

## บทที่ 4

### การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ของข้าราชการฝ่ายพลเรือนในประเทศไทย

ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง แม้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะมีดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวก็ตาม แต่ก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจากการศึกษาพบว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมักจะใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน ก็เป็นปัญหาหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดกรณีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับข้าราชการในสังกัด และในประเทศไทยได้มีการควบคุมดุลพินิจดังกล่าวมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน 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 19<sup>208</sup> วรรคหนึ่ง (2) (จ) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีอำนาจพิจารณาการกระทำโดยไม่สุจริต หรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ก็คือการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง แต่การควบคุมอำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีข้อจำกัด เพราะตามมาตรา 19 วรรคสอง กำหนดให้อำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมาย และที่ผ่านมาจนกระทั่งมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยก็ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด จึงส่งผลให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไปโดยปริยาย<sup>209</sup>

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

<sup>208</sup> 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.”

<sup>209</sup> สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 30). เล่มเดิม.

ซึ่งขณะที่มีการร้องทุกข์ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ให้ใช้กับหน่วยงานใดของรัฐ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบ<sup>210</sup> การตรวจสอบส่วนใหญ่จึงจะไม่ก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการเลื่อนตำแหน่ง<sup>211</sup> แต่มีข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น คือ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมนบูรณ์ ว่าอุปสรรคในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งข้าราชการเข้าดำรงตำแหน่งมีอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ทางราชการยังไม่ได้กำหนด “วิธีการ” เกี่ยวกับการกลั่นกรองคัดเลือกตัวบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอย่างมีขั้นตอนและมีการทำเป็นบันทึกรายงานที่แน่ชัด จึงเปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจแต่งตั้งได้ตามอำเภอใจ ประการที่สอง ขณะนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารน่าที่จะมีความพร้อมให้ถูกตรวจสอบการใช้ “ดุลพินิจ” ได้แล้ว จึงสมควรออกกฎกระทรวงตามมาตรา 19 วรรคสอง เพื่อให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจตรวจสอบ “ดุลพินิจ” ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่มีอำนาจสั่งการ ว่าได้กระทำโดย “สุจริต” หรือกระทำโดยมี “เหตุผลอันสมควร” การตรวจสอบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภายใต้ “ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง” จะสามารถพัฒนา “หลักกฎหมายปกครอง” ที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้ อำนาจดุลพินิจในทางบริหารของเจ้าหน้าที่อย่างเหมาะสมได้<sup>212</sup>

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

<sup>210</sup> คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 89/2527.

<sup>211</sup> คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 23/2537.

<sup>212</sup> คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 2/2531.

พยานหลักฐานและข้อเท็จจริงสนับสนุนตามสมควร ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย<sup>213</sup>

#### 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

<sup>213</sup> คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 168/2543.

จะเป็นการนำมาใช้ในกรณีการควบคุมการประเมินภาษีอากรหรือการจ่ายค่าทดแทนในการเวนคืน<sup>214</sup>

การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลยุติธรรมเมื่อเปรียบเทียบกับการควบคุมดุลพินิจของศาลในบางประเทศ พบข้อบกพร่องอยู่บางประการ กล่าวคือ ศาลยุติธรรมยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดของกฎหมายปกครอง เช่น การปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุมแม้แต่ในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายในกรณีการใช้ดุลพินิจในการให้ทุนให้โทษแก่ข้าราชการ หรือการยอมรับความผูกพันกับแนวทางการใช้ดุลพินิจภายใน หรือ “ซีต็อก” นอกจากนี้ ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่จำเพาะเจาะจงที่จะต้องให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งในต่างประเทศถือว่าเป็น “ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย” นั้น ศาลยุติธรรมยังถือว่าถ้อยคำที่มีลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง อันเป็นปัญหาที่ศาลควบคุมได้ทุกกรณี ซึ่งในบางกรณีศาลก็ไม่มีผู้เชี่ยวชาญหรือความสามารถในการพิจารณาวินิจฉัยความหมายของถ้อยคำที่ไม่เจาะจงนั้นดีเท่ากับฝ่ายปกครอง จึงควรปล่อยให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในกรณีนั้นๆ<sup>215</sup>

ก่อนการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย ระบบกฎหมายของไทยไม่ได้มีการแบ่งแยกระหว่างคดีแพ่งกับคดีปกครองให้ชัดเจน ศาลยุติธรรมจึงถือว่าคดีปกครองเป็นคดีแพ่งและนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับคดีปกครอง ทำให้การฟ้องคดีปกครองของประชาชน โดยเฉพาะการนำสืบถึงข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ยาก การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยศาลยุติธรรมจึงไม่ได้ประสิทธิภาพ และมีผลต่อการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง<sup>216</sup>

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นเป็นกรณีเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยทั่วไปของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจากการตรวจสอบแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังไม่พบกรณีการวินิจฉัยเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการโดยตรง แต่พบว่าการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลศาลจะไม่เข้าไปควบคุม เพราะไม่ใช่อำนาจหน้าที่ของศาลที่จะเข้าไปชี้ขาด และการปฏิบัติ

<sup>214</sup> สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 30-31). เล่มเดิม.

<sup>215</sup> แหล่งเดิม. (น. 31).

<sup>216</sup> แหล่งเดิม. (น. 32).

ตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เป็นการใช้  
อำนาจของทางราชการฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ<sup>217</sup>

ต่อมาภายหลังนับแต่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ศาลยุติธรรมก็ได้รับฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการไว้พิจารณา โดยศาลได้เข้าไปควบคุมในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลมากขึ้น เนื่องจากเห็นว่า คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30<sup>218</sup> วรรคสอง (6) คือ การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขึ้นเงินเดือน การสั่ง

<sup>217</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1066/2513.

<sup>218</sup> 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 เป็นการกระทำที่ได้แยงสิทธิของโจทก์ตามมาตรา 55<sup>219</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลจึงสามารถรับคำฟ้องในกรณีดังกล่าวไว้พิจารณาได้<sup>220</sup> ส่วนการใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามมาตรา 12<sup>221</sup> แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 เป็นเพียงการร้องทุกข์ต่อหน่วยงานของฝ่ายบริหารไม่ใช่เป็นการฟ้อง คดีปกครองต่อศาลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้น ในขณะที่ ศาลปกครองกลางยังไม่ได้เปิดทำการศาลยุติธรรมจึงชอบที่จะรับคำฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณา<sup>222</sup>

#### 4.2 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยศาลปกครอง

การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะโดยคณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์หรือโดยศาลยุติธรรมดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น มีข้อจำกัดหลายประการ รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นอีกระบบ ศาลหนึ่งเพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนไม่ว่าจะเป็นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือข้าราชการ ผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่า อันเป็นการสร้างบรรทัดฐาน ที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง ซึ่งในปัจจุบันได้มีการกำหนดเขตอำนาจของ ศาลปกครองไว้ในมาตรา 223<sup>223</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

<sup>219</sup>มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับ สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดี ของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้.”

<sup>220</sup>คำพิพากษาฎีกาที่ 6623/2541.

<sup>221</sup>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.”

<sup>222</sup>คำพิพากษาฎีกาที่ 3795/2543.

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

ประกอบมาตรา 9<sup>224</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง<sup>225</sup>

อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้.”

<sup>224</sup>มาตรา 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.”

<sup>225</sup>สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 32). เล่มเดิม.

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็น โดยการออกกฎ 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) การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>226</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติรับรองอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบของหน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้อำนาจศาลปกครองในการสั่งเพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำนั้นๆ ได้ ตามมาตรา 72<sup>227</sup> 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

<sup>226</sup> แหล่งเดิม. (น. 33).

<sup>227</sup> มาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในการพิพาทคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

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

ดุลพินิจโดยมิชอบ ก็เพื่อให้ครอบคลุมถึงการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยเหตุประการอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ดังได้กล่าวไปแล้วข้างต้น<sup>228</sup>

ส่วนกระบวนการในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ได้แก่

ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42<sup>229</sup> วรรคหนึ่ง กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำหรือการกระทำความผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายนั้นต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง

ผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับการนั้นก่อนที่จะฟ้องคดีตามมาตรา 42 วรรคสอง

ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 49<sup>230</sup> กล่าวคือ จะต้องฟ้องคดีภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี

<sup>228</sup> สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 33-34). เล่มเดิม.

<sup>229</sup> มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการกระทำความผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด.”

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

สำหรับเงื่อนไขในการฟ้องคดีประการอื่นๆ ผู้ฟ้องคดีก็จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน 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 เป็นต้น<sup>231</sup>

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

<sup>231</sup> สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 34-36). เล่มเดิม.

เลื่อนระดับตำแหน่ง และเหตุที่ศาลใช้ในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นเป็นเพราะคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เป็นไปตามกรอบหรือขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนด หรือเนื่องจากคำสั่งนั้นมีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุประการอื่น

การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักทั่วไปที่ว่า “ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยแท้จริง และฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผล”<sup>232</sup> และเมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจจึงไม่ต่างจากการควบคุมดุลพินิจคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น ที่ศาลจะตรวจสอบอยู่ 3 ประเด็นสำคัญ คือ อำนาจผู้ที่ใช้ดุลพินิจที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครอง รูปแบบขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจ และเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยหากคำสั่งดังกล่าวออกโดยผู้ไม่มีอำนาจหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน ศาลก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในส่วนเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ<sup>233</sup> ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษา ศาลปกครอง ยกเหตุผลในการวินิจฉัยในกรณีต่างๆ ดังนี้

4.2.1 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยเหตุคำสั่งออกโดยผู้ไม่มีอำนาจ

ในการออกคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำได้อต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำภายในขอบอำนาจดังกล่าว หากกระทำโดยปราศจากอำนาจคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจึงได้แก่ผู้บังคับบัญชาตามที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการนั้นๆ กำหนดให้อำนาจไว้ หรือมีการกำหนดให้มอบอำนาจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า ผู้ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่<sup>234</sup> ที่มีอำนาจหน้าที่ จึงจะมีความสามารถออกคำสั่ง

<sup>232</sup> บทวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (น. 169-170). เล่มเดิม.

<sup>233</sup> ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครอง (น. 122-125). เล่มเดิม.

<sup>234</sup> 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 43<sup>235</sup> แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 กำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) มีอำนาจออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคัดเลือกและการสอบแข่งขัน เมื่อเกิดการทุจริตในการคัดเลือก และ ก.ตร. ยังไม่ได้พิจารณากำหนดวิธีดำเนินการในกรณีดังกล่าวไว้ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีหน้าที่ต้องนำเสนอ ก.ตร. เพื่อพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น เพราะเป็นอำนาจของ ก.ตร. การที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติใช้ดุลพินิจรับรองความถูกต้องของการสอบคัดเลือกโดยประกาศผลการสอบและแก้ปัญหาด้วยการให้รองผู้กำกับการทุกคนที่เข้าสอบคัดเลือกได้เข้ารับการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีเหตุผล พิพากษาให้เพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกดังกล่าว<sup>236</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า การผ่านการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ เป็นคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งประการหนึ่งของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้กำกับการตามมาตรา 20<sup>237</sup> 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

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

<sup>236</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.9/2547.

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

การกำหนดตำแหน่งข้าราชการตำรวจตั้งแต่ตำแหน่งรองผู้กำกับการหรือเทียบรองผู้กำกับการขึ้นไป ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน เว้นแต่เป็นการตัดโอนตำแหน่งจากส่วนราชการหนึ่งไปเพิ่มในส่วนราชการหนึ่ง.”

การสอบแข่งขัน และหากเกิดการทุจริตในการสอบเพื่อคัดเลือกบุคคล ก.ตร. จึงเป็นผู้มีอำนาจในการออกระเบียบหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทุจริตในการคัดเลือกดังกล่าว ไม่ใช่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ

คดีนี้เมื่อพิจารณาคำอุทธรณ์ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติและผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ได้ยกขึ้นกล่าวอ้างว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 มาตรา 24<sup>238</sup> ให้ ก.ตร.

---

<sup>238</sup> 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 เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

(10) ตำแหน่งรองผู้บัญชาการหรือเทียบรองผู้บัญชาการ ตำแหน่งผู้บัญชาการหรือเทียบผู้บัญชาการ หรือตำแหน่งที่สูงกว่านั้นขึ้นไป ให้รัฐมนตรีพิจารณาคัดเลือกจากข้าราชการตำรวจยศพลตำรวจตรีขึ้นไป และเสนอไปยังคณะรัฐมนตรี เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

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

เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการคัดเลือกและการสอบแข่งขันเท่านั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเสนอเรื่องเกี่ยวกับการสรรหาผู้เข้าอบรมหลักสูตรต่างๆ ให้ ก.ตร. พิจารณา ตามนัยมาตรา 18<sup>239</sup> 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

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

หรือวิธีการไว้แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งทางปกครอง ที่ออกมานั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากที่กล่าวมาข้างต้น แม้ว่าขั้นตอนหรือวิธีการในการพิจารณาต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดจะเป็นเรื่องสำคัญ แต่บางกรณีก็เป็นเพียงขั้นตอนหรือวิธีการในการตรวจสอบและไม่มีผลกระทบไปถึงสาระที่จะเกิดขึ้นในคำสั่งทางปกครอง การกระทำผิดขั้นตอนหรือวิธีการในวิธีพิจารณาจึงไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์เสมอไป ดังนั้น การกระทำผิดขั้นตอนหรือวิธีการในวิธีพิจารณาที่ไม่สำคัญจึงไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป แต่หากขั้นตอนหรือวิธีการในวิธีพิจารณาใดถ้ามีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่เกี่ยวข้อง หรือถ้าไม่ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ผลการพิจารณาจะเปลี่ยนไป ให้ถือเป็นสาระสำคัญที่จะต้องดำเนินการตามนั้นเสมอ

ตามหลักกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดในบางกรณีก็มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ ดังเช่นกรณีคำสั่งทางปกครองที่จะต้องมีการมอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้ย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะ หรือบางกรณีก็มีผลทำให้คำสั่งนั้นตกเป็นโมฆะกรรม เช่น กรณีออกคำสั่งทางปกครองโดยผู้ร้องขอไม่ได้ยื่นคำร้องขอในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องยื่น

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองในการดำเนินการทางปกครองนั้น หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการเพราะถือเป็นหลักประกันอีกประการหนึ่งที่ประชาชนจะพึงได้รับ เพื่อไม่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใดๆ ตามอำเภอใจ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) จึงเป็นอีกเหตุหนึ่งที่ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถดำเนินการเพิกถอนได้ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administratif) ของประเทศฝรั่งเศส อันสอดคล้องกับหลักกฎหมายไทยที่หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสามารถเพิกถอนได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เพราะการปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดเป็นองค์ประกอบสำคัญในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพียงแต่ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมหรือเหตุผลที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอ้างเพื่อใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง

นับตั้งแต่ศาลปกครองในประเทศไทยเปิดทำการ มีหลายกรณีที่ศาลวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยยกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด หรือกรณีกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน หรือวิธีการคัดเลือกแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด 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 2.3<sup>240</sup> 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

---

<sup>240</sup> ข้อ 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 8<sup>241</sup> แห่ง

---

<sup>241</sup>มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “ก.พ. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

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

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และขัดต่อหลักการที่ได้เสนอต่อ คณะรัฐมนตรี ศาลปกครองจึงพิพากษาให้เพิกถอนการแต่งตั้งรองอธิบดี (นักบริหาร 9) กรมสรรพากร และหลักเกณฑ์ของ ก.พ. ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับ การคัดเลือกดังกล่าว<sup>242</sup>

ตามคำพิพากษาข้างต้นในการเลื่อนตำแหน่งของข้าราชการในหน่วยงานของรัฐต่างๆ ในส่วนของการคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่องค์กรกลางในการบริหาร งานบุคคลกำหนดไว้โดยเคร่งครัด การดำเนินการคัดเลือกโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน

ความรับผิดชอบของตำแหน่งและของส่วนราชการ การเปลี่ยนแปลงการใช้ตำแหน่ง ทะเบียน ประวัติของ ข้าราชการพลเรือน และการปฏิบัติกรอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ไปยัง ก.พ.

(8) รายงานนายกรัฐมนตรีในกรณีที่น่าปรากฏว่ากระทรวง ทบวง กรม ไม่ปฏิบัติตาม พระราชบัญญัตินี้ หรือปฏิบัติการโดยไม่เหมาะสม เพื่อนายกรัฐมนตรีจะได้พิจารณาและสั่งการต่อไป

(9) รายงานคณะรัฐมนตรีในกรณีที่คำครองชีพเปลี่ยนแปลงไปมาก หรือการจัดสวัสดิการหรือ ประโยชน์เกื้อกูลสำหรับข้าราชการยังไม่เหมาะสม เพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาในอันที่จะปรับปรุงเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง เงินเพิ่มคำครองชีพ 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.”

<sup>242</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549.

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

ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์การประเมินและวิธีการให้คะแนนไว้อย่างชัดเจน การไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมถือว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กำหนดไว้คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการได้พิจารณาผลงานของผู้ฟ้องคดีที่เสนอขอรับการประเมิน โดยไม่ปรากฏรายละเอียดการพิจารณาของแต่ละส่วนว่า ได้มีการกำหนดรายการประเมินหรือองค์ประกอบการประเมิน และเกณฑ์การตัดสินตามตำแหน่งและระดับไว้ตามหลักเกณฑ์ข้อ 3.2<sup>243</sup> ของประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนข้าราชการฝ่ายศาลปกครองขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในสายงานพนักงานคดีปกครอง ฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545 เพราะหากมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องมีการกำหนดองค์ประกอบการประเมินย่อยของแต่ละส่วน โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์การให้คะแนนในแต่ละองค์ประกอบตามความสำคัญและความเหมาะสมกับตำแหน่งและระดับที่ขอประเมิน ซึ่งการพิจารณาผลงานทางวิชาการในภาพรวมของคณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการทำให้ขาดความชัดเจนอันส่งผลถึงการให้คะแนนที่ขาดหลักเกณฑ์ตามที่ควรจะเป็น ซึ่งหากได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินและวิธีการให้คะแนนไว้อย่างชัดเจน ก็จะทำให้การให้คะแนน

---

<sup>243</sup>ข้อ 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 เป็นกรณีศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปกำหนดได้ เนื่องจากเป็นดุลพินิจของ ฝ่ายบริหารโดยแท้ ศาลจึงใช้อำนาจตามมาตรา 69<sup>244</sup> (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีข้อสังเกตให้เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองพิจารณา ดำเนินการให้มีการประเมินผลงานทางวิชาการเรื่องที่ 1 ของผู้ฟ้องคดีใหม่ โดยคณะกรรมการที่ ไม่ใช่คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการที่ได้เคยพิจารณามาแล้ว โดยให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานศาลปกครอง ฉบับลงวันที่ 28 มกราคม 2545<sup>245</sup> 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

---

<sup>244</sup>ตามมาตรา 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.”

<sup>245</sup>คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 290/2556.

หรือ 8ว ของปลัดกระทรวงมหาดไทยที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์เดิมในข้อการดำเนินการให้ข้าราชการในสังกัดได้ทราบล่วงหน้าตามที่เห็นสมควรตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 16 ลงวันที่ 29 กันยายน 2538<sup>246</sup> ซึ่งตามหลักเกณฑ์เดิมสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) กำหนดไว้ตามหนังสือ ที่ มท 0203.2/ว 0170 ลงวันที่ 16 มกราคม 2541<sup>247</sup> ในข้อที่ 2.1 เรื่องประกาศรับสมัคร

---

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

(1) องค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณา ควรพิจารณาองค์ประกอบ ดังนี้

(1.1) ความรู้ความสามารถและความชำนาญในการปฏิบัติงานให้พิจารณาโดยคำนึงถึงคุณวุฒิ การศึกษา ความรู้ความสามารถ ทักษะและให้ความชำนาญในการปฏิบัติงานด้านนั้น ซึ่งอาจพิจารณาจากข้อมูล การประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการผู้นั้นในระยะเวลาที่ผ่านมา

(1.2) ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งให้พิจารณาโดยคำนึงถึงระยะเวลา ตำแหน่งในสายงานที่จะแต่งตั้ง หรือสายงานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือระยะเวลาที่เคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องหรือเกี่วข้องกับตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง

(2) แนวทางการดำเนินการคัดเลือก

(2.1) ส่วนราชการควรพิจารณากำหนดองค์ประกอบที่จะใช้ในการพิจารณาคัดเลือกไว้ อย่างชัดเจน ซึ่งอาจแตกต่างไปจากองค์ประกอบที่กำหนดตามข้อ 1 ก็ได้ ทั้งนี้ โดยเน้นผลงานหรือผลการปฏิบัติงาน เป็นองค์ประกอบหลัก

(2.2) ดำเนินการให้ข้าราชการในสังกัดได้ทราบเป็นการล่วงหน้าตามที่เห็นสมควร

(2.3) ในการดำเนินการคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมินผล ให้ผู้มีหน้าที่ในการคัดเลือกพิจารณาเลือกตามองค์ประกอบที่สถานภาพนั้นได้กำหนดไว้.

<sup>247</sup> สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ ไว้ว่า

(1) การคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสำหรับผู้ปฏิบัติงานที่มีประสบการณ์ (ตำแหน่งประเภททั่วไป) และตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะ ของสำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย (ผนวก ก) ให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมิน ซึ่งแต่งตั้งโดยปลัดกระทรวงมหาดไทย

(2) การคัดเลือกบุคคลที่จะเข้ารับการประเมินตามข้อ 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 ที่แต่งตั้งข้าราชการในสังกัดให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>248</sup>

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

นอกจากกรณีการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด จะทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังพบกรณีที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยในทำนองที่ว่าหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดำเนินการตามหลักเกณฑ์ 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. 2535<sup>249</sup> ไม่ได้ให้อำนาจแก่อธิบดี

<sup>248</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/2552.

<sup>249</sup> 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 ย่อมทำให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน<sup>250</sup>

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

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

<sup>250</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 460/2553.

โดยตรง ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามก็หาใช่ผู้ที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการตามคู่มือการประเมินตำแหน่งทางวิชาการของข้าราชการครู ฉะนั้นเมื่อการประเมินผลงานทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสามเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีพื้นฐานขององค์ประกอบด้านความรู้และด้านประสบการณ์การทำงานอย่างเพียงพอที่จะประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดี การใช้ดุลพินิจดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย อันส่งผลให้การที่คณะกรรมการข้าราชการครูไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 เป็นผลการพิจารณาที่หาชอบด้วยกฎหมายไม่ พิกษาพิทกอนมติของคณะกรรมการข้าราชการครู ที่ไม่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 โดยมีข้อสังเกตให้คณะกรรมการข้าราชการครู ประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีอีกครั้งหนึ่งโดยเร็ว และในการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิอื่นให้ทำหน้าที่ประเมินผลงานผู้ฟ้องคดีควรแต่งตั้งจากผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ทางด้านสถาปัตยกรรมภายใน<sup>251</sup>

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 42<sup>252</sup> วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523

<sup>251</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

<sup>252</sup> 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 21<sup>253</sup> 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 ดังกล่าวนี้อาจเป็นอย่างไรนั้น กฎหมายไม่ได้  
 กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะแต่ประการใด<sup>254</sup> 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  
 สั่งบรรจุตามวรรคหนึ่งสั่งแต่งตั้งต่อไป.”

<sup>253</sup> 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.”

<sup>254</sup> คำแถลงการณ์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

เป็นกรณีที่แต่งตั้งตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ดังนั้น ในเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ประเมินนี้ ในการพิจารณาว่าการแต่งตั้งชอบหรือไม่ จึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีนี้จึงไม่อาจนำเรื่องดุลพินิจมาประกอบการพิจารณาได้

4.2.3 กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยเหตุออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการที่ศาลจะเพิกถอนเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่นๆ ซึ่งนอกจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกดังได้กล่าวไปแล้ว ก็มีเหตุภายในที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

#### 1) กรณีไม่ใช่ดุลพินิจอย่างแท้จริง

เหตุหนึ่งที่พบในการที่ศาลปกครองไทยจะใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยึดติดอยู่กับแนวทางการใช้ดุลพินิจ โดยไม่ใช่ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งอย่างแท้จริง ซึ่งกรณีนี้ก็ คือ การที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจดังกล่าว แต่ใช้อำนาจดังกล่าวในลักษณะของการใช้อำนาจผูกพัน ซึ่งตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสถือว่าการออกคำสั่งในลักษณะนี้เป็นการออกนิติกรรมทางปกครอง โดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)

เหตุที่ต้องมีการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง เพราะถือว่าเมื่อกฎหมายให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ผูกพันโดยมีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ และจะต้องใช้ดุลพินิจนั้นอย่างแท้จริง เนื่องจากการที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้ฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณของตนตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรจะกระทำการอย่างไรจึงจะเหมาะสมแก่กรณีนั้น กล่าวคือให้อำนาจตอบสนองความต้องการของประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และในขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้อย่างเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องก็จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง โดยพิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเสียก่อนแล้วจึงค่อยใช้วิจารณญาณของตนตัดสินใจออกคำสั่งไปตามความต้องการของประโยชน์มหาชนในขณะนั้น และการที่ฝ่ายปกครอง

ไม่ได้ใช้ดุลพินิจของตนอย่างแท้จริง ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจที่ไม่สมบูรณ์<sup>255</sup> ซึ่งการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้อาจมีได้หลายกรณี 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

<sup>255</sup> การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 124- 125). เล่มเดิม.

ที่สูงขึ้น ปรากฏตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ สร 0704/ว 6 ลงวันที่ 27 สิงหาคม 2525<sup>256</sup> ที่ได้แจ้งเวียนให้ส่วนราชการต่างๆ ถือปฏิบัติ ซึ่งต่อมาคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ก็ได้มีมติกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ตามแนวทางปฏิบัติเดิมในการเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการ โดยได้เปลี่ยนระบบการเลื่อนขั้นเงินเดือนเป็นปีละ 2 ครั้ง ตามมติคณะรัฐมนตรี ที่ให้พิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนแก่ข้าราชการก่อนแล้วจึงเลื่อนข้าราชการผู้นั้นขึ้นแต่งตั้งดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 13 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2544<sup>257</sup> 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 จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว<sup>258</sup>

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

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

<sup>257</sup> ข้อ 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.

<sup>258</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 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 58<sup>259</sup> และมาตรา 59<sup>260</sup> 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

---

<sup>259</sup> มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “การเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ให้เลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันหรือผู้สอบคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งนั้นได้หรือจากผู้ได้รับการคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งนั้น

กรณีใดจะเลื่อนและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันได้ ผู้สอบคัดเลือกได้ หรือผู้ได้รับการคัดเลือกให้เป็นไปตามที่ ก.พ. กำหนด

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

<sup>260</sup> 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 พิกษาเพิกถอนคำสั่งของอธิบดีกรมสรรพากร<sup>261</sup>

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

<sup>261</sup> 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 เป็นการดำเนินการตามแนวทางปฏิบัติของสำนักงานประกันสังคม<sup>262</sup> แต่เมื่อแนวทางปฏิบัติดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ข้าราชการที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในหมู่ข้าราชการ เนื่องจากข้าราชการที่ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการครั้งแรกตำแหน่งระดับ 3 ต่างกันเพียงแค่วันเดียว 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

<sup>262</sup> 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 พินิจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งของเลขานุการสำนักงานประกันสังคม<sup>263</sup>

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองจึงเห็นได้ว่า หากข้าราชการมีคุณสมบัติครบที่จะเลื่อนระดับสูงขึ้นตั้งแต่วันที่มิคุณสมบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้บังคับบัญชาก็ต้องออกคำสั่งเลื่อนระดับและแต่งตั้งโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ใช้ปฏิบัติกันมา เพราะจะเป็นการผูกพันในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยยึดติดหรือผูกมัดกับแนวทางการใช้ดุลพินิจมากเกินไป จนทำให้การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจึงต้องควบคุมให้การใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปอย่างแท้จริง และเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิประโยชน์ของข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งดังกล่าว

## 2) กรณีใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วน

หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ<sup>264</sup> โดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>265</sup> แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือแก่รัฐน้อยที่สุด<sup>266</sup> และห้ามไม่ให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่ง ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนหรือรัฐ<sup>267</sup> ซึ่งหลักการนี้ทั้งศาลปกครองฝรั่งเศสและศาลปกครองเยอรมนี นำไปใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง

ศาลปกครองเยอรมนียืนยันหลักการนี้ไว้ใน คดีเนรเทศคนต่างด้าวว่า การกระทำ ความผิดอาญาโดยเจตนาดังที่ปรากฏในคดีนี้ไม่ใช่กรณีความผิดไม่ร้ายแรงในความหมายของมาตรา 46

<sup>263</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1247/2547.

<sup>264</sup> *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน* (น. 102). เล่มเดิม.

<sup>265</sup> *แหล่งเดิม*. (น. 103).

<sup>266</sup> *แหล่งเดิม*. (น. 104).

<sup>267</sup> *แหล่งเดิม*. (น. 106).

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

ส่วนศาลปกครองฝรั่งเศสปรากฏในคดีขับไล่คนต่างด้าว โดยศาลจะใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งขับไล่ คนต่างด้าวที่เข้าประเทศโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยหรือมีพฤติกรรมที่เป็นภัยต่อประเทศชาติ ศาลสามารถใช้มาตรการนี้ขับไล่ออกนอกประเทศ หรือกรณีการควบคุมตัวไปยังชายแดน ซึ่งเป็นกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศฝรั่งเศสโดยไม่ชอบหรือเข้ามาโดยชอบแล้วแต่อยู่เกินกำหนด เมื่อถูกจับได้ก็อาจถูกควบคุมตัวไปยังชายแดนเพื่อผลักดันออกนอกประเทศ

ความชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ เป็นการพิจารณาในสาระสำคัญของการตัดสินใจหรือเจตนาภายในที่ก่อให้เกิดการกระทำทางปกครอง ที่มาจากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนตำแหน่งก็เช่นเดียวกัน ซึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้ หากศาลเห็นว่า การใช้ดุลพินิจนั้นเหมาะสม แม้จะไม่ถูกต้องตามแนวทางที่กำหนด แต่หากไม่ใช่การกระทำในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ก็ไม่ทำให้คำสั่งเลื่อนตำแหน่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เหตุที่ต้องควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลเพราะคำว่าดุลพินิจนั้นไม่ใช่เลือกได้ตามใจชอบ แต่จะต้องเป็นการวินิจฉัยตามเหตุและผล เมื่อสิ่งใดเป็นเหตุและผลแล้วย่อมจะมีทางที่จะชี้ได้ว่าถูกหรือผิด โดยการควบคุมดังกล่าวเป็นการพิเคราะห์เจาะลึกเข้าไปถึงคุณภาพหรืออีกนัยหนึ่งความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของการใช้อำนาจ ซึ่งต่างจากการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงที่เป็นเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันจะเป็นหลักประกันในเบื้องต้นว่า การใช้อำนาจน่าจะเหมาะสม

แก่กรณีเฉพาะเรื่องซึ่งมุ่งหมายจะใช้บังคับเท่านั้น<sup>268</sup> การควบคุมดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลนี้ ถือว่าเป็นการควบคุมในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลจะไม่ควบคุมหากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว และเมื่อการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องชอบด้วยเหตุผล เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในกระบวนการบริหารงานบุคคลภาครัฐมากที่สุด จึงมีข้อพิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้ดุลพินิจอย่างไรจึงจะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

เมื่อคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงอาจศึกษาหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการควบคุมความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครองมาเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งได้ กล่าวคือ หากเป็นการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอย่างมีเหตุผล ก็จะต้องนำหลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชน ไม่พึงกระทำมาประกอบการพิจารณา แต่หากเป็นการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลก็ต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณา

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

<sup>268</sup> การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 171). เล่มเดิม.

<sup>269</sup> 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 วช<sup>270</sup>

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

แต่ก็มีบางกรณีที่ศาลปกครองเห็นว่า การใช้ดุลพินิจนั้น เป็นไปโดยเหมาะสมแล้ว อันเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ไม่ว่าจะเป็กรณที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งภายหลังจากที่ได้แต่งตั้งผู้ที่สอบคัดเลือกได้ในบัญชีเดียวกันไปแล้ว เนื่องจากในขณะที่ออกคำสั่งแต่งตั้งตามบัญชื่อนั้น ข้าราชการผู้นั้นมีสุขภาพไม่แข็งแรงจากการประสบอุบัติเหตุ ทำให้ยังไม่พร้อมที่จะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งใหม่ ซึ่งคำสั่งเลื่อนระดับดังกล่าวข้างต้นศาลปกครองเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว<sup>271</sup> หรือกรณีอธิบดีกรมโยธาธิการมีคำสั่งเลื่อนนาง ว. ตำแหน่งบุคลากร 7 ขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งบุคลากร 8 (ผู้อำนวยการกองการเจ้าหน้าที่) ตามมติของคณะอนุกรรมการสามัญประจำกรมโยธาธิการ ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากปลัดกระทรวงมหาดไทยแล้ว ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งนักพัฒนาทรัพยากรบุคคล 8ว เห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากตนมีความอาวุโส มีคุณวุฒิและคุณสมบัติครบถ้วนที่จะดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการกองการเจ้าหน้าที่มากกว่า กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีไม่ยอมรับการใช้วิธีการคัดเลือกบุคคล โดยแยกกลุ่มประเมินและ

<sup>270</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 78/2549.

<sup>271</sup> คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1772/2546.

ไม่ได้เปรียบเทียบข้อมูลในหลายด้านระหว่างผู้ได้รับการแต่งตั้งกับผู้ฟ้องคดี แต่อ้างอายุงานและประสบการณ์ในตำแหน่งบุคลากรมาเป็นเหตุผลในการตัดสิน ซึ่งศาลปกครองเห็นว่า แม้มีการจัดแบ่งข้าราชการออกเป็น 2 กลุ่ม ก็ตาม แต่ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการประเมิน<sup>272</sup> โดยให้มีการประเมินผลการปฏิบัติงาน คุณสมบัติบุคคล และคุณลักษณะการบริหารงาน ซึ่งครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ทุกด้าน และการเปรียบเทียบวัดค่าคะแนนแยกกลุ่มกันระหว่างข้าราชการระดับ 8 กับระดับ 7 ย่อมเป็นธรรมกับข้าราชการในแต่ละกลุ่มแล้ว สำหรับประเด็นเรื่องอายุงานและประสบการณ์ เมื่อ นาง ว. มีประสบการณ์ในสายงานบุคลากรมากกว่าผู้ฟ้องคดี ย่อมต้องมีความเข้าใจในหน้าที่ที่จะปฏิบัติในสายงานนั้นได้ดีกว่า ซึ่งหมายความว่ามีความเหมาะสมมากกว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เลือก นาง ว. จึงมีเหตุผลอันสมควรเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ อันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว<sup>273</sup>

ตามคำพิพากษาของศาลปกครอง จากการศึกษาจึงเห็นได้ว่า ศาลปกครองไทยได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง และได้ปรับใช้โดยถูกต้องตามหลักความได้สัดส่วนดังเช่นที่ศาลปกครองเยอรมนีนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ในการปรับใช้หลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นไปโดยถูกต้องและเหมาะสมแล้ว ซึ่งก็จะเป็นประโยชน์ต่อข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งที่จะได้รับการเยียวยาแก้ไขจากคำสั่งดังกล่าวที่ออกโดยไม่ชอบให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมต่อไป

---

<sup>272</sup> 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 โดยมีองค์ประกอบคือการได้รับเงินเดือน 5 ปีย้อนหลัง วุฒิการศึกษาและการฝึกอบรม และ (3) การประเมินผลการปฏิบัติงาน คุณลักษณะการบริหารงาน.

<sup>273</sup> 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 ศาลปกครองไทยได้หยิบยกหลักการดังกล่าวไว้ในคำแถลงการณ์<sup>274</sup> ในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำหน้าที่ในการประเมินผลงานของผู้ฟ้องคดีว่าไม่ได้สำเร็จการศึกษาวิชาสถาปัตยกรรม ซึ่งศาลปกครองเห็นว่า ผลงานของผู้ฟ้องคดีเป็นผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน การแต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจในการประเมินผลงาน ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครูที่ไม่อนุวัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 เป็นผลการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

<sup>274</sup> 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) และนอกจากกรณีการใช้ดุลพินิจผิดพลาดอย่างชัดแจ้งดังกล่าวมาแล้ว 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  
ได้มาตามกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นก็ได้อำนาจมาเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์  
ที่กำหนดไว้ สิ่งทีถือว่าเป็นลักษณะพิเศษของเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ คือ  
มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น โดยต้องมีการค้นหา  
ความตั้งใจของฝ่ายปกครองในขณะที่ทำนิติกรรมนั้นว่ามีอย่างไร เนื่องจากเหตุเพิกถอนคำสั่ง  
เพราะการบิดเบือนอำนาจนี้ไม่ใช่เหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และจะนำมาใช้ต่อเมื่อเหตุ  
เพิกถอนด้วยเหตุอื่นๆ ไม่อาจใช้ได้แล้ว ซึ่งสำหรับศาลปกครองไทยก็ต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัย  
เกี่ยวกับกรณีนี้ต่อไปว่าจะมีการนำหลักการนี้ไปใช้ในการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงาน  
ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีบิดเบือนอำนาจ  
อย่างไร