

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 การขอ กำหนดตำแหน่งให้เป็นระดับที่สูงขึ้น 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 มีรูปแบบของงานที่ยุ่งยากกว่าและมีความรับผิดชอบมากกว่า ควบคู่กันไปกับการเปลี่ยนแปลงตำแหน่ง และโดยปกติเงินเดือนจะเพิ่มขึ้นด้วย

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

สำหรับการศึกษาการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ 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

¹⁸ข้าราชการรัฐสภาสามัญ เป็นข้าราชการของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

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

²⁰แหล่งเดิม. (น. 244).

²¹แหล่งเดิม. (น. 235-236).

²²บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (น. 2). เล่มเดิม.

²³แหล่งเดิม. (น. 10).

ได้ว่า การกำหนดตำแหน่ง ก็คือ การกำหนดให้มีตำแหน่งในส่วนราชการใด จำนวนเท่าใด และเป็นตำแหน่งประเภทใด สายงานใด ระดับใด และยังหมายความรวมถึง การปรับปรุงการกำหนดตำแหน่ง การเกลี้ยอัตรากำลัง²⁴ 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 ซึ่งในการกำหนดตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือนส่วนใหญ่ก็จะเป็นไปตามนี้

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 ครู อาจารย์ 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 ผลงาน 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 ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยตรง 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 ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุ⁶⁵ 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 แต่ถ้าคำสั่งเช่นว่านั้นได้กระทบต่อตัวบุคคลสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลกรณี 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 แต่บางกรณีก็เป็นเพียงขั้นตอนในการตรวจสอบและไม่มีผลกระทบต่อสาระที่จะเกิดขึ้นในคำสั่งทางปกครอง 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 อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เกี่ยวกับคำสั่งเลื่อน 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 เจ้าพนักงานของรัฐมิใช่ดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระ 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.

ตามที่ได้อ้างมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้ เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบรรดาทางเลือกเหล่านั้นล้วนชอบด้วยกฎหมาย

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงหมายถึง อำนาจที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทางได้โดยอิสระ และไม่ว่าจะเลือกกระทำการในทางใดก็ล้วนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายมีเพียงทางเลือกเดียว ย่อมถือไม่ได้ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้

เมื่อพิจารณาจากความหมายของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ จึงมีข้อพิจารณาในเบื้องต้นว่า ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ในขั้นตอนใดของกฎหมายบ้าง โดยบทกฎหมายที่สมบูรณ์ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขนั้นประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วน⁹⁷ คือ องค์ประกอบส่วนเหตุ และผลในทางกฎหมาย หากข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน ผลในทางกฎหมายก็ย่อมเกิดขึ้นตามมา โครงสร้างของบรรทัดฐานทางกฎหมายเหล่านี้ ทำให้การปรับใช้กฎหมายต้องดำเนินไปตามขั้นตอน 4 ขั้นตอน⁹⁸ คือ

ขั้นตอนที่หนึ่ง ขั้นตอนการสืบสวนหาข้อเท็จจริงและการสรุปข้อเท็จจริง

ขั้นตอนที่สอง ขั้นตอนในการตีความองค์ประกอบทางกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และการสรุปความหมายขององค์ประกอบส่วนเหตุ

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 อาจมีปัญหาในการยอมรับคุณพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือที่เรียกว่า “คุณพินิจวินิจฉัย”¹⁰⁴

¹⁰⁰ การควบคุมอำนาจคุณพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 22), โดย เอกบุญ 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 องค์การนิติบัญญัติย่อมต้องพิจารณาถ้อยคำที่จะสร้างเป็นรูปประโยคทางกฎหมายและเลือกใช้ถ้อยคำที่ตนได้พิจารณาแล้วนั้น ถ้อยคำจำนวนไม่น้อยที่องค์การนิติบัญญัติประมวลขึ้นเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายนั้น เป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เข้าใจกันว่าถ้อยคำหรือข้อความที่มีลักษณะเช่นนี้เรียกว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจง” (bestimmter Rechtsbegriff ; definite legal concept) ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจง อาจเป็นถ้อยคำหรือข้อความเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ หรือถ้อยคำเทคนิค (terminus technicus) ทางกฎหมาย เช่น กรรมสิทธิ์ ทรัพย์ เป็นต้น หรืออาจเป็นถ้อยคำที่เมื่อพิจารณาแล้วยังไม่ชัดเจน แต่หากข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมประกอบก็จะเข้าใจได้ ดังกรณีคำว่า ขามวิกาล เป็นต้น การปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงนี้ถือว่าเป็นการปรับบทกฎหมายที่องค์การเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีดุลพินิจ¹⁰⁵

นอกจากถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงแล้ว ในการประมวลถ้อยคำให้อยู่ในกฎหมายนั้น มีอยู่หลายกรณีที่องค์การนิติบัญญัติไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำหรือข้อความที่มีความหมายไม่แน่นอนได้ หากองค์การนิติบัญญัติต้องการให้องค์ประกอบส่วนเหตุที่ตนบัญญัติขึ้นนั้นครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก 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 ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงอาจอยู่ในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุได้¹⁰⁷

(2) ดุลพินิจที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้ เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ¹⁰⁸ และในการใช้อำนาจนั้นกฎหมายอาจกำหนดเนื้อหาของการกระทำเพียงประการเดียวหรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อหาของความจากหลายๆ 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 ก็คือกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำหรือไม่กระทำกรณียกตัวอย่างหนึ่งเท่านั้นนั่นเอง

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 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาเบื้องต้นก่อนว่า วัตถุประสงค์ในการที่องค์กรณีบัญญัติมอบดุลพินิจให้แก่คนในฐานะที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคืออะไร 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 ในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือคณะกรรมการที่พิจารณาคัดเลือกว่าจะมีมติให้ผลงานหรือผลการปฏิบัติงานผู้รับการคัดเลือกรายใดผ่านการพิจารณา เจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการจะต้องพิจารณาโดยแสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่าได้ใช้คุณพินิจ

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

ตรวจผลงานหรือผลการปฏิบัติงานในตำแหน่งระดับเดิมของผู้ขอรับการคัดเลือกฯ โดยมีข้อเท็จจริง และเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ จึงจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

2.2) ขั้นตอนการประเมินบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง

(1) การพิจารณาคณะสมบัติของบุคคล 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 ก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการประเมินผลงานเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่อไป 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 ธีรวิฑูชา สระทองอุ่น, 2550, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

หรือไม่แล้ว ต้องพิจารณาว่าผู้ที่ใช้อำนาจนั้นเป็นผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ด้วย

1.2) รูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เมื่อผ่านเงื่อนไขของการเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายแล้วหรือไม่ มีกรณีที่ต้องวินิจฉัยเรื่องผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจแล้ว กรณีต่อไปจะต้องวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยปฏิบัติตามขั้นตอนและแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย จะต้องมิขั้นตอนการแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาที่ปรากฏตามเรื่องที่กำลังกล่าวหา (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 โดยในชั้นนี้ 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.) และคณะอนุกรรมการสามัญประจำ (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 ว่าการใช้สิทธิยื่นเรื่องร้องทุกข์ของข้าราชการต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะกระทำได้ต่อเมื่อข้าราชการผู้นั้นได้ดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว 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 มีผลเป็นการยื่นคำตั้งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง

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 ศุภิสร์ 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.