

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ของข้าราชการฝ่ายพลเรือนโดยศาลปกครองไทย

ในกระบวนการใช้อำนาจเพื่อออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นปัญหาหนึ่งที่สำคัญ เพราะโดยหลักการแล้วผู้บังคับบัญชาจะต้องใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวภายในเงื่อนไขและขอบเขต ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ในด้านต่างๆ ของผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา ทำให้ข้าราชการผู้นั้นมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในงานที่มากกว่าเดิม ขณะเดียวกันอัตรา เงินเดือนก็จะเปลี่ยนแปลงในอัตราที่สูงขึ้น คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงมีผลกระทบโดยตรงต่อ สถานภาพทางกฎหมายในฐานะส่วนตัวของข้าราชการ ซึ่งหากข้าราชการเห็นว่าตนไม่ได้รับความ เป็นธรรมจากการออกคำสั่งดังกล่าวก็สามารถนำคดีมาขึ้นฟ้องต่อศาลปกครอง และในปัจจุบัน ข้อพิพาทในกรณีนี้ก็มีเป็นจำนวนมาก แต่จากการศึกษาพบว่า การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่ง เลื่อนระดับตำแหน่งของข้าราชการฝ่ายพลเรือน โดยศาลปกครองไทย ยังมีปัญหาอยู่หลายประการ กล่าวคือ ในการพิจารณาพิพากษาคดีเมื่อศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะอ้างเหตุในการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยอาศัยเหตุหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งนั้น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อ พิจารณาตามหลักกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องแล้ว จะเห็นได้ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นต้องถูกเพิกถอน ไม่ได้เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมายของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด ส่วนแนวทางในการควบคุมให้ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ของศาลปกครองก็ยังไม่มีความชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ประกอบกับโดยหลักการแล้ว ศาลปกครองจะไม่ก้าวล่วงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจ ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งของศาลปกครองไทยจึงต้องมีการกำหนดขอบเขตไม่ให้ ศาลพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเชิงบริหารจัดการหรือทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องควบคุมการใช้ดุลพินิจไม่ให้ใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือไม่มีขอบเขต เพื่อให้ข้าราชการได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างถูกต้องและเป็นธรรม

5.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งที่เกิดจากการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายฉบับต่างๆ เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาเป็นการเฉพาะตัว ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาอันเกิดจากคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นความสัมพันธ์ในฐานะส่วนตัว เพราะมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการโดยตรง คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงมีลักษณะเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่นที่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดจากการที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรืออาจจะเกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ ความชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

5.1.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองต้องทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

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

จากบทบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองจึงต้องทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกและสภาพภายในของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

ตามแนวความคิดในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครองที่สำคัญมีอยู่ด้วยกัน 3 ประการ กล่าวคือ

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

2) คำสั่งที่ทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ ในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายจะกำหนดขั้นตอนต่างๆ ไว้เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่โดยหลักการแล้วขั้นตอนในทางกฎหมายไม่ใช่ว่าทุกขั้นตอนจะมีผลกระทบโดยตรงต่อคำสั่งนั้น หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญก็ไม่ส่งผลให้คำสั่งนั้นตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่จะส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขั้นตอนนั้นจะต้องเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

3) คำสั่งที่ทำโดยไม่ถูกต้องตามแบบ คำสั่งทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาหรือรูปแบบอื่นตามที่กฎหมายกำหนด หากไม่ทำตามแบบจึงย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามแบบจะต่างจากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ ในแง่ที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการเป็นเรื่องของการไม่ทำตามกระบวนการในการกระทำทางปกครอง ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามแบบเป็นเรื่องของการไม่ทำตามรูปแบบภายนอกของการกระทำทางปกครอง ซึ่งคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นหนังสือ จึงจะไม่พบปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุแห่งการไม่ถูกต้องตามแบบ

ตามแนวความคิดในเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายในของคำสั่งทางปกครองหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งมีอยู่ 3 ประการ คือ

1) คำสั่งที่ออกโดยมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่เรียกว่าฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยหลักการแล้วหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำการทางปกครองที่มี

เนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่อาจที่จะเลือกกำหนดเนื้อความของการกระทำทางปกครองตามอำเภอใจได้ ในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากมีเนื้อหาที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) คำสั่งที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ก็คือกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย จึงส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีที่มีการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง โดยสำคัญผิดจึงย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

3) คำสั่งที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ บางครั้งเรียกว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) หมายถึง การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจกระทำการทางปกครองอย่างจงใจเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งหากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยมีการบิดเบือนอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมส่งผลให้คำสั่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

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

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักการกับข้อเท็จจริง พบว่า ปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นในการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้ คือ ความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ดังได้กล่าวไปแล้วว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง หากในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง

เกิดข้อผิดพลาดหรือเกิดเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ยอมทำให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทั้งเหตุอันเกิดจากสภาพภายนอกและสภาพภายในของคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้น ไม่ปรากฏแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองไทยในกรณีนี้โดยตรง แต่พบกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ อันเป็นกระบวนการคัดเลือกบุคคลเข้ารับการอบรมในหลักสูตรที่กำหนดไว้ที่เป็นเงื่อนไขของการเข้าสู่ตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น

คดีนี้ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เมื่อมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 กำหนดให้คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) มีอำนาจออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคัดเลือกและการสอบแข่งขัน เมื่อเกิดการทุจริตในการคัดเลือก (หรือการคัดเลือกโดยวิธีการสอบ) และ ก.ตร. ยังมีได้พิจารณากำหนดวิธีดำเนินการในกรณีดังกล่าวไว้ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีหน้าที่ต้องนำเสนอ ก.ตร. เพื่อพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ขึ้น เพราะเป็นอำนาจของ ก.ตร. การที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติใช้ดุลพินิจรับรองความถูกต้องของการสอบคัดเลือกโดยประกาศผลการสอบและแก้ปัญหาด้วยการให้รองผู้กำกับการทุกคนที่เข้าสอบคัดเลือกได้เข้ารับการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีเหตุผล พิพากษาให้เพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกดังกล่าว²⁷⁵

จากกรณีตัวอย่างทำให้เห็นได้ว่า แนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณีนี้จะเป็นไปในแนวทางที่ว่า หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ยอมส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในกรณีนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย แต่เมื่อพิจารณาตามเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทั้งสภาพภายนอกและสภาพภายในแล้ว จะเห็นได้ว่า กรณีนี้เหตุที่ส่งผลให้ประกาศผลการคัดเลือกผู้ผ่านการอบรมหลักสูตรผู้กำกับการไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากเหตุที่องค์กรผู้ใช้อำนาจไม่ใช่องค์กรตามที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำการดังกล่าว ไม่ใช่เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการรับรองความถูกต้องของการสอบคัดเลือกดังกล่าวแต่อย่างใด เพราะไม่ได้มีการวินิจฉัยถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจแต่อย่างใด

ในกรณีขั้นตอนหรือวิธีการมีหลายกรณีที่ศาลปกครองไทยพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง เพราะเหตุที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือมีการกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการนอกเหนือไปจากที่

²⁷⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 9/2547.

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

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

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

²⁷⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

แต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจ ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครู ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

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

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

จากการศึกษา ผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย ยังไม่มีความ ชัดเจนในการวินิจฉัยถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง ว่าเหตุ ที่ส่งผลให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เกิดจากผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

หรือเพราะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเพราะการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวย่อมทำให้แนวทางการพิจารณาพิพากษาไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ส่งผลให้ข้อเท็จจริงเดียวกันแต่ผลการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแตกต่างกัน และไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ส่งผลเสียต่อฝ่ายปกครองหรือข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา ที่เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งดังกล่าว

5.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในการนำหลักกฎหมายมาปรับใช้ในการพิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากปัญหาความไม่ชัดเจนว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเกิดขึ้นเพราะเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นเพราะเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาสถานะทางกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในประเทศต่างๆ พบว่า มีหลายประเทศที่มีแนวความคิด หลักการ และทฤษฎีที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ เช่น

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

ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Nichtige Verwaltungsakte) ก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย และจะเกิดขึ้นเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรง ที่แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้ศึกษาทางด้านกฎหมายพิจารณาแล้วก็จะเห็น

ได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ (Anfechtbare Verwaltungsakte) จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ได้ร้ายแรงถึงระดับ โฆษะ จึงยังมีผลในทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลไป ซึ่งในกรณีนี้หมายรวมถึงกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

จากการศึกษาระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงเห็นได้ว่า หากเกิดเหตุบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งนั้นจะตกเป็น โฆษะหรือ โฆษะจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป แต่หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็น โฆษะ

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

ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกออกเป็น 3 กรณี คือ

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

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

3) คำสั่งทางปกครองออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) กล่าวคือการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน มีอยู่ 2 กรณี คือ

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

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

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

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

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

การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการศาลปกครองฝรั่งเศสจะเพิกถอนเพราะเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) ซึ่งมีความเกี่ยวพัน

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

ในการพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นไปอย่างชัดเจน และทำให้เห็นได้ว่า หากคำสั่งนั้นมีเหตุบกพร่องอันเกิดจากการออกคำสั่งโดยปราศจากอำนาจ หรือออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ก็สามารถดำเนินการพิจารณาได้ในทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุที่คำสั่งออกโดยบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอน ซึ่งเกิดจากการใช้ดุลพินิจไม่ชอบแต่อย่างใด การพิจารณาตามหลักการนี้ไม่ก่อให้เกิดความสับสน และมีการแบ่งแยกระหว่างการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุภายนอกและภายในอย่างชัดเจน

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

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

ด้วยกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่า หากศาลปกครองพบเหตุที่จะเพิกถอนในกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองก็ไม่จำเป็นต้องนำเอาเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนแต่ประการใด แต่ในกรณีนี้ ยังไม่พบกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเพราะเหตุผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งโดยตรง จึงต้องศึกษาการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองในกรณีนี้ต่อไป

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

ผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หากพบว่าผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือได้ออกคำสั่งนั้นโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองไทยจะต้องพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งด้วยเหตุดังกล่าว โดยไม่ต้องอ้างเหตุเกี่ยวกับเรื่องการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งด้วยเหตุดุลพินิจไม่ชอบนั้นจะต้องปรากฏว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจ

โดยบิดเบือนหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย และในการที่จะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเพราะเหตุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องปรากฏว่าคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุอื่น ๆ ไม่ว่าจะป็นกรณีผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่ง หรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ อันจะทำให้การพิจารณาพิพากษาของศาลเป็นไปตามแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

5.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีกระบวนการในการใช้กฎหมายเหมือนกันกับคำสั่งทางปกครองประเภทอื่น โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายและส่วนผลของกฎหมาย และหากในส่วนที่กำหนดผลของกฎหมายได้กำหนดไว้มากกว่าหนึ่งทางเลือกเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่ง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายได้มอบให้อย่างเป็นทางการและถูกต้องเหมาะสม การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจดุลพินิจตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ ย่อมส่งผลให้คำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5.2.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

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

ก็อาจจะกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ ภายในองค์กรของตนได้ เพื่อให้การใช้อำนาจดุลพินิจเป็นไปในแนวทางเดียวกัน การกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจหรือที่เรียกกันว่ายี่ต็อกนี้ จะทำให้ประชาชนได้รับการปฏิบัติจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเสมอภาคอย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแตกต่างจากข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เจ้าหน้าที่เคยปฏิบัติตามยี่ตอกในสาระสำคัญ เจ้าหน้าที่ก็จะต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง มิฉะนั้นอาจถือว่าเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ย่อมส่งผลให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้นได้รับความเสียหายเพราะต้องเสียสิทธิประโยชน์ของตนไปอย่างไม่เป็นธรรม

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

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

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

ในส่วนการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งโดยศาลยุติธรรม ได้มีการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายประการด้วยกัน กล่าวโดยสรุป ได้แก่

1) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจภายในเงื่อนไขหรือขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเอง จะให้องค์กรอื่นใช้อำนาจแทนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติอนุญาตไว้ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดในการใช้อำนาจดุลพินิจ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนด และการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น

2) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง กล่าวคือ การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตน โดยต้องมีการพิจารณาก่อนที่จะตัดสินใจใช้อำนาจและมีการพิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีนั้นๆ อย่างรอบด้าน และการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างเป็นอิสระ โดยต้องไม่ผูกพันกับคำปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะขององค์กรอื่น ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันกับแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจภายในฝ่ายปกครองนั้นศาลยุติธรรมถือว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันกับแนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจได้ หากแนวปฏิบัตินั้นชอบด้วยกฎหมาย

3) การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลตามหลักความได้สัดส่วน การควบคุมในกรณีนี้ปรากฏแนวคำพิพากษาน้อยมาก ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นการนำมาใช้ในการควบคุมการประเมินภาษีอากรหรือการจ่ายค่าทดแทนในการเวนคืน

²⁷⁷ คำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 168/2543.

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

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

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

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

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

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

²⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1772/2546.

²⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 717/2547.

²⁸⁰ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1247/2547.

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

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

ข้าราชการตั้งแต่วันที่ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับการเลื่อนระดับตำแหน่ง เนื่องจากการเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นโดยให้มีผลแตกต่างกัน ย่อมทำให้สิทธิประโยชน์ของข้าราชการแตกต่างกันไปเช่นเดียวกัน

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

5.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้ดุลพินิจหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

จากปัญหาความไม่ชัดเจนของศาลปกครองในการควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้จริงและเป็นอิสระ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงการควบคุมการใช้ดุลพินิจโดยแท้จริงและเป็นอิสระตามแนวทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส พบว่า โดยหลักการแล้วตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส เหตุที่ส่งผลทำให้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ 3 เหตุหลักๆ กล่าวคือ

1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตหรือมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด คือ กรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ในส่วนผลทางกฎหมาย

2) การใช้ดุลพินิจบกพร่อง หรือการไม่ใช้ดุลพินิจ เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ใช้โอกาสเลือกตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง

ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะวินิจฉัยสั่งการ โดยไม่มีอำนาจดุลพินิจ

3) การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบหรือในทางที่ผิดหรือโดยบิดเบือน กรณีนี้เป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด คือ กรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ

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

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

รัฐมนตรีมหาดไทยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งตามนโยบายที่ตนวางไว้ล่วงหน้าอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีว่าการอยู่ในประเทศฝรั่งเศสของนาย Dridi นั้นจะมีผลต่อชื่อเสียงเกียรติยศของประเทศฝรั่งเศสหรือไม่

ในกรณีแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสจึงทำให้เห็นได้ว่า หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายได้มอบอำนาจให้ย่อมส่งผลให้การกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

จากปัญหาของศาลปกครองไทยที่ยังไม่มีความชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ ที่ในบางกรณีศาลปกครองก็วินิจฉัยให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกรอบหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ได้ปฏิบัติกันมา และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นอย่างชัดเจน และมีการปฏิบัติตามแนวทางการใช้ดุลพินิจนั้นภายในหน่วยงานของรัฐมาแล้ว แต่ในบางกรณีศาลปกครองก็ควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่จำเป็นต้องยึดถือตามแนวทางการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่จะคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการเป็นหลัก

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

ออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งให้แก่ข้าราชการตั้งแต่วันที่ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับการเลื่อนระดับตำแหน่ง เนื่องจากการเลื่อนระดับให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นแม้จะแตกต่างกันแค่เพียงวันเดียวก็ส่งผลแตกต่างกัน เพราะย่อมทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ และสิทธิประโยชน์ในด้านต่างๆ ของข้าราชการแตกต่างกันออกไป การควบคุมให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้จริงและเป็นอิสระ ภายในเงื่อนไขหรือขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนด จึงส่งผลให้ข้าราชการได้รับการคุ้มครองทั้งในด้านสิทธิประโยชน์ และอำนาจหน้าที่ตามที่ตนสมควรจะได้รับโดยชอบด้วยกฎหมาย

5.3 ปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน

ในปัจจุบันศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งศาลปกครองยังยึดหลักองค์กรตุลาการจะให้การเคารพต่อเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะจะเป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการได้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาจากผลงานของข้าราชการผู้นั้น ซึ่งการพิจารณาว่าผลงานเรื่องใดมีคุณภาพหรือไม่เพียงใดเป็นเรื่องในทางเทคนิคที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยองค์กรตุลาการไม่ได้อยู่ในฐานะที่เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในทุกๆ เรื่อง ในกรณีนี้องค์กรตุลาการจึงควรให้การยอมรับในการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่หากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีความผิดพลาดชัดเจนซึ่งวิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถเข้าใจได้ ในกรณีเช่นนี้องค์กรตุลาการจึงจะทำการควบคุมเนื้อหาของดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเป็นธรรม

5.3.1 ปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน

จากหลักเกี่ยวกับนิติรัฐ พบว่า องค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการจึงมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองย่อมควบคุมได้แต่เพียงว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย

หรือไม่เท่านั้น แต่ไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

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

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

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

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

“ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

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

กฎหมายฉบับดังกล่าว จึงรับรองอำนาจของศาลปกครองให้ทำการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ในฐานะที่เป็นเหตุฯ หนึ่งที่ทำให้การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่งผลให้ขอบเขตที่ศาลจะเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีความชัดเจน ไม่มีหลักเกณฑ์ในการควบคุมที่เป็นรูปธรรมและย่อมหมาความรวมไปถึงการควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งด้วย

เมื่อขอบเขตในการควบคุมคุณภาพในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งไม่มีความชัดเจนดังได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จึงพบว่าในบางกรณีศาลปกครองได้พิจารณาพิพากษาในกรณีนี้ในลักษณะที่เกินขอบเขตของอำนาจตุลาการ ซึ่งโดยหลักการแล้วจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะแต่ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมหรือองค์ประกอบในด้านอื่นๆ เพราะจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายปกครอง ทำให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรในฝ่ายปกครองเสียเอง

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

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

²⁸¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

แต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจ ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครู ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ในคดีดังกล่าว ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ผลงานของผู้ฟ้องคดีเป็นผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับสถาปัตยกรรมภายใน การแต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมให้ใช้ดุลพินิจในการประเมินผลงาน ทำให้การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการข้าราชการครู ที่ไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินผลงานทางวิชาการของผู้ฟ้องคดีเพื่อเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งอาจารย์ 3 ระดับ 9 เป็นผลการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย โดยตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า ในคดีปกครองจะตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการประเมินผลงานของบุคคลในกรณีที่มีลักษณะเช่นนี้ โดยหลักแล้วองค์กรตุลาการจะให้การเคารพต่อเนื้อหาของ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่า การพิจารณาว่าผลงานเรื่องใดมีคุณภาพหรือไม่เพียงใดเป็นเรื่องทางเทคนิค ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และเมื่อองค์กรตุลาการไม่อยู่ในฐานะที่จะเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญได้ในทุกๆ เรื่อง องค์กรตุลาการก็จะจำกัดการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของตนโดยไม่ใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกันกับที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจไว้แล้วนั้นอีก และยอมรับที่จะให้เป็นไปตามการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ด้วยหลักการเดียวกันนี้เอง หากเมื่อใดปรากฏว่า การใช้ดุลพินิจนั้นไม่ถูกต้องซึ่งแม้แต่วิญญูชนคนทั่วไปก็สามารถพิจารณามองเห็นได้โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญใดๆ องค์กรตุลาการก็จะเข้าไปทบทวนและเพิกถอนการใช้อำนาจนั้น หรือที่เรียกกันว่าการใช้ดุลพินิจมีความผิดพลาดอย่างชัดเจน (erreur manifeste) และนอกจากกรณี การใช้ดุลพินิจผิดพลาดอย่างชัดเจนดังกล่าวมาแล้ว องค์กรตุลาการก็อาจทำการทบทวนตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจได้อีกสาเหตุหนึ่ง ซึ่งได้แก่ การตรวจสอบว่า การใช้ดุลพินิจนั้นได้กระทำ โดยไม่เป็นกลางหรือมีอคติหรือไม่ ดังนั้น การจะอ้างเพียงเหตุว่าผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำหน้าที่ประเมิน ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้และประสบการณ์ที่เหมาะสม จึงไม่อาจนำมาอ้างได้ในคดีนี้ ส่วนการ ตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้น ในการพิจารณาคดีนี้ ไม่ปรากฏว่า ศาลปกครองได้เข้าไป ตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจประเมินบุคคล ว่าได้มีความผิดพลาดอย่างแจ้งชัดในการ ใช้ดุลพินิจประเมินผู้ฟ้องคดีอย่างไร หรือไม่ หรือได้ตรวจสอบว่า ผู้ทำหน้าที่ประเมินได้ใช้ดุลพินิจ โดยไม่เป็นกลางหรือมีอคติหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นว่า กรณียังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า การใช้ดุลพินิจ ของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁸² ตามคำแถลงการณ์ดังกล่าวเป็นการวินิจฉัย ในทำนองที่ว่า ศาลปกครองจะต้องให้ความเคารพต่อการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้ของหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะศาลไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในกรณีดังกล่าว เว้นแต่ข้อเท็จจริง

²⁸² คำแถลงการณ์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 59/2549.

ปรากฏว่า การใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีความผิดพลาดอย่างชัดเจนซึ่งขนาดวิญญูชนคนทั่วไป ก็สามารถเห็นได้ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจน ศาลปกครองจึงจะเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้

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

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

5.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน

จากปัญหาขอบเขตการควบคุมดุลพินิจในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงขอบเขตการควบคุมการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้ในประเทศต่างๆ เพื่อนำมาปรับใช้กับการควบคุมดุลพินิจในกรณีนี้ในศาลปกครองไทย ซึ่งจากการศึกษาแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส พบว่า

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

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

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

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

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้นของศาลปกครองไทย และเพื่อให้การควบคุมดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งมีขอบเขตการควบคุมที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมจึงเห็นควรมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการนำหลักการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสข้างต้นมาใช้ในกรณีเกี่ยวกับการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน กล่าวคือ ศาลปกครองควรให้ความเคารพต่อเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน ดังเช่นกรณีของศาลปกครองเยอรมนีที่จะไม่เข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจในการประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือดังเช่นในประเทศฝรั่งเศสที่จะจำกัดอำนาจการควบคุม แม้ว่าจะเป็นกรณีที่เป็นความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ เพราะในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการหรือวิชาชีพ ศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ จึงปล่อยให้เป็นที่หน้าทีของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองไทย พบแนวทางการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งในกรณีหนึ่งว่า คณะกรรมการพิจารณาคุณสมบัติและประเมินผลงานทางวิชาการได้พิจารณาผลงานของผู้ฟ้องคดีที่เสนอขอรับการประเมิน โดยไม่ปรากฏรายละเอียดการพิจารณาของแต่ละส่วนว่า ได้มีการกำหนดรายการประเมินหรือองค์ประกอบการประเมิน และเกณฑ์การตัดสินใจตามตำแหน่งและระดับไว้ตามหลักเกณฑ์ข้อ 3.2 ของประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินบุคคลเพื่อเลื่อนข้าราชการฝ่ายศาลปกครองขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในสายงาน

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

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

²⁸³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 290/2556.

เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นประโยชน์ต่อข้าราชการเพราะการใช้ดุลพินิจเพื่อออกคำสั่งเลื่อนระดับตำแหน่งเป็นไปอย่างยุติธรรม อีกทั้งยังทำให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่มีหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคล สามารถคัดเลือกบุคคลที่จะมาปฏิบัติงานในแต่ละตำแหน่งได้อย่างเหมาะสม และได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถมาพัฒนาระบบราชการของประเทศไทยต่อไป