



การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและ  
ความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

โดย

นายชัยภัทร ทังทอง

คูชฎินิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและ  
ความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

โดย

นายชัยภัทร ทังทอง



คู่มือฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต

สาขากฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE EXERCISE OF DISCRETION IN ADMINISTRATIVE JURISTIC ACT AND  
CRIMINAL LIABILITY OF GOVERNMENT OFFICERS

BY

MR. CHAIPHAT THUNGTHONG



A DISSERTATION SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE  
REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF DOCTOR OF LAWS

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์

ดุขฎีนิพนธ์

ของ

นายชัยภัทร ทังทอง

เรื่อง

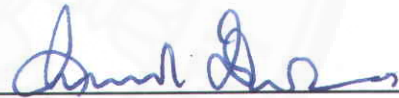
การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ดุขฎีบัณฑิต

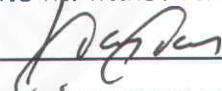
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบดุขฎีนิพนธ์



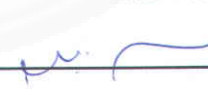
(ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาดุขฎีนิพนธ์หลัก



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาดุขฎีนิพนธ์ร่วม



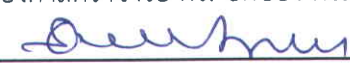
(อาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ)

กรรมการสอบดุขฎีนิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)

กรรมการสอบดุขฎีนิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รั้วอมฤต)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รั้วอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความ รับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ
ชื่อผู้เขียน	นายชัยภัทร ทังทอง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม (ถ้ามี)	อาจารย์ ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ
ปีการศึกษา	2558

### บทคัดย่อ

การทำนิติกรรมทางปกครองเป็นการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครอง ในการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวแก่ราษฎรเพื่อจะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย อำนาจดุลพินิจจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อฝ่ายปกครองในการทำนิติกรรมทางปกครอง เพราะภารกิจของฝ่ายปกครองนั้นมีอยู่หลากหลายและสลับซับซ้อน ย่อมเกิดข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะสามารถบัญญัติถ้อยคำในองค์ประกอบส่วนเหตุและส่วนผลของกฎหมาย ในลักษณะที่มีความชัดเจนแน่นอนตายตัวได้ จึงเป็นเหตุผลที่ต้องให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในบางเรื่องบางอย่าง ด้วยถ้อยคำในลักษณะที่เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปรับใช้กฎหมาย และเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายให้ได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายที่เกิดขึ้นจริง เพื่อมิให้ตัวบทกฎหมายตลอดจนการใช้กฎหมายแข็งกระด้าง และมีเป้าหมายสูงสุดที่จะทำความยุติธรรมเฉพาะกรณีให้เกิดขึ้น โดยถือว่าเป็นความอิสระของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะตัดสินใจใช้อำนาจโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองให้บรรลุความมุ่งหมายของกฎหมาย และอำนวยความสะดวกยุติธรรมเฉพาะกรณีได้อย่างแท้จริง

จากการศึกษาพบว่าในการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเงื่อนไขหรือองค์ประกอบความสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมทางปกครอง ทั้งในส่วนของเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง

อันเป็นองค์ประกอบในทางรูปแบบหรือเงื่อนไขในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐมักไม่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ และในส่วนของเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายในหรือเงื่อนไขความสมบูรณ์ที่เกี่ยวกับขอบอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นองค์ประกอบในทางเนื้อหาของการใช้อำนาจดุลพินิจหรือเงื่อนไขในทางกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ได้ และจากการศึกษาพบว่าในบรรดาการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่มีอยู่หลากหลายกรณีนั้น หากแยกแยะเพื่อกำหนดความเชื่อมโยงระหว่างการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบกับความรับผิดทางอาญา อาจแยกการใช้อำนาจดุลพินิจได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก คือการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเหตุในทางภาวะวิสัย ซึ่งตรงกับองค์ประกอบภายนอกในทางกฎหมายอาญา และการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเหตุในทางอัตวิสัย ซึ่งตรงกับองค์ประกอบภายในในทางกฎหมายอาญา โดยการใช้อำนาจดุลพินิจที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ จะต้องเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่มีลักษณะครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในจึงจะเป็นความผิด

การใช้ดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ ต่างจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีทั่วไป กล่าวคือการใช้ดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยไม่ชอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งผู้ใช้อำนาจมีความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อบรรลุประโยชน์เรื่องอื่นอันมิใช่ประโยชน์มหาชน หรือโดยมีความมุ่งหมายเพื่อบรรลุประโยชน์มหาชนเรื่องอื่นที่มีใช้ประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนดังกล่าวได้กระทำไปโดยมีความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจที่ไม่สุจริต โดยจงใจมุ่งร้าย หรือโดยทุจริต การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวก็จะถือว่ามีความร้ายแรง และความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะดังกล่าว ก็จะเป็นจุดสัมพันธ์เชื่อมโยงกับหลักเจตนาในทางอาญา ซึ่งผู้ใช้อำนาจดุลพินิจอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ อันเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักการของประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส

แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีต่างๆ มีความยุ่งยากพอสมควร เพราะจุดสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบชนิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ จะต้องมีการค้นหาเจตนาของผู้กระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของความผิดอาญาว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐมีมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงในการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยไม่สุจริตในลักษณะใดหรือไม่ จึงจะเป็นเหตุให้ไม่ได้รับความคุ้มครองที่จะไม่มีความผิดทางอาญา ซึ่งต้องอาศัยพยานหลักฐานหลายอย่างประกอบกันเป็นตัวบ่งชี้ นอกจากนั้น

ปัจจัยทั้งทางด้านกฎหมายอาญาสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ และการตีความของศาลในคดีประเภทนี้  
ก็มีส่วนสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อ การดำเนินคดีอาญากับเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมาก

**คำสำคัญ :** อำนาจดุลพินิจ, ดุลพินิจโดยมิชอบ, การบิดเบือนอำนาจ, การบิดผันอำนาจ, ความรับผิดชอบ  
ทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ



Thesis Title	The Exercise of Discretion in Administrative Juristic Act and Criminal Liability of Government Officers
Author	Mr. Chaiphath Thungthong
Degree	Doctor of Laws
Major Field/Faculty/University	Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Ekabun Wongsawadikun, Ph.D.
Thesis Co-Advisor	Instructor Prasart Pongsuwan, Ph.D.
Academic Years	2015

### ABSTRACT

It can be explained that the administrative juristic act is using a public power by the administration in order to perform a unilateral intention to a private party. The primary reason for performing a public function is to create rights and duties between a public authority and a private party which lead such acts are in line with the law. Therefore, discretionary power plays a significant role in the administrative authority regarding exercising the administrative juristic act. According to the administrative law, it requires the administration has to perform several duties and functions which are sometimes complicated. These lead to some limitations, for example, in administrative law, it is quite difficult to legislate on a particular matter that having clear legal terms especially in the elements of cause and consequence . For this reason, providing authorization to the administration in terms of exercising the discretionary power would be beneficial not only to the public authority to apply reasonable legislations and effective measures so as to handle cases efficiently but also to a private party too. Moreover, the ultimate aim of performing administrative discretion is to maintain justice in a particular case where it allows the authority to use an administrative discretion without any interference.



This study found that exercising discretion to create the legally administrative juristic act requires two elements including an (i) validity of the administrative juristic act in external factor. In the first element, it will focus on a procedure which is called “the condition regarding procedure law.” It is important to note that the discretionary power exercised by administrative is not allowed. (ii) The validity of the administrative juristic act in internal factor. The second element will concentrate on the substantive law which authorizes of using the discretionary power.

Furthermore, the study discovered that there are several kinds of the misuse of administrative discretion. However, the study will address only the misuse of administrative discretion and criminal liability which can be divided into two subjects as followings: firstly the abuse of administrative discretion in an objective manner which is equal to an external factor in criminal law. Secondly, the abuse of administrative discretion in a subjective manner which is equal to an internal factor in criminal law. As a result, a discretionary power which leads to criminal liability is the misuse of administrative discretion includes objective and subjective manners.

It should be noted that the abuse of administrative discretion is the difference from the misuse of administrative discretion in general namely the abuse of administrative discretion, the authority aims to exercise this power to take advantage of other interest which is not a public interest or to reach other objectives that not provide in public law. If it can be proved that the exercise of such power is done by dishonest motivation. The wrong doer will be punished. And this also cause a severe action to a wrong doer. It can be seen that it also links to an intention theory in criminal law which is consistent with English and French law

As mentioned, the misuse of administrative discretion which leads to the criminal liability has to assert the intention of a user as well, therefore; it is quite difficult to prove and to impose criminal responsibility on that person. Consequently, the variety of evidence, the criminal law both objective and subjective matters, as well as the interpretation of legal terms by judges, will have an effect on a criminal prosecution of the public authority who exercise and misuse of a discretionary power.

**Keywords:** discretionary power, abuse of power, administrative discretion, abuse of administrative discretion



## กิตติกรรมประกาศ

ดัชนีฉบับนี้สำเร็จบริบูรณ์ขึ้นมาได้ เพราะผู้เขียนได้รับความเมตตาอนุเคราะห์จาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และท่านอาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ที่กรุณา รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้แก่ผู้เขียน และแนะนำการเขียนดัชนี โดยได้ถ่ายทอดข้อคิดในเรื่อง อำนาจดุลพินิจในระบบกฎหมายปกครอง และรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่กรุณาให้ ข้อเสนอแนะแก่ผู้เขียนเกี่ยวกับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในทางกฎหมายอาญา มาโดยตลอด รวมทั้ง ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต ซึ่งผู้เขียนได้มีโอกาสรับ การถ่ายทอดความรู้ในทางกฎหมายอาญา มาตั้งแต่ครั้งศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต และทุก ท่านได้เมตตาให้ความรู้ที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เขียน ในฐานะกรรมการสอบดัชนีฉบับนี้ด้วย

ผู้เขียนขอขอบพระคุณพี่ๆ เพื่อนๆ นักศึกษา ป.เอก รุ่นเดียวกันที่มีส่วนช่วยเหลือ ให้ กำลังใจ และให้คำแนะนำที่มีประโยชน์แก่ผู้เขียนในหลายๆ เรื่องมาโดยตลอด และสิ่งที่ขาดเสียไม่ได้ คืออยากขอบพระคุณมารดา ขอบคุณภริยาและลูกๆ ที่เป็นกำลังใจให้ผู้เขียนมีพลังต่อสู้ แม้ในวันที่ อ่อนล้าให้เดินต่อไปจนถึงปลายทางในวันนี้

ชัยภัทร ทั้งทอง

สิงหาคม 2559

## สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
บทที่ 2 ข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	7
2.1 โครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ	8
2.1.1 โครงสร้างของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย	10
2.1.2 โครงสร้างของกฎหมายส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย หรือองค์ประกอบส่วนผลของกฎหมาย	10
2.2 ประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ	14
2.2.1 อำนาจผูกพัน	14
2.2.2 อำนาจดุลพินิจ	15
2.3 สาระสำคัญของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	16
2.3.1 ความหมายของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	26
2.3.2 การดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจและเหตุผลในการให้อำนาจดุลพินิจ	21
2.3.3 ลักษณะทั่วไปของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครอง	27
2.4 ที่มาและขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	29
2.4.1 ที่มาของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	30
2.4.1.1 ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย	30
2.4.1.2 ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย	31
2.4.2 ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	32

2.4.2.1	พิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจ	32
2.4.2.2	พิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล	35
2.5	ประเภทของอำนาจดุลพินิจในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจ	37
2.5.1	อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือ ดุลพินิจวินิจฉัย	37
2.5.2	อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย หรือดุลพินิจตัดสินใจ	41
2.6	ลักษณะทั่วไปของการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ	43
2.6.1	ลักษณะทั่วไปของการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ	44
2.6.2	ลักษณะทั่วไปของการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ	49
บทที่ 3	ความสำคัญของอำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง	57
3.1	หลักพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครอง	59
3.1.1	ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง	59
3.1.2	ลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง	61
3.2	ประเภทของนิติกรรมทางปกครองกับอำนาจที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ	65
3.2.1	นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจ	66
3.2.2	นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ	66
3.2.3	นิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมายที่ให้อำนาจ	67
3.3	เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง	68
3.3.1	เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก	69
3.3.1.1	เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง	69
3.3.1.2	องค์ประกอบความสมบูรณ์เกี่ยวกับขั้นตอนวิธีการในการทำนิติกรรม ทางปกครอง	79
3.3.1.3	เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของการทำนิติกรรมทางปกครอง	78
3.3.2	เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน	86
3.3.2.1	เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง	87
3.3.2.2	เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทาง ปกครอง	89

3.3.2.3	เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการทำนิติกรรมทาง ปกครอง	93
3.4	การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	97
3.5	การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้	102
3.5.1	การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีทั่วไปกับความรับผิดทางอาญา	103
3.5.2	การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจกับความรับผิด ทางอาญา	105
3.5.2.1	การใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจในกรณีทั่วไป	108
	(1) การบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์เรื่องที่ไม่ใช่ประโยชน์มหาชน	108
	(2) การบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์มหาชนอื่นซึ่งไม่ใช่ประโยชน์ มหาชนที่กฎหมายกำหนด	109
3.5.2.2	การใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจโดยไม่สุจริตซึ่งก่อให้เกิด ความรับผิดทางอาญาได้	111
	(1) การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีความมุ่งร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น	113
	(2) การใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือโดย ทุจริต	115
บทที่ 4	ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับ ความรับผิดทางอาญาในต่างประเทศ	118
4.1	ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับ ความรับผิดทางอาญาในประเทศอังกฤษ	118
4.1.1	ลักษณะการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย	118
4.1.2	บทบัญญัติของกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่	122
4.1.3	ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรม ทางปกครองโดยมิชอบ	128
4.2	ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับ ความรับผิดทางอาญาในประเทศฝรั่งเศส	133

4.2.1	ลักษณะการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย	133
4.2.2	บทบัญญัติของกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่	139
4.2.3	ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรม ทางปกครองโดยมิชอบ	143
4.3	ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการ ทำนิติกรรมทางปกครองในต่างประเทศ	133
4.3.1	ปัจจัยทางด้านสารบัญญัติ	148
4.3.2	ปัจจัยทางด้านวิธีสบัญญัติ	148
บทที่ 5	หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดต่อ ตำแหน่งหน้าที่	155
5.1	หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสถานะจากความรับผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ของรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ	156
5.1.1	การคุ้มครองในทางสารบัญญัติ	167
5.1.2	การคุ้มครองในทางวิธีสบัญญัติ	160
5.2	สถานการณ์ของการคุ้มครองสถานะและความรับผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในประเทศไทย	165
5.2.1	ยุคก่อนใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่	165
5.2.2	ยุคหลังใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่	168
5.3	หลักพื้นฐานในทางอาญาที่เกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่	169
5.3.1	แนวคิดและวัตถุประสงค์ของการกำหนดความผิดทางอาญาต่อตำแหน่ง หน้าที่	169
5.3.2	ลักษณะเฉพาะของความผิดทางอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่	172
5.3.3	หลักความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญากับความผิดต่อ ตำแหน่งหน้าที่	173
5.3.4	หลักการตีความขยายความกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่	176

5.4	ลักษณะของการกำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทย	179
5.4.1	ความผิดที่มีลักษณะเป็นบทเฉพาะ	179
5.4.1.1	ความผิดในกลุ่มที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต	182
5.4.1.2	ความผิดในกลุ่มที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ	183
5.4.2	ความผิดที่มีลักษณะเป็นบททั่วไป	189
5.5	บทบัญญัติในส่วนองค์ประกอบของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 กับความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา	190
5.5.1	ความไม่ชัดเจนแน่นอนในส่วนเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด”	190
5.5.2	ความไม่ชัดเจนแน่นอนในส่วนของ “ผู้เสียหาย” ในคดี	194
บทที่ 6	ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย	198
6.1	ความเบื้องต้นเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทำนิติกรรมทางปกครอง	199
6.1.1	ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจผูกพันในการทำนิติกรรมทางปกครอง	199
6.1.2	ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง	201
6.2	ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดทางอาญา : วิเคราะห์ในส่วนของอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในฐานะเป็นองค์ประกอบภายในของกฎหมายอาญา	204
6.2.1	มูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับเจตนาในการกระทำผิดทางอาญา	205
6.2.1.1	มูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย	205
6.2.1.2	หลักเจตนาในความผิดอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่	207



6.2.2 การค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบ	220
6.2.2.1 การค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจที่ปรากฏในเหตุผลประกอบการออกนิติกรรมทางปกครอง	221
6.2.2.2 การค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจในการเลือกใช้มาตรการต่างๆ ในนิติกรรมทางปกครอง	223
6.2.2.3 การค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจตามพฤติการณ์แวดล้อมในการออกนิติกรรมทางปกครอง	225
6.3 ความรับผิดทางอาญาจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายในแต่ละกรณี	231
6.3.1 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบกรณีเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น	231
6.3.2 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบโดยมีเจตนาธรรมดาคะทำความผิดในบทเฉพาะ	233
6.3.3 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น	235
6.3.4 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบโดยมีเจตนาทุจริต	240
บทที่ 7 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ	244
7.1 ปัญหาการกำหนดความเชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดทางอาญา	244
7.1.1 ปัญหาการแยกแยะความรับผิดทางอาญาของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบกับการใช้อำนาจโดยมิชอบในกรณีอื่น	244
7.1.2 ปัญหาการกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบที่มีความรับผิดทางอาญา	248
7.1.3 ปัญหาการตรวจสอบเจตนาในการกระทำจากมูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบเพื่อกำหนดความรับผิดทางอาญา	250
7.2 ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายและแนวทางการตีความของศาล	252

7.2.1 ปัญหาของการที่กฎหมายอาญายังไม่มีบทบัญญัติความรับผิดทางอาญา ที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบไว้โดยเฉพาะ	252
7.2.2 ปัญหาความชัดเจนแน่นอนในบทบัญญัติความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบกับการตีความขยายความของศาล ในคดีอาญา	253
7.2.2.1 ปัญหาในส่วนเจตนาพิเศษ	254
7.2.2.2 ปัญหาในส่วนผู้เสียหายในคดี	255
7.3 ปัญหาการนำหลักการใช้อำนาจดุลพินิจโดยสุจริตมาเป็นบทยกเว้นความรับผิด ของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งทางแพ่งและทางอาญา	257
บทที่ 8 บทสรุป และข้อเสนอแนะ	261
8.1 บทสรุป	261
8.2 ข้อเสนอแนะ	272
บรรณานุกรม	278
ประวัติผู้เขียน	297

## บทที่ 1

### บทนำ

ในระบบนิติรัฐเรียกร้องให้รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้น อันเป็นเรื่องของการจำกัดตนเองให้ผูกพันอยู่กับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ การที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจะให้อำนาจใดแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อใช้อำนาจให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ จึงย่อมต้องกระทำได้โดยการถ่ายทอดอำนาจผ่านทางบทบัญญัติไว้ให้เกิดความชัดเจนในขอบอำนาจ เพื่อป้องกันมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจจนเกินขอบเขตหรือตามอำเภอใจได้โดยง่าย และเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะของปัจเจกชนและหลักความเสมอภาค แต่ในความเป็นจริงด้วยภารกิจที่หลากหลายและซับซ้อนในปัจจุบัน เป็นการยากที่รัฐจะสามารถบัญญัติถ้อยคำในองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย ในลักษณะที่มีความชัดเจนแน่นอนตายตัว และให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจผูกพันเพียงประการเดียวในทุกกรณีได้ เพราะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีอาจไม่เหมือนกัน และต้องการการบังคับใช้หลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นไปตามสภาพการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคม เศรษฐกิจในอนาคต การสถาปนารัฐธรรมนูญหรือตรากฎหมายจึงเลี่ยงไม่ได้ ที่ในบางกรณีจำเป็นต้องใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงตายตัวในองค์ประกอบส่วนเหตุ เพื่อเปิดโอกาสให้ใช้อำนาจดุลพินิจในการกระทำด้านต่างๆ เป็นไปอย่างเหมาะสมกับสภาพการณ์ของบ้านเมือง หรือเพื่อเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตีความและปรับบทกฎหมายให้เหมาะสมสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่อง หรือเปิดโอกาสให้สามารถใช้หรือไม่ใช้อำนาจหรือเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดไว้ได้มากกว่าหนึ่งอย่าง ให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะรายขึ้นได้ เมื่อรัฐให้อำนาจดุลพินิจแล้วภารกิจที่ตามมาคือรัฐต้องออกแบบกลไกการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเยียวยาแก้ไขตัวการกระทำและความเสียหายอันอาจเกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในลักษณะต่างๆ ด้วย

หลักเรื่องอำนาจดุลพินิจนั้น ในระบบกฎหมายปกครองได้มีการศึกษาและมีบทบาทนำมาใช้ในทางปฏิบัติมากที่สุด เพราะฝ่ายปกครองเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นแกนหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นที่ยอมรับกันว่า ตามโครงสร้างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจได้ ทั้งในส่วนของ “ดุลพินิจวินิจฉัย” ในกรณีที่บทบัญญัติในองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายกำหนดถ้อยคำอันมีความหมายไม่เจาะจง ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองในการประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงบางอย่างบางประการ หรือต้องมีการ

นำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน (normative concept) และในส่วนของ “ดุลพินิจตัดสินใจ” ซึ่งบทบัญญัติในองค์ประกอบส่วนผลทางกฎหมาย กำหนดให้ทางเลือกแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องตรงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถตัดสินใจใช้หรือไม่ใช้อำนาจก็ได้ หรือเมื่อตัดสินใจใช้อำนาจแล้วสามารถเลือกเนื้อหาของการกระทำได้หลายอย่างหรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยถือว่าเป็นความอิสระของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเลือกใช้อำนาจกระทำการตามที่กฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้ แต่หากการใช้อำนาจดุลพินิจมีความผิดพลาดหรือบกพร่องในระดับที่เป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะเข้ามาควบคุมการใช้ดุลพินิจในการกระทำทางปกครองที่ผิดพลาดหรือบกพร่องนั้น ทั้งในส่วนของดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจตัดสินใจที่ผิดพลาด เพื่อเพิกถอนการกระทำที่ผิดพลาดหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่นเดียวกับกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ผิดพลาดหรือมิชอบในกรณีอื่น

การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น ที่จริงเป็นปัญหาในทางปกครอง อันเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ เพื่อให้บรรลุถึงหลักการใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันต่อกฎหมาย โดยเป็นหลักประกันว่าการใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองออกไปกระทบสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนหรือปัจเจกชน ต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองในกรณีอื่น แต่โดยปกติแล้วการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของดุลพินิจ เป็นการตรวจสอบในทางภาวะวิสัยซึ่งสามารถมองเห็นได้จริง โดยศาลจะกำหนดขอบเขตของการเข้าควบคุมอำนาจดุลพินิจในระดับที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อมิให้เป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งจะต้องมีอิสระในการวินิจฉัยและสั่งการตามสมควร อย่างไรก็ตาม มีคำถามที่เกิดขึ้นเสมอที่ผ่านมาว่า เมื่อใดก็ตามเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไปแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ เพราะการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบก็คือการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบกรณีหนึ่ง ปัญหาในเรื่องนี้มักไม่ค่อยปรากฏคำอธิบายในทางวิชาการ และยังเป็นปัญหาที่ยังคลุมเครืออยู่มาก ในขณะเดียวกันคำพิพากษาของศาลในคดีอาญา ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่มักจะเกี่ยวกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบทุกๆ ไป หรือการทุจริตต่อหน้าที่ ส่วนแนวคำพิพากษาคดีอาญาที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบยังมีอยู่จำนวนไม่มาก เนื่องจากมีโอกาสที่ศาลจะลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำผิดอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบไม่บ่อยนัก ดังนั้น การค้นหาความเชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบ กับความรับผิดชอบทางอาญา จึงเป็นประเด็นหัวใจหลักของเรื่อง

ในการศึกษาลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะต่างๆ นั้น ผู้เขียนได้ศึกษาการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ ทั้งในแง่ของดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย หรือดุลพินิจวินิจฉัย และในแง่ของดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมาย หรือดุลพินิจตัดสินใจ นอกจากนี้ก็มีการศึกษาลักษณะการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้ง 6 ประการ เพื่อจะหาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจอาจเกิดขึ้นในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองกรณีใด และค้นหาจุดสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบกับความรับผิดทางอาญาต่อไป

การพิจารณาการใช้อำนาจดุลพินิจผ่านเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทำให้เราสามารถเข้าใจได้อย่างเป็นระบบมากขึ้นว่า เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในส่วนใดหรือขั้นตอนใด เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจดุลพินิจได้ และเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในส่วนใดหรือขั้นตอนใด เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีอำนาจดุลพินิจได้ และหากมีอำนาจดุลพินิจจะเป็นดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจตัดสินใจ นอกจากนี้ในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ยังทำให้ทราบได้ว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกมา โดยไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์เรื่องใด เกิดจากเหตุในทางภาวะวิสัยที่เห็นได้ตามความเป็นจริง และเรื่องใดเกิดจากเหตุในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจ ซึ่งเป็นเรื่องในทางจิตใจของผู้กระทำซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยว่า การฝ่าฝืนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายในหรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับชอบอำนาจ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยมิชอบ หรือเป็นกรณีนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีขัดต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจ

ในบรรดานิติกรรมทางปกครองที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เพราะขัดกับเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น สามารถตรวจสอบได้โดยอาศัยเกณฑ์ในทางภาวะวิสัย แต่การใช้อำนาจดุลพินิจที่เกี่ยวกับเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง การตรวจสอบต้องอาศัยเกณฑ์ในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจ ซึ่งจะเป็นตัวบอกได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครอง ชอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ อันเป็นเรื่องขององค์ประกอบทางจิตใจ และปัญหาเรื่องมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของผู้กระทำ (le but, the mobile) นี้ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครอง

ไปเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอื่น ซึ่งมีใช้ความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชน หรือเพื่อบรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนแต่เป็นประโยชน์มหาชนเรื่องอื่น ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจ และในบางกรณีการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะนี้ ความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในจิตใจ (le mobile) ซึ่งเป็นตัวชักจูงใจที่แท้จริงให้เกิดการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น จะเป็นสิ่งที่น่าสนใจนำไปสู่การพิจารณาความรับผิดชอบส่วนตัวทางอาญาของผู้ทำนิติกรรมทางปกครองได้ เพราะเจตนากระทำความผิดย่อมค้นหาได้จากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำนั่นเอง

นอกจากนั้น ในการใช้อำนาจดุลพินิจในบางกรณี หากผู้ใช้อำนาจดุลพินิจได้ออกนิติกรรมทางปกครองไปลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้ โดยเฉพาะกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบและมีการบิดเบือนอำนาจโดยจงใจมุ่งร้ายผู้หนึ่งผู้ใด และกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจไม่ว่าโดยชอบหรือไม่ชอบ โดยมีการบิดเบือนอำนาจเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบแก่ตนเองหรือผู้อื่น อันเป็นกระทำโดยทุจริต ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตที่มีความร้ายแรง อันสอดคล้องกับความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้

แต่จากการศึกษาพบว่า ในความรับผิดชอบส่วนตัวทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในปัจจุบัน คือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ มีสภาพปัญหาเกิดขึ้นทั้งในปัญหาทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ ในทางสารบัญญัตินั้น บทบัญญัติในมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และในกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกัน ก็เป็นบทกฎหมายที่มีผลต่อความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมากที่สุด เพราะเป็นบททั่วไปครอบคลุมความผิดบทเฉพาะในส่วนความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ทุกเรื่อง และต้องใช้เป็นบทอุดช่องว่างกรณีหากไม่เป็นความผิดบทเฉพาะก็จะเป็นความผิดบทนี้ แต่มาตรา 157 และกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันนี้ ก็มีปัญหาในเรื่องของความหมายในบางองค์ประกอบความผิดที่กว้างๆ ขาดความชัดเจนแน่นอน ซึ่งเป็นปัญหาในส่วนของบทบัญญัติเอง นอกจากนี้ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของศาล ในความผิดบททั่วไปหรือบทกวาดทองของมาตรา 157 และความผิดบทเฉพาะบางมาตรา ก็มีความคลาดเคลื่อนไปมากจากเจตนารมณ์ของการร่างประมวลกฎหมายอาญาในอดีต และจากแนวคำพิพากษาฎีกาเดิม โดยเฉพาะการตีความขยายความองค์ประกอบความผิดในส่วนของผู้เสียหาย และเจตนาพิเศษในส่วน “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ออกไปมาก ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในภาพรวม ประกอบกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของศาลในคดีอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ยังมีความคลาดเคลื่อนไม่แน่นอน ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจที่ศาลเห็นว่าผิดพลาดถึง

ชั้นต้องรับผิดชอบทางอาญานั้น ควรมีขอบเขตอย่างไร เพราะปัจจุบันศาลได้ขยายขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดมากขึ้น จนอาจส่งผลกระทบต่อขวัญกำลังใจและการมุ่งหวังที่จะให้เกิดการใช้ดุลพินิจได้อย่างแท้จริง อันเป็นเป้าหมายสูงสุดของการบริหารกฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ซึ่งต้องอาศัยความอิสระในการใช้อำนาจสูงกว่าการใช้อำนาจผูกพัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในส่วนของเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ของบทบัญญัติ เพื่อให้ฐานความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และกฎหมายอาญาอื่นที่มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันมีขอบเขตชัดเจนมากขึ้น และเสนอข้อคิดให้ศาลในคดีอาญาได้ทราบถึงปัญหาการตีความขยายความที่ไม่มีขอบเขตที่แน่นอน และเกินไปจากบทบัญญัติซึ่งจะเกิดผลกระทบกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองหลายประการ โดยเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจ

ส่วนปัญหาในทางวิธีสบัญญัตินั้น ตามระบบกฎหมายของไทยให้อำนาจฟ้องคดีอาญาได้ทั้งพนักงานอัยการและเอกชนผู้เสียหายซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การที่กฎหมายเปิดช่องให้ผู้เสียหายนำคดีอาญามาฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เองได้ง่ายมากเกินไป โดยไม่มีระบบให้รัฐเข้ามาตรวจสอบกลั่นกรองก่อนการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งผู้เสียหายบางส่วนมีทั้งที่นำคดีอาญามาฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเจตนาสุจริตและไม่สุจริตเพื่อหวังผลประโยชน์ส่วนตนบางอย่างส่งผลกระทบต่อขวัญกำลังใจและการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายประการ เป็นเหตุให้การจัดทำบริการสาธารณะในบางกรณีต้องหยุดชะงักลงเกิดความเสียหายแก่รัฐมากขึ้น และการได้ส่วนมูลฟ้องของศาลก็ยังไม่มีการแก้ไขกลไกที่ยังมีปัญหาอยู่ให้มีประสิทธิภาพในการกลั่นกรองได้เพียงพอ ปัญหาในส่วนนี้จึงควรได้รับการแก้ไขให้เป็นไปตามหลักสากล ที่รัฐทั้งหลายจะเข้ามาควบคุมมิให้เอกชนฟ้องคดีอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ได้เอง ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพระหว่างหลักการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ และการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในทางอาญาคือความสะอาดบริสุทธิ์แห่งการใช้อำนาจรัฐ

การศึกษาปัญหาการใช้อำนาจดุลพินิจและความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้พบปัญหาที่เกี่ยวกับการค้นหาความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา การกำหนดขอบเขตของดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ผิดพลาดในระดับที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้ และปัญหาที่พบในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย และแนวทางการตีความขยายความของศาลอันเป็นปัจจัยส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจมีการขยายตัวเกิดความไม่แน่นอนขึ้น และส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ไม่กล้าใช้อำนาจดุลพินิจ

ในทางที่จะอำนวยความสะดวกได้อย่างแท้จริง แต่จะพยายามหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจดุลพินิจหรือหาทางใช้อำนาจดุลพินิจไปในทางที่ให้ตัวเองปลอดภัยที่สุดเท่านั้น ปัญหาดังกล่าวจึงควรนำไปสู่การแก้ไขไปพร้อมๆ กัน ทั้งในส่วนของสารบัญญัติและวิธีบัญญัติและเสนอความรู้ความเข้าใจของศาลในคดีอาญา อันจะเป็นปัจจัยที่เกื้อกูลให้วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในอันที่จะอำนวยความสะดวกแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีบรรลุผลได้อย่างแท้จริง





## บทที่ 2

### ข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ข้อความคิดเรื่องอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายซึ่งใช้อำนาจทางปกครอง ถือเป็นเรื่องสำคัญยิ่งต่อการศึกษาในระบบกฎหมายปกครอง ถึงกับมีผู้กล่าวว่า “หากตัดส่วนที่เป็น การพรรณาสถาบันทางกฎหมาย ซึ่งเราอาจพบได้ในวิชานี้เช่นเดียวกับที่มีอยู่ในวิชาอื่นๆ ออกไปแล้ว สารสำคัญของวิชากฎหมายปกครอง ได้แก่การศึกษาอำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และข้อจำกัดนี้ด้วยความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชน”<sup>1</sup> เหตุที่อำนาจดุลพินิจมีความสำคัญต่อ ฝ่ายปกครองนั้น เนื่องจากกิจการของรัฐที่จัดทำขึ้น เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในปัจจุบันได้ขยายขอบเขตออกไปเป็นอันมาก<sup>2</sup> เสียงเรียกร้องให้รัฐหรือองค์กรของรัฐยุคใหม่ต้องเข้ามา มีบทบาทในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนจึงมีมากขึ้นกว่าเดิม เพื่อส่งเสริม เพิ่มเติมหรือปรับปรุงสวัสดิภาพของประชาชนให้ดียิ่งขึ้นและทั่วถึง ด้วยเหตุนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐ จึงได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่หลักในการจัดทำบริการ สาธารณะให้แก่ประชาชนอย่างทั่วถึงเท่าเทียมกัน โดยในหลายกรณีที่การจัดทำบริการสาธารณะ จำเป็นต้องใช้อำนาจในทางมหาชนเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจการ เพื่อให้การดำเนินการเป็นไป ด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ โดยยึดหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะ รายในทุกกรณีให้เป็นไปในทางเดียวกัน แต่ในขณะเดียวกันมีบางกรณีที่หลักความเสมอภาคไม่อาจ แก้ไขปัญหาในการให้ความยุติธรรมแก่ปัจเจกชนเฉพาะราย ซึ่งอาจมีเงื่อนไขข้อเท็จจริงเฉพาะ กรณีที่แตกต่างไปจากกรณีทั่วไปได้ รัฐจึงจำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในบางเรื่อง บางอย่าง เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะในกรณีเฉพาะราย ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันไปบ้าง โดยยึดหลักความยุติธรรม ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายด้วย

<sup>1</sup> Marcel Waline, Etendue et limites du juge administrative sur les actes de l'Administration, (EDCE : 1956), p.25, อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจ ทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, วารสารบัณฑิตย, เล่ม 47 ตอน 1, (มีนาคม 2534), น.45.

<sup>2</sup> ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2528), น.98.

เมื่ออำนาจดุลพินิจอาจเกิดขึ้นได้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality of Administrative Action) อันเป็นหลักการที่สำคัญอันหนึ่งของกฎหมายปกครองด้วย ดังนั้นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเป็นสาระสำคัญสำหรับการใช้อำนาจต่างๆ ของผู้ใช้อำนาจ ในการศึกษาอำนาจดุลพินิจจึงต้องเริ่มได้จากการศึกษาโครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนเป็นเบื้องต้น<sup>3</sup> จากนั้นจึงเป็นการศึกษาถึงสาระที่มา ขอบเขต และความผิดพลาดของการใช้อำนาจดุลพินิจที่เกินขอบเขตเป็นลำดับต่อไป

ทั้งนี้ เนื่องจากในความเป็นจริงการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง มิได้มีอยู่เพียงแต่ในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสังกัดฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่รวมถึงองค์กรของรัฐในฝ่ายอื่นด้วย ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงขอใช้คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หรือ “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” ในความหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรใดๆ ก็ตามที่ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองตามความหมายของกฎหมายปกครอง

## 2.1 โครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

โครงสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภทได้แก่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สมบูรณ์ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์ เป็นที่ยอมรับกันว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายหรือบทกฎหมายที่สมบูรณ์ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขนั้นประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ส่วน<sup>4</sup> คือองค์ประกอบส่วนเหตุหรือองค์ประกอบทางกฎหมาย (Tatbestand) ซึ่งดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีบทบาทในการประเมินความหมาย หรือตีความถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่เจาะจงโดยอาศัยวิชาการแต่ละสาขาเข้าช่วย และส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

<sup>3</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย”, (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.5.

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร; สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), น. 71-72. และโปรดดู วรเจตน์ ภาศิริตัน, “ระบบแห่งบรรทัดฐานทางกฎหมาย”, วารสารรพี 2542, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 35-44.

(Rechtsfolge) ยกเว้นบทบัญญัติบางอย่างที่มีลักษณะพิเศษโดยส่วนที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมาย ควบกันกับส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย เรียกว่า Koppelungsvorschrift<sup>5</sup>

โครงสร้าง 2 ส่วนดังกล่าวเป็นโครงสร้างของบทบัญญัติที่มีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ โครงสร้างในส่วนองค์ประกอบส่วนเหตุ เป็นโครงสร้างที่กำหนดเงื่อนไขของการใช้อำนาจ และ โครงสร้างในส่วนองค์ประกอบส่วนผล เป็นโครงสร้างซึ่งกำหนดผลทางกฎหมายหรือมาตรการในการใช้อำนาจ ในขณะที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์จะประกอบด้วยโครงสร้างองค์ประกอบส่วนเหตุ และโครงสร้างในส่วนองค์ประกอบส่วนผล อันใดอันหนึ่งเพียงส่วนเดียว ตัวอย่างของบทบัญญัติที่มีเพียงองค์ประกอบส่วนเหตุหรือส่วนหนึ่งขององค์ประกอบส่วนเหตุ เช่น บทนิยามศัพท์ บทสันนิษฐาน บทกำหนดสถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐ บทยกเว้นหรือบทอนุโลม เป็นต้น ส่วนตัวอย่างของบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง มักจะมีความสมบูรณ์ทั้งสองส่วน เว้นแต่ในบางกรณีองค์ประกอบในส่วนเหตุอาจไม่ได้เขียนไว้ชัดเจนแต่ไปมีความชัดเจนในส่วนขององค์ประกอบส่วนผล เช่น ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 18 บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) ให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีในการดำเนินการตามมาตรา 8 หรือมาตรา 10 ทวิ (2) ให้ความเห็นชอบในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามมาตรา 10 (2) (3) ให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือส่วนราชการในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้....” จะสังเกตได้ว่า กฎหมายไม่ได้ระบุองค์ประกอบส่วนเหตุไว้โดยชัดแจ้ง แต่กำหนดองค์ประกอบส่วนผลคือ การใช้อำนาจหน้าที่ต่างๆ ไปเลยทีเดียว แต่อย่างไรก็ตาม หากเราพิจารณากฎหมายทั้งฉบับเราก็จะทราบได้ว่า องค์ประกอบส่วนเหตุของมาตรานี้ซึ่งไม่ได้เขียนเอาไว้ คือถ้อยคำว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้” นั่นเอง เพราะถ้ามิใช่การปฏิบัติหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด ก็จะไม่มีความเกี่ยวเนื่องของการใช้อำนาจของคณะกรรมการควบคุมอาคารดังกล่าว

สำหรับบทบัญญัติกฎหมายที่สมบูรณ์จะประกอบไปด้วยโครงสร้าง 2 ส่วน คือ (1) โครงสร้างของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ หรือองค์ประกอบส่วนเหตุ และ (2) โครงสร้างของกฎหมายส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย หรือองค์ประกอบส่วนผลของกฎหมาย<sup>6</sup> ดังนี้

<sup>5</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ดุลพินิจความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเยอรมัน”, บทบัญญัติ, เล่ม 47, ตอน 2, (มิถุนายน 2534), น.48.

<sup>6</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 6-12.

2.1.1 โครงสร้างของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ หรือองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย

องค์ประกอบส่วนเหตุ (Legal Elements or Legal Facts) หรือบางท่านเรียกว่า “ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ” (Faits juridiques – Tatbestand) หรืออีกนัยหนึ่งคือ “ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ” (Condition d’exercice du pouvoir)<sup>7</sup> ข้อเท็จจริงส่วนเหตุอาจเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือการกระทำของบุคคล หรือคุณสมบัติของสิ่งของ หรือคุณสมบัติของบุคคลหรือสภาวะการณ์ของสังคมก็ได้ และอาจเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้<sup>8</sup> โดยปกติแล้วข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเพื่อวางเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองนั้น ต้องมีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (abstract and general)<sup>9</sup>

ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในกฎหมายนั้นมิได้บัญญัติไว้แน่นอนชัดเจนเสมอไป มีอยู่ไม่น้อยที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะคลุมเครือไม่แน่นอนชัดเจน เช่น การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี กระทบต่อความมั่นคงความปลอดภัยในการจราจร ความน่าไว้วางใจชั่วคราว สภาพน่ารังเกียจ เป็นอันตรายต่อเยาวชน ประโยชน์ของทางราชการ ประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น คำศัพท์เหล่านี้ในภาษาเยอรมันเรียกว่า “Unbestimmte Rechtsbegriff” หรือคำศัพท์ที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง<sup>10</sup>

## 2.1.2 โครงสร้างของกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

หากพิจารณาโครงสร้างของบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองดำเนินการ เราจะพบว่าองค์กรนิติบัญญัติจะกำหนดองค์ประกอบส่วนเหตุอันเป็นเงื่อนไขของผลในทางกฎหมายไว้ และเมื่อองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน ก็สามารถเลือกผลในทางกฎหมายที่องค์กร

<sup>7</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, บทบัญญัติ, เล่ม 47, ตอน 1 (มีนาคม 2534), น. 54.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>9</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 12-15.

<sup>10</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554), น. 242.

นิติบัญญัติกำหนดไว้<sup>11</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่ถือว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมาย หรือดุลพินิจตัดสินใจ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีทางเลือกในการใช้อำนาจคือต้องใช้อำนาจเท่านั้น หรือไม่ได้กำหนดให้เลือกใช้มาตรการใดๆ ได้เลยแต่มีเพียงมาตรการเดียวที่ต้องใช้บังคับ ก็ถือว่ากฎหมายไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจไว้

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกับข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุ ย่อมเป็นเงื่อนไขให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในองค์ประกอบส่วนผลของกฎหมาย ในองค์ประกอบส่วนผลของกฎหมายนั้น มีองค์ประกอบย่อยในชั้นตอนนี้อีก 2 ชั้นตอน

ชั้นตอนที่ 1 เรียกว่า ชั้นตอนใช้อำนาจ ซึ่งมีทั้งแบบที่บังคับให้ตัดสินใจใช้อำนาจ และแบบที่ให้อำนาจตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ใช้อำนาจก็ได้ และ

ชั้นตอนที่ 2 เรียกว่า ชั้นตอนใช้มาตรการดำเนินการหรือใช้อำนาจตามเนื้อความของการกระทำที่กำหนดไว้ ซึ่งมีทั้งแบบที่มีเพียงมาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำอย่างเดียว และแบบที่ให้เลือกใช้มาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำได้หลายอย่างหรือภายในขอบเขตที่กำหนด

โดยสรุป ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยกำหนดองค์ประกอบส่วนผลของกฎหมายไว้เป็น 4 ลักษณะ<sup>12</sup> คือ

(1) องค์ประกอบส่วนผลที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องตัดสินใจใช้อำนาจ โดยไม่มีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำ

ลักษณะนี้เมื่อมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเกิดขึ้นประเภทกับข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจในชั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจ และไม่มีดุลพินิจในชั้นตอนการใช้มาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำ เพราะผูกพันให้ต้องใช้มาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำที่กำหนดไว้เพียงประการเดียว ตัวอย่างเช่น กรณีการขูดดินและถมดิน เมื่อผู้ขูดดินและถมดินได้ยื่นแจ้งการขูดดินและถมดินโดยถูกต้องต่อเจ้าพนักงาน

<sup>11</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.76 (นิติราษฎร์)

<sup>12</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ”, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง หน่วยที่ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555), น.13-14.

ท้องถิ่นแล้ว ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกไปรับแจ้งตามแบบที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นกำหนดเพื่อเป็นหลักฐานการแจ้งให้แก่ผู้นั้นภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง<sup>13</sup>

(2) องค์ประกอบส่วนผลที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องตัดสินใจใช้อำนาจ โดยมีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำ

ลักษณะนี้เมื่อมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเกิดขึ้นประเภทกับข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจ แต่มีดุลพินิจในขั้นตอนการใช้มาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำ กล่าวคือ มีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำได้หลายอย่างหรือภายในขอบเขตที่กำหนด เช่น ในกรณีที่มีการขูดดินหรือการถมดินได้ก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของบุคคลอื่น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่รายงานต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นให้มีคำสั่งให้ผู้ขูดดิน ผู้ถมดิน หรือเจ้าของที่ดินหยุดการขูดดินหรือการถมดิน หรือจัดการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น หรือจัดการแก้ไขการขูดดินหรือการถมดินนั้นแล้วแต่กรณี และให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อป้องกันหรือระงับความเสียหายนั้นได้<sup>14</sup>

(3) องค์ประกอบส่วนผลที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการก็ได้ แต่ถ้าตัดสินใจแล้วย่อมไม่มีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำ

ลักษณะนี้เมื่อมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเกิดขึ้นประเภทกับข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าตัดสินใจใช้อำนาจแล้วย่อมไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนการใช้มาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำ เพราะผูกพันให้ต้องใช้มาตรการดำเนินการหรือเนื้อความของการกระทำที่กำหนดไว้เพียงประการเดียว เช่น เมื่อผู้ตรวจการขนส่งตรวจพบว่ารถคันใดมีสภาพไม่มั่นคงแข็งแรงหรือมีเครื่องอุปกรณ์หรือส่วนควบไม่ครบถ้วน หรือไม่ถูกต้องตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และปรากฏโดยชัดแจ้งว่าการใช้รถคันนั้นต่อไปน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่การขนส่ง ให้ผู้ตรวจการขนส่งมีอำนาจสั่งระงับใช้เป็นการชั่วคราวได้<sup>15</sup>

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติการขูดดินและถมดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 17.

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติการขูดดินและถมดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 31.

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 83.

(4) องค์ประกอบส่วนผลกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการก็ได้ แต่ถ้าตัดสินใจแล้วย่อมมีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำ

ลักษณะนี้เมื่อมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเกิดขึ้นประเภทกับข้อเท็จจริงในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว มีดุลพินิจในขั้นตอนการใช้มาตรการดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำ กล่าวคือ มีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำได้หลายอย่างหรือภายในขอบเขตที่กำหนด เช่น เพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน ให้ผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงมีอำนาจใช้ที่ดินหรือเข้าครอบครองวัตถุสำหรับใช้งานทาง ซึ่งอยู่ในความครอบครองของบุคคลใดในบริเวณหรือใกล้เคียงกับบริเวณที่เกิดภัยพิบัตินั้นได้เท่าที่จำเป็น เพื่อประโยชน์แก่งานทาง และมีอำนาจเกณฑ์แรงราษฎร สัตว์พาหนะหรือยานพาหนะ ตลอดจนเครื่องจักร เครื่องมือ และเครื่องอุปกรณ์สำหรับใช้งานทางได้ด้วย<sup>16</sup>

โครงสร้างของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ หรือองค์ประกอบส่วนเหตุ และ โครงสร้างของกฎหมายส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย หรือองค์ประกอบส่วนผลของกฎหมาย ที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองดังที่กล่าวมานี้ เป็นตัวอย่างให้เห็นระหว่างความสัมพันธ์ของโครงสร้างของกฎหมายที่สมบูรณ์ กับขั้นตอนของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง หลักการพื้นฐานนี้สามารถนำไปใช้อธิบายความสัมพันธ์ของโครงสร้างของกฎหมายที่สมบูรณ์ กับขั้นตอนของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายอื่นในการกระทำด้านอื่นๆ ได้ด้วย เพราะอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายล้วนได้มาจากกฎหมายทั้งสิ้น

<sup>16</sup> พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 มาตรา 30.

## 2.2 ประเภทของอำนาจที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองได้จำแนกอำนาจที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจผูกพัน (Mandatory power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)<sup>17</sup>

### 2.2.1 อำนาจผูกพัน (Mandatory power)

ในทางกฎหมายปกครอง อำนาจผูกพัน หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้น จะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้ เช่น กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์แก่เอกชนโดยบัญญัติกำหนดเงื่อนไขแห่งการออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ไว้หลายประการ ถ้าเอกชนคนหนึ่งซึ่งยื่นคำร้องขอใบอนุญาตล่าสัตว์ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ครบถ้วน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์แก่ผู้ร้อง หรือเมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส มีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นที่แท้จริงแล้วก็คือหน้าที่นั่นเอง แต่ที่เราเรียกกันว่าอำนาจผูกพันก็ด้วยเหตุผลแต่เพียงว่าคำวินิจฉัยสั่งการที่เป็นผลมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ของคนนี้ เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้นเอง<sup>18</sup> ในสหรัฐอเมริกาเรียกการกระทำที่ต้องใช้อำนาจผูกพันนี้ว่า “Ministerial Act or Non-Discretion Act”<sup>19</sup>

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายไว้เพียงประการเดียว เรียกว่ากฎหมายให้ “อำนาจผูกพัน” แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายโดยทั่วไปแล้ว จะ

<sup>17</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 51-57.

<sup>18</sup> เพิ่งอ้าง เรื่องเดียวกัน.

<sup>19</sup> “The duty is ministerial, when the law, exacting its discharge, prescribes and defines the time, mode, and occasion of its...”, said in Edwin W. Patterson, “Ministerial and Discretionary Official Acts”, *Michigan Law Review*, Vol. 20, No. 8 (Jun., 1922), pp. 848-886.



พบว่ามิใช่บัญญัติของกฎหมายจำนวนไม่น้อย ที่กำหนดผลทางกฎหมายไว้เพียงประการเดียวสำหรับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่ง ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตัดสินใจดำเนินตามผลทางกฎหมายที่บัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เพียงประการเดียวเท่านั้น การกระทำของฝ่ายปกครองจึงจะชอบด้วยกฎหมาย เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจและเป็นกรณีอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลอย่างสมบูรณ์<sup>20</sup> การกำหนดให้อำนาจผูกพันแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นวางอยู่บนความคิดในเรื่องความยุติธรรมทั่วไป คือความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย<sup>21</sup> เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีบทบาทเป็นเพียงเครื่องจักรอัตโนมัติที่ทำงานให้แก่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น<sup>22</sup> โดยไม่มีข้อยกเว้นให้สามารถเลือกที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันไปได้

### 2.2.2 อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองขาดความชัดเจนแน่นอน เมื่อนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจ<sup>23</sup> ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะราย เพื่อมิให้ตัวบทกฎหมายตลอดจนการใช้กฎหมายแข็งกระด้างและมีเป้าหมายสูงสุดที่การทำความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่เรื่องเฉพาะราย ดุลพินิจจึงเป็นเรื่องกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้แน่ชัดและปฏิบัติตามนั้น<sup>24</sup> อำนาจดุลพินิจมีหลายประเภทแบ่งแยกไปตามการกระทำด้านต่างๆ ของรัฐ แต่โดยเนื้อหาแล้วอำนาจดุลพินิจจะมีลักษณะร่วมที่เหมือนกัน คือในกรณีที่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใดก็ตาม ได้กำหนดถ้อยคำที่มีลักษณะขาดความแน่นอนตายตัว หรือให้ทางเลือกในการใช้อำนาจหรือมาตรการในการใช้อำนาจได้หลายทางหรือในขอบเขตที่กำหนด เท่ากับยอมรับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้ใช้กฎหมายนั้นมีดุลพินิจในเรื่องนั้นๆ เพราะหากไม่ยอมรับเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นก็ไม่สามารถบริหารกฎหมายได้ ก็จะทำให้เกิดการหยุดชะงักในการปฏิบัติหน้าที่หรือขาดประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย อำนาจดุลพินิจจึงมี

<sup>20</sup> สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น.244.

<sup>21</sup> เฟิงอ้าง, น.245.

<sup>22</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 169.

<sup>23</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.65.

<sup>24</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น. 261.

ลักษณะที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพันที่กฎหมายที่ให้อำนาจมีความชัดเจนแน่นอนตายตัวแล้ว หรือไม่เปิดโอกาสให้เลือกใช้อำนาจหลายทางได้ ซึ่งเรื่องอำนาจดุลพินิจนี้เป็นเรื่องสำคัญที่จะได้ศึกษาแยกแยะในรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

## 2.3 สารัตถะของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

### 2.3.1 ความหมายของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

คำว่า “ดุลพินิจ” ในความหมายต่างๆ ไปนั้น คลังความรู้ของราชบัณฑิตยสถาน ได้อธิบายว่า คำว่า ดุลพินิจ (อ่านว่า ดุน-ละ-พิ-นิจ) ประกอบด้วยคำว่า ดุล กับคำว่า พินิจ. ดุล แปลว่า เท่า กัน, เสมอกัน, เท่าเทียมกัน. พินิจ แปลว่า การพิจารณา. ดุลพินิจ จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควร, การพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม. คำว่า ดุลพินิจ ใช้ในเรื่องที่เกี่ยวกับความยุติธรรมในการตัดสิน เช่น ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจพิจารณาหลักฐานที่ฝ่ายโจทก์และจำเลยเสนอ แล้วจึงตัดสินคดีอย่างเที่ยงธรรม, เมื่อเขาทำผิดก็ต้องยอมรับโทษ โทษจะหนักเบาเพียงใดก็แล้วแต่ดุลพินิจของ ศาล, การตรวจข้อสอบอัตนัยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ตรวจ, และการอนุมัติงบประมาณในวงเงินที่จำกัด ให้อยู่ในดุลพินิจของหัวหน้าหน่วยงาน เป็นต้น คำว่า ดุลพินิจ ออกเสียงว่า ดุน-พิ-นิจ ตามระบบเสียงของภาษาไทย หรือ ดุน-ละ-พิ-นิจ ตามลักษณะของคำสมาส. คำว่า ดุลพินิจ ใช้ว่า ดุลยพินิจ (อ่านว่า ดุน-ยะ-พิ-นิจ) ก็ได้.<sup>25</sup> ส่วนคำนิยามของดุลพินิจ หรือดุลยพินิจ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “ดุลย” หมายถึง เท่ากัน เสมอกัน ทัดเทียมกัน “ดุลยพินิจ” หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร ดุลพินิจ ก็ใช้<sup>26</sup> มีลักษณะเป็นคำนามตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Discretion” มาจากรากศัพท์ภาษาละตินว่า “Discretio” (ดังที่จะกล่าวในหัวข้อต่อไป) ซึ่งคำว่า “Discrete” ก็มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “Distinct” และ “Seperate”<sup>27</sup> ซึ่งมีความหมายว่า ลักษณะที่แปลกแยก หรือแตกต่างจากกรณีปกติ

<sup>25</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. “ความหมายของดุลพินิจ.”, <http://www.royin.go.th/>, สืบค้นเมื่อ 29 ตุลาคม 2554.

<sup>26</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในวโรกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554, น.440.

<sup>27</sup> Collins compact dictionary, (HarperCollins Publishers, 1994), p. 237.

สำหรับความหมายของอำนาจดุลพินิจในทางกฎหมายนั้น Black's Law Dictionary ให้ความหมายของ “ดุลพินิจ” (Discretion) ไว้ว่าหมายถึง “อำนาจหรือสิทธิของเจ้าพนักงานในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ ตามวิจารณ์ญาณและการตัดสินใจส่วนบุคคล” มีหลักกฎหมายละตินว่า “Discretio est scire per legem quid sit justum. Discretio est discernere per legem quid sit justum.” - ดุลพินิจคือการหยั่งรู้โดยกฎหมายว่าอะไรคือความยุติธรรม และ “Deliberandum est diu quod statuedum est semel.” – สิ่งใดอันจะได้รับการชี้ขาดเป็นยุติควรได้รับการวินิจฉัยใคร่ครวญโดยสุขุม<sup>28</sup> อำนาจดุลพินิจต้องใช้อย่างสุจริต (good faith) โดยมีจุดมุ่งหมายตามที่ได้รับมาจากกฎหมายและภายใต้ข้อจำกัด โดยกฎหมายหรือปัจจัยอื่นที่ให้อำนาจนั้น อำนาจดุลพินิจนี้ต้องใช้อย่างเป็นธรรมด้วย มิใช่ใช้ตามอำเภอใจหรือไม่แน่นอนและต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอย่างแท้จริง<sup>29</sup>

บางท่านเห็นว่า แม้จะมีการนิยามความหมายของดุลพินิจเอาไว้ แต่ก็ยังไม่มีนักนิติศาสตร์คนใดให้บรรดาธิบายถึงความหมายของ “ดุลพินิจ” อย่างแน่ชัดจนจนเป็นที่ยอมรับเป็นสากล ทั้งนี้อาจเป็นเพราะโดยเนื้อแท้ทางภาษา คำว่า “ดุลพินิจ” เป็นคำอันเป็นสัญลักษณ์ทางนามธรรมโดยสิ้นเชิง ไม่ใช่สิ่งรูปธรรมที่จะสัมผัสได้ ความหมายของคำๆ นี้ จึงละเอียดอ่อนและค่อนข้างจะคลุมเครือ (Vague)<sup>30</sup>

นักกฎหมายอเมริกันบางท่านเห็นว่า อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งแพร่หลายมากในระบบกฎหมาย แต่แท้ที่จริงแล้วเป็นการยากมากที่จะทำความเข้าใจมันได้อย่างถ่องแท้ ตัวอย่างเช่น

<sup>28</sup> ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ภูษาศึกษาการใช้ดุลพินิจ, (กรุงเทพ : ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์, จำหน่ายโดยร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย “ปณรัชช”), น.1.

<sup>29</sup> Zaim M. Nedjati and J.E. Trice, English and Continental System of Administrative Law, p.92. อ้างใน ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนแนวปฏิบัติ ระเบียบและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 255-256.

<sup>30</sup> เรวดี ฉ่ำเฉลิม, ชะลอการฟ้อง, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), น.20.

Ronald Dworkin ได้เปรียบเทียบอำนาจดุลพินิจว่าเป็นเหมือน “รูกกลมในโดนัท”<sup>31</sup> ดุลพินิจมักปรากฏในลักษณะเป็นผลกระทบเชิงลบของกฎหมาย มันดำรงอยู่ในช่องว่างของกฎหมาย Kenneth Davis กล่าวว่า “เมื่อใดที่กฎหมายสิ้นสุดลง ดุลพินิจก็เริ่มต้นขึ้น”<sup>32</sup> คำกล่าวในลักษณะนี้เป็นการเปรียบเทียบเปรยว่า กฎหมายและดุลพินิจเป็นของคู่ที่อยู่ตรงข้ามกัน Herbert Packer กล่าวว่า “ความหมายทางถ้อยคำกรณีนี้คือ ปัญหาพื้นฐานอันเนื่องด้วยดุลพินิจเป็นเรื่องง่ายที่จะถูกมองว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมาย”<sup>33</sup> ซึ่งการให้นิยามอำนาจดุลพินิจในลักษณะนี้ เป็นการมองในแง่ว่าอำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมาย หรือที่กฎหมายมีช่องว่าง ซึ่งเป็นแนวคิดที่แตกต่างจากนิยามของอำนาจดุลพินิจที่นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ให้นิยามไว้

บางท่านเห็นว่าดุลพินิจเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้และการตีความกฎหมาย และจำแนกลักษณะบทกฎหมายส่วนใหญ่ออกได้เป็น 2 ส่วน คือ กฎหมายเคร่งครัด (Jus Strictum) กับกฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum)<sup>34</sup> ถ้าบทกฎหมายใดได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและกำหนดผลไว้แน่นอนชัดเจน ผู้ใช้ผู้ตีความไม่สามารถใช้ดุลพินิจ เสริมแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติได้ กฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ตายตัวเช่นนี้ เราเรียกว่า “กฎหมายเคร่งครัด” (Jus Strictum) ซึ่ง

---

<sup>31</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (1978) see Robert C. Post, *The Management of Speech: Discretion and Rights* (1984). Faculty Scholarship Series. Paper 218. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/218](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/218).

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 290, (1978). “The notion that law and discretion are simply binary opposites has a long intellectual pedigree. In modern times it can be traced to sources as diverse as Dicey's vision of the Rule of Law”, see Dicey, *The Laws of the constitution*, 215 (1885), and Weber's conception of “rational-legal” authority, see Nonet & Selznick, *Law and Society in Transition* 64 (1978). See, e.g., Gr. Brit. Committee on Administrative Tribunals (Franks Committee), Report, Comd. No. 218, at 6 (1957); Hayek, *The road to Serfdom* 72-73 (1944); Dickson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States* 126 (1927); Mashaw, *Bureaucratic Justice* 1-2 (1983).

<sup>34</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526), น. 53-54.

ได้แก่ถ้อยคำของกฎหมายในลักษณะ เช่น ข้าราชการพลเรือนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี เป็นต้น<sup>35</sup> ในทางตรงกันข้าม ถ้าตัวบทกฎหมายใดไม่ได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด หรือมีลักษณะคลุมเครือไม่แน่นอนชัดเจน เช่น การกระทำขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี กระทบต่อความมั่นคงความปลอดภัยในการจราจร สภาพน่ารังเกียจ เป็นอันตรายต่อเยาวชน ประโยชน์ของทางราชการ ประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น บทบัญญัติกฎหมายที่ใช้ศัพท์เหล่านี้เรียกว่า “กฎหมายยุติธรรม” (Jus aequum) บทบัญญัติประเภทนี้เปิดโอกาสให้ผู้ใช้อกฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเป็นรายกรณีไป<sup>36</sup>

นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน<sup>37</sup> และให้ความคิดเห็นเรื่องอำนาจดุลพินิจไว้อย่างมากหลากหลายสำนวน เช่น

“อำนาจดุลพินิจย่อมปรากฏขึ้นทุกครั้งที่องค์การของรัฐฝ่ายปกครองกระทำการอย่างอิสระ โดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการอันตนจักต้องกระทำไว้ล่วงหน้า”<sup>38</sup> “องค์การของรัฐฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจดุลพินิจเมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติบังคับให้ตนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการหรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาการหลายๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป”<sup>39</sup> “อำนาจดุลพินิจมิใช่อะไรอื่นหากแต่เป็นความสามารถอันกฎหมายให้แก่องค์การของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกว่าในบรรดาคำสั่งสองหรือหลายคำสั่งซึ่งตามกฎหมายแล้วล้วนแต่ออกได้ทั้งสิ้นนั้น คำสั่งใดที่ตนเห็นว่าสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด”<sup>40</sup> “ข้อความคิดที่แท้จริงของดุลพินิจทางปกครองเกี่ยวเนื่องกับสิทธิในอันที่จะเลือกกระทำการ

<sup>35</sup> สุขชาติ เวโรจน์, การควบคุมเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง, วารสารข้าราชการ, ปีที่ 47 ฉบับที่ 2 (เดือนมีนาคม - เมษายน 2545), น.2-3.

<sup>36</sup> สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 10, น.242. (หลักกม. มหาชนเบื้องต้น)

<sup>37</sup> วรพจน์ วิรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, น. 52.

<sup>38</sup> L. Michoud, Etude sur le pouvoir discrétionnaire, Rev. Gen. d' Administration, 1914, p.9.

<sup>39</sup> Emile Giraud, Etude sur le notion du pouvoir discrétionnaire, Rev. Gen. d' Administration, 1924. p. 194.

<sup>40</sup> Marcel Waline, Plaidoyer pour le pouvoir discretionnaire, Estudios de derecho administrativo, Tome I, Montevideo, 1979, p.520.

อย่างใดอย่างหนึ่ง ในบรรดาการหลายๆ อย่าง ซึ่งเป็นไปได้ที่จะกระทำและซึ่งเปิดช่องให้วิญญูชนมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่าการใดเป็นการอันพึงปรารถนา”<sup>41</sup> “ดุลพินิจคืออำนาจในอันที่จะออกคำสั่งซึ่งในทางภาวะวิสัยแล้ว ไม่อาจตัดสินได้ว่าถูกหรือผิด”<sup>42</sup>

ส่วนนักกฎหมายไทยก็ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจไว้หลายความหมาย เช่น

อำนาจดุลพินิจ คือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร<sup>43</sup>

อำนาจดุลพินิจ หมายถึง อำนาจในการตัดสินใจหรือกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระ โดยปราศจากความพอใจส่วนตัว หรือกล่าวคือ การตัดสินใจต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล โดยต้องพิจารณาถึงความยุติธรรมตามธรรมชาติ และพิจารณาถึงประโยชน์ของทุกฝ่ายอย่างรอบด้านแล้ว หรือเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล<sup>44</sup>

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจอาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการใช้ดุลพินิจ อันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การวินิจฉัยดังกล่าวของฝ่ายปกครองเป็นที่สุด (Letztenscheidung) การใช้ดุลพินิจใน

<sup>41</sup> คำกล่าวของ Lord Diplock ในคดี Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council (1976) 3 W.L.R. p.681.

<sup>42</sup> Jeilius Grey, “Discretion in Administrative Law”, Osgood Hall Law Journal, Vol. 17, 1979, p. 117.

<sup>43</sup> วรพจน์ วิรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, น. 53.

<sup>44</sup> อมร จันทรสุมบุรณ์, หลักกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), น.139-140.

ส่วนนี้เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ก่อนจะออกนิติกรรมทางปกครอง การใช้ดุลพินิจอาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นการกระทำก็ได้<sup>45</sup>

อำนาจดุลพินิจ เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติหรือตัดสินใจได้ด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเอง และภายในขอบเขตของกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่าง แต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน<sup>46</sup>

โดยสรุป จากบรรดาความเห็นของนักกฎหมายทั้งหลายที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า นักกฎหมายเห็นพ้องกันว่าความหมายของอำนาจดุลพินิจที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ของรัฐปรากฏอยู่ในส่วนผลของกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” ซึ่งจะเกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจใช้อำนาจได้หลายอย่างหรือภายในขอบเขตที่กำหนด ส่วนดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุหรือดุลพินิจวินิจฉัยนั้น แม้นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ เพราะการตีความและการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในสายตาของศาลเป็นเพียงปัญหาข้อกฎหมาย ที่ศาลมีอำนาจทบทวนตรวจสอบการใช้กฎหมายในส่วนนี้ของฝ่ายปกครองได้ทั้งสิ้น<sup>47</sup> ก็ตาม แต่ส่วนใหญ่ต่างก็ยอมรับว่ากรณีใดที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้ด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงหรือแน่นอนตายตัวเท่ากับยอมรับว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ใช้อำนาจสามารถใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย ตีความและให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือปรับบทกฎหมาย ให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเป็นรายกรณีไปได้

### 2.3.2 การดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจและเหตุผลในการให้อำนาจดุลพินิจ

ในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยของบรรดาประเทศต่างๆ ได้สร้างหลักการที่สำคัญในการปกครองตนเองของรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมาย ได้แก่ หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat ; Legal state) เป็นหลักการที่ใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมันและประเทศอื่นในแถบภาคพื้นยุโรป และ

<sup>45</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 259.

<sup>46</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.18. (มสธ.หน่วยที่ 9)

<sup>47</sup> วิษณุ วัลญญ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2547), น. 13-18.

หลักนิติธรรม (Rule of law) ซึ่งพัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษและประเทศที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักการทั้งสองนี้แม้มีข้อความคิดต่างกันในบางเรื่อง แต่โดยรวมแล้วมีส่วนสำคัญต่อการยอมรับในการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นอย่างยิ่ง และกล่าวได้ว่าหลักการทั้งสองนี้หากหลีกเลี่ยงได้ ต่างก็ไม่ปรารถนาจะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ แต่ด้วยมีเหตุจำเป็นบางประการทำให้ทุกประเทศดังกล่าวจำเป็นต้องยอมรับการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจ และเหตุผลที่จำเป็นจะต้องให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่นั้นมีอยู่ 3 ประการ ได้แก่ เหตุผลในเรื่องความหลากหลายของภารกิจของรัฐ ข้อจำกัดในการบัญญัติกฎหมาย และการอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณี กล่าวคือ

เมื่อรัฐเสรีประชาธิปไตยดั้งเดิมค่อยๆ แปรรูปมาเป็นรัฐสวัสดิการ (Welfare state) ซึ่งนอกจากดำเนินภารกิจที่สำคัญดังกล่าวแล้ว ยังใช้อำนาจแทรกแซงเข้าไปในวิถีของราษฎรทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจและวัฒนธรรม เพื่อยังให้เกิด “ความยุติธรรมทางสังคม” (Social justice) อีกด้วย ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ากฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐออกคำสั่งไม่อาจจะมีลักษณะทั่วไปและแน่นอนชัดเจนอย่างที่ควรจะเป็นได้ ยิ่งรัฐเข้าไปแทรกแซงวิถีชีวิตของราษฎรด้านต่างๆ มากเท่าใด กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งต่างๆ เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายของรัฐก็ยิ่งจะขาดความชัดเจนและเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจได้มากเท่านั้น<sup>48</sup> การที่ภารกิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมีความหลากหลายและสลับซับซ้อนมาก ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายที่มีลักษณะชัดเจนแน่นอนให้ครอบคลุมภารกิจของฝ่ายปกครองได้ในทุกกรณี จึงจำเป็นต้องให้อำนาจดุลพินิจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีแดนอิสระในการดำเนินภารกิจของตนได้อย่างยืดหยุ่นและครอบคลุมทุกกรณี<sup>49</sup>

สำหรับเหตุผลเรื่องการอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีนั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานในการปกครองของรัฐด้วย หลักนิติรัฐเป็นพื้นฐานสำคัญที่หลายประเทศได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐซึ่งเป็นหลักการย่อยจึงถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน มาตรา 20 (3) ที่บัญญัติว่า “ฝ่ายนิติบัญญัติต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องผูกพันโดยกฎหมายและ

<sup>48</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 50.

<sup>49</sup> Ernst Freund, “The Substitution of Rule for Discretion in Public Law”, *The American Political Science Review*, Vol.9 No.4 (November 1915), p.666.



ความยุติธรรม” (Article 20 (3) Legislation shall be subject to the constitutional order, the executive and the judiciary shall be bound by law and justice)

นอกจากในส่วนของหลักการกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว หลักนิติรัฐยังเรียกร้องอีกด้วยว่า กฎหมายที่จะให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งหรือบังคับใช้มาตรการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะเปิดโอกาสให้ประชาชนที่อยู่ใต้บังคับของกฎหมาย สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าถ้าพวกเขาตัดสินใจใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการใดไป เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจตามกฎหมายสนองตอบการกระทำของตนอย่างไร<sup>50</sup> เพื่อเป็นการประกันความมั่นคงในนิติฐานะ (Legal security) ของประชาชน ศาลของประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงพากันพิพากษาว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอนเท่าที่ควร เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>51</sup> การที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดถ้อยคำไว้อย่างชัดเจนล่วงหน้าว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างไร ในสถานการณ์หรือเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง โดยวางอยู่บนฐานความคิดเรื่องความยุติธรรมทั่วไป (General of justice) คือความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย<sup>52</sup> ดังนั้น เนื้อหาสาระของหลักการกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายจึงมีแนวโน้มที่จะปฏิเสธการมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เมื่อพิจารณาความมุ่งหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีแต่เพียงความมุ่งหมายในการประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะของประชาชนให้สามารถตัดสินใจใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพตามที่ตนปรารถนาตามฐานความคิดเรื่องความยุติธรรมทั่วไปเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งหมายที่จะอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนทุกคนในรัฐของตนในทุกกรณี ซึ่งเป็นความมุ่งหมายที่ตั้งอยู่บนฐานความคิดเรื่องความยุติธรรมเฉพาะกรณี (Individualization of justice) คำสั่งทางปกครองที่ยุติธรรม จึงต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของประโยชน์มหาชน

<sup>50</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, น. 47. (การควบคุมดุลพินิจา-บทบัญญัติ)

<sup>51</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental Principles of Administrative Law)”, ใน คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2540), น. 163.

<sup>52</sup> สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 17, (กันยายน 2530), น. 57.

(Public Interest) ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด<sup>53</sup>

ด้วยเหตุนี้จึงค่อยๆ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในปัจจุบันว่า หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายของหลักนิติรัฐ ไม่สามารถตีความให้เคร่งครัดถึงขนาดปฏิเสธการมีอยู่ของดุลพินิจในทางปกครองได้<sup>54</sup> หรือกล่าวได้ว่า “การดำรงอยู่และการใช้อำนาจดุลพินิจเป็นที่ยอมรับว่าไม่ได้ขัดกับหลักนิติรัฐหรือขัดต่อข้อความคิดว่าด้วยสังคมที่เป็นธรรมอีกต่อไป ตรงกันข้ามกลับเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้นว่า อำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะทำให้บรรลุถึงสังคมที่เป็นธรรมหรือเพื่อทำให้หลักนิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้<sup>55</sup>

สำหรับหลัก Rule of Law ถือว่าโดยปกติการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับหลักนิติธรรม<sup>56</sup> เพราะเป็นอำนาจที่กฎหมายบัญญัติเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถตัดสินใจใช้อำนาจได้อย่างอิสระ ซึ่งมักใช้อำนาจดุลพินิจคุกคามสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่เสมอ ด้วยเหตุผลข้างต้นลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) จึงเห็นว่าการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจนับเป็นสิ่งที่อันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก<sup>57</sup> ในปี ค.ศ. 1885 Dicey ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมของเขาที่ชื่อว่า “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” โดยแสดงความคิดเห็นโดยสรุปในตอนท้ายของหนังสือว่า “หลักนิติธรรม” เป็นหลักที่ยอมรับอำนาจสูงสุดของกฎหมายและขจัดการดำรงอยู่ของอำนาจตามอำเภอใจ อำนาจพิเศษหรืออำนาจดุลพินิจที่กว้างขวางของฝ่ายปกครอง”<sup>58</sup> แม้ความคิดของ Dicey จะถูกวิจารณ์อย่างมาก โดยเฉพาะประเด็นที่ Dicey ไม่ยอมรับอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ไม่ยอมรับระบบศาลปกครอง

<sup>53</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 48.

<sup>54</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.84. (การควบคุมการใช้อำนาจ)

<sup>55</sup> Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2ed (Berlin : Springer, 2001), pp. 127-128.

<sup>56</sup> Denis James Galligan, Discretion Power : A Legal Study of Official Discretion, (Oxford : Clarendon Press, 1986), pp. 33-37.

<sup>57</sup> Ivor Jennings, The Law and the Constitution, 5<sup>th</sup> Edition, (London : University of London Press, 1959), p. 54.

<sup>58</sup> Albert Venn Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10<sup>th</sup> Edition, (London : Macmillan, 1959), P.202.

และสนับสนุนความสูงสุดของรัฐสภามากกว่าความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ก็นับได้ว่า Dicey เป็นผู้ริเริ่มและทำให้ Rule of Law แพร่หลาย<sup>59</sup> กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่าบรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใดๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้ เราจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎหมายอื่นใดในการตรากฎหมาย แนวคิดของเขายังปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานไปกับศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาก็ด้วย<sup>60</sup> Friedrich A. Hayek ก็ได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน โดยเห็นว่าภายใต้หลักนิติธรรมอำนาจดุลพินิจจะมีอยู่ไม่ได้โดยเด็ดขาด เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องจัดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้หมดสิ้นไป ด้วยการบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนไว้ล่วงหน้า<sup>61</sup> แต่ปัจจุบันนักกฎหมายอังกฤษหลายท่านได้วิจารณ์ความเห็นของ Dicey ว่าระบบกฎหมายอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1885 แล้ว ด้วยเหตุนี้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงดำรงอยู่ในระบบกฎหมายของอังกฤษมาตั้งแต่ก่อนสมัยที่ Dicey จะได้เขียนหนังสือดังกล่าวเสียอีก ขณะเดียวกัน Morris R. Cohen ได้สนับสนุนการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน โดยเห็นว่า “เมื่อมีกฎหมายก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่” เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าการบังคับใช้กฎหมายที่ปราศจากดุลพินิจย่อมก่อให้เกิดความอยุติธรรม (injustice) โดยแน่แท้ เพราะไม่อาจตอบสนองความยุติธรรมเฉพาะกรณีได้ ด้วยเหตุนี้ Cohen จึงเปรียบดุลพินิจ

<sup>59</sup> ปิยบุตร แสงกนกสกุล, “นิติรัฐ (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับ นิติธรรม (Rule of Law)”, ใน หนังสือรวมบทความเกี่ยวกับนิติรัฐ นิติธรรม, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ, จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 315-316.

<sup>60</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 333-334.

<sup>61</sup> Fredrich A. Hayek, The Road to Serfdom, (Chicago : The University of Chicago Press, 1944), p.72.

เป็นดัง “ชีวิตและความยืดหยุ่น” ที่มีส่วนทำให้การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>62</sup>

ส่วน ลอร์ด เดนนิ่ง (Loed Denning) เห็นว่า “ความยุติธรรม” ได้แก่ เรื่องที่บุคคลในสังคมซึ่งเป็นบุคคลที่มีเหตุผล มีความรู้สึกผิดชอบ เชื่อมั่นว่าเป็นเรื่องที่ชอบธรรม (Justice is what the right-minded members of the community – those who have the right spirit within them – believe to be fair)<sup>63</sup> หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หรือ Principle of Natural Justice สอดคล้องกับหลักนิติธรรม (Rule of Law) ที่เห็นว่าอำนาจดุลพินิจที่มีอยู่อย่างกว้างขวาง ไม่ใช่สิ่งผิดหรือสมควรถูกกำจัดไป แต่กฎหมายควรเป็นเพียงเครื่องมือที่เอื้อต่อการควบคุมการใช้ดุลพินิจที่กว้างขวางดังกล่าว โดยผู้ใช้ดุลพินิจที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมได้ คือ ดุลพินิจที่ใช้โดยผู้ที่มีเหตุผล<sup>64</sup>

แม้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจะมีแนวโน้มไปในทางปฏิเสธการมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่เมื่อพิจารณาถึงความมุ่งหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีแต่เพียงความมุ่งหมายในการประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Legal Security) ของราษฎร และสิทธิในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equality of Treatment) เท่านั้น หากแต่ยังมุ่งหมายที่จะอำนวยความสะดวกแก่ราษฎรทุกคนในทุกกรณี บนฐานความคิดเรื่อง “ความยุติธรรมเฉพาะกรณี” (Individualization of Justice) อีกด้วย ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ยุติธรรม จึงต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของประชาชน

---

<sup>62</sup> Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice : A Preliminary Inquiry, (Urbana : University of Illinois Press, 1976), p.19.

<sup>63</sup> Pan Mohammad Faiz, Unreasonable Exercise of Discretion or Violation of Wednesbury Principle, (published on <http://faizlawjournal.blogspot.com/2007/10/unreasonableness-and-wednesbury.html>, Posted on Oct 22, 2007 and accessed on September 10, 2013).

<sup>64</sup> Sir Alfred Denning, The Road to justice, (London : Stevens and Sons, 1995) at 4., อ้างใน ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร, “นิติธรรม (The Rule of Law)”, วารสารยุติธรรมคุณาน, ฉบับที่ 1. ปีที่ 6, 2554, น. 30.

มหาชน (Public Interest) ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด<sup>65</sup>

จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า การเกิดขึ้นของอำนาจดุลพินิจมีเหตุผลสำคัญมาจากการที่รัฐเสรีประชาธิปไตย ประสงค์ที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนทุกคนในทุกกรณี ประกอบกับข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติเองที่ไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้แน่นอนชัดเจน เพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่หลากหลายล่วงหน้าได้ในทุกกรณี<sup>66</sup> โดยเฉพาะในสภาพการณ์ที่รัฐเข้าไปแทรกแซงจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่างๆ อย่างมากมายและสลับซับซ้อนในปัจจุบัน

### 2.3.3 ลักษณะทั่วไปของอำนาจดุลพินิจในกฎหมายปกครอง

เมื่อใดฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองเลือกได้หลายทางในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากตัดสินใจเลือกกระทำการไปทางหนึ่งทางใดโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดเพียงทางเดียว โดยไม่ให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือก ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีนี้ ถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ จึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองไว้นั่นเอง หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 จะพบว่ามียุ่หลายมาตราที่บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง เช่น ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขใดๆ ในการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>67</sup> ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับในเวลาใด<sup>68</sup> หรือดุลพินิจในการตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม<sup>69</sup> เป็นต้น สำหรับกรณีที่

<sup>65</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 1, น.48. (การควบคุมการใช้อำนาจฯ บทบัญญัติ)

<sup>66</sup> วิษณุ วรรณฤกษ์และคณะ, อ้างแล้ว, เชิงบรรณที่ 47, น. 2.

<sup>67</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ มาตรา 39 วรรคหนึ่ง “การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น”.

<sup>68</sup> มาตรา 50 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่

กฎหมายไม่ให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครอง ได้แก่ การอนุญาตตั้งสถานบริการพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตประกอบด้วย<sup>70</sup> กรณีนี้กฎหมายบังคับให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องนำประวัติการกระทำความผิดกฎหมายของผู้ขออนุญาตมาประกอบการพิจารณาด้วยจะใช้ดุลพินิจไม่นำมาพิจารณาไม่ได้ หรือกรณีกฎหมายกำหนดเวลาให้ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาสั่งการภายในเวลาที่กำหนด<sup>71</sup> ฝ่ายปกครองต้องสั่งการให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กฎหมายบัญญัติ หากสั่งการเกินกำหนดเวลาต้องมีเหตุผลเพียงพอว่าเหตุแห่งความล่าช้ามิได้เกิดจากความบกพร่องของตนเองนั้นอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความล่าช้านั้นได้

ความอิสระในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง อาจทำให้เข้าใจผิดว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขต ซึ่งความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกตัดสินใจได้หลายทางเพื่อต้องการให้ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้กฎหมาย สามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง อย่างสมเหตุสมผล และเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาตัดสินใจอย่างเหมาะสม ซึ่งเป็นกรอบหรือหลักทั่วไปในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง รวมทั้งข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ<sup>72</sup> ส่วนความอิสระในที่นี้หมายถึง ความอิสระในการตัดสินใจของฝ่าย

---

ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ การเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 51 และมาตรา 52.

<sup>69</sup> มาตรา 28 ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี.

<sup>70</sup> พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 49 วรรคสอง “ในการพิจารณาอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่คำนึงถึงประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการประกอบด้วย”.

<sup>71</sup> พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 9 (เมื่อได้รับคำขออนุญาตตั้งสถานบริการ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาสั่งภายในเก้าสิบวัน).

<sup>72</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

ปกครองโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ต้องมีความเป็นกลาง มีความโปร่งใส และมีความเป็นธรรม ความอิสระในการใช้ดุลพินิจมิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจอย่างไร้ใดๆ ก็ได้ตามอำเภอใจ การที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจ<sup>73</sup> ไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>74</sup>

#### 2.4 ที่มาและขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าที่มาของอำนาจดุลพินิจมีที่มาจากกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลที่มีส่วนในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจ<sup>75</sup> อำนาจดุลพินิจอันมีที่มาจากเนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจ จึงเป็นแหล่งที่มาหลัก ส่วนคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นที่มาของอำนาจดุลพินิจโดยทางอ้อม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นแหล่งที่มาลำดับรอง เพราะคำพิพากษาทำให้การให้อำนาจดุลพินิจของกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น และยังเป็นแนวทางในการใช้อำนาจดุลพินิจของ

---

มาตรา 37 “คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

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

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้...”

<sup>73</sup> อำเภอใจ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง การกระทำโดยเอาแต่ใจตัวเองไม่ยอมรับฟังความคิดเห็นของผู้อื่น.

<sup>74</sup> ชำนาญวิทย์ เตร์ตัน, “ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง”, [www.law.moi.go.th/2551/article007.doc](http://www.law.moi.go.th/2551/article007.doc), สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กันยายน 2558.

<sup>75</sup> ชีรัญชา สระทองอ่อน, “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง”, (วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น.22.

ฝ่ายปกครอง<sup>76</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งศาลสามารถ  
 หลักกฎหมายได้เองด้วย (Judge – made Law, Common Law) แต่เนื่องจากประเทศไทยเราใช้  
 ระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร อำนาจตุลาการจึงต้องมีที่มาจากกฎหมายที่ให้อำนาจเท่านั้น  
 ศาลไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายได้เองโดยตรง (Civil Law) ดังนั้น จึงขอกล่าวถึงเฉพาะที่มาของ  
 อำนาจตุลาการที่มาจากกฎหมาย ส่วนกรณีบทบาทของแนวคำพิพากษาของศาลนั้น ขอกล่าวไว้เฉพาะ  
 ในส่วนของการพิจารณาขอบเขตตุลาการตามแนวคำพิพากษาเท่านั้น

โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายระดับพระราชบัญญัติจะมอบอำนาจตุลาการให้เจ้าหน้าที่ของ  
 รัฐเพื่อกระทำการในทางปกครองและในทางตุลาการเป็นหลัก เพราะการกระทำทั้งสองเป็นเรื่องของ  
 การใช้อำนาจมหาชนด้วยการนำกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้กับองค์ประกอบข้อเท็จจริง  
 ในทางนามธรรมทั่วไป มาสู่การปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมเป็นรายกรณี ซึ่งในการจัดทำ  
 บริการสาธารณะของรัฐแก่ประชาชนโดยฝ่ายปกครองในบางกรณีจำเป็นต้องอาศัยอำนาจมหาชน  
 เพื่อเป็นเครื่องมือสำคัญเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ  
 ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องออกกฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองได้บังคับใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติ  
 ตราขึ้นเป็นการทั่วไป ให้เกิดผลในทางปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่อง  
 นั้นๆ การศึกษาอำนาจตุลาการของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ในทางกฎหมายปกครองได้สร้างหลักอำนาจ  
 ตุลาการไว้้อย่างละเอียด ซึ่งสามารถแยกที่มาของอำนาจตุลาการจากถ้อยคำตามโครงสร้างของ  
 กฎหมายที่ให้อำนาจทั้งสองส่วน ดังนี้

#### 2.4.1 ที่มาของอำนาจตุลาการ

2.4.1.1 ที่มาของอำนาจตุลาการในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วน  
 เหตุของกฎหมาย

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจตุลาการในการให้ลักษณะ  
 กฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (การปรับบทกฎหมาย) แล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่  
 ฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง ประเภทที่ต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทาง  
 วิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือหลายๆ ด้านรวมกัน (Normative Concept) ในการ  
 กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เช่น “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ  
 ศีลธรรม” “อาคารที่ชำรุดทรุดโทรมหรือมีสภาพเป็นที่น่ารังเกียจ” “การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อ

<sup>76</sup> , ธีรรัฐยา สระทองอุ่น, เฟิ่งอ้าง, น. 23.



ความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ” หรือ “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ เป็นต้น<sup>77</sup> ซึ่งทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกำหนดแก้ไขข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติ โดยตีความให้เหมาะสม และเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไปได้<sup>78</sup>

#### 2.4.1.2 ที่มาของอำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

เมื่อกรณีใดที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามข้อ 2.4.1 เกิดขึ้นแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็ต้องมาพิจารณาว่ากฎหมาย ได้กำหนดผลทางกฎหมายหรือมาตรการทางกฎหมายไว้อย่างไร ซึ่งเมื่อใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ และถ้าตัดสินใจไปในทางใช้อำนาจแล้ว จะให้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาหรือเนื้อหาของการกระทำได้หรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำ ดังนี้

1) กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจใช้อำนาจ

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำที่ว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” หรือถ้อยคำทำนองนี้ เช่น “สามารถ” หรือควรจะ” แต่หากไม่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่ว่า “ต้อง” หรือ “ให้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอ” เป็นต้น ซึ่งทำให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจเท่านั้น ไม่มีทางเลือกตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่<sup>79</sup>

2) กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาของการกระทำ

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาของการกระทำ ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง ดังนี้<sup>80</sup>

<sup>77</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 54-55. (วพ.)

<sup>78</sup> เพิ่งอ้าง, น. 24.

<sup>79</sup> เพิ่งอ้าง, น.55-56.

<sup>80</sup> เพิ่งอ้าง, น.57-58.

(1) กำหนดเนื้อความของการกระทำตั้งแต่สองเนื้อความขึ้นไปให้ฝ่ายปกครองเลือกเนื้อความให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น กรณีที่มีการกระทำผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการผู้ใด กฎหมายได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งสามารถเลือกเนื้อความในการที่จะส่งลงโทษว่าจะสั่งให้ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ<sup>81</sup> หรือกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดคนหนึ่งดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม กฎหมายได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถเลือกเนื้อความว่าสมควรจะออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต<sup>82</sup> เป็นต้น แต่ถ้ากฎหมายกำหนดให้มีเพียงเนื้อความเดียวในการที่จะใช้อำนาจได้ กรณีนี้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในส่วนนี้ มีเพียงอำนาจผูกพันเท่านั้น

(2) กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อความของการกระทำได้เองภายในขอบเขตที่กำหนด โดยกฎหมายที่ให้อำนาจมิได้กำหนดเจาะจงว่าเนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง เช่น ในกรณีฉุกเฉินเพื่อป้องกันภัยอันตรายอันอาจเกิดขึ้นแก่การชลประทาน นายช่างชลประทานมีอำนาจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้สิ่งรुकล้ำพันไปจากทางน้ำชลประทาน ชานคลอง เขตคันคลองหรือเขตพนังได้ เป็นต้น<sup>83</sup> กรณีเช่นนี้ จะเห็นว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งการโดยต้องเลือกเนื้อความที่กำหนดไว้ตั้งแต่สองอย่างขึ้นไปแต่อย่างใด แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อความของการกระทำเองได้ตามความจำเป็น หากมีกรณีฉุกเฉินอันเป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจเกิดขึ้นดังกล่าว ซึ่งดุลพินิจในลักษณะนี้จะกว้างและฝ่ายปกครองย่อมมีทางเลือกของการตัดสินใจใช้อำนาจได้อย่างอิสระสูงกว่าแบบที่ (1)

#### 2.4.2 ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2.4.2.1 ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจ

ก. ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจตามรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อความที่เป็นที่มาและขอบเขตของอำนาจดุลพินิจ เช่น ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ มักจะกำหนดขอบเขตและสภาพบังคับของการตรากฎหมายโดยห้ามไม่ให้บทกฎหมายที่ตรานั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้นบท

<sup>81</sup> มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

<sup>82</sup> มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509.

<sup>83</sup> มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485.

กฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับได้<sup>84</sup> หรือกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

บทบัญญัตินี้นอกจากเป็นทั้งที่มาและจำกัดขอบเขตอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แล้ว ขอบเขตอันนี้รัฐธรรมนูญก็บัญญัติให้นำมาใช้กับฝ่ายปกครองซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติให้มีอำนาจดุลพินิจในการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ อันเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐออกตามความในกฎหมายแม่บทที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นด้วย โดยอนุโลม หลักการตามรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ แม้รัฐธรรมนูญจะถูกยกเลิกไป แต่ตราบใดที่ประเทศไทยยังคงปกครองในระบอบประชาธิปไตยและดำรงไว้ซึ่งหลักนิติรัฐ ก็เป็นที่เชื่อได้ว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับ ก็คงยังคงนำมาคงไว้เป็นหลักการสำคัญเพื่อให้การควบคุมการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดไป

หากพิจารณาจากบรรดากฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในการใช้อำนาจแล้ว จะเห็นได้ว่าถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องใดกรณีใดนั้น บางกรณีแสดงให้เห็นเบื้องต้นถึงขอบเขตของอำนาจดุลพินิจได้ ดังนี้

1) ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ในกรณีที่ถ้อยคำที่บัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ มีความหมายไม่เจาะจงประเภท normative concept ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้มิได้แสดงออกว่าให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีขอบเขตดุลพินิจที่กว้างหรือแคบอย่างไร แต่เป็นเพียงถ้อยคำที่แสดงคุณค่าบางอย่างที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ

<sup>84</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6.

เพราะจะต้องนำถ้อยคำเหล่านี้มาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายด้านรวมกันเท่านั้น<sup>85</sup> แต่เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองมีความรู้ความสามารถ ความชำนาญหรือประสบการณ์พิเศษ และยังคงคลุกคลีปัญหาต่างๆมากกว่าแล้ว จะเห็นได้ว่าการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนี้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องวางหรือมีกฎเกณฑ์ในการประเมินให้ความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปในการวินิจฉัยด้วยเหตุนี้ ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้ จึงอาจพิจารณาได้จากกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานที่ได้วางเอาไว้ ซึ่งศาลเองก็จะนำกฎเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้เช่นกัน<sup>86</sup>

## 2) ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมาย

ถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดผลของกฎหมาย สามารถแสดงออกซึ่งขอบเขตของอำนาจดุลพินิจตัดสินใจได้ เช่น ในกรณีที่บทบัญญัติใช้ถ้อยคำว่า “ควรจะ” เป็นการแสดงออกว่า โดยปกติแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เว้นแต่จะมีเหตุยกเว้นพิเศษเฉพาะเรื่องจริงๆ จึงจะสามารถใช้อำนาจดุลพินิจได้ หรือกรณีที่บทบัญญัติใช้ถ้อยคำว่า “สามารถจะ” หรือ “มีอำนาจ” โดยไม่ได้กำหนดมาตรฐานการใช้ดุลพินิจไว้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาจากกรณีเฉพาะรายให้เกิดความยุติธรรม ก็จะแสดงให้เห็นว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้าง<sup>87</sup>

## 3) ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจกรณีถ้อยคำที่ต้องคำนึงถึงในการใช้อำนาจ

นอกจากถ้อยคำที่กำหนดไว้ในองค์ประกอบส่วนเหตุ และในส่วนผลทางกฎหมายแล้วยังมีบางกรณีที่กฎหมายอาจกำหนดถ้อยคำที่เป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องนำมาประกอบการพิจารณาในการใช้อำนาจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นมาตรฐานการใช้ดุลพินิจ ซึ่งจะให้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกจำกัดลง เช่น กรณีอำนาจของคณะกรรมการผังเมืองที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินจะต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือระงับการใช้ประโยชน์ในที่ดินของตนภายในระยะเวลาที่เห็นสมควร กฎหมายได้จำกัดขอบเขตของอำนาจ

<sup>85</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 60.

<sup>86</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 42, ตอน 3, (กันยายน 2529), น. 75.

<sup>87</sup> เรื่องเดียวกัน.

ดุลพินิจของคณะกรรมการ โดยกำหนดข้อความที่เป็นสิ่งที่คณะกรรมการจะต้องคำนึงถึงหรือจะต้องนำมาประกอบการพิจารณาใช้อำนาจ กล่าวคือ คณะกรรมการจะต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึงกิจการที่มีการใช้ประโยชน์ที่ดิน สภาพของที่ดินและทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวกับที่ดิน การลงทุน ประโยชน์หรือความเดือดร้อนรำคาญที่ประชาชนได้รับจากกิจการนั้นประกอบด้วย<sup>88</sup> ดังนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจในกรณีนี้ จึงถูกจำกัดลงโดยข้อความดังกล่าว ซึ่งต่างจากกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดข้อความที่เป็นสิ่งเหล่านี้ไว้เลย อันจะทำให้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกว้างกว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดข้อความทำนองดังกล่าวไว้<sup>89</sup>

#### 2.4.2.2 ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาลหรือองค์การตุลาการแม้จะไม่ได้เป็นที่มาของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยและประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ไม่ถือว่าแนวคำพิพากษาของศาลเป็นที่มาของกฎหมายดังเช่นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) แต่แนวคำพิพากษาของศาลอาจเป็นแหล่งที่มา และก่อให้เกิดวิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง เนื่องจากในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ดี หรือการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกระดับ องค์การตุลาการได้รับมอบหมายจากรัฐให้มีบทบาทสำคัญอันหนึ่งในการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เราไม่ถือว่าคำพิพากษาของศาลซึ่งวางหลักกฎหมายและต่อมาอาจกลายเป็นกฎหมายที่ใช้ในหมู่ของผู้พิพากษานั้น มีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย เพราะในการตัดสินใจผู้พิพากษาเองก็ต้องผูกพันกับกฎหมาย การตัดสินใจที่มีผลเป็นการวางหลักกฎหมายจึงจะต้องทำอยู่ในกรอบของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้พิพากษาสามารถทำให้ตัวบทกฎหมายที่ไม่ชัดเจน เป็นนามธรรม มีความชัดเจนขึ้น หรือแม้แต่สร้างเสริมกฎหมายขึ้นในส่วนที่ปรากฏช่องว่างของกฎหมาย แต่ไม่ใช่การแก้ไขกฎหมายโดยเอาเจตจำนงของตนไปแทนที่เจตจำนงของผู้ตรากฎหมาย ถึงที่สุดแล้วคำพิพากษาของศาลมีฐานะเป็นเพียงตัวอย่างการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งผู้พิพากษาในคดีหลัง เมื่อเห็นพ้องด้วยก็อาจเดินตามได้ แต่ไม่มีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ผูกพันผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม หากคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาที่ศาลวินิจฉัยเอาไว้ด้วยเหตุผลที่ตีมาจากบุคคลต่างๆ นำไปปฏิบัติ การปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอจนบุคคลเหล่านั้นสำนึกว่า สิ่งที่ประพฤติปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและ

<sup>88</sup> พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 27 วรรคสอง.

<sup>89</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 62.

ผูกพันที่จะต้องประพฤติปฏิบัติตามนั้น กฎเกณฑ์ที่ปรากฏในคำพิพากษาก็อาจเป็นกฎหมายประเพณี ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองได้เช่นกัน<sup>90</sup>

ในการตัดสินคดีของศาล ศาลมีอาจตัดสินโดยอำเภอใจได้ แต่การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปของศาลกับการวางแนวบรรทัดฐานของศาล ศาลมิได้ใช้ข้อมูลที่มีพื้นฐานเดียวกัน อาจสกัดจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จากเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือทั้งระบบ หรือจากกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณี แล้วนำมาผ่านการแปรสภาพให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยผลงานของศาล ในการวางหลักกฎหมายทั่วไป ศาลไม่มีเสรีภาพเต็มที่ศาลต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ ศาลไม่สามารถสร้างหลักโดยอำเภอใจ แต่หลักที่ศาลสร้างจะต้องสอดคล้องกับความเห็นร่วมของคนในสังคม ต้องสอดคล้องกับหลักเหตุผลและหลักตรรกะของวิญญูชน ตัวอย่างของการวางแนวบรรทัดฐานของศาล เช่น การที่สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสตัดสินให้ข้าราชการที่ถูกสั่งให้ออกจากงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้รับค่าชดเชยเฉพาะแต่เพื่อความเสียหายที่ได้รับจริงเท่านั้น ไม่รวมถึงการขาดรายได้บางส่วนในช่วงที่คำสั่งให้ออกจากงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่ถูกเพิกถอน สภาแห่งรัฐวางแนวการชดเชยค่าเสียหายดังกล่าว โดยวางอยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นในทางปฏิบัติเฉพาะกรณี เป็นเทคนิคที่เกิดโดยศาลเองในขณะที่การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปของสภาแห่งรัฐ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเสมอภาคต่อภาระสาธารณะ (l'égalité devant les charges publiques) หลักการให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านแสดงพยานหลักฐาน (droit de la défense) ... ฯลฯ สภาแห่งรัฐได้รับแรงบันดาลใจจากข้อเรียกร้องที่เป็นความเห็นร่วมของสังคม (les exigences du milieu social) หลักกฎหมายที่สร้างขึ้นมิได้เป็นผลสะท้อนแนวความคิดส่วนตัวของศาล แต่เป็นการสะท้อนมโนสำนึกของส่วนรวม (Conscience collective) มโนสำนึกร่วมอันเป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปจะอยู่เหนือเจตจำนงของศาล และเป็นมโนสำนึกที่มีสภาพเป็นข้อเรียกร้องที่เหนือกว่าข้อเรียกร้องส่วนบุคคล ดังนั้น จึงเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมและมีผลผูกพันมนุษย์ในสังคมทุกคน<sup>91</sup> และเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาวางหลักเกณฑ์อย่างไร อันเป็นการกำหนดขอบเขตของการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอย่างใดไว้เป็นรูปธรรมจนเป็นที่ยอมรับแม้แต่ศาลในคดีหลัง หรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้อง ในอันที่จะถือปฏิบัติสืบทอดกันมาเป็นเวลานานแล้ว ย่อมทำให้เราเห็นขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันอย่างนั้น ได้เด่นชัดขึ้น

<sup>90</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่, น. 39.

<sup>91</sup> บุปผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป”, <http://www.pub-law.net>, สืบค้นเมื่อ 28 มีนาคม 2558.

แนวคำพิพากษาของศาลที่เป็นที่ยอมรับดังกล่าวจึงเป็นการช่วยทำให้ขอบเขตของอำนาจดุลพินิจที่ปรากฏจากถ้อยคำของกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป เกิดเป็นร่องรอยที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้นนั่นเอง

## 2.5 ประเภทของอำนาจดุลพินิจในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจ

เมื่อพิจารณาถึงอำนาจดุลพินิจตามกฎหมายอันมีที่มาจากถ้อยคำตามโครงสร้างของกฎหมายที่ให้อำนาจทั้งสองส่วนที่ได้กล่าวในหัวข้อก่อนนั้น ทำให้สามารถแยกประเภทของอำนาจดุลพินิจตามตำแหน่งแห่งที่ของมันที่ปรากฏอยู่ในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจได้เป็น 2 ประเภท คือ

### 2.5.1 อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือ ดุลพินิจวินิจฉัย

ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้ เป็นส่วนที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจ ซึ่งก่อนที่จะใช้อำนาจนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเสียก่อนว่า มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในกฎหมายว่ามีอยู่เพียงใด ซึ่งก็เป็นการตีความกฎหมายนั่นเอง แล้วนำข้อเท็จจริงที่ได้ตรวจสอบแล้วว่าได้เกิดขึ้นจริงๆ มาปรับบทกับข้อเท็จจริงในกฎหมาย จากกระบวนการใช้อำนาจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เราอาจสรุปได้ว่า ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่หรือไม่นั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้โดยอาศัยพยานหลักฐานต่างๆ แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่นั้น เพียงพอที่จะทำให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะเลือกตามความพอใจว่าข้อเท็จจริงนั้นๆ เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ แม้ว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้เสมอ แต่ในที่สุดแล้วก็ต้องมีคำวินิจฉัยที่เด็ดขาดเป็นที่ยุติ<sup>92</sup> ดังนั้น โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง<sup>93</sup>

<sup>92</sup> สมยศ เชื้อไทย, การกระทำทางปกครอง, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น. 49-71.

<sup>93</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.22-23.

สำหรับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือการตีความและการปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจน<sup>94</sup> แล้วย่อมไม่มีปัญหา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนี้ มีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง<sup>95</sup> (indefinite legal concepts) เช่น “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี”<sup>96</sup> หรือ “อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคง หรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศชาติ”<sup>97</sup> หรือใช้ถ้อยคำที่มีความหมายลักษณะทำนองเดียวกันกับถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่น “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ”<sup>98</sup> หรือ “ในลักษณะที่สกปรกรกรุงรังหรือไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย”<sup>99</sup> คำศัพท์เหล่านี้ในภาษาเยอรมันเรียกว่า “Unbestimmte Rechtsbegriff” หรือคำศัพท์ที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง<sup>100</sup> บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ศัพท์เหล่านี้เป็นบทบัญญัติที่เรียกว่า “กฎหมาย

<sup>94</sup> ถ้อยคำลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่สามารถตีความวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปได้ล่วงหน้า โดยไม่จำเป็นต้องรอให้ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นมาเสียก่อน (Interpretation a priori), อ้างไว้ใน สมยศ เชื้อไทย, เรื่องเดียวกัน.

<sup>95</sup> ถ้อยคำลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่ไม่อาจตีความวางกฎเกณฑ์ทั่วไปล่วงหน้าได้ หากแต่ต้องตีความหลังจากที่ได้ประสบข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องแล้วเป็นกรณีๆ ไป รวมทั้งยังเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่า ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่ ซึ่งบางท่านเรียกว่า “คำศัพท์ที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน” หรือ “ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว” โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, วารสารกฎหมายปกครอง 3 : 45, สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ 17, 3 : 54, อ้างถึง เรื่องเดียวกัน.

<sup>96</sup> พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 5, มาตรา 21.

<sup>97</sup> พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 16 (2).

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 26.

<sup>99</sup> พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 40.

<sup>100</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, อ้างแล้ว, น.242.



ยุติธรรม” (Jus aequum)<sup>101</sup> ซึ่งบัพัญญูติในลักษณะนี้ทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก้ข้อเท็จจริงที่เป็นที่ยุติ โดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไปได้ จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้ได้ แต่ความเห็นในทางวิชาการในเรื่องนี้ยังเห็นต่างกันอยู่

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในโครงสร้างบัพัญญูติในส่วนองค์ประกอบส่วนเหตุ จะอยู่ในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก้ข้อเท็จจริง (หรือการปรับบทกฎหมาย) ซึ่ง(อาจ) ถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้ได้ เรียกดุลพินิจในชั้นตอนนี้ว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย”<sup>102</sup> (Margin of Judgement – latitude de judgement) ดุลพินิจวินิจฉัย เป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ด้วยถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว (indefinite concepts) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้และวิญญูชน (Reasonable Man) อาจเข้าใจความหมายกว้างแคบแตกต่างกันออกไป นั่นหมายความว่าในการตีความถ้อยคำดังกล่าวย่อมมีความเห็นที่ชอบด้วยเหตุผลมากกว่าหนึ่งความเห็นขึ้นไป สาระสำคัญของดุลพินิจวินิจฉัย จึงหมายถึงเสรีภาพของฝ่ายปกครองที่จะเลือกความเห็นใดความเห็นหนึ่งในบรรดาความเห็นต่างๆ ที่ล้วนแต่ชอบด้วยเหตุผล<sup>103</sup> ซึ่งสิ่งนี้เองแม้กฎหมายก็อาจต้องยอมรับในขีดจำกัดดังกล่าว และเปิดโอกาสให้องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่วินิจฉัยอาจทำความเห็นแย้งกันได้<sup>104</sup> เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะปล่อยให้การวินิจฉัยปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องนั้น เป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ อันอาจถือว่าอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัวหรือไม่เฉพาะเจาะจงนี้ ยังสามารถแยกย่อยออกได้เป็นอีก 2 ประเภท คือ ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในเรื่องทั่วไป และถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในเรื่องทางเทคนิควิชาการ ซึ่งกรณีถือว่าฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจในกรณีนี้ได้หรือไม่ อย่างไร อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

<sup>101</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 34, น.53-54.

<sup>102</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, น. 55-56.

<sup>103</sup> Léo Goldenberg, “Le Conseil d’Etat, juge du fait”, Paris, Dalloz, 1932, pp.45-90. อ่างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เพิ่งอ่าง, น. 55-56.

<sup>104</sup> พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540 มาตรา 9 (1) ประกอบมาตรา 15.

(1) ดุลพินิจวินิจฉัยกรณีถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในเรื่องทั่วไป

ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงทั่วไป เป็นกรณีที่ตัวบทกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้อย่างชัดเจน แต่เลือกใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างๆ หลวมๆ ซึ่งในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวผู้ใช้ผู้ตีความถ้อยคำดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางเทคนิควิชาการอื่นมาใช้ประกอบในการใช้และการตีความ เพียงแต่ผู้ใช้ผู้ตีความจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจประกอบ เพิ่มเสริมความให้กฎหมายสมบูรณ์ขึ้น เพื่อให้เป็นธรรมและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดี และตามกาลสมัย<sup>105</sup> ถ้อยคำของกฎหมายที่มีความหมายไม่เจาะจงในกรณีนี้ แนวคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันถือว่าเป็นถ้อยคำที่เป็นเรื่องในทางข้อเท็จจริง (Empirical Concept) ที่กำหนดเกี่ยวกับสิ่งของ หรือเหตุการณ์ของความเป็นจริง ซึ่งอาจเป็นวัตถุที่รับรู้ได้หรือเหตุการณ์ที่มีประสบการณ์ได้ เช่น คำว่า “กลางคืน” “แนวปฏิบัติทางการค้า” หรือ “พื้นที่อันตราย” แม้มีความหมายไม่เจาะจง เช่น ไม่สามารถระบุว่าเวลาใดเป็นเวลากลางคืน แต่การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นข้อเท็จจริงเดียวกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือไม่นั้น ดำเนินไปอย่างเป็นภาววิสัย มิได้เป็นเรื่องประเมินคุณค่าทางข้อเท็จจริงแต่ประการใด<sup>106</sup>

(2) ดุลพินิจวินิจฉัยกรณีถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในเรื่องทางเทคนิควิชาการ

ในการใช้การตีความถ้อยคำดังกล่าวและปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อความกฎหมายจำเป็นต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน (Normative Concept)<sup>107</sup> ผู้ใช้ผู้ตีความจึงไม่สามารถใช้ความรู้ความเข้าใจทั่วไปหรือเฉพาะความรู้ทางกฎหมายมาใช้และตีความถ้อยคำดังกล่าวได้ จำเป็นต้องอาศัยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในงานแขนงวิชานั้น เป็นผู้ใช้และตีความตัวอย่างถ้อยคำเหล่านี้ เช่น “มีจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการ

<sup>105</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544), น.113.

<sup>106</sup> Mahendra P. Singh, German Administrative law in Common Law Perspective, (Berlin : Springer-Verlag), p.95. อ้างใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชนงอรธที่ 3, น.41.

<sup>107</sup> เพิ่งอ้าง, น.51.

อัยการ”<sup>108</sup> “บุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตซึ่งมีภาวะอันตราย”<sup>109</sup> “กรณีที่น่าทึ่งกว่าที่ห้องที่ได้มีปัญหามลพิษซึ่งมีแนวโน้มที่จะร้ายแรงถึงขนาดเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนหรืออาจก่อให้เกิดหรือผลกระทบเสียหายต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม”<sup>110</sup> “เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ใช้ยา”<sup>111</sup> เป็นต้น ถ้อยคำเหล่านี้จะต้องอาศัยความเห็นของผู้ตีความซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีประสบการณ์ทั่วไปได้ และไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ตีความนั้น<sup>112</sup> การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอยู่ในความหมายของถ้อยคำประเภทนี้หรือไม่ จึงเป็นการประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริง ซึ่งผู้ประเมินแต่ละคนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ แต่ไม่มีผู้ใดกล่าวอ้างได้ว่าความเห็นของตนถูกต้องความเห็นเดียว<sup>113</sup>

#### 2.5.2 อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย หรือดุลพินิจตัดสินใจ

ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้ เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ<sup>114</sup> และในการใช้อำนาจนั้นกฎหมายอาจกำหนดเนื้อความของการกระทำเพียงประการเดียว หรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อความจากหลายๆ ประการ หรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยไม่เจาะจงว่าเนื้อความนั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง

ดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจนี้ เรียกกันว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ”<sup>115</sup> (discretion in decision making - ผู้เขียน) ดุลพินิจตัดสินใจ คือ ความสามารถของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจเลือกออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายๆ คำสั่งซึ่ง

<sup>108</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 49 (6).

<sup>109</sup> พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 มาตรา 26.

<sup>110</sup> พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 59.

<sup>111</sup> พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 มาตรา 86 ทวิ.

<sup>112</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 42 ตอน 3 (กันยายน 2529), น. 68.

<sup>113</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่, น.42.

<sup>114</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว, เชียงธรรมที่ 1, น.55-56.

<sup>115</sup> เรื่องเดียวกัน.

กฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมาย<sup>116</sup> หรืออีกนัยหนึ่ง คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริง อย่างไม่อย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ หากสมควรจะออกคำสั่งแล้ว สมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสม กับข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่ง ซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้

ในส่วนของดุลพินิจตัดสินใจซึ่งเป็นขั้นตอนของการบังคับใช้กฎหมาย และโดยตำแหน่ง แห่งที่อยู่ในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนของผลทางกฎหมายนั้น พบว่ามีการแบ่งประเภท ของดุลพินิจในส่วนนี้ออกเป็น 2 ประเภท หลักๆ คือ ดุลพินิจ (ตัดสินใจ) ที่จะกระทำการหรือไม่ กระทำการ และดุลพินิจ (ตัดสินใจ) เลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด มี รายละเอียดดังนี้

(1) ดุล พินิจ ตัด สิ้น ใจ ที่ จะ ก ระ ท า ก า ร หรือ ไม่ ก ระ ท า ก า ร (Entschliessungsermessen)<sup>117</sup>

ดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการจะเกิดขึ้นเมื่อบทบัญญัติของกฎหมายกำหนด ว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงครบถ้วนตามที่ “องค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย” กำหนดไว้แล้ว “ผล ทางกฎหมาย” ได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการ หรือไม่กระทำการก็ได้ โดยกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจให้ สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายที่เกิดขึ้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อประชาชนมากที่สุด

(2) ดุลพินิจตัดสินใจที่จะเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด (Auswahlermessen)<sup>118</sup>

<sup>116</sup> จาตุรงค์ รอดกำเนิด, สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), น.10.

<sup>117</sup> Hans J. Woff, Otto Bachof, Rolf Stober, อ้างไว้ใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ, รายงาน วิจัยเรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง), น.8.

<sup>118</sup> Hans J. Woff, Otto Bachof, Rolf Stober, อ้างไว้ใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ, เพ็ญอ้าง, น.8.

ดุลพินิจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด จะเกิดขึ้นในกรณีที่ บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดในลักษณะที่ว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงครบถ้วนตาม “โครงสร้าง องค์ประกอบส่วนเหตุ” แล้ว “ผลในทางกฎหมาย” ที่ตามมาให้ฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจว่าจะเลือก มาตรการใดมาตรการหนึ่งในหลายๆ มาตรการตามที่กฎหมายกำหนดได้ เพื่อให้สามารถดำเนินการให้ บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในกรณีนี้ ก็ เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจดุลพินิจให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้น และเพื่อให้ เกิดความเป็นธรรมกับประชาชนมากที่สุด

## 2.6 ลักษณะทั่วไปของการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาด

การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด<sup>119</sup> หรือที่นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า การใช้ดุลพินิจที่ บกพร่อง<sup>120</sup> หรือการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (Abuse of Discretion)<sup>121</sup> ในบทที่ 2 เราได้ศึกษาตัวอย่าง ของการใช้อำนาจดุลพินิจไว้แล้ว โดยเมื่อเราจะศึกษาถึงการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาด เราอาจ พิจารณาถึงการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดตามตำแหน่งแห่งที่ของดุลพินิจในโครงสร้างของ บทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเป็นที่มาของอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใน 2 ส่วน คือ (1) ดุลพินิจที่ผิดพลาดในส่วนโครงสร้างที่เรียกว่า องค์ประกอบส่วนเหตุ หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” และ (2) ดุลพินิจที่ผิดพลาดในส่วนโครงสร้างที่เรียกว่า ผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจ ตัดสินใจ” โดยปกติการที่เราจะหยั่งทราบถึงความผิดพลาดจากการใช้ดุลพินิจนั้น หมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ตัดสินใจใช้อำนาจนั้นแล้ว ในบางครั้งเป็นการยากที่จะกล่าวว่าการใช้ดุลพินิจที่ ผิดพลาดบางอย่างนั้น เกิดขึ้นในขั้นตอนของดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจตัดสินใจ เช่น การใช้ดุลพินิจ

<sup>119</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), น. 247.

<sup>120</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 113, น. 63-66. (บทบัญญัติ)

<sup>121</sup> บางท่านเห็นว่าการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จัดอยู่ในเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ภายในหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 159-160 และ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2545), น. 251.

เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดนั้น สามารถเป็นกรณีที่ใช้ดุลพินิจนั้นเกิดขอบเขตในขั้นตอนของดุลพินิจวินิจฉัย หรือดุลพินิจตัดสินใจก็ได้ อย่างไรก็ตาม โดยหลักการแล้วการพิจารณาถึงดุลพินิจที่ผิดพลาดทั้งสองประเภทนี้พอจะแยกพิจารณาได้ ดังนี้

### 2.6.1 ลักษณะทั่วไปของการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ

สาระสำคัญของดุลพินิจวินิจฉัย คือ เสรีภาพในการเลือกความเห็นใดความเห็นหนึ่งในบรรดาความเห็นที่แตกต่างหลากหลายซึ่งล้วนแล้วแต่ชอบด้วยเหตุผล กรณีการตีความถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงทั่วไปนั้น ก็เป็นเรื่องที่วิญญูชนอาจมีความเห็นแตกต่างกันได้ โดยความเห็นที่แตกต่างหลากหลายดังกล่าว อาจเป็นกรณีที่ล้วนแต่มีเหตุผลรองรับและไม่อาจตัดสินในทางภาวะวิสัยได้ว่าความเห็นใดความเห็นหนึ่งเป็นความเห็นที่ผิด จึงสมควรที่จะให้ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพที่จะเลือกความเห็นใดความเห็นหนึ่งดังกล่าว โดยมีเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นเครื่องชี้ทาง และศาลควรมีบทบาทในการตรวจสอบอย่างจำกัด<sup>122</sup> ดังนั้น ในการควบคุมดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนไม่เป็นการยากนัก แต่ในการพิจารณาว่าดุลพินิจวินิจฉัยใดมีความผิดพลาดชนิดที่ไม่ชัดเจนเป็นเรื่องที่มีความละเอียดลึกซึ้งอย่างมาก และเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของศาลในการที่จะชี้ความผิดพลาดในลักษณะเช่นนั้น

ตามแนวคำพิพากษาบางคดีของศาลปกครองในบางประเทศ บางฝ่ายเห็นว่าขั้นตอนในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในส่วนนี้แม้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนตายตัว หรือมีความหมายไม่เจาะจง (normative concept) และศาลเห็นว่าการใช้อำนาจในส่วนนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะเข้าควบคุมได้ก็ตาม แต่ในบางคดีศาลก็ไม่เข้าควบคุมเลย โดยถือว่าในกรณีเช่นนั้นกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยอย่างแท้จริง หรือในบางคดีศาลอาจเข้าควบคุมเฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงผิดพลาดอย่างชัดเจนเท่านั้น แต่ในทางวิชาการส่วนใหญ่ยอมรับกันว่า ดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนตายตัวหรือมีความหมายไม่เจาะจง (normative concept)<sup>123</sup> หากการดุลพินิจวินิจฉัยใดที่ปรากฏ

<sup>122</sup> สงกรานต์ ป็องบุญจันทร์, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไทย : เปรียบเทียบกับศาลปกครองเยอรมันและศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 137.

<sup>123</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชียงอรุณีที่ 3, น. 51-53.

ความผิดพลาดอย่างไม่ชัดเจน ศาลก็จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังกว่าปกติในการเข้าควบคุมการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยนั้น

ในประเทศฝรั่งเศสศาลปกครองยอมรับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กรณีที่บทบัญญัติใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง แต่ในบางครั้งศาลปกครองก็เข้าควบคุมจนดูเหมือนว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนนี้เลย<sup>124</sup> ขณะที่ศาลปกครองเยอรมันปฏิเสธการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง<sup>125</sup> แต่ศาลปกครองไทยและศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปต่างยอมรับอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ว่ามีได้ในกรณีที่บทบัญญัติใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง และในกรณีดังกล่าวศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ในขอบเขตที่จำกัด ความแตกต่างคงมีเพียงว่าศาลปกครองไทยยอมรับว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัย แม้ในกรณีที่บทบัญญัติใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงทั่วไป ขณะที่แนวคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปยอมรับเฉพาะในกรณีที่ถ้อยคำดังกล่าวเป็นเรื่องทางเทคนิควิชาการเท่านั้น<sup>126</sup>

ประเด็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งในการศึกษาเรื่องการควบคุมดุลพินิจวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือปัญหาที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองควรมีดุลพินิจวินิจฉัยในกรณีที่บทบัญญัติเป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่ คำตอบของปัญหานี้จะส่งผลโดยตรงต่อระดับความเข้มข้นในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของศาล กล่าวคือหากยอมรับว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัย อำนาจตรวจสอบของศาลก็จะลดระดับความเข้มข้นลง แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีดุลพินิจอำนาจตรวจสอบของศาลก็จะยิ่งสมบูรณ์ เช่นเดียวกับการตรวจสอบ

<sup>124</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 26-33.

<sup>125</sup> แต่ศาลปกครองเยอรมันก็ได้สร้างหลักว่าด้วย “แดนวินิจฉัย” ของฝ่ายปกครองไว้ด้วย เท่ากับศาลปกครองเยอรมันยอมรับโดยปริยายว่าในแดนวินิจฉัย ฝ่ายปกครองอาจมีดุลพินิจได้และศาลยอมจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบลง เช่น การวินิจฉัยในเรื่องการประเมินผลสอบ การประเมินผลงานข้าราชการโดยผู้บังคับบัญชา และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระที่ประกอบขึ้นจากผู้เชี่ยวชาญจากหลากหลายวิชาชีพ เป็นต้น, โปรตดูโน สงกรานต์ ป็องบุญจันทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 122, น. 58-65.

<sup>126</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 130.

ตีความข้อกฎหมายทั่วไป<sup>127</sup> การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี ตามที่นักกฎหมายพยายามจำแนกไว้ เช่น

กมลชัย รัตนสกาวงศ์ อธิบายว่า แนวความคิดในเรื่องการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของปทัสฐานทางกฎหมาย (ดุลพินิจวินิจฉัย) ศาลชอบที่จะตรวจสอบดุลพินิจดังนี้

- ก. วางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องหรือไม่ และข้อเท็จจริงนั้นเกี่ยวกับเรื่องหรือไม่
- ข. ได้ปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่
- ค. ได้พิจารณาอย่างอำเภอกใจ หรือบิดเบือนในการประเมินความหมายของถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่เจาะจงนั้นหรือไม่
- ง. ได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของการประเมินความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปที่วางไว้หรือไม่<sup>128</sup>

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมีดุลพินิจวินิจฉัยหรือมีแดนอิสระในการวินิจฉัยดังกล่าว องค์การตุลาการหรือศาลย่อมสามารถตรวจสอบการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองได้อย่างจำกัด ไม่สามารถตรวจสอบได้อย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม การที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจวินิจฉัยหรือแดนอิสระในการวินิจฉัย (เช่น การประเมินผลการสอบ) ก็ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองสามารถวินิจฉัยอย่างไรก็ได้ การใช้ดุลพินิจดังกล่าวย่อมต้องมีขอบเขตเช่นกัน การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยหรือแดนอิสระในการวินิจฉัยที่พ้นไปจากขอบเขตที่ระบบกฎหมายยอมรับ ย่อมเป็นการวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลสามารถควบคุมตรวจสอบได้ จึงอาจสรุปการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่บกพร่องผิดพลาดได้ดังนี้<sup>129</sup>

- (1) เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองสำคัญผิดคิดว่าตนมีดุลพินิจวินิจฉัย ทั้งๆ ที่ไม่มีดุลพินิจเช่นนั้น
- (2) เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเกินไปกว่ากรอบที่กฎหมายอนุญาตให้ใช้

<sup>127</sup> สงกรานต์ ป้องบุญจันทร์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 122, น. 128.

<sup>128</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 278.

<sup>129</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 4, น. 88-89. (นิตินาฎ)



(3) เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยผิดพลาดไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย นำข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องมาร่วมวินิจฉัย หรือไม่นำข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นสาระสำคัญมาร่วมวินิจฉัย

(4) เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองยังคงใช้ดุลพินิจต่อไป ทั้งๆ ที่ดุลพินิจวินิจฉัยนั้นลดระดับลง และหายไปจนเหลือศูนย์ ซึ่งส่งผลให้เหลือแต่การวินิจฉัยเพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่เป็นการวินิจฉัยที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองวินิจฉัยไปเป็นอย่างอื่น

(5) เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจวินิจฉัยขัดหรือแย้งกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญ หรือหลักกฎหมายทั่วไป

โดยสรุปในส่วนนี้ ผู้เขียนพบว่า ในบรรดาการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบในการทำนิติกรรมทางปกครองหลายๆ ประการที่กล่าวมานั้น เป็นเรื่องที่ปรากฏจากการที่ศาลควบคุมตรวจสอบความไม่ชอบในทางภาวะวิสัยเป็นส่วนใหญ่ เช่น กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง คือมีการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองไปข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง (l'erreur de fait) หรือเป็นกรณีการให้คุณค่าหรือให้ความหมายทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง (l'erreur de qualification des faits) หรือกรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) คือ เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนไปในกรณีต่างๆ หรือการตีความกฎหมายผิด (l'erreur de l'interprétation du texte)<sup>130</sup> เป็นต้น

ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแม้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยเนื่องจากถ้อยคำในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญในการประเมินคุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงก็ตาม แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ ก็อาจถือว่าการใช้อำนาจวินิจฉัยนั้นมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายได้เช่นกัน เช่น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีซึ่งมีร่างกายพิการบางส่วน เพราะเห็นว่าผู้ฟ้องคดีมีร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ โดยมีได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่

<sup>130</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32, ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2546), น.275-281.

ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยฯ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการฯ และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย<sup>131</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจจะต้องมีการประเมินคุณค่าในทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงบางกรณี ซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจได้ และวิญญูชนอาจเห็นต่างกันได้ก็ตาม แต่ว่าการควบคุมตรวจสอบของศาลนั้น ศาลก็จำต้องตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยใช้เกณฑ์ในทางภาวะวิสัยเป็นเครื่องตรวจสอบก่อนเป็นเบื้องต้น ซึ่งหากศาลพบว่าการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยมีข้อผิดพลาดจากเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยอย่างเห็นได้ชัด เช่น หากพบว่าการวินิจฉัยนั้นเป็นไปโดยบกพร่องในข้อเท็จจริง หรือให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนไปในกรณีต่างๆ กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องของการผิดพลาดในทางภาวะวิสัย ซึ่งศาลในคดีปกครองอาจจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ และเป็นเรื่องในทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น ยังไม่ใช่เรื่องที่จะนำไปสู่ความรับผิดทางอาญา เพราะความไม่ชอบของการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเช่นนี้ หากเปรียบเทียบกับในทางกฎหมายอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ก็เท่ากับว่าเป็นเพียงการค้นพบการกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดเท่านั้น แต่การจะเป็นความผิดอาญาได้ ผู้กระทำซึ่งในกรณีนี้คือผู้ใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยจะต้องมีเจตนากระทำความผิด คือกระทำไปโดยรู้สำนึกในการที่กระทำว่าการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของตนนั้นเป็นไปโดยมิชอบด้วย ซึ่งเป็นการตรวจสอบลึกเข้าไปในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจ โดยในทางปกครองนั้น ก็มีกรณีที่ศาลต้องลงลึกเข้าไปตรวจสอบอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยด้วยเหมือนกัน ซึ่งในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเรียกว่า เป็นการตรวจสอบเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) กรณีมีการทำนิติกรรมทางปกครองไปในทางบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) แต่การตรวจสอบชนิดนี้เป็นกรณีที่มีข้อจำกัดและมีความยุ่งยากสูงกว่าการตรวจสอบในทางภาวะวิสัยมาก กล่าวคือ ถ้าเมื่อใดศาลในคดีปกครองพบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจอย่างอำเอใจ หรือบิดเบือนในการประเมินความหมายของถ้อยคำของบทบัญญัติที่มีความหมายไม่เจาะจงนั้น หมายความว่าศาลได้ลงลึกเข้าไปตรวจสอบถึงมูลเหตุจูงใจ (motif) และความเคลื่อนไหวในใจ (le mobile) ของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งหากพยานหลักฐานสามารถบ่งชี้ได้ชัดเจนเช่นนั้น ในทางอาญาก็ถือว่าผู้ใช้อำนาจดุลพินิจมี

<sup>131</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.142/2547.

เจตนาปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ อันเป็นเรื่องขององค์ประกอบภายในของความผิดได้ แต่การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดอาญาฐานใด ก็จะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดในฐานความผิดนั้นๆ ต่อไป เนื่องจากในบางฐานความผิดนอกจากต้องอาศัยเจตนาธรรมดาแล้ว ผู้กระทำยังต้องมีเจตนาพิเศษ (specific intent) หรือมูลเหตุชักจูงใจ (motive) ด้วยจึงจะเป็นความผิด

## 2.6.2 ลักษณะทั่วไปของการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์ เห็นว่า ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมายเกิดขึ้น เมื่อฝ่ายปกครองมิได้คำนึงถึงขอบเขตหรือความผูกพันทางกฎหมายตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)<sup>132</sup> โดยการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ผิดพลาดอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี ดังนี้

### (1) การใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด

การใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบเขตเป็นกรณีฝ่ายปกครองเลือกใช้ผลของกฎหมายเกินกว่ากรอบที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้อำนาจเปรียบเทียบปรับผู้กระทำความผิดกฎหมายจราจรได้ไม่เกิน 500 บาท แต่ฝ่ายปกครองเปรียบเทียบปรับผู้กระทำความผิดเป็นเงิน 1,000 บาท ซึ่งย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น<sup>133</sup> สำหรับตัวอย่างของแนวคำพิพากษาศาลปกครองของไทย เกี่ยวกับกรณีการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือโดยปราศจากอำนาจ เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 40/2549 มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายเอาไว้มิใช่กำหนดอำนาจหน้าที่ ซึ่งความแตกต่างของอ้อยคำที่ระบุในกฎหมายทำให้เข้าใจได้ว่า กฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย เป็นกลไกที่จะสนับสนุนให้ระบบการผลิตและจำหน่ายอ้อยและน้ำตาลทรายดำเนินไปได้มากกว่าที่จะให้เป็นกลไกในเชิงบังคับหรือสั่งการให้ผู้อยู่ในบังคับของกฎหมายต้องปฏิบัติ สำหรับบทบัญญัติมาตรา 17 (29) และ (30) ซึ่งคณะกรรมการฯ อาศัยเป็นฐานในการออกระเบียบข้างต้นนั้น มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ไว้อย่างกว้างๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในอนุมาตราต่างๆ ก่อนหน้าอนุมาตราดังกล่าว โดย

<sup>132</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “อ้างแล้ว” เชิงอรรถที่ 22, น.266-267.

<sup>133</sup> วิษณุ วรรณฤณ และคณะ, “อ้างแล้ว” เชิงอรรถที่ 47, น. 353-354.

มาตรา 17 (29) เป็นหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย ส่วนมาตรา 17 (30) เป็นหน้าที่ในการกำหนดระเบียบข้ออื่นใดเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ การแปลความขอบเขตของบทบัญญัติอนุมาตราดังกล่าว ต้องคำนึงถึงหน้าที่อื่นๆ ที่ได้รับมอบมาในอนุมาตราก่อน และอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการนั้น โดยไม่อาจแปลความว่ามีหน้าที่กระทำการในเรื่องใดๆ โดยปราศจากขอบเขต ดังนั้น แม้ว่ามาตรา 44 (1)6 แห่งพระราชบัญญัติอัย และน้ำตาลทรายฯ จะกำหนดให้โรงงานน้ำตาลทรายต้องปฏิบัติตามระเบียบและประกาศที่คณะกรรมการฯ กำหนด แต่ก็ต้องหมายความว่าระเบียบและประกาศนั้นต้องออกโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้น แม้ความในมาตรา 17 (29) และ (30) จะบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ แต่ก็ต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยอัยและน้ำตาลทราย ซึ่งเมื่อไม่มีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดให้เป็นภาระหรือหน้าที่ของโรงงานน้ำตาลทราย ให้ต้องหักเงินเพื่อชำระหนี้เงินกู้โดยที่โรงงานไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆ กับการกู้เงินนั้น ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 17 (29) และ (30) จึงไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการฯ ที่จะออกระเบียบในลักษณะดังที่กล่าวได้ การที่ระเบียบคณะกรรมการอัยและน้ำตาลทรายฉบับที่ 2 พ.ศ. 2543 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 (29) และ (30) ได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของโรงงานน้ำตาลทรายในเรื่องข้างต้นไว้ จึงเป็นกฎที่ออกโดยเกินอำนาจตามกฎหมาย

สำหรับคำพิพากษาของศาลปกครองเรื่องนี้ ดูคล้ายกับว่าความผิดพลาดของการใช้ดุลพินิจอาจเกิดขึ้น ตั้งแต่ในขั้นตอนการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งคณะกรรมการอัยและน้ำตาลทรายเห็นว่ามีอำนาจออกระเบียบฯ ดังกล่าวหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีทั่วไปกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการออกระเบียบได้อย่างกว้างขวางภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของตน นั้นหมายความว่าในขั้นตอนการออกระเบียบเพื่อให้มีอำนาจนั้นต้องอยู่ภายในกรอบอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเท่านั้น แต่กรณีนี้คณะกรรมการฯ ใช้ดุลพินิจตัดสินใจใช้อำนาจออกระเบียบเกินกว่าขอบเขตอำนาจหน้าที่ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่ผิดพลาด เพราะเหตุเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจออกกฎเกินอำนาจตามกฎหมาย

ตัวอย่างของการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด หรือโดยปราศจากอำนาจกรณีอื่นๆ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.34/2549 ที่วินิจฉัยว่า การออกข้อบัญญัติที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน เมื่อปรากฏว่าในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัดจากผู้พักในโรงแรม พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเฉพาะในเรื่องของอำนาจในการจัดเก็บ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 65 ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจออกข้อบัญญัติเรียกเก็บค่าธรรมเนียมฯ จากผู้พักในโรงแรม ตามกฎหมายว่าด้วยโรงแรมตาม

หลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง 7 โดยในการดำเนินการจัดเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าว พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดในการออกข้อบัญญัติ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดสามารถเรียกผู้ควบคุมและผู้จัดการโรงแรม ผู้พัก และผู้เกี่ยวข้อง มาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหรือหลักฐานอื่นใดมาเพื่อตรวจสอบได้ และเนื่องจากการกำหนดข้อบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในลักษณะดังกล่าว เป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดไว้อย่างชัดเจน การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดออกข้อบัญญัติในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### (2) การไม่ใช่ดุลพินิจตัดสินใจ

กรณีนี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่ใช่ดุลพินิจ ทั้งที่ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นต้องตัดสินใจดำเนินการอย่างไรอย่างหนึ่ง เช่น มีผู้ชุมนุมประท้วงปิดถนน ทำให้บุคคลทั่วไปไม่อาจสัญจรไปมาได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอาจต้องตัดสินใจสลายการชุมนุม หรือดำเนินการให้มีการสลายการชุมนุม<sup>134</sup> การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ในขณะเดียวกัน ก็ผูกพันโดยมีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช่ดุลพินิจอาจเกิดจากความสะเพร่า หรือสำคัญผิดว่าตนผูกพันต้องวินิจฉัยเช่นนั้นโดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ<sup>135</sup> ทั้งที่ตนมีอำนาจดุลพินิจ

### (3) การใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจโดยบิดเบือน

การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบประเภทนี้ คือการใช้ดุลพินิจที่ไม่ได้ยึดถือวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือการไม่ได้นำเอาผลประโยชน์ของมหาชน และผลประโยชน์ของเอกชนมาพิจารณาอย่างเพียงพอ หรือเอาผลประโยชน์ส่วนตัว อุดมการณ์ทางการเมืองของตนมาเกี่ยวข้องในการใช้ดุลพินิจ<sup>136</sup> ตัวอย่างเช่น ในการใช้ดุลพินิจให้การชุมนุมทางการเมืองสลายตัว โดยมีมูลเหตุชักจูงใจมิให้มีการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง หรือทัศนคติในการมองโลกทางใดทางหนึ่ง (BVerwGE Bd.26) ความบกพร่องในการใช้ดุลพินิจข้อนี้ เป็นการพิจารณาการใช้ดุลพินิจในด้านอรรถวิสัยของผู้ใช้ ซึ่งจะสัมพันธ์กับหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายวิธีเรื่องทางปกครอง

<sup>134</sup> วิษณุ วรรณุญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น. 89.

<sup>135</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.266-267.

<sup>136</sup> ในกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศสเรียกการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนี้ว่า *detournement de pouvoir* และในประเทศอังกฤษเรียกว่า *abuse of power*.

ในชั้นเจ้าหน้าที่ ในกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้วินิจฉัยอาศัยความเป็นมิตรหรือศัตรู เป็นมูลเหตุชักจูงใจมาเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจ<sup>137</sup>

สำหรับกรณีของคำพิพากษาของศาลไทยที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ที่มีก่นาอ้างอิงกันเสมอ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512 ที่วินิจฉัยว่า “ตามประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดออกตามความในพระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควร มาตรา 8 ท้ายพ้องโจทก์มิได้แสดงแจ้งชัดว่า ที่ห้ามสุกรมชีวิตเข้าไปในเขตนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร และเป็นที่ยุ้กันทั่วไปว่า การห้ามมิให้ขนย้ายสุกรมชีวิตเข้าไปในท้องที่ตามประกาศนั้นยอมทำให้สุกรมชีวิตในท้องที่นั้นมีปริมาณลดน้อยลง อันจะทำให้ราคาสูงขึ้น ประกาศดังกล่าวจึงมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ำกำไรเกินควร ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่อำนาจคณะกรรมการไว้”

นอกจากนั้น ก็ยังมีกรณีที่ยุ้ว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีอื่นที่ศาลปกครองของไทยได้วินิจฉัยไว้ เช่น

#### 1) การใช้ดุลพินิจขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

กรณีนี้เป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ<sup>138</sup> ความผิดพลาดของการใช้อำนาจดุลพินิจ อาจเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองละเลยไม่สนใจวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมอบอำนาจดุลพินิจให้ตน กรณีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีนี้มีความใกล้เคียงกับการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนอย่างหนึ่ง เพราะมีการใช้ดุลพินิจออกนิตินกรรมทางปกครองเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ด้านอื่น ซึ่งมีใช้วัตถุประสงค์ที่กฎหมายที่เกี่ยวข้อง แต่การควบคุมตรวจสอบของศาลได้ทำการตรวจสอบความคลาดเคลื่อนของวัตถุประสงค์ โดยอาศัยเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยเท่านั้น ยังไม่ได้ลงลึกไปค้นพบมูลเหตุจูงใจ (motive) หรือความเคลื่อนไหวในใจ (mobile) ของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งเป็นการตรวจสอบในทางอติวิสัยของผู้ใช้อำนาจว่ามีความจงใจหรือเจตนาบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือโดยอำเภอใจหรือไม่ เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 วินิจฉัยว่า ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นฯ ประกอบมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยความผิด

<sup>137</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>138</sup> สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 10, น. 247.

ทางวินัยของข้าราชการ ซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่มีใช้ส่วนราชการฯ ในการบริหารงานบุคคล นายกองค้การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจดุลพินิจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ข้าราชการ ในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานซึ่งมิใช่ส่วนราชการได้ แต่การออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องสามารถดำเนินการให้เจตนาธรรมหรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น คำสั่งใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนาธรรมหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ นอกจากนี้ในการออกคำสั่งนั้นจะต้องมีความจำเป็นในการออกคำสั่งด้วย กล่าวคือ จะใช้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการในสังกัดได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนาธรรมหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการในสังกัดเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนาธรรมหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบเช่นกันและคำสั่งดังกล่าวมหาชนจะต้องได้รับประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่ผู้ได้รับคำสั่งได้รับ ดังนั้น แม้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัชภา จะเป็นไปตามเจตนาธรรมหรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่จะทำให้การกำกับดูแลการดำเนินกิจการท่าเทียบเรือสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม แต่การกำกับดูแลดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการในสังกัดออกไปปฏิบัติงานเป็นการประจำที่ท่าเทียบเรือก็ได้ เนื่องจากเอกชนเช่าท่าเทียบเรือไปดำเนินการแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่เพียงตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนเป็นครั้งคราวตามความจำเป็น ประกอบกับปัจจุบันการติดต่อสื่อสารสามารถกระทำได้โดยสะดวก อีกทั้ง ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติหลายด้านไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ อันทำให้การบริหารงานบุคคลไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีในส่วนที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัชภา จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

## 2) การใช้ดุลพินิจขัดต่อหลักความสมเหตุสมผล หรือไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง

ในกรณีใดที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครอง โดยปกติข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง ย่อมต้องการการใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่เหมาะสมสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมได้จริง การใช้อำนาจดุลพินิจกำหนดผลทางกฎหมายไปโดยไม่คำนึงหรือสอดคล้องถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จึงถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักความสมเหตุสมผล หากมีความขัดแย้งศาลก็ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น การออกคำสั่งให้ย้ายพนักงานขับรถยนต์ไปเป็นตำแหน่งคนงานประจำรถขยะ ซึ่งไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งราชการ และยังทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องขาดอัตราจ้างพนักงานขับรถยนต์ ขณะเดียวกันก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่ยืนยันว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีความจำเป็นหรือเหตุผลที่ต้องเพิ่มคนงาน

ประจํารอยขะแต่ประการใด<sup>139</sup> การที่หน่วยงานออกใบอนุญาตไปโดยระบุว่า ได้ทำการศึกษาและป้องกันผลกระทบสิ่งแวดล้อมแล้ว ทั้งที่ยังถือไม่ได้ว่ามีการศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม และออกใบอนุญาตไปโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงว่า การฝังกลบขยะมูลฝอยในที่ดินดังกล่าวมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย หรือคุณภาพชีวิตของประชาชนหรือชุมชนในบริเวณนั้นหรือไม่ นอกจากจะเป็นการใช้ดุลพินิจรับฟังข้อเท็จจริงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรแล้ว ยังถือได้ว่ามิได้ใช้อำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 290 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย<sup>140</sup> หรือ ฝ่ายปกครองทำโครงการปรับปรุงขยายผิวจราจรโดยรื้อทางเท้าเดิมออก หรือตัดต้นไม้ที่ปลูกบนทางเท้าออกไปทั้งหมด ทำให้ประชาชนต้องลงมาเดินบนผิวจราจรแทน ซึ่งไม่มีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เป็นการคำนึงถึงแต่ความสะดวกของผู้ใช้รถเท่านั้น โครงการดังกล่าวไม่ได้ทำให้การจราจรคล่องตัวขึ้นกว่าเดิม และไม่ได้ทำให้เกิดความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชนที่จะต้องใช้ทางเท้า รวมทั้งไม่เป็นไปตามมาตรฐานและลักษณะของทางหลวงเทศบาลแต่อย่างใด กรณีจึงถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลอย่างชัดแจ้งอันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ<sup>141</sup> เป็นต้น

### 3) การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า

หลักกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่านิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ อาจเป็นหลักกฎหมายที่บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง ซึ่งฝ่ายปกครองพึงต้องระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจตัดสินใจมิให้ขัดหรือแย้ง แม้ว่าการใช้ดุลพินิจจะเป็นการชอบด้วยเนื้อหาของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจก็ตาม เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน เป็นต้น ตัวอย่างเช่น การออกกฎ ก.ค.ศ. ของหน่วยงานผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่จำกัดสิทธิในการเลือกตั้ง และจำกัดสิทธิในการเข้ารับการเลือกตั้งเป็นอนุกรรมการผู้แทนข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้มีสิทธิกับผู้ไม่มีสิทธิ ในการเลือกตั้งและเข้ารับเลือกตั้งโดยไม่เป็นธรรมและไม่มีเหตุผลอันอาจรับฟังได้ อันขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามมาตรา 30

<sup>139</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 478/2555.

<sup>140</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.79/2547.

<sup>141</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 52-54/2553.



ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และขัดต่อมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547<sup>142</sup>

#### 4) การใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป

กรณีนี้เป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของ “นิติรัฐ” เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจโดยขัดต่อหลักความสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ เลือกใช้มาตรการที่เห็นได้ชัดว่าไม่อาจบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือเลือกใช้มาตรการที่รุนแรงมาก ทั้งๆ ที่อาจเลือกใช้มาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้ หรือเลือกใช้มาตรการที่กระทบกับสิทธิของปัจเจกชนมากจนไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะจะได้รับ ถึงแม้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุจะไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ต้องถือว่าหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจสืบสาวเอาได้จากตัวบทของรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า ให้การตรากฎหมายหรือกฎที่มีลักษณะก้าวล่วงไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้อง “กระทำเท่าที่จำเป็น” อย่างไรก็ตามการเรียกร้องให้องค์กรของรัฐกระทำการเท่าที่จำเป็นนั้นย่อมต้องไม่จำกัดเฉพาะแต่การกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปเท่านั้น แต่ต้องใช้บังคับตลอดไปจนถึงการใช้อำนาจมหาชนกรณีอื่น เช่น การออกคำสั่งทางปกครองบังคับเอากับบุคคลเฉพาะรายด้วย<sup>143</sup>

โดยสรุป จากที่ได้ศึกษาในส่วนการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจในนิติกรรมทางปกครองที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบในกรณีต่างๆ ไปนี้ พบว่าในการควบคุมตรวจสอบใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบนั้น ในทางปกครองศาลมักจะตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองซึ่งออกมาโดยการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจ โดยอาศัยเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยเป็นเครื่องตรวจสอบทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาเช่นเดียวกับการตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัย และหากศาลพบความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจโดยไม่ชอบในทางภาวะวิสัยอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลก็จะใช้เหตุแห่งความไม่ชอบดังกล่าวในการพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้เลย ซึ่งการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีต่างๆ ไป นั้นเป็นเรื่องในทางปกครอง จึงยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญา เนื่องจากเมื่อนำไปพิจารณากำหนดความรับผิดทางอาญาแล้ว การใช้ดุลพินิจตัดสินใจทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ในกรณีทั่วไปนั้น เกณฑ์การตรวจสอบในทาง

<sup>142</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.142/2547.

<sup>143</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546), น.63-64.

ภาวะวิสัย อาจเป็นเพียงเครื่องชี้ได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งตรงกับเรื่องขององค์ประกอบภายนอกในทางกฎหมายอาญาเท่านั้น ส่วนการที่ศาลจะลงลึกเข้าไปตรวจสอบอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อค้นหาถึงมูลเหตุจูงใจ (motif) และความเคลื่อนไหวในใจ (le mobile) ของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งตรงกับหลักองค์ประกอบภายในของกฎหมายอาญานั้น มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ในทางคดีมีการกล่าวหาว่า นิติกรรมทางปกครองออกมาโดยมีการใช้อำนาจดุลพินิจไปในลักษณะมีการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) โดยความสัมพันธ์เชื่อมโยงของการใช้ดุลพินิจตัดสินใจโดยมิชอบที่จะนำไปสู่การกำหนดความรับผิดทางอาญา จะเป็นไปในทำนองเดียวกับที่ผู้เขียนได้สรุปความเห็นไว้ ท้ายหัวข้อลักษณะทั่วไปของการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ ที่กล่าวมาแล้ว

สำหรับในส่วนนี้คงกล่าวถึงการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดในกรณีต่างๆ ไปตามประเภทของดุลพินิจที่ปรากฏอยู่ในโครงสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เพียงสังเขปเท่านั้น โดยรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ลงลึก เพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในลักษณะต่างๆ ในทางปกครองนั้น ได้มีผู้ศึกษาวินิจฉัยไว้หลายท่านแล้ว ผู้เขียนจึงไม่ขอศึกษาลงรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวอีก ซึ่งในบทที่ 3 ผู้เขียนก็จะได้กล่าวถึงในส่วนของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทำนิติกรรมทางปกครอง โดยมุ่งเน้นศึกษาไปที่บทบาทการใช้อำนาจดุลพินิจในองค์ประกอบหรือเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมทางปกครอง ว่ามีขั้นตอนและลักษณะอย่างไร และในกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบหรือผิดพลาดในองค์ประกอบหรือเงื่อนไขความสมบูรณ์ในขั้นตอนใด จะมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงอันจะนำไปสู่ความรับผิดทางอาญาได้ต่อไป

### บทที่ 3

#### ความสำคัญของอำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง

ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในบทที่ 2 เป็นการศึกษาถึงข้อความคิดทั่วไปของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองทำให้เข้าใจแนวคิด หลักการพื้นฐานของอำนาจดุลพินิจและลักษณะของอำนาจดุลพินิจ แต่ในการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง เพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ต่างๆ ออกไปยังผู้ที่เกี่ยวข้องนั้น สิ่งสำคัญที่ขาดเสียมิได้ก็คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาจะต้องไม่ขัดกับเงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายกำหนด นิติกรรมทางปกครองจึงจะชอบด้วยกฎหมายทั้งในแง่สารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ สำหรับในบทนี้จะได้ศึกษาถึงความสำคัญของอำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง

ก่อนจะกล่าวถึงนิติกรรมทางปกครอง ควรจะได้กล่าวถึงการกระทำทางปกครองเสียก่อน ในฐานะที่นิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง โดยการกระทำทางปกครองมีความหมายกว้างมาก รวมถึงการกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครอง เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการเรื่องสิ่งกีดขวางจราจร การสร้างหรือรื้อสิ่งปลูกสร้างอาคาร การขนส่ง การยิงปืนของเจ้าพนักงานตำรวจ การให้ความเห็น การดูแลอาคาร การสร้างสถานที่ราชการ เป็นต้น แม้ในทางปฏิบัติการฝ่ายปกครอง การกระทำต่างๆ ไปทางปกครองจะมีบทบาทมาก ในทางกฎหมายนั้นถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา (Realakt) ไม่มีบทบาทในทางกฎหมายปกครองเท่าใดนัก แต่อาจมีผลในทางแพ่งในลักษณะนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้ ส่วนนิติกรรมทางปกครอง (Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes หรือที่เรียกว่า Verwaltungsakt) เป็นศัพท์เทคนิคหรือสถาบันทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในการประกันสิทธิทางศาลให้แก่ประชาชน (Rechtsschutz)<sup>1</sup>

ในการปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีเครื่องมือที่สำคัญหลายรูปแบบที่ใช้ในการกระทำทางปกครอง เพื่อให้เหมาะสมกับภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะแต่ละอย่าง โดยการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำของรัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้น

<sup>1</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 2, ฉบับที่ 3, (กันยายน 2530), น.35-36.

ในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นนิติกรรมหรือที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย (Juristic Act) และการกระทำทางข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่เป็นปฏิบัติการ (Real Act)<sup>2</sup> การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการนั้น เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถยกรถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้าง หรือการเข้าจับกุมผู้กระทำความผิด เป็นต้น ถือเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงมิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม และเฉพาะการกระทำที่เป็นนิติกรรมเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์และไม่สมบูรณ์ หรือในเรื่องโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรมขึ้นได้ ส่วนการปฏิบัติการทางปกครองหรือทางข้อเท็จจริงนั้น ไม่มีปัญหาในเรื่องนี้ เพราะการกระทำได้เกิดขึ้นจริงๆ แล้ว มีปัญหาที่เฉพาะเรื่องการขาดใช้ค่าเสียหาย หรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ส่วนใหญ่จึงถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้น หมายถึงการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำที่เป็นการปฏิบัติการทางข้อเท็จจริงด้วย<sup>3</sup>

ดังนั้น ในบทนี้ของวิทยานิพนธ์จึงจะต้องศึกษาการกระทำทางปกครองในส่วนที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจใช้อำนาจดุลพินิจกระทำการได้ เพื่อเป็นฐานในการศึกษาลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจในแง่ของไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองและการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบชนิดที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้ในลำดับต่อไป

<sup>2</sup> สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น. 251. และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), น.99-103.

<sup>3</sup> สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 2, ฉบับที่ 3, (กันยายน 2530), น.49-50.

### 3.1 หลักพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครอง

หลักพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองจะศึกษาถึงความหมายที่มีอยู่หลายความหมาย และลักษณะของนิติกรรมทางปกครองโดยทั่วไป

#### 3.1.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (acte administratif, administrative act) เป็นถ้อยคำในทางวิชาการของกฎหมายปกครอง ในทางกฎหมายยังมีได้บัญญัติคำนี้ไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด การจะให้ความหมายและขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองให้ได้เข้าใจตรงกันจึงมีข้อยุ่งยากอยู่พอสมควร ซึ่งในทางวิชาการมีการให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองไว้ใน 3 ความหมายด้วยกัน<sup>4</sup> คือ

1) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง ในความหมายนี้มุ่งถึงการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง อันเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย และไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว (การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว) หรือเป็นการตกลงกับปัจเจกชน (การแสดงเจตนาสองฝ่าย) นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึง กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง

2) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง ในความหมายนี้ผู้ใช้ประสงค์จะให้นิติกรรมทางปกครองหมายความถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ในแดนของกฎหมายปกครอง เพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย แต่เป็นการกระทำในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึง กฎ และคำสั่งทางปกครอง และความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มนี้ดูเหมือนจะมีจำนวนมากกว่ากลุ่มอื่น

3) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ ในความหมายนี้ผู้ซึ่งมุ่งหมายให้นิติกรรมทางปกครอง หมายความถึงการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ในแดนของกฎหมายปกครอง เพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นเฉพาะราย และเป็นการกระทำในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงคำสั่งทางปกครองอย่างเดียว

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชนเจอร์รที่ 2, น.119-120.

ระบบกฎหมายปกครองของหลายๆ ประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐกรีซ ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในความหมายอย่างที่สอง ส่วนประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมันนี้ ให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง ในความหมายอย่างแคบอย่างสาม คือหมายถึง คำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎด้วย เมื่อมีการกล่าวถึงนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายของไทย เพื่อป้องกันการสับสนว่ามีความหมายอย่างกว้างหรืออย่างแคบ บางท่านจึงเลี่ยงไปใช้คำว่า “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” แทน<sup>5</sup> ส่วนความหมายนิติกรรมทางปกครองอย่างแรกนั้น เป็นเพียงการพยายามค้นหาความหมายในเชิงวิชาการในยุคแรกๆ เท่านั้น

กฎ และคำสั่งทางปกครอง เป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองกระทำลงโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ โดยการแสดงเจตนามุ่งต่อผลในทางกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน หรือที่นักวิชาการส่วนใหญ่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ซึ่งในทางวิชาการแล้วการเรียกการกระทำดังกล่าวว่าเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” ยังมีข้อพิจารณาถึงความเหมาะสมอยู่ เพราะนอกจากเป็นคำที่ไม่มีปรากฏในกฎหมายแล้ว นักวิชาการบางท่านยังเห็นว่าองค์ประกอบของ “นิติกรรม” ในทางตำรานั้นจะต้องเป็นการแสดงเจตนาในฐานะเอกชนเท่านั้น กล่าวคือ “เป็นการแสดงเจตนาในทางแพ่ง... ที่เอกชนแสดงเจตนาผูกพันกันเพื่อก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายในฐานะเท่าเทียมกัน... โดยเหตุนี้การกระทำทางปกครอง เช่น คำสั่งหรือคำอนุมัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ... ย่อมไม่ใช่นิติกรรม เพราะเป็นการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎร ด้วยเหตุนี้ นักวิชาการบางท่านจึงเรียกการกระทำที่เป็น “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ว่าเป็น “การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย” แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม มีข้อพึงสังเกตว่า การอธิบายความหมายและลักษณะสำคัญของการกระทำดังกล่าวดูเหมือนทำให้เข้าใจว่า องค์ประกอบสำคัญคือการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนั่นเอง ที่เป็นแรงผลักดันให้เกิดผลในทางกฎหมาย ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ทั้งๆ ที่ตามความเป็นจริงแล้ว กฎหมายเท่านั้นที่เป็นแรงผลักดันให้เกิดผลในทางกฎหมาย ส่วนเจตนาที่แสดงออกมานั้นเป็นเพียงเงื่อนไขในการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ดังนั้นในทางกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดจึงต้องมีฐานอยู่ที่กฎหมาย

---

<sup>5</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, หนังสืออาจารย์บุชา รามบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมุขมุนี, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), น.163.

เสมอ และฝ่ายปกครองจะมีเจตนาและแสดงเจตนาได้ต่อเมื่อกฎหมายอนุญาตและภายในขอบเขตของกฎหมายอนุญาตเท่านั้น<sup>6</sup>

ในขณะที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างที่สอง ซึ่งหมายถึง การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวก่อตั้งนิติสัมพันธ์ออกไปภายนอกฝ่ายปกครองไม่เป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย คือกฎและคำสั่งทางปกครอง แต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ของเยอรมัน และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของประเทศไทยกลับมีความหมายเฉพาะนิติกรรมทางปกครองในความหมายที่สาม คือหมายถึง การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวก่อตั้งนิติสัมพันธ์ออกไปภายนอกฝ่ายปกครองไม่เป็นการเฉพาะราย คือ คำสั่งทางปกครอง เท่านั้น ไม่รวมถึงการออกกฎ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายทั้งสองรูปแบบนี้มีประเด็นในการพิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการกระทำที่เหมือนกัน และเพื่อให้การศึกษาเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการในการทำนิติกรรมทางปกครองมีความสมบูรณ์ไปคร่าวเดียวกัน ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจึงขอให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองว่า หมายถึง ทั้งกฎ (หรือกฎหมายลำดับรอง) และคำสั่งทางปกครอง อันเป็นความเห็นในทางตำราที่นักวิชาการส่วนใหญ่ให้ความหมายในทางนี้

### 3.1.2 ลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองมีลักษณะที่สำคัญๆ อยู่ 4 ประการ ประกอบกันดังนี้<sup>7</sup>

1) การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครอง นิติกรรมทางปกครองเป็นการอันองค์ของรัฐ ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอแก่พระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครอง เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่ง (Expression of Will หรือ Manifestation de la volonté) ดังนั้น การที่องค์กรฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายโดยที่การกระทำที่ได้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาใดๆ ให้ปรากฏต่อผู้ใดเลย จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารรื้อถอน แต่เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้นฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึง

<sup>6</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง”, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง หน่วยที่ 7, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2555), น.10.

<sup>7</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชนงอรรถที่ 5, น.148-153. (อาจารย์บูชา)

เข้าทำการรื้อถอนให้ขึ้นไปตามคำสั่งนั้น หรือการที่เจ้าพนักงานจรรยาบรรณคดีที่จอดข้างถนน บริเวณที่มีเครื่องหมายห้ามจอดออกไปจากบริเวณดังกล่าว เหล่านี้ล้วนเป็น ปฏิบัติการทางปกครอง ที่เรียกว่า “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้เป็นไปวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านั้น อย่างไรก็ตาม “มาตรการบังคับทางปกครอง” บางมาตรการอาจเป็น คำสั่งทางปกครองก็ได้ เช่น การกำหนดค่าปรับทางปกครอง ตามมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นต้น

2) เจตนาที่องค์กรฝ่ายปกครองแสดงออกมา ต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น จึงไม่รวมถึงการที่องค์กรฝ่ายปกครองขอความร่วมมือบุคคลใดให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือการมีหนังสือเตือนให้บุคคลใดไปยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตภายในกำหนด เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ที่จริงแล้วก็เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งให้ปรากฏกับบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครองเหมือนกัน แต่เจตนาที่แสดงออกมานั้น มิใช่เจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น จึงไม่ใช่การแสดงเจตนาที่จะทำให้เป็นนิติกรรมทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในกรณีของคำเตือนก็อาจมีผลในทางกฎหมายในฐานะเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าพนักงานการพิมพ์ให้คำตักเตือนเป็นหนังสือแก่ผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์อื่น ซึ่งเจ้าพนักงานการพิมพ์เห็นว่าอาจจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คำตักเตือนดังกล่าว มีผลทางกฎหมายกล่าวคือ หากผู้ถูกตักเตือนไม่สำวรในคำเตือนนั้น เจ้าพนักงานการพิมพ์มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้งดการเป็นผู้พิมพ์และหรือผู้โฆษณา และหรือสั่งให้งดใช้เครื่องพิมพ์มีกำหนดเวลาไม่เกินสามสิบวัน (มาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484) กรณีเช่นนี้ เจ้าพนักงานการพิมพ์จะสามารถออกคำสั่งดังกล่าวได้ ต่อเมื่อได้ให้คำตักเตือนผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณาแล้ว คำตักเตือนในกรณีนี้จึงเป็น “นิติกรรมทางปกครอง”

3) ผลทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนได้แก่ การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกับบุคคลที่รับการแสดงเจตนา นั้น ให้มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณี เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคาร ย่อมมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้น ทำให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารมีหน้าที่ที่จะต้องรื้อถอนอาคาร และหากเขาฝ่าฝืน เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็มีอำนาจในการเข้ารื้อถอนเองได้



4) นิติสัมพันธ์ที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองก่อตั้งขึ้นมากับบุคคลหนึ่งบุคคลใดนั้น ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองแสดงออกมาฝ่ายเดียว โดยที่บุคคลอีกฝ่ายไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองจึงเป็น “นิติกรรมฝ่ายเดียว” เสมอ

อย่างไรก็ตาม มีนิติกรรมทางปกครองบางประเภทที่เอกชนต้องให้ความยินยอมก่อนหรือหลังจากการออก จึงจะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ เช่น ใบอนุญาตให้บุคคลกระทำการ ประกอบกิจการ หรือประกอบวิชาชีพจะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้รับใบอนุญาตได้ยื่นคำขอต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจนั้น หรือคำสั่งแต่งตั้งบุคคลใดเป็นข้าราชการ หรือกรรมการในคณะกรรมการต่างๆ จะมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งยอมรับการแต่งตั้งนั้น นิติกรรมทางปกครองเหล่านี้มีความคล้ายคลึงกับสัญญาทางปกครองอยู่มาก แต่คำขอใบอนุญาตของผู้รับใบอนุญาตไม่ใช่ “คำเสนอ” และการยอมรับการแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการหรือกรรมการก็มีชื่อ “คำสนอง” ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับบุคคลดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้น เพราะคำขอใบอนุญาตที่ดี หรือการยอมรับการแต่งตั้งที่ดีคงมีลักษณะเป็นเพียงเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์หรือความมีผลบังคับของใบอนุญาตหรือคำสั่งแต่งตั้งเท่านั้น<sup>8</sup>

อย่างไรก็ตาม ลักษณะพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองทั้งสี่ประการดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงลงไปแล้วย่อมสามารถให้ความหมายและลักษณะที่แยกย่อยลงไปได้อีก 2 ลักษณะ คือ กฎ และคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

#### (1) ความหมายและลักษณะของ “กฎ”

กฎหมายสองฉบับได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคสี่ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้โดยใช้ข้อความเดียวกันว่า “หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการ

<sup>8</sup> Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, troisième édition, Bale, Francfort-sur-le- Main : Hellbing et Lichtenhahn, 1988, p.187 ; Epaminondas SPILTOPOULOS, op. cit., p.76-77. อ้างในเรื่องเดียวกัน.

เฉพาะ” คือนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” ส่วนข้อความที่ว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ กระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ...” เป็นแต่เพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้นเอง<sup>9</sup> จากลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของกฎ เมื่อเปรียบเทียบกับคำสั่งทางปกครอง จะแตกต่างกันตรงที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้เป็นการเฉพาะ ในขณะที่กฎนั้นเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวบังคับแก่บุคคลทั่วไป มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะนามธรรม เพื่อให้ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก มีข้อสังเกตว่าในทางกฎหมายปกครอง กฎมีลักษณะทวีลักษณ์ คือ เป็นทั้งรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง และเป็นทั้งกฎหมายในเวลาเดียวกัน<sup>10</sup> โดยเป็นการกระทำที่กำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหรือหน้าที่ในลักษณะที่เป็นนามธรรม (abstract) เพื่อใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไป (general)<sup>11</sup> กฎจึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ<sup>12</sup>

ก. บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกระบุไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ฯลฯ ดังนั้น เราจึงไม่อาจหยั่งทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ใต้บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตกระทำการได้เลย

ข. กรณีที่บุคคลซึ่งถูกระบุไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้เป็นนามธรรม (abstract) เช่น บังคับให้เขากระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตทุกวันที่ 1 ของเดือน ทุกวันจันทร์ ฯลฯ ทุกครั้งที่มีการนัดตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำๆ ซากๆ (permanent)

## (2) ความหมายและลักษณะของ “คำสั่งทางปกครอง”

คำสั่งทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ ก็คือคำสั่งทางปกครอง ที่ขาดลักษณะสำคัญข้อหนึ่งข้อใดของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการ

<sup>9</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5, น.155. (หนังสืออาจารย์ยาบูชา)

<sup>10</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 2, น.270. (นิตินาฎ)

<sup>11</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 6, น. 13.

<sup>12</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5, น.156. (หนังสืออาจารย์ยาบูชา)

ทั่วไป หรือกฎ กล่าวคือ กรณีอาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง และเฉพาะบุคคล หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่องแต่ไม่เฉพาะบุคคล หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะบุคคลแต่ไม่เฉพาะเรื่อง<sup>13</sup>

มีข้อควรต้องสังเกตว่า ในทางตำราจะมีคำสั่งทางปกครองอีกประเภทหนึ่งซึ่งเรียกกันว่า “คำสั่งร่วม” หรือ “คำสั่งหมู่” (Acte collectif) อย่างเช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานจราจรที่สั่งให้รถที่กำลังวิ่งบนท้องถนนชิดซ้ายเพื่อเปิดทางให้กับขบวนเสด็จ หรือการประกาศผลสอบไล่ประจำภาคของนักศึกษา อย่างไรก็ตาม แม้คำสั่งเช่นนี้จะมียกกับบุคคลจำนวนมาก แต่หากพิจารณาโดยสารัตถะแล้ว กรณีก็คือ “คำสั่งเฉพาะเรื่องและเฉพาะบุคคล” นั่นเอง เพราะแท้จริงแล้วสามารถแยกบุคคลที่มีจำนวนมากออกเป็นบุคคลๆ ไปได้ แต่เพื่อให้เกิดความสะดวก จึงได้สั่งรวมไปในคำสั่งเดียวกัน<sup>14</sup> คำสั่งทางปกครองลักษณะนี้ ศาลปกครองสูงสุดของไทยได้วินิจฉัยว่าเป็น “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์และไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี เพราะเป็น “นิติกรรมทางปกครองลูกผสม” ระหว่าง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” กล่าวคือ มีผลเป็นการทั่วไปมิได้เจาะจงตัวบุคคลทำนองเดียวกับ “กฎ” แต่ขณะเดียวกันก็มีผลเป็นรูปธรรมโดยใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะในลักษณะเดียวกันกับ “คำสั่งทางปกครอง” เช่น ประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อคัดเลือกหรือสอบแข่งขันเข้ารับราชการที่กำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งใช้บังคับกับการคัดเลือกหรือการสอบเพียงครั้งเดียว หรือประกาศประกวดราคาของหน่วยงานของรัฐที่ใช้กับการจัดซื้อจัดจ้างครั้งหนึ่งเพียงครั้งเดียว<sup>15</sup>

### 3.2 ประเภทของนิติกรรมทางปกครองกับอำนาจที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

นิติกรรมทางปกครองนั้นสามารถแบ่งประเภทได้หลายอย่าง ขึ้นอยู่กับว่าจะเอาเรื่องหนึ่งเรื่องใดมาเป็นหลักในการพิจารณา อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เหมาะสมกับการศึกษาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง จึงอาจแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองโดยพิจารณา

<sup>13</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “กฎหมายปกครองชั้นสูง”, (คำบรรยายการศึกษาชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 37.

<sup>14</sup> เพิ่งอ้าง, น. 39. (วรพจน์, กฎหมายปกครองชั้นสูง)

<sup>15</sup> ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, “การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง”, [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net), สืบค้นเมื่อวันที่ 12 พฤษภาคม 2558.

จากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองได้ออกเป็น 3 แบบ<sup>16</sup> คือ นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจ นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ และนิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมายที่ให้อำนาจ ดังนี้

### 3.2.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจ (Gebundene Verwaltungsakt)

นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ในอีกนัยหนึ่งก็คือ นิติกรรมทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมีเพียงอำนาจผูกพัน (Mandatory or Tied Power)

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 ถึงลักษณะของอำนาจผูกพัน ซึ่งกรณีนี้ที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจผูกพันในการออกนิติกรรมทางปกครอง จึงหมายถึง นิติกรรมทางปกครองประเภทที่กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องนั้นและจะต้องออกนิติกรรมทางปกครองที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้เท่านั้น ไม่มีทางเลือกอิสระดังเช่นกรณีที่เป็นการให้อำนาจดุลพินิจได้ เท่ากับกรณีนี้เป็นการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมี “หน้าที่” ต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด เมื่อมีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีของการใช้อำนาจเกิดขึ้นตรงกันกับเงื่อนไขข้อเท็จจริงในองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย โดยความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ ก็เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย อันเป็นแนวคิดในเรื่องความยุติธรรมทั่วไป รัฐจึงไม่ประสงค์จะให้ผลทางกฎหมายในกรณีใดให้แตกต่างออกไป ตัวอย่างนิติกรรมทางปกครองของประเภทนี้ เช่น การจดทะเบียนสมรสแก่ผู้ที่ยื่นคำขอที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมาย หรือคำสั่งของอธิบดีกรมสรรพากรที่สั่งให้ผู้มีเงินได้มีหน้าที่ต้องยื่นแบบแสดงภาษีเงินได้ประจำปีภายในเวลาที่กำหนด เป็นต้น

### 3.2.2 นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ (Ermessensakts)

นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้มีลักษณะตรงข้ามกับกรณีแรก กล่าวคือ ในกรณีนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีความมุ่งหมายที่จะให้ความยุติธรรมกับราษฎรในทุกกรณี (Individualization

<sup>16</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.169.

of Justice) ให้เกิดขึ้นด้วย<sup>17</sup> นิติกรรมทางปกครองที่ยุติธรรม จึงต้องสามารถตอบสนองข้อเรียกร้อง ความต้องการของประโยชน์มหาชน (Public Interest) ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด<sup>18</sup> นิติกรรมทางปกครอง ประเภทนี้อาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในส่วนของดุลพินิจวินิจฉัย หรือดุลพินิจ ตัดสินใจก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าในกรณีดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดความยุติธรรมในการบังคับ ใช้กฎหมาย ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์และเหตุผลของเรื่อง

### 3.2.3 นิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมายที่ให้อำนาจ (Gesetzesfreie Verwaltungsakte)

นิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมาย คือนิติกรรมทางปกครองที่องค์กรฝ่าย ปกครองสามารถออกได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีตัวบทกฎหมายให้อำนาจ<sup>19</sup> ซึ่งนิติกรรมทางปกครองนี้จะ พบเห็นได้ในการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นคุณถ่ายเดียวสำหรับประชาชน ทั้งนี้ เพราะ นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นทั้งคุณ และเป็นภาระ หรือกระทบเสถียรภาพหรือทรัพย์สินของ ประชาชนในคราวเดียวกัน จะออกโดยปราศจากตัวบทกฎหมายให้อำนาจไม่ได้<sup>20</sup> นิติกรรมทาง ปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมายนั้น ไม่ได้เป็นสิ่งเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากกฎหมาย (nicht zugleich im rechtsfreien Raum) ทั้งนี้ เพราะนิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากตัวบท กฎหมาย ก็ยังต้องผูกพันโดยตรงต่อปทัสฐานทางกฎหมายอื่นอีก เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ใน เรื่องดังกล่าวจึงต้องพิจารณาว่า มีตัวบทกฎหมายอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องบัญญัติไว้อย่างไรบ้าง ซึ่งองค์กร ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพัน เช่น ในเรื่องการให้เงินช่วยเหลือแก่ประชาชน (die Bewilligung von

<sup>17</sup> Erust K. Pakuscher, "The Use of Discretion in German Law", *The Chicago Law Review*, 1976, p.106, อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ", *วารสารบัณฑิตย*, เล่ม 47 ตอน 1, (มีนาคม 2534), น. 48.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>19</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 170. (กม.ปกครองเยอรมัน)

<sup>20</sup> ชีระ สุธีวรานุ, "นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 24.

Subrentionen) นั่นก็จะต้องให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดิน<sup>21</sup> และหลักความเสมอภาค<sup>22</sup>

### 3.3 เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง

ในการออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลบังคับได้สมบูรณ์ตามกฎหมายนั้น ต้องอยู่ภายใต้ “เงื่อนไขความสมบูรณ์ขององค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง”<sup>23</sup> ในเรื่องนั้นๆ ที่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในแต่ละองค์ประกอบเอาไว้ นิติกรรมทางปกครองนั้นจึงจะชอบด้วยกฎหมายทั้งในแง่ของสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ<sup>24</sup> และเนื่องจากในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาอำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้งในส่วนที่เป็นกฎ และคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในแต่ละเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการออกกฎและคำสั่งทางปกครอง อาจมีบางเรื่องที่เหมือนกันและต่างกันไปบ้าง จึงใคร่ขอกล่าวถึงการใช้อำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้งสองประเภทนี้ไปด้วยกัน

มีข้อสังเกตด้วยว่า จากลักษณะความแตกต่างระหว่าง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” กล่าวได้ว่า การกระทำที่เป็น “กฎ” เมื่อได้กระทำแล้วจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ในทางที่ไปกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั่วไปในกรณีที่เป็นนามธรรม ในทางหลักการจึงกล่าวได้ว่า ภาพของการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยังมีลักษณะทั่วไปอยู่ ซึ่งต่างกับการกระทำทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ที่เมื่อได้กระทำแล้วจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะเฉพาะเจาะจง หรือเรียกได้ว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้น ในทางกฎหมายปกครองจึงมุ่งในการศึกษาโดยเน้นไปที่เงื่อนไขความสมบูรณ์ของ “คำสั่งทางปกครอง” เป็นพิเศษกว่าเงื่อนไขความสมบูรณ์ของ “กฎ” ทั้งๆ ที่การกระทำทั้งสองรูปแบบต่างก็มีประเด็นในการ

<sup>21</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 มาตรา 110 วรรคสอง.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 3 วรรคแรก.

<sup>23</sup> บางท่านเรียกว่า “องค์ประกอบความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง” โปรดดู กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น.35-48.

<sup>24</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 13-14. (มสธ.)

พิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการกระทำเหมือนกัน ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ใช้บังคับกับการกระทำที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” เป็นสำคัญ<sup>25</sup> ส่วนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของกฎนั้น ก็อาจมีรายละเอียดที่ต้องศึกษาไปด้วยในบางเรื่องบ้าง

ในการพิจารณาถึงบทบาทของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น จำต้องศึกษาว่าในเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น มีกี่ประเภท และผู้ใช้อำนาจดุลพินิจมีบทบาทอย่างไรในองค์ประกอบความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในแต่ละประเภท สำหรับเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครอง สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทหลักๆ ตามเงื่อนไขความสมบูรณ์ คือ (1) เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครอง และ (2) เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับของอำนาจของการออกนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

### 3.3.1 เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก

เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นเรื่องของความสามารถของผู้ใช้อำนาจแบบของการใช้อำนาจ และขั้นตอนวิธีการ อันเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ในเชิงรูปแบบของการใช้อำนาจที่สำคัญๆ ซึ่งหากเงื่อนไขดังกล่าวไม่มีความสมบูรณ์ นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมมีปัญหาเรื่องความไม่สมบูรณ์หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยตำรากฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้แยกพิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอกไว้ 3 องค์ประกอบย่อย คือ (1) เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง (2) เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของการทำนิติกรรมทางปกครอง และ (3) เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขั้นตอนวิธีการของการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

#### 3.3.1.1 เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง

โดยที่การออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ<sup>26</sup> เมื่อกฎหมายได้กำหนดองค์กรผู้มีอำนาจไว้แล้ว การใช้อำนาจนั้นจะต้องกระทำ

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน. (มสธ.)

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 12.

โดยองค์กรที่กฎหมายกำหนดไว้ หากเป็นการใช้อำนาจโดยองค์กรอื่นๆ นอกเหนือจากองค์กรที่กฎหมายกำหนดแล้ว การใช้อำนาจนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>27</sup> ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครอง จึงมักบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเสมอว่าจะให้องค์กรฝ่ายปกครองใดเป็นผู้ใช้อำนาจนั้น เช่น พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 19 กำหนดให้ “รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย” เป็นผู้ มีอำนาจถอดถอนสัญชาติไทยแก่ผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ หรือพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 27 วรรคสอง ก็กำหนดให้ “คณะกรรมการผังเมือง” เป็นผู้มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือระงับการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ขัดต่อนโยบายของผังเมืองรวมในสาระสำคัญอันเกี่ยวกับสุขลักษณะ ความปลอดภัยของประชาชนและสวัสดิภาพของสังคม เป็นต้น<sup>28</sup>

การที่กฎหมายฉบับใดกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองได้ กรณีย่อมแสดงให้เห็นเป็นปริยายว่าผู้บัญญัติกฎหมายย่อมมีความไว้วางใจว่า องค์กรฝ่ายปกครองนั้นอยู่ในฐานะที่จะใช้สติปัญญา ความสามารถและประสบการณ์ของการออกนิติกรรมทางปกครองได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย และมีความเหมาะสมตามควรแก่กรณี และจากเหตุนี้ จึงทำให้เกิดหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญที่ว่า “องค์กรฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องใด จะต้องใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องนั้นด้วยตนเอง”<sup>29</sup> แต่หลักการดังกล่าวมิได้เคร่งครัดถึงขนาดที่บังคับว่าองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายนั้น จะต้องใช้อำนาจด้วยตนเองเสมอไปไม่ เพราะในบางกรณีอาจมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจสามารถใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองแทนตนได้<sup>30</sup> ตัวอย่างของการให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐบางตำแหน่ง สามารถมอบอำนาจให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นสามารถใช้อำนาจแทนตนได้ ซึ่งผู้รับมอบอำนาจจะมีอำนาจกระทำการแทนใน

<sup>27</sup> H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 6<sup>ed</sup>. (Oxford University Press, 1988), p.357. อ้างในเอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.75. (วพ)

<sup>28</sup> อีระ สุธีวรานุรักษ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 19, น. 30

<sup>29</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 12, น. 87. (กม.ปกครองชั้นสูง)

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, น.87.



ลักษณะที่เรียกว่า “ปฏิบัติราชการแทน”<sup>31</sup> ความสมบูรณ์ของการมอบอำนาจขึ้นอยู่กับคำสั่งมอบอำนาจ ซึ่งโดยปกติจะต้องมีกฎหมายกำหนดถึงการให้มีการมอบอำนาจไว้<sup>32</sup> นอกจากนี้การมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่อื่นจะต้องพิจารณาความสมบูรณ์ขององค์ประกอบ 3 ส่วน คือ<sup>33</sup>

ก. มีกฎหมายอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้มอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่อื่นทำการพิจารณาทางปกครองแทนได้

ข. ผู้รับมอบอำนาจต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้

ค. การมอบอำนาจได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

ตัวอย่างของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจในการมอบอำนาจในฝ่ายปกครอง เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 38 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

“อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกัน หรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา....

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีเช่นนั้นให้ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวมีอำนาจมอบอำนาจให้ข้าราชการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาและผู้ว่าราชการจังหวัดได้ตามที่เห็นสมควร หรือตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด ในกรณีมอบอำนาจให้ผู้ว่า

<sup>31</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32, ฉบับที่ 2, (มิถุนายน 2546), น. 256.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, น. 257.

<sup>33</sup> จิราพร บุรินทร์วานิช, “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษากรณีขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 18.

ราชการจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจมอบอำนาจได้ต่อไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ผู้มอบอำนาจกำหนด....”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทรงอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองอาจได้รับมอบหมายให้มีอำนาจดุลพินิจ ในส่วนของการมอบอำนาจให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดตามที่กฎหมายกำหนดเปิดช่องไว้ สามารถใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองแทนตนได้ ซึ่งปัจจุบันได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ซึ่งกำหนดรายละเอียด เงื่อนไขของการมอบอำนาจ และข้อควรคำนึงในการมอบอำนาจไว้หลายประการ เช่น ผู้มอบอำนาจอาจมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่การปฏิบัติราชการของผู้มอบอำนาจ เพื่อให้ผู้รับมอบอำนาจปฏิบัติราชการแทนในเรื่องนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ โดยต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ และคำนึงถึงขีดความสามารถ ความรับผิดชอบ และความเหมาะสมตามสภาพของตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้รับมอบอำนาจและผู้มอบอำนาจ เว้นแต่เป็นเรื่องใดตามที่กำหนด ผู้มอบอำนาจอาจไม่มอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวก็ได้ เป็นต้น

ตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจดุลพินิจในการมอบอำนาจทั้งกรณีมอบอำนาจ และการมอบอำนาจช่วง กล่าวคือ ในกรณีที่มีได้มีกฎหมายห้ามการมอบอำนาจไว้ หรือกำหนดให้ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ได้รับอำนาจต้องใช้อำนาจของตนไว้เป็นการเฉพาะแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐบางตำแหน่งยังได้รับอำนาจดุลพินิจในการที่จะตัดสินใจว่าจะมอบอำนาจช่วงให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ด้วย ในกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้มีการมอบอำนาจกันได้เช่นนี้ จึงต้องพิจารณาว่ามีเหตุสมควรที่จะต้องมีคำสั่งมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่อื่นหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจดุลพินิจในการที่จะเลือกตัดสินใจมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งอื่นในบรรดาหลายๆ ตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจดุลพินิจแทน อย่างไรก็ตาม ก็เป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องภายในของการมอบอำนาจเหล่านั้นเท่านั้น ไม่เกี่ยวอะไรกับเงื่อนไขความสมบูรณ์ในการทำนิติกรรมทางปกครองที่กล่าวถึงในส่วนนี้ เพราะถึงอย่างไร ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจดุลพินิจแทนก็จะต้องได้รับการแต่งตั้งมาโดยถูกต้อง ชอบด้วยรูปแบบ และขั้นตอนของการมอบอำนาจ การใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองของผู้รับมอบอำนาจดังกล่าว จึงจะชอบด้วยองค์ประกอบหรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง

ในระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับกันว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครององค์กรใดแล้ว ฝ่ายปกครององค์กรนั้นต้องใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเอง จะมอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครองฝ่ายอื่นไม่ได้ ตามหลักที่ว่า “อำนาจที่ได้รับมอบมานั้นจะมอบต่อไปให้ผู้อื่นไม่ได้” (Delegatus non potest delegare)<sup>34</sup> เว้นแต่จะมีกฎหมายอนุญาตให้ไว้อย่างชัดเจนให้ มีการมอบอำนาจดุลพินิจต่อไปได้ เนื่องจากฝ่ายบัญญัติคาดหวังให้ฝ่ายปกครององค์กรที่ตนไว้วางใจว่า มีความรู้ความสามารถเป็นผู้ใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเอง ในกรณีที่ใช้อำนาจดุลพินิจได้กระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้ การใช้อำนาจดุลพินิจในกรณีดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลยุติธรรมอังกฤษมักตัดสินว่าเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (Ultra Vires)<sup>35</sup>

ในประเทศฝรั่งเศสกรณีนิติกรรมทางปกครองที่กระทำไปโดยบุคคลที่ปราศจากอำนาจ (ratione personae) เพราะไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หรือเพราะบุคคลนั้นไม่ได้รับการแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่ หรือเพราะวาระแห่งการดำรงตำแหน่งสิ้นสุดลงแล้ว หรือเพราะคำสั่งให้ดำรงตำแหน่งนั้นถูกเพิกถอนไปแล้ว หรือเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจอย่างชัดเจน ทำให้เกิดผลว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีตัวตนอยู่เลย มิใช่เพียงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น (acte juridique inexistent et non pas simplement un acte nul)<sup>36</sup> เท่ากับว่านิติกรรมทางปกครองนั้นเสียเปล่าหรือเป็นโมฆะ

สำหรับในระบบกฎหมายไทยนั้นก่อนมีศาลปกครอง ศาลฎีกาก็เคยได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการไม่ใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเองและมีการมอบอำนาจแทนกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีที่พนักงานอัยการโจทก์ฟ้องว่าคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดพระนครได้แต่งตั้งให้องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการฯ และให้อำนาจปฏิบัติการต่างๆ เกี่ยวกับการควบคุมเนื้อสัตว์ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 แทนคณะกรรมการฯ ผู้อำนวยการองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการฯ ได้ออกประกาศกำหนดราคาสูงสุดของเนื้อหมูโดยห้ามมิให้ขายปลีกเนื้อหมูเกินกิโลกรัมละ 6 บาท ผู้ขายปลีกเนื้อหมู (จำเลย) ฝ่า

<sup>34</sup> P.P. Craig, Administrative Law, 5<sup>th</sup> Edition, (London : Sweet & Maxwell, 2003), p.611.

<sup>35</sup> William Wade and Christopher Forsyth, Administrative Law, 10<sup>th</sup> Edition, (Oxford University Press, 2009), p.259.

<sup>36</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 253.

ฝืนขอให้ลงโทษ จำเลยต่อสู้ว่า ผู้อำนวยการองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกไม่มีอำนาจออกประกาศ กำหนดราคาสูงสุดของเนื้อหมูได้เอง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกำหนดราคาสูงสุดของการขายส่งหรือขายปลีกสิ่งของที่ห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควรนั้น กฎหมายให้อยู่อำนาจของคณะกรรมการที่จะสั่งการได้ตามที่เห็นสมควรตามในมาตรา 8 (1) ส่วนมาตรา 10 เป็นเรื่องที่คณะกรรมการฯ มีอำนาจแต่งตั้งบุคคลใดเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการอันอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯ แทนคณะกรรมการฯ ได้เท่านั้น มาตรา 10 ห้ามมิบทให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจมอบหมายอำนาจและหน้าที่ที่กฎหมายให้แก่คณะกรรมการฯ ไปให้บุคคลอื่นโดยสิ้นเชิงไม่ ฉะนั้น ประกาศของผู้อำนวยการองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในเรื่องนี้ จึงหาผลบังคับอันถึงจะเอาความผิดเป็นโทษอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนประกาศนั้นได้ไม่<sup>37</sup>

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใดแล้ว โดยปกติเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะต้องใช้ดุลพินิจด้วยตนเอง เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไว้วางใจในตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้น หรือตัวบุคคลที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการคณะนั้นเป็นพิเศษว่าอยู่ในฐานะที่จะใช้ความรู้ความสามารถและประสบการณ์ของเขา ในการตัดสินใจใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย และเหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี<sup>38</sup> การมอบอำนาจดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นใช้แทนตน จึงเป็นข้อยกเว้นภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หากการใช้ดุลพินิจกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้ ศาลปกครองไทยถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ มิใช่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ในระบบกฎหมายไทยจึงถือว่าการควบคุมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจด้วยตนเองเป็นปัญหาเรื่องขอบอำนาจ และมีได้กล่าวไว้ในเรื่องการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังเช่นในระบบกฎหมายของอังกฤษ<sup>39</sup> ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในกรณีนี้ เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.28/2548 ซึ่งวินิจฉัยว่า โดยที่มาตรา 42 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 บัญญัติว่าการบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง

<sup>37</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 80.

<sup>38</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง”, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15, 2552, น. 26.

<sup>39</sup> อนุวัฒน์ บุญนันท์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น. 116.

ซึ่งได้รับเงินเดือนในระดับ 9 และระดับ 8 ให้อธิบดีโดยอนุมัติของ ก.ค. เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกวุฒิสภาจังหวัดกำแพงเพชร และได้ยื่นคำขอกลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (อธิการบดีสถาบันราชภัฏกำแพงเพชร) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องส่งเรื่องดังกล่าวไปให้เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา (เลขาธิการสภาสถาบันราชภัฏเดิม) ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องปฏิบัติตามวิธีการที่ ก.ค. กำหนด กล่าวคือผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 จะต้องตรวจสอบเอกสารและประวัติการรับราชการและการทำงานทุกแห่งของผู้สมัครและสอบถามไปยังหน่วยงานหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้รายละเอียดข้อเท็จจริงมากที่สุดมาประกอบการพิจารณา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาการขอกลับเข้ารับราชการของผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีอำนาจ และคำสั่งดังกล่าวมิได้อ้างฐานอำนาจในการแต่งตั้ง แม้ว่ามาตรา 33 แห่ง พระราชบัญญัติสถาบันราชภัฏ พ.ศ. 2538 บัญญัติให้อธิการบดีปฏิบัติราชการแทนเลขาธิการฯ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการของสถาบันราชภัฏ และอธิการบดีจะมอบหมายให้รองอธิการบดีปฏิบัติราชการแทนก็ได้ นั้น หมายถึงกิจการทั่วไปของสถาบันราชภัฏ มิได้หมายความว่าอธิการบดีสามารถใช้อำนาจซึ่งกฎหมายบัญญัติ ให้เป็นอำนาจเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 42 แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ซึ่งอำนาจในการแต่งตั้งผู้ขอกลับเข้ารับราชการก็มีใช้เกี่ยวกับกิจการทั่วไปของสถาบันราชภัฏ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาการขอกลับเข้ารับราชการของผู้ฟ้องคดีโดยไม่มีอำนาจ จึงเป็นการสร้างหลักเกณฑ์การรับผู้ขอกลับเข้ารับราชการขึ้นมาใหม่เฉพาะสถาบันราชภัฏกำแพงเพชรให้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ ก.ค. กำหนด อีกทั้งเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น จึงเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อคณะกรรมการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แต่งตั้งได้พิจารณาและมีมติไม่รับผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการ จึงเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นชอบตามมติของคณะกรรมการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แล้วมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.3.1.2 เจื่อนใจความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของการทำนิติกรรมทางปกครอง

เจื่อนใจความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของการทำนิติกรรมทางปกครอง มีส่วนสำคัญในด้านความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ที่องค์กรผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น ว่าจะต้องแสดงออกมาในรูปแบบอย่างไรจึงจะมีผลสมบูรณ์ โดยขึ้นอยู่กับกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจนั้นเองว่าจะให้ทำในรูปแบบอย่างไร<sup>40</sup> โดยปกติแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ หรือวาจา

<sup>40</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27, น. 96-97.

หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะเข้าใจได้<sup>41</sup> Conseil d'Etat ถือว่าแบบต่างๆ ที่มีขึ้นสำหรับการกระทำทางปกครองนั้น ไม่ได้มีเพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนหรือของฝ่ายปกครอง แต่มีเพื่อประโยชน์ของการบริหารที่ดี (bonne administration) ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงใช้หลักดังกล่าวไปพิจารณาว่าแบบใดเป็นสาระสำคัญและไม่เป็นสาระสำคัญ ในกรณีที่มีการทำผิดแบบบางส่วน คงถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นๆ เสียไปเฉพาะแต่ในส่วนที่ทำผิดแบบที่เป็นสาระสำคัญ สำหรับการแก้ไขการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบให้ถูกต้อง จะสามารถทำได้เพียงใดนั้น ศาลปกครองถือหลักว่าทำไม่ได้ เพราะเท่ากับเป็นการทำให้การกระทำทางปกครองมีผลย้อนหลัง เว้นแต่จะเป็นการแก้ไขที่ไม่ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของการกระทำ<sup>42</sup>

โดยหลักพื้นฐานดังกล่าวเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเสรีภาพในการเลือกแบบของการทำคำสั่งทางปกครอง แต่หากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้อย่างไร ก็จะต้องทำตามคำสั่งทางปกครองตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น<sup>43</sup> แต่ในส่วนของ “กฎ” นั้น เนื่องจากในปัจจุบันระบบกฎหมายของไทยยังไม่ได้ตรากฎหมายกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขความสมบูรณ์ของขั้นตอนหรือแบบพิธี และแบบของการออกนิติกรรมทางปกครองประเภท “กฎ” แต่เนื่องจากเหตุผลของเรื่องเป็นเรื่องที่บังคับอยู่ในตัวว่า กฎเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน และลักษณะของกฎเกณฑ์เป็นนามธรรมครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก กรณีจึงเป็นเรื่องที่บังคับอยู่ในตัวเองว่า การออกกฎต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กรณีจึงต่างไปจากคำสั่งทางปกครองที่หากไม่มีกฎหมายบัญญัติแบบเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว การทำคำสั่งทางปกครองอาจกระทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้<sup>44</sup>

เราอาจแบ่งแยกประเภทของแบบของการใช้อำนาจที่กฎหมายกำหนดออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

ก. แบบของการใช้อำนาจที่กำหนดให้กระทำเป็นหนังสือ

<sup>41</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 34.

<sup>42</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 31, น.267.

<sup>43</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 2, น. 179. (นิติราษฎร์)

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, น. 274-275.

เช่น กรณีตามพระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 29 ที่กำหนดว่า เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับคำร้องจากผู้ใดว่าได้รับความเสียหายจากการขุดดินหรือถมดิน หากเจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากการขุดดินหรือถมดินนั้น ให้มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือสั่งให้ผู้ขุดดิน ผู้ถมดิน หรือเจ้าของที่ดินหยุดการขุดดินหรือถมดิน หรือจัดการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นหรือจัดการแก้ไขการขุดดินหรือถมดินนั้นได้ตามที่เห็นสมควร กรณีนี้จึงเห็นได้ว่าเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะใช้อำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือเท่านั้น หากเจ้าพนักงานท้องถิ่นไปออกคำสั่งด้วยวาจา ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ตรงตามแบบ ทำให้การฝ่าฝืนคำสั่งย่อมไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย

ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1012/2503 ที่ตัดสินว่า พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 มาตรา 16 ให้อำนาจสัตวแพทย์ออกประกาศเป็นหนังสือกำหนดเขตโรคระบาดชั่วคราว เมื่อประกาศแล้วย่อมมีผลตามมาตรา 17 คือห้ามการเคลื่อนย้ายสัตว์หรือซากสัตว์ภายในเขต หรือเข้ามาหรือออกนอกเขต และมาตรา 18 (1) ให้มีอำนาจออกประกาศหรือสั่งเป็นหนังสือให้บรรดาเจ้าของแจ้งจำนวนสัตว์ และถ้าเห็นสมควรจะให้นำสัตว์นั้นมารับการตรวจหรือป้องกันโรคระบาดก็ได้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัตวแพทย์ประกาศเป็นหนังสือกำหนดท้องที่เป็นเขตโรคระบาดชั่วคราว แล้วประกาศด้วยวาจาให้จำเลยผู้เป็นเจ้าของครอบครองสัตว์แจ้งจำนวนโค กระบือ และให้นำโค กระบือมาให้ตรวจและฉีดยา จำเลยฝ่าฝืน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยยังไม่ผิด เพราะสัตวแพทย์ประกาศด้วยวาจามีใช้ประกาศเป็นหนังสือ

นอกจากนั้น แต่เดิมกฎหมายไทยเราไม่ได้เรียกร้องถึงขนาดที่ต้องแสดงเหตุผลพร้อมตัวคำสั่ง ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้รับคำสั่ง จะต้องแสดงเหตุผลประกอบด้วย แต่ในปัจจุบันนี้กฎหมายได้เรียกร้องให้คำสั่งทางปกครองต้องแสดงเหตุผลให้ปรากฏพร้อมตัวคำสั่งเลย ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง โดยการให้เหตุผลนั้นต้องให้เหตุผลอย่างแท้จริงด้วย มิใช่เพียงการอ้างหรือล้อถ้อยคำในกฎหมายมาเขียนอย่างที่นิยมทำกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การที่จะถือว่ามี การให้เหตุผลแล้วจะต้องแสดงให้ปรากฏซึ่งข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ เช่น พฤติการณ์ของบุคคล หรือลักษณะของสิ่งของ หรือสถานการณ์ของสังคม เป็นต้น เพื่อนำไปพิจารณาเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกันหรือไม่ ถ้าสอดคล้องกันก็แสดงให้เห็นเหตุผลความจำเป็นในการออกคำสั่งนั้นๆ<sup>45</sup>

<sup>45</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 6, น. 23.

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีที่กฎหมายกำหนดแบบของการใช้อำนาจเป็นหนังสือ กฎหมายได้กำหนดแบบของหนังสือคำสั่ง อย่างน้อยต้องระบุ วัน เดือนและปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งมีลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งด้วย (มาตรา 36) และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งด้วย (มาตรา 37) เหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ส่วนข้อยกเว้นที่ไม่ต้องจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่ง ได้แก่ (1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น (2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก (3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32 และ (4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

การจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งนั้นฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ในคำสั่ง จะจัดให้มีเหตุผลในภายหลังไม่ได้ แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง และไม่ได้จัดให้มีเหตุผลในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถจัดให้มีเหตุผลในภายหลังได้ (มาตรา 41 (2) ) แต่ต้องก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อน มีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่ง (ศาลปกครอง) และสำหรับผลของการไม่จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยว่าเป็นเหตุให้การมีคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

#### ข. แบบของการใช้อำนาจที่กำหนดให้กระทำด้วยวาจา

เช่น ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 43 ตรี ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ขับขี่ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 43 (1) ได้แก่ การขับรถในขณะหย่อนความสามารถในอันที่จะขับ หรือ มาตรา 43 (2) ได้แก่ การขับรถในขณะเมาสุราหรือของเมาอย่างอื่น ผู้ตรวจการมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นหยุดรถและสั่งให้มีการทดสอบตามมาตรา 142 ด้วย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ออกคำสั่งในลักษณะนี้ เห็นได้ชัดว่าหมายถึงให้ผู้ตรวจการมีอำนาจออกคำสั่งด้วยวาจาได้ เพราะเป็นเรื่องของการใช้อำนาจตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทันทีทันใดเฉพาะหน้า

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2439 ได้กำหนดว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งด้วยวาจา ถ้าผู้รับคำสั่งนั้นร้องขอและการร้องขอได้กระทำโดยมีเหตุอันสมควรภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มีคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องยืนยันคำสั่งนั้น



เป็นหนังสือ” (มาตรา 35) และหนังสือยืนยันคำสั่งนี้ ต้องจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งด้วยเช่นกัน (มาตรา 37 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม (4))

ค. แบบของการใช้อำนาจที่กำหนดให้กระทำด้วยท่าทางหรือสัญลักษณ์ต่างๆ

กรณีการใช้อำนาจโดยการออกคำสั่งท่าทาง หรือสัญลักษณ์ต่าง ได้แก่ ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 21 ที่กำหนดให้ผู้ขับขี่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาณจราจรและเครื่องหมายจราจรที่ได้ติดตั้งไว้หรือทำให้ปรากฏในทาง หรือที่พนักงานเจ้าหน้าที่แสดงให้ทราบ เป็นต้น

3.3.1.3 เจื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขั้นตอนวิธีการในการทำนิติกรรมทางปกครอง

ในราวต้นศตวรรษที่ 20 นักวิชาการได้ให้ความสำคัญแก่กระบวนการในการดำเนินการทางปกครอง อันเป็นการให้ความสำคัญแก่ “ระเบียบแบบแผนทางราชการ” โดยแนวคำวินิจฉัยของ Conseil d’Etat ได้ยอมรับในแนวคิดที่ว่า ในการดำเนินการทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการ เพราะเป็นหลักประกันอีกประการหนึ่งที่ประชาชนจะพึงได้รับ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของการบริหารที่ดี (bonne administration) มิฉะนั้นแล้ว การทำนิติกรรมทางปกครองก็จะอยู่ภายใต้อำเภอใจของฝ่ายปกครอง<sup>46</sup> ในส่วนของนิติกรรมทางปกครองประเภท “กฎ” นั้น ปัจจุบันระบบกฎหมายของไทยยังไม่ได้ตรากฎหมายกำหนดกระบวนการตลอดจนขั้นตอนในการออกกฎไว้เลย แม้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และหมายความรวมถึงการดำเนินการใดๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้” แต่เมื่อพิจารณากฎหมายฉบับนี้ทั้งหมดแล้วจะพบว่าไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตลอดจนขั้นตอนในการออกกฎเลย เนื้อหาส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนในการทำคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น ดังนั้น ในการออกกฎจึงเป็นไปตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการออกกฎ ตลอดจนกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย หรือผู้ได้รับผลกระทบในกฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น<sup>47</sup>

<sup>46</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, น. 267-268.

<sup>47</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 274-275. (นิติราษฎร์)

สำหรับในส่วนของการใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและแบบพิธีของกฎหมายในหลายๆกรณี ขึ้นอยู่กับขั้นตอนและแบบพิธีที่กฎหมายแต่ละเรื่องได้กำหนดไว้ เช่น การริเริ่มใช้อำนาจ เป็นต้น

### 1) การริเริ่มใช้อำนาจ

โดยหลักทั่วไปแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะเริ่ม พิจารณาเรื่องทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักการเริ่มกระบวนการพิจารณาตามดุลพินิจ (Opportunitätsprinzip)<sup>48</sup> เช่น การใช้อำนาจของคณะกรรมการผังเมืองในอันที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินจะต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือระงับการใช้ประโยชน์ที่ดินขัดต่อนโยบายของผังเมืองรวมในสาระสำคัญที่เกี่ยวกับสุขลักษณะ ความปลอดภัยของประชาชนและสวัสดิภาพของสังคม<sup>49</sup> แต่อย่างไรก็ตามบางกรณีองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะริเริ่มการใช้อำนาจด้วยตนเองไม่ได้ จะต้องรอให้ผู้อื่นร้องขอโดยทำเป็นคำร้องหรือคำขอก่อน เช่น เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะออกใบอนุญาตก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคารให้แก่บุคคลได้ก็ต่อเมื่อ มีผู้ยื่นคำขอก่อนใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นเสียก่อน เว้นแต่เป็นการแจ้งการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคารตามมาตรา 39 ทวิ ต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นโดยไม่ใช้วิธียื่นขอรับใบอนุญาตก่อน<sup>50</sup> หรือกรณีที่ได้รับใบอนุญาตเดิมประสงค์จะต่ออายุใบอนุญาตก็จะต้องยื่นคำขอก่อนเช่นกันโดยต้องยื่นคำขอก่อนใบอนุญาตเดิมสิ้นสุดลง<sup>51</sup>

คำร้องขอเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นหากไม่มีคำร้องขอหรือมีคำร้องขอเข้ามาโดยไม่ชอบอาจเป็นผลให้การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่สมบูรณ์ แต่กรณีเช่นนี้กฎหมายปกครองของไทยมีบทบัญญัติให้การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว<sup>52</sup> นอกจากนั้น นอกจากพิจารณาทางฝ่ายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว เมื่อพิจารณาในส่วนของคุณสมบัติที่ถู

<sup>48</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน , 2549), น.62.

<sup>49</sup> พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 27 วรรคสอง.

<sup>50</sup> ดูพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 21, มาตรา 25 และมาตรา 39 ทวิ ประกอบกัน.

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 35.

<sup>52</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 (1).

กระทบสิทธิการที่มีได้มีการยื่นคำร้องคำขอตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ก็อาจเป็นเหตุให้ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น ไม่มีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หรือศาลอาจเห็นว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล ตัวอย่าง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การออก น.ส.3 ผู้ขอต้องยื่นคำขอตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 56 โจทก์ไม่ได้ยื่นคำขอ ดังนั้น ที่นายอำเภอไม่ออก น.ส.3 ให้ ไม่เป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์<sup>53</sup> ผู้ฟ้องคดีได้ยกเลิกคำขอรังวัดออกโฉนดที่ดินก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ศาลปกครองสูงสุดถือว่าผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหาย<sup>54</sup>

## 2) การรับฟังบุคคลซึ่งจะได้รับความเสียหายจากผลของการใช้อำนาจ

การรับฟังบุคคลซึ่งจะได้รับความเสียหายจากผลของการใช้อำนาจนี้มีที่มาจากหลักในกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ซึ่งบังคับให้ศาลต้องรับฟังคู่ความทุกฝ่ายในคดีพิพาทก่อนที่จะมีคำพิพากษา โดยเปิดโอกาสให้โจทก์จำเลยนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนและหักล้างข้ออ้างของกันและกันแล้ว จึงทำคำพิพากษา ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลดังกล่าวจะยุติธรรมที่สุดและได้ข้อเท็จจริงมากที่สุด<sup>55</sup> หลักการฟังคู่กรณีทุกฝ่าย (audi alteram partem) ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการป้องกันตนเองและเป็นหลักการย่อยของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)<sup>56</sup> ซึ่งมีกำเนิดและพัฒนาการมาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ โดยเป็นหลักวิธีพิจารณาที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งในช่วงแรกเป็นหลักการที่มีผลบังคับต่อคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเท่านั้น แต่ต่อมาก็ได้ถูกนำมาบังคับใช้กับองค์กรอื่นๆ ที่มีอำนาจวินิจฉัยอันกระทบต่อสิทธิของประชาชน เช่น องค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการด้วย ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป<sup>57</sup>

สำหรับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย ได้กำหนดหลักการฟังคู่กรณีทุกฝ่าย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ

<sup>53</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 18/2522.

<sup>54</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2545.

<sup>55</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27, น. 87.

<sup>56</sup> ณรงค์เดช สรุโฆษิต , "การปรึกษาหารือประชาชนในระบบกฎหมายอังกฤษ (Public Consultation in English Legal System)", วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 23 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2547), น.111.

<sup>57</sup> ชัยยุทธนา วงศ์วานิช, หลักการฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), น.(1).

และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนก่อน โดยเฉพาะกรณีที่กำลังทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เว้นแต่กรณีดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ยังเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจไม่ต้องนำหลักการฟังคู่กรณีทุกฝ่ายนี้มาใช้ก็ได้ หากเป็นกรณีดังนี้<sup>58</sup>

1. เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้นิ่งช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

2. เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

3. เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั่นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

4. เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

5. เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง หรือ

6. กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง

ตัวอย่างของคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับหลักการฟังคู่กรณีทุกฝ่ายซึ่งเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ดำเนินการในหลักการเรื่องนี้ ศาลเห็นว่าย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกตามมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 81/2551 ที่วินิจฉัยว่า เมื่อไม่ปรากฏหลักฐานว่าผู้บังคับบัญชาระดับต้นที่เป็นผู้ประเมินผลการปฏิบัติงานได้แจ้งการประเมินและผลการประเมินให้ผู้ฟ้องคดีทราบก่อนออกคำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือน เพื่อให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้ชี้แจงให้ความเห็นหรือขอคำปรึกษาเกี่ยวกับการประเมินและผลการประเมินตามนัยหนังสือสำนักงาน ก.พ. ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวเป็นกระบวนการสำคัญที่เป็นหลักประกันแก่ข้าราชการ พนักงานส่วนท้องถิ่นให้เกิดความมั่นใจว่าจะได้รับความคุ้มครองและความเป็นธรรมในการประเมินเลื่อนขั้นเงินเดือน ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดสำหรับการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนแก่ผู้ฟ้องคดี คำสั่งที่ไม่เลื่อนขั้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30.

การรับฟังกรณี คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก กฎหมายอาจจัดให้มีกระบวนการรับฟังทางมหาชน (Public Inquiry)<sup>59</sup> หรือที่เรียกว่า การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing) สิทธิที่จะได้รับการรับฟัง ในกรณีนี้ได้ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้บัญญัติถึงเรื่องการเข้าร่วมกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ในมาตรา 57 โดยได้กำหนดให้ ในกรณีที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ แต่ในปัจจุบันยังมิได้มีการตรากฎหมายมารองรับบทบัญญัติดังกล่าว การจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน จึงยังคงต้องนำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์ สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายที่บัญญัติให้มีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517 โดยกฎหมายทั้งสองฉบับมิได้กำหนดถึงกระบวนการและขั้นตอนในการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์เอาไว้ ดังนั้น จึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์และกระบวนการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์ ตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 กำหนดไว้มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์<sup>60</sup> ส่วนพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มีกฎกระทรวง (พ.ศ. 2518) ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2520) กำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

### 3) กำหนดระยะเวลาที่จะใช้อำนาจ

บางกรณีกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ส่วนหากไม่ได้ใช้อำนาจภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้ว จะมีผลให้การใช้อำนาจนั้นมีผล

<sup>59</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27, น. 95.

<sup>60</sup> จิรายุ อาจฤทธิ, “การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.43.

อย่างไรก็ขึ้นอยู่กับถ้อยคำของกฎหมาย กำหนด ระยะเวลาดังกล่าวอาจเป็นกำหนดเวลาที่มีสภาพเป็นเงื่อนไขบังคับ (mandatory condition) และกำหนดเวลาที่ไม่มีสภาพเป็นเงื่อนไขบังคับ (directory condition)<sup>61</sup> ก็ได้ กรณีที่กฎหมายกำหนดเวลาโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ได้เสียของราษฎรแล้ว กำหนดเวลานั้นย่อมเป็นกำหนดเวลาที่มีสภาพเป็นเงื่อนไขบังคับ แต่ถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเวลาโดยมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อเร่งให้มีการใช้อำนาจนั้นเสียโดยเร็วแล้ว กำหนดเวลานั้นก็เป็นกำหนดเวลาที่ไม่มีสภาพเป็นเงื่อนไขบังคับ<sup>62</sup> ดังนั้น การใช้อำนาจกระทำการใดๆ จะต้องใช้ภายในกำหนดเวลาประเภทใดจึงขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจเป็นสำคัญ

กรณีการใช้อำนาจเป็นเรื่องของการออกคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครองถือเป็นเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบอีกประการหนึ่ง หากเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองไม่ทันภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ กฎหมายอาจบัญญัติให้ผลในลักษณะต่างๆ กันออกไป โดยกฎหมายอาจกำหนดในลักษณะที่ว่า หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาออกคำสั่งไม่ทันภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณารับคำขอของผู้ยื่นคำขอหรือมีผลเป็นการอนุญาตตามขอ<sup>63</sup> เช่น กรณีการยื่นขออนุญาตกระทำการใดๆ ตามพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 มาตรา 8 ที่กำหนดว่า “การพิจารณาคำขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้มีอำนาจอนุญาตจะต้องดำเนินการพิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับคำขออนุญาต และถ้ามิได้แจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าผู้ที่มีอำนาจอนุญาตมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอและต้องออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอนั้น...” หรือกฎหมายอาจกำหนดให้มีผลว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา ให้ถือโดยปริยายว่าเจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำขอของคู่กรณี หรืออาจถือว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ละเลยไม่ทำคำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้คู่กรณีอาจฟ้องเจ้าหน้าที่นั้นต่อศาลปกครอง โดยถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกิน

<sup>61</sup> H.W.R. Wade, Administrative Law, 6<sup>th</sup> edition, (Oxford : Clarendon Press, 1988), pp.245-246.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> จิรายุ อัจฉฤทธิ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 53, น. 45-46.

สมควร เพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดต่อไป

#### 4) การปรึกษาหารือก่อนใช้อำนาจ

ในการออกคำสั่งทางปกครองบางประเภทกฎหมายอาจกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือองค์กรอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์สองประการด้วยกัน ประการแรกก็คือ เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้อำนาจกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และประการที่สองเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด<sup>64</sup> เช่น ในการวางและจัดทำผังเมืองรวม ก่อนที่จะประกาศเป็นกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมได้ จะต้องมีการหารือกับคณะที่ปรึกษาซึ่งแต่งตั้งโดยผู้ว่าราชการจังหวัดแห่งท้องที่ที่จะวางและจัดทำผังเมืองรวมเสียก่อน<sup>65</sup>

กฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดลักษณะความผูกพัน ต่อคำปรึกษาหารือในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปโดยอาจแบ่งได้ดังนี้<sup>66</sup>

กรณีทีหนึ่ง กฎหมายกำหนดให้ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) โดยเมื่อองค์กรที่ปรึกษามีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองไปตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษานั้นโดยจะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามคำปรึกษาหารือย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่สอง กฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่องค์กรที่ปรึกษาให้ (avis simple) กรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องปรึกษาหารือแต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้ว จะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าได้ออกคำสั่งทางปกครองไปก่อนโดยที่ไม่ได้มีการปรึกษาหารือ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>64</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538), น. 53.

<sup>65</sup> พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 21.

<sup>66</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น.265.

กรณีที่สาม กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องปรึกษาหารือ ดังนั้นฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ (avis facultatif) และถ้าได้ปรึกษาหารือไปแล้วจะถือตามความเห็นขององค์กรที่ได้ปรึกษาหารือ หรือไม่ก็ได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้หากเจ้าหน้าที่ผู้สั่งการได้ปรึกษาหารือและสั่งการตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาโดยให้เหตุผลว่าตนจำเป็นต้องออกคำสั่งไปเช่นนั้นเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ ต้องผูกพันตามคำปรึกษาหารือ นั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ขัดด้วยกฎหมาย

#### 5) การที่ต้องได้รับความเห็นชอบก่อน

คำสั่งทางปกครองบางประเภทอาจอยู่ในบังคับของกฎหมายหลายฉบับ หรือมีความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ในหลายหน่วยงาน ซึ่งการจะกำหนดให้คู่กรณีต้องขออนุญาตจากทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว อาจก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่คู่กรณีเกินความจำเป็น หรือเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีความสำคัญ มีความสลับซับซ้อน หรือเป็นเรื่องทางเทคนิคโดยแท้ เช่น การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การแต่งตั้ง ข้าราชการระดับสูง กฎหมายอาจวางข้อกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องขอความเห็นชอบจาก เจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อน จึงจะออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ การออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้ มีการขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการหรือรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>67</sup> แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขเยียวยาให้กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้โดย มาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

#### 3.3.2 เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน

เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับชอบอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองนี้ เป็นความเกี่ยวข้องในองค์ประกอบในเชิงเนื้อหาของการใช้อำนาจดุลพินิจที่สำคัญๆ ซึ่งหากองค์ประกอบหรือเงื่อนไขดังกล่าวไม่มีความสมบูรณ์ นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวย่อมมีปัญหาเรื่องความไม่สมบูรณ์หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกเพิกถอนได้ โดยสามารถแยกพิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ในส่วนนี้ ได้เป็น 3 องค์ประกอบย่อย คือ (1) เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง (2) เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง และ (3) เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง

<sup>67</sup> จิรายุ อัจฉฤทธิ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 53, น. 44.



### 3.3.2.1 เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง

เนื้อหา (หรือเนื้อความ) ของคำสั่งทางปกครอง คือข้อกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนที่เกิดจากการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>68</sup> อันเป็นข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ข้อความที่อนุญาตให้บุคคลกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือข้อความที่รับรองหรือไม่รับรองสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ของบุคคล ในกฎหมายหลายๆ ฉบับ เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นเหตุให้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเกิดขึ้น ในบางกรณีองค์การฝ่ายปกครองนอกจากจะมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่าควรออกนิติกรรมทางปกครองหรือไม่แล้ว ก็ยังมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจได้ด้วยว่าควรออกนิติกรรมทางปกครอง โดยกำหนดเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองอย่างไรด้วย<sup>69</sup> ตัวอย่างเช่น กฎหมายบอกว่าเมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ได้ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีหรือดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัติสถานบริการ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล หรือผู้ว่าราชการจังหวัดแล้วแต่กรณี นอกจากจะมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่า ควรออกคำสั่งหรือไม่แล้ว ก็ยังมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจเลือกได้อีกว่า สมควรออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต<sup>70</sup> เป็นต้น

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้พิจารณาสั่งการโดยมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีภายใต้กรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ขีดเส้นไว้ ฉะนั้น การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้จึงเป็นสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่พึงปรารถนาให้เกิดขึ้นโดยเด็ดขาด ด้วยเหตุนี้หากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเกินกว่าเนื้อหาที่กฎหมายกำหนดไว้ถือเป็นเหตุที่ศาลปกครองจะเข้ามาควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง<sup>71</sup> หากฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง โดยมีเนื้อหาขัดแย้งต่อกฎหมายที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ก็ดี ไม่

<sup>68</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น. 29. (มจร.)

<sup>69</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, น. 115-116. (กม.ปกครองชั้นสูง)

<sup>70</sup> ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21.

<sup>71</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, บทบัญญัติ, เล่มที่ 42 ตอน 3 (กันยายน 2529), น. 63-66.

แน่นอนชัดเจนก็ดี หรือเป็นการพันวิสัยก็ดี นิติกรรมที่ออกมาก็ไม่สมบูรณ์<sup>72</sup> ตัวอย่างเช่น ศาลฎีกา วินิจฉัยว่า “...คดีมีปัญหาว่า คณะกรรมการควบคุมการเช่านาประจำอำเภอกำหนดอัตราค่าเช่านาสูงกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2493 ได้หรือไม่ และจะขัดต่อพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517 มาตรา 11 (4) หรือไม่ พระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517 มาตรา 11 (4) บัญญัติว่า “ไม่ว่ากรณีใดๆ จะคิดอัตราค่าเช่านาเกินกว่าที่เคยเก็บอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับมิได้” เห็นว่าอัตราค่าเช่านาที่เคยเก็บอยู่ก่อน คืออัตราค่าเช่านาไม่เกินไร่ละสิบบ้าง ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 (1) ซึ่งใช้บังคับอยู่ก่อนถูกยกเลิกนั้น จะถือหลักเกณฑ์ในการคำนวณอย่างไร ก็ต้องไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการที่คณะกรรมการควบคุมการเช่านาประจำอำเภอ กำหนดค่าเช่านาขึ้นสูงเกินกว่าไร่ละสิบบ้างจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>73</sup>

การทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยไม่คำนึงถึงเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง อาจเป็นเหตุให้เนื้อหา (contenu หรือ objet) ของนิติกรรมทางปกครองฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อเนื้อหาของกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า ไม่ว่าจะกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่น ซึ่งในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือเป็นเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอน ที่เรียกว่า เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) ประเภทนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) ในกรณีที่เป็นการฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation directe de la règle de droit)<sup>74</sup> โดยศาลจะตรวจสอบเหตุเพิกถอนโดยดูจากเนื้อหาของนิติกรรม (contenu) กับหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (la règle de droit) ที่เหนือขึ้นไป<sup>75</sup> ซึ่งเป็นการตรวจสอบในทางภาวะวิสัย

<sup>72</sup> อีระ สุธีวรังกูร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 40.

<sup>73</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1347/2522 ระหว่าง นางทรัพย์ แก้วเนตร์ กับพวก โจทก์ คณะกรรมการควบคุมการเช่านาประจำอำเภอสรรพยา กับพวก จำเลย)

<sup>74</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31, น.275-276.

<sup>75</sup> พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, “เหตุเพิกถอน “จากภายใน” นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 7, ตอน 3, (ธันวาคม 2531), น. 760.

### 3.3.2.2 เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง

มูลเหตุจูงใจ (motif) ได้แก่ สาเหตุหรือเหตุผลที่เป็นตรรกในการตัดสินใจ ทั้ง เหตุผลที่เป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง ไม่ใช่เรื่องของเนื้อหาของนิติกรรม<sup>76</sup> ด้วยเหตุที่ข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายเป็นฐานในการผลักดันให้เกิดการทำนิติกรรมทางปกครอง จึงมีการเรียกข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่เห็นได้ตามความเป็นจริง (ภาวะวิสัย) นี้ว่า motif<sup>77</sup> (ซึ่งในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส motif หมายถึง มูลเหตุจูงใจในทางภาวะวิสัย ขณะที่ le but หมายถึง มูลเหตุจูงใจในทางอัตวิสัย) motif เป็นปัจจัย (objectifs) ที่มีมาก่อนการกระทำ ซึ่งเป็นปัจจัยที่ได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจได้กระทำ ซึ่งก็หมายความว่า ในการออกคำสั่งหรือทำนิติกรรมทางปกครองใดๆ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องผ่าน กระบวนการทางกฎหมายที่สำคัญเสียก่อน คือต้องค้นหาข้อจำกัดหรือเงื่อนไขทางกฎหมายที่จะเป็น รากฐานในการออกคำสั่งเรื่องที่อยู่ในอำนาจเสียก่อนว่า ตนมีหรือไม่ หากมีอำนาจกระทำก็ต้องดู สถานการณ์ต่างๆ ในเรื่องนั้นๆ เข้าหลักเกณฑ์ในกรอบอำนาจของตนหรือไม่ ถ้าเข้าก็ถือว่าสามารถ ออกคำสั่งที่เข้าหลักเกณฑ์ตามรากฐานนั้นๆ ได้<sup>78</sup> เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ จึงเป็น เงื่อนไขความมีอยู่ของมูลเหตุว่าถูกต้องและเพียงพอหรือไม่ ในการพิสูจน์ถึงการทำนิติกรรมของฝ่าย ปกครอง หรือกล่าวง่าย ๆ ว่า ผู้กระทำได้ออกนิติกรรมทางปกครองไปอย่างมีเหตุผลหรือไม่นั่นเอง

มูลเหตุจูงใจ (motif) ในทางภาวะวิสัยนี้ แยกออกได้เป็น 2 ประการ ประการแรก คือ มูลเหตุทางข้อเท็จจริง (motif de fait) ตัวอย่างเช่น พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็น พฤติกรรมที่ทำให้ถูกสั่งลงโทษทางวินัย และประการที่สอง คือ มูลเหตุทางกฎหมาย (motif de droit) ซึ่งหมายถึง นิติกรรมทางปกครองทั้งหลายต้องมีรากฐานทางกฎหมาย มีมูลเหตุที่นิยามโดยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ข้าราชการไม่อาจถูกลงโทษทางวินัยได้ หากข้อเท็จจริงที่เขาทำไปนั้น ไม่ได้เป็นความผิด ทางวินัยที่กฎหมายกำหนดไว้ดังนั้น การควบคุมมูลเหตุ (motifs) จึงอาจกระทำได้ 2 กรณี คือ กรณี การควบคุมมูลเหตุทางข้อเท็จจริงว่ามีอยู่หรือไม่ (l'existence des faits) ซึ่งหากไม่มีอยู่หรือไม่เป็นไป ตามความเป็นจริง อาจเรียกว่า “ความผิดพลาดในทางข้อเท็จจริง” (l'erreur de fait) ซึ่งเป็นเงื่อนไข ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนกรณีการควบคุมมูลเหตุทางกฎหมาย และการ ให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ซึ่งศาลมักมองว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายนั้น หากมูลเหตุทาง

<sup>76</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, เพิ่งอ้าง, น.275-276.

<sup>77</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพฯ : จีระชัยการพิมพ์, 2540), น. 201.

<sup>78</sup> พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 75, น. 761.

กฎหมายเป็นอำนาจผูกพัน ก็ไม่มีอะไรยุ่งยาก แต่หากไม่ชัดเจนหรือไม่มีบัญญัติไว้ก็ต้องยอมรับว่าฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจตีความหรือแม้กำหนดเนื้อหาเอง ซึ่งศาลจะเข้าควบคุมกรณีมีความผิดพลาดอย่างชัดเจน (erreur manifeste)<sup>79</sup> กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) จึงอาจเกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายนั้นไม่มีอยู่ เป็นกฎหมายที่ออกมาโดยไม่ชอบ หรือมีการตีความกฎหมายผิด ก็เป็นเหตุให้ศาลสามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้<sup>80</sup>

เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ (motif) ในทางภาวะวิสัยอันเป็นฐานในการผลักดันให้เกิดการทำนิติกรรมทางปกครองนี้ นักกฎหมายบางท่านอาจอธิบายในแง่ที่เป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง เพราะกฎหมายที่ให้อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองมักจะมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขไว้โดยชัดเจนหรือโดยปริยาย อันส่งผลให้ฝ่ายปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครองได้ ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจนั้นเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งข้อเท็จจริงนั้นเมื่อเกิดขึ้นแล้วอาจเป็นข้อเท็จจริง ที่เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ไม่อาจใช้ดุลพินิจที่จะไม่ออกคำสั่ง ซึ่งเรียกว่าเป็น “อำนาจผูกพัน” หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงที่หากว่าเกิดขึ้นแล้ว ทำให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเลือกที่จะตัดสินใจที่จะใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ได้ ซึ่งเรียกว่า “อำนาจดุลพินิจ”<sup>81</sup> โดยอาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งเหล่านี้ เช่น “พฤติกรรมหรือการกระทำของบุคคล” เช่น การใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในอันที่จะถอดถอนสัญชาติไทยของผู้ที่ได้สัญชาติไทยมาโดยการแปลงสัญชาติ รัฐมนตรีจะใช้อำนาจนี้ได้ต่อเมื่อผู้ที่ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาตินั้น ได้กระทำการในทางที่เป็นการเหยียดหยามประเทศชาติหรือเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ<sup>82</sup> “คุณภาพของสิ่งของ” เช่น การใช้อำนาจของคณะกรรมการอาหารและยา ในอันที่จะสั่งห้ามผลิตอาหาร จะสั่งได้ต่อเมื่อปรากฏว่าอาหารนั้นมีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพเจือปนอยู่ด้วย<sup>83</sup> หรือ “สถานการณ์ทางสังคม” เช่น การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานสาธารณสุขในอันที่จะดำเนินการให้คนป่วยหรือมีเหตุสงสัยว่าป่วยเป็นโรคติดต่ออันตรายมารับการ

<sup>79</sup> เรื่องเดียวกัน, น. 761-768.

<sup>80</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31, น. 276-278.

<sup>81</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น. 27. (มสธ. ชุดที่ 7)

<sup>82</sup> พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 16.

<sup>83</sup> พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 6.

ตรวจรักษา จะดำเนินการได้ต่อเมื่อปรากฏว่าได้เกิดหรือมีเหตุสงสัยว่าได้เกิดโรคติดต่ออันตรายขึ้น<sup>84</sup> ซึ่งในบทที่ 2 ได้กล่าวไว้แล้วว่า ข้อเท็จจริงอันจะเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยได้นั้น มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงในองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่แน่นอน (Indefinite legal concepts) นั้นเอง

องค์กรผู้อำนาจจะใช้อำนาจได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจเกิดขึ้นเสียก่อน การกระทำนั้นจึงจะสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรผู้อำนาจจะต้องวินิจฉัยปัญหาสำคัญ 2 ประการ คือ<sup>85</sup>

- 1) ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่องค์กรผู้อำนาจกล่าวอ้างไว้เกิดขึ้นหรือไม่
- 2) ข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างนั้น เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือไม่

กรณีในส่วนของศาลยุติธรรมอังกฤษมีการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเกิดขึ้นครบถ้วนตรงกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยตำรากฎหมายปกครองอังกฤษเรียกกรณีนี้ว่า “Jurisdictional Fact and Law” ซึ่งหมายถึงข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงอันเป็นฐานที่มาของอำนาจกระทำการ<sup>86</sup> ปัญหาดังกล่าวศาลยุติธรรมอังกฤษจะควบคุมตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (Error of Law) และความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (Error of Fact) หรือไม่ หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงถึงขนาด ก็อาจทำให้ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจตัดสินใจกระทำการนั้นได้ และเป็นเหตุให้ศาลยุติธรรมอังกฤษเพิกถอนการกระทำดังกล่าว<sup>87</sup>

<sup>84</sup> พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2523 มาตรา 8.

<sup>85</sup> เพิ่งอ้าง, น. 103-104.

<sup>86</sup> William Wade and Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 10<sup>th</sup> Edition, (Oxford : Oxford University Press, 2009), p.29., อ้างใน อนุวัฒน์ บุญนันท์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น. 73-74.

<sup>87</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในอังกฤษ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.99.

สำหรับในฝรั่งเศส กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) เป็นกรณี ที่ฝ่ายปกครองได้อาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แต่ปรากฏว่า เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง และหากผู้นั้นทราบข้อเท็จจริงที่ถูกต้องก็จะไม่ออกกฎหรือคำสั่งดังกล่าว กรณีนี้ถือว่ามีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว จะเห็นว่าศาล มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกกฎหรือคำสั่งนั้น (contrôle de l'exactitude matérielle des faits) นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีมีความผิดพลาดใน การให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (l'erreur de qualification juridique des faits) ซึ่งมีใช้ เป็นเพียงการตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นถูกต้องหรือไม่เพียงประการเดียว ที่จะยืนยันว่านิติกรรม นั้นชอบด้วยกฎหมายจะต้องตรวจสอบว่ามีการให้คุณค่า หรือให้ความหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นถูกต้อง หรือไม่ เพราะลักษณะดังกล่าวจะใช้เป็นข้ออ้างในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถ้าหากมีการให้ คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงผิดพลาด นิติกรรมทางปกครองนั้นก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลก็จะ เพิกถอนเช่นกัน<sup>88</sup> หลักต่างๆ ที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่มีคำสั่งโดยบกพร่องในข้อเท็จจริงนี้ โดย หลักการถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายอย่างหนึ่ง ความบกพร่องในข้อเท็จจริงเป็นหลักกฎหมายที่ขยาย ออกมาจากหลักการฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) ที่เคยใช้กันมาแต่เดิม<sup>89</sup> การเข้าไป ตรวจสอบสภาพข้อเท็จจริงนี้ เป็นที่ชัดเจนในตัวว่าเป็นการเข้าไปตรวจสอบคุณภาพภายในของการใช้ ดุลพินิจ (le pouvoir discrétionnaire) ของเจ้าหน้าที่โดยตรงอย่างหนึ่งว่ามีพื้นฐานข้างในเช่นใด เจ้าหน้าที่จึงได้มีข้อยุติเช่นนั้น (ทำนองเดียวกับการเข้าไปตรวจสอบองค์ประกอบทางอัตวิสัยในเรื่อง มูลเหตุจูงใจหรือองค์ประกอบทางภาวะวิสัยในเรื่องบกพร่องในข้อกฎหมาย)<sup>90</sup>

ตัวอย่างของความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เช่น ในคดี หนึ่งเรื่องมีอยู่ว่า มีกฎหมายให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้าง อาคารให้แก่ผู้ขอ หากพบว่าการก่อสร้างนั้นจะกระทบต่อสถานที่ที่มีลักษณะเป็นอนุสรณ์สถาน (perspective monumentale) คือเป็นสถานที่เก่าแก่ สวยงาม และมีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ปรากฏว่าผู้ว่าราชการจังหวัด Seine ปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างงานบริเวณที่เรียกว่า Place Beauvau โดยอ้างว่าจะไปกระทบต่อสถานที่ที่มีลักษณะเป็นอนุสรณ์สถาน แต่ Conseil d'Etat

<sup>88</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 279-280.

<sup>89</sup> René Champus, Droit administratif général, (4<sup>e</sup> édition, 1988), p.317., อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76, น.213-214.

<sup>90</sup> เรื่องเดียวกัน.

วินิจฉัยว่าสถานที่ดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะเป็นอนุสรณ์สถานตามความหมายของกฎหมายแต่ประการใด ศาลจึงเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธดังกล่าว<sup>91</sup>

3.3.2.3 เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ในทางกฎหมายปกครอง การที่กฎหมายได้ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างตนเองกับราษฎร ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายจะอนุญาตให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายอะไรก็ได้ กล่าวคือแม้ในบางกรณีองค์กรฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้<sup>92</sup> แต่โดยหลักแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองนั้นไปเพื่อบรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนเท่านั้น<sup>93</sup> ซึ่งโดยทั่วไปแล้วถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพใดๆ ในการเลือกจุดประสงค์ที่จะปฏิบัติ จุดประสงค์เหล่านี้จะนิยามไว้โดยกฎหมายโดยมีระดับความชัดเจนแตกต่างกัน<sup>94</sup>

ดังนั้น “ประโยชน์มหาชน” อันเป็นความมุ่งหมายของกฎหมาย จึงอาจเป็นเงื่อนไขหรือองค์ประกอบอันหนึ่งที่จะชี้ได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกมานั้น เป็นนิติกรรมทางปกครองที่สมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่<sup>95</sup> ถ้าเป็นการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือแม้แต่เพื่อประโยชน์มหาชน แต่มิใช่เพื่อประโยชน์มหาชนแขนงที่อยู่ในความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจด้วยแล้ว คำสั่งทางปกครองที่ออกมาถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์<sup>96</sup> ดังนั้น การออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อบรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชน และเป็นประโยชน์มหาชนแขนงเดียวกันหรือด้านเดียวกันกับประโยชน์มหาชนของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ จึงจะเป็น

<sup>91</sup> C.E., 4 avirl 1914, Gomel, P.488.

<sup>92</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76, น.210.

<sup>93</sup> Bernard Schwartz, France Administrative Law and the Common-Law World, (New York : New York University Press, 1954), p.217, อ้างใน ธีระ สุธีวรารุงกูร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น.41.

<sup>94</sup> พูนศักดิ์ ไวสารวาท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75, น. 755.

<sup>95</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>96</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น. 31. (มสธ.ชุด 7)

นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประโยชน์มหาชนตามความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจฉบับใด ก็คือความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นนั่นเอง และการออกนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็จะต้องมีความมุ่งหมายที่จะบรรลุประโยชน์มหาชน ตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจฉบับดังกล่าว

ในทางตำรา นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย” จะเกิดขึ้นจากการไปด้วยกันไม่ได้ (incompatibility) ในระหว่างสองความมุ่งหมายด้วยกัน คือ ระหว่างความมุ่งหมายอันกฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง กับความมุ่งหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองของตน<sup>97</sup> ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (ผิดเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครอง) จึงมีความแตกต่างไปจากนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่น (ผิดเงื่อนไขความสมบูรณ์ในเรื่องอื่น) กล่าวคือ ขณะที่นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีอื่น ความไม่สมบูรณ์จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความบกพร่องในทางภาววิสัย (Objective) ในตัวของมันเอง แต่ในทางตรงกันข้าม สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ความไม่สมบูรณ์จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความบกพร่องในทางอัตวิสัย (Subjective) เกี่ยวกับความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในจิตใจ (mobile) ขององค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้น<sup>98</sup>

ในประเทศฝรั่งเศสข้อความคิดเรื่อง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะอยู่ในขอบเขตของเรื่องที่เรียกว่า “détournement de pouvoir” หรือการบิดเบือนการใช้อำนาจ<sup>99</sup> หรือการบิดผันอำนาจ<sup>100</sup> หรือการใช้อำนาจผิดเจตนารมณ์ของ

<sup>97</sup> Jean-Marie Auby, “The Abuse of Power in French Administrative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, (Vol. 18, 1970), p.553., อ้างใน ชีระ สุธีวรานุกร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 50.

<sup>98</sup> Jean-Marie Auby, *supra* note 91, p.552.

<sup>99</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 281.

<sup>100</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2538), น. 284.



กฎหมาย<sup>101</sup> ซึ่งมีความหมายว่า “เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกมาโดยมีความมุ่งหมายอย่างอื่น นอกเหนือไปจากความมุ่งหมายที่กฎหมายได้กำหนดไว้”<sup>102</sup> อันมีความหมายที่เป็นสาระสำคัญสองกรณีคือ (1) เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกมา โดยมีความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในใจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์อย่างอื่น อันนอกเหนือไปจากประโยชน์มหาชน และ (2) เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกมา โดยมีความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในใจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนด้านอื่น ที่นอกเหนือไปจากประโยชน์มหาชนที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ โดยกรณีการใช้อำนาจเช่นนี้จะต้องเป็นไปโดย “จงใจ” ใช้อำนาจโดยบิดเบือนความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ให้ต่างออกไป ทั้งที่รู้อยู่ว่ากฎหมายไม่ได้มีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์เช่นนั้น<sup>103</sup> ในทางปกครอง การจะกล่าวอ้างว่านิติกรรมทางปกครองนั้นออกมาโดยบิดเบือนอำนาจ จะต้องปรากฏว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาโดยถูกต้องตามแบบและไม่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกอื่นๆ และเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องมีอำนาจดุลพินิจไม่มากนักน้อย เพื่อที่การใช้อำนาจนั้นอาจมีการบิดเบือนได้ และโดยเฉพาะอำนาจในการเลือกตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งที่ผู้ออกประสงค์ได้ เพราะจะไม่มีกรณีของการบิดเบือนอำนาจในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีแต่อำนาจผูกพัน<sup>104</sup> เพราะศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่ยกขึ้นเอง แม้ว่าจะเห็นความร้ายแรงของเรื่องนี้เนื่องจากยังไม่ถือว่าเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) เพราะการบิดเบือนอำนาจต้องได้รับการพิสูจน์จากผู้ฟ้อง และต้องเป็นกรณีไม่เพียงข้อสันนิษฐานเท่านั้น การหาพยานหลักฐานจึงเป็นการยากมาก<sup>105</sup> ดังนั้น หากผู้ฟ้องไม่ยกเรื่องประเด็นการบิดเบือนอำนาจ หรือมีการยกเป็นประเด็นแต่ศาลเห็นความไม่ชอบของการใช้ดุลพินิจในกรณีอื่น ซึ่งเป็นเหตุในทางภาวะวิสัย ศาลก็จะเข้าควบคุมดุลพินิจโดยอาศัยเหตุนั้นก่อนทันที ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจ จึงอาจมีกรณีที่การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบและมีการบิดเบือนอำนาจควบคู่ไปด้วยก็ได้

โดยสรุปแล้ว การศึกษาเรื่องเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองข้างต้น มีความสำคัญต่อการแบ่งแยกว่า เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองเรื่องใดเป็นเรื่องของ

<sup>101</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76, น.210.

<sup>102</sup> Jean-Marie Auby, supra note , p.549.

<sup>103</sup> Ibid, p.553.

<sup>104</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 281-282.

<sup>105</sup> พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75, น. 758.

อำนาจดุลพินิจหรือมิใช่อำนาจดุลพินิจ นอกจากนั้นในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ยังทำให้ทราบได้ว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกมา โดยไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์เรื่องใดเกิดจากเหตุในทางภาวะวิสัยที่เห็นได้ตามความเป็นจริง และเรื่องใดเกิดจากเหตุในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจซึ่งเป็นเรื่องในทางจิตใจของผู้กระทำ กล่าวคือ ในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งแยกย่อยได้ 3 ประการ ได้แก่ เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของผู้กระทำนิติกรรม เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขั้นตอนวิธีการของการทำนิติกรรมทางปกครอง นั้น เป็นเรื่องของกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีแต่อำนาจผูกพันเป็นส่วนใหญ่ หากนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปไม่สมบูรณ์เพราะเหตุแห่งเงื่อนไขความสมบูรณ์ภายนอกเหล่านี้ กฎหมายก็จะกำหนดผลของการผิดเงื่อนไขความสมบูรณ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ อันเป็นเรื่องในทางปกครอง ตัวอย่าง การออกคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับเรื่องการสอบสวนทางวินัยข้าราชการผิดขั้นตอนไปจากที่กฎหมายกำหนด หรือผู้มีคำสั่งเป็นผู้ที่ไม่มีอำนาจหรือการมอบอำนาจไม่ถูกต้อง กรณีเช่นนี้โดยปกติเป็นเรื่องของการควบคุมตรวจสอบเพื่อแก้ไขตัวการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบ ด้วยการเพิกถอนหรือเยียวยาตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด

ส่วนในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขอบอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง นั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีอำนาจดุลพินิจในส่วนเงื่อนไขความสมบูรณ์ส่วนนี้ได้ โดยเมื่อแยกย่อยลงไปได้พบว่า ในส่วนเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจได้รับมอบหมายให้มีดุลพินิจตัดสินใจเลือกกำหนดเนื้อหา ในบรรดาทางเลือกของเนื้อหาที่กฎหมายให้ไว้ตั้งแต่หนึ่งทางเลือกขึ้นไป เพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ส่วนในเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งแยกเป็นมูลเหตุจูงใจทางข้อเท็จจริงและมูลเหตุจูงใจทางข้อกฎหมาย (ในทางภาวะวิสัย) อันเป็นแรงผลักดันให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกนิติกรรมทางปกครองไปนั้น อาจมีบางกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยตีความ ให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่จะเป็นเงื่อนไขผลผลักดันให้ใช้อำนาจได้ โดยเฉพาะกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจนั้นมีความไม่ชัดเจนแน่นอนหรือไม่เจาะจง สำหรับเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นการพิจารณาในแง่อัตวิสัยของผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง คือกรณีที่พบว่าการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นการบิดเบือน (ไม่ว่าเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจนั้นจะชอบ

หรือไม่ชอบก็ตาม) ย่อมหมายถึงเราสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจได้ว่า ความมุ่งหมายของกฎหมายที่เป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองนั้นคืออะไร แต่เจ้าหน้าที่ออกนิติกรรมทางปกครองไปเพื่อวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายสอดคล้องหรือนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งในบางกรณีเราอาจทราบถึงความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในจิตใจ (le mobile) ซึ่งเป็นตัวชักจูงใจที่แท้จริงให้เกิดการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น อันเป็นเหตุในทางอรรถวิสัยที่เรียกว่ามูลเหตุจูงใจ (le but) ของผู้ทำนิติกรรมทางปกครองได้ด้วย

ทั้งนี้ นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายเป็นเรื่องขององค์ประกอบทางจิตใจ และปัญหาเรื่องมูลเหตุจูงใจ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีการแยกเรื่องนี้ออกมาจากเหตุทางภาวะวิสัยที่ทำให้เกิดนิติกรรมทางปกครอง<sup>106</sup> แต่มีข้อสังเกตว่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีการใช้อำนาจโดยบิดเบือนได้ 2 แบบ ได้แก่ การบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) และการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) การบิดเบือนอำนาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนได้ เพราะหากเป็นอำนาจผูกพันก็จะมีกรณีที่จะบิดเบือนได้ แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการหรือบิดเบือนกระบวนการ อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่เกี่ยวกับเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องของรูปแบบของการใช้อำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกนิติกรรมทางปกครองในแต่ละเรื่อง จึงไม่มีกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพัน เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ทางเลือกแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้สามารถเลือกแบบของนิติกรรมทางปกครองได้ เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่อาจมีอำนาจเลือกที่จะออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ หรือเลือกที่จะให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ได้ แต่ภายในรายละเอียดเงื่อนไขของกฎหมายซึ่งถือเป็นข้อยกเว้น

### 3.4 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ดังที่ได้ศึกษาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในข้อ 3.3 เราก็พอที่จะแยกแยะได้ว่า ในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยคำนึงถึงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอกหรือกระบวนการ และเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายในหรือ

<sup>106</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76, น. 206.

ขออำนาจ ก็เป็นเรื่องที่ผู้ทำนิติกรรมทางปกครองต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ และสารบัญญัตินั่นเอง โดยในกรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นอาจจะเกิดขึ้นได้ในส่วนของเงื่อนไข ความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายในหรือขออำนาจ ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นการการ ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในทางสารบัญญัติเป็นหลัก เพื่อให้มิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจ ผิดพลาดหรือไปในทางมิชอบ

ในกฎหมายปกครองเยอรมัน กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองได้รับมอบหมาย อำนาจดุลพินิจในการออกนิติกรรมทางปกครอง องค์กรตุลาการจะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ ดุลพินิจซึ่งเป็นเรื่องในทางสารบัญญัติ ในลักษณะดังนี้<sup>107</sup>

1) นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยเงื่อนไขของการใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทาง ปกครอง (Zulässigkeit) นิติกรรมทางปกครองทั้งที่เป็นภาระและที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมจะต้อง ปฏิบัติให้ถูกต้องตามตัวบทกฎหมายจะขัดหรือแย้งกฎหมายนั้นไม่ได้ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้อง พิจารณาถึงเงื่อนไขและขอบเขตของการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการและการใช้อำนาจดุลพินิจด้วย (Vorbehalt des Gesetzes)

2) นิติกรรมทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และการใช้อำนาจดุลพินิจก็ต้องผูกพันกับหลักสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งถือเป็น ขอบเขตของการจำกัดอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในคำพิพากษาของศาลปกครองสหพันธ์รัฐ ศาลมักจะใช้หลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรคหนึ่งแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นที่มาของ การผูกพันฝ่ายปกครองในคำวินิจฉัยก่อนๆ ของตน กับการห้ามใช้อำนาจที่กฎหมายให้ไว้ไป กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้รับนิติกรรมทางปกครองอย่างเกินสมควรแก่เหตุตาม มาตรา 19 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญมาเป็นขอบเขตของการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ของรัฐ

3) นิติกรรมทางปกครองที่มีอำนาจดุลพินิจด้วย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจ ดุลพินิจที่ไม่ผิดพลาด กล่าวคือ นอกจากจะมีอำนาจในการวินิจฉัยและสั่งการแล้ว จะต้องใช้ดุลพินิจ ภายในขอบเขตและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจปฏิบัติการนั้นๆ และจะต้องไม่ ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างบิดเบือน

<sup>107</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 160-166.

4) การใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอ กล่าวคือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องวินิจฉัยโดยปราศจากข้อสงสัย หรือไม่คลุมเครือ โดยหลักการนี้ ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 37 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

5) การใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการจะต้องกระทำอย่างสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) หลักความสมควรแก่เหตุถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่ใช้กับเป้าหมายหรือผลที่ฝ่ายปกครองต้องการด้วย มาตรการที่ใช้ต้องเป็นไปตามหลักความสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างกว้าง คือ

ก. มาตรการที่ใช้จะต้องมีความเหมาะสม (geeignet) สามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้

ข. มาตรการดังกล่าวต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น (notwendig, erforderlich) กล่าวคือ การใช้มาตรการอื่นจะเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพมากกว่ามาตรการที่จำเป็นนี้

ค. เป็นมาตรการที่มีความได้สัดส่วนกับการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง หรือที่เรียกว่า ความสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยมาตรการในความหมายนี้จะต้องไม่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการป้องกันควันเสียจากโรงงาน เพื่อมิให้ควันเสียมิให้รบกวนผู้อื่นได้ แต่ถ้ากำหนดให้สร้างปล่องควันไฟสูงเพียง 15 เมตร จะต้องสร้างที่กรองควันเสียด้วย ซึ่งจะเสียค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกมาตรการให้สร้างปล่องควันไฟสูง 30 เมตร จึงเป็นมาตรการที่สมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ขอบเขตในการที่ศาลปกครองจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (l'étendue du contrôle du juge) นั้นไม่เท่ากัน โดยเฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เพราะโดยสภาพของอำนาจดุลพินิจนั้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเลือกตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งในสองอย่างหรือหลายอย่าง และการตัดสินใจนั้นก็ชอบด้วยกฎหมาย (conforme à la légalité) ทั้งสิ้น และโดยปกติแล้วศาลปกครองจึงไม่อาจควบคุมอำนาจดุลพินิจได้ แต่ก็มีใช้มีเอกสิทธิ์เสียทีเดียว เพียงแต่ในกรณีการควบคุมอำนาจดุลพินิจนั้นศาลปกครองจะควบคุมแบบจำกัด (contrôle restreint หรือ contrôle réduit) ซึ่งการควบคุมแบบจำกัด ศาลจะไม่นำหลักความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (la qualification juridique des faits) มาตรวจสอบด้วย เว้นแต่เป็นการควบคุมว่าการประเมินหรือการใช้วิจารณญาณในการออก

กฎหรือคำสั่งนั้น มีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนสามารถเห็นได้ (l'manifeste d'appréciation)<sup>108</sup>

โดยปกติการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจก็จะอยู่ในส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งในเบื้องต้นจะต้องเกี่ยวข้องกับ “ข้อเท็จจริง” อันเป็นพื้นฐานของเรื่อง ซึ่งการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงจะมีการใช้ดุลพินิจค่อนข้างมากในการหาฐานสนับสนุนทางกฎหมาย โดยการตีความกฎหมายในส่วนต่างๆ แต่มิใช่การตีความอย่างอำเอใจ ในการควบคุมอำนาจดุลพินิจทั้งในส่วนองค์ประกอบอัตวิสัย (subjective element) และองค์ประกอบภาวะวิสัย (objective element)<sup>109</sup> กล่าวคือ

#### 1) การควบคุมอำนาจดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบอัตวิสัย

กรณีนี้จะเป็นการควบคุมในส่วนของเจตนาในการทำนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นไปโดยใจสมัคร มีผลผูกพันรัฐหรือไม่ นอกจากนั้นก็เป็นเรื่องของการควบคุมความบกพร่องในมูลเหตุจูงใจของผู้ใช้อำนาจ (le but หรือ the motive) การควบคุมปัญหามูลเหตุจูงใจของผู้ใช้อำนาจมิให้มีการใช้อำนาจผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะบางกรณีเป็นการใช้อำนาจในทางกฎหมายโดยมุ่งร้ายต่อบุคคลใดโดยเฉพาะ อันเป็นการใช้อำนาจด้วยเหตุเฉพาะบุคคล หรือใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะนอกความมุ่งหมายของกฎหมาย ก็จะกลายเป็นความอำเอใจโดยไม่มีฐานทางกฎหมายสนับสนุน แม้บางกรณีจะกระทำไปด้วยความหวังดีก็ตาม ซึ่งการควบคุมดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบอัตวิสัยนี้ จะได้กล่าวอีกครั้งในเรื่องการบิดเบือนอำนาจในหัวข้อถัดไป

#### 2) การควบคุมอำนาจดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบภาวะวิสัย

การควบคุมกรณีเช่นนี้จะเป็นการควบคุมใน 3 กรณี คือ

2.1) การควบคุมความบกพร่องในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) ที่เป็นฐานในการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งอาจเกิดความบกพร่องได้เนื่องจาก ไม่มีกฎหมายใช้บังคับเช่นนั้น มีกฎหมายแต่ใช้บังคับไม่ได้ และมีกฎหมายเป็นฐานแต่ตีความกฎหมายผิด (ซึ่งอาจเกิดจากถ้อยคำของกฎหมายมีความหมายไม่เจาะจงหรือไม่ชัดเจนแน่นอน)

<sup>108</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 287-288.

<sup>109</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75, น.204-211.

2.2) การควบคุมตรวจสอบความบกพร่องในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) มีอยู่ 3 กรณี คือ

(1) การตรวจสอบความมีอยู่ของข้อเท็จจริง (la matérialité des faits) ที่เป็นเหตุให้เกิดการกระทำนิติกรรมทางปกครอง กรณีนี้ถือว่าเป็น “การควบคุมดุลพินิจในระดับต่ำสุด” (le contrôle minimum)

(2) การตรวจสอบการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง หรือคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริง (la qualification juridique des faits) อันเป็นการตรวจสอบข้อเท็จจริงในรายละเอียดเพิ่มขึ้นว่า ข้อเท็จจริงที่นำมาอ้างเป็นฐานในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น มีคุณสมบัติทางกฎหมายที่จะนำมาอ้างเช่นนั้นได้หรือไม่ เช่น อาคารใดมีทัศนียภาพอันสำคัญควรแก่การรักษาไว้หรือไม่ เป็นต้น ซึ่งในอีกแง่หนึ่ง คือการตีความกฎหมายที่จะต้องอาศัยความเชี่ยวชาญในการประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงยิ่งกว่าข้อเท็จจริงกรณีทั่วไปด้วย การควบคุมลักษณะนี้เป็นการควบคุมในระดับปานกลาง (le contrôle normal) แต่ถ้ากรณีใดที่เป็นเรื่องของความเหมาะสมอันเป็นอำนาจดุลพินิจเด็ดขาดของฝ่ายปกครองแล้ว ศาลปกครองก็จะไม่เข้าไปตรวจสอบ

(3) การควบคุมความเหมาะสมของข้อเท็จจริง (l'adéquation d'une décision aux faits) กรณีนี้ถือเป็นการควบคุมในระดับสูงสุด (le contrôle maximum) และเป็นการควบคุมความเหมาะสมโดยตรง แต่เป็นการควบคุมความถูกต้องในทางกฎหมาย (légalité) เท่านั้น และเป็นการไม่ถูกต้องที่ศาลจะเข้าไปควบคุมใกล้ชิดเกินไป หลักกฎหมายที่จะนำมาควบคุมความเหมาะสมของข้อเท็จจริงมีอยู่ 2 หลัก คือ

ก. หลักการผิดพลาดโดยแจ้งชัด (l'erreur manifeste) อันเป็นความผิดพลาดในข้อเท็จจริงที่แม้ไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็จะทราบว่ามีภาวะวิเคราะห์ข้อเท็จจริงมาโดยผิดพลาดอย่างไม่ต้องสงสัย และเป็นการผิดพลาดอย่างชัดเจนที่เจ้าหน้าที่ผู้ใดก็จะต้องไม่ทำเช่นนั้น เช่น คดีลองแบร์ต (Lambert) กรณีที่นายกเทศมนตรีอนุญาตให้สร้างโรงเก็บพีชผลใกล้บ้านเรือนของราษฎรโดยเห็นว่าไม่เป็นอันตรายใดๆ แต่สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า โรงเก็บพีชผลปกติจะเกิดไฟไหม้ได้ง่าย การก่อสร้างห่างจากอาคารอยู่อาศัยเพียง 0.70 เมตร หรือ 1.45 เมตร เป็นการใกล้ชิดเกินไป และเป็นการพิจารณาที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง เพราะยอมเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่จะเกิดแก่อาคารอยู่อาศัย เป็นต้น

ข. หลักการมีเหตุอันสมควร (reasonableness)

หลักการมีเหตุอันสมควรนี้ก็เป็นการควบคุมในแง่ข้อกฎหมายเช่นกัน ส่วนขอบเขตเพียงใดจึงเป็นหลักกฎหมายจะต้องกำหนดให้ชัดเจนมิให้รูกล้ำเข้าไปใน “ความเหมาะสม” ของการตัดสินใจกระทำกร หลักการนี้ต่อมาได้พัฒนาเป็นแนวคิดทางทฤษฎีดุลยภาพ (théorie du bilan) ซึ่งในทางตำราเรียกกันว่า “หลักแห่งการได้สัดส่วน” (principe de proportionnalité) อันเป็นการก้าวเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจอย่างเข้มที่สุด และเริ่มนำมาใช้ในคดีเวนคืนหลายคดี เช่น คดีบริษัท แซงมารีเดอัสสัมชัญ (Société civile Sainte-Marie de l'Assomtion) คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐฝรั่งเศส วันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1972 การก่อสร้างทางด่วนที่ผ่านโรงพยาบาล ทำให้ต้องเวนคืนอาคารโรงพยาบาลบางส่วน อันจะทำให้เกิดการจรรยาจรรคับคั่ง และไม่สามารถขยายโรงพยาบาลได้ทำให้พื้นที่สีเขียวลดลงด้วยนั้น ไม่มีความสมดุลระหว่างผลได้กับผลเสีย จึงวินิจฉัยให้เพิกถอนประกาศเวนคืนดังกล่าว

สำหรับหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทยนั้น ศาลปกครองของไทยได้มีการนำหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจทั้งของเยอรมัน อังกฤษและฝรั่งเศสมาใช้ โดยหลักเกณฑ์ที่ศาลไทยนำมาใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้แก่ (1) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย (2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง และ (3) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผล<sup>110</sup> ซึ่งมีรายละเอียดค่อนข้างจะครบถ้วนกับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศแล้ว และปัจจุบันได้มีผู้ศึกษาไว้หลายท่าน ประกอบกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นไปที่การศึกษาความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจ ผู้เขียนจึงขอนำหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง มาศึกษาไว้แต่เพียงสังเขปเท่านั้น

### 3.5 การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้

จากการศึกษาในหัวข้อที่ 3.3 พบว่าความสำคัญของเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้ง 2 ประการหลัก ได้ข้อสรุปว่า หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง ก็

<sup>110</sup> โปรดดู เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 27, และ “อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ”, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง หน่วยที่ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2555), น. 1-60.



เป็นเรื่องของอำนาจผูกพันเป็นส่วนใหญ่ ไม่ค่อยมีปัญหาในเรื่องอำนาจดุลพินิจ (เช่น ผู้ทำนิติกรรมไม่มีอำนาจ ทำโดยผิดแบบ หรือผิดขั้นตอนวิธีการ) หากผิดพลาดหรือเป็นไปโดยมิชอบซึ่งเกี่ยวกับอำนาจผูกพันเป็นส่วนใหญ่ กรณีเหล่านี้หากมิได้เป็นการใช้อำนาจบิดเบือนขั้นตอนวิธีการ (le détournement de procédure) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อื่นอันมิใช่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดย่อมไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ เพราะขาดองค์ประกอบภายในของหลักกฎหมายอาญาและผู้เขียนขอไม่ลงรายละเอียดในส่วนนี้ เนื่องจากไม่ใช่เรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยตรง

ส่วนประการที่สอง ความสำคัญของเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน ซึ่งแบ่งย่อยออกเป็น 3 ประเภทนั้น เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ แต่เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบในทางอัตวิสัยหรือในทางภาวะวิสัยของผู้ใช้อำนาจแล้ว จะพบว่าในทางตำราได้มีการแยกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย ซึ่งกรณีเกิดจากเหตุอัตวิสัย ออกไปจากบรรดานิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่นซึ่งเป็นกรณีที่เกิดจากเหตุภาวะวิสัย หรือตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เพียงเหตุทางภาวะวิสัยเท่านั้น การแบ่งแยกเช่นนี้มีความสำคัญต่อการค้นหาความสัมพันธ์เชื่อมโยงของการใช้อำนาจดุลพินิจชนิดที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ เนื่องจากในทางอาญาต้องการข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ครอบงำองค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายในและองค์ประกอบภายนอกจึงจะเป็นความผิด ดังนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งเป็นเรื่องในทางภาวะวิสัย จึงเป็นเพียงองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายอาญาเท่านั้น การจะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้จะต้องมีการพิสูจน์เจตนาซึ่งเป็นเรื่องในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจด้วย จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าว เราจึงอาจแยกพิจารณาการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ เป็น 2 กรณีหลักๆ ดังนี้

### 3.5.1 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีทั่วไปกับความรับผิดทางอาญา

การออกนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขอบอำนาจในการทำนิติกรรม ในส่วนของเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรม และเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ (ในทางภาวะวิสัย) ในการทำนิติกรรมทางปกครอง เช่น การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน การไม่ใช้ดุลพินิจตัดสินใจ การใช้ดุลพินิจตัดสินใจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือโดยปราศจากอำนาจการปฏิเสธหรือละเลยไม่ใช้ดุลพินิจของตนเอง การใช้ดุลพินิจขัดต่อข้อเท็จจริงหรือโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงอย่างรอบด้าน การใช้ดุลพินิจขัดต่อเหตุผล หรือไม่มีเหตุผลอันพึงรับฟังได้ การใช้ดุลพินิจขัดกับสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายทั่วไป ไม่ว่าจะเกิดจากการตีความกฎหมายผิด

โดยสุจริต หรือขาดความรู้ความสามารถเพียงพอในการใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในทางภาวะวิสัย เป็นต้น เป็นการตรวจสอบได้จากการใช้เกณฑ์ในทางภาวะวิสัยซึ่งเห็นได้ตามความเป็นจริงเป็นหลัก และทางปฏิบัติ ในคดีปกครองหากศาลพบเหตุแห่งความไม่ชอบในทางภาวะวิสัยดังกล่าวซึ่งสามารถทำได้โดยง่ายกว่า ศาลก็อาจวินิจฉัยผลของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบหรือไม่สมบูรณ์ไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ได้เลย โดยที่ศาลไม่ต้องลงลึกเข้าไปดูความไม่ชอบในทางอัศวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจอีก

อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในส่วนหนึ่งของเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ตรวจพบ เมื่อนำไปพิจารณาความรับผิดในทางอาญา ก็ยังถือว่าเป็นเพียงการปฏิบัติหน้าที่ที่ชอบ ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายอาญาเท่านั้น หากไม่มีองค์ประกอบภายในคือเจตนากระทำผิด ก็จะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ เว้นแต่การใช้อำนาจดุลพินิจที่มีเจตนากระทำผิดบทยเฉพาะซึ่งอาศัยเพียงเจตนาธรรมดา เช่น ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานกระทำการให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับทางราชการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 164 ซึ่งใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540 มาตรา 14 เผยแพร่ข้อมูลที่อาจเสียหายต่อพระมหากษัตริย์ไปโดยมิชอบ โดยเจ้าพนักงานมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมนิ่งเห็นผลได้ว่า การใช้อำนาจดุลพินิจของตนเป็นการมิชอบและมีลักษณะไม่สุจริต จึงไม่ได้รับความคุ้มครองที่จะไม่เป็นความผิดบทยเฉพาะดังกล่าว และในบางกรณีอาจมีความรับผิดทางอาญาบททั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้ หากผู้ใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในเงื่อนไขความสมบูรณ์สองกรณีนี้มีการบิดเบือนอำนาจร่วมด้วย เช่น

กรณีข้อเท็จจริงปรากฏว่า เจ้าพนักงานท้องถิ่นเข้าใจข้อเท็จจริงผิดพลาดว่า อาคารของผู้รับคำสั่งมีลักษณะทรุดโทรม น่าจะไม่แข็งแรงปลอดภัยและอาจเกิดอันตรายได้ และเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารแก้ไขก่อน แต่กลับใช้ดุลพินิจออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร รื้อถอนอาคารทั้งหมดทันที จึงเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ขัดต่อข้อเท็จจริง ในเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ (ในทางภาวะวิสัย) ในการทำนิติกรรมทางปกครอง เพราะเหตุมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง ซึ่งอาจตรวจสอบได้ในทางภาวะวิสัย อันถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ในขั้นนี้เจ้าพนักงานท้องถิ่นยังไม่เกิดความรับผิดทางอาญา แต่หากเจ้าพนักงานท้องถิ่นกระทำไปโดยมีเจตนาร้าย โดยมีความประสงค์ในใจ (mobile) ออกคำสั่งให้รื้อถอนไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองผลประโยชน์ส่วนตัว เช่น เพื่อกู้เงินแก๊งแก๊งค์เงินเจ้าของอาคารเพราะเคยมีเรื่องราวกันมาในอดีต หรือเพื่อให้ทัศนียภาพบริเวณห้างสรรพสินค้าซึ่งเจ้าของห้างเป็นพรรคพวก

ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นสวยงามขึ้น อันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบแก่บุคคลในทางส่วนตัว แทนที่จะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในเรื่องของความมั่นคงแข็งแรงปลอดภัย หรือประโยชน์มหาชนที่เกี่ยวข้อง กรณีย่อมถือว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้นมีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) ด้วย และการใช้อำนาจดุลพินิจโดยทั่วๆ ไปในลักษณะนี้จึงอาจมีความรับผิดทางอาญา ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือโดยทุจริตได้ หรือหากไม่มีกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir หรือ abuse of power) ร่วมด้วย เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองยังไม่มีกรณีที่ต้องรับผิดทางอาญา ทั้งนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่ไม่ได้ประกอบด้วยเจตนาร้าย (mens rea) จึงขาดองค์ประกอบภายในทางอาญานั้นเอง

### 3.5.2 การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจกับความรับผิดทางอาญา

การบิดเบือนอำนาจหรือการใช้อำนาจผิดเจตนาของกฎหมายนี้ อาจเกิดขึ้นโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ได้<sup>111</sup> และจะเกิดขึ้นในส่วนของเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครอง ในประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษจะให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนาของกฎหมายในทำนองเดียวกัน คือ นิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจโดยมีความประสงค์ในใจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์อย่างอื่นอันนอกเหนือจากประโยชน์มหาชน หรือเพื่อบรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนอย่างอื่นอันนอกเหนือจากประโยชน์มหาชนที่กฎหมายให้อำนาจ “โดยจงใจ” ใช้อำนาจบิดเบือนความมุ่งหมายให้ต่างออกไป ทั้งที่รู้ยู่่ากฎหมายมิได้มุ่งหมายเช่นนั้น<sup>112</sup> แต่ในประเทศไทย มีผู้เห็นว่านิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนาของกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้ทั้งจากองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยมีความประสงค์ในใจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าว อย่าง “จงใจ” หรือ “ไม่จงใจ” ก็ได้<sup>113</sup> ดังนั้น ในกรณีที่ไม่จงใจ จึงไม่อาจเป็นความผิดทางอาญาได้<sup>114</sup> เพราะ

<sup>111</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75, น. 206.

<sup>112</sup> Jean-Marie Aubry, supra note, p. 553.

<sup>113</sup> ชีระ สุธีวรารากร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 53-57.

<sup>114</sup> โดยจงใจ หมายถึง “การกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและผู้กระทำตั้งใจที่จะให้เขาได้รับความเสียหายจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายกับเขาแล้วก็คือเป็นการกระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ”, โปรตตุ จิตติ ดิงศภัทย์,

ขาดความเชื่อมโยงในส่วนขององค์ประกอบภายในคือเจตนาของผู้กระทำ การใช้ดุลพินิจบิดเบือนนี้ หากเป็นกรณีที่เป็นไปโดยจงใจ ก็อาจถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจได้ ซึ่งในกฎหมายปกครอง เยอรมันถือว่า การใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนนี้เป็นการใช้ดุลพินิจที่บกพร่องหรือโดยมิชอบอย่างหนึ่ง

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยไม่เจตนา...” ดังนั้น ในส่วนขององค์ประกอบภายใน ของบทบัญญัติความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดหรือโดยมิชอบจะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ต่อเมื่อมีเจตนาในการกระทำผิด และในบางฐานความผิดที่ต้องการมูลเหตุจงใจพิเศษ หรือเจตนาพิเศษด้วยแล้ว การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีเจตนาพิเศษถึงระดับดังกล่าวด้วย ดังนั้น ในระบบกฎหมายอาญาของไทย จึงไม่ได้หมายความว่าใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาทุกกรณีแต่อย่างใด เพราะบางเรื่องแม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนแต่ก็อาจจะมีได้เกิดจากการจงใจ หรือแม้มีความจงใจในบางกรณีแต่ก็อาจเป็นเรื่องก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางละเมิดหรือทางวินัย อาจไม่ถึงขั้นความรับผิดชอบทางอาญาก็ได้ เพราะความจงใจดังกล่าวอาจเป็นความหวังดีเพื่อประโยชน์มหาชนแขนงอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายที่ให้อำนาจได้กำหนดไว้ จึงมีความจำเป็นต้องแยกแยะลักษณะของความจงใจ เพื่อค้นหาเจตนาในทางอาญาต่อไป

---

คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น.178. “บางท่านว่า “จงใจ” ทางแพ่ง ไม่ต่างกับเจตนาประสงค์ต่อผลในทางอาญา เพราะต้องประกอบด้วยกรกระทำที่ประสงค์ต่อผลคือความเสียหายจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน”, โปรตดู พจน์ ปุષปะาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : กรุงสยามการพิมพ์, 2530), น.117. “สำหรับเจตนาย่อมเล็งเห็นผล หมายถึง ผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผลแต่ฝืนกระทำไปทั้งๆ ที่เล็งเห็นได้ว่าผลจะเกิด แต่ผู้กระทำไม่ยึดในผล ซึ่งในทางแพ่งการฝืนกระทำไปไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ อย่างมากก็เป็นกรกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น”, โปรตดู เพ็ง เพ็งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : หจก.จรัสการพิมพ์, 2550), น. 137.

นอกจากนั้น มีข้อพิงสังเกตเห็นว่า การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่มีการบิดเบือนอำนาจนั้น ในทางกฎหมายฝรั่งเศส การบิดเบือนอำนาจเป็นคำเทคนิคที่มุ่งหมายถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ (but) อื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ (but) ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้น ในทางปกครองจึงอาจมีการฟ้องคดี โดยกล่าวอ้างว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมีการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) ทั้งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทำนิติกรรมทางปกครองออกมาตามแบบ ขั้นตอนวิธีการ และไม่ปรากฏความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่น หรือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยเนื้อหาแล้ว เพียงแต่มีการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นออกมาเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์สาธารณะอื่น ไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายกำหนด ซึ่งศาลอาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ หากพบว่ามี การบิดเบือนอำนาจจริง<sup>115</sup>

ดังนั้น การบิดเบือนอำนาจจึงอาจมีทั้งกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาทั้งโดยชอบ และโดยมิชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของการใช้อำนาจและในทางเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งประเด็นที่จะกล่าวในตอนี้ ก็คือในกรณีที่มีการบิดเบือนอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองออกมา ทั้งที่นิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกระบวนการหรือชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจแล้ว ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาจากการใช้อำนาจดุลพินิจประเภทนี้ ค่อนข้างยุ่งยากในการทำความเข้าใจ เนื่องจากหากเทียบเคียงกับหลักองค์ประกอบภายนอกในทางอาญา เราก็จะพบว่าในทางภาวะวิสัย การออกนิติกรรมทางปกครองออกมาโดยชอบดังกล่าวย่อมถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้ว จึงขาดองค์ประกอบภายนอกในความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ แต่เมื่อมีการบิดเบือนการใช้อำนาจซึ่งเป็นเรื่องของอัตวิสัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีเจตนาร้ายบางอย่างในลักษณะทุจริต กรณีนี้ก็มิมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ โดยเฉพาะการบิดเบือนอำนาจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือส่วนบุคคล อันมีลักษณะเป็นการแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยมิชอบ ซึ่งหากมิได้มีการทุจริตก็จะไม่มีการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองออกมาเช่นนั้น การบิดเบือนอำนาจในลักษณะนี้จึงอาจก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาด้าน เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตได้ เพราะความผิดฐานนี้หากมีเจตนาทุจริตเสียแล้ว แม้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบก็เป็นความผิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในกฎหมายอาญาของไทย กรณีที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ยังคงมีความรับผิดทางอาญาได้ คือกรณีที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตนั่นเอง

<sup>115</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25, น. 281-284.

ในลำดับต่อไปนี่จึงเป็นการศึกษาในรายละเอียดลงไปอีกว่า การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจนั้นมีกี่กรณี และกรณีใดที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้บ้าง ดังนี้

### 3.5.2.1 การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจในกรณีทั่วไป

ในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาถึงการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจหรือโดยอำเภอใจโดยทั่วไป ซึ่งมี 2 กรณี คือ กรณีเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์เรื่องอื่นซึ่งมิใช่ประโยชน์มหาชน และกรณีเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์มหาชนอื่นซึ่งมิใช่ประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด ดังนี้

(1) การใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์เรื่องอื่นซึ่งมิใช่ประโยชน์มหาชน

การใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจในลักษณะนี้ ไม่ได้ทำเพื่อบรรลุความมุ่งหมายซึ่งเป็นประโยชน์มหาชน แต่เป็นไปเพื่อบรรลุความมุ่งหมายซึ่งเป็นประโยชน์เรื่องอื่น ได้แก่ ประโยชน์ส่วนตัวส่วนบุคคลหรือกลุ่มบุคคล หรือเพื่อประโยชน์ทางศาสนาหรือทางการเมืองที่ตนศรัทธาหรือชื่นชอบ กล่าวคือ

ก. การใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวส่วนบุคคลหรือกลุ่มบุคคล

ในทางกฎหมายปกครอง การที่กฎหมายได้ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจกำหนดนิติสัมพันธ์ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายจะอนุญาตให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครอง เพื่อบรรลุความมุ่งหมายอย่างใดก็ได้ แต่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเท่านั้น<sup>116</sup> ดังนั้น หากฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยบรรลุความมุ่งหมายที่เป็นประโยชน์ส่วนตัวหรือพวกพ้องของตน หรือประโยชน์อย่างอื่นเช่นในทางศาสนา ลัทธิความเชื่อหรือในแรงจูงใจในทางการเมือง นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย และสามารถถูกเพิกถอนได้

<sup>116</sup> ธีระ สุธีวรารังกูร, อ้างแล้ว เชียงอรุณีที่ 19, น. 102.

ข. การบิดเบือนการใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อประโยชน์ทางลัทธิความเชื่อ ศาสนาหรือ  
ทางการเมือง

การบิดเบือนการใช้อำนาจดุลพินิจในแง่นี้ คือ การใช้ดุลพินิจที่ไม่ได้ยึดถือ  
วัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือการไม่ได้นำเอาผลประโยชน์มหาชนและผลประโยชน์เอกชนมา  
พิจารณาอย่างเพียงพอ หรือเอาผลประโยชน์ส่วนตน อุดมการณ์ทางการเมืองของตนมาเกี่ยวข้องใน  
การใช้ดุลพินิจ ตัวอย่างเช่น ในการใช้ดุลพินิจให้การชุมนุมทางการเมืองสลายตัวโดยมีมูลเหตุจูงใจมิให้  
มีการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง หรือทัศนคติในการมองโลกทางใดทางหนึ่ง<sup>117</sup> หรือการออกคำสั่ง  
ห้ามการจัดกระบวนการทางศาสนา แต่ในวันเดียวกันกลับอนุญาตให้จัดงานรื่นเริงของประชาชนและ  
กรรมกรได้ (C.E., 11 fév. 1927, Abbé Veyras, Rec. 176) ในคดีบาเรล (Barel) คำวินิจฉัยของ  
Conseil d'Etat วันที่ 28 พฤษภาคม 1954 โจทก์อ้างว่าตนถูกรัฐมนตรีตัดชื่อออกจากการ  
สอบแข่งขันเข้าเรียนในสถาบันการปกครองแห่งชาติ (I'ENA) เพราะเห็นว่าโจทก์มีแนวคิดทางลัทธิ  
คอมมิวนิสต์ อันเป็นเพียงสิ่งที่กล่าวขานกันในสื่อมวลชน รัฐมนตรีปฏิเสธว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้นแต่ไม่  
สามารถแสดงเหตุผลใดๆ ประกอบให้เชื่อเช่นนั้นได้ ศาลจึงไม่รับฟังคำปฏิเสธของรัฐมนตรีและวินิจฉัย  
ให้เพิกถอนคำสั่ง

ในประเทศอังกฤษ คดีหนึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรได้มีคำสั่งปฏิเสธที่จะ  
จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาสอบสวนเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์นมตามที่มีการร้องขอ ทั้งนี้ต่อมา  
ปรากฏว่าการปฏิเสธดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นในขณะที่รัฐบาลยังอยู่ในช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อทางการเมือง จึงไม่  
สมควรที่จะตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำหน้าที่ดังกล่าวเนื่องจากผลการสอบสวนอาจทำให้รัฐบาลติดลบ  
ไปมากกว่านี้ ศาลอังกฤษได้พิพากษาว่าสถานการณ์ในขณะนั้น มิใช่เรื่องที่มีความเกี่ยวข้องซึ่งรัฐมนตรี  
จะนำไปพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจได้ (R. v. Broadcasting Complaints Commission, ex  
parte Owen [1985] Q.B.1153.)

<sup>117</sup> ดูเปรียบเทียบ H.U. Erichsen u. W. Martens, อ้างแล้ว, น. 158, H. Maurer, อ้างแล้ว,  
น. 91 ; เปรียบเทียบกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่ใช้คำว่า détournement de pouvoir ; G.  
Puttner, a.a.O.,S.60; เปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษเรื่อง Abuse of Discretion, The Doctrine  
of Ultra Vires, H.W.R. Wade Administrative Law, พิมพ์ครั้งที่ 5, น. 38, 347ff.; D. Foulkes,  
Administrative Law, 5<sup>th</sup>, p. 201 ff. ใน กมลชัย รัตนสากาววงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น.267.

(2) การใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์มหาชนอื่นซึ่งมิใช่ประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด

เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน แต่เป็นประโยชน์ที่กฎหมายไม่ได้ประสงค์ที่จะให้ใช้ เพราะมีอำนาจบางอย่างที่กฎหมายให้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะและฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิที่จะใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นได้<sup>118</sup> เช่น กรณีที่ Conseil d'Etat พิพากษาให้เพิกถอนใบอนุญาตที่ผู้ว่าราชการจังหวัดออกให้แก่แพทย์คนหนึ่งเปิดร้านขายยาในคลินิกรักษาโรคของตนเองได้เป็นกรณีพิเศษ เพราะการอนุญาตดังกล่าวไม่ได้เป็นไปเพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนเภสัชกรที่จะเปิดร้านขายยาในท้องที่ดังกล่าวซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่มีวัตถุประสงค์ที่จะจูงใจแพทย์มาเปิดคลินิกในท้องที่ดังกล่าว โดยเปิดโอกาสให้ขายยาได้เพื่อให้มีรายได้มากกว่าการปฏิบัติหน้าที่ตรวจโรคอย่างเดียว (C.E., 22 fév. 1950, Conseil des pharmaciens d'officine, Rec. 117) หรือในคดีหนึ่ง กรณีที่มีกฎหมายออกมาให้โอนกิจการจัดทำไม้ขีดไฟทั้งหมดเป็นของรัฐ โดยต้องมีการให้ค่าทดแทนเป็นการชดเชยความเสียหาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดต่างๆ ปิดโรงงานบางแห่งฐานที่เป็นอันตรายและไม่เหมาะสมต่อสุขภาพ เพื่อให้โรงงานเหล่านั้นหยุดกิจการเป็นโรงงานร้าง ทั้งนี้เพื่อลดจำนวนเงินค่าทดแทนที่จะต้องจ่ายให้แก่โรงงานดังกล่าว กรณีนี้แม้จะทำเพื่อประโยชน์สาธารณะในการประหยัดเงินของรัฐ แต่ก็เป็นกรณอกวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ (C.E., 26 novembre 1875, Pariset et Laumonier – Carriol)

แนวคิดเรื่องนี้เป็นที่คุ้นเคยในกฎหมายไทยมานานแล้ว ในคำพิพากษาฎีกาที่ 737/2497 ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ให้อำนาจคณะกรรมการส่วนจังหวัดประกาศห้ามนำสินค้าข้ามเขตได้ เพื่อมิให้ค้ากำไรเกินควร แต่การประกาศห้ามนำมาเข้ามาในเขตกำหนดเพื่อป้องกันมิให้มาขาดแคลนนั่น เป็นการอ้างเหตุผลที่ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงไม่มีอำนาจกระทำได้ หรือในคำพิพากษาฎีกาที่ 1677/2498 ที่คณะกรรมการฯ ประกาศห้ามนำสุกรเข้ามาในเขตเทศบาล เพื่อมิให้ผู้เลี้ยงสุกรมีรายได้ตกต่ำและเพื่อความปลอดภัยของผู้บริโภค เป็นการใช้อำนาจไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ที่มุ่งหมายมิให้สินค้ามีราคาแพง (ต่อมายังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2498, 716/2499 และ 1110/2512 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)<sup>119</sup>

<sup>118</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 283.

<sup>119</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 76, น. 209.



กรณีมีข้อสังเกตว่า ดังที่กล่าวมาในหัวข้อก่อนว่า ในกฎหมายปกครองของไทยการบิดเบือนอำนาจอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีจงและไม่จงใจ ซึ่งต่างจากในประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษที่การบิดเบือนอำนาจจะต้องเป็นไปอย่างจงใจเท่านั้น ดังนั้น การบิดเบือนอำนาจในกรณีที่ไม่จงใจจึงขาดมูลเหตุจูงใจในส่วนอติวิสัยของผู้กระทำ เช่น ความเข้าใจต่อกฎหมายคลาดเคลื่อนโดยสุจริต เป็นเพียงเหตุในทางภาวะวิสัยเท่านั้น ถ้ามูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นไปโดยสุจริต ก็ไม่มีความผิดอาญา แต่ในบางครั้งกลับนำมารวมในเรื่องการบิดเบือนอำนาจด้วย จึงควรนำการบิดเบือนอำนาจชนิดที่ไม่จงใจ ไปรวมอยู่ในเหตุที่อยู่ในส่วนเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ (motif) ในการทำนิติกรรมทางปกครอง (เหตุในทางภาวะวิสัย) จึงจะไม่เกิดความสับสน

แม้การใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนเพื่อประโยชน์มหาชนอื่นซึ่งมิใช่ประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนดในกรณีนั้นนั้น จะเป็นความมุ่งหมายที่มีใจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือพวกพ้องของผู้ใช้อำนาจก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่ากรณีนี้จะปราศจากความรับผิดทางอาญาได้ เพราะหากการใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนเพื่อประโยชน์มหาชนอื่น ซึ่งมิใช่เพื่อประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนดในกรณีนี้ อันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบและมีการบิดเบือนอำนาจด้วย ย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างอำพองใจ และหากเป็นการบิดเบือนอำนาจโดยจงใจให้ผู้อื่นผู้ใดได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เจตนามุ่งร้ายซึ่งเป็นเจตนาที่ไม่สุจริต หรือแม้มีการใช้ดุลพินิจโดยชอบหรือโดยมิชอบโดยมีเจตนาทุจริตด้วย เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจดุลพินิจก็จะมี ความผิดอาญาด้วย

3.5.2.2 การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจโดยไม่สุจริตซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้

หลักสุจริตทั่วไป ภาษาลาตินเรียกว่า “Bona fide” ในภาษาเยอรมันเรียกว่า “Treu und Glauben” หลักสุจริตกล่าวได้ว่าเป็นเสาหลักของกฎหมายทั้งระบบไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน เป็นต้นว่า การเข้าสู่ตำแหน่งทางการเมืองอย่างการเข้าเป็นรัฐมนตรีก็ต้องคำนึงถึงความซื่อสัตย์สุจริตหากเราสังเกตดูในคำถวายสัตย์ปฏิญาณตามมาตรา 175 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือแม้กระทั่งในการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองก็ต้องคำนึงถึงหลักสุจริตเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีผู้ร้องขอ เป็นต้น<sup>120</sup>

<sup>120</sup> กมล ตันจินวัฒน์กุล, “หลักสุจริต”, วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 5, (พฤษภาคม - สิงหาคม 2555), น. 79-88.

หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เรียกร้องให้บรรดาผู้ทรงสิทธิทั้งประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้สิทธิของตนโดยสุจริต หลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย ด้วยเหตุนี้ในการใช้อำนาจทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจโดยสุจริต การบิดเบือนการใช้อำนาจหรือการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ<sup>121</sup> ต่อมา หลักสุจริตนี้ก็ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งกำหนดให้การใช้อำนาจโดยไม่สุจริต เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งด้วย หลักสุจริตเป็นเครื่องช่วยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และพยายามจัดการใช้ดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการกลั่นแกล้งผู้อื่นเพื่อมูลเหตุซึ่งใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>122</sup> ก่อนจัดตั้งศาลปกครอง ศาลยุติธรรมได้นำหลักสุจริตมาใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมาก่อนแล้ว<sup>123</sup> รวมทั้งศาลปกครองก็เคยได้นำมาวินิจฉัยด้วย<sup>124</sup>

หลักสุจริตมีลักษณะเป็นกฎหมายยุติธรรม Jus aequum เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นตัวบทกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน ตัวบทจะมีลักษณะเป็นการเปิดช่องให้ผู้ตีความ ประุ่งแต่งให้กฎหมายนั้นสมบูรณ์เหมาะสมกับสภาพสังคม พฤติการณ์ และกาลสมัยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม การใช้การตีความก็ต้องพิเคราะห์ให้เหมาะสมกับคดีเพราะหลักสุจริตนี้ก็เป็นมาตรฐานตัวชี้วัดในพฤติกรรมมนุษย์ในสังคมว่า ดีหรือไม่ดี ในสังคม<sup>125</sup> หลักสุจริตในทางกฎหมายมหาชนจึงเกี่ยวข้องกับคุณภาพของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างยิ่ง การใช้ดุลพินิจใดแม้ไม่ใช่เรื่องของการทุจริตแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ แต่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่กระทบต่อคุณธรรมหรือศีลธรรมอันดีในด้านต่างๆ เช่น การมีเจตนากลั่นแกล้ง การฉ้อฉล การปิดบังอำพราง การไม่เปิดเผยตรงไปตรงมาต่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏ และรวมถึงการมีเจตนาโดยทุจริตด้วย

<sup>121</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546), น. 38.

<sup>122</sup> อนุวัฒน์ บุญนันท์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 39, น. 113.

<sup>123</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510, ที่ 882/2522 และที่ 2496/2526.

<sup>124</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.80/2547 และ ที่ อ.35/2549.

<sup>125</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.154-157.

เป็นต้น ย่อมถือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริตทั้งสิ้น การใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริตจึงอาจเป็นเหตุให้การ  
ใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุมีการบิดเบือนหรือบิดผันการใช้อำนาจ  
ในชั้นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตีความกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่เฉพาะเจาะจง หรือไม่ชัดเจนให้ผิดเพี้ยนไป  
ในทางที่ตนต้องการ จนเกินขอบเขตของกฎหมายนั้นๆ หรือในชั้นดุลพินิจตัดสินใจ ได้มีการเลือก  
ตัดสินใจใช้อำนาจไปในทางที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป หรือสิทธิเสรีภาพที่กำหนดไว้ใน  
รัฐธรรมนูญได้ เช่น ตัดสินใจใช้อำนาจโดยใช้ทางเลือกที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หรือขัดต่อหลัก  
ความจำเป็นอย่างชัดแจ้ง เป็นต้น แม้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวอาจไม่ได้มีการแสวงหา  
ประโยชน์โดยมิชอบในลักษณะที่เป็นการทุจริตเลยก็ตาม แต่การใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่สุจริตก็เป็นเหตุ  
ให้การใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่สุจริตนั้น กระทบต่อ  
ความถูกต้องและความสะอาดบริสุทธิ์ของการใช้อำนาจรัฐโดยตรง และถือว่าการใช้ดุลพินิจที่ผู้ใช้  
อำนาจมีความเคลื่อนไหวในใจ (mobile) โดยไม่สุจริตออกนิตินกรรมทางปกครองไป เพื่อตอบสนอง  
วัตถุประสงค์ส่วนตัวหรือที่มีประโยชน์มหาชนที่กฎหมายให้อำนาจ เป็นการใช้ดุลพินิจในลักษณะที่  
เป็นการบิดเบือนอำนาจ ไม่ว่าจะดุลพินิจนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจก็ตาม

หลังจากที่ได้มีการศึกษาแยกแยะประเภทของการใช้อำนาจดุลพินิจออกเป็นหลาย  
ประเภทหลายแง่มุม จนเราพบว่าการใช้ดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจบางกรณี  
ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ โดยเฉพาะกรณีที่มีการบิดเบือนอำนาจโดยจงใจและทุจริต ซึ่งเป็น  
การกระทำโดยไม่สุจริตที่มีความร้ายแรง ดังนั้น ในขั้นนี้ก็จะศึกษาถึงการบิดเบือนอำนาจโดยไม่สุจริต  
ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ คือ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีความมุ่งร้ายหรือกลั่น  
แกล้งผู้อื่น และการใช้อำนาจดุลพินิจโดยทุจริต ดังนี้

#### (1) การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีความมุ่งร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น

ความบกพร่องในการใช้อำนาจดุลพินิจในข้อนี้ เป็นการพิจารณาการใช้อำนาจ  
ดุลพินิจในด้านอติวิสัยของผู้ใช้ ซึ่งจะสัมพันธ์กับหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่าย  
ปกครองตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้  
วินิจฉัยอาศัยความเป็นมิตรหรือศัตรู เป็นมูลเหตุชักจูงใจมาเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจ<sup>126</sup> การใช้  
อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนเพื่อประโยชน์เรื่องอื่นซึ่งมิใช่ประโยชน์มหาชน หรือนำประโยชน์  
เรื่องอื่นซึ่งมิใช่ประโยชน์มหาชนเข้ามาปะปนโดยมีมูลเหตุจูงใจเช่นนี้ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่  
ประกอบด้วยอคติเป็นการส่วนตัว (ตามหลักกฎหมายไทยเรื่อง “หลักอินทภาษ” ในกฎหมายตราสาม

<sup>126</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 108, น.267.

ดวง)<sup>127</sup> หมายถึงมีความลำเอียงกับฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นเหตุให้มีผลกระทบเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีนัยสำคัญด้วย อคติทั้งสี่ประกอบด้วย (1) ฉันทาคติ เป็นการลำเอียงเพราะรักใคร่ชอบพอ (2) โทษาคติ เป็นการลำเอียงเพราะเกลียดชังโกรธ (3) โมหาคติ เป็นการลำเอียงเพราะหลงเขลา เบบ้าปัญญา และ (4) ภัยาคติ เป็นการลำเอียงเพราะเกรงกลัวขลาดไม่กล้าตัดสินใจเกรงว่าจะได้รับภัยอย่างใดอย่างหนึ่ง อคติเป็นการส่วนตัวทั้งหลายเหล่านี้ หากเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งและมีระดับร้ายแรง ย่อมกระทบต่อหลักสุจริตในการคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่ และอาจมีความรับผิดชอบอาญาได้

ในประเทศอังกฤษ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดผันอำนาจ (หลักการเกี่ยวกับการบิดผันหรือบิดเบือนอำนาจของฝรั่งเศส) หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิตกรรมทางปกครองโดยเหตุผลอื่นนอกเหนือจากที่รัฐสภาได้อนุมัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ย่อมถือว่าเป็นการกระทำหรือคำสั่งที่มีวัตถุประสงค์ไม่เหมาะสมหรือไม่สมควร (improper purpose) หรือไม่ได้กระทำโดยสุจริต (bona fide) หรือกระทำโดยไม่สุจริต (mala fide) ถือเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>128</sup> การใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power) ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจไปโดยมีเจตนาไม่บริสุทธิ์ (bad faith) หรือโดยวัตถุประสงค์ที่ไม่สมควร (improper purpose) ซึ่งการใช้อำนาจไปโดยมีเจตนาไม่บริสุทธิ์ ประกอบไปด้วย “ความไม่สุจริต” (dishonesty) และความประสงค์ร้าย (malice)<sup>129</sup> โดยทั่วไปการใช้อำนาจที่ไม่สุจริตจะเกิดขึ้นเมื่อ องค์กรฝ่ายปกครองมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจโดยมีความประสงค์ในใจ เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายอย่างอื่นนอกเหนือไปจากความมุ่งหมายที่ตนรู้ หรือควรได้ว่าไม่ได้เป็นความมุ่งหมายที่กฎหมายได้ให้อำนาจ และการใช้อำนาจโดยความประสงค์ร้ายก็จะเกิดขึ้น เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจโดยมีมูลเหตุจูงอันเป็น

<sup>127</sup> มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, (ฉบับพิมพ์ซ้ำ พ.ศ. 2529), น. 42-44.

<sup>128</sup> บวรศักดิ์ อวรรณโณ, ระบบควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.93.

<sup>129</sup> S.A. de Smith, Judicial Review of Administrative Action, 4<sup>th</sup> ed., (London : Steven & Son Limited, 1980), p.325.

ปฏิบัติ หรือเกลียดชังต่อบุคคลผู้ซึ่งจะได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของตนโดยตรง<sup>130</sup> กรณีนี้ก็ต้องถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>131</sup>

ตัวอย่างของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีความมุ่งร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น เช่น ในประเทศฝรั่งเศส Conseil d'Etat ได้มีคำวินิจฉัยในคดีปกครองบางคดีที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ใช้อำนาจมีการบิดเบือนอำนาจโดยการออกนิติกรรมทางปกครอง ในทางที่เป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่งเพราะมีสาเหตุในทางส่วนตัวอย่างมีอคติ เช่น การที่นายกเทศมนตรีได้ไล่ตำรวจออกจากตำแหน่งนั้น ก็เพราะมีสาเหตุมาจากการที่ตำรวจผู้นั้นเคยรายงานการกระทำผิดกฎหมายของบิดาผู้รับใช้ของนายกรัฐมนตรีมาก่อน<sup>132</sup> หรือกรณีที่นายกเทศมนตรีไม่ยอมอนุญาตให้วงดนตรีวงหนึ่ง จัดกระบวนแห่ดนตรีในพิธีศพของสมาชิกวงดนตรีนั้น เพราะมีสาเหตุมีอยู่ว่า นายกเทศมนตรีไม่ชอบวงดนตรีนั้นเป็นการส่วนตัว และต้องการจะให้วงดนตรีอีกวงหนึ่งซึ่งเทศบาลให้การสนับสนุนทางการเงินอยู่<sup>133</sup> กรณีการใช้อำนาจโดยบิดเบือนเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองในทางอาญา

ในประเทศไทยมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในคดีอาญาเรื่องหนึ่ง เป็นกรณีที่ในทางพิจารณาฟังได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบ โดยมีมูลเหตุจูงใจจากการที่จำเลยในฐานะผู้บังคับบัญชามีเจตนากลั่นแกล้งโจทก์ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชา จึงออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเจ้าหน้าที่ที่มีลำดับอาวุโสต่ำกว่าโจทก์ให้ดำรงตำแหน่งสูงกว่าโจทก์หลายครั้ง และไม่เลื่อนตำแหน่งแก่โจทก์ตามวาระติดต่อกันหลายครั้งซึ่งมีลักษณะเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม และไม่อยู่บนรากฐานของเหตุผลที่วิญญูชนจะยอมรับได้ อันมีลักษณะเป็นการกระทำตามอำเภอใจเพื่อให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ซึ่งศาลฎีกาตัดสินว่า การกระทำของจำเลยเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์<sup>134</sup> กรณีนี้จึงเป็นตัวอย่างของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในลักษณะที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนำเรื่องส่วนตัวหรือประโยชน์ส่วนตัว เข้ามาปะปนกับการใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อประโยชน์มหาชนโดยมีความมุ่งร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม กรณียังมี

<sup>130</sup> Ibid, p.335-336.

<sup>131</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 128, เรื่องเดียวกัน.

<sup>132</sup> C.E. 16 novembre 1900, Maugras.

<sup>133</sup> C.E. 17 mai 1907, Société philharmonique libre de Fumay.

<sup>134</sup> เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 7663/2543 ระหว่าง นายสุภร ประศาสน์วินิจฉัย โจทก์ นายโกเมน ภัทรภิรมย์ จำเลย.

ประเด็นเพิ่มเติมว่า หากการใช้ดุลพินิจนั้นชอบด้วยเนื้อหาแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความไม่สุจริตในบางกรณี ซึ่งถือว่ามี การบิดเบือนอำนาจเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ในทางส่วนตัวด้วย เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ จะได้กล่าวต่อไปในข้อ (2)

## (2) การใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือโดยทุจริต

ในทางตำรานั้น ไม่ค่อยได้มีการแยกแยะถึงกรณีการใช้อำนาจโดยทุจริตและโดยไม่สุจริตว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร เพราะแท้จริงแล้วการใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต กับการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต ไม่เหมือนกันเสียทีเดียว คำว่า “โดยไม่สุจริต” นั้นมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “โดยทุจริต” มาก ในทางกฎหมายนั้น คำว่าโดยทุจริต มีค่านิยามไว้ตามมาตรา 1 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า หมายถึง “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” นั่นคือการทุจริตเป็นการมุ่งเน้นไปที่การแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้ แต่คำว่า “โดยไม่สุจริต” นั้น ยังไม่มีนิยามไว้ในกฎหมายโดยตรง แต่ในความหมายที่ยอมรับกันทั่วไปว่าขอบเขตของความไม่สุจริตอาจไม่ได้มุ่งเน้นไปที่การแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้ก็ได้ แต่ “โดยไม่สุจริต” อาจเกิดจากการมีเจตนาร้าย หรือโดยมีอคติอย่างใดอย่างหนึ่ง คำว่า “โดยไม่สุจริต” มาจากคำตรงข้ามกับคำว่า “โดยสุจริต” อันเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ “หลักสุจริต” ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญอันหนึ่งในหลักกฎหมายทั่วไปและได้กล่าวไว้พอสมควรแล้วในหัวข้อก่อน โดยเหตุนี้อีกนัยหนึ่ง การใช้อำนาจดุลพินิจโดยทุจริตจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่สุจริตเท่านั้น ซึ่งความบกพร่องในการใช้ดุลพินิจในข้อนี้ เป็นการพิจารณาการใช้ดุลพินิจในด้านอัตวิสัยของผู้ใช้ ซึ่งจะสัมพันธ์กับหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้วินิจฉัยอาศัยการแสวงหาผลประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นมูลเหตุชักจูงใจมาเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจ

การมีเจตนาทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจ กับการใช้ดุลพินิจโดยทุจริตนั้นก็เหมือนกันทั้งหมด กล่าวคือ การมีเจตนาทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจ อาจเป็นกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นเรียกรับหรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย เพื่อแลกกับการอำนวยความสะดวกให้ได้รับการพิจารณาเร็วขึ้น หรือลดขั้นตอนลง หรือที่เรียกว่า “กินตามน้ำ” ส่วนการใช้ดุลพินิจโดยทุจริตนั้น อาจเป็นเรื่องของการนำผลประโยชน์ส่วนตัว ที่ผู้ใช้อำนาจดุลพินิจจะได้จากการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นเหตุชักจูงใจนั้นโดยตรง ซึ่งหากมิได้มีเหตุชักจูงใจในลักษณะดังกล่าว ก็จะไม่มีการใช้อำนาจดุลพินิจที่เอื้อประโยชน์เช่นนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจโดยทุจริตนี้ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ย่อมก่อให้เกิด

ความรับผิดทางอาญาได้ ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ แม้การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นจะผ่านความชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองก่อนหน้ามาทั้งหมด แต่ไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง เพราะเหตุที่มีการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir หรือ abuse of power) โดยเฉพาะเป็นการออกนิติกรรมทางปกครองมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบแก่ตนเองหรือบุคคลอื่น เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีความผิดฐาน เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตได้

นอกจากนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยทุจริตแล้ว ย่อมถือว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในลักษณะนี้ ไม่ใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แต่เป็นการกระทำไปโดยมีวัตถุประสงค์ส่วนตัว เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบเอง<sup>135</sup> ดังนั้น หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น นอกจากจะเป็นความผิดทางอาญาแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจก็ยังคงมีความรับผิดในทางแพ่งในลักษณะละเมิดเป็นการเฉพาะตัวอีกด้วย<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> สมลักษณ์ จันทรังสี, ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 37-38, 48.

<sup>136</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5.





## บทที่ 4

### ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง กับความรับผิดทางอาญาในต่างประเทศ

ในการศึกษาเรื่องความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดทางอาญาในต่างประเทศ จะเริ่มศึกษาจากลักษณะการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของแต่ละประเทศดังกล่าวเสียก่อน เนื่องจากมีความสำคัญต่อการกำหนดความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจได้ นอกจากนั้นในลำดับถัดไป ก็จะศึกษาถึงปัจจัยต่างๆ ที่มีผลต่อความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในแต่ละประเทศ ซึ่งมีทั้งปัจจัยทางด้านสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ อันจะส่งผลในภาพรวมถึงการดำเนินคดีอาญาในความผิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ โดยในบทนี้จะเป็นการศึกษาในส่วนของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือเป็นตัวแทนของประเทศที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน

#### 4.1 ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดทางอาญาในประเทศอังกฤษ

##### 4.1.1 ลักษณะการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีกฎหมายฉบับใดเลยที่กำหนดลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบไว้ ในการศึกษาลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จึงต้องศึกษาจากตำรากฎหมายปกครองและแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมอังกฤษ ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษได้มีการพยายามกำหนดลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ (abuse of discretion) ไว้หลายกรณี<sup>1</sup> ทั้งในกรณีการใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดโดยทั่วไป เช่น การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมอบอำนาจไม่ถูกต้อง การใช้

<sup>1</sup> อนุวัฒน์ บุญนันท์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น. 61-63.

อำนาจดุลพินิจโดยนำปัจจัยที่ไม่เกี่ยวข้องมาพิจารณา การใช้อำนาจดุลพินิจโดยตีความข้อกฎหมายผิดพลาด การใช้ดุลพินิจโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้อง การใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันอย่างเคร่งครัดกับแนวปฏิบัติหรือการห่วงเหี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น<sup>2</sup>

ในทางปกครอง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจดุลพินิจในประเทศอังกฤษสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือกรณีที่มีการห่วงเหี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ (Retention and Fettering of Discretion) และกรณีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (Abuse of Discretion) ในกรณีที่มีการห่วงเหี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจนั้น โดยหลักเมื่อรัฐสภาตรากฎหมายมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ไม่สามารถห่วงเหี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ เช่นการกำหนดนโยบายไว้ล่วงหน้า และวินิจฉัยสั่งการตามนโยบายนั้นโดยไม่ได้พิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีได้ แต่หากนโยบายหรือทางปฏิบัตินั้น มีนโยบายที่เคร่งครัดจนเกินไป (Over-rigid Policies) แล้ว ศาลก็จะถือว่าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย<sup>3</sup> ส่วนในกรณีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบนั้น โดยทั่วไปศาลอังกฤษปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความเหมาะสม (merit) ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ศาลเองมีอำนาจเต็มในการทบทวนตรวจสอบการกระทำทางปกครอง เช่น การอุทธรณ์ (appeal) ในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง) ด้วยเหตุที่ศาลอังกฤษยอมจำกัดบทบาทตนเอง (self – restraint) แต่หากเป็นกรณีที่ศาลพบว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยปราศจากความเหมาะสมถึงขนาดมองได้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบแล้ว ศาลจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว และหากศาลพบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (Improper Purpose) เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริต (Bad Faith) เป็นการนำสิ่งที่ไม่เกี่ยวข้องมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจหรือการไม่นำสิ่งที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา (Relevant/Irrelevant Consideration) หรือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่สมเหตุผล (unreasonableness) แล้ว ศาลก็จะถือว่าคำสั่งทางปกครอง หรือคำวินิจฉัยนั้นมิชอบด้วยกฎหมาย

<sup>2</sup> A.W. Bradley and K.D. Ewing, Constitution and Administrative Law, 14<sup>th</sup> Edition, (Harlow : Longman, 2007), pp.730-736.

<sup>3</sup>ณรงค์เดช สรุโฆษิต, การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น. 123.

และเพิกถอนเสีย<sup>4</sup> ซึ่งตามมาตรฐานของศาลอังกฤษในการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครอง จะมีอยู่ด้วยกัน 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก เป็นการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายที่เหมาะสมหรือไม่ และขั้นตอนที่สอง เป็นการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจอยู่บนพื้นฐานของการนำสิ่งที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาหรือไม่ หากศาลพบว่าการใช้ดุลพินิจมิได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม หรือมิได้นำสิ่งที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา การใช้อำนาจตัดสินใจ (decision) ของฝ่ายปกครองนั้นจะถูกเพิกถอน<sup>5</sup>

นอกจากนั้น โดยปกติศาลยุติธรรมอังกฤษมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองใน 3 เหตุ คือ การกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย (Illegality) การกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล (Irrationality) และการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกระบวนการ (Procedural Impropriety)<sup>6</sup> ตามคำอธิบายของ Lord Diplock นั้น การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบจะเป็นส่วนหนึ่งของเหตุที่ 2 คือการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล แต่การใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายบางอย่างเป็นส่วนที่อยู่ในเหตุที่ 1 คือเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) ทั้งกรณีเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจโดยมีการมอบอำนาจไม่ถูกต้อง<sup>7</sup> สำหรับในกรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นเหตุให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น มีผู้เห็นว่า เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ที่มีใช้ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม<sup>8</sup> ดังนั้น การควบคุมให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่กฎหมายกำหนดนี้ จึงเป็นการควบคุมเพื่อตรวจสอบมูลเหตุในใจหรือ

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, น.124.

<sup>5</sup> Paul Craig, Law Fact and Discretion in the UK, EU and USA, [www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.../paul\\_craig.pdf](http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.../paul_craig.pdf), pp.15-16.

<sup>6</sup> Greer Hogan, Constitutional and Administrative Law in a Nutshell, 6<sup>th</sup> Edition, (London : Sweet & Maxwell, 2002), p.109, อ้างใน อนุวัฒน์ บุญนันท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 55-56.

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>8</sup> Join F. McEldoney, Public Law, 3<sup>rd</sup>, Editon, (London : Sweet & Maxwell, 2002), p.494.

มูลเหตุซึ่งใจที่ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจนั่นเอง<sup>9</sup> ในกรณีที่ใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะฝ่ายปกครองมีมูลเหตุซึ่งใจที่บิดเบือนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นนี้ นอกจากเป็นเหตุให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การควบคุมความชอบด้วยดุลพินิจในลักษณะนี้ยังอาจทำให้ทราบถึงเจตนาที่แท้จริงของฝ่ายปกครอง ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้นเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ เพื่อนำไปสู่การกำหนดความรับผิดทางอาญาได้

ในประเทศอังกฤษ ข้อความคิดของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย จะอยู่ภายในขอบเขตของเรื่อง “abuse of power” อันเป็นกรณีเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) ของการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับกรณีการบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir) ของฝรั่งเศส<sup>10</sup> โดยการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่สุจริตจะเกิดขึ้นเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจดุลพินิจ ให้บรรลุความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์อย่างอื่นที่มีไม่ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ที่ตนรู้ หรือควรรู้ว่าไม่ใช่ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ที่กฎหมายกำหนด<sup>11</sup> อย่างจงใจ<sup>12</sup> ส่วนการใช้อำนาจโดยมีความประสงค์ร้าย (malice) ก็คือการใช้ฝ่ายปกครองจงใจที่จะใช้อำนาจโดยมีมูลเหตุซึ่งใจอันเป็นปรปักษ์หรือเกลียดชังบุคคลที่จะได้รับผลจากการใช้อำนาจของตน<sup>13</sup>

สำหรับมุมมองของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในศาลอาญา (criminal judicial review) ของอังกฤษนั้น ในกรณีที่มีการดำเนินคดีกับบุคคลโดยรัฐในกระบวนการ

<sup>9</sup> Bernard Schwartz, supra note 87, p.216-217, อ้างใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย”, (วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.107.

<sup>10</sup> D.C.M. Yardley, “The Abuse of Power and It’s Control in English Administrative Law”, The American Journal of Comparative Law, (Vol.18, 1970), p.565., อ้างใน ชีระ สุธีรวงศ์, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 53-54.

<sup>11</sup> S.A. de Smiths, “Judicial Review of Administrative Action”, 4<sup>th</sup> Edition, (London : Steven & Son Limited, 1980), p.325.

<sup>12</sup> ชีระ สุธีรวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 55.

<sup>13</sup> S.A. de Smiths, supra note 11, pp.335-336.

ทางอาญา องค์การตุลาการซึ่งมีหน้าที่ในทางกฎหมายอาญาก็จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหาร และปฏิเสธการกระทำที่เป็นการคุกคามสิทธิมนุษยชนอันเป็นรากฐานของหลักนิติธรรม ตัวอย่างในคดี R v Horseferry Road<sup>14</sup> ผู้พิพากษา Lord Griffiths ได้นำแนวคิดเรื่อง “การบิดเบือนกระบวนการ” ในความหมายอย่างแคบ (abuse of process in the narrow sense) มาตรวจสอบในกรณีว่าผู้ต้องหาได้รับการพิจารณาด้วยความเป็นธรรมหรือไม่ และได้้นำแนวคิดเรื่องการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) ของหลักกฎหมายปกครองมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาด้วย โดยเฉพาะในกรณีของศาล High Court ในการควบคุมตรวจสอบการทำหน้าที่ของศาล Magistrate Court และเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นๆ<sup>15</sup> โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การพิสูจน์ความผิดและโทษหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยในคดีอาญาทุกคดีมีความเป็นธรรม (fair trial)

#### 4.1.2 บทบัญญัติของกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

ระบบกฎหมายอาญาของอังกฤษมีที่มาจาก 2 แหล่ง คือกฎหมายที่มาจากคำพิพากษา (common law) และกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (statutes) ซึ่งกรณีของกฎหมายที่มาจากคำพิพากษามีบทบาทที่สำคัญต่อการบัญญัติความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ความผิดอาญาทั้งกรณีการรับสินบน (bribery) แยกเป็นกรณีๆ ไป เช่น การลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่รับสินบนเพื่อใช้อำนาจโดยมิชอบ (common law offense of misfeasance)<sup>16</sup> หรือการกำหนดความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ (misconduct in public office) เป็นความผิดอาญาร้ายแรงที่ใช้กันอย่างกว้างขวางในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบัน โดยเฉพาะในอังกฤษ และแคว้นเวลส์ และยังมี การนำไปใช้ในประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ เช่น ฮองกง ออสเตรเลีย และกลุ่มประเทศในคาบสมุทรแคริบเบียนบางประเทศ<sup>17</sup>

<sup>14</sup> R v Horseferry Road, Magistrates' court, ex parte Bennette (No.1)[1993] UKHL 10. [1994]1 AC 42.

<sup>15</sup> Richard Wilson QC, “Judicial Review : An Introduction to the Key Principles”, *Criminal Judicial Review*, General Editor : Piers von Berg, (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing Ltd., 2014), pp.11-12.

<sup>16</sup> Llewellyn-Jones[1968] 1 QB 429.

<sup>17</sup> Collin Nicholls QC et al., *Corruption and Misuse of Public Office*, (Oxford : Oxford University Press, 2006), p.65.

ที่มาของความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเกิดขึ้นในคดี R v. Bembridge (1783) ซึ่งจำเลยในคดีเป็นเจ้าหน้าที่บัญชีของ The Office of Receiver and Paymaster General of the Forces ถูกกล่าวหาว่าปิดบังซ่อนเร้นทรัพย์สินที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนโดยเจตนาทุจริต ด้วยการละเว้นไม่จดจำนวนเงินที่ถูกต้องลงในบัญชี Lord Mansfield QC ผู้พิพากษาในคดีนี้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “ตามหน้าที่ของจำเลยในคดีนี้เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าจำเลยเป็นผู้ซึ่งได้รับความเชื่อถือไว้วางใจจากประชาชนและเป็นสมุหบัญชี ซึ่งการใช้จ่ายและงบประมาณอยู่ในความรับผิดชอบของจำเลย ดังนั้น การที่จำเลยรู้ถึงการละเว้นไม่จดจำนวนเงินให้ถูกต้อง ปิดบังซ่อนเร้นเงินดังกล่าวไว้ จึงเป็นการกระทำโดยเจตนาทุจริตที่เป็นความผิดอาญา การกระทำของจำเลยไม่เพียงเป็นการละเว้นหรือเพิกเฉยไม่ปฏิบัติหน้าที่ หากแต่เป็นการหลอกลวงอย่างร้ายแรงที่ถือเป็นการฉ้อโกงประชาชนทั้งหมดหรือบางส่วน บุคคลที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อถือของประชาชน โดยเฉพาะเมื่อเป็นเรื่องผลประโยชน์ของประชาชน การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบดังกล่าวถือเป็นการกระทำผิดอาญาต่อแผ่นดินและย่อมต้องถือเป็นหลักเกณฑ์เช่นนี้เสมอ ไม่ว่าบุคคลใดจะเข้ามาทำหน้าที่นี้”<sup>18</sup>

ก่อนหน้าคดี R v. Bembridge ศาลอังกฤษได้เคยใช้หลักเกณฑ์ความผิดตามคอมมอนลอว์นี้พิพากษาลงโทษเจ้าพนักงานฐานบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถและจิตสำนึกสาธารณะ กล่าวคือ เจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าวบกพร่องไม่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นข้าราชการอันเป็นความรับผิดชอบทางอาญาในคดี Makally’s Case (1611) และกรณีเจ้าพนักงานตำรวจถูกฟ้องฐานปฏิเสธที่ทำหน้าที่อย่างแข็งขันทันทีหลังได้รับแจ้งความกรณีมีการบุกรุก ในคดี Crouther’s Case (1600)<sup>19</sup>

ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ (Misconduct in public office) เป็นความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีอัตราโทษสูงสุดจำคุกตลอดชีวิต และมีความเกี่ยวเนื่องกับความผิดฐานกระทำผิดต่อหน้าที่ (misfeasance in public office) ซึ่งเป็นความผิดทางแพ่งละเมิด (civil tort)<sup>20</sup> ซึ่งจากการพัฒนาหลักกฎหมายทั้งสองนี้

<sup>18</sup> Lucinda Maer, “Misconduct in public office”, Library House of Common, Standard Note: SN/PC/04909.

<sup>19</sup> Colin Nicholls QC et al, Corruption and Misuse of Public Office, 2006, p66, cited by Lucinda Maer. Ibid.

<sup>20</sup> กฎหมายละเมิดของอังกฤษ (Tort Law) กำหนดความผิดเกี่ยวกับการละเมิดในหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ Nonfeasance Misfeasance และ Malfeasance ซึ่ง

ที่ผ่านมาหลักกฎหมายในทางละเมิดนี้ก็นำไปใช้ในการอธิบายความผิดทางอาญาด้วย ความประพฤติอันเป็นการทำลายความเชื่อถือของมหาชนนี้เป็นสิ่งสำคัญอันเป็นองค์ประกอบเริ่มต้นของความผิด แต่วามันมีความหมายคลุมเครือ ยากต่อการสืบสวน การฟ้องร้อง และการพิจารณาของคณะลูกขุน ในปี 2010 คณะกรรมการสภาสามัญได้แถลงการณ์ว่า ความผิดฐานนี้ยังได้ผลไม่เป็นที่น่าพอใจนัก ทั้งที่มันมีอัตราโทษสูงถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต จึงได้มีการเสนอให้คณะกรรมการปฏิรูปพิจารณาร่างกฎหมายบัญญัติความผิดเหล่านี้ให้เป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อปี 1997 จนยังต้องใช้เวลาในการพัฒนามานับสิบปีเศษแล้ว เรื่องนี้ได้รับการกระตุ้นเมื่อมีกรณีจับกุมสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ชื่อ นาย Damian Green และข้าราชการที่ชื่อ Christopher Galley เมื่อเดือน พฤศจิกายน 2008. ทั้งสองถูกจับกุมฐานเปิดเผยข้อมูลชั้นความลับของรัฐบาลโดยไม่มีอำนาจ ซึ่งต่อมาหัวหน้าพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้อง (the decision not to prosecute) โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความเป็นไปได้ในการที่ศาลจะพิพากษาความผิดบุคคลทั้งสองได้<sup>21</sup> ซึ่งก่อนหน้านั้น คณะกรรมการที่เรียกว่า The Committee on Standard in Public Life ภายใต้การนำของ Lord Nolan ก็ได้เสนอให้มีการบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงาน

ความผิดทั้งสามประเภทนี้ ในบางกรณีที่มีความร้ายแรงอาจมีความรับผิดทางอาญาในความผิดฐาน Misconduct in Office ด้วย เนื่องจากความผิดอาญาฐาน Misconduct in Office มีความหมายกว้างขวางมากทำนองเดียวกับความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ของไทย แต่ยังไม่ได้มีการบัญญัติความผิดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Law) ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนดังกล่าว สำนักงานอัยการของอังกฤษ (CPS) และศาลอังกฤษจึงได้พยายามกำหนดขอบเขตของการฟ้องร้องและการตัดสินความผิดในทางอาญา เฉพาะในกรณีที่เป็นกรณีสืบปฏิบัติหน้าที่และการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการจงใจให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเท่านั้น ซึ่งมีทั้งกรณีที่เกิดความเสียหายและกรณีอาจเกิดความเสียหายขึ้นได้.

<sup>21</sup> Law Commission, MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE, Issues Paper 1: The Current Law, [www.lawcom.gov.uk/project/misconduct-in-public-office](http://www.lawcom.gov.uk/project/misconduct-in-public-office). 20 January 2016, p.1.

ปฏิบัติมิชอบในหน้าที่ให้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเช่นกัน แต่รัฐสภาอังกฤษก็ยังไม่เห็นชอบด้วยกับการตรากฎหมายเพื่อกำหนดความผิดฐานนี้ให้ชัดเจนลงไป<sup>22</sup>

ส่วนในกรณีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (statutes) ที่บัญญัติความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่นั้น รัฐสภาอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะเรื่องบ้างเหมือนกัน เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความลับของทางราชการ ค.ศ. 1989 (Official Secret Act 1989) และกฎหมายที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทุจริต ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยสินบน ค.ศ. 2010 (Bribery Act 2010) ซึ่งเน้นไปที่ความผิดฐานเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเรียกหรือรับสินบนเป็นสำคัญ แต่ในส่วนของความผิดฐานเจ้าพนักงานประพฤติมิชอบในหน้าที่ตาม common law อาจกล่าวได้ว่าเป็นความผิดที่มีขอบเขตกว้างขวางและมีการให้คำนิยามที่ไม่ชัดเจน และเมื่อไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะลูกขุนในการพิจารณา<sup>23</sup> ทำให้ขอบเขตของ Misconduct in office ครอบคลุมความผิดในความหมายมากมายหลายอย่าง เช่น การข่มเหงเป็นการประพฤติมิชอบประเภทหนึ่ง หรืออาจใช้ในความหมายเฉพาะในฐานะที่เป็นฐานความผิดเพื่อใช้อ้างถึงการกระทำความผิดที่โดยสภาพแล้วไม่มีชื่อเรียก เช่น การปล่อยตัวนักโทษโดยทุจริต ก็เรียกว่าเป็นการประพฤติมิชอบ เป็นต้น<sup>24</sup>

สำหรับในส่วนขององค์ประกอบความผิดฐานประพฤติมิชอบในหน้าที่นี้ สำนักงานอัยการของอังกฤษ หรือ Crown Prosecution Service (CPS) ได้กำหนดรายละเอียดขององค์ประกอบความผิด misconduct in office ไว้ตามแนวปฏิบัติไว้มีหลักการว่า<sup>25</sup>

<sup>22</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157,” (เสนอต่อสำนักงาน ป.ป.ช., 2555), น. 132.

<sup>23</sup> <https://www.gov.uk/government/organisations/the-committee-on-standards-in-public-life>.

<sup>24</sup> Rollin M.Perkin and Ronald N. Boyce, Criminal Law, Abridged 3<sup>rd</sup> Edition, (New York : Foundation Press, 1982), p.543., อ้างใน พัสสน ตันติเตมิท, “ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 59.

<sup>25</sup> Details of the offence are set out in November 2007 guidance from the Crown Prosecution Service (CPS).



- 1) เป็นการกระทำของเจ้าพนักงาน
- 2) มีเจตนาละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ และหรือมีเจตนาที่จะประพฤติดมิชอบในหน้าที่ของตน
- 3) การประพฤติดมิชอบดังกล่าวถึงระดับที่ถือว่าเป็นการกระทบความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อตำแหน่งที่เจ้าพนักงานนั้นดำรงอยู่

4) โดยปราศจากข้ออ้างหรือเหตุผลตามสมควร

ในขณะที่ความผิดฐานละเมิดทางแพ่งกรณี misfeasance in public office ซึ่งมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับความผิดอาญาฐาน misconduct in office ที่จริงแล้วบางทีก็มีการอ้างอิงเกี่ยวพันกันไปมา อันอาจทำให้เกิดความสับสนได้ ซึ่งโดยสรุปแล้ว ความผิดฐานละเมิด misfeasance in public office มีองค์ประกอบดังนี้

- 1) จำเลยเป็นเจ้าพนักงาน
- 2) กระทำการหรือละเว้นกระทำการในอำนาจหน้าที่ และ
- 3) เป็นกรณีที่มีเจตนามุ่งร้ายเป็นองค์ประกอบ กล่าวคือ จำเลยใช้อำนาจโดยมีเจตนาทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหาย หรือจำเลยกระทำการ
  - ก. โดยรู้สำนึกในการที่กระทำ หรือ
  - ข. โดยละเลย ไม่ใส่ใจในพา
    1. ที่จะดำเนินการตามหน้าที่ และ
    2. อันน่าจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหาย
- 4) ผู้เสียหายต้องมีผลประโยชน์หรือฐานะที่จะเรียกร้อย และ
- 5) ต้องมีความเสียหายหรือความสูญเสียเกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย

ในกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำไปโดยมีความมุ่งร้ายเกิดขึ้นในรูปแบบความละเลยเพิกเฉย จำเลยต้องรู้ว่าการกระทำของเขาอาจจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหาย หรือกลุ่มบุคคลที่มีผู้เสียหายรวมอยู่ด้วย<sup>26</sup> ซึ่งนำมากล่าวเฉพาะเรื่อง misfeasance เท่านั้น อย่างไรก็ตาม สำหรับ

<sup>26</sup> Law Commission, supra note 16, p.11.

ความผิดทางแพ่งฐาน misfeasance/malfeasance/nonfeasance in public office ในกรณีที่มีความร้ายแรงย่อมเป็นความผิดอาญาฐาน misconduct in office ด้วย

ในความผิดอาญานั้น คณะกรรมการกฎหมายของอังกฤษ ซึ่งจัดตั้งโดย Commission Act 1965 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งเสริมการปฏิรูปกฎหมาย ได้วางแนวทางการดำเนินคดีในความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ (Misconduct in office) ซึ่งมีอยู่หลากหลายไว้ 2 กลุ่ม ดังนี้<sup>27</sup>

**กลุ่มแรก** เป็นกลุ่มความผิดฐานประพฤติมิชอบในความหมายแคบซึ่งไม่มีบัญญัติความผิดไว้ในกฎหมายอื่น มี 5 ฐานความผิด คือ

1. เจ้าพนักงานแสวงหาประโยชน์จากความสัมพันธ์ทางเพศโดยมิชอบในระหว่างปฏิบัติหน้าที่<sup>28</sup>
2. เจ้าพนักงานใช้อำนาจในตำแหน่งในการเอื้อประโยชน์ในทางส่วนตัวเป็นเหตุให้การใช้อำนาจขัดต่อตำแหน่งหรืออำนาจหน้าที่
3. เจ้าพนักงานจงใจใช้อำนาจโดยมีความลำเอียง อคติ หรือมีผลประโยชน์ขัดกัน (prejudicial or biased manner or under a conflict of interest)
4. เจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายร้ายแรงหรือในประการที่น่าจะทำให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (results in serious consequences, or a risk of serious consequences arising)
5. เจ้าพนักงานบกพร่องต่อหน้าที่ในการป้องกันรักษาข้อมูล ที่อยู่ในความครอบครองของตนตามหน้าที่ (ความผิดฐานนี้อยู่ในกลุ่มสองด้วย)

**กลุ่มสอง** เป็นกลุ่มความผิดฐานประพฤติมิชอบประเภทซึ่งอาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมายอื่นได้ด้วย (ความผิดบททั่วไป) มี 5 ฐานความผิด คือ

1. เจ้าพนักงานแสวงหาผลประโยชน์ทางการเงินในตำแหน่งหน้าที่

<sup>27</sup> Ibid, p.124-143.

<sup>28</sup> คดี Witcher & Lang Guildford Crown Court March 2005 เจ้าพนักงานตำรวจสองนาย กระทำทางเพศต่อบุคคลที่อยู่ในความดูแลของพวกเขาในหน้าที่ ซึ่งศาลตัดสินว่าเป็นความผิด Misconduct in office แบบหนึ่ง.

2. เจ้าพนักงานเรียกรับผลประโยชน์จากผู้อื่นก่อนเข้ารับตำแหน่งหน้าที่
3. เจ้าพนักงานเข้าแทรกแซงพยานหลักฐาน (Interference with evidence)
4. เจ้าพนักงานนำสิ่งของไม่ต้องห้าม แต่เป็นสิ่งของที่อาจเกิดอันตรายหรือเกิดการระเบิดเข้าไปในเรือนจำ
5. เจ้าพนักงานบกพร่องต่อหน้าที่ในการป้องกันรักษาข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของตนตามหน้าที่ (ความผิดฐานนี้ในบางกรณีเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น จึงต้องจำแนกซ้ำในกลุ่มนี้ด้วย)

#### 4.1.3 ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบ

จากการศึกษาหลักกฎหมายอาญาที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีความรับผิดอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น พบว่าไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบแต่อย่างใด ดังนั้น ในการค้นหาความสัมพันธ์เชื่อมโยงจึงต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับความผิดในลักษณะนี้ แต่จากการค้นหาแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ผู้เขียนยังไม่พบคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบโดยตรง ความผิดทางอาญาที่ค้นพบจึงเป็นเรื่องของการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นเรื่องการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้ง อันเนื่องจากการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบทั่วไป และเป็นกรณีที่น่าร้ายแรงทั้งสิ้น<sup>29</sup> ส่วนการบิดเบือนการใช้อำนาจ abuse of discretion ในคดีอาญากลับเป็นกรณีศาลในคดีอาญานำหลักการในทางกฎหมายปกครอง มาปรับใช้ในการควบคุมดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในระหว่างถูกดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา<sup>30</sup> ในกรณีของการบิดเบือนกระบวนการ (abuse of process) ก็เช่นกัน<sup>31</sup>

<sup>29</sup> โดยหากค้นหาความรับผิดทางอาญา Criminal liability ในทางระบบข้อมูลเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ (อินเทอร์เน็ต) ด้วยถ้อยคำที่เกี่ยวกับ abuse of discretion, misuse of discretion จะพบแต่การกระทำผิดที่เป็นเรื่องของการกระทำละเมิดทางแพ่งหรือในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบเท่านั้น.

<sup>30</sup> Richard Wilson QC, supra note 10.

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาเก่าแก่ในอดีตที่ศาลอังกฤษในคดีความผิด Misconduct in public office แบบหนึ่ง ซึ่งศาลฎีกาในคดีอาญาของประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบัน มักหยิบยกมาอ้างอิงเป็นตัวอย่างของการกระทำเกินขอบอำนาจ หรือประพฤติมิชอบในหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่เสมอ<sup>32</sup> เช่น ในคดี R v. Young (1758) ผู้พิพากษา Justice of the peace สองนายถูกดำเนินคดีว่า ใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจ (Arbitrary) ตื้อรั้นด้นทุรัง (Obstinately) และไม่มีเหตุผล (Unreasonably) ในการปฏิเสธออกใบอนุญาตให้แก่เจ้าของโรงเหล้า โดย Lord Mansfield ได้ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำที่เกิดจากความผิดพลาด (Error) และการกระทำที่เป็นอาชญากรรม (Crime) โดยอธิบายว่าหากผู้พิพากษาสองนายกระทำการโดยลำเอียง (Partially) เจตนาร้าย (Maliciously) หรือทุจริต (Corruptly) ในการใช้ดุลพินิจย่อมมีความรับผิดชอบที่จะต้องถูกดำเนินคดีอาญา (Indictment or Information) เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่อื่นๆ ของรัฐ<sup>33</sup> Lord Mansfield ผู้พิพากษาคดีนี้ได้แบ่งแยกให้เห็นระหว่างความผิดพลาดและการกระทำผิดอาญา (error and crime) และกล่าวอีกว่า ถ้าคำวินิจฉัยของพวกเขาผิดพลาด แต่พวกเขายังมีจิตใจและเจตนาที่บริสุทธิ์ พระเจ้าก็ย่อมห้ามที่จะลงโทษพวกเขาและยังคงให้ความกรุณาในความผิดพลาดนั้น เว้นเสียแต่ปรากฏชัดว่าพวกเขาได้กระทำไปโดยลำเอียง ทุจริต หรือมุ่งร้าย

หลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันอีกในคดีอาญา R. v. Williams (1762) ซึ่ง Lord Mansfield ได้พิพากษาว่า ผู้พิพากษา Justices of the Peace ถูกกล่าวหาว่ามีคำสั่งปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตให้แก่ผู้สมัครผู้ที่โหวตให้แก่สมาชิกสภาฝ่ายหนึ่ง พิพากษาว่าศาลได้อนุญาตให้มีการนำข้อมูลมาสืบพิสูจน์ความผิดของผู้พิพากษาทั้งสองนี้ได้ ไม่ใช่เพราะว่าพวกเขามีคำสั่งปฏิเสธออกใบอนุญาต ซึ่งพวกเขามีอำนาจดุลพินิจที่จะอนุญาตหรือปฏิเสธ ตามที่เขามองว่าถูกต้องและเหมาะสม (right and proper) แต่เพื่อพิสูจน์ถึงมูลเหตุจูงใจในการทุจริตเป็นเหตุให้คำสั่งของพวกเขาเป็นการกดขี่ข่มเหงและไร้ซึ่งความยุติธรรม (oppressive and unjust)<sup>34</sup> คำพิพากษาทั้งสองเรื่องนี้แม้เป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้พิพากษา แต่ในยุคดังกล่าวการพิจารณามีคำสั่งออกใบอนุญาตซึ่งเป็นเรื่องของนิติกรรมทางปกครองอยู่ในอำนาจของ Justice of the Peace

<sup>31</sup> See Andrew L.-T Choo, abuse of process and judicial Stay of Criminal Proceedings, (Oxford : Clarendon Press, 1993).

<sup>32</sup> R. v. Boulanger, [2006] 2 S.C.R. 49, 2006 SCC.

<sup>33</sup> R v. Young (1758) 1 Burr. 557, 97 E.R. 447. (K.B.)

<sup>34</sup> R. v. Williams (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851 (K.B.)

ในอีกครึ่งศตวรรษต่อมา ก็มีคดีอาญาอีกเรื่องหนึ่งคือคดี R. v. Borron (1820) ซึ่ง Abbott C.J. เป็นผู้พิพากษายังคงตัดสินวางแนวทางเกี่ยวกับขอบเขตเรื่องความประพฤติของผู้พิพากษา Magistrate เกี่ยวกับความไม่สุจริต (dishonest) และทุจริต (corrupt) ซึ่งเป็นความผิดอาญา โดย Abbott C.J. ได้ใช้เกณฑ์แบ่งแยกระหว่างการฝ่าฝืนหน้าที่ในทางมหาชน (public duty) อันเกิดจากมูลเหตุจูงใจ (motive) ที่มีลักษณะไม่สุจริต กตขี้ข่มเหง หรือทุจริต ต้องมีความรับผิดชอบส่วนความผิดพลาดหรือบกพร่องที่มีความร้ายแรงน้อยกว่า (less serious mistakes or errors) ย่อมไม่เป็นความผิด Abbott C.J. กล่าวอีกว่าที่จริงแล้ว พวกเขา (the Magistrate) ก็ต้องเหมือนกับเรื่องอื่นในราชอาณาจักรที่ต้องเป็นที่ไว้วางใจและซื่อตรงให้สมกับความเชื่อถือศรัทธาและหน้าที่ หากเขาทำไปโดยฝ่าฝืนสิ่งสำคัญดังกล่าว ไม่ว่าจะในการไต่สวนมูลฟ้อง หรือนำคดีมาฟ้อง ปัญหาที่มักเกิดคือไม่ใช่เรื่องที่ว่ากระทำผิดได้ทำไปอย่างไร กระบวนการ (ไต่สวนของผู้พิพากษา) ได้กระทำอย่างเต็มที่หรือครึ่งครัดหรือไม่ แต่เป็นเรื่องที่ว่าอะไรเป็นมูลเหตุจูงใจในการดำเนินกระบวนการดังกล่าว เกิดจากความไม่สุจริต กตขี้ข่มเหง (โทสะคติ) หรือทุจริต (โลภหรือโมหาคติ) หรือไม่ และภายใต้กรณีที่กำลังกล่าวมา หรือกรณีได้กระทำผิดพลาดหรือบกพร่องไปในคดีก่อนโดยเพียงแค่อันตรายจากความหวาดกลัว (ภยาคติ) ความรักความชอบ (ฉันทาคติ) เท่านั้น พวกเขาที่อาจกลายเป็นวัตถุแห่งการลงโทษ (objects of punishment) ได้แล้ว<sup>35</sup>

ตัวอย่างของทั้งสามคดีนี้แม้เป็นคำพิพากษาคดีอาญาที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของผู้พิพากษา ไม่ปรากฏคำพิพากษาคดีอาญาที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยตรงก็ตาม แต่โดยลักษณะเนื้อหาของอำนาจดุลพินิจที่ศาลวินิจฉัยก็เพียงพอที่จะถือว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ ในประเทศอังกฤษศาลได้สร้าง case law โดยนิยามลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ คือ “การใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจ มีเจตนาร้ายหรือโดยทุจริต” อันเป็นองค์ประกอบภายในที่มีลักษณะชั่วร้าย (mens rea)

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของมูลเหตุจูงใจในลักษณะที่ไม่สุจริต หรือมีความจงใจมุ่งร้ายนี้ ศาลอังกฤษในคดีอาญาก็ใช้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกำหนดความรับผิดทางอาญาในความผิด Misconduct in Office รูปแบบอื่นๆ ที่มีโชครณีของการใช้อำนาจดุลพินิจด้วย เช่น ในเวลาต่อมาเริ่มมีการเกิดขึ้นของคดีอาญาของเจ้าพนักงานที่มีลักษณะเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ (Neglect of Official Duty) ศาลก็ได้วินิจฉัยว่า การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต้องมี mens rea คือเป็นการ

<sup>35</sup> R. v. Borron (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721 (K.B.).

ละเว้นโดยจงใจ (wilful) ด้วยไม่ใช่เพียงแค่มิใส่ใจ (inadvertent) เท่านั้น<sup>36</sup> ซึ่งบางคดีปรากฏว่าเจ้าพนักงานได้ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่เป็นความผิดพลาด แต่ไม่มีองค์ประกอบภายในที่เป็น mens rea อันเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นในทางอาญาด้วย นั้นเป็นเพราะว่าเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายเฉพาะที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์<sup>37</sup>

นอกจากแนวคำพิพากษาคดีอาญาที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจทั้งสามคดี อันเป็นขอบเขตของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ศาลสร้างขึ้นว่า การใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจ มีเจตนาร้ายหรือโดยทุจริตเท่านั้นที่จะมีความรับผิดทางอาญาดังที่กล่าวมาแล้ว ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ ยังได้รับการตอกย้ำด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดขอบเขตของการใช้ดุลพินิจที่ได้รับความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนอีกด้วย โดยในปัจจุบัน รัฐสภาอังกฤษได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล ค.ศ. 2009 (Exercise of Reasonable Discretion Bill 2009)<sup>38</sup> กฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า จะไม่ตกอยู่ภายใต้ความรับผิดทางอาญาหรือทางแพ่ง อันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่อย่างมีเหตุผล ซึ่งใช้บังคับครอบคลุมทั้งองค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ และกฎหมายนิยามให้องค์กรของรัฐ รวมถึงสำนักงานสุขภาพแห่งชาติ หน่วยงานตำรวจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรของรัฐส่วนกลาง องค์กรของรัฐที่อยู่ใต้อำนาจ และองค์กรของรัฐที่ไม่ใช่กรม วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้คือเพื่อคุ้มครองความเดือดร้อนเสียหายขององค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และเจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่ตามสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะให้กับองค์กรของรัฐ จากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย หากบุคคลดังกล่าวใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีเหตุผลและโดยสุจริต และมีวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>39</sup> ในความหมายตามบทคุ้มครองของพระราชบัญญัติว่า

<sup>36</sup> R. v. Llewellyn-Jones (1967), 51 Cr. App. R. 204.

<sup>37</sup> R. v. Kennett (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976, and R. v. Pinney (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962, both of which involved failure of officers to suppress a riot. and R. v. Hollond (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340 (K.B.).

<sup>38</sup> Ordered, by The House of Commons, to be printed, 4 February 2009.

<sup>39</sup> มาตรา 1 “การคุ้มครองความรับผิดทางแพ่งและอาญาขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ

องค์กรของรัฐหรือ ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะไม่ต้องรับโทษทางอาญา และจะต้องได้รับการชดเชยจากการฟ้องร้องดำเนินคดีใดๆ อันเกี่ยวกับการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมาย

ด้วยการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล ค.ศ.2009 นี้ประกอบกับแนวคำพิพากษาในคดีทั้งสามได้แก่ คดี R v. Young (1758), R. v. Williams (1762) และ R. v. Borron (1820) ย่อมแสดงให้เห็นว่า ในประเทศอังกฤษจะเกิดความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบได้ ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจออกนอกขอบเขตหรือเกิดความผิดพลาดอย่างไม่มีเหตุผล อย่างชัดเจน โดยมีเจตนาร้าย หรือมีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง<sup>40</sup> เท่านั้น

บัญญัติ การกระทำอันมิชอบ หรือความประมาทเลินเล่อ ในการมีเจตนากระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการโดยสุจริต อันเป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลเพื่อประโยชน์มหาชน (แต่ไม่ใช่คุ้มครองแก่บรรดากรณีที่มีการกระทำที่มีลักษณะละเลย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง)”

มาตรา 2 “การคุ้มครองความรับผิดทางแพ่งและอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(1) ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ หรือบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในนามขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่ต้องมีความรับผิดทางอาญา และต้องได้รับหลักประกันจากการฟ้องร้องใดๆ เกี่ยวกับการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำอันมิชอบ หรือความประมาทเลินเล่อ ในการมีเจตนากระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการโดยสุจริต อันเป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผล และเป็น การกระทำหรือละเว้นการกระทำเพื่อประโยชน์มหาชน แต่ไม่รวมถึงการละเลยหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

(2) สัญญาเพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะ

ห้ามมิให้ฟ้องคู่กรณีในสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะให้แก่องค์กรของรัฐ กรณีผิดสัญญาในความสัมพันธ์ใดๆ ที่กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยคู่สัญญา หากการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นโดยสุจริต อันเป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการผิดสัญญาในข้อพื้นฐานของสัญญานั้น”.

<sup>40</sup> ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในกรณีนี้ หมายถึงกรณีความรับผิดส่วนตัวทางละเมิด อันเป็นความผิดทางแพ่ง ส่วนความรับผิดทางอาญาต้องมีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ความผิดในกรณีเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงด้วย.

## 4.2 ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดชอบทางอาญาในประเทศฝรั่งเศส

### 4.2.1 ลักษณะการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศฝรั่งเศสมีหลักในการควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) กรณีจึงไม่ครอบคลุมการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้อำนาจดุลพินิจ แต่อย่างไรก็ตาม นับแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ยุติการยอมรับความมีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองที่มีดุลพินิจอย่างสมบูรณ์ โดยไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล<sup>41</sup> ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่กฎหมายปกครองเยอรมันมีการบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ และลักษณะของอำนาจดุลพินิจโดยมิชอบไว้อย่างชัดเจน<sup>42</sup> กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสกลับไม่ได้มีการบัญญัติไว้เช่นนั้น แต่ด้วยลักษณะของระบบศาลปกครองฝรั่งเศสหรือสภาแห่งรัฐ คือความสามารถในการสร้างหลักกฎหมายที่เรียกว่า หลักกฎหมายปกครองทั่วไป (le principe des généraux du droit) ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ด้วยวิธีการดังกล่าวสภาแห่งรัฐจึงได้พัฒนาหลักในการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมาอย่างยาวนานแล้ว<sup>43</sup>

ในการควบคุมว่าการใช้ดุลพินิจในลักษณะใดถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ในประเทศเยอรมันยึดถือการแปลความหมายของคำว่า ดุลพินิจบกพร่อง เป็นเกณฑ์ในการเข้าควบคุมตรวจสอบ โดยหากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีการใช้ดุลพินิจบกพร่อง ศาลปกครองก็จะเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมและตรวจสอบ ส่วนกรณีใดบ้างที่มีการใช้ดุลพินิจบกพร่องเป็นเรื่องที่ศาลจะอาศัยเกณฑ์ตามกฎหมายพื้นฐาน เช่นหลักความได้สัดส่วน หรือการพิจารณาของเขตของกฎหมาย ส่วนศาลปกครองของฝรั่งเศสยึดหลักการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของ

<sup>41</sup> C.E., 31 janvier 1902, Grazietti, S., 1903, III, p. 113 อ้างใน สำนักงานศาลปกครอง, รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ครุสภาลาดพร้าว, 2547), น.9.

<sup>42</sup> กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 40 และมาตรา 114.

<sup>43</sup> ซีริญซา สระทองอ่อน, “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น. 98-99.



ฝ่ายปกครอง เมื่อมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำความผิดพลาดดังกล่าว หรือหลัก l'erreur manifeste d'appréciation และใช้วิธีการประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่งนั้น หรือหลัก bilan coûts avantages ซึ่งในส่วนของประเทศฝรั่งเศสจะใช้หลักการที่ค่อนข้างชัดเจนและเป็นรูปธรรมเมื่อนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง<sup>44</sup> โดยลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่อยู่ในเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งปัจจุบันได้มีการแบ่งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองไว้ 5 ประการ คือ<sup>45</sup>

- 1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte)
- 2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme)
- 3) นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure)
- 4) นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (le violation de la loi)
- 5) นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure)

---

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, น.190., นักกฎหมายบางท่านเรียกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสองกรณีว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครอง) และความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครอง), โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น. 182-183.

<sup>45</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิพากษาคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, “60 ปีความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์วรพจน์, หนังสืออาจริยบูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปีของศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ; เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น. 179-199.

เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้ง 5 ประการดังกล่าวข้างต้น<sup>46</sup> อาจแยกออกได้เป็น เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) ซึ่งประกอบด้วย 3 เหตุแรก และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) ซึ่งประกอบด้วย 2 เหตุถัดมา<sup>47</sup> จากการที่ได้ศึกษาไปในบทที่ 3 บ้างแล้วเราก็จะพบว่า เหตุความไม่ชอบของนิติกรรมทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นในเหตุประการที่ 5 เพราะในส่วนของนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) นั้นจะต้องเป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาโดยถูกต้องตามแบบและไม่มีเหตุความชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่น และเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจนั้นก็ต้องมีอำนาจดุลพินิจด้วยไม่มากก็น้อย ทั้งนี้เนื่องจากว่าย่อมไม่มีกรณีที่จะมีการบิดเบือนอำนาจได้ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจผูกพัน (competence liée) (C.E., 3 jan.1947, Sainteau, Rec. 7 และ C.E. 3 jan.1962, Ville d'Aix-en-Provence, Rec.2)<sup>48</sup> ซึ่งกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย สำหรับกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น การบิดเบือนอำนาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจได้ออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยมีมูลเหตุจูงใจที่จะบรรลุความมุ่งหมายอื่นที่ไม่ใช่ความมุ่งหมายที่กฎหมายกำหนดในลักษณะจงใจ คือเป็นการใช้อำนาจบิดเบือนความมุ่งหมายออกไปทั้งที่รู้อยู่ว่ากฎหมายมิได้มีความมุ่งหมายเช่นนั้น<sup>49</sup> และกรณีใดที่นิติกรรมทางปกครองไม่เข้าเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่น ก็จะเป็นกรณีเหตุที่ 4 คือนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (le violation de la loi) ซึ่งมีความหมายกว้างมากด้วยเหตุนี้เองเหตุที่อ้างว่านิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายจึงนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย ไม่ว่าจะเป็นกรณีการควบคุมตามหลักสัดส่วน (proportionnalité) หรือ

<sup>46</sup> ประเทศไทยได้รับเอาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แล้ว, ใน เรื่องเดียวกัน, น.180.

<sup>47</sup> เรื่องเดียวกัน, น. 184.

<sup>48</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32, ฉบับที่ 2, (มิถุนายน 2546), น.282.

<sup>49</sup> Jean-Marie Auby, “The Abuse of Power in French Administrative Law”, The American Journal of Comparative Law, (Vol.18, 1970), p.553., อ้างใน ชีระ สุธีวรารังกูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 53.

การควบคุมตามหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (bilan coût avantages) หรือการควบคุมนิติกรรมอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งในการประเมินของผู้ออกนิติกรรมนั้น (erreur manifeste d'appréciation)<sup>50</sup>

โดยในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง จะมีอยู่ 2 กรณี คือ การควบคุมแบบปกติ (contrôle normal) และการควบคุมแบบจำกัด (contrôle restreint ou contrôle minimum) ซึ่งการควบคุมการใช้ดุลพินิจนั้น ศาลจะใช้วิธีการควบคุมแบบจำกัดเท่านั้น<sup>51</sup> สำหรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ด้วยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) หรือเรียกอีกอย่างว่าเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอก นั้น ได้แก่เหตุ 3 ประการ คือ เหตุที่นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) เหตุที่นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme) และเหตุที่นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) เป็นเรื่องของความสามารถของผู้ใช้อำนาจ และขั้นตอนวิธีการในการใช้อำนาจ ซึ่งเป็นการรักษาไว้ซึ่งระเบียบแบบแผนของทางราชการเพื่อเป็นหลักประกันว่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาจะไม่เป็นไปตามอำเภอใจของผู้ทำนิติกรรม เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจจึงไม่มีอำนาจดุลพินิจเป็นส่วนใหญ่ และศาลก็จะเข้ามาควบคุมแบบปกติได้อย่างสมบูรณ์ นอกจากนั้นหากพิจารณาในแง่ของมูลเหตุจูงใจด้วยแล้ว ความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกของนิติกรรมทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีตั้งใจและไม่ตั้งใจ แต่เนื่องจากในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าการบิดเบือนการใช้อำนาจต้องเกิดขึ้นในกรณีตั้งใจเท่านั้น ดังนั้น หากเป็นกรณีไม่ตั้งใจก็ไม่มีประเด็นเรื่องมูลเหตุจูงใจ (le but, motive) ที่จะใช้อำนาจบิดเบือนกระบวนการ (le détournement de procédure) เมื่อมีความตั้งใจที่จะบิดเบือนกระบวนการก็อาจจะมีประเด็นเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาได้ แต่กรณีการใช้อำนาจบิดเบือนกระบวนการก็มีใช้กรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ อันจะอยู่ในขอบเขตของวิทยานิพนธ์เรื่องนี้

สำหรับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบของฝ่ายปกครอง เป็นเรื่องที่สามารถตรวจสอบได้จากเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน หรือเหตุความไม่ชอบในเนื้อหาสาระของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีอยู่ 2 เหตุ คือ เหตุแรก คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืน

<sup>50</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 48, น. 275.

<sup>51</sup> วิษณุ วรรณฤณ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2547), น. 83-84.

กฎหมาย (le violation de la loi) และเหตุที่ 2 คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยการบิดเบือนการใช้อำนาจ ซึ่งแยกย่อยออกได้เป็นการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) และการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure)

เหตุแรก นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (le violation de la loi) นั้น มีทั้งกรณีที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายโดยตรงอันเนื่องมาจากเนื้อหา (contenu หรือ objet) ของนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง เช่น กรณีพระราชกฤษฎีกาที่ออกมาโดยมีเนื้อหาขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ หรือกรณีที่ออกคำสั่งออกไปโดยที่เนื้อหาในคำสั่งไม่มีอยู่ในกฎหมาย นอกจากนี้ก็เป็นกรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (l'erreur de droit et l'erreur de fait) ซึ่งมีได้เกิดจากเนื้อหาของนิติกรรม แต่เกิดจากมูลเหตุจูงใจ (motif) ในส่วนของเหตุผลที่เป็นข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่ผลักดันให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจในเรื่องดังกล่าว กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย อาจจะเป็นเพราะกฎหมายนั้นไม่มีอยู่ เป็นกฎหมายที่ออกมาโดยไม่ชอบ หรือตีความกฎหมายผิด ส่วนความผิดพลาดในส่วนของข้อเท็จจริงนั้นก็มีทั้งกรณีที่มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไม่ถูกต้อง และกรณีที่มีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง<sup>52</sup> ซึ่งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายนี้ บางท่านถือว่าเป็นความไม่ชอบในองค์ประกอบส่วนภาวะวิสัย (objective element)<sup>53</sup>

ส่วนเหตุที่ 2 คือการทำนิติกรรมทางปกครองที่เป็นการใช้อำนาจโดยบิดเบือนนั้น มีทั้งกรณีที่เป็นการออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยเป็นการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) และกรณีที่เป็นการบิดเบือนกระบวนการ (le détournement de procédure) แต่ในทั้งสองกรณีมีการใช้อำนาจทางปกครองเพื่อบรรลุความมุ่งหมายหรือจุดประสงค์ที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เพียงแต่ว่าต้องการให้บรรลุเป้าหมายของฝ่ายปกครองจึงได้ใช้กระบวนการอื่นที่มีอยู่<sup>54</sup> ทั้งสองกรณีถือเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) ที่มีมูลเหตุมาจากความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจภายในจิตใจ (le mobile, motive) ในการออกนิติกรรมทางปกครองใน

<sup>52</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น. 275-281.

<sup>53</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45, น.211-239.

<sup>54</sup> พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, “เหตุเพิกถอน “จากภายใน” นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 7, ตอน 3, (ธันวาคม 2531), น. 754-756.

ลักษณะบิดเบือนความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสอาจแยกกรณีการบิดเบือนการใช้อำนาจได้ 2 ประการ คือ<sup>55</sup>

ประการแรก การออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์ที่ต่างไปจากประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนโดยสิ้นเชิง อาจเป็นการออกคำสั่งที่เป็นคุณแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน เช่น การออกมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นคุณต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อประโยชน์ของกลุ่มฯ หนึ่ง (C.E.17 février 1950, Rotschild) หรือการเวนคืนเพื่อสโมสรขึ้นมาเอกชน (C.E. mars 1964, dame veuve Borderie) คำสั่งของนายกเทศมนตรีห้ามจัดการเดินรำ เพื่อป้องกันไม่ให้ลูกค้าร้านขายเครื่องดื่มนายกเทศมนตรีเป็นเจ้าของอยู่ไปงานเดินรำ, การสร้างตำแหน่งงานขึ้นเพื่อให้งานกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ (C.E. mars 1954, demoiselle Soulier, R.139) หรือเป็นการออกมาตรการที่เป็นโทษแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง เช่น คำสั่งของนายกเทศมนตรีเกี่ยวกับการเลือกสรรบุคคลเข้าทำหน้าที่เลขานุการเทศบาล เป็นคำสั่งที่แสดงถึงความไม่เป็นกลางและเป็นโทษต่อผู้สมัครรายอื่นๆ (C.E. Novembre 1966, Commune de Clohars – Carnoët)

ประการที่สอง การออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนอื่น นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดให้กระทำ เช่น คำสั่งอนุญาตให้แพทย์คนหนึ่งขายยาได้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะผลักดันให้เปิดคลินิกในท้องถิ่นที่ขาดแคลนแพทย์ (C.E.22 févr. 1950, Conseil central des pharmaciens d'officine, Rec., p.117) คำสั่งปฏิเสธที่จะอนุญาตให้คณะละครสัตว์เปิดการแสดงเพื่อว่าจะได้ไม่แข่งกับงานฉลองที่จัดโดยเมืองนั้น เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า (C.E. 1<sup>er</sup> juillet 1955, Société du cirque Pinder, Rec., p.382)

ส่วนกรณีของการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) เป็นรูปแบบของการบิดเบือนอำนาจประเภทหนึ่ง หมายถึงการที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย (but) ได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้ มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับเรื่องการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นหรือวิธีการ (le vice de procédure) ซึ่งเป็นเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้สืบเนื่องมาจากการตรวจสอบวัตถุประสงค์ (but) ของการออกนิติกรรมทางปกครอง การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการจึงจัดอยู่ใน

<sup>55</sup> เฟ็งอ้าง, น. 756-758. (พจนศักร์)

ประเภทความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน<sup>56</sup> เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องการยึดหรือหรือห้ามการเผยแพร่หนังสือพิมพ์ที่มีข้อความกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งเป็นอำนาจของตำรวจฝ่ายปกครองของผู้ว่าราชการจังหวัด แต่แทนที่จะใช้อำนาจดังกล่าวกลับไปใช้ขั้นตอนหรือวิธีการ (procédure) ในฐานะตำรวจฝ่ายคดี ซึ่งเป็นเรื่องของการปราบปรามอาชญากรรมหรือความผิดอื่น (C.E., 24 juin 1960, Société Frampar, Rec.412) การใช้วิธีเกณฑ์การใช้พื้นที่เพื่อสร้างสนามบินโดยวิธีการ réquisition ซึ่งที่จริงแล้วจำเป็นต้องใช้กระบวนการเวนคืนที่ดิน (la procédure d'expropriation) (C.E., 4 juillet 1947, Navello, R.299) หรือการใช้มาตรการบังคับบัญชาตามปกติแทนที่จะใช้มาตรการทางวินัย (C.E., 29 jan. 1947, Rosanvallon, R.37) เป็นต้น

โดยสรุป การใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบที่อาจนำไปสู่ความรับผิดทางอาญาได้ หรือไม่ได้รับความคุ้มครองในอันที่จะไม่เป็นความผิดอาญาในประเทศฝรั่งเศส ก็จะเกิดขึ้นได้ แต่เฉพาะการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจเท่านั้น เนื่องจากเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจที่จะออกนิติกรรมทางปกครอง ในลักษณะบิดเบือนความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือเรื่องอื่นเข้ามาเป็นเรื่องหลักหรือประโยชน์มหาชนเรื่องอื่นที่มีใช้ประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนดในลักษณะจงใจใช้อำนาจ แต่การจงใจบิดเบือนการใช้อำนาจในระดับใดถึงจะมีความรับผิดทางอาญานั้น จะต้องดูในส่วนขององค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องด้วย

#### 4.2.2 บทบัญญัติของกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

ในกฎหมายฝรั่งเศส บทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญากับเจ้าพนักงานที่กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ได้มีการบัญญัติพฤติการณ์ที่เป็นความผิดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงในแต่ละมาตรา โดยไม่ปรากฏบทกวาดกองเหมือนกับ มาตรา 157 ของกฎหมายไทยในปัจจุบัน ดังนั้นการกำหนดความผิดอาญากับเจ้าพนักงานในกฎหมาย ฝรั่งเศสจึงไม่ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย<sup>57</sup> ที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องชัดเจน

<sup>56</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น. 284-285.

<sup>57</sup> ปกป้อง ศรีสันทิต, “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ในฐานะ “เพราะคุ้มครองเจ้าพนักงาน” ในการปฏิบัติหน้าที่”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 8 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2551), น. 13.

แน่นอนปราศจากความคลุมเครือ”<sup>58</sup> หรือ หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) เพื่อให้สามารถใช้กฎหมายอาญาได้อย่างถูกต้องรัดกุม ตัวยกกฎหมายที่ใช้จึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน ดังกรณีศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสวินิจฉัยไว้หลายคดี ให้ฝ่ายนิติบัญญัติเคารพหลักการใช้อำนาจตรากฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส<sup>59</sup> ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสวางเป็นหลักการว่า “การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ”<sup>60</sup> ด้วยเหตุนี้ ในประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสในสวนความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงบัญญัติความผิดในลักษณะที่มีความชัดเจนเฉพาะเรื่อง โดยบัญญัติไว้เพียงสั้นๆ กระชับรัดกุมทำให้ยากต่อการตีความขยายความเกินขอบเขตได้โดยง่าย

กฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดความผิดสำหรับเจ้าพนักงานในประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่มาตรา 432-1 ถึงมาตรา 432-17 ซึ่งได้กำหนดแยกประเภทของการกระทำต่อสิ่งต่างๆ ออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้<sup>61</sup>

1) เจ้าพนักงานใช้อำนาจมิชอบต่อฝ่ายปกครอง ซึ่งได้กำหนดความผิดไว้สองลักษณะคือ มาตรา 432-1 และมาตรา 432-2 กำหนดความผิดกับเจ้าพนักงานที่เข้าป้องกัน หรือขัดขวางมิให้การเป็นไปตามกฎหมาย มาตรา 432-3 กำหนดความผิดกับเจ้าพนักงานที่ได้รับคำสั่งหยุดปฏิบัติหน้าที่แล้วยังฝ่าฝืนกระทำการในตำแหน่ง โดยมีรายละเอียดคือ

<sup>58</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ : พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551), น. 22.

<sup>59</sup> อุดม รัฐอมฤต, “ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ปัญหาของกฎหมายอาญาที่ขาดความชัดเจนแน่นอน”, 60 ปี ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์ วรพจน์, หนังสืออาจารย์บูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปีของศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ; เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น.123.

<sup>60</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส No 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981; No 84-176 DC du 25 juillet 1984 ; No 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 ; No 84-183 DC du 18 janvier 1985 ; No 86-210 DC du 29 juillet 1986 ; No 86-213 DC du 3 septembre 1986.

<sup>61</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58, น. 13-15.

มาตรา 432-1 “เจ้าพนักงานผู้ใดปฏิบัติกรเพื่อป้องกันขัดขวางไม่ให้การเป็นไปตามกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร” (ความผิดฐานนี้คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 165 ของไทย)

มาตรา 432-2 “การกระทำตามมาตรา 432-1 หากการป้องกันขัดขวางดังกล่าวบรรลุผล ต้องระวางโทษหนักขึ้นเป็นจำคุก 10 ปี และปรับ 150,000 ยูโร”

มาตรา 432-3 “เจ้าพนักงานผู้ใดได้รับคำสั่งอย่างเป็นทางการให้หยุดการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ยังคงฝ่าฝืนปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 20,000 ยูโร” (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 142 วรรคสอง ของไทย)

2) เจ้าพนักงานใช้อำนาจมิชอบทำให้เกิดความเสียหายต่อเสรีภาพของผู้อื่น กำหนดความผิดไว้ 3 ลักษณะคือมาตรา 432-4 ถึงมาตรา 432-6<sup>62</sup> โดยมีรายละเอียดคือ

มาตรา 432-4 “เจ้าพนักงานผู้ใดสั่งการหรือปฏิบัติตามคำสั่งโดยมิชอบ ทำให้บุคคลอื่นสูญเสียเสรีภาพทางร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ยูโร”

มาตรา 432-5 “เจ้าพนักงานผู้ใดลิดรอนเสรีภาพของผู้อื่นโดยมิชอบ หรือละเว้นไม่สั่งการให้มีการปล่อยผู้ถูกลิดรอนเสรีภาพ ทั้งๆ ที่มีอำนาจสั่งการได้ ทำให้ผู้อื่นสูญเสียเสรีภาพ ต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี และปรับ 45,000 ยูโร”

มาตรา 432-6 “เจ้าพนักงานราชทัณฑ์ได้คุมขังผู้อื่นโดยไม่มีหมายหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือขยายเวลาคูคุมขังผู้อื่นออกไปโดยมิชอบ ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร”

3) เจ้าพนักงานกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม มีรายละเอียดคือ

มาตรา 432-7 “เจ้าพนักงานผู้ใดกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม หากกระทำไปโดย (1) เป็นการปฏิเสธที่จะให้สิทธิตามกฎหมาย หรือ (2) ขัดขวางการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามปกติ ต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร”

---

<sup>62</sup> มาตรา 432-4 ถึงมาตรา 432-6 นี้ไม่ปรากฏความผิดที่ใกล้เคียงกันกับในประมวลกฎหมายอาญาของไทย.



4) เจ้าพนักงานบุกรุกเคหสถานผู้อื่นโดยมิชอบ มีรายละเอียดคือ

มาตรา 432-8 “เจ้าพนักงานผู้ใดบุกรุกหรือพยายามบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่น โดยผู้นั้นไม่ยินยอมและโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร” (มาตรานี้ก็ไม่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา แต่สามารถลงโทษได้ในความผิดฐานบุกรุก)

5) เจ้าพนักงานเปิดเผยจดหมาย หรือสิ่งที่ส่งทางไปรษณีย์โดยมิชอบ มีรายละเอียดคือ

มาตรา 432-9 “เจ้าพนักงานผู้ใดสั่งการหรือกระทำการโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย เปิดเผยจดหมายหรือสิ่งที่ส่งทางไปรษณีย์ ต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี และปรับ 45,000 ยูโร  
ให้นำโทษตามวรรคแรกมาใช้ลงโทษกับการดักจับข้อมูลที่ส่งทางระบบการสื่อสารโทรคมนาคมด้วย”

6) เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความซื่อสัตย์สุจริต ซึ่งกำหนดความผิดไว้สำหรับการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต 5 ลักษณะ คือ

มาตรา 432-10 กำหนดความผิดในกรณีเจ้าพนักงานเรียกเก็บภาษีโดยทุจริต (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 154 และ 155 ของไทย)

มาตรา 432-11 กำหนดความผิดในกรณีเจ้าพนักงานรับสินบนหรือกระทำตัวเป็นคนกลาง (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 149 ของไทย)

มาตรา 432-12 “เจ้าพนักงานผู้ใดได้รับผลประโยชน์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ในกิจการที่ตนเองดูแล ต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร” (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 152 ของไทย)

มาตรา 432-13 “เจ้าพนักงานผู้ใดมีหน้าที่กำกับดูแลกิจการใด เข้าทำสัญญากับกิจการนั้น หรือให้คำปรึกษากับกิจการนั้น หรือรับทำงานให้กับกิจการนั้น ภายในระยะเวลา 3 ปีภายหลังจากตำแหน่งหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร” (ความผิดลักษณะนี้ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของไทย)

มาตรา 432-14 “เจ้าพนักงานผู้ใดกระทำการจัดหาหรือพยายามจัดหาให้ผู้ใดได้เปรียบบุคคลอื่นโดยมิชอบในการประมูลงานของรัฐที่เป็นการขัดต่อกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับการประมูลงานของรัฐทุจริตในการประมูลงานของรัฐ ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร” (ความผิดลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542)

7) เจ้าพนักงานยกยอกทฤษฎีสิน มีการแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะคือ

มาตรา 432-15 “เจ้าพนักงานผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย เอาไปเสียซึ่งทรัพย์สินที่ตนได้มาในการปฏิบัติหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 150,000 ยูโร” (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 ของไทย)

มาตรา 432-16 “การกระทำตามมาตรา 432-15 หากมีบุคคลที่สามเป็นผู้กระทำโดยเกิดขึ้นจากความประมาทของเจ้าพนักงานผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15,000 ยูโร” (ความผิดฐานนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของไทยแต่เป็นเพียงการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่)

จากสถิติการดำเนินคดีอาญาในฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับเจ้าพนักงานกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1996 ถึง 30 มิถุนายน 1999 (รวมเป็นเวลา 3 ปี 6 เดือน) พบว่ามีเจ้าพนักงานถูกดำเนินคดี 460 ราย ความผิดที่ถูกดำเนินคดีมากที่สุดคือ ความผิดฐาน เจ้าพนักงานยกยอกทฤษฎีสินทางราชการ จำนวน 124 ราย ความผิดฐานปลอมเอกสาร จำนวน 120 ราย ความผิดฐานรับสินบน จำนวน 56 ราย ความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร จำนวน 28 ราย ส่วนความผิดฐาน เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ (abusé d'autorité) และความผิดฐานเจ้าพนักงานละเมิดเสรีภาพของบุคคล (atteinte à la liberté individuelle) มีการดำเนินคดีนี้้อยมาก<sup>63</sup>

4.2.3 ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบ

ในระบบกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสไม่ปรากฏความผิดที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ เช่นเดียวกับในกรณีประเทศอื่นๆ อีกทั้งในการบัญญัติความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่มีแต่ความผิดบทเฉพาะเรื่อง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับปฏิบัติการทางปกครอง หรือปฏิบัติหน้าที่ที่มีได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย มิได้มีมาตรากวดกองซึ่งเป็นความผิดบททั่วไปเพื่ออุดช่องว่าง อย่างมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ดังนั้น คำพิพากษาคดีอาญาของศาลฝรั่งเศสที่ลงโทษเจ้าพนักงานฐานใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบจริงๆ จึงมีน้อยมาก จากการศึกษาลักษณะของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการทำนิติกรรมทาง

<sup>63</sup> Roger MARTINEZ Myriam BERNARD, La responsabilité des agents de l'Etat, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, 2000 p.2-3 at [www.fonction-publique.gouv.fr](http://www.fonction-publique.gouv.fr), อ้างใน อุดม รัฐอมฤต และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21, น. 99-100.

ปกครอง ที่จะมีโอกาสมีความรับผิดชอบทางอาญาจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบได้ มีอยู่เพียงกรณีเดียว นั่นก็คือ การใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจ (*détournement de pouvoir*) เท่านั้น เนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีอื่น เป็นเรื่องของความบกพร่องในส่วนขององค์ประกอบในทางภาวะวิสัย กล่าวคือ แม้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจดุลพินิจในการตีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (*l'erreur de fait*) หรือผิดพลาดในข้อกฎหมาย *l'erreur de droit* หรือการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงผิดพลาด (*l'erreur de qualification juridique des faits*) แต่หากเป็นกรณีที่มีได้มีการจงใจบิดเบือนการใช้ดุลพินิจ หรือมีเจตนาร้าย หรือโดยทุจริต ย่อมขาดองค์ประกอบในทางอัตวิสัยซึ่งเป็นเรื่องของมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจ (*le mobile, motive*) ซึ่งจะสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนากระทำทางอาญาได้ เมื่อไม่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงในจุดนี้ ย่อมไม่ครบองค์ประกอบความผิดอาญา เพราะฐานความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของประมุขกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสตั้งที่ได้ศึกษามา มีเฉพาะแต่กรณีที่เป็นกรณีก่อทำที่ต้องมีเจตนาทั้งสิ้น มีอยู่กรณีเดียวที่เจ้าพนักงานจะต้องรับผิดชอบอาญาแม้ได้กระทำไปโดยประมาท คือตามมาตรา 432-16 ฐานเจ้าพนักงานกระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้บุคคลที่สามทำให้เสียหาย ทำลาย หรือเอาไปเสียซึ่งทรัพย์สินของทางราชการเท่านั้น

ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐของประเทศฝรั่งเศส หากปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบอำนาจหน้าที่แล้ว ย่อมไม่มีความรับผิดชอบอาญา ดังที่ Dicey ได้กล่าวไว้ว่า “เราอาจกล่าวโดยสรุปได้เลยว่า ภายใต้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส จะไม่มีข้าราชการของรัฐบาลผู้ปราศจากเจตนาร้ายหรือแรงจูงใจในเรื่องทุจริต และปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา จะมีความรับผิดชอบทางแพ่งจากการปฏิบัติหน้าที่”<sup>64</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ในการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ฝ่าฝืนกฎหมาย อาจมีความรับผิดชอบอาญาเป็นการส่วนตัวได้ เช่น ในคดี Vincent c. Fosse ซึ่งศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ได้วินิจฉัยให้คดีอาญาเรื่องหนึ่งอยู่ในอำนาจของศาล Tribunal Correctionnel of Rheims ซึ่งต่อมาศาลนี้ได้พิพากษาและลงโทษปรับ เจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาของผู้ว่าราชการจังหวัดคนหนึ่ง (an under prefect) และตำรวจอีก 2 นาย ฐานทำให้โปสเตอร์หาเสียงเลือกตั้งของนายพล Boulanger เสียหาย แม้ว่าทางผู้ว่าราชการจังหวัดได้แสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวกระทำไปตามแนวปฏิบัติของเขา และตามคำสั่งที่ได้รับมาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก็ตาม<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Edmund M. Parker, “State and Official Liability”, *Harvard Law Review*, Vol.19, No.5, Mar 1960, p. 343.

<sup>65</sup> Dalloz, 1891, III.31.

คดีอาญาความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าพนักงานส่วนใหญ่ เป็นเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นปฏิบัติการทางปกครองซึ่งกระทำการอันเป็นความผิดในบทกฎหมายเฉพาะเรื่อง ซึ่งหากมีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือเกินขอบอำนาจย่อมมีความผิดได้ เช่น คดีอาญาในศาลอุทธรณ์ เมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน 2004 เหตุเกิดที่โรงเรียนในระหว่างชั่วโมงกีฬาของโรงเรียนแห่งหนึ่ง ตำรวจเทศบาลผู้หนึ่งได้เข้าไปที่โรงเรียนในขณะที่มีการเรียนการสอน โดยแต่งเครื่องแบบตำรวจ และเรียกให้เด็กนักเรียนผู้หนึ่งออกไปพูดคุยในลักษณะข่มขู่ที่ด้านนอกโรงเรียน โดยที่ตำรวจผู้นั้นอ้างต่อศาลว่าเด็กนักเรียนรายดังกล่าวเป็นผู้ไปข่มขู่เด็กนักเรียนชั้นเล็กกว่าศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาในกรณีนี้ว่า การที่ตำรวจผู้นั้นได้เข้าไปในโรงเรียนในชุดเครื่องแบบในเวลาทำงานของตน และได้เรียกเด็กนักเรียนออกมาพูดคุยข่มขู่ผู้นั้น เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพของบุคคล เป็นความผิดตามมาตรา 432-4 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>66</sup>

อีกคดีหนึ่งวินิจฉัยโดยศาลฎีกา เมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2012 กรณีนี้ เจ้าหน้าที่ศุลกากรตรวจรถ และพบของที่ต้องสงสัยจึงได้ให้คนขับรถไปให้ปากคำที่สำนักงาน โดยหลังจากการให้ปากคำเสร็จแล้ว เจ้าหน้าที่ยังได้รั้งคนขับรถผู้นั้นให้รออยู่ที่สำนักงานหลายชั่วโมงจนกว่าจะทำการค้นบ้านเสร็จ ศาลฎีกาตัดสินในคดีนี้ว่า เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล เพราะไม่ได้ทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด จึงเป็นความผิดตามมาตรา 432-4 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยศาลฎีกาตัดสินยืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์<sup>67</sup>

อย่างไรก็ตาม มีคดีอาญาบางคดีเหมือนกันที่เจ้าพนักงานถูกฟ้องเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองไปโดยมิชอบทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 432-4 แต่ศาลฎีกาเห็นว่าไม่เป็นความผิด ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญา เมื่อวันที่ 14 กันยายน 2004 โจทก์ฟ้องว่านายกเทศมนตรีสั่งปิดน้ำที่ต่อท่อไปยังสถานที่ซึ่งอยู่ระหว่างการก่อสร้างซึ่งผู้เสียหายเป็นเจ้าของ โดยอ้างว่า เป็นการทำให้ไม่ได้รับน้ำซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิตประจำวันในการดำเนินการก่อสร้าง จึงเป็นการขัดขวาง และจำกัดเสรีภาพในการตั้งถิ่นฐานที่เมืองดังกล่าว กรณีนี้ ศาลฎีกา (Cour de Cassation) ได้ตัดสินกลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ว่า ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 432-4 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>68</sup> คดีนี้ศาลอุทธรณ์ (la cour d'appel de Nancy) วินิจฉัยยืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่

<sup>66</sup> CA. Riom 3 nov. 2004.

<sup>67</sup> Cass. Crim. 8 févr. 2012, n° 11-81259.

<sup>68</sup> Cass. Crim. 14 septembre 2004, n° 04-80290.

ตัดสินว่า จำเลยมีความผิดตามมาตรา 432-4 และให้ปรับจำเลยเป็นเงิน 3,000 ยูโร แต่ศาลฎีกาตัดสินให้ยกฟ้องและประกาศว่าเป็นเรื่องทางแพ่ง โดยศาลฎีกาเห็นว่ามาตรา 432-4 ของประมวลกฎหมายอาญา เป็นเรื่องของเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจตามหน้าที่ การที่จะลงโทษเจ้าพนักงานจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด โดยผู้พิพากษาต้องพิจารณาในองค์ประกอบเกี่ยวกับเจตนาของจำเลยผู้ใช้อำนาจว่า เป็นการใช้อำนาจขัดขวางเสรีภาพในการไปมาโดยจำเลยมีมูลเหตุจูงใจ (mobiles) ที่จะกระทำการดังกล่าวด้วย แต่ศาลอุทธรณ์แห่ง Nancy มิได้คำนึงถึงบทบัญญัติและหลักการข้างต้น<sup>69</sup>

แต่คดีอาญาอีกเรื่องหนึ่ง นายกเทศมนตรีแห่งเทศบาล Taputapuatea<sup>70</sup> มีคำสั่งปฏิเสธยื่นขอแต่งงานของคู่บ่าวสาวเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2009 ซึ่งเป็นกรณีฝ่ายเจ้าสาวเป็นเพศชายที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว (อาจเปรียบได้กับการไม่จดทะเบียนสมรสให้) ซึ่งฝ่ายเจ้าสาวเป็นชายที่ผ่านการแปลงเพศมาแล้ว และตามเอกสารเกี่ยวกับการยืนยันตัวตนของบุคคล (Acte d'état civil) ฝ่ายเจ้าสาวได้รับการเปลี่ยนแปลงเพศเป็นหญิงแล้วโดยถูกต้องตามกฎหมายสหภาพยุโรป ซึ่งรับรองการเปลี่ยนเพศโดยการผ่าตัดแปลงเพศ (transsexual) แล้ว ซึ่งต่อมาศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (The European Court of Human Rights) ก็ยังได้มีคำวินิจฉัยรับรองเกี่ยวกับกรณีนี้ไว้แล้วในคดี Goodwin v. United Kingdom of 2002<sup>71</sup> ว่า “เมื่อใดที่เงื่อนไขทั้งสองมาบรรจบกัน เพศที่ปรากฏในทางกายภาพและทางสังคมจะต้องมาก่อนเพศในทางชีววิทยา” การแต่งงานดังกล่าวจึงสามารถทำได้ตามกฎหมายเพราะว่าบุคคลทั้งสองมีเพศตรงข้ามกันแล้ว แต่เนื่องจากยังไม่ได้มีการแก้ไขกฎหมายภายในของฝรั่งเศสจึงเป็นกรณีที่ยังมีช่องว่างทางกฎหมาย (legal vacuum) อันเป็นที่ถกเถียงกัน และเรื่องนี้ นายกเทศมนตรีกลับปฏิเสธการแต่งงานของบุคคลทั้งสอง และให้การปฏิเสธในชั้นศาลโดยอ้างเหตุผลว่า ถึงแม้จะมีการเปลี่ยนเพศไปแล้ว เจ้าสาวคนนี้ก็ยังคงเป็นผู้ชายอยู่ โดยอ้างหลักเกณฑ์ทางศาสนา (divine law) เข้ามาเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจออกคำสั่ง อยากรู้คดี ศาลอุทธรณ์แห่ง Papeete ได้ตัดสินในกรณีนี้ว่า นายกเทศมนตรีมีความผิดตามมาตรา 432-1<sup>72</sup> เหตุผลที่ศาลเห็นว่า เป็นความผิดน่าจะเป็นเรื่องที่จำเลยรู้อยู่แล้วว่าเรื่องนี้ จะต้องใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปมาใช้บังคับ

<sup>69</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 14 septembre 2004, 04-80.290, Publié au bulletin.

<sup>70</sup> Taputapuatea is a commune of French Polynesia, an overseas territory of France in the Pacific Ocean, <https://en.wikipedia.org/wiki/Taputapuatea>.

<sup>71</sup> Goodwin v. The United Kingdom ; ECHR 11 Jul 2002.

<sup>72</sup> CA. Papeete, 1<sup>er</sup> sept. 2011, JCP 2011, n° 42, 1132, note Gourdon.

กับกรณีนี้ หากจำเลยเห็นว่ากฎหมายภายในของฝรั่งเศสยังมีผลใช้บังคับอยู่อย่างไร ก็ควรใช้เหตุผลในกฎหมายที่ใช้บังคับ (positive law) แต่จำเลยกลับอ้างหลักเกณฑ์ทางศาสนา (divine law) ซึ่งไม่ใช่กรณีที่จะนำมาอ้างได้กรณียอมเป็นการใช้อำนาจที่ผิดพลาดที่มีความร้ายแรง ศาลจึงต้องถือว่าจำเลยไม่มีข้ออ้างที่จะพิสูจน์ว่าตนไม่มีเจตนากระทำผิด คดีนี้อาจแสดงให้เห็นการบิดเบือนการใช้อำนาจในลักษณะหนึ่ง คดีนี้ที่นายของนายกเทศมนตรีไม่ได้ยื่นฎีกาในข้อกฎหมายต่อศาลฎีกา (la Cour de Cassation) คดีจึงสิ้นสุดในศาลอุทธรณ์<sup>73</sup>

การใช้ดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจในอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ เช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม คดีนี้นายกเทศมนตรีถูกพิพากษาลงโทษในความผิดตามมาตรา 432-7 เนื่องจากได้ปฏิเสธการรับสมัครเข้าเรียนของเด็กต่างด้าว โดยอ้างเหตุผลในเรื่องความมั่นคง แต่แท้ที่จริงเป็นเพราะเหตุผลเรื่องการแบ่งแยกทางเชื้อชาติและถิ่นกำเนิดของเด็กซึ่งอยู่ในบ้านพักของคณงานต่างด้าว<sup>74</sup>

โดยสรุป เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลในคดีอาญาของประเทศฝรั่งเศสที่ยกมาเป็นตัวอย่างนี้ ก็พอที่จะสรุปได้ว่า การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศฝรั่งเศส ในกรณีที่จะมีความรับผิดชอบต่อตำแหน่งหน้าที่ได้ จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ (arbitrary) และจงใจบิดเบือนการใช้อำนาจ ซึ่งแม้ไม่ปรากฏว่าศาลจะเพิ่งไปถึงขนาดว่าจำเลยมีเจตนาเพื่อจะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายโดยตรงก็ตาม ก็เป็นเพราะองค์ประกอบความผิดอาญาของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ไม่ได้มีองค์ประกอบส่วนเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” เหมือนของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ของไทย ดังนั้น การกระทำผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของฝรั่งเศสในบทกฎหมายเฉพาะเหล่านี้ จึงต้องการเพียงเจตนาธรรมดาที่ประกอบด้วยความไม่สุจริตเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากในกรณีที่เจ้าพนักงานมีอำนาจดุลพินิจ กรณีเช่นนี้ นอกจากศาลอาญาฝรั่งเศสจะเห็นว่ากรกระทำของจำเลยอาจเป็นการไม่ชอบแล้ว ศาลก็ยังจำเป็นต้องค้นหามูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของเจ้าพนักงานด้วยว่า มีเจตนาที่จะ

<sup>73</sup> [http://m.tahiti-infos.com/Pas-d-ineligibilite-pour-Thomas-Moutame-le-maire-qui-av-ait-refuse-de-marier-un-transsexuel\\_a30750.html](http://m.tahiti-infos.com/Pas-d-ineligibilite-pour-Thomas-Moutame-le-maire-qui-av-ait-refuse-de-marier-un-transsexuel_a30750.html), access on 23<sup>rd</sup> May 2016.

<sup>74</sup> CA Paris, 11th c. B, 1.6.89. see in Agnès BERTRAND, “La Responsabilité Penale du Maire et de la Commune”, [http://www.juripole.fr/memoires/penal/Agnes\\_Bertrand/partie2.html](http://www.juripole.fr/memoires/penal/Agnes_Bertrand/partie2.html), access on 23<sup>rd</sup> May 2016.

บิดเบือนอำนาจให้ผิดไปจากความมุ่งหมายของกฎหมายหรือไม่ หากมีกรณีดังกล่าว เจ้าหน้าที่งานย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองในอันที่จะไม่เป็นความผิดตามที่ถูกกล่าวหาได้

#### 4.3 ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองในต่างประเทศ

##### 4.3.1 ปัจจัยทางด้านสารบัญญัติ

ลักษณะของการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ และระบบการดำเนินคดีอาญามีส่วนสัมพันธ์โดยตรงกับปัญหาความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างมากดังที่กล่าวมา เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่าประเทศใดได้มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดความรับผิดทางอาญาอันเนื่องการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้โดยตรง แต่มักจะมีการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเฉพาะที่เกี่ยวกับความประพฤติมิชอบ (misconduct) การทุจริต (corruption) การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ (omission) การใช้อำนาจเกินขอบเขต (misuse of power) เป็นต้น ในขณะที่การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ (abuse of power) ในกรณีต่างๆ นั้นเป็นเรื่องของความรับผิดในทางปกครอง อันเป็นเรื่องของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของตัวนิติกรรมทางปกครองหรือตัวการกระทำ หรือเรื่องความรับผิดส่วนตัวในทางแพ่งว่าด้วยละเมิด ดังนั้น จำนวนคดีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบจึงมีจำนวนน้อย

ปัจจัยทางด้านสารบัญญัติแง่มุมหนึ่งที่มีผลต่อการพิจารณาความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในแต่ละประเทศ ก็คือ ปัจจัยที่ว่าแต่ละประเทศวางบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในลักษณะอย่างไร ปัจจัยในทางสารบัญญัติที่พบว่า มีผลกระทบต่อการดำเนินคดีอาญาฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ มักขึ้นอยู่กับ การบัญญัติให้ถ้อยคำในองค์ประกอบความผิดมีความหมายอย่างกว้างหรืออย่างแคบ นอกจากตัวอย่างศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมาที่เราพบว่าอังกฤษมีการกำหนดความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอย่างกว้างขวางมากที่สุด โดยใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดความรับผิดในแต่ละคดี เพื่อให้ครอบคลุมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอย่างหลากหลาย และยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้นเพื่อบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเฉพาะเรื่องอีกด้วย ซึ่งประเทศที่มีการกำหนดความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบไว้กว้างๆ เป็นบททั่วไปเพื่อใช้อุดช่องว่างการกระทำอันมิชอบที่มีได้บัญญัติไว้เฉพาะเรื่องด้วยก็มี

หลายประเทศด้วย เช่น ประเทศอินเดีย<sup>75</sup> อิตาลี<sup>76</sup> ออสเตรเลีย<sup>77</sup> เป็นต้น แต่ทั้ง 4 ประเทศนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าบททั่วไปนั้นบัญญัติเฉพาะความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยมีเจตนาให้ผู้อื่นเสียหายเท่านั้น ไม่รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตอย่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ของไทยด้วย กล่าวคือความผิดเกี่ยวกับการทุจริตประเทศเหล่านั้นจะบัญญัติแยกมาตราออกไป

ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายลายลักษณ์เท่านั้น และมีการกำหนดความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในความหมายที่แคบในแต่ละเรื่อง โดยไม่มีการบัญญัติความผิดที่มีขอบเขตกว้างๆ อย่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ของไทย จึงสามารถกำหนดขอบเขตในส่วนขององค์ประกอบในส่วนการกระทำได้ชัดเจนว่า ประสงค์จะควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในเรื่องอะไร ประเทศที่วางบทบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายลายลักษณ์ แต่ละเรื่องไปเป็น

---

<sup>75</sup> India Penal Code 1860 Art. 166. “Whoever, being a public servant, knowingly disobeys any direction of the law as to the way in which he is to conduct himself as such public servant, intending to cause, or knowing it to be likely that he will, by such disobedience, cause injury to any person, shall be punished with simple imprisonment for a term which may extend to one year, or with fine, or with both.

<sup>76</sup> ประมวลกฎหมายอาญา อิตาลี มาตรา 323.

<sup>77</sup> Model Criminal Code (1<sup>st</sup> Edition 2009) ; Part 3.6 Bribery and other corrupt practices ; 3.6.5 Abuse of public office. A public official who dishonestly:

(a) exercises any function or influence that the official has because of his or her public office, or

(b) refuses or fails to exercise any function the official has because of his or her public office, or

(c) uses any information the official has gained because of his or her public office, with the intention of obtaining a benefit for the official or another person or causing a detriment to another person, is guilty of an offence. Maximum penalty: Imprisonment for 5 years.



บทเฉพาะนั้น เช่น ประเทศเยอรมัน<sup>78</sup> ญี่ปุ่น<sup>79</sup> เป็นต้น ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น มีบทบัญญัติมาตรา 339 ที่บัญญัติความผิดฐานเป็นผู้พิพากษา เจ้าพนักงาน หรือ อนุญาตตุลาการผู้มีหน้าที่ใช้หรือตีความกฎหมายโดยบิดเบือนกระบวนการยุติธรรม (perverting the course of justice) เพื่อผลประโยชน์หรือให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความด้วย บทบัญญัติในลักษณะนี้เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจด้วย ซึ่งโดยหลักการของมาตรา 339 นี้ก็สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบที่ผู้เขียนได้ศึกษามา โดยหากนำมาตรา 339 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาปรับใช้กับคดี ก็จะได้ขอบเขตของความผิดว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความรับผิดชอบทางอาญาจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบได้ ก็เฉพาะแต่กรณีที่เป็นการบิดเบือนอำนาจ ในลักษณะที่เป็นการจงใจให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือเพื่อผลประโยชน์ส่วนตนหรือส่วนบุคคล อันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ซึ่งเป็นเรื่องของมูลเหตุจูงใจในทางทุจริตต่อหน้าที่อย่างหนึ่ง

ประเทศที่มีการวางบทบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบไว้แต่ละเรื่องไปเป็นบทเฉพาะ จะให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege certa) เป็นอย่างมาก หากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้การกระทำใดๆ เป็นความผิดอาญา จะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนเท่านั้น ทำให้เจ้าพนักงานทราบล่วงหน้าว่าการกระทำของตนอย่างไรจึงจะเป็นความผิด อันเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และยังส่งผลให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีขอบเขตสมเจตนารมณ์ของกฎหมาย ป้องกันการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการ<sup>80</sup> จากการตีความขยายความรับผิดชอบให้กว้างขวางเกินขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของประเทศทั้งสองกลุ่มนั้น เมื่อเทียบกับกรณีของประเทศไทยนั้น ยังอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ก็ยังมีความหมายกว้างขวางกว่าเกือบทุกประเทศ เพราะนอกจากกรณีของอังกฤษแล้ว ประเทศอื่นที่อยู่ในกลุ่มที่บัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้น ก็ได้บัญญัติรวมถึงกรณีเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตไว้ในมาตราเดียวกันด้วย โดยได้มีการแยกความผิดฐานทุจริตต่อ

<sup>78</sup> German Criminal Code ; promulgated on 13 November 1998 last amended by Article 3 of the Law of 2 October 2009.

<sup>79</sup> Penal Code of Japan 1907 Article 193, 194.

<sup>80</sup> พัสสน ตันติเตมิต, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น. 114-115.

หน้าที่ในลักษณะต่างๆ แยกไว้ต่างหากและบัญญัติระวางโทษไว้แตกต่างกันไป แต่กรณีของประเทศไทยกลับบัญญัติอัตราโทษไว้เท่ากันทั้งกรณีปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ปัญหาบทบัญญัติความผิดตามมาตรา 157 ที่กว้างมากของประเทศไทย จึงเป็นปัญหาว่าศาลอาญาตีความขยายขอบเขตไปได้มาก จนกระทั่งทำให้เกิดความไม่แน่ใจว่าการกระทำใดของตนจะต้องรับผิดทางอาญาด้วย หรือควรเป็นเพียงความรับผิดทางวินัยหรือทางละเมิดเท่านั้น

#### 4.3.2 ปัจจัยทางด้านวิธีบัญญัติ

นอกจากปัจจัยทางด้านสารบัญญัติจะมีผลกระทบต่อการดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองแล้ว ปัจจัยทางด้านวิธีบัญญัติก็มีผลกระทบโดยตรงต่อการดำเนินคดีประเภทนี้ด้วย ในปัจจุบันการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่แตกต่างกับแทบจะทุกประเทศ เพราะประเทศไทยเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้เองหากเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ในขณะที่ต่างประเทศการฟ้องคดีอาญาเป็นอำนาจของอัยการหรือหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะเท่านั้น ตัวอย่างเช่น

ในระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศเยอรมัน การดำเนินคดีอาญาแผ่นดินเป็นอำนาจของพนักงานอัยการเท่านั้น คือถือหลักว่าการดำเนินคดีอาญาเป็นอำนาจของรัฐ ผู้เสียหายสามารถดำเนินคดีอาญาได้เพียงการร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน หากพนักงานอัยการไม่ฟ้องคดีอาญาความผิดต่อแผ่นดินผู้เสียหายจะฟ้องคดีเองไม่ได้ ผู้เสียหายทำได้เพียงร้องขอให้มีการตรวจสอบการมีคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ การร้องขอต่อผู้บังคับบัญชาที่ไม่รับคำสั่งดังกล่าว ผู้เสียหายอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้แสดงข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่พนักงานอัยการรวบรวมและใช้ประกอบพิจารณาถึงความเห็นในการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดี แต่อย่างไรก็ตามความผิดอาญาบางฐาน รัฐให้อำนาจผู้เสียหายฟ้องคดีได้เอง ซึ่งหากมีการร้องทุกข์คดีลักษณะนี้พนักงานอัยการจะดำเนินการฟ้องคดีต่อเมื่อเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นจะเป็นประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมักเป็นความผิดที่มีโทษสถานเบา เช่น ความผิดฐานบุกรุก ดุหมิ่น หมิ่นประมาท เป็นต้น แต่การฟ้องคดีของผู้เสียหายนั้นยังอาจถูกพนักงานอัยการเข้าแทรกแซงได้เสมอโดยการร้องขอเข้าเป็นร่วมกับผู้เสียหาย และแม้กฎหมายจะอนุญาตให้ผู้เสียหายฟ้องคดีได้เองบางความผิดดังกล่าว แต่การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายก็ยังคงดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนที่รัฐกำหนดไว้ โดยผู้เสียหายต้องผ่านขั้นตอนการประนีประนอมที่มีตัวแทนจากกระทรวงยุติธรรมเข้ามาควบคุมดูแลเสียก่อน หากการประนีประนอมไม่ประสบความสำเร็จ รัฐจึงจะออกหลักฐานเป็นหนังสือว่าผ่านขั้นตอนการประนีประนอมแล้วและอนุญาตให้ผู้เสียหายฟ้องร้องดำเนินคดีได้ นอกจากนี้การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายยังต้องอยู่ภายใต้

ข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองจำเลย มิให้เดือดร้อนเสียหายจากการดำเนินคดีอาญา โดยผู้เสียหายจะต้องวางเงินหรือหาประกันให้ไว้แก่ศาลสำหรับประกันค่าธรรมเนียมที่อาจทำให้จำเลยเสียหายด้วย<sup>81</sup>

กรณีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาของประเทศฝรั่งเศส มีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ผู้เสียหายที่เป็นเอกชนไม่มีสิทธิในการดำเนินคดีอาญาด้วยตนเอง แม้ว่าเอกชนนั้นจะได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดโดยตรง ผู้เสียหายจึงต้องร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด โดยพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการเป็นผู้ทำการสอบสวน หรือโดยพนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อผู้พิพากษาสอบสวน เพื่อทำการสอบสวนในความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อได้ทำการสอบสวนเสร็จแล้ว พนักงานอัยการจะทำหน้าที่พิจารณาสำนวนแล้วลงความเห็นสั่งฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดีนั้น<sup>82</sup> พนักงานอัยการ (Procureur de la République) ในประเทศฝรั่งเศสมีฐานะเป็นตุลาการในสังกัดกระทรวงยุติธรรมเหมือนกับผู้พิพากษา เพียงแต่ปฏิบัติหน้าที่ต่างกันเท่านั้น<sup>83</sup> อัยการจึงมีหน้าที่ทั้งในทางอาญา ทางแพ่ง และหน้าที่ในฝ่ายบริหารทางการปกครองต่างๆ อีกมากมายหลายประการ ในฝรั่งเศสจึงถือว่าพนักงานอัยการเป็นฝ่ายบริหารและอัยการของฝรั่งเศสนี้เองได้เป็นแบบอย่างของอัยการในประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปในเวลาต่อมา รวมทั้งอัยการเยอรมันด้วย<sup>84</sup>

สำหรับระบบการฟ้องร้องดำเนินคดีของประเทศอังกฤษนั้น ความผิดฐานเจ้าพนักงานประพฤติมิชอบในหน้าที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรง ครอบคลุมการปฏิบัติหน้าที่อย่างกว้างขวาง Crown Prosecution Service (CPS ; หน่วยงานอัยการของอังกฤษ) จึงสงวนการฟ้องคดีความผิดฐานนี้ไว้ สำหรับกรณีที่เป็นการประพฤติมิชอบในหน้าที่อย่างร้ายแรง หรือเจตนาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อย่างร้ายแรง หรือเจตนาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งน่าจะทำให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะ

<sup>81</sup> กิตติ บุศยพลากร, “ผู้เสียหายในคดีอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น. 17-19.

<sup>82</sup> จิรพันธ์ แก้วประดิษฐ์, “อำนาจดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ : ศึกษาเฉพาะคดีที่ขึ้นศาลยุติธรรมปกติ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น. 58.

<sup>83</sup> ธาดาพันธ์ อังกินันท์, “รายงานการฝึกอบรมและดูงานเรื่องการดำเนินคดีอาญา ณ ประเทศฝรั่งเศส”, อัยการนิเทศ, 53, (มกราคม 2534), น. 485.

<sup>84</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549), น. 97.

เท่านั้น<sup>85</sup> ซึ่งจากเดิมที่อังกฤษเคยให้อำนาจแก่ผู้เสียหายอย่างเต็มที่ให้สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางตามหลักการดำเนินคดีโดยประชาชน แต่รัฐได้พบว่าการปล่อยให้ผู้เสียหายดำเนินคดีเพียงลำพังต่อไปนั้น ไม่อาจรักษาความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ของรัฐได้ ประเทศอังกฤษจึงได้วางมาตรการจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายลง โดยการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายต้องถูกควบคุมดูแลการดำเนินคดีโดยฝ่ายรัฐ การดำเนินคดีอาญาไม่อาจดำเนินการโดยปราศจากการควบคุมของฝ่ายรัฐอีกต่อไป<sup>86</sup>

หรือกรณีการสอบสวนและฟ้องคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศอิตาลี ก็กำหนดให้เป็นอำนาจของพนักงานอัยการซึ่งทำการสอบสวนผ่านทางพนักงานสอบสวน โดยมีระบบตุลาการของประเทศอิตาลีมีการจัดระบบคล้ายกับระบบตุลาการของฝรั่งเศส กล่าวคือตุลาการมี 2 ประเภท ประเภทแรก ได้แก่ ตุลาการที่มีหน้าที่สอบสวน (magistratura inquirente o inquirente) ซึ่งหมายถึงพนักงานอัยการ และตุลาการที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยคดี (magistratura giudicante) ซึ่งได้แก่ ผู้พิพากษา โดยพนักงานอัยการมีหน้าที่สอบสวนและฟ้องร้องคดี ส่วนผู้พิพากษารับผิดชอบในการวินิจฉัยพิพากษาคดี การดำเนินคดีใช้หลักการฟ้องคดีตามกฎหมาย พนักงานอัยการอิตาลีไม่มีดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา แต่ในการสอบสวนก่อนการพิจารณาคดี พนักงานอัยการอาจร้องขอต่อผู้พิพากษาได้สวนทำการไต่สวน เพื่อให้ระงับคดีในกรณีที่ไม่มีเหตุเพียงพอในการดำเนินคดี หรือขอกล่าวหาไม่มีมูล ศาลก็จะสั่งให้ยุติการดำเนินคดี (nolle prosequi)<sup>87</sup> ดังนั้นผู้เสียหายจึงไม่มีอำนาจนำคดีอาญามาฟ้องร้องได้เอง

โดยสรุป ปัจจัยทางด้านวิธีสบัญญัติที่มีผลกระทบต่อคดีอาญาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองอย่างมาก ก็คือระบบการฟ้องร้องดำเนินคดีซึ่งมีผลต่อการกลั่นกรองคดีอาญาก่อนชั้นพิจารณาของศาล เพราะแม้ในท้ายที่สุดการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดอาญา แต่การตกเป็นจำเลยในศาลนั้นต้องใช้เวลานานในการต่อสู้คดีจนกว่าจะพ้นความผิด การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐถูกฟ้องได้ง่ายจากผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจดุลพินิจ แต่ระบบการกลั่นกรองคดีในชั้นไต่สวนมูลฟ้องของศาลที่ยังไม่ได้รับการแก้ไขให้มีประสิทธิภาพ ก็จะเป็นปัญหาในเรื่องหลักประกันว่าจะสามารถใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยอิสระและเที่ยงธรรมได้ ดังนั้น หากมีการวาง

<sup>85</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 22, น. 129.

<sup>86</sup> จีรพันธ์ แก้วประดิษฐ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 82, น. 76.

<sup>87</sup> สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, สารานุกรมกระบวนการยุติธรรมนานาชาติ, (กรุงเทพฯ : บริษัทเซเว่นพริ้นติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2540), น. 611-612.

บทบัญญัติความรับผิดชอบตำแหน่งหน้าที่ในทางสารบัญญัติและระบบการดำเนินคดีอาญาในทางวิธี  
สบัญญัติที่มีความสมดุล ก็จะเป็นปัจจัยที่เกื้อกูลส่งเสริมให้วัตถุประสงค์ของการให้อำนาจดุลพินิจแก่  
เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณี สามารถบรรลุผลได้อย่างแท้จริง



## บทที่ 5

### หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้มีบทบาทในการใช้อำนาจรัฐ จึงจำเป็นต้องมีสิทธิและความคุ้มครองเหนือบุคคลธรรมดาอยู่บ้าง ไม่ว่าจะในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ เพื่อให้เหมาะสมกับบทบาทอำนาจหน้าที่ที่รับผิดชอบ และเพื่อให้มีหลักประกันในการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในบางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้สิทธิและความคุ้มครองไปในทางที่มิชอบ ก็จะต้องมีความรับผิดชอบส่วนตัวที่มากกว่าบุคคลธรรมดา ซึ่งการศึกษาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ ควรจะได้ศึกษาทั้งหลักการคุ้มครองสถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยว่ามีแนวคิดอย่างไรสัมพันธ์อย่างไรกับความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จากนั้นจึงจะได้ศึกษาแนวคิด วัตถุประสงค์ของความรับผิดชอบทางอาญา และบทกฎหมายที่ว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในระบบกฎหมายของไทย เพื่อเป็นฐานไปสู่การศึกษาความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อไป

#### 5.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสถานะจากความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะ ผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ

เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้มีบทบาทและภารกิจที่สำคัญในการจัดทำภารกิจของรัฐในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นภารกิจในระดับรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และภารกิจที่เป็นบริการสาธารณะต่างๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของพลเมืองของรัฐให้เกิดผลเป็นรูปธรรม แต่ในการจัดทำภารกิจต่างๆ เหล่านั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่กระทำไปเพื่อประโยชน์มหาชนไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัว และอาจเกิดผลกระทบทั้งในทางที่เป็นการให้ประโยชน์และในทางที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นการทั่วไป หรือปัจเจกชนเป็นการเฉพาะรายได้ทั้งสิ้น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีสถานะพิเศษต้องรับผิดชอบต่อบุคคลธรรมดา เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่อาจอยู่ในฐานะที่จะจัดทำภารกิจของรัฐได้ หรือไม่อาจจัดทำได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพสมความมุ่งหมายของภารกิจของรัฐในแต่ละเรื่อง ด้วยเหตุผลดังกล่าวรัฐจึงจำเป็นต้องให้การคุ้มครองที่เหมาะสมแก่สถานะ

เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งหากบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืน หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือไม่ยินยอมปฏิบัติตามในสิ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายออกกฎ หรือคำสั่งบังคับให้ปฏิบัติตาม บุคคลนั้นอาจต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายได้ ในขณะที่เดียวกันการคุ้มครองสถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับที่เหมาะสมกับภารกิจ ยังเป็นมาตรการสำคัญและหลักประกันว่าจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในกรณีที่การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดผลกระทบเสียหายเกิดขึ้น และสร้างความเดือดร้อนเสียหายแก่ประชาชน รัฐก็มีวิธีการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำที่อาจเกิดความผิดพลาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐต้องรับผิดชอบอยู่บ้างแล้ว โดยการคุ้มครองสถานะแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น แบ่งออกได้เป็นกรณีการคุ้มครองในทางสารบัญญัติ และการคุ้มครองในทางวิธีบัญญัติ ดังนี้

#### 5.1.1 การคุ้มครองในทางสารบัญญัติ

การคุ้มครองในทางสารบัญญัติเป็นการให้การคุ้มครองสถานะในลักษณะที่เป็นการให้เอกสิทธิ์ ความคุ้มกัน หรือความคุ้มครองในลักษณะที่เป็นการกำหนดเป็นเนื้อหาของการให้สิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ และการกำหนดหน้าที่และโทษสำหรับบุคคลที่มีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือ หรือไม่ทำการขัดขวางหรือกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การคุ้มครองในทางสารบัญญัติมีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์และความคุ้มครองไปที่ตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเนื่องจากการใช้อำนาจหน้าที่โดยตรง จึงขอกล่าวรวมๆ กันไป กล่าวคือ

เอกสิทธิ์ในความหมายทั่วไปนั้น อาจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้คำอธิบายว่า เอกสิทธิ์เป็นสิทธิพิเศษเฉพาะบางคนหรือบุคคลบางประเภทที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้นมีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อส่วยประโยชน์ หรืออ้างเพื่อยืนยันผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่นๆ<sup>1</sup>

ในการกระทำทางปกครอง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (Privilege of the administration) นั้น มีความหมายว่า “เป็นสิทธิพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครอง ในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองสามารถมองได้ว่าเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมี

<sup>1</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2525), น. 88.

อำนาจพิเศษที่จะกระทำต่อ (มองในแง่ active)<sup>2</sup> อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้ถือว่าเป็นตัวชี้โดยปริยายว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะได้ โดยบริการสาธารณะใดที่ผู้จัดทำมีอำนาจพิเศษก็จะถือว่าเป็นกิจกรรมนั้นเป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ และหากมีปัญหาเกิดขึ้นก็อยู่ในอำนาจวินิจฉัยของศาลปกครอง อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้แม้จะไม่ใช่วิธีการที่ถูกต้องและชัดเจน ที่จะชี้ให้เห็นว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะแต่ก็เป็นเครื่องชี้โดยปริยาย ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนั้นโดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะมีการใช้อำนาจนี้ได้ ดังนั้น หากบริการสาธารณะใดมีการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองได้ ก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง<sup>3</sup>

อำนาจมหาชนถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่สุดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ปฏิบัติการกิจเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นบริการสาธารณะทางปกครองหรือบริการสาธารณะอื่น ที่จำเป็นต้องมีการกระหนาบสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางอย่าง เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้องก่อน เอกสิทธิ์ที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองนี้ ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน (Public Interest) ในทางตำราบางครั้งเรียกอำนาจมหาชนนี้ว่า “อำนาจบังคับการฝ่ายเดียว” (pouvoir unilatéral) แบ่งออกเป็นนิติกรรมทางปกครอง และการบังคับการทางปกครอง ตัวอย่างของเอกสิทธิ์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองย่อมเป็นไปตามกฎหมายแต่ละเรื่อง เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ มีอำนาจในการตรวจค้นร่างกายหรือในเคหสถานของผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำความผิด อำนาจในการจับกุม ควบคุมตัว หรือสอบสวน ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารแก้ไขอาคารที่ส่วนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หากฝ่าฝืนเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งให้รื้อถอน และหากผู้รับคำสั่งยังคงฝ่าฝืนเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจบังคับการเข้ารื้อถอนอาคารส่วนที่ฝ่าฝืนได้เอง หรือตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 กำหนดให้เจ้าพนักงานจราจรมีอำนาจในการ

<sup>2</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, “เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) น. 19.

<sup>3</sup> นันทวัฒน์ บรมนันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), น.381.



ถือค้ำหรือยกรถยนต์ที่จอดกีดขวางทางจราจร หรือจอดในที่ห้ามจอดได้ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เอกสิทธิ์ในกรณีเช่นนี้ก็คืออำนาจหน้าที่ที่จะกระทำการภายในขอบเขตตามที่กฎหมายให้อำนาจ เพื่อให้ดำเนินภารกิจที่ได้รับมอบหมายให้ลุล่วงไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่บุคคลธรรมดาไม่มีอำนาจหน้าที่เช่นนี้ได้และหากบุคคลธรรมดาฝ่าฝืนกระทำไปย่อมเป็นการละเมิดต่อกฎหมายไม่ได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครองดังเช่นของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

โดยหลักแล้ว การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองย่อมอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ดังนั้นหากมีกรณีฟ้องร้องว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะต้องมาดูว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกฟ้องร้อง มีกฎหมายกำหนดให้เอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐให้ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆหรือไม่ กฎหมายที่กำหนดให้เอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว อาจอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติ วิธีสบัญญัติ หรือกฎหมายเฉพาะซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติปะปนกันก็ได้ เช่น

กรณีของพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 147 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติตามหน้าที่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว เว้นแต่จะได้กระทำโดยเจตนาร้ายหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” หรือ

กรณีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 296 เบญจ วรรคสาม บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรานี้ เว้นแต่จะได้กระทำโดยมีเจตนาร้าย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” หรือ

กรณีพระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 17 บัญญัติว่า “พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่”

การที่กฎหมายจะกำหนดให้การคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะพิจารณาจากชื่อของกฎหมายว่าเป็นกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติไม่ได้ การให้ความคุ้มครองในทางสารบัญญัติหรือวิธี สบัญญัติ จึงต้องดูจากเนื้อหาของบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองไว้โดยตรง ว่ามีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองในลักษณะการกำหนดความรับผิดในทางเนื้อหาของการกระทำ หรือ

เป็นการให้ความคุ้มครองในลักษณะของขั้นตอน กระบวนการในการดำเนินคดี ตัวอย่างทั้งสามกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่ให้เอกสิทธิ์หรือการคุ้มครองการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสามกรณีนี้ เป็นการให้ความคุ้มครองในทางสารบัญญัติ เพราะไม่ได้มีผลเป็นการตัดกระบวนการหรือจำกัดการฟ้องร้องดำเนินคดีเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในสามกรณีตัวอย่างข้างต้น ศาลก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว อยู่ในขอบเขตของการให้ความคุ้มครองหรือไม่ กล่าวคือ ต้องมีการรับฟังข้อเท็จจริงที่ได้จากการพิจารณา หากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือเจ้าพนักงานบังคับคดีมิได้กระทำโดยมีเจตนาร้าย หรือประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือเจ้าพนักงานบังคับคดี ย่อมไม่มีความรับผิดไม่ว่าในทางแพ่ง หรือทางอาญา หรือกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 หากเป็นกระทำเพื่อระงับหรือ ป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งได้กระทำไปโดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งความคุ้มครองในกรณีสารบัญญัตินั้น ก็เป็นกรณีที่ต้องมีการนำคดีผ่านเข้าสู่กระบวนการพิจารณาขององค์กรที่มีหน้าที่วินิจฉัยความรับผิดชอบเสียก่อน

สำหรับการคุ้มครองสถานะของเจ้าหน้าที่นั้น นอกจากเป็นการให้เอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวแล้ว ในบางกรณีกฎหมายยังให้ความคุ้มครองในทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการพิเศษ โดยเฉพาะเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา โดยในประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดความผิดต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกรณีที่บุคคลกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้หลายกรณี เช่น ความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงานตามมาตรา 136 ความผิดฐานแจ้งความเท็จตามมาตรา 137 ความผิดฐานต่อสู้อหรือขัดขวางเจ้าพนักงานตามมาตรา 138 ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานตามมาตรา 368 หรือกฎหมายอื่น เช่น ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของอธิบดีกรมอนามัย โดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร หรือขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานสาธารณสุข หรือนายแพทย์สาธารณสุขจังหวัด ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นต้น หรือการให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการในทางตุลาการ เช่น การขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลที่เกี่ยวกับการรักษาความเรียบร้อย หรือประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลในระหว่างพิจารณาคดี เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 31 เป็นต้น

### 5.1.2 การคุ้มครองในทางวิธีสบัญญัติ

ลักษณะของการคุ้มครองในทางวิธีสบัญญัตินั้นมีหลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับประเภทของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในแต่ละเรื่องว่าสมควรจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติอย่างไร การคุ้มครองในทางวิธีสบัญญัติแตกต่างจากการให้การคุ้มครองในทางสารบัญญัติตรงที่ กฎหมายไม่ได้ยกเว้นให้การกระทำใดของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ แต่เป็นการได้รับยกเว้นมิให้มีการดำเนินคดีแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในระหว่างที่ยังมีการปฏิบัติหน้าที่ เพราะมีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ และไม่ถูกระงับยับยั้งให้หยุดชะงักลงเพราะเหตุจะถูกดำเนินคดีในเรื่องใด ในระหว่างที่ยังต้องปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องนั้นอยู่ การคุ้มครองในทางวิธีสบัญญัติเป็นเรื่องของการพิจารณาให้ความคุ้มครองที่ว่า เรื่องใดควรเปิดโอกาสให้มีการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ ซึ่งการคุ้มครองในลักษณะนี้ส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการคุ้มครองสถานะในลักษณะของการให้ “ความคุ้มกัน” (Immunity) แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

อาจารย์ ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้คำอธิบายว่า ความคุ้มกันนี้คล้ายๆ กับเอกสิทธิ์ แต่ความคุ้มกันเป็นสถานะพิเศษที่จะไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจ หรือรับเคราะห์กรรมบางอย่างตามกฎหมาย กล่าวคือ อยู่ในสถานะที่ปลอดจากเคราะห์กรรมหรืออำนาจบางอย่างตามกฎหมาย โดยปกติจะก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง<sup>4</sup> Black's Law Dictionary ให้ความหมายของคำว่า “ความคุ้มกัน” ว่าหมายถึง “การได้รับยกเว้นจากการรับใช้ประเทศ หรือการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งโดยปกติกฎหมายกำหนดให้พลเมืองอื่นต้องปฏิบัติ”

การคุ้มครองในทางวิธีสบัญญัติหรือความคุ้มกันในระบบกฎหมายไทยนี้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน ในการกระทำทางนิติบัญญัติ กล่าวคือคือ รัฐธรรมนูญไทยที่ผ่านมาจะกำหนดให้สมาชิกรัฐสภาสามารถมาปฏิบัติหน้าที่มาประชุมสภาได้ โดยไม่ถูกจับกุม คุมขัง หรือดำเนินคดีใดในระหว่างสมัยประชุม เว้นแต่ในกรณีที่ได้รับอนุญาตจากสภาที่ผู้นั้นเป็นสมาชิก หรือเป็นการถูกจับในขณะกระทำความผิด และถ้าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาถูกคุมขังในระหว่างสอบสวนหรือพิจารณาอยู่ก่อนสมัยประชุม เมื่อถึงสมัยประชุม พนักงานสอบสวนหรือศาล แล้วแต่กรณี ต้องสั่งปล่อยทันที ถ้าประธานแห่งสภาที่ผู้นั้นเป็นสมาชิกได้ร้องขอ<sup>5</sup> อันเป็นการคุ้มครองการถูกจับกุม คุมขัง หรือฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาเท่านั้น แต่ไม่คุ้มครองไปถึงการฟ้องร้องทางแพ่ง ถ้าเป็น

<sup>4</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 1, เรื่องเดียวกัน.

<sup>5</sup> เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 131.

ความผิดทางแพ่งสมาชิกรัฐสภาต้องมีความรับผิดชอบเหมือนบุคคลธรรมดา<sup>6</sup> ซึ่งความคุ้มกันนี้ มีอยู่เฉพาะในสมัยประชุมเท่านั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สมาชิกรัฐสภามีเสรีภาพในการเข้าร่วมประชุม และเป็น การป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารหรือเอกชนกลั่นแกล้งฟ้องร้องและจับกุมเอาตัวสมาชิกไปดำเนินคดี โดยไม่ให้มาประชุม<sup>7</sup>

สำหรับในการกระทำทางรัฐบาล (Act of State) ไม่อาจถูกนำมาฟ้องร้องยังศาลได้ ในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ กำหนดเป็นข้อยกเว้นจากเขตอำนาจทางศาล ในประเทศอังกฤษ เมื่อการกระทำใดถือว่าเป็นการกระทำของรัฐแล้ว ศาลอังกฤษจะไม่เข้าไปวินิจฉัยว่าการกระทำนั้น ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถูกหรือผิด เหตุผลที่ศาลให้ก็คือ การกระทำนั้นๆ มักเกี่ยวข้องกับนโยบาย ระดับสูงของฝ่ายบริหารหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาทางการเมือง ซึ่งเป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ แม้ว่าการกระทำนั้นๆ จะเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดหรือผิดกฎหมายอาญาก็ตาม ตัวอย่าง คดีที่ศาลอังกฤษตัดสินว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐก็เช่นในคดี *Buron v. Denman* ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางตะวันตกของแอฟริกาซึ่งอยู่นอกอาณาเขตของอังกฤษ ปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ทหารเรือของอังกฤษได้รับคำสั่งให้ป้องกันและกำจัดการค้าทาส ได้กระทำการนอกเหนือ คำสั่งโดยได้เข้าโจมตีอาคารของนายทาสของสเปนคนหนึ่งและทำการปลดปล่อยทาส นายทาสจึงนำ คดีมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายสำหรับการกระทำของทหารอังกฤษนั้น แต่ศาลตัดสินว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำซึ่งทหารเรือได้รับคำสั่งมาจากฝ่ายบริหารอันถือได้ว่า เป็นการกระทำของรัฐและไม่มี ผู้ใดจะฟ้องร้องเจ้าหน้าที่นั้นได้<sup>8</sup>

ในประเทศไทยการกระทำทางรัฐบาล (Act of State) ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นบท คุ้มกันมิให้ผู้ใดฟ้องคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล แต่ศาล ปกครองเองก็ยังยอมรับว่าหากเรื่องใดที่ฝ่ายบริหารมิได้กระทำการในทางปกครอง แต่เป็นเรื่องที่ เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ศาลปกครองก็จะไม่เข้าควบคุมตรวจสอบ โดยศาลปกครอง เห็นว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้อำนาจ

<sup>6</sup> มีชัย ฤชุพันธ์, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, (กรุงเทพฯ ห้างหุ้นส่วนจำกัด เกษมบรรณกิจ, 2511), น. 195.

<sup>7</sup> ภิรมย์ เจริญรุ่ง, “ขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสมาชิกรัฐสภา”, (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 15-16.

<sup>8</sup> E.C.S. Wade and G. Phillips, Constitutional and Administrative Law, Longman, 9<sup>th</sup> Ed., 1978, p.299-300.

ทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ หรือคำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนด บรรลุผล จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง<sup>9</sup>

ส่วนในการกระทำทางปกครอง ความคุ้มกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Immunity of the administration ; Immunité d'exécution) หมายความว่า “สถานะพิเศษของ ฝ่ายปกครองที่จะไม่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจหรือรับเคราะห์กรรมบางอย่างหรือการถูกระงับทำต่อ ซึ่ง ตามปกติจะก่อให้เกิดแก่บุคคล เพราะความจำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะ” ซึ่งความคุ้มกัน ของฝ่ายปกครองก็สามารถมองได้ว่าเป็นฐานะพิเศษซึ่งไม่สามารถถูกระงับทำต่อ (มองในแง่ passive)<sup>10</sup> ในฝรั่งเศสมีหลักห้ามศาลบังคับคดีต่อฝ่ายปกครอง อันมีที่มาจากหลักพื้นฐานที่เป็นสากลหลักหนึ่ง คือ หลักความคุ้มกันของฝ่ายปกครองนั่นเอง หลักความคุ้มกันของฝ่ายปกครองทำให้ไม่อาจนำหลักทาง แพ่งมาใช้ในทางปกครองได้ ซึ่งหลักนี้มีลักษณะทั่วไป โดยในระบบกฎหมายภายในมักจะอธิบายหลักนี้ ด้วยการอ้างความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจะเสียไปหาก ยินยอมให้มีการบังคับฝ่ายปกครอง ดังนั้น มาตรการหนึ่งที่ใช้ในการบังคับฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตาม คำพิพากษาของศาลปกครองคือ การปรับ (astreinte) ฝ่ายปกครองที่ไม่ทำตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งวิธีการนี้จะใช้เฉพาะในศาลปกครอง ไม่นำไปใช้ในศาลยุติธรรม<sup>11</sup>

สำหรับการให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐและความคุ้มกันในทางวิธีสบัญญัตินั้น ปัจจุบันปรากฏเห็นได้ชัดเจนคือ การให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครอง พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 55 บัญญัติว่า “การบังคับทางปกครองไม่ใช้กับ เจ้าหน้าที่ด้วยกัน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” ส่วนการให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ ของรัฐในทางแพ่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งมีบทคุ้มกัน ความรับผิดทางแพ่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อ ผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจ ฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ (แต่) ถ้าการละเมิดเกิดจาก เจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้อง

<sup>9</sup> โปรตดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.3/2549 และ ที่ 178/2550.

<sup>10</sup> ไผทชิต เอกจริยกร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, เรื่องเดียวกัน.

<sup>11</sup> บุปผา อัครพิมาน, ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส, บทความใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เมื่อ 5 มีนาคม 2550, สืบค้นเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2558.

รับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง” บทบัญญัตินี้อาจถือว่าเป็นการให้ความคุ้มกันในทางวิธีสบัญญัติได้ กล่าวคือหากโจทก์ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดเข้ามาในคดีด้วย และบรรยายฟ้องได้ความว่าจำเลยเป็นเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ ได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ศาลจะมีคำสั่งไม่รับฟ้องของโจทก์ทันที เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 5 บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่ากรณีนี้จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ กล่าวคือกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้หน่วยงานของรัฐเข้ามารับผิดชอบในเบื้องต้นก่อน ส่วนจะสามารถไล่เบี้ยให้เจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบหรือร่วมรับผิดชอบในทางละเมิดอย่างไร ก็ต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริงภายหลังให้ได้ข้อยุติก่อนว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำละเมิดไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ แต่ทั้งนี้ หากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำที่มีใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่หน่วยงานในสังกัด ย่อมไม่ได้รับความคุ้มกันทางแพ่งดังกล่าว

ส่วนการคุ้มกันในทางอาญา ในระบบกฎหมายปกตินั้นนอกจากความคุ้มกันแก่สมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ไม่ปรากฏมีการให้ความคุ้มกันในการกระทำในทางปกครองและการกระทำในทางตุลาการแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในทางวิธีสบัญญัติอย่างชัดเจน แต่ในระบบกฎหมายที่ไม่ปกติ มักมีการนำมาใช้ในการบัญญัติการยกเว้นความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิงทั้งในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติโดยผู้มีอำนาจปกครองประเทศในขณะนั้น ซึ่งเป็นการปลดเปลื้องความรับผิดชอบของผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จแล้ว ก็จะมีการออกคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ให้สิ้นผลลง และกำหนดให้การกระทำใดๆ ของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ และเมื่อสามารถประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญชั่วคราวก็มักบัญญัติว่าการกระทำใดอันเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญและการเข้าปกครองประเทศที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายด้วย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ.2549 มาตรา 37 ที่บัญญัติว่า

“บรรดาการกระทำทั้งหลาย ซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึด และควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้าและคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมตลอดทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้า หรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่

ว่ากระทำในวันทีกล่าวนั้นหรือก่อน หรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิด และความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

หรือกรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ.2557 มาตรา 48 ที่บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันทีกล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

จากกรณีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการกระทำของคณะรัฐประหารและผู้ที่ได้รับมอบหมายทั้งสองตัวอย่างนี้เห็นได้ว่า เป็นการบัญญัติในลักษณะที่เป็นการตัดอำนาจในการดำเนินคดีต่อคณะรัฐประหารและผู้ที่ได้รับมอบหมายในทุกกรณี และมีลักษณะเป็นการนิรโทษกรรมการกระทำใดอันอาจมีความรับผิดโดยส่วนตัวของบุคคลที่เนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติคุ้มครองความรับผิดในกรณีนี้เป็นคนละกรณีกับการที่ภายหลังคณะปฏิวัติรัฐประหารได้เข้าปกครองประเทศแล้ว และได้ใช้อำนาจในทางปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง ที่เป็นกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดไป แม้จะรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งโดยคณะรัฐประหารบัญญัติจะบัญญัติรับรองความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองไปก็ตาม แต่หากอยู่ในภาวะปกติแล้ว บทบัญญัติดังกล่าว ก็ยังเป็นเพียงการรับรองความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบของนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น แต่ในทางเนื้อหาถ้าหากพบความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายแม่บท นิติกรรมทางปกครอง นั้นก็ยังอยู่ในอำนาจที่ศาลปกครองจะเพิกถอนได้ เว้นแต่ในกรณีเป็นกรณีที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองในกรณีเร่งด่วนใน

ระหว่างที่เกิดวิกฤติการณ์ร้ายแรง ศาลปกครองก็จะใช้หลักสถานการณ์พิเศษซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาช่วยในการวินิจฉัย<sup>12</sup>

## 5.2 สถานการณ์ของการคุ้มครองสถานะและความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศไทย

### 5.2.1 ยุคก่อนใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจในการปกครองประเทศเป็นของพระมหากษัตริย์ การฟ้องร้องพระมหากษัตริย์หรือส่วนราชการต่างๆ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ที่กระทำการในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ไม่อาจกระทำได้ การฟ้องให้ข้าราชการรับผิดด้วยประการใดๆ ก็ต้องเอาเนื้อความนั้นขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาทรงทราบก่อน ตามกฎหมายตราสามดวง ลักษณะอาญาหลวง มาตรา 28 ที่บัญญัติว่า “มีผู้มาฟ้องหาข้าทูลละอองธุลีพระบาทด้วยคดีประการใดๆ ให้เอาเนื้อความนั้นขึ้นบังคมทูลพระกรุณาให้ทราบก่อน ถ้าทรงพระกรุณาสั่งให้พิจารณา จึงพิจารณาได้ ถ้าผู้ใดเอาไปพิจารณาไต่ถามโดยพลการเอง ท่านว่าผู้นั้นละเมิดพระราชอาญาท่าน ท่านให้ลงโทษ 6 เดือน” ต่อมาได้มีการแก้ไขหลักเกณฑ์ดังกล่าวว่า ถ้าเป็นเพียงสินไหมพินัย ให้ศาลพิจารณาพิพากษาไปตามพระราชกำหนดกฎหมาย โดยไม่ต้องนำเนื้อความขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาก่อน เว้นแต่คดีนั้นจะต้องตีโปย จองจำ<sup>13</sup>

สำหรับการฟ้องกระทรวง ทบวง กรม ในฐานะที่เป็นหน่วยงานราชการของพระมหากษัตริย์นั้น ศาลฎีกาของไทยได้กำหนดหลักการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาหรือละเมิดไว้ในปี ร.ศ. 121 โดยคำพิพากษาฎีกาที่ 520/121 ว่ากระทรวงและกรมที่ถูกฟ้องจะไม่ยอมตกเป็นจำเลยก็ได้ ในปี ร.ศ. 129 กระทรวงยุติธรรมได้ออกกฎเสนาบดีที่ 60 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ร.ศ. 129 รับรองสิทธิของกระทรวงและกรมไว้โดยชัดเจนว่า เมื่อถูกฟ้องแล้ว กระทรวงและกรมจะมาเป็นจำเลยหรือไม่ก็ได้ ศาลไม่มีอำนาจบังคับ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องทูลเกล้าฯ ถวายฎีกา หรือกระทรวงและกรมยอมมาเป็นจำเลยเอง เมื่อผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนเสียหาย มีอาจฟ้องกระทรวงและกรมได้ โดยที่

<sup>12</sup> โปรตดู วิโรจน์ ธิตา, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552).

<sup>13</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน. 2550), น. 17-18.



กระทรวงและกรมไม่ยอมเป็นจำเลยแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาว่า ผู้เสียหายจะฟ้องข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นส่วนตัวได้หรือไม่ ในกรณีนี้ศาลไทยขณะนั้นยึดตามกฎหมายอังกฤษคือ ต้องฟ้องข้าราชการให้รับผิดชอบเป็นส่วนตัว ดังปรากฏในตำราหลักกฎหมายประมุขร้ายส่วนแพ่งของพระยาเทพวิฑูรว่า “พระเจ้าแผ่นดินแลรัฐบาลถูกฟ้องร้องในทางประมุขร้ายส่วนแพ่งไม่ได้ แลที่ว่านี้กินความตลอดถึงกระทรวงและกรมต่างๆ ด้วย นอกจากเขาจะยินยอมเป็นจำเลย ที่ว่ามานี้ไม่กินความถึงการที่จะฟ้องร้องส่วนตัวเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ในกระทรวงหรือกรม ถ้าเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่กระทำผิด ฟ้องร้องได้”<sup>14</sup>

ในยุคที่กษัตริย์เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐ ขณะนั้นบ้านเมืองยังไม่ได้มีองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเนื่องจากอำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจเด็ดขาดของกษัตริย์ จึงยังไม่มีกรณีให้ความคุ้มครองสถานะและความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ในยุคนี้ความรับผิดชอบส่วนตัวในทางอาญาและทางแพ่งจึงมีพัฒนาการจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ในช่วงแรกๆ คือจะฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรงยังไม่ได้ ต้องให้พระมหากษัตริย์ทรงทราบเนื้อความและทรงพระกรุณาสั่งให้พิจารณาก่อน ศาลจึงจะพิจารณาพิพากษาได้ แต่ต่อมาได้ลดระดับความคุ้มครองความรับผิดชอบส่วนตัวลงและเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจถูกฟ้องให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ การคุ้มครองดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นเพียงการคุ้มครองในทางวิธีสบัญญัติเท่านั้น ส่วนการที่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวอย่างไรย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ต่อมาสิ้นยุคที่กษัตริย์เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบ รัฐเสรีประชาธิปไตยยุคใหม่ก็ได้ ศาลก็มีบทบาทเข้ามาเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐแทนกษัตริย์ โดยช่วงก่อนการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนใหญ่ต้องรับผิดชอบอันเนื่องจากการกระทำละเมิดตามหลักละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากปฏิบัติหน้าที่แม้เป็นการประมาทเลินเล่อธรรมดา แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่กล้าบังคับใช้กฎหมายอย่างเต็มที่<sup>15</sup> เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น อาจถูกฟ้องเป็นคดีแพ่งเรียกให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้ สถานการณ์ดังกล่าวสร้างความไม่มั่นคงในวิชาชีพ ทำลายขวัญกำลังใจและความกล้าที่จะปฏิบัติหน้าที่หรือกล้าที่จะใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน เพราะการปฏิบัติหน้าที่ราชการบางลักษณะมีความเสี่ยงสูงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายกับประชาชน นอกจากนี้การทำคำสั่งอนุมัติอนุญาตตาม

<sup>14</sup> เฟิ่งอ๋าง, เรื่องเดียวกัน.

<sup>15</sup> เฟิ่งอ๋าง, น. 21.

กฎหมายหรือตามดุลพินิจนั้นล้วนแต่มีผู้ได้ประโยชน์และเสียประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าว และหากผู้เสียประโยชน์มาฟ้องดำเนินคดีเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกับเจ้าพนักงานเป็นการส่วนตัว ย่อมทำให้เจ้าพนักงานขาดกำลังใจในการปฏิบัติหน้าที่<sup>16</sup>

ที่ผ่านมาเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไปกระทำละเมิด ผู้เสียหายก็จะฟ้องทั้งหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหากพิสูจน์ได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดกระทำละเมิดจริง ก็จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ซึ่งอาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเป็นเงินจำนวนมาก อันส่งผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ค่อนก้ำกึ่งที่จะบังคับใช้กฎหมาย เช่น กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นที่จะดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เอง แต่เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ไม่กล้าที่จะดำเนินการดังกล่าว เพราะเกรงว่าอาจถูกเจ้าของอาคารฟ้องกลับฐานกระทำละเมิด ซึ่งเสี่ยงต่อการที่จะถูกศาลพิพากษาให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เสียต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ<sup>17</sup> อันนี้คือสถานการณ์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยทั่วไป ที่ขณะนั้นยังไม่มีมาตรการคุ้มครองการกระทำละเมิด ทั้งที่ขณะนั้น ได้มีการคุ้มครองความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ 2 ประเภท ก่อนแล้ว ได้แก่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์<sup>18</sup> และเจ้าพนักงานบังคับคดี<sup>19</sup> ซึ่งได้รับการคุ้มครองให้ไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว อันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่มีลักษณะเพียงประมาทเลินเล่อธรรมดา แม้บทบัญญัติกรณีดังกล่าวที่ให้ ความคุ้มครองแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ต้องรับผิดในทางแพ่ง แต่หลักการดังกล่าวย่อมมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองในทางอาญาทางอ้อมด้วย เพราะเมื่อไม่ต้องรับผิด

<sup>16</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ในฐานะ “เกราะคุ้มกันเจ้าพนักงาน” ในการปฏิบัติหน้าที่”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๓ (กันยายน-ธันวาคม 2551), น.10.

<sup>17</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, สรุปคำบรรยายพิเศษ เรื่อง พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2540 เวลา ๐๙.๐๐ – ๑๒.๐๐ น. ณ ห้อง 501 อาคาร สพข. สำนักงาน ก.พ., น. 9.

<sup>18</sup> พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 147 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติตามหน้าที่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว เว้นแต่จะได้กระทำโดยเจตนาร้ายหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 296 เบญจ วรรคสาม บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรานี้ เว้นแต่จะได้กระทำโดยมีเจตนาร้ายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

ทางแพ่งเนื่องจากเป็นเพียงการประมาทเลินเล่อธรรมดา ไม่ใช่การกระทำที่มีลักษณะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือมีเจตนาร้าย ย่อมไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือโดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 อยู่ในตัว

### 5.2.2 ยุคหลังใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

เมื่อได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การคุ้มครองสถานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่เริ่มดีขึ้น เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ได้สร้างหลักการที่สำคัญไว้ ได้แก่ การแยกความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (la faute personnelle) และความรับผิดของหน่วยงานของรัฐ (la faute de service) ออกจากกัน<sup>20</sup> กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำละเมิดในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ ผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นจะต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าพนักงานของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่ จะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดโดยตรงไม่ได้ (มาตรา 5) และถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นมิได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็ไม่ต้องรับผิดหรือร่วมรับผิดทางแพ่งกับหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด (มาตรา 8)

สถานการณ์เริ่มดีขึ้นเมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในปี 2539 ผู้ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานไม่อาจฟ้องแพ่งต่อเจ้าพนักงานได้โดยตรง แต่ต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐและรัฐสามารถไล่เบี้ยกับเจ้าพนักงานได้เฉพาะกรณีจงหรือประมาทเลินเล่ออย่างแรงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าพนักงานจะมี “เกราะคุ้มกัน” พอสมควรแล้วในเรื่องทางแพ่ง แต่เจ้าพนักงานยังคงเสี่ยงที่ต้องเผชิญกับความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งมีโทษจำคุกและเป็นการลงโทษที่รุนแรงกว่าความรับผิดทางแพ่ง เจ้าพนักงานยังคงไม่กล้าที่ปฏิบัติหน้าที่หรือไม่กล้าที่จะใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่เพราะเกรงจะถูกฟ้องดำเนินคดีตามมาตรา 157 เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะการใช้และการตีความมาตรา 157 ในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปจากเจตนารมณ์เป็นอย่างมาก จากเดิมที่เป็นบทลงโทษการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่เอาเรื่องส่วนตัวเข้ามาพัวพันกับการปฏิบัติหน้าที่ กลัปกลายเป็นการขยายการใช้และการ

<sup>20</sup> หิรัญ อัครวงศ์เกษม, เจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบกฎหมายไทย, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 107.

ตีความมาตรา 157 ให้ไปเอาผิดกับเจ้าพนักงานในหลายๆ กรณีที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายทั่วๆ ไป หรือขยายไปเอาผิดกับการตีความกฎหมายโดยคลาดเคลื่อนของเจ้าพนักงาน<sup>21</sup>

นอกจากนั้น การที่กฎหมายรับรองสิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ โดยไม่ได้บัญญัติขอบเขตไว้ว่า การที่เอกชนใช้สิทธิฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางอาญานั้น จะต้องมีการกระบวนกรเป็นพิเศษเพื่อกันกรองข้อเท็จจริงหรือสภาพการกระทำเสียก่อน เช่น อาจต้องให้ผ่านคณะกรรมการคณะหนึ่ง หรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งเพื่อกันกรองข้อเท็จจริงในเบื้องต้นเสียก่อน ถ้ามีมูลคดีน่าเชื่อว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐทำความผิดจริงก็อนุญาตให้เอกชนฟ้องร้องคดีอาญาเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ดังนั้น เอกชนจึงใช้สิทธิฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐเนื่องจากการกระทำตามหน้าที่ได้อย่างคดีฟ้องร้องเอกชนด้วยกันเอง ได้ทุกกรณีโดยเพียงแต่อ้างเหตุว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมนั้นถูกบิดเบือนไป เพื่อใช้เป็นเครื่องมือต่อรองผลประโยชน์ส่วนตัวมิใช่เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ต่อส่วนรวม<sup>22</sup>

ดังนั้น เราจึงอาจกล่าวได้ว่าแม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะพยายามแก้ไขปัญหาในเรื่องการคุ้มครองสถานะและความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐมิให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในทางแพ่งได้บ้างแล้ว แต่ความรับผิดชอบตัวเองในทางอาญานับว่ายังมีปัญหาที่เกิดจากปัจจัยหลายอย่าง ทั้งในปัญหาทางสารบัญญัติและวิธี สบัญญัติ และปัญหาจากการตีความกฎหมายของผู้ตีความ ซึ่งปัญหาเหล่านี้เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายลักษณะ รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจด้วย

### 5.3 หลักพื้นฐานในทางอาญาที่เกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

#### 5.3.1 แนวคิดและวัตถุประสงค์ของการกำหนดความผิดทางอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่

ในรัฐสมัยใหม่การใช้อำนาจมหาชนในตำแหน่งหน้าที่ราชการ ซึ่งเจ้าพนักงานได้รับมอบหมายให้เป็นผู้กระทำการแทนรัฐนั้น จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบแบบแผนและค้ำึงถึงประโยชน์

<sup>21</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น. 10-11.

<sup>22</sup> เรือโท สมนึก เสียงก้อง, “ปัญหาการฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 โดยผู้เสียหาย”, งานวิจัยหลักสูตรผู้บริหารกระบวนกรยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 8 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548, น. 38-39.

สาธารณะ และด้วยเหตุนี้การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นไปในทางขัดต่อประโยชน์มหาชนจึงเป็นสิ่งต้องห้าม และเจ้าพนักงานผู้ฝ่าฝืนสมควรถูกลงโทษ<sup>23</sup> แนวคิดพื้นฐานของความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ มีพื้นฐานความคิดมาจากการใช้อำนาจของรัฐทั้งในด้านการปกครอง การรักษาความสงบเรียบร้อย และการให้บริการแก่ประชาชนของรัฐซึ่งบุคคลเหล่านี้เป็นข้าราชการหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ การปฏิบัติหน้าที่ของพวกเขาจึงอาจเกิดผลกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียของรัฐและประชาชนทั่วไปได้<sup>24</sup> โดยเฉพาะในกรณีที่ใช้อำนาจไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ผู้ปกครองรัฐ และประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองที่ได้รับผลจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ถืออำนาจที่ได้รับมานั้นเหมือนกับเป็นอำนาจของตนเอง อันจะนำไปในทางหาประโยชน์ส่วนตัวหรืออำเภอใจอย่างไรก็ได้ อันไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ได้รับมอบหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐสมัยใหม่ ด้วยเหตุที่เห็นว่าบทบาทของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่ และตำแหน่งที่อยู่เหนือกว่าบุคคลอื่นโดยทั่วไป จึงจำเป็นต้องมีการจัดองค์กรให้รัฐและองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนมีตัวตนขึ้นเป็นการเฉพาะ และจัดให้การใช้อำนาจรัฐจะต้องมีระบบระเบียบโดยแยกฐานะของผู้ถืออำนาจให้เป็นองค์กรของรัฐที่แยกบทบาทและกลไกในการจัดกิจการสาธารณะต่างๆ เป็นระบบราชการที่มีระเบียบวิธีในการปฏิบัติงานแยกออกจากการดำเนินกิจการของบุคคลธรรมดาที่เป็นสมาชิกของรัฐโดยทั่วไป และด้วยเหตุนี้ทำให้ต้องมีระบบและกลไกควบคุมการใช้อำนาจมหาชนไม่ให้ถูกใช้เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนบุคคลหรือเป็นไปในทางขาดความรับผิดชอบต่อสังคมส่วนรวม ซึ่งนอกจากกลไกทางกฎหมายในเรื่องการจัดองค์กรและระเบียบบริหารงานของรัฐที่มีระบบบังคับบัญชาแล้ว ด้วยการที่เจ้าพนักงานของรัฐมีฐานะพิเศษและเหนือกว่าบุคคลธรรมดา ทำให้เกิดผลทั้งในการคุ้มครองและการควบคุมเจ้าพนักงาน<sup>25</sup>

นอกจากนั้นเพื่อเป็นการยืนยันหลักการที่ว่าอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ราชการที่บุคคลเหล่านั้นได้รับมอบหมายจากรัฐไปกระทำการแทนรัฐนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น เพราะฉะนั้นการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายก็ดี

<sup>23</sup> อุตม รัฐอมฤต, “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น. 26.

<sup>24</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), น.29.

<sup>25</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2548), น.59.

การใช้ไปในทางที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็ดี ย่อมเป็นสิ่งต้องห้ามหากฝ่าฝืนจึงสมควรถูกลงโทษ และสิ่งที่รัฐนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวก็คือการตรากฎหมายมาบังคับใช้ ซึ่งในปัจจุบันรัฐได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้นขึ้นมาหลายทาง เช่น มาตรการในทางวินัย มาตรการทางกฎหมายปกครอง มาตรการทางกฎหมายแพ่งว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด และที่สำคัญคือมาตรการทางกฎหมายอาญา ทั้งนี้โดยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147-166 ซึ่งโดยส่วนใหญ่คดีที่ผู้เสียหายฟ้องเองมักอ้างมาตรา 157 เป็นหลัก<sup>26</sup> นอกจากนี้ยังมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอื่นที่มีโทษทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานของรัฐ พ.ศ. 2502 และพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการสิทธิการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 เป็นต้น

บทบัญญัติเรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงานสะท้อนให้เห็นถึง “อำนาจ” ที่เจ้าพนักงานมีต่อปัจเจกชนในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ และ “หน้าที่” ของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นคุณหรือเป็นโทษต่อปัจเจกชนได้ กฎหมายจึงต้องบัญญัติเพื่อควบคุมพฤติกรรมของบุคคลที่อยู่ในสถานะเช่นนี้ให้ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อในกรณีที่เจ้าพนักงานผู้ถืออำนาจใช้อำนาจไปในทางที่ผิดก็ต้องรับโทษทางอาญา ฉะนั้นจึงเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่การงานเท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องถึงการกระทำในเรื่องส่วนตัว<sup>27</sup> จากแนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวที่ว่าความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการมีที่มาจากองค์กรของรัฐ กล่าวคือ ในการบริหารราชการแผ่นดิน เนื่องจากรัฐไม่มีตัวตนจึงต้องมีผู้กระทำการแทนโดยรัฐมอบอำนาจให้บุคคลต่างๆ ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐในการดำเนินการต่างๆ คือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อมีการมอบอำนาจให้แล้วก็จำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนในการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นผู้ที่มีฐานะนอกเหนือไปจากประชาชนธรรมดา ซึ่งอาจใช้อำนาจไปทางมิชอบก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายแก่รัฐและประชาชนทั่วไป โดยกำหนดกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษเป็นพิเศษจากกฎหมายที่ใช้กับประชาชนทั่วไป และกำหนดโทษให้หนักขึ้นกว่าความผิดทั่วไปที่ประชาชนธรรมดากระทำความผิด

ความประสงค์ของกฎหมายในการกำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่รวมถึงการลงโทษเจ้าพนักงานให้หนักขึ้น และการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเป็นความผิดและก็เพื่อรักษาไว้หรือผดุงซึ่ง

<sup>26</sup> เพ็งอ้าง, น. 19.

<sup>27</sup> จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, (เนติบัณฑิตยสภา, 2543), น.65.

เกียรติคุณแห่งหน้าที่โดยให้เจ้าพนักงานซื่อสัตย์ สุจริตและรักษาหน้าที่ของตนอย่างกวดขัน ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าประเทศจะมีการปกครองอย่างดี ก็ต่อเมื่อเจ้าพนักงานของประเทศไม่มีที่ติและเป็นที่ยอมรับในหมู่ประชาชนว่าซื่อสัตย์และรู้สึกในหน้าที่ของตน เจ้าพนักงานที่ทุจริตย่อมนำความเสียหายแก่การปกครองบ้านเมือง และเป็นการเสียหายแก่ประเทศด้วย สิ่งที่ถูกหมายค้ำครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเหล่านี้คือ ความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐและตำแหน่งหน้าที่<sup>28</sup> สำหรับความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) โดยมีพื้นฐานความคิดมาจากการแยกเรื่องประโยชน์ส่วนตัวในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดา กับประโยชน์สาธารณะ ในฐานะของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจ หน้าที่ และตำแหน่งเหนือกว่าบุคคลอื่น เพื่อไม่ให้นำเรื่องส่วนตัวมาเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ ฉะนั้น ประโยชน์ที่ถูกหมายค้ำครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ของความผิดฐานนี้ คือ ความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่งหน้าที่<sup>29</sup>

### 5.3.2 ลักษณะเฉพาะของความผิดทางอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่

บรรดาบทบัญญัติในหมวดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มีลักษณะพิเศษ 2 ประการ คือ (1) ผู้กระทำความผิดต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าพนักงานที่ได้รับการแต่งตั้งโดยชอบตามกฎหมาย และ (2) ต้องกระทำผิดในตำแหน่งหน้าที่และภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน ฉะนั้น บุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าพนักงานและไม่มีอำนาจหน้าที่ หรือแม้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าพนักงานแต่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการนั้นย่อมไม่มีความผิดในหมวดว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ

แต่ปัจจุบันความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่มิใช่มีเพียงแต่ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ในหมวดว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการเท่านั้น แม้เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เป็นผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการ แต่เป็นตำแหน่งหน้าที่อย่างอื่น เช่น ตำแหน่งหน้าที่ในองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือในองค์กรของรัฐที่ไม่อยู่ในรูปของส่วนราชการ เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หากบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาเอาไว้แล้ว ก็อาจต้องรับโทษทางอาญาอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตนได้ ซึ่งบทบัญญัติแห่ง

<sup>28</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น.787.

<sup>29</sup> คณิต ฅ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” วารสารอัยการ, ปีที่ 3, ฉบับที่ 25 (มกราคม 2523), น. 55-56.

กฎหมายอาญาบัญญัติความรับผิดทางอาญาไว้ครอบคลุมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าพนักงานจะต้องรับผิดชอบรับผิดทางอาญา เนื่องจากได้กระทำการในตำแหน่งโดยมิชอบหรือโดยทุจริต แม้การกระทำนั้นจะไม่ใช่การในหน้าที่ของตนโดยตรงก็ตาม ซึ่งปรากฏการณ์เช่นนี้กำลังเกิดขึ้นจากการบัญญัติเป็นความผิดอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 123/1 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554

### 5.3.3 หลักความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญากับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

หลักความชัดเจนแน่นอนเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย นักกฎหมายมหาชนบางท่านกล่าวถึงหลักกฎหมายนี้ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)<sup>30</sup> หรือบางท่านก็กล่าวถึงในหลักนิติธรรม (rule of law)<sup>31</sup> ตามข้อเขียนของนักวิชาการที่มีชื่อเสียงหลายท่าน เช่น Albert Venn Dicey, Lon L. Fuller หรือ Joseph Raz ทำให้สรุปสาระสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรมไว้ว่า นอกจากการที่องค์กรของรัฐทุกองค์กรปฏิบัติตามกฎหมาย และการใช้อำนาจในบ้านเมืองยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐแล้ว รัฐนั้นจะต้องมีกฎหมายที่ดี ซึ่งหมายความว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน (clarity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและปฏิบัติตนได้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือใช้กฎหมายได้ถูกต้อง นอกจากนี้กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง (certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมก่อให้เกิด

<sup>30</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย”, ในนิติรัฐ นิติธรรม, เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.265-267. และ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักนิติรัฐ (das Rectstaatsprinzip), ในเล่มเดียวกัน, น. 240.

<sup>31</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, ในนิติรัฐ นิติธรรม, เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), เพ็ญอ้าง, น. 335-336.



ความสับสน และทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามควร ความแน่นอนมั่นคงของกฎหมายจะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นตามมาด้วย<sup>32</sup>

ในการศึกษาของนักกฎหมายอาญา หลักความชัดเจนแน่นอนเป็นหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาญา<sup>33</sup> จากหลักที่ว่า การจะลงโทษบุคคลทางอาญาได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด และกฎหมายที่กำหนดนั้นจะต้องบัญญัติโดยชัดแจ้งว่า การกระทำอย่างใดเป็นความผิด ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องการความชัดเจนแน่นอนของถ้อยคำมากที่สุด เพื่อให้บุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสทราบล่วงหน้าว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของบุคคลผู้นั้นเป็นความผิดหรือไม่ เพราะหากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้มีความคลุมเครือไม่ชัดเจนจนไม่สามารถเข้าใจได้แล้ว หากมีการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนั้น บุคคลนั้นก็อาจจะขัดขึ้นหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ นอกจากนี้การที่รัฐไม่ยอมให้บุคคลอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวแล้ว รัฐย่อมมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอนให้ประชาชนสามารถทราบและเข้าใจได้เป็นอย่างดีด้วย มิใช่ออกกฎหมายในลักษณะคลุมเครือเป็นช่องว่างให้มีการอาศัยความไม่รู้ของประชาชนมาเอาผิดในการกระทำของบุคคลนั้น เพราะหากกฎหมายมีความคลุมเครือก็ย่อมไม่เป็นธรรมที่รัฐจะไม่ยอมให้บุคคลอ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวได้<sup>34</sup>

เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งคือ หากกฎหมายอาญามีความแน่นอนแล้ว ก็จะเป็นการลดอำนาจการตีความ การใช้กฎหมายหรืออาศัยช่องว่างของกฎหมายมาเลือกปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติโดยอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พอสมควร<sup>35</sup> รวมทั้งลดการใช้ดุลพินิจโดยไม่จำกัดของเจ้าหน้าที่ของ

<sup>32</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, “หลักนิติธรรม (Rule of Law)”, ใน นิติรัฐ นิติธรรม, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), เพิ่งอ้าง, น. 86-107., อ้างใน อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, (นนทบุรี : สำนักงาน ป.ป.ช.), น. 53-55.

<sup>33</sup> คณิต ฌ นคร, ประมวลกฎหมายอาญากับหลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), น. 245-246.

<sup>34</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2548), น. 20.

<sup>35</sup> Wayne R. La Fave and Rustin W. Scott, Handbook on Criminal Law, (Minnesota : West, 1972), p. 87-88.

รัฐผู้ปฏิบัติ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนภายในขอบเขตเท่าใด เรื่องขอบเขตความหมายของถ้อยคำที่ใช้ นั้น แม้ว่าในทางภาษาศาสตร์และในความเป็นจริงจะต้องยอมรับว่า การใช้ภาษาและถ้อยคำในการสื่อสารนั้นไม่สามารถหาความแน่นอนได้ในทุกกรณี แต่ทางนิติศาสตร์การวินิจฉัยคดีต่างๆ นั้น ขึ้นอยู่กับขอบเขตของบทบัญญัติในหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ จึงจำเป็นต้องสร้างขอบเขตของกฎหมายให้มีความชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยเฉพาะทางกฎหมายอาญามีข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายมากกว่ากฎหมายอื่นๆ<sup>36</sup>

ในเชิงนิติวิธี การบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดในลักษณะกว้างๆ ให้องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายพิจารณาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ สอดคล้องกับนิติวิธีของระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือระบบคอมมอนลอว์ที่ให้ศาลเป็นผู้พิจารณาวางหลักกฎหมายกำหนดการกระทำที่เป็นความผิด (common law offense) เท่ากับว่าศาลเป็นผู้กำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดหรือไม่ แทนที่กฎหมายจะเป็นตัวกำหนดกลับกลายเป็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติยกอำนาจตรากฎหมายให้แก่ฝ่ายตุลาการ ซึ่งขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และโดยที่ระบบกฎหมายไทยได้รับเอาระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) ซึ่งให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่ต้องรับโทษต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะผู้แทนราษฎรเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ<sup>37</sup> โดยบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในระบบกฎหมายอาญาของไทยตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พบปัญหาในเรื่องความชัดเจนแน่นอนมากที่สุด ถึงแม้ว่ามาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐที่จะดำรงรักษาไว้ซึ่งความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐ แต่บทบัญญัติดังกล่าวได้สร้างปัญหาามากที่สุดในปัจจุบันเนื่องจากมีลักษณะเป็นบทกวาดทอง (sweeping section) กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้กว้างๆ เพราะเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบททั่วไปที่มีองค์ประกอบความผิดในส่วนของกรกระทำกว้างขวางครอบคลุมความผิดของเจ้าพนักงานในบทเฉพาะทั้งสิ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออุดช่องว่าง

<sup>36</sup> ตูลา โชติภักดี, “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา กับความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น.13.

<sup>37</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2537), น. 568-582.

กรณีหากไม่เป็นความผิดบ่งชี้ก็ให้เป็นความผิดในมาตรานี้<sup>38</sup> และแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าว จะเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมตรวจสอบความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในอันมีลักษณะมุ่งให้ได้รับการลงโทษการกระทำอันมิชอบด้วยหน้าที่หรือโดยทุจริต แต่การที่บทบัญญัติในมาตรานี้ขาดความชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อศาลฎีกาในคดีอาญาหลายคดี ได้ตีความขยายความการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่กว้างออกไปเรื่อยๆ จึงเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานขาดความมั่นใจว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้น หากเกิดความผิดพลาดหรือศาลไม่เห็นด้วยแล้ว จะถูกดำเนินคดีอาญาและเป็นความผิดตามมาตรานี้หรือไม่ บทบัญญัติในมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และบทบัญญัติที่มีลักษณะทำนองเดียวกันในกฎหมายอื่นจึงถูกมองว่าเป็นบทกฎหมายอาญาที่ขัดต่อ “หลักความชัดเจนแน่นอนของการบัญญัติกฎหมายอาญา”

#### 5.3.4 หลักการตีความขยายความกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

จากหลักความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญาดังที่กล่าว เป็นหลักที่วางอยู่บนเหตุผลเดียวกับหลักการไม่มีผลย้อนหลังไปในทางที่เป็นโทษของกฎหมายอาญา เนื่องจากแนวคิดในกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีโทษอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจึงต้องยึดตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ โดยไม่มีการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (analogy) หรือการใช้กฎหมายที่มีโทษด้วยจินตนาการ แต่ก็มีใช้การใช้กฎหมายโดยตีความตามตัวอักษรอย่างปราศจากความเข้าใจกรอบความคิด แต่ตีความด้วยความเข้าใจตัวบทกฎหมายอย่างรัดกุม มิใช่ตีความกฎหมายโดยปราศจากความเข้าใจที่มาของกฎหมาย เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นเมื่อเกิดความหมายที่ผิดเพี้ยนไปจากความที่ได้จากตัวอักษร<sup>39</sup>

ตามที่มีการกล่าวกันว่า กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดนั้น หากพิจารณาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญามาบ้างแล้ว จะเห็นว่าหลักในการตีความกฎหมายอาญาต้องยึดหลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติควบคู่กันไป ส่วนจะตีความแคบ ตีความกว้างหรือตีความขยายความ ก็จะต้องพิจารณาจากความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์

<sup>38</sup> พัสสน ตันติเตมิต, “ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 117.

<sup>39</sup> Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche et Thierry Revet (Sous la direction) Droit et libertés fondamentaux. 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1997, pp.411-412. อ้างใน อุดม รัฐอมฤต และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 54-55.

แห่งบทบัญญัตินั้นๆ มิใช่ว่าจะต้องตีความเคร่งครัดหรือตีความแคบเสมอไป การตีความกว้างหรือขยายความก็อาจทำได้ ถ้าไม่ได้เปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้นๆ สิ่งที่ถูกกฎหมายอาญาห้ามคงห้ามแต่การใช้เทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาลงโทษเท่านั้น แต่ไม่ได้ห้ามการตีความโดยการขยายความ<sup>40</sup> (Extensive Interpretation) ส่วนการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายในเรื่องนั้นไม่ได้บัญญัติไว้เลย ไม่ว่าจะตีความขยายไปเพียงใดก็ตาม การตีความขยายความจึงไม่ได้เปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัตินั้นๆ หากแต่เป็นเพียงการทำให้ความหมายที่ขาดไปกลับสมบูรณ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้ร่างไว้ ซึ่งการใช้กฎหมายเช่นนี้จะเห็นได้จากกรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 ซึ่งได้วินิจฉัยเรื่องลักกระแสไฟฟ้า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334<sup>41</sup> ซึ่งโดยปกติความผิดฐานลักทรัพย์ของผู้อื่น ทรัพย์นั้นต้องมีรูปร่างแต่กรณีกระแสไฟฟ้านั้นถือว่ามีรูปร่างหรือไม่ บางความเห็นก็ว่ากระแสไฟฟ้าเป็นแต่เพียงพลังงานไม่มีรูปร่างจึงไม่อาจเป็นทรัพย์ในความหมายนี้ แต่บางท่านก็อาจจะเห็นว่ากระแสไฟฟ้ามีรูปร่างเพียงแต่มีขนาดเล็กจนมองไม่เห็นในระดับอิเล็กทรอนิกส์การลักกระแสไฟฟ้าจึงอาจเกิดขึ้นได้

ดังหลักการที่กล่าว การตีความขยายความนั้น หากเกินเลยไปกว่าความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ การตีความนั้นย่อมขัดต่อหลักการตีความกฎหมายอาญา เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ นั้น กฎหมายมุ่งหมายคุ้มครองผู้ทรงดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เท่านั้น หากมีการตีความขยายไปถึงผู้ที่เป็นสมาชิกในสถาบันครอบครัวของผู้ทรงดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วย หรือขยายความไปถึงพระมหากษัตริย์รัชกาลอื่นที่ผ่านมาซึ่งสิ้นพระชนม์ไปแล้ว ก็จะเป็นการตีความขยายความที่เกินเลยไปจากกฎหมาย หรือ กรณีการกระทำผิดโดยมิหรือใช้อาวุธ จะขยายความไปถึงเข็มหรือไม้จิ้มฟันที่ใช้ทำกับคนถึงกับอันตรายนั้นน่าจะไม่ต้อง เป็นต้น

พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ กล่าวไว้ว่า “ทางอาญาการตีความต้องใช้หลักเด็ดขาด ไม่ใช่ตีความโดยเด็ดขาด ไม่ใช่ขยายความ โดยหลักนี้ศาลมีอำนาจจะค้นหาเจตนาของผู้ร่างว่า ผู้ร่างมีความมุ่งหมายอย่างไร แต่ศาลจะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้ ตีความภายในลายลักษณ์อักษร”

<sup>40</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), น.32-33.

<sup>41</sup> ตุลา โขติภักดี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 36, น. 11.

ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศรัทีย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “หลักที่ว่าต้องตีความกฎหมายอาญา โดยเคร่งครัด จะตีความขยายความไม่ได้ นั้น หมายความว่าเฉพาะกรณีที่หากขยายความในตัวบทออกไป จะเป็นผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหาเท่านั้น ไม่หมายความว่าตีความโดยขยายความในเมื่อเป็น ความประสงค์ของตัวบทกฎหมายนั้นๆ ได้”<sup>42</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า “การตีความกฎหมายอาญานั้นมี หลักเกณฑ์พิเศษจากการตีความกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ จะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็น ผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ ตัวอย่างเช่น การฆ่าคนอื่นตายเป็นความผิด ศาลจะตีความขยายความ ออกไปว่า การพยายามฆ่าตนเองตายก็เป็นความผิดย่อมทำไม่ได้ (ที่จริงการพยายามฆ่าตนเองไม่เป็น ความผิดอยู่แล้วเพราะตนเองไม่ใช่ผู้อื่น - ผู้เขียน) ตรงกันข้าม ศาลอาจตีความโดยขยายความให้เป็น ผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ นอกจากนี้ยังมีหลักการตีความอีกข้อหนึ่งว่า ถ้ากรณีที่เป็นที่สงสัย ศาล จะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (in dubio pro reo) ฉะนั้นถ้าจะมีการตีความได้สองทาง และทางหนึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหามากกว่า ศาลพึงเลือกตีความในทางที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (ที่จริงหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยเป็นหลักในทางกฎหมายอาญาวิธีสบัญญัติ ไม่น่าจะนำมา เกี่ยวกับการตีความขยายความซึ่งเป็นเรื่องของสารบัญญัติ - ผู้เขียน) แต่ทั้งนี้หมายความว่าเมื่อมีข้อ สงสัยเกิดขึ้น ซึ่งศาลจำเป็นต้องตีความเช่นนั้นเท่านั้น ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะพิจารณาหาช่องทางช่วยเหลือ ผู้ต้องหาในกรณีที่ไม่มีข้อสงสัยอันจะทำให้ศาลต้องตีความ และแม้ศาลจะมีความเห็นว่าจำเลยไม่ควร รับโทษ แต่เมื่อปรากฏว่าตามกฎหมายจำเลยได้กระทำความผิดและต้องรับโทษแล้ว ศาลต้องลงโทษ จำเลย”<sup>43</sup>

สำหรับปัญหาการตีความความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 157 และบทกฎหมายที่บัญญัติในลักษณะเดียวกัน ซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับความ ชัดเจนแน่นอนขององค์ประกอบความผิด ทำให้การตีความขึ้นอยู่กับอรรถวิสัยของผู้ตีความ เป็นสำคัญนั้น โดยแนวทางการตีความตามคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาญาของไทยในปัจจุบันศาลได้ใช้ดุลพินิจ ตีความขยายความ ทั้งในส่วนของผู้เสียหาย และเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ให้ มีการขยายความออกไปมากจนน่าจะเกินขอบเขตไปจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย และต่างไป จากแนวทางการตีความของคำพิพากษาในช่วงแรกๆ จนส่งผลกระทบต่อการทำงานของเจ้าหน้าที่

<sup>42</sup> เพิ่งอ้าง, น. 19.

<sup>43</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 44.

ของรัฐ เป็นเหตุให้เกิดความไม่แน่ใจว่าการปฏิบัติหน้าที่ของตน โดยเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในการปรับใช้ให้เกิดความยุติธรรมในแต่ละกรณี หากเกิดความเสียหายหรือเกิดผลกระทบกับผู้สูญเสียประโยชน์แล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ โดยจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

#### 5.4 ลักษณะของการกำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทย

ตามประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ (มาตรา 147 ถึงมาตรา 166) ได้บัญญัติความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะในส่วนของเจ้าพนักงานทั่วไป (ในการปกครอง) แบ่งออกเป็นสองส่วนหลักๆ คือความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ซึ่งบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 147 ถึงมาตรา 156 และความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแม้ไม่มีเรื่องทุจริต ซึ่งบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 158 ถึงมาตรา 166 โดยทั้งสองกลุ่มนั้นมีมาตรา 157 เป็นแกนกลาง<sup>44</sup> และในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ได้บัญญัติความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะในส่วนของเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม จำนวน 6 มาตรา ได้แก่ มาตรา 200 ถึงมาตรา 205 นอกจากนั้นก็ยังมีการบัญญัติความรับผิดทางอาญาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายอื่นอีกด้วย การที่มีการจัดหมวดหมู่ของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ไว้เช่นนี้ จึงสามารถแยกแยะออกมาได้ว่า ในระบบกฎหมายอาญาที่บัญญัติเกี่ยวความรับผิดทางอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ อาจแบ่งความผิดได้เป็น 2 ลักษณะหลักๆ คือ ความผิดที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องหรือบทเฉพาะ และความผิดที่มีลักษณะกวาดกองหรือบททั่วไป ดังนี้

##### 5.4.1 ความผิดที่มีลักษณะเป็นบทเฉพาะ

###### 5.4.1.1 ความผิดในกลุ่มที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

ในประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ความผิดของเจ้าพนักงานที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา คือกลุ่มบทบัญญัติตามมาตรา 147 ถึงมาตรา 156 ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 10 ฐานความผิด ได้แก่

<sup>44</sup> จิตติ ดิงศรัทีย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น.283. (ภาค 2 ตอน1)

1) ความผิดของเจ้าพนักงานทั่วไปที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต มีจำนวน 10 มาตรา ได้แก่

- เจ้าพนักงานยกยอกทรัพย์ (มาตรา 147)
- เจ้าพนักงานกรรโชกทรัพย์ (มาตรา 148)
- เจ้าพนักงานเรียกรหรือรับสินบน (มาตรา 149)
- เจ้าพนักงานเรียกรหรือรับประโยชน์ก่อนเข้ารับตำแหน่ง (มาตรา 150)
- เจ้าพนักงานหาประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ (มาตรา 151)
- เจ้าพนักงานเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่ตนรับผิดชอบ (มาตรา 152)
- เจ้าพนักงานจ่ายทรัพย์เกินกว่าที่ควรจ่าย (มาตรา 153)
- เจ้าพนักงานเรียกเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมไม่ถูกต้อง (มาตรา 154)
- เจ้าพนักงานทุจริตในการกำหนดราคาทรัพย์สินเพื่อเรียกเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียม (มาตรา 155)
- เจ้าพนักงานทำบัญชีเท็จเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียม (มาตรา 156)

2) ความผิดของเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต มีจำนวน 2 มาตรา ได้แก่

- เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี พนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าจะการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ (มาตรา 201)

- เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น (มาตรา 202)

3) ความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2502 ได้แก่ ความผิดฐาน

- พนักงานยกยอกทรัพย์ (มาตรา 4)

- พนักงานกรรโชกทรัพย์ (มาตรา 5)
- พนักงานเรียกหรือรับสินบน (มาตรา 6)
- พนักงานเรียกหรือรับประโยชน์ก่อนเข้ารับตำแหน่ง (มาตรา 7)
- พนักงานหาประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ (มาตรา 8)
- พนักงานเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่ตนรับผิดชอบ (มาตรา 9)
- พนักงานจ่ายทรัพย์สินเกินกว่าที่ควรจ่าย (มาตรา 10)

4) ความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต โดยเฉพาะ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำความผิดฐาน

- ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 100<sup>45</sup> มาตรา 101<sup>46</sup> หรือมาตรา 103<sup>47</sup> ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 122)

- ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใด ในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น (มาตรา 123)

---

<sup>45</sup> เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินกิจการเป็นคู่สัญญาหรือเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญา หรือมีสัมปทานจากรัฐที่มีลักษณะผูกขาดตัดตอน หรือเข้าไปมีผลประโยชน์ขัดกันกับตำแหน่งหน้าที่.

<sup>46</sup> การดำเนินกิจการตามมาตรา 100 ของผู้ซึ่งพ้นจากการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมาแล้วยังไม่ถึงสองปี.

<sup>47</sup> เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคล นอกเหนือจากทรัพย์สินหรือประโยชน์อันควรได้ตามกฎหมาย หรือกฎ ข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เว้นแต่การรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดโดยธรรมจรรยา ตามหลักเกณฑ์และจำนวนที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด.



#### 5.4.1.2 ความผิดในกลุ่มที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

1) ความผิดของเจ้าพนักงานทั่วไปที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแม้ไม่มีเรื่องทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 158 ถึงมาตรา 166 ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 9 ฐานความผิด ได้แก่

- เจ้าพนักงานทำให้เสียหายที่อยู่ในหน้าที่ของตน (มาตรา 158)
- เจ้าพนักงานทำให้ตราหรือเครื่องหมายที่ได้ประทับหรือหมายไว้ที่ทรัพย์สินหรือเอกสารเสียหาย (มาตรา 159)
  - เจ้าพนักงานใช้ดวงตราหรือรอยตราปลอม (มาตรา 160)
  - เจ้าพนักงานปลอมเอกสารในหน้าที่ของตน (มาตรา 161)
  - เจ้าพนักงานรับรองเอกสารในหน้าที่อันเป็นความเท็จ (มาตรา 162)
  - เจ้าพนักงานในการไปรษณีย์กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ (มาตรา 163)
  - เจ้าพนักงานกระทำการโดยมิชอบให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับ (มาตรา 164)
  - เจ้าพนักงานขัดขวางมิให้การเป็นไปตามกฎหมาย (มาตรา 165)
  - เจ้าพนักงานละทิ้งหน้าที่โดยร่วมกันกระทำผิดตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป (มาตรา 166)

2) ความผิดของเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแม้ไม่มีเรื่องทุจริต มีจำนวน 4 มาตรา ได้แก่

- เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี พนักงานสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา หรือจัดการให้เป็นไปตามหมายอาญา กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดๆ ในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ เพื่อจะช่วยให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ต้องโทษ หรือให้รับโทษน้อยลง หรือเพื่อจะแก้งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องรับโทษ รับโทษหนักขึ้นหรือต้องถูกบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย (มาตรา 200)
- เป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่ปฏิบัติกรให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ป้องกันหรือขัดขวางมิให้การเป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น (มาตรา 203)

- เป็นเจ้าพนักงาน มีตำแหน่งหน้าที่ควบคุมดูแลผู้ที่ต้องคุมขังตามอำนาจของศาลของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา กระทำด้วยประการใด ๆ ให้ผู้ที่อยู่ในระหว่างคุมขังนั้นหลุดพ้นจากการคุมขังไป (มาตรา 204)

- เป็นเจ้าพนักงาน มีตำแหน่งหน้าที่ควบคุมดูแลผู้ที่ต้องคุมขังตามอำนาจของศาลของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา กระทำการโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้ที่อยู่ในระหว่างคุมขังนั้นหลุดพ้นจากการคุมขังไป (มาตรา 205)

3) ความผิดบทเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแม้ไม่มีเรื่องทุจริต ตามกฎหมายอื่น เช่น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 119 ที่บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ภายในเวลาที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้กำหนด หรือ จงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อนึ่ง ในการแบ่งกลุ่มของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว เป็น 3 กลุ่มนี้ หากต้องการจำแนกในเรื่องทุจริตและความเสียหาย อาจแบ่งเป็น กลุ่มความผิดเกี่ยวกับทุจริต (มาตรา 147-156) กลุ่มความผิดที่มีความเสียหายแม้ไม่ทุจริต (มาตรา 158-166) และกลุ่มทุจริตด้วยและเสียหายหรืออาจเสียหายด้วย (มาตรา 157) ด้วยก็ได้ เพียงแต่มีข้อพึงสังเกตว่า ความผิดในมาตรา 157 นั้น ความเสียหายไม่ใช่องค์ประกอบความผิดแต่เป็นการมองในมุมของผลกระทบเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับผู้เสียหาย (ผู้หนึ่งผู้ใด)

#### 5.4.2 ความผิดที่มีลักษณะเป็นบททั่วไป

ในระบบกฎหมายอาญาของไทยนอกจากได้มีการบัญญัติความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นความผิดเฉพาะเรื่องหรือความผิดที่มีลักษณะเป็นบทเฉพาะดังที่กล่าวไปแล้ว ยังมีกรณีที่มีการบัญญัติความรับผิดทางอาญาเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นบททั่วไปหรือบทกวาดก้องด้วย ซึ่งมีทั้งที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา และในกฎหมายอื่น การที่บทบัญญัติความผิดมีลักษณะเป็นบททั่วไป เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มีองค์ประกอบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตอยู่ในมาตราเดียวกัน และครอบคลุมความผิดในบทเฉพาะเรื่องทุกบท ซึ่งอาจแยกออกได้เป็น

(1) ความผิดที่มีลักษณะเป็นบททั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นแบบหรือแม่บทในเรื่องที่เกี่ยวกับความผิดอาญา ดังนั้นกรณีกฎหมายอื่นๆ ซึ่งมีกำหนดโทษทางอาญาไว้จึงต้องนำหลักในกฎหมายอาญานี้ไปใช้ด้วยตามความในมาตรา 17 ที่ว่า “บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้นๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”<sup>48</sup> หลักเกณฑ์ตามมาตรา 17 ที่ให้นำบทบัญญัติในภาค 1 ไปใช้แก่กรณีความผิดตามกฎหมายอื่นด้วยนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปในเรื่องของเกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญานอกจากนั้นยังให้ถือเป็นหลักทั่วไปในการปรับใช้ความผิดตามกฎหมายอาญาอื่นด้วย แต่สำหรับบททั่วไปในภาคความผิดแห่งประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะในหมวดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการได้แก่มาตรา 157 ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตอยู่ในมาตราเดียวกัน โดยมีความหมายกว้างๆ ครอบคลุมความผิดเฉพาะเรื่อง เป็นเหตุให้มีการอ้างมาตรา 157 ในกรณีที่มีการฟ้องเจ้าพนักงานในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในบทเฉพาะด้วย

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้เป็นกึ่งกลางระหว่างความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการที่มีลักษณะเป็นการกระทำโดยทุจริตเพื่อแสวงหาประโยชน์ (มาตรา 147 – 156) และความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหาย (มาตรา 158 – 166) ถือว่าเป็นบทกฎหมายทั่วไป (lex generalis) สำหรับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ดังนั้น หากการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานต้องด้วยบทกฎหมายเฉพาะแล้ว ศาลย่อมต้องใช้บทกฎหมายเฉพาะลงโทษจำเลย และหากบทกฎหมายเฉพาะมีโทษเบากว่าบทกฎหมายทั่วไป ศาลก็ย่อมจะต้องลงโทษจำเลยตามที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะนั้น จะลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่มีโทษหนักกว่าไม่ได้ กรณีนี้ต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 ที่กำหนดว่าเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด เพราะถ้าศาลลงโทษตามบทกฎหมายทั่วไป ซึ่งในที่นี้คือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งเป็นบทหนักแล้ว บทเฉพาะซึ่งมีโทษเบากว่าก็จะไม่มีที่ใช้<sup>49</sup>

<sup>48</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ ; วิญญูชน, 2554), น. 262.

<sup>49</sup> สุรพล นิตไกรพจน์ และคณะ, คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), น.203.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 มีเจตนารมณ์มาจากการแยกประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะออกจากกัน ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้นต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ การที่เจ้าพนักงานนำเรื่องส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่จึงเป็นเรื่องไม่พึงประสงค์และเป็นความผิดตามมาตรา 157<sup>50</sup>

มาตรา 157 นี้มีความสำคัญกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าพนักงานเป็นอย่างมาก เพราะเหตุว่ามาตรานี้เป็น “มาตรากวาดทอง”<sup>51</sup> กล่าวคือ การกระทำต่างๆ ของเจ้าพนักงานถ้าไม่มีความผิดเฉพาะเรื่องก็มักจะเป็นความผิดตามมาตรา<sup>52</sup> ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามักวินิจฉัยว่าการกระทำต่างๆ ของเจ้าพนักงาน ไม่ว่าจะเจ้าพนักงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการทั่วไปหรือในตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ถ้าไม่มีความผิดเฉพาะเรื่อง ก็มักจะเป็นความผิดตามมาตรา<sup>53</sup> และความผิดในมาตรานี้ที่เป็นปัญหาในการตีความของศาลมากที่สุด โดยเฉพาะในส่วนของเจตนาพิเศษ ซึ่งจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

ลักษณะของมาตรากวาดทองนี้จะเห็นได้ชัดเจนจากเดิมที่บัญญัติไว้ในมาตรา 145 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ที่ว่า “เจ้าพนักงานคนใดคิดร้ายต่อบุคคลอื่น และมันกระทำการอันมิควรกระทำหรือเว้นการอันมิควรเว้น ... ท่านว่ามันมีความผิด ถ้าแลความผิดของมันที่กระทำนั้นไม่ต้องด้วยกฎหมายบทอื่น...” เอาไว้ ในปัจจุบันนั้นถือว่ามาตรา 157 เป็นบททั่วไป การที่บัญญัติมาตรานี้ขึ้นไว้กฎหมายประสงค์จะป้องกันมิให้เกิดมีความบกพร่อง และทำให้อาจฟ้องร้องการกระทำทุกอย่าง ซึ่งเมื่อกระทำอันผิดต่อหน้าที่อยู่<sup>53</sup> แต่หากเป็นความผิดเฉพาะเรื่องแล้วก็ยังคงอาจเป็นความผิดตามมาตรา 157 อยู่ เพียงแต่ศาลจะลงโทษตามความผิดเฉพาะเรื่อง โดยไม่ต้องลงโทษตามมาตรา 157 ต้องลงโทษบทเฉพาะ ตัวอย่างเช่น เจ้าพนักงานยกยอทรัพย์ของทางราชการในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ราชการ เจ้าพนักงานผู้นั้นมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 ในฐานะที่มาตรา 147

<sup>50</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ในฐานะ “เกราะคุ้มกันเจ้าพนักงาน” ในการปฏิบัติหน้าที่”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 8, ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2551), น. 12.

<sup>51</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 66.

<sup>52</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น. 12.

<sup>53</sup> เอช. เอ. กูร์, กฎหมายอาญา, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2477), น. 587.

เป็นบทเฉพาะ และยังมีความผิดตามมาตรา 157 ในฐานะที่เป็นบททั่วไป ลงโทษตามมาตรา 147 ซึ่งเป็นบทเฉพาะโดยไม่ต้องลงโทษตามมาตรา 157 ที่เป็นบททั่วไปอีก<sup>54</sup> ไม่ว่าบทเฉพาะจะมีโทษเบาหรือโทษหนักกว่าบททั่วไปหรือไม่<sup>55</sup>

จากการพิจารณาที่มาของบทบัญญัติมาตรา 157 โดยย้อนกลับไปถึงบทบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 145 ทำให้พบว่า มาตรา 157 มีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษเจ้าพนักงานที่คิดร้ายกลั่นแกล้งผู้อื่น ไม่ได้มุ่งลงโทษเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและมีความเสียหายเกิดขึ้น แนวคิดเช่นนี้เป็นดังที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด อุทัยได้อธิบาย มาตรา 157 ในส่วนนี้ไว้อย่างชัดเจนและสอดคล้องกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 145 ว่า “ความสำคัญของมาตรา 157 ในส่วนนี้อยู่ที่มูลเหตุซึ่งจูงใจ คือต้องกระทำเพื่อแกล้งให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น”<sup>56</sup> ดังนั้น การกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการโดยประมาทหรือการกระทำซึ่งอาจจะมีชอบด้วยหน้าที่ แต่มิได้มูลเหตุซึ่งจูงใจเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือมิได้โดยทุจริต จึงอยู่นอกเหนือจากเจตนารมณ์ของมาตรา 157

นอกจากนี้แล้วยังมีผู้ให้ความเห็นว่า ตามหลักการของมาตรา 157 นั้นเข้าใจว่าผู้ร่างคงจะมีได้คำนึงถึงหลักกฎหมายปกครอง แต่ต้องการปราบปรามเจ้าพนักงานของรัฐที่ทำตัวอยู่เหนือกฎหมาย จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนกับผู้อื่นได้ ใครจะเสียหายก็ช่าง<sup>57</sup> ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามมาตรา 157 นั้น มีวัตถุประสงค์ 2 ประการที่สอดคล้องกันคือ ค้ำครองความบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐมิให้เจ้าพนักงานใช้ในทางมิชอบ และมุ่งคุ้มครองประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน โดยเป็นบทบัญญัติที่อุดช่องว่างของความผิดในบทเฉพาะของเจ้าพนักงานนั่นเอง<sup>58</sup>

<sup>54</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น. 281-287. (ภาค 2 ตอน1)

<sup>55</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 26, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554), น.228.

<sup>56</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 49 , น. 66.

<sup>57</sup> สมพร พรหมพิตร, “ปอ. ม.157,” วารสารสหภาพนายความ, 3 (ตุลาคม 2536), น. 50.

<sup>58</sup> เต๋นเดือน เชษฐสุนัน, การดำเนินคดีกับเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น. 21.

อย่างไรก็ตาม ในการบัญญัติความผิดฐานนี้ตามมาตรา 145 แห่งลักษณะกฎหมายอาญา ที่มีลักษณะเป็นมาตรากวดกอง นั้น มีผู้เห็นว่า ทำให้มีอุปสรรคอยู่ในข้อที่เป็นบทกว้างเกินไปในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด และเป็นข้อยกเว้นอย่างหนึ่งของหลักกฎหมายที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมาย ย่อมไม่มีโทษ” มาตรานี้โดยปกติแล้วนำไปใช้ได้ยาก และบางเวลาเป็นภัยแก่เสรีภาพของบุคคลมาก (น่าจะหมายบุคคลที่เป็นเจ้าพนักงาน - ผู้เขียน) การที่วางบทบัญญัติไว้เช่นนี้ ก็เท่ากับศาลเป็นผู้ชี้ว่าการนั้นผิดหรือไม่ผิด หรือมีอำนาจทำได้ไม่ใช่กฎหมายเป็นผู้กำหนดเสียแล้ว แม้ในยามปกติอาจรับได้ว่าศาลมีหน้าที่กำหนดให้เพื่อประโยชน์แก่ชุมชนก็ตาม แต่ในยามวิกาลอาจเป็นได้บ้าง เช่น ในเวลาเปลี่ยนระบอบอย่างใดอย่างหนึ่งทางการเมือง เพราะอำนาจบริหารกับอำนาจตุลาการอาจก้าวก่ายกันได้ อนึ่ง ถ้าพิจารณาทางแง่ฝ่ายนิติบัญญัติแล้วเท่ากับเป็นการสละอำนาจให้แก่อำนาจทางตุลาการ ซึ่งเป็นการขัดกับหลักแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องการให้แบ่งแยกอำนาจต่างๆ ออกจากกัน<sup>59</sup>

นอกจากนั้นยังมีผู้เห็นว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งมีลักษณะเป็นมาตรากวดกองเช่นกันนั้น ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความบังคับใช้กฎหมายนี้เป็นอย่างมาก และทำให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่า การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบมีพฤติการณ์เป็นเช่นใด และในส่วนของเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” นั้น ก็ไม่มีความชัดเจนเพียงพอต้องให้ศาลดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป ไม่สามารถกำหนดได้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดความคลุมเครือของกฎหมายในความผิดฐานนี้<sup>60</sup> ทำให้การกำหนดความผิดอาญาฐานนี้เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งเป็นเรื่องที่สับสนและไม่แน่นอนเกี่ยวกับขอบเขตในการรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงาน ซึ่งรายละเอียดในส่วนของการศึกษาความรับผิดชอบอาญาอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ จะได้กล่าวในรายละเอียดอีกครั้งในบทที่ 6

ในส่วนของของถ้อยคำของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 นั้น มีผู้เห็นว่า การที่ไปตัดถ้อยคำที่กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 145 เขียนไว้ชัดว่า ใช้กับเจ้าพนักงานที่ “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ซึ่งแสดงเจตนาพิเศษของเจ้าพนักงานอยู่ในตัวว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยนำเรื่องส่วนตัว กล่าวคือ “การคิดร้าย” เข้ามาพัวพันกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ อันมีลักษณะเป็นการกลั่นแกล้งผู้อื่น ในขณะที่คำว่า “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ได้ถูกตัดออกไปในประมวลกฎหมายอาญา ทำให้เกิดการตีความที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ง่าย มาตรา 157 ดังกล่าว เมื่อเจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจไปโดยไม่ชอบและทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายก็อาจจะมีความผิดในมาตรานี้ได้แม้มิได้

<sup>59</sup> เอช.เอ.กูตต์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 51, น. 588.

<sup>60</sup> ตูลา โชติภักดี, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 36, น. 106.

เจตนาถลันแก้ง<sup>61</sup> และมาตรา 157 นี้ อาจมีปัญหาเรื่องการบัญญัติกฎหมายที่ต้องชัดแจ้ง<sup>62</sup> หรือต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน ซึ่งมีผู้เสนอความเห็นไว้หลายราย เสนอให้ทำการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 157 นี้ให้มีความชัดเจนกว่าที่เป็นอยู่ในขณะนี้<sup>63</sup>

## (2) ความผิดที่มีลักษณะเป็นบททั่วไปตามพระราชบัญญัติอื่น

ที่กล่าวมานั้น เป็นเรื่องของความเป็นบททั่วไปของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 แต่ก็ยังมีกฎหมายอื่นที่กำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในทางอาญาในลักษณะบททั่วไปได้ด้วยได้แก่ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2502 ตามพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการสิทธิการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 123/1 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 โดยเนื้อความและองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติมีลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เพียงแต่กำหนดขอบเขตตัวผู้กระทำผิดซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทที่กฎหมายนั้นๆ มุ่งบังคับใช้แตกต่างกันออกไป แต่อย่างไรก็ตามกลุ่มของกฎหมายที่กำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้ ยังมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้อถึงกันได้อันเนื่องจากขอบเขตของความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกฎหมายแต่ละฉบับนี้มีการทับซ้อนกัน เมื่อใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐคนใดจะมีความรับผิดชอบทางอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่ในกฎหมายฉบับหนึ่ง ก็อาจจะมีมารับผิดตามกฎหมายอีกฉบับหนึ่งได้ด้วย

<sup>61</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 16, น.10-23.

<sup>62</sup> คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 27, น. 755.

<sup>63</sup> โปรตดู อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, เสนอต่อสำนักงาน ป.ป.ช., (พฤษภาคม 2555), น. 183-185., พัสนันตติเตมิท, “ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.166-168., ตุลา โชติภักดี, “การปฏิบัติหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามมาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา กับความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญา”, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 36, น. 64-70. เป็นต้น.

## 5.5 บทบัญญัติความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 กับความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 กำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในลักษณะเป็นบททั่วไป ซึ่งในองค์ประกอบความผิดนั้นมีปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนอยู่หลายส่วน มาตรานี้รวมองค์ประกอบความผิดทั้งเรื่องปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและโดยทุจริตไว้ด้วยกัน ในส่วนขององค์ประกอบความผิดในเรื่องทุจริตนั้นไม่ค่อยมีปัญหาอะไร แต่ในส่วนขององค์ประกอบความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบจะมีปัญหามากกว่า นอกจากนั้น ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดทั้งสองรวมกัน ก็จะเป็นเรื่องขององค์ประกอบในส่วนผู้กระทำ คือ ความเป็นเจ้าพนักงาน ว่ามิชอบเขตอย่างไรบ้าง ซึ่งในอดีตมีปัญหาค่อนข้างมากแต่ปัจจุบันได้มีการบัญญัตินิยามความเป็นเจ้าพนักงานไว้แล้ว ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16) ปัญหาในส่วนนี้จึงลดลง แต่ก็ยังมีปัญหาอีกว่าเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการในลักษณะ 3 หมวด 2 ว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ถือเป็นเจ้าพนักงานทางปกครอง ในลักษณะ 3 หมวด 2 ว่าด้วยความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการด้วยหรือไม่ ปัญหาต่อไปคือความชัดเจนแน่นอนในส่วนองค์ประกอบในส่วนการกระทำ คือการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หมายถึงการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องอะไรหรือด้านไหนที่อยู่ความควบคุมของความผิดในมาตรานี้ เพราะปัจจุบันนี้ก็ยังมีปัญหากันว่า ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ในลักษณะ 3 หมวด 2 โดยเฉพาะมาตรา 157 ซึ่งเป็นบททั่วไป ใช้เฉพาะกับการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการกระทำทางปกครองอย่างเดียว หรือรวมการกระทำทางรัฐบาล และการกระทำทางตุลาการด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบภายนอกทั้งสองส่วนนั้น ไม่ค่อยเกี่ยวข้องกับขอบเขตในการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ที่มุ่งไปที่การค้นหาคำความรับผิดของการใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ที่เจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ อันเป็นการมุ่งเน้นศึกษาไปที่องค์ประกอบภายใน โดยเฉพาะในส่วนของเจตนาพิเศษของเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจว่า มีมูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบอย่างไร ที่ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเจตนากระทำผิดทางอาญา และองค์ประกอบความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ มีปัญหาสำคัญอยู่ในส่วนของถ้อยคำที่ว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ซึ่งประกอบไปด้วยเจตนาพิเศษคำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหาย...” และคำว่า “ผู้หนึ่งผู้ใด” ซึ่งเป็นผู้เสียหายในคดี ซึ่งทั้งสองส่วนมีความเกี่ยวเนื่องกัน แต่ปัจจุบันแนวทางการกำหนดความรับผิดทางอาญาของศาลในกรณีนี้ มีการขยายขอบเขตออกไปมาก จึงขอแยกศึกษาปัญหาของบทบัญญัติทั้งสองกรณีนี้ ดังนี้



### 5.5.1 ความไม่ชัดเจนแน่นอนในส่วนเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด”

เดิมทีก่อนบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา เมื่อปี 2500 นั้น ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ในมาตรา 145 ได้บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานคนใดคิดร้ายต่อผู้อื่น แลมันกระทำการอันมิควรกระทำ หรือละเว้นการอันมิควรเว้นในตำแหน่งหน้าที่ของมัน โดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่เขาไซ้ร้ ท่านว่ามันมีความผิด ถ้าแลความผิดของมันที่กระทำนั้น ไม่ต้องด้วยกฎหมายบทอื่น ท่านให้ลงโทษจำคุกมันไม่เกินกว่าสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าสองพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

บทบัญญัตินี้กล่าวถึงแต่ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยคิดร้ายกับผู้อื่นเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ด้วย คำว่า “คิดร้ายต่อผู้อื่น” และ “โดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่เขา” ในมาตรา 145 ดังกล่าว มีลักษณะเป็นมูลเหตุชักจูงใจพิเศษ แสดงให้เห็นชัดเจนถึงเจตนาชั่วร้ายอันมีอยู่ในใจของเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดแล้ว แต่ถ้อยคำทั้งสองส่วนนี้ได้ถูกตัดออกไปในประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน บางคดีศาลฎีกาจึงไม่ได้วินิจฉัยตรงๆ ว่าเป็นการคิดร้ายต่อผู้อื่นจึงเป็นความผิด<sup>64</sup> เพราะบุคคลอื่นเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าแม้ถ้อยคำในส่วนเจตนาพิเศษของบทบัญญัติทั้งสองจะแตกต่างกันในถ้อยคำ แต่ความหมายโดยรวมย่อมไปในทิศทางเดียวกันคือ มีเจตนามุ่งหมายโดยตรงเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดได้รับความ

<sup>64</sup> ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 409, 410/2509. (“คดีนี้ จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าพนักงานตำแหน่งครูใหญ่ มีหน้าที่ออกใบสุทธิให้แก่นักเรียนที่ออกไปจากโรงเรียนตามระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ ได้ออกใบสุทธิโดยจุดเปลี่ยนแปลงข้อความไม่ตรงต่อความจริงและผิดระเบียบเพื่อให้พลทหารทั้งสองคนนำไปแสดงต่อผู้บังคับบัญชาในการขอบำเหน็จความชอบ แม้ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต แต่ศาลถือว่าจำเลยที่ 1 ทำผิดหน้าที่จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่ราชการทหาร เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 162 (3)” แต่การที่ศาลไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นการคิดร้ายหรือกลั่นแกล้งนั้น เพราะปรากฏว่าคดีนี้ศาลฎีกาตีความผู้เสียหายจากการกระทำของจำเลยคือราชการทหาร (หรือรัฐ) หาใช่ตัวของพลทหารทั้งสองคน หรือบุคคลผู้หนึ่งผู้ใดไม่ – ซึ่งปัญหาความเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ ก็เป็นอีกปัญหาหนึ่งที่จะต้องวิเคราะห์ต่อไป เพราะเป็นเหตุให้การตีความเจตนาพิเศษในส่วนนี้ขยายขอบเขตไปเรื่อยๆ)

เสียหายจากการกระทำของตนเอง ซึ่งต้องถือว่ามีเจตนาร้ายอยู่ในตัวเองระดับหนึ่ง เพียงแต่ถ้อยคำดูมีน้ำหนักแห่งความชั่วร้ายน้อยลง แต่ถ้าเจ้าพนักงานไม่เจตนาถั่นแถ้ง ก็ไม่เป็นความผิด เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 3295/2543 จำเลยเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 ก.) ได้ลงลายมือชื่อออก น.ส.3 ก. ระบุชื่อ ต. เป็นผู้มีส่วนถือครอบครองตามเรื่องราวอันเป็นเท็จ และมีเอกสารปลอมที่ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องนำเสนอ โดยจำเลยไม่ได้ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงตามอำนาจหน้าที่ อันเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเท่านั้น ไม่ปรากฏว่าจำเลยมีเจตนาพิเศษละเว้นไม่ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเอกสารดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเสียหาย แก่กรมที่ดิน ต. หรือผู้หนึ่งผู้ใด จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

คำพิพากษาฎีกาที่ 1096/2513 โจทก์เป็นพระภิกษุในวัดที่จำเลยเป็นเจ้าของ อาวาส โจทก์ถูกกล่าวหาว่าได้เสพเมถุนธรรมกับหญิง จำเลยได้ตั้งกรรมการทำการสอบสวนโดยจำเลยเป็นประธานกรรมการ แม้ในการสอบสวนจำเลยจะทำการสอบสวนผู้กล่าวหาซึ่งเป็นพระภิกษุสามเณรพร้อม ๆ กัน ลับหลังโจทก์ โดยอนุญาตให้พระภิกษุบางองค์ตอบแทนกัน และไม่เรียกพยานของโจทก์มาทำการสอบสวน อันเป็นการไม่ต้องด้วยพระธรรมวินัย ระเบียบบังคับ และกฎของมหาเถรสมาคม และในที่สุดจำเลยได้มีคำสั่งให้โจทก์ออกจากวัดโดยที่การสอบสวนไม่ได้ความชัดว่าโจทก์ได้กระทำความผิดตามที่ผู้กล่าวหาทำตาม การกระทำของจำเลยก็เป็นเรื่องผิดระเบียบการสอบสวนเท่านั้น และการที่จำเลยมีคำสั่งให้โจทก์ออกจากวัด โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ก็เพื่อให้มีความสงบสุขในวัด มิใช่จำเลยถั่นแถ้งโจทก์ จำเลยย่อมไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

คำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” เป็นมูลเหตุชักจูงใจไม่ใช่ผลของการกระทำ ดังนั้น แม้ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้น แต่เจ้าพนักงานมุ่งประสงค์จะให้ความเสียหายเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว<sup>65</sup> ความเสียหายนี้ไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายทาง

---

<sup>65</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2536) น. 235.

ทรัพย์สิน แต่หมายความว่าถึงความเสียหายทุกทาง<sup>66</sup> เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง ความเสียหายจากการไม่ได้เลื่อนตำแหน่ง<sup>67</sup> ความเสียหายต่อเสรีภาพ<sup>68</sup> หรือความเสียหายจากการขาดโอกาส<sup>69</sup> เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่า ในการกระทำผิดฐานนี้ หากในส่วนแรก คือการมีเจตนาธรรมดา (เจตนาปกติ) ในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เจ้าพนักงานผู้กระทำอาจกระทำไปโดยมีเจตนาย่อมเล็งเห็นผลว่า การกระทำของตนเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ ซึ่งอาจมีมูลเหตุจูงใจได้หลายทางทั้งทางดีและทางร้าย แต่ในส่วนของเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” จะอาศัยเจตนาพิเศษในระดับเจตนาย่อมเล็งเห็นผลต่อเนื่องไปด้วยได้หรือไม่ มีนักกฎหมายเห็นว่า เจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ต้องมีลักษณะทำให้เกิดผลโดยตรง (หรือเจตนาประสงค์ต่อผล) เท่านั้น เพียงแต่เล็งเห็นว่าจะเกิดความเสียหายยังไม่เพียงพอที่จะถือว่ามูลเหตุจูงใจเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด<sup>70</sup> เพราะผู้กระทำต้องมุ่งประสงค์ต่อข้อเท็จจริง อันเป็นผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะเกิดขึ้นเพราะการกระทำนั้น คือการกระทำผิดเพื่ออะไร แต่ทั้งนี้ ไม่จำเป็นต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริงก็ได้ เพียงแต่เพื่อให้เกิดความเสียหายก็เข้าองค์ประกอบ

<sup>66</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ , น. 66.

<sup>67</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 533/2540 และ คณิต ณ นคร, ข้อกฎหมายในคดีนายกอนันท์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น. 124.

<sup>68</sup> คำพิพากษาที่ 2577/2534 จำเลยเป็นตำรวจมีหน้าที่อำนวยความสะดวกให้ผู้มาติดต่อการทวงเหนี่ยวให้การประกันตัวโจทก์เป็นไปอย่างเชื่องช้า ขลุกขลักลำบาก ไม่สะดวกเท่าที่ควร ย่อมเห็นได้ว่าจำเลยได้กระทำไปเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ผู้ถูกคุมขัง.

<sup>69</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2418/2526 นายกเทศมนตรีและปลัดเทศบาลซึ่งเป็นเจ้าพนักงานได้ร่วมกันออกประกาศเพิ่มเติมคุณสมบัติของผู้สมัครสอบแข่งขันภายหลังครบกำหนดเวลารับสมัคร เพื่อแสดงว่า ส. มีคุณสมบัติตามประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นพนักงานครูเทศบาล ซึ่งตามประกาศเดิมแล้ว ส. มีวุฒิไม่ตรงตามที่ทางราชการกำหนด เมื่อสอบได้และได้รับการบรรจุแต่งตั้งแล้ว ย่อมทำให้ผู้ที่สอบได้อื่น แต่ยังไม่ได้รับการบรรจุได้รับความเสียหาย การกระทำของเจ้าพนักงานดังกล่าวจึงมีความผิดตามมาตรา 157.

<sup>70</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, “ความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 , วารสารวิชาการ ป.ป.ช., ปีที่ 6, ฉบับที่ 1 (มกราคม 2556), น. 164.

ของความผิดนี้แล้ว<sup>71</sup> ซึ่งเป็นแนวคิดที่ตรงกันทั้งในระบบกฎหมายแองโกลอเมริกัน และระบบประมวลกฎหมาย<sup>72</sup> และที่ผ่านมาศาลฎีกาของไทยก็ยืนยันในหลักนี้มาโดยตลอด<sup>73</sup> ผู้เขียนเห็นด้วยในประเด็นนี้

ผู้เขียนเห็นว่า เจตนาธรรมดาในส่วนของ การ (ใช้ดุลพินิจ) ปฏิบัติหรือละเว้นการหน้าที่โดยมิชอบ กับเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” เป็นเจตนาที่แยกออกจากกันได้ และมีขอบเขตที่แตกต่างกัน เพราะการมีเจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เจ้าพนักงานผู้กระทำอาจมิได้มีเจตนาร้าย เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดก็ได้ แต่อาจเป็นการใช้ดุลพินิจกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไปโดยมีเจตนาเพื่อหลีกเลี่ยงภาระงานที่อาจจะมากเกินไป หรือเป็นการใช้ดุลพินิจในลักษณะช่วยเหลือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อแลกกับการรับสินบนอันเป็นการทุจริตด้วยก็ได้ ซึ่งอย่างหลังนั้นเจ้าพนักงานย่อมมีความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ไม่ว่าจะการใช้ดุลพินิจนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ปัจจุบันศาลยังตีความขยายความคำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ไปถึงกรณีที่เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยไม่นำพาวว่าจะเกิดความเสียหายอย่างไรหรือไม่ด้วย เช่น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7776/2540 ที่วินิจฉัยว่า ...จำเลยทั้งสี่ซึ่งเป็นคณะกรรมการตรวจการจ้างทำหลักฐานใบตรวจรับงานจ้างเสนอประธานกรรมการสุขาภิบาลว่าผู้รับจ้างได้ก่อสร้างถนนลาดยางแบบ 2 ชั้น เสร็จเรียบร้อยและถูกต้องตามสัญญาแล้ว เห็นควรเบิกจ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ทั้ง ๆ ที่จำเลยทั้งสี่ไม่ได้ตรวจสอบการทำงานของผู้รับจ้าง จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายอันเป็นการผิดระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2528 แม้ว่าการตรวจการก่อสร้างถนนลาดยางจะต้องอาศัยผู้มีความรู้เป็นพิเศษเนื่องจากมองดูด้วยตาจะไม่สามารถรู้ได้ว่าการลาดยาง 1 ชั้น หรือ 2 ชั้น แต่ถ้าจำเลยทั้งสี่ออกไปควบคุมดูแลและเอาใจใส่ในการตรวจสอบตามขั้นตอน ก็ย่อมสามารถให้ผู้รับจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาและแบบแปลนได้ การที่ปล่อยให้ผู้รับจ้างก่อสร้างถนนโดยลาดยางเพียงชั้นเดียว เป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เป็นเหตุให้สุขาภิบาลอนุมัติให้จ่ายค่าจ้าง

<sup>71</sup> ตุลา โขติภักดี, อ่างแล้ว เจริญธรรม, น. 44. และดู พัศสน ตันติเตมิท, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 36, น. 32.

<sup>72</sup> ประธาน จุฬาราชมนตรี, “ทันโลกกฎหมายอาญา : การให้ความสำคัญกับเจตนาพิเศษในการพิสูจน์ความรับผิดทางอาญา”, วารสารอัยการ, ปีที่ 23, เล่มที่ 255, (เมษายน-มิถุนายน 2553), น. 113-119.

<sup>73</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1240/2504, 775/2548, 638/2523, 3295/2543, 7663/2543.

แก่ผู้รับจ้างไปมากกว่าปริมาณของงานที่ได้รับ จำเลยทั้งสองจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157”

คำพิพากษานี้ ลดระดับความร้ายแรงของเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” เหลือลงเพียงแค่การไม่นำพา ไม่ใส่ใจในการปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบกฎหมาย เพราะเหตุว่าผู้ที่เสียหายคือ “สุขาภิบาล” ไม่ใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ทั้งที่กรณีนี้เจ้าพนักงานผู้เป็นจำเลยน่าจะมีเพียงความรับผิดชอบทางวินัย และทางแพ่งเป็นการส่วนตัว เพราะการไม่นำพา ไม่ใส่ใจในการปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบกฎหมาย จนทำให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรงนั้น เป็นความผิดวินัยร้ายแรง และเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งต้องรับผิดฐานละเมิดทางแพ่งเป็นการส่วนตัวเท่านั้น กรณีนี้ หากศาลฟังว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ไปโดยเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้แก่ตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ อันเป็นกรณีทุจริต ศาลก็ควรเลือกที่จะใช้ฐานความผิดที่ถูกต้องไปได้เลย แต่ในกรณีนี้ศาลขยายความในส่วนเจตนาพิเศษของเจตนาพิเศษ จนคลาดเคลื่อนไปมาก

#### 5.5.2 ความไม่ชัดเจนแน่นอนในส่วนของผู้เสียหาย” ในคดี

ปัญหาการตีความคำว่า “ผู้หนึ่งผู้ใด” ก็เป็นอีกส่วนหนึ่งที่มีการขยายออกไปมาก และมีผลกระทบต่อระดับความร้ายแรงในส่วนของเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหาย...” ด้วย กล่าวคือ มีผู้เห็นว่าถ้อยคำที่ว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” คำว่า “ผู้หนึ่งผู้ใด” จะมีความหมายถึง “รัฐ” ได้หรือไม่ หากพิจารณาแล้วจะพบว่ามีการใช้ถ้อยคำ 4 ลักษณะที่สื่อถึงตัวผู้ถูกกระทำในประมวลกฎหมายอาญา คือ “ผู้อื่น” (เช่น ฐานฆ่าผู้อื่น มาตรา 288) “ผู้หนึ่งผู้ใด” (มาตรา 157 นี้) “ประชาชน”(ฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน มาตรา 137) และ “รัฐ” (มาตรา 151) จะเห็นได้ว่า หากรัฐต้องการจะสื่อถึงรัฐ กฎหมายน่าจะใช้คำว่า “ประชาชน” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 137 ที่บัญญัติว่า “ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย” หรือใช้คำว่า “รัฐ” โดยตรงดังเช่นในมาตรา 151 ที่บัญญัติว่า “อันเป็นการเสียหายแก่รัฐ” เมื่อกฎหมายกล่าวถึง “ผู้อื่น” หรือ “ผู้หนึ่งผู้ใด” จึงน่าจะต้องตีความว่า คือ “บุคคล” ที่ไม่ใช่ “รัฐ” ตัวอย่างเช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 การวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเป็นความผิด แต่การวางเพลิงเผาป่าสงวน ป่าเป็นของรัฐ ไม่ใช่ของผู้อื่น รวมทั้งสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ผู้วางเพลิงจึงไม่เป็นความผิดฐานนี้ เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตรา 218 หรือทรัพย์ที่หน่วยงานเป็นเจ้าของอย่างเอกชน<sup>74</sup> เป็นต้น ดังนั้น การ

<sup>74</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55, น. 348.

ปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่แล้วทำให้รัฐเสียหายไม่น่าจะเป็นความผิดตามมาตรา 157<sup>75</sup> ซึ่งเดิมคำพิพากษาศาลฎีกาก็เดินตามแนวนี้มาโดยตลอด เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 638/2523 จำเลยเป็นเจ้าพนักงานตำรวจได้ร่วมกับพวกช่วยพาคนต่างด้าวสัญชาติลาวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร โดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 ไปเสียจากที่ควบคุมเพื่อมิให้ต้องถูกส่งตัวกลับไปยังประเทศลาวตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่โดยจำเลยกับพวกนำรถยนต์มารับคนลาวดังกล่าวไป จำเลยเห็นแต่ละเลยไม่จับกุมตั้งนี้ จำเลยย่อมมีความผิดตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2493 มาตรา 58 แต่ยังไม่ได้ว่าจำเลยปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

แต่มีบางท่านเห็นว่า เจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” นั้นหมายความว่า หากการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานโดยมิชอบ เป็นการกระทำต่อเอกชนผู้หนึ่งผู้ใด และเป็นการกระทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหายโดยตรง เอกชนผู้นั้นย่อมเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ได้<sup>76</sup> อาจเสียหายแก่ทางราชการก็ได้ ไม่ต้องคิดร้ายต่อเอกชนผู้หนึ่งผู้ใดดังกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 145 เดิม<sup>77</sup> กรณีที่ความเสียหายเกิดกับทางราชการนั้น หมายถึงส่วนราชการซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายแทน “รัฐ” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้อง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 265/2543 วินิจฉัยว่า “จำเลยได้รับแต่งตั้งจากอธิบดีกรมตำรวจให้เป็นการตรวจตรวจสอบและรวมคะแนน ได้แก่ไขคะแนนสอบในเครื่องคอมพิวเตอร์พิมพ์คะแนนลงในกระดาษและบันทึกคะแนนลงเทปบันทึกข้อมูลซึ่งเป็นเอกสารราชการ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่กรมตำรวจ กรรมการตรวจสอบและผู้เข้าสอบด้วย”

หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2547 วินิจฉัยว่า ขณะจำเลยปฏิบัติหน้าที่ตรวจคนโดยสารขาออกนอกราชอาณาจักร จ.คนต่างด้าว ซึ่งเป็นคนโดยสารขาออกถือหนังสือเดินทางมาให้จำเลย

<sup>75</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, เสนอต่อสำนักงาน ป.ป.ช., (พฤษภาคม 2555), น. 162.

<sup>76</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, น. 258.

<sup>77</sup> เฟิงอ้าง, น.271.

ตรวจเพื่อเดินทางออกนอกราชอาณาจักร เมื่อจำเลยตรวจพบว่า จ. มีเพียงหนังสือเดินทางโดยไม่มีตราประทับขาเข้า ก็ไม่มีเอกสารการเดินทางครบถ้วน แต่จำเลยไม่ได้ยึดหนังสือเดินทางและควบคุม จ. ไว้ เพื่อให้นายตำรวจสัญญาบัตรมารับตัวไปดำเนินคดีตามระเบียบปฏิบัติ กลับปล่อยให้ จ. ผ่านช่องตรวจของจำเลยเพื่อเดินทางออกนอกราชอาณาจักรได้ จำเลยจึงมีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง กรมตำรวจ

ผู้เขียนมีข้อสังเกต กรณีความเห็นของผู้ที่เห็นว่า เจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ความเป็นผู้เสียหาย “ผู้หนึ่งผู้ใด” หมายรวมถึงราชการหรือรัฐด้วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเกินไปจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างตั้งที่กล่าวไว้แล้วว่า มาตรา 157 มีที่มาจาก มาตรา 145 ของกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งถ้อยคำในส่วนเจตนาพิเศษในความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้น ใช้คำว่า “คิดร้ายต่อผู้อื่น” และ “โดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่เขา” คำว่า “ผู้อื่น” และ “..แก่เขา” ความหมายจึงตรงตัวว่าผู้เสียหายหมายถึงเอกชนผู้หนึ่งผู้ใด จึงไม่ควรจะหมายถึงราชการหรือรัฐด้วย นอกจากนั้น หากตีความว่าผู้เสียหายหมายถึงราชการหรือรัฐด้วย ก็ยังมีปัญหาอีกว่า การตีความคำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหาย...” นั้น ย่อมต้องมีความหมายชัดเจนในตัวว่า มีเจตนาเพื่อประสงค์ร้ายต่อหน่วยงานหรือรัฐโดยตรง ซึ่งหากมีจริงก็คงเป็นกรณีของการกระทำที่มุ่งร้ายต่อชาติ เช่น การก่อการร้าย การก่อกบฏ การจารกรรมความลับของชาติ เป็นต้น เท่านั้น ที่จะเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานหรือรัฐได้ ซึ่งหากศาลไม่ตีความเกินไปจากตัวบทและเจตนารมณ์ของกฎหมาย การกระทำในลักษณะที่ไม่มีเจตนาคิดร้ายหรือประสงค์ร้ายต่อเอกชนผู้หนึ่งผู้ใด จะไม่มีทางเป็นความผิดตาม มาตรา 157 ได้เลย เพราะการกระทำหรือการใช้ดุลพินิจกระทำการที่เพียงแต่ไม่ใส่ใจปฏิบัติตามระเบียบกฎหมาย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเกิดความเสียหายแก่ทางราชการหรือรัฐ มีความรับผิดทางกฎหมายอย่างอื่นไว้รองรับการกระทำของเจ้าพนักงานในลักษณะนี้อยู่แล้ว แต่ปัจจุบันศาลกลับขยายความให้ราชการ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้เสียหายได้ด้วย เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2754/2536 ผู้เสียหายแจ้งให้จำเลยซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตำรวจจับกุม ส. เมื่อจำเลยจับตัว ส. ได้แล้วจำเลยมีหน้าที่ต้องรับนำตัว ส. ส่งพนักงานสอบสวนทันทีโดยไม่ชักช้า การที่จำเลยยอมให้ ส. แวะพบญาติแล้วเป็นเหตุให้ ส. หลบหนีไปในระหว่างควบคุมตัวส่งพนักงานสอบสวน ถือว่าจำเลยเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายและกรมตำรวจ

คำพิพากษาฎีกาที่ 117/2547 เจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมืองตรวจพบว่ามีการทำผิดกฎหมาย (มีหนังสือเดินทางไม่ครบถ้วน) แต่ไม่ดำเนินการตามระเบียบกลับปล่อยตัวไป เป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

ข้อสังเกต : การที่เจ้าพนักงานยินยอมให้ผู้ต้องหาได้พบญาติ แล้วผู้ต้องหากลับหลบหนีไปได้หรือการที่เจ้าพนักงานปล่อยตัวคนต่างด้าวเข้าเมืองไป โดยไม่ดำเนินการตามระเบียบแล้วปล่อยตัวไป อาจเป็นการกระทำโดยมิชอบเกิดความเสียหายแก่ทางราชการก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยมีเจตนาร้ายเพื่อให้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้รับความเสียหายโดยตรงอย่างไร ซึ่งเรื่องนี้ควรจะเป็นความรับผิดชอบวินัยมากกว่า

สำหรับในบทนี้ผู้เขียนได้ศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในบางเรื่อง และได้กล่าวถึงปัญหาที่ค้นพบเบื้องต้นในหลักกฎหมายอาญาความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของประเทศไทย แต่ละเรื่องไว้บ้างพอสมควร เพื่อเป็นฐานในการศึกษาลงรายละเอียดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา อันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในบทต่อไป



## บทที่ 6

### ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย

ในการใช้อำนาจทำนิติกรรมทางปกครองนั้น กฎหมายอาจให้มอบให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจได้ใน 2 ลักษณะ คือ อำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจ ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในสองกรณีนี้ ลักษณะของความรับผิดจากทางอาญาการใช้อำนาจทั้งสองจะต่างกันอย่างไร ซึ่งจะได้กล่าวถึงส่วนนี้เป็นเบื้องต้น นอกจากนี้ โดยปกติโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดที่สมบูรณ์ จะประกอบด้วยองค์ประกอบความรับผิดทางอาญา ซึ่งเราอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนองค์ประกอบความผิด และส่วนผลของกฎหมายหรือระวางโทษ ในส่วนขององค์ประกอบความผิดนั้น สามารถแยกออกได้เป็นองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน ซึ่งองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำการกระทำ และกรรมของการกระทำ ส่วนองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา และเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจ (ถ้ามี) เนื่องจากบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิด แม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา<sup>1</sup> ในการพิจารณาองค์ประกอบความผิดทางอาญานั้น เป็นเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ จึงต้องพิจารณาในส่วนองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในไปตามลำดับ

แต่อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษาปัญหาที่อยู่ในส่วนของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบชนิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ ซึ่งเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบภายในของผู้กระทำเป็นหลัก เพราะเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากในการที่จะค้นหาคำตอบว่า มูลเหตุจูงใจ (le but, motive) และความประสงค์ในใจ (le mobile) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งใช้อำนาจดุลพินิจในการออกนิติกรรมทางปกครอง มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับลักษณะของเจตนาในทางอาญา (criminal intent) ในองค์ประกอบภายในของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกฎหมายอาญาอย่างไร เรามีวิธีที่จะค้นหาเจตนากระทำผิดทางอาญาจากมูลเหตุจูงใจและความประสงค์ในใจของผู้ใช้อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองอย่างไร และปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายอาญาคือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ใน

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคหนึ่ง.

ปัจจุบัน มีปัญหาต่อการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอย่างไรบ้าง อันเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับองค์ประกอบภายในของกฎหมายอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่เป็นสำคัญ ส่วนปัญหาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบมีอะไรบ้าง และมีการควบคุมตรวจสอบอย่างไรได้กล่าวมาบ้างแล้วในบทที่ 3 ไม่ได้นำมากล่าวอีกในบทนี้ เพราะเป็นเพียงเหตุในทางภาวะวิสัย หรือองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาเท่านั้น ประกอบกับส่วนใหญ่เป็นเรื่องในทางปกครองที่ศาลปกครองจะทำหน้าที่ทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ เพื่อแก้ไขเยียวยาตัวการกระทำหรือผลเสียหายจากการกระทำอยู่แล้ว

## 6.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในระบบกฎหมายอาญาของไทยที่เกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ได้มีการบัญญัติฐานความผิดที่มีองค์ประกอบความผิดระบุลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ไว้เป็นการเจาะจง แต่ความผิดบางฐานไม่ได้ระบุลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ไว้ชัดเจน หรือระบุไว้แต่เพียงกว้างๆ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการตีความ ในทางปฏิบัติจึงยังเกิดปัญหาว่าการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่แต่ละอย่างมีลักษณะอย่างไร มีโอกาสที่จะเกิดความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ได้อย่างไร โดยหากเราจะศึกษาความรับผิดชอบทางอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่การใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เราอาจแบ่งความรับผิดชอบทางอาญาตามลักษณะการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในบรรดาความต่อตำแหน่งหน้าที่ทั้งหลายออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดชอบทางอาญาจากการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่ไม่มีมีการใช้อำนาจตามกฎหมาย และความรับผิดชอบทางอาญาจากการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่มีการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เมื่อการปฏิบัติหน้าที่ทั่วๆ ไปมิได้มีการใช้อำนาจตามกฎหมาย ไม่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ จึงขอไม่นำมากล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์นี้

ความรับผิดชอบทางอาญาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ตามลักษณะของการใช้อำนาจหน้าที่ ดังนี้

### 6.1.1 ความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจผูกพันในการทำนิติกรรมทางปกครอง

การใช้อำนาจผูกพันของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น หมายความว่า ในกรณีใดที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้ว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้นครบถ้วนตามองค์ประกอบของกฎหมายแล้ว กฎหมายไม่ได้ให้อิสระแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจที่จะเลือกใช้หรือไม่

ใช้อำนาจได้ แต่ต้องตัดสินใจใช้อำนาจ และกระทำการหรือไม่กระทำการให้เป็นไปตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น<sup>2</sup> เมื่ออำนาจผูกพันคือ หน้าที่ (Duty) การที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายไว้เพียงประการเดียว องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายที่มีหน้าที่ในเรื่องดังกล่าว ก็จะต้องตัดสินใจดำเนินตามผลทางกฎหมายที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เพียงประการเดียวเท่านั้น จึงจะชอบด้วยกฎหมาย

อำนาจผูกพันนั้นมีลักษณะเป็นหน้าที่ (Duty) ที่ต้องปฏิบัติ การใช้อำนาจผูกพันที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ได้ ย่อมหมายถึงการใช้อำนาจผูกพันโดยมิชอบ หรือเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่ผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแน่นอนตายตัว ในการปฏิบัติหน้าที่บางกรณีหากมีข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจเกิดขึ้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจ ในลักษณะผูกพันให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องใช้อำนาจ อย่างไรก็ดีเพียงอย่างเดียว หรือในการใช้อำนาจใดต้องใช้อำนาจเพียงทางเดียวไม่มีทางเลือกอย่างอื่น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ยอมใช้อำนาจดังกล่าว ย่อมเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และกรณีดังกล่าวหากเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจอย่างอื่น ย่อมเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจ หรือหากไปใช้อำนาจดุลพินิจทั้งที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติอำนาจดุลพินิจให้ ย่อมเป็นการใช้อำนาจผูกพันหรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตัวอย่างเช่น

มาตรา 162 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ทำเอกสาร รับเอกสารหรือกรอกข้อความลงในเอกสาร กระทำการดังต่อไปนี้ในการปฏิบัติการตามหน้าที่

(1) รับรองเป็นหลักฐานว่า ตนได้กระทำการอย่างใดขึ้น หรือว่ากระทำการใดได้กระทำต่อหน้าตนอันเป็นความเท็จ

(2) รับรองเป็นหลักฐานว่า ได้มีการแจ้งซึ่งข้อความอันมิได้มีการแจ้ง

(3) ละเว้นไม่จดข้อความซึ่งตนมีหน้าที่ต้องรับจด หรือจดเปลี่ยนแปลงข้อความเช่นนั้น หรือ

(4) รับรองเป็นหลักฐานซึ่งข้อเท็จจริงอันเอกสารนั้น มุ่งพิสูจน์ความจริงอันเป็นความเท็จ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท”

---

<sup>2</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ”, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง หน่วยที่ 9, , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2555), น. 18.

บทมาตรานี้กำหนดความผิดกรณีผู้ที่ป็นเจ้าพนักงานซึ่งมีหน้าที่ทำเอกสาร รับเอกสาร หรือกรอกข้อความลงในเอกสาร ขณะปฏิบัติหน้าที่จดข้อความหรือรับรองเป็นหลักฐานตามหน้าที่ ซึ่งหน้าที่ในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจผูกพัน คือต้องรับรองเหตุการณ์ หรือข้อเท็จจริงใดตามหน้าที่ ให้เป็นไปตามความเป็นจริง ไม่อาจมีดุลพินิจเลือกที่จะรับรองหรือไม่รับรอง หรือจดข้อความปรุงแต่งไปเป็นอย่างอื่นได้ การรับรองข้อความอันเป็นเท็จหรือละเว้นไม่จดข้อความตามหน้าที่หรือจดเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น ย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจผูกพันโดยมิชอบ หรือโดยไม่มีอำนาจ

ตัวอย่างของคำพิพากษาที่วินิจฉัยความรับผิดจากการใช้อำนาจผูกพันในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบ เพราะเหตุที่กฎหมายได้ระบุเงื่อนไขข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุว่าให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องอะไรบ้าง ซึ่งเป็นกรณีที่บทบัญญัติที่ให้อำนาจมีความชัดเจนแน่นอน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่มีอำนาจดุลพินิจ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไปใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองนอกเหนือไปจากที่กฎหมายอนุญาต จึงเป็นการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจอย่างหนึ่ง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ อม.1/2548 วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 5 และมาตรา 107 เพียงแต่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่จะออกระเบียบหรือประกาศที่จะใช้บังคับแก่ข้าราชการและลูกจ้างของสำนักงาน ป.ป.ช. เช่น ระเบียบเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการหรือเบี้ยประชุมของบุคคลเหล่านี้เท่านั้น จำเลยทั้งเก้าซึ่งเป็นกรรมการ ป.ป.ช. ร่วมกันใช้อำนาจตามมาตราทั้งสองออกระเบียบให้จ่ายค่าตอบแทนการปฏิบัติหน้าที่เป็นรายเดือนแบบเหมาจ่ายที่มีลักษณะเป็นเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งให้แก่ตนเอง จึงเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจ การกระทำของจำเลยทั้งเก้าเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157”

#### 6.1.2 ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง

ในกรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ นั้น ในกรณีใดที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไว้ ด้วยถ้อยคำอันมีลักษณะที่ไม่แน่นอนตายตัวหรือไม่เจาะจงประเภทที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญทางเทคนิคหรือวิชาการในการประเมินคุณค่าบางอย่างบางประการ (normative concept) อันถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีดุลพินิจในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจวินิจฉัย หรือในกรณีเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบถ้วนตาม

องค์ประกอบของกฎหมายซึ่งเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจแล้ว กฎหมายอาจให้อิสระแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีอำนาจที่จะเลือกที่จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจได้ หรืออาจให้อิสระในการเลือกตัดสินใจใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ทางเลือกหรือขอบเขตของการใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ ซึ่งเป็นดุลพินิจในขั้นตอนผลทางกฎหมาย หรือดุลพินิจตัดสินใจ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายที่มีหน้าที่ในเรื่องดังกล่าว ก็จะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัย หรือดุลพินิจตัดสินใจดำเนินไปตามขอบเขตและวัตถุประสงค์ที่กำหนด จึงจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายนั้นๆ

ในการควบคุมตรวจสอบเพื่อพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญากรณีการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจ และการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจผูกพันซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีดุลพินิจ ไม่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการควบคุมตรวจสอบนัก การควบคุมตรวจสอบการกระทำทั้งสองลักษณะนี้สามารถตรวจสอบได้โดยใช้เกณฑ์ในทางภาวะวิสัย ก็สามารถพิสูจน์ได้ถึงการทำอันมิชอบด้วยหน้าที่ แต่ในกรณีของการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจในทางอาญา อาจมีความยุ่งยากในการพิสูจน์ถึงความผิดพลาดของการใช้ดุลพินิจ เพราะการใช้ดุลพินิจในบางกรณีไม่อาจหลีกเลี่ยงอัตวิสัยของผู้ใช้ดุลพินิจได้ ขณะเดียวกันศาลในคดีอาญาที่ทำหน้าที่ตรวจสอบดุลพินิจ ก็อาจใช้อัตวิสัยของตนเข้ามาแทนที่อัตวิสัยของผู้ใช้ดุลพินิจเพื่อวินิจฉัยว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีความผิดพลาดอย่างไร และการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดนั้นได้กระทำโดยมีเจตนาที่จะฝ่าฝืนบทกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษหรือไม่อย่างไร ซึ่งต้องเป็นการควบคุมตรวจสอบทั้งในส่วนของเหตุผลหรือความประสงค์ในใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่นำไปสู่การใช้อำนาจดุลพินิจ และเจตนาในการกระทำผิดอาญา ทำให้เห็นว่าเหตุผลหรือความประสงค์ในใจในการใช้อำนาจดุลพินิจและเจตนากระทำผิดสามารถพิจารณาแยกออกจากกันได้

การแยกพิจารณาเจตนาออกจากมูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจนั้น จะทำให้เราเห็นถึงความแตกต่างของสองสิ่งนี้ได้ดียิ่งขึ้น เพราะในกรณีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดที่ไม่ได้มีเจตนากระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดทางอาญา หรือไม่ได้มีเจตนาที่มีลักษณะชั่วร้าย (mens rea or vicious will) อันเป็นองค์ประกอบภายในของกฎหมายอาญา เช่น กรณีดุลพินิจวินิจฉัยที่ศาลเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงผิดพลาด ไม่ว่าจะเกิดจากเข้าใจข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายคลาดเคลื่อน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในทางมหาชนตามกฎหมายอื่นมากกว่ากฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการใช้ดุลพินิจ เป็นต้น หรือกรณีของดุลพินิจตัดสินใจ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายที่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นการเลือกใช้มาตรการที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน หรือหลักความจำเป็น เป็นต้น ซึ่งแม้ในบางกรณีอาจเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจ แต่หากเป็นการกระทำโดยไม่ได้ตั้งใจให้เกิดความ

เสียหายแก่ผู้ใด หรือเป็นการจงใจที่ประกอบด้วยเจตนาหวังดีต่อผลประโยชน์อื่นของรัฐ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในลักษณะนี้ย่อมไม่มีความรับผิดทางอาญา แต่อาจเป็นเพียงความรับผิดทางวินัย หรือความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น

ในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในระบบกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยตรง และที่ผ่านมาศาลฎีกาในคดีอาญาก็ไม่เคยมีคำพิพากษา ความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยตรงมาก่อน จนกระทั่งปี พ.ศ. 2543 เริ่มมีคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการลงโทษจำเลยฐานใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเกิดขึ้น<sup>3</sup>

การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ได้ ควรจะต้องเป็นดุลพินิจที่มีลักษณะว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำ ได้กระทำไปโดยมีเจตนากระทำการโดยรู้สำนึกในการกระทำของตนเองว่าเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ และยิ่งในความผิดที่ต้องมีองค์ประกอบภายในที่เป็นเจตนาพิเศษด้วยแล้ว เจตนาของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำ ความผิดจะต้องถึงขั้นประสงค์ต่อผลในเจตนาพิเศษนั้นด้วย มิใช่เพียงแค่ขั้นเล็งเห็นผล<sup>4</sup> หรือคาดว่าอาจเกิดความเสียหายจากการกระทำของตน ความประมาท หรือการไม่ใช้ความระมัดระวังให้มากพอเท่านั้น โดยที่ในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายว่า “โดยมิชอบ” หมายถึง การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะใดให้ชัดเจน จึงเป็นกรณีที่กฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจในการตีความว่าอย่างไรจึงเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งนอกจากศาลจะตีความคำว่า “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ” ว่าหมายถึง การไม่ทำตามกฎหมายแล้ว ยังตีความรวมถึงการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วย<sup>5</sup> ดังเช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกา (คดีอาญา) ที่ 7663/2543 ซึ่งวินิจฉัยว่า “...การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ นอกจากหมายถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการกระทำนอกขอบเขตแห่งอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจประการหนึ่งที่ไม่เป็นไปบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ยังหมายถึง การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้

<sup>3</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7663/2543.

<sup>4</sup> ประธาน จุฬาริโรจน์มนตรี, “ทันโลกกฎหมายอาญา : การให้ความสำคัญกับเจตนาพิเศษในการพิสูจน์ความรับผิดทางอาญา”, วารสารอัยการ, ปีที่ 23, เล่มที่ 255, (เมษายน-มิถุนายน 2553), น.113-119.

<sup>5</sup> พัสสน ตันติเตมิต, “ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.30.

ดุลพินิจโดยมิชอบอีกด้วย การใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาสั่งการหรือเลือกกระทำตามที่เห็นว่าเหมาะสมโดยศาลไม่แทรกแซงนั้น หมายความว่าเมื่อผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจไปในทางใดแล้วศาลต้องยอมรับการใช้ดุลพินิจนั้น แต่การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องมิใช่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ มิใช่การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรือโดยปราศจากเหตุผล” ดังนั้น คำว่า “โดยมิชอบ” ในมาตรา 157 จึงเป็นกรณีที่ให้อำนาจหรือดุลพินิจแก่ศาลเป็นผู้พิจารณาจากพฤติการณ์ต่างๆ ว่าการกระทำใดเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานอย่างถูกต้องหรือไม่<sup>6</sup> แต่ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในคดีอาญานี้ แม้ศาลตรวจสอบพบว่ามีกรออกนิตินกรรมทางปกครองโดยการใช้ดุลพินิจที่มิชอบ แต่ยังไม่เพียงพอ เพราะศาลต้องค้นหาเจตนาในการกระทำผิดอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยว่า ในการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบดังกล่าว จำเลยมีเจตนากระทำผิดตามองค์ประกอบผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วยหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันพบว่าศาลในคดีอาญายังมีปัญหาในเรื่องการค้นหาเจตนาในการกระทำผิดอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบพอสมควร

ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมายอาญาของไทย การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในการทำนิติกรรมทางปกครองในบางกรณี จึงอาจมีความรับผิดทางอาญาได้ แต่ในการที่จะศึกษาค้นหาคำตอบความสัมพันธ์เชื่อมโยงของอำนาจดุลพินิจที่มิชอบกับความรับผิดทางอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่นั้น จำเป็นต้องค้นหาว่า สิ่งใดที่เป็นจุดเชื่อมโยงที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบได้ ในลำดับต่อไป

6.2 ความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดทางอาญา : วิเคราะห์ในส่วนของอรรถวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในฐานะเป็นองค์ประกอบภายในของกฎหมายอาญา

ที่จริงในการศึกษาความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับความรับผิดทางอาญา น่าจะเป็นการศึกษาอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอก ส่วน “การกระทำ” ซึ่งตามบทบัญญัติของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ก็คือ การเข้าไปดูว่าเป็นการ

---

<sup>6</sup> ตุลา โขติภักดี, “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา กับความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2553), น. 44.

ปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ในเรื่องอะไร ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นหลัก แต่เนื่องจากองค์ประกอบภายนอกในส่วน “การกระทำ” ในเรื่องนี้ก็เป็นที่ยืนยันแล้วว่า มุ่งเฉพาะแต่ที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในกรณีที่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง ไม่ใช่การใช้อำนาจผูกพันหรือการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องอื่นซึ่งไม่มีอำนาจดุลพินิจเข้ามาเกี่ยวข้อง และตามที่เราได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 พบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบในกรณีที่จะมีความรับผิดทางอาญาได้ ก็คือ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่เป็นการมั่วร้าย หรือกลั่นแกล้งผู้อื่น และโดยทุจริตเท่านั้น ดังนั้น ในการศึกษาองค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำ อันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจ จึงไม่มีความสำคัญเท่ากับการศึกษาลงไปที่จุดเชื่อมโยงที่อยู่องค์ประกอบภายในในทางอาญา ซึ่งก็คือ เจตนา และเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษ เพื่อจะหาคำตอบว่ามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับมูลเหตุจูงใจของการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองอย่างไร ในอันที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ โดยในบทนี้ก็จะเป็นการศึกษาให้นำหนักไปทางที่จะนำนิติวิธีในทางอาญามาค้นหาคำตอบดังกล่าวเป็นหลักด้วย

6.2.1 มูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับเจตนาในการกระทำผิดทางอาญา

มูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครองกับเจตนากระทำผิดในทางอาญาไม่ใช่สิ่งเดียวกัน ในการหาความสัมพันธ์เชื่อมโยงของสองสิ่งนี้ จึงต้องศึกษาหลักพื้นฐานของมันเสียก่อนว่ามีลักษณะอย่างไร

6.2.1.1 มูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ก่อนการทำความเข้าใจคำว่า “มูลเหตุจูงใจ” ในทางกฎหมายปกครอง มีผู้อธิบายว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศส จะมีคำที่มีความหมายคล้ายๆ กันซึ่งอาจทำให้สับสนได้ กล่าวคือ คำว่า “มูลเหตุหรือเหตุให้เกิด” (motif) หรือเหตุ (cause) ของนิติกรรมทางปกครอง ที่เกิดจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เห็นได้ตามความเป็นจริง (ภาวะวิสัย) อันเป็นมูลเหตุให้เกิดแรงผลักดันในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งต่างจากกฎหมายแพ่งที่เรียก “motif” ว่า “มูลเหตุจูงใจ” (ซึ่งเป็นเหตุในทางอัตวิสัย) ในขณะที่มูลเหตุจูงใจ ในทางกฎหมายปกครองกลับใช้คำว่า “le but” ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงมูลเหตุจูงใจในทางกฎหมายปกครองที่เป็นเหตุทางอัตวิสัย จึงหมายถึง “le but” มูลเหตุจูงใจเป็นเรื่ององค์ประกอบทางจิตใจประการหนึ่ง โดยเป็นความมุ่งหมายที่ซ่อนเร้นอยู่ภายในที่ผลักดันให้เจ้าหน้าที่ออกนิติกรรมทางปกครอง หากเป็นมูลเหตุจูงใจที่ดีสอดคล้องกับกฎหมายก็ไม่น่าเป็นปัญหา



ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง แต่ถ้าเป็นมูลเหตุจูงใจที่มีชอบหรืออยู่นอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็จะกลายเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และจะทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่สมบูรณ์<sup>7</sup>

ในการทำนิติกรรมทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายจะเป็นฐานในการผลักดันให้เกิดการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเรียกข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เห็นได้ตามความเป็นจริง (ภาวะวิสัย) นี้ว่า (motif)<sup>8</sup> ส่วนเป้าหมายของคำสั่งทางปกครองก็คือวัตถุประสงค์ของนิติกรรม (l'object) อย่างไรก็ตามในทางความเป็นจริงบางครั้งอาจมีเหตุผลในจิตใจหรือความประสงค์ในใจ (le mobile) ที่บุคคลภายนอกจะมองไม่เห็นเป็นตัวชักจูงที่แท้จริงให้เกิดการทำคำสั่งนั้นก็ได้ เหตุไฉนทางอติวิสัยอันนี้คือมูลเหตุจูงใจ (le but) ในทางหลักนิติกรรมทางปกครองจึงต้องเอามูลเหตุจูงใจมาพิจารณาด้วย เพราะเป็นสิ่งผลักดันตามความเป็นจริงให้เกิดคำสั่งทางปกครอง โดยถ้ามูลเหตุจูงใจเป็นเรื่องถูกต้องก็ไม่มีปัญหา แต่หากเป็นเรื่องที่นอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย<sup>9</sup>

ตัวอย่างเช่น อาคารที่ทรุดโทรมน่าจะเป็นอันตรายแก่ประชาชนไม่น่าจะเหมาะสมให้คงอยู่ ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารมีบทบัญญัติว่าเจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ทรุดโทรม จนอยู่ในภาวะ “อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย” ได้ ในกรณีนี้สภาพอาคารที่ทรุดโทรมเป็นข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เกิดความคิดว่าไม่น่าจะปล่อยให้คงอยู่โดยต้องพิจารณาสภาพความมั่นคงตามหลักวิศวกรรม กรณีนี้เป็นการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจหาข้อยุติว่าสภาพเป็นเช่นใดกันแน่ ขณะเดียวกันก็ต้องพิจารณาอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ว่าลักษณะข้อเท็จจริงเช่นนั้นเข้าลักษณะ “อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย” แล้วหรือไม่ กรณีต่างๆ ที่ผ่านมาในความทรุดโทรมถึงระดับใด เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงจะใช้มาตรการนั้นกรณีเหมือนกันหรือยังมั่นคงกว่า

<sup>7</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพฯ : จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น. 201-202, 208.

<sup>8</sup> แต่บางท่านใช้คำว่า “motif” ในความหมายว่า “มูลเหตุจูงใจ” ในการออกนิติกรรมทางปกครอง และ “but” ในความหมายว่าวัตถุประสงค์ (ของการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง) และวัตถุประสงค์ (ที่กฎหมายให้อำนาจไว้) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยบิดเบือนอำนาจ. โปรดดูโน ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 32, ฉบับที่ 2, (มิถุนายน 2546), น.281.

<sup>9</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, เรื่องเดียวกัน.

เล็กน้อย แต่การมันคงกว่ามาตรฐานที่เคยใช้ก็ควรจะรื้อถอนด้วยหรือไม่ มาตรฐานเดิมที่เคยใช้ควรเปลี่ยนแปลงอย่างไร มีเหตุเพียงพอที่จะอธิบายในการเปลี่ยนมาตรฐานกันได้เพียงใด จากนั้นก็ต้องพิจารณาหาข้อยุติว่าจะให้รื้อถอนหรือได้มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายสนับสนุน (motif) ที่จะให้รื้อถอนเพียงใด และจะให้รื้อถอนโดยวิธีใดและเมื่อใด ซึ่งเป็นเรื่องวัตถุที่ประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง (l'object) แต่ในขณะที่เดียวกันในการพิจารณาเจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจเกิดมูลเหตุจูงใจ (le but) บางอย่างมาผสมโดยเห็นว่า หากรื้อถอนได้ก็จะดีเพราะทัศนียภาพจะสวยงามขึ้น ความสวยงาม (นอกเจตนารมณ์ของกฎหมาย) เป็นเหตุหลักที่ออกคำสั่งทางปกครองหรือเป็นเพียงเหตุรองเล็กน้อย แม้จะไม่คิดว่าจะสวยงามขึ้นก็คงจะสั่งให้รื้อถอนอยู่แล้ว โดยในกรณีแรกจะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกรณีหลังคำสั่งทางปกครองยังสมบูรณ์อยู่<sup>10</sup>

อย่างไรก็ตาม ในขอบเขตของมูลเหตุจูงใจยังมีความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในใจ (le mobile) ซึ่งเป็นเรื่องอัตวิสัย (subjective) ภายในจิตใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยแท้เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย และนักกฎหมายบางท่านใช้ความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในใจ (le mobile) นี้เองมาค้นหาความมุ่งหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง ว่าบรรลุความมุ่งหมายประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่<sup>11</sup> ซึ่งทั้งมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทำนิติกรรมทางปกครอง (le but) และความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในใจ (le mobile) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นเรื่องของจิตใจโดยแท้ โดยปกติน่าจะเป็นสิ่งเดียวกันแต่มองกันคนละแง่มุมเท่านั้น

#### 6.2.1.2 หลักเจตนาในความผิดอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่

สำหรับในส่วนของเจตนาซึ่งเป็นเรื่องขององค์ประกอบภายในในทางอาญานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยไม่เจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น...”

<sup>10</sup> เฟ็งอ้าง, น. 206.

<sup>11</sup> อีระ สุธีวรารังกูร, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 3-6, 86.

จากหลักเกณฑ์ของมาตรา 59 ที่ยกมานั้นทำให้เห็นว่า “การกระทำ” เป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดของกฎหมายอาญา เพราะความผิดทุกอย่างต้องเริ่มจากการกระทำ ถ้าขาดการกระทำ ความรับผิดจะเริ่มไม่ได้ เพราะหากปราศจากการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอก (external act) ก็คงเป็นแต่เพียงความคิดเท่านั้น กฎหมายก็ไม่อาจลงโทษได้<sup>12</sup> แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกนิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำเกิดขึ้นแล้ว ตัวเจตนาในการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีขอบนั้น ก็ถือเป็นส่วนที่สำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาค้นหาความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วย

ในส่วนของ “เจตนา” ตามถ้อยคำในมาตรา 59 นี้ ไม่ได้ระบุว่าเจตนาชั่วร้าย (mens rea or vicious will) ซึ่งเป็นพื้นฐานของเจตนาในกฎหมายอาญาเลย เจตนาในมาตรา 59 นี้เป็นเพียงเจตนากระทำผิด (criminal intention) ตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งเป็นความไม่ได้อยู่ในตัวแล้ว เพราะกฎหมายมีไว้เพื่อเป็นระเบียบของชุมชน และต้องแยกออกจากเรื่องของ “มูลเหตุชักจูงใจ” (motive, mobile) อันเป็นความสำนึกส่วนตัว โดยทั่วไปไม่มีผลในทางกฎหมาย<sup>13</sup> เช่น จำเลยรับจ้างสีข้าวโดยคิดค่าจ้างเพียงเล็กน้อย เพื่อให้ชาวบ้านมีข้าวสารกิน ไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นความผิดตามพระราชบัญญัติค้าข้าวที่ต้องขออนุญาตก่อน<sup>14</sup> ในระบบกฎหมาย common law องค์ประกอบความผิดจะประกอบด้วย actus reus (criminal act) หรือองค์ประกอบภายนอก และ men rea (guilty mind) หรือองค์ประกอบภายใน หากขาดอันใดอันหนึ่งไปก็จะเป็นความผิดอาญา ส่วนในระบบประมวลกฎหมาย (civil law) การกระทำทางอาญาได้รวมเอาส่วนของจิตใจเอาไว้ด้วย กล่าวคือการเคลื่อนไหวร่างกายด้วย criminal mind เป็น criminal act หาไม่แล้วก็มีใช่ criminal act แม้ในมาตรา 59 จะระบุคำว่า เจตนา (intention) ไว้เฉยๆ โดยไม่ได้ระบุให้เป็นเจตนาร้าย

<sup>12</sup> Kadish and Paulsen, Criminal Law and Process, 3 ed. (1975), p.81, General Principles of Criminal Law, 2 ed. (1960) p.176 “...men were not to be tried for their thoughts...” และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554), น. 43.

<sup>13</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), น. 100.

<sup>14</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 245/2512.

(mens rae or criminal intention) แต่ก็ต้องหมายถึงเจตนาที่รู้อยู่ว่าในสถานการณ์เช่นนั้นจะมีผลอย่างไร (รู้สำนึกเพราะรู้ข้อเท็จจริง)<sup>15</sup>

สำหรับองค์ประกอบภายในของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกฎหมายอาญาของไทยเรานั้น มีทั้ง “เจตนาธรรมดา” และ “เจตนาพิเศษ (specific intent) หรือมูลเหตุจูงใจ (motive, mobile) พิเศษ” ทั้งสองตัวนี้ไม่เหมือนกัน แยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1) เจตนาธรรมดา

จากการอธิบายเรื่องความหมายของเจตนา ทำให้ทราบว่า เจตนาประกอบด้วยสองส่วนคือ “ส่วนรู้ของเจตนา” และ “ส่วนต้องการของเจตนา” (มาตรา 59 วรรคสามและวรรคสอง)<sup>16</sup> ในส่วนที่สองของเจตนาที่เรียกว่าส่วนที่ต้องการนั้น พบว่าเป็นเรื่องประเภทของเจตนา ได้แก่ เจตนาประสงค์ต่อผล และเจตนาย่อมเล็งเห็นผล

ในทางตำรา ได้แยกการพิจารณา “ส่วนต้องการของเจตนา” ออกเป็นเจตนาประสงค์ต่อผล และเจตนาย่อมเล็งเห็นผลดังนี้

#### 2) เจตนาประสงค์ต่อผล

เจตนาประสงค์ต่อผล เป็นเรื่องของความต้องการที่ผู้กระทำผิดมุ่งหมายหรือประสงค์ให้เกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจนั้น อาจเรียกว่า เจตนาโดยตรง (dolus directus) เจตนาประสงค์ต่อผล หมายถึงความประสงค์ที่จะให้เกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจนั้นโดยตรง (มุ่งหมายหรือมีความต้องการที่จะให้ความผิดเกิดขึ้น) ซึ่งอาจเป็นความมุ่งหมายเฉพาะเจาะจงหรืออาจไม่เจาะจงเฉพาะคนหนึ่งคนใดก็ได้ เช่น การยิงปืนไปยังกลุ่มที่ชุมนุมกันโดยมีความมุ่งหมายให้ใครก็ได้ในกลุ่มที่ชุมนุมกันอยู่นั้นถึงแก่ความตาย เป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาประสงค์ต่อผลแล้ว<sup>17</sup>

ในทางวิชาการ ได้แยกเป็นประสงค์ต่อผลโดยตรงหรือความต้องการที่แท้จริง และประสงค์ต่อผลโดยอ้อมหรือความต้องการรอง กล่าวคือ

#### ก. เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง

<sup>15</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ 13, น. 106-107. (ปัญหาใน กม.อาญา)

<sup>16</sup> โปรตดูใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, ดิเรก ควรสมาคม ผู้รวบรวม, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 56-58.

<sup>17</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ่างแล้ว เชียงธรรมที่ , น.59.

เป็นกรณีที่ผู้กระทำความหวังกระทำความผิดทางอาญาโดยมีเป้าหมายที่ต้องการให้บรรลุผล แต่จะบรรลุผลนั้นอย่างแน่นอนหรือเพียงอาจจะบรรลุผลนั้นได้หรือบรรลุในทันทีก็ได้ เช่น ต้องการฆ่าจึงใช้ปืนยิง โดยมีเป้าหมายคือความตาย ดังนั้นหากก่อให้เกิดผลเสียตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วก็ถือว่า ผู้กระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง

#### ข. เจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม

เป็นกรณีที่ผู้กระทำความเจตนาให้เกิดผลอย่างหนึ่ง แต่การกระทำนั้นผู้กระทำผู้กระทำได้คาดคะเนเห็นล่วงหน้าว่า ผลที่ตนต้องการนั้น (ความต้องการที่แท้) จะต้องเกิดผลข้างเคียงติดตามมา แต่ยังคงกระทำการนั้นอยู่ ก็ถือว่าเป็นความต้องการรองหรือเจตนาโดยประสงค์ต่อผลโดยอ้อม เช่น ต้องการทำร้าย จึงใช้มีดแทง ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ และยังทำให้เสียผู้เสียหายขาอีก ดังนี้ ผู้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายและความผิดทำให้เสียทรัพย์ ซึ่งเป็นความผิดหลายบท ตามมาตรา 90

เจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อมจึงเป็นความต้องการรอง ที่มีความใกล้เคียงกับเจตนา ย่อมเล็งเห็นผล แนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาจึงมักเห็นว่าเป็นเจตนาย่อมเล็งเห็นผล เช่น ฎีกาที่ 818/2514 ยิงปืนเข้าไปในกลุ่มคนเมาสุรา โดยไม่คำนึงว่ากระสุนจะไปถูกผู้ใดเป็นเจตนาฆ่าโดยย่อมเล็งเห็นผล และฎีกาที่ 2255/2522 ขับรถเบียดรถผู้ตายเพื่อให้พุ่งชนเสาไฟฟ้าข้างทาง

#### 3) เจตนาย่อมเล็งเห็นผล

เจตนาย่อมเล็งเห็นผล เป็นเจตนาที่พิจารณาถัดจากประสงค์ต่อผล เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้กระทำความผิดมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลโดยตรงหรือประสงค์ต่อผลแล้ว จึงมาพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดเล็งเห็นผลของการกระทำหรือไม่ (โดยไม่พิจารณาจากจิตใจผู้กระทำ) ดังนั้นเจตนาย่อมเล็งเห็นผลจึงมีความใกล้เคียงกับเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อมมากและยังใกล้เคียงกับประมาทโดยไม่รู้ตัวอีกด้วย

อย่างไรถือเป็นเจตนาย่อมเล็งเห็นผลหรือเจตนาโดยอ้อม (dolus eventualis) นั้น ในทางทฤษฎี มีความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องเจตนาย่อมเล็งเห็นผลอยู่สามประการ<sup>18</sup> คือ

#### (1) หากผู้กระทำเห็นผลแล้วว่าผลจะเกิดขึ้น แต่ผู้กระทำยังขึ้นทำ<sup>19</sup>

<sup>18</sup> หยุด แสงอุทัย ประมวลกฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พ.ศ. 2515, น.43-44. และดูใน แสง บัญญัตินิติศาสตร์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.61.

(2) ผู้กระทำยอมรับเอาผลไว้ล่วงหน้า<sup>20</sup>

(3) ผู้กระทำไม่ใยดีในผลที่เกิดขึ้น

ในทฤษฎีแรก ถือว่าผู้กระทำได้แลเห็นแล้วว่า ผลอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำและยังขึ้นทำลงไป ถือว่าเจตนาเล็งเห็นผล ตัวอย่างความเห็น (1) ใช้ปืนยิงนกที่ใกล้ตัวเด็ก ถ้าเห็นว่าอาจถูกเด็กตาย ถือว่าผู้กระทำยอมเล็งเห็นผลคือความตายของเด็ก จึงต้องถือว่ามี ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เป็นเจตนาย่อมเล็งเห็นผล

ในทฤษฎีที่สอง ถือว่าผู้กระทำได้แลเห็นผลล่วงหน้าแล้วว่าจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแต่ผู้กระทำยังกระทำไปโดยเต็มใจรับผลเช่นนั้น (คาดว่าถ้าผลเกิดก็จะยอมรับผลที่เกิดขึ้นไว้ก่อนแล้ว) ตัวอย่างความเห็น (2) ใช้ปืนยิงนกที่อยู่ใกล้ๆ กับตัวเด็ก เมื่อผู้กระทำเห็นแล้วว่า อาจยิงปืนถูกเด็กตายได้และยอมรับเอาผลคือยอมให้เด็กตายไว้ล่วงหน้า หากยิงปืนไปที่นก ถ้ากระสุนปืนถูกเด็กตาย ถือว่าได้กระทำโดยเจตนาฆ่าประเภทย่อมเล็งเห็นผล คือ เล็งเห็นว่าเด็กตาย ถ้าหากผู้กระทำไม่ยอมรับเอาผลคือความตายของเด็กไว้ล่วงหน้า ก็ไม่ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาย่อมเล็งเห็นผล ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทต่อไป

ในทฤษฎีที่สาม ถือว่า ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเต็มใจรับเอาผลไว้ล่วงหน้า แต่ผู้กระทำไม่สนใจใยดีต่อผลที่เกิดขึ้น ตัวอย่างความเห็น (3) ใช้ปืนยิงนกที่อยู่ใกล้ๆ เด็ก โดยผู้กระทำเห็นว่าถ้าถูกนกก็จะได้นกมาเป็นอาหาร ถ้าถูกเด็กก็ช่างเป็นไร ขอให้ยิงให้ได้ เช่นนี้ ถือว่าผู้กระทำยอมเล็งเห็นผลแล้ว ถ้ากระสุนปืนถูกเด็กตาย ก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเป็นเจตนาย่อมเล็งเห็นผล

ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นด้วยกับความเห็นที่ (3) โดยท่านได้อธิบายว่า “เป็นการเดินสายกลาง กล่าวคือ เห็นว่าความเห็น (1) กว้างไป ส่วนความเห็น (2) แคบเกินไป ความเห็น (3) นั้นไม่ถึงกับที่จะให้ผู้กระทำต้องยอมรับเอาผลไว้ล่วงหน้าตามความเห็นที่ (2) ซึ่งแคบเกินไป หากผู้กระทำไม่ใยดีในผลที่เกิดขึ้นจึงควรถือว่าเจตนาเล็งเห็นผล ตามตัวอย่างเรื่องยิงนกที่อยู่ใกล้เด็ก ผู้กระทำไม่ยอมให้กระสุนปืนถูกเด็ก แต่ก็ไม่ได้ในผลที่เกิดขึ้นถึงจะถูกเด็กก็ถูกไปขอยิงนกให้ได้ โดยคิดว่า ถ้ายังถูกเด็กก็จะวิ่งหนีไปเอง ถ้ายังถูกนกก็จะเอามากิน

<sup>19</sup> ในทางตำราเยอรมันเรียกว่า “ทฤษฎีผลอาจเกิดขึ้นได้” (Wahrscheinlichkeitstheorie) โปรตดูในคณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.139.

<sup>20</sup> เรียกว่าทฤษฎี “ยอมกระทำ” (Einwilligungstheorie)

ดังนั้นท่านจึงสรุปว่า ผู้ใดไม่ใส่ใจผลจะเกิดขึ้นหรือไม่ ทั้งๆ ที่เขาเห็นล่วงหน้าว่าผลอาจเกิดขึ้นได้ แม้เขาไม่ประสงค์ต่อผล ก็ควรถือว่าเขาได้กระทำโดยเจตนาทีเดียว

รองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เห็นด้วยกับความเห็น (2) โดยให้เหตุผลว่า เจตนาย่อมเล็งเห็นผลจะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำแลเห็นผลล่วงหน้าแล้ว (ยอมรับผลไว้ล่วงหน้า) กระทำไปโดยยอมรับเอาผลเช่นนั้น เพราะพิจารณาในแง่ที่ว่า เจตนาประสงค์ต่อผลนั้นถือได้ว่าเป็นหลักใหญ่หรือเป็นความหมายของเจตนาโดยแท้ ส่วนเจตนาย่อมเล็งเห็นผลเป็นสิ่งที่กฎหมายอนุโลมให้เรียกเช่นนั้น เพื่อให้เข้าใจว่าเป็นเรื่องของเจตนาเหมือนกัน ดังนั้นความหมายจึงควรใกล้เคียงกับเรื่องหลักใหญ่เรื่องประสงค์ต่อผล เหตุผลอีกประการหนึ่งคือ ถ้าให้ความหมายของเจตนาย่อมเล็งเห็นผลว่า จะต้องเป็นกรณีที่ยอมรับผลไว้ล่วงหน้าแล้ว จะสามารถแยกความแตกต่างระหว่างเจตนาย่อมเล็งเห็นผลกับกรณีประมาทโดยไม่รู้ตัว เพราะมีความใกล้เคียงกันอย่างมาก<sup>21</sup> ดังนั้นความแตกต่างจึงขึ้นอยู่กับ การยอมรับความเห็นของเจตนาย่อมเล็งเห็นผล (2) กรณีผู้กระทำแลเห็นผลล่วงหน้าแล้วและกระทำไปโดยเต็มใจรับเอาผลเช่นนั้น ส่วนประมาทโดยไม่รู้ตัวนั้นแม้เป็นเรื่องที่คาดหมายได้ว่าผลจะเกิดขึ้น แต่ไม่ถึงขนาดยอมรับผลมาแต่แรก

ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายเกี่ยวกับหลักเจตนาโดยอ้อมหรือเจตนาเล็งเห็นผลตาม ทฤษฎีกฎหมายของเยอรมันว่า เจตนาโดยอ้อมหมายความว่า<sup>22</sup> ผู้กระทำมีความมั่นใจว่าเหตุการณ์ ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด มีความเป็นไปได้ที่เกิดขึ้น และผู้กระทำก็พอใจที่หากเหตุการณ์ที่ กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น”

ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เห็นว่า เจตนาเล็งเห็นผล เป็นเรื่องที่ผู้กระทำตั้งใจ กระทำและแลเห็นผลล่วงหน้าแล้วกระทำลงไป แม้โดยพฤติการณ์จะแสดงว่าผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อ ผล แต่ผู้กระทำก็ไม่ใส่ใจว่าผลจะเป็นเช่นไร กล่าวคือขอให้เกิดผลตามที่ตั้งใจกระทำก็พอ<sup>23</sup>

<sup>21</sup> ประมาทโดยรู้ตัว (Reckless) หมายถึง สภาวะทางจิตใจอย่างหนึ่งของผู้กระทำที่ไม่ เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ยังขึ้นไปโดยเฉยเมยไม่นำพาต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น เป็น กรณีที่ผู้กระทำคาดหมายว่า ผลอาจเกิดขึ้นได้ แต่มั่นใจว่าอย่างไรเสียผลคงไม่เกิดขึ้น

<sup>22</sup> คณิต ฒ นคร, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.140

<sup>23</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2547), น. 61.

ทั้งนี้ในคำพิพากษาฎีกาหลายเรื่องศาลเห็นว่า เจตนาย่อมเล็งเห็นผล เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับทฤษฎีที่สาม กล่าวคือศาลใช้คำว่า “แม้จำเลยจะไม่ประสงค์ฆ่าผู้ใด แต่การที่จำเลยยิงไปยังกลุ่มผู้เสียหาย โดยไม่ใยดีว่ากระสุนจะถูกผู้ใดหรือไม่ เป็นการกระทำที่ย่อมเล็งเห็นผล” หรือในกรณีใช้ก้อนหินทุบจากบนสะพานลงมาใส่เรือที่แล่นลอดสะพาน...ไม่ใยดีต่อผล ถือว่ามีเจตนาฆ่า<sup>24</sup>

ดังที่ได้ศึกษาถึงเจตนาในทางตำราข้างต้นแล้ว สำหรับในทางกฎหมายอาญา การกระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น<sup>25</sup> ซึ่งความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 นั้น โดยปกติการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยผิดกฎหมายหรือใช้อำนาจผูกพันโดยมิชอบ และการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ทั้งสองกรณีอันจะถือว่าเป็นความผิด ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาคือกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำว่า จะเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยเจ้าพนักงานนั้นประสงค์ต่อผลในการกระทำของตน คือมีความประสงค์ที่จะให้เกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจนั้นโดยตรง หรือมีฉะนั้นก็ยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ คือรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ และแลเห็นผลล่วงหน้าแล้วยังกระทำลงไป แม้โดยพฤติการณ์จะแสดงว่าเจ้าพนักงานผู้นั้นไม่ประสงค์ต่อผล แต่ก็ไม่ใช่คิดว่าผลจะเป็นเช่นไร ย่อมถือว่าเจ้าพนักงานนั้นลงมือกระทำความผิดฐานนี้โดยมีเจตนาย่อมเล็งเห็นผล อันเป็นองค์ประกอบภายในส่วนของเจตนาธรรมดาของความผิดตามมาตรา 157

#### 4) เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกุงใจพิเศษ

มูลเหตุชกุงใจ (motive, mobile) กับเจตนาพิเศษ (specific intent, dol spécial) มีลักษณะคล้ายคลึงกันมากแต่ก็ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน การกระทำความผิดอาญาส่วนใหญ่ไม่ต้องการมูลเหตุชกุงใจ ถ้าผู้กระทำที่ได้กระทำครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้ว แม้ผู้กระทำจะมีมูลเหตุชกุงใจที่ดี หรือผู้กระทำโดยปราศจากมูลเหตุชกุงใจ มูลเหตุชกุงใจจึงเป็นเสมือนองค์ประกอบลึกลงไปอีกชั้นหนึ่งของเจตนาธรรมดา<sup>26</sup> ในกฎหมายฝรั่งเศสถือว่ามูลเหตุชกุงใจ

<sup>24</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3431/2535 และ 2548/2544.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง.

<sup>26</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2559), น. 128-131.



(mobile) คือ “เหตุผลของการกระทำหรือเหตุผลที่ผลักดันให้กระทำความผิด”<sup>27</sup> สอดคล้องกับที่ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ กล่าวว่า มูลเหตุจูงใจมีอยู่สองลักษณะ คือกระทำความผิด “เพราะอะไร” และ “กระทำความผิด” เพื่ออะไร<sup>28</sup>

เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกใจพิเศษเป็นองค์ประกอบภายในที่เพิ่มเติมจากเจตนาธรรมดาที่ได้กล่าวไป สำหรับมูลเหตุชกใจ (motive) ได้แก่ เหตุผลส่วนตัวหรือวัตถุประสงค์ในท้ายสุด (ulterior goal) ของผู้กระทำความผิด มูลเหตุชกใจไม่ใช่เจตนา หากแต่บางครั้งก็ยากที่จะแยกให้เห็นชัด อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายอาญาอาจกล่าวได้ว่า มูลเหตุจูงใจคือจุดมุ่งหมายที่ซ่อนไว้หลังเจตนาแห่งการกระทำ เช่น ก. ข่า ข. เพื่อเอาเงิน เจตนาของ ก. คือการฆ่า และมูลเหตุชกใจคือการเอาเงินไป... ส่วนมูลเหตุชกใจที่ดีบางอย่างกฎหมายก็ได้รับรองไว้โดยจำกัด เช่น ในเรื่องการป้องกันหรือจำเป็น ตามมาตรา 68 “...เพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง...” และมาตรา 67 (2) “...เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง...” ซึ่งในทางกฎหมายจะใช้คำว่า “มูลเหตุชกใจพิเศษ” หรือ “เจตนาพิเศษ” (specific intent) “มูลเหตุชกใจพิเศษ” บางกรณีกฎหมายได้บัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย กล่าวคือในบางกรณีเพียงแต่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาเท่านั้นยังไม่พอ กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องมีมูลเหตุชกใจบางอย่างในบางฐานความผิดด้วย จึงจะเป็นความผิดโดยสังเกตได้จากถ้อยคำที่กฎหมายใช้ เช่น คำว่า “เพื่อ...” “โดย...” เป็นต้น<sup>29</sup>

ในหลักกฎหมาย common law ถือหลักเช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสว่า คือแม้ว่าความผิดส่วนใหญ่จะต้องการเพียงเจตนาในฐานะที่เป็นองค์ประกอบภายใน (mens rea) โดยไม่ต้องการมูลเหตุจูงใจ อย่างไรก็ตาม มูลเหตุจูงใจก็มีความจำเป็นในคดีอาญาอยู่สองประการ คือ ประการที่หนึ่งในเชิงพยานหลักฐาน มูลเหตุจูงใจมักจะมีประโยชน์ในการพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำ หากโจทก์สามารถพิสูจน์เห็นถึงมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำความผิดได้ มักจะมีน้ำหนักแสดงให้เห็นว่าจำเลย

<sup>27</sup> Jean Pradel, *Droit Pénal Général*, (Paris : Cujas, 2002), p.442, เรื่องเดียวกัน, น.129.

<sup>28</sup> การกระทำความผิดเพราะอะไร เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 136 “ผู้ใดหมิ่นเจ้าพนักงาน... เพราะได้กระทำการตามหน้าที่” การดูหมิ่นเจ้าพนักงานนอกหน้าที่ก็อาจเป็นความผิดได้ หากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจเพราะเจ้าพนักงานได้กระทำการตามหน้าที่ ส่วนการกระทำความผิดเพื่ออะไร เช่นในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ที่บัญญัติว่า “...เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ก็เป็นมูลเหตุจูงใจคือการกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด.

<sup>29</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 77. (อาญาภาคทั่วไป)

ได้กระทำความผิดจริง เพราะเหตุว่า “คนทั่วไปมักจะไม่กระทำการถ้าไม่มีมูลเหตุจูงใจ” ประการที่สอง มูลเหตุจูงใจมีผลในการกำหนดโทษ เมื่อกฎหมายให้ดุลพินิจศาลในการกำหนดโทษ หากผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ดี ศาลจะลงโทษสถานเบาหรือแม้แต่ในกรณีที่กฎหมายไม่ให้ดุลพินิจศาลในการกำหนดโทษ มูลเหตุจูงใจที่ดีก็มีผลดีให้มีโอกาสในการพักการลงโทษและปล่อยตัวจำเลยจากเรือนจำก่อนที่กำหนดในคำพิพากษา<sup>30</sup>

ความผิดฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ นอกจากต้องมีเจตนาธรรมดากระทำความผิดแล้ว ยังต้องมี “มูลเหตุชกจูงใจ” (พิเศษ) หรือ “เจตนาพิเศษ” อีกด้วย องค์ประกอบอีกส่วนหนึ่งคือถ้อยคำที่ว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” นั้นหมายความว่า การที่เจ้าพนักงานมีเจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ แต่เจ้าพนักงานไม่มีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งเป็นเจตนาส่วนที่สอง จึงยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้ เพราะเหตุว่าปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้น อาจกระทำไปเพื่อเจตนาดีบางอย่างแต่กลับเกิดความเสียหายหรืออาจจะเกิดความเสียหายขึ้นก็ได้

เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษนั้น โดยปกติต้องเกิดจากเจตนาประสงค์ต่อผลเท่านั้นจะยกเอาเจตนาเล็งเห็นผลมาใช้กับเจตนาพิเศษไม่ได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ตรงกันทั้งในระบบกฎหมายแองโกล อเมริกัน และระบบประมวลกฎหมาย<sup>31</sup> ซึ่งที่ผ่านมาศาลฎีกาของไทยก็ยืนยันในหลักนี้มาโดยตลอด เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1240/2504 วินิจฉัยข้อเท็จจริงได้ว่า ความว่า จำเลยทั้งสี่ได้ร่วมกันทำทํานบปิดกั้นน้ำในลำคลองสาธารณะขึ้นใหม่ ไม่ใช่ซ่อมแซมทํานบเก่าดังที่จำเลยต่อสู้ จำเลยทำทํานบสูงเสมอตลิ่ง น้ำจึงได้ท่วมที่สวนที่นาของผู้เสียหาย ต้นยางตายเป็นจำนวนมาก และที่นาก็ทำนาไม่ได้ก่อนที่จำเลยจะทำทํานบเมื่อถึงหน้าน้ำ น้ำจะท่วมที่สวนที่นาเพียงวันสองวันก็แห้งลงคลองไปไม่ถึงกับทำให้ต้นยางตาย ปัญหาที่ว่า การกระทำของจำเลยจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 228 หรือไม่ มาตรา 228 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ เพื่อให้เกิดอุทกภัย ..... ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของผู้อื่น ...." ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่า เพื่อให้เกิดอุทกภัยตามมาตรา 228 จำเลยจะต้องมีเจตนาให้เกิดอุทกภัยโดยตรง จะยกเอาการเล็งเห็นผลของการกระทำตามมาตรา 59 วรรคสอง มาใช้ไม่ได้ แต่เจตนาของบุคคลเป็นเรื่องในใจ

<sup>30</sup> John Smith, Criminal Law, 10<sup>th</sup> edition, (Bath : The Bath Press,2002), p.96., อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 26, น.131.

<sup>31</sup> ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 4, น. 113-119.

ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป เป็นเครื่องชี้เจตนา สำหรับเรื่องนี้ตามพฤติการณ์ที่กล่าวข้างต้น แสดงว่าการทำทํานบปิดกั้นคลองของจำเลยเพื่อเจตนาจะให้เกิดอุทกภัยเพราะนาจำเลยอยู่ในที่สูง สวนยางและนาผู้เสียหายอยู่ในที่ต่ำกว่า จำเลยยอมตั้งใจให้เกิดอุทกภัยแก่สวนยางและนาของผู้เสียหาย น้ำจึงจะไหลเข้าถึงนาของจำเลยยิ่งกว่านี้เมื่อเกิดอุทกภัยแล้วทางการสั่งให้เปิดทํานบ จำเลยก็ไม่ยอมเปิด แสดงให้เห็นชัดว่าจำเลยเจตนาให้เกิดอุทกภัยตลอดมา จำเลยจึงต้องมีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 228

ที่สำคัญเจตนาพิเศษนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดผลขึ้นจริงๆ เพียงแค่มิเจตนาพิเศษก็เป็น ความผิดสำเร็จแล้ว เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 775/2548 วินิจฉัยว่า ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไป เสียจากบิดามารดาโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย เพื่อการอนาจาร ตาม ป.อ. มาตรา 318 วรรคสาม นั้น เมื่อจำเลยมีเจตนาและได้พรากผู้เสียหายที่ 2 ซึ่งเป็นผู้เยาว์ไปโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วยเพื่อการ อนาจาร ถือได้ว่าความผิดสำเร็จนับแต่จำเลยเริ่มพรากผู้เสียหายที่ 2 ไปโดยมีเจตนาดังกล่าวแล้ว

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ หน้าที่โดยมิชอบนั้น ที่ผ่านมาศาลก็ได้วินิจฉัยเรื่องเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษนั้นจากเจตนา ประสงค์ต่อผลเสมอ ซึ่งหากไม่มีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดแล้วย่อมไม่เป็นความผิด เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 638/2523 จำเลยเป็นเจ้าพนักงานตำรวจได้ร่วมกับพวกช่วย พากคนต่างด้าวสัญชาติลาวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร โดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคนเข้า เมือง พ.ศ. 2493 ไปเสียจากที่ควบคุมเพื่อมิให้ต้องถูกส่งตัวกลับไปยังประเทศลาวตามคำสั่งของ พนักงานเจ้าหน้าที่โดยจำเลยกับพวกนํารถยนต์มารับคนลาวดังกล่าวไป จำเลยเห็นแต่ละเลยไม่จับกุม ดังนี้ จำเลยย่อมมีความผิดตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2493 มาตรา 58 แต่ยังไม่ถือว่า จำเลยปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3295/2543 การที่จะมีความผิดฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 จะต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษ คือต้องเป็นการ กระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด จำเลยเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ออกหนังสือรับรองการ ทำประโยชน์(น.ส.3 ก.) ได้ลงลายมือชื่อออก น.ส.3 ก. ระบุชื่อ ต. เป็นผู้มีสิทธิ ครอบครองตาม เรื่องราวเท็จ เอกสารปลอมที่ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องนำเสนอ โดยไม่ได้ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงตาม อำนาจหน้าที่ อันเป็นการละเว้น การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเท่านั้น ไม่ปรากฏว่าจำเลยมีเจตนาพิเศษ

ละเว้น ไม่ตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเอกสารดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเสียหาย แก่กรมที่ดิน ต. หรือผู้หนึ่งผู้ใด จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

คำพิพากษาฎีกาที่ 7663/2543 อำนาจของอธิบดีกรมอัยการหรืออัยการสูงสุดในการบริหารงานบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่างๆ มีลักษณะเป็นอำนาจในเชิงดุลพินิจที่อาจเลือกวินิจฉัยหรือเลือกกระทำได้หลายอย่างที่ชอบด้วยกฎหมาย การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของอธิบดีกรมอัยการหรืออัยการสูงสุดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 นี้ นอกจากหมายถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการกระทำนอกขอบเขตแห่งอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจประการหนึ่ง ที่เป็นการกระทำฝ่าฝืนต่อวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้นประการหนึ่ง และที่เป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอีกประการหนึ่งแล้ว ยังหมายถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอีกด้วย การที่จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการแก่ประธาน ก.อ. เพื่อแต่งตั้งอัยการพิเศษฝ่ายโดยเสนอชื่อบุคคลที่มีอาวุโสต่ำกว่าโจทก์ไว้เป็นอันดับสูงกว่าโจทก์ถึงสามครั้ง เพราะถือเอาสาเหตุที่จำเลยมีสาเหตุส่วนตัวกับโจทก์ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จึงเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและในการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบดังกล่าว จำเลยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ในฐานะที่จำเลยเป็นเจ้าพนักงานจำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, 91

แต่ในคดีอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบบางคดี ศาลกลับนำความเห็นของศาล กรณีเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ใช้ดุลพินิจตามเกณฑ์มาตรฐานที่ศาลเห็นเองว่าควรจะมีอยู่อย่างไร แล้วทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเรื่องในทางภาวะวิสัย มาปรับใช้เป็นเจตนาพิเศษ โดยที่ก็ไม่ปรากฏว่าศาลใช้ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานใดมารับฟังเป็นพฤติการณ์แวดล้อม ในการค้นหาความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงของจำเลยในการออกคำสั่ง ซึ่งเป็นเรื่องทางอัตวิสัยของผู้กระทำที่จะขาดเสียมิได้ ว่าจำเลยมีเจตนามุ่งร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้เสียหายหรือผู้หนึ่งผู้ใดแต่อย่างใดเลย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3509/2549 วินิจฉัยว่า ...ความมีอิสระของพนักงานอัยการที่จะวินิจฉัยสั่งคดีนี้มีไว้จะไร้ขอบเขตเสียทีเดียว ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งคดีของพนักงานอัยการทุกคนจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกณฑ์วินิจฉัยมูลความผิดของพนักงานอัยการที่วินิจฉัยสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องผู้ต้องหา คือ มีเหตุผลอันสมควรเพียงพอหรือไม่ที่จะนำผู้ต้องหาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อให้ศาลวินิจฉัยชั้น

สุดท้ายว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ การที่จำเลยวินิจฉัยสั่งไม่ฟ้องบุคคลดังกล่าวโดยอ้างเหตุว่าผู้ต้องหาทั้งสองไม่เจตนาหมิ่นประมาทโจทก์ เป็นการวินิจฉัยมูลความผิดแบบถ้วนวินิจฉัยคดีเสียเองคงเป็นการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล การใช้ดุลพินิจของจำเลยกรณีนี้นับเป็นเรื่องผิดปกติวิสัยของพนักงานอัยการผู้สุจริตโดยทั่วไป จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่วิญญูชนโดยทั่วไปไม่สามารถยอมรับได้ว่ามิใช่เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ แม้การวินิจฉัยสั่งคดีของจำเลยเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนด แต่เมื่อเป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจเช่นนี้แล้วก็ถือไม่ได้ว่าจำเลยสุจริตใจดังที่จำเลยอ้าง ศาลฎีกาเห็นว่า การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งคดีของจำเลยที่มีคำสั่งไม่ฟ้องบริษัทสี่พระยาการพิมพ์ จำกัด และนายประชา ทั้งที่หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ซึ่งบริษัทสี่พระยาการพิมพ์ จำกัด เป็นเจ้าของและนายประชาเป็นบรรณาธิการลงข้อความเป็นความเท็จ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ในกรณีนี้ เป็นการใช้ดุลพินิจที่มีได้อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล แต่เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ จึงเกินล้าออกนอกขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย และในฐานที่จำเลยเป็นข้าราชการอัยการชั้นสูง จำเลยย่อมทราบดีถึงเกณฑ์วินิจฉัยมูลความผิดของพนักงานอัยการ การใช้ดุลพินิจผิดกฎหมายในกรณีนี้ จำเลยเห็นได้อยู่ในตัวแล้วว่าเป็นการมิชอบ และยิ่งเห็นได้ก็ว่าจำเลยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหาย อีกทั้งเพื่อจะช่วยบริษัทสี่พระยาการพิมพ์ จำกัด และนายประชามีให้ต้องโทษจากการกระทำความผิดของตนอีกด้วย

คำพิพากษาเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหาในสองส่วน คือ ส่วนแรก ปัญหาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของพนักงานอัยการคลาดเคลื่อนไปจากมาตรฐานการสั่งคดีของพนักงานอัยการหรือไม่ นั่น คดีนี้ศาลเข้ามาควบคุมการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ โดยพยายามวางเกณฑ์มาตรฐานในการสั่งคดีของพนักงานอัยการว่า มีเหตุผลอันสมควรเพียงพอหรือไม่ที่จะนำผู้ต้องหาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อให้ศาลวินิจฉัยขั้นสุดท้ายว่า ผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานการสั่งคดีของพนักงานอัยการไว้ แต่ปล่อยให้เป็นแดนแห่งดุลพินิจของพนักงานอัยการซึ่งต้องรับผิดชอบดำเนินคดีในนามของรัฐ ไม่ใช่ในนามของผู้เสียหาย การใช้ดุลพินิจสั่งคดีของพนักงานอัยการ จึงเป็นการพิจารณาว่าคดีมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพียงพอหรือไม่ ที่จะนำผู้ต้องหาเข้าสู่กระบวนการเพื่อให้ศาลวินิจฉัยมูลความผิดของผู้กระทำผิดนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักการดำเนินคดีอาญาของไทยที่ใช้ระบบกล่าวหาด้วย มิใช่ว่าคดีมีมูลเพียงเล็กน้อยหรือพยานหลักฐานไม่มีน้ำหนักเพียงพอฟังลงโทษผู้ต้องหา ก็นำผู้ต้องหาไปฟ้องหรือทดลองฟ้องเพื่อให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าจำเลยผิดหรือไม่ผิดเท่านั้น แม้แต่เกณฑ์ในการพิจารณาในการพิจารณาว่าคดีมีมูลเพียงพอที่จะฟ้องหรือไม่นั้น การใช้ดุลพินิจในการพิจารณาสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องจะต้องมีการพิจารณาพยานหลักฐานของฝ่ายผู้กล่าวหาและข้อต่อสู้ของฝ่ายผู้ต้องหาและ

พยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนรวบรวมได้เองประกอบกัน พนักงานอัยการบางคนอาจให้นำหนักไปที่ผลของคดีในชั้นศาลเป็นหลักกว่าคดีในลักษณะนี้ ตามพยานหลักฐานและข้อกฎหมายมีโอกาสที่ศาลจะลงโทษจำเลยได้หรือไม่ หากเห็นว่า ไม่เพียงพอที่จะสั่งไม่ฟ้อง แนวคิดนี้เป็นไปในทางเสรีนิยม เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ถูกกล่าวหา ในขณะที่พนักงานอัยการบางคนอาจให้นำหนักพิจารณาเพียงแค่ว่า คดีในชั้นของตนมีมูลเพียงพอที่จะกล่าวหาหรือไม่เป็นหลัก ส่วนในชั้นศาลพยานหลักฐานจะเพียงพอพิสูจน์หรือไม่ เป็นเรื่องรองลงไป ซึ่งเป็นแนวคิดในทางอำนาจนิยม มุ่งคุ้มครองอำนาจรัฐให้เป็นที่เกรงขาม จึงเป็นการยากที่จะกล่าวได้โดยรวมว่า แนวคิดใดเป็นสิ่งที่ถูกต้องที่สุด เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับดุลพินิจในการกระทำทางตุลาการ (judicial discretion) อย่างหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือเรียกว่าการกระทำกึ่งตุลาการ (quasi-judicial act) ซึ่งกฎหมายกำหนดกลไกในการตรวจสอบไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145 และมาตรา 145/1 และคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการก็ไม่ได้ตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีอาญาด้วยตนเอง

และส่วนที่สอง ปัญหาว่า ถ้าหากการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวมีความคลาดเคลื่อน หรือโดยมิชอบเกิดขึ้นจริง ก็อาจเป็นเพียงเรื่องความปรับบทกฎหมายไปด้วยความรู้ความเข้าใจของเจ้าพนักงานด้วยความสุจริต ข้อเท็จจริงในคำพิพากษาบับเต็มของคดีนี้ ก็ยังไม่ปรากฏพยานหลักฐานสนับสนุนว่าจำเลยมีเจตนาใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนหรือบิดผันอำนาจอย่างไร และมีเจตนามุ่งร้ายกลับแกล้างเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างไร การที่เจ้าพนักงานจะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ ศาลจะต้องค้นหามูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจที่แท้จริงออกมาได้ว่า จำเลยได้มีเจตนาใช้ดุลพินิจไปโดยมีมูลเหตุจูงใจที่มีลักษณะมุ่งร้าย หรือกลับแกล้างผู้อื่น กล่าวคือ ต้องพิสูจน์ว่ามีสาเหตุอะไรที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้จำเลย ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานใช้อำนาจดุลพินิจโดยกลับแกล้างหรือมุ่งร้ายต่อผู้หนึ่งผู้ใด และสาเหตุดังกล่าวมีน้ำหนักเพียงพอหรือไม่ ที่น่าเชื่อว่าจำเลยมีมูลเหตุจูงใจที่จะใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนเพื่อมุ่งร้ายหรือกลับแกล้าง แต่ศาลกลับไม่มีพยานหลักฐานรับฟังสนับสนุนเชื่อมโยง แต่กลับไปนำเอาอัตวิสัยของศาลที่เห็นว่าจำเลยใช้อำนาจดุลพินิจคลาดเคลื่อนไปจากมาตรฐานที่ควรจะเป็น ซึ่งเป็นเรื่องขององค์ประกอบในทางภาวะวิสัย มาถือว่าเป็นมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจที่แท้จริงของจำเลยซึ่งเป็นองค์ประกอบในทางอัตวิสัย อันเป็นคนละเรื่องกัน และไม่ใช่วินิจฉัยที่จะตีความขยายความได้ คดีนี้จึงเห็นว่าศาลปรับใช้หลักเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษคลาดเคลื่อนไปจากหลักกฎหมายอาญาที่มีอยู่อย่างมาก

## 6.2.2 การค้นหาเจตนากระทำผิดทางอาญาจากมูลเหตุชกุงใจของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ ในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบ

เจตนาของผู้กระทำนั้น “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” (acta exterior indicant interiora secreta) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในการพิสูจน์เจตนาของบุคคล ซึ่งในความเป็นจริง “เจตนาเป็นสภาพจิตใจของบุคคล ที่หากบุคคลนั้นไม่พูดออกมาตรงๆ ว่าเขามีเจตนาอย่างไร ก็ไม่มีทางที่จะล่วงรู้เจตนาเขาได้โดยตรง”<sup>32</sup> โดยสภาพของมูลเหตุชกุงใจอยู่ในความคิดของบุคคลเป็นสิ่งที่ผู้อื่นไม่อาจล่วงรู้ได้ หากผู้อื่นจะล่วงรู้สิ่งที่อยู่ในใจของผู้กระทำ ก็เป็นเพียงการอนุมานจากการกระทำบนพื้นฐานที่ว่า การกระทำเป็นเครื่องบ่งชี้เจตนาเท่านั้น<sup>33</sup>

ในการจะค้นหาเจตนากระทำผิดในทางอาญาในกรณีที่เกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ มีความยุ่งยากกว่าการค้นหาเจตนากระทำผิดในการใช้อำนาจผูกพัน หรือการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป ที่ไม่มีลักษณะของการใช้อำนาจมาก เนื่องจากในการใช้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเสรีภาพในการปรับใช้กฎหมายและเลือกมาตรการทางกฎหมายได้หลายอย่าง ซึ่งสามารถอ้างว่าตนได้กระทำไปโดยอยู่ในขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ โดยสามารถแสดงเหตุผลของการใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางกว่าการใช้อำนาจผูกพันซึ่งจะหาข้ออ้างได้จำกัดกว่า แม้ข้ออ้างหรือเหตุผลของเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจฟังไม่ขึ้นในแง่ของการควบคุมตรวจสอบคุณภาพของการใช้อำนาจดุลพินิจ และพบเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยดุลพินิจในลักษณะต่างๆ อันสามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่ก็ยังประสบปัญหาต่อการที่จะค้นหามูลเหตุชกุงใจที่แท้จริงเพื่อกำหนดความรับผิดในทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจที่มิชอบ ในลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม โดยหลักการแล้ว การจะค้นหาเจตนากระทำผิดในทางอาญาในกรณีที่เกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ก็จะต้องดูว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจดุลพินิจมีมูลเหตุชกุงใจและความประสงค์ในใจในการทำนิติกรรมทางปกครองออกไปอย่างไร

ในทางอาญา มูลเหตุชกุงใจทั่วไป (motive) ไม่มีผลทางกฎหมาย และเป็นคนละส่วนกับเจตนา (intent) และยังมีมูลเหตุชกุงใจพิเศษหรือเจตนาพิเศษ (specific intent) ซึ่งเป็นมูลเหตุ

<sup>32</sup> Gounot, Leprincipe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l' individualisme juridique, (1912), p.16.

<sup>33</sup> กนกศักดิ์ พ่วงลาภ, “ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ : ศึกษาในกรณีการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.80.

จูงใจที่กฎหมายมุ่งเน้นเป็นพิเศษในการคุ้มครองผู้กระทำหรือฐานความผิดบางอย่าง<sup>34</sup> ในทางกฎหมายปกครอง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองออกมาโดยมิชอบย่อมมีมูลเหตุจูงใจ (le but) และความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในใจ (mobile) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเองในทางอัตวิสัย (subjective) เช่นเดียวกัน ดังนั้น ในส่วนของการศึกษาเพื่อหาความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง กับเจตนาในทางอาญาในกรณีนี้เพื่อป้องกันความสับสน จึงขอรวมเอากรณีของมูลเหตุจูงใจ (le but) และความประสงค์ในใจ (le mobile) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีแง่มุมที่ต่างกันเพียงเล็กน้อยเป็นสิ่งที่เดียวกันเสีย และในบทนี้ในส่วนใดที่กล่าวถึงความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในจิตใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครอง ก็ให้หมายถึงมูลเหตุจูงใจด้วย เพื่อที่จะนำมาใช้เป็นฐานค้นหาเจตนาในทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบต่อไป

ที่ผ่านมาได้มีผู้ที่ศึกษาเกี่ยวกับการค้นหาความประสงค์ในใจ (mobile) ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อตรวจสอบความมุ่งหมายในการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองไว้บ้างแล้ว เพื่อตรวจสอบว่านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่<sup>35</sup> แต่ผู้ศึกษายังไม่ได้ศึกษาลงรายละเอียดในส่วนของการค้นหาเจตนากระทำผิดอาญาจากความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจดังกล่าว เพื่อนำไปสู่ความรับผิดทางอาญาด้วย ดังนั้น ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์นี้ ทำให้เราทราบว่า การใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองในกรณีที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่อำเภอกใจหรือบิดเบือนอำนาจในลักษณะจงใจและไม่สุจริต ซึ่งความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองออกมา จึงเป็นสิ่งที่แสดงออกได้ถึงเจตนาในการกระทำด้วย การค้นหาเจตนาจากความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีลักษณะบิดเบือนดังกล่าวสามารถตรวจสอบได้จากสิ่งเหล่านี้

6.2.2.1 การค้นหาเจตนากระทำผิดทางอาญาจากมูลเหตุจูงใจที่ปรากฏในเหตุผลประกอบการออกนิติกรรมทางปกครอง

โดยปกติในการออกนิติกรรมทางปกครองเป็นหนังสือนั้น โดยหลักต้องถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเหตุผลซึ่งต้องแสดงออกถึงมูลเหตุทั้งในส่วนของการข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ที่ผลักดันให้เกิดการใช้ดุลพินิจตัดสินใจใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเสมอ ในกรณีของคำสั่งทาง

<sup>34</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 12, น.107-110. (เข็คอีกที)

<sup>35</sup> ธีระ สุธีวรานุกร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 11, น. 87-100.



ปกครองบางกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจออกนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองออกมา โดยไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบด้วย ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลตามคำขอ และไม่กระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลอื่น หรือเหตุผลนั้นเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก หรือ เป็นกรณีที่ต้องรักษาความลับ หรือเป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ในกรณีหลังนี้หากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งก็จะต้องแสดงเหตุผลในการออกคำสั่งนั้นด้วย เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองอย่างน้อยก็ต้องประกอบไปด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อเท็จจริงในการใช้ดุลพินิจ<sup>36</sup> (พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 35, 37) โดยเฉพาะในกรณีเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณี เช่น การไม่รับคำขอ ไม่อนุญาต ไม่รับรอง ไม่รับอุทธรณ์ หรือไม่รับจดทะเบียน หรือเป็นการเพิกถอนสิทธิ หรือคำสั่งทางปกครองอื่นๆ ที่มีลักษณะกระทบสิทธิหรือจำกัดสิทธิของผู้รับคำสั่ง ก็จะต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งด้วย<sup>37</sup>

อย่างไรก็ตาม การค้นหามูลเหตุจูงใจจากเหตุผลประกอบนิติกรรมทางปกครองนั้นมีข้อจำกัด คือสามารถค้นหาได้เพียงเหตุผลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องการแสดงออกมาเท่านั้น และสามารถตรวจสอบเพื่อทราบได้เพียงว่า นิติกรรมทางปกครองมีเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขอบอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองครบถ้วนหรือไม่ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความมุ่งหมายในการออกนิติกรรมทางปกครองตรงกับความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างไร ที่เป็นแรงผลักดันให้มีการใช้ดุลพินิจตัดสินใจออกนิติกรรมทางปกครอง (motif) เจ้าหน้าที่ของรัฐมีวัตถุประสงค์หรือเนื้อความอย่างไรในการออกคำสั่ง (l'objet) ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ และการตรวจสอบว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ อันจะทำให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ เพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบในทางปกครองเท่านั้น ในการค้นหามูลเหตุจูงใจ (le but, the motive) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ จึงขึ้นอยู่กับว่าเจ้าหน้าที่ที่มีการแสดงเหตุผลประกอบมาก

<sup>36</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 35, 37.

<sup>37</sup> ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง คำสั่งทางปกครองที่ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม 2543 ซึ่งออกตามความมาตรา 37 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

น้อยแค่นั้นเพียงใดเท่านั้น และในความเป็นจริงเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐของรัฐจะเปิดเผยมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงที่อยู่ในจิตใจของตนเองผ่านออกมาทางเหตุผลประกอบ จึงเป็นปัญหาในการตรวจสอบว่ามูลเหตุจูงใจที่แสดงออกตามเหตุผลประกอบการออกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวนั้นจะเป็นมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงหรือความประสงค์ใจ (le mobile) ที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ ดังนั้น การค้นหาเจตนาในทางอาญาจากมูลเหตุจูงใจที่เป็นความประสงค์ใจโดยแท้ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้จึงยังไม่เพียงพอ จำเป็นต้องค้นหาโดยวิธีการอื่นประกอบด้วย

6.2.2.2 การค้นหาเจตนากระทำผิดทางอาญาจากมูลเหตุจูงใจในการเลือกใช้มาตรการต่างๆ ในนิติกรรมทางปกครอง

มาตรการต่างๆ ในนิติกรรมทางปกครองเป็นสภาพการณ์ภายนอกอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจนำมาพิจารณาได้ว่าองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีความประสงค์ในใจ เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายเช่นใด<sup>38</sup> ในกรณีที่กฎหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจใน ส่วนของการเลือกใช้มาตรการหรือผลทางกฎหมาย การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจเลือกใช้มาตรการใด มาตรการหนึ่งในบรรดามาตรการทั้งหลายที่กฎหมายให้อำนาจ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในกรณี เฉพาะเรื่อง หรือเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด อาจเป็นตัวชี้ อันหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทาง ปกครองได้

โดยปกติในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจให้ฝ่ายปกครอง เลือกใช้มาตรการต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดให้เหมาะสมกับกรณีเฉพาะเรื่อง หรือเพื่อให้บรรลุความมุ่ง หมายซึ่งประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลนั้น ศาลวางแนวมาตรฐานในการตรวจสอบว่า การใช้อำนาจดุลพินิจต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความได้ สัดส่วน (Principle of Proportionality) ที่เรียกร้องโดยพื้นฐานว่า การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นจะต้องมี ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการที่ฝ่ายปกครองกับเป้าหมายที่คาดว่าจะได้รับ ดังสำนวนใน ภาษาเยอรมันว่า “เราไม่ควรยิงนกด้วยปืนใหญ่” ซึ่งตรงกับภาษาฝรั่งเศสว่า “เราไม่ควรฆ่าแมลงวัน ด้วยค้อนไฟฟ้า” หรือในสำนวนไทยคือ “ชี้ช้างจับตั๊กแตน” อันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองจะต้องไม่ ใช้อำนาจดุลพินิจกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบกับ เป้าหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง นอกจากการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการ และเป้าหมายดังกล่าวแล้ว หลักความได้สัดส่วนยังนำข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของการใช้อำนาจมา

<sup>38</sup> ธีระ สุธีวรานุกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 91.

ประกอบการพิจารณาด้วย กล่าวคือ จะต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนเหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมาย และการตัดสินใจที่นำไปสู่การเลือกวิธีการ<sup>39</sup> ซึ่งหลักความได้สัดส่วนยังประกอบไปด้วยหลักการย่อย 3 ประการ ได้แก่ หลักความสามารถในการบรรลุผลหรือหลักแห่งความเหมาะสม (geeignet, principle of suitability) หลักแห่งความจำเป็น (principle of necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of Proportionality in the narrow sense)<sup>40</sup> โดยเฉพาะในกรณีที่มีมาตรการที่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจลุล่วงไปได้อยู่หลายมาตรการด้วยกัน

อย่างไรก็ตาม การค้นหามูลเหตุจูงใจจากการใช้ดุลพินิจเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายนั้น ในความเป็นจริงคงเป็นเพียงการตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่กับกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นเรื่องของการควบคุมตรวจสอบเหตุผลของการใช้อำนาจดุลพินิจในทางปกครองในทางภาวะวิสัยว่า มาตรการใดสามารถบรรลุผลสัมฤทธิ์ได้ตามความมุ่งหมายของกฎหมายมากที่สุด โดยที่เกิดความเสียหายแก่เอกชนน้อยที่สุดหรือไม่เท่านั้น หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจไปโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่สอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วน อันเป็นเหตุให้การใช้ดุลพินิจบกพร่อง กรณีนี้ก็ยังมีข้อจำกัดในการชี้ให้เห็นถึงมูลเหตุจูงใจของการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิตินกรรมทางปกครองโดยการปิดป้องอำนาจ ว่ามีเจตนากระทำผิดอาญาได้โดยตรงอย่างไร การจะค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจในส่วนของการใช้ดุลพินิจเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายผิดพลาด คงเป็นเพียงเหตุการณ์หนึ่งที่จะนำไปประกอบกับการค้นหามูลเหตุจูงใจในการออกนิตินกรรมทางปกครองในกรณีอื่นๆ ต่อไปเท่านั้น เนื่องจากการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในทางอาญานั้น จะต้องมื่อน้ำหนักรับฟังได้มั่นคงปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามฟ้องหรือไม่ด้วย

<sup>39</sup> เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 36-40.

<sup>40</sup> โปรตตุ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, (กรุงเทพฯ : พี.เค.พรีนติ้งเฮาส์, 2531), น. 206-208., และ “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, บทบัญญัติ, เล่ม 47, ตอน 1, (มีนาคม 2534), น. 61-65, .

6.2.2.3 การค้นหาเจตนากระทำผิดทางอาญาจากมูลเหตุจูงใจจากพฤติการณ์แวดล้อมในการออกนิติกรรมทางปกครอง

มีบางกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองได้โดยไม่ต้องแสดงเหตุผลประกอบ และมีบางกรณีเช่นกันที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ได้กำหนดมาตรการไว้ ในการตรวจสอบความประสงค์ในใจของเจ้าหน้าที่จากสภาพการณ์ภายนอกอีกอย่างหนึ่ง ที่เป็นข้อพิจารณาได้ ก็คือพฤติการณ์แวดล้อมของการออกนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง<sup>41</sup>

ที่จริงหากพิจารณาในแง่พยานหลักฐานแล้ว ตำนานนิติกรรมทางปกครองนั่นเองไม่ว่าจะเป็นในส่วนของเนื้อความ เหตุผลในการออกนิติกรรม หรือมาตรการที่เลือกใช้ให้มีผลทางกฎหมายแก่กรณี ล้วนเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่ง (ซึ่งหมายถึง พยานหลักฐานชั้นที่ดีที่สุดในบรรดาพยานหลักฐานทั้งหลายที่มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงข้อหนึ่ง)<sup>42</sup> ทั้งสิ้น เพราะเป็นสิ่งที่ปรากฏข้อเท็จจริงออกมาชัดเจนในตัวของมันเองซึ่งส่วนใหญ่จะมีหลักฐานเป็นหนังสือ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำขึ้นอันมีความหมายตามลายลักษณ์อักษร แต่เนื่องจากตำนานนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง มีข้อจำกัดต่อการค้นหามูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นเรื่องในทางอ้อมโดยเฉพาเพื่อค้นหาเจตนาของเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีชอบเพื่อกำหนดความรับผิดชอบกระทำผิดอาญา ในการค้นหามูลเหตุจูงใจจึงต้องอาศัยพยานแวดล้อมกรณีทั้งหลาย ซึ่งเป็นพยานชั้นสองแทน ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่น มาประกอบกันกับพฤติการณ์ที่ได้จากการตรวจสอบจากเหตุผลในการออกนิติกรรมทางปกครอง และมาตรการทางกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกใช้ใช้อำนาจออกมา

การค้นหามูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจดุลพินิจในออกนิติกรรมทางปกครอง โดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อม หรือที่ในทางกฎหมายลักษณะพยาน เรียกว่า “พยานแวดล้อมกรณี” (circumstantial evidence) หมายถึง พยานที่ไม่ได้แสดงข้อเท็จจริงที่จะพิสูจน์โดยตรง แต่อาจทำให้ศาลอนุมานได้ว่า ข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์จะพิสูจน์นั้นมีอยู่หรือไม่<sup>43</sup> ข้อจำกัดของการค้นหามูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในการ

<sup>41</sup> อีระ สุธีวรังกูร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, น. 94.

<sup>42</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 440/2539 พร้อมหมายเหตุทำฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษาคำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา.

<sup>43</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น. 41.

ออกนิติกรรมทางปกครองนี้ แม้แต่ในทางศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเองก็ยังคงต้องตระหนักและยอมรับพยานหลักฐานทางอ้อมลักษณะนี้<sup>44</sup> รวมทั้งพยานหลักฐานที่เป็นเพียงข้อสันนิษฐานหลายอย่าง<sup>45</sup> เพื่อควบคุมตรวจสอบว่ามีการออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยการบิดเบือนอำนาจหรือไม่

เมื่อมีข้อจำกัดในการค้นหามูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการออกนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบจากตัวนิติกรรมทางปกครองโดยตรง เพื่อกำหนดความรับผิดทางอาญา ศาลในคดีอาญาของไทยจึงต้องค้นหาเอาจากหลักเกณฑ์ต่างๆ ขององค์กรฝ่ายปกครองว่าเกณฑ์ในการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างไร การใช้ดุลพินิจตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวควรเป็นอย่างไร แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐกลับปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะเรื่องอย่างไรที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ และคำเบิกความของพยานบุคคลหลายปากที่รู้เห็นพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง จนศาลรับฟังได้มั่นคงว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจำเลยมีสาเหตุโกรธเคืองกับโจทก์หลายเรื่อง และอนุมานได้ว่าสาเหตุดังกล่าวเป็นมูลเหตุจูงใจทำให้จำเลยในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ นำผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน เป็นเหตุให้มีการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะเป็นการมุ่งร้าย กลับแก่งแย่งออกคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นโทษแก่โจทก์ ซึ่งเป็นกรณีที่โจทก์พิสูจน์ได้ถึงเจตนาพิเศษของจำเลยที่มีลักษณะเป็นการคิดร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น<sup>46</sup> ตัวอย่างของการค้นหามูลเหตุจูงใจและเจตนาในการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ โดยจงใจและไม่สุจริต จากการพิจารณาพยานแวดล้อมในการออกนิติกรรมทางปกครองได้ตามนิติวิธีของกฎหมายอาญา คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7663/2543 อำนาจของอธิบดีกรมอัยการ หรืออัยการสูงสุดในเรื่องเกี่ยวกับการปกครองบังคับบัญชาข้าราชการอัยการ ซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชา เป็นอำนาจของทางราชการฝ่ายบริหารโดยเฉพาะการใช้อำนาจลักษณะนี้ เป็นเรื่องของผู้บังคับบัญชาจะพึงใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งการหรือเลือกกระทำตามที่เห็นว่าเหมาะสมโดยศาลไม่แทรกแซงซึ่งมีความหมายว่า เมื่อผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจไปในทางใดแล้ว ศาลต้องยอมรับนับถือโดยไม่รับฟ้องคดีที่ขอให้เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขดุลพินิจดังกล่าวตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่จำเลยอ้างมา แต่การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย คือต้องมีใช่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หลักการยอมรับนับถือนี้มีไขมีความหมายกว้างถึงขนาดว่าในเรื่องการ

<sup>44</sup> C.E. 2 fer. 1957, Castaing.

<sup>45</sup> C.E. 28 mars. 1945, Derouge ., C.E. 13 juillet 1962, conel. Henry.

<sup>46</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7663/2543.

ปกครองบังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจหรือโดยปราศจากเหตุผล ซึ่งถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ประการแรก การที่จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการแก่ประธาน ก.อ. ในการประชุม ก.อ. โดยจัดให้ข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ถึงที่ 15 อยู่อันดับสูงกว่าโจทก์ ทั้งที่บุคคลดังกล่าวอยู่อันดับต่ำกว่าโจทก์ก็ดี การที่จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการต่อประธาน ก.อ. ในการประชุม ก.อ. อีกสองครั้ง โดยจัดอันดับโจทก์ในลักษณะเดียวกันก็ดี เป็นการใช้ดุลพินิจ โดยมีชอบหรือไม่ และประการที่สอง ถ้าการกระทำของจำเลยเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จำเลยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือไม่

สำหรับข้อวินิจฉัยประการแรกที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบนั้นศาลฎีกาจะวินิจฉัยกรณีการประชุม ก.อ. ครั้งที่ 4/2533 ก่อนมีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาสามข้อ คือ ข้อแรก การแต่งตั้งข้าราชการอัยการให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตำแหน่งอัยการพิเศษฝ่ายมีการเสนอแต่งตั้งตามอาวุโสหรือไม่ ข้อที่สองหากมีการเสนอแต่งตั้งตามอาวุโสข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ถึงที่ 15 ตามตารางประวัติการปฏิบัติราชการเอกสารหมาย จ.21 มีอาวุโสอยู่อันดับต่ำกว่าโจทก์หรือไม่ และข้อที่สามหากบุคคลดังกล่าวมีอาวุโสอยู่อันดับต่ำกว่าโจทก์ เหตุใดจำเลยจึงจัดบุคคลดังกล่าวอยู่อันดับสูงกว่าโจทก์

ข้อเท็จจริงทั้งสามข้อนี้ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า การแต่งตั้งข้าราชการอัยการให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ รวมทั้งตำแหน่ง อัยการพิเศษฝ่ายมีการพิจารณาอาวุโสประกอบด้วย สำหรับในข้อที่สองที่ว่าข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ถึงที่ 15 ตามตารางประวัติการปฏิบัติราชการเอกสารหมาย จ.21 มีอาวุโสอยู่อันดับต่ำกว่าโจทก์หรือไม่ ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า สำหรับปีงบประมาณ 2533 ข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ถึงที่ 15 ตามตารางประวัติการปฏิบัติราชการ เอกสารหมาย จ.21 มีอาวุโสอยู่อันดับต่ำกว่าโจทก์ สำหรับข้อที่สามที่ว่าเหตุใดจำเลยจึงจัดให้ข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ถึงที่ 15 ดังกล่าวอยู่อันดับอาวุโสสูงกว่าโจทก์ ข้อเท็จจริงฟังได้ตามคำเบิกความของพยานจำเลยว่า ที่จำเลยเสนอให้ข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ถึงที่ 15 ตามตารางการปฏิบัติราชการเอกสารหมาย จ.21 อยู่สูงกว่าโจทก์เพราะจำเลยเปลี่ยนแปลงนโยบายให้ตำแหน่งอัยการพิเศษประจำเขตมีอาวุโสสูงกว่าตำแหน่งอัยการพิเศษประจำกรมที่โจทก์ดำรงอยู่ โดยสรุปข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ตามประเพณีการแต่งตั้งข้าราชการอัยการให้ดำรงตำแหน่งอัยการพิเศษฝ่ายมีการพิจารณาอาวุโสของข้าราชการอัยการที่ได้รับการแต่งตั้งประกอบด้วย ในปีงบประมาณ 2533 ข้าราชการอัยการตามตารางประวัติการปฏิบัติราชการเอกสารหมาย จ.21 อันดับที่ 9 ถึงที่ 15 อยู่อันดับต่ำกว่าโจทก์ แต่เมื่อจำเลยเป็นอธิบดีกรมอัยการ จำเลย เปลี่ยนนโยบายใหม่ให้ตำแหน่งอัยการพิเศษประจำเขตที่เคยเป็นตำแหน่ง ที่สับเปลี่ยนกันได้กับตำแหน่งอัยการพิเศษประจำกรมเป็นตำแหน่งที่สำคัญ และมีอาวุโสสูงกว่าตำแหน่งอัยการ

พิเศษประจำกรม เป็นผลให้บุคคล ที่ดำรงตำแหน่งอัยการพิเศษประจำเขตอยู่นั้นคืออันดับที่ 9 ที่ 10 ที่ 11 ที่ 12 ที่ 13 และที่ 15 ถูกจัดอันดับไว้สูงกว่าโจทก์ นอกจากนั้น มีการเสนอให้ข้าราชการอัยการอันดับที่ 14 ซึ่งรักษาการในตำแหน่งอัยการพิเศษฝ่ายช่วยเหลือทางกฎหมายเพื่อรับตำแหน่งอัยการพิเศษฝ่ายช่วยเหลือทางกฎหมาย ข้าราชการอัยการดังกล่าวจึงถูกจัดอันดับไว้สูงกว่าโจทก์เช่นกัน

ตำแหน่งอัยการพิเศษประจำเขตมีความสำคัญและควรมีอาวุโสกว่าตำแหน่งอัยการพิเศษประจำกรมที่ทำหน้าที่รองอัยการพิเศษฝ่าย จำเลยยอมกำหนดแนวนโยบายใหม่ได้เพียงแต่ว่าการเปลี่ยนแนวนโยบายดังกล่าวจะต้องอยู่ในขอบเขตแห่งความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือต้องอยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผลซึ่งวิญญูชนสามารถยอมรับได้ว่ามิใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงตามอำเภอใจ รวมทั้งต้องจัดให้มีการคุ้มครองแก่ผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงตามควรแก่กรณี การที่จำเลยจัดข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ที่ 10 ที่ 11 ที่ 12 ที่ 13 และที่ 15 ของตารางประวัติการปฏิบัติราชการเอกสารหมายเลข จ.21 ซึ่งเป็นอัยการพิเศษประจำเขตภายหลังโจทก์ แต่ยังคงดำรงตำแหน่งอัยการพิเศษประจำเขตอยู่ให้อยู่อันดับสูงกว่าโจทก์ ทั้งที่บุคคลทั้งหมกอายุโส ต่ำกว่าโจทก์ ย่อมเป็นผลให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมระหว่างโจทก์ซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นอัยการพิเศษประจำเขต การจัดอันดับของจำเลยกรณีนี้นอกจากเป็นผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากความสมเหตุสมผลแล้ว ยังเป็นผลให้ประวัติการทำงานของโจทก์ และข้อพิจารณาที่ว่าโจทก์เคยดำรงตำแหน่งเป็นอัยการพิเศษประจำเขตมาแล้ว เช่นเดียวกับบุคคลเหล่านั้นถูกละเลยไม่ได้รับการพิจารณาอีกด้วย จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ สำหรับการประชุม ก.อ. ครั้งที่ 8/2534 และครั้งที่ 9/2535 จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการโดยจัดอันดับของโจทก์ในลักษณะเดียวกันจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอีกเช่นกัน

สำหรับข้อวินิจฉัยประการที่สองที่ว่าจำเลยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือไม่ ศาลฎีกาเห็นสมควรแยกวินิจฉัยเป็นสองข้อ ข้อแรกคือ จำเลยมีสาเหตุส่วนตัวกับโจทก์หรือไม่ และข้อที่สอง หากจำเลยมีสาเหตุส่วนตัวกับโจทก์ ในการเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการ โดยจัดบุคคลอื่นที่มีอาวุโสต่ำกว่าโจทก์ไว้เป็นอันดับสูงกว่าโจทก์ เพราะจำเลยถือสาเหตุดังกล่าวหรือไม่ ในข้อแรกข้อวินิจฉัยนี้ ศาลฎีกาเห็นว่า สาเหตุส่วนตัวที่โจทก์อ้างว่า ข้อเท็จจริงรับฟังสรุปได้ว่าจำเลยมีสาเหตุส่วนตัวกับโจทก์จริง ในข้อที่สองของข้อวินิจฉัยนี้ คือข้อที่ว่า ในการเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการโดยจัดบุคคลอื่นที่มีอาวุโสต่ำกว่าโจทก์ไว้เป็นอันดับสูงกว่าโจทก์ เพราะจำเลยถือเอาสาเหตุส่วนตัวระหว่างโจทก์กับจำเลยดังกล่าวหรือไม่ ในข้อนี้มีพยานโจทก์เบิกความรับฟังได้ว่าโจทก์ถูกจำเลยกลั่นแกล้ง เพราะจำเลยไม่ชอบโจทก์เป็นการส่วนตัว ข้อสรุปที่ได้

จากคำเบิกความของพยานโจทก์ที่อนุমানว่าจำเลยถือเอาสาเหตุ ส่วนตัวมากเกินไปแกลังโจทก์ในการจัดอันดับบุคคลที่อาวุโสต่ำกว่าโจทก์ให้อยู่ ในอันดับสูงกว่าโจทก์มีเหตุผลน่ารับฟังและเชื่อได้ ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ว่า การที่จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการสำหรับการประชุม ก.อ. เพื่อพิจารณาแต่งตั้งข้าราชการอัยการให้ดำรงตำแหน่งอัยการพิเศษฝ่ายทั้งสามครั้ง โดยเสนอชื่อบุคคลที่อาวุโสต่ำกว่าโจทก์ไว้เป็นอันดับสูงกว่าโจทก์ก็เพราะจำเลยถือเอาสาเหตุที่จำเลยมีส่วนร่วมกับโจทก์

ศาลฎีกาเห็นว่า การที่จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการเอกสารหมายเลข จ. 21 แก่ประธาน ก.อ. ในการประชุม ก.อ. ครั้งที่ 4/2533 โดยจัดให้ข้าราชการอัยการอันดับที่ 9 ที่ 10 ที่ 11 ที่ 12 ที่ 13 และที่ 15 อยู่อันดับสูงกว่าโจทก์ทั้งที่ตามเอกสารหมายเลข จ.6 บุคคล ดังกล่าวอยู่ อันดับต่ำกว่าโจทก์ก็ดี การที่จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติ ราชการแก่ประธาน ก.อ. ในการประชุม ก.อ. ครั้งที่ 8/2534 และครั้งที่ 9/2535 โดยจัดอันดับทำนองเดียวกันกับการจัดตามเอกสาร หมายเลข จ.21 ก็ดี เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จึงเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และในการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบดังกล่าว จำเลยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ในฐานะที่จำเลยเป็นเจ้าของพนักงาน จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157,91 ตามฟ้อง ที่ศาลล่างทั้งสองพิพากษายกฟ้องโจทก์ส่วนนี้ ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย

หรือกรณีข้อเท็จจริงเรื่องหนึ่ง ซึ่งขณะที่ผู้เขียนรับราชการเป็นพนักงานอัยการในจังหวัดแห่งหนึ่งใกล้กับกรุงเทพมหานคร ผู้เขียนได้มีโอกาสมีส่วนร่วมในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดคดีหนึ่ง กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับแต่งตั้งในรูปคณะกรรมการ ให้มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างรถเกรตดินเพื่อใช้ในงานของเทศบาล จึงได้มีการประกาศจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีประกวดราคา ปรากฏว่ามีผู้เสนอเข้ามาแข่งขันราคาจำนวน 3 ราย ในขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติ คณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า ผู้แข่งขันประกวดราคารายหนึ่งขาดคุณสมบัติเนื่องจากไม่มีศูนย์บริการ อยู่ใกล้หน่วยงาน อาจเกิดปัญหาในการนำรถไปซ่อมบำรุง และสเปกเครื่องยนต์น่าจะสิ้นเปลืองน้ำมัน เชื้อเพลิงมากกว่าของผู้แข่งขันรายอื่น และตัดผู้แข่งขันรายนี้ออก ผู้แข่งขันนี้ร้องขอความเป็นธรรม เข้ามาโดยอ้างว่าเหตุผลในการตัดผู้ร้องออกไป ไม่มีกำหนดไว้ในข้อกำหนดการจัดซื้อจัดจ้าง (TOR) ข้ออ้างในเรื่องสเปกเครื่องยนต์ไม่มีข้อมูลการตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญ และผู้แข่งขันรายที่สองไม่ใช่ผู้ ประกอบอาชีพขายรถเกรตดินตามข้อกำหนด TOR แต่เป็นเพียงบริษัทนายหน้า และไม่มีศูนย์บริการ อะไหล่ คณะกรรมการเสนอความเห็นผ่านนายกเทศมนตรีเสนอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อเห็นควรยก อุทธรณ์ และต่อมาผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณามีคำสั่งยกอุทธรณ์ตามความเห็นของนายกเทศมนตรี ผู้ ร้องจึงร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีกับคณะกรรมการ ฐานเป็นเจ้าของพนักงานร่วมกัน ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ซึ่งจากการสอบสวนและการสอบสวน



เพิ่มเติมได้ความว่า ข้ออ้างของผู้ร้องเป็นความจริงทุกประการ ในชั้นสอบสวนผู้ต้องหาทุกคนให้การปฏิเสธ และให้การว่าได้ใช้ดุลพินิจไปโดยชอบและมีเหตุผลโดยชอบแล้ว แต่ข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวนกลับกลายเป็นว่าข้ออ้างในเรื่องระยะทางศูนย์บริการไม่มีกำหนดไว้ในศูนย์บริการ และในความเป็นจริงการซ่อมบำรุงรถเกรดดินผู้ใช้รถไม่ต้องนำรถไปศูนย์บริการ แต่ผู้ขายจะส่งทีมช่างมาซ่อมบำรุงให้ ส่วนการบำรุงรักษาหรือการซ่อมเล็กๆน้อยๆ ผู้ใช้สามารถทำได้โดยอาศัยคู่มือประจำรถ ส่วนผู้แข่งขันรายที่สองเป็นเพียงผู้จำหน่ายเหล็กเส้นไม่ได้เป็นผู้ประกอบอาชีพจำหน่ายรถเกรดดิน ไม่มีศูนย์บริการ การที่คณะกรรมการยืนยันว่าผู้แข่งขันรายที่สองเป็นผู้ประกอบกิจการด้านนี้ ก็เพราะดูจากวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการตามหนังสือรับรองการจดทะเบียนบริษัทซึ่งระบุกิจการไว้เป็นจำนวนมาก เป็นข้ออ้างที่ไม่มีเหตุผลอย่างยิ่ง ข้ออ้างเรื่องสเปกเครื่องยนต์ว่าจะกินน้ำมันเชื้อเพลิงมากนั้น ก็เป็นเพียงความเห็นของผู้ต้องหาคนหนึ่งซึ่งเป็นนายช่างระดับ 5 ที่ให้ความเห็นไปตามประสบการณ์ของตน ไม่ได้มีการนำไปตรวจสอบโดยผู้เชี่ยวชาญ และผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นวิศวกรเครื่องกลหลายคนที่พนักงานสอบสวนมาก็ให้การว่า สเปกเครื่องยนต์ตามคู่มือของรถของผู้แข่งขันทุกรายอยู่ในมาตรฐานระดับเดียวกัน จากการสอบปากคำพนักงานเทศบาลอื่นๆ สองแห่งที่ได้จัดซื้อรถเกรดดินที่ผู้ร้องชนะการประกวดราคา ปรากฏว่าได้รับคำยืนยันว่ารถที่จัดซื้อมาใช้งานได้ติดมานานหลายปีและการซ่อมบำรุงรักษาไม่มีปัญหาใดๆ ข้อเท็จจริงในคดีจึงรับฟังได้อย่างชัดเจนว่าการใช้อำนาจดุลพินิจตัดผู้ร้องออกจากเป็นผู้แข่งขัน และไม่ตัดผู้แข่งขันรายที่สองที่ขาดคุณสมบัติทั้งที่ผู้ร้องก็ได้แจ้งข้อมูลให้ทราบแล้ว แต่คณะกรรมการก็ยังยืนยันว่าใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยขัดกับข้อเท็จจริงอย่างชัดแจ้ง และมีพฤติการณ์ที่รับฟังได้ว่าการกระทำของผู้ต้องหาทุกคนมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือให้ผู้แข่งขันรายที่สองเข้าไปเป็นคู่แข่งเทียม เพื่อให้ผู้แข่งขันรายที่ 1 ชนะการประกวดราคา ซึ่งต่อมาก็เป็นไปตามนั้น และตัดผู้ร้องออกไปเพื่อให้การกระทำบรรลุผลสำเร็จ การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบนี้ยังมีลักษณะเป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของการประกวดราคาที่มีไว้เพื่อประโยชน์ของทางราชการ ไปเป็นเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นเพื่อให้ได้รับประโยชน์ในทางทรัพย์สินจากการกระทำโดยมิชอบของผู้ต้องหา อันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือโดยทุจริต และมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้อง ซึ่งต่อมาศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษาลงโทษจำเลยทุกคนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งคดีนี้เห็นได้ว่า ต้องใช้พยานหลักฐานในคดีหลายอย่างที่รับฟังร่วมกัน จึงสามารถพิสูจน์ได้ถึงถึงการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบของเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และยังสามารถพิสูจน์ได้ถึงอวัสัยของผู้ใช้อำนาจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ ซึ่งสัมพันธ์เชื่อมโยงไปในส่วน เจตนาพิเศษ “โดยทุจริต” และ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ได้ด้วย

### 6.3 ความรับผิดชอบทางอาญาจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายในแต่ละกรณี

#### 6.3.1 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบกรณีเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

การใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นเป็นการชอบหรือมิชอบก็ตาม บางกรณีอาจเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นได้ โดยเฉพาะในกรณีการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นเป็นการจำกัดสิทธิหรือมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคล ในระบบกฎหมายอาญาของไทยหากการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้กรณีอาจเกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลอื่น ก็ไม่เป็นความผิดอาญาเพราะเป็นเหตุยกเว้นความผิด (justification)<sup>47</sup> หรือไม่ครบองค์ประกอบความผิด

ตัวอย่างกรณี มาตรา 165 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือคำสั่ง ซึ่งได้สั่งเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ป้องกันหรือขัดขวางมิให้การเป็นไปตามกฎหมายหรือคำสั่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ความผิดฐานนี้กำหนดให้เจ้าพนักงานมีอำนาจผูกพันต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือคำสั่ง ซึ่งได้สั่งเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีเหตุได้รับการยกเว้นตามกฎหมาย หรือมีอำนาจดุลพินิจในกรณีอื่นใดแล้ว เจ้าพนักงานก็มีหน้าที่ต้องใช้อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือคำสั่งนั้นๆ แต่หากเจ้าพนักงานไปกระทำผิดหน้าที่และมีเจตนาป้องกันหรือขัดขวางมิให้การเป็นไปตามกฎหมายหรือคำสั่งนั้นก็จะมีความผิดฐานนี้ทันที ดังนั้น หากเจ้าพนักงานมีอำนาจดุลพินิจตามกฎหมายและไม่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบแล้ว แม้เกิดความเสียหายขึ้น ก็ไม่เป็นความผิดฐานนี้ ตัวอย่างกรณีนี้ เช่น

กรณีที่เจ้าพนักงานตามกฎหมายราชทัณฑ์มีอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาพักโทษหรือลดวันต้องโทษ ให้แก่ผู้ต้องถูกจำคุกตามคำพิพากษาและหมายจำคุกคดีถึงที่สุดของศาล เป็นเหตุให้การจำคุกเปลี่ยนแปลงไปจากที่ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งในหมายจำคุก เจ้าพนักงานย่อมไม่มีความผิดฐานนี้เพราะมีอำนาจดุลพินิจตามกฎหมาย หรือกรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1158/2508 ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นเจ้าพนักงานการพิมพ์ซึ่งถอนใบอนุญาตหนังสือพิมพ์ของโจทก์ ต่อมากระทรวงขอให้พิจารณาตามที่กรมตำรวจเสนอให้เปิดดำเนินการได้ แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่าควรรอดูความ

<sup>47</sup> คำอธิบายของอาจารย์จิติ ดิงศภัทย์, อ่างไว้ใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, รวบรวมโดย ดิเรก ครอบสมาคม, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), น. 27.

ประเพณีของโจทก์ไปก่อน เป็นการที่จำเลยใช้ดุลพินิจปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ มิได้ขัดขวางมิให้การดำเนินการไปตามกฎหมาย หรือคำสั่งแต่อย่างใด จึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 165

ปัญหาว่าในส่วนของความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้ดุลพินิจจะมีผลต่อความรับผิดทางอาญาของเจ้าพนักงานหรือไม่นั้น จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบทั้งในบทเฉพาะและบททั่วไป บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความเสียหายไว้ 3 กรณี คือ

1) ความผิดที่ต้องการผลของการกระทำ เช่น ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือ ทำให้สูญหายหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินหรือเอกสารที่ตนปกครองรักษาอยู่ ตามมาตรา 158 ซึ่งหากไม่เกิดผลเสียหายดังกล่าวจากการกระทำความผิดดังกล่าว ก็จะเป็นความผิดเพียงฐานพยายามกระทำความผิด

2) ความผิดที่ต้องอาศัยเจตนาพิเศษ เช่น “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ตามมาตรา 157 “เพื่อจะแกล้งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องรับโทษ รับโทษหนักขึ้น หรือต้องถูกบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย” ตามมาตรา 200 ซึ่งองค์ประกอบความผิดในลักษณะนี้เป็นเรื่องของเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง เพื่อจะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น แต่ไม่จำเป็นต้องเกิดผลเสียหายขึ้นจริงก็เป็นความผิดแล้ว ความผิดเหล่านี้ไม่ได้กำหนดให้ผลเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย

3) ความผิดที่ต้องมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย กรณีที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบความผิดในส่วนที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (objektive bedingung der strafbarkeit ; la condition objective de la punissabilité)<sup>48</sup> มี 2 ลักษณะ คือ

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลของการกระทำ เช่น ความผิดตามมาตรา 151 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สินใด ๆ ใช้อำนาจในตำแหน่งโดยทุจริต อันเป็นการเสียหายแก่รัฐ เทศบาล สุขาภิบาลหรือเจ้าของทรัพย์สินนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ซึ่งในกรณีถ้อยคำที่ขีดเส้นใต้นี้ เป็นการกำหนดเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลของการกระทำ ซึ่งอาศัยผลเสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่

<sup>48</sup> โปรตตุ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), น. 109-115. และทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552), น.22-29.

อาศัยผลของการกระทำนี้ เป็นการลงโทษตามภาวะวิสัยที่ก่อให้เกิดผล โดยที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาของการกระทำ แม้ผู้กระทำไม่เจตนาให้เกิดผล หากแต่เมื่อเป็นผลธรรมดาที่อาจเกิดขึ้นได้ตามหลักในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบตามผลที่เกิดขึ้นนั้น จึงไม่ขึ้นกับเจตนา<sup>49</sup>

(2) เจื่อนไซแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่อาศัยผลของการกระทำ เช่น ความผิดตามมาตรา 160 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน มีหน้าที่รักษาหรือใช้ดวงตราหรือรอยตราของราชการหรือของผู้อื่น กระทำการอันมิชอบด้วยหน้าที่ โดยใช้ดวงตราหรือรอยตรานั้น หรือโดยยินยอมให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งในกรณีถ้อยคำ “ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย” นี้ ไม่เกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำแต่เป็นพฤติการณ์ประกอบกรกระทำ (เจื่อนไซแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่อาศัยผลของการกระทำ) และไม่จำเป็นต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริง

ดังนั้น โดยสรุปแล้ว หากการปฏิบัติหน้าที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ แม้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด เจ้าพนักงานนั้นย่อมไม่มีความรับผิดชอบอาญา เพราะมีเหตุยกเว้นความผิด หรือเพราะไม่ครบองค์ประกอบความผิดดังที่กล่าว ส่วนในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในการปฏิบัติหน้าที่นั้น หากบทกฎหมายฐานความผิดใดไม่ได้กำหนดว่าเป็นการกระทำที่ต้องอาศัยผลของการกระทำ หรือไม่ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดในส่วนที่เป็นเจื่อนไซแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยในส่วนของผลเสียหายแล้ว แม้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบอาจเกิดความเสียหายขึ้น แต่ความเสียหายก็ไม่ใช่เจื่อนไซที่จะพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงาน จึงต้องไปดูองค์ประกอบความผิดในส่วนอื่นแทน

### 6.3.2 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบโดยมีเจตนาธรรมดากระทำความผิดในบทเฉพาะ

ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจในความผิดบทเฉพาะ ซึ่งไม่ได้กล่าวถึงเจตนาพิเศษ หากพิจารณาในเนื้อหาของกรกระทำข้อเท็จจริงได้ความว่า การใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานเป็นไปโดยมิชอบหรือมีความผิดพลาดเกิดขึ้น การจะมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการกระทำไปโดยมีเจตนากระทำผิดทางอาญาในฐานความผิดบทเฉพาะนั้นหรือไม่ (เจตนาธรรมดา) เพราะหากการใช้ดุลพินิจกระทำไปโดยเจ้าพนักงานเชื่อว่าตนกระทำไปโดยชอบด้วยอำนาจหน้าที่แล้ว แต่กรณีกลับเป็นการตีความกฎหมายคลาดเคลื่อนไป หรือใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยใช้

<sup>49</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, เพิ่งอ้าง, น. 25-26.

กระบวนการขั้นตอนในการออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ถูกต้อง ที่มีใช่เป็นการมีเจตนาบิดเบือนกระบวนการ แม้ฟังว่าการใช้ดุลพินิจนั้นมีความผิดพลาดหรือมิชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่ถือว่ามีเจตนาในการกระทำความผิด และในปัจจุบันการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำไปโดยไม่มีเจตนาหรือโดยประมาทเลินเล่อ (นอกจากความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานกระทำให้ผู้ที่อยู่ในระหว่างคุมขังหลุดพ้นจากการคุมขังไปโดยประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 205) กฎหมายไทยก็ยังไม่ได้กำหนดให้มีความรับผิดทางอาญา แต่อาจเป็นเรื่องของความรับผิดทางละเมิดและทางวินัยเท่านั้น

ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดบทเฉพาะในกลุ่มเป็นฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในลักษณะต่างๆ นั้น ส่วนใหญ่เป็นการกำหนดความผิดกรณีการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบต่างๆ ไปตามที่ได้รับมอบหมาย หรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจผูกพันดังที่ได้กล่าวไปแล้วทั้งสิ้น กรณีที่ความผิดบทเฉพาะอาจจะเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น มีอยู่เป็นเพียงบางมาตรา เช่น

ตามมาตรา 164 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน รัฐหรืออาจรู้ความลับในราชการ กระทำโดยประการใด ๆ อันมิชอบด้วยหน้าที่ ให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ความผิดบทนี้ หากเจ้าพนักงานกระทำการให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับในราชการโดยมิชอบด้วยหน้าที่ หรือโดยไม่มีอำนาจหน้าที่ตามระเบียบกฎหมายให้เปิดเผยความลับ และการกระทำให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับนั้น เป็นการกระทำโดยมีเจตนาธรรมดา คือ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และรู้ข้อเท็จจริงว่าสิ่งนั้นเป็นความลับอันเป็นองค์ประกอบความผิด โดยประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผล เจ้าพนักงานผู้นั้นย่อมมีความผิดฐานนี้ทันที

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเจ้าพนักงานผู้นั้นเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณามีคำสั่งอนุญาตให้เปิดเผยหรือไม่ให้เปิดเผยข้อมูลความลับของทางราชการ ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารทางราชการบางประเภท เช่น ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 14 หรือการเปิดเผยข้อมูลที่ต้องคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน ตามมาตรา 15 ในกรณีเช่นนี้ จะเห็นว่ากฎหมายกำหนดถ้อยคำในองค์ประกอบส่วนเหตุ ที่มีความหมายไม่แน่นอนตายตัวหรือไม่เจาะจง ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจวินิจฉัยว่า ข้อมูลข่าวสารใดมีลักษณะตามมาตราทั้งสองหรือไม่ และหากเห็นว่าเป็นข้อมูลข่าวสารที่เปิดเผยได้ กฎหมายก็ยังให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ด้วย

ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจผิดพลาดมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลใดที่มีลักษณะเป็นข้อมูลตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 ไป หรือมีคำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดเผย หรือกำหนดเงื่อนไขการเปิดเผยโดยไม่เหมาะสม โดยตนเข้าใจว่าดุลพินิจของตนเป็นไปโดยถูกต้อง จะถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีเจตนากระทำผิดอาญานี้ยังมีได้ เว้นแต่พยานหลักฐานพิสูจน์ได้ปราศจากข้อสงสัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองไป โดยรู้สำนึกในการกระทำและมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้น โดยการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ามีความผิดพลาดอย่างร้ายแรง ซึ่งบุคคลที่อยู่ในภาวะเช่นเจ้าพนักงานผู้กระทำจะไม่มีทางกระทำเช่นนั้น การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในระดับนี้ จึงย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองที่จะไม่เป็นความผิดในบทเฉพาะ ที่องค์ประกอบความผิดอาศัยเพียงเจตนาธรรมดาในการกระทำผิด และโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นเจตนาในการกระทำผิดของจำเลยดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในกรณีไม่มีเจตนากระทำผิดจะไม่ถึงกับเป็นความผิดทางอาญานี้ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจมีความรับผิดทางวินัยได้ หากเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อระเบียบแบบแผนของทางราชการในเรื่องที่เกี่ยวข้อง เพราะองค์ประกอบความผิดทางวินัยมีหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างไป

### 6.3.3 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่ามูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจและเจตนา อาจแยกพิจารณาจากกันได้ ในการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิตินิรนามทางปกครอง โดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ในทางอาญาจึงอาจต้องแยกได้เป็นสองส่วนคือ การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นเป็นไปโดยชอบหรือไม่ และมีเจตนาพิเศษเพื่อให้อื่นเกิดความเสียหายหรือไม่ ซึ่งฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจและเจตนาพิเศษเพื่อให้อื่นเสียหายนี้ คงมีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 (ส่วนแรก) และมาตรา 200 วรรคสอง เนื่องจากบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้มีความหมายกว้างแต่มาตรา 200 มีความหมายแคบกว่ามาตรา 157 ดังนี้

#### 1) การใช้ดุลพินิจกระทำการโดยชอบ โดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด...”

มาตรา 200 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี พนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญาหรือจัดการให้เป็นไปตามหมายอาญา กระทำการ

หรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ...เพื่อจะแก่งแย่งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องรับโทษ รับโทษหนักขึ้น หรือต้องถูกบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย...”

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดในมาตราทั้งสองจะเห็นได้ว่า การใช้ดุลพินิจกระทำการหรือปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานจะเป็นความผิดทั้งสองมาตรานี้ได้ จะต้องเป็นกรณีเป็นการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเท่านั้นจึงจะมีความรับผิดได้ การที่เจ้าพนักงานได้ใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้ว จึงยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดทั้งสองฐานนี้ แม้อาจพิสูจน์ได้ว่าเจ้าพนักงานจะมีอคติหรือความรู้สึกเป็นปรปักษ์อยากให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายก็ตาม แต่ถึงแม้กรณีเจ้าพนักงานจะไม่มีอคติหรือความรู้สึกที่เป็นปรปักษ์เลย เจ้าพนักงานก็จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจไปในลักษณะเดียวกัน การกระทำของเจ้าพนักงานจึงขาดองค์ประกอบภายนอก ทำให้ไม่เป็นความผิดอาญา กรณีเช่นนี้จึงคล้ายกับกรณีเจ้าพนักงานมีอคติหรือมุ่งร้ายในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย แต่เจ้าพนักงานก็ยังใช้อำนาจผูกพันไปโดยชอบ ก็ขาดองค์ประกอบความผิดเช่นกัน

## 2) การใช้ดุลพินิจกระทำการโดยมิชอบ โดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจออกนิตินิยมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นส่วนหนึ่งของบรรดาการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะเดียวกันการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบก็ได้หลายลักษณะ แต่การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบที่สอดคล้องกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา น่าจะหมายถึงการใช้ดุลพินิจที่บิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) โดยมีความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจเพื่อประโยชน์ส่วนตนปะปนเข้ามา หรือไม่ใช่เพื่อประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด ในการออกนิตินิยมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างจงใจด้วยความมุ่งร้ายหรือโดยทุจริต เช่น เพื่อกลั่นแกล้งผู้รับคำสั่ง หรือไม่สุจริต (ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ทุจริต”) จึงจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามนัยแห่งประมวลกฎหมายมาตรา 157 ด้วย<sup>50</sup> เนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบดังกล่าวมีลักษณะร้ายแรงและกระทบต่อคุณธรรมของกฎหมายอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งมุ่งคุ้มครองความสะอาดบริสุทธิ์แห่งการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น แม้ว่าศาลปกครองจะยกความไม่ชอบในลักษณะใดๆ เป็นเหตุเพื่อเพิกถอนนิตินิยมทางปกครองที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่า การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบในกรณีอื่น หรือการใช้ดุลพินิจที่บิดเบือน

<sup>50</sup> พัสสน ตันติเตมิต, “ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 147-148.

อำนาจที่มีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตน แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน เพียงแต่ดุลพินิจนั้นอาจคลาดเคลื่อนไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ หรืออาจเกิดจากการเลือกความเห็นที่อาจผิดพลาดไป จะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เสมอไปไม่

นอกจากนั้น การใช้ดุลพินิจที่บิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตนปะปนเข้ามา หรือไม่ใช่เพื่อประโยชน์มหาชน เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด จะต้องเป็นกรณีที่ครอบคลุมความผิด ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งมีบทบัญญัติที่กว้างขวางเป็นการทั่วไปหรือที่เรียกว่า “มาตรากวาดทอง” (sweeping section) จึงมักถูกนำมาใช้ในการกล่าวหาฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐมากที่สุด เนื่องจากหากเป็นความผิดบทยเฉพาะแล้ว มักเป็นความผิดตามมาตรา 157 ซึ่งเป็นบททั่วไปด้วย แต่ศาลมักจะลงโทษบทยเฉพาะ โดยการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 157 ได้จะต้องมีเจตนาพิเศษ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดด้วย ซึ่งก็ตรงกับหลักการที่ควรจะเป็นกับการจะนำมาใช้ในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจในการออกนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบ ชนิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาได้ หากศาลในคดีอาญาจะตีความขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

โดยหลักการในการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่เป็นเจ้าพนักงาน แม้เป็นการมิชอบหากบุคคลดังกล่าวกระทำไปโดยสุจริตและไม่มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใด บุคคลดังกล่าวย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 157 ซึ่งเจตนาพิเศษนี้ แม้ซ่อนเร้นอยู่ในจิตใจก็สามารถพิสูจน์ได้จากพฤติการณ์ต่างๆ ตามหลักกรรมชี้เจตนา<sup>51</sup> ดังนั้น ในการใช้ดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาอย่างไรนั้น เห็นว่าการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ มีรายละเอียดที่มากกว่าการใช้ดุลพินิจการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับใช้มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือมาตรา 123/1 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 รวมทั้งกฎหมายอื่นที่บทบัญญัติทำนองเดียวกัน ซึ่งเป็นความผิดบททั่วไปของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มีกรณีปัญหาพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมากที่สุด เพราะมักมีการกล่าวหาโดยใช้บทบัญญัติทั่วไปนี้เป็นหลักในการ

<sup>51</sup> วิชัย วิวิตเสวี และคณะ, ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ที่พึงของคนไร้เส้น, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บ้านพระอาทิตย์, 2548), น.117.



ดำเนินคดีอาญากับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เหตุที่เป็นปัญหามากเพราะว่า องค์ประกอบความผิดฐานนี้ นอกจากมีความหมายกว้างแล้ว ในการพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจในลักษณะใดจึงจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เพราะมีองค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำ และต้องมีเจตนาพิเศษด้วยจึงจะเป็นความผิด ดังนั้น ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาของการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ จึงต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ส่วน คือ พิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นการมิชอบหรือไม่ หากเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ยังต้องพิจารณาต่อไปว่า การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบนั้น มีเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” หรือไม่ด้วย ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 7663/2543 แม้ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 27 บัญญัติให้เป็นอำนาจของประธานคณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) ที่จะเสนอ ก.อ. ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งข้าราชการอัยการนอกจากตำแหน่งอัยการผู้ช่วยแต่จำเลยซึ่งเป็นอธิบดีกรมอัยการหรืออัยการสูงสุดในฐานะผู้บังคับบัญชาของข้าราชการอัยการทั่วประเทศในการใช้อำนาจบริหารงานบุคคลยังมีอำนาจเสนอตารางประวัติการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาเพื่อประกอบการพิจารณาในการปฏิบัติหน้าที่ของประธาน ก.อ. รวมทั้งมีอำนาจเสนอเรื่องต่อ ก.อ. ดังที่บัญญัติไว้ในข้าราชการอัยการ จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของจำเลย

อำนาจของอธิบดีกรมอัยการหรืออัยการสูงสุดในเรื่องนี้มีลักษณะเป็นอำนาจในเชิงดุลพินิจที่อาจเลือกวินิจฉัยหรือเลือกกระทำได้หลายอย่างที่ชอบด้วยกฎหมาย การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของอธิบดีกรมอัยการหรืออัยการสูงสุดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 นี้ นอกจากหมายถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการกระทำนอกขอบเขตแห่งอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจประการหนึ่ง ที่เป็นการกระทำฝ่าฝืนต่อวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้นประการหนึ่ง และที่เป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอีกประการหนึ่งแล้ว ยังหมายถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอีกด้วย การใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาสั่งการหรือเลือกกระทำตามที่เห็นว่าเหมาะสมโดยศาลไม่แทรกแซงนั้น หมายความว่า เมื่อผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจไปในทางใดแล้ว ศาลต้องยอมรับการใช้ดุลพินิจนั้น แต่การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องมิใช่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ มิใช่การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ หรือโดยปราศจากเหตุผล

การแต่งตั้งข้าราชการอัยการให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ รวมทั้งตำแหน่งอัยการพิเศษฝ่ายนั้นมีการพิจารณาอาวุโสประกอบ การที่จำเลยเสนอตารางประวัติการปฏิบัติราชการแก่ประธาน ก.อ. เพื่อแต่งตั้งอัยการพิเศษฝ่ายโดยเสนอชื่อบุคคลที่มีอาวุโสต่ำกว่าโจทก์ไว้เป็นอันดับสูง

กว่าโจทก์ถึงสามครั้งเพราะถือเอาสาเหตุที่จำเลยมีสาเหตุส่วนตัวกับโจทก์ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จึงเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและในการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบดังกล่าว จำเลยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ในฐานะที่จำเลยเป็นเจ้าพนักงานจำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, 91

คำพิพากษาฎีกาที่ 2105/2544 จำเลยเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สั่งพักราชการโจทก์ซึ่งเป็นปลัดกระทรวงพาณิชย์ โดยปราศจากเหตุอันสมควรด้วยเหตุที่บริษัท ฮ. ฟ็องโจทก์ เป็นคดีอาญาข้อหาเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และศาลชั้นต้นสั่งประทับฟ้องต่อมานายกรัฐมนตรีมีคำสั่งให้จำเลยยกเลิกคำสั่งพักราชการโจทก์และมีคำสั่งให้โจทก์กลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิม ซึ่งขณะนั้นตำแหน่งยังว่างอยู่ จำเลยสามารถสั่งให้เข้ารับราชการได้ทันที แต่จำเลยกลับเสนอขอกำหนดตำแหน่งที่ปรึกษา เพื่อจะให้โจทก์เข้ารับราชการในตำแหน่งดังกล่าว และได้ทำหนังสือถึงนายกรัฐมนตรี ขอให้ทบทวนคำสั่งทั้งที่จำเลยเป็นนักกฎหมายและมีประสบการณ์ในการทำงานราชการมามาก ทั้งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 126 วรรคสาม ระบุไว้ว่า เมื่อนายกรัฐมนตรีสั่งการแล้วจะอุทธรณ์ต่อไปอีกมิได้ จำเลยมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเท่านั้น แม้คำสั่งดังกล่าวไม่ได้กำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติไว้ แต่ก็ต้องปฏิบัติตามในเวลาอันสมควร ทั้งการปฏิบัติตามก็กระทำได้ง่าย แต่จำเลยกลับปล่อยให้ล่วงเลยถึง 7 เดือน จึงมีคำสั่งให้โจทก์กลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิม ซึ่งเหลือเวลา 15 วัน โจทก์จะครบเกษียณอายุ แสดงว่าจำเลยมีเจตนาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 (เรื่องนี้จำเลยพยายามต่อสู้ว่า จำเลยใช้อำนาจเสนอนายกรัฐมนตรีทบทวนความเหมาะสมในการแต่งตั้งโจทก์กลับเข้ารับตำแหน่งเดิมหรือควรให้เป็นตำแหน่งที่ปรึกษา แต่ศาลเห็นว่าจำเลยไม่มีเหตุผลที่จะอ้างเช่นนั้น และศาลเห็นว่าตามพฤติการณ์ที่น่าสืบ จำเลยมีเจตนาเกลี้ยกล่อมโจทก์ไม่ให้กลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิม)

ในบางกรณีการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมีลักษณะเลือกปฏิบัติและก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ศาลก็ถือว่าการกระทำที่มีลักษณะเช่นนี้จำเลยกระทำไปโดยน่าจะมีเจตนาร้ายอยู่ในตัว เพราะการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมอาจเป็นการกระทำที่มีมูลเหตุจงใจ อันเห็นได้ชัดว่ามีเจตนาเพื่อให้มีผลเกิดเป็นความเสียหายแก่โจทก์ ซึ่งการวินิจฉัยเจตนาพิเศษของจำเลยในระดับนี้ แม้วาน้ำหนักของเจตนาประสงค์ต่อผลเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดลดระดับลง แต่ก็นับว่ายังอยู่ในขอบเขตที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีเจตนาพิเศษ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายโดยตรง เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 7728 - 7731/2544 โจทก์ทั้งสี่มาปฏิบัติราชการทำการสอน นักศึกษาตามกระบวนวิชาที่ได้รับมอบหมาย โจทก์ทั้งสี่จึงมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าตอบแทนพิเศษแม้ โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 4 จะไม่ลงเวลาทำงานตามระเบียบว่าด้วยการลงเวลาอันเป็นการผิดระเบียบก็ตาม ก็ เป็นเรื่องคนละส่วนกันกับเรื่องที่จะต้องไปดำเนินการตามระเบียบข้าราชการพลเรือนอีกส่วนหนึ่ง ต่างหาก หากได้กระทบถึงสิทธิอันมีอยู่โดยชอบในการรับเงินค่าตอบแทนพิเศษของโจทก์ทั้งสี่แต่อย่างใด ไม่ ทั้งแบบฟอร์มก็เป็นแบบฟอร์มที่ให้จำเลยในฐานะหัวหน้าภาควิชารับรองการปฏิบัติราชการของ อาจารย์ในภาควิชาไม่ใช่หลักฐานรับรองการลงเวลาปฏิบัติงาน จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องรับรองการปฏิบัติ ราชการของโจทก์ทั้งสี่และไม่มีสิทธิขีดฆ่าชื่อโจทก์ทั้งสี่ออกจากแบบฟอร์มการเบิกจ่ายเงินค่าตอบแทน พิเศษได้ นอกจากนี้จำเลยในฐานะหัวหน้าภาควิชาซึ่งมีหน้าที่รับรองการปฏิบัติราชการเพื่ออนุมัติเบิก จ่ายเงินค่าตอบแทนพิเศษ จะต้องปฏิบัติกรในส่วนดังกล่าวตามหลักเกณฑ์โดยเคร่งครัดด้วยความ เทียงตรงและเสมอภาค แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่า จำเลยก็รับรองการปฏิบัติราชการและทำเรื่อง ขออนุมัติเบิกจ่ายเงินค่าตอบแทนพิเศษให้อาจารย์อื่นซึ่งไม่ได้ลงชื่อในบัญชีลงเวลาการปฏิบัติราชการ ของข้าราชการเช่นเดียวกัน แสดงว่าจำเลยไม่ใช่หลักเกณฑ์ในการพิจารณารับรองการปฏิบัติราชการ เช่นเดียวกับที่ใช้กับโจทก์ทั้งสี่ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นการปฏิบัติหน้าที่อันก่อให้เกิดความ เสียหายแก่โจทก์ทั้งสี่ในการที่จะได้รับเงินค่าตอบแทนพิเศษซึ่งโจทก์ทั้งสี่มีสิทธิโดยชอบที่จะได้รับ ดังนั้น การที่จำเลยไม่รับรองการปฏิบัติราชการของโจทก์ทั้งสี่ และขีดฆ่าชื่อโจทก์ทั้งสี่ออกจาก แบบฟอร์มการเบิกจ่ายเงินค่าตอบแทนพิเศษ เพื่อขออนุมัติเบิกจ่ายในงวดประจำเดือนตามฟ้องของ โจทก์ทั้งสี่ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติและก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ทั้งสี่ดังกล่าว ถือได้ว่าจำเลย ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ทั้งสี่ อันเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

#### 6.3.4 การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมีเจตนาทุจริต

การใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต กับดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต ไม่เหมือนกันทีเดียว เพราะคำว่า “โดยไม่สุจริต” นั้นมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “โดยทุจริต” มาก ในทางกฎหมายนั้น คำว่าโดยทุจริต มีค่านิยามไว้ตามมาตรา 1 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า หมายถึง “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” นั่นคือการ ทุจริตเป็นการมุ่งเน้นไปที่การแสวงหาประโยชน์อันมีควรได้ แต่คำว่า “โดยไม่สุจริต” นั้น อาจไม่ได้ มุ่งเน้นไปที่การแสวงหาประโยชน์อันมีควรได้ก็ได้ แต่อาจเกิดจากเจตนาร้าย หรือโดยมีอคติอย่างใด อย่างหนึ่ง คำว่า “โดยไม่สุจริต” มาจากคำตรงข้ามกับคำว่า “โดยสุจริต” อันเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ “หลักสุจริต” ที่เป็นหลักการที่สำคัญอันหนึ่งในหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3

กรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต นั้น ในทางอาญาอาจแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบในเนื้อหาของการทำงานนิติกรรมทางปกครอง แต่มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบไปด้วย หรือปะปนเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ด้วย เช่น มีการเรียกรับหรือรับทรัพย์สิน ผลประโยชน์จากบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพื่อแลกกับการปฏิบัติหน้าที่หรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้ขอได้รับความสะดวกรวดเร็ว ลัดชั้นตอนขึ้น ซึ่งบุคคลจะได้รับประโยชน์จากการใช้อำนาจนั้น (ทำนอง “ค่าน้ำร้อนน้ำชา” หรือบางครั้งเรียกว่า “กินตามน้ำ”) เช่นนี้แม้การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ศาลอาจไม่สามารถชี้ถึงความไม่ชอบของการกระทำ หรือไม่อาจสั่งให้เพิกถอนการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ แต่การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นย่อมถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ซึ่งต้องมีความรับผิดทางอาญา เพราะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความสะอาดบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐในระดับสูงสุด

(2) เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในเนื้อหาของการทำงานนิติกรรมทางปกครอง (เจตนาไม่สุจริตและมีการบิดเบือนการใช้ดุลพินิจในเนื้อหาของการทำงาน) และมีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบไปด้วย หรือปะปนเข้ามาในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ด้วย โดยอาจเป็นเรื่องของการนำผลประโยชน์ส่วนตัว ที่ผู้ใช้ดุลพินิจจะได้จากการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นเหตุชักจูงใจนั้นโดยตรง ซึ่งหากมิได้มีมูลเหตุชักจูงใจในลักษณะดังกล่าว ก็จะไม่มีการใช้อำนาจดุลพินิจที่เอื้อประโยชน์เช่นนั้น เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12909/2557 จำเลยเป็นเจ้าของงานได้ลงลายมือชื่อออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 ก.) ให้แก่ ด. ซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของจำเลย โดยไม่ได้ตรวจสอบความถูกต้องว่า ด. ยื่นขอออก น.ส.3 ก ถูกต้องตรงต่อความเป็นจริงหรือไม่ และทำให้ ด. ได้ไปซึ่ง น.ส.3 ก ดังกล่าวโดยไม่มีสิทธิได้รับ ถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับผู้อื่น จำเลยจึงมีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตาม ป.อ. มาตรา 157

กรณีเช่นนี้ ผลแห่งการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อาจมีลักษณะของการบิดเบือนอำนาจที่ไม่สุจริตอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจถูกฟ้องให้เพิกถอนได้ ในขณะเดียวกันในส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ก็ต้องถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตด้วย ซึ่งต้องมีความรับผิดทางอาญาฐานทุจริตต่อหน้าที่ ส่วนจะผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยหรือไม่ นั้น ไม่อาจดูเพียงแค่ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอย่างเดียวเท่านั้น ต้องไปดู

เจตนาพิเศษว่าเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือไม่ด้วย จึงจะทำให้เกิดความรับผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ด้วย

องค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 มีสององค์ประกอบแยกกัน คือฐานเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งกล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อน และฐานเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ซึ่งองค์ประกอบในส่วนนี้ไม่ปรากฏคำว่า “โดยมิชอบ” เพราะสาระสำคัญของความผิดอยู่ที่การมีเจตนาทุจริต ดังนั้นไม่ว่าการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่จะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่หรือไม่ หากเจ้าพนักงานกระทำการโดยทุจริต (เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น) ย่อมเป็นความผิดฐานนี้<sup>52</sup> อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตอาจมีความเกี่ยวพันกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 148, 149 เมื่อการกระทำของเจ้าพนักงานเป็นความผิดตามมาตรา 148 หรือ 149 แล้ว ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 157 ไปในตัว แต่ความผิดตามมาตรา 148, 149 เป็นความผิดที่เป็นบทเฉพาะ ส่วนความผิดตามมาตรา 157 เป็นบททั่วไป ดังนั้น เมื่อการกระทำของเจ้าพนักงานเป็นความผิดตามมาตรา 148 หรือมาตรา 149 แล้วจึงไม่จำเป็นต้องปรับบทความผิดในมาตรา 157 อีก<sup>53</sup>

ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต มีอยู่หลายมาตราทั้งบททั่วไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน และบทเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น

-มาตรา 147 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน มีหน้าที่ซื้อ ทำ จัดการหรือรักษาทรัพย์สิน เปียดบังทรัพย์สินนั้นเป็นของตน หรือเป็นของผู้อื่นโดยทุจริต หรือโดยทุจริตยอมให้ผู้อื่นเอาทรัพย์สินนั้นเสีย...”

-มาตรา 148 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานใช้อำนาจในตำแหน่งโดยมิชอบ ช่มชื่นใจหรือจูงใจเพื่อให้บุคคลใดมอบให้หรือหามาให้ซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ตนเองหรือผู้อื่น...”

-มาตรา 149 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ สมาชิกสภาจังหวัด หรือสมาชิกสภาเทศบาล เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือ

<sup>52</sup> จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2548), น. 272.

<sup>53</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1170/2542, 1532/2543, 1749/2545.

ผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่...”

ข้อแตกต่างของมาตรา 148 และมาตรา 149 คือ ความผิดตามมาตรา 148 เป็นเรื่องที่เจ้าพนักงานมีเจตนามาแต่แรกที่จะกระทำทุจริตโดยใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ เช่น กรณีเจ้าพนักงานท้องถิ่นแจ้งนาย ก. ว่า อาคารของนาย ก. ชัดกับกฎกระทรวงที่ออกตามความกฎหมายควบคุมอาคารทั้งหมด ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้และจะต้องถูกรื้อถอนทั้งหมด ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วอาคารของนาย ก. มีส่วนที่ขัดต่อกฎกระทรวงเพียงเล็กน้อย และเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้ แล้วเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้เรียกเงินหรือทรัพย์สินแลกกับการไม่ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ส่วนความผิดตามมาตรา 149 เป็นเรื่องที่เจ้าพนักงานเริ่มต้นใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ของตนโดยชอบแล้วกลับทุจริตภายหลัง เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ฝ่าฝืนกฎกระทรวงทั้งอาคารซึ่งไม่แก้ไขให้ถูกต้องได้ตามอำนาจหน้าที่ แล้วเรียกหรือรับทรัพย์สินแลกกับการเก็บเรื่องไม่ดำเนินคดีต่อ เป็นต้น

โดยสรุป จึงอาจกล่าวได้ว่า การค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเป็นความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อมูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ โดยจงใจและไม่สุจริต คือมีลักษณะเป็นการมุ่งร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น หรือโดยทุจริต ซึ่งเป็นขอบเขตของความรับผิดชอบทางอาญาของการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ที่สอดรับกันทั้งในทางกฎหมายปกครองและกฎหมายอาญาของประเทศไทย ฝรั่งเศส และอังกฤษ

## บทที่ 7

### วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง กับความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

#### 7.1 ปัญหาการกำหนดความเชื่อมโยงระหว่างการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในการทำนิติกรรม ทางปกครองกับความรับผิดทางอาญา

การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น ที่จริงเป็นปัญหาในทางปกครอง อันเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ เพื่อให้บรรลุถึงหลักการใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันต่อกฎหมาย โดยเป็นหลักประกันว่าการใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองออกไปกระทบสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนหรือปัจเจกชน ต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองในกรณีอื่น แต่โดยปกติแล้วการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของดุลพินิจ เป็นการตรวจสอบในทางภาวะวิสัยซึ่งสามารถมองเห็นได้จริง โดยศาลจะกำหนดขอบเขตของการเข้าควบคุมอำนาจดุลพินิจในระดับที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อมิให้เป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะต้องมีอิสระในการวินิจฉัยและสั่งการตามสมควร อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในบางกรณีมีความเชื่อมโยงไปสู่ความรับผิดทางอาญาได้ ก่อนที่จะวิเคราะห์ถึงความเชื่อมโยงดังกล่าว บทวิเคราะห์ในบทนี้จึงจะเริ่มจากปัญหาการแยกแยะความรับผิดทางอาญาของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ กับการใช้อำนาจโดยมิชอบในกรณีอื่นเสียก่อนดังนี้

##### 7.1.1 ปัญหาการแยกแยะความรับผิดทางอาญาของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบกับ การใช้อำนาจโดยมิชอบในกรณีอื่น

จากการศึกษาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการหลักๆ พบว่าการใช้อำนาจในเงื่อนไขความสมบูรณ์แต่ละประการนั้น จะทำให้เราสามารถแยกแยะได้ว่าการใช้อำนาจในเงื่อนไขความสมบูรณ์แต่ละเรื่อง เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจหรือไม่ กล่าวคือ

เงื่อนไขความสมบูรณ์ประการแรก คือ เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วย 3 เงื่อนไขย่อย ได้แก่ เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขความสมบูรณ์

เกี่ยวกับขั้นตอนวิธีการของการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น ถือเป็นภาระเงื่อนไขในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการให้ความสำคัญแก่ความสามารถของผู้ทำนิติกรรม และระเบียบแบบแผนทางราชการ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของการบริหารที่ดี (bonne administration) และเพื่อให้เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด มิฉะนั้นแล้วการทำนิติกรรมทางปกครองก็จะอยู่ภายใต้อำเภอใจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองไป โดยที่ไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง ย่อมทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ และในบางกรณีนั้นอาจทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับเป็นโมฆะเลยก็ได้ เช่น นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยองค์กรใช้อำนาจตามกฎหมาย และในบางกรณีความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองนั้น อาจแก้ไขให้สมบูรณ์ภายหลังได้ภายในเงื่อนไขและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น การออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับการจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่ง เป็นต้น ดังนั้น การใช้อำนาจในส่วนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก ส่วนใหญ่จึงไม่มีประเด็นในเรื่องที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจหรือไม่ดุลพินิจ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอน หรือแบบของการทำนิติกรรมทางปกครองบางอย่าง จึงเป็นเรื่องของเหตุผลความจำเป็นที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีตามสภาพการณ์เท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า ในส่วนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีแต่อำนาจผูกพันเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งหากมีการใช้อำนาจออกนิติกรรมไปโดยขัดต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอกทั้ง 3 กรณีนี้ มองในอีกนัยหนึ่งก็ถือว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจผูกพันโดยมิชอบ และเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ จึงไม่ใช่เรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ

เงื่อนไขประการที่สอง คือ เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับชอบอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง ประกอบด้วย 3 เงื่อนไขย่อย ได้แก่ เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาหรือเนื้อความของนิติกรรมทางปกครอง เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีอำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ส่วนนี้ได้ กล่าวคือ

1) การใช้อำนาจในส่วนของเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาหรือเนื้อความของนิติกรรมทางปกครองนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นเหตุให้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเกิดขึ้น ในบางกรณีองค์กรฝ่ายปกครองนอกจากจะมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่า



ควรออกนิติกรรมทางปกครองหรือไม่แล้ว ก็ยังมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจได้ด้วยว่าควรออกนิติกรรมทางปกครอง โดยกำหนดเนื้อความหรือเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองอย่างไรด้วย ซึ่งดุลพินิจในกรณีนี้เกิดขึ้นในส่วนองค์ประกอบส่วนผลของกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” โดยนักกฎหมายเห็นตรงกันว่าเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง

2) การใช้อำนาจในส่วนเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง นั้นอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ใช้อำนาจในการทำนิติกรรม ซึ่งเป็นแรงผลักดันให้เกิดการใช้อำนาจ โดยในการออกคำสั่งหรือทำนิติกรรมทางปกครองใดๆ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องค้นหาฐานในทางกฎหมาย ว่าตนมีอำนาจในการออกคำสั่งหรือไม่ จึงเป็นเงื่อนไขความมีอยู่ของมูลเหตุว่าถูกต้องและเพียงพอหรือไม่ ในการพิสูจน์ถึงอำนาจในการทำนิติกรรมของฝ่ายปกครอง ซึ่งในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงในองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย ด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่แน่นอน (Indefinite legal concepts) ประเภทที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงก่อน อาจทำให้บางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถมีดุลพินิจให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือปรับบทกฎหมายที่เป็นที่ยุติแก่กรณีเฉพาะเรื่อง โดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีไปก็ได้ ซึ่งดุลพินิจในส่วนนี้เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย”

3) สำหรับกรณีการใช้อำนาจในเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นเงื่อนไขที่มีไว้ตรวจสอบว่า การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องใช้อำนาจให้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนเท่านั้น จะใช้อำนาจให้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์เรื่องอื่น เช่น ประโยชน์ส่วนตัว ส่วนบุคคลหรือพวกพ้อง ลัทธิความเชื่อ ศาสนาหรือการเมืองที่ตนนับถือหรือชื่นชอบไม่ได้ และจะต้องให้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนเฉพาะด้านที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นด้วย มิฉะนั้น การใช้อำนาจทำนิติกรรมทางปกครองออกไป โดยมิได้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด ย่อมเป็นผลให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย และการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวเรียกว่า “การใช้อำนาจโดยบิดเบือน” ซึ่งแยกเป็น 2 กรณี

กรณีแรกคือ การบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir หรือ abuse of power) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง ไม่ว่าจะใช้อำนาจดุลพินิจนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยเนื้อหาหรือมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ โดยการบิดเบือนอำนาจจะมีอยู่แต่กรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจ

เท่านั้น ไม่มีอยู่ในกรณีที่เป็นแต่การใช้อำนาจผูกพัน และเป็นกรณีที่มีมุ่งไปพิจารณาในส่วนของความมุ่งหมายของการออกนิติกรรมทางปกครองเป็นหลัก

และกรณีที่สอง คือ การบิดเบือนขั้นตอนวิธีการ หรือการบิดเบือนกระบวนการ (le détournement de procédure หรือ abuse of procedure) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจเลือกขั้นตอนวิธีการที่ต่างไปจากวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย (but) ได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ เช่น กรณีที่มีการบรรจุแต่งตั้งข้าราชการจากการสอบแข่งขันขึ้นมาเพื่อหลอก เพื่อแก้ปัญหาการที่ศาลปกครองเคยพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการคนดังกล่าวไปก่อนหน้านี้ (C.E., 1994, C.N.P.T.) ซึ่งกรณีการใช้อำนาจโดยบิดเบือนขั้นตอนวิธีการนี้ ไม่ใช่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยตรง

การพิจารณาในแง่มุ่งของการใช้อำนาจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้งภายนอกและภายใน จะช่วยทำให้เราสามารถแยกแยะได้ว่า เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในส่วนตัวหรือขั้นตอนใด เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจดุลพินิจได้ และเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในส่วนตัวหรือขั้นตอนใด เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีอำนาจดุลพินิจได้ และหากมีอำนาจดุลพินิจจะเป็นดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจตัดสินใจ ซึ่งผลของการแยกแยะที่ได้ จะเป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยว่า การทำนิติกรรมทางปกครองออกไป โดยขัดกับเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในแต่ละเรื่อง เป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจผูกพันไปโดยมิชอบเป็นส่วนใหญ่ หรือเป็นกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขอบอำนาจ ซึ่งอาจมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยมิชอบหรือมีการบิดเบือนอำนาจได้

เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองนอกจากมีประโยชน์ในแง่ของเกณฑ์ในการพิจารณาความไม่สมบูรณ์ และผลของความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในแต่ละกรณีแล้วยังมีประโยชน์ในการแยกแยะได้ว่า การใช้อำนาจในเรื่องใด หรือในขั้นตอนใดเป็นเรื่องของอำนาจดุลพินิจหรืออำนาจผูกพัน เพื่อจะได้ทำการตรวจสอบความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองในแต่ละกรณีในทางปกครอง และพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของการใช้อำนาจทั้งสองกรณี ซึ่งโดยเนื้อหาของการใช้อำนาจมีความแตกต่างกัน ดังนั้น ในกรณีที่จะพิจารณาว่า การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะของการใช้อำนาจผูกพันและการใช้ดุลพินิจ กรณีใดถือเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ จึงต้องมีการแยกแยะ

เนื้อหาของการกระทำให้เกิดความชัดเจนเสียก่อน เพื่อจะได้เป็นฐานไปสู่การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาต่อไป

#### 7.1.2 ปัญหาการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบที่มีความรับผิดชอบทางอาญา

ในบรรดาการใช้อำนาจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขอบอำนาจนั้น การใช้อำนาจทำนิติกรรมทางปกครองที่ขัดกับเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง มีโอกาสที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้มากกว่าการใช้อำนาจที่ขัดกับเงื่อนไขอื่น ทั้งนี้ เพราะการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในเงื่อนไขความสมบูรณ์ที่เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง และการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในเงื่อนไขความสมบูรณ์ที่เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง เป็นเพียงเหตุในทางภาวะวิสัย หากผู้ใช้อำนาจกระทำไปโดยสุจริต หรือไม่มีเจตนากระทำผิด อันเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในทางอัตวิสัย หรือองค์ประกอบภายในในทางอาญา ย่อมไม่อาจกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาได้ เพราะขาดองค์ประกอบความผิด แต่อย่างไรก็ตาม กรณีใดที่การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยรู้สำนึกในการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจของตนแล้วว่า กระทำไปโดยมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น และเป็นใช้อำนาจโดยไม่สุจริต การใช้ดุลพินิจดังกล่าวที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบดังกล่าว ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองในทางอาญา โดยเฉพาะในความผิดบทยเฉพาะบางเรื่อง ที่องค์ประกอบความผิดอาศัยเพียงเจตนาธรรมดาในการกระทำ ความผิด เช่น

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 164 ฐานเป็นเจ้าพนักงานกระทำโดยประการใด ๆ อันมิชอบด้วยหน้าที่ ให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับในทางราชการ ซึ่งหากเจ้าพนักงานมีดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ร้องขอ การเปิดเผยข้อมูลตามขอบอำนาจย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด แต่หากมีการใช้ดุลพินิจเปิดเผยข้อมูลข่าวสารไปโดยไม่ชอบ ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารทางราชการบางประเภท เช่น ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 14 หรือการเปิดเผยข้อมูลที่ต้องคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน ตามมาตรา 15 เช่น ใช้ดุลพินิจเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์แก่ผู้ร้องขอไป โดยตนรู้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และมีเจตนากระทำผิด เจ้าพนักงานก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง และมีเจตนาไม่สุจริตก็อาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 164 ซึ่งเป็นความผิดบทเฉพาะที่อาศัยเจตนาธรรมดาได้ แต่ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เพราะความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต ตามมาตรา 157 จะต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชกุงใจด้วย อย่างไรก็ตาม หากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบดังกล่าว เป็นไปโดยความเผลอเรอ หรือโดยประมาท ย่อมขาดองค์ประกอบความผิดในส่วนองค์ประกอบภายในคือเจตนา แต่เจ้าพนักงานก็อาจมีความผิดทางวินัยได้

ส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจขัดต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยมีมูลเหตุชกุงใจ (le but, motive) ภายในจิตใจไปในทางบิดเบือนอำนาจนั้น ความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในจิตใจ (le mobile) ซึ่งเป็นตัวชกุงใจที่แท้จริงให้เกิดการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น อันเป็นเหตุในทางอติวิสัยที่เรียกว่ามูลเหตุชกุงใจ (le but, motive) ของผู้ทำนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะจงใจมุ่งร้ายหรือไม่สุจริต ก็จะเป็นสิ่งที่นำไปสู่ประเด็นความรับผิดส่วนตัวทางอาญาของผู้ทำนิติกรรมทางปกครองได้เช่นกัน แม้ว่าการใช้ดุลพินิจนั้นจะชอบด้วยเนื้อหาหรือไม่ก็ตาม หากแต่มีการบิดเบือนอำนาจ เพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวมิใช่เพื่อประโยชน์มหาชนตามที่กฎหมายกำหนด ก็อาจมีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ได้ การปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีลักษณะบิดเบือนอำนาจ จึงอาจก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ ทั้งในกรณีที่ใช้ดุลพินิจไปโดยชอบด้วยเนื้อหาหรือมูลเหตุชกุงใจ (ในทางภาวะวิสัย)

การบิดเบือนอำนาจหรือการใช้อำนาจผิดเจตนาธรรมของกฎหมายนี้ แนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษอาจเกิดขึ้นโดยจงใจเท่านั้น แต่นักวิชาการไทยและศาลไทยเห็นว่าอาจเกิดขึ้นโดยจงใจหรือไม่จงใจก็ได้ สำหรับการใช้อำนาจโดยมิชอบที่มีการบิดเบือนอำนาจหากเป็นกรณีที่เป็นไปโดยตั้งใจหรือจงใจ ก็อาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยอำเอใจได้หากกระทำไปโดยไม่สุจริต แต่ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญานั้น ต้องพิจารณาถึงมูลเหตุชกุงใจหรือความประสงค์ในใจของผู้ใช้อำนาจด้วย ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจออกไปไม่ว่าโดยจงใจหรือไม่จงใจบิดเบือนการใช้อำนาจ ที่ไม่จงใจเพราะความเข้าใจต่อกฎหมายคลาดเคลื่อนโดยสุจริตหรือไม่ เช่น อาจเข้าใจไปว่ากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจมีจุดประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอย่างหนึ่ง แต่ที่จริงแล้วกฎหมายดังกล่าวมีจุดประสงค์ที่จะให้ใช้ดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอีกอย่างหนึ่ง ดังนั้น ในกรณีที่ไม่งงใจ จึงไม่อาจเป็นความผิดทางอาญาได้เพราะขาดเจตนา ในบางกรณีเป็นการจงใจบิดเบือนการใช้อำนาจดุลพินิจแต่ทำไปด้วยความหวังดี เพื่อประโยชน์มหาชนด้านอื่นที่มีมิใช่เพื่อประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด เช่น เพื่อประหยัดงบประมาณของชาติ หรือเพื่อความรวดเร็วในการจัดทำบริการสาธารณะ ถ้ามูลเหตุชกุงใจหรือความประสงค์ในใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังเป็นไปโดยสุจริต มิได้มุ่งร้ายต่อ

ผู้ใด ก็ไม่เป็นความผิดอาญา แต่อาจมีความรับผิดทางวินัยหรือทางแพ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกิดความเสียหายเกิดขึ้นจากการบิดเบือนการใช้ดุลพินิจดังกล่าว

จากการศึกษาแยกแยะประเภทของการใช้อำนาจดุลพินิจออกเป็นหลายประเภทหลายแง่มุม พบว่าการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีทั่วไปที่ผู้ใช้อำนาจมีเจตนาธรรมดา คือรู้สึกลังการที่กระทำไปโดยประสงค์ต่อผลหรือย่อมนิ่งเห็นผลว่าตนกำลังใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และผู้กระทำได้กระทำไปโดยไม่สุจริต ก็อาจเป็นความผิดอาญาในบทเฉพาะที่เกี่ยวข้องที่อาศัยเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น แต่ยังไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เพราะความผิดฐานนี้ ต้องการเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุซุกใจด้วย แต่แม้ความผิดบทเฉพาะส่วนใหญ่จะอาศัยเจตนาธรรมดา แต่การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบที่จะเกิดความรับผิดทางอาญาได้ ส่วนใหญ่จะมีเรื่องของ การบิดเบือนอำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ในทางส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น ในการใช้อำนาจดุลพินิจในบางกรณี หากผู้ใช้อำนาจดุลพินิจได้ออกนิตกรรมทางปกครองไป ในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อวัตถุประสงค์อื่นผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะการใช้ดุลพินิจนั้นจะชอบด้วยเนื้อหาหรือไม่ ก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ โดยเฉพาะกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ และมีการบิดเบือนอำนาจโดยจงใจมุ่งร้ายผู้หนึ่งผู้ใด และแม้กรณีที่มีการใช้ดุลพินิจโดยชอบแต่ได้มีการบิดเบือนอำนาจเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบแก่ตนเองหรือผู้อื่น อันเป็นกระทำโดยทุจริต ซึ่งเป็น การกระทำโดยไม่สุจริตที่มีความร้ายแรง ก็จะเป็นความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นความผิดฐานหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้

7.1.3 ปัญหาการตรวจสอบเจตนาในการกระทำจากมูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบเพื่อกำหนดความรับผิดทางอาญา

โดยปกติการจะตรวจสอบว่านิตกรรมทางปกครองใดออกมาโดยไม่ชอบด้วยเจตนาธรรมณ์ของกฎหมาย ก็จะต้องค้นหาเพื่อยังทราบว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีมูลเหตุจูงใจ (le but, motive) หรือความประสงค์ในใจ (mobile) ใช้อำนาจออกนิตกรรมทางปกครองเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอย่างไร ตรงกับความมุ่งหมายหรือเจตนาธรรมณ์ของกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในองค์ประกอบความสมบูรณ์เกี่ยวกับความมุ่งหมายของการทำนิตกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องในทางปกครองเพื่อนำไปสู่การเพิกถอนนิตกรรมทางปกครองและการเยียวยาต่อไป แต่สำหรับการค้นหาความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีลักษณะมีการบิดเบือนอำนาจด้วยดังกล่าว จุดสัมพันธ์เชื่อมโยงเพื่อนำไปสู่ข้อพิจารณาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิตกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนาธรรมณ์ของกฎหมายดังกล่าว ผู้ใช้อำนาจจะมีความรับผิดทางอาญาหรือไม่ ในทางอาญาจะต้องมีการตรวจสอบเจตนาของผู้กระทำจากความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจ เพราะ

การใช้อำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องของอรรถวิสัยภายในจิตใจของผู้ใช้อำนาจโดยแท้ และการค้นหาเจตนาจึงต้องค้นหาจากความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจที่แท้จริง อันเป็นองค์ประกอบภายในของกฎหมายอาญา

การค้นหาจากเจตนาจากมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของผู้ใช้อำนาจนั้นสามารถทำได้ใน 3 วิธีการหลักๆ คือ (1) การค้นหาจากมูลเหตุจูงใจที่ปรากฏในเหตุผลประกอบการออกนิติกรรมทางปกครอง (2) การค้นหาในการเลือกใช้มาตรการต่างๆ ในนิติกรรมทางปกครอง และ (3) การค้นหาจากมูลเหตุจูงใจจากพฤติการณ์แวดล้อมในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งการค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจนั้นมีข้อจำกัดมากพอสมควร กล่าวคือ การค้นหาจากมูลเหตุจูงใจที่ปรากฏในเหตุผลประกอบนิติกรรมทางปกครองนั้นสามารถค้นหาได้เพียงเหตุผลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องการแสดงออกมาเท่านั้น ในความเป็นจริงเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเปิดเผยมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจที่แท้จริงผ่านออกมาทางเหตุผลประกอบ โดยเฉพาะหากมูลเหตุจูงใจนั้นคลาดเคลื่อนจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย

สำหรับการค้นหาจากมูลเหตุจูงใจในการเลือกใช้มาตรการต่างๆ ในนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยปกติในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจให้ฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดให้เหมาะสมกับกรณีเฉพาะเรื่อง หรือเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลนั้น ศาลวางแนวมาตรฐานในการตรวจสอบว่า การใช้อำนาจดุลพินิจต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) กล่าวคือ จะต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนเหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมาย และการตัดสินใจที่นำไปสู่การเลือกวิธีการ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจไปโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่สอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วน ก็เป็นเหตุให้การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นบกพร่อง แต่กรณีนี้ มักค้นหาได้ว่าผู้ใช้อำนาจดุลพินิจมีมูลเหตุจูงใจในการบิดเบือนอำนาจเพื่อให้บรรลุผลความมุ่งหมายที่คลาดเคลื่อนไปจากประโยชน์มหาชนอย่างไรเท่านั้น แต่การจะค้นหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเจตนาโดยไม่สุจริต หรือมุ่งร้ายต่อผู้อื่นด้วยหรือไม่ คงต้องนำพฤติการณ์ส่วนนี้ไปประกอบกับการค้นหามูลเหตุจูงใจในการออกนิติกรรมทางปกครองโดยวิธีอื่นอีก เนื่องจากการขังน้ำหนักพยานหลักฐานในทางอาญานั้น จะต้องมื่อน้ำหนักรับฟังได้มั่นคงปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำผิดจริงตามฟ้องหรือไม่ด้วย

เมื่อการค้นหาเจตนากระทำผิดอาญาจากมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจจากเหตุผลในการออกนิติกรรม หรือมาตรการที่เลือกใช้ให้มีผลทางกฎหมายแก่กรณี ซึ่งล้วนเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่ง มีข้อจำกัดต่อการค้นหามูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นเรื่องในทางอรรถวิสัย การค้นหามูลเหตุจูงใจจึงต้อง

อาศัยพยานแวดล้อมกรณี (circumstantial evidence) ทั้งหลาย ซึ่งเป็นพยานชั้นสองประกอบด้วย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่น บางครั้งคำเบิกความของพยานบุคคลหลายปากที่รู้เห็นเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง มาประกอบกันกับพฤติการณ์ที่ได้จากการตรวจสอบจากเหตุผลในการออกนิติกรรมทางปกครอง และมาตรการทางกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกใช้ใช้อำนาจออกมา จนศาลรับฟังได้มั่นคงว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจำเลยมีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้รับคำสั่ง และเชื่อได้ว่าสาเหตุดังกล่าวเป็นมูลเหตุจูงใจทำให้จำเลยในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ นำผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน เป็นเหตุให้มีการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะเป็นการมุ่งร้าย กลั่นแกล้งออกคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นโทษแก่โจทก์ ศาลในคดีอาญาก็สามารถรับฟังพิสูจน์ความผิดและลงโทษจำเลยได้ แต่ก็มีอยู่บางคดีบ้างเหมือนกันที่ศาลไปนำเอาลักษณะของการใช้ดุลพินิจที่ศาลเห็นว่า น่าจะคลาดเคลื่อนไปจากมาตรฐานของงานทางด้านนั้น จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งเป็นองค์ประกอบในทางภาวะวิสัยมาถือว่าเป็นมูลเหตุจูงใจหรือเจตนามุ่งร้ายกลั่นแกล้งผู้หนึ่งผู้ใด อันเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย จึงน่าจะเป็นการวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องตามหลักของการพิสูจน์เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษในทางกฎหมายอาญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3509/2549)

## 7.2 ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายและแนวทางการตีความของศาล

7.2.1 ปัญหาของการที่กฎหมายอาญายังไม่มีบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบไว้โดยเฉพาะ

การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้น มีการกำหนดไว้ในฐานะที่เป็นเหตุหนึ่งของการฟ้องให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แต่กฎหมายก็มิได้นิยามความหมายของคำว่า ดุลพินิจโดยมิชอบนั้นมีลักษณะอย่างไร ซึ่งด้วยข้อจำกัดในเรื่องนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงประสงค์จะให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัยลักษณะการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในแต่ละคดี จนพัฒนาขึ้นเป็นขอบเขตของการใช้ดุลพินิจที่เป็นระบบขึ้น ซึ่งก็เป็นเรื่องของ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ อันมีผลเป็นการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย หากเป็นการกระทำโดยละเมิดด้วย

สำหรับกฎหมายอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่นั้น ก็ไม่มีบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบไว้โดยเฉพาะเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมิได้มีการ

กำหนดนิยามว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในลักษณะใด ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจ อาจมีความรับผิดทางอาญาได้ เพราะในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือ ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบซึ่งเป็นบททั่วไป และถูกนำมาใช้การฟ้องคดีอาญาต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ มากที่สุด แต่ก็มี ความหมายกว้างขวางมากเพราะครอบคลุมถึงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ทั่วๆ ไปที่มีใช้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย การใช้อำนาจผูกพัน และ การใช้อำนาจดุลพินิจ ดังนั้น ปัญหาว่าการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในลักษณะใดเป็นการปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ดุลพินิจของศาลในคดีอาญาจึงมีส่วนสำคัญในการกำหนด ขอบเขตของความผิดประเภทนี้

ปัญหาการไม่มีบทนิยามและบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจ ดุลพินิจโดยมิชอบไว้โดยเฉพาะ ในทางปฏิบัติจึงอาจเกิดปัญหาในการแยกแยะว่า ในบรรดาการใช้ อำนาจดุลพินิจออกนิตินกรรมทางปกครองไปโดยผิดพลาดหรือโดยมิชอบ ในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของ นิตินกรรมทางปกครองหลายประการนั้น เรื่องใดเป็นปัญหาของการใช้ดุลพินิจหรือมิใช่ดุลพินิจ และใน การใช้ดุลพินิจในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิตินกรรมทางปกครองอย่างไร ที่อาจนำไปสู่ความรับผิดทาง อาญาได้ ความไม่เข้าใจดังกล่าวอาจทำให้เกิดความสับสนว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจ ดุลพินิจไปโดยผิดพลาดคลาดเคลื่อนในทุกกรณี เจ้าหน้าที่จะต้องมีความรับผิดทางอาญาทุกเรื่อง ไม่ได้ มีการจำแนกว่าเรื่องใดเป็นเรื่องของการควบคุมตรวจสอบในทางปกครองเท่านั้น หรือเรื่องใดควรมี ความรับผิดทางอาญาด้วย นอกจากปัญหาการตีความหรือดุลพินิจวินิจฉัยของศาลในเรื่องดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองแล้ว การตีความของศาลในองค์ประกอบส่วนเจตนาพิเศษของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และความผิดอาญารฐานอื่นที่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันก็มีปัญหาด้วยเช่นกัน ดังจะ กล่าวในข้อต่อไป

7.2.2 ปัญหาความชัดเจนแน่นอนในบทบัญญัติความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบกับการตีความขยายความของศาลในคดีอาญา

วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่นั้น โดยหลักการก็เพื่อ รักษาไว้หรือผดุงซึ่งเกียรติคุณแห่งหน้าที่โดยให้เจ้าพนักงานซื่อสัตย์ สุจริตและรักษาหน้าที่ของตน อย่างกวดขันด้วย ซึ่งสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเหล่านี้คือ ความ บริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐและตำแหน่งหน้าที่ ส่วนหลักความชัดเจนแน่นอนก็เป็นส่วนหนึ่งของหลัก กฎหมายรัฐธรรมนูญที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐที่ปกครองในระบอบเสรี ประชาธิปไตย จากหลักที่ว่า การจะลงโทษบุคคลทางอาญาได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำ เช่นนั้นเป็นความผิด และกฎหมายที่กำหนดนั้นจะต้องบัญญัติโดยชัดแจ้งว่า การกระทำอย่างใดเป็น



ความผิด ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องการความชัดเจนแน่นอนของถ้อยคำมากที่สุด เพื่อให้บุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสทราบล่วงหน้าว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของบุคคลผู้นั้นเป็นความผิดหรือไม่ หลักการสองประการนี้ส่งผลต่อตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก็มีสองฐานะ คือในฐานะบุคคลใช้อำนาจรัฐ และในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งต้องให้ความสำคัญอย่างมีดุลยภาพ ทั้งด้านการคุ้มครองการใช้อำนาจรัฐที่สุจริต และเมื่อตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาที่ได้รับการพิจารณาลงโทษอย่างเป็นธรรม

ในปัจจุบันปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบหรือโดยผิดพลาด จึงไม่ใช่ปัญหาที่เกิดจากการที่ศาลเข้าควบคุมตัวดุลพินิจว่าชอบหรือไม่ชอบอย่างเดียว จากการศึกษาความรับผิดทางอาญาอันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ นั้น พบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบหรือโดยมิชอบก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยมิเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้แก่ตัวเองหรือผู้อื่น ก็จะไม่มีความรับผิดทางอาญา ฐานปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ส่วนการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด นั้น แม้ศาลในคดีอาญาอาจเข้ามาตรวจสอบเนื้อหาของดุลพินิจอันมิชอบหรือดุลพินิจที่ผิดพลาดนั้นได้ หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นปรากฏขึ้นอย่างชัดแจ้งหรือเกินขอบอำนาจ แต่ในขั้นตอนนี้ยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 157 แต่อย่างใด แต่ดุลพินิจที่มิชอบดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษที่ว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ซึ่งเป็นเจตนาไม่สุจริตที่มีลักษณะมุ่งร้ายโดยตรงต่อเอกชนผู้หนึ่งผู้ใด จนถึงขั้นลงมือกระทำการคือเกิดเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเกิดขึ้น การตีความของศาลในส่วนขององค์ประกอบส่วนนี้ ทำให้เกิดปัญหาตีความขยายความใน 2 ส่วน ดังนี้

#### 7.2.2.1 ปัญหาในส่วนของเจตนาพิเศษ

ในส่วนของของถ้อยคำของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ในส่วน “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” นั้น มีผู้เห็นว่า การที่ไปตัดถ้อยคำที่กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 145 เขียนไว้ชัดว่า ไซ้กับเจ้าพนักงานที่ “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ซึ่งแสดงเจตนาพิเศษของเจ้าพนักงานอยู่ในตัวว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มิชอบด้วยกฎหมายโดยนำเรื่องส่วนตัว กล่าวคือ “การคิดร้าย” เข้ามาพัวพันกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ อันมีลักษณะเป็นการกลั่นแกล้งผู้อื่น ในขณะที่คำว่า “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ได้ถูกตัดออกไปในประมวลกฎหมายอาญา แล้วใช้ถ้อยคำ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” แทน ทำให้เกิดการตีความที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ง่าย มาตรา 157 ดังกล่าว เมื่อเจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจไปโดยไม่ชอบและทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายก็อาจจะมีผิดใน

มาตรฐานนี้ได้ แม้ไม่ได้เจตนาถั่นแก้ง เพราะเหตุเปิดโอกาสให้มีการตีความขยายขอบเขตของคำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” กว้างออกไปมาก

ในการตีความถ้อยคำในมาตรา 157 นั้น เดิมแนวคำพิพากษาและในทางตำราก็เห็นตรงกันว่าเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจงใจพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” หรือเจตนาพิเศษเรื่องใดก็ตาม นั้น ต้องใช้เจตนาประสงค์ต่อผลเป็นเกณฑ์ซึ่งเป็นหลักสากล แต่ในปัจจุบันบางคดีศาลกลับพิจารณาเจตนาพิเศษจากเจตนาย่อมนิ่งเห็นผล หรือคาดเห็นว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นด้วยจากการศึกษาปัญหาว่าเหตุใดจึงมีการตีความเจตนาพิเศษขยายออกไปจากเดิมมากนั้น พบปัญหาว่าเป็นสาเหตุเกี่ยวเนื่องกับปัญหาในสวนที่สอง ในหัวข้อต่อไป

#### 7.2.2.2 ปัญหาในส่วนผู้เสียหายในคดี

จากการวิเคราะห์สภาพปัญหาของแนวคำพิพากษาที่พัฒนามาเป็นลำดับ พบว่าการที่ศาลมีความหวังดีไปตีความขยายความ ในส่วนของผู้เสียหายในคดีกลายเป็นที่มาของปัญหาการตีความในส่วนเจตนาพิเศษ เพราะการที่ศาลในคดีอาญาไปขยายความ “ผู้เสียหาย” (ผู้หนึ่งผู้ใด) โดยถือหลักว่าหมายถึง ผู้ที่ได้รับผลกระทบเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ไม่ได้ถือหลักความเป็น “ผู้เสียหาย” ในฐานะเป็นผู้ที่จำเลยมีเจตนามุ่งร้ายหรือถั่นแก้งโดยตรงแม้ยังไม่เกิดความเสียหาย จึงเป็นเหตุให้มีการขยายความผู้เสียหายรวมถึงหน่วยงานของรัฐหรือรัฐ ซึ่งมักได้รับผลกระทบเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกือบทุกกรณีเสมอ ซึ่งในความเป็นจริงมีโอกาสน้อยมากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีเจตนาประสงค์ต่อผลให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐโดยตรง ดังเช่น การก่อการร้าย หรือการก่อวินาศกรรม เมื่อมีการขยายความผู้เสียหาย ตามถ้อยคำ “...ผู้หนึ่งผู้ใด” ให้รวมไปถึงหน่วยงานของรัฐหรือรัฐด้วย จึงทำให้การตีความเจตนาพิเศษที่เพื่อให้เกิดความเสียหาย... นั้น อ่อนตัวลง จากเจตนาประสงค์ต่อผลที่มุ่งร้ายโดยตรง เหลือเพียงเจตนาย่อมนิ่งเห็นผล หรือแค่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือการไม่ใส่ใจ หรือนำพาต่อระเบียบกฎหมายจนเกิดความเสียหายเกิดขึ้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหรือรัฐเสียแล้ว (ซึ่งเป็นการนำเอาขอบเขตความรับผิดชอบเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งเป็นเกณฑ์ความผิดที่ศาลอังกฤษสร้างขึ้นโดยที่ความผิดดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้โดยฝ่ายนิติบัญญัติมาใช้ โดยที่ไม่ได้สอดคล้องกับบทบัญญัติของมาตรา 157 ของเราทั้งหมด) อันเป็นการขยายความที่เกินไปจากตัวบทและเจตนารมณ์ของผู้ร่างมาตรา 157 เป็นอย่างมาก ซึ่งกำลังสร้างปัญหาให้แก่ระบบกฎหมายอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง เพราะเหตุว่า หากศาลตีความขยายความเจตนาพิเศษกว้างเกินไป หรือไม่มีความชัดเจนแน่นอนแล้ว ย่อมเกิดความสับสนเสี่ยงว่าการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบที่ไม่ตรงกับความเห็นของศาล และมีผลเสียหายจากการใช้ดุลพินิจผิดพลาด

หรือโดยมิชอบนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นจำเลยอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันได้ การตีความขยายความเกินเลยไปจากเจตนารมณ์และถ้อยคำในบทบัญญัติ ในทางที่เป็นโทษจึงไม่ควรที่จะเกิดขึ้น เพราะการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าตัดสินใจไปในทางใด ย่อมเกิดผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมกับรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องได้ทั้งสิ้น

ในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบนั้น จะต้องเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สุจริตมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายเฉพาะเรื่อง หรือเกิดจากการบิดเบือนอำนาจในระดับที่ร้ายแรง คือมีเจตนาร้าย (Maliciously) จงใจฝ่าฝืนเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือโดยทุจริต (Corruptly) เท่านั้น โดยเฉพาะในการใช้อำนาจดุลพินิจใดที่ตัดสินใจไปแล้วมีทั้งผู้ได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ในเรื่องนั้น ยังต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดไปโดยลำเอียง (Partially) หรือมีอคติต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (bias) จนเกิดความผิดพลาดของการใช้ดุลพินิจในระดับร้ายแรงที่วิญญูชนผู้มีส่วนใหญ่ในสังคมไม่พึงกระทำ และในการพิสูจน์ถึงเจตนาร้ายหรือกลั่นแกล้ง ควรใช้มาตรฐานการพิสูจน์เจตนาที่มุ่งประสงค์ต่อผล หรือจงใจ (willfully) ให้เกิดผลโดยตรงให้เกิดความเสียหาย มิใช่เพียงระดับการคาดเห็นว่าการกระทำของตนอาจผิดพลาดได้ หรืออาจเกิดความเสียหายได้เท่านั้น

อันที่จริงการจะกล่าวว่า ความรับผิดทางอาญาไม่ควรนำมาใช้กับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ก็คงไม่อาจกล่าวได้เต็มที่ เพราะว่าเรื่องของดุลพินิจที่มิชอบนั้น การพิสูจน์เจตนาที่มุ่งร้าย ก็อาจจะพิสูจน์ได้จากการค้นหามูลเหตุจูงใจของการใช้อำนาจ และพฤติการณ์ในคดีที่ข้อเท็จจริงอาจบ่งชี้เจตนาที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ไม่ต่างจากการค้นหาเจตนาในการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องอย่างอื่นนัก เพราะกรรมหรือการกระทำเป็นเครื่องชี้เจตนาของจำเลย อีกทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญามาตรา 157 ที่มีอยู่ ก็ไม่ได้ส่งผลกระทบกับการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้มีเจตนาร้ายหรือกลั่นแกล้งต่อผู้หนึ่งผู้ใดหรือโดยทุจริตเลย แต่ปัญหาที่เกิดความหวั่นเกรงจนกระทบต่อการใช้อำนาจดุลพินิจโดยสุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็คือ การที่ถ้อยคำของบทบัญญัติอาจมีความหมายกว้างจนเกิดให้มีการตีความขยายความในส่วนของผู้เสียหาย และเจตนาร้ายของการใช้ดุลพินิจ ในส่วนของเจตนาพิเศษกว้างขวางออกไป จนเริ่มหาขอบเขตไม่ได้นี้เอง ย่อมทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการค้นหาขอบเขตความรับผิดทางอาญา อันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แม้ว่าการตีความขยายความของศาลจะเป็นไปด้วยความหวังดี เพื่อให้เกิดความระมัดระวังในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็กลับเป็นการส่งผลให้

การบังคับใช้กฎหมายอาญาเกิดความไม่แน่นอนขึ้น จนทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กล้าใช้อำนาจดุลพินิจ ในทางที่จะอำนวยความสะดวกได้อย่างแท้จริง แต่จะพยายามหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจดุลพินิจหรือ หาทางใช้อำนาจดุลพินิจไปในทางที่ให้ตัวเองปลอดภัยที่สุดเท่านั้น

### 7.3 ปัญหาการนำหลักการใช้อำนาจดุลพินิจโดยสุจริตมาเป็นบทกเว้นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งทางแพ่งและทางอาญา

โดยปกติ หากเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) หรือการปฏิบัติหน้าที่ (Duty) ทั่วไป การพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือไม่ ก็เป็นการควบคุมตรวจสอบจากกฎหมายและระเบียบที่กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่า กฎหมายหรือระเบียบกำหนดให้ใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่อย่างไร แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นกระทำไปอย่างไร หากไม่ปฏิบัติตามที่กำหนดทั้งที่กฎหมายหรือระเบียบกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติผิดไปจากที่กำหนดโดยไม่มีเหตุผลรองรับ ย่อมเป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้โดยไม่ยาก เพราะในการใช้อำนาจผูกพันฝ่ายปกครองมีบทบาทไม่ต่างไปจากหุ่นยนต์หรือเครื่องจักรอัตโนมัติของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น และองค์ตุลาการสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจได้อย่างสมบูรณ์ แต่ในกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) นั้น แตกต่างออกไป เนื่องจากการใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องของการมอบให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจให้เล็งพิจารณา ติความ หรือตัดสินใจใช้อำนาจไปตามบรรดามาตรการที่มีอยู่ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงกรณีเฉพาะเรื่อง จึงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับความเชื่อถือว่าจะสามารถใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ และการให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น โดยธรรมชาติย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงที่ผู้ใช้อำนาจอาจต้องใช้อัตวิสัยของตน ในการประเมินคุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (l'erreur de qualification juridique des faits) ซึ่งมีใช่เป็นเพียงการตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นถูกต้องหรือไม่เพียงประการเดียว ในการตีความกฎหมายเพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี ในการตัดสินใจว่าจะใช้หรือไม่ใช้อำนาจ และในการพิจารณาบรรดาทางเลือกของผลทางกฎหมายที่ควรจะเป็นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น โดยธรรมชาติแม้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความสุจริต แต่ก็มีโอกาสที่เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคนอาจจะบังคับใช้กฎหมายให้เกิดผลที่แตกต่างกันได้ การควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีนี้ องค์ตุลาการจึงต้องจำกัดบทบาทตนเองเพื่อควบคุมตรวจสอบ เฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองมีการใช้อำนาจดุลพินิจล่วงล้ำขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งเท่านั้น

การใช้ดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มีระบบการควบคุมตรวจสอบตัวการกระทำคือนิติกรรมทางปกครองไว้อยู่แล้ว กล่าวคือ เมื่อใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกนิติกรรมทางปกครองออกมาโดยอาศัยอำนาจในทางกฎหมาย แล้วเกิดผลกระทบเสียหายแก่บุคคลใด บุคคลนั้นอาจมีสิทธิได้รับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย โดยขอให้มีการแก้ไขไปที่ตัวการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นโดยตรง ซึ่งได้แก่ นิติกรรมทางปกครอง (administrative juristic act) ที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สมบูรณ์ เช่น กรณีที่ฝ่ายปกครองโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีคำสั่งให้เจ้าของอาคารรายใดรื้อถอนอาคาร และศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์ของกระบวนการในการทำคำสั่ง หรือไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์ของชอบอำนาจในการทำคำสั่งก็ตาม ศาลปกครองก็อาจพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งให้รื้อถอนอาคารดังกล่าวได้ และในบางกรณีคำวินิจฉัยของศาลที่สั่งให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำการเสียใหม่ให้ชอบด้วยกฎหมาย เช่น หากการออกคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกระบวนการขั้นตอน เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการออกคำสั่งให้ครบถ้วนถูกต้องแล้วใช้อำนาจดุลพินิจในเนื้อหาของคำสั่งเสียใหม่ หรือหากเป็นกรณีความไม่ชอบของการใช้อำนาจดุลพินิจเกิดขึ้นในส่วนของเงื่อนไขความสมบูรณ์ในเรื่องชอบอำนาจ ซึ่งเมื่อศาลให้เพิกถอนคำสั่งนั้นแล้ว เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็อาจจะพิจารณาออกคำสั่งใหม่โดยใช้อำนาจดุลพินิจในเนื้อหาที่ถูกต้อง โดยผูกพันมิให้มีประเด็นมิชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจตามแนวคำพิพากษาของศาลดังกล่าวด้วย

โดยปกติการฟ้องว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตในทางอาญา ไม่มีผลเป็นการแก้ไขเยียวยานิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่อ้างว่าออกมาโดยใช้อำนาจดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยทุจริต เพราะในคดีอาญาเป็นการพิจารณาความรับผิดชอบส่วนตัว หากศาลพิจารณาได้ว่าการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ และมีความรับผิดทางอาญา ศาลก็ไม่มีอำนาจในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นที่มักพบอยู่เสมอก็คือ เอกชนผู้ที่อาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มักดำเนินการร้องทุกข์หรือฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยตนเอง เป็นคดีอาญาฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยอ้างว่าเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายต่อตน ไม่ว่าจะผลสุดท้ายจะพิสูจน์ได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยมีเจตนาคิดร้ายหรือกลั่นแกล้งหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้โดยมุ่งหวังจะใช้เป็นเครื่องมือในการบีบบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่หรือยุติการกระทำตามอำนาจหน้าที่ที่เกิดผลกระทบต่อตนนั้นเสีย การนำคดีมาฟ้องเจ้าพนักงานใน

ลักษณะดังกล่าวมีหลายเหตุผล ทั้งเหตุผลที่ถูกต้องคือเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายทางจิตใจ ที่เกิดจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคิดร้ายกลั่นแกล้งจากเจ้าพนักงานจริง และเหตุผลในทางที่ไม่ถูกต้อง คือเป็นการดำเนินคดีอาญาเพื่อกลั่นแกล้งหรือเป็นการแก้แค้นกัน ในลักษณะเป็นการแก้แค้นในเรื่องส่วนตัว หรือเอาชนะกันในเรื่องของศักดิ์ศรี หรือเป็นการบีบบังคับให้ใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่ตนต้องการ ทั้งๆ ที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจไม่เป็นความผิดตามมาตรา 157 หรือความผิดบทเฉพาะอื่นๆ ส่วนในแง่การให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีในความผิดฐานนี้ได้เองนั้น ยังอาจมีการแสวงฟ้องแล้วเมื่อตกลงกันได้ก็มาถอนฟ้องไป หรือสืบพยานหลักฐานอ่อนเพื่อให้ศาลยกฟ้องเสียภายหลังตกลงค่าเสียหายกันได้เป็นที่พอใจ อันเป็นการตัดอำนาจการฟ้องคดีของรัฐในความผิดนั้นเสีย เป็นผลให้ไม่สามารถนำคดีมาฟ้องซ้ำในความผิดที่ได้ฟ้องนั้นอีกหากไม่อาจพิสูจน์ถึงความสุจริตของเอกชนผู้ฟ้องคดีได้ ซึ่งก็เป็นการบิดเบือนการดำเนินคดีอาญาเพื่อประโยชน์ของเอกชนเฉพาะกลุ่ม ส่งผลเสียต่อระบบกฎหมายอาญา เพราะเป็นการนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่สมควรขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย สร้างความเสียหายให้กับเจ้าพนักงานและรัฐ ซึ่งปัญหาในส่วนนี้ต้องแก้ไขด้วยการให้การดำเนินคดีความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ของเอกชนอยู่ในความควบคุมกลั่นกรองของอัยการดังเช่นกรณีของประเทศอังกฤษเสีย หรือมิฉะนั้นก็ไม่ให้เอกชนฟ้องคดีอาญาได้เอง เพราะตามหลักสากลเกือบทุกประเทศการดำเนินคดีอาญาเป็นอำนาจของรัฐ

ด้วยเหตุนี้ในต่างประเทศนอกจากจะมีการกำหนดความรับผิดทางอาญาให้เหมาะสมแล้ว ยังสร้างระบบคุ้มครองหรือความคุ้มครองมิให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำไปโดยสุจริตตกอยู่ภายใต้ความรับผิดส่วนตัว โดยเฉพาะในระบบกฎหมายของอังกฤษถึงกับมีกฎหมายกำหนดขอบเขตเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจที่ไม่อยู่ในข่ายความรับผิดทางแพ่งหรืออาญา เว้นแต่กรณีจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ส่วนในกฎหมายของไทยเนื่องจากมีปัญหาความไม่แน่นอนในการวินิจฉัยความผิดของศาลในคดีอาญา จึงเกิดความกังวลในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในปัจจุบันจึงมีการบัญญัติบทคุ้มครองความรับผิดส่วนตัวทางแพ่ง ทางอาญาหรือรวมทั้งทางวินัยด้วยการใช้อำนาจดุลพินิจและการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น

ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 กรณีของพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 147 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว เว้นแต่จะได้กระทำโดยเจตนาร้ายหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 296 เบญจ วรคสาม บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา นี้ เว้นแต่จะได้กระทำโดยมีเจตนาร้ายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง”

กรณีพระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 17 บัญญัติว่า “พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุ หรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการ ตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่”

พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม...” และ มาตรา 21 ซึ่งบัญญัติว่า “ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา 21 ซึ่งได้แสดงเหตุผลอันสมควรประกอบแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

บทคุ้มครองดังกล่าวเหล่านี้ ก็จะมีหลักการในลักษณะเดียวกับของประเทศอังกฤษ คือ คุ้มครองเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่และการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล และโดยสุจริตเท่านั้น แต่หากใช้อำนาจดุลพินิจพ้นจากขอบเขตดังกล่าวแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งหลักการนี้หากบัญญัติไว้ชัดเจนไว้ในกฎหมาย ก็มีข้อดีว่าสามารถจะสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ปฏิบัติงานได้ในระดับหนึ่งว่า จะได้รับความคุ้มครองและหลักประกันความเป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจโดยสุจริต ที่เกิดจากการกล่าวหาหรือฟ้องคดีที่ไม่สุจริตหรือไม่มีมูลเพียงพอได้พอสมควร ยิ่งกว่านั้นตัวบทกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในลักษณะนี้ ยังส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดความตระหนักรู้ว่า ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของตนที่กฎหมายให้ความคุ้มครองนั้นมีอยู่ มีอาจใช้ตามอำเภอใจได้ บทบัญญัติดังกล่าวคงมีผลในทางกฎหมายเพียงเท่านั้น

## บทที่ 8

### บทสรุป และข้อเสนอแนะ

#### 8.1 บทสรุป

ในรัฐสมัยใหม่ที่ปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ นิติธรรมย่อมเป็นรากฐานที่สำคัญที่เป็นหลักประกันความมั่นคงแก่สังคมพลเมืองของรัฐ ทางด้านหนึ่งของหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล โดยมีแนวคิดเรื่องความยุติธรรมทั่วไป (General of justice) คือ ยึดหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะรายในทุกกรณี ส่วนในอีกทางหนึ่งคือการที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง เพื่อให้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องได้รับการปฏิบัติให้เหมาะสม แต่การที่ปัจจุบันภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายและสลับซับซ้อนมากขึ้น เพื่อส่งเสริม เพิ่มเติมหรือปรับปรุงสวัสดิภาพของประชาชนให้ดียิ่งขึ้นและทั่วถึง โดยในหลายกรณีที่การจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นต้องใช้อำนาจในทางมหาชนเป็นเครื่องมือในการดำเนินกิจการ เพื่อให้การดำเนินการเป็นไปด้วยความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและทั่วถึงอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายที่มีลักษณะชัดเจนแน่นอนให้ครอบคลุมภารกิจของฝ่ายปกครองได้ในทุกกรณี ในขณะเดียวกันเพื่อแก้ไขปัญหาให้การใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวเกิดความยุติธรรมแก่ปัจเจกชนเฉพาะราย ซึ่งอาจมีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่แตกต่างไปจากกรณีทั่วไป รัฐจึงจำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงบางเรื่องที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญในการตรวจสอบหรือประเมินให้คุณค่า เพื่อเลือกใช้มาตรการ หรือจัดให้ปัจเจกชนเฉพาะราย ได้รับบริการสาธารณะอย่างยุติธรรมภายใต้ขอบเขตของกฎหมายด้วย ซึ่งเป็นความมุ่งหมายที่ตั้งอยู่บนฐานความคิดเรื่องความยุติธรรมเฉพาะกรณี (Individualization of justice) และด้วยความจำเป็นจะต้องให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ทั้ง 3 ประการดังกล่าวได้แก่ ความหลากหลายของภารกิจของรัฐ ข้อจำกัดในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และการอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณี จึงเป็นเหตุผลที่ต้องให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในบางเรื่องบางอย่าง

เมื่ออำนาจทั้งหลายของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีที่มาจากกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นให้อำนาจ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงเป็นที่มาของอำนาจทั้งหลาย ซึ่งในโครงสร้างของกฎหมายที่มีความสมบูรณ์ ก็จะต้องมีองค์ประกอบอยู่ 2 ส่วน ได้แก่ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุซึ่งเป็น



เงื่อนไขของการใช้อำนาจ และโครงสร้างในส่วนผลทางกฎหมายอันเป็นการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย ในโครงสร้างทางกฎหมายทั้งสองส่วนนั้น อาจเป็นที่มาแห่งอำนาจดุลพินิจได้ นั่นคือ เมื่อกฎหมายประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (การปรับบทกฎหมาย) แล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายในส่วนองค์ประกอบส่วนเหตุซึ่งเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ เพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงหรือไม่แน่นอน (Indefinite Legal Concepts) ประเภทที่ต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือหลายๆ ด้านรวมกัน (Normative Concept) ในการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เช่น “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม” “อาคารที่ชำรุดทรุดโทรมหรือมีสภาพเป็นที่น่ารังเกียจ” “การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ” หรือ “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ เป็นต้น ซึ่งทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติ โดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไป ดุลพินิจในส่วนนี้เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” และเมื่อใดกฎหมายประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมาย กฎหมายสามารถให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ได้ 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ กฎหมายจะใช้ถ้อยคำว่าให้เจ้าหน้าที่ “มีอำนาจ...” “มีสิทธิ...” “อาจ...ก็ได้” เป็นต้น และเมื่อได้ตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว กฎหมายได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความมากกว่าหนึ่งเนื้อความหรือภายในขอบเขตที่กำหนด ดุลพินิจในส่วนนี้เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ”

เมื่อใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครอง เมื่อนั้นเท่ากับว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอิสระในการที่จะใช้อำนาจไปตามที่เห็นว่าถูกต้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่อง ความอิสระดังกล่าวจึงต่างจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับอำนาจผูกพัน เพราะในกรณีใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจผูกพัน บทบาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐคงไม่ต่างไปจากการเป็นเครื่องจักรอัตโนมัติที่รับคำสั่งจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น และศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่เกิดจากการใช้อำนาจผูกพันได้อย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอาจมีอำนาจดุลพินิจได้แต่ก็มีได้หมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจไปอย่างไรก็ได้ แต่การใช้อำนาจดุลพินิจจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายเท่านั้น ส่วนที่อยู่ภายนอกขอบเขตของกฎหมายหรือส่วนที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจในส่วนนั้นมิได้ มิฉะนั้นย่อมถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยผิดพลาดหรือโดยมิชอบ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการ

ใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในส่วนของดุลพินิจวินิจฉัย และดุลพินิจตัดสินใจ

ในบรรดาการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบในการทำนิติกรรมทางปกครอง เป็นเรื่องที่ปรากฏจากการที่ศาลควบคุมตรวจสอบความไม่ชอบในทางภาวะวิสัยเป็นส่วนใหญ่ เช่น กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง คือมีการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองไปที่ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง (l'erreur de fait) หรือเป็นกรณีการให้คุณค่าหรือให้ความหมายทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง (l'erreur de qualification des faits) หรือกรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) คือ เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนไปในกรณีต่างๆ หรือการตีความกฎหมายผิด (l'erreur de l'interprétation du texte) เป็นต้น ซึ่งหากศาลพบว่าการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยมีข้อผิดพลาดจากเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยอย่างเห็นได้ชัด

ส่วนการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี เช่น การใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจตัดสินใจ การใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจโดยบิดเบือน การใช้ดุลพินิจขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจขัดต่อหลักความสมเหตุสมผล หรือไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า เช่น หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ การใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักแห่งความได้สัดส่วน เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันได้มีผู้วิจัยศึกษาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบในทางปกครอง เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจทั้งสองส่วนไว้พอสมควรแล้ว

ในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ในบางกรณีการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างจะสามารถบรรลุเป้าหมายสำเร็จได้อย่างอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ไม่อาจทำได้โดยอาศัยความยินยอมหรือสมัครใจจากเอกชนที่เกี่ยวข้อง ก็จำเป็นต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจในทางกฎหมาย เพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะในกรณีที่ต้องใช้อำนาจในทางกฎหมายบังคับเอาแก่เอกชน เพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งเครื่องมือที่สำคัญอันหนึ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจมหาชนดังกล่าว ที่สำคัญได้แก่ นิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองที่มุ่งผลในทางกฎหมาย (Juristic Act) และการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองที่มุ่งผลในทางข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่เป็นปฏิปฏิบัติ (Real Act) โดยการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่

ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการนั้น เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่

นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif, administrative act) เป็นถ้อยคำในทางวิชาการของกฎหมายปกครอง ในทางกฎหมายยังมีได้บัญญัติคำนี้ไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด ในทางตำราที่มีการให้ความหมายกว้างแคบแตกต่างกันไป แต่โดยส่วนใหญ่มักใช้คำว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายที่หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ในแดนของกฎหมายปกครอง เพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย ในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว ซึ่งได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง โดยเราอาจแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองโดยพิจารณาจากการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองได้ออกเป็น 3 แบบ คือ นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจ นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ และนิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมายที่ให้อำนาจ

ในการศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของการใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาจากความสำคัญการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมทางปกครอง ทำให้ทราบได้ว่าในการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยคำนึงถึงเงื่อนไขหรือองค์ประกอบความสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งอาจแยกเงื่อนไขหรือองค์ประกอบความสมบูรณ์ของการทำนิติกรรมทางปกครอง ได้เป็น 2 ส่วนหลักๆ คือ

ก. เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบย่อย 3 องค์ประกอบได้แก่

- 1.1 เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับอำนาจของผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง
- 1.2 เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับแบบของการทำนิติกรรมทางปกครอง
- 1.3 เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขั้นตอนวิธีการของการทำนิติกรรมทางปกครอง

โดยเงื่อนไขความสมบูรณ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการนี้เป็นเรื่องของความสามารถ ขั้นตอนและแบบของการใช้อำนาจ ซึ่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์เป็นการให้ความสำคัญแก่ความสามารถของผู้ทำนิติกรรม และระเบียบแบบแผนทางราชการ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของการบริหารที่ดี (bonne

administration) และเพื่อให้เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด มิฉะนั้นแล้ว การทำนิติกรรมทางปกครองก็จะอยู่ภายใต้อำเภอใจของฝ่ายปกครองได้ ในส่วนของเงื่อนไขความสำเร็จเกี่ยวกับกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครอง จึงไม่มีประเด็นในเรื่องที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจหรือไม่มีดุลพินิจ การที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอน หรือแบบของการทำนิติกรรมทางปกครองบางอย่าง จึงเป็นเรื่องของเหตุผลความจำเป็นที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีตามสภาพการณ์เท่านั้น ไม่ได้เป็นการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีเสรีภาพในการที่จะเลือกที่จะใช้อำนาจดุลพินิจในองค์ประกอบความสำเร็จในส่วนนี้ได้ กล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ ในเงื่อนไขความสำเร็จในส่วนของกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐมีแต่อำนาจผูกพันเป็นส่วนใหญ่

ข. เงื่อนไขความสำเร็จของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสำเร็จเกี่ยวกับขอบอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นองค์ประกอบในทางเนื้อหา เป็นที่ยอมรับกันว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีอำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสำเร็จส่วนนี้ได้ โดยแยกพิจารณาบทบาทการใช้อำนาจดุลพินิจในเงื่อนไขความสำเร็จเกี่ยวกับขอบอำนาจได้จากองค์ประกอบย่อย 3 ส่วน ได้แก่

#### (1) เงื่อนไขความสำเร็จเกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง

ในกฎหมายหลายๆ ฉบับ เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นเหตุให้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเกิดขึ้น ในบางกรณีองค์กรฝ่ายปกครองนอกจากจะมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่าควรออกนิติกรรมทางปกครองหรือไม่แล้ว ก็ยังมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจได้ด้วยว่าควรออกนิติกรรมทางปกครอง โดยกำหนดเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองอย่างไรด้วย การทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยไม่คำนึงถึงเงื่อนไขความสำเร็จเกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง อาจเป็นเหตุให้เนื้อหา (contenu หรือ objet) ของนิติกรรมทางปกครองฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อเนื้อหาของกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า โดยดุลพินิจที่เกี่ยวกับเงื่อนไขความสำเร็จเรื่องนี้คือ “ดุลพินิจตัดสินใจ”

#### (2) เงื่อนไขความสำเร็จเกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครอง

ด้วยเหตุที่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเป็นฐานในการผลักดันให้เกิดการทำนิติกรรมทางปกครอง จึงมีการเรียกข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เห็นได้ตามความเป็นจริง (ภาวะวิสัย) เงื่อนไขความสำเร็จเกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ (ในทางภาวะวิสัย) นี้ ในการออกคำสั่งหรือทำนิติกรรมทางปกครองใดๆ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องค้นหาข้อจำกัดหรือเงื่อนไขทางกฎหมายที่จะเป็นรากฐานในการออกคำสั่งเรื่องที่อยู่ในอำนาจเสียก่อนว่าตนมีหรือไม่ จึงเป็นเงื่อนไขความมีอยู่ของมูลเหตุว่าถูกต้อง

และเพียงพอหรือไม่ในการพิสูจน์ถึงการทำนิติกรรมของฝ่ายปกครอง หรืออีกนัยหนึ่ง ผู้กระทำได้ออกนิติกรรมทางปกครองไปอย่างมีเหตุผลหรือไม่นั่นเอง ซึ่งในกรณีที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงในองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย ด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่แน่นอน (Indefinite legal concepts) อาจทำให้บางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถมีดุลพินิจให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือปรับบทกฎหมายที่เป็นที่ยุติแก่กรณีเฉพาะเรื่อง โดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไปได้ ซึ่งดุลพินิจในส่วนนี้เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย”

(3) เงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของการทำนิติกรรมทางปกครอง

เงื่อนไขความสมบูรณ์เรื่องนี้ เป็นการควบคุมตัววัตถุประสงค์ (le but) ของการทำนิติกรรมทางปกครอง ไม่ใช่การควบคุมเนื้อหา (contenu หรือ objet) ของนิติกรรม หรือมูลเหตุจูงใจทางภาวะวิสัย (motif) ที่เป็นมูลเหตุตามความเป็นจริง ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย จึงอาจผ่านความชอบด้วยกฎหมายในกรณีต่างๆ มาหมดแล้ว หรืออาจมีกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุอื่น หรือมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเกิดร่วมด้วยก็ได้

ในกรณีใดก็ตามที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจเลือกใช้อำนาจ หรือเลือกมาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ได้ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจ ให้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนเท่านั้น จะใช้อำนาจดุลพินิจให้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์เรื่องอื่น เช่น ประโยชน์ส่วนตัว ส่วนบุคคลหรือพวกพ้อง ลัทธิความเชื่อ ศาสนาหรือการเมืองที่ตนนับถือหรือชื่นชอบนั้นไม่ได้ และจะต้องให้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนเฉพาะด้านที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นด้วย มิฉะนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยมิได้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนด ย่อมเป็นผลให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันมีผลไม่สมบูรณ์ประการหนึ่ง ดังนั้น การควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ขัดเงื่อนไขความสมบูรณ์ส่วนนี้ จึงเป็นการควบคุมมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจในทางอ้อมวิสัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้ออกนิติกรรมทางปกครองไปเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนที่กฎหมายกำหนดได้

การพิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง ก็จะช่วยให้เราสามารถเข้าใจได้อย่างเป็นระบบมากขึ้นว่า เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในส่วนใดหรือขั้นตอนใด เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจดุลพินิจได้ และเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในส่วนใดหรือขั้นตอนใด เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีอำนาจดุลพินิจได้ และหากมีอำนาจดุลพินิจจะเป็นดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจตัดสินใจ นอกจากนี้ในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ยังทำให้ทราบได้ว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกมา โดยไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์เรื่องใด เกิดจากเหตุในทางภาวะวิสัยที่เห็นได้ตามความเป็นจริง และเรื่องใดเกิดจากเหตุในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจ ซึ่งเป็นเรื่องในทางจิตใจของผู้กระทำซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยว่า การฝ่าฝืนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายใน หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับขอบอำนาจ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยมิชอบ หรือเป็นกรณีนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีขัดต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองภายนอก หรือเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับกระบวนการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจ

ในบรรดานิติกรรมทางปกครองที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เพราะขัดกับเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น สามารถตรวจสอบได้โดยอาศัยเกณฑ์ในทางภาวะวิสัย แต่การใช้อำนาจดุลพินิจที่เกี่ยวกับเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครอง การตรวจสอบต้องอาศัยเกณฑ์ในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจ ซึ่งจะเป็นตัวบอกได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครอง ชอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ อันเป็นเรื่องขององค์ประกอบทางจิตใจ และปัญหาเรื่องมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของผู้กระทำ (le but, the mobile) ซึ่งเป็นเหตุในทางอัตวิสัย ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีการแยกเรื่องนี้ออกมาจากเหตุทางภาวะวิสัยที่ทำให้เกิดนิติกรรมทางปกครอง เมื่อพิจารณาในแง่อัตวิสัยของผู้ออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว การออกนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะเป็นกรณีที่เราสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจได้ว่า ความมุ่งหมายของกฎหมายในเรื่องนั้นคืออะไร แต่ความมุ่งหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปนั้นได้บรรลุความมุ่งหมายที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งในทางปกครองความมุ่งหมายที่กฎหมายกำหนดก็คือความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หากเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองไปเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอื่น ซึ่งมีใช้ความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชน หรือเพื่อบรรลุความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนแต่เป็นประโยชน์มหาชนเรื่องอื่น ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่เป็นการ

บิดเบือนอำนาจ และในบางกรณีการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะนี้ เราอาจยังทราบถึงความประสงค์ในใจหรือเหตุผลในจิตใจ (le mobile) ซึ่งเป็นตัวชักจูงใจที่แท้จริงให้เกิดการทำนิติกรรมทางปกครองนั้น อันเป็นเหตุในทางอ้อมที่เรียกว่ามูลเหตุจูงใจ (le but, the motive) ของผู้ทำนิติกรรมทางปกครองได้ด้วย ซึ่งจะเป็นสิ่งที่น่าสนใจไปสู่การพิจารณาความรับผิดชอบส่วนตัวทางอาญาของผู้ทำนิติกรรมทางปกครองได้ เพราะเจตนากระทำความผิดย่อมค้นหาได้จากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำนั่นเอง

นิติกรรมทางปกครองที่มีขอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นเรื่องของการใช้อำนาจโดยบิดเบือน ซึ่งมี 2 ลักษณะ ได้แก่ การบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) และการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) นี้ การบิดเบือนอำนาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เพราะหากเป็นอำนาจผูกพันก็จะไม่มีกรณีที่บิดเบือนได้ แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการเป็นเรื่องของรูปแบบของการใช้อำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับการออกนิติกรรมทางปกครองในแต่ละเรื่องในลักษณะกระบวนการ จึงไม่มีกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพันเป็นส่วนใหญ่

จากการศึกษาแยกแยะประเภทของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบออกเป็นหลายประเภทหลายแง่มุม พบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีทั่วไป ซึ่งเกิดจากเหตุในทางภาวะวิสัย ทั้งกรณีดุลพินิจวินิจฉัยที่มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง หรือเป็นกรณีการให้คุณค่าหรือให้ความหมายทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง หรือกรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย คือเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนไปในกรณีต่างๆ หรือการตีความกฎหมายผิด เป็นต้น หรือการใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ เช่น การใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจตัดสินใจ การใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจโดยบิดเบือน การใช้ดุลพินิจขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจขัดต่อหลักความสมเหตุสมผล หรือไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า เช่น ใช้ดุลพินิจเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ หรือการใช้ดุลพินิจที่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น ยังไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาทันที เว้นแต่กรณีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบดังกล่าวเป็นความผิดเฉพาะเรื่องที่อาศัยแต่เจตนาธรรมดากระทำความผิดเท่านั้น การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบในบางกรณีจึงอาจมีความรับผิดอาญาได้ หากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบนั้นเป็นไปโดยไม่สุจริตจึงไม่ได้รับความคุ้มครองให้ไม่เป็นความผิด แต่ยังไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เพราะความผิดฐานนี้ ต้องการเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจด้วย ซึ่งหมายถึงการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีทั่วไปดังกล่าวมีการบิดเบือนอำนาจร่วมด้วย

นอกจากนั้น ในการใช้อำนาจดุลพินิจในบางกรณี หากผู้ใช้อำนาจดุลพินิจได้ออกนิตินกรรมทางปกครองไปลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ โดยเฉพาะกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบและมีการบิดเบือนอำนาจโดยจงใจมุ่งร้ายผู้หนึ่งผู้ใด และกรณีที่มีการใช้ดุลพินิจไม่ว่าโดยชอบหรือไม่ชอบ โดยมีการบิดเบือนอำนาจเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบแก่ตนเองหรือผู้อื่น อันเป็นการกระทำโดยทุจริต ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตที่มีความร้ายแรง อันสอดคล้องกับความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้

การใช้ดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) แตกต่างไปจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในกรณีอื่น เพราะการใช้อำนาจดุลพินิจที่เป็นการบิดเบือนอำนาจเกิดจากเหตุในทางอัตวิสัยของผู้ใช้อำนาจ การบิดเบือนอำนาจมีทั้งกรณีที่การใช้ดุลพินิจนั้นชอบด้วยเนื้อหาของดุลพินิจ แต่มีการบิดเบือนอำนาจ และกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วยเนื้อหาโดยมีการบิดเบือนอำนาจด้วย ซึ่งการใช้ดุลพินิจที่มีการบิดเบือนอำนาจทั้งสองกรณีนั้น ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ โดยเฉพาะกรณีที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบและบิดเบือนอำนาจโดยจงใจให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และกรณีใช้ดุลพินิจไม่ว่าโดยชอบหรือโดยมิชอบและมีการบิดเบือนอำนาจในทางทุจริต ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตที่มีความร้ายแรง ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองในทางอาญา และกรณีดังกล่าวย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ด้วย แต่การจะมีความรับผิดในบทเฉพาะด้วยหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบของกฎหมายอาญาในแต่ละฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในแต่ละเรื่องด้วย เพราะหากผิดบทเฉพาะแล้วศาลจะลงโทษในบทเฉพาะไม่ว่าบทเฉพาะจะมีโทษสูงหรือต่ำกว่าบททั่วไป อันเป็นการยกเว้นหลักกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทที่ให้ลงโทษบทหนัก

ในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส ความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบนั้น จะต้องเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) ในระดับที่ร้ายแรง คือมีเจตนาร้าย (Malice) จงใจฝ่าฝืนเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือโดยทุจริต (Corrupt) เท่านั้น โดยเฉพาะในการใช้อำนาจดุลพินิจใดที่ตัดสินใจไปแล้วมีทั้งผู้ได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ในเรื่องนั้น ยังต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดไปโดยลำเอียง (Partially) หรือมีอคติต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (bias) จนเกิดความผิดพลาดของการใช้ดุลพินิจในระดับร้ายแรงที่วิญญูชนผู้มีเหตุผลส่วนใหญ่ในสังคมไม่พึงกระทำ และในการพิสูจน์ถึงเจตนาร้ายหรือกลับแกล้ง ควรใช้มาตรฐานการพิสูจน์เจตนาที่มุ่งประสงค์ต่อผล หรือจงใจ (wilful) ให้เกิดผลโดยตรงให้เกิดความเสียหาย มิใช่เพียงระดับการคาดเห็นว่าการกระทำของตนอาจผิดพลาดได้ หรืออาจเกิด



ความเสียหายได้เท่านั้น ส่วนกรณีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยทุจริตนั้นแม้การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นชอบด้วยเนื้อหา แต่ก็ต้องมีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่

การศึกษาจุดสัมพันธ์เชื่อมโยงเพื่อจะนำไปสู่ข้อพิจารณาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิตินิกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว ผู้ใช้อำนาจจะมีความรับผิดชอบอาญาหรือไม่ ในทางอาญาจะต้องมีการตรวจสอบเจตนาของผู้กระทำจากความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจ เพราะการใช้อำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องของอัตวิสัยภายในจิตใจของผู้ใช้อำนาจโดยแท้ และการค้นหาเจตนาจึงต้องค้นหาจากความประสงค์ในใจหรือมูลเหตุจูงใจที่แท้จริง อันเป็นองค์ประกอบภายในของกฎหมายอาญา โดยการค้นหาจากเจตนาจากมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจของผู้ใช้อำนาจนั้นสามารถทำได้ใน 3 วิธีการหลักๆ คือ

- (1) การค้นหาจากมูลเหตุจูงใจที่ปรากฏในเหตุผลประกอบการออกนิตินิกรรมทางปกครอง
- (2) การค้นหาในการเลือกใช้มาตรการต่างๆ ในนิตินิกรรมทางปกครอง และ
- (3) การค้นหาจากมูลเหตุจูงใจจากพฤติการณ์แวดล้อมในการออกนิตินิกรรมทางปกครอง

การค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจที่ปรากฏในเหตุผลประกอบนิตินิกรรมทางปกครองสามารถค้นหาได้เพียงเหตุผลที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องการแสดงออกมาเท่านั้น ในความเป็นจริงเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเปิดเผยมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจที่แท้จริงผ่านออกมาทางเหตุผลประกอบ โดยเฉพาะหากมูลเหตุจูงใจนั้นคลาดเคลื่อนจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย สำหรับการค้นหาจากมูลเหตุจูงใจในการเลือกใช้มาตรการต่างๆ ในนิตินิกรรมทางปกครองนั้น นั้น ศาลวางแนวมาตรฐานในการตรวจสอบว่า การใช้อำนาจดุลพินิจต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) กล่าวคือ จะต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนเหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป้าหมาย และการตัดสินใจที่นำไปสู่การเลือกวิธีการ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจไปโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่สอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วน ก็เป็นเหตุให้การใช้ดุลพินิจนั้นบกพร่อง แต่กรณีนี้ มักค้นหาได้ว่าผู้ใช้อำนาจดุลพินิจมีมูลเหตุจูงใจในการบิดเบือนอำนาจเพื่อให้บรรลุผลความมุ่งหมายที่คลาดเคลื่อนไปจากประโยชน์มหาชนอย่างไรเท่านั้น การค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจทั้งสองวิธีนั้น ต้องนำมาใช้ร่วมด้วยกับการรับฟังจากพยานแวดล้อมกรณี (circumstantial evidence) ทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่น บางครั้งคำเบิกความของพยานบุคคลหลายปากที่รู้เห็นพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกนิตินิกรรมทางปกครอง มาประกอบกันกับพฤติการณ์ที่ได้จากการตรวจสอบจากเหตุผลในการออกนิตินิกรรมทางปกครอง และมาตรการทางกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกใช้อำนาจออกมา จนศาลรับฟังได้มั่นคงว่า

เจ้าหน้าที่ของรัฐจำเลยมีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้รับคำสั่ง และเชื่อได้ว่าสาเหตุดังกล่าวเป็นมูลเหตุจูงใจ ทำให้จำเลยในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ นำผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน เป็นเหตุให้มีการใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะเป็นการมุ่งร้าย กลับแก้งออกคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นโทษแก่โจทก์ หรือนำผลประโยชน์ส่วนตัวในลักษณะแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้เพื่อตนเองหรือผู้อื่น ศาลในคดีอาญาก็สามารถรับฟังพิสูจน์ความผิดและลงโทษจำเลยได้

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากปัญหาจุดสัมผัสเชื่อมโยงระหว่างลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ชนิดที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ ซึ่งมีความยุ่งยากในการค้นหาเจตนาจากมูลเหตุจูงใจ (le but, the motive) หรือความประสงค์ในใจ (mobile) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ปัจจุบันปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากใช้ดุลพินิจ ยังมีผลกระทบจากปัญหาในส่วนของกฎหมายอาญาบทบัญญัติความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ และแนวทางการตีความขยายความของศาล ในความผิดบททั่วไปฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต ซึ่งบทบัญญัติในส่วนของเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” มีความหมายกว้างและศาลในคดีอาญาได้มีการตีความขยายความองค์ประกอบความผิดในส่วนนี้ จนเกิดความไม่แน่นอนว่าหากศาลเห็นว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผิดพลาดหรือโดยมิชอบ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะมีความเสี่ยงต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่

ในส่วนของการถ้อยคำของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ในส่วน “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” นั้น หากพิจารณาจากถ้อยคำเดิมของกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 145 เขียนไว้ชัดว่า ใช้กับเจ้าพนักงานที่ “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ซึ่งแสดงเจตนาพิเศษของเจ้าพนักงานอยู่ในตัวว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยนำเรื่องส่วนตัว กล่าวคือ “การคิดร้าย” เข้ามาพัวพันกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ อันมีลักษณะเป็นการกลับแก้งผู้อื่น ในขณะที่คำว่า “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ได้ถูกตัดออกไปในประมวลกฎหมายอาญา แล้วใช้ถ้อยคำ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” แทน ทำให้เกิดการตีความที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ง่าย มาตรา 157 ดังกล่าว เมื่อเจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจไปโดยไม่ชอบและทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายก็อาจจะมีผิดในมาตรานี้ได้ แม้มิได้เจตนากลับแก้ง เพราะเหตุเปิดโอกาสให้มีการตีความขยายขอบเขตของคำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” กว้างออกไปมาก ซึ่งเป็นสาเหตุมาจากการที่ศาลในคดีอาญาไปขยายความ “ผู้เสียหาย” (ผู้หนึ่งผู้ใด) โดยถือหลักว่าหมายถึง ผู้ที่ได้รับผลกระทบเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ไม่ได้ถือหลักความเป็น “ผู้เสียหาย” ในฐานะเป็นผู้ที่จำเลยมีเจตนามุ่งร้ายหรือกลับแก้งโดยตรงแม้ยังไม่เกิดความเสียหาย จึงเป็นเหตุให้มีการขยายความผู้เสียหายรวมถึงหน่วยงานของรัฐหรือรัฐ ซึ่งมักได้รับผลกระทบเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเกือบ

ทุกกรณีเสมอ จึงทำให้การตีความเจตนาพิเศษที่เพื่อให้เกิดความเสียหาย... นั้น ลดระดับจากเจตนาประสงค์ต่อผลที่มุ่งร้ายโดยตรง เหลือเพียงเจตนาย่อมเล็งเห็นผล หรือแค่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือการไม่ใส่ใจ หรือนำพาต่อระเบียบกฎหมายจนเกิดความเสียหายเกิดขึ้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐหรือรัฐ ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาในทางสารบัญญัติ

ประกอบกับในด้านวิธีสบัญญัตินั้น ในต่างประเทศอำนาจฟ้องคดีอาญาเป็นอำนาจของอัยการ และแม้แต่ประเทศอังกฤษที่เอกชนผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีเองได้ แต่ก็ต้องได้รับอนุญาตจากอัยการสูงสุดก่อน แต่ในประเทศไทยการเปิดโอกาสให้เอกชนผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ได้เอง และยังขาดการพัฒนากระบวนการกลั่นกรองคดีที่เอกชนฟ้องเองที่มีประสิทธิภาพ จึงทำให้มีการนำคดีอาญามาฟ้องเพื่อให้เกิดความเสียหายกันมากขึ้น แม้ว่าการตีความขยายความของศาลจะเป็นไปด้วยความหวังดี เพื่อให้เกิดความระมัดระวังในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมากขึ้น แต่ในอีกด้านหนึ่งก็กลับเป็นการส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาเกิดความไม่แน่นอน จนทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กล้าใช้อำนาจดุลพินิจในทางที่จะอำนวยความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง แต่จะพยายามหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจดุลพินิจหรือหาทางใช้อำนาจดุลพินิจไปในทางที่ให้ตัวเองปลอดภัยที่สุด

## 8.2 ข้อเสนอแนะ

จากศึกษาที่ผ่านมาพบว่า การใช้อำนาจดุลพินิจในการทำนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายบางกรณีที่เกิดความรับผิดทางอาญาได้ นั่นคือ การใช้ดุลพินิจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจชนิดที่มีความจงใจมุ่งร้ายและโดยทุจริต เพราะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือไม่สุจริตย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองในทางอาญา ซึ่งมูลเหตุจูงใจ (le but, motive) หรือความประสงค์ในใจ (mobile) ของผู้ใช้อำนาจในกรณีนี้ ถือว่าผู้ใช้อำนาจมีเจตนาปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และอาจเข้าองค์ประกอบในความผิดบทเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายไทยและแนวทางการตีความของศาลในคดีอาญายังมีคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ หรือการบิดเบือนอำนาจไม่มากนัก ศาลไทยควรจะได้มีการวางแนวทางการวินิจฉัยแยกแยะลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ อันเป็นเหตุให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายชนิดที่มีความรับผิดทางอาญาได้ ออกจากการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือโดยมิชอบใน

กรณีขัดต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์เกี่ยวกับเนื้อหาและมูลเหตุจูงใจ (ในทางภาวะวิสัย) ซึ่งไม่มีลักษณะของการบิดเบือนอำนาจเกิดร่วมด้วย (ไม่มีเหตุทางอัตวิสัย) รวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติควรเพิ่มบทนิยามขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ลักษณะที่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาได้ หรืออาจบัญญัติว่าการใช้ดุลพินิจในขอบเขตเพียงใดที่จะได้รับความคุ้มครองในทางแพ่งและทางอาญา โดยออกรับรองไว้เป็นกฎหมายกลางในลักษณะเดียวกับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของไทย หรืออย่างเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล ค.ศ. 2009 ของประเทศอังกฤษก็ได้ ไม่จำเป็นต้องไปบัญญัติไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับอย่างที่เป็นอยู่ บทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตลักษณะของการใช้อำนาจดุลพินิจที่ได้รับความคุ้มครองดังกล่าว มีผลดีต่อตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอน ว่าขอบเขตของการใช้ดุลพินิจที่ได้รับความคุ้มครองเป็นอย่างไร อันเป็นการสร้างความตระหนักรู้ และส่งเสริมให้มีการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลและโดยแท้จริงต่อไป

สำหรับในส่วนของปัญหาว่าความผิดบททั่วไปของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และกฎหมายอาญาอื่นในความผิดลักษณะเดียวกัน ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งมีปัญหาหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา และมีผู้เสนอให้มีการยกเลิกและให้ไปเพิ่มบทลงโทษในบทเฉพาะเรื่องนั้น ไม่อาจกระทำได้ โดยง่าย เมื่อพิจารณาจากบริบทและสภาพการณ์ต่างๆ ในสังคมไทยปัจจุบัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางนี้น่าจะเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากอาจเกิดแรงต้านจากความไม่เข้าใจว่า จะเป็นการปลดหลักประกันสิทธิของประชาชนในการร้องทุกข์หรือฟ้องร้องให้เอาผิดทางอาญากับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่กระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนยังเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ยังมีข้อดีอยู่มาก ในบริบทสังคมไทย เพื่ออุดช่องว่างการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบที่ความผิดบทเฉพาะควบคุมไม่ถึง จึงควรคงมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ต่อไป แต่ในข้อดีก็มีข้อเสียอยู่ด้วย ก็คือความไม่ชัดเจนแน่นอนที่อยู่ในส่วนของเจตนาพิเศษ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” หากศาลในคดีอาญายังไม่ปรับแนวคิดในการตีความขยายความเกินถ้อยคำและความมุ่งหมายของบทบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติก็ควรแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติลักษณะเดียวกันให้เกิดความชัดเจนแน่นอนขึ้น โดยเฉพาะบทบัญญัติในส่วนเจตนาพิเศษที่ว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” ซึ่งเป็นปัญหาให้ศาลมีการตีความขยายความจนหาขอบเขตที่แน่นอนไม่ได้ นั้น มีผู้เสนอว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมจากคำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” เป็นว่า “เพื่อกลั่นแกล้งหรือคิดร้ายต่อผู้หนึ่งผู้ใด” เพื่อให้ตรงกับถ้อยคำเดิมที่เคยมีความ

ชัดเจนตามมาตรา 145 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งถูกตัดออกในภายหลังร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ทำให้ผู้ปฏิบัติดีความขยายความจนเกิดปัญหาในปัจจุบันนี้ ผู้เขียนขอเสนอว่า ปัญหาเดียวกันดังกล่าว อาจแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะกลับกันก็ได้ จะเป็นการทำให้มาตรา 157 มีความชัดเจนแน่นอนขึ้น และช่วยจำกัดขอบเขตการตีความขยายความของศาลได้ดีกว่า โดยเพิ่มวรรคสองของมาตรา 157 ด้วยถ้อยคำ ดังนี้

“การปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานโดยมิชอบ ตามวรรคหนึ่ง ซึ่งเจ้าพนักงานมิได้กระทำไปโดยมีเจตนาประสงค์ต่อผลเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือมิได้มีเจตนากระทำการในลักษณะมุ่งร้ายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด มิให้ถือว่าเป็นความผิดฐานนี้”

สำหรับแนวทางการแก้ไขปัญหาการตีความขยายความของศาลในส่วนผู้เสียหาย “...ผู้หนึ่งผู้ใด” ว่าเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐด้วยนั้น ควรวางเป้าหมายให้ชัดว่าจะให้รัฐเป็นผู้เสียหายในทางอาญาด้วยหรือไม่ เพราะในทางแพ่งหรือความรับผิดทางละเมิด หากเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่แล้วทำให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ อันมีลักษณะจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็จะต้องมีความรับผิดทางวินัยและทางแพ่งอยู่แล้ว หรือถ้าเป็นการกระทำโดยทุจริตต่อหน้าที่ก็มีความรับผิดทางอาญารองรับอยู่ ดังนั้น หากประสงค์จะให้มีความผิดอาญากรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแล้วส่งผลเสียหายแก่รัฐขึ้นมา ฝ่ายนิติบัญญัติก็ควรแยกมาตราเป็นฐานความผิดและกำหนดโทษออกไปต่างหาก เพราะมิฉะนั้นจะเกิดความสับสนกับองค์ประกอบความผิดและเจตนารมณ์ของมาตรา 157 อย่างเป็นอยู่ในปัจจุบัน เพราะปัญหาอย่างหนึ่งที่พบอยู่ในคดีอาญาบางคดีก็คือ การที่ศาลพบว่าการกระทำของเจ้าพนักงานละเลย เพิกเฉยหรือไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรฐานของงาน หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นนั้น กฎหมายอาญาของไทยยังไม่ได้กำหนดการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด แต่ด้วยความหวังดีของศาลไทยก็พยายามกำหนดความรับผิดทางอาญากับเจ้าพนักงานด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ด้วย กรณีดังกล่าว เห็นว่าศาลควรทำความเข้าใจขอบเขตและเจตนารมณ์ของมาตรา 157 ของไทย โดยคำนึงถึงประวัติความเป็นมาของการร่างกฎหมายอาญามาแต่ในอดีตถึงปัจจุบัน นิติวิธีในการตีความกฎหมายภายใต้หลักกฎหมายซีวิลลอว์ที่ประเทศไทยควรจะดำเนินไปให้สอดคล้องกัน มิฉะนั้นศาลไทยอาจตีความขยายความเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจงใจพิเศษในมาตรา 157 ออกไปเรื่อยๆ ทั้งที่ขัดกับตัวบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยไปอ้างอิงนิติวิธีสำหรับความผิดฐาน Misconduct in Public Office ของอังกฤษซึ่งเป็นความผิดที่ศาลสร้างขึ้นในแต่ละคดี อันมีที่มาที่ไปและมีการแบ่งแยกความผิดฐานนี้แยกย่อยออกไปหลายกลุ่ม และเนื่องจากองค์กรของรัฐของอังกฤษหลายฝ่ายก็เห็นตรงกันว่าขอบเขตของความผิด ฐาน Misconduct in Public Office ยังขาดความ

ชัดเจนแน่นอน ปัจจุบันจึงยังอยู่ในช่วงปฏิรูปเพื่อจะบัญญัติความผิดให้เป็นลายลักษณ์อักษรต่อไป ซึ่งความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ของไทยไม่อาจกระทำเช่นนั้นได้ ในกรณีของประเทศไทยหากรัฐประสงค์จะลงโทษเจ้าพนักงานฐานเจ้าพนักงานละเลย เพิกเฉยหรือไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรฐานของงาน หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยที่มิได้มีมูลเหตุจูงใจเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ให้เป็นความผิดทางอาญา เพิ่มเติมจากโทษทางวินัย หรือความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ก็จะต้องบัญญัติความผิดไว้ในประมวลกฎหมายให้ชัดเจนเสียก่อน

นอกจากนั้น ในการค้นหาเจตนากระทำความผิดจากมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นอรรถวิสัยของผู้ใช้อำนาจดุลพินิจในการออกนิติกรรมทางปกครอง ศาลในคดีอาญาควรค้นหาและพิสูจน์จากพยานหลักฐาน ที่สนับสนุนเชื่อมโยงว่าจำเลยมีเจตนาใช้อำนาจดุลพินิจในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนหรือบิดผันอำนาจอย่างไร และมีเจตนามุ่งร้ายกลั่นแกล้ง เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายอย่างไร กล่าวคือต้องพิสูจน์ว่ามีสาเหตุอะไรที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้จำเลยซึ่งเป็นเจ้าพนักงานใช้อำนาจดุลพินิจโดยกลั่นแกล้งหรือมุ่งร้ายต่อผู้หนึ่งผู้ใด และสาเหตุดังกล่าวมีน้ำหนักเพียงพอหรือไม่ ที่น่าเชื่อว่าเป็นมูลเหตุจูงใจให้จำเลยได้ใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนเพื่อมุ่งร้ายหรือกลั่นแกล้งผู้อื่น หากศาลไม่มีพยานหลักฐานรับฟังสนับสนุนเชื่อมโยง ก็ไม่ควรนำอรรถวิสัยของศาลที่เห็นเพียงว่าจำเลยใช้อำนาจดุลพินิจคลาดเคลื่อนไปจากมาตรฐานหรือวิสัยของวิญญูชนที่ควรจะเป็น ซึ่งเป็นเรื่องขององค์ประกอบในทางภาวะวิสัยที่ศาลเห็นว่าอาจผิดปกติในสายตาของศาล มาถือว่าเป็นมูลเหตุจูงใจหรือความประสงค์ในใจที่แท้จริงของจำเลยซึ่งเป็นองค์ประกอบในทางอรรถวิสัย เพราะมีฉนั้นแล้ว การปรับใช้หลักเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษเพื่อพิสูจน์ความผิดทางอาญา ก็จะคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงหรือเกิดความไม่แน่นอนขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการกระทำที่ถูกกล่าวหาเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 นั้น (อยู่ในลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง) ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่อีกมากในเรื่องที่ว่า เนื้อหาของการกระทำเจ้าพนักงานที่ถูกควบคุมลงโทษนั้น ควรเป็นเรื่องการกระทำในทางบริหารอย่างเดียว หรือควรรวมถึงการกระทำในทางตุลาการด้วย หรือกรณีที่ยังมีการเสนอกันว่าในการควบคุมการกระทำในทางบริหารนั้น สมควรที่จะควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานเพียงเรื่องที่เป็นกรกระทำทางปกครองเท่านั้น โดยให้แยกการกระทำทางรัฐบาลออกไป เพราะการกระทำทางรัฐบาลมีลักษณะการกระทำที่แตกต่างออกไปและไม่เหมาะสมที่จะใช้มาตร (measure) ในทางกฎหมายเข้ามาตรวจสอบ จึงไม่ควรถูกควบคุมตรวจสอบในทางตุลาการ เนื่องจากมีระบบการควบคุมตรวจสอบหลายอย่างที่เหมาะสมกับสภาพของการกระทำ

ทางรัฐบาลในทางรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว แต่ในกรณีเช่นนี้ควรที่จะบัญญัติถ้อยคำในมาตรา 157 และกฎหมายอื่นที่บัญญัติความผิดในลักษณะเดียวกันให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่า การปฏิบัติหรือละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ในมาตรา 157 หมายถึง การปฏิบัติหรือละเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น เพื่อที่ความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำทางตุลาการของเจ้าพนักงาน หรือที่เรียกว่า ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม (อยู่ในลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม) ที่มีอยู่คนละส่วนแล้วนั้น จะได้แยกออกไปและมีการควบคุมตรวจสอบให้เหมาะสม โดยเฉพาะกับการกระทำทางตุลาการ หรือนิติกรรมทางตุลาการ (judicial act) ที่เป็นเรื่องของการวินิจฉัยอรรถคดีต่างๆ ขององค์กรตุลาการ หรือองค์กรกึ่งตุลาการ เช่น การสั่งคดีหรือการว่าคดีของอัยการ ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ซึ่งลักษณะของงานต้องอาศัยหลักประกันความเป็นอิสระในระดับสูงและแตกต่างไปจากการใช้อำนาจในทางปกครอง

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งก็คือ นอกจากการแก้ไขปัญหาในส่วนสารบัญญัติที่ได้กล่าวไปแล้ว แต่ปัญหาในส่วนวิธีบัญญัติซึ่งยังมีอยู่มากในระบบกฎหมายอาญาของไทย โดยเฉพาะในกรณีที่เอกชนผู้เสียหายนำคดีอาญามาฟ้องร้องกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจดุลพินิจทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันมิใช่เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายจากตัวนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่สุจริตหรือเป็นการฟ้องเพื่อกลั่นแกล้งเพื่อหวังให้เกิดผลกระทบกับการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น สมควรที่ประเทศไทยจะได้มีระบบการฟ้องคดีโดยรัฐหรือโดยความยินยอมของรัฐ ก่อนชั้นศาลให้เป็นไปตามหลักสากล ที่นานาประเทศดำเนินไปอยู่ในปัจจุบัน โดยหากมีการวางบทบัญญัติความรับผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในทางสารบัญญัติและระบบการดำเนินคดีอาญาในทางวิธีบัญญัติที่มีความสมดุล รวมทั้งศาลในคดีอาญาสามารถตีความฐานความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ให้เกิดขอบเขตของความรับผิดได้ชัดเจนแน่นอน ก็จะเป็นปัจจัยเกื้อหนุนให้เกิดความสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์ของการให้ใช้อำนาจดุลพินิจ ที่เป็นการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าพวกเขาจะได้รับความยุติธรรมเฉพาะกรณีอย่างแท้จริง และวัตถุประสงค์ของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งต้องการคุ้มครองรักษาความสะอาดบริสุทธิ์แห่งการใช้อำนาจรัฐ จึงต้องการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะผู้ที่ใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบโดยมีเจตนาร้ายหรือทุจริตเท่านั้น มิฉะนั้นแล้ว ความไม่สมดุลดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดความเกรงกลัวหรือไม่แน่ใจว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างใดอย่างหนึ่งออกไปนั้น จะเกิดความรับผิดทางอาญาหรือไม่ ทำให้ไม่กล้าใช้อำนาจดุลพินิจในทางที่จะอำนวยความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะในสถานการณ์ที่ตึงเครียดหรือมีข้อเท็จจริงที่ยุ้งยากซับซ้อน ก็จะพยายามหลีกเลี่ยงการใช้

อำนาจดุลพินิจ หรือหาทางใช้อำนาจดุลพินิจไปในทางที่ให้ตัวเองปลอดภัยที่สุดเท่านั้น และท้ายที่สุด ผลกระทบดังกล่าวก็จะสะท้อนกลับมาตกแก่ประชาชนผู้ต้องรับเคราะห์กรรมต่อไป





## บรรณานุกรม

### หนังสือ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง, 2551.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

\_\_\_\_\_. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

\_\_\_\_\_. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549.

\_\_\_\_\_. ข้อกฎหมายในคดีนายกอานันท์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.

\_\_\_\_\_. ประมวลกฎหมายอาญากับหลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551.

จาตุรงค์ รอดกำเนิด, สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ตุลาการของฝ่ายปกครอง. สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2548.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1. เนติบัณฑิตยสภา, 2543.

\_\_\_\_\_. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : จีรัชการพิมพ์, 2548.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ : จีระวิชาการพิมพ์. 2540.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

\_\_\_\_\_. มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552.

\_\_\_\_\_. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554.

\_\_\_\_\_. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 26. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554.

\_\_\_\_\_. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2556.

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ. โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553.

เรวัตติ ฉ่ำเฉลิม. ชะลอการฟ้อง. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”. ใน หนังสือ  
 ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน : รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับ  
 กฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.

\_\_\_\_\_. “การกระทำทางปกครอง”. อาจารย์บุชา รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ  
 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง  
 และการกระทำทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

\_\_\_\_\_. กฎหมายปกครองภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554.

\_\_\_\_\_. “การตีความกฎหมายมหาชน”. ใน หนังสือการใช้การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3  
 กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์  
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

\_\_\_\_\_. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ : ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศสและ  
 อังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2555.

\_\_\_\_\_. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการ  
 กระทำทางปกครอง. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546.

\_\_\_\_\_. วิปฏิบัติราชการทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,  
 2549.

วิชัย วิวิตเสวี และคณะ. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ที่ฟังของคนไร้เส้น. พิมพ์ครั้งแรก.  
 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์บ้านพระอาทิตย์, 2548.

บรรศักดิ์ อูวรรโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ : นิติกรรม, 2538.

\_\_\_\_\_. ระบบควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทยอังกฤษ. พิมพ์ครั้งแรก. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537).

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554.

\_\_\_\_\_. หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2559.

ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2526.

ประทีป อ่าววิจิตรกุล. ฎีกาศึกษาการใช้ดุลพินิจ. กรุงเทพฯ : ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์. จัดจำหน่ายโดยร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย “ปณรัชช”.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช. เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช, 2555.

มีชัย ฤชุพันธ์. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดเกษมบรรณกิจ. 2551.

สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด. สารานุกรมกระบวนการยุติธรรมนานาชาติ. กรุงเทพฯ : บริษัทเซเวนพรีนติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2540.

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547.

\_\_\_\_\_. บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : บริษัท 21 เซ็นจูรี จำกัด, 2536.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551.

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ 2540.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 18. ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (บรรณาธิการ). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

\_\_\_\_\_. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายอาญา ภาค 2-3. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. บรรณาธิการ. หนังสือรวมบทความเกี่ยวกับนิติรัฐ นิติธรรม. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

\_\_\_\_\_. บรรณาธิการ. 60 ปีความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์วรวพจน์. หนังสืออาจารย์บูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปีของศาสตราจารย์ ดร.วรวพจน์ วิศรุตพิชญ์. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.

อมร จันทรสุมบุรณ์. หลักกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520.

เอช. เอ.กูต์. กฎหมายอาชญา. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2477.

ฤทัย หงส์สิริ. “นิติกรรมทางปกครอง”. ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547.

### วิทยานิพนธ์

กิตติ บุศยพลากร. “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

จิตรลดา จุงวงศ์. “แนวทางการตรวจสอบควบคุมการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

จิรพันธ์ แก้วประดิษฐ์. “อำนาจดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ : ศึกษาเฉพาะคดีที่ขึ้นศาลยุติธรรมปกติ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.

จิรัฏฐ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา. “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตุลาการ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

จิรายุ อากฤทธิ. “การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

จิราพร บุรินทรวานิช. “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษากรณีขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2548.

ชัยยุทธนา วงศ์วานิช. “หลักการฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

นิติธร สิริธนาชัยกุล. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจการควบคุมตรวจสอบการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบกฎหมายไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ธนอิสินันท์ มหาวัฒนางกุล. “ความเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ธีรัญญา สระทองอ่อน. “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง”. วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.

ธีระ สุธีวรารังกูร. “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2541.

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. “เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

ภิรมย์ เจริญรุ่ง. “ขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสมาชิกวุฒิสภา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2542.

วิโรจน์ ธิตา, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

ยงยุทธ อนุกุล. “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ ระเบียบและมาตรการ ภายใน ของ ฝ่าย ปก ครอง ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2533.

รพีพรรณ พุทธา. “การศึกษาแนวความคิดเรื่องเจตนาในพระพุทธศาสนาในฐานะเป็นบูรณาการ สำหรับปัญหาเรื่องเจตนาในกฎหมายไทย”. วิทยานิพนธ์พุทธศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัย, 2550.

รุ่งรัตน์ ทับทิมทอง. “ความเป็นเจ้าพนักงานในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.

เด่นเดือน เชษฐสุนน. “การดำเนินคดีกับเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539

ตุลา โชติภักดี. “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามมาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา กับความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554.

สงกรานต์ ป้องบุญจันทร์. “การควบคุมอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองไทย : ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลปกครองเยอรมันและศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

สมลักษณ์ จันทร์งษ์. “ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

สิริชัย เกตุสวัสดิ์. “ความคุ้มกันสมาชิกวุฒิสภาไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2540.



หิรัญ อัสววงศ์เกษม. “เจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบกฎหมายไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

อนุวัฒน์ บุญนันท์. “การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ ในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2535.

อุดม รัฐอมฤต. “ปัญหาบางประการเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

### รายงานการวิจัย

เจตน์ รอดอ่อน. “เอกสิทธิ์และความคุ้มกันในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา.” ผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น รุ่นที่ 11 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2556.

สมนึก เสี่ยงก้อง. “ปัญหาการฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 โดยผู้เสียหาย.” รายงานวิจัยหลักสูตรผู้บริหารระดับสูง (บยส.) รุ่นที่ 8 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548.

สำนักงาน ปปป.. “แนวคิดในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการไทย.” ใน รายงานผลการปฏิบัติราชการของคณะกรรมการ ปปป. ประจำปี 2527. กรุงเทพมหานคร : กองวิจัยและวางแผน สำนักงาน ปปป., 2527.

วิชญ์ วรรณฤญ และคณะ. “รายงานวิจัยเรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.”  
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2547.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความเหมาะสมในการปฏิรูป  
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา  
มาตรา 157.” นำเสนอต่อสำนักงาน ปปช., พฤษภาคม 2555.

### บทความ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสาธารณรัฐ  
เยอรมัน”. บทบัญญัติ เล่มที่ 42. ตอน 3 (กันยายน 2529): 46-83.

\_\_\_\_\_. “องค์ประกอบของ “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”.  
วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3 ปีที่ 17 (กันยายน 2530): 35-48.

\_\_\_\_\_. “ดุลพินิจความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองตามกฎหมายเยอรมัน”, บทบัญญัติ เล่มที่ 4  
ตอน 2 (มิถุนายน 2534): 47-85.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “การกระทำทางรัฐบาล”. จุลนิตี, (มีนาคม – เมษายน 2554): 62-77.

คณิต ณ นคร. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”. วารสารอัยการ. ปีที่ 3. ฉบับที่ 25  
(มกราคม 2523): 56-61.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลในประเทศไทย. ปีที่ 5. วารสารอัยการ.  
(ธันวาคม 2525).

ปกป้อง ศรีสนิท. “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ในฐานะ “เกราะคุ้มกันเจ้าพนักงาน” ในการ  
ปฏิบัติหน้าที่.” ปีที่ 8 ฉบับที่ 3 วารสารวิชาการศาลปกครอง. (กันยายน – ธันวาคม 2551):  
10-23.

ประธาน จุฬารัตน์มนตรี. “ทันโลกกฎหมายอาญา : การให้ความสำคัญกับเจตนาพิเศษในการพิสูจน์ความรับผิดชอบอาญา”. วารสารอัยการ. ปีที่ 23. เล่มที่ 255. (เมษายน-มิถุนายน 2553): 113-119.

ประสาธ พงษ์สุวรรณ. “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 32. ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2546): 248-288.

\_\_\_\_\_. “หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิพากษาคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”. “60 ปีความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์วรพจน์. (หนังสืออาจารย์บูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปีของศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์). บรรณาธิการโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557): 179-199.

พูนศักดิ์ ไวสารวัจ. “เหตุเพิกถอน “จากภายใน” นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”. วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 7. ตอน 3 (ธันวาคม 2531): 754-768.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 45-65.

\_\_\_\_\_. “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง”. เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15. (2552).

\_\_\_\_\_. “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 24. ฉบับที่ 3 (กันยายน 2537): 569-582.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ระบบแห่งบรรทัดฐานทางกฎหมาย”, วารสารรพี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2542: 35-44.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “นิติธรรม (The Rule of Law)”. วารสารยุติธรรมคู่ขนาน. ฉบับที่ 1. ปีที่ 6, (2554): 1-45.

ธาดาพันธ์ อังกินันท์. “รายงานการฝึกอบรมและดูงานเรื่องการดำเนินคดีอาญา ณ ประเทศฝรั่งเศส”, อัยการนิเทศ. 53 (มกราคม 2534): 484-500.

ณรงเดช สรุโฆษิต. “การปรึกษาหารือประชาชนในระบบกฎหมายอังกฤษ (Public Consultation in English Legal System)”. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 23 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2547).

วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. “การตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส.” บทบัณฑิตย. เล่มที่ 51 (มีนาคม 2538) : 183-191.

สมยศ เชื้อไทย. “การกระทำทางปกครอง”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530): 49-71.

สมพร พรหิตาธร. “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157”. วารสารสหภาพนายความ. ปีที่ 3 (ตุลาคม 2536): 54.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. “กฎหมายและความยุติธรรมในนิติศาสตร์แผนไทย”. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 34. (มิถุนายน 2547): 282-291.

สุชาติ เวโรจน์. “การควบคุมเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง.” ปีที่ 47 ฉบับที่ 2. วารสารข้าราชการ. (มีนาคม – เมษายน 2545): 1-15.

หัสวุฒิ วิจิตวิริยกุล. “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองในประเทศออสเตรีย”. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1 ปีที่ 20 (มีนาคม 2533): 124-140.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง”, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง หน่วยที่ 7, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัย ธรรมาธิราช, 2555: 7(1-46).

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. “อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ”. เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายปกครองชั้นสูง. หน่วยที่ 9. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2555: 9(1-56)

อุดม รัฐอมฤต. “ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ปัญหาของกฎหมายอาญาที่ขาดความชัดเจนแน่นอน”, 60 ปี ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์ว รพจน์, หนังสืออาจารย์วราวุฒาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปีของศาสตราจารย์ ดร.วราวุฒา วิศรุต พิชญ์ ; เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557): 97-129.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. “ความเหมาะสมในการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 , วารสารวิชาการ ป.ป.ช., ปีที่ 6, ฉบับที่ 1 (มกราคม 2556): 157-179.

### **เอกสารอิเล็กทรอนิกส์**

กองการต่างประเทศ สำนักงานศาลยุติธรรม. การใช้ดุลพินิจโดยอิสระและความรับผิดชอบของผู้พิพากษา ในประเทศสหรัฐอเมริกา. วารสารยุติธรรมปริทัศน์. เว็บไซต์ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม [www.library.coj.go.th](http://www.library.coj.go.th). สืบค้น 10 มกราคม 2557.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “แนวความคิดว่าด้วยรัฐ”. สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2558. จาก <http://www.pub-law.net>.

ชำนาญวิทย์ เตรัตน, “ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง”, [www.law.moi.go.th/2551/article007.doc](http://www.law.moi.go.th/2551/article007.doc), สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กันยายน 2558.

บรรเจิด สิงคะเนติ. “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ”. ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net). กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.

บุษผา อัครพิมาน. “หลักกฎหมายทั่วไป”. <http://www.pub-law.net>. สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2558.

\_\_\_\_\_. “ผลของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส”. <http://www.pub-law.net>. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน 2558.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. “การกระทำทางรัฐบาล,” บทบรรณาธิการ., จาก [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) (ครั้งที่ 190). สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2558.

ปรานี สุขศรี. หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality), <http://www.admincourt.go.th>. สืบค้นเมื่อ 21 กันยายน 2558.

ปัญญา อุดชาชน. “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”. บทความเผยแพร่ในเว็บไซต์ศาลรัฐธรรมนูญ. <http://institute.constitutionalcourt.or.th>. สืบค้นเมื่อ 3 ตุลาคม 2558.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. “ความหมายของดุลพินิจ”. <http://www.royin.go.th/> สืบค้นเมื่อ 29 ตุลาคม 2554.

อุทัย อาทิวา, “การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการกับการลดปริมาณคดีสู่ศาลในประเทศฝรั่งเศส.” วารสารยุติธรรม. จากเว็บไซต์ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม, [www.library.coj.go.th](http://www.library.coj.go.th). สืบค้นเมื่อ 14 มกราคม 2557.

## Books

Albert Venn Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constituion, 10<sup>th</sup> Edition. London : Macmillan, 1959.

Andrew L.-T Choo. abuse of process and judicial Stay of Criminal Proceedings. Oxford : Clarendon Press, 1993.

A.W. Bradley and K.D. Ewing. Constitution and Administrative Law. 14<sup>th</sup> Edition. Harlow : Longman, 2007.

Bernard Schwartz. France Administrative Law and the Common-Law World. New York : New York University Press, 1954.

Blaise KNAPP. Précis de droit administratif, troisième édition. Bale, Francfort-sur-le-Main : Hellbing et Lichtenhahn, 1988.

Crone (C.). Selbindungen der Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Baden-Baden, 1997.

Denis James Galligan. Discretion Power : A Legal Study of Official Discretion. Oxford : Clarendon Press, 1986.

E.C.S. Wade and G. Phillips, Constitutional and Administrative Law, Longman, 9<sup>th</sup> Ed., 1978.

Emile Giraud. Etude sur le notion du pouvoir discrétionnaire. Rev. Gen. d'Administration, 1924.

Gounot. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique. Paris : A. Rousseau, 1912.

Greer Hogan. Constitutional and Administrative Law in a Nutshell. 6<sup>th</sup> Edition. London : Sweet & Maxwell, 2002.

H.W.R. Wade. Administrative Law. 6<sup>ed</sup>. Oxford University Press, 1988.

Hartmut Maurer. Droit administrative Allemand. traduit par Michel Fromont. Paris : L.G.D.J. 1994.

Ivor Jennings. The Law and the Constitution. 5<sup>th</sup> Edition. London : University of London Press, 1959.

Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY. Droit de la fonction publique. Paris : Précis Dalloz, 1990.

Jean Pradel. Droit Pénal Général. Paris : Cujas, 2002.

John F. McEldowney, Public Law. 3<sup>rd</sup> Edition. London : Sweet & Maxwell, 2002.

John Smith. Criminal Law. 10<sup>th</sup> edition. Bath : The Bath Press, 2002.

Kenneth Culp Davis. Administrative Law Text. 3<sup>rd</sup> Edition. Saint Paul : West Publishing, 1972.

Kadish and Paulsen. Criminal Law and Process, 3 ed. 1975.

La Fave and Scott. Handbook of Criminal Law. St. Paul Minn : West Publishing, 1972.



L. Michoud. Etude sur le pouvoir discrétionnaire, Rev. Gen. d' Administration, 1914.

Mahendra P. Singh. German Administrative law in Common Law Perspective. Berlin : Springer-Verleg.

Neil MacCormick. Legal Resoning and Legal Theory. Oxford, 1978.

P.P. Craig. Administrative Law. 5<sup>th</sup> Edition. London : Sweet & Maxwell, 2003.

René Champus. Droit administratif general. 4<sup>e</sup> edition, 1988.

S.A. de Smith. Judicial Review of Administrative Action. 4<sup>th</sup> ed. London : Steven & Son Limited, 1980.

Richard Wilson QC. "Judicial Review : An Introduction to the Key Principles". Criminal Judicial Review. General Editor : Piers von Berg. Qxford and Porland. Oregon : Hart Publishing Ltd., 2014.

Wayne R. La Fave and Rustin W. Scott. Handbook on Criminal Law. Minnesota : West, 1972.

William Wade and Christopher Forsyth. Administrative Law. 10<sup>th</sup> Edition. Oxford University Press, 2009.

### **Articles and Other Documents**

Cynthia Gray. "The Line Between Legal Error and Judicial Misconduct : Balancing Judicial Independence and Accountability". Hofstra Law Review, Vol. 32. Iss. 4. Article 11.

CA Paris, 11th c. B, 1.6.89. see in Agnès BERTRAND, “La Responsabilité Penale du Maire et de la Commune”, [http://www.juripole.fr/memoires/penal/Agnes\\_Bertrand/partie2.html](http://www.juripole.fr/memoires/penal/Agnes_Bertrand/partie2.html), accessed on 23<sup>rd</sup> May 2016.

Edmund M. Parker. “State and Official Liability”, Harvard Law Review, Vol.19, No.5, Mar 1960: 343.

Edwin W. Patterson. “Ministerial and Discretionary Official Acts”. Michigan Law Review. Vol. 20. No 8 (Jun., 1922): 848-886.

Ernst Freund. “The Substitution of Rule for Discretion in Public Law”. The American Political Science Review. Vol.9 No.4 (November 1915): 666.

Ernst K. Pakuscher. “The Use of Discretion in German Law”. The Chicago Law Review. 1976: 106.

Jean-Marie Auby. “The Abuse of Power in French Administrative Law”. The American Journal of Comparative Law. Vol. 18. 1970: 553.

Jeiluis Grey. “Discretion in Administrative Law”. Osgood Hall Law Journal, Vol. 17. 1979: 117.

Law Commission. MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE. Issues Paper 1: The Current Law, [www.lawcom.gov.uk/project/misconduct-in-public-office](http://www.lawcom.gov.uk/project/misconduct-in-public-office). Accessed on 20<sup>th</sup> January 2016.

Léo Goldenberg. “Le Conseil d’Etat, juge du fait”. Paris, Dalloz. 1932: 45-90.

Lucinda Maer, “Misconduct in public office”, Library House of Common, Standard Note: SN/PC/04909.

Paul Craig. Law Fact and Discretion in the UK EU and USA. [www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.../paul\\_craig.pdf](http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.../paul_craig.pdf), pp.15-16.

Rémy Cabrillac. Marie-Anne Frison-Roche et Thierry Revet (Sous la direction) Droit et libertés fondamentaux. 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1997: 411-412.

Robert C. Post. “The Management of Speech: Discretion and Rights”. Faculty Scholarship Series. 1984: 218. At. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/218](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/218).

Roger MARTINEZ Myriam BERNARD, “La responsabilité des agents de l’Etat, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l’Etat”, 2000: 2-3. at [www.fonction-publique.gouv.fr](http://www.fonction-publique.gouv.fr).

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายชัยภัทร ทังทอง
วันเดือนปีเกิด	11 เมษายน 2514
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2539 : อุตสาหกรรมศาสตรบัณฑิต (คณะวิศวกรรมศาสตร์) สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าเจ้าคุณทหารลาดกระบัง ปีการศึกษา 2543 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ปีการศึกษา 2548 : เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 58 ปีการศึกษา 2551 : นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ตำแหน่ง	รองอัยการจังหวัด สำนักงานอัยการคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายและการบังคับคดีจังหวัดนนทบุรี สำนักงานอัยการสูงสุด
ผลงานทางวิชาการ	ชัยภัทร ทังทอง. “การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่น โดยองค์การบริหารกิจการท้องถิ่นเฉพาะอย่าง”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552. ชัยภัทร ทังทอง, “การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ”, ดุษฎีนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
ประสบการณ์ทำงาน	2534-2547 : ข้าราชการกลาโหม กองทัพอากาศ 2547-2551 : ข้าราชการกรุงเทพมหานคร (นิติกร) 2551-ปัจจุบัน : พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด

