากไม่ทำตามแบบจึงย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามแบบจะต่างจากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ ในแง่ที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการเป็นเรื่องของการไม่ทำตามกระบวนการในการกระทำทางปกครอง ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามแบบเป็นเรื่องของการไม่ทำตามรูปแบบภายนอกของการกระทำทางปกครอง ซึ่งคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นหนังสือ จึงจะไม่พบปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุแห่งการไม่ถูกต้องตามแบบ

ตามแนวความคิดในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายในของคำสั่งทางปกครองหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งมีอยู่ 3 ประการ คือ

1) คำสั่งที่ออกโดยมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่เรียกว่าฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยหลักการแล้วหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำการทางปกครองที่มี

เนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่อาจที่จะเลือกกำหนดเนื้อความของการกระทำทางปกครองตามอำเภอใจได้ ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากมีเนื้อหาที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) คำสั่งที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ก็คือกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย จึงส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีที่มีการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยสำคัญผิดจึงย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

3) คำสั่งที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ บางครั้งเรียกว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) หมายถึง การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจกระทำการทางปกครองอย่างจงใจเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยมีการบิดเบือนอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากสภาพภายนอกหรือสภาพภายในของคำสั่งทางปกครองที่อาจส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากได้พิจารณากระบวนการใช้อำนาจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ตามลักษณะของกระบวนการในการใช้กฎหมายที่แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนองค์ประกอบของกฎหมายและส่วนผลของกฎหมาย การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงครอบคลุมทั้งในส่วนองค์ประกอบและส่วนผลของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่าหนึ่งทางเลือกเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งการเลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งเรียกว่าดุลพินิจ หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจก็ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักการกับข้อเท็จจริง พบว่า ปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นในการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้ คือ ความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ดังได้กล่าวไปแล้วว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง หากในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

เกิดข้อผิดพลาดหรือเกิดเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ยอมทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทั้งเหตุอันเกิดจากสภาพภายนอกและสภาพภายในของคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจ ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น ไม่ปรากฏแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองไทยในกรณีนี้ โดยตรง แต่พบกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกผู้ผ่านการอบรม หลักสูตรผู้กำกับการ อันเป็นกระบวนการคัดเลือกบุคคลเข้ารับการอบรมในหลักสูตรที่กำหนดไว้ ที่เป็นเงื่อนไขของการเข้าสู่ตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น

คดีนี้ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เมื่อมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ตำรวจ พ.ศ. 2521 กำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) มีอำนาจออกระเบียบกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคัดเลือกและการสอบแข่งขัน เมื่อเกิดการทุจริตในการ คัดเลือก (หรือการคัดเลือกโดยวิธีการสอบ) และ ก.ตร. ยังมิได้พิจารณากำหนดวิธีดำเนินการ ในกรณีดังกล่าวไว้ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีหน้าที่ต้องนำเสนอ ก.ตร. เพื่อพิจารณากำหนด หลักเกณฑ์ขึ้น เพราะเป็นอำนาจของ ก.ตร. การที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติใช้ดุลพินิจรับรอง ความถูกต้องของการสอบคัดเลือกโดยประกาศผลการสอบและแก้ปัญหาด้วยการให้รองผู้กำกับการ ทุกคนที่เข้าสอบคัดเลือกได้เข้ารับการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมายและไม่มีเหตุผล พิพากษาให้เพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกดังกล่าว²⁷⁵

จากกรณีตัวอย่างทำให้เห็นได้ว่า แนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณีนี้ จะเป็นไปในแนวทางที่ว่า หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจไม่ใช่ผู้มี อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ยอมส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในกรณีนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไปด้วย แต่เมื่อพิจารณาตามเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทั้งสภาพ ภายนอกและสภาพภายในแล้ว จะเห็นได้ว่า กรณีนี้เหตุที่ส่งผลให้ประกาศผลการคัดเลือกผู้ผ่าน การอบรมหลักสูตรผู้กำกับการไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากเหตุที่องค์กรผู้ใช้อำนาจไม่ใช่องค์กรตามที่ กฎหมายบัญญัติให้กระทำการดังกล่าว ไม่ใช่เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการ รับรองความถูกต้องของการสอบคัดเลือกดังกล่าวแต่อย่างใด เพราะไม่ได้มีการวินิจฉัยถึงความ ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจแต่อย่างใด

ในกรณีขั้นตอนหรือวิธีการมีหลายกรณีที่ศาลปกครองไทยพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง เลื่อนระดับตำแหน่ง เพราะเหตุที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน หรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือมีการกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการนอกเหนือไปจากที่

²⁷⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 9/2547.

กฎหมายให้อำนาจไว้ เพราะการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ เป็นเหตุหนึ่งที่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากมีการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ แต่ในบางกรณีศาลปกครองไม่มีความชัดเจนว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ศาลปกครองได้พิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยการอ้างเหตุเกี่ยวกับหลักของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ว่าผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการประเมิน ไม่มีความรู้และประสบการณ์เพียงพอ การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย²⁷⁶

ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ว่าการเสนอผลงานเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน เพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะอนุกรรมการวิสามัญเฉพาะกิจประเมินบุคคล เพื่อประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดี มีเพียงนางวาสนาพรหมณะนันท์ คนเดียวที่มีวุฒิการศึกษาทางด้านสถาปัตยกรรม แต่ก็ไม่ใช้สถาปัตยกรรมภายใน และมัณฑนศิลป์อันเป็นสาขาโดยตรงที่ผู้ฟ้องคดีเสนอผลงานทางวิชาการ เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามไม่ได้เป็นผู้ที่มีความรู้และมีประสบการณ์ทางด้านสถาปัตยกรรมภายในโดยตรง ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามก็หาใช่ผู้ที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการตามคู่มือการประเมินตำแหน่งทางวิชาการของข้าราชการครู ฉะนั้นเมื่อการประเมินผลงานทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีพื้นฐานขององค์ประกอบด้านความรู้และด้านประสบการณ์การทำงานอย่างเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดี การใช้ดุลพินิจดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันส่งผลให้การที่คณะกรรมการข้าราชการครูไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 เป็นผลการพิจารณาที่หาชอบด้วยกฎหมายไม่

จากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิ 3 ราย ที่ประเมินผลงานของผู้ฟ้องคดี มี 1 ราย สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม สาขาสถาปัตยกรรมหลัก ส่วนอีก 2 ราย ไม่ได้สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม ในขณะที่วิชาสถาปัตยกรรมแบ่งออกเป็น 4 สาขาย่อย ได้แก่ สถาปัตยกรรมหลัก สถาปัตยกรรมผังเมือง ภูมิสถาปัตย์ และสถาปัตยกรรมภายใน ซึ่งผลงานของผู้ฟ้องคดีเป็นผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นว่าเป็นการ

²⁷⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

แต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจ ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครู ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

กรณีนี้จึงมีความไม่ชัดเจนว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับ ตำแหน่งเป็นเพราะเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือ วิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจ ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตามคำพิพากษาศาลปกครอง ดังกล่าว ศาลได้อ้างเหตุในเรื่องคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ประเมิน เป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งเลื่อนระดับ ตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอ้างอิงถึงความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ที่ทำหน้าที่ประเมิน

ดังได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ ประเมินในกรณีนี้แล้ว เห็นว่า มาตรา 42 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะที่เกิดเหตุ ได้กำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการครู มีอำนาจตั้งอนุกรรมการวิสามัญเพื่อทำการแทนได้ อันเป็นไปตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ปรากฏว่า คณะกรรมการข้าราชการครูได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการวิสามัญเกี่ยวกับตำแหน่ง และอัตราเงินเดือนระดับสูง ตามประกาศคณะกรรมการข้าราชการครู ลงวันที่ 14 เมษายน 2540 และแต่งตั้งคณะอนุกรรมการวิสามัญเฉพาะกิจประเมินบุคคลเพื่อให้ดำรงตำแหน่งและหรือให้ ได้รับเงินเดือนในระดับที่สูงขึ้นในระดับ 8 หรือระดับ 9 สายงานการสอน สายงานนิเทศการศึกษา และสายงานบริหารในสถานศึกษา ตามประกาศคณะกรรมการข้าราชการครู ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2540 โดยมีการแต่งตั้ง อ.ก.ค. วิสามัญ สำหรับระดับ 8 จำนวน 35 คณะ ส่วนระดับ 9 ได้มีการ แต่งตั้ง อ.ก.ค. วิสามัญ ไว้จำนวน 37 คณะ แยกเป็นสาขาต่างๆ จำนวน 11 สาขา รวมทั้งสาขา วิชาชีพ และในสาขาวิชาชีพก็ได้แต่งตั้งแยกออกเป็น 7 คณะ สำหรับคุณสมบัติหรือลักษณะ ต้องห้ามของบุคคลที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นอนุกรรมการวิสามัญทั้ง 2 ประเภท จะเป็นอย่างไรนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะแต่ประการใด ดังนั้น การแต่งตั้งผู้มีอำนาจหน้าที่ในการ ประเมินในกรณีนี้จึงเป็นการแต่งตั้งตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติ ของผู้มีอำนาจหน้าที่ในการประเมิน ในการพิจารณาว่าการแต่งตั้งชอบหรือไม่ จึงเป็นกรณีที่ต้อง พิจารณาตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีดังกล่าวจึงไม่อาจนำ เรื่องดุลพินิจมาประกอบการพิจารณาได้ เพราะกรณีดังกล่าวศาลปกครองไม่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับ เนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวกับดุลพินิจตามหลักการของทฤษฎีเกี่ยวกับดุลพินิจนั่นเอง

จากการศึกษา ผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย ยังไม่มีความ ชัดเจนในการวินิจฉัยถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ว่าเหตุ ที่ส่งผลให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เกิดจากผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

หรือเพราะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวย่อมทำให้แนวทางการพิจารณาพิพากษาไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ส่งผลให้ข้อเท็จจริงเดียวกันแต่ผลการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแตกต่างกัน และไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ส่งผลเสียต่อฝ่ายปกครองหรือข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา ที่เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งดังกล่าว

5.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากปัญหาความไม่ชัดเจนว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเกิดขึ้นเพราะเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นเพราะเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาสถานะทางกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในประเทศต่างๆ พบว่า มีหลายประเทศที่มีแนวความคิด หลักการ และทฤษฎีที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ เช่น

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พบว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือว่าการเลื่อนตำแหน่ง (Beförderung) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งแต่งตั้ง (Ernennung) ที่มีผลเป็นการก่อหรือเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นข้าราชการและมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งในฐานะปัจเจกบุคคล และกระทบต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการ คำสั่งที่เกี่ยวกับการเลื่อนระดับตำแหน่งจึงมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เมื่อมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองจึงต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น ซึ่งหากคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่อง ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุคำสั่งนั้นออกโดยปราศจากอำนาจ ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Nichtige Verwaltungsakte) และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ (Anfechtbare Verwaltungsakte)

ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Nichtige Verwaltungsakte) ก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย และจะเกิดขึ้นเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรง ที่แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้ศึกษาทางด้านกฎหมายพิจารณาแล้วก็จะเห็น

ได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ (Anfechtbare Verwaltungsakte) จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ได้ร้ายแรงถึงระดับ โฆษะ จึงยังมีผลในทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลไป ซึ่งในกรณีนี้หมายรวมถึงกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

จากการศึกษาระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงเห็นได้ว่า หากเกิดเหตุบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งนั้นจะตกเป็น โฆษะหรือ โฆษะจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป แต่หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็น โฆษะ

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส พบว่า คำสั่งเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administrative) ที่แบ่งออกเป็น 2 เหตุด้วยกัน คือ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne)

ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกออกเป็น 3 กรณี คือ

1) คำสั่งทางปกครองออกโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) คือ ผู้ใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่นักการตามที่กฎหมายกำหนดไว้

2) คำสั่งทางปกครองออกโดยผิดแบบ (le vice de forme) ซึ่งมีอยู่ 2 กรณี คือ แบบที่เป็นสาระสำคัญ (formalité substantielle) และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (formalité non substantielle) และการไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นถูกเพิกถอน

3) คำสั่งทางปกครองออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) กล่าวคือการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน มีอยู่ 2 กรณี คือ

1) คำสั่งทางปกครองออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) ในกรณีนี้จะมี ความหมายครอบคลุมกว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีอื่นๆ ด้วยเหตุนี้คำสั่งที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายจึงนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย

ไม่ว่าจะเป็นกรณีการควบคุมตามหลักความได้สัดส่วน (proportionnalité) หรือการควบคุมตามหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (bilan coûtavantages) หรือการควบคุมคำสั่งอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการประเมินของผู้ออกคำสั่งนั้น (erreur manifeste d'appréciation)

2) คำสั่งทางปกครองออกโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) ซึ่งในกรณีนี้จะต้องพิจารณาให้ถูกต้องว่าเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจหรือโดยบิดเบือนอำนาจ หรือเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ

ในกรณีการทำคำสั่งทางปกครองโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) การบิดเบือนอำนาจนั้นเป็นคำเทคนิคที่มุ่งหมายถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ (but) อื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ (but) ที่กฎหมายนั้นให้อำนาจไว้ เพราะโดยปกติอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้มาตามกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นก็ได้มาเพื่อบำบัดการตามวัตถุประสงค์ (but) ที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยแจ้งชัด หรืออนุมานได้จากระบบกฎหมายนั้น หรือหลักทั่วไป เช่น ให้อำนาจเพื่อทำบริการสาธารณะ (service public) เพื่อประโยชน์ (intérêt public) เป็นต้น เหตุเพิกถอนคำสั่งเพราะการบิดเบือนอำนาจนี้มีลักษณะที่เป็นอัตวิสัย (subjectif) จึงไม่ใช่เหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (d'ordre public) และจะนำมาใช้ต่อเมื่อเหตุเพิกถอนอื่นไม่อาจใช้ได้แล้ว และเนื่องจากเป็นเหตุที่มีลักษณะรองจากเหตุอื่น ๆ (subsidaire) ฉะนั้น หากศาลพบเหตุที่จะเพิกถอนเหตุอื่น ๆ เหตุเดียวหรือหลายเหตุ ศาลก็จะนำเอาเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนก่อนโดยไม่ต้องอ้างเหตุเพราะมีการบิดเบือนอำนาจแต่ประการใด เหตุเพิกถอนคำสั่งเพราะมีการบิดเบือนอำนาจนี้จึงไม่มีองค์ประกอบแน่นอน

ส่วนกรณีการทำคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) เป็นรูปแบบของการบิดเบือนอำนาจประเภทหนึ่ง แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้ หมายถึงการที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้น เพื่อให้บรรลุเป้าหมาย (but) ได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) นั้น มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับเรื่องการทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) ซึ่งเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้สืบเนื่องมาจากการตรวจสอบวัตถุประสงค์ (but) ของการออกคำสั่ง ฉะนั้นการบิดเบือนขั้นตอนนี้จึงเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในประเภทเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน

การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการศาลปกครองฝรั่งเศสจะเพิกถอนเพราะเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) ซึ่งมีความเกี่ยวพัน

ใกล้ชิดกับเรื่องการกระทำโดยการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) อันเป็นเหตุที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจอีกอย่างหนึ่ง ที่เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้สืบเนื่องมาจากการตรวจสอบวัตถุประสงค์ (but) ของการออกคำสั่ง ฉะนั้นการบิดเบือนขั้นตอนนี้จึงเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในประเภทเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน อย่างไรก็ตามการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนนั้นไม่ทำให้ผลการพิจารณาเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ถ้าผลสุดท้ายยังคงมีคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในลักษณะเดิมแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องไปเริ่มกระบวนการพิจารณาใหม่

ในการพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นไปอย่างชัดเจน และทำให้เห็นได้ว่า หากคำสั่งนั้นมีเหตุบกพร่องอันเกิดจากการออกคำสั่งโดยปราศจากอำนาจ หรือออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ก็สามารถดำเนินการพิจารณาได้ในทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุที่คำสั่งออกโดยบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอน ซึ่งเกิดจากการใช้ดุลพินิจไม่ชอบแต่อย่างใด การพิจารณาตามหลักการนี้ไม่ก่อให้เกิดความสับสน และมีการแบ่งแยกระหว่างการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุภายนอกและภายในอย่างชัดเจน

จากการศึกษาระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองในประเทศไทยจึงควรแก้ไขปัญหาคำสั่งที่ไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยการนำแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administratif) ของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาคำสั่งของประเทศไทย

ในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ออกคำสั่งมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งนั้นๆ หรือไม่ เพราะหากกระทำโดยปราศจากอำนาจ คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทันที โดยไม่ต้องพิจารณาความชอบด้วยเนื้อหาของคำสั่ง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่และองค์กรใช้อำนาจก็มีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะก่อนที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ที่ใช้อำนาจนั้นเป็นผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ด้วย แต่หากผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งแล้ว คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของดุลพินิจแต่อย่างใด ดังนั้น ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งแล้ว คำสั่งดังกล่าวก็ย่อมไม่ชอบ

ด้วยกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่า หากศาลปกครองพบเหตุที่จะเพิกถอนในกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองก็ไม่จำเป็นต้องนำเอาเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนแต่ประการใด แต่ในกรณีนี้ ยังไม่พบกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเพราะเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งโดยตรง จึงต้องศึกษาการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองในกรณีนี้ต่อไป

ส่วนการปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ก็เป็นกรณีที่จะต้องนำมาพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก่อนว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เพราะหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองก็ย่อมวินิจฉัยได้ในทันทีว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ต้องพิจารณาความชอบด้วยเนื้อหาของคำสั่ง ดังเช่นกรณีการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีผู้ออกคำสั่งว่าเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็มีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะก่อนที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะต้องพิจารณาก่อนว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ แต่หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของดุลพินิจ อย่างไรก็ตาม หากการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการนี้ไม่ทำให้ผลการพิจารณาเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ถ้าผลสุดท้ายยังคงมีคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในลักษณะเดิมแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องเริ่มกระบวนการในการพิจารณาออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งใหม่ ดังนั้น หากศาลพบเหตุที่จะเพิกถอนในกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลก็ไม่จำเป็นต้องยกเอาเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งดังเช่นที่ศาลปกครองได้ยกขึ้นกล่าวอ้างนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หากพบว่าผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือได้ออกคำสั่งนั้นโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองไทยจะต้องพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งด้วยเหตุดังกล่าวโดยไม่ต้องอ้างเหตุเกี่ยวกับเรื่องการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งด้วยเหตุดุลพินิจไม่ชอบนั้นจะต้องปรากฏว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจ

โดยบิดเบือนหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย และในการที่จะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเพราะเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องปรากฏว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่ง หรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ อันจะทำให้การพิจารณาพิพากษาของศาลเป็นไปตามแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

5.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีกระบวนการในการใช้กฎหมายเหมือนกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายและส่วนผลของกฎหมาย และหากในส่วนที่กำหนดผลของกฎหมายได้กำหนดไว้มากกว่าหนึ่งทางเลือกเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายได้มอบให้อย่างเป็นทางการและถูกต้องเหมาะสม การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจดุลพินิจตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ ย่อมส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5.2.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

ในทางทฤษฎีแล้วอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งต่างๆ อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (mandatory power) และอำนาจดุลพินิจ (discretionary power) การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้พิจารณาสั่งการโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (ratio legis) ประกอบกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เป็นรูปธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับความยุติธรรมเฉพาะกรณี แต่การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจแม้จะมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมเฉพาะกรณีเป็นสำคัญก็ตาม แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ก็จะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ ภายในองค์กรของตนได้ เพื่อให้การใช้อำนาจดุลพินิจเป็นไปในแนวทางเดียวกัน การกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจหรือที่เรียกกันว่ายี่ต็อกนี้ จะทำให้ประชาชนได้รับการปฏิบัติจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเสมอภาคอย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแตกต่างจากข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เจ้าหน้าที่เคยปฏิบัติตามยี่ตอกในสาระสำคัญ เจ้าหน้าที่ก็จะต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง มิฉะนั้นอาจถือว่าเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ย่อมส่งผลให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้นได้รับความเสียหายเพราะต้องเสียสิทธิประโยชน์ของตนไปอย่างไม่เป็นธรรม

จากการศึกษาเกี่ยวกับการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของไทย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พบว่า การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ การตรวจสอบส่วนใหญ่จะไม่ก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการเลื่อนตำแหน่ง โดยมีข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น คือ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมนบูรณ์ ที่มีความเห็นว่าอุปสรรคในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งข้าราชการเข้าดำรงตำแหน่งมีอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ทางราชการยังไม่ได้กำหนดวิธีการเกี่ยวกับการกลั่นกรองคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอย่างมีขั้นตอนและมีการทำเป็นบันทึกรายงานที่แน่ชัด จึงเปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจแต่งตั้งได้ตามอำเภอใจ ประการที่สอง ขณะนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารนำที่จะมีความพร้อมให้ถูกตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้แล้ว จึงสมควรออกกฎกระทรวงตามมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เพื่อให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจของผู้ที่มีอำนาจสั่งการว่าได้กระทำโดยสุจริต หรือกระทำโดยมีเหตุผลอันสมควร การตรวจสอบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภายใต้ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองจะสามารถพัฒนาหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจในทางบริหารของเจ้าหน้าที่อย่างเหมาะสมได้

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากปรากฏว่าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ทำการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเลื่อนตำแหน่ง เช่น กรณีผู้อำนวยการโรงเรียนมหาภาพระจาดทองอุปถัมภ์ ประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีโดยใช้ดุลพินิจที่ปราศจากหลักฐานและข้อเท็จจริงสนับสนุนตามสมควรและไม่ได้ใช้กรอบวิธีการประเมินตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ การที่ผู้อำนวยการโรงเรียนมหาภาพระจาดทองอุปถัมภ์ประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ร้องทุกข์ สำหรับการกำหนดให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 2 ได้รับเงินเดือนในระดับ 7 เป็นการกระทำที่ขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

เห็นว่า ผู้อำนวยการโรงเรียนมหาภาพระจาดทองอุปถัมภ์ไม่ได้พิจารณาตรวจสอบพยานหลักฐานต่างๆ ที่จำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่ผู้ร้องทุกข์อ้างในแบบประเมินผลการปฏิบัติงาน ไม่ได้ประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ร้องทุกข์ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) กำหนด เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่มีพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงสนับสนุนตามสมควร ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย²⁷⁷

ในส่วนการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยศาลยุติธรรม ได้มีการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายประการด้วยกัน กล่าวโดยสรุป ได้แก่

1) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจภายในเงื่อนไขหรือขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเอง จะให้องค์กรอื่นใช้อำนาจแทนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติอนุญาตไว้ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดในการใช้อำนาจดุลพินิจ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด และการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น

2) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง กล่าวคือ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตน โดยต้องมีการพิจารณาก่อนที่จะตัดสินใจใช้อำนาจและมีการพิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีนั้นๆ อย่างรอบด้าน และการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างเป็นอิสระ โดยต้องไม่ผูกพันกับคำปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะขององค์กรอื่น ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันกับแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจภายในฝ่ายปกครองนั้นศาลยุติธรรมถือว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันกับแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจได้ หากแนวปฏิบัตินั้นชอบด้วยกฎหมาย

3) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลตามหลักความได้สัดส่วน การควบคุมในกรณีนี้ปรากฏแนวคำพิพากษาน้อยมาก ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นการนำมาใช้ในการควบคุมการประเมินภาษีอากรหรือการจ่ายค่าทดแทนในการเวนคืน

²⁷⁷ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 168/2543.

จากแนวทางการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐของศาลยุติธรรม จึงเห็นได้ว่า การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้ดุลพินิจของตน ทั้งที่มีอำนาจดังกล่าว ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจ หรือที่เรียกว่ายึดถือ เพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกันก็ตาม ก็ไม่ผูกพันให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามจนไม่ใช้ดุลพินิจของตนอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจ โดยผูกพันอยู่กับแนวทางการใช้ดุลพินิจ และไม่ใช้ดุลพินิจ โดยแท้จริงนั้น ย่อมส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น

จากเหตุที่ต้องมีการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง เพราะถือว่าเมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใดมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองก็ผูกพัน โดยมีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ และการใช้ดุลพินิจนั้นก็จะต้องใช้อย่างแท้จริง และเป็นอิสระ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยในกรณีเกี่ยวกับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน พบว่า ส่วนใหญ่การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงและเป็นอิสระนั้น จะเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจใช้อำนาจดุลพินิจของตนตามกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ตนเองหรือผู้บังคับบัญชาได้กำหนดขึ้น ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น ศาลปกครองยังไม่มี ความชัดเจนในการควบคุมในกรณีนี้ โดยแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางที่หนึ่ง กรณีที่ศาลปกครองยอมรับว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างอิสระหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจได้ เช่น กรณีการออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้น โดยให้มีผลหลังจากที่ได้ออกคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือน ซึ่งเป็นแนวทางที่กรมบัญชีกลางได้ขอความร่วมมือไว้ว่า ในการออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่มีผลเป็นการตัดโอนอัตราเงินเดือน ที่ต้องดำเนินการออกคำสั่งให้มีผลในช่วงต้นเดือนหรือกลางเดือน เพื่อประโยชน์ในการควบคุมดูแลการเบิกจ่ายเงินเดือนของข้าราชการให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ประกอบกับเป็นช่วงที่รัฐบาลได้กำหนดนโยบายให้มีการเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ข้าราชการปีละ 2 ครั้ง โดยครั้งแรกให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนในวันที่ 1 เมษายน ครั้งที่สองให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนในวันที่ 1 ตุลาคม ของทุกปี จึงกำหนดให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนก่อนแล้วจึงเลื่อนผู้นั้นขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 13 ลงวันที่

5 พฤศจิกายน 2544 ที่ได้แจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่างๆ ถือปฏิบัติ โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2544 เป็นต้นไป ดังนั้น การที่อธิบดีกรมการจัดหางานได้ออกคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนในรอบครึ่งปี ครั้งที่ 1 ให้แก่ผู้ฟ้องคดีในวันที่ 1 เมษายน 2544 ก่อน และออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2544 เป็นต้นไป จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว²⁷⁸

จากแนวปฏิบัติที่ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งภายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนดังกล่าวข้างต้นแล้วยังปรากฏว่า ศาลปกครองได้ยอมรับการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามแนวทางการใช้ดุลพินิจในกรณีการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งแก่ข้าราชการกรณีการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในระดับควบ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 5 ลงวันที่ 13 พฤษภาคม 2536 ที่กำหนดไว้ว่า กรณีการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในระดับควบสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งระดับ 4 ของสายงานใดที่เริ่มต้นจากระดับ 3 ขึ้นดำรงตำแหน่งระดับ 5 ของสายงานนั้น ให้เลื่อนและแต่งตั้งจากผู้ได้รับการคัดเลือก และได้รับเงินเดือนขั้นต่ำของอันดับเงินเดือนสำหรับตำแหน่งที่จะเลื่อนซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ในทำนองที่ว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยปฏิบัติตามแนวปฏิบัติที่ได้ปฏิบัติกันมาอย่างเคร่งครัด และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติแล้วภายในหน่วยงานของรัฐ²⁷⁹

แนวทางที่สอง กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยในทำนองที่ว่า การออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งที่จะเลื่อนระดับให้ข้าราชการผู้นั้นในวันที่มีคุณสมบัติครบถ้วน หรือวันที่ได้ผ่านการประเมินหรือวันใดหลังจากที่คุณสมบัติครบถ้วนและผ่านการประเมินแล้วก็ได้ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการจัดระบบบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือน และคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ของข้าราชการด้วย เพราะการเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นโดยให้มีผลแตกต่างกัน ย่อมทำให้เกิดสิทธิประโยชน์แก่ข้าราชการแตกต่างกันไป ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าข้าราชการผู้ใดเป็นผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนและผ่านการประเมินแล้ว ก็ควรจะใช้ดุลพินิจเลื่อนระดับตั้งแต่วันที่ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนและได้ผ่านการประเมิน โดยไม่ต้องยึดถือตามแนวทางปฏิบัติ²⁸⁰

²⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1772/2546.

²⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 717/2547.

²⁸⁰ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1247/2547.

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แนวทางของคำพิพากษาศาลปกครองยังไม่มี ความชัดเจนในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้ เพราะในบางกรณีศาลปกครองก็วินิจฉัยให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติ ตามกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ได้ปฏิบัติกันมา และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อได้มีการ เปลี่ยนแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นอย่างชัดเจน และได้มีการปฏิบัติตามแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้น ภายในหน่วยงานของรัฐมาแล้ว แต่ในบางกรณีศาลก็จะควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่จำเป็นต้องยึดถือตามแนวทางการใช้ดุลพินิจของหน่วยงาน ของรัฐ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการเป็นหลัก ผู้เขียน เห็นว่า แนวทางการใช้ดุลพินิจถือเป็นข้อพิจารณาหนึ่งอันเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในเงื่อนไขและขอบเขตของกฎหมาย แต่ไม่ผูกพันให้หน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องพิจารณาไปตามแนวทางนั้นโดยไม่พิจารณาถึงความชอบ ด้วยกฎหมาย และการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจ อย่างแท้จริงก็เป็นเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจ ไม่ใช่เป็นการควบคุมเนื้อหา ของการใช้ดุลพินิจแต่อย่างใด

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองตามที่กล่าวมาทั้งหมด จึงเห็นได้ว่า การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างแท้จริงนั้น เป็นเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจในการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หากมีการนำแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้อยู่ภายในกรอบของเงื่อนไขและขอบเขตของกฎหมาย ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มาใช้บังคับภายในหน่วยงานของรัฐแล้ว ศาลปกครอง ก็จะต้องควบคุมไม่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยึดถือตามแนวทางการใช้ ดุลพินิจนั้น ดังนั้น การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจของตน โดยผูกพัน อย่างเคร่งครัดกับแนวทางการใช้ดุลพินิจ โดยไม่พิจารณาถึงปัจจัยหรือองค์ประกอบด้านอื่นๆ อย่างรอบคอบก่อนที่จะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิ ของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งดังกล่าว ดังนั้น แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า ในอดีตมี แนวทางการใช้ดุลพินิจภายในหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นอย่างไรก็ตาม ในทางกลับกันแนวทางการใช้ดุลพินิจก็ไม่ผูกพันให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องพิจารณาให้เป็นไปตามนั้น เพราะเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ไว้แล้ว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งให้แก่

ข้าราชการตั้งแต่วันที่ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับการเลื่อนระดับตำแหน่ง เนื่องจากการเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นโดยให้มีผลแตกต่างกัน ย่อมทำให้สิทธิประโยชน์ของข้าราชการแตกต่างกันไปเช่นเดียวกัน

จากการที่ศาลปกครองไม่ควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงและเป็นอิสระ ย่อมส่งผลให้ข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาต้องเสียสิทธิที่ตนควรจะได้รับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทั้งที่สิ่งเหล่านี้ไม่น่าจะเกิดขึ้น ดังนั้น หากศาลปกครองไม่ควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้ย่อมทำให้ข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งต้องเสียสิทธิอย่างอื่นตามมา ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการเบิกค่าเช่าบ้าน สิทธิในการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือน เป็นต้น การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับโดยแท้จริงจึงเป็นสิ่งสำคัญ การที่ศาลปกครองวินิจฉัยในกรณีนี้โดยขาดความชัดเจน และไม่เข้าไปในแนวทางเดียวกัน อาจทำให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดความสับสนว่าควรปฏิบัติตามแนวทางใด และควรปฏิบัติอย่างไร เพื่อไม่ให้กระทบสิทธิของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น และในขณะเดียวกันก็เข้าไปตามเงื่อนไขและขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะในการออกคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจะต้องพิจารณาออกคำสั่งนั้นให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นๆ และในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ข้าราชการและหน่วยงานของรัฐน้อยที่สุด

5.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

จากปัญหาความไม่ชัดเจนของศาลปกครองในการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้จริงและเป็นอิสระ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงการควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยแท้จริงและเป็นอิสระตามแนวทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส พบว่า โดยหลักการแล้วตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส เหตุที่ส่งผลทำให้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ 3 เหตุหลักๆ กล่าวคือ

1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตหรือมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด คือ กรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ในส่วนผลทางกฎหมาย

2) การใช้ดุลพินิจบกพร่อง หรือการไม่ใช้ดุลพินิจ เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ใช้โอกาสเลือกตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง

ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะวินิจฉัยสั่งการ โดยไม่มีอำนาจดุลพินิจ

3) การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบหรือในทางที่ผิดหรือโดยบิดเบือน กรณีนี้เป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด คือ กรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่พบกรณีการควบคุมดุลพินิจในกรณีดังกล่าว แต่ในประเทศฝรั่งเศส พบว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีมหาดไทยปลดข้าราชการและลูกจ้างของรัฐ ออกจากราชการ ว่าเมื่อปรากฏว่าข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐผู้นั้นหย่อนสมรรถภาพในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งการวินิจฉัยว่าหย่อนสมรรถภาพหรือไม่นี้เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ถือว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ รัฐมนตรีมหาดไทยวางกฎเกณฑ์ไว้ว่าข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐทุกคนที่มีอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์ จะถูกปลดออกจากราชการฐานหย่อนสมรรถภาพเสมอ นาย Piron เป็นตำรวจสายตรวจถูกปลดเพราะมีอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์ ตามกฎเกณฑ์ที่รัฐมนตรีมหาดไทยกำหนดไว้ ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของรัฐมนตรีมหาดไทยของประเทศฝรั่งเศส โดยให้เหตุผลว่าคำสั่งของรัฐมนตรีมหาดไทยเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้น โดยรัฐมนตรีผูกพันกับกฎเกณฑ์ของตนเองอย่างเคร่งครัด โดยไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง เท่ากับรัฐมนตรีมหาดไทยไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจในการวินิจฉัยว่ามีการหย่อนสมรรถภาพหรือไม่ แม้อายุจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่ามาประกอบการพิจารณาใช้อำนาจดุลพินิจก็ตาม แต่การให้น้ำหนักแก่อายุจนปฏิเสธไม่นำเอาปัจจัยอื่นๆ มาพิจารณาประกอบด้วยย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ชอบ เพราะถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ

ศาลปกครองฝรั่งเศสยังได้วินิจฉัยในกรณีตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าว ออกจากประเทศฝรั่งเศสที่ให้อำนาจรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศฝรั่งเศสได้ เมื่อปรากฏว่าการอยู่ในประเทศฝรั่งเศสของคนต่างด้าวผู้นั้นจะเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยหรือชื่อเสียงเกียรติยศของประเทศ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ปรากฏว่านาย Dridi เป็นคนอาหรับ ต้องคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าได้ทำความผิดอาญาฐานหนึ่ง ศาลสั่งจำคุกชั่วคราวเวลาหนึ่ง เมื่อพ้นโทษแล้ว รัฐมนตรีมหาดไทยก็ออกคำสั่งเนรเทศออกจากประเทศฝรั่งเศส โดยให้เหตุผลว่า นาย Dridi กระทำความผิดอาญาในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งหมายความว่ารัฐมนตรีมหาดไทยได้วางนโยบายไว้ว่า เมื่อคนต่างด้าวอาศัยในประเทศฝรั่งเศสได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสตนจะสั่งเนรเทศคนต่างด้าวผู้นั้นทันที ศาลจึงพิพากษาว่าคำสั่งของ

รัฐมนตรีมหาดไทยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งตามนโยบายที่ตนวางไว้ล่วงหน้าอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีว่าการอยู่ในประเทศฝรั่งเศสของนาย Dridi นั้นจะมีผลต่อชื่อเสียงเกียรติยศของประเทศฝรั่งเศสหรือไม่

ในกรณีแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสจึงทำให้เห็นได้ว่า หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายได้มอบอำนาจให้ย่อมส่งผลให้การกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

จากปัญหาของศาลปกครองไทยที่ยังไม่มีความชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ ที่ในบางกรณีศาลปกครองก็วินิจฉัยให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ได้ปฏิบัติกันมา และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นอย่างชัดเจน และมีการปฏิบัติตามแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นภายในหน่วยงานของรัฐมาแล้ว แต่ในบางกรณีศาลปกครองก็ควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่จำเป็นต้องยึดถือตามแนวทางการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่จะคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการเป็นหลัก

ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองไทยควรนำหลักการที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปอย่างแท้จริงและเป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้ แม้ว่าการควบคุมให้ใช้อำนาจดุลพินิจในกรณีนี้จะเป็นเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจในการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่ก็ต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวนี้ก็ต้องเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ แนวทางการใช้ดุลพินิจดังกล่าว หากไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้อยู่ภายในกรอบของเงื่อนไขและขอบเขตของกฎหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ศาลปกครองก็ต้องควบคุมไม่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยึดถือตามแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้น เพื่อไม่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจของตนโดยผูกพันอย่างเคร่งครัดกับแนวทางการใช้ดุลพินิจ จนไม่พิจารณาถึงปัจจัยหรือองค์ประกอบด้านอื่นอย่างรอบคอบก่อนที่จะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง เพราะการออกคำสั่งดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งนั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า เดิมมีกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจภายในหน่วยงานของรัฐเป็นเช่นใดก็ตาม แนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นก็ไม่ใช่ผูกพันให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องพิจารณาหรือใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามนั้น หากเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้อง

ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งให้แก่ข้าราชการตั้งแต่วันที่ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับการเลื่อนระดับตำแหน่ง เนื่องจากการเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นแม้จะแตกต่างกันแค่เพียงวันเดียวก็ส่งผลแตกต่างกัน เพราะย่อมทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ และสิทธิประโยชน์ในด้านต่างๆ ของข้าราชการแตกต่างกันออกไป การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้จริงและเป็นอิสระ ภายในเงื่อนไขหรือขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนด จึงส่งผลให้ข้าราชการได้รับการคุ้มครองทั้งในด้านสิทธิประโยชน์ และอำนาจหน้าที่ตามที่ตนสมควรจะได้รับโดยชอบด้วยกฎหมาย

5.3 ปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน

ในปัจจุบันศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งศาลปกครองยังยึดหลักองค์กรตุลาการจะให้การเคารพต่อเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะจะเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการได้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาจากผลงานของข้าราชการผู้นั้น ซึ่งการพิจารณาว่าผลงานเรื่องใดมีคุณภาพหรือไม่เพียงใดเป็นเรื่องในทางเทคนิคที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยองค์กรตุลาการไม่ได้อยู่ในฐานะที่เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในทุกๆ เรื่อง ในกรณีนี้องค์กรตุลาการจึงควรให้การยอมรับในการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่หากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีความผิดพลาดชัดเจนซึ่งวิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถเข้าใจได้ ในกรณีเช่นนี้องค์กรตุลาการจึงจะทำการควบคุมเนื้อหาของดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเป็นธรรม

5.3.1 ปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน

จากหลักเกี่ยวกับนิติรัฐ พบว่า องค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการจึงมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองย่อมควบคุมได้แต่เพียงว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย

หรือไม่เท่านั้น แต่ไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลปกครองนั้น ไม่ว่าจะเป็กรณีใดมีลักษณะเป็นนามธรรม แม้แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทางกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แต่เพียงว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำการโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

ในกรณีวิธีการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)...”

กฎหมายฉบับดังกล่าว จึงรับรองอำนาจของศาลปกครองให้ทำการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ในฐานะที่เป็นเหตุฯ หนึ่งที่ทำให้การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่งผลให้ขอบเขตที่ศาลจะเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีความชัดเจน ไม่มีหลักเกณฑ์ในการควบคุมที่เป็นรูปธรรมและย่อมหามายความรวมไปถึงการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งด้วย

เมื่อขอบเขตในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่มีความชัดเจนดังได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จึงพบว่าในบางกรณีศาลปกครองได้พิจารณาพิพากษาในกรณีนี้ในลักษณะที่เกินขอบเขตของอำนาจตุลาการ ซึ่งโดยหลักการแล้วจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะแต่ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมหรือองค์ประกอบในด้านอื่นๆ เพราะจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายปกครอง ทำให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรในฝ่ายปกครองเสียเอง

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยพบว่า ศาลปกครองได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการเสนอผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน เพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 ไว้ว่า เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการวิสามัญเฉพาะกิจประเมินบุคคล ประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดี มีเพียงนางวาสนา พรหมณะนันท์คนเดียวที่มีวุฒิการศึกษาทางด้านสถาปัตยกรรม แต่ก็ไม่ใช้สถาปัตยกรรมภายในและมัณฑนศิลป์ อันเป็นสาขาโดยตรงที่ผู้ฟ้องคดีเสนอผลงานทางวิชาการ เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามไม่ได้เป็นผู้ที่มีความรู้และมีประสบการณ์ทางด้านสถาปัตยกรรมภายในโดยตรง ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามก็หาใช่ผู้ที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการตามคู่มือการประเมินตำแหน่งทางวิชาการของข้าราชการครู ฉะนั้นเมื่อการประเมินผลงานทางวิชาการ โดยผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีพื้นฐานขององค์ประกอบด้านความรู้และด้านประสบการณ์การทำงานอย่างเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดี การใช้ดุลพินิจดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันส่งผลให้คณะกรรมการข้าราชการครูไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 อันเป็นผลการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษาเพิกถอนมติของคณะกรรมการข้าราชการครู ที่ไม่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 โดยมีข้อสังเกตให้คณะกรรมการข้าราชการครู ประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีอีกครั้งหนึ่ง โดยเร็ว และในการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิอื่นให้ทำหน้าที่ประเมินผลงานผู้ฟ้องคดีควรแต่งตั้งจากผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ทางด้านสถาปัตยกรรมภายใน²⁸¹

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิ 3 ราย ที่ประเมินผลงานของผู้ฟ้องคดี มี 1 ราย สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม สาขาสถาปัตยกรรมหลัก ส่วนอีก 2 ราย ไม่ได้สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม ในขณะที่วิชาสถาปัตยกรรมแบ่งออกเป็น 4 สาขาย่อย ได้แก่ สถาปัตยกรรมหลัก สถาปัตยกรรมผังเมือง ภูมิสถาปัตย์ และสถาปัตยกรรมภายใน ซึ่งผลงานของผู้ฟ้องคดีเป็นผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นว่าเป็นการ

²⁸¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

แต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจ ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครูไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ในคดีดังกล่าว ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ผลงานของผู้ฟ้องคดีเป็นผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน การแต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจในการประเมินผลงาน ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครูที่ไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 เป็นผลการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย โดยตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า ในคดีปกครองจะตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการประเมินผลงานของบุคคลในกรณีที่มีลักษณะเช่นนี้ โดยหลักแล้วองค์กรตุลาการจะให้การเคารพต่อเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่า การพิจารณาว่าผลงานเรื่องใดมีคุณภาพหรือไม่เพียงใดเป็นเรื่องทางเทคนิค ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และเมื่อองค์กรตุลาการไม่อยู่ในฐานะที่จะเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญได้ในทุกๆ เรื่อง องค์กรตุลาการก็จะจำกัดการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของตนโดยไม่ใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกันกับที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจไว้แล้วนั้นอีก และยอมรับที่จะให้เป็นไปตามการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ด้วยหลักการเดียวกันนี้เอง หากเมื่อใดปรากฏว่า การใช้ดุลพินิจนั้นไม่ถูกต้องซึ่งแม้แต่วิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถพิจารณามองเห็นได้โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญใดๆ องค์กรตุลาการก็จะเข้าไปทบทวนและเพิกถอนการใช้อำนาจนั้น หรือที่เรียกกันว่าการใช้ดุลพินิจมีความผิดพลาดอย่างชัดเจน (erreur manifeste) และนอกจากกรณีการใช้ดุลพินิจผิดพลาดอย่างชัดเจนดังกล่าวมาแล้ว องค์กรตุลาการก็อาจทำการทบทวนตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจได้อีกสาเหตุหนึ่ง ซึ่งได้แก่ การตรวจสอบว่า การใช้ดุลพินิจนั้นได้กระทำโดยไม่เป็นกลางหรือมีอคติหรือไม่ ดังนั้น การจะอ้างเพียงเหตุว่าผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำหน้าที่ประเมินผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้และประสบการณ์ที่เหมาะสม จึงไม่อาจนำมาอ้างได้ในคดีนี้ ส่วนการตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้น ในการพิจารณาคดีนี้ ไม่ปรากฏว่า ศาลปกครองได้เข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจประเมินบุคคล ว่าได้มีความผิดพลาดอย่างแจ้งชัดในการใช้ดุลพินิจประเมินผู้ฟ้องคดีอย่างไร หรือไม่ หรือได้ตรวจสอบว่า ผู้ทำหน้าที่ประเมินได้ใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นกลางหรือมีอคติหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นว่า กรณียังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁸² ตามคำแถลงการณ์ดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยในทำนองที่ว่า ศาลปกครองจะต้องให้ความเคารพต่อการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะศาลไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในกรณีดังกล่าว เว้นแต่ข้อเท็จจริง

²⁸² คำแถลงการณ์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

ปรากฏว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีความผิดพลาดอย่างชัดเจนซึ่งขนาดวิญญูชนคนทั่วไป ก็สามารถเห็นได้ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจน ศาลปกครองจึงจะเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้

ในกรณีข้อเท็จจริงดังกล่าว ผู้เขียนได้มีความเห็นที่แสดงถึงปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คดีนี้ยังทำให้เห็นได้ว่า การที่ศาลปกครองเข้าไปควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยการควบคุมดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิที่จะประเมินผลงานทางวิชาการในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยเห็นว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้การที่ฝ่ายปกครองไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการเป็นผลการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งที่ไม่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีเลื่อนระดับตำแหน่งย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยนั้น เป็นการที่ศาลปกครองเข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายปกครองมากเกินไป เป็นกรณีที่ศาลปกครองเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดหรือสั่งการในลักษณะที่เป็นฝ่ายปกครองเสียเอง เพราะเป็นการเข้าไปควบคุมความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิ โดยที่ศาลปกครองไม่ใช่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญที่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลใดมีความเหมาะสม และการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิที่จะทำการประเมินผลงานทางวิชาการที่เหมาะสมนั้นจะต้องเป็นอย่างไร และในกรณีดังกล่าวหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีเหตุผลในด้านต่างๆ จึงต้องมีการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเช่นนั้น เพื่อให้การบริหารงานบุคคลภาครัฐดำเนินต่อไปได้

ในการพิจารณาเพื่อแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ในการประเมินผลงานของข้าราชการ ด้วยการอ้างเหตุผลแต่เพียงว่า ผู้ที่ทำหน้าที่ประเมินนั้นทั้งหมดหรือบางคนไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้หรือประสบการณ์ที่เหมาะสมในการพิจารณาผลงานประเมินในเรื่องนั้น เพราะไม่ได้สำเร็จการศึกษาหรือไม่เคยปฏิบัติงานในด้านนั้นโดยตรง ย่อมเป็นเหตุผลที่ไม่อาจนำมาเพื่อวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ แม้โดยหลักการแล้วผู้ประเมินผลงานควรจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตรงต่องานในด้านที่จะทำการประเมินก็ตาม แต่ในกรณีดังกล่าวก็ต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงองค์ประกอบในด้านอื่นๆ ด้วย เพราะในความเป็นจริงแล้วการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ประเมินผลงานเพื่อเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นในบางองค์กรอาจจะมีปัญหาในเรื่องบุคลากร หากผู้ประเมินจะต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาในด้านนั้น หรือหากมีการควบคุมการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ประเมินเพียงเพราะเหตุไม่สำเร็จการศึกษาด้านนั้น อาจจะเป็นปัญหาในด้านการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ประเมินในบางสถาบัน เพราะบุคลากรในสถาบันหรือหน่วยงานของรัฐ อาจจะไม่ได้อาศัยผู้สำเร็จการศึกษาตรงตามที่จะทำหน้าที่ประเมินผลงาน ซึ่งก็จะส่งผลให้การบริหารงานบุคคลของภาครัฐหยุดชะงัก และไม่อาจดำเนินการต่อเนื่องไปได้

5.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน

จากปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงขอบเขตการควบคุมการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้ในประเทศต่างๆ เพื่อนำมาปรับใช้กับการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้ในศาลปกครองไทย ซึ่งจากการศึกษาแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส พบว่า

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส จะมีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายทางกฎหมายกับมาตรการของรัฐที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น หลักนี้เรียกร้องว่า วิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้นจะต้องเหมาะสมจำเป็น คือเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้งต้องเป็นมาตรการที่ต้องได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ จากการที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบ นอกจากหลักความได้สัดส่วนแล้วในประเทศฝรั่งเศส ยังมีหลักการที่สำคัญอีก 2 หลัก คือ หลักความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (*l'erreur manifeste d'appréciation*) และหลักว่าด้วยการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักของผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่ง ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

ในขณะที่เดียวกันระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้สร้างข้อยกเว้นที่ไม่ให้ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการตีความของฝ่ายปกครองบางประการโดยเรียกกรณีดังกล่าวว่าเป็นอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ (*Beurteilungsspielraum ; margin of judgement*) ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในลักษณะนี้ที่สำคัญและปรากฏในคำพิพากษา ได้แก่ การตรวจสอบและการประเมินผลการสอบ การประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การวินิจฉัยอันมีลักษณะเป็นการประเมินคุณค่าที่กระทำโดยคณะกรรมการอิสระซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์ การวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพยากรณ์หรือการประเมินความเสี่ยงในกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายเศรษฐกิจ

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสการทำคำสั่งทางปกครองที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้ (*actes discrétionnaires*) ศาลปกครองจะจำกัดอำนาจการควบคุมลงไป หรือในบางครั้งอาจจะถึงขนาดที่ว่าไม่เข้าไปควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (*l'erreur manifeste*

d'appréciation) เรียกว่าเป็นกรณีเฉพาะที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมอำนาจดุลพินิจโดยแท้ ในกรณีอย่างนี้อาจเป็นกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลเห็นว่าต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการหรือวิชาชีพ เนื่องจากศาลไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ เพราะบางกรณีเป็นเรื่องยากที่วิญญูชนก็ไม่สามารถที่จะประเมินการกระทำการดังกล่าวได้ ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะบอกได้ว่าสิ่งที่เป็นความผิดพลาดอย่างแน่แท้ถึงขนาดที่วิญญูชนยังไม่กระทำนั้น เป็นเช่นใด ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายปกครองในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ คดีประเภทนี้ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการตัดสินใจของคณะกรรมการในการให้คะแนนหรือการเสนอความเห็นของคณะกรรมการในการสอบแข่งขันหรือการสอบไล่ทั้งหลาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องใช้เทคนิคสูง ศาลไม่สามารถทำการประเมินได้ เช่น การจัดสอบวิชาเคมีนิวเคลียร์ การจัดสอบสถาปนิก หรือการจัดสอบวิศวกร

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นของศาลปกครองไทย และเพื่อให้การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีขอบเขตการควบคุมที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการนำหลักการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสข้างต้นมาใช้ในกรณีเกี่ยวกับการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน กล่าวคือ ศาลปกครองควรให้ความเคารพต่อเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน ดังเช่นกรณีของศาลปกครองเยอรมนีที่จะไม่เข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจในการประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือดังเช่นในประเทศฝรั่งเศสที่จะจำกัดอำนาจการควบคุม แม้ว่าจะเป็นกรณีที่เป็นความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ เพราะในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการหรือวิชาชีพ ศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ จึงปล่อยให้เป็นที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย พบแนวทางการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีหนึ่งว่า คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการได้พิจารณาผลงานของผู้ฟ้องคดีที่เสนอขอรับการประเมิน โดยไม่ปรากฏรายละเอียดการพิจารณาของแต่ละส่วนว่า ได้มีการกำหนดรายการประเมินหรือองค์ประกอบการประเมิน และเกณฑ์การตัดสินใจตามตำแหน่งและระดับไว้ตามหลักเกณฑ์ข้อ 3.2 ของประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนข้าราชการฝ่ายศาลปกครองขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในสายงาน

พนักงานคดีปกครอง ฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545 เพราะหากมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว จะต้องมีการกำหนดองค์ประกอบการประเมินย่อยของแต่ละส่วน โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ การให้คะแนนในแต่ละองค์ประกอบตามความสำคัญและความเหมาะสมกับตำแหน่งและระดับที่ ขอประเมิน ซึ่งการพิจารณาผลงานทางวิชาการในภาพรวมของคณะกรรมการพิจารณาคณะสมบัติ และประเมินผลงานทางวิชาการทำให้ขาดความชัดเจนอันส่งผลถึงการให้คะแนนที่ขาดหลักเกณฑ์ ตามที่ควรจะเป็น ซึ่งหากได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินและวิธีการให้คะแนนไว้ อย่างชัดเจน ก็จะทำให้การให้คะแนนในการประเมินมีความโปร่งใสและเป็นธรรมยิ่งขึ้น จึงเห็นได้ว่า คณะกรรมการพิจารณาคณะสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการ ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และ วิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานศาลปกครองฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545 แต่การ กำหนดให้หน่วยงานประเมินผลงานของผู้ฟ้องคดีใหม่ เป็นกรณีที่ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงไป กำหนดได้ เนื่องจากเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้ ศาลจึงใช้อำนาจตามมาตรา 69 (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีข้อสังเกตให้ เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองพิจารณาดำเนินการให้มีการประเมินผลงานทางวิชาการเรื่องที่ 1 ของผู้ฟ้องคดีใหม่ โดยคณะกรรมการที่มีใช้คณะกรรมการพิจารณาคณะสมบัติและประเมินผลงาน ทางวิชาการที่ได้เคยพิจารณามาแล้ว โดยให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ ในประกาศสำนักงานศาลปกครองฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545²⁸³

การควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน ศาลปกครองไทย จึงควรปล่อยให้เป็นการอำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเป็นกรณีเฉพาะ ที่ศาลไม่เข้าไปควบคุม เพราะในกรณีนี้เป็นกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการ หรือวิชาชีพ แม้แต่วิญญูชนคนทั่วไปก็ไม่สามารถที่จะประเมินการกระทำดังกล่าวได้ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่ศาลปกครองไม่สามารถควบคุม เพราะศาลเองก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะเป็นผู้มีความ เชี่ยวชาญได้ในทุกเรื่อง ศาลปกครองไทยจึงควรปล่อยให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองอาจนำ หลักการในมาตรา 69 (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาใช้ในการกำหนดคำบังคับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางให้หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งต่อไป และทำให้การใช้ดุลพินิจของ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ภายในขอบเขตหรือเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการที่ศาลปกครองไทยจำกัดอำนาจการควบคุมในกรณีนี้ จะทำให้การบริหารงานบุคคลภาครัฐ

²⁸³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 290/2556.

เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นประโยชน์ต่อข้าราชการเพราะการใช้ดุลพินิจเพื่อออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นไปอย่างยุติธรรม อีกทั้งยังทำให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่มีหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคล สามารถคัดเลือกบุคคลที่จะมาปฏิบัติงานในแต่ละตำแหน่งได้อย่างเหมาะสม และได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถมาพัฒนาระบบราชการของประเทศไทยต่อไป

DPU

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวจึงมีหลักการเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น ที่สามารถควบคุมตรวจสอบได้ทั้งสภาพภายนอกและสภาพภายในของคำสั่ง ตลอดจนการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่ง ซึ่งจากการศึกษาการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยศาลปกครองไทย อาจสรุปได้ดังนี้

1) คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจึงมีลักษณะเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น ที่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากการที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย หรือเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองต้องทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งสภาพภายนอกและสภาพภายในของคำสั่ง แต่พบว่าแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทยยังไม่มี ความชัดเจนในการวินิจฉัยถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน ว่าเกิดจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลมาจากผู้ออกคำสั่งนั้น ไม่ใช่ผู้มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งตามกฎหมาย หรือจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือจากเหตุการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวย่อมทำให้แนวทางการพิจารณาพิพากษาไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2) คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีกระบวนการในการใช้กฎหมายเหมือนกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น คือ ส่วนที่เป็น

องค์ประกอบของกฎหมายและส่วนผลของกฎหมาย ดังนั้น หากในส่วนที่กำหนดผลของกฎหมาย ได้กำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่าหนึ่งทางเลือก เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าว และต้องใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายได้มอบให้อย่างเป็นระบบและถูกต้องเหมาะสม การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ ย่อมส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องมีการควบคุมให้ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงและเป็นอิสระ แต่จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย พบว่า ศาลปกครองยังไม่มี ความชัดเจนในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้ เพราะในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจ ที่เรียกว่ายี่ตอกไว้ บางกรณีศาลปกครองก็วินิจฉัยให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ได้ปฏิบัติกันมา และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อได้มีการเปลี่ยนแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นอย่างชัดเจน และได้มีการปฏิบัติตามแนวทางการใช้ดุลพินิจภายในหน่วยงานของรัฐมาแล้ว แต่ในบางกรณี ศาลก็จะควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่จำเป็นต้องยึดถือตามแนวทางการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่จะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการเป็นหลัก

การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างแท้จริงและเป็นอิสระ แม้จะเป็นเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจในการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ก็ต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากนำแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้อยู่ภายในกรอบของเงื่อนไขและขอบเขตของกฎหมาย มาใช้บังคับภายในหน่วยงานของรัฐแล้ว ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งดังกล่าว ดังนั้น การที่ศาลปกครองวินิจฉัยไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ส่งผลให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดความสับสนว่าควรปฏิบัติอย่างไร เพื่อไม่ให้กระทบสิทธิของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

3) ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองย่อมควบคุมได้แต่เพียงว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ จากการศึกษาศึกษาการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน

พบว่า มีบางกรณีที่ศาลปกครองไทยพิจารณาพิพากษากรณีนี้ในลักษณะที่เกินขอบเขตของอำนาจตุลาการ กล่าวคือ ได้เข้าไปควบคุมดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิที่จะประเมินผลงานทางวิชาการในการเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยเห็นว่า เมื่อการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ประเมินผลงานเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลให้คำสั่งที่ไม่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย อันเป็นการที่ศาลปกครองเข้าไปก้าวล่วงอำนาจฝ่ายปกครองมากเกินไป เป็นกรณีที่ศาลปกครองเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดหรือสั่งการในลักษณะที่เป็นฝ่ายปกครองเสียเอง เพราะเข้าไปควบคุมความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิ โดยที่ศาลปกครองไม่ใช่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญที่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลใดมีความเหมาะสม และการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิที่จะทำการประเมินผลงานทางวิชาการที่เหมาะสมนั้นจะต้องเป็นอย่างไร เนื่องจากในกรณีดังกล่าวหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีเหตุผลในด้านต่างๆ จึงต้องมีการแต่งตั้งผู้ประเมินผลงานเช่นนั้น เพื่อให้การบริหารงานบุคคลภาครัฐดำเนินต่อไปได้ การพิจารณาเพื่อเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งด้วยเหตุแต่เพียงว่า ผู้ที่ทำหน้าที่ประเมินทั้งหมดหรือบางคนไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้หรือประสบการณ์ที่เหมาะสมในการพิจารณาผลงานทางวิชาการในเรื่องนั้น เพราะไม่ได้สำเร็จการศึกษาหรือไม่เคยปฏิบัติงานในด้านนั้นโดยตรง ย่อมเป็นเหตุผลที่ไม่อาจนำมาเพื่อวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ แม้โดยหลักการแล้ว ผู้ประเมินผลงานควรจะเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติโดยตรงในงานที่จะทำการประเมินก็ตาม แต่ก็จะต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงองค์ประกอบในด้านอื่นๆ ด้วย เพราะในความเป็นจริงแล้ว การแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ประเมินผลงานเพื่อเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น บางองค์กรอาจมีปัญหาในเรื่องบุคลากร หากผู้ประเมินผลงานจะต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาในด้านนั้นหรือหากมีการควบคุมการแต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ประเมินเพียงเพราะเหตุไม่สำเร็จการศึกษาในด้านที่ทำหน้าที่ประเมิน อาจจะเป็นปัญหาในบางสถาบัน เพราะบุคลากรในสถาบันหรือหน่วยงานของรัฐบางแห่งอาจจะไม่ได้มีผู้สำเร็จการศึกษาโดยตรงในงานที่จะทำหน้าที่ประเมิน ส่งผลให้การบริหารงานบุคคลภาครัฐหยุดชะงักและไม่อาจดำเนินการต่อเนื่องไปได้

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครองไทย จึงเห็นได้ว่า การควบคุมดุลพินิจในกรณีดังกล่าว ศาลปกครองไทยยังไม่มี ความชัดเจนและมีความคลาดเคลื่อนในเรื่องหลักกฎหมายเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจและความชัดเจนในแนวทางการควบคุมดุลพินิจ

ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน จึงมีข้อเสนอแนะโดยสามารถสรุปได้ ดังนี้

6.2.1 ศาลปกครองไทยควรแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยการนำแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหากล่าวคือ ในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง จะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ออกคำสั่งมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ เพราะหากกระทำโดยไม่มีอำนาจ คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทันที โดยไม่ต้องพิจารณาความชอบด้วยเนื้อหาของคำสั่ง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่และองค์กรผู้ใช้อำนาจก็มีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะก่อนที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ที่ใช้อำนาจนั้นเป็นผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ด้วย แต่หากผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวไปแล้ว คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของดุลพินิจแต่อย่างใด ดังนั้น ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งแล้ว คำสั่งดังกล่าวก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่า หากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีความบกพร่องที่ศาลปกครองจะเพิกถอนในกรณีดังกล่าวแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องนำเอาเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งแต่ประการใด

ส่วนการปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ก็เป็นกรณีที่จะต้องนำมาพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เพราะหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองก็ย่อมวินิจฉัยได้ในทันทีว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความชอบด้วยเนื้อหาของคำสั่งนั้น ดังเช่นกรณีการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีผู้ออกคำสั่งว่าเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็มีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะก่อนที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะต้องพิจารณาก่อนว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปฏิบัติ

ตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ แต่หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวไปแล้ว คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของดุลพินิจ ดังนั้น หากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีเหตุบกพร่องที่ศาลจะเพิกถอนในกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองก็ไม่จำเป็นต้องยกเอาเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั่นเอง

6.2.2 ในกรณีที่ศาลปกครองไทยไม่มีความชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อันเกิดจากการไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ ที่ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่เรียกว่ายี่ตอก บางกรณีศาลปกครองได้วินิจฉัยให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ได้ปฏิบัติกันมา และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อได้มีการเปลี่ยนแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นอย่างชัดเจน และได้มีการปฏิบัติตามแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นภายในหน่วยงานของรัฐมาแล้ว แต่ในบางกรณีศาลปกครองก็ควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่จำเป็นต้องยึดถือตามกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจ แต่จะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการเป็นหลัก ศาลปกครองไทยจึงควรนำหลักการที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปอย่างแท้จริงและเป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศส มาปรับใช้ และแม้ว่าการควบคุมให้ใช้อำนาจดุลพินิจในกรณีนี้จะเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจในการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่ก็จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวนี้ก็ต้องเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ แนวทางการใช้ดุลพินิจดังกล่าวหากไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้อยู่ภายในกรอบของเงื่อนไขและขอบเขตของกฎหมาย ศาลปกครองก็ต้องควบคุมไม่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยึดถือตามแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้น เพื่อไม่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจของตน โดยผูกพันอย่างเคร่งครัดกับแนวทางการใช้ดุลพินิจ จนไม่พิจารณาถึงปัจจัยหรือองค์ประกอบด้านอื่นอย่างรอบคอบก่อนที่จะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง เพราะการออกคำสั่งดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า เดิมมีแนวทางการใช้ดุลพินิจภายในหน่วยงานของรัฐเช่นใด แนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นก็ไม่ได้ผูกพันหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ต้องพิจารณาหรือใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามนั้น หากเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งให้แก่ข้าราชการตั้งแต่วันที่ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับการเลื่อนระดับตำแหน่ง เนื่องจากการเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นแม้จะแตกต่างกัน

ควบคุมคุณภาพในกรณีดังกล่าวเป็นไปได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม และเป็นไปในแนวทางเดียวกัน
ซึ่งจะเป็นบรรทัดฐานในการปรับใช้คุณภาพของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อไป

D
P
U

DPUC

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2534). *รวมบทความเกี่ยวกับกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2553). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 18). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ชูศักดิ์ เทียงตรง. (2519). *การบริหารงานบุคคลภาครัฐกิจ*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : จีริชการพิมพ์.
- ธงชัย สันติวงษ์. (2537). *การบริหารงานบุคคล* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2554). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- มานิตย์ จุมปา. (2554 ก). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2554 ข). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

_____. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า. (2547). *ทางออกการบริหารงานบุคคลของ อบต.* กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า.

สมยศ เชื้อไทย. (2555). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

สำนักกฎหมาย สำนักงาน ก.พ. (2544). *กฎ ก.พ. ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2544 พร้อมด้วยข้อบังคับ ก.พ. ระเบียบ ก.พ. หนังสือเวียน ก.พ.* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ.

สำนักกฎหมาย สำนักงาน ก.พ. (2553). *พระราชกฤษฎีกา กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และหนังสือเวียนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เล่ม 1*. กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ.

สำนักตรวจสอบและประเมินผลกำลังคน สำนักงาน ก.พ. (2549). *คู่มือปฏิบัติงานบุคคลว่าด้วยการเลื่อนตำแหน่ง การโอน การแต่งตั้ง ระดับ 9 ระดับ 10 ระดับ 11*. กรุงเทพฯ : สำนักงาน ก.พ.

บทความ

กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2532). *ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน*. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 8, 1-32.

ประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2545). *เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง*. *วารสารนิติศาสตร์*, 32(2), 248-288.

พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. (2528). *นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส*. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 4 ตอน 2, 269-308.

สมยศ เชื้อไทย. (2530). *การกระทำทางปกครอง*. *วารสารนิติศาสตร์*, 17(3), 49-71.

รายงานการวิจัย

วิษณุ วรรณุญ และคณะ. (2547). รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.
กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). รายงานการวิจัย เรื่อง
หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2548). รายงานการวิจัย เรื่อง
หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง. (2549). บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้อง
คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. (2548). สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจ
ของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

วิทยานิพนธ์

ชนวิธ โชติรัตน์. (2552). แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ
โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ).
กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ธีรัญญา สระทองอุ่น. (2550). ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง
(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประนอม วิไลรัตน์. (2547). การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อปิดสถานพยาบาลและเพิกถอนใบอนุญาต
ตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ).
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ปัญญา จันสกุล. (2550). ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ :
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และ ไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ).
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

วรรณ วิจาระนันท์. (2548). *หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

วสุวรรค์ ทองโคกสี. (2554). *เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับ
ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศุทธิพร พิศาลบุตร. (2547). *คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ : ศึกษาเฉพาะกรณี
คำสั่งโยกย้ายข้าราชการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*
(วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สารานเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

คณันท์ ชัยชนะ. (2554). *การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน*.
สืบค้น 30 พฤษภาคม 2555, จาก <http://www.pub-law.net>

เอกสารอื่นๆ

คู่มือการดำเนินการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนขั้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นตามระบบ
จำแนกตำแหน่งใหม่.

คำสั่งผลการพิจารณาพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2513.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6623/2541.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3795/2543.

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1772/2546.

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 717/2547.

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1247/2547.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 9/2547.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 134/2548.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 78/2549.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 89/2549.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 71/2552.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 460/2553.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 290/2556.

คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 89/2527.

คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 2/2531.

คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 23/2537.

คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 168/2543.

ประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนข้าราชการ
ฝ่ายศาลปกครองขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในสายงานพนักงานคดี
ปกครอง ฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545.

รายงานเรื่อง เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองกรณีการประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง
สำหรับปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) ระดับ 6ว 7ว หรือ 8ว ของ
ข้าราชการพลเรือนสามัญ

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ สร 0704/ว 6 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2525.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 6 ลงวันที่ 13 พฤษภาคม 2536.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 16 ลงวันที่ 29 กันยายน 2538.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 22 ลงวันที่ 30 กันยายน 2540.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0701/ว 9 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2544.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 13 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2544.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1003/ว 21 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม 2547.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว 34 ลงวันที่ 29 ตุลาคม 2547.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1008/ว 10 ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2551.

หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว 7 ลงวันที่ 6 มีนาคม 2552.

หนังสือสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0203.2/ว 0170 ลงวันที่ 16 มกราคม 2541.

หนังสือสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0203.1/ว 3280 ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน 2541.

กฎหมาย

กฎ ก.พ. ฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ขอให้แก้ไขการปฏิบัติ ไม่ถูกต้องหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย.

กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2551.

กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

ประกาศ ก.พ.อ. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ และศาสตราจารย์.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

พระราชกฤษฎีกากำหนดตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญประเภทบริหารระดับสูงและประเภทบริหารระดับกลาง พ.ศ. 2535.

พระราชกฤษฎีกากำหนดตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญประเภทวิชาชีพเฉพาะและประเภทเชี่ยวชาญเฉพาะ พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

DRPU

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

วนิดา โกงเหลง

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2546 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 60 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย
แห่งเนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์

พ.ศ. 2551 ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง