

อำนาจดุลพินิจ
ในการส่งย้ายข้าราชการ

โดย
นายสุรชัย รัตนกรกุล

อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

นายสุรชัย รัตนกรกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช

พ.ศ. 2553

Discretionary Power of Orders to Transfer Government Officers

Mr. Surachai Rattanakornkool

A Thesis Submitted in partial Fulfillment of the Requirements for

the Degree of Master of Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2010

หัวข้อวิทยานิพนธ์ อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ
ชื่อและนามสกุล นายสุรชัย รัตนกรกุล
วิชาเอก กฎหมายมหาชน
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา 1. อาจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์
 2. อาจารย์ ดร. รังสิกร อุปพงษ์

วิทยานิพนธ์นี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ [พิมพ์วันที่สอบได้ผลผ่านที่นี่]

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร. รังสิกร อุปพงษ์)

..... กรรมการ
(อาจารย์เรืองรัตน์ บัวสัมฤทธิ์)

..... ประธานกรรมการบัณฑิตศึกษา
(รองศาสตราจารย์ ดร. สุจินต์ วิสวธีรานนท์)

ชื่อวิทยานิพนธ์ อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

ผู้วิจัย นายสุรชัย รัตนกรกุล รหัสนักศึกษา 2524001761 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา (1) อาจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์ (2) อาจารย์ ดร. รังสิกร อุปพงษ์

ปีการศึกษา 2553

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาวิเคราะห์รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง (2) ศึกษาวิเคราะห์เหตุทางข้อเท็จจริงในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการตามหลักความได้สัดส่วน (3) ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายการบริหารงานบุคคลขององค์กรและกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน

ผลการวิจัยพบว่า ปัญหาการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เกิดจากการพิจารณาเหตุทางข้อเท็จจริงและการอ้างกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ บางกรณีฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน แต่บางกรณีอาศัยอำนาจกฎหมายบริหารงานบุคคลขององค์กร ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนว่าการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายข้าราชการต้องมีเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การที่นักกฎหมายมหาชนมีความเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง มีสถานะเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง จึงไม่ต้องให้เหตุผลหรือให้โอกาสชี้แจงหรือโต้แย้งก่อนออกคำสั่ง คำวินิจฉัยของศาลพบว่าศาลได้ควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นกรณีๆ โดยไม่พิจารณาแต่เพียงว่าคำสั่งย้ายเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นเพียงมาตรการภายในเท่านั้น

ปัญหาที่เกิดการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ฝ่ายปกครองขาดความเข้าใจและสับสนเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจ ควรนำหลักกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันเกี่ยวกับการย้ายข้าราชการมาปรับใช้ โดยกำหนดให้การออกคำสั่งย้ายข้าราชการเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานหรือราชการ แต่เกิดผลกระทบต่อสิทธิและสถานภาพของข้าราชการ ให้มีลักษณะเทียบเท่าหรือเป็นคำสั่งทางปกครองและให้โอกาสชี้แจงหรือแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งย้าย

คำสำคัญ ดุลพินิจการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

Thesis title: Discretionary Power of Orders to Transfer Government Officers
Researcher Mister Surachai Rattanakornkool; **Degree:** Master of Law
Thesis Advisor: (1) Dr. Varaporn Vanaphitak (2) Dr. Rungsikorn Oubphong
Academic year: 2011

Abstract

This research is aimed to : (1) Studying to analyze model, the process or how to issue orders to transfer government officials of the governing administrative department (2) Analyze the causes of the facts in the use discretionary power of the governing administrative department in issuance orders to transfer government officials according to the proportion (3) Comparative analysis of issuance orders to transfer government officials of the governing administrative department according to personnel management and corporate law and public administration law.

The results showed that the problem of using discretionary power of the governing administrative department in issuance orders to transfer government officials due to the cause of considering the facts and legal claims in issuance orders to transfer government officials. Some cases, the administrative department use discretionary power in issuance orders to transfer government officials of the governing administrative department by using public administration law. However, some case use personnel management and corporate law. It makes the problem, this issue is not clear that the administration use discretionary power of issuance orders to transfer government officials. There are must have the facts and law to lawfully or not. Lawyers for the Public have opinion orders to transfer government officials. It does not have a state administrative order. There is a place within the administrative measures. So there's no reason or opportunity to explain or argue before issuance orders. The decision of the court found that the court was examining the use control of administrative discretion in ordering The decision of the court found that the court has considered, but only that orders to transfer of being administrative order, only the measures only

Problem using the power of administrative discretion in ordering Administrative confusion and lack of understanding about the power at its discretion. It should bring the law of French and German about transfer government officials by application. By requiring the government to issue an orders to transfer for benefit of the agency or official. But the impact on the rights and status of official to look equivalent. Or administrative order and an opportunity to explain or give evidence before issuance orders to transfer.

Keyword: Discretionary power of orders to transfer government officials

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยให้คำปรึกษา ชี้แนะ ตรวจสอบ และแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.รังสิกร อุปพงษ์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และอาจารย์เรืองรัตน์ บัวสัมฤทธิ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ได้กรุณาสละเวลาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำต่าง ๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณขงยุทธ อนุกุล สำนักงานศาลปกครอง และคุณศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ได้ให้คำชี้แนะและข้อมูลกฎหมายปกครอง กฎหมายเกี่ยวกับการย้ายข้าราชการของประเทศฝรั่งเศส คุณดารณี น่วมนา ที่กรุณาให้คำแนะนำ และสละเวลาตรวจทานภาษาฝรั่งเศสให้แก่ผู้เขียนครั้งนี้

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา อาจารย์ เพื่อนนักศึกษาที่คอยช่วยเหลือ ชี้แนะ และเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนโดยตลอด โดยเฉพาะคุณอารีย์ รัตนกรกุล ที่ได้เสียสละเวลาช่วยเหลือผู้เขียนพิมพ์เอกสาร ตรวจสอบและค้นคว้าข้อมูลเอกสารให้แก่ผู้เขียนระหว่างการศึกษาและในการจัดทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ จนกระทั่งสำเร็จลุล่วงด้วยดี

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดต่อผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากมีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

ศุรชัย รัตนกรกุล

พฤษภาคม 2554

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
สมมุติฐานของการวิจัย	4
ขอบเขตของการวิจัย	5
วิธีดำเนินการวิจัย	5
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 ข้อความคิดว่าด้วยคำสั่งทางปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง และคำสั่งย้ายข้าราชการ	7
ความหมาย และลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง	7
ความหมายและลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง	16
ข้อพิจารณาเปรียบเทียบคำสั่งทางปกครองกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง	22
สถานะทางกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการ	25
บทที่ 3 ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจดุลพินิจ และการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	43
ความหมาย และที่มาของอำนาจดุลพินิจในฝ่ายปกครอง	43
ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	53
การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง	55
การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครอง	59
การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความได้สัดส่วน	70
บทที่ 4 คำสั่งย้ายข้าราชการกับการบริหารงานบุคคลและการบริหารราชการแผ่นดิน	76
คำสั่งย้ายข้าราชการกับการบริหารงานบุคคล	76
คำสั่งย้ายข้าราชการกับการบริหารราชการแผ่นดิน	94

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 5 ปัญหาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจในการย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง.....	110
ปัญหาการพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงเพื่อใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง ย้ายข้าราชการ.....	111
ปัญหาที่เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ให้เหตุผลในการออกคำสั่ง ย้ายข้าราชการ.....	123
ปัญหาการอ้างหลักกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการตามกฎหมาย การบริหารงานบุคคลและกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน.....	132
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	147
บรรณานุกรม.....	157
ประวัติผู้วิจัย.....	166

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การบริหารงานบุคคลภาครัฐของประเทศไทยในช่วงระยะเวลานับตั้งแต่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อปี พ.ศ.2542 เป็นต้นมา ปรากฏว่าข้าราชการที่ถูกคำสั่งย้ายได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมาก โดยฟ้องว่าคำสั่งย้ายของผู้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นธรรม หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนและหลักเกณฑ์ที่กำหนด รวมทั้งการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งย้ายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยที่คำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งที่กระทบต่อตัวข้าราชการและเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของข้าราชการ เนื่องจากข้าราชการเป็นผู้ดำเนินกิจการภาครัฐ ข้าราชการจึงมีความสัมพันธ์กับรัฐในสองสถานะ คือ สถานะที่เป็นองค์กรของรัฐซึ่งไม่มีสิทธิและหน้าที่ของตนเอง เพราะเป็นเพียงเครื่องมือในการแสดงเจตนาของรัฐและในฐานะที่เป็นเอกชนซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐ ในสถานะนี้ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐหรือข้าราชการกับรัฐ ความสัมพันธ์ดังกล่าว จัดเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน¹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง สถานะของข้าราชการนั้นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายแทนรัฐ ส่วนอีกสถานะหนึ่ง ข้าราชการก็เป็นบุคคลธรรมดาหรือเอกชนและมีนิติสัมพันธ์กับรัฐ โดยถือว่ารัฐเป็นนายจ้างและข้าราชการเป็นลูกจ้าง อันเป็นความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายมหาชน² ภายใต้กฎหมายบริหารงานบุคคลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของข้าราชการ มิให้ถูกละเมิดหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของผู้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยตนเอง การบริหารงานบุคคลของรัฐต้องเป็นไปตามหลักคุณธรรม (Merit System) เพื่อเป็นหลักประกันและคุ้มครองข้าราชการที่จะไม่ถูกผู้บังคับบัญชากลับแก่งหรือลงโทษโดยไม่มีความผิดหรือไม่เป็นธรรม

¹ สมยศ เชื้อไทย (2530) “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 17, 3 (กันยายน), หน้า 67-68

² สมาน รังสิโยกฤษฎ์ (2543) “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล” กรุงเทพมหานคร สวัสดิการสำนักงาน ก.พ. หน้า 8

ระบบการบริหารงานบุคคลของรัฐของประเทศไทยที่ผ่านมา อาจกล่าวได้ว่าเป็นระบบอุปถัมภ์³ (Patronage System) การบรรจุ การแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนฐานะ และการออกจากราชการ เป็นไปตามแต่ผู้บังคับบัญชาจะพิจารณาเห็นสมควรและจะพบว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ มักจะอ้างเหตุผลว่า เพื่อความเหมาะสมและจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้าราชการในองค์กรกระบวนกรยุติธรรมหรือองค์กรที่มีผลกระทบต่อการดำเนินกิจการสาธารณประโยชน์ เช่น ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการครู บุคลากรทางการศึกษาและข้าราชการส่วนท้องถิ่น เป็นต้น นอกจากนี้ข้าราชการทางการเมืองซึ่งมีอำนาจกำหนดนโยบายมักเข้าแทรกแซงการทำงานของราชการประจำในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งการย้ายข้าราชการระดับสูงที่เป็นบุคคลสำคัญของการบริหารจัดการภารกิจในองค์กรของรัฐ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อราชการและประชาชนโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ แต่หลังจากที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2471 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ระบบการบริหารงานบุคคลของข้าราชการต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรม (Merit System) ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายและกฎระเบียบกำหนด บนพื้นฐานของความรู้ความสามารถ (Competence) คุณความดี (Merit) ความเป็นธรรม (Fairness) โดยมีองค์กรกลางบริหารงานบุคคลเป็นผู้ออกกฎ หรือระเบียบ และกำกับดูแลให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภานั้น ๆ

โดยที่การย้ายข้าราชการ เป็นการที่ฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้ข้าราชการผู้ใดผู้หนึ่งไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกันกับตำแหน่งเดิม แต่บางกรณีก็อาจย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมได้ แต่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็น ผู้มีอำนาจตามกฎหมายการบริหารงานบุคคลของข้าราชการประเภานั้น ๆ ก็มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการในสังกัดประจำกระทรวง ทบวง กรม กอง จังหวัด หรือส่วนราชการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดเป็นการชั่วคราวได้ การออกคำสั่งย้ายข้าราชการซึ่งเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชาคนใดคนหนึ่ง เป็นไปตามหลักบังคับบัญชา แม้ว่าคำสั่งย้ายข้าราชการดังกล่าว อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวข้าราชการ และเกิดผลกระทบกับสถานภาพทางครอบครัว หน้าที่การงาน ภาระทางการเงิน และกระทบต่อขวัญกำลังใจเป็นอย่างมากก็ตาม แต่เนื่องจากความเห็นของนักกฎหมายมหาชนของประเทศไทยมีความเห็นว่า สถานะของคำสั่งย้ายข้าราชการ ไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น คำสั่งใดที่จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ นั้น ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ กล่าวคือ (1) เป็นการแสดง

³ ประวิณ ณ นคร (2547) “บันทึกประวัติข้าราชการพลเรือนและ ก.พ.” กรุงเทพมหานคร: บริษัทประชาชน จำกัด หน้า 9

เจตนาฝ่ายเดียวโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (2) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายมหาชน (3) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล และ (4) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก แต่เนื่องจากคำสั่งย้ายข้าราชการมิได้มีผลไปสู่ภายนอก เป็นเพียงคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายมหาชนต่อผู้ใต้บังคับบัญชา ตามหลักการบังคับบัญชา และการเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยผู้บังคับบัญชา ทำให้ขาดองค์ประกอบที่สำคัญส่วนหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง จากการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 ถึงปัจจุบันก็ไม่ปรากฏว่าศาลได้ชี้ชัดว่าคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แต่ศาลปกครองได้รับคดีที่ข้าราชการผู้ถูกคำสั่งย้ายฟ้องคดีเพื่อตรวจสอบว่าการออกคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นไปตามขั้นตอน วิธีการ หรือหลักเกณฑ์และอยู่ในขอบเขตหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ การใช้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการใดเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ชอบหรือเกินขอบเขตอำนาจ ศาลปกครองก็จะเพิกถอนคำสั่งย้ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองจะพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเป็นกรณี ๆ ไป

การออกคำสั่งย้ายข้าราชการไปปฏิบัติหน้าที่แห่งอื่น แม้ว่าเป็นคำสั่งที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ทั้งเงื่อนไข รูปแบบ ขั้นตอนและหลักเกณฑ์ที่กำหนดและการใช้ดุลพินิจคำสั่งดังกล่าวต้องชอบด้วยกฎหมายและบรรลุตตามเจตนารมณ์ เนื่องจากการย้ายเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการ จึงต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและประชาชนได้รับประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่ข้าราชการได้รับ ปัจจุบันศาลปกครอง ได้มีคำพิพากษาเพิกถอนการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของผู้บังคับบัญชาหลายกรณี เช่น ปัญหาการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของผู้บังคับบัญชาโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายบริหารงานบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เป็นต้น ต้องมีข้อเท็จจริงและการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักความได้สัดส่วน ไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการเกินสมควรแก่เหตุ และพบว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ยังไม่ชี้ชัดเกี่ยวกับสถานะของคำสั่งย้ายข้าราชการและขอบเขตการตรวจสอบดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการว่า กรณีใดเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเฉพาะและกรณีใดไม่ชอบกฎหมาย จะต้องพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงและการวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นกรณีๆ นอกจากนี้ ในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เมื่อตีความว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง จึงไม่ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ทำให้เกิดปัญหาว่าข้าราชการผู้ถูกคำสั่งย้ายไม่อาจทราบเหตุผลหรือ

ความจำเป็นที่ผู้บังคับบัญชากระทำต่อตนว่าได้ใช้ดุลพินิจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้สัดส่วน และเกิดประโยชน์ต่อราชการหรือประชาชนหรือไม่ รวมทั้งกระบวนการก่อนออกคำสั่งย้ายของผู้บังคับบัญชา ได้พิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างเพียงพอหรือไม่

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงได้ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว เพื่อพิจารณาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชา ในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ มีมูลเหตุทางข้อเท็จจริง และการอ้างหลักกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการว่า การที่ฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาอ้างหลักกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นไปโดยชอบตามหลักเกณฑ์กฎหมายการบริหารงานบุคคลขององค์กร หรือกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน เนื่องจากหลักกฎหมายทั้งสองประการมีองค์ประกอบและเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาวิเคราะห์รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง

2.2 เพื่อศึกษาวิเคราะห์เหตุทางข้อเท็จจริงในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ตามหลักความได้สัดส่วน ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย หรือบรรทัดฐานตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายการบริหารงานบุคคลขององค์กร และกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน

3. สมมุติฐานของการวิจัย

สถานะของคำสั่งย้ายข้าราชการในปัจจุบัน ไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง คำสั่งย้ายข้าราชการต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งเงื่อนไขรูปแบบและการใช้ดุลพินิจ แต่เนื่องจากคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการ จึงต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและราชการได้รับประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่ข้าราชการจะได้รับ ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาว่าการออกคำสั่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Abuse of Power) จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง พบว่าการที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชา บางกรณีอาศัยอำนาจตามกฎหมายบริหาร

ราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป และศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่บางกรณีศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่เป็นไปตามกฎหมายบริหารงานบุคคลเฉพาะขององค์กรนั้น ๆ ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนว่าการที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินหรือตามกฎหมายบริหารงานบุคคลเฉพาะขององค์กรนั้น ๆ จะต้องมียกข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รวมทั้งขอบเขตการใช้ดุลพินิจ เพื่อให้คำสั่งย้ายข้าราชการดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยไม่จำเป็นต้องให้โอกาสผู้ได้บังคับบัญชาโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน

4. ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการและการควบคุมเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายของผู้บังคับบัญชา ตามหลักกฎหมายบริหารงานบุคคลและหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน

5. วิธีดำเนินการวิจัย

ในการทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้เป็นการดำเนินการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลักและใช้วิธีการวิจัยเชิงวิเคราะห์ทางนิติศาสตร์ (Legal Analysis) โดยศึกษาจากเอกสาร ตำราทางวิชาการ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ คำวินิจฉัย คำพิพากษา คำสั่งศาล และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 เพื่อกำหนดรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่เหมาะสม ในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง

6.2 เพื่อกำหนดกรอบและดุลยภาพที่เหมาะสม ในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง ต้องมีมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและกฎหมาย เพื่อความเป็นธรรมและไม่ก้าวล่วงขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

6.3 เพื่อนำหลักเกณฑ์ วิธีการของต่างประเทศที่เหมาะสม นำมาปรับใช้เกี่ยวกับการ
ย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

บทที่ 2

ข้อความคิดว่าด้วยคำสั่งทางปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง และคำสั่งย้ายข้าราชการ

1. ความหมายและลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐ (The rule of law) กล่าวคือ เป็นการปกครองโดยกฎหมาย มิใช่เป็นการปกครองประเทศโดยบุคคล หรือกลุ่มบุคคล ซึ่งการปกครองประเทศดังกล่าวนี้จะยึดถือหลักกฎหมายเป็นใหญ่ โดยมีกฎหมายกำหนดคกฏเกณฑ์ในการปกครองและการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและฝ่ายปกครองมีความผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ ไม่อาจวินิจฉัยและดำเนินการให้นอกเหนือไปจากที่บทกฎหมายให้อำนาจไว้ได้⁴ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมอยู่ใต้หลักบังคับที่ว่าในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ในทางปกครองต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือจะกล่าวให้แน่ชัดลงไปก็คือการกระทำในทางปกครองต้องอยู่ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Principle of Legality) ซึ่งหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน

การกระทำของฝ่ายปกครองหรือการดำเนินการต่าง ๆ ทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น หากพิจารณาถึงความมุ่งหมายของการกระทำ อาจแบ่งการกระทำทางปกครองออกได้เป็น 2 กรณี คือ การกระทำที่มุ่งผลในทางข้อเท็จจริง เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ใช้คำสั่งทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ได้แก่ การกระทำทางกายภาพ (physical act) หรือการปฏิบัติทางปกครอง เช่น การที่เจ้าหน้าที่ใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย การรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่สร้างรุกล้ำทางสาธารณะ เป็นต้น และการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายโดยก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของเอกชนได้แก่ การออกกฎ การทำสัญญาทางปกครอง (administrative contract) และการทำคำสั่งทางปกครอง (administrative act) การกระทำทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้การ

⁴ ประยูร กาญจนกุล (2523) “คำอธิบายกฎหมายปกครอง” กรุงเทพมหานคร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 62

ดำเนินการมากที่สุด คือ การทำคำสั่งทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต การลงโทษทางวินัยข้าราชการ เป็นต้น

การทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่จึงเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง คำสั่งทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งส่งผลให้การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองภายในขอบอำนาจที่ตนได้รับมอบ คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในเชิงรูปธรรมฝ่ายเดียว มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าและมุ่งที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง อาจเป็นการสั่งการหรือการไม่สั่งการ การอนุมัติหรือไม่อนุมัติ การอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้ และการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้น อาจจะมีผลเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่น การสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่สร้างรุกล้ำทางสาธารณะ เป็นต้น หรืออาจจะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ได้ เช่น การอนุญาตให้เปิดสถานบริการ เป็นต้น โดยปกติแล้วการกระทำของฝ่ายปกครองที่การกระทำในทางกฎหมาย (Juristic Act) มีสองลักษณะ คือ คำสั่งเฉพาะราย ได้แก่คำสั่งต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองกับการออกกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ได้แก่การออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งการกระทำทั้งสองประการต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จะเห็นได้จากคำสั่งต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองมักจะต้องเริ่มต้นด้วยข้อความว่า “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา....แห่งพระราชบัญญัติ.....” หรือในการออกกฎหมายลำดับรองเช่นกฎกระทรวงเรื่องใดก็จะต้องมีกฎหมายมาตราใดมาตราหนึ่งให้ออกกฎกระทรวงได้ เช่น ข้อความว่า “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา....” โดยมาตราที่อ้างในกฎหมายก็คือมาตราที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกกฎกระทรวง⁵ ดังกล่าว

1.1 ความหมายและลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1.1.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

การกระทำในทางปกครอง (acte administratif) ของฝ่ายปกครอง อาจกระทำได้ในสองวิธี โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำในทางปกครองนั้น ๆ วิธีที่หนึ่งพิจารณาว่าการกระทำนั้นมาจากองค์กรฝ่ายปกครองใด วิธีนี้เป็นการนิยามตามรูปลักษณะของการ

⁵ สุนทร มณีสวัสดิ์ (ม.ป.ป.) “ศาลปกครอง” รวมบทความการปฏิรูปการเมือง, หน้า 155

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505 (ประชุมใหญ่)

กระทำ การกระทำในทางปกครอง หมายความว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดสถานะตามกฎหมายแก่เอกชน ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์หรือจะทำให้เกิดภาระหน้าที่แก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครอง ส่วนวิธีที่ สองนั้น การกระทำในทางปกครอง หมายความว่า การกระทำต่าง ๆ ที่มาจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของตน⁷

ความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ก็คือ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ที่มีผลเป็นกฎหมายเฉพาะเจาะจง ซึ่งในแต่ละประเทศมีสาระสำคัญที่เหมือนกันบ้างแตกต่างกันบ้าง ส่วนคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายทั่วไปนั้น เป็นคำที่แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสว่า “acte administratif” ประกอบด้วยคำสองคำ คือ คำว่า “acte” เป็นคำนาม กับคำว่า “administratif” เป็นคำคุณศัพท์ นิติกรรมทางปกครองในความหมายโดยทั่วไป ก็คือการแสดงออกซึ่งเจตนาของฝ่ายปกครอง แต่การกระทำทั้งหมดของฝ่ายปกครองก็ได้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่จะถูกศาลตรวจสอบได้ทั้งหมด⁸

1.1.2 ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

1) คำสั่งทางปกครองต้องออก โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ผู้มีอำนาจกระทำในนามของนิติบุคคลมหาชน ถ้าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่มหาชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีหน้าที่ทางอื่น เช่น หน้าที่ทางนิติบัญญัติ หรือหน้าที่ทางตุลาการ การกระทำนั้นก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่ในบางกรณีคำสั่งทางปกครองอาจออกโดยองค์กรเอกชนก็ได้ แต่ต้องเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหมายหน้าที่บริการสาธารณะเท่านั้น⁹

2) คำสั่งทางปกครองต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่เปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมาย ส่วนการกระทำที่จะแสดงว่าเกิดผลทางกฎหมายหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาส่วนที่เป็นข้อกำหนดหรือคำสั่งบังคับ¹⁰ ซึ่งการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองต้องเกิดจากตัวคำสั่งทางปกครองนั้น

⁷ ประยูร กาญจนกุล (2518) “คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ” กรุงเทพมหานคร ชั้นปริญญาโท แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (อัคราณา), หน้า 20

⁸ ชาลูนชัย แสงศักดิ์ (2531) “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” เอกสารประกอบการฝึกอบรมของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สัญญาทางปกครอง (28 กันยายน), หน้า 62-63

⁹ เล่มเดิม, หน้า 281

¹⁰ โภคิน พลกุล (2529) “คดีปกครองในฝรั่งเศส”, วารสารอัยการ 9, 97 (มกราคม), หน้า 45

3) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองที่สมควรใจก่อให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยใช้อำนาจมหาชน ดังนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนา หรือการกระทำในขอบเขตกฎหมายแพ่ง จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

4) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคล หากไม่มีผลเป็นการก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคล ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้รับคำสั่งและเป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีข้อความกำหนดให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ คำสั่งนั้นย่อมขาดลักษณะที่จะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นเพียง “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้บังคับภายในและการดำเนินงานขององค์กร แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการภายในของฝ่ายปกครองใด ที่มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องแล้ว จะสิ้นสภาพของการเป็น “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” และศาลถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

5) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นกฎเกณฑ์อันมีผลเฉพาะรายอย่างเจาะจงตัวบุคคล และมีลักษณะเป็นรูปธรรมชัดเจน เป็นการนำกฎเกณฑ์ที่วางไว้แล้วนำมาใช้กับข้อเท็จจริงอันใดโดยเฉพาะ

1.2 ความหมายและลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

1.2.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครอง (verwaltungsakt) เป็นแก่นของข้อความคิดของกฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งครอบคลุมการกระทำทั้งหมดขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ของปัจเจกชน โดย Otto Mager เป็นผู้ให้ลักษณะสำคัญของนิติกรรมทางปกครองว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในกรณีเฉพาะรายอันชอบด้วยกฎหมาย ประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1976 (verwaltungs verfahrensgeaetzt) มาตรา 35 วรรคแรก ได้นิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หมายความว่า บรรดาคำสั่ง คำวินิจฉัย คำอนุญาต หรือมาตรการอื่น ๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือ วางข้อกำหนดให้มีผลทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอกเป็นกรณีเฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน¹¹

¹¹ สมยศ เชื้อไทย , อ่างแล้ว, เจริญรอดที่ 1, หน้า 64

1.2.2 ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองมีลักษณะดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ (Massnahme) หมายถึง การกระทำทุกอย่างที่มีวัตถุประสงค์ซึ่งอาจแสดงออกด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษรหรือแสดงท่าทางเคลื่อนไหวร่างกาย หรือวิธีการอื่น ๆ ส่วนการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นเพียงการเตรียมการ (vorbereitungsakt) เพื่อจะออกคำสั่ง หรือเพื่อวินิจฉัยเรื่องเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการออกคำสั่ง หรือการวินิจฉัยเท่านั้น

(2) คำสั่งทางปกครองต้องทำโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือส่วนราชการที่รับผิดชอบและปฏิบัติงานปกครองของอำนาจบริหาร ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ.1976 มาตรา 1 (4) ให้คำนิยามองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าหมายถึงองค์กรที่มีภาระหน้าที่ทางปกครอง

(3) คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ (Regelung) ซึ่งเป็นข้อกำหนดเฉพาะรายอันมีผลทางกฎหมาย กล่าวคือ การก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชนที่อยู่ในรูปของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ในลักษณะเป็นนามธรรม เป็นรูปของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะรายเจาะจงตัวบุคคลเป็นรูปธรรม เช่น คำสั่งแต่งตั้งหรือไล่ออก หรือปลดข้าราชการของรัฐคนใดคนหนึ่ง เป็นต้น

(4) คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยใช้อำนาจปกครอง (hoheitlich) อำนาจปกครองนี้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ถ้าเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น การที่ประธานาธิบดีประกาศใช้กฎหมายเป็นการกระทำตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าประธานาธิบดีมีคำสั่งไล่ออกข้าราชการออกจากตำแหน่งก็เป็นการดำเนินการตามกฎหมายปกครอง ส่วนการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีผลทางกฎหมายในขอบเขตเอกชน เช่น การเลิกสัญญาเช่าอาคาร มาตรการทางปกครองที่มีผลทางแพ่งก็ถือว่าเป็นเรื่องในกฎหมายเอกชน

(5) คำสั่งทางปกครองต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก (Die unmittelbare Rechtswirkung nach aussen) ลักษณะสำคัญข้อนี้เป็นการกำหนดขอบเขตระหว่างเสรีภาพของเอกชนและรัฐว่ากรณีใดเป็นการก้าวไปสู่อำนาจสิทธิและเสรีภาพของเอกชนตามข้อเสนอให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ภายในองค์กรส่วนราชการฝ่ายปกครองของรัฐหรือกรณีที่มีผู้บังคับบัญชาสั่งให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นในความรับผิดชอบของตนกระทำการตามที่สั่งภายใน

ขอบเขตของงาน อาจอยู่ในรูปหนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวปฏิบัติและแนวการใช้ดุลพินิจไม่ใช่กฎหมายส่วนหนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวปฏิบัติและแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ผู้บังคับบัญชาทำ และสั่งให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นในความรับผิดชอบของตนกระทำการตามที่สั่งภายในขอบเขตของงาน ดังกล่าวเป็นเพียงกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครอง ไม่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก หนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวปฏิบัติและแนวการใช้ดุลพินิจที่ทำโดยเจ้าหน้าที่ระดับผู้บังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครอง แต่ยังไม่มีการทำคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง บุคคลใดจะฟ้องร้องต่อศาลโต้แย้งหนังสือเวียน คำสั่งภายใน หรือแนวปฏิบัติดังกล่าวทันทีไม่ได้

(6) คำสั่งทางปกครองเป็นการออกคำสั่ง หรือคำอนุญาตให้แก่บุคคลใด บุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใด กลุ่มบุคคลหนึ่ง (individual) และเฉพาะข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง¹² (konkret)

1.3 ความหมายและลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองของประเทศไทย

1.3.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าหรืออำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้กับบุคคลเป็นการเฉพาะรายอย่างเจาะจง โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วยและการกระทำมีลักษณะเป็นรูปธรรมชัดเจน¹³

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้ให้คำนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อ

¹² กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ (2544) “หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน” กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 8-9

¹³ การกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชน คือ การกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชน (ซึ่งตนมีอำนาจเหนือกว่า) และเป็นอำนาจฝ่ายเดียวสั่งการต่อเอกชน ไม่ว่าเอกชนจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชน คือ การกระทำที่ฝ่ายปกครอง “ลงจากเวทีแห่งกฎหมายมหาชน” (ซึ่งตนมีอำนาจเหนือกว่า) มาเคลื่อนไหวยก่อดังสิทธิหน้าที่ในแดนของกฎหมายเอกชน, โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, กรุงเทพฯ:วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ 3, 2549, หน้า 71-74

สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ หรือการวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ เช่น กฎกระทรวง เพราะกฎไม่มีลักษณะเป็นการสั่งเฉพาะราย แต่เป็นการประกาศโดยทั่วไป และการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁴

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ อธิบายว่าจากคำนิยามข้างต้น ข้อความที่เป็นการให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ก็คือ ข้อความที่ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายแต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ” ส่วนข้อความถัดมาที่ว่า “...เช่น การสั่งการ...” เป็นเพียงการให้ตัวอย่างของ “คำสั่งทางปกครอง” เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายเข้าใจได้ง่ายขึ้น¹⁵

จากบทนิยามตามมาตรา 5 ดังกล่าว ถึงแม้จะใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” แต่โดยเนื้อหาแล้วก็คือนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง เหตุที่ไม่ใช้คำว่า นิติกรรมทางปกครอง ก็เพื่อป้องกันความสับสนในวงวิชาการ หากพิจารณาความหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายฉบับดังกล่าวจะเห็นว่ามีความหมายสอดคล้องกับความหมายของ นิติกรรมทางปกครอง ที่ใช้อยู่ในประเทศเยอรมัน ที่มีความหมายถึงนิติกรรมที่มีผลเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป อันได้แก่กฎ นอกจากนี้ หากพิจารณาความหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะราย มีความหมายเป็นสองนัย กล่าวคือ ความหมายแรกเป็นความหมายที่แท้จริง ส่วนอีกความหมายหนึ่งนั้นเป็นความหมายที่กฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองไปกำหนดให้กิจการใดหรือคำสั่งที่มีลักษณะอย่างใดเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งคำสั่งทางปกครองในความหมายประการที่สองนี้เองอาจจะช่วยให้การพิจารณาแน่นอนชัดเจนและหลีกเลี่ยงความสับสนในทางปฏิบัติ ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันในทางวิชาการได้ในระดับหนึ่ง โดยให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองกำหนดให้กิจการใดหรือคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ผลเสียอาจจะทำให้เกิดความเข้าใจผิดกับความหมายที่แท้จริง ซึ่งจะเป็น

¹⁴ กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ

1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณี ดังต่อไปนี้
 - (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า เช่าซื้อ เช่าหรือให้สิทธิประโยชน์
 - (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
 - (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน
2. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

¹⁵ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ (2541) “รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2539” กรุงเทพมหานคร วิญญูชน, หน้า 39

ปัญหาคาบเกี่ยวในทางทฤษฎีระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะกำหนดให้กิจการใดหรือคำสั่งใดที่มีใช้เป็นคำสั่งทางปกครองในความหมายที่แท้จริงเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยวิธีการออกกฎกระทรวง ตามมาตรา 5 จึงต้องกำหนดเท่าที่จำเป็นและต้องคำนึงถึงผลอันไม่พึงประสงค์ที่อาจจะเกิดขึ้นได้¹⁶

1.3.2 ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

จากคำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 สามารถแบ่งลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ดังนี้

(1) เป็นการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียว โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือ เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ เพราะการที่จะเป็นคำสั่งได้ต้องเป็นการแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง หากเป็นการแสดงเจตนาโดยต้องได้รับความยินยอมแล้วย่อมไม่ใช่คำสั่ง ซึ่งการแสดงเจตนาอาจปรากฏได้ทั้งในรูปของการกระทำที่เป็นลายลักษณ์อักษรและการกระทำที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น วาจา สัญญาณ เครื่องหมาย เป็นต้น ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้รับมอบอำนาจจากรัฐให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

(2) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principe de la legalité) ต้องมีฐานแห่งอำนาจคือกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สมบูรณ์และเกิดช่องว่างของกฎหมายในการที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติหน้าที่ตามความรับผิดชอบเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธไม่ได้ว่าไม่มีกฎหมายให้กระทำได้ จึงไม่กระทำการเนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ จึงมีหน้าที่กระทำโดยอาศัยอำนาจรัฐในทางกฎหมายมหาชน

(3) ก่อให้เกิดผลเฉพาะกรณี คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยมุ่งสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ คือเป็นการกระทำที่มุ่งใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งคุณสมบัติในข้อนี้ที่ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างจากกฎ เพราะกฎมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเป็นเพียงการวางหลักไว้ แต่ยังไม่ใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งโดยตรง ส่วนคำสั่ง ทางปกครองโดยสภาพจะต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง แต่ในคำสั่งจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ได้

¹⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 13, หน้า 91-93

(4) มีผลโดยตรงออกสู่ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะกรณี หากเป็นกรณีที่ยังไม่มีผลออกสู่ภายนอก ยังอยู่ในฝ่ายปกครองหรือมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้ใช้เป็นการเฉพาะรายเฉพาะกรณี กรณีนี้ย่อมไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

สำหรับประเด็นที่ว่ากรณีใดการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองได้วินิจฉัยไว้ ดังนี้

1) การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ ที่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง คือการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับคำสั่ง และการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้รับคำสั่ง

2) การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่งและกรณีที่ใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่เป็นเพียงขั้นตอนของการบริหารสัญญาหรือการใช้สิทธิตามสัญญา กรณีที่ใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เป็นเพียงการดำเนินการภายในฝ่ายปกครองระหว่างส่วนราชการด้วยกัน กรณีที่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองอันจะทำให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน และกรณีที่ฝ่ายปกครองทำนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยมีวัตถุประสงค์ให้เกิดผลเป็นการทั่วไปมิได้มุ่งหมายใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมมิใช่คำสั่งทางปกครองแต่มีสถานะเป็นกฎ

กล่าวโดยสรุปแล้ว คำสั่งทางปกครอง คือรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง (Administrative Act) ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง¹⁷ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองจะมีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใดขึ้นอยู่กับระบบของกฎหมายของแต่ละประเทศ ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน นิติกรรมทางปกครองจะมีความหมายกว้างหรือแคบแตกต่างกันไป

¹⁷ นิติกรรมทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น มิได้หมายความว่า การกระทำทางปกครองทั้งหมด นิติกรรมทางปกครองอาจมีความหมายได้หลายนัย สรุปได้ดังนี้ (1) ความหมายอย่างกว้าง หมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมทั้งหมด หมายถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวและสัญญาทางปกครองด้วย ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง กฎและสัญญาทางปกครอง (2) ความหมายอย่างกลาง หมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ได้แก่ คำสั่งทางปกครองและกฎ (3) ความหมายอย่างแคบ หมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะเท่านั้น มิได้หมายรวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะทั่วไป ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง, โปรดดู สมยศ เชื้อไทย “การกระทำทางปกครอง” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530), หน้า 49

กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครอง ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมีความหมายรวมถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายและที่มีผลทั่วไปด้วย ส่วนนิติกรรมทางปกครอง ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายเท่านั้น ความหมายของคำว่า นิติกรรมทางปกครอง ตามกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันสาระสำคัญอยู่ที่การกระทำ อาจออกคำสั่งด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้กับประชาชน เช่น มาตรการลือคส์รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด มาตรการสลายการชุมนุมประท้วงที่ผิดกฎหมาย เป็นต้น¹⁸ ส่วนในกฎหมายไทยนั้น นิติกรรมทางปกครองจะมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด ในทางวิชาการเองก็ยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกัน บางท่านใช้คำในความหมายอย่างกว้าง ส่วนบางท่านใช้ในความหมายอย่างแคบ ตามแนวคิดที่ผู้แต่งตำราได้ศึกษาจากต่างประเทศนั้น ๆ นอกจากนี้ คำว่านิติกรรมทางปกครอง ยังไม่ปรากฏหรือมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายปกครองของไทย นักกฎหมายไทยจึงพยายามหลีกเลี่ยงเพื่อมิให้เกิดความสับสนในการใช้ถ้อยคำที่ใช้กันในหลายความหมายและเพื่อไม่เป็นการปิดกั้นการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองและกฎ ในระบบกฎหมายไทยว่าต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกับ acte administratif ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเท่านั้น จึงหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า นิติกรรมทางปกครองในกรณีที่จะกล่าวถึงคำสั่งทางปกครองหรือกฎก็ให้กล่าวให้ชัดเจนลงไปว่าจะหมายถึงอย่างไรอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง โดยไม่ต้องใช้คำว่า นิติกรรมทางปกครอง¹⁹ ส่วนในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองมีความหมายอย่างใดนั้น อาจสรุปจากการรับเรื่องไว้พิจารณาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครองเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ทางกฎหมาย (ordonnancement juridique)²⁰ โดยอาศัยเอกสิทธิแห่งอำนาจมหาชน

2. ความหมายและลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

2.1 ความหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

¹⁸ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ (2551) “กฎหมายปกครองเบื้องต้น”, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร วิญญูชน, หน้า 37

¹⁹ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 13, หน้า 94

²⁰ พูนศักดิ์ ไร่สารวจ (2528) “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”, *วารสารกฎหมายปกครอง* (สิงหาคม, 4, 2), หน้า 273

แนวความคิดของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำว่า “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” มีความหมายได้หลายความหมาย กล่าวคือ

ความหมายอย่างกว้าง หมายความครอบคลุมถึงหนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ (circulaires non réglementaires) การกระทำที่เป็นการเตรียมการ (actes préparatoires) ซึ่งไม่ก่อให้เกิดข้อพิพาท (ne faisant pas grief)

ในความหมายอย่างแคบ หมายถึงมาตรการในรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานภายในของหน่วยงานหนึ่งหน่วยงานใด แนวคำวินิจฉัยของศาลถือว่าไม่อาจถูกนำไปฟ้องคดีขอให้สั่งเพิกถอน (recours pour excès de pouvoir) ได้ ถึงแม้ว่าจะมีคุณลักษณะทุกอย่างที่จะเป็น décision exécutoire ได้ก็ตาม เช่น คำสั่งของผู้อำนวยการโรงเรียนที่สั่งห้ามนักเรียนใส่กางเกงสำหรับเล่นสกีไปโรงเรียน คำสั่งจัดเวรยามภายในหน่วยงานของฝ่ายปกครอง คำสั่งลงโทษนักเรียนโดยให้อยู่ที่โรงเรียนหลังโรงเรียนเลิก (retenues) คำสั่งลงโทษทหารโดยการกักขัง และคำตำหนิเจ้าหน้าที่อย่างรุนแรงโดยไม่มีกรลงโทษทางวินัยอย่างอื่น เป็นต้น²¹

กล่าวโดยทั่วไป มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง คือ มาตรการที่มีวัตถุประสงค์อยู่ภายในกรอบของฝ่ายปกครอง โดยมุ่งจัดระบบภายในและปฏิบัติงานของหน่วยงานหรือบริการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองและเป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจสั่งการเพื่อให้การดำเนินงานขององค์กรเป็นไปอย่างราบรื่นและมีประสิทธิภาพหรืออาจเป็นมาตรการลงโทษ

Maryvonne Hecquard – Theron²² ให้ความหมายว่า มาตรการที่เป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ มาตรการที่เป็นการตีความ (les mesures interprétatives) กับมาตรการที่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ (les mesures normatives) ซึ่งมาตรการประเภทแรกมีความชัดเจนว่าไม่เป็นคำสั่งทางปกครองเพราะไม่มีลักษณะบังคับตามกฎหมาย (l'absence de force juridique) ส่วนมาตรการตามประเภทที่ 2 นั้น มีผลในทางกฎหมายบางประการ ซึ่งในมาตรการประเภทที่ 2 ยังสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. มาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ยังอาจแบ่งออกเป็น

1.1 หนังสือเวียน

²¹ ยงยุทธ อนุกุล (2533) “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 90

²² Maryvonne Hecquard- THERON, *De la mesure d' ordre intérieur*.AJDA, 1981,p 235. อ้างใน ศุภิศร พิศาลบุตร (2548) “คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ: ศึกษาเฉพาะกรณีคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, หน้า 13-14

1.2 มาตรการวางกฎระเบียบภายในของหน่วยงาน เช่น ระเบียบข้อบังคับของโรงเรียน

2. มาตรการภายในที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายหรือเฉพาะกรณี ได้แก่ คำสั่งเฉพาะรายที่ผู้บังคับบัญชา มีต่อผู้ใต้บังคับบัญชาคนหนึ่ง เช่น คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาชี้แจงแสดงความเห็น หรือสอบสวนข้อเท็จจริงหรือย้ายผู้ใต้บังคับบัญชาจากหน่วยงานหนึ่งให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในอีกหน่วยงานหนึ่งในระดับตำแหน่งเดียวกัน โดยถือว่ามาตรการดังกล่าวเป็นเรื่องภายในระหว่างผู้ที่อยู่ในหน่วยงานนั้นและไม่อยู่ในความควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง เว้นแต่เป็นมาตรการที่กระทบต่อสถานภาพหรือเอกสิทธิ์ที่ได้รับมาแล้วหรือมีผลกระทบทางการเงินของบุคคล ซึ่งศาลปกครองจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองและควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว อีกทั้งมาตรการเหล่านี้มิได้มุ่งบังคับกับราษฎรโดยตรงจะมีผลกระทบต่อราษฎรก็แต่โดยอ้อมเท่านั้น จุดดังกล่าวจึงเป็นข้อแตกต่างระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองกับคำสั่งทางปกครอง

ส่วนประเทศไทย คำว่า “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ยังไม่มีการนิยามหรือให้ความหมายของคำว่า “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” แต่อย่างใด ความเห็นของนักวิชาการทางกฎหมายมหาชน เช่น รองศาสตราจารย์ ดร.พูนศักดิ์ ไวสารวัจ เห็นว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำอื่นของฝ่ายปกครองที่ไม่มีสภาพที่เป็นคำสั่งที่มีผลบังคับ เพราะที่ไม่มีผลทางกฎหมายใดตามมา มีคำพิพากษาว่าไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย และไม่อาจร้องเรียนต่อศาลปกครองได้โดยวิธีทางการเพิกถอน มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นมาตรการที่อยู่ภายในฝ่ายปกครองมีจุดประสงค์หลักในการจัดระเบียบและการดำเนินงานของบริการต่าง ๆ โดยทั่วไปไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายและไม่ถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับ²³

รศ.ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เห็นว่า คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนหรือห้ามมิให้กระทำการหรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ ที่เจ้าหน้าที่มีต่อหน่วยงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ ดังนั้นจึงมิใช่นิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง²⁴

²³ พูนศักดิ์ ไวสารวัจ (2528) “ความหมายและระบอบของนิติกรรมทางปกครองในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส” *วารสารกฎหมายปกครอง* 4 , 2, (สิงหาคม), หน้า 273

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2547) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมาย สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา*, หน้า 177

ดร.ฤทัย หงส์ศิริ เห็นว่าในทางปฏิบัติมีการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลายประการที่ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากการกระทำที่เป็นขั้นตอนการเตรียมการหรือขั้นตอนการให้คำแนะนำ ให้ความเห็น หรือขั้นตอนการแจ้ง หรือเป็นการสั่งการที่มีผลภายในฝ่ายปกครอง แต่ไม่มีผลทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอก เช่น มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง²⁵

รศ.ดร.กมลชัช รัตนสกววงศ์ ให้ความหมายว่า มาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เช่น หนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติราชการต่าง ๆ หรือในรูปของมติคณะรัฐมนตรี คำสั่งกระทรวง ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่บังคับบัญชาต้องการแจ้งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบเพื่อเป็นแนวทางการตีความกฎหมาย หรือกฎ ระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ หรือเป็นเรื่องที่อยู่บังคับบัญชาต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกันเพื่อความเป็นเอกภาพในการกระทำทางปกครองและเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมแก่เอกชนหรือผู้อยู่ใต้ปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงมักมีเนื้อหาหรือผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามอาจจะต้องรับโทษทางวินัย แต่ไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก หรือสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติราชการรวมทั้งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอื่น ๆ จึงไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง²⁶

กล่าวโดยสรุปแล้ว จากการพิจารณาความหมายของคำว่า “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ยังไม่มีการนิยามความหมายที่แท้จริง แต่จากการให้ความหมายโดยทั่วไป ไม่ว่าจะ เป็นของศาลหรือนักวิชาการดังกล่าวเห็นว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยอาจเป็นการกระทำที่เป็นขั้นตอนภายในฝ่ายปกครอง ที่ยังไม่มีผล ออกสู่ภายนอก เช่น การเตรียมการ หรือขั้นตอนการให้คำแนะนำ ให้ความเห็น หรือขั้นตอนการแจ้ง หรือเป็นการสั่งการที่มีผลภายในฝ่ายปกครองแต่ไม่มีผลทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอก

ในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่า ความหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีความหมายในลักษณะเป็นเพียงการสั่งการหรือการกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการปฏิบัติงานภายในของฝ่ายปกครองตามลำดับชั้นการบังคับบัญชาเท่านั้น มิได้มีผลไปสู่ภายนอกหรือกระทบโดยตรงต่อประชาชน ดังเช่นกรณีคำสั่งทางปกครอง

²⁵ ฤทัย หงส์ศิริ (2547) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมาย สำนักศึกษายอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 289

²⁶ กมลชัช รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 12, หน้า 127

2.2 ลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

เนื่องจากการบริหารงานภายในของรัฐ หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานของรัฐอื่น ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ด้วยกันมีลักษณะความสัมพันธ์ตามลำดับชั้น (hierarchical relation) ในรูปของพีรามิด เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจบังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่าซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาและรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่า ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของตน เนื่องจากผู้บังคับบัญชาแต่ละลำดับชั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานนั้นทุกคน ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้เสมอ²⁷ และคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดดังกล่าว อาจสั่งการในรูปของนิติกรรมทางปกครองหรือมาตรการภายในฝ่ายปกครองได้ ซึ่งมาตรการภายในของฝ่ายปกครองอาจจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เช่น หนังสือเวียน หรือแนวทางปฏิบัติราชการต่าง ๆ หรือในรูปของมติคณะรัฐมนตรี คำสั่งกระทรวง ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการแจ้งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบ เป็นแนวทางในการตีความกฎหมาย หรือกฎ หรือระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ หรือเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชาต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติในแนวทางเดียวกัน เพื่อความเป็นเอกภาพในการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง จึงมีเนื้อหาหรือผลกระทบท่อการปฏิบัติหน้าที่หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น

คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่มีต่อหน่วยงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบของทางราชการหรือตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐที่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เช่น อธิบดีกรมที่ดินสั่งให้เจ้าพนักงานที่ดินอำเภอฝากให้ จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ไปช่วยราชการที่สำนักงานที่ดินจังหวัดพระนครศรีอยุธยา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสั่งให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยชี้แจงแสดงความคิดเห็นทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของกรมการปกครอง หรือสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการเรื่องใดเรื่องหนึ่งของผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรปราการ แต่คำสั่งของผู้บังคับบัญชา ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิ หรือหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่มีต่อหน่วยงานของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ ย่อมเป็น

²⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 24, หน้า 176 - 178

“นิติกรรมทางปกครอง” เช่น อธิบดีกรมการปกครองออกคำสั่งเลื่อนระดับ เลื่อนขั้นเงินเดือน หรือไม่เลื่อนระดับหรือขั้นเงินเดือนให้แก่ข้าราชการในสังกัดกรมการปกครอง หรืออธิบดีกรมที่ดิน ออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการในสังกัดกรมที่ดินหรือสั่งให้ข้าราชการในกรมที่ดินออกจากราชการ เพราะมีมลทินมัวหมองหรือหย่อนความสามารถ เป็นต้น แนวปฏิบัติ (Directive) หรือ แนวนโยบาย (Rule of Policy) ที่ผู้บังคับบัญชาโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมนตรีกำหนดให้เจ้าหน้าที่ ผู้ใต้บังคับบัญชาถือปฏิบัติในการใช้อำนาจหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่นั้น ก็ไม่ใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” ประเภทที่เรียกว่ากฎ เช่น หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม พ.ศ. 2522 กำหนดนโยบายให้ผู้ว่าราชการจังหวัดถือปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจอนุญาตให้ เอกชนจัดตั้งสุสานและฌาปนกิจสถาน ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจตามพระราชบัญญัติสุสาน และฌาปนกิจสถาน โดยกำหนดว่าจะไม่อนุญาตให้จัดตั้งสุสานและฌาปนสถานขึ้นใหม่อีกต่อไป ในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องจัดตั้งให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดตั้งเองเพื่อสะดวกแก่การควบคุมและตรวจสอบ²⁸

ความมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองในกรณีที่ ผู้บังคับบัญชาสั่งให้เจ้าหน้าที่ขึ้นต้นในความรับผิดชอบของตนกระทำการตามที่สั่งภายในขอบเขต ของงาน อาจทำในรูปแบบหนังสือเวียน คำสั่งภายในแนวปฏิบัติและแนวการใช้ดุลพินิจ จึงไม่ใช่ กฎหมาย แต่มีผลเป็นการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก ถ้าฟังแต่ หนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวปฏิบัติและแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับ ผู้บังคับบัญชาในฝ่ายปกครองโดยที่ยังไม่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง จึงเป็นเรื่องภายในของ ฝ่ายปกครอง ซึ่งเอกชนจะฟ้องร้องต่อศาลได้แย้งหนังสือเวียน คำสั่งภายในหรือแนวปฏิบัติ ดังกล่าวในทันทีไม่ได้ ตรีบาใดที่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ยังไม่ได้ออกนิติกรรมทางปกครอง กับเอกชนหรือประชาชนเฉพาะราย

กล่าวโดยสรุปแล้ว ลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นเรื่อง การดำเนินการภายในของฝ่ายปกครองในรูปแบบต่าง ๆ เช่น หนังสือเวียน แนวทางปฏิบัติราชการ มติคณะรัฐมนตรี คำสั่งกระทรวง เป็นเรื่อง que ผู้บังคับบัญชาแจ้งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาทราบเพื่อเป็น แนวทางการตีความกฎหมาย หรือกฎหรือระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ หรือเป็นเรื่องที่ผู้บังคับบัญชา ต้องการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกันเพื่อความเป็นเอกภาพในการกระทำทาง ปกครอง โดยที่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวมีเนื้อหาหรือผลกระทบต่อการปฏิบัติ หน้าที่หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น

²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เล่มเดิม, หน้า 179

2.3 ผลทางกฎหมายของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองและคำสั่งทางปกครอง

จากลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวที่มีเนื้อหาหรือผลกระทบต่อกรปฏิบัติหน้าที่หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองจึงยังไม่มีผลผูกพันออกสู่ภายนอก ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามก็อาจต้องรับโทษทางวินัย แต่ไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกให้ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด หรือไม่มีผลกระทบต่อสถานะส่วนบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ²⁹ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ในบางครั้งมาตรการที่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้เป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเสมอไป เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐมีสถานะสองสถานะ คือ เป็นบุคคลซึ่งมีสิทธิเสรีภาพเหมือนกับประชาชนโดยทั่วไป และอีกสถานะหนึ่งคือ เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการไม่เป็นไปตามระเบียบอาจถูกดำเนินการ เช่น ถูกคำสั่งลงโทษทางวินัย ไล่ออกจากราชการ คำสั่งไล่ออกจากราชการดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัว ดังนั้นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจไม่ได้เป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น

ส่วนมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกในบางกรณี ที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหรือมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เช่น หนังสือเวียนหรือระเบียบข้อบังคับภายในที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวมีลักษณะเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง ไม่อาจนำมาใช้บังคับแก่บุคคลภายนอกทั่วไปได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 580/2527)

3. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบคำสั่งทางปกครองกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

3.1 พิจารณาจากสถานะของคำสั่ง

โดยทั่วไปแล้วมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง คือมาตรการที่มีวัตถุประสงค์อยู่ภายในกรอบของฝ่ายปกครอง มุ่งจัดระบบภายในและปฏิบัติงานของหน่วยงาน หรือบริการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองและเป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจสั่งการ เพื่อให้การดำเนินงานขององค์กรเป็นไปอย่างราบรื่นและมีประสิทธิภาพ มาตรการดังกล่าวเป็นเรื่องภายในระหว่างผู้ที่อยู่ในหน่วยงานนั้นและไม่อยู่ในความควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง เว้นแต่จะเป็นมาตรการที่

²⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 12, หน้า 126

กระทบต่อสถานภาพหรือเอกสิทธิ์ที่ได้รับมาแล้วหรือมีผลกระทบทางการเงินของบุคคล ซึ่งศาลปกครองจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองและควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว อีกทั้งมาตรการเหล่านี้มิได้มุ่งบังคับราษฎร โดยตรงจะมีผลกระทบต่อราษฎรก็แต่โดยอ้อมเท่านั้นจึงเป็นข้อแตกต่างระหว่างมาตรการภายในของฝ่ายปกครองกับคำสั่งทางปกครอง³⁰ อย่างไรก็ตามเป็นการยากที่จะกล่าวว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อราษฎร เพราะข้าราชการซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นราษฎรเช่นกันมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับราษฎรทั่วไป หากแต่ว่ามีนิติสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ได้แยกพิจารณาความสำคัญพื้นฐานและความสัมพันธ์ทางการงานของข้าราชการออกจากกัน กล่าวคือ

(1) ความสำคัญพื้นฐาน เป็นนิติสัมพันธ์ในการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งเป็นการสัมพันธ์พิเศษ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กระทั่งถึงสิทธิของข้าราชการในฐานะส่วนตัว ดังนั้น การมีคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิอาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวต่อศาลได้และศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบคำสั่งดังกล่าวว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(2) ความสัมพันธ์ในทางการงานเป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบ คำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงาน ซึ่งข้าราชการผู้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตาม ไม่ใช่ในฐานะส่วนตัว ดังนั้นสถานภาพทางกฎหมายในฐานะส่วนตัวของข้าราชการผู้นั้นไม่ถูกระทบกระทบกระเทือน จึงถือว่าระเบียบ คำสั่งในทางการงานไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก ดังนั้น จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น จะฟ้องโต้แย้งคำสั่งนั้นไม่ได้³¹

โดยปกติแล้วเมื่อพิจารณาความหมายและลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองกับความหมายและลักษณะสำคัญของมาตรการภายในของฝ่ายปกครองดังที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองมีลักษณะสำคัญแตกต่างจากมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง คือ มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นเพียงขั้นตอนในการดำเนินงาน หรือการเตรียมการซึ่งเป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครอง ยังไม่มีผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งในฐานะส่วนตัวและมีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก แต่คำสั่งทางปกครองก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งหรือก่อให้เกิดผลโดยตรงไปสู่ภายนอก

³⁰ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ (2533) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 90-92

³¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 12, หน้า 127

จึงอาจกล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองมีลักษณะสำคัญแตกต่างจากมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง คือ คำสั่งทางปกครองต้องมีผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งในฐานะส่วนตัว ส่วนมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมีผลต่อผู้รับคำสั่งในการปฏิบัติหน้าที่ หรือการจัดทำบริการสาธารณะภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือสถานะส่วนตัวของข้าราชการ จึงไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก คำสั่งระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา โดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นคำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือคำสั่งบรรจุแต่งตั้ง เลื่อนขึ้นเงินเดือน สั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานหรือให้พ้นจากตำแหน่ง ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เมื่อคำสั่งที่กำหนดตามกฎกระทรวงดังกล่าวมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้การดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539³²

3.2 พิจารณาจากที่มาของอำนาจในการควบคุม

การควบคุมบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชานั้น ถือว่าเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขตจำกัด แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ อำนาจบังคับบัญชาก็สามารถมีได้³³ การที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา เกิดจากหลักกฎหมายทั่วไปอย่างหนึ่ง เว้นแต่กรณีที่เป็นการลงโทษหรือการกระทำที่กระทบสิทธิของผู้ใต้บังคับบัญชา

3.3 พิจารณาจากการควบคุมเหนือตัวบุคคล

ดังที่กล่าวแล้วว่า การควบคุมบังคับบัญชา อำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาเหนือตัวบุคคลเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชามีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา นับแต่การบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนขึ้นเงินเดือน การเลื่อนระดับตำแหน่ง โยกย้าย การดำเนินการทางวินัย และการให้ออกจากราชการ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 จะเห็นได้ว่าอำนาจของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจที่อาจให้คุณให้โทษต่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้ในขอบเขตที่กว้างขวาง นับตั้งแต่การบรรจุแต่งตั้งจนกระทั่งการออกจากราชการ ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจเหนือการ

³² บรรเจิด สิงคะเนติ (2548) “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง” พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน, หน้า 95

³³ สมคิด เลิศไพฑูรย์ (2531) “ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง” รวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, กรุงเทพมหานคร พี.เค.พรินติ้งเฮาส์, หน้า 212

กระทำของผู้ได้บังคับบัญชา 4 ประการ³⁴ คือ (ก) อำนาจสั่งการหรือแนะนำผู้ได้บังคับบัญชา (ข) อำนาจเพิกถอนการกระทำ (ค) อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเพิกถอนการกระทำของผู้ได้บังคับบัญชา (ง) อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนในกรณีที่มีเหตุจำเป็นหรือฉุกเฉิน

4. สถานะทางกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการ

การย้ายข้าราชการคือกระบวนการที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับข้าราชการคนใดคนหนึ่ง เป็นการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ ความรับผิดชอบ ตำแหน่งและหรือสถานที่ปฏิบัติราชการของข้าราชการในระดับชั้นเดิม โดยได้รับค่าตอบแทนการทำงานเท่าเดิมและอยู่ในสังกัดเดิม ส่วนใหญ่เกิดจากการที่หน่วยงานมีความจำเป็นต้องใช้บุคลากรที่มีความรู้ความสามารถ แต่ขาดแคลนบุคลากรในหน้าที่นั้น ๆ หรือเกิดจากคำร้องขอของข้าราชการเอง แต่อย่างไรก็ตามหากการย้ายข้าราชการตามคำร้องขอของข้าราชการนั้น ๆ จะทำให้เกิดอุปสรรคต่อหน่วยงานในการบริหารจัดการองค์กร องค์กรก็จะไม่ออกคำสั่งย้ายข้าราชการตามคำร้องขอนั้น เนื่องจากในท้ายที่สุดแล้ว องค์กรจะต้องดูที่ประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ แต่ก็มีบางประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการกำหนดว่าการย้ายข้าราชการที่มีลักษณะถือเป็นการลงโทษทางวินัยประเภทหนึ่งด้วย³⁵

จากการพิจารณาลักษณะสำคัญของคำสั่งย้ายข้าราชการเห็นได้ว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีลักษณะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นกระบวนการหนึ่งในการบริหารงานบุคคลของฝ่ายปกครอง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอยู่ในกรอบของฝ่ายปกครอง โดยมีความมุ่งหมายเพื่อควบคุมดูแลให้เกิดความสงบเรียบร้อยและเพื่อประสิทธิภาพในการบริหารงานให้เกิดประโยชน์และความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง

4.1 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตามตำรากฎหมายปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ส่วนใหญ่ให้คำจำกัดความที่ค่อนข้างกว้างไว้ว่า “การย้ายข้าราชการ” หมายถึง การเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ซึ่งกระทำขึ้นระหว่างตำแหน่งงานในระดับชั้นของข้าราชการผู้นั้น ในทางปฏิบัติแล้วการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่การทำงาน จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งและสถานที่ปฏิบัติราชการในการทำงานไปในตัว แต่อย่างไรก็ดีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงานและสถานที่ปฏิบัติราชการในการ

³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (ม.ป.ป.) เอกสารคำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 13

³⁵ มาตรา 66 แห่งรัฐธรรมนูญติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1984

ทำงานบางกรณีนั้นไม่ถือว่าเป็นการโยกย้ายแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงาน และสถานที่ในการปฏิบัติงาน อันสืบเนื่องจากการเปลี่ยนระดับชั้นสูงขึ้น ถือเป็น การเลื่อนระดับชั้น ไม่ใช่การโยกย้าย³⁶ ในประเทศฝรั่งเศส ข้าราชการมีสิทธิในสถานภาพการเป็นข้าราชการในระดับชั้นของตน แต่ตำแหน่งงานเป็นของทางราชการ ทางราชการจึงมีสิทธิเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงานของข้าราชการได้ทุกเมื่อและตำแหน่งงานใดก็ได้ที่ตรงกับระดับชั้นของข้าราชการผู้นั้น โดยข้าราชการไม่มีสิทธิรักษาหรือขอเปลี่ยนแปลงตำแหน่งตามความประสงค์ของตน ส่วนความหมายและเหตุผลของการย้ายข้าราชการในประเทศฝรั่งเศส สรุปได้ดังนี้

4.1.1 ความหมายและเหตุผลในการย้ายข้าราชการ

เหตุผลในการย้ายข้าราชการของประเทศฝรั่งเศส มีการจำแนกเหตุผลหลัก ๆ ของการย้ายข้าราชการเป็น 4 กรณี ดังนี้³⁷

1) การย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ (mutation sur demande) การร้องขอย้ายของข้าราชการ ต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจของข้าราชการ มิใช่ถูกบังคับ กดดัน ข่มขู่ กลั่นแกล้ง หรือสำคัญผิด เพราะการยื่นคำร้องขอของข้าราชการถ้ามิได้ทำไปด้วยความสมัครใจแล้ว ข้าราชการสามารถนำมาใช้เป็นเหตุผลในการบอกกล่าวการแสดงเจตนาได้ กรณีการย้ายข้าราชการตามคำร้องขอของข้าราชการ สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่าหัวหน้าหน่วยงานจะมีคำสั่งห้ามข้าราชการในสังกัดไม่ให้ยื่นคำร้องขอย้ายไม่ได้³⁸

2) การย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน (mutation dans l'intérêt du service) การย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ถือเป็นเหตุผลหลักของการย้ายข้าราชการ เนื่องจากการย้ายข้าราชการโดยมีเหตุผลตามข้อ (1) ตามคำร้องขอของข้าราชการ หรือข้อ 3 เพื่อลงโทษทางวินัยข้าราชการ หรือตามข้อ (4) มีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นสำคัญ ก็ต้องพิจารณาก่อนออกคำสั่งย้ายข้าราชการเสมอว่า หากออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้น ๆ แล้วจะมีผลกระทบอย่างไรต่อหน่วยงาน เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานหรือเป็นอุปสรรคต่อหน่วยงานในการบริหารจัดการองค์กรต่อไปหรือไม่ คำสั่งย้ายข้าราชการที่ออกโดยมีเหตุผลเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่ง เนื่องจากคำสั่งย้ายข้าราชการเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน มิได้มีลักษณะเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย จึงไม่ได้มุ่งให้โทษแก่ผู้ใดทางอ้อมวิสัย แม้ว่าในทางภาวะวิสัยแล้ว อาจเกิดผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์ต่อผู้รับคำสั่งหรือผู้รับ

³⁶ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (2546) “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายฝรั่งเศส”, *วารสารกฎหมายปกครอง* 20, 3 (กุมภาพันธ์), หน้า 64-65

³⁷ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 65-66

³⁸ คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., sect, 11 mars 1994, อ้างใน, ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 72

คำสั่งรัฐสภาว่าตนได้รับผลกระทบก็ตาม ด้วยเหตุนี้คำสั่งข้างต้นจึงไม่เข้าข่ายเป็น “คำสั่งทางปกครองที่ก่อผลแก่ลบต่อผู้รับคำสั่ง” (décision administrative individuelle défavorable) ตามมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่าด้วยการระบุนเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง³⁹

3) การย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการ (déplacement d'office) การย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการ มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการที่ได้กระทำผิดไว้ การย้ายดังกล่าวถือเป็นการลงโทษทางวินัยประเภทหนึ่งต่อข้าราชการตามที่กำหนดในมาตรา 66 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984 หัวหน้าหน่วยงานจึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการทำคำสั่งลงโทษทางวินัยตามบทบัญญัติ มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 ว่าด้วยการระบุนเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง และมาตรา 9 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ กำหนดให้ผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองต้องระบุนเหตุผลประกอบในกรณีเป็นคำสั่งลงโทษ ดังนั้น การทำคำสั่งย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษจึงจำเป็นต้องระบุนเหตุผลประกอบไว้ด้วยเสมอ⁴⁰ หากหัวหน้าหน่วยงานออกคำสั่งย้ายข้าราชการตามกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองทั่วไป แต่มีเจตนาลงโทษข้าราชการผู้รับคำสั่ง จะถือว่าคำสั่งย้ายข้าราชการนั้นเป็น“การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง” (sanction disciplinaire déguisée) เป็นคำสั่งที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองสั่งเพิกถอนได้⁴¹

4) การย้ายโดยมีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นสำคัญ (mutation décidée en consideration de la personne) การย้ายโดยมีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นสำคัญ มีลักษณะก้ำกึ่งระหว่างเหตุผลในข้อ (2) และข้อ (3) เนื่องจากกระทำไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานในลักษณะเดียวกับ ข้อ (2) แต่มีเหตุผลหลักในการย้ายข้าราชการจากพฤติกรรมของข้าราชการผู้ถูกย้าย คล้ายคลึงกับข้อ 3 เช่น หัวหน้าหน่วยงานออกคำสั่งย้ายข้าราชการผู้หนึ่งเนื่องจากข้าราชการผู้นั้นมีปัญหาขัดแย้งกับบุคคลอื่น ๆ ทั้งภายในหน่วยงานเดียวกัน หรือ

³⁹ คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., 21 octobre 1979, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/Sieur Poincon. Rec. p. 419 , อ้างใน, ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 76

⁴⁰ คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., 28 mai 1965, Demoiselle Riffaut, Rec. p. 315; R.A. 1965. p 590 concl. Questiax., อ้างใน, ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 78

⁴¹ คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., 22 décembre 1972. Lesnes, Rec. p. 1081. อ้างในศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 75

ภายนอกหน่วยงานเดียวกันจนไม่สามารถที่จะทำงานร่วมกันได้ หัวหน้าหน่วยงานจึงออกคำสั่งย้ายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดปัญหา ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทำให้กลายเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานในองค์กร ทำให้การดำเนินงานขององค์กรไม่ราบรื่นหรือไม่มีประสิทธิภาพในการทำงานเท่าที่ควร แต่ต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้ที่ได้รับคำสั่งย้าย เพราะเหตุผลในการย้ายข้าราชการกรณีนี้เป็นเพียงเพื่อแก้ไขปัญหาในการบริหารจัดการองค์กรเท่านั้น

การย้ายข้าราชการด้วยเหตุผลประการสุดท้ายเป็นปัญหามากที่สุด การจะกล่าวหาว่าแท้ที่จริงแล้ว คำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรและหากเป็นคำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งหรือไม่ เนื่องจากการย้ายข้าราชการเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน แต่มีเหตุผลหลักในการย้ายอยู่ที่พฤติกรรมของข้าราชการผู้ถูกย้าย โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ลงโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกย้ายแต่อย่างใด ดังนั้นการที่จะวิเคราะห์ว่าคำสั่งย้ายมีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจาก “มูลเหตุจูงใจ” (motives) ที่แท้จริงของผู้ออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

4.1.2 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการ

คำสั่งย้ายข้าราชการ นอกจากผู้บังคับบัญชาจะมีเหตุผลในการออกคำสั่ง แต่ละคำสั่งอาจอ้างเหตุผลที่แตกต่างกัน ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งแตกต่างกันด้วย โดยหลักแล้ว คำสั่งย้ายข้าราชการเมื่อถือว่าเป็นการใช้อำนาจบริหารจัดการองค์กรเป็นการภายในแล้ว คำสั่งดังกล่าวก็น่าจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศส หากเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแล้วศาลไม่อาจรับไว้ตรวจสอบได้ แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองสามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ คำสั่งย้ายข้าราชการบางคำสั่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งอย่างชัดเจน จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง การที่จะวิเคราะห์ว่าคำสั่งใดก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นเรื่องที่ซับซ้อนและละเอียดอ่อนมาก ในกรณีที่คำสั่งย้ายข้าราชการมีผลกระทบต่อสิทธิและหลักประกันสถานภาพของข้าราชการหรือสิทธิประโยชน์ทางการเงินที่ข้าราชการผู้นั้นมีอยู่เดิมตามกฎหมาย กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งย้ายข้าราชการดังกล่าวเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะราย” (acte administratif unilatéral individuel) ซึ่งเทียบได้กับ “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ของประเทศไทย เพราะถือว่าคำสั่งประเภทนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่งและสามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองให้

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่หากเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจะถือว่าเป็นคำสั่งที่ศาลไม่อาจรับไว้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้⁴² เช่น

- คำสั่งย้ายอาจารย์มหาวิทยาลัยจากภาควิชาหนึ่งไปยังอีกภาควิชาหนึ่ง โดยผู้ถูกย้ายสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการงบประมาณที่มีอยู่แต่เดิมในตำแหน่งใหม่⁴³
- คำสั่งย้ายหัวหน้าฝ่ายพิจารณามาตรการกักขังไปปฏิบัติราชการช่วยผู้อำนวยการสถานราชทัณฑ์ โดยมอบหมายงานเพียงส่วนหนึ่งของตำแหน่งงานเดิมให้รับผิดชอบ คำสั่งนี้ถือเป็นการลดระดับภาระหน้าที่ลง⁴⁴

4.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

4.2.1 ความหมายและเหตุผลในการย้ายข้าราชการ⁴⁵

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการคือ กฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 (Bundesbeamtenengesetz vom 14 Juli 1953) แต่กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดบทนิยามความหมายของการย้ายแบบต่าง ๆ (Versetzung, Abordnung , Umsetzung) ไว้แต่ประการใด แต่จะกำหนดเฉพาะเรื่ององค์ประกอบและผลทางกฎหมายของการย้ายเท่านั้น เนื่องจากในประเทศเยอรมันนั้น การย้ายข้าราชการของสหพันธ์ แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

⁴² ศุภิพร พิศาลบุตร (2548) “คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ: ศึกษากรณีการโยกย้ายข้าราชการ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, หน้า 34-35

⁴³ คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., 26 avril 1978, Crumeyrolle, Rec.p.189, อังโน, ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 70

⁴⁴ คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E..5 avril 1991, Madame Imbert- Quareta, Rec.p.999. A.J.D.A..1991. p 509. อังโน, ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 70

⁴⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี (2546) “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายเยอรมัน”, *วารสารกฎหมายปกครอง* 20, 3 (กุมภาพันธ์), หน้า 53-58

คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามนัยมาตรา 26 และมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 (Bundesbeamtengesetz vom 14. Juli 1953) หรือที่เรียกว่า คำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” และ “Abordnung”

(2) คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นเพียง คำสั่งภายในของผู้บังคับบัญชาหรือที่เรียกว่า คำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Umsetzung”

1. คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

1.1 คำสั่งย้ายแบบ Versetzung

ตามมาตรา 26 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 ได้บัญญัติเรื่ององค์ประกอบหรือเหตุผลในการที่ผู้บังคับบัญชาจะออกคำสั่งย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่อื่น ณ ตำแหน่งอื่น ไว้ 3 กรณี กล่าวคือ

(1) ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่

ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ (dienstliches Bedürfnis) เป็นองค์ประกอบหรือเหตุผลอย่างหนึ่งในการออกคำสั่งย้ายแบบ “Versetzung” แม้ว่าคำว่า “ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่” เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่มีความแน่นอนชัดเจนในตัวเอง ทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาตรวจสอบถึงการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้าย ในทางปฏิบัติอาจตรวจสอบความหมายของ “ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่” โดยการตั้งคำถามไว้ก่อนว่าสิ่งใดหรือพฤติกรรมใดที่ก่อให้เกิดความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่จนมีผลทำให้ผู้บังคับบัญชา เมื่อพิจารณา นโยบายในการบริหารจัดการแล้ว ผู้บังคับบัญชาเข้าใจหรือประเมินว่า กรณีมีความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่จึงต้องมีการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ การให้เหตุผลในเรื่อง “ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่” อาจเกิดขึ้นจากการให้เหตุผลของฝ่ายผู้บังคับบัญชาฝ่ายเดียวก็ได้ เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาพิจารณาถึงสถานการณ์ด้านบุคลากรโดยทั่วไป (allgemeine Personallage) เป็นต้น

นอกจากนี้การให้เหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ อาจเกิดขึ้นมาจากตัวบุคคลเองก็ได้ เช่น การขาดข้าราชการที่มีความเหมาะสมกับงานประจำ กระทั่ง (Mangelnde Eignung für Ministerialdienste) การขาดแคลนข้าราชการที่มีความเหมาะสมกับตำแหน่งข้าราชการประจำส่วนกลาง (in einer Zentrabehörde) หรืองานบริการในเมืองใหญ่ (in einer Großstadt)

(2) การย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ (Versetzung auf Antrag)

การย้ายข้าราชการอาจเกิดขึ้นได้จากการยื่นคำร้องขอของตัวข้าราชการเอง สิ่งที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในกรณีนี้คือเรื่องคุณวุฒิความสามารถของข้าราชการ (Laufbahnbefähigung) การยื่นคำร้องขอของข้าราชการในกรณีนี้เป็นการแสดงเจตนาประเภทที่จำเป็นต้องมีผู้ตอบรับการแสดงเจตนา การยื่นคำร้องขอของข้าราชการนี้อาจเกิดจากความสำคัญผิด การข่มขู่ กลั่นแกล้ง ซึ่งข้าราชการดังกล่าวสามารถนำมาใช้เป็นเหตุในการบอกล้างการแสดงเจตนาได้และตราบดีที่ผู้บังคับบัญชายังไม่มีกรออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ข้าราชการผู้นั้นสามารถขอลอนคำร้องขอย้ายกลับคืนได้ตลอดเวลา

ในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการทั้งโดยอาศัยเหตุผลในเรื่อง ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ตาม (1) และตามคำร้องขอของข้าราชการ (2) หากการย้ายดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นมาจากความตกลงหรือยินยอม หรือจากการร้องขอของข้าราชการผู้ที่จะถูกย้ายแล้ว ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้นั้น มีหน้าที่จะต้องรับฟังหรือสอบถามข้าราชการดังกล่าวก่อน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 28 อนุมาตราหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976

อย่างไรก็ดี การตัดสินใจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการทั้งโดยอาศัยเหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ และตามคำร้องขอของข้าราชการนั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา (Ermessen des dienstherrn) ที่จะพิจารณาเห็นสมควรมีคำสั่งให้ย้ายข้าราชการดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น จึงทำให้ศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาได้ในขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น สิ่งที่ศาลปกครองจะสามารถใช้ประกอบการพิจารณาได้แก่เรื่องประสิทธิภาพของการบริหารจัดการ (Verwaltungseffizienz) นอกจากนี้ โดยอาศัยเหตุผลเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการให้ความสงเคราะห์ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ในด้านสวัสดิการ (Fürsorgepflicht) ทำให้ศาลปกครองสามารถนำเรื่องเกี่ยวกับ “ผลประโยชน์ได้เสีย การได้รับความสงเคราะห์ช่วยเหลือด้านสวัสดิการต่าง ๆ ตลอดจนเรื่องผลประโยชน์ส่วนบุคคลของข้าราชการ” (das Interesse des Beamten an Förderung und Berücksichtigung seiner persönlichen Belange) มาประกอบการพิจารณาในการควบคุมตรวจสอบถึงการใช้อดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการได้ การออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้น ผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาและคำนึงด้วยว่าผลที่เกิดขึ้นจากการออกคำสั่งย้ายจะต้องมีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะกระทบต่อความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการผู้นั้น เช่น การย้ายดังกล่าวมีผลต่อสภาพร่างกายและจิตใจของข้าราชการหรือไม่

คำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” ผู้บังคับบัญชาต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและหากผู้บังคับบัญชาได้จัดทำโดยปราศจากหรือเป็นการขัดแย้งกับความต้องการหรือ

ยินยอมของข้าราชการที่ถูกย้ายแล้ว ผู้บังคับบัญชาจะต้องให้เหตุผลไว้ด้วย ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 39 อนุมาตราหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976

(3) การย้ายโดยอาศัยเหตุผลในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน (dienstliche Gründe)

คำว่า “เหตุผลในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน” (dienstliche Gründe) เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่ชัดเจน ในทางปฏิบัติจึงต้องใช้วิธีการตีความโดยพิจารณาจาก “หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความสมเหตุสมผล” (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) และมาตรา 33 อนุมาตราสี่ แห่งกฎหมายพื้นฐาน ตัวอย่างเช่น การย้ายโดยอาศัย “เหตุผลในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน “ เช่น ในกรณีที่มีการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เนื่องจากกรณีมีการยกเลิกหรือมีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของโครงสร้างของหน่วยงานหรือมีการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของข้าราชการหรือมีการยุบรวมหน่วยงาน ซึ่งมีผลทำให้ขอบเขตอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของข้าราชการต้องกระทบกระเทือน เป็นต้น

1.2 คำสั่งย้ายข้าราชการแบบ Abordnung

ตามมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 การย้ายที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แบบ “Abordnung” หมายถึง การย้ายข้าราชการโดยการมอบหมายให้ข้าราชการไปปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวในงานหรือภาระหน้าที่ความรับผิดชอบที่สอดคล้องเหมาะสมกับตัวข้าราชการผู้นั้น (สอดคล้องหรือเหมาะสมกับงานเดิม) ณ ตำแหน่งอื่น (Die Abordnung ist die vorübergehende Übertragung einer dem Amt des Beamten entsprechenden Tätigkeit an einer anderen Dienststelle)

คำสั่งย้ายข้าราชการ ทั้งแบบ Versetzung ตามมาตรา 26 และการย้ายข้าราชการแบบ Abordnung ตามมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามความหมายของมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz)

2. คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งภายในของผู้บังคับบัญชา

(Umsetzung)

คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งภายในของผู้บังคับบัญชา หรือคำสั่งย้ายแบบ “Umsetzung” ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดรองรับไว้โดยเฉพาะ และแม้ว่าคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Umsetzung” ไม่ได้มี “พื้นฐานการมอบอำนาจไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดแจ้ง” (ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage) กล่าวคือ ไม่ได้มี

บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้อำนาจผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งย้ายข้าราชการได้เหมือนกรณีคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” และ “Abordnung” ตามมาตรา 26 และ มาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 ก็ตาม ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Umsetzung” เกิดขึ้นได้สืบเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า ในเรื่องความสัมพันธ์ในการปฏิบัติหน้าที่และความไว้นใจเชื่อกันระหว่างผู้บังคับบัญชากับข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชานั้น ข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามี “หน้าที่ต้องปฏิบัติงานเพื่อให้งานที่รับผิดชอบสามารถลุล่วงไปได้ด้วยดี” (Amtsführungspflicht) และมี “หน้าที่ในการเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา” (Gehorsamspflicht) โดยหลักทั่วไปแล้ว ก่อนที่ผู้บังคับบัญชาจะมีคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Umsetzung” ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับฟังข้าราชการที่จะถูกย้ายนั้นก่อน ทั้งนี้ โดยอาศัยเหตุผลของเรื่อง “หน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือสงเคราะห์หรือหน้าที่ทางสวัสดิการสังคม” ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลปกครองจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Umsetzung” โดยพิจารณาว่าผู้บังคับบัญชาได้ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายโดยบกพร่องหรือผิดพลาดหรือไม่ เช่น พิจารณาว่าโดยผลของการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ทำให้ข้าราชการผู้นั้นสูญเสียโอกาสในการได้รับสงเคราะห์ช่วยเหลือหรือไม่ หรือตำแหน่งใหม่ที่ข้าราชการผู้นั้นได้รับมีผลทำให้การยอมรับในสังคมของข้าราชการผู้นั้นลดน้อยลงไปหรือไม่ ตัวอย่าง นาย A รับราชการเป็นข้าราชการตำแหน่ง หัวหน้าแผนกที่ 2 กองจัดการเกี่ยวกับการก่อสร้างที่พักอาศัยและการจราจร ซึ่งแบ่งส่วนราชการออกเป็น 6 แผนก แต่ละแผนกมีเจ้าหน้าที่อย่างน้อย 5 คน ต่อมา ได้มีการจัดตั้งแผนกที่ 7 เพิ่มขึ้นมา โดยแผนกที่ 7 ที่ตั้งใหม่นี้จะมีเจ้าหน้าที่เพียง 2 คน นาย A หัวหน้าแผนกที่ 2 ได้ถูกย้ายมาประจำแผนกที่ 7 และให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าแผนกที่ 7 ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย A ไม่มีสิทธิเรียกร้องไม่ให้มีการลดจำนวนข้าราชการผู้ร่วมงานซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่า 5 คน แล้ว คำสั่งย้ายนาย A ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากตำแหน่งหรือฐานะของหัวหน้าแผนกที่ 7 ใหม่ ซึ่งนาย A จะมีเจ้าหน้าที่ผู้ร่วมงานเพียง 2 คน เป็นตำแหน่งที่ไม่ถูกต้องและเหมาะสมกับตำแหน่งเดิมของ นาย A ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ผู้ร่วมงานไม่น้อยกว่า 5 คน

4.2.2 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการ

คำสั่งย้ายข้าราชการทั้งแบบ “Versetzung” ตามนัยมาตรา 26 และแบบ “Abordnung” ตามนัยมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามความหมายของมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) ส่วนคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Umsetzung” เป็นเพียงคำสั่งภายในของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น

4.3 ประเทศไทย

4.3.1 ความหมายและเหตุผลในการย้ายข้าราชการ

ก่อนที่จะทำการศึกษถึงการย้ายข้าราชการ สมควรที่จะทำความเข้าใจถึงความหมายของการย้ายข้าราชการตามกฎหมายไทยเสียก่อน

Micheal J. Jucius ให้คำนิยามว่า “การย้ายเป็นกระบวนการหนึ่งเกี่ยวกับการบรรจุบุคคลลงในตำแหน่งว่าง โดยบุคคลนั้นได้รับเงินเดือนเท่าเดิม อำนาจหน้าที่เท่าเดิม และสถานะของตำแหน่งเหมือนเก่า”⁴⁶ และ ดร.เกษม สุวรรณกุล ให้คำนิยามการย้ายว่า “เป็นการเคลื่อนย้ายคนจากตำแหน่งหนึ่งไปสู่อีกตำแหน่งหนึ่งในระดับเดียวกัน การย้ายเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้สำหรับการแก้ไขการบรรจุบุคคลผิดและถือว่าเป็นการสนองความต้องการของบุคคลอีกด้วย”⁴⁷

จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การย้ายเป็นการเปลี่ยนแปลงจากตำแหน่งหนึ่งไปปฏิบัติงานอีกตำแหน่งหนึ่ง การย้ายตำแหน่งแตกต่างกับการเลื่อนตำแหน่งที่ว่า การเลื่อนตำแหน่งเป็นการเปลี่ยนแปลงตามแนวดิ่ง (Vertical move) ซึ่งมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีความรับผิดชอบมากขึ้น มีสถานภาพสูงขึ้น ส่วนการย้ายตำแหน่งเป็นการเปลี่ยนแปลงตามแนวนอน (Horizontal move) คือการเปลี่ยนงานจากตำแหน่งหนึ่งไปทำงานอีกตำแหน่งหนึ่งมีความรับผิดชอบเหมือนเดิมและสถานภาพเท่าเดิม เหตุผลในการย้ายข้าราชการนั้น จำแนกออกได้เป็น 3 ประการ⁴⁸ ดังนี้

1. เหตุผลทางราชการ สำหรับเหตุผลทางราชการนั้นอ้างความจำเป็นของทางราชการ เช่น ย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งที่เหมาะสมกับคุณวุฒิ ความสามารถหรือเพื่อความเหมาะสมกับเหตุการณ์หรือสภาพท้องถิ่น
2. เหตุผลส่วนตัวของข้าราชการ การย้ายด้วยเหตุผลส่วนตัว เช่น ย้ายติดตามสามี ย้ายเพื่อกลับภูมิลำเนาเดิม เป็นต้น
3. ย้ายในกรณีพิเศษ หรืออาจเรียกว่าย้ายชั่วคราว อาจเป็นเพราะขาดเจ้าหน้าที่ขึ้นโดยปัจจุบันทันด่วน เนื่องจากเจ็บป่วย การลาออก จำเป็นต้องย้ายบุคคลไปปฏิบัติงานแทนชั่วคราว

⁴⁶ Micheal J. Jucius. *Personnel Management* (Fourth Edition, Tokyo: Carile F. TiteCompany. 1962) p. 269 อ้างถึงใน อุทัย หิรัญโต (2531) “หลักการบริหารงานบุคคล” กรุงเทพมหานคร: โอ.เอส.พรีนติ้งเฮ้าส์, หน้า 104-105

⁴⁷ kasem Suwanagul, *Nature and Concepts of Modern public Personnel Administration*, (Bangkok: The Press of the Social Science Association of Thailand, 1962) p. 50

⁴⁸ อุทัย หิรัญโต และมนตรี เจริญวิทย์การ (2510) “ทฤษฎีและทางปฏิบัติในการบริหารตามหลักรัฐประศาสนศาสตร์” กรุงเทพมหานคร วิบูลย์กิจ, หน้า 103-115

จนกว่าจะหาคนใหม่ไปแทนในตำแหน่งนั้นเป็นการถาวร หรือในกรณีที่ข้าราชการถูกสอบสวนทางวินัย ก็อาจย้ายข้าราชการผู้นั้นออกจากตำแหน่งที่ดำรงอยู่ก็ได้

อย่างไรก็ดี ในระบบราชการไทยยังมีเหตุผลในการที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งย้ายข้าราชการด้วยเหตุผลอื่น ๆ อีก คือ การย้ายในลักษณะของการลงโทษ ซึ่งบางหน่วยปฏิบัติกันมาก กรณีการย้ายเพื่อการลงโทษข้าราชการ เช่น ย้ายจากที่สบายไปอยู่ที่ลำบาก ย้ายจากอำเภอใหญ่ไปอยู่อำเภอเล็ก ๆ หรือย้ายจากตำแหน่งที่มีอำนาจไปดำรงตำแหน่งที่ไม่มีอำนาจหรือให้คุณให้โทษ การย้ายในลักษณะนี้ควรมีหรือไม่เพียงใดเป็นเรื่องที่ควรพิจารณา บางท่านมีความเห็นว่าควรมีต่อไปเพราะว่าข้าราชการบางคนประพฤติเสื่อมเสีย แต่ไม่อาจลงโทษทางวินัยได้ การลงโทษเช่นนี้เป็นการลงโทษทางปกครอง แต่บางท่านเห็นว่าการย้ายเพื่อการลงโทษไม่ควรมีเนื่องจากคนเลวอยู่แล้ว หากย้ายไปอยู่ที่อื่นก็จะทำความไม่ดีขึ้นอีก แต่อย่างไรก็ดี ในทางวิชาการถือว่าการย้ายเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้สำหรับแก้ไขการบรรจุบุคคลผิดหรือไม่เหมาะสม การย้ายเพื่อการลงโทษจึงจำเป็นต้องมีแต่ควรมีขอบเขตและไม่กระทำอย่างพร่ำเพรื่อ กล่าวโดยสรุปแล้ว การย้ายข้าราชการเป็นกระบวนการที่สำคัญกระบวนการหนึ่งของการบริหารงานบุคคล วัตถุประสงค์ของการย้ายก็เพื่อพัฒนาส่งเสริมความก้าวหน้าของข้าราชการและเป็นการใช้คนให้เหมาะสมกับงาน ในกรณีของการย้ายอาจเป็นการให้ข้าราชการมีประสบการณ์หรือรอบรู้งานกว้างขวางขึ้นด้วย

4.3.2 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการ

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยนั้น ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวง รวมทั้งคดีปกครองด้วย แต่ศาลยุติธรรมจะจำกัดขอบเขตอำนาจของตนเองและมักจะไม่ก้าวล่วงอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำในการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง เหตุที่ศาลยุติธรรมได้จำกัดตนเองด้วยการไม่เข้าไปควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง รวมทั้งกรณีคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนนั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ ผู้ถูกคำสั่งย้ายจะนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลบังคับให้ไม่ได้⁴⁹ ต่อมา ภายหลังจากได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แต่ยังมีได้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาว่า คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2518 คือ การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงานหรือให้ออกจากงานไว้ก่อนหรือการให้พ้นจากตำแหน่งอันทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ย่อมเป็นการกระทำที่โต้แย้งสิทธิของโจทก์

⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 818/2499 , 1896/2522, 2531/2522, 1155/2526 และ 3535/2529

ตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 แล้ว จึงชอบที่ศาลจะรับฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณาดำเนินการต่อไปได้⁵⁰

ภายหลังจากที่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับดังกล่าว ได้บัญญัติให้ศาลปกครองทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานของรัฐหรือระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐด้วยกันและมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ ข้อบังคับหรือการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ดังนั้น ตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 ผู้เสียหายจากคดีปกครองต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในระยะแรก ๆ นั้น ศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครองกลางเห็นว่าการคดีเป็นการย้ายประจำปีและการย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งในระดับและอัตราเงินเดือนเดิม ไม่ทำให้ตำแหน่งและอันดับเงินเดือนของข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งย้ายลดลง จึงไม่มีผลเป็นการก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของข้าราชการ จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยถือว่าการมีคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายบริหารที่มีกฎหมายหรือระเบียบให้อำนาจผู้บังคับบัญชาสามารถกระทำได้ในขอบเขตที่กฎหมายหรือระเบียบกำหนด ข้าราชการจึงอาจถูกผู้บังคับบัญชามีคำสั่งย้าย หมุนเวียนให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหรือสถานที่อื่นในสังกัดได้ตามความเหมาะสม⁵¹

ในเวลาต่อมา ศาลปกครองกลางเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งหมายความว่ารวมถึงคำสั่งย้ายข้าราชการด้วย ซึ่งตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ระบุว่าคำสั่งแต่งตั้งเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นคำสั่งแต่งตั้งจึงหมายความว่ารวมถึงคำสั่งย้าย

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 3668/2540 , 6623/2541

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 968/2544

ข้าราชการด้วย คำสั่งย้ายจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง⁵² ปัจจุบันแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง⁵³ กล่าวคือ

แนวทางแรก ศาลปกครองเห็นว่ากรณีที่หน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งย้ายก็เพื่อหมุนเวียนบุคลากรในหน่วยงานนั้น ไม่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของข้าราชการ ไม่ทำให้ระดับตำแหน่งหรืออันดับเงินเดือนของผู้รับคำสั่งย้ายลดลง คำสั่งดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การมีคำสั่งย้ายบุคลากรถือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายบริหารที่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนด ข้าราชการจึงอาจถูกผู้บังคับบัญชามีคำสั่งย้ายหมุนเวียนให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหรือสถานที่อื่นในสังกัดได้ตามความเหมาะสม ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ข้าราชการทุกคนย่อมทราบอยู่แล้ว⁵⁴

แนวทางที่สอง ศาลปกครองเห็นว่าการแต่งตั้งซึ่งบัญญัติในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในมาตรา 6 และมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 นั้น หมายความว่ารวมถึงการออกคำสั่งย้ายข้าราชการด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณากฎกระทรวงฉบับดังกล่าวแล้ว เห็นว่าการใดที่อยู่ในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ตามกฎหมายได้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว ดังนั้นเมื่อการแต่งตั้งตามกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครอง การที่ศาลเห็นว่าการแต่งตั้งรวมถึงการออกคำสั่งย้ายข้าราชการด้วย คำสั่งย้ายข้าราชการจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง⁵⁵

ในทางวิชาการนั้น นักกฎหมายมหาชนของไทยยังมีความเห็นเกี่ยวกับสถานะของคำสั่งย้ายข้าราชการแตกต่างกัน

รศ. ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่าการย้ายข้าราชการมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดบุคลากรให้เหมาะสมกับงานในทางปกครองของหน่วยงาน บุคคลที่ถูกย้ายจึงเป็นส่วนหนึ่งของกลไกขององค์กรฝ่ายปกครอง คำสั่งย้ายจึงมีลักษณะเป็นการสั่งการในวงงานคล้ายกับกรณีของการสั่งให้ไปช่วยราชการ อย่างไรก็ตามย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการย้ายข้าราชการย่อมกระทบกับสถานะในทางส่วนตัวของข้าราชการที่ถูกย้ายได้เช่นกัน ข้อเท็จจริงทั้งสองด้านนี้เป็น

⁵² คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1233/2546

⁵³ ศุภพร พิศาลบุตร ,อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 42, หน้า 99

⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 968/2544 คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1474/2547 และคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1753/2545

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1233/2546 คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1741/2546 , คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 219/2547 และคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1156/2547

ข้อเท็จจริงที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยว่าคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง หากพิจารณาทั้งสองด้านประกอบกันแล้ว อาจกล่าวได้ในเบื้องต้นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะงานของข้าราชการผู้นั้นอย่างสิ้นเชิง หรือเปลี่ยนสถานที่ทำงานในลักษณะที่มีผลกระทบต่อข้าราชการที่ถูกย้ายอย่างเห็นได้ชัด เช่น ย้ายจากส่วนกลางออกไปยังส่วนภูมิภาคหรือในทางกลับกัน คำสั่งย้ายควรจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนในกรณีที่เป็นการแต่งตั้งโยกย้ายในลักษณะที่เปลี่ยนตำแหน่งในหน่วยงานเดียวกัน โดยไม่มีผลกระทบต่อการทำงานเปลี่ยนแปลงลักษณะงานอย่างสิ้นเชิงแต่อย่างใด ควรจะถือว่าเป็นคำสั่งที่กระทบต่อข้าราชการผู้นั้นในฐานะที่เป็นกลไกหนึ่งของหน่วยงาน ไม่ใช่เป็นเรื่องกระทบกับสถานะของบุคคล จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง⁵⁶

ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ มีความเห็นว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีข้อความกำหนดให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชาที่มีต่อหน่วยงานของรัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ ย่อมขาดลักษณะที่จะเป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นเพียง “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” เช่น สั่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชาจากหน่วยงานหนึ่งให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในอีกหน่วยงานหนึ่งในระดับตำแหน่งเดียวกัน⁵⁷

รศ. ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ มีความเห็นว่า การย้ายในระนาบเดียวกันน่าจะปรับเป็นการย้ายแบบ *Umsetzung* ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการย้ายภายในหน่วยงานหรือระหว่างหน่วยงานก็ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่หากผู้ถูกย้ายเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม มีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติงานของผู้บังคับบัญชา หรือถูกกลั่นแกล้งก็สามารถร้องทุกข์ได้ และหากยังไม่พอใจก็สามารถนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองได้⁵⁸

ดร. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ เห็นว่าการย้ายข้าราชการในระนาบเดียวกันนั้น ไม่มีผลกระทบต่อข้าราชการ เพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ความรับผิดชอบเท่านั้น ถ้าการย้ายมีผล

⁵⁶ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 13, หน้า 120 - 121

⁵⁷ ชาญชัย แสวงศักดิ์ (2545) “คำอธิบายกฎหมายปกครอง” พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร วิทยุชน, หน้า 261

⁵⁸ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 15/2545 วันศุกร์ที่ 9 สิงหาคม 2545 ณ ห้องประชุม เรอเน่ กียอง ชั้นที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง กรรมการศึกษาออกโรงเรียน หรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)

ทำให้ภารกิจเปลี่ยนแปลงไป หรือมีผลกระทบต่อเงินเดือน ก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้จะเป็นการย้ายภายในหน่วยงานก็ตาม⁵⁹

รศ. สมยศ เชื้อไทย เห็นว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นต้องพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวมีผลไปสู่ภายนอกหรือไม่ ซึ่งการย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่ใดในหน่วยงานของรัฐ เป็นเพียงกลไกบริหารงานภายในหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ยังไม่มีผลออกไปสู่ภายนอกองค์กร ดังนั้น การย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่อื่น จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง⁶⁰

รศ.ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ มีความเห็นว่าการย้ายข้าราชการหากจะต้องมาพิจารณาเป็นรายตำแหน่งว่าคำสั่งดังกล่าวกระทบสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลหรือไม่ ก็อาจเกิดปัญหาในการบริหารงานได้⁶¹

จะเห็นได้ว่าสถานะทางกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการของประเทศไทย ยังไม่เป็นที่ชัดเจน กล่าวคือมีทั้งผู้ที่เห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง และผู้ที่เห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการไม่เป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน เมื่อวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยคำนึงถึงหลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองและเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว เห็นได้ว่าคำสั่งใดที่จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่นั้นจะต้องครบองค์ประกอบที่สำคัญ คือ

- (1) เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
- (2) เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายมหาชน
- (3) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล
- (4) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก

ดังนั้น คำสั่งใดถ้าไม่ครบหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ในส่วนของคำสั่งย้ายข้าราชการนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาได้มีคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปทำงานในสถานที่ใดสถานที่หนึ่งตามที่ผู้บังคับบัญชาเห็นสมควรกับความรู

⁵⁹ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 3/2545 วันศุกร์ที่ 22 กุมภาพันธ์ 2545 ณ ห้องประชุม เรอเน่ กियอง ชั้นที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง กรรมการศึกษาออกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)

⁶⁰ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 15/2545 วันศุกร์ที่ 9 สิงหาคม 2545 ณ ห้องประชุม เรอเน่ กियอง ชั้นที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง กรรมการศึกษาออกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)

⁶¹ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 8/2545, วันศุกร์ที่ 26 เมษายน 2545 ณ ห้องประชุม เรอเน่ กियอง ชั้น 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องกรรมการศึกษาออกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)

ความสามารถและความเหมาะสมของผู้ใต้บังคับบัญชาผู้นั้น ซึ่งคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นการใช้อำนาจของรัฐตามกฎหมายมหาชน ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล แต่คำสั่งย้ายข้าราชการไม่มีผลโดยตรงออกสู่ภายนอกเลย เพราะเป็นคำสั่งให้ข้าราชการในหน่วยงานหนึ่งไปทำงานอีกที่หนึ่งในหน่วยงานเดียวกัน จึงทำให้คำสั่งย้ายข้าราชการนี้ขาดองค์ประกอบที่สำคัญข้อหนึ่งของคำสั่งทางปกครองไป อีกทั้งข้าราชการเป็นผู้ดำเนินกิจการภาครัฐ ดังนั้นข้าราชการจึงมีความสัมพันธ์กับรัฐในสองสถานะ กล่าวคือ ในฐานะแรกข้าราชการมีฐานะเป็นเครื่องมือแสดงเจตนาของรัฐ โดยข้าราชการต้องปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ โดยกระทำแทนรัฐ ส่วนในฐานะที่สอง ข้าราชการมีฐานะเป็นลูกจ้าง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายมหาชน กล่าวคือ ข้าราชการอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและการดูแลของรัฐเป็นพิเศษจากเอกชน โดยทั่วไป ซึ่งหากคำสั่งของผู้บังคับบัญชามีผลกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐาน ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายและคำสั่งของผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจึงถือเป็นคำสั่งที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล และถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่หากเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางแรงงาน เป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบหรือคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาได้สั่งให้ข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาไปปฏิบัติงานตามหน้าที่แล้ว ข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งที่กระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานของข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาแต่อย่างใด หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สถานะทางกฎหมายในฐานะส่วนตัวของข้าราชการผู้นั้นไม่ถูกระทบกระเทือน คำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติงานอันเป็นความสัมพันธ์ในทางแรงงานที่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดและข้าราชการทุกคนมีหน้าที่ปฏิบัติราชการเพื่อประโยชน์ของรัฐ ดังนั้นข้าราชการจึงอาจถูกผู้บังคับบัญชามีคำสั่งย้ายหมุนเวียนให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหรือสถานที่อื่นในสังกัดได้ตามความเหมาะสม ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ข้าราชการทุกคนยอมรับมาคืออยู่แล้ว อีกทั้งคำสั่งย้ายข้าราชการโดยเนื้อแท้ของคำสั่งแล้วก็เป็นประโยชน์โดยส่วนรวมเป็นสำคัญ หากใช่เป็นสิทธิส่วนตัวไม่ ดังนั้นคำสั่งย้ายข้าราชการจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง⁶²

ด้วยความเคารพ ผู้วิจัยไม่ค่อยเห็นพ้องด้วยกับแนวการตีความที่กล่าวข้างต้น เว้นแต่ความเห็นของ รศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่กล่าวว่า แม้คำสั่งย้ายข้าราชการจะมีลักษณะเป็นการสั่งการในราชการ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าคำสั่งย้ายข้าราชการย่อมกระทบกับสถานะในทางส่วนตัวของข้าราชการเช่นกัน ดังนั้นมาพิจารณาประกอบว่าคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทาง

⁶² ศุทธิพร พิศาลบุตร, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 42, หน้า 100 -101

ปกครองหรือคำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง หากพิจารณาเบื้องต้นว่า คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะงานของข้าราชการอย่างสิ้นเชิงหรือเปลี่ยนสถานที่ทำงานในลักษณะที่มีผลกระทบต่อข้าราชการที่ถูกย้ายอย่างเห็นได้ชัด เช่น ย้ายจากส่วนกลางออกไปยังส่วนภูมิภาคหรือในทางกลับกัน คำสั่งย้ายควรจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนกรณีการย้ายในลักษณะเปลี่ยนตำแหน่งในหน่วยงานเดียวกัน โดยไม่มีผลกระทบต่อเปลี่ยนแปลงลักษณะงานอย่างสิ้นเชิงแต่อย่างใดไม่กระทบกับสถานะของบุคคลก็ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งย้ายข้าราชการควรต้องพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงในเบื้องต้นเสียก่อนว่า ข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งย้ายจะเกิดผลกระทบต่อสิทธิ และหลักประกันต่อสถานภาพของข้าราชการ เช่น ภาระทางครอบครัวหรือทางการเงินหรือไม่ หากพึงได้ในเบื้องต้นว่าจะเกิดผลกระทบอย่างชัดเจน หรือการย้ายที่มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการ (déplacement d' office) ในลักษณะเดียวกับการย้ายข้าราชการตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การตีความว่าคำสั่งย้ายเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองหรือเป็นคำสั่งทางปกครองควรต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เฉพาะกรณี โดยวินิจฉัยในแนวทางที่พิทักษ์สิทธิของข้าราชการให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้⁶³ เนื่องจากคำสั่งย้ายที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่น ต้องให้เหตุผลหรือให้โอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในเบื้องต้นได้ตามสิทธิ หากตีความว่าการย้ายข้าราชการเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองก็ไม่ต้องปฏิบัติตามดังกล่าว จึงมิได้มีหลักประกันความเป็นธรรมต่อข้าราชการหรือความโปร่งใสในการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาว่าก่อนออกคำสั่งมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายรองรับหรือไม่ เพื่อเป็นหลักประกัน หรือป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมตั้งแต่ต้นกระบวนการทำคำสั่งและข้าราชการที่ถูกคำสั่งย้ายอาจยอมรับได้ โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งย้าย จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันข้าราชการที่ถูกคำสั่งย้ายได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมากและมีแนวโน้มว่าจะมากยิ่งขึ้น สร้างภาระต่อศาลปกครองเป็นอย่างมาก เนื่องจากศาลปกครองต้องรับคดีไว้เพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองออกคำสั่งย้ายโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลจะตรวจสอบคำสั่งย้าย ทั้งมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะเป็นวิธีการเยียวยาหรือให้ความยุติธรรมภายหลังก็ตาม หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างโปร่งใสและเป็นธรรมอย่างแท้จริงในเบื้องต้นแล้ว ข้าราชการก็อาจจะไม่

⁶³ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 36, หน้า 71

ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพราะนอกจากจะทำให้บัณฑิตวิทยาลัยกำลังใจข้าราชการเองแล้ว การดำเนินคดีในศาลยังต้องใช้ระยะเวลายาวนานอีกด้วย

บทที่ 3

ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจดุลพินิจและการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

1. ความหมายและที่มาของอำนาจดุลพินิจในฝ่ายปกครอง

1.1 ความเข้าใจพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่รัฐมีบทบาทเข้าไปแทรกแซงในความเป็นอยู่ของประชาชนมากขึ้นย่อมต้องมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐนั้น ๆ ด้วย เนื่องจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจของรัฐเพื่อแทรกแซงกิจกรรมต่าง ๆ ของเอกชนย่อมจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการปรับใช้กฎหมายในแต่ละกรณีอยู่เสมอและการตัดสินใจกระทำกรณีสั่งหนึ่งสิ่งใดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น แม้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) แต่หลักดังกล่าวย่อมไม่เป็นการจำกัดอำนาจในการพิจารณาคำเนิการของฝ่ายปกครองเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวก็ยังคงมีขอบเขตที่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่สามารถจะพิจารณาคัดสินใจกระทำกรณีสั่งใด ได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งเรียกว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

1.2 ความหมายและที่มาของดุลพินิจ

ตามหลักกฎหมายไทยโดยทั่วไป เมื่อกล่าวถึงความหมายของอำนาจดุลพินิจ นักวิชาการทางกฎหมายมหาชนได้ให้ความหมายไว้หลากหลาย ซึ่งพบได้ตามบทความ ตำรา กฎหมายต่าง ๆ นอกจากนี้ยังพบแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจจากแนวคำพิพากษา แม้ว่าคำพิพากษาจะมีได้ให้ความหมายของคำว่าดุลพินิจไว้โดยตรง แต่บางครั้งก็สามารถทำให้เข้าใจถึงความหมายของคำดังกล่าวได้ง่ายกว่าการกำหนดเป็นบทนิยาม เนื่องจากคำพิพากษาเกิดจากข้อเท็จจริงและปัญหาที่เกิดขึ้นจริง จึงเป็นแหล่งที่ให้ทั้งแนวคิดและการอธิบายความหมายโดยมีการยกตัวอย่างประกอบด้วยในตัวและยังสอดคล้องตามยุคสมัย กฎหมายไทยซึ่งยึดถือหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่กลับมิได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้ แต่ใช้วิธีบัญญัติกฎหมายให้มีลักษณะที่เป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองแบบยืดหยุ่นแทน ดังนั้น ศาลย่อมเข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้ความหมายและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นการกระทำภายในขอบเขตความชอบด้วยกฎหมาย

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าจะเกิดขึ้นและดำรงอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนโดยมีเหตุผลรองรับอย่างไรนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนที่สำคัญประการหนึ่ง นั่นคือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principe de la legalité) เนื่องจากอำนาจดุลพินิจนั้นมีความสัมพันธ์หรือเชื่อมโยงกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายอย่างมาก

1.3 ความหมายของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ในการใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่จะไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐได้บัญญัติไว้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเป็นทั้งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง สารสำคัญของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นแบ่งได้เป็น 2 หลักการย่อย คือ (1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายที่บังคับใช้ภายในรัฐและ (2) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะต้องมีกฎหมายเป็นฐานรองรับ โดยกฎหมายที่เป็นฐานรองรับอำนาจของฝ่ายปกครองต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น⁶⁴

1.4 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายกับการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจ

แม้ว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจะมีแนวโน้มไปในทางปฏิเสธการมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่เมื่อพิจารณาถึงความมุ่งหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีอยู่สองประการคือ การประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของประชาชน และการอำนวยความสะดวกธรรมแก่ประชาชนในรัฐ จะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยไม่ได้มีแต่เพียงความมุ่งหมายในการประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะของประชาชนภายในรัฐให้สามารถตัดสินใจใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการใด ๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพตามที่ตนปรารถนาเท่านั้น แต่รัฐเสรีประชาธิปไตยยังมีความมุ่งหมายที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ความมุ่งหมายที่จะอำนวยความสะดวกธรรมให้แก่ประชาชนภายในรัฐของตนทุก ๆ คน ในทุกกรณี ซึ่งเป็นความมุ่งหมายที่ตั้งอยู่บนความคิดเรื่อง ความยุติธรรมเฉพาะกรณี (Individualization of Justice) ดังนั้นคำสั่งทางปกครองที่ยุติธรรมจึงต้องเป็นคำสั่งที่สามารถตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของ

⁶⁴ สมยศ เชื้อไทย, อ่างแล้ว, เจริญรอดที่ 1, หน้า 57

ประโยชน์มหาชน (Public Interest) ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด แต่ขณะเดียวกัน ก็มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด⁶⁵

อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ในการที่จะออกคำสั่งต่าง ๆ นั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน⁶⁶ คือ (1) อำนาจดุลพินิจ (2) อำนาจผูกพัน

(1) อำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งอาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่าง แต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน การกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ก็เนื่องมาจากความคิดในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ หรือเป็นกรณี ๆ ไป ทำให้การใช้กฎหมายไม่แข็งกระด้าง แต่สามารถยืดหยุ่นปรับให้สอดคล้องและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายได้ เป็นกรณีที่คำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี

“อำนาจดุลพินิจ” (Discretionary Power) หรือ “pouvoir ou compétence Discretionnaire” ในความหมายของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส หมายถึง การตัดสินใจโดยไม่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดการตัดสินใจ แต่ขึ้นอยู่กับความจำเป็นที่จะต้องมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งและยังมีลักษณะเป็นอำนาจเด็ดขาดปราศจากขอบเขตที่สามารถปรากฏขึ้นได้ทุกที่⁶⁷ ตรงข้ามกับคำว่า “อำเภอใจ” (arbitraire) แต่การใช้อำนาจระหว่างอำนาจดุลพินิจกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจมีความใกล้เคียงกันมาก

“ดุลพินิจ” (Ermessen) ในกฎหมายปกครองเยอรมัน หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะสามารถกระทำการได้หลายอย่างเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย

⁶⁵ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ (2540) “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน” รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ กรุงเทพมหานคร นิติธรรม, หน้า 81

⁶⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ (2535) “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” *วารสารบทบัญญัติ*, 47, 1 (มีนาคม), หน้า 52-53

⁶⁷ Jean Kahn, Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, Colloque du 5 mars 1977, (Paris: Cujas, 1978) pp, 9-10, อ้างใน ธีรธาดา สระทองอุ่น (2550) “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 7

โดยดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีขึ้นต่อเมื่อกรณีเข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายในกรณีนั้น ๆ⁶⁸ ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ การที่ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจได้เมื่อกฎหมายได้กำหนดให้กรณีที่เข้าเงื่อนไขขององค์ประกอบของกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายได้กำหนดความผูกพันไว้เฉพาะกับส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย แต่กฎหมายมิได้กำหนดความผูกพันในส่วนผลของกฎหมายไว้เพียงประการเดียว หากแต่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะกำหนดผลของกฎหมายได้เอง ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดทางเลือกที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนั้น ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจเป็นดุลพินิจที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่หรืออาจเป็นดุลพินิจที่จะเลือกมาตรการหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับกรณีนั้น

L. Michoud, ได้กล่าวว่า “อำนาจดุลพินิจ” เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพันมีผู้พยายามให้คำนิยามของอำนาจนี้ไว้หลายสำนวนด้วยกัน เป็นต้นว่าอำนาจดุลพินิจยอมปรากฏขึ้นทุกครั้งที่ยกองค์ประกอบของฝ่ายปกครองกระทำการอย่างอิสระ โดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการอันตนจักต้องกระทำไว้ล่วงหน้า⁶⁹ องค์การของรัฐฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจเมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติบังคับให้ตนกระทำการใดอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการหรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการหรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกอันใดอันหนึ่งในบรรดาหลาย ๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป อำนาจดุลพินิจไม่ใช่อะไรอื่น หากแต่เป็นความสามารถอันเป็นกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกกว่าในบรรดาคำสั่งสองหรือหลายคำสั่งตามกฎหมายล้วนแต่ออกได้ทั้งสิ้นนั้น คำสั่งใดที่ตนเห็นว่าสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด ข้อความคิดที่แท้จริงของดุลพินิจทางปกครองเกี่ยวเนื่องกับสิทธิในอันที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาหลาย ๆ อย่าง ซึ่งเป็นไปได้ที่จะกระทำและซึ่งเปิดช่องให้วินิจฉัยเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่าการใดเป็นการอันพึงปรารถนา ดุลพินิจคืออำนาจในอันที่จะออกคำสั่ง ซึ่งในทางภาวะวิสัยแล้วไม่อาจตัดสินใจได้ว่าถูกหรือผิด อำนาจดุลพินิจหรือเสรีภาพที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐว่า ฝ่ายปกครองจะ

⁶⁸ Hans J, Woltiff, Otto Bachof and Rolf Stober, Verwaltungsrecht I (München: 1994) s. 374 อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ (2547) “รายงานการวิจัย เรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 7

⁶⁹ L. Michoud, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2531) “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” รวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เภยมทรัพย์ กรุงเทพมหานคร พี.เค.พริ้นติ้งเฮ้าส์, หน้า 200

ตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง สมควรเลือกคำสั่งใดในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่แตกต่างกันออกไปและออกคำสั่งตามที่ได้ตกลงใจเลือกไว้⁷⁰

ส่วนคำว่า “ดุลพินิจ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร ในกฎหมายปกครองของไทยยังไม่มีคำอธิบายหรือให้คำนิยามไว้ จึงต้องตีความจากความเห็นของนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนและแนวคำพิพากษาของศาล

รศ.ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ความหมายว่า “อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง ความสามารถในการออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่ดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควรว่าจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁷¹

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ให้ความหมายว่า “ดุลพินิจ” หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจอาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัย การใช้ดุลพินิจเป็นกฎเกณฑ์ภายใน ซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การวินิจฉัยดังกล่าวของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดท้าย (Letztentscheidung) การใช้ดุลพินิจนี้เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนวิธีการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนจะออกนิติกรรมทางปกครอง การใช้ดุลพินิจอาจอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ด้วบทกฎหมายมิได้กำหนดให้ผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ขององค์ประกอบที่ครบถ้วนนั้นมีเพียงอย่างเดียว แต่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งด้วบทกฎหมายอาจจะเสนอให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือจะให้เลือกกระทำภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ ดุลพินิจฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมายนี้อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ ประการแรก ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ ประการที่สอง ฝ่ายปกครองจะใช้

⁷⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ (2548) “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง” พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน, หน้า 57-58

⁷¹ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 66, หน้า 200

ดุลพินิจเลือกมาตรการที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำการได้อย่างใด หรือดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติ (Auswahlermessen)⁷²

ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล กล่าวว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁷³ ที่ปรากฏใน โครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย (ดุลพินิจตัดสินใจ) หากพิจารณา โครงสร้างทางบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ให้องค์ประกอบส่วนเหตุอันเป็นเงื่อนไขของผลทาง กฎหมายไว้ และเมื่อองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ สามารถเลือกผลในทางกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติกำหนดไว้ เราเรียกดุลพินิจขององค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ปรากฏอยู่ในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย นี้ว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” ซึ่งผลในทางกฎหมายที่กำหนดไว้ อันเป็นดุลพินิจตัดสินใจมี 2 กรณี ใหญ่ ๆ คือ

(1) กรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการตัดสินใจที่จะดำเนินการหรือไม่⁷⁴ ดุลพินิจตัดสินใจดำเนินการ หรือไม่ดำเนินการ ตัวอย่างเช่น อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการสั่งรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้าง หรือตัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาต เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคาร โดย ไม่ได้รับอนุญาต และการก่อสร้างหรือตัดแปลงนั้นไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ เจ้า พนักงานท้องถิ่นย่อมมีอำนาจในการสั่งให้รื้อถอนอาคารนั้นหรือไม่ก็ได้ตามพระราชบัญญัติ ควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มาตรา 42

(2) กรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว และ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจที่จะดำเนินการ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือก ดำเนินการตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งในบรรดามาตรการหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ (ดุลพินิจตัดสินใจเลือกวิธีดำเนินการ) ตัวอย่างเช่น เมื่อผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการดำเนินการขัด ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจที่จะไม่ต่อใบอนุญาตหรือสั่ง

⁷² กมลชัย รัตนสกววงศ์ (2537) “หลักกฎหมายปกครองเยอรมันพื้นฐานทั่วไป” กรุงเทพมหานคร นิติธรรม, หน้า 171

⁷³ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (2534) “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย” วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 22-24

⁷⁴ ฎ. 210/2507 ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ให้อำนาจอธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจเรียกโฉนดที่ดิน หรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิไว้โดยคลาดเคลื่อนอันไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอนเสีย ได้ แต่อธิบดีจะใช้อำนาจตามมาตรานี้หรือไม่ ย่อมอยู่ในดุลพินิจของอธิบดี แม้อธิบดีจะไม่ใช้อำนาจตามมาตรานี้ ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ครอบครองที่ดินที่อ้างว่าโฉนดออกทับทิมของตนโดยไม่ถูกต้อง เพราะกฎหมายมิได้ กำหนดหน้าที่ให้อธิบดีจำต้องกระทำ

พักใช้ใบอนุญาตคราวละไม่เกิน 30 วัน หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ มาตรา 21⁷⁵

เมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกได้หลายทางในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากตัดสินใจเลือกกระทำการไปทางใดทางหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดเพียงทางเดียว โดยไม่ให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือก ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีนี้ถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ จึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองไว้นั่นเอง หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 จะพบว่ามิได้อยู่หลายมาตราที่บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เช่น ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการออกคำสั่งทางปกครอง⁷⁶ ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับในเวลาใด⁷⁷ หรือดุลพินิจในการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม⁷⁸ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาคัดสินใจอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นกรอบหรือหลักทั่วไปในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วยและเหตุผลนั้น

⁷⁵ ฎ.2992/2533 จำเลยก่อสร้างต่อเติมอาคาร โดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯและฝ่าฝืนข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องควบคุมการก่อสร้างและการกระทำของจำเลยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ โจทก์จึงมีอำนาจสั่งให้รื้อถอนอาคารได้ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร มาตรา 42 วรรคหนึ่ง มิใช่มีอำนาจเพียงสั่งให้จำเลยยื่นคำขอรับใบอนุญาตให้ถูกต้อง ตามมาตรา 43 เท่านั้น

⁷⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 39 วรรคหนึ่ง การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น

⁷⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 50 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ การเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 51 และมาตรา 52

⁷⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 28 ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี

อย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิงและข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ⁷⁹ นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางไว้เป็นแนวปฏิบัติ ต้องใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุมีผลและไม่ขัดต่อหลักกฎหมาย ส่วนการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แต่ละกรณี รวมถึงการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำ (Principle of Proportionality)⁸⁰

อำนาจดุลพินิจเป็นปรากฏการณ์ที่มีความสำคัญมาก ไม่ว่าจะในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หรือในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁸¹ (Common Law) เป็นที่ตระหนักโดยทั่วไปว่า อำนาจดุลพินิจเป็นความจำเป็นที่จะนำไปสู่การบรรลุถึงความสงบเรียบร้อยของสังคม และทำให้หลักนิติธรรม (The rule of law) บังเกิดผลในทางปฏิบัติที่แท้จริง แต่มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะได้รับอำนาจดุลพินิจอย่างไม่มีข้อจำกัดหรือไม่จำเป็น และไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะเป็นอิสระจากข้อจำกัดทุกอย่างในการใช้ดุลพินิจ อำนาจดุลพินิจไม่ได้หมายความว่ากระทำได้ตามอำเภอใจ อำนาจดุลพินิจคือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

⁷⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

- (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
- (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง
- (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้

.....ฯลฯ

⁸⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 65, หน้า 102-107

⁸¹ ในประเทศอังกฤษ คำว่า “ดุลพินิจ (Discretion)” หมายความว่าเฉพาะดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจหรือ “ดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมาย” “ดุลพินิจตัดสินใจ” หรือ “ดุลพินิจบริหาร” ส่วนดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในขั้นตอนการปรับบทกฎหมายหรือการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น กฎหมายปกครองอังกฤษจัดว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจ (Jurisdiction) โปรตดู, “การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ”, ณรงค์เดช สุโรษนิยต (2553) กรุงเทพมหานคร วิทยุชน

องค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

กล่าวโดยสรุปแล้ว “อำนาจดุลพินิจ” หมายถึง การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือกระทำไป ในทางใดทางหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายให้ทางเลือกหลายทาง ซึ่งหากเลือกกระทำไปโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว ก็ล้วนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมถือไม่ได้ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ จากความหมายดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างอิสระ ดังนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็คืออำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำได้อย่าง เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีและบรรลุลักษณะประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจจะตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ทุกเรื่องทุกกรณี จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงเป็นการนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง เป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว โดยมีหลักกฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายนั้นหรือไม่ และถ้าข้อเท็จจริงกับหลักกฎหมายนั้นแล้วมีผลอย่างไร⁸²

(2) อำนาจผูกพัน

Jean Rivero กล่าวว่า “อำนาจผูกพัน” คือ อำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้⁸³ เช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่บัญญัติไว้ใน

⁸² หยุด แสงอุทัย (2542) “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” พิมพ์ครั้งที่ 14 กรุงเทพมหานคร ปรเกษพริก หน้า 114-115

⁸³ Jean Rivero, “Droit administratif”, Paris, Dalloz, 1980, p. 83, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2549) เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (อัคราณา) หน้า 52

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือหน้าที่นั่นเอง ที่เราเรียกกันว่าอำนาจผูกพันก็ตามเหตุผลแต่เพียงว่าคำวินิจฉัยสั่งการที่มีผลมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้นเอง⁸⁴ คุณพินิจจึงต่างจาก “อำนาจผูกพัน” ซึ่งเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องดำเนินการหรือสั่งการอย่างไรอย่างหนึ่งเมื่อปรากฏพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่อาจเลือกสั่งหรือวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้⁸⁵

อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจคุณพินิจผสมกันไป บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่าเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างไรอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่ง ซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งอย่างไรในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกออกได้ ซึ่งเป็นอำนาจคุณพินิจ เช่น เมื่อข้าราชการคนใดคนหนึ่งกระทำการตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนบัญญัติว่า เป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งมีหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการคนนั้น แต่ผู้ที่มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งปลดออก หรือไล่ออกจากราชการได้ตามความเหมาะสมแห่งเรื่อง บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่า เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างไรอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ ซึ่งเป็นอำนาจคุณพินิจ แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางที่จะออกคำสั่งแล้ว จะต้องออกคำสั่งมีเนื้อความตามกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น เมื่อปรากฏว่าบุคคลซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศ หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถจะตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งถอนสัญชาติของบุคคลนั้นหรือไม่ แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางที่จะออกคำสั่งถอนสัญชาติก็จะต้องออกคำสั่งถอนสัญชาติบุคคลนั้น⁸⁶ หรือกรณีที่ข้าราชการคนใดคนหนึ่งกระทำการอันกฎหมายว่าด้วยกฎระเบียบข้าราชการพลเรือนบัญญัติว่าเป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งมีหน้าที่

⁸⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (ม.ป.ป.) “การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” เอกสารการบรรยายหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง รุ่นที่ 10, หน้า 88-89

⁸⁵ ฤทัย หงส์ศิริ, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 25, หน้า 315

⁸⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 66, หน้า 200-201

จะต้องออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการคนนั้น แต่ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งสามารถตัดสินใจได้ อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ เป็นต้น

อำนาจผูกพันหรือบางครั้งมีผู้เรียกว่า “อำนาจหน้าที่” หรือ “อำนาจผูกมัด”⁸⁷ กล่าวคือ เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ และกระทำการโดยมีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนด

2. ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นมีสามขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นตอนแรกในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากพยานหลักฐานและต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ เมื่อได้ข้อเท็จจริงแน่ชัดแล้วจึงนำมาปรับกับบทกฎหมายในขั้นตอนที่สอง ซึ่งกฎหมายจะบัญญัติข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจนแน่นอน แต่บางกรณีกฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ๆ และไม่มีคำจำกัดความไว้ กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะต้องปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อเท็จจริงที่บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยใช้วิจาร์ญาณเสมือนเช่นวินิจฉัยชน โดยทั่วไปพึงเข้าใจ เช่น คำว่า “การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ” “มีพฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคม” “การกระทำอันน่ารังเกียจ” เป็นต้น การที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและไม่แน่นอนแสดงให้เห็นโดยปริยายว่ามีเจตนารมณ์ให้การปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายแล้ว ขั้นตอนที่สาม คือ การตัดสินใจ ซึ่งต้องพิจารณาว่ากฎหมายให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียวหรือหลายประการ หากกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองจะกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกตัดสินใจได้หลายทาง ดุลพินิจที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ประการ คือ

2.1 ดุลพินิจตัดสินใจ

ดุลพินิจตัดสินใจ คือ ความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งคือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของ

⁸⁷ อิศระ นิตินันท์ประภาส (2527) *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร
คุณพินอักษรกิจ, หน้า 102

รัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้น ตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะ ออกคำสั่งหรือไม่ หากสมควรจะออกคำสั่งจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงการจำแนกประเภทของดุลพินิจดังที่กล่าวมาข้างต้น แล้ว จะเห็นว่าเป็นกรณีเดียวกับการจำแนกดุลพินิจ โดยการพิจารณาว่าดุลพินิจนั้นอยู่ในส่วนของ องค์กรประกอบของกฎหมาย หรืออยู่ในส่วนของผลทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจหรือไม่ ก็ได้ สังเกตได้จากถ้อยคำในกฎหมายมักใช้ คำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” “เสียได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ” เป็นต้น ถ้อยคำดังกล่าวเป็นเพียงข้อสังเกตเบื้องต้นเท่านั้น ฝ่ายปกครอง ผู้ใช้อำนาจจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจประกอบด้วย จึงจะทราบได้อย่าง แน่นนอนว่ากฎหมายดังกล่าวให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองหรือไม่ แต่ทั้งนี้การบัญญัติใช้ถ้อยคำ เหล่านี้ต้องมีความรู้สำนึกและมีวิชาการอยู่เบื้องหลังด้วย มิฉะนั้นการพิจารณาหรือการตีความ ถ้อยคำเหล่านี้มาเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองคงไม่สามารถกระทำได้⁸⁸ โดยเฉพาะการพิจารณาขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

2.2 ดุลพินิจเลือกกระทำ

ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจว่าจะเลือกกระทำการใดในหลายประการให้ สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงหรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแยกได้เป็น 2 กรณี คือ ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายประการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 26 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจห้ามผู้หนึ่ง ผู้ใดมิให้ก่อเหตุรำคาญในที่หรือทางสาธารณะหรือสถานที่เอกรวมทั้งการระงับเหตุรำคาญด้วย ตลอดทั้งการดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา บรรดาถนน ทางบก ทางน้ำ รางระบายน้ำ คู คลอง และ สถานที่ต่าง ๆ ในเขตของตนให้ปราศจากเหตุรำคาญ ในการนี้ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออก คำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับ กำจัดและควบคุมเหตุรำคาญต่าง ๆ ได้ กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจเจ้า พนักงานท้องถิ่นกระทำการหลายอย่างซึ่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถเลือกกระทำการใดการหนึ่ง ได้เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ในแต่ละกรณีว่ากรณีใดควรใช้อำนาจระงับเหตุ รำคาญ กรณีใดควรใช้อำนาจดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา เป็นต้น ดุลพินิจเลือกกระทำได้เองภายใน ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยกฎหมายไม่ได้กำหนดทางเลือกไว้ เช่น พระราชบัญญัติการ สาธารณสุข พ.ศ.2535 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแลที่หรือทาง

⁸⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์ (2529) “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครองของประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” *บทบัญญัติ* 42, 3 (กันยายน), หน้า 55

สาธารณะเพื่อประโยชน์ในการใช้สอยของประชาชนทั่วไป ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแลที่หรือทางสาธารณะ คือ เพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป โดยมีได้กำหนดทางเลือกไว้เจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถกำหนดทางเลือกได้เองแต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป ตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

3. การควบคุมดูแลพินิจของฝ่ายปกครอง

3.1 การควบคุมภายในองค์กรของฝ่ายปกครอง

การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนอยู่กับกฎหมายและในขณะเดียวกันก็เป็นองค์กรที่มีภาระหน้าที่ในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายย่อมส่งผลให้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่จะต้องปรับใช้บทกฎหมายต่าง ๆ และโดยเหตุที่ภารกิจในทางปกครองมีความสลับซับซ้อน ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีความหลากหลายมาก จึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่ในหลายกรณีกฎหมายจะต้องเปิดช่องให้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแดนที่ตนจะเคลื่อนไหวได้ตามสมควรเพื่อปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด

การควบคุมตรวจสอบภายในองค์กรของฝ่ายปกครอง จึงหมายถึงการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ภายหลังจากที่มีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว มักมีการกำหนดให้้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครอง การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอยู่เสมอ ทั้งจากองค์กรภายในฝ่ายปกครองและจากองค์กรภายนอก การตรวจสอบโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครอง ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้ ตามหลักกฎหมายปกครองที่ว่าคำสั่งทางปกครองสามารถอุทธรณ์ได้เสมอ ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้วางหลักการสำคัญไว้ในมาตรา 45 ประกอบมาตรา 3 ให้สิทธิประชาชนสามารถอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้ แม้กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ จะไม่ได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ไว้ก็ตามหรือการขอให้พิจารณาใหม่ ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เมื่อคู่กรณีมีคำขอ เจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองแม้ว่าจะพ้นกำหนดเวลาอุทธรณ์แล้วก็ตาม นอกจากนี้ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ยังกำหนดหลักการปฏิบัติในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้หลายประการ

เช่น ความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ การรับฟังความเห็นข้อโต้แย้งของคู่กรณี การให้เหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือการสั่งให้มีเหตุผลในการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

3.2 การควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมในทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ อาทิ ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินฯ กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น

3.3 การควบคุมโดยศาลปกครอง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ศาลปกครองจะทำหน้าที่ตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ เป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่ทำหน้าที่ควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยสุดท้าย⁸⁹

หลักสำคัญที่ศาลปกครองคำนึงในการกำหนดขอบเขตอำนาจการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ ศาลปกครองต้องกำหนดขอบเขตของตนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในลักษณะที่ต้องไม่ใช่ดุลพินิจของศาลพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเชิงบริหารจัดการหรือทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายให้อำนาจจำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลปกครองเพื่อมิให้เกิดกรณีการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือไม่มีขอบเขตจำกัดโดยขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้นย่อมต้องมีที่มาจากกฎหมายเป็นสำคัญ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

⁸⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 72, หน้า 255-256

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542⁹⁰ ได้บัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองว่า “การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” เช่น คดีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ตำแหน่งเก๊ตชกร 7 วช. ในหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่ง ต่อมาหน่วยงานดังกล่าวมีอัตราว่าง ระดับ 8 สายวิชาการ จึงได้แจ้งให้ผู้ที่มิคุณสมบัติมาสมัครเพื่อรับการคัดเลือก ให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอผลงานเพื่อประเมินเลื่อนระดับ 8 สายวิชาการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้สมัครเข้ารับการคัดเลือก แต่ไม่ได้รับการคัดเลือก โดยคณะกรรมการสามัญประจำจังหวัด (อ.ก.พ.) ได้ลงมติคัดเลือกผู้อื่นให้เป็นผู้เสนอผลงานทางวิชาการเพื่อรับการประเมินเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 8 สายวิชาการ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคณะกรรมการสามัญฯ ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่พิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ อันเป็นการพิจารณาโดยขาดความเป็นกลางและไม่โปร่งใส จึงนำเรื่องมาฟ้องต่อศาลปกครอง ประเด็นแรกที่ศาลปกครองพิจารณาก็คือ ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจหรือไม่ เรื่องนี้ศาลเห็นว่ากฎหมายให้อำนาจศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ นอกเหนืออำนาจ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ไม่สุจริต หรือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ฯลฯ⁹¹ แม้ว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้จะเป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งสูงขึ้นอันเป็นระบบบริหารงานบุคคลภาครัฐก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อสภาพภาพแห่งสิทธิของผู้ฟ้องคดี เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าคณะกรรมการสามัญฯ (อ.ก.พ.) ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง⁹²

โดยที่ระบบราชการมีองค์กรปฏิบัติงานกระจายอยู่ทั่วไปทั้งประเทศ อันเป็นเครือข่ายที่กว้างขวางซับซ้อนจนไม่อาจจัดระบบควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการใช้อำนาจของ

⁹⁰ มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

⁹¹ สำนักงานศาลปกครอง (2552) “บทเรียนจากคดีปกครอง” เล่ม 1, หน้า 102-103

⁹² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2549

ข้าราชการทุกคนเป็นการเฉพาะรายได้ ดังนั้นระบบราชการจึงต้องมีระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งที่มากมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติงาน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ข้าราชการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁹³ ตามหลักกฎหมายปกครองเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดรายละเอียดใด ๆ (หลักเกณฑ์และเงื่อนไข) ในการออกคำสั่งเพื่อให้การใช้อำนาจทางกฎหมายของตนเหมาะสมกับสภาพที่เป็นจริงในแต่ละกรณีได้เพราะเป็นดุลพินิจในการใช้อำนาจ โดยการใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและหากกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจไว้เช่นใดก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้นด้วย⁹⁴

กล่าวสรุปแล้ว ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดเพื่อปรับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามยุคตามสมัยเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ตามกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงใด ๆ มีความเป็นกลาง โปร่งใส เป็นธรรม และมีเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจที่เหมาะสมตรวจสอบได้ ซึ่งต่างกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพราะการใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ใช่การใช้ดุลพินิจแต่เป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยไม่ชอบก็อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง ผู้ตรวจการแผ่นดินหรือศาลปกครองและอาจต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยจากผลการกระทำนั้นได้

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้วิจัยสนใจและมุ่งเน้นเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจทางปกครองของฝ่ายปกครอง โดยจะศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นหลักเพื่อวิเคราะห์ให้เห็นว่า การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้นจะต้องมีมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างไร เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการอย่างเป็นธรรมหรือเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ เพื่อเป็นกรอบแนวคิดและบรรทัดฐานในการที่ฝ่ายปกครองจะได้นำไปกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ หรือแนวทางปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการออกคำสั่งย้ายข้าราชการต่อไป

⁹³ สมคิด เลิศไพฑูรย์ (ม.ป.ป.) *องค์การมหาชน: แนวคิด รูปแบบ และวิธีการบริหารงาน* หน้า 6

⁹⁴ ฤทัย หงส์ศิริ, อ้างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 25*, หน้า 357

4. การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

4.1 มูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองมีลักษณะสำคัญประการหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองต้องเกิดจากการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในการทำให้เกิดสิทธิหน้าที่ของบุคคล การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชนที่อยู่ในรูปของกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและนามธรรม (generelle abstrakte regelung) ปრაกฏเป็นรูปของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะรายเจาะจงตัวบุคคลและเป็นรูปธรรม (individualisiert und konkretisiert)⁹⁵

เมื่อคำสั่งทางปกครองเกิดจากการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครอง สิ่งสำคัญที่ต้องมีอยู่ในการออกคำสั่งทางปกครองก็คือ “มูลเหตุ” (motif) ในการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น แม้คำสั่งทางปกครองจะมีลักษณะเหมือนกัน แต่ก็อาจออกมาด้วยมูลเหตุที่ต่างกัน เนื่องจากสถานการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือทางข้อกฎหมายที่แตกต่างกัน⁹⁶ ซึ่งข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่แตกต่างกันนี้เองที่เป็นมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างกัน แม้ว่าอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองจะมาจากกฎหมายฉบับเดียวกันก็ตาม ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า มูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของการออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นเหตุผลที่เป็นรากฐานแห่งความชอบธรรมในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยเหตุผลในทางข้อเท็จจริง ซึ่งเรียกว่า “มูลเหตุทางข้อเท็จจริง” (motif de fait) และเหตุผลในทางกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า “มูลเหตุทางกฎหมาย”⁹⁷ (motif de droit) ซึ่งเหตุผลในทางข้อเท็จจริงหรือมูลเหตุทางข้อเท็จจริงเป็นเหตุผลที่นำมาจากข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ส่วนเหตุผลในทางกฎหมายหรือมูลเหตุทางกฎหมายเป็นการให้

⁹⁵ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2548) “รายงานการวิจัยเรื่องหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน”, หน้า 98

⁹⁶ โภคิน พลกุล, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 10, หน้า 63

⁹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2550) “ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ฝรั่งเศส” เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น.566 การควบคุมฝ่ายปกครอง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หลักสูตรประกาศนียบัตรทางกฎหมายมหาชนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 14

เหตุผลในคำสั่งทางปกครองว่า ประเด็นนั้นต้องปรับด้วยบทบัญญัติมาตราใดแห่งกฎหมายใด⁹⁸ มูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นปัจจัยที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจได้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหมายความว่า ในการออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องผ่านกระบวนการทางกฎหมายที่สำคัญเสียก่อนคือ ต้องค้นหาข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขทางกฎหมายที่จะเป็นรากฐานในการออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ ว่าตนเองมีอำนาจหรือไม่ หากมีอำนาจกระทำก็ต้องพิจารณาว่า สถานการณ์ต่าง ๆ ในเรื่องนั้น ๆ เข้าหลักเกณฑ์ในกรอบอำนาจของตนหรือไม่ ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ก็ถือว่าผู้มีอำนาจออกคำสั่งที่เข้าหลักเกณฑ์ตามรากฐานนั้น ๆ ได้

มูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่างๆ ที่จะก่อตัวเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีมาก่อน (antérieur) และอยู่ภายนอก (extérieur) ตัวคำสั่งทางปกครองและผลักดันให้เกิดการออกคำสั่งทางปกครองนั้น⁹⁹ เช่น ในการที่จะลงโทษทางวินัยข้าราชการ พื้นฐานหรือมูลเหตุในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยคือ ต้องมีการทำความผิดวินัยตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัย ผู้บังคับบัญชาจึงจะมีอำนาจลงโทษทางวินัยข้าราชการผู้นั้นได้ ดังนั้น มูลเหตุในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการก็คือ ข้อเท็จจริงที่เป็นการทำความผิดวินัยของข้าราชการผู้นั้น ซึ่งถือว่าเป็นมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษทางวินัย ซึ่งถือว่าเป็นมูลเหตุทางกฎหมาย

4.2 การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริง

มูลเหตุทางข้อเท็จจริง คือ ข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องอันเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจ (conditions d'exercice du pouvoir) ซึ่งปกติแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองมักจะกำหนดเอาไว้ว่า ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เกิดขึ้นเสียก่อน ในกรณีเช่นนี้เมื่อฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องวินิจฉัยก่อนว่า กรณีนั้นมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่ตนจะสามารถใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติว่าต้องเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองจึงจะใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

⁹⁸ พูนศักดิ์ ไวสารวจ (2531), “เหตุพิกลอนจากภายใน นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”

วารสารกฎหมายปกครอง 17, 1 (ธันวาคม), หน้า 761

⁹⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ (2550) “คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539” พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 5

ได้ก็คือ มูลเหตุทางข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ซึ่ง มูลเหตุทางข้อเท็จจริง อาจมีได้หลายลักษณะด้วยกัน ดังนี้¹⁰⁰

1. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลผู้อยู่ภายใต้การใช้ อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นพฤติกรรมที่ทำให้ถูกสั่งลงโทษ ทางวินัย เป็นต้น

2. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคุณภาพของสิ่งของ เช่น อาคารซึ่งมีสภาพชำรุดทรุดโทรม หรือปล่อยให้สภาพทรุดโทรมอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้อยู่อาศัยหรือมีลักษณะไม่ถูกต้อง ด้วยสุขลักษณะของการใช้เป็นที่อาศัย ซึ่งเป็นมูลเหตุทางข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจ ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในอันที่จะสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้นจัดการแก้ไข เปลี่ยนแปลง รื้อถอนอาคาร หรือสิ่งหนึ่งสิ่งใดซึ่งต่อเนื่องกับอาคารทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือ จัดการอย่างอื่นตามความจำเป็นเพื่อมิให้เป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือให้ถูกต้องด้วยสุขลักษณะ ภายในเวลาซึ่งกำหนดให้ตามสมควร ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นต้น

3. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ของสังคม เช่น กรณีฉุกเฉินที่มีสาธารณภัย เกิดขึ้นซึ่งเป็นมูลเหตุทางข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของพนักงานป้องกันภัยในอันที่ จะสั่งให้บุคคลใด ๆ เข้าช่วยเหลือเท่าที่จำเป็น เป็นต้น

โครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมาย ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ส่วนเหตุ (faits juridiques) จึงเป็นบทบัญญัติในส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการใช้ อำนาจ (conditions d'exercice du pouvoir) ซึ่งหากข้อเท็จจริงนั้น ๆ เกิดขึ้นตามเงื่อนไขแล้วจะ ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นประการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่ (obligation) หรือความสามารถ (faculté) แก่ฝ่ายปกครองในการที่จะออกคำสั่งทางปกครอง¹⁰¹ การกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้กฎหมายอาจบัญญัติไว้อย่างชัดเจนหรือโดย ปริยายก็ได้ โดยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุอาจมีได้หลายลักษณะ กล่าวคือ อาจเป็น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลผู้อยู่ภายใต้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หรือเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคุณภาพของสิ่งของ หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ของ สังคม¹⁰² ซึ่งหากข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะรายเกิดขึ้นสอดคล้องกับเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ใน

¹⁰⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 88, หน้า 48

¹⁰¹ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 66, หน้า 201

¹⁰² เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 73, หน้า 7

ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้วก็ย่อมเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะดำเนินการต่าง ๆ ตามที่บทบัญญัติในส่วนเหตุทางกฎหมายกำหนดไว้ได้

4.3 การควบคุมมูลเหตุทางกฎหมาย (motif de droit)

มูลเหตุทางกฎหมาย คือ บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ก็จะตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในส่วนของกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็น “มูลเหตุทางกฎหมาย” เช่น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำผิดวินัย มาตรา 96 และมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องใช้อำนาจออกคำสั่งลงโทษ ซึ่งหากเป็นการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงอาจสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ หรือตัดเงินเดือนหรือลดเงินเดือน แต่หากเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงแล้วอาจสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออก ดังนั้น มูลเหตุทางกฎหมายที่เป็นพื้นฐานให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษทางวินัย ก็คือ มาตรา 96 และ มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือมูลเหตุทางกฎหมาย อาจแบ่งออกได้ 4 ลักษณะ ดังนี้¹⁰³

1. ลักษณะที่บัญญัติว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยไม่มีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำ บทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการและจะต้องใช้อำนาจกระทำการโดยมีเนื้อหาของการกระทำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน (compétence liée)

2. ลักษณะที่บัญญัติว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ โดยมีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำ บทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ แต่ในการใช้อำนาจนั้นฝ่ายปกครองมีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาเนื้อหาหลายอย่าง

¹⁰³ ธีระ สุธีวรารุง (2541) *นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 39

กฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire) ในการเลือกเนื้อหาของการกระทำ

3. ลักษณะที่บัญญัติว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ แต่ถ้าตัดสินใจทำการแล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำ บทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำหรือไม่ แต่เมื่อตัดสินใจใช้อำนาจทำการแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจทำการโดยมีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำ ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจใช้อำนาจ แต่ไม่มีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาของการกระทำ

4. ลักษณะที่บัญญัติว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ และเมื่อตัดสินใจทำการแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีโอกาสเลือกเนื้อหาของการกระทำด้วย บทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองสามารถที่จะตัดสินใจได้ว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำหรือไม่ และเมื่อตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถเลือกเนื้อหาของการกระทำได้ว่า จะทำการโดยมีเนื้อหาอย่างไร ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะเลือกใช้อำนาจและมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาของการกระทำด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว โครงสร้างบทบัญญัติของเหตุทางกฎหมายเป็นบทบัญญัติในส่วนที่กำหนดผลทางกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว ผลทางกฎหมายในกรณีนั้น ๆ จะเป็นประการใด ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดอำนาจหรือหน้าที่แก่ฝ่ายปกครองในการที่จะออกคำสั่งหรือดำเนินการอย่างใด ๆ ในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งอาจเรียกโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้ว่า ส่วนที่กำหนดมาตรการให้ฝ่ายปกครองดำเนินการ¹⁰⁴

ดังนั้น ในการออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองจึงต้องมีมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองเสมอ ซึ่งมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองนี้สามารถค้นพบได้ในตัวคำสั่ง

¹⁰⁴ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว, เจริญรอดที่ 1, หน้า 51

ทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องจัดให้มี “เหตุผล” (motivation) ในการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งเหตุผลในทางข้อเท็จจริงและเหตุผลในทางข้อกฎหมาย ซึ่งเหตุผลที่ระบุนี้ จะทำให้ทราบว่าผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยมีมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและมูลเหตุทางกฎหมายอย่างไร

4.4 การตรวจสอบองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง

ขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง เป็นขั้นตอนแรกในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องตรวจสอบก่อนว่ามีข้อเท็จจริงที่จะเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบโดยอาศัยพยานหลักฐานประเภทต่าง ๆ แล้วพิจารณาซึ่งน้ำหนักดูจากพยานหลักฐานที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะเชื่อได้หรือไม่ว่าข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริง (existence)¹⁰⁵ ซึ่งฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะเลือกตามความพอใจว่าข้อเท็จจริงนั้น ๆ เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ฝ่ายปกครองจึงไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนของการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง การพิสูจน์ข้อเท็จจริงด้วยพยานหลักฐานนี้มีใช่เป็นการตรวจสอบว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้หรือไม่ เพราะการซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมาย แต่ในขั้นตอนนี้จะตรวจสอบเพียงว่ามีพยานหลักฐานตามที่กล่าวอ้างอยู่จริงหรือไม่เท่านั้น ซึ่งเป็นปัญหาทางข้อเท็จจริง¹⁰⁶

4.5 การปรับบทกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

ขั้นตอนการปรับบทกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงนั้นเป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ขั้นตอนการปรับบทกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองจะนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องตามกระบวนการ ดังต่อไปนี้¹⁰⁷

(1) การตีความถ้อยคำของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งถ้อยคำที่บัญญัติในกฎหมายอาจเป็นคำศัพท์ธรรมดาที่ใช้กันอยู่ทั่วไป และกฎหมายนำมาบัญญัติไว้โดยมิได้

¹⁰⁵ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 73, หน้า 16

¹⁰⁶ วิษณุ วรรณฤณ และคณะ (2547) “รายงานการวิจัย เรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” กรุงเทพมหานคร สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 99

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 99

ให้ความหมายของถ้อยคำนั้นไว้โดยเฉพาะเจาะจงหรืออาจเป็นคำศัพท์พิเศษ หรือศัพท์กฎหมายที่มีความหมายเฉพาะ อาจเป็นความหมายที่กว้างหรือแคบกว่าที่เข้าใจกันอยู่ในหมู่ประชาชน เช่น กฎหมายกำหนดให้สาหร่ายทะเลเป็นสัตว์น้ำ ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วสาหร่ายทะเลมิใช่สัตว์ แต่เป็นพืชชนิดหนึ่ง แต่เนื่องจากกฎหมายต้องการป้องกันการจับสัตว์น้ำ รวมทั้งการเก็บสาหร่ายทะเล จึงกำหนดให้สาหร่ายทะเลรวมอยู่ในประเภทสัตว์น้ำที่ต้องการจะคุ้มครองไปในคราวเดียวกัน

(2) การแยกแยะข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องออกเป็นสองส่วนคือ ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญกับข้อเท็จจริงที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อย

(3) เปรียบเทียบข้อเท็จจริงในกฎหมายที่ได้จากการตีความกับข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในกรณีเฉพาะเรื่องว่าเหมือนหรือคล้ายคลึงกันหรือไม่ ถ้าเหมือนหรือคล้ายคลึงกันก็สามารถยืนยันได้ว่าข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องนั้นเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนด

4.6 การตัดสินใจใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

ขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองจะสรุปผลทางกฎหมายที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยเป็นที่ยุติแล้วว่าข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดแล้ว ฝ่ายปกครองก็จะสรุปผลในทางกฎหมายโดยพิจารณาว่า กฎหมายที่ให้อำนาจนั้นตนมีหน้าที่ต้องกระทำการหรือสั่งการอย่างไรหรือไม่ และถ้าจะสั่งการแล้วกฎหมายได้กำหนดเนื้อหาของคำสั่งไว้อย่างไร¹⁰⁸

จึงอาจกล่าวได้ว่าในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องมีมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและมูลเหตุทางกฎหมายเสมอ แต่ในการออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองอาจจะมีหรือไม่มีดุลพินิจก็ได้ ทั้งนี้แล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง ในประเทศไทยแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง พบว่า ปัญหาการควบคุมมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองมีปัญหา 2 ประการ คือ ปัญหาความเข้าใจที่สับสนระหว่าง “มูลเหตุ” ในการออกคำสั่งทางปกครองกับ “ดุลพินิจ” ในการออกคำสั่งทางปกครอง และกรณีการออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากอำนาจและกรณีการออกคำสั่งทางปกครองโดยมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย¹⁰⁹

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 100

¹⁰⁹ ฤทัยรัตน์ ปทุมมานนท์ (2552) การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและทางกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองไทย วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, หน้า 106

4.7 การแสดงผลในการออกคำสั่งทางปกครอง

ในการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง หมายถึงการแสดงความด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรเพื่อชี้แจง อธิบาย หรือทำให้ปรากฏมูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นเหตุผลแห่งการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง โดยเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย¹¹⁰ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้น ย่อมมีมูลเหตุจูงใจในการทำคำสั่งซึ่งเป็นมูลเหตุจูงใจที่มาจากองค์ประกอบหรือเงื่อนไขในทางกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้และเมื่อมีการกระทำต่าง ๆ มีมูลเหตุจูงใจ จึงเกิดความจำเป็นที่จะต้องแสดงผลเหตุจูงใจของการกระทำนั้นออกมาให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้รู้ว่าเป็นเพราะอะไรจึงทำเช่นนั้น¹¹¹ โดยมากแล้วการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่มักจะเกิดความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับความจำเป็นของรัฐในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองจึงมีผลทำให้เจ้าหน้าที่เกิดการตัดสินใจก่อนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้คู่กรณียังสามารถที่จะควบคุมตรวจสอบการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ได้ โดยเฉพาะในเรื่องการใช้ดุลพินิจ การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้น เจ้าหน้าที่จะต้องแสดงให้เห็นชัดเจนถึงเหตุผลที่ถูกต้องแท้จริงทั้งในแง่ของข้อเท็จจริงและในแง่ของข้อกฎหมาย

การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37 วรรคแรก กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 35 จะต้องจัดให้มีการให้เหตุผลด้วยเสมอ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ว่าการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นไปอย่างมีเหตุผล ซึ่งการบังคับให้แสดงผลนี้จะเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ระมัดระวังในการทำคำสั่งทางปกครองอันมีผลไปในทางการบังคับไม่ให้ใช้อำนาจโดยลำเอียง ทำให้ง่ายต่อคู่กรณีในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยเหตุผลที่ระบุนี้จะทำให้คู่กรณีสามารถทราบได้ว่าตนได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องหรือไม่และจะเป็นประโยชน์แก่การควบคุมทางกฎหมายโดยการพิจารณาทบทวนในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป อีกทั้งยังทำให้คู่กรณีสามารถโต้แย้งปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองได้

¹¹⁰ จีรพงษ์ เกียรติธำรงกุล (2543) การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 27

¹¹¹ Schwarze, JÜgen.: European Administrative Law. P. 1396 อังไฉ, จีรพงษ์ เกียรติธำรงกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 25

นอกจากคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37 วรรคแรกแล้ว ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง คำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุนเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ.2543 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองดังต่อไปนี้เจ้าหน้าที่จะต้องระบุนเหตุผลไว้ในตัวคำสั่งทางปกครองนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองนั้น ได้แก่

- (1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณี เช่น การไม่รับคำขอ ไม่อนุญาต ไม่อนุมัติ ไม่รับรอง ไม่รับอุทธรณ์ หรือไม่รับจดทะเบียน
 - (2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต การเพิกถอนการอนุมัติ การเพิกถอนการรับรอง หรือการเพิกถอนการรับจดทะเบียน
 - (3) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำการ
 - (4) คำสั่งทางปกครองที่เป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์
 - (5) คำสั่งยกเลิกการสอบราคา การประกวดราคา หรือการประมูลราคาที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว
- สำหรับวิธีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่อาจแสดงเหตุผลประกอบไว้ในตัวคำสั่งทางปกครองนั้นเองหรืออาจแสดงเหตุผลไว้ในเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ได้ แต่อย่างน้อยเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองจะต้องประกอบด้วย

- 1) ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นอันเป็นสาระสำคัญ เพื่อให้ทราบว่ามีอำนาจที่เข้าใจข้อเท็จจริงของเรื่องถูกต้องหรือไม่
- 2) ข้อกฎหมายที่ใช้อ้างอิงในการพิจารณา เพื่อตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่
- 3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยมีข้อสนับสนุนและเหตุผลที่เพียงพอ และเพื่อให้คู่กรณีได้ทราบเหตุผลและประเด็นในการพิจารณาเพื่อใช้ประกอบการอุทธรณ์ได้แย้งของตน

กรณีการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ถือว่าฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นการไม่แสดงผลในคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ จึงไม่ทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่ชอบด้วย

กฎหมาย¹¹² เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ส่วนประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 (2) กำหนดให้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 37 วรรคแรก ไม่แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองแล้วทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลไม่สมบูรณ์ แต่หากคู่กรณีได้ทำการอุทธรณ์โต้แย้งหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเห็นความบกพร่องในตัวคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ดังกล่าวสามารถดำเนินการแก้ไขการทำคำสั่งทางปกครองนั้นให้ถูกต้องสมบูรณ์ได้ โดยจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นมีผลสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้นและหากผลการดำเนินการทำคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ได้แก้ไขโดยการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลังนี้ไม่มีความแตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองเดิมที่เจ้าหน้าที่ได้พิจารณาทำไว้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 วรรคสอง กำหนดให้เจ้าหน้าที่นั้นต้องทำการบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งทางปกครองนั้นและเจ้าหน้าที่ยังจะต้องแจ้งความประสงค์ของตนเป็นหนังสือให้คู่กรณีได้ทราบด้วย การจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลังนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 วรรคสาม ได้กำหนดระยะเวลาไว้โดยให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการจัดให้มีการแสดงเหตุผลก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องมีการอุทธรณ์แล้ว เจ้าหน้าที่ต้องจัดให้มีการแสดงเหตุผลก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองจนล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่นั้นก็จะมีโอกาสที่จะแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น โดยการจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลังได้ การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเป็นระบบที่กำหนดไว้เป็นหลักทั่วไปว่า ไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผล เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดว่าต้องกระทำเช่นนั้น กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1976 (VwVfG) มาตรา 39 กำหนดว่าการให้เหตุผลโดยทำเป็นหนังสือหรือโดยรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สำคัญ ส่วนระบบกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นคุณซึ่งต้องแสดงเหตุผล ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่จำกัดเสรีภาพ คำสั่งลงโทษทางวินัย ทางภาษี ทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขหรือมีการระงับอบบางประการ คำสั่งทางปกครองซึ่งมีผล

¹¹² ประสาท พงษ์สุวรรณ (2546) “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์* 32, 2 (มิถุนายน), หน้า 266

เป็นการเพิกถอนหรือยกเว้นคำสั่งทางปกครองก่อนหน้านั้นซึ่งมีลักษณะเป็นการให้สิทธิ คำสั่งทางปกครองซึ่งตัดสิทธิของบุคคลอันเนื่องมาจากเรื่องอายุความหรือการที่มีได้ให้สิทธิในกำหนดเวลา หรือคำสั่งทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาเป็นการปฏิเสธให้ประโยชน์แก่บุคคลซึ่งตามที่ควรจะเป็น¹¹³

แม้ว่าตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 (2) จะบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่จัดให้มีการแสดงเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคแรก โดยการจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองย้อนหลังได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่จัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้นไม่หมายความจำกัดเฉพาะมาตรา 37 วรรคแรกเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 37 วรรคสองด้วย นอกจากข้อยกเว้นตามมาตรา 37 วรรคสามแล้ว หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือโดยไม่จัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ย่อมสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในภายหลังได้ในทุกกรณีภายใต้เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด จะเห็นได้ว่าการที่บทบัญญัติมาตรา 41 (2) บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง” อาจก่อให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนหรือทำให้เกิดความสับสนในการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 46 (2) ให้มีความชัดเจนมากขึ้น¹¹⁴

4.8 ข้อยกเว้นในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีเป็นไปด้วยความรอบคอบและมีความระมัดระวังทั้งในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจ นอกจากนี้ยังเป็นการควบคุมให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย แม้ว่าโดยหลักแล้วจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง แต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37

¹¹³ จิตพร ลิ่มแหลมทอง “วิชากฎหมายปกครอง”, LA 732, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, [www//http: ti 6 r 2.com](http://ti.6r2.com), หน้า 22

¹¹⁴ จีราพร บุรินทรวานิช (2548) “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง :ศึกษากรณีขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 34-39

พรรคสาม กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือในกรณีดังต่อไปนี้ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ

(1) กรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น เช่น ร้องขอออกโฉนดที่ดินแล้วเจ้าหน้าที่อนุญาตตามคำขอ แต่หากการอนุญาตตามคำขอนั้นกระทบสิทธิของบุคคลอื่น เจ้าหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย เช่น การอนุญาตให้จัดตั้งโรงงานอุตสาหกรรมซึ่งอาจก่อให้เกิดมลพิษต่อชุมชนโดยรอบ

(2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก

(3) กรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32 แต่ทั้งนี้ การจัดให้มีเหตุผลความจำเป็นภายในสำหรับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเอง ซึ่งการกำหนดให้มีเหตุผลไว้โดยไม่แจ้งนี้อาจกระทำเป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองก็ได้¹¹⁵

(4) การทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาซึ่งโดยสภาพข้อเท็จจริงแล้วไม่สามารถที่จะระบุเหตุผลได้ หรือเป็นกรณีเร่งด่วนซึ่งหากระบุเหตุผลอาจทำให้การดำเนินงานล่าช้าเกินควร แต่ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ต้องจัดให้มีการแสดงเหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นร้องขอ

(5) คำสั่งที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

แม้ว่าโดยหลักทั่วไปแล้ว การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองจะยึดหลักการสามารถแสดงเหตุผลในภายหลังได้ก็ตาม แต่ในบางกรณีอาจเกิดความไม่เหมาะสมเนื่องจากเจ้าหน้าที่อาจฉวยโอกาสตริตรองเปลี่ยนเหตุผลไปจากเดิมได้ ดังนั้นหากคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ได้พิจารณาจัดทำนั้นเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์ของคู่กรณีอย่างชัดเจนหรือรุนแรงแล้ว ควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไว้เสมอ และไม่ควรถูกกำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองย้อนหลังได้

5. การควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (moderation)¹¹⁶ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญ

¹¹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ (2540) “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” กรุงเทพมหานคร
จรรีการพิมพ์, หน้า 197-198

ของประเทศเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติกำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ¹¹⁷

การที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจใช้อำนาจ นอกจากจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวอย่างมีเหตุผลด้วย โดยหลักการที่ศาลอ้างเป็นมาตรฐาน (Norm of reference) ในการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจอย่างมีเหตุผลก็คือ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ที่เรียกร่องโดยพื้นฐานว่าการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้กับเป้าหมายที่คาดว่าจะได้รับ อันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองจะต้องไม่ใช้อำนาจดุลพินิจกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบกับเป้าหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง

นอกจากการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและเป้าหมายดังกล่าวแล้ว หลักความได้สัดส่วนยังนำข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของการใช้อำนาจมาประกอบการพิจารณาด้วย กล่าวคือ จะต้องมีความสัมพันธ์ที่สัดส่วนเหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมาย และการตัดสินใจที่นำไปสู่การเลือกวิธีการ ซึ่งสามารถพิจารณาเป็นหลักเกณฑ์ย่อย ๆ ได้ 3 หลัก¹¹⁸ คือ

5.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Suitability)

หลักความสัมฤทธิ์ผล บังคับว่าในบรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรในกรณีใดกรณีหนึ่งได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิธีการเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น จึงเป็นหลักที่บังคับให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจใช้อำนาจโดยเลือกมาตรการที่อยู่ในวิสัยจะให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงได้ ในทางปฏิบัติ มาตรการใดซึ่งไม่อาจทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้ ย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใช้บังคับได้

¹¹⁶ Paul MULLER, Le principe de la proportionnalité, Revue de droit suisse, Bale, 1978, p. 198, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 83, หน้า 52

¹¹⁷ Georg NOLTE, *General Principle of German and European Administrative Law – A comparison in Historical Perspective*, M.L.R. Vol. 57, no. 2, March, 1994, pp.191-212, เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

¹¹⁸ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (2553) “อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ” เอกสารประกอบการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า 38-39

จะเห็นได้ว่าหลักความสัมพันธ์นี้เรียกร่องความสัมพันธ์เชิงเหตุ (cause) และผล (effect) ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ ประสงค์จะให้เกิดขึ้น ทั้งนี้โดยให้มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับเป็นเหตุ (cause) และให้ สิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล (effect) ดังนั้น ถ้าจะกล่าวกันแล้ว หลักความสัมพันธ์ผลจึงเป็นสิ่งที่เดียวกันกับสามัญสำนึก (common sense) นั่นเอง มาตรการที่ไม่ อาจก่อให้เกิดผลตามที่ประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงกันข้าม กับที่ประสงค์จะให้เกิดขึ้น แท้ที่จริงแล้วเป็นมาตรการที่ไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิงในสายตาของคน ที่มีสติสัมปชัญญะเต็มบริบูรณ์และเนื่องจากบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ทาง ปกครองแล้วแต่เป็นคนที่ยึดไม่วิกล ดังนั้นหากฝ่ายปกครองตัดสินใจออกมาตรการที่ไม่ สามารถดำเนินการ ให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายภายในใจที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือ ดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น เข้าข่ายเป็น “การใช้อำนาจโดยมิชอบ” (Abuse of Power Détournement du pouvoir)¹¹⁹ เช่น ให้นำ เนื้อสุกรในเขตเทศบาลเมืองนครปฐมขาดแคลนมาก เป็นเหตุให้มีราคาสูงเกินกว่าที่ประชาชนส่วนใหญ่ในเขตเทศบาลจะบริโภคได้ คณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัด นครปฐมจึงอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 และมาตรา 8 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันการค้า กำไรเกินควร พ.ศ.2490 และแก้ไขเพิ่มเติม ออกประกาศว่าเนื้อสุกรเป็นสินค้าที่ควบคุมและห้ามมิ ให้ขายเนื้อสุกรในเขตเทศบาลเมือง จังหวัดนครปฐม ในราคาเกินกว่ากิโลกรัมละหกสิบบาท อีกทั้งยังได้ห้ามมิให้ผู้ใดนำเนื้อสุกรซึ่งฆ่าและไม่ได้รับอนุญาตเข้ามาจำหน่ายในเขตเทศบาลเมือง จังหวัดนครปฐมด้วย ย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งตั้งแต่เริ่มต้นแล้วว่า คำสั่งที่ห้ามมิให้นำเนื้อสุกรซึ่ง ฆ่าและฆ่าแหละนอกเขตเทศบาลเมือง จังหวัดนครปฐม เข้ามาจำหน่ายในเขตเทศบาลเมือง จังหวัด นครปฐมนั้น แม้เป็นคำสั่งซึ่งพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร มาตรา 8 (5) เปิดช่องให้ คณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดนครปฐมออกได้ แต่เป็นคำสั่งที่ไม่ เหมาะสมแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพราะนอกจากไม่อาจทำให้ราคาเนื้อสุกรในเขตเทศบาลเมือง จังหวัดนครปฐม ต่ำลงได้แล้วยังน่าจะทำให้ ราคาเนื้อสุกรในท้องที่ดังกล่าวถีบตัวสูงขึ้นไปอีกด้วย¹²⁰

¹¹⁹ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 66, หน้า 202

¹²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512

5.2 หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)

หลักความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่ที่ว่ามาตรการเหล่านั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด จึงเป็นหลักที่บังคับว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยกัน ถ้าเป็นการกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจเลือกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และถ้าเป็นมาตรการที่ให้ประโยชน์แก่ประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด ดังคำกล่าวที่ว่า “ในบรรดาสิ่งชั่วร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไป เราต้องเลือกสิ่งชั่วร้ายน้อยที่สุด” ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการ¹²¹ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรมองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนข้อนี้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยชัดแจ้ง ดังจะเห็นได้ตามความในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว¹²² ที่ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้” เช่น การควบคุมเหตุรบกวนจากการประกอบกิจการโรงแรม เจ้าของโรงแรมไม่จำเป็นต้องถูกปรับหรือถูกเก็บภาษีเพิ่ม ถ้าการรบกวนนั้นสามารถถูกควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการเลื่อนกำหนดเวลาปิดดำเนินการ (คดี 16 March 1967, BWVGHE 17, 227) เป็นต้น

มีข้อควรสังเกตว่า หลักแห่งความจำเป็นจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีมาตรการที่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้อยู่หลายมาตรการด้วยกันเท่านั้น ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลาย ๆ มาตรการให้เลือกได้ ปัญหาว่าฝ่ายปกครองได้เลือกมาตรการที่จำเป็นหรืออีกนัยหนึ่งที่รุนแรงน้อยที่สุดหรือไม่ จะไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลย

¹²¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 65, หน้า 54

¹²² โปรดคุณ มาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

5.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the narrow sense)

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนกับประโยชน์ของส่วนรวมอันจะพึงได้รับจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใด มาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุดนั้น เมื่อนำมาบังคับใช้แล้วย่อมก่อให้เกิดทั้งประโยชน์และโทษในขณะเดียวกัน ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับมาตรการนั้นได้แก่การรักษาหรือการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือจะให้เกิดขึ้น ส่วนโทษที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้มาตรการนั้นได้แก่ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกร้องว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้ว มาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น องค์ประกอบข้อที่สามของหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้จึงบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนและหรือแก่สังคมโดยรวม ฝ่ายปกครองต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ กล่าวคือ ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล และจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น (ชอบด้วยหลักความจำเป็น) แล้วก็ตาม

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ จึงห้ามมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่า หากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งแล้วจะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มค่ากับความเสียหายที่จะบังเกิดขึ้นกับประชาชน เช่น ตามกฎหมายการควบคุมการก่อสร้างอาคารของ Canton หนึ่งในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ห้ามมิให้ผู้ใดก่อสร้างอาคาร เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้รื้อถอน ทั้งนี้เพราะคำสั่งให้รื้อถอนอาคารในกรณีเช่นนี้ก่อความเสียหายให้แก่เอกชนผู้เป็นเจ้าของอาคารมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับ¹²³ หรือ กรณีที่คนต่างด้าวหลบหนีรัฐบาลของตนเข้ามา การตัดสินใจใช้อำนาจเนรเทศหรือไม่ หากพิจารณาด้าน

¹²³ Jörg Paul MULLER, op.cit., p. 126, อ้างถึงใน, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 65, หน้า 56

หนึ่งการปล่อยให้คนต่างด้าวอยู่ในประเทศจะเสียความสัมพันธ์อันดีกับประเทศของคนต่างด้าวนั้น แต่ในอีกด้านหนึ่งหากส่งคืนไป คนต่างด้าวนั้นอาจจะถูกฆ่าตายโดยรัฐบาลของประเทศนั้นได้ เพราะฉะนั้นฝ่ายปกครองจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างชีวิตคนกับความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าความสูญเสียจากการสังเวยประเทศมีมากกว่า ฝ่ายปกครองจึงต้องละเว้นไม่ออกคำสั่งเนรเทศ เพราะความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ อาจเยียวยาด้วยวิธีอื่น แต่ชีวิตหากตายแล้วไม่สามารถเยียวยาได้ ดังนั้นการใช้ดุลพินิจสั่งเนรเทศคนต่างด้าว จะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบด้วย (คดี 26 February 1980, BVewGe 60, 75)

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักแห่งความได้สัดส่วน เป็นหลักการที่บังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้โดยมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราษฎรหรือแก่รัฐแล้วแต่กรณี น้อยที่สุด และห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่ง ซึ่งหากได้ลงมือปฏิบัติให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์น้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและหรือแก่รัฐ ศาลปกครองจะบังคับการให้เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วนดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ ศาลปกครองจะจำกัดอำนาจของตนเองเฉพาะการเพิกถอนหรือการไม่บังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักแห่งความได้สัดส่วนอย่างชัดเจน หรือกรณีที่ไม่อาจคาดเห็นว่าวิญญูชนคนใดสามารถออกคำสั่งเช่นนั้นได้ เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งใดองค์กรหนึ่งออกคำสั่งที่ขาดความแน่นอนชัดเจน ย่อมแสดงให้เห็นว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องนั้น ๆ

บทที่ 4

คำสั่งย้ายข้าราชการกับการบริหารงานบุคคล และการบริหารราชการแผ่นดิน

1. คำสั่งย้ายข้าราชการกับการบริหารงานบุคคล

ดังได้กล่าวในบทที่ 2 แล้วว่า “การย้าย” หมายถึง การโยกย้ายสับเปลี่ยนหน้าที่ภายในส่วนราชการเดียวกัน โดยมีหลักการว่าถ้าเป็นตำแหน่งในระดับเดียวกันก็โยกย้ายสับเปลี่ยนหน้าที่กันได้ แต่เพื่อให้เป็นไปตามหลัก “การใช้คนให้ถูกกับงาน” ก็จะต้องมีคุณสมบัติตรงกับคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง ตามที่ ก.พ. กำหนดไว้ในมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง ของแต่ละตำแหน่งด้วย¹²⁴ การย้ายข้าราชการในประเทศไทยจึงมีความหมายว่าเป็นการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในกรมเดียวกันแต่เป็นการมอบหน้าที่ใหม่ให้แก่ข้าราชการผู้ถูกย้ายเป็นการให้เปลี่ยนความรับผิดชอบจากที่เคยทำอยู่ไปเป็นอีกตำแหน่งหนึ่งในอีกหน่วยงานหนึ่ง โดยให้ได้รับเงินเดือนเท่าเดิม มีสถานภาพเดิมและอยู่ในสังกัดเดิมต่างกับกรณีการโอนซึ่งเป็นการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในต่างกระทรวง ทบวง กรม

การย้ายข้าราชการในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาจากลักษณะการออกคำสั่ง อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท¹²⁵ คือ

(1) คำสั่งย้ายข้าราชการตามปกติ คำสั่งย้ายข้าราชการประเภทนี้คือคำสั่งย้ายข้าราชการในสังกัดนั้น ๆ ทั่วประเทศเป็นการทั่วไป ซึ่งในแต่ละหน่วยงานอาจกำหนดแตกต่างกันไป เช่น หน่วยงานหนึ่งอาจกำหนดทุกหกปีพิจารณาคำสั่งย้ายเป็นการทั่วไปหนึ่งครั้งในเดือนตุลาคม บางหน่วยงานอาจกำหนดทุกหกเดือน คือ เดือนเมษายนและเดือนตุลาคม เพื่อจะพิจารณาออกคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นการทั่วไปหนึ่งครั้งก็ได้ ทั้งนี้ แล้วแต่หน่วยงานนั้น ๆ กำหนด ซึ่งการออกคำสั่งย้ายข้าราชการประเภทนี้ กองการเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานนั้น ๆ จะเสนอชื่อผู้ขอย้ายให้คณะกรรมการพิจารณาว่าผู้ใดสมควรย้ายในครั้งดังกล่าวบ้าง โดยคณะกรรมการจะพิจารณาออกคำสั่งย้ายทั้งข้าราชการผู้ขอย้ายและข้าราชการผู้ที่ไม่ได้ขอย้าย โดยยึดเหตุผลและความจำเป็นเพื่อ

¹²⁴ สมาน รังสิโยภยกุล (2528) “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล” พิมพ์ครั้งที่ 11 กรุงเทพมหานคร กองการสวัสดิการสำนักงาน ก.พ., หน้า 78

¹²⁵ หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ น 0708/ว 9 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2535

ประโยชน์ของทางราชการและการพัฒนาข้าราชการ ความเหมาะสมและหลักเกณฑ์การย้ายของข้าราชการแต่ละตำแหน่ง

(2) คำสั่งย้ายข้าราชการเฉพาะราย คำสั่งย้ายข้าราชการประเภทนี้ คือ คำสั่งย้ายข้าราชการที่พิจารณาออกวาระที่หน่วยงานนั้น ๆ กำหนดไว้หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “คำสั่งย้ายนอกฤดูกาล” ซึ่งคำสั่งย้ายข้าราชการประเภทนี้ คือคำสั่งย้ายข้าราชการที่ออกมาอย่างเร่งรีบ กล่าวคือ ไม่รอพิจารณาในเวลาที่เป็นหน่วยงานนั้น ๆ กำหนดไว้ เช่น หน่วยงาน ก.จะพิจารณาออกคำสั่งย้ายข้าราชการทุกเดือนตุลาคมของทุกปี แต่พิจารณาออกคำสั่งย้าย นาย ง. ในเดือนมีนาคม เป็นต้น ซึ่งคำสั่งย้ายข้าราชการเฉพาะรายนี้อาจออกมาเพราะจำเป็นต้องย้ายข้าราชการผู้หนึ่งโดยรีบด่วนเพื่อให้ข้าราชการผู้นั้นไปแก้ปัญหาในที่อื่น เพื่อรอผลการพิจารณาเรื่องผลทางวินัยของข้าราชการผู้ใดผู้หนึ่งหรือย้ายเพราะข้าราชการผู้ใดผู้หนึ่งมีเรื่องขัดแย้งระหว่างเพื่อนร่วมงาน ผู้บังคับบัญชา หรือประชาชนในที่อื่นนั้น ๆ เป็นต้น¹²⁶ นอกจากนี้ยังมีการกลั่นแกล้งโดยใช้การย้ายข้าราชการเป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งด้วย ซึ่งการกลั่นแกล้งดังกล่าวอาจออกมาในรูปของคำสั่งย้ายข้าราชการตามปกติหรือคำสั่งย้ายข้าราชการเฉพาะรายก็ได้

ตามมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า “การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณี ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.”¹²⁷

วรรคสาม “ การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น”

ตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็น ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 มีอำนาจสั่งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ประจำส่วนราชการเป็นการชั่วคราวโดยให้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่เดิมได้ตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.” และ

มาตรา 70 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 บัญญัติว่า “ ในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็น ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญพ้นจากตำแหน่งหน้าที่และขาดจากอัตราเงินเดือนในตำแหน่งเดิม โดยให้รับเงินเดือนในอัตรากำลังทดแทนโดยมีระยะเวลาตามที่ ก.พ.กำหนดได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎ ก.พ.”

กล่าวโดยสรุปแล้ว การย้ายเป็นอำนาจหน้าที่และเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในทัศนคติของ

¹²⁶ ศุภพร พิศาลบุตร, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 42, หน้า 58 - 59

¹²⁷ โปรดดู มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 (ฉบับเดิม)

ฝ่ายบริหารที่ผู้บริหารมีอำนาจตัดสินใจและกำหนดให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากระทำสิ่งต่างๆ ที่จำเป็นต่อความสำเร็จของเป้าหมายขององค์กร ดังนี้¹²⁸

1. การตัดสินใจภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่
2. การมอบหมายงานให้ผู้ใต้บังคับบัญชา
3. การกำหนดผลการปฏิบัติงานจนเป็นที่พอใจจากผู้ใต้บังคับบัญชา

เหตุผลในการย้ายข้าราชการ ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ.กำหนด อาจจำแนกได้เป็น 3 กรณี¹²⁹

1) เหตุผลทางด้านหน่วยราชการ อาจเป็นการสับเปลี่ยนเพื่อให้รู้งานรอบด้าน เพื่อให้เกิดความคล่องตัวหรือเป็นการย้ายเพื่อความเหมาะสม ซึ่งเป็นเหตุผลที่ใช้กันมากในการย้ายราชการ นอกจากเหตุผลดังกล่าวนี้ยังอาจมีสาเหตุอันเนื่องมาจากสภาพงานเสี่ยงภัย ซึ่งต้องไปปฏิบัติงานต่างจังหวัดหรือจำเป็นต้องหมุนเวียนบุคคลไปปฏิบัติหน้าที่และการย้ายเพื่อความเหมาะสมนี้อาจมีสาเหตุมาจากตัวบุคคล เช่น เพื่อทำการสอบสวนทางวินัย หรือย้ายเพราะข้าราชการผู้นั้นมีเรื่องขัดแย้งระหว่างเพื่อนร่วมงานหรือผู้บังคับบัญชา¹³⁰

2) เหตุผลทางด้านตัวข้าราชการ ซึ่งอาจเป็นเพราะติดตามสามีหรือภริยาเพื่อกลับภูมิลำเนาเดิมหรือโยกย้ายเพื่อมาอยู่ในท้องถิ่นที่ดีขึ้น การคมนาคมสะดวกขึ้น ประหยัดค่าใช้จ่ายในการเดินทาง แก้ไขปัญหาจราจร ไม่ทำให้ตัวข้าราชการนั้นเกิดความเครียดและอ่อนล้าจากการเดินทาง¹³¹

3) เหตุผลในการช่วยเหลือข้าราชการ เช่น บรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการในจังหวัดหนึ่ง แล้วย้ายไปอีกจังหวัดหนึ่งซึ่งไปปฏิบัติงานจริง เพื่อให้ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้าน¹³²

¹²⁸ สมยศ นาวิกาน (2544) *การบริหาร management* คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำนักพิมพ์บรรณกิจ หน้า 222

¹²⁹ ศุภพร พิศาลบุตร, อ่างแล้ว, เจริญรถที่ 42, หน้า 52

¹³⁰ วิชัย เสวะมาต ย (2511) “การสับเปลี่ยนและตัดโอนอัตราเงินเดือน”, *วารสารข้าราชการ* 13, 17 (กรกฎาคม), หน้า 48-49

¹³¹ คู่มือโครงการส่งเสริมและประสานงานการโอน ย้าย เจ้าหน้าที่ของรัฐไปปฏิบัติงานใกล้บ้าน (ม.ป.ป.) สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.), หน้า 52

¹³² บุญสิน ชุ่นสิน (2513) “การย้ายและโอนข้าราชการ” *วารสารอัยการ* 15, 5 (พฤษภาคม), หน้า 27

การย้ายอาจเป็นการชั่วคราวหรือถาวรก็ได้แล้วแต่กรณี¹³³ โดยหลักการแล้วการย้ายมิใช่การลงโทษข้าราชการ แต่ในวงราชการไทยยังนิยมใช้การย้ายเป็นเครื่องมือลงโทษข้าราชการ จึงทำให้หน่วยงานใหม่ซึ่งข้าราชการถูกย้ายไปนั้นอาจได้รับความเสียหาย เพราะข้าราชการผู้นั้นอาจปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เต็มใจและอาจทำให้ประชาชนในท้องถิ่นนั้นได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้ การย้ายข้าราชการเป็นสิ่งจำเป็นที่จะละเว้นเสียมิได้ในการบริหารงานบุคคลของแต่ละองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยราชการที่มีขนาดใหญ่ หรือกระทรวง ทบวง กรม ที่แบ่งงานออกไปปฏิบัติในส่วนภูมิภาค การย้ายข้าราชการจากส่วนกลางไปปฏิบัติงานในส่วนภูมิภาคจึงต้องมีขึ้น หลักสำคัญในการย้ายควรต้องคำนึงดังต่อไปนี้

(1) การย้ายควรพิจารณาให้ถ่องแท้ว่าผู้ที่ถูกย้ายไปดำรงตำแหน่งใหม่ มีความเหมาะสมอย่างแท้จริง ความเหมาะสมดังกล่าวนี้อาจจะพิจารณาในแง่ความถนัดชัดเจน ความเหมาะสมกับบุคลิกภาพและความเหมาะสมกับสภาพท้องที่

(2) การย้ายควรให้ความเป็นธรรมเสมอหน้ากันและควรมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา มิใช่ย้ายตามความพอใจของผู้มีอำนาจ

(3) ควรถามความสมัครใจประกอบด้วย (ถ้าหากทำได้)

(4) การย้ายควรพิจารณาในแง่ส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของข้าราชการ การย้ายเพื่อการลงโทษควรนำมาใช้กรณีที่เป็นจริง ๆ เท่านั้น

1.1 อำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique)

อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม สามารถกลับแก้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ว่าจะใช้ในทางที่เหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมายได้¹³⁴

John French และ Bertram Raven¹³⁵ ได้เสนอแนะว่าพื้นฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจมี 5 แบบ คือ

¹³³ ภิญญา สาทร (ม.ป.ป.) “การบริหารงานบุคคล”, กรุงเทพมหานคร วัฒนาพานิช, หน้า 334

¹³⁴ ชาลนุชย์ แสงศักดิ์, อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 57, หน้า 86

¹³⁵ John R.P. French and Bertram Raven. “The Bases of social Power,” in drowin Carwright, ed., *Studies in Social Power* “ (ANN, Arbor, Mich.; Unibersity of Michigan, 1959 p. 150-167 อ้างถึงใน สมยศ นาวิการ (2544) “การบริหาร managemen” มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำนักพิมพ์บรรณกิจ, หน้า 225

1) อำนาจการให้รางวัล (Reward Power) อำนาจดังกล่าวนี้มีพื้นฐานมาจากบุคคลที่มีอำนาจการให้รางวัลบุคคลอื่นที่ดำเนินการตามคำสั่งหรือทำได้ตามข้อกำหนด

(2) อำนาจการบังคับ (Corrective Power) อำนาจดังกล่าวนี้มีพื้นฐานมาจากความสามารถของบุคคลที่จะลงโทษบุคคลที่ไม่ทำตามข้อกำหนด

(3) อำนาจตามกฎหมาย (Legitimate Power) อำนาจดังกล่าวนี้มีอยู่เมื่อผู้บังคับบัญชายอมรับว่าผู้บังคับบัญชามี “สิทธิ” ที่จะใช้อำนาจ

(4) อำนาจการอ้างอิง (Referent Power) อำนาจดังกล่าวนี้มีพื้นฐานมาจากบุคคลที่บุคคลอื่นต้องการระบุหรือเลียนแบบ

(5) อำนาจความเชี่ยวชาญ (Expert Power) อำนาจดังกล่าวนี้มีพื้นฐานมาจากการรับรู้หรือความเชื่อว่าบุคคลบางคนมีความเชี่ยวชาญบางอย่าง หรือความรู้เฉพาะด้านที่บุคคลอื่นไม่มี

หลักการบังคับบัญชา (Le principe hiérarchique)¹³⁶ เกิดจากการจัดระเบียบภายในองค์กรปกครองแต่ละองค์กร ความสัมพันธ์ระหว่างบุคลากรจะเป็นความสัมพันธ์กันตามลำดับชั้นในรูปของพีรามิด เจ้าหน้าที่แต่ละคนที่อยู่พื้นฐานของพีรามิดจะปฏิบัติหน้าที่ขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไป เช่นนี้ตลอดจนถึงผู้เป็นหัวหน้าขององค์กรปกครองซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานทั้งหมดขององค์กรปกครองนั้น โดยเหตุที่ผู้บังคับบัญชาแต่ละลำดับชั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทุกคนที่อยู่ในบังคับบัญชาของตน ผู้บังคับบัญชาจึงย่อมมีอำนาจที่จะแนะนำหรือสั่งการให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ถูกต้องตามกฎหมาย ระเบียบแบบแผน และเป็นธรรมแก่กรณี อีกทั้งยังมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนได้เสมอ อำนาจดังกล่าวนี้ของผู้บังคับบัญชาโดยทั่วไป ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้อย่างชัดเจน และผู้บังคับบัญชาจะปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดังกล่าวโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ไว้อาจไม่ได้ การย้ายข้าราชการถือเป็นการบังคับบัญชาอย่างหนึ่งที่ผู้บังคับบัญชาสั่งแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาให้ไปทำงานในภาระหน้าที่ใด ภาระหน้าที่หนึ่งหรือสถานที่ใด สถานที่หนึ่งในสังกัดเดียวกัน โดยอำนาจบังคับบัญชานี้เกิดจากการจัดองค์กรจัดระเบียบภายในทั้งเรื่องบุคลากรและทรัพย์สินเพื่อให้ดำเนินการบรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ โดยภายในองค์กรปกครองแต่ละองค์กรความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะเป็นความสัมพันธ์กันตามลำดับชั้นในรูปของพีรามิด เจ้าหน้าที่แต่ละคนที่อยู่ฐานของพีรามิดจะปฏิบัติหน้าที่ขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชา ซึ่งเจ้าหน้าที่คนนี้อาจจะปฏิบัติหน้าที่ขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่อีกคน

¹³⁶ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ (2549) “เอกสารคำบรรยายหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์” (อัดสำเนา), หน้า 36 - 37

หนึ่งซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปอีก เป็นเช่นนี้ตลอดสายจนถึง “ผู้แทน” หรือ “องค์กร” ขององค์กรปกครอง โดยผู้บังคับบัญชาแต่ละระดับชั้นต้องควบคุมและรับผิดชอบการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา และมีมาตรการในการควบคุมตัวผู้ใต้บังคับบัญชาเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หรือที่เรียกว่า “อำนาจบังคับบัญชา” ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ¹³⁷

1. อำนาจควบคุมเหนือการกระทำ (un contrôle sur les actes)

อำนาจควบคุมเหนือการกระทำของผู้บังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชาอาจแสดงให้เห็นได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

(1) อำนาจแนะนำสั่งการและวางแนวปฏิบัติ เป็นลักษณะของการแนะนำหรือสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ไปในแนวทางที่กำหนด

(2) อำนาจเพิกถอนการกระทำ เป็นอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งเพิกถอนการกระทำได้ หากเห็นว่าการกระทำนั้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การเพิกถอนคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชานี้จะมีผลย้อนหลังได้และจะถือว่าไม่ได้มีคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชานี้เลย

(3) อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้แก้ไขเนื้อหาของการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาสามารถแก้ไขคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ โดยมีคำสั่งอื่นอีกคำสั่งหนึ่งที่แตกต่างจากคำสั่งเดิมมากหรือน้อยก็ได้ แต่คำสั่งของผู้บังคับบัญชานี้จะไม่มีผลย้อนหลัง จะมีผลในอนาคตเท่านั้น ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้ไม่ใช่เฉพาะกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีความเหมาะสมอีกด้วย

(4) อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทน เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสอดเข้าไปใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้ในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วน หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้

2. อำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคล (un contrôle sur les personnes)

การควบคุมเหนือตัวบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมฝ่ายปกครอง การควบคุมเหนือตัวบุคคลเป็นส่วนประกอบส่วนหนึ่งที่จะมีผลต่อการควบคุมเหนือการกระทำ ดังนั้น การควบคุมเหนือตัวบุคคลจึงเป็นเครื่องมือประการหนึ่งที่ทำให้การควบคุมเหนือการกระทำสามารถบรรลุความมุ่งหมายของผู้มีอำนาจในการควบคุมได้ ในส่วนของการควบคุมเหนือตัว

¹³⁷ Michel D. Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs* (Athènes, 1954) pp. 104-107, อ้างถึงใน ยงยุทธ อนุกุล (2533) “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 7-8

บุคคลนั้นยังอาจแบ่งออกเป็นการควบคุมเหนือตัวบุคคล โดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองกับการควบคุมเหนือตัวบุคคลโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

อำนาจการควบคุมเหนือตัวบุคคลต่อผู้ใต้บังคับบัญชา จึงเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น อำนาจลงโทษทางวินัย อำนาจเลื่อนขั้นเงินเดือน อำนาจโยกย้าย หรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง เป็นต้น

Georges Vedel และ Pierre Delvolvé (ศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวฝรั่งเศส) เห็นว่าอำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข (un pouvoir inconditionné) แต่อำนาจนี้จะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชามีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่ตนเห็นสมควรและมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง (le pouvoir de réformer) หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการ (annuler les décisions) ของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ข้อสังเกต อำนาจบังคับบัญชานั้น ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเต็มที่ที่จะใช้ได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้โดยตรง อำนาจนี้ผูกพันอยู่กับสถานะของผู้ใต้บังคับบัญชาและผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจนี้โดยไม่ต้องให้เหตุผล กล่าวคือ ไม่ต้องระบุถึงความเหมาะสมหรือเหตุผล เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹³⁸

1.2 อำนาจกำกับดูแล (la tutelle)

คำว่า “กำกับดูแล” นั้น ใช้อธิบายถึงการที่ตัวแทนของรัฐดูแลกิจกรรมขององค์กรมหาชนอื่น เช่น องค์กรปกครองท้องถิ่น (collectivités territoriales) องค์กรมหาชนอิสระ (établissements publics) หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น เพื่อให้องค์กรเหล่านี้ปฏิบัติตามกฎหมาย อำนาจควบคุมกำกับคืออำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองที่สูงกว่าเหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจโดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป¹³⁹

¹³⁸ มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 ว่าด้วยการระบุนุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง และมาตรา 9 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการได้กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องระบุนุเหตุผลประกอบในกรณีเป็นคำสั่งลงโทษ

¹³⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์ (2531) “ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง” รวมบทความ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, กรุงเทพมหานคร พี.เค.พริ้นติ้งเฮ้าส์, หน้า 211

อำนาจกำกับดูแลต่างกับอำนาจบังคับบัญชา เพราะอำนาจนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา แต่เป็นไปในลักษณะของการควบคุมกำกับ (contrôleur) และผู้ถูกควบคุมกำกับ (contrôlé) อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข อำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่ไม่สามารถโอนคำสั่งโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมเพียงแต่ควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ถึงแม้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมตามพระราชบัญญัติมีอำนาจที่จะยกเลิกหรือสั่งให้ยกเลิกการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตนและอาจมีคำสั่งแทนองค์กรดังกล่าวได้ก็ตาม แต่อำนาจเหล่านี้จะมีได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้น โดยพระราชบัญญัติเท่านั้น อำนาจกำกับดูแลจึงมิใช่อำนาจทั่วไปอย่างที่ปรากฏในอำนาจบังคับบัญชา เช่น ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลฟ้องว่า นายกองการบริหารส่วนตำบล (ประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล) ในฐานะผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดี ได้มีคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เนื่องจากกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง โดยกรณีเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่นายอำเภอท้องที่ในฐานะผู้มีอำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งผู้ฟ้องคดีสังกัดอยู่ ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงกรณีที่ถูกกล่าวหาว่าไม่ควบคุมโครงการก่อสร้างทางระบายน้ำ เป็นเหตุให้การก่อสร้างไม่เป็นไปตามแบบแปลนและสัญญาจ้าง นายอำเภอในฐานะผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนได้รายงานผลการสอบสวนไปยังคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลจังหวัด พิจารณาสำนวนการสอบสวนและมีมติให้ลงโทษปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ คำสั่งของนายอำเภอที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงแก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่แต่งตั้งโดยผู้ไม่มีอำนาจ ย่อมส่งผลให้การดำเนินกระบวนการทางวินัยโดยอาศัยผลการสอบสวนของคณะกรรมการฯ มาพิจารณาและมีมติลงโทษผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย¹⁴⁰ ดังกรณีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบังคับบัญชาใช้อำนาจทางปกครองออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2544 (นายประสิทธิ์ วิจิตรวรรณ ผู้ฟ้องคดี กับ ผู้อำนวยการเขตบางรัก กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการครูกรุงเทพมหานคร ตำแหน่งอาจารย์ 2 ระดับ 6 โรงเรียนวัดมหาพฤฒาราม สังกัดสำนักงานเขตบางรัก ถูกผู้อำนวยการเขตบางรักออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาช่วยราชการ ต่อมาสำนักงานเขตบางรัก มีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์และผู้ฟ้องคดีเห็นว่าหมดความจำเป็นในการช่วย

¹⁴⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 118/2551

ราชการ จึงประสงค์ที่จะขอกลับไปปฏิบัติราชการที่โรงเรียน วัดมหาพฤฒารามตามเดิม เพราะขณะนี้โรงเรียนขาดอัตรากรุ ประกอบกับในปีนี้มีอาจารย์เกษียณอายุ 2 คน และจะเกิดความเสียหาย โดยได้ทำหนังสือขอกลับไปปฏิบัติราชการที่โรงเรียนดังกล่าวหลายครั้ง แต่ไม่เป็นผล ศาลวินิจฉัยว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีช่วยราชการได้ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ก็ตาม ผู้ฟ้องคดีก็ชอบที่จะสั่งโดยมิเหตุผลอันสมควร เช่น เพื่อรอผลการดำเนินการทางวินัยหรือเพื่อแก้ปัญหาทางการบริหาร และเมื่อเหตุแห่งการสั่งให้ช่วยราชการสิ้นสุดลงแล้วก็ควรสั่งให้ข้าราชการผู้นั้นไปปฏิบัติหน้าที่ให้ตรงตามตำแหน่ง ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดียังต้องอยู่ช่วยราชการต่อไปโดยไม่มีการกำหนดระยะเวลาและไม่ได้มีการมอบหมายงานให้ทำด้วยนั้น อาจถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามนัยมาตรา 9 วรรคแรก (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.215/2550 (ระหว่าง นางวิยะดา กัณมณี ผู้ฟ้องคดี กับ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาชุมพร เขต 1 ผู้ถูกฟ้องคดี) วินิจฉัยว่า การที่สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาจังหวัด เขต 1 (สำนักงานการประถมศึกษาจังหวัด เดิม) ผู้ถูกฟ้องคดี มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นข้าราชการครู ตำแหน่งอาจารย์ 2 ระดับ 7 ไปรักษาการในตำแหน่งเดียวกันของโรงเรียนอื่น เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีปัญหากระทบกระทั่งกับข้าราชการครูในโรงเรียนที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่เดิม โดยให้เหตุผลในการออกคำสั่งว่าเพื่อแก้ปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ราชการ หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีได้เสนอเรื่องการย้ายผู้ฟ้องคดีให้คณะกรรมการกั่นกรองการย้ายข้าราชการครูสายงานการสอนและ อ.ก.ค.จังหวัด พิจารณาตามลำดับ โดยระบุเหตุผลในการย้ายเช่นเดียวกันว่าเพื่อแก้ปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ แต่ในการเสนอย้ายผู้ฟ้องคดีให้ อ.ก.ค. สปช. ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติการย้ายดังกล่าวตามนัยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ.2523 ผู้ถูกฟ้องคดีระบุว่าเป็นการย้ายตามคำร้องขอของตนเองของผู้ฟ้องคดี ซึ่ง อ.ก.ค. สปช. พิจารณาแล้วมีมติอนุมัติตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีเสนอ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งแต่งตั้ง (ย้าย) ผู้ฟ้องคดีให้ไปดำรงตำแหน่งตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการข้างต้น โดยระบุเหตุผลว่าเป็นการย้ายตามคำร้องขอของตนเอง ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือขออนุมัติแก้ไขมติ อ.ก.ค. สปช. เกี่ยวกับการย้ายผู้ฟ้องคดีจากที่ระบุเหตุผลว่าเป็นการขอย้าย “ตามคำร้องขอของตนเอง” เป็น “เพื่อแก้ไขปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ” ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมเนื่องจากไม่มีความประสงค์จะขอย้าย ศาลเห็นว่าการเสนอเรื่องขอย้ายผู้ฟ้องคดีให้ อ.ก.ค. สปช. พิจารณาอนุมัติตามมาตรา 42

วรรคหนึ่ง (3)¹⁴¹ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูฯ นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้เสนอขอย้ายผู้ฟ้องคดีตามเหตุผลที่แท้จริง คือเพื่อแก้ปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ อันเป็นกรณีการย้ายตามนัยข้อ 6.4¹⁴² ของหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งย้ายข้าราชการครูสายงานการสอน สังกัดสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ พ.ศ.2542 ซึ่งถ้าผู้ฟ้องคดีเสนอเหตุผลที่แท้จริง อ.ก.ค. สปช. ผู้มีอำนาจพิจารณาก็จะได้พิจารณากลับกรองเหตุผลและข้อเท็จจริงของการย้ายเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการครูตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายว่าจะสมควรอนุมัติหรือไม่ โดย อ.ก.ค. สปช. มีอำนาจดุลพินิจจะอนุมัติหรือไม่ก็ได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเสนอเรื่องขอย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นกรณีการย้ายให้ดำรงตำแหน่งว่างและย้ายสับเปลี่ยนผู้ดำรงตำแหน่งตามคำร้องขอย้ายของข้าราชการประจำปี อันเป็นกรณีการย้ายตามปกติ อ.ก.ค. สปช. จึงยอมพิจารณาอนุมัติตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีเสนอ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีเสนอเรื่องขอย้ายผู้ฟ้องคดีทั้ง ๆ ที่ผู้ฟ้องคดีมิได้มีคำขอย้ายแต่อย่างใด เป็นการนำข้อเท็จจริงที่มีได้มีอยู่จริงมาเป็นเหตุในการเสนอขออนุมัติ เท่ากับเป็นการเสนอขอให้มีการอนุมัติในเรื่องที่มีได้มีอยู่จริง จึงเป็นกรณีที่ อ.ก.ค.สปช. มีมติอนุมัติการย้ายผู้ฟ้องคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่จริง เป็นเหตุให้การอนุมัติเห็นชอบการย้ายดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีโดยระบุเหตุผลว่าเป็นการย้ายตามคำร้องขอของตนเอง จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีจะได้เสนอเรื่องต่อ อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (ซึ่งได้รับโอนอำนาจหน้าที่ของ อ.ก.ค. สปช. มาโดยผลของกฎหมาย) เพื่อพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเหตุผลในการย้ายให้ถูกต้องตามความเป็นจริงแล้วก็ตาม ก็มีได้มีผลทำให้

¹⁴¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ.2523

มาตรา 42 การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการและการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการครู ให้ผู้มีอำนาจต่อไปนี้เป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้ง

...๑๓๑

3) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับ 7 และระดับ 6 ให้อธิบดีโดยอนุมัติ อ.ก.ค. กรม เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง

¹⁴² หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งย้ายข้าราชการครูสายงานการสอน สังกัดสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ พ.ศ.2542

ข้อ 6.4 การแต่งตั้งย้ายข้าราชการครูสายงานการสอนเพื่อประโยชน์ของทางราชการและเพื่อแก้ปัญหาการบริหารงานบุคคลกรณีเร่งด่วนเพื่อมิให้มีผลกระทบต่อการบริหารราชการ ให้สำนักงานการประถมศึกษาจังหวัด หรือสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ แต่งตั้งย้ายได้ตามควรแก่กรณีและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

...๑๓๑

คำสั่งดังกล่าวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับกลายมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้ อีกทั้งกรณีดังกล่าวไม่ใช่กรณีคำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ปฏิบัติ ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน อันเป็นกรณีที่จะสามารถให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ตามนัยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) ¹⁴³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เนื่องจากเป็นกรณีที่ อ.ก.ค. สปช. ได้พิจารณาเห็นชอบการย้ายผู้ฟ้องคดีแล้ว โดยพิจารณาว่าเป็นการย้ายตามคำร้องขอของตนเอง ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งย้ายของผู้ถูกฟ้องคดีเฉพาะที่เกี่ยวกับผู้ฟ้องคดี โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ อ.ก.ค. สปช. มีมติให้ย้ายผู้ฟ้องคดี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 555/2552 (นายกิตติโชค ห้อยยี่งู ผู้ฟ้องคดี กับ ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเชียงราย เขต 1 ที่ 1 คณะอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา เขตพื้นที่การศึกษาเชียงราย เขต 1 ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี) ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า เดิมผู้ฟ้องดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ โรงเรียนสามัคคีวิทยาคม ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งสำนักงานเขตการศึกษาเชียงราย เขต 1 ไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ โรงพยาบาลจุฬารัตนราชวิทยาลัย เชียงราย ซึ่งคำสั่งดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นคำร้องขอย้าย ประกอบกับ ก.ค.ศ.ยังไม่ได้กำหนดให้ผู้บริหารสถานศึกษาที่ดำรงตำแหน่งในสถานศึกษานั้น ๆ เกิน 4 ปี ต้องมีการสับเปลี่ยนโรงเรียน ซึ่งโรงเรียนสามัคคีวิทยาคมเป็นโรงเรียนขนาดใหญ่พิเศษ มีนักเรียนประมาณ 3,749 คน โรงเรียนจุฬารัตนราชวิทยาลัย เชียงราย เป็นโรงเรียนขนาดกลาง มีนักเรียนประมาณ 895 คน ศาลวินิจฉัยว่าการที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ย้ายผู้ฟ้องคดีจากโรงเรียนขนาดใหญ่พิเศษไปโรงเรียนขนาดกลางไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา แต่ในระหว่างการพิจารณาคดีปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้เกษียณอายุราชการ แต่คำสั่งสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเชียงราย เขต 1 ที่ 489/2549 เรื่องย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2549 ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ยังไม่หมดสิ้นไป โดยหากศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถกำหนดคำสั่งบังคับโดยเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ตามนัยมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

¹⁴³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

...๑๓๑

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และการเพิกถอนคำสั่งเช่นนี้ ในสายตาของกฎหมายถือว่าไม่เคยมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเลย อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นได้ว่า การพิจารณาคดีนี้ไปจนมีคำสั่งก็ไม่สามารถทำให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนสามัคคีวิทยาคมได้ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเกษียณอายุราชการ ทั้งผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้มีคำขอให้ศาลกำหนดคำสั่งกับประการอื่น เช่น ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดเชยค่าสินไหมทดแทน อันเนื่องมาจากคำสั่งย้ายโดยมิชอบ

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ 1741/2546 (นายสุพจน์ จันทนุญา ผู้ฟ้องคดี กับ เลขาธิการคณะกรรมการศึกษาขั้นพื้นฐาน (อธิบดีกรมสามัญศึกษา เดิม) ผู้ถูกฟ้องคดี) ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ารับราชการครู อยู่ที่โรงเรียนขามูวิทยา อำเภอขามูวรลักษบุรี จังหวัดกำแพงเพชร ในขณะที่รับราชการครู ตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนพิชญ์โลกศึกษา จังหวัดพิษณุโลก มีเรื่องร้องเรียนผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือสั่งการให้สำนักงานสามัญศึกษาจังหวัดพิษณุโลกสืบสวนข้อเท็จจริง เพื่อประกอบการพิจารณา แต่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการขามูวิทยา จังหวัดกำแพงเพชร และย้ายข้าราชการอื่นให้มารักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนพิชญ์โลกศึกษา เป็นคำสั่งย้ายก่อนที่จะได้รับรายงานผลการสืบสวนหาข้อเท็จจริงอย่างเป็นทางการ จากผู้อำนวยการสามัญศึกษาจังหวัดพิษณุโลก ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการสั่งย้ายโดยใช้ข้อมูลทางเดียว ผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ได้รับรายงานผลการสืบสวนข้อเท็จจริงแต่อย่างใด ศาลวินิจฉัยว่า ตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 บัญญัติว่า การย้ายข้าราชการครูผู้ดำรงตำแหน่งใด ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นในกรมเดียวกัน ต้องย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับเดียวกัน การย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนพิชญ์โลกศึกษาให้ไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาลขามูวิทยา ถือเป็นการย้ายให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับเดียวกัน แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยไม่จำเป็นต้องให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน แต่กรณีย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการย้ายที่ไม่ปกติเนื่องจากการย้ายเกิดจากการถูกรื้อเรียน ก่อนจะมีคำสั่งย้ายควรรับฟังข้อเท็จจริงจากทุกฝ่าย โดยเฉพาะจากผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและพอเพียงในการใช้ดุลยพินิจ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาข้อเท็จจริงอย่างเร่งรีบ แม้แต่การรอรายงานอย่างเป็นทางการจากผู้อำนวยการสามัญศึกษาจังหวัดพิษณุโลกซึ่งเป็นผู้ใกล้ชิดเหตุการณ์และผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้สืบสวนข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการพิจารณาตามหนังสือร้องเรียน และผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้สืบสวนข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการพิจารณาตามหนังสือร้องเรียน ผู้ถูกฟ้องคดีก็เห็นว่าไม่จำเป็น ข้อเท็จจริงที่รับฟังจึงไม่ถูกต้องครบถ้วนเพียงพอ เป็นการพิจารณาโดยรับฟังข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องครบถ้วน ไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ จึงเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบ คำสั่งให้ผู้ฟ้อง

คดีพ้นจากตำแหน่งผู้อำนวยการ โรงเรียนพิษณุ โลกศึกษาและให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนนาฏวิทยาจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 (นายรังสิทธิ์ สุทธิกุลานนท์ ผู้ฟ้องคดี กับ องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี) ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดี ตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 เมื่อปี พ.ศ.2543 ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปช่วยราชการที่ส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ตั้งแต่วันที่ 11 พฤษภาคม 2543 เป็นต้นไป ซึ่งในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีไปช่วยราชการที่ส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนกล่าวหา นายประสิทธิ์ โกยศิริพงษ์ นายกององค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต กับพวก ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่า บุคคลกลุ่มดังกล่าวได้ร่วมกันปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อเครื่องแต่งกาย (เครื่องแบบนักเรียน) โดยไม่ถือปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ และความไม่เป็นธรรมหลายกรณี ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีโกรธแค้น ใช้อิทธิพลกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนและมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการปฏิบัติงานช่วยราชการในส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยให้ไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัชฎา ซึ่งมีได้เป็นหน่วยงานของทางราชการ อีกทั้งไม่มีสำนักงาน เครื่องมือ เครื่องใช้ในการปฏิบัติงานให้เกิดประโยชน์แก่ทางราชการได้ ศาลวินิจฉัยว่า การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ไปปฏิบัติงานเป็นการประจำ ณ ท่าเทียบเรือที่ให้เอกชนเช่าดำเนินการ โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกคำสั่งดังกล่าวเป็นการกลั่นแกล้งและไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้นายกององค์การบริหารส่วนจังหวัดจะมีอำนาจตามกฎหมายในการสั่งให้ข้าราชการในสังกัด ไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่ไม่ใช่ส่วนราชการได้ ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง¹⁴⁴ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 และมาตรา 4¹⁴⁵

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542

มาตรา 15 การออกคำสั่งเกี่ยวกับการบรรจุและแต่งตั้ง การย้าย การโอน การรับ โอน การเลื่อนระดับ การเลื่อนขึ้นเงินเดือน การสอบสวน การลงโทษทางวินัย การให้ออกจากราชการ การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ หรือการอื่นใดที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลให้เป็นอำนาจของนายกององค์การบริหารส่วนจังหวัด ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดกำหนด แต่สำหรับการออกคำสั่งแต่งตั้งและการให้ข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดก่อน

...ฯลฯ

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางวินัยของข้าราชการซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการ พ.ศ.2534

แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางวินัยของข้าราชการซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่มีใช้ ส่วนราชการ พ.ศ.2534 แต่การออกคำสั่งดังกล่าวต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยคำสั่งนั้นต้องสามารถดำเนินการให้เจตนาธรรมหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลุล่วงไปได้และ ต้องมีความจำเป็นในการออกคำสั่ง โดยใช้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการเพียงเท่าที่ จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนาธรรมของกฎหมายเท่านั้น รวมทั้งมหาชนจะต้องได้รับ ประโยชน์จากคำสั่งมากกว่าความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งได้รับ ดังนั้น แม้คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไป ปฏิบัติงานเป็นการประจำ ณ ท่าเทียบเรือ จะเป็นไปตามเจตนาธรรมหรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย ที่จะทำให้การกำกับดูแลการดำเนินงานท่าเทียบเรือสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม แต่การกำกับดูแล ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ผู้ฟ้องคดีออกไปปฏิบัติงานเป็นการประจำก็ได้ เพราะองค์การบริหาร ส่วนจังหวัดมีหน้าที่เพียงตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนเป็นครั้งคราวและใน ปัจจุบันการติดต่อสื่อสารกระทำได้โดยสะดวก ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติงานได้โดยไม่ จำเป็นต้องไปนั่งปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือ ประกอบกับผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ความรับผิดชอบ และลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติหลายด้าน การให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือ ทำให้ ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ด้านอื่น ๆ ได้ อันจะทำให้การบริหารงานบุคคลในสำนักงานไม่เป็นไป ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คำสั่งข้างต้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่ง เฉพาะในส่วนที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือ

ศาลพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 310/2550 วินิจฉัยว่า นายกเทศมนตรีตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นพนักงานเทศบาล ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียน ระดับ 8 ให้ไปรักษาการในตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ ระดับ 7 ของอีกโรงเรียนหนึ่งซึ่งสังกัดเทศบาล ตำบลเดียวกัน แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติ ตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามกฎหมายและเป็นการกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอ ความเป็นธรรมต่อผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว แต่ไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณา จึงนำมาคิดมาฟ้องต่อ ศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่ง ต่อมาภายหลังจากที่มีการยื่นฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มี คำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีให้กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากการ

มาตรา 4 เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการทางวินัย ข้าราชการผู้ใดได้รับแต่งตั้งหรือได้รับ มอบหมายหรือโดยมติคณะรัฐมนตรี หรือโดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชาให้เป็นประธานกรรมการ รองประธาน กรรมการ กรรมการหรือเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการหรือที่ปรึกษา เลขานุการหรือผู้ช่วยเลขานุการของ คณะกรรมการหรือได้รับแต่งตั้งหรือได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่อื่นใดในหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการ ให้ ถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับแต่งตั้งหรือตามที่ได้รับมอบหมายนั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ

ที่ไม่ได้เงินประจำตำแหน่งในระหว่างที่ถูกย้ายไปรักษาการในตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ซึ่งเป็นตำแหน่งในระดับต่ำกว่าตำแหน่งเดิมและเป็นตำแหน่งที่ไม่มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่ง จึงขอแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องโดยขอให้เทศบาลตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) คืนเงินประจำตำแหน่งซึ่งผู้ฟ้องคดีมีสิทธิจะได้รับหากปฏิบัติหน้าที่ผู้อำนวยการโรงเรียนโดยมิได้ถูกคำสั่งย้ายให้กับผู้ฟ้องคดี ตามข้อ 22 ของประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่องมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือก การบรรจุแต่งตั้ง การย้าย การโอน การรับโอน การเลื่อนระดับ และการเลื่อนขั้นเงินเดือน ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2544¹⁴⁶ ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 15 ประกอบกับ มาตรา 23¹⁴⁷ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ก่อนที่จะมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี กำหนดว่า การย้ายพนักงานเทศบาลตำแหน่งใดไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในสายงานที่ต่ำกว่าตำแหน่งสายงานเดิม หรือระดับต่ำกว่าเดิม หรือย้ายพนักงานเทศบาลในตำแหน่งสายผู้บริหารและผู้บริหารสถานศึกษาไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสายปฏิบัติงาน ให้กระทำได้ต่อเมื่อพนักงานเทศบาลผู้นั้นสมัครใจและได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการพนักงานเทศบาล ดังนั้นในการย้ายผู้ฟ้องคดีแม้จะเป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะที่เป็นนายกเทศมนตรี ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วน

¹⁴⁶ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542

มาตรา 15 การออกคำสั่งเกี่ยวกับการบรรจุและแต่งตั้ง การย้าย การโอน การรับโอน การเลื่อนระดับ การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสอบสวน การลงโทษทางวินัย การให้ออกจากราชการ การอุทธรณ์และการร้องทุกข์ หรือการอื่นใดที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ให้เป็นอำนาจของนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดกำหนด แต่สำหรับการออกคำสั่งแต่งตั้ง และการให้ข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดพ้นจากตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดก่อน

อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลตามวรรคหนึ่ง นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดอาจมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาข้าราชการในตำแหน่งใดขององค์การบริหารส่วนจังหวัดแห่งนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดกำหนด

¹⁴⁷ มาตรา 23 เทศบาลที่อยู่ในเขตจังหวัดหนึ่งให้มีคณะกรรมการพนักงานเทศบาลร่วมกันคณะหนึ่งทำหน้าที่บริหารงานบุคคลสำหรับเทศบาลทุกแห่งที่อยู่ในเขตจังหวัดนั้น ประกอบด้วย

...ฯลฯ

ให้นำความในมาตรา 10 มาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 13 มาตรา 14 และมาตรา 15 มาใช้บังคับกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการพนักงานเทศบาล โดยอนุโลม ทั้งนี้ โดยให้การใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล คณะกรรมการพนักงานเทศบาล หรือนายกเทศมนตรี แล้วแต่กรณี

ท้องถิ่นๆ แต่ก็ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในข้อ 22 ของประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลข้างต้นด้วย และโดยที่ตามมาตราฐานกำหนดตำแหน่งสายผู้บริหารสถานศึกษาได้กำหนดให้ตำแหน่งอาจารย์ใหญ่เป็นระดับ 6 ระดับ 7 และระดับ 8 ส่วนตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนเป็นระดับ 7 ระดับ 8 และระดับ 9 จึงเห็นได้ว่าตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนมีหน้าที่ความรับผิดชอบ ปริมาณงาน และคุณภาพของงานสูงกว่าตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ (เลขานุการคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล) ที่เห็นว่าการย้ายผู้ดำรงตำแหน่งในสายงานผู้บริหารสถานศึกษาจากตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนไปดำรงตำแหน่งอาจารย์ใหญ่เป็นการย้ายให้ดำรงตำแหน่งในสายงานที่ต่ำกว่าเดิม และการย้ายไปรักษาการในตำแหน่งอาจารย์ใหญ่เพียงตำแหน่งเดียว ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการให้ไปดำรงตำแหน่งในสายงานที่ต่ำกว่าตำแหน่งในสายงานเดิม โดยที่มิได้สอบถามความสมัครใจจากผู้ฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีมิได้สมัครใจที่จะไปรักษาการในตำแหน่ง ตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กรณีจึงเป็นการออกคำสั่งที่ขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขตามข้อ 22 ของประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลข้างต้น เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการพนักงานเทศบาลแล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้คำสั่งดังกล่าวกลับเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีผลให้ผู้ฟ้องคดีต้องย้ายจากตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเงินประจำตำแหน่งไปดำรงตำแหน่งรักษาการอาจารย์ใหญ่ซึ่งเป็นตำแหน่งที่ไม่มีเงินประจำตำแหน่ง ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับเงินประจำตำแหน่งตามพระราชกฤษฎีกาการได้รับเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการและผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารซึ่งไม่เป็นข้าราชการ พ.ศ.2538 เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นการกระทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะหน่วยงานของรัฐที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สังกัดอยู่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามนัยมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินเท่ากับจำนวนเงินประจำตำแหน่งที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับหากปฏิบัติหน้าที่ผู้อำนวยการโรงเรียนโดยมิได้ถูกคำสั่งย้าย ภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.112/2552 (นางอุเลี่ยน ชันอุตทา ผู้ฟ้องคดี กับ ผู้อำนวยการโรงพยาบาลนาดี ที่ 1 ผู้ว่าราชการปราจีนบุรี ที่ 2 นายแพทย์สาธารณสุขจังหวัดปราจีนบุรี ที่ 3) ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีรับราชการตำแหน่งพยาบาลวิชาชีพ 7 สังกัดโรงพยาบาลนาดี สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดปราจีนบุรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล กลุ่มงานการพยาบาล โรงพยาบาลนาดี ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีคำสั่ง

โรงพยาบาลฯ ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานตำแหน่งหัวหน้างานผู้ป่วยนอก ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของหัวหน้าและรองหัวหน้ากลุ่มงานการพยาบาล อันเป็นการเปลี่ยนตำแหน่งการปฏิบัติงานและลดชั้นการใช้ความรู้ ความสามารถของผู้ฟ้องคดีและเป็นการไม่ถูกต้อง เนื่องจากอำนาจในการบริหารงานบุคคลเป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ศาลวินิจฉัยว่าผู้ว่าราชการจังหวัด มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีให้ไปดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล (พยาบาลวิชาชีพ 7) กลุ่มการพยาบาล โรงพยาบาลนาดี สำนักงานสาธารณสุข จังหวัดปราจีนบุรี โดยตัดโอนตำแหน่งและอัตราเงินเดือนตามตัวไปตั้งจ่าย ต่อมา ผู้อำนวยการโรงพยาบาลดังกล่าวได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติงานในหน้าที่หัวหน้างานผู้ป่วยนอก ซึ่งเป็นตำแหน่งที่ข้าราชการระดับ 6 ถือครองอยู่ พร้อมทั้งแต่งตั้งให้ข้าราชการ ระดับ 7 รายอื่นมาปฏิบัติหน้าที่หัวหน้ากลุ่มการพยาบาลแทนผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าเพื่อให้การปฏิบัติงานในโรงพยาบาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อยมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล ผู้ฟ้องคดีร้องขอความเป็นธรรมต่อผู้ว่าราชการจังหวัด เนื่องจากเห็นว่าเป็นการเปลี่ยนตำแหน่งการปฏิบัติงานและลดชั้นตำแหน่งผู้ฟ้องคดีจากหัวหน้าฝ่ายเป็นหัวหน้างาน อันเป็นการกีดกันแก้งผู้ฟ้องคดี แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดแจ้งผลการพิจารณาว่า กรณีเป็นการปรับเปลี่ยนหน้าที่เพื่อประโยชน์ของทางราชการในการบริหารจัดการภายในโรงพยาบาลโดยมีเหตุผลอันสมควร ไม่ได้เป็นการกีดกันแก้งผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งของผู้อำนวยการโรงพยาบาลไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าราชการจังหวัด โดยเฉพาะ ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 บัญญัติให้การ บรรจุบุคคล เข้าราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 7 ลงมา ในราชการบริหารส่วนภูมิภาค ซึ่งมีใช้หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดให้ ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง เมื่อโรงพยาบาลที่ผู้ฟ้องคดี สังกัด เป็นโรงพยาบาลชุมชนในสังกัดสำนักงาน สาธารณ สุข จังหวัด ซึ่งเป็น ราชการ ส่วน ภูมิภาค อำนาจในการบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 7 ลงมา จึงเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว การที่ผู้อำนวยการโรงพยาบาลมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่หัวหน้างานผู้ป่วยนอก โดยให้เหตุผลว่าเพื่อให้การปฏิบัติงานภายในหน่วยงานเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ซึ่งเป็นกรณีที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้อำนวยการโรงพยาบาลไม่มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 7 ลงมา แม้ว่าผู้อำนวยการโรงพยาบาลในฐานะผู้บังคับบัญชาข้าราชการและลูกจ้างภายในโรงพยาบาลมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานภายในหน่วยงานตามความจำเป็น อันเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะกำหนดได้ก็ตาม แต่การมอบหมายงานดังกล่าว จะต้องมีความเหมาะสม มีเหตุผล และมีกำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติ

หน้าที่ไว้ และให้บุคคลอื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ฟ้องคดี ย่อมแสดงให้เห็นว่าไม่ประสงค์จะให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตามคำสั่งแต่งตั้ง (ย้าย) ผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบ ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้อำนวยการโรงพยาบาล¹⁴⁸

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.112/2548 (นายนิพนธ์ สุขเจริญ ผู้ฟ้องคดี กับ อธิบดีกรมราชทัณฑ์ ผู้ถูกฟ้องคดี) ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ สังกัดกรมราชทัณฑ์ ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำกลางชลบุรี ถูกผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งกรมราชทัณฑ์ที่ 34/2544 ลงวันที่ 15 มกราคม 2544 ให้ย้ายไปรักษาการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำกลางนครราชสีมา ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการสั่งการดังกล่าวเป็นการสั่งที่รวดเร็วและผิดธรรมเนียมในการโยกย้ายตามฤดูกาล โดยผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าเพื่อความเหมาะสม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้กระทำความผิด การสั่งย้ายไปไกลถึงเรือนจำกลางนครราชสีมา ทำให้ต้องห่างไกลจากญาติ พี่น้องและครอบครัวและเกรงว่าจะเกิดความไม่ปลอดภัยในฐานะเป็นพยาน

ศาลวินิจฉัยว่าก่อนผู้ถูกฟ้องคดีจะมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งที่เรือนจำกลางนครราชสีมา ผู้บัญชาการเรือนจำกลางชลบุรี ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอให้ย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ที่เรือนจำนครราชสีมา เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีพฤติการณ์กระด้างกระเดื่องต่อผู้บังคับบัญชา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการบรรจุและแต่งตั้งระดับ 6 ลงมาของกรมราชทัณฑ์ ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของกรมราชทัณฑ์โดยตรงพิจารณาแล้ว เห็นว่าสมควรให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำกลางนครราชสีมา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วเห็นว่าการที่เรือนจำกลางชลบุรีเสนอให้ย้ายผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นไปเพื่อความเหมาะสม ขจัดปัญหา อุปสรรคต่อการบริหารงานบุคคลของเรือนจำ และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้น จึงมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ที่เรือนจำกลางนครราชสีมา ตามความเห็นของคณะกรรมการบรรจุและแต่งตั้งฯ จึงเห็นได้ว่าการย้ายดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาอย่างรอบด้าน โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริง เหตุผลความจำเป็น ตลอดจนความเหมาะสมและประโยชน์ของหน่วยงานแล้ว ผู้ฟ้องคดีอาจไม่พอใจที่ไม่ได้รับความสะดวกจากการถูกย้าย แต่การย้ายเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะสั่งให้ย้ายผู้ใดบังคับบัญชาได้ตามที่เห็นสมควร เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยมือคดหรือมีเจตนาถั่นแถ้งผู้ฟ้องคดีให้ได้รับความเสียหาย จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว

¹⁴⁸ นิรัฐ อินทร “คุณธรรมในการโยกย้ายข้าราชการ” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง <http://www.adminstrative court.com> เปิดดูเมื่อ 4 พฤศจิกายน 2553

กล่าวโดยสรุปแล้ว การย้ายข้าราชการตามหลักการบริหารงานบุคคลเป็นการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ ความรับผิดชอบตำแหน่งและหรือสถานที่ปฏิบัติราชการของข้าราชการในระดับชั้นเดิม โดยได้รับค่าตอบแทนในการทำงานเท่าเดิมและอยู่ในสังกัดเดิม โดยองค์กรจะดูที่ประโยชน์ของหน่วยงานนั้น ๆ เป็นสำคัญ การย้ายข้าราชการนั้นถือเป็นการบังคับบัญชาอย่างหนึ่ง ที่ผู้บังคับบัญชาสั่งแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาให้ไปทำงานในภาระหน้าที่ใด ภาระหน้าที่หนึ่งหรือสถานที่ใดสถานที่หนึ่งในสังกัดเดียวกัน โดยอำนาจบังคับบัญชานี้เกิดจากความมุ่งหมายที่ตั้งไว้และการย้ายข้าราชการนี้คือการใช้อำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างหนึ่ง เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเต็มที่ที่จะใช้ได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้โดยตรง ซึ่งอำนาจนี้ผูกพันอยู่กับสถานะของผู้บังคับบัญชาด้วย และผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจนี้ โดยไม่ต้องให้เหตุผล กล่าวคือ ไม่ต้องระบุดังความเหมาะสมหรือเหตุผล เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁴⁹

2. คำสั่งย้ายข้าราชการกับการบริหารราชการแผ่นดิน

ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้กล่าวไว้ว่า “กฎหมายปกครองคือกฎหมายมหาชนที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารราชการ (บริการสาธารณะ) และกำหนดอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ (บริการสาธารณะ) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างของระบบการบริหารราชการและการจัดกลไกของรัฐประการหนึ่ง หลักกฎหมายที่ใช้ในการบริหารราชการไม่ว่าจะอยู่ในรูปของตัวบทกฎหมายหรืออยู่ในรูปของระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ”¹⁵⁰ โครงสร้างของระบบราชการหรือการจัดระเบียบบริหารราชการไทยในปัจจุบันเป็นผลสืบเนื่องมาตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองในสมัยปี พ.ศ.2475¹⁵¹

¹⁴⁹ มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 ว่าด้วยการระงับเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง และมาตรา 9 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ ได้กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องระงับเหตุผลประกอบในกรณีเป็นคำสั่งลงโทษ, อังใน, ศุภิพร พิศาลบุตร, เจริญธรรมที่ 42, หน้า 92

¹⁵⁰ บทบรรณาธิการวารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 1 พ.ศ.2525 “เพราะเหตุใดจึงมีวารสารกฎหมายปกครอง”

¹⁵¹ ชาญชัย แสงศักดิ์ (2544) “กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน” กรุงเทพมหานคร นิติธรรม, หน้า 5

ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บทของระบบราชการไทยในปัจจุบัน ได้กำหนดองค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดิน

“ฝ่ายปกครอง” ศ.ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับฝ่ายปกครองว่า ในการปกครองจำต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า “รัฐบาล” รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนทางการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ”¹⁵²

“Jean Rivero” ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญคือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการคือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” (L’Exécutif) และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” (L’Administration)¹⁵³

“การบริหารราชการแผ่นดิน” (Public Administration) หรือ “การบริหารรัฐกิจ” หมายถึง ความพยายามในการที่จะร่วมมือดำเนินงานของส่วนราชการต่าง ๆ หรือดำเนินกิจการต่าง ๆ ที่รัฐต้องปฏิบัติให้บรรลุเป้าหมายตามนโยบายที่วางไว้¹⁵⁴ โดยมีข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการหรือรับผิดชอบ การบริหารราชการนั้น จึงเกิดขึ้นจากการกำหนดนโยบาย (Policy Determination) ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายการเมืองหรือข้าราชการการเมืองและการนำนโยบายไปปฏิบัติ (Implementation) ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารราชการประจำ หรือข้าราชการประจำ โดยที่การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นการที่จะทำให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้ จึงจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนได้ ลักษณะการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองจึงเป็นการใช้อำนาจเหนือที่อาจไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลได้และโดยที่ภาระหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่ได้มีการขยายขอบเขตไปอย่าง

¹⁵² ประยูร กาญจนกุล, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 4, หน้า 13-16

¹⁵³ ชาลูนัย แสงวงศ์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 57, หน้า 89

¹⁵⁴ สมาน รังสิโยภุชญ์ (2546) “การบริหารราชการไทย: อดีต ปัจจุบัน และอนาคต” พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์บรรณกิจ, หน้า 5

กว้างขวาง แต่เดิมนั้นรัฐมีภาระหน้าที่ที่เรียกว่าเป็น “รัฐฝ่ายาม” กล่าวคือ มีภาระหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ ดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและดูแลความมั่นคงของประเทศจากการรุกรานของศัตรูภายนอกประเทศ ต่อมาภารกิจของรัฐได้ขยายตัวขึ้นอย่างกว้างขวาง นอกเหนือจากภาระหน้าที่ 2 ประการดังกล่าวข้างต้น รัฐสมัยใหม่ได้ขยายภารกิจในการเข้าไปดำเนินกิจการสาธารณะต่าง ๆ มากขึ้น การขยายภารกิจของรัฐดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลต่อการเพิ่มภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมากขึ้นเช่นกัน ยิ่งฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่มากเพียงใดการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองที่จะไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนก็มีมากขึ้นเพียงนั้น และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองจึงมีความจำเป็นต้องควบคุมฝ่ายปกครอง ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)¹⁵⁵

“ส่วนราชการ” หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีระบบการทำงานที่เป็นแบบแผน มีการจัดระดับชั้นการบังคับบัญชาตามความชำนาญเพื่อความเหมาะสม มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงานอย่างแจ่มชัด มีระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติงานโดยมีวินัยควบคุมความประพฤติของข้าราชการ มีระบบการจัดเก็บเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักฐานในการตรวจสอบมีการจัดระบบการเลือกสรรบุคคลเข้าทำงานยึดถือหลักความสามารถเป็นระบบที่ยึดถือหลักการตามตัวบทกฎหมาย แต่ละหน่วยงานมีหน้าที่และขอบเขตของการปฏิบัติงานอย่างชัดเจน¹⁵⁶

ระบบราชการของไทย มีการจัดแบ่งองค์กร ตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มาตรา 4 ซึ่งกำหนดโครงสร้างการจัดระเบียบบริหารราชการออกเป็น 3 ส่วน คือ

- 1) ระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง
- 2) ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค
- 3) ระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

การบริหารราชการของประเทศไทย มีลักษณะเป็นการบริหารงานขององค์กรขนาดใหญ่ที่มีความสลับซับซ้อนหรือมีลักษณะเป็นการบริหารงานขององค์กรขนาดใหญ่ที่มีแบบแผน หรือการบริหารงานแบบ “ระบบราชการ” (Bureaucracy) กล่าวคือ การบริหารราชการไทย นอกจากจะมีการจัดแบ่งงานกันทำเพื่อให้เกิดความชำนาญงานเฉพาะอย่างและการจัดลำดับชั้นของ

¹⁵⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ (2543) “หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” กรุงเทพมหานคร วิทยุชุมชน, หน้า 23

¹⁵⁶ ผุสดี สัตยามานะ และสุพัตรา เพชรหมณี (2523) “ระบบการบริหารและระเบียบวิธีปฏิบัติราชการ” กรุงเทพมหานคร โอเดียนสโตร์, หน้า 20-21

การบังคับบัญชา (Hierarchy) ที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้เกิดความแน่นอนและชัดเจนในการทำงาน

ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 บัญญัติว่า นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) กำกับโดยทั่วไปซึ่งการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อการนี้จะสั่งให้ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และส่วนราชการซึ่งมีหน้าที่ควบคุมราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งแจ้งแสดงความคิดเห็น ทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการ ในกรณีจำเป็นจะยับยั้งการปฏิบัติราชการใด ๆ ที่ขัดต่อนโยบายหรือมติของคณะรัฐมนตรีก็ได้และมีอำนาจสั่งสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น

(2) มอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรีกำกับการบริหารราชการของกระทรวง หรือทบวงหนึ่งหรือหลายกระทรวงหรือทบวง

(3) บังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกรม

(4) สั่งให้ข้าราชการซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรมหนึ่งมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี โดยจะให้ขาดจากอัตราเงินเดือนทางสังกัดเดิมหรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่ให้ขาดจากอัตราเงินเดือนทางสังกัดเดิม ให้ได้รับเงินเดือนในสำนักนายกรัฐมนตรีในระดับ และขั้นที่ไม่สูงกว่าเดิม

(5) แต่งตั้งข้าราชการซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรมหนึ่งไปดำรงตำแหน่งของอีกกระทรวง ทบวง กรมหนึ่ง โดยให้ได้รับเงินเดือนจากกระทรวง ทบวง กรมเดิม ในกรณีเช่นนี้ให้ข้าราชการซึ่งได้รับแต่งตั้งมีฐานะเสมือนเป็นข้าราชการสังกัดกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งตนมาดำรงตำแหน่งนั้นทุกประการ แต่ถ้าเป็นการแต่งตั้งข้าราชการตั้งแต่ตำแหน่งอธิบดีหรือเทียบเท่าขึ้นไป ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

(6)ฯลฯ

มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 บัญญัติว่า

ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 11 ในกระทรวงหนึ่ง ให้มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ และรับผิดชอบในการกำหนดนโยบาย เป้าหมาย และผลสัมฤทธิ์ของงานในกระทรวงให้สอดคล้องกับนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภา หรือที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรืออนุมัติ โดยจะให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเป็นผู้สั่งและปฏิบัติราชการก็ได้ฯลฯ

มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 บัญญัติว่า

ในกระทรวงให้มีปลัดกระทรวงคนหนึ่งมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

(1) รับผิดชอบควบคุมราชการประจำในกระทรวง แปลงนโยบายเป็นแนวทาง และแผนการปฏิบัติราชการ กำกับการทำงานของส่วนราชการในกระทรวงให้เกิดผลสัมฤทธิ์ และประสานการปฏิบัติงานของส่วนราชการในกระทรวงให้มีเอกภาพสอดคล้องกัน รวมทั้งเร่งรัดติดตาม และประเมินผลการปฏิบัติราชการของส่วนราชการในกระทรวง

(2) เป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการของส่วนราชการในกระทรวงรองจากรัฐมนตรี

(3) เป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการในสำนักงานปลัดกระทรวง และรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของสำนักงานปลัดกระทรวง

(4).....ฯลฯ

มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 บัญญัติว่า

กรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการของกระทรวงตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แบ่งส่วนราชการของกรม หรือตามกฎหมายว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของกรมนั้น

ในกรมหนึ่งมีอธิบดีคนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกรมให้เกิดผลสัมฤทธิ์และเป็นไปตามเป้าหมาย แนวทาง และแผนการปฏิบัติราชการของกระทรวง และในกรณีที่มิใช่กฎหมายอื่นกำหนดอำนาจหน้าที่ของอธิบดีไว้เป็นการเฉพาะการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวให้คำนึงถึงนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือที่คณะรัฐมนตรีกำหนดหรืออนุมัติ และนโยบาย แนวทางและแผนการปฏิบัติราชการของกระทรวงด้วย

2.1 หลักการจัดทำบริการสาธารณะ

2.1.1 ความหมายของการบริการสาธารณะ

ความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “บริการสาธารณะ” (public service) หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการของประชาชน ตามหลักการในการจำแนกประเภทบริการสาธารณะ ซึ่งเรียกว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครอง (Administrative Public Service)¹⁵⁷ เป็นกิจกรรมที่เอกชนทำไม่ได้

¹⁵⁷ คู่มือแนวทางปฏิบัติ การจัดโครงสร้างหน่วยงานของรัฐ (2553) กลุ่มพัฒนาระบบบริหาร สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข นนทบุรี ที.เค.เอส.พับบลิชซิ่ง, หน้า 15

ไม่ทำ หรือรัฐปล่อยให้ออกชนทำไม่ได้ เพราะกระทบต่อความสงบเรียบร้อย ส่วนใหญ่เป็นกิจกรรมประเภทการรักษาความสงบเรียบร้อยด้วยการออกระเบียบกฎเกณฑ์ เช่น การอนุญาตตั้งโรงงาน การจัดระเบียบจราจร เป็นต้น เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง รูปแบบการจัดโครงสร้างของหน่วยงานที่รับผิดชอบบริการสาธารณะประเภทนี้จึงควรมีฐานะเป็น “ส่วนราชการ” หมายรวมถึง ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น หลักเกณฑ์การจัดทำบริการสาธารณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนอยู่กับกฎหมายและในขณะเดียวกันก็เป็นองค์กรที่มีภาระหน้าที่ในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายย่อมส่งผลให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่จะต้องปรับใช้บทกฎหมาย ต่าง ๆ และโดยเหตุที่ภารกิจในทางปกครองมีความสลับซับซ้อน ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีความหลากหลายมาก จึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่ในหลายกรณีกฎหมายจะต้องเปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแดนที่ตนจะเคลื่อนไหวได้ตามสมควรเพื่อปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด การบริการสาธารณะ จึงเป็นองค์ประกอบสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นหลักการที่ยอมรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งปรากฏเป็นอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ว่าการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวง

หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ย่อมเป็นหลักการสำคัญในการใช้กฎหมาย การกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะนั้นฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในการดำเนินการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองต่าง ๆ เจื่อนใจในการดำเนินการดังกล่าวก็คือ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลตามสมควรว่าการกระทำของตนนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร การบริการสาธารณะ จึงหมายถึงกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำและเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กิจกรรมที่สำคัญของฝ่ายปกครองมีอยู่สองประเภท ประเภทแรกได้แก่ตำรวจทางปกครอง และประเภทที่สองได้แก่บริการสาธารณะ ซึ่งการดำเนินการทางตำรวจทางปกครองเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครอง “บังคับ” หรือ “กำหนด” ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติตาม เช่น การอนุญาต การอนุมัติ การไม่อนุมัติ เป็นต้น ในขณะที่บริการสาธารณะเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครอง “จัดหา” หรือ “จัดให้มี” บริการต่าง ๆ เพื่อสนองตอบความต้องการด้านต่าง ๆ ของประชาชนในสังคม เช่น การจัดให้มีถนนหนทาง การ

รักษาความสะอาดของบ้านเมือง เป็นต้น¹⁵⁸ การจัดทำบริการสาธารณะจึงนับได้ว่าเป็นภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐสมัยใหม่ที่ต้องจัดทำให้กับประชาชน ในประเทศไทยการจัดทำบริการสาธารณะพบว่าได้มีการแบ่งภารกิจของรัฐที่เป็นบริการสาธารณะออกเป็นสองประเภท คือ ภารกิจพื้นฐาน (primary function) และภารกิจลำดับรอง (secondary function)¹⁵⁹

การจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) ถือเป็นภารกิจพื้นฐานสำคัญที่รัฐมีหน้าที่ความรับผิดชอบดำเนินการ ทั้งนี้เพราะภารกิจพื้นฐานของรัฐเป็นเหตุผลสำคัญในการเกิดขึ้นของรัฐและเป็นเหตุผลของการที่จะต้องมีการจัดตั้งขึ้นมากำกับดูแลรับผิดชอบจัดทำภารกิจเหล่านี้เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้ความสำคัญของการบริหารราชการแผ่นดิน โดยกำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดว่า รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน โดยจัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่น เพื่อให้การจัดทำและการให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และตรวจสอบได้ โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน¹⁶⁰

2.1.2 หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ต้องคำนึงถึงหลักใหญ่ ๆ 3 ประการ คือ

1) หลักว่าด้วยความเสมอภาค (Principe d'égalité) เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กล่าวคือ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ดังนั้น กิจการใดที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจึงไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ

2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (Principe de continuité) เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะ

¹⁵⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2552) *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน หน้า 24-25

¹⁵⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา (2529) “วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 5-6, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 24, หน้า 142

¹⁶⁰ โปรดคุณ มาตรา 78 (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หยุดชะงัก ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ หลักการที่สำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะคือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ สำหรับบริการสาธารณะบางประเภทซึ่งจะต้องจัดทำอย่างถาวร เช่นการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาล ความต่อเนื่องที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ตลอดเวลา วันละ 24 ชั่วโมง เป็นต้น

(3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (Principe d' adaptation หรือ Principe de mutabilité) เพื่อให้การบริการสาธารณะเกิดความทันสมัยหรือตอบสนองความต้องการของประชาชน ฝ่ายปกครองอาจเปลี่ยนแปลงหรือจัดทำบริการสาธารณะตามความต้องการของประชาชน ได้อย่างทันทั่วถึง เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

2.1.3 เครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

เมื่อฝ่ายปกครองได้ก่อตั้งบริการสาธารณะขึ้นมาแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการจัดทำหรือกำกับดูแลให้มีการจัดทำบริการสาธารณะให้ได้ผลดีตามความมุ่งหมายของการก่อตั้งบริการสาธารณะนั้นขึ้นมา โดยในการจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมี “เครื่องมือ” ที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ 4 ประการ¹⁶¹ คือ (1) มาตรการทางกฎหมาย (2) บุคลากร (3) ทรัพย์สิน (4) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แนวความคิดเกี่ยวกับผู้หน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนินการบริการสาธารณะนั้น เรียกว่า “บุคลากรของรัฐ” (fonction publique) ได้แก่บุคลากรทุกประเภทที่ทำงานให้กับฝ่ายปกครองจึงเป็นกลไกสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ บุคลากรของรัฐมีหลายประเภท โดยส่วนใหญ่ของบุคลากรจะได้แก่ข้าราชการ (fonctionnaires) นอกจากนั้นก็จะเป็นบุคลากรที่เรียกกันว่า เจ้าหน้าที่ (agent) ซึ่งมีอยู่หลายประเภท เรียกว่า “ข้าราชการ” ได้แก่ บุคคลซึ่งสมัครใจเข้าทำงานกับฝ่ายปกครองอย่างถาวร และมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ การที่จะเป็นข้าราชการจะต้องประกอบด้วย 3 องค์ประกอบที่สำคัญ คือ มีการเข้าเป็นข้าราชการ มีการทำงานกับองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะ และมีความถาวรในการทำงาน

¹⁶¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ่างแล้ว, เจริญรอดที่ 158, หน้า 101

สำหรับประเทศไทยนั้น บุคคลที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเรียกว่า “ข้าราชการ” ได้แก่บุคคลซึ่งสมัครใจเข้าทำงานกับฝ่ายปกครองอย่างถาวรและมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ¹⁶² การที่จะเป็นข้าราชการจะต้องประกอบด้วย 3 องค์ประกอบที่สำคัญ คือ มีการเข้าเป็นข้าราชการ มีการทำงานกับองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะ และมีความถาวรในการทำงาน โดยที่ภารกิจพื้นฐานและภารกิจสำคัญของรัฐที่ส่วนราชการต่าง ๆ ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องและส่งผลกระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัยหรืออาจจะกระทบกระเทือนต่อการดำรงอยู่ของรัฐทางใดทางหนึ่ง ดังนั้น การปฏิบัติภารกิจของข้าราชการในส่วนราชการต่าง ๆ จึงเป็นไปภายใต้หลักการดูแลบังคับบัญชาอย่างเข้มงวดจากผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นจนกระทั่งถึงจุดสูงสุดของการบังคับบัญชาที่สิ้นสุด ณ หัวหน้ารัฐบาล¹⁶³

2.2 หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะหรือการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ซึ่งการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะนี้ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์และภายในขอบเขตตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากเป็นการกระทำไปโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจก็จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” จึงเป็นองค์ประกอบสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางกฎหมายที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในระบอบประชาธิปไตย¹⁶⁴ ซึ่งปรากฏเป็นอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐตามนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 78 การกระทำทั้งหลายของขององค์กรของรัฐย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวง หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักสำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย ดังนั้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หากปรากฏชัดว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ปรากฏว่าสาธารณะจะได้ประโยชน์ใด ๆ คำสั่งดังกล่าวอาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วย

¹⁶² Jean de soto, *Droit administrative, Théorie Générale du service public*, Edition Montchrétien, Paris, 1981, p. 57, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2541) “บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส” กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์นิติธรรม, หน้า 77

¹⁶³ ชาญชัย แสงศักดิ์ (2549) “องค์กรมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ” พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร นิติธรรม, หน้า 88

¹⁶⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 13*, หน้า 40-41

กฎหมาย โดยมีผู้รับผิดชอบต่อผลของงานและการบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่ต้องคำนึงถึงหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 ในมาตรา 3/1 ที่ว่า “การบริหารราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ความสำคัญของหลักการบริหารราชการแผ่นดินจึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ ความมีประสิทธิภาพ ความคุ้มค่าในเชิงภารกิจแห่งรัฐและตอบสนองความต้องการของประชาชน¹⁶⁵ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินในออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยอ้างประโยชน์ราชการหรือการจัดทำบริการสาธารณะ ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ศาลปกครองได้วินิจฉัยเป็นแนวบรรทัดฐาน ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 574/2545 (ระหว่าง นายเกริกไกร จิระแพทย์ ผู้ฟ้องคดีกับ นายกรัฐมนตรี กับพวก ผู้ถูกฟ้องคดี) ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า เดิมผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ระดับ 11 ตำแหน่งปลัดกระทรวงพาณิชย์ ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีหนังสือเสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ว่ากระทรวงพาณิชย์พิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อสนับสนุนภารกิจในเชิงรุกในเวทีการค้าระหว่างประเทศของรัฐบาลและเพื่อให้การปฏิบัติงานด้านการค้าระหว่างประเทศ ตามนโยบายของรัฐบาลเกิดประโยชน์สูงสุด จำเป็นต้องมีผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ด้านการค้าต่างประเทศมาช่วยปฏิบัติงาน จึงเห็นควรให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการในสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว โดยได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 266/2544 ลงวันที่ 7 กันยายน พ.ศ.2544 ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการในสำนักนายกรัฐมนตรี โดยให้ได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าว ไม่ชอบธรรม ไม่เหมาะสม ไม่มีเหตุผล และมีขอบ เป็นการเลือกปฏิบัติ ใช้อำนาจตามอำเภอใจและเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ วิญญูชนโดยทั่วไปย่อมเป็นที่เข้ากันว่าเป็นการกลั่นแกล้งและเป็นการลงโทษอย่างหนึ่ง ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) โดยข้อเสนอแนะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์) มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ระดับ 11 ตำแหน่งปลัดกระทรวงพาณิชย์ไปปฏิบัติราชการในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี โดยให้ได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน ทั้งที่ยังไม่มีตำแหน่งรองรับและไม่มีกรอบอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบอันเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 โดยมีเหตุผลในการใช้ดุลพินิจว่า

¹⁶⁵ กองเทพ เคลือบพณิชกุล (2546) “การปฏิรูประบบราชการเพื่อก้าวเข้าสู่ราชการยุคใหม่” กรุงเทพมหานคร บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์, หน้า 27

เพื่อให้การดำเนินนโยบายของรัฐบาลด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศบรรลุผลและเกิดประโยชน์แก่ประเทศชาตินั้น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจออกคำสั่งโดยมีเหตุผลอันควร ดุลพินิจดังกล่าวถือได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ แม้ว่าในขณะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการที่สำนักงานรัฐมนตรีจะยังไม่มีตำแหน่งรองรับก็เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามที่กฎหมายให้อำนาจ ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หากไม่ปรากฏข้อผิดพลาดโดยชัดแจ้งแล้ว ศาลย่อมไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในลักษณะที่จะเป็นการตัดสินใจแทนฝ่ายบริหารได้ และเมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนหรือวิธีดำเนินการในการพิจารณาออกคำสั่งก็ไม่ปรากฏมูลเหตุจูงใจว่าจะบิดเบือนการใช้อำนาจ เพื่อกลั่นแกล้งหรือลงโทษผู้ฟ้องคดีให้พ้นจากตำแหน่งปลัดกระทรวงพาณิชย์ การออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการในสังกัดสำนักงานรัฐมนตรีโดยให้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน จึงชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.458/2551 (นายพงศธร สิริภานุพงศ์ ผู้ฟ้องคดี กับสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ที่ 1 และพวก ผู้ถูกฟ้องคดี) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง ถูกประชาชนร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขจึงมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการประจำที่สำนักงานสาธารณสุขจังหวัด และมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง ต่อมา ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปช่วยปฏิบัติราชการที่โรงพยาบาลอีกแห่งหนึ่งเป็นการประจำ ตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีและนายแพทย์สาธารณสุขจังหวัดมีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดี ตามผลการสอบสวนผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอกลับไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาลเดิม แต่ไม่ได้รับการพิจารณาอนุมัติ จึงร้องทุกข์ต่อ ก.พ. ต่อมา ก.พ.วิสามัญเกี่ยวกับรักษาระบบคุณธรรมมีหนังสือแจ้งปลัดกระทรวงสาธารณสุขว่าควรพิจารณาแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งที่เหมาะสม ให้เป็นไปตามหลักการบริหารงานบุคคล ในที่สุดปลัดกระทรวงสาธารณสุขมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่กองสาธารณสุขภูมิภาคเป็นการประจำโดยให้เบิกจ่ายเงินเดือนทางสังกัดเดิม ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมและเสียหายประโยชน์ต่าง ๆ อันควรได้รับ จากการที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขไม่สั่งให้กลับไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาลเดิม ศาลวินิจฉัยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจออกคำสั่งที่ 205/2544 ลงวันที่ 31 มกราคม 2544 ได้ตามนัยมาตรา 21 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 เนื่องจากมีอำนาจรับผิดชอบควบคุมราชการประจำในกระทรวง แปลงนโยบายเป็นแนวทางและแผนการปฏิบัติราชการ กำกับการทำงานของส่วนราชการในกระทรวงให้เกิดผลสัมฤทธิ์ และประสานการปฏิบัติงานของส่วนราชการในกระทรวงให้มีเอกภาพสอดคล้องกัน รวมทั้งเร่งรัดติดตามและ

ประเมินผลการปฏิบัติราชการของส่วนราชการ เป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการในสำนักงาน ปลัดกระทรวงและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของสำนักงานปลัดกระทรวง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 มีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามระเบียบของทางราชการและนโยบายของทางราชการ ตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 เพราะผลการสอบสวนปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีกระทำผิดตามที่ถูกกล่าวหาจริง จึงน่าจะเชื่อว่าการปฏิบัติราชการที่มีการปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เพื่อนร่วมงานและประชาชนที่มาใช้บริการ หากปล่อย ปล่อยให้ผู้ฟ้องคดีทำหน้าที่ผู้อำนวยการโรงพยาบาลต่อไป ย่อมคาดหมายได้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อการทำหน้าที่ในการให้บริการประชาชน ซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยใช้อำนาจตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่กองสาธารณสุขภูมิภาคเป็นการประจำโดยเบิกจ่ายเงินเดือนทางสังกัดเดิม โดยใช้อำนาจตามมาตรา 21 จึงเป็นการกระทำโดยมิเหตุผลอันสมควรและเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต้องกระทำ ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางบริหาร มิใช่การออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่ง การออกคำสั่งดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดหรือแย้งกับมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 และเนื่องจากเดิมผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาล การดำเนินการเพื่อพิจารณาตำแหน่งที่เหมาะสมในการออกคำสั่งย้ายจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาใคร่ครวญอย่างรอบคอบโดยพิจารณาหาตำแหน่งที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถในตำแหน่งหน้าที่ใหม่ ประกอบกับสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมกับการปฏิบัติงานเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาแบบเดิม ๆ ขึ้นซ้ำอีกและเมื่อเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1549/2551 (พลตำรวจเอก เปรี้ยวพันธ์

ดามาพงษ์ ผู้ฟ้องคดี กับ หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ที่ 1 นายกรัฐมนตรี ที่ 2 ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ที่ 3) ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีรับราชการข้าราชการตำรวจ ตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำการรัฐประหาร ยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน และออกประกาศ ฉบับที่ 4 เรื่องอำนาจบริหารราชการแผ่นดิน โดยมีคำสั่งว่าในระหว่างที่ยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ให้บรรดาอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ใช้อำนาจนายกรัฐมนตรีออกคำสั่งที่ 11/2549 สั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี โดยให้ได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน และต่อมาได้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีเรื่องแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ความว่ามีพระบรมราชโองการ

โปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ ด้านความมั่นคง (นักบริหาร 10) สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี โดยผู้ฟ้องคดีไม่ทราบเรื่องมาก่อนและไม่เคยสมัครใจยินยอมโอนมารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีและไม่เคยมีการพิจารณาอนุมัติหรือเห็นชอบจากคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ขัดต่อพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 มาตรา 30 มาตรา 31 มาตรา 32 และมาตรา 62 เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายและไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี โดยมิได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 และพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 โดยที่ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการตำรวจ สังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ มีพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 บังคับใช้เป็นการเฉพาะ จึงเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ถูกต้อง ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะผู้ใช้อำนาจนายกรัฐมนตรีตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ฉบับที่ 4 ได้ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี โดยให้ได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อนการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีดังกล่าวตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ถือเป็นการใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการทุกกระทรวง ทบวง กรม จึงเป็นการสั่งการในฐานะนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 คำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่องแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2549 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ฝ่ายข้าราชการประจำ ด้านความมั่นคง (นักบริหาร 10) สำนักนายกรัฐมนตรี เป็นผลให้ผู้ฟ้องคดีขาดจากการเป็นข้าราชการตำรวจมาเป็นข้าราชการพลเรือน อันเป็นกรณีโอนข้าราชการต่างประเทศ ศาลเห็นว่าหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เจตนาจะใช้อำนาจในฐานะหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ซึ่งเป็นรัฐาธิปัตย์อยู่ในขณะนั้น ก็ไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่จะต้องมีการขออนุมัติหรืออนุมัติเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการในการโอนข้าราชการจากหน่วยงานหนึ่งไปรับราชการในสำนักนายกรัฐมนตรีแต่อย่างใด เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สามารถสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งใด ๆ ได้ตามอำนาจดังกล่าว อยู่แล้ว ดังนั้นเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมิได้แสดงเจตนาในการใช้อำนาจรัฐาธิปัตย์ให้ปรากฏ แต่กลับดำเนินการตาม

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง กระบวนการเพื่อนำไปสู่การออกประกาศฉบับนี้ จึงต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรวมถึงพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เมื่อปรากฏว่ากระบวนการพิจารณา รับโอนผู้ฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติข้างต้น กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีมิได้สมัครใจ และสำนัก นายกรัฐมนตรีมิได้ทำความตกลงกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งอนุมัติ แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 1156/2547 (นายชูชัย สุภวงค์ ผู้ฟ้องคดี กับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 1 ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญ ดำรงตำแหน่งเลขาธิการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นักบริหาร 11) ถูกผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกคำสั่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ 70/2546 ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2546 ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเดิมไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวน่าจะขัดต่อมาตรา 227 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 และไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เพราะกระทำการโดยไม่ได้สอบถามข้อเท็จจริงหรือรับฟังพยานหลักฐานจากผู้ฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและไม่เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้ชี้แจงหรือโต้แย้งใด ๆ ก่อนที่จะออกคำสั่งและไม่แจ้งเหตุผล นอกจากนี้คำสั่งดังกล่าวได้อ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2535 ซึ่งไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการให้พ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปสู่อีกตำแหน่งหนึ่ง อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดตำแหน่งตามกระบวนการที่ถูกต้อง ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งที่ 70/2546 ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2546 เพื่อย้ายผู้ฟ้องคดี โดยอาศัยมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ.2518 ซึ่งบัญญัติให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการพลเรือนสามัญมาใช้บังคับในเรื่องการกำหนดตำแหน่ง การให้รับเงินเดือนและการให้ได้รับเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการรัฐสภาสามัญโดยอนุโลม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติกำหนดตำแหน่ง รวมทั้งการให้รับเงินเดือนและการให้ได้รับเงินประจำตำแหน่ง ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาเห็นว่าการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองนั้นจะส่งผลเสียหายต่อองค์กร คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยรวม จึงมีเหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ที่จะแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง จึงอนุมัติให้นำตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิ

มนุษยชนแห่งชาติที่ว่างอยู่มาเปลี่ยนแปลงโดยกำหนดเป็นตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) โดยมีได้กำหนดตำแหน่งและอัตราเงินเดือนเพิ่มขึ้นใหม่และได้กำหนดให้เป็นตำแหน่งเฉพาะตัวเพื่อใช้ในการย้ายผู้ฟ้องคดี เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยสรุปแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริหารงานบุคคลขององค์กรหรือเพื่อการบริหารราชการแผ่นดินก็ตาม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการทั้งรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการ ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งเหตุผลในการออกคำสั่งก็ต้องชอบได้สัดส่วนและเป็นไปตามขอบเขตหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างกันในส่วนของการอ้างหลักกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายแตกต่างกัน จึงมีประเด็นพิจารณาว่าการออกคำสั่งโดยอ้างกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน (พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534) นั้น กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริหารราชการเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะหรือการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมและมีผลกระทบไปสู่ภายนอกองค์กรของฝ่ายปกครอง ส่วนการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยอาศัยกฎหมายบริหารงานบุคคลของข้าราชการหรือองค์กรนั้น ๆ กำหนดไว้โดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 เป็นต้น เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในฐานะผู้บังคับบัญชา ตามอำนาจบังคับบัญชาภายในองค์กร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของหน่วยงานหรือประโยชน์ของราชการและมีผลกระทบต่อข้าราชการผู้ถูกคำสั่งเท่านั้น มิได้มีผลไปสู่ประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะทั่วไป ดังนั้น ในการพิจารณาความแตกต่างว่าการออกคำสั่งย้ายข้าราชการแต่ละรายจะต้องอ้างกฎหมายใดเพื่อปรับใช้ในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองทั้งสองประการดังกล่าววินิจฉัยของศาลปกครองตามที่ได้อ้างมาเป็นตัวอย่างนั้น จึงเป็นเรื่องยากที่ฝ่ายปกครองจะทำความเข้าใจอย่างถ่องแท้ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้โดยเฉพาะ รวมทั้งปัญหาจากการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และในระบบกฎหมายไทยก็ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” หรือมีการบัญญัติความหมายหรือคำจำกัดความไว้ในตัวบทกฎหมายฉบับต่าง ๆ การที่ไม่มีกำหนดบทนิยามหรือความหมายในเชิงกฎหมายไว้ จึงต้องยึดถือความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ที่ให้ความหมาย “ดุลพินิจ” หมายถึง “การวินิจฉัยที่เห็นสมควร” ซึ่งก็ได้ให้ความกระจ่างในการตีความและดูเสมือนว่าจะไม่มีขอบเขตจำกัดการใช้อำนาจอยู่เลย ในปัจจุบันจึงยอมรับการให้ความหมายของอำนาจดุลพินิจ

จากความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก¹⁶⁶ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจออกคำสั่งย้ายข้าราชการและข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งย้ายเองเกิดความสับสนและขาดความเข้าใจแนวทางทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

ในบทต่อไป ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ทั้งปัญหามูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยละเอียดต่อไป

¹⁶⁶ ชีรัญชา สระทองอุ่น (2550) “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 19

บทที่ 5

ปัญหาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจในการย้ายข้าราชการ ของฝ่ายปกครอง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้น ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ราชการหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการจนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าคำสั่งย้ายเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าตำแหน่งข้าราชการนั้น มิใช่เป็นสิทธิที่บุคคลใดจะหามาได้ด้วยตนเองและติดตัวตลอดไป ดังนั้นข้าราชการอาจถูกสั่งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นหรือปฏิบัติหน้าที่อื่นหรือแห่งอื่นได้ตลอดเวลา บางกรณีข้าราชการเองก็อาจถูกผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจในลักษณะแอบแฝงหรือกลั่นแกล้งหรือบางกรณีการอ้างเหตุผลของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการอาจมุ่งเน้นทางด้านรัฐศาสตร์และทางด้านการบริหารจัดการมากกว่าคำนึงทางด้านนิติศาสตร์¹⁶⁷ เนื่องจากฝ่ายปกครองต้องทำหน้าที่บริหารกิจการภาครัฐที่ดี เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลของงานและความสงบสุขของประชาชนในสังคมและมีผลกระทบต่อประชาชนและประโยชน์สาธารณะโดยตรง การทำหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องยึดถือแนวทางด้านรัฐศาสตร์เป็นหลัก เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น เหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์

การออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้น ในทางกฎหมายแล้วถือว่าเป็นอำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจย้ายข้าราชการจากที่แห่งหนึ่งไปยังอีกแห่งอื่นหรือย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งในหน่วยงานเดียวกันได้ โดยอาศัยเหตุผลความเหมาะสม และความจำเป็นเพื่อประโยชน์ราชการ ประกอบกับการพิจารณาความรู้ ความสามารถและประสบการณ์ของข้าราชการนั้น ๆ หากแต่มีใช้ว่าจะออกคำสั่งย้ายให้ข้าราชการไปดำรงตำแหน่งใดก็ได้โดยอิสระและอ้างเหตุผลที่แอบแฝงไว้ด้วยเจตนาที่ไม่สุจริต กลั่นแกล้ง มีอคติลำเอียง มิเช่นนั้นก็จะเกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการเช่นเดียวกัน และอาจส่งผลกระทบต่อการบริหารงานภาครัฐที่มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน และตอบสนองความต้องการของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจออกคำสั่งย้ายข้าราชการจึง

¹⁶⁷ ปราณี สุขศรี (2552) การคุ้มครองสิทธิของข้าราชการโดยศาลปกครอง: ศึกษาการอ้าง “เหตุผล” ในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ สารนิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 81

ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principe de la legalité) ด้วยเช่นกัน เพื่อให้เป็นไปตามระบบคุณธรรม (Merit system) ซึ่งนอกจากจะส่งผลกระทบต่อสถานะของข้าราชการที่อาจไม่ได้รับความเป็นธรรมแล้ว ยังส่งผลให้กลไกการบริหารงานบุคคลภาครัฐเสื่อมประสิทธิภาพและย่อมกระทบต่อผลสัมฤทธิ์ของภารกิจภาครัฐ เพื่อประโยชน์มหาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การใช้ดุลพินิจดำเนินการเป็นอย่างอื่นอันแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์หรือประกาศไว้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ¹⁶⁸ การออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ไม่ว่าจะเป็นการย้ายตามปกติหรือการย้ายที่ไม่ปกติหรือที่เรียกกันว่า “การย้ายนอกฤดูกาล” ผู้มีอำนาจออกคำสั่งย้ายต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ตามหลักเกณฑ์กฎหมาย ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อให้การบริหารงานบุคคลในระบบคุณธรรมต้องปฏิบัติตามการบริหารทรัพยากรบุคคลที่คำนึงถึงความรู้ ความสามารถ ความเสมอภาค ความเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ ปราศจากอคติ และมีความเป็นกลางทางการเมือง และประการสำคัญ ในการใช้อำนาจย้ายข้าราชการนั้น จะต้องมิชอบด้วยกฎหมายบัญญัติรองรับอำนาจและหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนด้วย ในปัจจุบันศาลปกครองได้วินิจฉัยการใช้อำนาจย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองซึ่งอาจเป็นบรรทัดฐานหรือแนวทางปฏิบัติสำหรับฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ซึ่งผู้เขียนจะชี้ให้เห็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ดุลพินิจในการย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง ในประเด็นดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงเพื่อใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

ในการพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองเพื่อออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้น จะต้องมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองจึงจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่ากรณีมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่สามารถใช้อำนาจออกคำสั่งย้ายข้าราชการหรือไม่ เช่น เมื่อมีข้าราชการคนหนึ่งเกิดปัญหาขัดแย้งกับเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ในฝ่ายเดียวกันจนไม่อาจทำงานร่วมกันได้ ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องออกคำสั่งย้ายข้าราชการผู้นั้น ไปปฏิบัติหน้าที่ในฝ่ายอื่นหรือแห่งอื่น เพื่อมิให้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงานหรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ซึ่งการที่จะวิเคราะห์ว่า “มูลเหตุ” ที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นข้อเท็จจริงเพื่ออ้างเป็นเหตุผลในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายนั้น เป็นการยากที่จะพิจารณาที่มูลเหตุแต่เพียงอย่างเดียวได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองอาจไม่ได้ให้เหตุผลประกอบในการออกคำสั่งย้ายที่แท้จริง ต้องค้นหา “มูลเหตุจูงใจ” หรือเจตนาที่

¹⁶⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.62/2547

แท้จริงของผู้ออกคำสั่ง จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยศาลจะตรวจสอบถึงมูลเหตุหรือเจตนาที่แท้จริงว่าฝ่ายผู้ปกครองกล่าวอ้างหรืออาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเป็นเหตุผลในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้น ๆ ข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่มีอยู่จริงหรือถูกต้องหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจควบคุมมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองและอาจเพิกถอนคำสั่งย้ายข้าราชการที่ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทย พบว่าหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่สำคัญ 2 กรณี¹⁶⁹ คือ (1) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย และ (2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้หลักความชอบด้วยเหตุผล หรือหลักความได้สัดส่วน

1.1 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย

หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์สำคัญและครอบคลุมที่สุดในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครอง ยังสามารถแบ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนและเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ โดยในส่วนของ การตรวจสอบเนื้อหาของดุลพินิจโดยส่วนใหญ่จะพบหลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่มีเหตุเบื้องหลังภายในจิตใจของฝ่ายปกครองที่ตัดสินใจใช้ดุลพินิจ เช่น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลหรือเป็นไปตามหลักความเหมาะสมหรือหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ เป็นต้น

1.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอน

การตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจจะรวมถึงการตรวจสอบถึงผู้ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นด้วยว่า เป็นผู้ที่ถูกกฎหมายประสงค์จะให้เป็นผู้ใช้ดุลพินิจนั้นหรือไม่ ส่วนความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนนั้น หมายถึง ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีที่ต้องมีการร้องขอ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอก่อนหรือกรณีที่ต้องจัดให้มีการรับฟังทางมหาชน ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อจัดให้มีการรับฟังเช่นนั้น เป็นต้น กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจนั้น มีข้อสังเกตว่าไม่มีความแตกต่างจากการ

¹⁶⁹ ธีรัญญา สระทองอุ่น , อ่างแล้ว, เจริญธรรมที่ 166, หน้า 181 - 183

ตรวจสอบการกระทำทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจ เพียงแต่กรณีนี้ต้องเริ่มจากการที่มีกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น ๆ เสียก่อน ซึ่งจะต้องเป็นปัญหาของศาลที่จะต้องพิจารณากฎหมายที่ฝ่ายปกครองอ้างเป็นฐานในการใช้อำนาจว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีที่ให้อำนาจดุลพินิจ นอกจากจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนดังเช่นกรณีที่ไม่มีการให้อำนาจดุลพินิจแล้ว ปัญหาต่อไปที่จะต้องพิจารณาคือ ความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ เช่น คดีที่ นายประสิทธิ์ วิจิตรวรรณ ผู้ฟ้องคดี¹⁷⁰ กับ ผู้อำนวยการเขตบางรัก กรุงเทพมหานคร ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีช่วยราชการได้ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ก็ตาม ผู้ฟ้องคดีก็ชอบที่จะสั่งโดยมีเหตุผลอันสมควร เช่น เพื่อรอผลการดำเนินการทางวินัยหรือเพื่อแก้ปัญหาทางการบริหาร และเมื่อเหตุแห่งการสั่งให้ช่วยราชการสิ้นสุดลงแล้วก็ควรสั่งให้ข้าราชการผู้นั้นไปปฏิบัติหน้าที่ให้ตรงตามตำแหน่ง ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดียังต้องอยู่ช่วยราชการต่อไป โดยไม่มีกำหนดระยะเวลาและไม่ได้มีการมอบหมายงานให้ทำด้วยนั้น อาจถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว เห็นได้ว่าแม้การที่ผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจย้ายผู้บังคับบัญชาให้ไปช่วยราชการได้ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขต ความเหมาะสมกับสถานการณ์ เพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการเกินกว่าความจำเป็นด้วยเช่นกัน จึงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจปกครองโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้การปฏิบัติอยู่ในมาตรฐานเดียวกันและเป็นหลักประกันมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติ หากแต่การกระทำทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นถือเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

¹⁷⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2544

1.1.2 การตรวจสอบความชอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ

ในส่วนของความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้นมีเงื่อนไขชอบเขตการใช้อำนาจที่กฎหมายกำหนดแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจแต่ละฉบับประการแรก ต้องตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมีเนื้อหาความตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งในส่วนนี้แยกพิจารณาออกเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดเกิดขึ้นแล้ว หรือเป็นกรณีที่อยู่ในขั้นตอนกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดองค์ประกอบหนึ่งที่จะพิจารณาว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาการให้เหตุผลหรือการพิจารณาใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว โดยใช้หลักความได้สัดส่วน ซึ่งในส่วนนี้เป็นส่วนที่ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนตายตัว เป็นส่วนที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพแห่งข้อเท็จจริง สังคม เศรษฐกิจโดยแท้ จึงเป็นสิ่งที่ต้องอาศัยประสบการณ์ทางการบริหารราชการแผ่นดิน การปกครอง และความรู้ในหลายศาสตร์รวมกัน จึงจะสามารถทำให้ประโยชน์ส่วนรวมและประโยชน์ของเอกชนเกิดความสมดุลได้

1.2 การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายใต้หลักความชอบด้วยเหตุผลหรือหลักความได้สัดส่วน

การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองไทยได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจว่า ฝ่ายปกครองจำต้องใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจโดยสอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน มิฉะนั้นแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดอำนาจแก่ศาลในการเพิกถอนการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใด โดยในกรณีหลักความได้สัดส่วน ศาลได้นำมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจใช้อำนาจอย่างมีเหตุผลหรือไม่ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรการในการพิจารณาความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการของฝ่ายปกครองกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่จะได้รับ นอกจากนี้ศาลยังอาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง ซึ่งโดยปกติแล้วการควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือเป็นกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจ

อย่างแท้จริงของฝ่ายปกครองนั้น โดยหลักการแล้วไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล แต่ศาลอาจพิจารณาว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปราศจากความเหมาะสมอย่างชัดเจน ย่อมเป็นกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งที่อยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลด้วยเช่นกัน แต่หากศาลเห็นว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจที่เป็นการเฉพาะตัวอย่างแท้จริงของฝ่ายปกครองหรือเป็นกรณีที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองเท่านั้น ศาลก็จะวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองไม่อยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาล แม้ในบางครั้งการใช้อำนาจดังกล่าวอาจไม่มีความเหมาะสมหรือได้สัดส่วนบ้าง โดยศาลจะพิจารณาตรวจสอบเฉพาะที่เกิดขึ้นเนื่องจากความผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครองเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นกรณีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบ ซึ่งในส่วนของการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนนั้นถือว่าเป็นการตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง¹⁷¹

ดังนั้น อำนาจดุลพินิจที่ปรากฏในขั้นตอนการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองทั้งสองส่วน จึงเป็นสิ่งที่ศาลเข้าไปตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ส่วนการที่ศาลจะตรวจสอบและควบคุมได้ในระดับใดหรือมีขอบเขตเพียงใดนั้น อาจพิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นกรณี ๆ ไป¹⁷² เช่น คดี นางวิยะดา กัณมณี ผู้ฟ้องคดี¹⁷³ กับ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาชุมพร เขต 1 ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า การที่สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาจังหวัด เขต 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการครู ตำแหน่งอาจารย์ 2 ระดับ 7 ไปรับราชการในตำแหน่งเดียวกันของโรงเรียนอื่น เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีปัญหากระทบกระทั่งกับข้าราชการครูในโรงเรียนที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่เดิม โดยให้เหตุผลในการออกคำสั่งว่า เพื่อแก้ปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ราชการ หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีได้เสนอเรื่องการย้ายผู้ฟ้องคดีให้คณะกรรมการกั่นกรองการย้ายข้าราชการครูสายงานการสอนและ อ.ก.ค. จังหวัด พิจารณาตามลำดับ โดยระบุเหตุผลในการย้ายเช่นเดียวกันว่าเพื่อแก้ปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ แต่ในการเสนอย้ายผู้ฟ้องคดีให้ อ.ก.ค. สปช. ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติการย้ายดังกล่าวตามนัยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ.2523 ผู้ถูกฟ้องคดีระบุว่าเป็นการย้ายตามคำร้องขอของตนเองของผู้ฟ้องคดี ซึ่ง อ.ก.ค. สปช. พิจารณาแล้วมีมติอนุมัติตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีเสนอ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งแต่งตั้ง (ย้าย)

¹⁷¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.15/2545

¹⁷² ธีรัญญา สระทองอุ่น, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 166, หน้า 184

¹⁷³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.215/2550

ผู้ฟ้องคดีให้ไปดำรงตำแหน่งตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการข้างต้น โดยระบุเหตุผลว่าเป็นการย้ายตามคำร้องขอของตนเอง ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือขออนุมัติแก่ไขมติ อ.ก.ค. สปช. เกี่ยวกับการย้ายผู้ฟ้องคดีจากที่ระบุเหตุผลว่าเป็นการขอย้าย “ตามคำร้องขอของตนเอง” เป็น “เพื่อแก้ไขปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ” เหตุผลที่แท้จริง คือเพื่อแก้ไขปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ โดย อ.ก.ค. สปช. มีอำนาจดุลพินิจจะอนุมัติหรือไม่ก็ได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเสนอเรื่องขอย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นกรณีการย้ายให้ดำรงตำแหน่งว่างและย้ายสับเปลี่ยนผู้ดำรงตำแหน่งตามคำร้องขอย้ายของข้าราชการประจำปี อันเป็นกรณีการย้ายตามปกติ จึงเป็นการนำข้อเท็จจริงที่มีได้มีอยู่จริงมาเป็นเหตุในการเสนอขออนุมัติ เป็นเหตุให้การอนุมัติเห็นชอบการย้ายดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีโดยระบุเหตุผลว่าเป็นการย้ายตามคำร้องขอของตนเอง จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งกรณีดังกล่าวไม่ใช่กรณีคำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ที่สามารถให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ตามนัยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) ¹⁷⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

คำวินิจฉัยดังกล่าว วิเคราะห์ได้ว่าในการเสนอเรื่องขอย้ายผู้ฟ้องคดีให้ อ.ก.ค. สปช. พิจารณาเรื่องอนุมัติตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ.2523 ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้เสนอขอย้ายผู้ฟ้องคดีตามเหตุผลที่แท้จริงคือเพื่อแก้ไขปัญหาการบริหารงานบุคคลและเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งข้าราชการครูสายการสอน สังกัดสำนักงานคณะกรรมการประถมศึกษาแห่งชาติ พ.ศ.2542 ซึ่งถ้าผู้ถูกฟ้องคดีเสนอเช่นนั้น อ.ก.ค.สปช.ก็จะได้พิจารณากลับกรองเหตุผลและข้อเท็จจริงของการขอย้ายเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการครูตามเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าจะสมควรอนุมัติหรือไม่ โดย อ.ก.ค.สปช.มีอำนาจดุลพินิจที่จะอนุมัติหรือไม่ก็ได้ แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเสนอเรื่องขอย้ายผู้ฟ้องคดีว่าเป็นกรณีการย้ายให้ดำรงตำแหน่งว่างและย้ายสับเปลี่ยนผู้ดำรงตำแหน่งตามคำร้องขอของตนเอง ซึ่งเป็นการย้ายตามปกติ ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีมิได้คำขอย้ายแต่อย่างใด

¹⁷⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

...๑๓๑

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เป็นการนำข้อเท็จจริงที่มีได้มีอยู่จริงมาเป็นเหตุผลในการเสนอขออนุมัติ ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดไว้ ศาลปกครองได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเห็นว่าในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใด ต้องได้รับการพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบจากบุคคลหรือคณะบุคคลใด ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น จะต้องนำเสนอข้อมูลอันเป็นเหตุผลที่แท้จริงของการออกคำสั่งเพื่อประกอบการพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่ง หากมิได้นำเสนอข้อมูลที่แท้จริงเข้าสู่การพิจารณาย่อมมีผลทำให้การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบ รวมทั้งการออกคำสั่งอันเป็นผลมาจากการอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการอนุมัติโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่จริง คดีที่ นายกิตติโชติ ห้อยยี่ภู่ ผู้ฟ้องคดี¹⁷⁵ กับ ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเชียงราย เขต 1 ที่ 1 คณะอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา เขตพื้นที่การศึกษาเชียงราย เขต 1 ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ย้ายผู้ฟ้องคดีจากโรงเรียนขนาดใหญ่พิเศษไปโรงเรียนขนาดกลางไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา แม้ผู้ฟ้องคดีจะเกษียณอายุราชการไปก่อน เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ยังไม่หมดสิ้นไป หากศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถกำหนดคำสั่งบังคับโดยเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวตามนัยมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และการเพิกถอนคำสั่งเช่นนี้ ในสายตาของกฎหมายถือว่าไม่เคยมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเลย เป็นกรณีที่ศาลปกครองตรวจสอบรูปแบบขั้นตอนของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในขั้นตอนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ก่อนการนำสู่การตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งหากเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ ศาลย่อมวินิจฉัยได้ในทันทีว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นของความชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 และมีข้อสังเกตว่า เหตุผลที่ศาลหยิบยกขึ้นพิจารณาในคดีดังกล่าวว่า “คำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายบุคลากรครูและการศึกษา แต่ในระหว่างการฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีได้เกษียณอายุราชการไปก่อน แต่เหตุแห่งการฟ้องคดียังไม่หมดไป ในสายตาของกฎหมาย ถือว่าไม่มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเลย” แสดงให้เห็นว่าศาลตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในชั้นรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการและเห็นว่าเป็นความผิด

¹⁷⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 555/2552

พลาดอย่างชัดเจน โดยมีต้องพิจารณาในชั้นเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และสั่งเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว โดยมีต้องพิจารณาสถานะของผู้ฟ้องคดี ณ วันที่มีคำพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีได้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่ราชการเดิมแล้วหรือไม่ คดีที่นายสุรชัย เต็มอริยบุตร ผู้ฟ้องคดี¹⁷⁶ กับ กรมสรรพากร ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งสรรพากรอำเภอคุบบาก (เจ้าหน้าที่สรรพากร 7) จังหวัดสกลนคร จากเดิมที่ดำรงตำแหน่งนิติกร 7 ฝ่ายกฎหมายและเร่งรัด ภาษีอากรค้าง สำนักงานสรรพากรพื้นที่ 13 สำนักงานสรรพากร ภาค 3 แต่ต่อมาได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีช่วยปฏิบัติราชการที่สำนักงานสรรพากรเขตพื้นที่ 13 โดยอ้างเหตุผลในการย้ายว่า ผู้ฟ้องคดีทำงานไม่มีประสิทธิภาพ ขาดคุณสมบัติการเป็นผู้บังคับบัญชาและการบริหารงานบุคคลโดยรวม นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดียังมีปากเสียงกับผู้ร่วมงาน แต่ข้อเท็จจริงไม่เป็นไปตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างแต่อย่างใด เนื่องจากผลการเลื่อนขั้นเงินเดือนประจำปีก่อนย้าย ผู้ถูกฟ้องคดีระบุว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ปฏิบัติงานที่ได้รับมอบหมายสำเร็จได้ด้วยดีและเป็นผู้ที่มีความอดทนสาหะในการปฏิบัติงานสำเร็จด้วยดี สมควรได้รับการเลื่อนเงินเดือน 1.5 ขั้น การมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นจากเหตุผลเบื้องหลังการใช้ดุลพินิจย้ายข้าราชการ ซึ่งปรากฏตามคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ข้อเท็จจริงที่ขัดแย้งกับเหตุผลที่ใช้ในการสั่งย้ายอย่างชัดเจน การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีรู้สึกว่าการย้ายไม่ชอบธรรม อันนำมาสู่การฟ้องคดี ผลแห่งคดีนี้ปรากฏต่อไปในคำอุทธรณ์เพิ่มเติมของผู้ฟ้องคดีว่า หลังจากศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้แต่งตั้งคณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงผู้ฟ้องคดีเนื่องจากมีผู้ร้องเรียนกล่าวหาผู้ฟ้องคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าน่าจะมีผลสืบเนื่องจากการฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีจนทำให้ผู้ฟ้องคดีตัดสินใจลาออกจากราชการ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าว จะเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีอ้างข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด (erreur de fait) แต่ศาลปกครองอ้างเหตุผลในการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวว่ามีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ มีข้อสังเกตว่าศาลปกครองน่าจะเพิกถอนคำสั่ง ด้วยเหตุที่ว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากการฟังข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด หรือมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากมูลเหตุทางข้อเท็จจริง (illégalité en raison des motifs de fait)¹⁷⁷

คดีนายรังสีทิพย์ สุทธิกุลานนท์ ผู้ฟ้องคดี¹⁷⁸ กับ องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็น

¹⁷⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 1595/2545

¹⁷⁷ ฤทัยรัตน์ ปทุมมานนท์ (2552) “การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและทางกฎหมาย ในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 95-96

¹⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547

เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ไปปฏิบัติงานเป็นการประจำ ณ ท่าเทียบเรือที่ให้เอกชนเช่าดำเนินการ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกคำสั่งดังกล่าวเป็นการกั้นแกล้งและไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะมีอำนาจตามกฎหมายในการสั่งให้ข้าราชการในสังกัดไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่ไม่ใช่ส่วนราชการได้ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางวินัยของข้าราชการซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่มีส่วนราชการ พ.ศ.2534 แต่การออกคำสั่งดังกล่าวต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งนั้นต้องสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลุล่วงไปได้และต้องมีความจำเป็นในการออกคำสั่ง จะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมทั้งมหาชนจะต้องได้รับประโยชน์จากคำสั่งมากกว่าความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งได้รับข้อเท็จจริงจากคดีดังกล่าว ในการบริหารงานบุคคลนั้นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ข้าราชการในสังกัดไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานซึ่งไม่ใช่ส่วนราชการได้ แต่การออกคำสั่งดังกล่าวต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งนั้นต้องสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลุล่วงไปได้ คำสั่งใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลุล่วงไปให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ นอกจากนี้ในการออกคำสั่งนั้นจะต้องมีความจำเป็นจะจำกัดสิทธิ เสรีภาพของข้าราชการเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นหรือตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายมิได้ และคำสั่งนั้นมหาชนจะต้องได้รับประโยชน์จากคำสั่งมากกว่าความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งได้รับ และต้องไม่กระทำโดยมีอคติหรือเจตนาถั่นแกล้งข้าราชการผู้ถูกย้ายให้ได้รับความเสียหาย

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ได้วางหลักปฏิบัติราชการสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วน ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) ซึ่งบัญญัติว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ คดีที่นายกเทศมนตรีตำบล¹⁷⁹ มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นพนักงานเทศบาล ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียน ระดับ 8 ให้ไปรักษาการในตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ ระดับ 7 ของอีกโรงเรียนหนึ่งซึ่งสังกัดเทศบาลตำบลเดียวกัน โดยไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามกฎหมายและเป็นการกั้นแกล้งผู้ฟ้องคดี โดยสั่ง

¹⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 310/2550

ให้ไปรักษาการในตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ซึ่งเป็นตำแหน่งในระดับต่ำกว่าตำแหน่งเดิมและเป็นตำแหน่งที่ไม่มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่ง แม้จะเป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะที่เป็นนายกเทศมนตรี ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นฯ แต่ก็ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กำหนดตามข้อ 22 แห่งประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลข้างต้นและตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งสายผู้บริหารสถานศึกษาได้กำหนดให้ตำแหน่งอาจารย์ใหญ่เป็นระดับ 6 ระดับ 7 และระดับ 8 ส่วนตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนเป็นระดับ 7 ระดับ 8 และระดับ 9 จึงเห็นได้ว่าตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนมีหน้าที่ความรับผิดชอบ ปริมาณงาน และคุณภาพของงานสูงกว่าตำแหน่งอาจารย์ใหญ่ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ (เลขานุการคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล) เมื่อไม่ปรากฏว่าการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการให้ไปดำรงตำแหน่งในสายงานที่ต่ำกว่าตำแหน่งในสายงานเดิม โดยที่มิได้สอบถามความสมัครใจจากผู้ฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีมิได้สมัครใจที่จะไปรักษาการในตำแหน่งตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการออกคำสั่งที่ขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขตามข้อ 22 ของประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลฯ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการพนักงานเทศบาลแล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้คำสั่งดังกล่าวกลับเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีผลให้ผู้ฟ้องคดีต้องย้ายจากตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเงินประจำตำแหน่งไปดำรงตำแหน่งรักษาการอาจารย์ใหญ่ซึ่งเป็นตำแหน่งที่ไม่มีเงินประจำตำแหน่ง ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับเงินประจำตำแหน่งตามพระราชกฤษฎีกาการได้รับเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการและผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารซึ่งไม่เป็นข้าราชการ พ.ศ.2538 เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นการกระทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะหน่วยงานของรัฐที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สังกัดอยู่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามนัยมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินเท่ากับจำนวนเงินประจำตำแหน่งที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับหากปฏิบัติหน้าที่ผู้อำนวยการ โรงเรียน โดยมีได้ถูกคำสั่งย้าย

คำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลปกครองให้เหตุผลว่า การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะพิจารณาวินิจฉัยเพื่อมีคำสั่งหรือดำเนินการในเรื่องหนึ่งเรื่องใด ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้อันมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาองค์ ประกอบของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ครบถ้วนก่อนออกคำสั่งหรือดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ การมีคำสั่งย้ายเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ไปดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งซึ่งกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ต่อเมื่อผู้รับคำสั่งสมัครใจและต้องได้รับความ

เห็นชอบจากบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน หากผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งดังกล่าวออกคำสั่งโดยที่ผู้รับคำสั่งไม่สมัครใจ แม้ว่าเป็นการออกคำสั่งโดยได้รับความเห็นชอบจากผู้ที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อผู้รับคำสั่งได้รับความเสียหายจากการออกคำสั่งดังกล่าว จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้รับคำสั่งคดี นางอุเลี่ยน ชันอุตทา ผู้ฟ้องคดี¹⁸⁰ กับ ผู้อำนวยการโรงพยาบาลนาคี ที่ 1 ผู้ว่าราชการปราจีนบุรี ที่ 2 นายแพทย์ สาธารณ สุข จังหวัดปราจีนบุรี ที่ 3 ศาลวินิจฉัยว่าตาม มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด การที่ผู้อำนวยการโรงพยาบาลฯ มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่หัวหน้างานผู้ป่วยนอก โดยให้เหตุผลว่า เพื่อให้การปฏิบัติงานภายในหน่วยงานเป็นไปด้วยความเรียบร้อย เนื่องจากผู้อำนวยการโรงพยาบาลไม่มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง ผู้อำนวยการโรงพยาบาลในฐานะผู้บังคับบัญชาข้าราชการและลูกจ้างภายในโรงพยาบาลมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานภายในหน่วยงานตามความจำเป็น เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะกำหนดได้ก็ตาม แต่การมอบหมายงานดังกล่าว จะต้องมีความเหมาะสม มีเหตุผล และมีกำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ไว้ การให้บุคคลอื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ฟ้องคดี ย่อมแสดงให้เห็นว่าไม่ประสงค์จะให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตามคำสั่งแต่งตั้ง (ย้าย) ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบ ตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 คดีนี้ศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ผู้อำนวยการโรงพยาบาลนาคี) ว่ามีอำนาจในการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และตรวจสอบในเนื้อหาของข้อเท็จจริงแห่งคดีว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ผู้อำนวยการโรงพยาบาล) ในฐานะผู้บังคับบัญชาสามารถมอบหมายหน้าที่ให้ผู้ได้บังคับบัญชาปฏิบัติได้ ก็ต้องมีเหตุผล ความจำเป็น เหมาะสมและกำหนดระยะเวลา การที่สั่งให้บุคคลอื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ฟ้องคดี แสดงว่าการย้ายผู้ฟ้องคดีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดิม การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งให้เห็นว่าแม้กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งใดก็ตาม นอกจากต้องพิจารณาว่ากฎหมายให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่นั้น ๆ มีดุลพินิจหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ที่ใช้อำนาจนั้นเป็นผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้มีอำนาจและใช้อำนาจดุลพินิจชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (incompétence l'auteur de l'acte) อาจเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ออกคำสั่งหรือไม่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องหรือใช้อำนาจนอกพื้นที่ที่ตนมีอำนาจหรือออกคำสั่งย้อนหลังหรือก่อนได้รับการแต่งตั้งหรือหลังจากที่

¹⁸⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.112/2552

หมดอำนาจลงแล้ว คดีนายอภิชัย ล้อไพบุลย์ทรัพย์ ผู้ฟ้องคดี¹⁸¹ กับ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ที่ 1 ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ที่ 2 นายชูวิทย์ นุชถาวร ผู้ร้องสอด ศาลเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้แต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักกฎหมาย (นิติกร 9) ตามโครงสร้างใหม่ ซึ่งเป็นตำแหน่งเดิมที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งอยู่เดิม แต่ได้แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่ง ผู้อำนวยการตรวจเงินแผ่นดินที่ 2 (นักวิชาการตรวจเงินแผ่นดิน 9) และแต่งตั้งผู้ร้องสอดให้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักกฎหมาย (นิติกร 9) ตามโครงสร้างใหม่ อ้างว่าเมื่อพิจารณาประวัติการรับราชการและความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ในการทำงาน ความรับผิดชอบ ผลสัมฤทธิ์ของงานที่ปฏิบัติและคุณลักษณะอื่น ๆ ตามหลักเกณฑ์การพิจารณาจัดคนลงตาม โครงสร้างใหม่ ประกอบกับพิจารณาคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดี และการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งต่าง ๆ มาโดยลำดับ จนกระทั่งได้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ สำนักกฎหมาย (นักบริหาร 9) เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ร้องสอดแล้ว เห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีประสบการณ์ในการปฏิบัติงานด้านกฎหมายโดยตรงมากกว่าผู้ร้องสอด เนื่องจากตำแหน่งดังกล่าวต้องการบุคคลซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายโดยตรง เหตุผลของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฟังไม่ขึ้น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ

ผู้วิจัยเห็นว่า จากการวิเคราะห์ปัญหาการพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจดุลพินิจจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองพบว่า ศาลปกครองจะตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเต็มรูปแบบ คือ ทั้งรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตลอดจนเนื้อหาของดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และนำไปสู่การวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี สรุปได้ว่าการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ เกิดจากการพิจารณาข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการที่ผิดพลาดหรือบกพร่องอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเองก็ยอมรับในการจำกัดขอบเขตของตนเองในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน เนื่องจากเหตุผลที่ว่าความสามารถในทางเทคนิคหรือในทางวิทยาการของศาลมีข้อจำกัดที่ไม่สามารถเข้าไปควบคุมในสิ่งที่เป็นเรื่องทางวิชาชีพเฉพาะได้ ซึ่งศาลยอมรับให้เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยแท้

¹⁸¹ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ 1257/2552

2. ปัญหาที่เกิดจากการที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ให้เหตุผลในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

การที่นักกฎหมายมหาชนโดยส่วนมากเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ทำให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องให้โอกาสข้าราชการได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งย้าย เป็นสาเหตุที่ทำให้ฝ่ายปกครองหรือผู้ออกคำสั่งย้ายมิได้พิจารณาข้อเท็จจริงอย่างรอบคอบและเพียงพอหรืออาจเกิดจากอคติหรือกั่นแกล้งข้าราชการ ทำให้ผู้ถูกคำสั่งย้ายเกิดความรู้สึกที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมและไม่มีหลักประกันการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ตามระบบคุณธรรม (Merit system) เนื่องจากผู้ถูกคำสั่งย้ายไม่ได้รับทราบข้อเท็จจริงหรือเหตุผลจากฝ่ายปกครองก่อนการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน ก่อนออกคำสั่งย้ายข้าราชการ¹⁸² แม้ว่าการย้ายข้าราชการนั้น ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่ง ตามมาตรา 37 วรรคสาม (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผล หากเหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้ว¹⁸³ ผู้ถูกคำสั่งย้ายจึงได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ดังกรณีคดีที่ นายสุพจน์ จินันทุยา ผู้ฟ้องคดี¹⁸⁴ กับ เลขาธิการคณะกรรมการศึกษาขั้นพื้นฐาน (อธิบดีกรมสามัญศึกษา เดิม) ผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการครู ตำแหน่งผู้อำนวยการ โรงเรียนพิชญ โลกศึกษา จังหวัดพิชญ โลก ได้รับคำสั่งย้ายไปรักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการชำนาญการ จังหวัดกำแพงเพชร ก่อนที่จะได้รับผลการสืบสวนหาข้อเท็จจริงอย่างเป็นทางการ โดยไม่มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริง ศาลเห็นว่า ตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 บัญญัติว่า การย้ายข้าราชการครูผู้ดำรงตำแหน่งใด ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นในกรมเดียวกัน ต้องย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับเดียวกัน การย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนพิชญ โลกศึกษา ให้ไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาลชำนาญการ ถือเป็นการย้ายให้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับเดียวกัน แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยไม่จำเป็นต้องให้โอกาสผู้ฟ้องคดีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน แต่กรณีย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการย้ายที่ไม่ปกติ เนื่องจากการย้ายเกิดจากการถูกร้องเรียน ก่อนจะมีคำสั่งย้ายควรรับฟังข้อเท็จจริงจากทุกฝ่ายโดยเฉพาะจากผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและพอเพียงในการใช้ดุลพินิจ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ศาลให้เหตุผลตามคำวินิจฉัยว่า เป็นประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการย้ายข้าราชการในกรณีเรื่อง

¹⁸² คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 574/2545, ที่ 1233/2546 และที่ 1156/2547

¹⁸³ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1097/2547

¹⁸⁴ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ 1741/2546

ร้องเรียน แม้กฎหมายไม่ได้วางเงื่อนไขหรือกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อประกอบการพิจารณาของผู้มีอำนาจสั่งบรรจุหรือสั่งย้ายไว้โดยเฉพาะก็ตาม แต่ผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบ มีการรับฟังข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนเพื่อให้การใช้ดุลพินิจมีเหตุผลสนับสนุนอย่างเพียงพอและเป็นไปอย่างเที่ยงธรรม ตามหลักการบริหารงานบุคคลในระบบคุณธรรม เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้รับฟังข้อเท็จจริงจากฝ่ายผู้ฟ้องคดียอมทำให้ผู้ฟ้องคดีรู้สึกว่าได้ได้รับความเป็นธรรม

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ศาลให้เหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งว่า การย้ายผู้ฟ้องคดีโดยมิได้รับฟังข้อเท็จจริงหรือคำชี้แจงของผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงก่อนที่จะออกคำสั่งย้าย ซึ่งหากผู้ถูกฟ้องคดีได้รับฟังคำชี้แจงหรือเหตุผลก่อนออกคำสั่งก็อาจไม่ออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีหรือมีความเห็นเป็นอย่างอื่นได้ ปัญหาจึงเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจออกคำสั่งย้ายข้าราชการกระทำโดยไม่พิจารณามูลเหตุและรับฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ ประกอบกับการที่เห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง มิใช่คำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจึงไม่ต้องให้เหตุผลหรือให้ผู้ถูกย้ายได้ชี้แจงโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่ง¹⁸⁵ ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไทยที่ยังขาดความรู้ความเข้าใจกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอย่างแท้จริง คดี นายชาญชัย ม่วงเล็ก ผู้ฟ้องคดี¹⁸⁶ กับ ผู้ว่าราชการจังหวัดเพชรบูรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการ ตำแหน่งปลัดตัวอำเภอ (เจ้าหน้าที่บริหารงานปลัดตัว 7) สำนักงานปลัดตัวอำเภอหล่มเก่า จังหวัดเพชรบูรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งปลัดตัวอำเภอหล่มเก่าไปดำรงตำแหน่งปลัดตัวอำเภอเขาค้อ เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อน มูลเหตุเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีถูกร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้เรียกผู้ฟ้องคดีไปชี้แจงหรือสอบถามข้อเท็จจริงเพิ่มเติมแต่อย่างใด แต่ได้เสนอขอย้ายผู้ฟ้องคดีต่ออธิบดีกรมปลัดตัวและผู้ถูกฟ้องคดีด้วยวาจาว่าผู้ฟ้องคดีไม่บริการประชาชนตามที่มิหนังสือร้องเรียน แม้มาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในมาตรา 6 และมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า การแต่งตั้ง ซึ่งหมายความรวมถึง การออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ผู้ออกคำสั่งย้ายสามารถพิจารณาออกคำสั่งได้โดยไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณี (ผู้ฟ้องคดี) มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวหมายถึงกรณีแต่งตั้งโยกย้ายตามปกติ โดยมีพยานหลักฐานและเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอประกอบในการใช้ดุลพินิจสั่งย้าย มิได้หมายความรวมถึง การแต่งตั้งโยกย้ายที่

¹⁸⁵ มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

¹⁸⁶ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1233/2546

มีสาเหตุจากการร้องเรียนกล่าวหาการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ ซึ่งเป็นกรณีโยกย้ายที่ไม่ปกติ เช่น กรณีผู้ฟ้องคดี ก่อนมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีมีโอกาที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของตน ตามนัยมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวและในการสั่งย้ายจะต้องมีพยานหลักฐานและเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าปศุสัตว์จังหวัดเพชรบูรณ์ ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ฟ้องคดี แต่ได้นำกรณีที่มีผู้ร้องเรียนกล่าวหาผู้ฟ้องคดีเป็นสาเหตุในการเสนอผู้ถูกฟ้องคดีให้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลอื่นสนับสนุน ก่อนจะมีคำสั่งย้าย ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องฟังข้อเท็จจริงทั้งสองฝ่าย มิใช่ใช้ดุลพินิจมีคำสั่งย้ายโดยฟังข้อเท็จจริงเพียงด้านเดียว เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เนื่องจากไม่มีพยานหลักฐานและเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคดีนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดให้การว่า คำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการย้ายด้วยเหตุผลทางด้านคุณธรรมและความเหมาะสมในการปฏิบัติราชการ ไม่ได้เกิดจากการเลือกปฏิบัติหรือปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและไม่เกี่ยวข้องกับสาเหตุที่ผู้ฟ้องคดีร้องเรียนขอความเป็นธรรม แต่ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ปศุสัตว์จังหวัดไม่ได้รับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ฟ้องคดี แต่ได้นำกรณีที่มีผู้ร้องเรียนกล่าวหาผู้ฟ้องคดีเป็นสาเหตุในการเสนอผู้ว่าราชการจังหวัดให้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลอื่นสนับสนุน ผู้ว่าราชการจังหวัดได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยได้รับรายงานด้วยวาจาจากปศุสัตว์จังหวัดอยู่ก่อนแล้ว เมื่อได้รับหนังสือเสนอให้สั่งย้ายผู้ฟ้องคดีก็ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงจากทั้งสองฝ่ายและมีคำสั่งย้ายตามที่เสนอ แม้ว่าผู้บังคับบัญชามีอำนาจตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้ถูกย้ายได้มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก็ตาม แต่ศาลก็สามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการได้ว่า เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ดังที่ได้วิเคราะห์ในข้อ 1 และข้อ 2 ที่ได้กล่าวมาแล้ว สรุปได้ว่าศาลปกครองได้ควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นกรณี ๆ ไป โดยส่วนมากแล้วศาลปกครองจะไม่วินิจฉัยชี้ชัดลงไปว่า คำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แต่ก็มีคำวินิจฉัยบางฉบับที่ศาลวินิจฉัยไปในแนวทางที่ว่า คำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.112/2552 ศาลใช้คำว่า “ตามคำสั่งแต่งตั้ง (ย้าย) ผู้ฟ้องคดี” หรือคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 574/2545 (นายเกริกไกร จิระแพทย์ ผู้ฟ้องคดี กับ นายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดี) ศาลใช้คำว่า “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติ

ราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี โดยให้ได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน เห็นว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองในกรณีการแต่งตั้งตามข้อ (1) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ...” และคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1156/2547 (นายชูชัย สุภวงส์ ผู้ฟ้องคดี กับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ถูกฟ้องคดี) ศาลใช้คำว่า “มติและคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ย้ายผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 30 วรรคสอง ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539...” เป็นต้น

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง ในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง นอกจากศาลปกครองจะไม่ระบุชี้ชัดว่า คำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองหรือไม่ แต่ศาลปกครองจะรับคดีเพื่อตรวจสอบในเบื้องต้นเกือบทุกคดีที่มีผู้ฟ้องโต้แย้งคำสั่งต่อศาลปกครอง โดยศาลอาศัยบทมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ในการรับคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งเหตุภายนอก ทั้งรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการในการออกคำสั่ง ซึ่งก็คือ การตรวจสอบหรือควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองนั่นเองและเหตุภายในก็คือ การตรวจสอบใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการว่า เป็นไปตามขอบเขตของกฎหมายหรือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ กล่าวโดยสรุปก็คือ ศาลจะตรวจสอบวินิจฉัยคำสั่งย้ายข้าราชการว่า ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดและการใช้ดุลพินิจ ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนหรือเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ เป็นการที่ศาลปกครองควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หากคำสั่งย้ายข้าราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจเกิดจากมูลเหตุในการออกคำสั่งโดยที่ไม่มีข้อเท็จจริงตามที่อ้างหรือไม่ถูกต้องและการไม่รับฟังเหตุผลหรือผู้ถูกย้ายได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานและการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งย้ายข้าราชการนั้นได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังถ้อยคำที่ศาลมักจะให้เหตุผลในคำวินิจฉัย เช่น “การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองมิใช่การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระตามอำเภอใจ แต่เป็นการตัดสินใจภายใต้ทางเลือกที่ถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหลาย ๆ ทางเลือก และ

เลือกทางเลือกที่มีความเหมาะสม จำเป็นและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน”¹⁸⁷ “ความเหมาะสม” หมายความว่า คำสั่งนั้นต้องสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลุล่วงไปได้ คำสั่งใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจกระทำการนั้น ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย “ความจำเป็น” หมายความว่า จะใช้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย “หลักความได้สัดส่วน” หมายความว่า มหาชนต้องได้รับประโยชน์จากคำสั่งมากกว่าความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งได้รับ

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า จากการศึกษาปัญหาการพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทย ที่ผ่านมาได้สะท้อนให้เห็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในฝ่ายปกครอง ดังนี้

1) ฝ่ายปกครองออกคำสั่งย้ายข้าราชการไม่เป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ในขั้นตอนก่อนเข้าสู่การตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หากไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ศาลย่อมพิพากษาได้ในทันทีว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นของความชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ

2) การพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดบกพร่องหรือไม่มีอยู่จริง ซึ่งใช้เป็นเหตุผลในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองได้ตรวจสอบตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

3) ฝ่ายปกครองยังขาดความเข้าใจและสับสนเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจว่า การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ข้อเท็จจริงและกฎหมายอย่างไร เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนและภายในขอบเขต ตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ปัญหาเกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายที่ศาลใช้ในการตรวจสอบอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มิได้ให้บทนิยามหรือความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ส่งผลกระทบต่อการแสวงหาและปรับใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งในปัจจุบันกรณียังเป็นเพียงการปรับใช้บท

¹⁸⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547

บทบัญญัติในมาตรา มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ของศาลปกครองเองที่ยังขาดการสรุปแนวทาง ตลอดจนขาดความชัดเจนในการให้เหตุผลในคำพิพากษาและคำสั่งในบางกรณี จึงมักใช้อำนาจเกินขอบเขตของกฎหมายและไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งศาลมีอำนาจตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจและความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หากพบว่าฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยมีชอบแล้วศาลย่อมสั่งให้เพิกถอนได้¹⁸⁸

4) ปัญหาจากความไม่ชัดเจนในการตีความว่าสถานะของคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในปัจจุบัน คำวินิจฉัยของศาลมีทั้งที่ระบุว่าคำสั่งย้ายเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ส่วนมากก็ไม่ระบุ แต่ศาลเลี้ยงที่จะชี้ชัด โดยจะวินิจฉัยแต่เพียงว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น สาเหตุเกิดจากความเห็นของนักกฎหมายมหาชนที่ยังมีความเห็นแตกต่างกัน เนื่องจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นไว้ว่า การย้ายข้าราชการครูไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นภายในกรมเดียวกัน มีลักษณะเป็นการบริหารงานภายในหน่วยงานของรัฐเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่การปฏิบัติราชการภายในหน่วยงานนั้น มิใช่ลิดตามกฎหมายของข้าราชการอันจะพึงเรียกร้องให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้ การโยกย้ายดังกล่าวมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงภารกิจในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งสิทธิและประโยชน์ในฐานะเป็นข้าราชการของผู้นั้น มิได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม คำสั่งย้ายข้าราชการครูไปดำรงตำแหน่งอื่นซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับเดิม จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครองและไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539¹⁸⁹ เนื่องจาก กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนดว่า ให้คำสั่งในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อนหรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

(2)ฯลฯ

ผลที่ตามมาจากการตีความของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังกล่าวที่ว่า “การแต่งตั้ง” มิใช่การโยกย้ายหรือหมายความรวมถึงการโยกย้าย จึงไม่อยู่ในบังคับว่า

¹⁸⁸ ธีรัญญา สระทองอุ่น, อ้างแล้ว, เซงอรรถที่ 166, หน้า 201

¹⁸⁹ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง กรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู (เรื่องเสรีจที่ 514/2545)

ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนมีข้อพิจารณาว่าการแต่งตั้งตามกฎกระทรวงดังกล่าว หมายถึงคำสั่งใดบ้างในการบริหารงานบุคคลภาครัฐ ซึ่งในระยะแรกเมื่อจัดตั้งศาลปกครองนั้น ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง¹⁹⁰ แต่ในเวลาต่อมา ศาลปกครองกลางเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้ง หมายความว่ารวมถึงคำสั่งย้ายข้าราชการด้วย¹⁹¹ ศาลปกครองก็มีคำวินิจฉัยแตกต่างกันเป็นสองแนวทาง เช่น ศาลปกครองวินิจฉัยว่าคำสั่งย้ายข้าราชการและคำสั่งให้ข้าราชการมาปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรีเป็นคำสั่งทางปกครองในกรณีการแต่งตั้งตามกฎกระทรวงดังกล่าวด้วยเช่นกัน¹⁹² นักกฎหมายมหาชน¹⁹³ ก็ยังมีความเห็นยังไม่เป็นที่ยุติ โดยส่วนมากเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ส่วนบางท่านก็เห็นว่า คำสั่งย้ายข้าราชการมีลักษณะเป็นการสั่งการภายในวงงานราชการ แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการย้ายข้าราชการย่อมกระทบต่อสถานะของข้าราชการ จึงต้องนำข้อเท็จจริงมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยว่าคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง

5) ปัญหาจากการไม่แสดงข้อเท็จจริง และเหตุผลในการออกคำสั่งย้ายของฝ่ายปกครองให้แก่ผู้ถูกคำสั่งย้าย จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองหลายคดี ศาลชี้ให้เห็นว่า แม้ฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยไม่จำเป็นต้องให้โอกาสผู้ฟ้องคดีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก็ตาม แต่การย้ายในกรณีที่ไม่ปกติ เช่น การย้ายเนื่องจากการถูกร้องเรียน ก่อนจะมีคำสั่งย้ายควรรับฟังข้อเท็จจริงจากทุกฝ่ายโดยเฉพาะจากผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและพอเพียงในการใช้ดุลพินิจ¹⁹⁴ ซึ่งหมายความว่าฝ่ายปกครองควรต้องให้เหตุผลที่ชัดเจนในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการนั่นเอง

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า โดยความเป็นจริงแล้วมีความเป็นไปได้ไม่น้อยที่ข้าราชการผู้ถูกคำสั่งย้ายจะยอมรับผลตามคำสั่ง โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ถูกย้ายถูกกระทบสิทธิและสถานภาพที่ตน

¹⁹⁰ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 968/2544

¹⁹¹ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1233/2546

¹⁹² คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 574/2545 , 1233/2546 และ 1156/2547

¹⁹³ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง กรรมการศึกษาออกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545) อ้างแล้ว, เริงอรุณที่ 189

¹⁹⁴ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1097/2547 , 1741/2546

ปฏิบัติงานอยู่เดิม เช่น ต้องย้ายสถานที่ปฏิบัติงานและครอบครัว เกิดความเดือดร้อนทางครอบครัว และสถานะทางการเงินอย่างมาก เมื่อพิจารณาเหตุผลในการย้ายข้าราชการตามกฎหมายของ สาธารณรัฐฝรั่งเศส การย้ายข้าราชการไม่ว่าเหตุผลเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน (mutation dans l'intérêt du service) หรือ โดยมีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นสำคัญ (mutation décidée en considération de la personne) มีลักษณะก้ำกึ่ง เนื่องจากฝ่ายปกครองกระทำเพื่อประโยชน์ของ หน่วยงาน แต่ก็มีเหตุผลหลักในการย้ายเนื่องจากพฤติกรรมของข้าราชการผู้ถูกย้าย เช่น ข้าราชการ นั้นมีปัญหาขัดแย้งกับบุคคลอื่น ๆ ทั้งภายในหน่วยงานเดียวกันหรือภายนอกหน่วยงานจนไม่ สามารถที่จะทำงานร่วมกันได้ มิเช่นนั้นอาจเกิดปัญหาอุปสรรคในการดำเนินงานขององค์กร หรือไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งการออกคำสั่งย้ายข้าราชการทั้งสองเหตุผลดังกล่าวเป็นปัญหามากที่สุด การที่จะพิจารณาว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร หากเป็นคำสั่งทางปกครอง จะต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งหรือไม่ เนื่องจากการย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน แต่มี เหตุผลหลักในการย้ายเกิดจากพฤติกรรมของข้าราชการผู้ถูกย้าย จึงต้องพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจ (mobiles) เป็นสำคัญ กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสหลายฉบับกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องให้ เหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครอง เช่น รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 ว่าด้วยการให้ เหตุผลประกอบการทำคำสั่งทางปกครองที่กำหนดไว้ว่า คำสั่งทางปกครองกรณีใดที่ต้องจัดให้มี เหตุผลประกอบคำสั่ง แต่กฎหมายมิได้กำหนดกรอบการใช้บังคับไว้เป็นการทั่วไปให้ใช้ได้กับ คำสั่งทางปกครองในทุก ๆ เรื่อง ด้วยเหตุนี้สภาแห่งรัฐ¹⁹⁵ (Conseil d'Etat) จึงได้วินิจฉัยเป็น แนวทางกว้าง ๆ ไว้ในคำพิพากษาต่าง ๆ เพื่อให้เป็นหลักการทั่วไปที่สามารถนำไปใช้พิจารณาว่า เรื่องใดบ้างที่ต้องนำหลักเกณฑ์ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายฉบับดังกล่าวมาใช้บังคับและยังถูกนำมาใช้ ในกรณีดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) การถูกจำกัดหรือยกเว้นหน้าที่ในการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองที่มีผล เฉพาะบุคคล (limitation de l'obligation de motiver aux décisions individuelles)
- (2) คำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล อันไม่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง (notion de decision qui refuse un avantage. don't l'attribution constitue un droit)
- (3) คำอธิบายลักษณะ วิธีการ หรือขั้นตอนการลงโทษ (notion de sanction) เมื่อเป็นคำสั่งลงโทษ

¹⁹⁵ ปิยะสาสตร์ ไชวพันธุ์ (2553.) “การให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง” รวบรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง (<http://www.admincout.go.th>)

(4) กรณีที่การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีผลเป็นคำสั่งที่ไม่รับคำร้องโดยปริยาย (rejet implicite) และผู้ร้องได้ขอทราบเหตุผลในคำสั่งที่ไม่รับ โดยปริยายนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งเหตุผลและแจ้งผลทางกฎหมายของคำสั่งที่ไม่รับ โดยปริยายในกรณีนั้นให้ผู้ร้องรับทราบด้วย

นอกจากนี้ รัฐบัญญัติลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ.1905 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของข้าราชการผู้ถูกย้ายไว้ว่า การย้ายข้าราชการเพื่อประโยชน์ของทางราชการนั้น จำเป็นที่จะต้องจัดให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับรู้ถึงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับตนก่อน สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้พิพากษากรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ได้มีคำสั่งลงวันที่ 21 กรกฎาคม 1997 ย้ายนาง Tiraspolksy จากโรงเรียนมัธยมศึกษาตอนปลาย Frédéric-Mistral ในเมืองอาวียง (Avignon) ไปยังโรงเรียน Philippe-de-Gérard ซึ่งตั้งอยู่ในสถานที่เดียวกัน โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 1 กันยายน โดยเห็นว่าหากบังคับการให้เป็นไปตามมาตรา 60 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 11 มกราคม 1984 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของข้าราชการของรัฐแล้ว การย้ายข้าราชการเพื่อประโยชน์ของทางราชการนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้มีการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการบริหารทวิภาคีที่มีอำนาจ ซึ่งประกอบด้วยบุคคลที่มาจากตัวแทนของฝ่ายปกครองและข้าราชการทั้งสองฝ่ายจำนวนเท่ากันก่อน แต่กระบวนการที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวนั้น ไม่สามารถนำไปแทนที่หลักประกันอื่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 65 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 22 เมษายน 1905 ที่บัญญัติว่า “ข้าราชการทุกคนไม่ว่าจะเป็นข้าราชการพลเรือนหรือทหาร พนักงานหรือลูกจ้างของรัฐมีสิทธิเข้าถึงบันทึก เอกสารทางทะเบียน และเอกสารอันเกี่ยวข้องกับตนเป็นการเฉพาะตัวและเป็นการลับ ทั้งนี้ก่อนการดำเนินการทางวินัย หรือการออกคำสั่งย้ายหรือการไม่เลื่อนระดับ” ได้ กรณีคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ดังกล่าว เห็นได้ว่าหากคำสั่งย้ายมีสถานะทางกฎหมายเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ครอง ศาลก็ไม่อาจรับไว้ตรวจสอบได้ แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองสามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ คำสั่งย้ายข้าราชการบางคำสั่งก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งอย่างชัดเจน อันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง การที่จะวิเคราะห์ว่าคำสั่งย้ายข้าราชการใด ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จึงเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและละเอียดอ่อนมาก

ในความเห็นของผู้วิจัยแล้ว ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นคือเรื่องการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งโดยเนื้อแท้ที่กฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจก็เพราะต้องการให้การปฏิบัติราชการมีความยืดหยุ่นสามารถปรับปรุงแก้ไขได้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน และอาจมองไกลไปในอนาคตด้วย โดยยึดหลักการใช้ดุลพินิจจะต้องเป็นไปเพื่อประสิทธิภาพการทำงานและ

ประโยชน์สาธารณะ¹⁹⁶ และ อีกประการหนึ่ง เมื่อนักกฎหมายมหาชนส่วนมากมีความเห็นว่าคำสั่งย้ายเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง มิใช่คำสั่งทางปกครองตั้งแต่ต้น ฉะนั้นการที่จะชี้ว่าคำสั่งย้ายข้าราชการแต่ละรายจะมีผลเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่นั้น จะต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองตรวจสอบวินิจฉัยและเพิกถอนคำสั่งหากเป็นคำสั่งที่มีชอบ ซึ่งเป็นการกระบวนกรเยียวยาในขั้นตอนสุดท้ายและต้องใช้เวลายาวนาน มุมมองตรงกันข้าม หากฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งย้ายได้ให้โอกาสข้าราชการที่จะถูกย้ายได้ชี้แจงแสดงพยานหลักฐานหรือรับฟังเหตุผลจากฝ่ายปกครอง ข้าราชการผู้จะถูกคำสั่งย้ายอาจยอมรับคำสั่งและปฏิบัติโดยไม่มีข้อโต้แย้ง ข้าราชการอาจจะไม่นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมาก ดังที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและมีแนวโน้มว่าจะเกิดมากยิ่งขึ้น ทำให้เป็นภาระและปัญหาต่อการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นอย่างมาก ดังนั้นหากมีการบัญญัติหลักเกณฑ์การย้ายข้าราชการของประเทศไทยโดยนำหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ในเรื่องการให้เหตุผลประกอบในการออกคำสั่งย้ายในกรณีที่คำสั่งนั้นจะเกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์หรือมีผลลบต่อผู้รับคำสั่ง รวมทั้งการที่ให้ผู้ที่จะถูกย้ายได้รับข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาออกคำสั่งย้ายและนำมาปรับใช้กับการออกคำสั่งย้ายข้าราชการในฝ่ายปกครองของไทยแล้ว ผู้เขียนเชื่อว่าน่าที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้

3. ปัญหาการอ้างหลักกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ตามกฎหมายการบริหารงานบุคคลและกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน

การบริหารงานบุคคลของข้าราชการ หมายถึง ระเบียบ แบบแผน แนวทาง ข้อบังคับ หรือปทัสถานต่าง ๆ ที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองและเป็นหลักประกันแก่ข้าราชการ¹⁹⁷ การย้ายข้าราชการผู้ใดไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น จึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายการบริหารงานบุคคลขององค์กรนั้น ๆ โดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 (ปัจจุบันถูกยกเลิกและบัญญัติพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ใช้บังคับ) พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 เป็นต้น ซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยคำนึงถึง

¹⁹⁶ รังสิกร อุปพงษ์ (2541) “กระบวนการรวบรวมข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาในการทำคำสั่งทางปกครอง” รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน, หน้า 69-70

¹⁹⁷ รายงานการวิจัยเรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับองค์การบริหารงานบุคคลและวินัยข้าราชการ (2546) สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 25

ประโยชน์ของทางราชการหรือหน่วยงานนั้น ๆ นอกจากนี้ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะหรือประชาชน หรือเพื่อประโยชน์มหาชนโดยรวม เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ แต่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาทั้งสองกรณีก็ต้องตั้งอยู่บนความเป็นธรรม ตามระบบคุณธรรม (Merit System) ของการบริหารงานบุคคลและการบริหารราชการแผ่นดิน การกระทำต่าง ๆ ของผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ เพราะการย้ายข้าราชการย่อมมีผลกระทบต่อตัวข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งย้ายด้วยเช่นกัน การอ้าง เหตุผลของฝ่ายปกครองในคำสั่งย้ายข้าราชการ จะมุ่งเน้นทางด้านรัฐศาสตร์และทางด้านการบริหารจัดการ มากกว่าทางด้านนิติศาสตร์ เนื่องจากฝ่ายปกครองต้องทำหน้าที่บริหารจัดการ ภาครัฐที่ดี เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลของงานและความสงบสุขของประชาชนในสังคมและในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับประชาชน เป็นผู้ใช้อำนาจกับประชาชนที่มีผลกระทบต่อประชาชนและประโยชน์สาธารณะโดยตรง การทำหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องยึดถือแนวทางด้านรัฐศาสตร์เป็นหลักเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น เหมาะสม สอดคล้องกับสถานการณ์ เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะบรรลุผล ส่วนแนวคิดทางด้านนิติศาสตร์ แม้เป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ในการอ้างเหตุผล เพราะองค์กรฝ่ายปกครองมีข้อผูกพันที่จะต้องกระทำการใด ๆ ในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายและจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ถึงแม้ว่าการกระทำทางปกครองนั้น จะเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม ฉะนั้นก่อนที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ในทางปกครองหรือก่อนที่จะกระทำการใด ๆ ในทางที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองก็ต้องตรวจสอบก่อนเสมอว่ามีกฎหมายฉบับใด มาตราใด ให้อำนาจกระทำการได้หรือไม่ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองต้องละเว้นการกระทำนั้น¹⁹⁸ เช่น คดีที่นายเกริกไกร จิระแพทย์ ผู้ฟ้องคดี¹⁹⁹ กับ นายกรัฐมนตรี กับพวก ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) โดยข้อเสนอแนะของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์) มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ระดับ 11 ตำแหน่งปลัดกระทรวงพาณิชย์ไปปฏิบัติราชการในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีโดยได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน ทั้งที่ยังไม่มี

¹⁹⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ อ้างถึงใน ชีรัฐชา สระทองอุ่น, “การคุ้มครองสิทธิของข้าราชการโดยศาลปกครอง: ศึกษาการอ้าง “เหตุผล” ในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ, อ้างแล้ว, เศรษฐกิจ 166, หน้า 81-82

¹⁹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 574/2545

ตำแหน่งรองรับและไม่มีกรอบอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบอันเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 โดยมีเหตุผลในการใช้ดุลพินิจว่า เพื่อให้การดำเนินนโยบายของรัฐบาลด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศบรรลุผลและเกิดประโยชน์แก่ประเทศชาตินั้น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจออกคำสั่งโดยมีเหตุผลอันควร ดุลพินิจดังกล่าวถือได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ แม้ว่าในขณะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการที่สำนักงานรัฐมนตรีจะยังไม่มีตำแหน่งรองรับก็เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามที่กฎหมายให้อำนาจ ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หากไม่ปรากฏข้อผิดพลาดโดยชัดแจ้งแล้ว ศาลย่อมไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในลักษณะที่จะเป็นการตัดสินใจแทนฝ่ายบริหารได้ และเมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนหรือวิธีดำเนินการในการพิจารณาออกคำสั่งก็ไม่ปรากฏมูลเหตุจูงใจว่าจะบิดเบือนการใช้อำนาจเพื่อกั่นแกล้งหรือลงโทษผู้ฟ้องคดีให้พ้นจากตำแหน่งปลัดกระทรวงพาณิชย์ การออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการในสังกัดสำนักงานรัฐมนตรีโดยให้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน จึงชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการที่สำนักงานรัฐมนตรี โดยให้ได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน โดยมีการเตรียมการเพื่อที่จะแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานรัฐมนตรี (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11) ด้วยการเสนอขอกำหนดตำแหน่งไปยังคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนนั้น เห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองในกรณีการแต่งตั้งตามข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งถูกกำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน จึงไม่ถูกบังคับว่าต้องให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งเสียก่อน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งดังกล่าวโดยมิได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีรู้ล่วงหน้าจึงมิได้ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ผู้ฟ้องคดีจะเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สมควรหรือไม่เหมาะสมก็ตาม ส่วนประเด็นที่ว่าคำสั่งดังกล่าวมิได้ระบุเหตุผลในการออกคำสั่งไว้ด้วย จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เห็นว่าเมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติงานที่สำนักงานรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจออกคำสั่งที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถือว่าเป็นเรื่องเร่งด่วนที่จะต้องรีบดำเนินการ จึงถือว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวเป็นการออกคำสั่งทางปกครองกรณีเร่งด่วนตามมาตรา 37 วรรคสาม (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งไม่ถูกบังคับว่าต้องจัดให้มีเหตุผล

คดีนี้อาจถือได้ว่าเป็นคดีที่ศาลได้ตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้ใช้อำนาจทางปกครอง (นายกรัฐมนตรี) ซึ่งเป็นข้าราชการฝ่ายการเมืองและมีอำนาจสูงสุดในฝ่ายบริหาร

และยังมีอำนาจในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการประจำในกระทรวง ทบวง กรม ในการบริหารราชการแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและการบริการประชาชนโดยส่วนรวม ซึ่งตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม มาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีได้และศาลฟังข้อเท็จจริงว่า เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยมีเหตุผลอันสมควรที่ถือได้ว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินและประโยชน์ราชการ การใช้อำนาจในเรื่องนี้จึงชอบด้วยกฎหมาย สาเหตุการฟ้องคดีนี้เป็นผลมาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีชี้ให้เห็นว่า การสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นเพราะความขัดแย้งระหว่างข้าราชการการเมืองกับข้าราชการประจำและคู่กรณีได้แย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการออกคำสั่งย้ายของนายกรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ ไม่มีเหตุผลอันสมควร บิดเบือนการใช้อำนาจเพื่อกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดี เนื่องจากการให้มาปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรีโดยไม่มีตำแหน่งรองรับ ไม่มีอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจน อีกทั้งภารกิจในตำแหน่งที่จะมอบหมายให้ปฏิบัติเป็นหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์อยู่แล้ว ฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีมีความเห็นว่า เป็นดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้ารัฐบาลฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะที่จะแต่งตั้งให้บุคคลใดไปดำรงตำแหน่งในในฝ่ายบริหาร ผู้ฟ้องคดีหรือบุคคลใดก็ไม่อาจเข้ามาก้าวล่วงในดุลพินิจของฝ่ายบริหารในกรณีนี้ได้ มิฉะนั้นจะทำให้เกิดปัญหาในการบริหาร อำนาจการบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารจะขาดความศักดิ์สิทธิ์ ข้าราชการประจำจะไม่สนองนโยบายของรัฐ ข้าราชการประจำตั้งตัวเป็นอิสระเอกเทศไม่ขึ้นกับฝ่ายบริหาร บังคับบัญชาไม่ได้ เกิดความสับสนปั่นป่วนในบ้านเมือง เหตุการณ์เช่นนี้ไม่ควรเกิดขึ้นในระบบการปกครองของไทย คดีนายนิพนธ์ สุขเจริญ ผู้ฟ้องคดี²⁰⁰ กับ อธิบดีกรมราชทัณฑ์ ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า ก่อนผู้ถูกฟ้องคดีจะมิคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งที่เรือนจำกลางนครราชสีมา ผู้บัญชาการเรือนจำกลางชลบุรี ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอให้ย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ที่เรือนจำนครราชสีมา เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีพฤติการณ์กระด้างกระเดื่องต่อผู้บังคับบัญชา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการบรรจุและแต่งตั้งระดับ 6 ลงมาของกรมราชทัณฑ์ ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของกรมราชทัณฑ์โดยตรงพิจารณาแล้ว เห็นว่าสมควรให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำกลางนครราชสีมา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วเห็นว่าหน้าที่เรือนจำ

²⁰⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.112/2548

กลางชลบุรีเสนอให้ย้ายผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นไปเพื่อความเหมาะสม ขจัดปัญหา อุปสรรคต่อการบริหารงานบุคคลของเรือนจำ และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้น จึงมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ที่เรือนจำกลางนครราชสีมา ตามความเห็นของคณะกรรมการบรรจุและแต่งตั้งฯ จึงเห็นได้ว่าการย้ายดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีได้พิจารณาอย่างรอบด้าน โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริง เหตุผลความจำเป็น ตลอดจนความเหมาะสมและประโยชน์ของหน่วยงานแล้ว ผู้ฟ้องคดีอาจไม่พอใจที่ไม่ได้รับความสะดวกจากการถูกย้าย แต่การย้ายเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะสั่งให้ย้ายผู้ได้บังคับบัญชาได้ตามที่เห็นสมควร เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยมือคดหรือมีเจตนาถั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีให้ได้รับความเสียหาย จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว เมื่อวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาล เห็นได้ว่าศาลได้ตรวจสอบมูลเหตุทางข้อเท็จจริง ประกอบกับข้อกฎหมายของผู้บังคับบัญชาในการใช้อำนาจดุลพินิจสั่งย้ายข้าราชการแต่ละราย แม้ว่าการสั่งย้ายข้าราชการเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้บังคับบัญชาในการคัดสรรหรือจัดบุคลากรเพื่อปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ได้ตามที่เห็นสมควร แต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ และจะต้องไม่กระทำโดยมีอคติหรือมีเจตนาถั่นแกล้งข้าราชการผู้ถูกย้ายให้ได้รับความเสียหาย จึงจะถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คดีที่ นายพงศธร สิริภาณุพงศ์ ผู้ฟ้องคดี²⁰¹ กับ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ที่ 1 และพวก ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจออกคำสั่งที่ 205/2544 ลงวันที่ 31 มกราคม 2544 ได้ตามนัยมาตรา 21 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 เนื่องจากมีอำนาจรับผิดชอบควบคุมราชการประจำในกระทรวง แปลงนโยบายเป็นแนวทางและแผนการปฏิบัติราชการ กำกับการทำงานของส่วนราชการในกระทรวงให้เกิดผลสัมฤทธิ์ และประสานการปฏิบัติงานของส่วนราชการในกระทรวงให้มีเอกภาพสอดคล้องกัน รวมทั้งเร่งรัดติดตามและประเมินผลการปฏิบัติราชการของส่วนราชการ เป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการในสำนักงานปลัดกระทรวงและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของสำนักงานปลัดกระทรวง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 มีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามระเบียบของทางราชการและนโยบายของทางราชการ ตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 เพราะผลการสอบสวนปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีกระทำผิดตามที่ถูกกล่าวหาจริง จึงน่าจะเชื่อว่าผู้ฟ้องคดีมีพฤติกรรมในการปฏิบัติงานที่มักมีปัญหาเกี่ยวกับเพื่อนร่วมงานและประชาชนที่มาใช้บริการ หากปล่อยปละละเลยให้ผู้ฟ้องคดีทำหน้าที่ผู้อำนวยการโรงพยาบาลต่อไป ย่อมคาดหมายได้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อการทำหน้าที่ในการให้บริการประชาชน ซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง

²⁰¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.458/2551

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยใช้อำนาจตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่กองสาธารณสุขภูมิภาคเป็นการประจำโดยเบิกจ่ายเงินเดือนทางสังกัดเดิม โดยใช้อำนาจตามมาตรา 21 จึงเป็นการกระทำโดยมีเหตุผลอันสมควรและเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต้องกระทำ ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางบริหาร มิใช่กรณีการออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งการออกคำสั่งดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดหรือแย้งกับมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 และเนื่องจากเดิมผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาล การดำเนินการเพื่อพิจารณาตำแหน่งที่เหมาะสมในการออกคำสั่งย้ายจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาใคร่ครวญอย่างรอบคอบโดยพิจารณาหาตำแหน่งที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถในตำแหน่งหน้าที่ใหม่ ประกอบกับสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมกับการปฏิบัติงานเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาแบบเดิม ๆ ขึ้นซ้ำอีกและเมื่อเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

ข้อเท็จจริงจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) ได้วินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ของการฟ้องคดี เกิดจากการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ทั้งยังไม่เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีและมติ อ.ก.พ.วิสามัญเกี่ยวกับการรักษาระบบคุณธรรม ซึ่งปลัดกระทรวงสาธารณสุขให้เหตุผลเกี่ยวกับการย้ายผู้ฟ้องคดีไว้ว่า ตำแหน่งผู้บริหารโรงพยาบาลเป็นตำแหน่งที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพแพทย์ด้วย ก.พ.จึงกำหนดตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการ (นายแพทย์ 8 วช.) (ด้านเวชกรรมสาขาเวชกรรมทั่วไป) ตำแหน่งดังกล่าวมีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่งประเภทวิชาชีพเฉพาะ (วช.) ซึ่งแตกต่างจากตำแหน่งผู้บริหารหน่วยงานอื่น ๆ ในระดับ 8 เช่น ตำแหน่งผู้อำนวยการกอง ก.พ.กำหนดให้รับเงินประจำตำแหน่งประเภทบริหารระดับกลาง (บก.) ดังนั้นการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการประจำที่กองสาธารณสุขภูมิภาค ซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนกลาง จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เพิกถอนคำสั่ง

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยยกฟ้องผู้ฟ้องคดี โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นของศาลปกครองกลาง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ (ผู้ฟ้องคดี) โดยศาลให้เหตุผลในคำวินิจฉัยในประเด็นสำคัญ ดังนี้

(1) ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าพฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีในการปฏิบัติงานมักมีปัญหาเกี่ยวกับเพื่อนร่วมงานและประชาชนที่มาใช้บริการ หากผู้ถูกฟ้องคดีปล่อยปละละเลยให้ผู้ฟ้อง

คดีทำหน้าที่ผู้อำนวยการ โรงพยาบาลต่อไป ย่อมคาดหมายได้ว่าจะเกิดความเสียหายต่อการทำหน้าที่ในการให้บริการประชาชน ซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง เป็นการกระทำโดยมิเหตุผลอันสมควรและจำเป็นต้องกระทำ

(2) ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจเข้าดำเนินการแก้ไข ปัญหาจากกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีปัญหาในการบริหารงานในตำแหน่งผู้อำนวยการ โรงพยาบาลและอาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อประชาชน จึงออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งผู้อำนวยการ โรงพยาบาลดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 เป็นการออกคำสั่งทางบริหาร มิใช่การออกคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง การออกคำสั่งดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดหรือแย้งกับมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535

ผู้วิจัยเห็นว่า จากเหตุผลที่ศาลได้หยิบยกเป็นเหตุผลทั้งสองประการ ศาลให้ความสำคัญเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะหรือการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชนโดยส่วนรวมของฝ่ายปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชาได้โดยใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตแห่งหลักความได้สัดส่วน จึงจะชอบด้วยกฎหมาย แต่ประเด็นสำคัญที่อาจเป็นปัญหาในการพิจารณาในเรื่องนี้คือ การอ้างหลักกฎหมายเพื่อออกคำสั่งย้ายข้าราชการว่า กรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างใดต้องอ้างหลักกฎหมายทั่วไป (พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534) และข้อเท็จจริงใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลซึ่งเป็นหลักกฎหมายเฉพาะ จะต้องอ้างหลักกฎหมายบริหารงานบุคคลขององค์กรนั้น ๆ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 (ฉบับเดิม พ.ศ.2535) เพื่อให้ถูกต้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ฝ่ายปกครองเองยังไม่เข้าใจและเกิดความสับสน ในการปฏิบัติอย่างถูกต้องว่าในแต่ละเรื่องมีมูลเหตุทางข้อเท็จจริงอย่างไร จึงจะปรับบทกฎหมายหลักการบริหารงานบุคคลขององค์กรฝ่ายปกครองที่ให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ และมีผลกระทบเฉพาะตัวข้าราชการ มิได้มีผลไปสู่ภายนอกหรือประชาชนโดยทั่วไป หรือกรณีมีมูลเหตุทางข้อเท็จจริงอย่างไร จะต้องปรับหลักกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยทั่วไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ประชาชนโดยส่วนรวม คำวินิจฉัยเรื่องนี้จึงน่าจะเป็นกรณีศึกษา เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับหน่วยงานทางปกครองและผู้มีอำนาจออกคำสั่งย้ายข้าราชการภาครัฐได้ในโอกาสต่อไป คดีที่ พลตำรวจเอก เปรียวพันธ์ ดามาพงษ์ ผู้ฟ้องคดี²⁰² กับ หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ที่ 1

²⁰² คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1549/2551

นายกรัฐมนตรี ที่ 2 ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ที่ 3 ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะผู้ใช้ อำนาจนายกรัฐมนตรีตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ฉบับที่ 4 ได้อาศัยอำนาจตาม ความในมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยให้ผู้ ฟ้องคดีปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี โดยให้ได้รับเงินเดือนทางสังกัดเดิมไปพลางก่อน การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีดังกล่าวตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ถือเป็นการใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการทุก กระทรวง ทบวง กรม จึงเป็นการสั่งการในฐานะนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 คำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2549 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่าการที่ผู้ถูก ฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ฝ่ายข้าราชการประจำ ด้านความมั่นคง (นักบริหาร 10) สำนัก นายกรัฐมนตรี เป็นผลให้ผู้ฟ้องคดีขาดจากการเป็นข้าราชการตำรวจมาเป็นข้าราชการพลเรือน อัน เป็นกรณี โอน ข้าราชการ ต่าง ประเภท ศาลเห็นว่า หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เจตนาจะใช้อำนาจในฐานะหัวหน้า คณะปฏิรูปการปกครองฯ ซึ่งเป็นรัฐาธิปไตยอยู่ในขณะนั้น ก็ไม่ มีเหตุผลหรือความจำเป็นที่จะต้องมีการขออนุมัติหรืออนุมัติเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการในการโอนข้าราชการจากหน่วยงานหนึ่งไปรับราชการในสำนัก นายกรัฐมนตรีแต่อย่างใด เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สามารถสั่งให้ ผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งใด ๆ ได้ตามอำนาจ ดังกล่าวอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมิได้แสดงเจตนาในการใช้อำนาจรัฐาธิปไตย ให้ปรากฏ แต่กลับดำเนินการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง กระบวนการเพื่อนำไปสู่การออกประกาศฉบับนี้จึงต้อง ปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรวมถึงพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เมื่อปรากฏว่ากระบวนการพิจารณารับโอนผู้ฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติข้างต้น กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีมิได้สมัครใจ และสำนักนายกรัฐมนตรีมิได้ทำความตกลงกับสำนักงานตำรวจ แห่งชาติ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งอนุมัติแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษา นายกรัฐมนตรี จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำวินิจฉัยของศาลดังกล่าว เป็นกรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองที่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน มิใช่พิจารณาเฉพาะ องค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งเพียงอย่างเดียว นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดย พิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วนแล้ว กรณียังต้องพิจารณากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ

ให้ครบถ้วนเพื่อให้ได้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่แท้จริงของกฎหมายฉบับนั้นด้วย จากข้อเท็จจริงแห่งคดีการที่ผู้ถูกฟ้องคดี (นายกรัฐมนตรี) ออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี ดำรงตำแหน่งข้าราชการตำรวจให้ไปปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญ ไม่อาจกระทำได้นี้เนื่องจากต้องเป็นไปตามกฎหมายบริหารงานบุคคลขององค์กรนั้น ๆ (พระราชบัญญัติข้าราชการตำรวจ พ.ศ.2547) โดยเฉพาะ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมายหรือโดยแท้จริงแล้วอาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามกฎหมายก็ตาม ซึ่งมีผลให้การใช้อดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีที่ นายชูชัย ศุภวงศ์ ผู้ฟ้องคดี²⁰³ กับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 1 ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี ศาลวินิจฉัยว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งที่ 70/2546 ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2546 เพื่อย้ายผู้ฟ้องคดี โดยอาศัยมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ.2518 ซึ่งบัญญัติให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการพลเรือนสามัญมาใช้บังคับในเรื่องการกำหนดตำแหน่ง การให้รับเงินเดือนและการให้ได้รับเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการรัฐสภาสามัญโดยอนุโลม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติกำหนดตำแหน่ง รวมทั้งการให้รับเงินเดือนและการให้ได้รับเงินประจำตำแหน่ง ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาเห็นว่ากรณีปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองนั้นจะส่งผลเสียหายต่อองค์กรคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยรวม จึงมีเหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ที่จะแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง จึงอนุมัติให้นำตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ว่างอยู่มาเปลี่ยนแปลงโดยกำหนดเป็นตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) โดยมีได้กำหนดตำแหน่งและอัตราเงินเดือนเพิ่มขึ้นใหม่และได้กำหนดให้เป็นตำแหน่งเฉพาะตัวเพื่อใช้ในการย้ายผู้ฟ้องคดี เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ประเด็นที่ว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ย้ายผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) เป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่าแม้กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภาจะกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีอำนาจร่วมกันในการพิจารณาย้ายผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งข้าราชการรัฐสภาสามัญระดับ 11 ได้ก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวก็ต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายโดยจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการ อันเป็นประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าการปฏิบัติราชการร่วมกันระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกับผู้ถูกฟ้องคดีตั้งแต่ปี พ.ศ.2545 เป็นต้นมา ได้เกิดความขัดแย้งกันในหลายกรณีและแม้ว่าผู้ฟ้องคดีและผู้ถูก

²⁰³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 1156/2547

ฟ้องคดีทั้งสองจะมีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติงานเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของชาติ ให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ บังเกิดผลดีแก่ประเทศชาติและประชาชนเพียงใดก็ตาม แต่หากยังคงปล่อยให้สภาพปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดำรงอยู่ต่อไป เชื่อได้ว่าภายใต้บรรยากาศของความขัดแย้งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองย่อมไม่อาจร่วมกันปฏิบัติภารกิจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและภาระหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติได้ จึงเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะผู้อำนวยการในการบริหารราชการและการบริหารงานบุคคลย้ายผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และ 2 ได้ใช้ดุลพินิจที่มีเหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการซึ่งอยู่ในกรอบของกฎหมาย เป็นการใช้อดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย ประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการจงใจกลั่นแกล้ง เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น เห็นว่าเป็นการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นองค์กรในรูปคณะกรรมการและมีจำนวนถึง 11 คน ได้รับการสรรหาและมีอิสระต่อกันโดยได้รับการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง จึงไม่น่าเชื่อว่ากรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะร่วมกันมีมติให้ย้ายผู้ฟ้องคดีโดยจงใจกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดี ประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่ามติและคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่ถูกต้องตามมาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 นั้น เห็นว่ากรณีของผู้ฟ้องคดีเป็นเรื่องที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้รู้ถึงข้อมูลข้อเท็จจริงต่าง ๆ อยู่แล้วก่อนที่จะมีการพิจารณาลงมติให้ย้ายผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ย่อมมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ตนเห็นว่าจำเป็นในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ตามมาตรา 28 และมาตรา 29 กรณีจึงไม่ถือว่าบกพร่องในการพิจารณาพยานหลักฐานจนเป็นเหตุให้การลงมติผิดพลาด อีกทั้งมติและคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 จึงไม่อยู่ในบังคับว่าต้องให้ผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนมีมติและคำสั่งดังกล่าว นอกจากนี้ผู้ฟ้องคดีก็ได้ทราบข้อเท็จจริง เหตุผล และความจำเป็นต่าง ๆ ในการพิจารณาของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมา และได้โต้แย้งประเด็นต่าง ๆ มาโดยตลอด มติและคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงไม่ขัดต่อมาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ส่วนประเด็นที่ว่า การย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นักบริหาร 11) ไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) ก็คือ การสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเดิมไปดำรง

ตำแหน่งใหม่ในระดับเดียวกัน จึงต้องดำเนินการ ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการ สิทธีมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542 ประกอบกับมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ฝ่ายรัฐสภา พ.ศ.2518 ซึ่งมีสาระชั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ คือ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติเห็นชอบ ให้ย้ายผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นักบริหาร 11) และ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่ วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) ต่อมา เมื่อได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงจะพ้นจากตำแหน่งเดิมไปดำรงตำแหน่งใหม่ได้ ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกคำสั่ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ 70/2546 ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2546 โดยอ้างว่าอาศัย อำนาจตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542 ประกอบ กับมาตรา 28 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ.2518 และมติของผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 7/2546 เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2546 สั่งบรรจุผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็น ข้าราชการรัฐสภาสามัญ ตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นักบริหาร 11) ให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่ วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) ซึ่งเป็นอัตราว่างโดยโอนเงินตามตัวไปตั้งจ่ายนั้น คำสั่งดังกล่าวมีผลให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญ ระดับ 11 ต้องพ้นจากตำแหน่งเดิมไปดำรง ตำแหน่งใหม่ทันที โดยที่ยังมิได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ตามขั้นตอนและวิธีการ อันถือว่าเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติสำหรับการแต่งตั้งข้าราชการรัฐสภา สามัญระดับ 11 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าในปัจจุบันได้มีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นัก บริหาร 11) และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) แล้วก็ตาม พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 70/2546 ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2546

คดีนี้จึงน่าจะเป็นบรรทัดฐานที่ศาลปกครองได้ตรวจสอบการออกคำสั่งย้าย ข้าราชการของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ กล่าวคือ (1) รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ (2) มูลเหตุทางข้อเท็จจริง (3) ขอบเขตการใช้ดุลพินิจว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ (4) การปรับหลักกฎหมาย จากคำพิพากษามีประเด็นที่น่าสนใจ กล่าวคือ ศาลปกครองได้ วินิจฉัย (หน้า 33) โดยกล่าวว่า “คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ตาม มาตรา 30 วรรคสอง (6) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการพิจารณาออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีอันเป็นคำสั่ง

แต่งตั้งตามข้อ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 จึงไม่อยู่ในบังคับว่าต้องให้ผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนมีมติและคำสั่งดังกล่าว...” จากคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลปกครองระบุชัดเจนว่า คำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง ตาม (1) แห่งกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ดังนั้นก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งทางปกครอง ต้องให้ผู้รับคำสั่งได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เพียงแต่ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงคือผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริง และได้โต้แย้งประเด็นต่าง ๆ มาโดยตลอด จึงไม่ขัดต่อมาตรา 30 แต่อย่างใด

ส่วนประเด็นการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งย้าย ศาลเห็นว่าการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นักบริหาร 11) ไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) เป็นการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเดิมไปดำรงตำแหน่งใหม่ในระดับเดียวกัน จึงต้องดำเนินการตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542 ประกอบกับมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ.2518 และต้องมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามขั้นตอนและวิธีการอันถือเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอน ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

นอกจากนี้ มีกรณีศึกษาอีกประเด็นหนึ่งคือ การปรับบทกฎหมายที่ฝ่ายปกครองอ้างอิงในการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเดิม เลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นักบริหาร 11) ไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน 11 ชช.) โดยโอนเงินตามตัวไปตั้งจ่ายในตำแหน่งใหม่ เป็นดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภาจะกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีอำนาจร่วมกันในการพิจารณาย้ายผู้ฟ้องคดี เพราะการใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวอยู่ในกรอบของกฎหมายและเพื่อประโยชน์ของทางราชการอันเป็นประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีรับฟังได้ว่าในการปฏิบัติราชการร่วมกันระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกับผู้ฟ้องคดีเกิดความขัดแย้งกันในหลายกรณีและแม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะมีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติงานเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของชาติให้ดำเนินไปอย่างมี

ประสิทธิภาพบังเกิดผลดีแก่ประเทศชาติและประชาชนเพียงใดก็ตาม แต่หากยังคงปล่อยให้สภาพปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดำรงอยู่ต่อไป เชื่อได้ว่าบรรยากาศภายในได้ความขัดแย้งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองย่อมไม่อาจร่วมกันปฏิบัติภารกิจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญฯ ได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะผู้ใช้อำนาจในการบริหารราชการและการบริหารงานบุคคลย้ายผู้ฟ้องคดี เป็นการใช้อำนาจที่มีเหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการซึ่งอยู่ในกรอบของกฎหมาย จึงเป็นการใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยความเคารพ ในความเห็นของผู้วิจัยแล้วเห็นว่า การที่ศาลอ้างหลักกฎหมายการบริหารราชการและหลักกฎหมายการบริหารงานบุคคลที่เป็นอำนาจในการออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีดังกล่าว โดยให้เหตุผลประกอบว่าเพื่อประโยชน์ราชการอันเป็นประโยชน์สาธารณะที่ดี และเพื่อลดความขัดแย้งภายในองค์กรและอยู่ในกรอบของกฎหมายที่ดี น่าจะเป็นการให้เหตุผลที่กว้างเกินไป ทำให้ไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบของศาลได้ จึงถือประการหนึ่งว่า ศาลเห็นว่าการย้ายผู้ฟ้องคดีเข้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายทั้งสองหลัก (หลักกฎหมายการบริหารงานบุคคลและหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน) ผู้เขียนเห็นว่า หากการย้ายโดยมีเหตุผลเพื่อประโยชน์ราชการก็ควรที่จะปรับบทกฎหมายบริหารงานบุคคลที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งย้ายได้ หากเห็นว่าคำสั่งย้ายมีผลกระทบเฉพาะตัวข้าราชการนั้น ๆ หรือภายในองค์กร และอาจไม่มีผลไปสู่ภายนอก แต่หากเห็นว่าเป็นการย้ายโดยให้เหตุผลว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชนแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าผลที่เกิดขึ้นจะกระทบต่อประชาชนหรือประโยชน์สาธารณะหรือไปสู่ภายนอกแล้ว ก็เป็นเรื่องการบริหารราชการแผ่นดิน การที่ศาลอ้างหลักกฎหมายทั้งสองหลักปะปนกันนั้น น่าจะทำให้ทำความเข้าใจยาก และไม่อาจหาหลักคิดหรือแนวทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองได้ เมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.458/2551 และคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1549/2551 ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการอ้างหลักกฎหมายบริหารงานบุคคลขององค์กรและหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินเปรียบเทียบกันแล้ว คำวินิจฉัยทั้งสองฉบับน่าจะทำความเข้าใจและนำมาเป็นแนวทางปฏิบัติได้ชัดเจนกว่าคำวินิจฉัยฉบับนี้ ทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความสับสนและไม่อาจยึดถือหลักเกณฑ์เพื่อปฏิบัติได้ มิเช่นนั้นแล้วเพื่อความปลอดภัยที่จะไม่ถูกศาลเพิกถอนคำสั่งย้าย ฝ่ายปกครองอาจจะอ้างหลักกฎหมายทั้งสองหลักในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการโดยอ้างหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน (พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริหารราชการเกี่ยวกับการจัดทำบริการ

สาธารณะหรือการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และตอบสนองความต้องการของประชาชน ก็มี ปัญหาในการอ้างหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน ส่วนการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยอ้าง หลักกฎหมายบริหารงานบุคคลของข้าราชการหรือองค์กรนั้น ๆ กำหนดไว้โดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 เป็นต้น ก็มีปัญหาในการอ้างหลักกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่ง เป็นปัญหาจากการที่ไม่มีกฎหมาย บัญญัติไว้อย่างชัดเจน และในระบบกฎหมายไทยก็มิได้ให้คำจำกัดความ “อำนาจดุลพินิจ” ยังไม่มีการบัญญัติความหมายหรือคำจำกัดความไว้ในตัวบทกฎหมายฉบับต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน การที่ไม่ มีการกำหนดความหมายในเชิงกฎหมายไว้ในบทนิยามของตัวบทกฎหมายเป็นอีกมาตราแยกไว้ ต่างหาก จึงต้องยึดถือความหมายของคำดังกล่าว ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ที่ให้ความหมายไว้ว่า “ดุลพินิจ” หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร ซึ่งก็มิได้ให้ความ กระจ่างในการตีความของอำนาจดังกล่าวที่ดูเหมือนว่าจะไม่มีขอบเขตจำกัดการใช้อำนาจอยู่เลย ใน ปัจจุบันเราจึงยอมรับการให้ความหมายของคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” จากความเห็นทางกฎหมาย และแนวคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก²⁰⁴ ทำให้ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจออกคำสั่งย้ายและ ข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งย้ายก็เกิดความสับสน และยังขาดความเข้าใจในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

ส่วนกรณีการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยอ้างหลักกฎหมาย บริหารงานบุคคลและหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินก็เช่นเดียวกัน ผู้วิจัยได้พยายามค้นคว้า หลักกฎหมายเกี่ยวกับการย้ายข้าราชการของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันในการออกคำสั่งย้ายและ ได้สอบถามผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ที่มีประสบการณ์ด้านกฎหมายบริหารงานบุคคลของประเทศดังกล่าว แล้ว พอสรุปได้ว่าการย้ายข้าราชการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นไปตามหลัก กฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 (Bundesbeamten-gesetz vom 14. Juli 1953)²⁰⁵ ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับข้าราชการหลาย ประเภท เช่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการส่วนกลาง รัฐ บัญญัติลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการส่วนท้องถิ่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ.1986 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการแพทย์และพยาบาล กฎีกาลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 1984 ว่าด้วยระเบียบอาจารย์สถาบันอุดมศึกษา เป็นต้น²⁰⁶ ซึ่งการย้ายข้าราชการของประเทศ ดังกล่าวเป็นไปตามหลักกฎหมายของข้าราชการประเภทนั้น ๆ

²⁰⁴ ธีรัญญา สระทองอุ่น, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 166, หน้า 19

²⁰⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 45, หน้า 53

²⁰⁶ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 36, หน้า 72

ในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่า โดยสรุปแล้วกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์
 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและรัฐบัญญัติเกี่ยวกับข้าราชการประเภทต่าง ๆ ของสาธารณรัฐ
 ฝรั่งเศส ก็คือหลักกฎหมายการบริหารงานบุคคลขององค์กรประเภทนั้น ๆ เมื่อเปรียบเทียบกับหลัก
 กฎหมายการบริหารงานบุคคลของประเทศไทย เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน
 พระราชบัญญัติสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พระราชบัญญัติครูและบุคลากรทางการศึกษา
 พระราชบัญญัติพนักงานส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล
 ขององค์กรแต่ละประเภทตามที่กฎหมายบัญญัติ มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลขององค์กร
 (รวมทั้งการย้าย) แต่กฎหมายของประเทศไทยเห็นได้ว่านอกจากจะบัญญัติกฎหมายบริหารงาน
 บุคคลขึ้นมาโดยเฉพาะแล้ว ยังได้บัญญัติเรื่องการบริหารงานบุคคลไว้ในหลักกฎหมายบริหาร
 ราชการแผ่นดินอีกด้วย เช่น นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่บังคับบัญชา
 ข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรมและส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น
 ที่มีฐานะเป็นกรม สั่งให้ข้าราชการมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นต้น²⁰⁷ หากพิจารณา
 เจตนารมณ์กฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน²⁰⁸ ซึ่งบัญญัติว่าการบริหารราชการตาม พระราชบัญญัติ
 ฯ มีจุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน การกระจายภารกิจและทรัพยากร
 ให้แก่ท้องถิ่น การตอบสนองความต้องการของประชาชน เป็นหลัก แม้ว่าจะได้บัญญัติเกี่ยวกับการ
 บังคับบัญชาและการมอบหมายภารกิจของรัฐตามลำดับชั้นเพื่อให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ
 ปฏิบัติเพื่อการบริการประชาชนก็ตาม การนำหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินมาใช้กับการ
 บริหารงานบุคคล ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่บัญญัติความสัมพันธ์ภายในองค์กรหรือหน่วยงานกับ
 ข้าราชการโดยเฉพาะ มิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์โดยตรงกับประชาชน ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายทั้ง
 สองฉบับมีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน แต่ปรากฏว่าฝ่ายปกครองของไทยได้นำมาใช้ปะปนกัน โดย
 ไม่อาจแยกหลักการหรือตรรกะที่เป็นรูปธรรมได้อย่างชัดเจน เมื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายของ
 ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันดังกล่าว ทำให้เกิดความสับสน ไม่สามารถอธิบายเจตนารมณ์ของ
 กฎหมายที่แท้จริงและพัฒนาการในทางวิชาการทางกฎหมายมหาชนของประเทศไทย

²⁰⁷ มาตรา 11 พระราชบัญญัติระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534

²⁰⁸ มาตรา 7/1 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม

บทที่ 6

สรุปการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวในบทที่ผ่านมาแล้ว เห็นได้ว่ากฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง และเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจทางปกครอง การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ย่อมต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งการใช้อำนาจดุลพินิจ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจก็ตาม แต่ก็มีไว้จะใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระตามอำเภอใจ แต่ต้องเป็นการตัดสินใจภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และคำสั่งนั้นต้องสามารถดำเนินการให้บรรลุตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยที่การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การที่จะทำการดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายจึงจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจได้ และต้องมีระบบการควบคุมตรวจสอบเพื่อเป็นหลักประกันการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จากการที่ภารกิจของฝ่ายปกครองที่มีข้าราชการเป็นเครื่องมือของรัฐในการกระทำการแทนรัฐหรือฝ่ายปกครอง โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและประโยชน์ของราชการเป็นสิ่งสำคัญ ข้าราชการซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐสามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ย่อมส่งผลดีต่อความเจริญก้าวหน้าของข้าราชการเช่นเดียวกัน และการที่ข้าราชการจะสามารถปฏิบัติราชการให้เกิดประสิทธิภาพที่ดีได้นั้น ข้าราชการก็ต้องมีหลักประกันในฐานะและความมั่นคงเพียงพอที่จะทำให้รู้สึกมั่นคงปลอดภัยในนิตินฐานะของตนเอง การที่ข้าราชการถูกคำสั่งย้ายย่อมก่อให้เกิดผลกระทบที่ตามมาหลายประการ ซึ่งกระทบต่อขวัญและกำลังใจของข้าราชการที่ถูกย้าย ดังนั้นการออกคำสั่งย้ายข้าราชการฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ชัดเจนและเคร่งครัดว่ามีเหตุผลความจำเป็นจะต้องออกคำสั่งย้ายข้าราชการผู้นั้นเพียงใด เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการอย่างไร เป็นไปโดยสุจริต โปร่งใส ปราศจากอคติ และเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จากการศึกษาวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลปกครองสรุปได้ว่า ปัญหาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการ

ออกคำสั่งย้ายข้าราชการ กล่าวคือ (1) ฝ่ายปกครองออกคำสั่งย้ายข้าราชการไม่เป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด (2) การพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดบกพร่อง หรือไม่มีอยู่จริง ซึ่งใช้เป็นเหตุผลในการใช้ดุลพินิจ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทางปกครอง (3) ฝ่ายปกครองยังขาดความเข้าใจและสับสนเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจว่า การใช้ดุลพินิจ ออกคำสั่งย้ายข้าราชการจะต้องมีมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างไร เป็นไปตามหลักความ ได้สัดส่วนและภายในขอบเขตตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ (4) ปัญหา ความไม่ชัดเจนในการตีความว่าสถานะของคำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นเพียง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง และ (5) ปัญหาการไม่แสดงเหตุผลและให้โอกาสผู้ถูกย้ายได้ทราบ ข้อมูลข่าวสารก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งย้ายข้าราชการ หรือการไม่รับฟังข้อเท็จจริงหรือเหตุผล จากข้าราชการเพื่อให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างโปร่งใสและเป็นธรรม แม้ว่าความ อิศระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจอย่างไรก็ได้ โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือก ตัดสินใจได้หลายทางเพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายให้ สอดคล้องกับข้อเท็จจริงอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและการให้ เหตุผลประกอบการพิจารณาตัดสินใจอย่างเหมาะสม เพื่อเป็นกรอบหรือหลักทั่วไปในการใช้ดุลพินิจ ของฝ่ายปกครอง ดังปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้ ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย²⁰⁹ และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณา และข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

การออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เป็นกระบวนการหนึ่งของการบริหารงานบุคคลภาครัฐ ซึ่งให้อำนาจดุลพินิจผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการได้ตามหลักการบริหารงานบุคคล แต่ก็ต้องยึดหลักประกันความมั่นคงและความเป็นธรรมตามระบบคุณธรรมในการบริหารงานบุคคล ของข้าราชการด้วยเช่นกัน การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการจากแนวคำ วินิจฉัยของศาลปกครองพบว่า หากศาลเห็นว่าคำสั่งย้ายข้าราชการรายใดเป็นเพียงมาตรการภายในของ ฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจ แต่คำสั่งย้ายข้าราชการรายใดที่เกิด ผลกระทบต่อสิทธิและสถานภาพของข้าราชการ ศาลจะตรวจสอบทั้งรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ

²⁰⁹ มาตรา 37 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

รวมทั้งการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์แต่เพียงว่าคำสั่งย้ายข้าราชการ นั้น ๆ เป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองหรือมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยใช้อำนาจ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

จากสภาพปัญหาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าปัญหาในการใช้อำนาจดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ส่วนหนึ่งเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองมิได้พิจารณามูลเหตุ ทางข้อเท็จจริง และการอ้างหลักกฎหมายเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้และความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ทำให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่เข้าใจและเกิดความสับสน ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานและเกิดผลกระทบต่อข้าราชการผู้ถูก คำสั่งย้าย การแก้ไขปัญหาดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครองในปัจจุบันมีเพียงการศึกษาวิเคราะห์ แนวคำพิพากษาศาลปกครองเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการ หลายกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่ง เพิกถอนคำสั่งย้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งกรณีไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ การ พิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

จากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษาวิเคราะห์เรื่องอำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ของฝ่ายปกครองและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในความเห็นของผู้เขียน หากพิจารณาในแง่สถานะของคำสั่งย้ายข้าราชการว่าเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองหรือมี สถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เมื่อพิจารณาข้อดีข้อเสียเปรียบเทียบแล้ว ในกรณีที่ถือว่าคำสั่งย้าย ข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยมีได้พิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและ หลักประกันสถานภาพของข้าราชการหรือไม่ ก็อาจเกิดผลเสียต่อการบริหารราชการของฝ่าย ปกครอง กล่าวคือ การออกคำสั่งย้ายข้าราชการทุกคำสั่ง ฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่ง ย้ายข้าราชการ ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ก็จะทำให้ เกิดความล่าช้า เพิ่มภาระให้แก่ฝ่ายปกครอง และยังอาจเกิดผลกระทบต่อการบริหารงานบุคคลและการ บริหารราชการอีกด้วย แต่หากถือว่าคำสั่งย้ายข้าราชการมีสถานะเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่าย ปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองก็ไม่ต้องให้เหตุผลหรือให้ผู้ถูกย้ายได้ชี้แจงโต้แย้งพยานหลักฐานก่อนออก คำสั่ง ส่วนข้อดีก็คือ หากกำหนดให้คำสั่งย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองก็ต้อง ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยต้องให้โอกาสชี้แจงโต้แย้งแสดง พยานหลักฐานและต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่ง ซึ่งหากมองในมุมของหลักประกันสิทธิและ สถานภาพของข้าราชการแล้ว จะเป็นหลักประกันความเป็นธรรมต่อตัวข้าราชการเป็นรูปธรรมและ

สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองว่าเป็นไปด้วยความโปร่งใสและเป็นธรรมในการพิจารณาออกคำสั่งย้ายข้าราชการผู้นั้นหรือไม่ อย่างไรก็ตามในทัศนะของผู้เขียนแล้ว มุมมองทั้งสองด้านนั้น เมื่อพิจารณาถึงภารกิจหน้าที่ในการบริหารราชการและขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองและหลักประกันสิทธิและสถานภาพของข้าราชการด้วยแล้ว ควรต้องพิจารณาทั้งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองและหลักประกันความเป็นธรรมของข้าราชการประกอบกันโดยพิจารณากำหนดขอบเขตและดุลยภาพที่เหมาะสม ประเทศไทยควรนำหลักเกณฑ์การออกคำสั่งย้ายข้าราชการของประเทศฝรั่งเศส มาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ดังนี้

(1) การย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน แต่กระทบสิทธิประโยชน์ หลักประกันสถานภาพของข้าราชการหรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการผู้รับคำสั่ง เช่น การย้ายข้าราชการจากส่วนกลางไปส่วนภูมิภาค ทำให้ข้าราชการต้องย้ายที่พักอาศัยและครอบครัว เป็นต้น แม้ฝ่ายปกครองจะอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ราชการ แต่ก็เห็นอย่างชัดเจนในเบื้องต้นว่า คำสั่งย้ายดังกล่าวนั้น จะเกิดผลกระทบต่อสิทธิและสถานภาพของข้าราชการผู้นั้นอย่างชัดเจน ซึ่งคำสั่งย้ายข้าราชการในลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งย้ายที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองและต้องให้ผู้ถูกย้ายได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานและให้เหตุผลในการออกคำสั่งย้าย

(2) การย้ายที่มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการ เช่น การย้ายข้าราชการโดยกำหนดตำแหน่งงานใหม่คือยกกว่าตำแหน่งเดิม หรือข้าราชการถูกร้องเรียนกล่าวหา เป็นต้น

(3) การย้ายโดยมีเหตุพิจารณาหรือพฤติกรรมของข้าราชการเป็นสำคัญ เช่น ข้าราชการที่มีปัญหาขัดแย้งกับผู้ร่วมงานหรือเจ้าหน้าที่คนอื่นๆ ในฝ่ายงานเดียวกันจนไม่อาจทำงานร่วมกันได้ เป็นต้น

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสในกรณีที่ฝ่ายออกคำสั่งย้ายข้าราชการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหลักประกันสถานภาพของข้าราชการหรือสิทธิประโยชน์ทางการเงินที่ข้าราชการผู้นั้นมีอยู่เดิมตามกฎหมายต้องถือว่าคำสั่งนั้นมีใช้ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” อีกต่อไป แต่เป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะราย”²¹⁰

²¹⁰ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณย์, อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 36, หน้า 64

ส่วนหลักเกณฑ์การออกคำสั่งย้ายข้าราชการของประเทศเยอรมัน ที่ประเทศไทยควรนำมาปรับใช้ก็คือ คำสั่งย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” และ “Abordnung” โดยกำหนดให้การออกคำสั่งย้ายข้าราชการ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองอ้างเหตุผลเรื่อง “ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่” ซึ่งเป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่มีความแน่นอนชัดเจนในตัวเอง ทำให้เกิดปัญหาการพิจารณาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายดังกล่าวตามหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความสมเหตุสมผล จึงกำหนดให้มีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เช่น กรณีการย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว เป็นต้น ซึ่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ Versetzung และ Abordnung โดยอ้างเหตุผลเรื่องการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานและพิจารณาจาก “หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความสมเหตุสมผล”²¹¹ จึงกำหนดให้คำสั่งย้ายข้าราชการดังกล่าวมีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ส่วนคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ Umsetzung ที่มีลักษณะเป็นเพียง “มาตรการภายในของผู้บังคับบัญชา” กฎหมายก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกัน ซึ่งในทางปฏิบัติศาลปกครองจะควบคุมตรวจสอบคำสั่งย้ายข้าราชการแบบ Umsetzung โดยพิจารณาว่าผู้บังคับบัญชาได้ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายโดยบกพร่องหรือผิดพลาดหรือไม่หรือผลของการออกคำสั่งย้ายทำให้ข้าราชการสูญเสียโอกาสหรือลดน้อยลงไปหรือไม่

ในทัศนะของผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศไทยควรนำหลักเกณฑ์การย้ายข้าราชการของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันดังกล่าว เพื่อนำมาปรับใช้ในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เพื่อประสานประโยชน์ของแต่ละฝ่ายที่อาจขัดแย้งกัน ด้วยการแสวงหาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิของข้าราชการและการรักษาไว้ซึ่งประสิทธิภาพในการบริหารจัดการองค์กรของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน ก็เชื่อว่าจะทำให้เกิดการพัฒนาในทางวิชาการกฎหมายมหาชนยิ่งขึ้น

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ซึ่งเป็นหน่วยงานกลาง และรับผิดชอบเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ ควรเสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่ง

²¹¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 45, หน้า 57

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เนื่องจากมาตราดังกล่าวได้บัญญัติเพียงว่า “การย้าย การโอน หรือการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณีให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.” (มาตรา 57 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เดิม) และมาตรา 70 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็น ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุ ตามมาตรา 57 มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญพ้นจากตำแหน่งหน้าที่และขาดจากอัตราเงินเดือนในตำแหน่งเดิม โดยให้ได้รับเงินเดือนในอัตรากำลังทดแทนโดยมีระยะเวลาตามที่ ก.พ. กำหนดไว้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎ ก.พ.

เมื่อพิจารณา กฎ ก.พ. เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการย้ายข้าราชการ²¹² ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกันในกรณีปกติไว้ดังนี้

1. ควรให้ผู้มีอำนาจสั่งย้ายพิจารณาดำเนินการ โดยยึดเหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการและการพัฒนาข้าราชการเป็นหลัก
 2. การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใด ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาถึงคุณสมบัติ ลักษณะความจำเป็นอื่น ๆ
 3. พิจารณาความรู้ ประสบการณ์ ความสามารถ ความรับผิดชอบ ความประพฤติและคุณลักษณะอื่นๆ ของข้าราชการที่จะย้ายให้เหมาะสมกับความจำเป็นในการปฏิบัติงานในตำแหน่งที่จะย้ายไปแต่งตั้ง ทั้งนี้จะให้มีคณะกรรมการช่วยพิจารณาเสนอความเห็นหรือโดยวิธีอื่นตามที่เห็นสมควร
-ฯลฯ

นอกจากนี้ ตามกฎ ก.พ.²¹³ ได้กำหนดอำนาจของผู้บังคับบัญชาสั่งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญให้ประจำกระทรวง ทบวง กรม กอง หรือประจำจังหวัดแล้วแต่กรณีเป็นการชั่วคราว โดยให้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่เดิมได้ในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็น เช่น กรณีถูกกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงหรือถูกฟ้องคดีอาญา ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำ

²¹² หนังสือสำนักงาน ก.พ.ที่ นร 0708/ว 9 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2535 เรื่องการย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญ

²¹³ กฎ ก.พ.ฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสั่งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ประจำกระทรวง ประจำทบวง ประจำกรม ประจำกองหรือประจำจังหวัด

ผิดอาญา ละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรและเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามหนังสือเวียนและกฎ ก.พ.ฉบับดังกล่าว เห็นได้ว่ามิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ขั้นตอน หรือวิธีการ การพิจารณามูลเหตุทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รวมทั้งแนวทางการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายปกครอง ก่อนออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เพื่อให้เป็นไปตามขอบเขตหรือเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย รวมทั้งการอ้างหลักกฎหมายที่ให้อำนาจหรือเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการออกคำสั่งย้าย ตามหลักกฎหมายบริหารบริหารงานบุคคลหรือหลักกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อให้เกิดความชัดเจนและแก้ไขปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น เนื่องจากหนังสือเวียน ก.พ.และกฎ ก.พ. ดังกล่าวได้บัญญัติก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงทำให้กฎ ก.พ.และหนังสือเวียนฉบับดังกล่าว มีเนื้อหาสาระไม่เหมาะสมและไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างทันเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงในปัจจุบัน

นับตั้งแต่ได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ปรากฏว่า ก.พ.ยังมีได้ตรากฎ ก.พ. ตามความในมาตรา 63 เพื่อประกาศใช้แต่อย่างใด ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าสำนักงาน ก.พ. ควรเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบและอนุมัติ กฎ ก.พ. (ฉบับที่...พ.ศ.) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ว่าด้วยการย้ายข้าราชการ เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน วิธีการ การพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ เพื่อให้เป็นไปด้วยความโปร่งใสและเป็นการตรวจสอบภายในองค์กรของฝ่ายปกครอง นอกจากจะเป็นหลักประกันความเป็นธรรมต่อข้าราชการแล้วยังเป็นไปตามระบบคุณธรรม (Merit System) อย่างแท้จริง

2.2 ควรกำหนดความหมายหรือคำนิยาม “การย้าย” โดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 แยกเป็นมาตราเฉพาะ เพื่อให้เกิดความชัดเจน เนื่องจากในปัจจุบันฝ่ายปกครองมีการออกคำสั่งให้ข้าราชการไปปฏิบัติหน้าที่ราชการในลักษณะต่างๆ หลายกรณี อาทิ “คำสั่งให้ข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ราชการ” “คำสั่งให้ข้าราชการช่วยปฏิบัติราชการ” “คำสั่งให้

ข้าราชการปฏิบัติราชการในระหว่างการสอบสวนทางวินัย” เมื่อพิจารณาเจตนาที่แท้จริงของฝ่ายปกครองแล้วก็หมายถึงการออกคำสั่งย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งอื่นหรือในสถานที่อื่นนั่นเอง แต่เมื่อพิจารณาความหมายที่แท้จริงของคำว่า “การย้าย” ตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 เห็นได้ว่า “การย้าย” หมายถึง การแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งหนึ่งไปดำรงตำแหน่งอื่นในตำแหน่งประเภทเดียวกันและในระดับที่ไม่สูงกว่าเดิม หรือการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งต่างประเภทในกรมเดียวกัน เมื่อพิจารณาความหมายและเจตนารมณ์ตามกฎหมายดังกล่าว การย้ายข้าราชการจะต้องย้ายไปดำรงตำแหน่งว่าง หรือโอนอัตราตำแหน่ง แต่การที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งในกรณีต่างๆ เช่น คำสั่งให้ข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือคำสั่งให้ข้าราชการช่วยปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น มิได้เป็นการสั่งให้ข้าราชการไปดำรงตำแหน่งใหม่หรือตัดโอนอัตราตำแหน่งไปด้วย จึงมิใช่การย้ายตามความหมายที่กฎหมายกำหนด แต่ฝ่ายปกครองไทยมีความเข้าใจหรือใช้คำนี้ในความหมายว่าเป็นการย้าย ทำให้การอ้างกฎหมายในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ มีทั้งกรณีที่อ้างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนสามัญ หรือพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับมีเจตนารมณ์แตกต่างกันอีกด้วย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ควรบัญญัติความหมายของคำว่า “การย้ายข้าราชการ” โดยกำหนดเป็นมาตราต่างหากโดยเฉพาะ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

2.3 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ควรเสนอให้ออก กฎกระทรวง ฉบับที่ ... (พ.ศ.) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยกำหนดให้คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหลักประกันสถานภาพของข้าราชการหรือสิทธิประโยชน์ทางการเงิน มีลักษณะเทียบเท่าหรือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยนำหลักกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน มาปรับใช้กับการย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองไทย โดยกำหนดให้คำสั่งย้ายข้าราชการ ในลักษณะเช่นใด ควรกำหนดให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ดังนี้

2.3.1 คำสั่งย้ายที่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง

- 1) การย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน แต่กระทบสิทธิประโยชน์หลักประกันสถานภาพของข้าราชการหรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการผู้รับคำสั่ง
- 2) การย้ายที่มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการย้ายข้าราชการตำแหน่งใหม่ที่ด้อยหรือต่ำกว่าตำแหน่งเดิม หรือกรณีถูกร้องเรียนกล่าวหา
- 3) การย้ายโดยมีเหตุพิจารณาหรือพฤติกรรมของข้าราชการเป็นสำคัญหรือกรณีมีปัญหาขัดแย้งกับผู้ร่วมงานหรือเจ้าหน้าที่คนอื่น ๆ และไม่อาจทำงานร่วมกันได้

2.3.2 คำสั่งย้ายที่มีลักษณะเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

- 1) การย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ
- 2) การย้ายที่มีผลเพียงเป็นการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกัน

2.4 ควรกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องให้โอกาสผู้ถูกคำสั่งย้ายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน และให้โอกาสผู้ถูกย้ายได้ทราบข้อมูลข่าวสารก่อนออกคำสั่ง โดยนำหลักกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาปรับใช้กับการออกคำสั่งย้ายข้าราชการของประเทศไทยในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งย้ายข้าราชการโดยอ้างว่าเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน แต่คำสั่งย้ายนั้นจะเกิดผลกระทบต่อตัวข้าราชการ หรือกรณีการออกคำสั่งย้ายที่มีลักษณะเป็นลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการผู้นั้น (déplacement d' office) หรือการย้ายที่มีเหตุจากตัวข้าราชการนั้นๆ เช่น การย้ายข้าราชการที่มีปัญหาขัดแย้งกับเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ในฝ่ายเดียวกันจนไม่สามารถทำงานร่วมกันได้ หากฝ่ายปกครองจำเป็นต้องออกคำสั่งย้ายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารงานขององค์กรหรือประโยชน์ของหน่วยงาน เพื่อให้ผู้ได้รับคำสั่งย้ายได้รับทราบเหตุผล ส่วนกรณีการย้ายข้าราชการที่เกิดจากความต้องการหรือความจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ให้ถือว่าคำสั่งย้ายดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

หากประเทศไทยได้พัฒนาหลักกฎหมาย โดยกำหนดหลักเกณฑ์การย้ายข้าราชการว่า ก่อนออกคำสั่งย้ายข้าราชการ จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าคำสั่งย้ายจะเกิดผลกระทบต่อสิทธิและสถานภาพของข้าราชการอย่างชัดเจน ก็ควรให้โอกาสผู้รับคำสั่งได้ชี้แจงโต้แย้งหรือแสดงเหตุผล และผู้ถูกย้ายได้รับทราบเหตุผล นอกจากจะเป็นการแสดงความโปร่งใสของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งย้าย

ข้าราชการ ในลักษณะเดียวกับรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ว่าด้วยการให้เหตุผลประกอบการทำคำสั่งทางปกครอง ที่กำหนดไว้ว่าคำสั่งทางปกครองกรณีใดที่ต้อง จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่ง โดยกำหนดให้คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีลักษณะไม่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง เป็นคำสั่งทางปกครอง นอกจากจะเป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว ยังเป็น หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการตามระบบคุณธรรม ((Merit system) ให้เกิดขึ้นเป็น รูปธรรมอย่างแท้จริง

2.5 ควรแก้ไขเพิ่มเติม ความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดคำนิยามหรือความหมายคำว่า “ดุลพินิจ” เนื่องจากเมื่อพิจารณา ความหมายตามพจนานุกรมแล้ว ไม่อาจให้ความกระจ่างหรือความเข้าใจที่เป็นรูปธรรมได้ ทั้งนี้อาจ นำเหตุผลจากคำพิพากษาศาลปกครองที่วินิจฉัยการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ เช่น การแต่งตั้งโยกย้าย เป็นต้น เพื่อเป็นกรอบ ความคิดที่เป็นรูปธรรม นอกจากจะเป็นการสร้างหลักกฎหมายจากการพัฒนาในทางวิชาการกฎหมาย มหาชนแล้ว แนวคำพิพากษาศาลปกครองดังกล่าวได้รับการยอมรับและบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ตามหลักกฎหมายมหาชน จากเดิมที่ไม่เคยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายปกครองฉบับใดของประเทศไทย มาก่อน

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์ (2529) “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครองของประเทศ
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” วารสารบทบัญญัติ 42, 3 (กันยายน): 46-83
- _____. (2530) “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ
เยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์ 17, 3 (กันยายน): 35-48
- _____. (2537) *หลักกฎหมายปกครองเยอรมันพื้นฐานทั่วไป* กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- _____. (2544) *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- _____. (2551) *หลักกฎหมายปกครองเบื้องต้น* พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
กองเทพ เคลือบพณิชกุล (2546) *การปฏิรูประบบราชการเพื่อก้าวเข้าสู่ราชการยุคใหม่*
กรุงเทพมหานคร บี.เจ.เพลทโปรเซสเซอร์
- “กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง
ปกครอง พ.ศ.2539” (2540, 22 พฤษภาคม) ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา
เล่มที่ 114 ตอนที่ 17 ก หน้า 29-30
- “กฎ ก.พ. ฉบับที่ 15 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน
พ.ศ.2535 ว่าด้วยการสั่งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญให้ประจำกระทรวง ทบวง
ประจำกองหรือประจำจังหวัด” (2540, 21 เมษายน) ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา
เล่มที่ 114 ตอนที่ 13 ก หน้า 1-5
- คู่มือแนวทางปฏิบัติ การจัดโครงสร้างหน่วยงานของรัฐ (2553) กลุ่มพัฒนาระบบบริหาร
สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข นนทบุรี ที.เค.เอส.พับลิชชิง
- คู่มือโครงการส่งเสริมและประสานงานการโอน ย้าย เจ้าหน้าที่ของรัฐไปปฏิบัติงานใกล้บ้าน
(ม.ป.ป.) สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา (2529) “วิสาหกิจมหาชน(รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิง
ประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- จิรพงษ์ เกียรติธำรงกุล (2543) “การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง” วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

- จิราพร บุรินทรวานิช (2548) “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง :ศึกษากรณีขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ (2531) “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส” เอกสารประกอบการฝึกอบรมของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องสัญญาทางปกครอง (อัคราเนนา)
- _____. (2544) *กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน* กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- _____. (2545) *คำอธิบายกฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 6* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ (2540) *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* กรุงเทพมหานคร จีระราชการพิมพ์
- _____. (2549) *องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ พิมพ์ครั้งที่ 2* กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- _____. (2550) *คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
- จิตติพร ลิ่มแหลมทอง (2540) “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน” ใน *รวมบทความเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ*
- _____. *วิชากฎหมายปกครอง LA 732 ชุดที่ 1-9* ค้นเมื่อวันที่ 20 สิงหาคม 2553 จาก www/http://niti6r2.com 1-21
- ณรงค์เดช สรุโฆษิต (2553) *การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทยอังกฤษ* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- ธีระ สุธีรวงศ์ (2541) “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ธีรัญชา สระทองอุ่น (2550) “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- นันทวัฒน์ บรรมานันท์ (2552) *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- นิรัญ อินทร “คุณธรรมในการโยกย้ายข้าราชการ” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง ค้นเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2553 จาก <http://www.Admincourt.com>
- บุญสิน ชุ่นสิน (2513) “การย้ายและโอนข้าราชการ” *วารสารอัยการ* 15, 5 (พฤษภาคม): 27

- บรรเจิด สิงคะเนติ (2543) *หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*
กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- _____. (2548) *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 2*
กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ (2533) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย”
วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- บทบรรณาธิการ (2525) “เพราะเหตุใดจึงมีวารสารกฎหมายปกครอง” *วารสารกฎหมายปกครอง*
วารสารกฎหมายปกครอง 1, 1
- ประยูร กาญจนกุล (2518) “คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ” กรุงเทพมหานคร
ชั้นปริญญาโท แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
(อัครสำเนา)
- _____. (2523) *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* กรุงเทพมหานคร คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ (2546) “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”
วารสารนิติศาสตร์ 32, 2 (มิถุนายน): 266
- ประวิณ ณ นคร (2547) “บันทึกประวัติข้าราชการพลเรือนและ ก.พ. กรุงเทพมหานคร
ประชาชน
- ปราณี สุขศรี (2552) “การคุ้มครองสิทธิของข้าราชการโดยศาลปกครอง: ศึกษาการอ้างเหตุผล”
ในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ” สารนิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต
คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ (2553) “การให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง”. รวมบทความทาง
วิชาการ เล่ม 1, กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครอง
เปรียบเทียบ สำนักงานศาลปกครอง ค้นเมื่อพฤศจิกายน 2553 จาก <http://www.admincout.go.th>
- พูนศักดิ์ ไวสำรวจ (2528) “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”
วารสารกฎหมายปกครอง 4, 2 (สิงหาคม): 273-308
- _____. (2531) “เหตุเพิกถอนจากภายในนิติกรรมทางปกครองใน
กฎหมายปกครองฝรั่งเศส” *วารสารกฎหมายปกครอง* 7, 1 (ธันวาคม): 754-768
- สุดดี สัตยามานะ และสุพัตรา เพชรธมณี (2523) *ระบบการบริหารและระเบียบวิธีปฏิบัติราชการ*
กรุงเทพมหานคร โอเดียนสโตร์

“พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539” (2539, 14 พฤศจิกายน)

ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 113 ตอนที่ 60 ก หน้า 1-24

“พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542” (2542, 10 ตุลาคม)

ราชกิจจานุเบกษาฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 116 ตอนที่ 94 ก หน้า 1-28

“พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551” (2551, 25 มกราคม) ราชกิจจานุเบกษา

ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 125 ตอนที่ 22 ก หน้า 1-50

“พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545”

(2545, 2 ตุลาคม) ราชกิจจานุเบกษาฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 119 ตอนที่ 99 ก หน้า 1-14

กัญญา สาทร (ม.ป.ป.) *การบริหารงานบุคคล* กรุงเทพมหานคร วัฒนาพานิช

โกคิน พลกุล (2529) “คดีปกครองในฝรั่งเศส” *วารสารอัยการ* 9, 97 (มกราคม): 45

มานิตย์ วงศ์เสรี (2546) “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายเยอรมัน”

วารสารกฎหมายปกครอง 20, 3 (กุมภาพันธ์): 53-58

ขงยุทธ อนุกุล (2533) “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการ

ภายในของฝ่ายปกครอง” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์*

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รังสิกร อุปพงษ์ (2541) “กระบวนการรวบรวมข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาในการทำคำสั่งทาง

ปกครอง” ใน *รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*

พ.ศ.2539 กรุงเทพมหานคร วิทยุชน 69-89

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2545) รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทาง

ปกครอง ครั้งที่ 15/2545 วันศุกร์ที่ 9 สิงหาคม 2545 ณ ห้องประชุม เรอเน่ กียอง ชั้น

ที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง กรรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหา

เกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)

_____. รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 3/2545 วันศุกร์

ที่ 22 กุมภาพันธ์ 2545 ณ ห้องประชุม เรอเน่ กียอง ชั้นที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการ

กฤษฎีกา เรื่อง กรรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้ง

ข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)

_____. รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 15/2545 วัน

ศุกร์ที่ 9 สิงหาคม ณ ห้องประชุมเรอเน่ กียอง ชั้นที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการ

กฤษฎีกา เรื่องกรรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้ง

ข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)

- _____. รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 8/2545 วันศุกร์
ที่ 26 เมษายน 2545 ณ ห้องประชุมเรอเน่ กียอง ชั้น 1 สำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา เรื่องกรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้ง
ข้าราชการครู (เรื่องเสร็จที่ 514/2545)
- สำนักงานศาลปกครอง (2552) “บทเรียนจากคดีปกครอง” เล่ม 1
- ฤทัย หงส์สิริ (2547) “นิติกรรมทางปกครอง” คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง
สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 240-430
- ฤทัยรัตน์ ปทุมมานนท์ (2552) “การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงและทางกฎหมายในการออก
คำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2549) *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*
พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- _____. (2550) “ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง
ฝรั่งเศส” เอกสารประกอบการบรรยายวิชา น.566 การควบคุมฝ่ายปกครอง
ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิต
ทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ (2535) “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”
วารสารบทบัญญัติ 47, 1 (มีนาคม): 45-65
- _____. (2540) “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน” ใน
รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ
กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- _____. (2540) “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”
ใน รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์
กรุงเทพมหานคร พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์ 195-208
- _____. (2541) “รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง
พ.ศ.2539” กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- _____. (2547) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”
คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา 145-239
- _____. (2549) “หลักการควบคุมฝ่ายปกครอง” เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตร

- ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (อัคราณา)
 _____.(ม.ป.ป.) “การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” เอกสารการ
 บรรยายหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง รุ่นที่ 10 (อัคราณา)
 วิษณุ วรรณุญ และคณะ (2547) รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง
 สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 วิชัย เสวะมาตย์ (2511) “การสืบเปลี่ยนและตัดโอนอัตรากำลัง” *วารสารข้าราชการ*
 13, 17 (กรกฎาคม): 48-49
- ศุทธิพร พิศาลบุตร (2548) “คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ: ศึกษาเฉพาะกรณี
 คำสั่งโยกย้ายข้าราชการ” *วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์*
 มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (2546) “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายฝรั่งเศส”
วารสารกฎหมายปกครอง 20, 3 (กุมภาพันธ์): 64-76
- สมาน รังสิโยกฤษณ์ (2528) *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล* พิมพ์ครั้งที่ 11
 กรุงเทพมหานคร สำนักงาน ก.พ.
 _____.(2546) *การบริหารราชการไทย: อดีต ปัจจุบัน และอนาคต* พิมพ์ครั้งที่ 2
 กรุงเทพมหานคร บรรณกิจ
- สมยศ เชื้อไทย (2530) “การกระทำทางปกครอง” *วารสารนิติศาสตร์* 17, 3 (กันยายน): 49-71
- สมคิด เลิศไพฑูรย์ (2531) “ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง” ใน
 รวบรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภมทรัพย์ กรุงเทพมหานคร
 พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์
 _____.(ม.ป.ป.) *องค์การมหาชน: แนวคิด รูปแบบ และวิธีการบริหารงาน*
- สมยศ นาวิการ (2544) *การบริหาร management คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี*
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ บรรณกิจ
- สุนทร มณีสวัสดิ์ (ม.ป.ป.) “ศาลปกครอง” ใน รวบรวมบทความการปฏิรูปการเมือง
 สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2546) *รายงานการวิจัยเรื่อง*
คดีปกครองเกี่ยวกับองค์กรบริหารงานบุคคลและวินัยข้าราชการ
 _____.(2548) *รายงานการวิจัยเรื่อง หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*
- หยุด แสงอุทัย (2542) *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 14
 กรุงเทพมหานคร ประกายพริก

- หนังสือสำนักงาน ก.พ.ที่ 0708/ว 9 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2535 เรื่องการย้ายข้าราชการ
พลเรือนสามัญ
- อุทัย หิรัญโต และมนตรี เจนวิทย์การ (2510) *ทฤษฎีและทางปฏิบัติในการบริหารตามหลัก
รัฐประศาสนศาสตร์* กรุงเทพมหานคร วิบูลย์กิจ
- อุทัย หิรัญโต (2531) *หลักการบริหารงานบุคคล* กรุงเทพมหานคร โอ.เอส.พรีนติ้งเฮ้าส์
- อิสระ นิตินันท์ประภาส (2527) *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร
คุณพินอักษรกิจ
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (2534) “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย”
วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- _____. (2553) “อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ” เอกสาร
ประกอบการศึกษาชุดวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง หน่วยที่ 9 หน้า 9-40
นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์
- Jean Kahn, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Colloque du 5 mars 1977,
(Paris: Cujas, 1978) อ้างถึงใน ชีร์ญา สระทองอุ่น (2550) “ขอบเขตในการ
ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- Johm R.P. French and Bertram Raven. “*The Bases of social Power*,” in *drowin Carwright, ed.,
Studies in Social Power* (ANN, Arbor, Mich.: Unibersity of Michigan (1959)
อ้างถึงใน สมยศ นาวิการ (2544) “การบริหาร managemen”
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ บรรณกิจ
- Jean Rivero, *Droit Administratif*, Paris Dalloz, (1980) อ้างถึงใน วรพจน์ วิสริตพิชญ์ (2549)
เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรประกาศนียบัตรทางกฎหมายมหาชน
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Jean de Soto, *Droit administrative, Théorie Générale du service public* Edition Montchréstien,
Paris (1981) อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2541) “บริการสาธารณะในระบบ
กฎหมายปกครองฝรั่งเศส” พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร นิติธรรม
- Hans J, Woltiff, Otto Bachof and Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I* (München: 1994) s. 374
อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ (2547) “รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับ
ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

- Maryonne Hecquard- THERON, De la mesure d' ordre intérieur.AJDA (1981) อ้างถึงใน
 ศุทธิพร พิศาลบุตร (2548) “คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ:
 ศึกษาเฉพาะกรณีคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- Micheal J. Jucirs. *Personnel Management* (Fourth Edition, Tokyo: Carile F. Titte Company)
 อ้างถึงใน อุทัย หิรัญโต (2531) *หลักการบริหารงานบุคคล* กรุงเทพมหานคร
 โอ.เอส.พรี้นติ้งเฮ้าส์
- Michel D. Stassinopoulos, *TraiteÉ des Actes Administratifs* (AtheÈÈnes, 1954) อ้างถึงใน
 ยงยุทธ อนุกุล (2533) “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ
 และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Paul MULLER, *Le principe de la proportionnalié*, Revue de droit suisses, Bale, 1978 อ้างถึงใน
 วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ (2549) เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรประกาศนียบัตร
 บัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Georg NOLTE, *General Principle of German and European Administrative Law – A
 comparison in Historical Persective*, M.L.R. Vol. 57, no. 2, March (1994) อ้างถึงใน
 วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ (2549) เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรประกาศนียบัตร
 บัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Kasem Suwanagul, *Nature and Concepts of Modern public Personnel Administration*,
 (Bangkok: The Press of the Social Science Association of Thailand, 1962)
 L. Michoud อ้างถึงใน วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ (2531) “การควบคุมการใช้อำนาจ
 ทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” ในรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี
 ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ กรุงเทพมหานคร พี.เค.พรี้นติ้งเฮ้าส์,
- Schwarze, JÜgen.: *European Administrative Law*. อ้างถึงใน จีรพงษ์ เกียรติธำรงกุล (2543)
 “การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นายสุรชัย รัตนกรกุล
วัน เดือน ปีเกิด	22 เมษายน 2505
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดเพชรบูรณ์
ประวัติการศึกษา	นบ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ.2533 ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549
สถานที่ทำงาน	กลุ่มเสริมสร้างวินัยและระบบคุณธรรม สำนักบริหารกลาง สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข
ตำแหน่ง	นิติกรชำนาญการ (ด้านวินัย)

แบบฟอร์มการขอเผยแพร่ข้อมูลผ่านเว็บไซต์ของหน่วยงานในราชการบริหารส่วนกลาง
สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข

ตามประกาศสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข

เรื่อง แนวทางการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะผ่านเว็บไซต์ของหน่วยงาน พ.ศ. ๒๕๖๑
สำหรับหน่วยงานในราชการบริหารส่วนกลางสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข

แบบฟอร์มการขอเผยแพร่ข้อมูลผ่านเว็บไซต์ของหน่วยงานในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข

ชื่อหน่วยงาน : ศูนย์ปฏิบัติการต่อต้านการทุจริต กระทรวงสาธารณสุข

วัน/เดือน/ปี : ๕ มีนาคม ๒๕๖๕

หัวข้อ: อำนาจดุลพินิจในการสั่งย้ายข้าราชการ โดย นายสุรชัย รัตนกรกุล

รายละเอียดข้อมูล (โดยสรุปหรือเอกสารแนบ)

อำนาจดุลพินิจในการสั่งย้ายข้าราชการ โดย นายสุรชัย รัตนกรกุล

Link ภายนอก: ไม่มี

หมายเหตุ:

.....
.....

ผู้รับผิดชอบการให้ข้อมูล

สุชาภา วรินทร์เวช

(นางสาวสุชาภา วรินทร์เวช)

ตำแหน่ง นักวิเคราะห์นโยบายและแผนชำนาญการพิเศษ

วันที่ ๕ เดือน มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๕

ผู้อนุมัติรับรอง

สุชาภา วรินทร์เวช

(นางสาวสุชาภา วรินทร์เวช)

ตำแหน่ง นักวิเคราะห์นโยบายและแผนชำนาญการพิเศษ (หัวหน้า)

วันที่ ๕ เดือน มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๕

ผู้รับผิดชอบการนำข้อมูลขึ้นเผยแพร่

พศวีร์ วัชรบุตร

(นายพศวีร์ วัชรบุตร)

นักทรัพยากรบุคคลปฏิบัติการ

วันที่ ๕ เดือน มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๕