

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง: กรณีศึกษาการปฏิบัติตาม คำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559

The Exercise of Administrative Discretion: The Case Study Regarding the Implementation of National Council for Peace and Order, Order no.10/2016

บุญญรัตน์ ไชคบันดาลชัย¹

99, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, หมู่ 9 ตำบลท่าโพธิ์ อำเภอเมือง จังหวัดพิษณุโลก 65000,
เมลล์ติดต่อ: Boonyaratch@nu.ac.th

Boonyarat Chokebandanchai²

99, Faculty of Law, Naresuan University, Moo 9, Thapho Tambon, Mueang District,
Phitsanulok Province, 65000, E-mail: Boonyaratch@nu.ac.th

บทคัดย่อ

จากนโยบายปฏิรูปการศึกษาของรัฐบาลนำไปสู่การออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ 10/2559 เรื่องการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งส่งผลให้เกิดการจัดตั้งคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการ ในภูมิภาค คณะกรรมการศึกษาธิการจังหวัด (กศจ.) และคณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัด (อกศจ.) ในช่วงปีที่ผ่านมาของการบังคับใช้คำสั่ง คสช.ที่ 10/2559 พบปัญหาดังนี้ (1) ฝ่ายปกครอง คือ คณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ได้มีการใช้ดุลพินิจในการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัดโดยตัดอำนาจผูกพันของ กศจ. ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตาม ข้อ 8 ของคำสั่ง คสช.ที่ 10/2559 (2) ฝ่ายปกครองได้มีการใช้ดุลพินิจสั่งการให้อนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัด ที่สิ้นสุดสภาพไปแล้วตามคำสั่ง คสช.ที่ 38/2559 ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ซึ่งเข้าข่ายเป็นกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจเกินกว่าขอบเขตแห่งอำนาจที่ฝ่ายปกครองมีตามกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อป้องกันปัญหาในอนาคต

¹ รองศาสตราจารย์, อาจารย์ประจำ

² Associate Professor.



ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจ รวมถึงฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ผูกพันกับนโยบายหรือแนวปฏิบัติก็ต้องไม่ละเลยการใช้อำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจของตน กล่าวคือ จะต้องไม่เคร่งครัดกับคำสั่งที่ออกโดยผู้บังคับบัญชาจนเกินไป แต่จะต้องใช้ดุลพินิจอย่างอิสระ คำนึงถึงความเหมาะสมและความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวด้วย

คำสำคัญ: อำนาจดุลพินิจ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 10/2559



Abstract

National Council for Peace and Order (NCPO) has issued the order no.10/2016 due to the state policy regarding the reform of educational system. Under the NCPO order no.10/2016, three committees were established which were the committee of the ministry of education for driving educational reform in the region, the Provincial Committee for Education and the Provincial Subcommittee for Education. During the past year, there were several problems regarding the implementation of the NCPO order no.10/2016 which were: (1) the administrative organs exercised discretions illegally in appointing the Provincial Subcommittee for Education provided under section 8 of NCPO. order no. 10/2016 (2) the administrative organs exercised discretions contrary to the objective of NCPO. order no. 38/2016 by extending function of the Provincial Subcommittee for Education who were actually repealed by the new order. Therefore, the discretions made by the administrative organ may not be legally exercised. In order to prevent future problems, the administrative organ should be well exercise its discretion within legal limit. This means that the discretion of the administrative organs should be exercised only by the law legally empowered to it. Also, the state authority in charged with certain duty, should not neglect their own mandatory power or discretionary power and must exercise them freely and appropriately without being strictly constrained by guidelines set by superiors order.

Keywords: Discretionary Power, National Council for Peace and Order, Order No.10/2016.



1. บทนำ

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้รับจากฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม เพื่อให้การออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปอย่างถูกต้องตามขอบเขตของกฎหมาย เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประชาชน จากนโยบายการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการ นำมาซึ่งการออกคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 เพื่อจัดตั้งองค์การกำกับดูแลการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และการวางระบบงานบริหารบุคคลที่ถูกต้อง ชัดเจน มีประสิทธิภาพนั้น จะเป็นรากฐานสำคัญที่สุดที่นำไปสู่การพัฒนาเนื้อหาของงานบริหารการศึกษายั่งยืน เนื่องจากการพัฒนาการศึกษาอย่างมีประสิทธิภาพนั้น ต้องเริ่มจากการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์อย่างเป็นระบบ โดยอาศัยกฎ ระเบียบที่ชัดเจนก่อน อย่างไรก็ตามในช่วงแรกของการดำเนินงานตามโครงสร้างการจัดองค์กรตามคำสั่ง คสช. พบว่าฝ่ายปกครองที่มีอำนาจตามคำสั่งดังกล่าวมีการใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ รวมถึงการแต่งตั้ง ออกสจ. ในลักษณะที่มีได้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างถูกต้อง อันอาจส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย จนนำไปสู่การฟ้องร้องคดีในที่สุด

บทความนี้มีจุดมุ่งหมายศึกษา และวิเคราะห์ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 เพื่อชี้ให้เห็นปัญหาบางประการในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง อนึ่งแม้คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 ได้ถูกยกเลิกโดยคำสั่ง คสช. ที่ 19/2560 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2560 แต่จุดมุ่งหมายของบทความนี้ มีเพื่อจะศึกษาปัญหาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาเพื่อประโยชน์ทางวิชาการ และนำไปเป็นกรณีศึกษาให้เกิดความเข้าใจ รวมทั้งพัฒนาเป็นแนวทางสำหรับการใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องของฝ่ายปกครองต่อไปในอนาคต

2. หลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และการควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยตุลาการ

หลักการสำคัญในกฎหมายปกครองหลักการหนึ่งคือ “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principe de légalité des actes administratifs)³ หมายความว่า

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," *บทบัญญัติ* 47, ฉ. 1 (2534): 45-46.

ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามขอบเขตของกฎหมาย กล่าวคือ มีกฎหมายให้อำนาจ ด้วยเหตุนี้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการต่าง ๆ โดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย เพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้ หากบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง ก็จะส่งผลให้ฝ่ายปกครองจะต้องมีความระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจมากเป็นพิเศษเนื่องจากหากใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมายก็จะส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ และผลประโยชน์ของประชาชนเป็นอย่างมาก⁴

ตามระบบกฎหมายไทยนั้นยอมรับให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้โดยอยู่ในรูปแบบของการกระทำต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นแนวปฏิบัติ หนังสือเวียน นโยบาย กฎ ระเบียบ ฯลฯ โดยมีข้อแม้ว่า การใช้ดุลพินิจจะต้องเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยทั่วไปเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมักเข้าใจว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองถือ “เป็นที่สุด” นั้น (ตัวอย่างเช่นกรณีการใช้ดุลพินิจตาม ข้อ 11 ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559) คือ ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจโดยไม่มีฝ่ายใดสามารถเปลี่ยนแปลงดุลพินิจดังกล่าวได้อีก แต่ในความเป็นจริงนั้น ศาลได้ตัดสินว่าคำว่า “เป็นที่สุด” ย่อมหมายถึงเป็นที่สุดในฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ผูกมัดฝ่ายตุลาการที่จะควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าว⁵

หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองขัดต่อกฎหมาย หรือมีความผิดพลาดก็จะส่งผลคือ ถูกศาลสั่งเพิกถอนการกระทำอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบดังกล่าวตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วให้ฝ่ายปกครอง กลับไปพิจารณาเรื่องนั้นใหม่โดยใช้ดุลพินิจให้ถูกต้อง และในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย กรณีนี้ย่อมเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทน เพื่อละเมิดแก่ผู้เสียหายได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

2.1 ลักษณะการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (Abuse of Discretion)

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) กำหนดให้ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประการหนึ่งที่อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง เพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁴ หัสวุฒิ วิทิตวิทย์กุล, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองในประเทศออสเตรเลีย," *วารสารนิติศาสตร์* 20, ฉ. 1 (2533): 124-125.

⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2544 ที่ 486/2546 ที่ 487/2547 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.14/2545



ในประเทศไทยยังไม่มียกเว้นบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดลักษณะของการใช้ดุลพินิจ โดยมีขอบไว้โดยตรงว่าจะต้องเป็นกรณีของการกระทำในลักษณะใดบ้าง ดังนั้น การศึกษาถึงลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จึงสามารถสรุปจากหลักการทางวิชาการว่าอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่อไปนี้

- 1) การใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด หรือเกินขอบเขต คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกตัดสินใจวินิจฉัย หรือใช้มาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้⁶
- 2) การไม่ใช้ดุลพินิจ หรือใช้ดุลพินิจบกพร่อง คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจ รวมทั้งถูกผูกพันตามกฎหมายโดยมีหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจ แต่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพแห่งข้อเท็จจริง ซึ่งอาจจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือไม่เข้าใจ หรือสำคัญผิดว่าตนถูกผูกพันให้ต้องวินิจฉัยสั่งการเช่นนั้นโดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ⁷
- 3) การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือใช้ดุลพินิจบิดเบือน คือ การที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยการละเลย ไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ ที่ได้มอบอำนาจดุลพินิจไว้ให้กับตน หรือไม่คำนึงถึงการนำประโยชน์สาธารณะมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักอย่างเพียงพอ⁸
- 4) การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาค เป็นต้น⁹
- 5) การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของนิติรัฐ เช่น ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ¹⁰

⁶ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," *บทบัญญัติ* 42, ฉ. 3 (2529): 60-62.; สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 249-250.

⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," 60-62.; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), 59-61.; สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, 249-250.

⁸ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," 63-66.; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, 59-61.; สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, 249-250.

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, 59-61.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

2.2 การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีหลักการสำคัญ ๆ ที่ศาลปกครองของไทยนำมาใช้ในการพิจารณาตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายหลัก โดยจะขออธิบายโดยสังเขปดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนที่จะต้องกระทำการต่าง ๆ ตามกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ตน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจโดยชัดแจ้งแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ ประกอบด้วยหลักการย่อยสองหลักคือ¹¹

1.1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง และใช้อำนาจโดยไม่ให้ขัดกับกฎหมายในลำดับชั้นต่าง ๆ

1.2) หลักไม่มีกฎหมายให้อำนาจ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

2) หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นนอกจากจะต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะต้องใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว การใช้อำนาจดุลพินิจยังต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนเพื่อควบคุมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาความเหมาะสมกับกรณีแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณี ๆ ไป¹² หลักความได้สัดส่วนนี้มีหลักการอันเป็นสาระสำคัญคือ

2.1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองที่สามารถจะดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ได้อย่างเหมาะสม หากการออกคำสั่งทางปกครองจะนำไปสู่การกระทำที่ไม่สามารถจะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามความเป็นจริงได้เลยย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่เหมาะสมขัดต่อหลักความได้สัดส่วน¹³

2.2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาว่าหากเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และหากเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์กับประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด¹⁴

¹¹ เรื่องเดียวกัน, 18.

¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," 60-61.

¹³ เรื่องเดียวกัน, 61-62.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, 63.



2.3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the narrow sense) กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองโดยเลือกมาตรการที่จะเป็นประโยชน์กับส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน หากมาตรการใดเมื่อลงมือปฏิบัติแล้วจะมีประโยชน์กับสาธารณชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดกับราษฎร เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องไม่เลือกใช้มาตรการนั้น¹⁵

นอกจากนั้น ศาลปกครองยังมีการนำหลักความเสมอภาค และหลักสุจริต มาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ หลักความเสมอภาคคือหลักการที่ต้องการให้ ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่เลือกปฏิบัติ จะต้องใช้ดุลพินิจกับบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน¹⁶ โดยหลักการดังกล่าวนี้จะมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญซึ่งศาลปกครองได้นำมาเป็นหลักในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครอง¹⁷

ส่วนหลักสุจริตนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศาลปกครองได้นำมาเป็นหลักในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะต้องใช้ดุลพินิจโดยสุจริตไม่มีเจตนาในการใช้อำนาจกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย¹⁸ และกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยไม่สุจริตนี้ยังเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง ตามความในมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹⁹

กล่าวโดยสรุป การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบนับเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประการหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9²⁰ ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเพิกถอน

¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), บทที่ 1.

¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547, ที่ อ.158/2550 และที่ อ. 3/2551

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, 38.

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.80/2547 และที่ อ.35/2549

²⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือเกินอำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจมีข้อเสนอท้ายคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการแก้ไขคำสั่งให้ถูกต้องต่อไป

2.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 8/2549 วินิจฉัยว่าหากแนวนโยบาย หรือ แนวปฏิบัติออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่สั่งการตามแนวนโยบายดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย กรณีนี้ข้อเท็จจริงคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ออกนโยบายอันมีลักษณะที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตประกอบกิจการโรงงานไม้แปรรูป ดังนั้นการที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าเพื่อเป็นไปตามแนวนโยบายของรัฐมนตรีฯ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วว่าเป็นการออกนโยบายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.3/2553 วินิจฉัยว่าการกำหนดแนวปฏิบัติที่เคร่งครัดเกินไปจนถึงขนาดเป็นการตัดอำนาจการผูกพันการใช้ดุลพินิจของอีกฝ่ายหนึ่งนั้นย่อมเป็นแนวปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในการมอบอำนาจผูกพันให้แก่ฝ่ายปกครองนั้น ๆ การใช้ดุลพินิจสั่งการตามแนวปฏิบัติดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เพราะฝ่ายปกครองได้สั่งการเสมือนตนมีอำนาจผูกพันนั่นเอง กรณีนี้ข้อเท็จจริงคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกระเบียบห้ามมิให้มีการอนุญาตเล่นการพนันชนไก่เพิ่มอีก อันถือเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ว่าราชการจังหวัดในการอนุญาตดังกล่าว ระเบียบดังกล่าวถือว่าขัดกับพระราชบัญญัติการพนันฯ ที่ประสงค์ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างเป็นอิสระเพื่อสั่งการให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ดังนั้น การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งไม่อนุมัติการอนุญาตเล่นการพนันฯ ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีโดยอ้างระเบียบกระทรวงมหาดไทยฉบับดังกล่าว เท่ากับผู้ว่าราชการจังหวัดมิได้ใช้ดุลพินิจอย่างอิสระ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 38/2546 แนวปฏิบัติของกระทรวงการคลัง และกรมบัญชีกลางเป็นแนวปฏิบัติที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งพระราชกฤษฎีกาเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 มาตรา 13 เป็นแนวปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คำสั่งของผู้ฟ้องคดี (ผู้อำนวยการประถมศึกษาจังหวัดสมุทรสงคราม) ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีงดเบิกค่าเช่าบ้านจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแนวปฏิบัติก่อน เมื่อพบว่าแนวปฏิบัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย การวินิจฉัยสั่งการตามแนวปฏิบัติจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย²¹

²¹ ศึกษาเพิ่มเติมได้จาก คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 186/2548 และที่ อ. 35/2549



3. คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 และปัญหากรณีหนังสือเวียน ที่ ศธ 0201/4432

จากนโยบายการปฏิรูปการศึกษาของรัฐบาล ส่งผลให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค (ต่อไปนี้จะเรียกว่า คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาการบริหารจัดการทางการศึกษาให้มีความเป็นเอกภาพสามารถขับเคลื่อนนโยบายทางการศึกษาได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อการพัฒนาประเทศ คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรใหม่ดังนี้

3.1 กำหนดให้มีคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค (ต่อไปนี้จะเรียกว่า คณะกรรมการขับเคลื่อนฯ) ประกอบด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ เป็นประธาน และมีกรรมการประกอบด้วย รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงศึกษาธิการ เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เลขาธิการคณะกรรมการอาชีวศึกษา เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา เลขาธิการสภาการศึกษา และมีปลัดกระทรวงศึกษาธิการ เป็นกรรมการและเลขานุการ²²

คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 2 กำหนดให้คณะกรรมการขับเคลื่อนฯ มีอำนาจหน้าที่ดังนี้

- 1) กำหนดทิศทางในการดำเนินงานของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาคหรือจังหวัด
- 2) วางแผนงานเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของกระทรวงศึกษาธิการในระดับภูมิภาค หรือจังหวัด
- 3) พิจารณาการจัดสรรงบประมาณให้แก่หน่วยงานของกระทรวงศึกษาธิการในระดับภูมิภาคหรือจังหวัด
- 4) แต่งตั้ง โอน หรือย้ายผู้บริหารสถานศึกษา ผู้บริหารเขตพื้นที่การศึกษาหรือผู้ปฏิบัติงานในตำแหน่งต่าง ๆ ในหน่วยงานของกระทรวงศึกษาธิการในระดับภูมิภาคหรือจังหวัด ตามประเภทหรือระดับตำแหน่งที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการกำหนด
- 5) สั่งให้ผู้บริหารสถานศึกษา ผู้บริหารเขตพื้นที่การศึกษา หรือผู้ปฏิบัติงานในตำแหน่งต่าง ๆ ในหน่วยงานของกระทรวงศึกษาธิการในระดับภูมิภาคหรือจังหวัด หยุดการปฏิบัติหน้าที่หรือ ให้พ้นจากตำแหน่ง
- 6) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการและคณะทำงานเพื่อช่วยเหลือการปฏิบัติงานได้ตามความจำเป็น

²² คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ที่ 10/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 1

7) แต่งตั้งคณะกรรมการและคณะทำงานตามข้อ 7 (7)

8) เชิญข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานอื่นในหน่วยงานของรัฐหรือบุคคล ที่เกี่ยวข้องมาสอบถามข้อเท็จจริง รวมทั้งเรียกเอกสารจากหน่วยงานของรัฐหรือบุคคล ที่เกี่ยวข้องมาเพื่อประกอบการพิจารณา

3.2 กำหนดให้แต่ละจังหวัดมีคณะกรรมการศึกษาธิการจังหวัด เรียกโดยย่อว่า “กศจ.” ประกอบด้วยกรรมการคือ ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือรองผู้ว่าราชการจังหวัดที่ได้รับมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ ศึกษาธิการภาคในพื้นที่ที่รับผิดชอบเป็นรองประธานกรรมการ ในส่วนของกรรมการประกอบด้วยผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการอาชีวศึกษา ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการศึกษาเอกชน ผู้แทนสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย ท้องถิ่นและกีฬาจังหวัด ท้องถิ่นจังหวัด ประธานสภาอุตสาหกรรมจังหวัด ประธานหอการค้าจังหวัด ผู้อำนวยการสำนักงานพระพุทธศาสนาจังหวัด และวัฒนธรรมจังหวัด ผู้แทนภาคประชาชนในท้องถิ่นจำนวนสองคน ผู้แทนข้าราชการครูในท้องถิ่นจำนวนสองคน ผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกินสามคน โดยมีศึกษาธิการจังหวัด เป็นกรรมการและเลขานุการ²³

คำสั่ง คสช. ที่10/2559 ข้อ 7 กำหนดให้ กศจ. มีอำนาจหน้าที่ดังนี้

1) กำหนดยุทธศาสตร์ แนวทางการจัดการศึกษา และส่งเสริมสนับสนุนการจัดการศึกษาทุกระดับและทุกประเภท ประสานและส่งเสริมการบริหารและการจัดการศึกษาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษาของบุคคล ครอบครัว องค์กร ชุมชน องค์กรเอกชน องค์กรวิชาชีพ สถาบันศาสนา สถานประกอบการ และสถาบันสังคมอื่น ที่จัดการศึกษาในรูปแบบที่หลากหลายในจังหวัด

2) พิจารณาและให้ความเห็นชอบแผนพัฒนาการศึกษาของจังหวัด

3) พิจารณาและให้ความเห็นชอบกรอบการประเมินผลการปฏิบัติงานและตัวชี้วัด ในการดำเนินงานในลักษณะตัวชี้วัดร่วมของส่วนราชการหรือหน่วยงาน และสถานศึกษาในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการในจังหวัด

4) เสนอความเห็นเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในจังหวัดต่อคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการ ในภูมิภาคเพื่อใช้อำนาจตามข้อ 2 (4)

²³ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ที่ 10/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูป การศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 6



5) กำกับ เร่งรัด ติดตาม และประเมินผลการปฏิบัติงานของส่วนราชการหรือหน่วยงาน และสถานศึกษาในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการในจังหวัด

6) วางแผนการจัดการศึกษาในจังหวัดและพิจารณาเสนอแนะการจัดสรรงบประมาณให้แก่สถานศึกษา

7) เสนอคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการ ในภูมิภาคเพื่อแต่งตั้งคณะกรรมการและคณะทำงานเพื่อช่วยเหลือการปฏิบัติงานของ กศจ. ได้ตามความจำเป็น

8) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด หรือตามที่คณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาคมอบหมาย

นอกจากนั้น คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 8 ยังได้ให้อำนาจ กศจ. ในการแต่งตั้ง คณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัด เรียกโดยย่อว่า “อกศจ.” เพื่อปฏิบัติงานด้านบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในจังหวัดนั้น ๆ ซึ่งจะรวมถึงเรื่องของการบรรจุแต่งตั้ง โยกย้าย งานด้านวินัย งานเกี่ยวกับวิทยฐานะและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา²⁴

จากการปฏิบัติตามคำสั่ง คสช.ที่ 10/2559 ในส่วนของการใช้อำนาจแต่งตั้ง อกศจ. ด้านบริหารงานบุคคลตาม ข้อ 8 พบว่าได้มีการออกหนังสือเวียนของสำนักปลัดกระทรวงศึกษาธิการ ที่ ศธ 0201/4432 ลงวันที่ 12 เมษายน 2559 เรื่องการแต่งตั้งกรรมการศึกษาธิการจังหวัด ในข้อที่ 3 โดยฝ่ายบริหารได้มีการใช้อำนาจดุลพินิจ²⁵ โดยอ้างถึงคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ว่าให้การแต่งตั้ง อกศจ. เพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือกลั่นกรองงานให้กับ กศจ. แต่ละแห่งนั้น

²⁴ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ที่ 10/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 8 บัญญัติว่า

เพื่อให้การบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในจังหวัดเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ให้มีคณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัด เรียกโดยย่อว่า “อกศจ.” เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจาก กศจ. ให้ อกศจ. ตามวรรคหนึ่งประกอบด้วย

(1) บุคคลซึ่ง กศจ. แต่งตั้งจากผู้ซึ่งเป็น กศจ. เป็นประธานอนุกรรมการ

(2) บุคคลซึ่ง กศจ. แต่งตั้งจากผู้ซึ่งเป็น กศจ. จำนวนสองคน เป็นอนุกรรมการ

(3) ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาหรือผู้อำนวยการสถานศึกษา ซึ่ง กศจ. แต่งตั้งจำนวนสองคน เป็นอนุกรรมการ

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่ง กศจ. แต่งตั้ง จำนวนไม่เกินสามคน เป็นอนุกรรมการ

(5) ศึกษาธิการจังหวัด เป็นอนุกรรมการและเลขานุการ

²⁵ เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ที่ 10/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 11 ซึ่งบัญญัติว่า

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งนี้ ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ

เป็นอำนาจของคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ ในการแต่งตั้งตามข้อเสนอของ กศจ. โดยในระยะแรก เห็นควรให้ กศจ. เสนอแต่งตั้ง อศจ. จำนวนไม่เกินสามคณะ ได้แก่ อศจ. ที่รับผิดชอบงานทางด้านวินัย อศจ. ที่รับผิดชอบงานเกี่ยวกับวิทยฐานะหรือสิทธิประโยชน์ต่างๆ และ อศจ. ที่รับผิดชอบงานเกี่ยวกับการบรรจุ แต่งตั้ง และโยกย้าย ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจกำหนดให้การแต่งตั้ง อศจ. ซึ่งทำหน้าที่ด้านบริหารงานบุคคลจะต้องได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ มิใช่เกิดจากการแต่งตั้งโดยตรงจาก กศจ. ซึ่งเป็นองค์กรที่กฎหมายให้อำนาจในการแต่งตั้งไว้โดยตรงตามคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 8 ด้วยเหตุนี้ การใช้ดุลพินิจออกข้อกำหนดตามหนังสือเวียนดังกล่าวมีข้อสังเกตเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังนี้

การแต่งตั้ง อศจ. ด้านบริหารงานบุคคลนั้น คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 8 ได้กำหนดไว้โดยชัดเจนแล้วว่าเป็นอำนาจโดยตรง หรือหน้าที่ ของ กศจ. แต่ละจังหวัดในการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็น อศจ. เพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว ดังนั้นการที่ฝ่ายปกครองหรือคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ ได้ใช้ดุลพินิจสั่งการหรือออกข้อกำหนดให้การแต่งตั้ง อศจ. ซึ่งมีภาระหน้าที่เช่นเดียวกับงานบริหารบุคคล โดยอาศัยฐานอำนาจการแต่งตั้งตาม คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 2 (7) ประกอบกับข้อ 7 (7) ซึ่งเป็นอำนาจของคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ ในการแต่งตั้ง อศจ. ในกรณีจำเป็น ตามข้อเสนอของ กศจ. ซึ่งการตีความตามเจตนารมณ์ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 7 (7) จะต้องหมายถึง อศจ. หรือคณะทำงาน ที่มีลักษณะแตกต่างจาก อศจ. ตามคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 8 กล่าวคือจะต้องเป็น อศจ. ที่แต่งตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่อื่นๆ อันมิใช่หน้าที่ด้านการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในจังหวัด นอกจากนั้น การใช้อำนาจในการแต่งตั้ง อศจ. ตามคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 2 (7) ประกอบกับข้อ 7 (7) ยังจะต้องเป็นการแต่งตั้งในกรณีที่มีความจำเป็น เช่น กศจ. แต่ละจังหวัดอาจจะต้องการเสนอตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อช่วยเหลือการปฏิบัติภารกิจบางอย่างของ กศจ. ให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของ กศจ. เช่น การทำแผนยุทธศาสตร์การศึกษาของแต่ละจังหวัด ดังนั้นการใช้ดุลพินิจออกข้อกำหนดดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างชัดแจ้ง เนื่องจากการยกเว้นการใช้กฎหมายบางมาตรา อีกทั้งยังเป็นการใช้ดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการตัดอำนาจโดยตรงของ กศจ. ในการแต่งตั้ง อศจ. โดยตรงเพื่อช่วยเหลือการทำงานด้านบริหารงานบุคคล กรณีนี้จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองหรือคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ ไม่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจแต่งตั้ง อศจ. ดังกล่าว²⁶

เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการดังที่ได้นำเสนอเบื้องต้น จะเห็นได้ว่าแม้ผู้มีอำนาจฝ่ายปกครองอาจอ้างฐานอำนาจในการใช้ดุลพินิจโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 11 ของคำสั่ง คสช.

²⁶ ศึกษาเพิ่มเติมได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 8/2549 และที่ อ. 3/2553



ที่ 10/2559 ที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติ ตามคำสั่งนี้ แต่ก็ได้หมายความว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะเป็นที่สุด กล่าวคือการใช้ดุลพินิจยังคงต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ขัดต่อกฎหมาย อยู่ในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ฝ่ายปกครองก็ไม่มีอำนาจที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ และที่สำคัญที่สุดการใช้ดุลพินิจยังคงอยู่ภายใต้ความควบคุมของฝ่ายตุลาการ²⁷

นอกจากนั้นการใช้ดุลพินิจดังกล่าว จะต้องเป็นการใช้เมื่อเกิดปัญหาในการปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น มิใช่การใช้ดุลพินิจจะเว้นการปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิเสธไม่กระทำตามอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ ด้วยเหตุนี้คำว่า “ปัญหาในทางปฏิบัติ” จะต้องปรากฏว่า

ฝ่ายปกครองได้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วอย่างครบถ้วนแล้ว แต่เกิดปัญหาในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงบางประการเท่านั้น ซึ่งโดยหลักแล้วการวินิจฉัยข้อเท็จจริงก็จะต้องมีการใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสม ตามหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)²⁸ ตามที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น มิใช่การปฏิเสธอำนาจตามกฎหมาย อันจะเข้าข่ายเป็นการละเว้น หรือละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ตัวอย่างเช่น หาก กศจ. แห่งใดปฏิเสธ อำนาจตามข้อ 8 ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 โดยกล่าวอ้างว่าไม่สามารถคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็น อศจ. เพื่อปฏิบัติงานด้านบริหารบุคคลได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดๆ ก็ตาม กรณีเช่นนี้อาจจะเข้าข่ายเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ จะนำเหตุผลดังกล่าวมาเป็นเหตุยกเว้นการใช้อำนาจ หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้

เมื่อฝ่ายปกครองมีการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ได้รับตามกฎหมาย การกระทำต่างๆ ที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เช่น การออกคำสั่ง กฏ หรือการกระทำอื่นใด ของ อศจ. ที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยฐานอำนาจที่ไม่มีกฎหมายรองรับ ก็ย่อมจะไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย ส่งผลให้การออกคำสั่งของ กศจ. ได้รับผลกระทบเช่นกัน เช่นกรณีการออกคำสั่งบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย ข้าราชการครู และบุคลากรทางการศึกษา ส่งผลให้คู่กรณีสามารถฟ้องศาลเพื่อสั่งให้เพิกถอนการกระทำอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แล้วให้ฝ่ายปกครองกลับไปพิจารณาเรื่องนั้นใหม่โดยใช้ดุลพินิจให้

²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2544 ที่ 486/2546 ที่ 487/2547 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 14/2545

²⁸ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก Jürgen Schwarze, *European Administrative Law* (London: Sweet & Maxwell, 2006), 680. and see Peter Leyland and Gordon Anthony, *Textbook on Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford University, 2009), 854-560.

ถูกต้อง²⁹ นอกจากนั้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเป็นเหตุให้คู่กรณีได้รับความเสียหาย กรณีนี้ย่อมเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยศาลมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดแก่ผู้เสียหายตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)³⁰

ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่าหนังสือเวียนของสำนักปลัดฯ ที่ ศธ 0201/4432 ลงวันที่ 12 เมษายน 2559 เรื่องการแต่งตั้งกรรมการศึกษาธิการจังหวัด ในข้อที่ 3 ที่กำหนดให้การตั้งอกศจ. ด้านบริหารงานบุคคล เป็นไปโดยอาศัยอำนาจตาม ข้อ 7 (7) ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 โดยยกเว้นการใช้บทบัญญัติตามข้อ 8 จึงเข้าข่ายเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการใช้ดุลพินิจยกเว้นการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของ กศจ. หรือเปรียบได้ว่าเป็นการตัดอำนาจผูกพันของ กศจ. ตามที่กฎหมายกำหนดในการแต่งตั้งอกศจ. ด้านบริหารงานบุคคล และขัดหลักการใช้อำนาจโดยอิสระ³¹ ของผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

อนึ่ง ได้มีความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายบางท่านว่า แม้แนวปฏิบัติหรือนโยบายจะออกมาโดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ปฏิบัติหน้าที่ก็ยังคงควรให้น้ำหนักแก่แนวปฏิบัติอย่างจำกัด โดยต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเป็นกรณีไป เสมอว่าตนมีเหตุผลพิเศษเพียงพอที่จะใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องให้ปัจเจกชนร้องขอเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะกรณี ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องไม่ผูกพันตนอย่างเคร่งครัดกับแนวปฏิบัติถึงขนาดหลับหูหลับตาไม่พิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีว่ามีเหตุผลพิเศษที่ตนควรใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติหรือไม่³² ด้วยเหตุนี้ หากแนวนโยบายชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ปฏิบัติหน้าที่ได้ผูกพันอย่างเคร่งครัดกับแนวนโยบายหรือไม่ หากเคร่งครัดมากเกินไปจนขาดการใช้ดุลพินิจอย่างสมเหตุสมผลก็อาจเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.23/2546 ที่ อ. 38/2546 ที่ อ.8/2549 ที่ อ.62/2547 และที่ อ. 6/2549

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 37/2552 และที่ อ. 150/2553

³¹ สำหรับความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจทางปกครอง สามารถอ่านเพิ่มเติมได้จาก วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” 45-65.

³² อนุวัฒน์ บุญนันท์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ ในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), 161.



4. ปัญหาการบังคับใช้คำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559

ต่อมาในวันที่ 13 กรกฎาคม 2559 ได้มีคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559 และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 11/2559 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ให้มีความชัดเจนขึ้นในเรื่องอำนาจในการแต่งตั้ง อคสจ. โดยในข้อ 8 ของคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 กำหนดให้ กคจ. ต้องเสนอคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ เพื่อแต่งตั้ง อคสจ. ทำหน้าที่เกี่ยวกับบริหารงานบุคคล³³ และได้แก้ไขคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ในข้ออื่น ๆ ให้มีความสอดคล้องกัน ในเรื่องอำนาจของคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ และ กคจ. ในการแต่งตั้ง อคสจ. หรือคณะทำงาน กล่าวคือให้มีการยกเลิกอำนาจของคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ ในข้อ 2 (7) ซึ่งเป็นอำนาจในการแต่งตั้ง อคสจ. และคณะทำงานเพื่อช่วยเหลืองานของ กคจ. เพื่อปฏิบัติหน้าที่ด้านอื่น ๆ ตามความจำเป็นเป็นการให้อำนาจคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ ในการแต่งตั้ง อคสจ. ตามข้อ 8 ซึ่งก็คือ อคสจ. ที่ทำหน้าที่ด้านบริหารงานบุคคล³⁴ และความในข้อ 3 ของคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 ได้กำหนดให้ยกเลิกอำนาจของ กคจ. ในข้อ 7 (7) เดิมและแก้ไขข้อความให้ กคจ. ต้องเสนอคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ เพื่อแต่งตั้ง อคสจ. ด้านบริหารบุคคลตามข้อ 8³⁵ อีกทั้งความในข้อ 4 ของคำสั่ง

³³ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 38/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 8 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

ให้ กคจ. เสนอคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค เพื่อแต่งตั้งคณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัด เรียกโดยย่อว่า “อคสจ.” ทำหน้าที่ช่วยเหลือหรือกลั่นกรองงานเกี่ยวกับการบรรจุ การแต่งตั้ง การโยกย้าย การดำเนินการทางวินัย การกำหนดวิทยฐานะ หรือการกำหนดสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาในจังหวัดให้แก่ กคจ.

³⁴ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 38/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 1 บัญญัติว่า

ให้ยกเลิกความใน (7) ของข้อ 2 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ลงวันที่ 21 มีนาคม พุทธศักราช 2559 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(7) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัดตามข้อ 8”

³⁵ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 38/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 3 บัญญัติว่า

ให้ยกเลิกความใน (7) ของข้อ 7 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 10/2559 เรื่องการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ลงวันที่ 21 มีนาคม พุทธศักราช 2559 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“(7) เสนอคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาคเพื่อแต่งตั้งคณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัดตามข้อ 8”

คสช. ที่ 38/2559 ได้บัญญัติให้เพิ่มข้อ (7/1) ของข้อ 7 ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 โดยกำหนดให้ กศจ. เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง ออกศจ. หรือ คณะทำงานอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ ออกศจ. ด้านบริหารงานบุคคล ตามคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ข้อ 8 ตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลืองานด้านอื่น ๆ โดยจะต้องคำนึงถึงวงเงินงบประมาณที่ได้รับ ความคุ้มค่า และความประหยัด³⁶ (เดิมอำนาจในส่วนของการตั้ง ออกศจ. และคณะทำงานด้านอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ด้านบริหารงานบุคคลเป็นของคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ)

จากคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 จะเห็นได้ว่าได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนให้มีการสลับอำนาจในการแต่งตั้ง ออกศจ. ระหว่างคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ กับ กศจ. โดยให้คณะกรรมการขับเคลื่อนฯ เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง ออกศจ. ด้านบริหารงานบุคคล ตามการเสนอของ กศจ. ส่วน กศจ. มีอำนาจในการแต่งตั้ง ออกศจ. และคณะทำงานด้านอื่น ๆ ที่มีใช้ด้านบริหารงานบุคคล โดยจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็น พร้อมทั้งวงเงิน งบประมาณที่ได้รับ ความคุ้มค่า และความประหยัด

นอกจากนั้น ยังมีประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณา คือ โดยความในข้อ 1 ข้อ 3 ข้อ 4 และ ข้อ 5 ของคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 ส่งผลให้อำนาจตามกฎหมายฉบับเดิมของคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ ในการแต่งตั้ง ออกศจ. ตามข้อเสนอของ กศจ. เพื่อช่วยเหลือการปฏิบัติงานของ กศจ. ตามความจำเป็น ตามข้อ 7 (7) และ อำนาจของ กศจ. ในการแต่งตั้ง ออกศจ. เพื่อการบริหารงานบุคคลตามข้อ 8 ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 สิ้นสุดลงทันที

อีกทั้งคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 ข้อ 8 กำหนดให้คำสั่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (คือวันที่ 13 กรกฎาคม 2559) โดยมิได้มีบทเฉพาะกาล หรือ บทบัญญัติในข้อใดกำหนดไม่ให้นำคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 ไปใช้บังคับกับ ออกศจ. ที่ได้รับแต่งตั้งไปก่อนที่คำสั่งนี้มีผลใช้บังคับ หรือให้ ออกศจ. ที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างถูกต้องโดยอาศัยอำนาจตามคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 เดิมปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะหมดวาระ หรือจนกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงตัวบุคคล ด้วยเหตุนี้ สภาพความเป็นคณะบุคคลของบรรดา ออกศจ. ที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าวจึงสิ้นสภาพทันที ตามหลักกฎหมายใหม่ที่มิบทบัญญัติเปลี่ยนแปลงไปยกเลิกกฎหมายเก่าทันที

³⁶ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 38/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ข้อ 3 บัญญัติว่า

ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (7/1) ของข้อ 7 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 10/2559 เรื่อง การขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ลงวันที่ 21 มีนาคม 2559

“(7/1) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการหรือคณะทำงานตามความจำเป็น โดยคำนึงถึงวงเงินงบประมาณที่ได้รับ ความคุ้มค่า และความประหยัด เพื่อช่วยเหลือการปฏิบัติงานของ กศจ. ในส่วนที่มีใช้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุกรรมการศึกษาธิการจังหวัดตามข้อ 8 วรรคหนึ่ง”



ในกรณีนี้ให้เปรียบเทียบกับความในข้อ 3 ของคำสั่ง คสช. ที่ 39/2559 เรื่อง การจัดระเบียบและแก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญในสถาบันอุดมศึกษาที่กำหนดคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งนายก และกรรมการสภาสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งเป็นคำสั่งที่ออกมาในเวลาใกล้เคียงกับคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 โดยมีการกำหนดชัดเจนไม่ให้นำคำสั่งดังกล่าวมาใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายก และกรรมการสภาสถาบันอุดมศึกษาอยู่ในวันก่อนวันที่คำสั่งนี้มีผลใช้บังคับ ซึ่งหมายความว่า นายกและกรรมการสภาสถาบันอุดมศึกษาที่ได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายฉบับเดิม จะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อไปจนครบวาระ และเมื่อจะมีการแต่งตั้งใหม่ก็จะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายฉบับใหม่กำหนดไว้³⁷

ดังนั้น เมื่ออำนาจในการแต่งตั้ง ออกศจ. สิ้นสุดลงย่อมส่งผลให้บรรดา ออกศจ. ชุดต่าง ๆ ที่แต่งตั้งโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติข้อ 7 (7) และ ข้อ 8 แห่งคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 เดิม สิ้นสภาพลงทันที ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายได้อีกต่อไป เพราะขาดฐานอำนาจตามกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันเพื่อการอ้างอิงการดำรงสถานะความเป็นคณะบุคคลตามกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ เมื่อสภาพความเป็นคณะบุคคลตามกฎหมายสิ้นสภาพลงแล้ว หาก ออกศจ. ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย บรรดามติใด ๆ ที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของ ออกศจ. ที่สิ้นสภาพความเป็นคณะบุคคลตามกฎหมายไปแล้ว ย่อมเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และก่อให้เกิดการทำคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้คู่กรณีได้รับผลกระทบต่อสิทธิของตนตามคำสั่งดังกล่าวสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างในการฟ้องร้องคดีได้ว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมาได้มีการออกหนังสือเวียนของสำนักงานคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ที่ ศธ. 0206.6.1/24 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2559 เรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการศึกษาธิการจังหวัดเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการครู โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปการศึกษาของกระทรวงศึกษาธิการในภูมิภาค ได้ชักชวนความเข้าใจมายัง กศจ. แต่ละแห่งว่า การแก้ไขคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 โดยคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 ไม่ได้มีผลเป็นการยกเลิกคำสั่งแต่งตั้ง ออกศจ. ที่ได้มีการแต่งตั้งโดยอาศัยอำนาจตามคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 โดยหนังสือเวียนดังกล่าวได้อ้างอิงการใช้ดุลพินิจตามความในข้อ 11 ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 กรณีเช่นนี้พิจารณาได้ว่า เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ ออกศจ. ที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายฉบับเดิมสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ โดยไม่มีเหตุผลหรือข้ออ้างทางกฎหมายรองรับ

³⁷ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 39/2559 เรื่อง การจัดระเบียบและแก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญในสถาบันอุดมศึกษา ข้อ 3

มติหรือแนวทางดังกล่าว

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากหลักการใช้ดุลพินิจตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ดังนั้น การใช้ดุลพินิจเพื่อให้ออกสจ. ทำงานได้ต่อเนื่องต่อไปนั้น จะต้องปรากฏด้วยว่าเป็นการสั่งการโดยมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าว หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้ดุลพินิจก็จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และที่สำคัญ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้ดุลพินิจยกเว้นบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า หรือใช้ดุลพินิจตัดอำนาจผูกพันของฝ่ายปกครองอื่นในการทำหน้าที่ตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ หากต้องการให้การทำงานของ ออกสจ. เป็นการทำงานต่อเนื่องอย่างมีอำนาจ ตามกฎหมาย ก็จะต้องปรากฏว่าคำสั่ง คสช. ที่ 38/2559 กำหนดบทเฉพาะกาล หรือมีบทบัญญัติกำหนดให้ออกสจ. ที่ได้รับแต่งตั้งก่อนหน้าที่คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อไปจนกว่าจะหมดวาระ หรือมีคำสั่งเปลี่ยนแปลง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ได้วิเคราะห์ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ในคำสั่งในการแต่งตั้ง ออกสจ. ของจังหวัดต่าง ๆ ของคณะกรรมการขับเคลื่อนฯ (คำสั่งที่ 1-3/2559) ใช้ฐานอำนาจตามข้อ 7 (7) ของคำสั่ง คสช. ที่ 10/2559 ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจเกินกว่าขอบเขตแห่งอำนาจที่ฝ่ายปกครองมีตามกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ และฝ่ายปกครองจะต้องกลับไปสั่งการใหม่เสียให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) นอกจากนี้ หากปรากฏว่าการออกคำสั่งทางปกครองของ ออกสจ. และ กศจ. ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีก็ย่อมเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีสถานะอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองใช้คำสั่งใหม่ทดแทนเพื่อละเมิดแก่คู่กรณีได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

5. บทสรุป

หลักการใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องมีความรอบคอบ คำนึงถึงความเหมาะสม ได้สัดส่วน และที่สำคัญที่สุดจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจ เพื่อให้การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย คำว่าดุลพินิจนั้นไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถออกคำสั่ง นโยบาย หนังสือเวียน กฎ ระเบียบ หรือการกระทำอื่นใดได้ตามอำเภอใจ การใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องจะต้องเป็นไปโดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่ใช่ดุลพินิจบกพร่อง ไม่ใช่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ไม่ขัดกับ



วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ และไม่ตัดอำนาจผูกพัน หรืออำนาจโดยตรงของฝ่ายปกครองอื่นที่มีตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ อันจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดหลักการใช้อำนาจโดยอิสระ ดังเช่นกรณีของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 3/2553 อันเป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกระเบียบที่มีผลไปตัดอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดในการใช้ดุลพินิจอนุญาตการเล่นการพนันตามพระราชบัญญัติการพนันฯ

ในส่วนของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำหน้าที่เป็นฝ่ายปฏิบัติ นั้น จะต้องตระหนักว่าศาลปกครองได้วางแนววินิจฉัยและถือเป็นหลักการปฏิบัติราชการที่ดีว่า หากนโยบายหรือแนวปฏิบัติ ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่สั่งการตามแนวนโยบายดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย และแม้นโยบายหรือแนวปฏิบัติจะออกมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองผู้ปฏิบัติหน้าที่ก็ควรให้น้ำหนักแก่แนวปฏิบัติอย่างจำกัด โดยต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ว่าตนสมควรจะใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากนโยบาย หรือแนวปฏิบัติดังกล่าวหรือไม่ เพื่อประโยชน์แห่งความเสมอภาคและเป็นธรรม สมเหตุสมผล ได้สัดส่วนกับข้อเท็จจริง โดยไม่ต้องรอให้ปัจเจกชนร้องขอ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองผู้ปฏิบัติหน้าที่ผูกพันกับนโยบาย หรือแนวปฏิบัติซึ่งผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือตนขึ้นไปสั่งการ อย่างเคร่งครัดมากเกินไปโดยไม่พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมาย หรือความเหมาะสมของนโยบาย หรือแนวปฏิบัติดังกล่าวแล้ว ก็อาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน

References

- Anuwat Boonnan . “Judicial Control of the Exercise of Administrative Discretion in English and Thai Legal Systems.” Master’s thesis, Faculty of Law, Thammasat University, 2011. [in Thai]
- Banjerd Singkaneti. *Principles of Law Governing the Administrative Discretion*. 5th ed. Bangkok: Winyuchon, 2013. [in Thai]
- Borwornsak Uwanno. “Administrative Control System in England.” *Journal of Law, Faculty of Law Chulalongkorn University* 14 no. 2 (1993): 32-75. [in Thai]
- Charan Pakdeetanakul. “Administrative Review and control system in England.” *Dulpaha Journal* 37 no. 1 (1990): 96-121. [in Thai]
- Craig, P. P. *Administrative Law*. 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Foulkes, David. *Administrative Law*. 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Garner, John Francis. *Administrative Law*. 6th ed. London: Butterworths, 1985.
- Hassavut Vititviriyakul. “The Control of Administrative Discretion in Austria.” *Thammasat Law Journal* 20, no.1 (2010): 124-125. [in Thai]
- Jiranti Havanon. “Judicial Review of the Administrative Discretion.” *Bot Bundit* 43, no. 3 (1986): 26-45. [in Thai]
- Kamonchai Rattanasakaowong. “Basic Concept Regarding Administrative Discretion of the Federal Republic of Germany.” *Bot Bundit* 42, no. 3 (1986): 60-62. [in Thai]
- Kamonchai Rattanasakaowong. *German Administrative Law*. Bangkok: The Centre for European Studies, 2001. [in Thai]
- Leyland, Peter, and Gordon Anthony. *Textbook on Administrative Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University, 2009.
- Schwarze, Jürgen. *European Administrative Law*. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Somyot Chuathai. *Principles of Law, Introduction to Public Law*. 11th ed. Bangkok: Winyuchon, 2016. [in Thai]
- Uncharika Moonma. “Legal Problems Involving the Illegality of Administrative Order That is Explicit and Serious Error.” *Naresuan University Law Journal*, 8 no.1 (2558): 114-139. [in Thai]



Worapoth Wisarutphith. "Judicial Control of the Exercise of Administrative Discretion." *Bot Bundit* 47, no. 1 (1991): 45-46. [in Thai]

Worapoth Wisarutphith. *Introduction to Law: Basic Principles of Administrative Law and Administrative Order*. 3rd ed. Bangkok: Winyuchon, 2006. [in Thai]

Worapoth Wisarutphith. *Principles of Administrative Law*. Bangkok: Project for the Promotion of Textbook and Teaching Materials, The Faculty of Law, Thammasat University, 1995. [in Thai]