

มาตรการป้องกันการแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจ

๐3

มาตรการป้องกันการแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจ

พนักงานสอบสวน ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งระเบียบคำสั่ง ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติบนหลักของการอำนวยความยุติธรรมทางอาญา ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบและเร่งรัดการสอบสวนคดีอาญาเพื่อให้การสอบสวนเป็นไปด้วยความรวดเร็วรอบคอบต่อเนื่องเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ แต่ไม่มีหน้าที่และอำนาจในการแทรกแซงการดำเนินงานของพนักงานสอบสวน คำสั่งดังกล่าวกำหนดวิธีการปฏิบัติในการดำเนินงานของพนักงานสอบสวนในทุกขั้นตอน ตั้งแต่ก่อนรับคำร้องทุกข์ การรับคำร้องทุกข์ การสอบสวนถามปากคำ และบันทึกคำให้การของผู้กล่าวหาผู้ต้องหาพยานการแจ้งผลความคืบหน้าการสอบสวนให้ผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษทราบการสอบสวนให้บันทึกรายละเอียดการรวบรวมพยานหลักฐานให้ระบุถึงการได้มาของพยานหลักฐาน และการดำเนินการเกี่ยวกับพยานหลักฐานนั้น ๆ การทำสำนวนการสอบสวน การทำความเห็นทางคดีที่กำหนดให้พนักงานสอบสวน ผู้สอบสวนรวบรวมพยานหลักฐาน เป็นผู้ลงนามมีความเห็นทางคดี จากนั้นจึงเสนอความเห็นพร้อมสำนวนการสอบสวนไปยังหัวหน้าพนักงานสอบสวน และผู้มีอำนาจทำความเห็นทางคดี เพื่อพิจารณา มีความเห็นทางคดีตามลำดับ โดยให้หัวหน้าพนักงานสอบสวน และผู้มีอำนาจทำความเห็นทางคดี มีความเห็นทางคดีเป็นของตนเอง



มาตรการป้องกันการแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจ

การปฏิบัติของพนักงานสอบสวน

1. รับคำร้องทุกข์

บันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับคำร้องทุกข์หรือคำกล่าวโทษในสารบบการดำเนินคดีและลงรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีแล้วรับดำเนินการสอบสวนโดยไม่ชักช้า

2. การสอบสวน รวบรวมพยานหลักฐาน

ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะ 8 รวมทั้งระเบียบและคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่เกี่ยวข้องการสอบสวนให้บันทึกรายละเอียดการปฏิบัติการรวบรวมพยานหลักฐานให้ระบุนำมาได้มาของพยานหลักฐาน และการดำเนินการเกี่ยวกับพยานหลักฐานนั้น ๆ ทั้งนี้ ให้การแจ้งผลความคืบหน้าการสอบสวนให้ผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษทราบตามกำหนดระยะเวลา

3. ทำความเห็นทางคดี

พนักงานสอบสวนผู้สอบสวนรวบรวมพยานหลักฐาน เป็นผู้ลงนามมีความเห็นทางคดี จากนั้นจึงเสนอความเห็นพร้อมสำนวนการสอบสวนไปยังหัวหน้าพนักงานสอบสวนและผู้มีอำนาจทำความเห็นทางคดี เพื่อพิจารณามีความเห็นทางคดีตามลำดับ โดยให้หัวหน้าพนักงานสอบสวน และผู้มีอำนาจทำความเห็นทางคดีมีความเห็นทางคดีเป็นของตนเอง

ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*

บทนำ

ภายใต้หลักนิติรัฐ กฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญอันเป็นทั้งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของการใช้อำนาจในการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐ^๑ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งแบ่งพิจารณาได้ ๔ ลักษณะ ได้แก่ **ลักษณะที่หนึ่ง** การกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจหรือดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่มีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำ **ลักษณะที่สอง** การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องตัดสินใจใช้อำนาจ โดยมีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถเลือกใช้มาตรการหรือการดำเนินการใดที่กฎหมายกำหนดและต้องดำเนินการไปตามนั้น **ลักษณะที่สาม** การกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเลือกใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ โดยหากตัดสินใจแล้วจะไม่มีสิทธิเลือกมาตรการหรือเนื้อหาของการกระทำได้ แต่จะต้องดำเนินการตามมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และ**ลักษณะที่สี่** การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำการใดก็ได้ และหากตัดสินใจแล้วย่อมมีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำได้ ซึ่งกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะนี้ โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิเลือกใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ และเมื่อเลือกที่จะใช้อำนาจแล้ว สามารถเลือกที่จะใช้มาตรการหรือการดำเนินการใดตามที่กฎหมายเปิดช่องการใช้อำนาจไว้ด้วย

จากลักษณะของการที่กฎหมายกำหนดลักษณะของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ดังกล่าวในมิติของที่มาของอำนาจนั้น อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ ในทางทฤษฎีสามารถจำแนกได้เป็น ๒ ประเภท ได้แก่ อำนาจผูกพัน (mandatory power) และอำนาจดุลพินิจ (discretionary power)^๒

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับในเรื่องการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของ “อำนาจดุลพินิจ” ซึ่งประกอบด้วย ๕ ส่วนหลัก ได้แก่

๑. ความหมายของอำนาจดุลพินิจ
๒. ความสำคัญของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ
๓. ประเภทของอำนาจดุลพินิจ
๔. ตัวอย่างบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ
๕. การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจ

ก่อนที่จะได้กล่าวถึงอำนาจดุลพินิจ สมควรที่จะได้กล่าวถึงอำนาจผูกพันซึ่งเป็นอำนาจที่คู่เคียงกันที่จะทำให้สามารถเปรียบเทียบถึงความหมาย ลักษณะ และการใช้อำนาจได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ อำนาจผูกพัน ได้แก่ อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกผูกพันอยู่กับเงื่อนไขตามกฎหมาย ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดบังคับไว้เป็นการล่วงหน้าในลักษณะที่ว่า หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการหรือสั่งการตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น

*บทความนี้จัดทำโดยคณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑วรพจน์ วิศวพิชญ์, “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๔๕) หน้า ๑๓๓

^๒วรพจน์ วิศวพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๘ (๒๕๓๒) หน้า ๓๗-๓๘.

กำหนดไว้เท่านั้น จะตัดสินใจเพื่อเลือกที่จะกระทำการใดเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงถูกผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัดไม่มีอำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างอื่นได้ และอาจกล่าวได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วคือหน้าที่ (Duty) นั้นเอง แต่เหตุที่ยังคงเรียกว่าเป็นอำนาจเนื่องจากการกระทำที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่นี้กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้^๓ ซึ่งความสำคัญของการกำหนดอำนาจผูกพัน เพื่อกำหนดองค์ประกอบและผลทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน อันเป็นหลักการทางกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ที่จะไม่เป็นการเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบอีกด้วย ตัวอย่างเช่น ที่กำหนดอำนาจผูกพัน เช่น มาตรา ๒๐^๔ แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๓๔ กำหนดให้ในกรณีที่มีการแจ้งการเกิดตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว นายทะเบียนผู้รับแจ้งต้องรับแจ้งการเกิดและออกสูติบัตรเป็นหลักฐานแก่ผู้แจ้ง เป็นต้น

๑. ความหมายของอำนาจดุลพินิจ

ด้วยการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีมาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพื้นฐานสำคัญ เมื่อใดที่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิได้กำหนดองค์ประกอบหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนแล้ว ในการบังคับใช้กฎหมายย่อมจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการใช้อำนาจในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเกิดขึ้นจากการที่ตัวบทกฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย เพื่อมิให้การใช้บทบัญญัติของกฎหมายแข็งกระด้างและเพื่่อมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่เฉพาะเรื่องเฉพาะรายนั้น ๆ

อำนาจดุลพินิจสามารถแบ่งออกได้หลายประเภทตามการกระทำด้านต่าง ๆ ของรัฐ แต่ยังคงมีลักษณะร่วมกัน ได้แก่ การที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยกำหนดถ้อยคำที่มีลักษณะไม่แน่นอนตายตัว หรือให้ทางเลือกในการใช้อำนาจหรือมาตรการได้หลายทางในขอบเขตที่กำหนด ซึ่งการยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้มีการบริหารกฎหมายให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และมีให้เกิดการหยุดชะงักในการปฏิบัติหน้าที่หรือขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย จึงเห็นได้ว่า “อำนาจดุลพินิจ” มีลักษณะตรงกันข้ามกับ “อำนาจผูกพัน” อย่างไรก็ดี ในการศึกษาประเด็นการใช้ดุลพินิจ นั้น จำเป็นต้องทราบถึงความทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ทั้งในส่วนของความหมายและความสำคัญ ประเภทและแนวคิดว่าการควบคุมอำนาจดุลพินิจ ทั้งนี้ เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนของการศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อไป

เมื่อพิจารณาความหมายตามถ้อยคำแล้ว “ดุลพินิจ” ประกอบด้วยคำว่า “ดุล” ซึ่งแปลว่า เท่ากัน เสมอกัน และเท่าเทียมกัน และคำว่า “พินิจ” ซึ่งแปลว่า พิจารณา ดังนั้น “ดุลพินิจ” จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควรหรือการพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม^๕ ส่วนพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายว่า การวินิจฉัยที่เห็นสมควร^๖

^๓วรพจน์ วิศวพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๘ (๒๕๓๒) หน้า ๔๑.

^๔มาตรา ๒๐ เมื่อมีการแจ้งการเกิดตามมาตรา ๑๘ มาตรา ๑๙ มาตรา ๑๙/๑ หรือมาตรา ๑๙/๓ ทั้งกรณีของเด็กที่มีสัญชาติไทยหรือเด็กที่ไม่ได้สัญชาติไทยโดยการเกิดตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ ให้นายทะเบียนผู้รับแจ้งรับแจ้งการเกิดและออกสูติบัตรเป็นหลักฐานแก่ผู้แจ้งโดยมีข้อเท็จจริงเท่าที่สามารถจะทราบได้

^๕บทวิทยุรายการ “รู้ รัก ภาษาไทย” ออกอากาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ [ออนไลน์] <http://www.royin.go.th/?knowledge=ดุลพินิจ-๒๙-ตุลาคม-๒๕๕๓>

^๖ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔

สำหรับความหมายในทางกฎหมาย นั้น พจนานุกรมกฎหมาย (Black's Law Dictionary) ได้ให้ความหมายของคำว่า “discretion” ว่าหมายถึง อำนาจของปัจเจกชนในการตัดสินใจโดยปราศจากการแนะนำหรือการยินยอมจากบุคคลอื่น และคำว่า “administrative discretion” หรือดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า หมายถึง อำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้อำนาจตัดสินใจเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ของตน^๗ นอกจากนี้ นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” ไว้สรุปความได้ว่า อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายบัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจและเลือกปฏิบัติด้วยตนเองอย่างอิสระเพื่อดำเนินการตามหน้าที่และความรับผิดชอบของตน ภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งอาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างและแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน^๘ กล่าวได้ว่า การกำหนดให้อำนาจดุลพินิจนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพในการพิจารณาดำเนินการตามสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น^๙

๒. ความสำคัญของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายซึ่งกำหนดไว้อย่างแน่นอนตายตัวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยมีให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายสามารถพิจารณาเพื่อมีทางเลือกในการใช้อำนาจได้ตามความเหมาะสม อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคลในกรณีเฉพาะนั้นก็ได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อลดทอนความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากความแข็งกระด้างและไม่ยืดหยุ่นของกฎหมายดังกล่าว^{๑๐} และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้อยู่ใกล้ชิดกับสถานการณ์เฉพาะที่เกิดขึ้นสามารถใช้ความรู้ ความสามารถ และวิจารณญาณของตน พิจารณาดำเนินการใด ๆ โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย^{๑๑} และต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายอย่างเหมาะสมและยุติธรรมแก่กรณีดังกล่าว กล่าวได้ว่าเป็นกรณีการบังคับใช้กฎหมายที่คำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ หรือเป็นกรณี ๆ ไป อันเป็นการอำนวยความสะดวกเฉพาะคดี^{๑๒} การที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะเลือกดำเนินการได้หลายทางในการตัดสินใจจะทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่ทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวเป็นไปเพื่อที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนตามเจตนารมณ์ของภารกิจของรัฐเสรีประชาธิปไตย

อย่างไรก็ดี ในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมจะต้องมีความอิสระในการใช้ดุลพินิจที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจทำให้เข้าใจผิดได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างไม่มีขอบเขต แต่แท้จริงแล้วการมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการเลือกตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้หลายทางเพื่อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงอย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายจึงต้องอยู่บนฐานของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และการใช้เหตุผลประกอบการพิจารณาตัดสินใจ

^๗Black's Law Dictionary (8th Edition. 2004) [Online] http://www.republicsg.info/Dictionaries/2004_Black%27s-Law-Dictionary-Edition-8.pdf p.1405

^๘กมลชัย รัตนสากววงศ์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๘ (๒๕๓๒) หน้า ๕.

^๙รองพล เจริญพันธ์, “การใช้ดุลพินิจในกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๔ (มีนาคม ๒๕๒๑) หน้า ๑๗.

^{๑๐}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๘ (๒๕๓๒) หน้า ๓๗-๓๘.

^{๑๑}วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, ๒๕๕๔) หน้า ๗๙.

^{๑๒}สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๓ (๒๕๓๐) หน้า ๕๗.

อย่างเหมาะสม ในการนี้หลักพื้นฐานของการใช้อำนาจดุลพินิจ จึงต้องอยู่บนความอิสระในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ ต้องความเป็นกลาง มีความโปร่งใส และมีความเป็นธรรม เพราะการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหากกระทำหรือไม่กระทำการโดยตามอำเภอใจ การใช้ดุลพินิจนั้นย่อมจะไม่อาจถือได้ว่าชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากการอำนวยความสะดวกแล้ว บทบาทของรัฐสมัยใหม่ยังขยายขอบเขตกว้างไปถึงการแทรกแซงทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม เนื่องด้วยในการดำเนินการของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจดังกล่าวไม่อาจอาศัยเพียงกฎหมายที่มีลักษณะแน่นอนตายตัวโดยลำพังได้ รวมทั้งจะต้องตอบสนองข้อเรียกร้องต่อประโยชน์มหาชนภายใต้หน้าที่และอำนาจตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดอีกด้วย การให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายและสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ อนึ่ง ปัญหาที่สมควรพิจารณาบนฐานของการยอมรับอำนาจดุลพินิจในรัฐเสรีประชาธิปไตยนี้ มิใช่ว่าจะจำกัดอำนาจดุลพินิจให้หมดสิ้นไปอย่างไร แต่เป็นปัญหาที่ว่าจะควบคุมให้การใช้ดุลพินิจอยู่ภายในกรอบของกฎหมายและเป็นไปอย่างสุจริตรอบคอบอย่างไร^{๑๓}

๓. ประเภทของอำนาจดุลพินิจ

โดยที่การใช้กฎหมายคือการนำข้อเท็จจริงซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรม (concrete) มาปรับกับกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (norm) เพื่อให้ทราบถึงผลทางกฎหมายของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยทั่วไป บทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถแยกองค์ประกอบออกได้เป็น ๒ ส่วน ได้แก่ องค์ประกอบส่วนเหตุซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจ และองค์ประกอบส่วนผลซึ่งกำหนดผลทางกฎหมายหรือมาตรการทางกฎหมาย^{๑๔} ซึ่งโครงสร้างของบทบัญญัติทั้งสองส่วนนี้นำมาซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแบ่งได้เป็นอำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และอำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

(๑) **ดุลพินิจวินิจฉัย** : อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและกำหนดลักษณะกฎหมายให้แก่ข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วยการตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย แล้วจึงนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาปรับเข้ากับตัวบทกฎหมาย กล่าวคือ การดำเนินการดังกล่าวเป็นขั้นตอนการตีความกฎหมายและการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย^{๑๕}

อำนาจดุลพินิจที่ปรากฏในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุนี้อาจเรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” ซึ่งในการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถเลือกตัดสินใจตามความพอใจได้ แต่จะต้องตรวจสอบโดยวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะเชื่อว่ามีข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นหรือไม่ แม้ว่าในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้ แต่ในที่สุดแล้วจะต้องมีคำวินิจฉัยที่เด็ดขาดเป็นที่ยุติ

^{๑๓}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๘ (๒๕๓๒) หน้า ๓๙-๔๐

^{๑๔}สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๓ (๒๕๓๐) หน้า ๕๐ - ๕๑.

^{๑๕}วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๘ (๒๕๓๒) หน้า ๓๗-๓๘.

โดยปกติแล้วผู้ที่ทำหน้าที่นี้คือองค์กรตุลาการ^{๑๖} ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง^{๑๗}

สำหรับการตีความและการปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจน ซึ่งใช้ถ้อยคำในลักษณะที่สามารถตีความวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปได้ล่วงหน้า (Interpretation a priori) แล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่มีดุลพินิจในการกำหนดลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ต้องตีความภายหลังจากที่มีข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเกิดขึ้นแล้วเป็นกรณี ๆ ไป รวมทั้งยังเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป เช่น “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี”^{๑๘} หรือ “มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภัยอันตราย”^{๑๙} เป็นต้น ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปรับบทกฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีโดยตีความถ้อยคำดังกล่าวให้เป็นที่ยุติ

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในองค์ประกอบส่วนเหตุได้หรือไม่ เนื่องจากในทางวิชาการมีความเห็นแตกต่างกัน โดยบางฝ่ายเห็นว่า เป็นเรื่องของการปรับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีนี้เป็นขั้นตอนการใช้กฎหมายโดยปกติธรรมดาที่มืองค์กรตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองให้เป็นที่ยุติ ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอำนาจดุลพินิจในองค์ประกอบส่วนเหตุ ในขณะที่อีกฝ่ายเห็นว่า ในกรณีที่องค์ประกอบส่วนเหตุกำหนดไว้ด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงเช่นนี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐประเมินคุณค่าของข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีด้วยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะทบทวนการใช้กฎหมายในกรณีนี้ได้ ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจในองค์ประกอบส่วนเหตุ แม้จะมีใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองก็ตาม^{๒๐} ตัวอย่างบทบัญญัติที่กำหนดดุลพินิจวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ มาตรา ๗๓^{๒๑} แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ เป็นต้น

(๒) ดุลพินิจตัดสินใจ : ดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจวินิจฉัยในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายเป็นส่วนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดผลของการใช้อำนาจไว้เช่นไร เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบองค์ประกอบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถที่จะเลือกผลในทางกฎหมายหรือมาตรการในการดำเนินการตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ได้ ดุลพินิจที่ปรากฏในส่วนของผลทางกฎหมายนี้อาจเรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะตัดสินใจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดเปิดช่องไว้ให้ โดยจะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งแบ่งได้เป็น ๒ กรณี ได้แก่ ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการและดุลพินิจเลือก

^{๑๖} สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๓ (๒๕๓๐) หน้า ๕๓.

^{๑๗} เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย, วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (๒๕๓๔) หน้า ๒๓.

^{๑๘} พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๔๑

^{๑๙} พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๔๖

^{๒๐} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, ๒๕๕๔) หน้า ๘๐-๘๘.

^{๒๑} มาตรา ๗๓ เมื่อนายทะเบียนเห็นว่าพนักงานตรวจสภาพหรือสถานตรวจสภาพรถที่ได้รับอนุญาตได้ตรวจสภาพรถถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๑ และมาตรา ๗๒ แล้ว ให้รับจดทะเบียนและออกหนังสือแสดงการจดทะเบียนพร้อมกับแผ่นป้ายเลขทะเบียนรถคันนั้นให้โดยไม่ชักช้า

วิธีในการดำเนินการ^{๒๒} ตัวอย่างเช่น มาตรา ๙^{๒๓} แห่งพระราชบัญญัติสัญญาชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘ และมาตรา ๕^{๒๔} แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้น

๔. ตัวอย่างบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ

ตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอิสระที่จะเลือกกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ โดยอาจคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็นต่าง ๆ อาทิ ความจำเป็นที่ต้องนำข้อเท็จจริงที่หลากหลายมาประกอบการตัดสินใจ หรือความจำเป็นที่ต้องอำนาจให้เกิดความยุติธรรมรายกรณี แต่ด้วยฝ่ายนิติบัญญัติมีขอบเขตการใช้อำนาจที่กว้างขวาง จึงยากที่จะกำหนดให้ครบถ้วนสมบูรณ์ว่ามีกรณีใดบ้างที่ฝ่ายนิติบัญญัติสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ กรณีดังที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นเพียงตัวอย่างของประเภทกฎหมายที่มีลักษณะบางประการที่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจเห็นว่าสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ

(๑) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องต้องพิจารณาข้อมูลหลายด้านประกอบกัน หรือต้องคำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกลุ่มต่าง ๆ^{๒๕} ให้สอดคล้องกับบริบทของแต่ละกรณี โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจคาดการณ์ถึงรายละเอียดต่าง ๆ ได้ครบถ้วน จึงไม่อาจกำหนดองค์ประกอบของกฎหมายให้ต้องพิจารณาข้อมูลและผลประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้อย่างสมบูรณ์^{๒๖} จำเป็นต้องให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจรายกรณี เพื่อให้ชอบด้วยวัตถุประสงค์และนโยบายของกฎหมายนั้น ๆ (Prudential Discretion^{๒๗}) เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการวางผังเมือง^{๒๘} ซึ่งในการวางแผนหรือผังเมืองต้องมีการนำองค์ประกอบต่าง ๆ มาชั่งน้ำหนักกัน

(๒) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องต้องตัดสินใจอย่างรวดเร็ว ทันทีทันใด เนื่องจากเป็นเรื่องกลยุทธ์ในการบริหาร หรือเป็นการตอบโต้ปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า (Tactical Decision, Responsive

^{๒๒}วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ; นิติราษฎร์, ๒๕๕๔) หน้า ๗๖.

^{๒๓}มาตรา ๙ หอซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทยให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ได้สัญชาติไทยให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรี

^{๒๔}มาตรา ๕ ในกรณีที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้บุคคลใดยื่นเอกสารหรือแจ้งรายการภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าบุคคลนั้นมีเหตุจำเป็นจนไม่สามารถจะปฏิบัติตามกำหนดเวลาได้ และได้ยื่นคำร้องขอขยายหรือเลื่อนกำหนดเวลาโดยแสดงเหตุแห่งความจำเป็น เมื่อนายทะเบียนพิจารณาเห็นเป็นการสมควรจะขยายหรือเลื่อนกำหนดเวลาออกไปตามความจำเป็นแก่กรณีก็ได้

^{๒๕}“Pluralistic Balancing of Interests” (William F. West, 28 American Journal of Political Science, P 340 (342)); “The discretion may be designated as “arbitral” or “mediating”. Ernst Freund, Administrative Powers over Persons and Property: A Comparative Survey (1928), Chapter VI, §45 (c)

^{๒๖}ดร.จิรนิติ หะวานนท์, ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, หนังสือคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ ๑ (ปี ๒๕๔๕) หน้า ๓๙๓

^{๒๗}Ernst Freund, ibid, Chapter VI, §45 (b)

^{๒๘}ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerwGE 48, 56 (63): Abwägungsgebot bei jeder rechtstaatlicher Planung (ในการวางแผนหรือผังเมืองต้องมีการนำองค์ประกอบต่าง ๆ มาชั่งน้ำหนักกัน); Harvard Law Review, Vol. 82, No. 3 (Jan., 1969), pp. 668-685

Regulation) เช่น มาตรการจัดการกับผู้ก่อการร้าย^{๒๙} หรืออำนาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยในการให้กู้ยืมเงินแก่สถาบันการเงิน^{๓๐}

(๓) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องต้องปรับใช้ทฤษฎีความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน^{๓๑} ให้เข้ากับข้อเท็จจริงและบริบทของแต่ละกรณี (Expert Discretion or Technical Discretion^{๓๒}) เช่น การบังคับใช้กฎหมายที่ต้องใช้ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เช่น กฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือกรณีที่ต้องใช้ความรู้เฉพาะของแต่ละสาขาวิชาเพื่อให้คะแนนสอบในสถานศึกษา

(๔) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องเป็นการยากที่จะกำหนดขอบเขตที่จะอนุญาตให้ทำได้^{๓๓} เนื่องจากต้องพิจารณาจากมาตรฐานทางคุณธรรมและบริบทของสังคมในแต่ละช่วงเวลา ซึ่งโดยมากจะมีลักษณะเป็นการใช้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่เจาะจง^{๓๔}

(๕) กรณีที่ต้องออกแบบกฎหมายเพื่อรองรับกรณีที่มีลักษณะแตกต่างจากกรณีทั่วไปที่พึงคาดหมายได้ (atypical conditions) ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ไม่อยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือเป็นกรณี que การบังคับใช้กฎหมายจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อประชาชนในกรณีนั้น ๆ จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการพิจารณาผ่อนผัน^{๓๕} การบังคับใช้บทบัญญัติในกฎหมายได้ (Relaxing Discretion, Dispensing Power^{๓๖})

(๖) กรณีที่ต้องการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความคล่องตัวในการบริหารเสมือนองค์กรธุรกิจ หรือเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถนำนวัตกรรมในการบริหารรัฐกิจมาใช้ในการตัดสินใจได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประสิทธิผลและประสิทธิภาพ และมุ่งเน้นผลลัพธ์มากกว่าการบังคับใช้กฎหมายตามองค์ประกอบที่ถูกกำหนดไว้ ซึ่งเป็นแนวคิดในการบริหารรัฐกิจรูปแบบใหม่

๕. การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจ

แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะยอมรับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถมีดุลพินิจได้ในบางกรณี แต่มีข้อว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจของตนได้อย่างเสรีเด็ดขาดหรือไร้ขอบเขต เนื่องจากการใช้อำนาจใด ๆ ของรัฐต้องผูกพันกับหลักการทางกฎหมาย เช่น หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น^{๓๗} หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการควบคุมตรวจสอบให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวเป็นไปอย่างถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย

^{๒๙}ดู: คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BverfGE 46, 160 (165)

^{๓๐}Bullinger, Juristen Zeitung (JZ) 1984, 1001 (1007)

^{๓๑}Ossenbühl, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1978, 1 et seqq.; ดร.จิรนิติ หะวานนท์, อ้างแล้ว,

หน้า ๓๔๓

^{๓๒}Ernst Freund, ibid, Chapter VI, §45 (e)

^{๓๓}“inherent difficulty of standardizing the limits of tolerance” (Ernst Freund, ibid, Chapter VI, §45 (d))

^{๓๔}เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาว่าระบบกฎหมายกำหนดให้มีดุลพินิจฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบหรือไม่ (ดู กมลชัย รัตนสากวรงค์, บทบัณฑิตย์ เล่มที่ ๔๒, ๒๕๒๙ ตอน ๓ หน้า ๔๖-๔๗)

^{๓๕}“truly exceptional circumstances”, Robert E. Goodin, Oxford Journal of Legal Studies Vol.6, No.2, p. 232 (237)

^{๓๖}Ernst Freund, ibid, Chapter VI, §45 (a)

^{๓๗}สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๓ (๒๕๓๐) หน้า ๕๘.

และหลักการต่าง ๆ ที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล^{๓๘} ในส่วนนี้ได้พิจารณาโดยจำแนกด้วยเกณฑ์องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ดังนี้

(๑) การควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมการใช้ดุลพินิจผ่านตัวบทกฎหมาย กล่าวได้ว่าเป็นการควบคุมกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะต้องคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ และการกำหนดเหตุหรือกรณีที่จะเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาถึงความจำเป็นและสมควร ซึ่งแนวคิดดังกล่าวสะท้อนอยู่ในแนวนโยบายแห่งรัฐตามวรรคสามของมาตรา ๗๗^{๓๙} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น รวมถึงพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน เป็นต้น

(๒) การควบคุมโดยฝ่ายบริหาร

นอกจากบทบาทในการเป็นผู้ใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายบริหารก็ยังมีบทบาทในการเป็นผู้ควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของตนเองด้วย โดยแบ่งพิจารณาได้ตามระยะเวลา ดังต่อไปนี้

(๒.๑) การควบคุมก่อนการใช้อำนาจ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานของรัฐถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา ๓^{๔๐} ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(๒.๒) การควบคุมภายหลังการใช้อำนาจ^{๔๑} กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะของการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งดังกล่าวสามารถพิจารณาทบทวนหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ทั้งจากการริเริ่มของเจ้าหน้าที่เองและจากการอุทธรณ์โดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นไปตาม

^{๓๘}ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองได้ในหนังสือ “หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง” ของศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

^{๓๙}มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

^{๔๐}มาตรา ๓ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

^{๔๑}ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ในหนังสือ “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง” ของศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และหนังสือ “กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป” ของศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์

หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และกฎหมายอื่นที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอุทธรณ์ในเรื่องนั้น ๆ ไว้

(๓) การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ฝ่ายปกครองก็จะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในขั้นสุดท้าย^{๔๒} แต่อย่างไรก็ดี ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการอำนวยความสะดวก ยุติธรรม และมีความเป็นอิสระ เด็ดขาด และบังคับตามคำวินิจฉัยเป็นผู้มีบทบาทในการควบคุมให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมาย อย่างเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง สำหรับระบบศาลไทยซึ่งเป็นระบบศาลคู่ นั้น ศาลปกครองมีบทบาทอย่างมากในเรื่องดังกล่าว เมื่อศึกษา คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องพบว่า ศาลปกครองในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อาศัยอำนาจตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑)^{๔๓} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ในการตรวจสอบหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากเหตุการใช้ดุลพินิจ โดยมีขอบ โดยศาลปกครองไทยมีแนวทางการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ๒ แนวทาง ดังต่อไปนี้

(๓.๑) ศาลจำกัดอำนาจของตนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยไม่เข้าไปวินิจฉัย การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ จากการศึกษา แนวคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง พบแนวทางของศาลในการจำกัดอำนาจของตนในการ ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น การตัดสินใจกระทำการของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น “การตัดสินใจทางบริหาร”^{๔๔} การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยมีลักษณะเป็นดุลพินิจความเชี่ยวชาญ^{๔๕} และการใช้อำนาจ ดุลพินิจอันเป็นการบริหารงานภายในองค์กร^{๔๖} เป็นต้น

(๓.๒) ศาลใช้อำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีนี้ ศาลปกครองจะจำกัดตนเองอยู่เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เท่านั้น โดยไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบถึงความเหมาะสมของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง มิเช่นนั้นแล้ว จะเป็นกรณีที่ศาลก้าวล่วงเข้าไปเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารแทนฝ่ายปกครองเสียเอง อันจะขัดต่อหลักการแบ่งแยก การใช้อำนาจซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองที่เกี่ยวข้องพบกรณีที่ศาล ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ ได้แก่ การตรวจสอบอำนาจของผู้ที่ใช้ดุลพินิจที่ก่อให้เกิด

^{๔๒}กมลชัย รัตนสากวรงค์, “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๘ (๒๕๓๒) : ๔.

^{๔๓}มาตรา ๙ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้อง ตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือ สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๔๔}คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๔๒๙/๒๕๔๖ (เรื่อง การดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการก่อสร้างของผู้บริหารท้องถิ่น)

^{๔๕}คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๘๐/๒๕๔๗ (เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง-หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย - คำสั่งแก้ไขตำรับยาของกระทรวงสาธารณสุข)

^{๔๖}คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๑๕๕/๒๕๕๐ (เรื่อง หน้าที่ในการปรับโครงสร้างแผนอัตรากำลัง การบริหารงาน บุคคลส่วนท้องถิ่น ของนายกองค์การบริหารส่วนตำบล)

การกระทำทางปกครอง^{๔๗} การควบคุมตรวจสอบให้การใช้ดุลพินิจอยู่ในขอบเขตของกฎหมายและเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย^{๔๘} การควบคุมตรวจสอบให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด^{๔๙} การควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วน^{๕๐} และการควบคุมตรวจสอบให้การใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยเหตุผล ความเหมาะสม และหลักความได้สัดส่วน^{๕๑}

อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายบัญญัติเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถตัดสินใจได้โดยอิสระว่าควรออกคำสั่งหรือไม่ หรือควรออกคำสั่งอย่างไรนั้น เป็นการแสดงว่าอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมิใช่เป็นเสรีภาพที่จะตัดสินใจเสียได้ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ใช้ดุลพินิจว่าสมควรจะออกคำสั่งอย่างไรให้เหมาะสมแก่กรณี กล่าวคือ เป็นคำสั่งที่สามารถตอบสนองต่อประโยชน์มหาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล และในขณะเดียวกันจะต้องกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนน้อยที่สุด ซึ่งการใช้ดุลพินิจลักษณะนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่ประกอบขึ้นเป็นกรณี ๆ อย่างรอบคอบถี่ถ้วน และรอบด้านแล้ว จึงได้มีการตัดสินใจที่จะออกคำสั่ง

บทสรุป

แม้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละประเภทจะมีลักษณะที่แตกต่างกัน และมีความเฉพาะเจาะจงแตกต่างกันไปตามแต่ละภารกิจ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นเหมาะสมและเป็นธรรมในแต่ละกรณี อันส่งผลให้เป็นการยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจได้อย่างตายตัว ประกอบกับการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะเลือกกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น อาจกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวจึงยังคงต้องคำนึงหลักการพื้นฐานทั่วไปที่ต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายต่าง ๆ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เช่น หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น

^{๔๗}คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๒๔๑/๒๕๕๒ (เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย)

^{๔๘}คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๒๓/๒๕๔๘ (เรื่อง สิทธิเกี่ยวกับเงินค่าตอบแทนการปฏิบัติงานนอกเวลาราชการและในวันหยุดราชการของข้าราชการ)

^{๔๙}คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๔๑/๒๕๔๘ (เรื่อง ผู้บังคับบัญชาไม่ได้จัดให้มีการประเมินผลการปฏิบัติงาน ทำให้ผู้ฟ้องคดีขาดโอกาสที่จะได้รับทราบผลการประเมินหรือขาดโอกาสในการชี้แจงข้อเท็จจริง) และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๑๑๗/๒๕๔๘ (เรื่อง นายอำเภอมิได้แจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ได้รับผลกระทบทราบ ถือว่าได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครอง)

^{๕๐}คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๒/๒๕๔๙ (เรื่อง การไม่อนุญาตให้ลาป่วย)

^{๕๑}คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. ๑๕/๒๕๔๕ (คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี - ประกาศให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติม)