



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

(Individual Study)

## หลักนิติธรรม กับ ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

จัดทำโดย นายสมชัย เลิศสุทธิวงศ์

รหัส ๖๐๐๕๔๓

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๕  
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# หลักนิติธรรม กับ ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

นายสมชัย เลิศสุทธีวงศ์<sup>๑</sup>

## บทคัดย่อ

รายงานฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความเชื่อมโยงระหว่างหลักนิติธรรม กับ ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากกฎหมาย เป็นกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่ใช้ควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคม จึงต้องมีการกำหนดกรอบที่ชัดเจนเพื่อให้สามารถบังคับใช้กับทุกคนในสังคมได้อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีที่มีความแตกต่างกันออกไป การออกคำสั่งทางปกครองยังคงจำเป็นต้องมีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมาย หรือการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้สามารถปรับใช้กฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง อันเป็นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชน แต่ในทางกลับกันดุลพินิจก็เป็นพื้นที่ที่เปิดโอกาสผู้ใช้อำนาจสามารถใช้อำนาจได้สุดขอบเขตหรือกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอาจมีปัญหาในเรื่องความเหมาะสม เกินสมควรหรือไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่กฎหมายมีลักษณะปลายเปิด เช่น การพิจารณาเรื่องใดๆ ได้กำหนดระยะเวลาขั้นต่ำแต่ไม่กำหนดระยะเวลาขั้นสูงไว้ หรือการกำหนดโทษทางปกครองซึ่งกำหนดขั้นต่ำแต่ไม่กำหนดขั้นสูง เป็นต้น

ดังนั้น หลักนิติธรรม ซึ่งเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจทางปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมายจึงมีความจำเป็นประการหนึ่งที่จะสร้างสมดุลระหว่างอำนาจดุลพินิจ เสรีภาพของประชาชน

## คำสำคัญ หลักนิติธรรม, ดุลพินิจ, คำสั่งทางปกครอง

<sup>๑</sup> ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน)

# หลักนิติธรรม กับ ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

## บทนำ

เนื่องจากในปัจจุบันมีหน่วยงานของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานกำกับดูแล หรือส่วนงานราชการ ที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งให้เอกชน หรือประชาชนทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือหยุดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือเป็นคำสั่งที่ให้สิทธิหรือตัดสิทธิ ซึ่งคำสั่งเหล่านั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชน หรือประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้ว่าคำสั่งนั้นจะอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดก็ตามแต่ไม่ได้หมายความว่า คำสั่งดังกล่าวชอบธรรม เพราะในทุกครั้งที่มีคำสั่งทางปกครอง เครื่องมืออย่างหนึ่งที่ต้องมีการนำมาใช้คือ อำนาจดุลพินิจ เพื่อปรับใช้ข้อความกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง อันเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ซึ่งในอีกทางหนึ่งคือ “การเลือกปฏิบัติ และตัดสินใจด้วยตนเองในขอบเขตแห่งกฎหมาย โดยการตัดสินใจไม่ว่าผลจะเป็นอย่างไร ย่อมชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น”<sup>๒</sup>

ดังนั้น ผู้ใช้อำนาจทางปกครองจึงต้องมีการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งด้วยความรอบครอบ ให้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพต่อประชาชนเท่าที่จำเป็น สมเหตุสมผล และที่สำคัญต้องไม่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรต่อเอกชน หรือประชาชนที่ต้องกระทำการ หรือไม่ต้องกระทำการตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ จึงต้องมีการนำ “หลักนิติธรรม” มีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเข้ามาสร้างสมดุลระหว่างอำนาจดุลพินิจ เสรีภาพของประชาชน

## หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี ๒๕๖๐ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้มีการกำหนดเรื่องนิติธรรมไว้ มาตรา ๓ และมาตรา ๒๖

“มาตรา ๓ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”

“มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและ

<sup>๒</sup> ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ๒๕๔๔, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, ครั้งที่ ๑, สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, หน้า๗๕

จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัด สิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

โดยหลักนิติธรรมเริ่มปรากฏเป็นรูปธรรมมากขึ้นในประเทศไทย มีการนำเอาหลักนิติธรรมมา บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ จากการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญในส่วนของมาตรา ๓ นั้น มีการบันทึกเจตนารมณ์ไว้ว่า

“เพื่อเป็นการกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้ อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับนิติธรรม และเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้ เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้”<sup>๓</sup>

โดยจากมาตรา ๓ และมาตรา ๒๖ แสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าจะการดำเนินการใดๆ ของทุกภาคส่วน ทั้งในการปฏิบัติหน้าที่ การตรากฎหมาย ล้วนต้องเป็นไปตาม หรือไม่ขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม แต่ รัฐธรรมนูญกลับมิได้ให้คำนิยามหรืออธิบายหลักนิติธรรมไว้แต่อย่างไร

“หลักนิติธรรม” หรือ “The Rule of Law” ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษ ความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดย กฎหมาย<sup>๔</sup> โดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย กล่าวอีกนัย หนึ่งทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างก็ไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ต้องการให้ กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ ซึ่งหมายความว่าผู้ที่ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมืองจะกระทำการ ใดๆก็ตาม การกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย จะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้<sup>๕</sup> ซึ่งโดย หลักทั่วไปแล้ว หลักนิติธรรม หมายถึง การปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐต่อองค์กร ภายในรัฐด้วยตนเอง และประชาชน ย่อมต้องเป็นตามกฎหมาย ทั้งนี้ หลักนิติธรรมต้องบังคับใช้ในทุกระดับ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการในการออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายรวมถึงการเข้าถึง กระบวนการยุติธรรมก็ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า “องค์ประกอบของหลักนิติธรรมมีอยู่ 4 ประการคือ

1. องค์ประกอบด้านสาระ หมายถึง หลักความเสมอภาคทางกฎหมาย

<sup>๓</sup> คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ,เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐, หน้า ๒.

<sup>๔</sup> ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ,๒๕๕๕, จุลินิติ ม.ค. - ก.พ. ๕๕, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,หน้า ๕๗

<sup>๕</sup> ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ๒๕๕๓, public-law.net <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>

2. องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย หมายถึง รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ ตามวิธีการ รูปแบบ เวลา และสถานที่
3. องค์ประกอบด้านองค์กร หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของตุลาการ และ
4. องค์ประกอบด้านเป้าหมาย หมายถึง การใช้การตีความกฎหมายและการตัดสินคดีนั้นจะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นโดยเที่ยงธรรม”<sup>๖</sup>

โดยมีมาตรฐานหลักนิติธรรมในระดับรัฐมี ๑๐ ประการ ดังนี้

- รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)
- บังคับเป็นการทั่วไป ชัดเจน ไม่มีผลย้อนหลัง และมีความมั่นคงในทางนิติฐานะ (Publicity, clarity, non-retroactivity and stability)
- ความรับผิดชอบพิเศษของรัฐสภา (A special responsibility of parliaments)
- การใช้ดุลพินิจ (Discretion)
- การแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers)
- ฝ่ายตุลาการ (The Judiciary)
- การแก้ไขข้อขัดแย้งแบบทางเลือก (Alternative dispute resolution)
- ผู้มีอำนาจการตัดสินใจอื่น (Other decision-makers)
- การบังคับใช้ที่เพียงพอ (Adequate enforcement)
- ข้อพึงระวัง (Cautions)<sup>๗</sup>

### ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นแดนอิสระในการปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติเฉพาะกรณีซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตั้งใจมอบให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการอำนวยความสะดวกเฉพาะกรณีด้วยเหตุนี้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดเสียมิได้ในการดำเนินการกิจของรัฐ<sup>๘</sup>

“อำนาจดุลพินิจ” เป็น อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติ

---

<sup>๖</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, ๒๕๕๙, โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators) ในประเทศไทย” สิงหาคม ๒๕๕๙

<sup>๗</sup> ดร.สุพจน์ ไข่มุกด์, ๒๕๕๘, เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 3 หัวข้อวิชา มาตรฐานแห่งหลักนิติธรรมในมิติความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

<sup>๘</sup> นายอนวัจน์ บุญนันท์, ๒๕๕๔, การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

และตัดสินใจได้ด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตของกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่าง แต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมาย<sup>๙</sup>

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย(Liberal Democratic State) ที่ปกครองโดยกฎหมายภายใต้ “หลักนิติรัฐ”(Legal State)ดังเช่นประเทศไทยหรือภายใต้ “หลักนิติธรรม”(Rule of Law) ดังเช่นประเทศอังกฤษล้วนแล้วแต่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัดเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน และฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอันเป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”(Principle of Legality of Administrative Action) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ขาดเสียมิได้ในฐานะที่เป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่างๆ ของฝ่ายปกครอง<sup>๑๐</sup>

ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจ<sup>๑๑</sup>

การใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง ได้กำหนดไว้ ๓ ขั้นตอน

(๑) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง

(๒) การปรับบทกฎหมาย และ

(๓) การตัดสินใจ

๑. ขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใด จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบนี้ ฝ่ายปกครองต้องอาศัยพยานหลักฐาน และวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ โดยที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามพยานหลักฐานไม่ใช่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร

๒. ขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย คือ ขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือมีอยู่นั้นตรงกับหลักที่กฎหมายบัญญัติในมาตราใด มีวิธีการดังนี้

(๑) ตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในตัวบทกฎหมาย

(๒) แยกแยะข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องออกเป็นข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด และ

<sup>๙</sup> ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-9.pdf>

<sup>๑๐</sup> นายอนุวัฒน์ บุญนันท์, ๒๕๕๔, การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

<sup>๑๑</sup> เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์, ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง, [www.stabundamrong.go.th](http://www.stabundamrong.go.th) หน้า ๖-๑๐.

(๓) เปรียบเทียบข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องว่าเหมือน หรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมาย หรือไม่

โดยปกติการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่ปัญหาดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร ซึ่งเห็นได้ชัดเจนในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนชัดเจน ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นอย่างอื่น แต่ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน คือ ถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความ และวิญญูชนอาจเข้าใจความหมายแตกต่างกันได้ เช่น การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อากาศหรือโรงเรือนที่อยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมน่ารังเกียจ ผลกระทบทางเภสัชกรรมที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน สิ่งตีพิมพ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อจิตใจของเยาวชน เป็นต้น ซึ่งยังมีข้อถกเถียงกันว่าเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” หรือ “ดุลพินิจ” ความเห็นหนึ่งว่า ไม่ว่าจะกฎหมายจะใช้ถ้อยคำพรรณนาข้อเท็จจริงโดยมีความหมายแน่นอนชัดเจนหรือไม่มีความหมายแน่นอนชัดเจนก็ตาม ย่อมมีคำตอบที่ถูกต้องตามกฎหมายเพียงคำตอบเดียว ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองต้องใช้วิจรรณญาณแสวงหาคำตอบที่ถูกต้องภายใต้การควบคุมของศาลอีก ความเห็นหนึ่งเห็นว่า การใช้ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายแน่นอนชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำที่แสดงออกถึงความคิดเห็นเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลและสรรพสิ่ง เป็นเครื่องแสดงโดยปริยายว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์ปล่อยให้การวินิจฉัยอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

### ๓. ขั้นตอนการตัดสินใจ

เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายเสร็จแล้ว ข้อพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียว หรือกฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกกระทำการได้หลายประการ เพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจอยู่ในรูปกระทำการ หรืองดเว้นไม่กระทำการก็ได้ หรืออาจกำหนดทางเลือกไว้มากกว่าสองทางเลือก หรือเลือกกระทำภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตน ซึ่งสามารถแบ่งออกได้ ๒ ประการ

๓.๑ ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครอง โดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ”

๓.๒ ดุลพินิจเลือกกระทำการ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจว่าจะเลือกการกระทำประการใด ประการหนึ่งในหลายประการ เพื่อความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริง หรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดแบ่งออกเป็น

๓.๒.๑ ดุลพินิจเลือกกระทำการอย่างหนึ่งในหลายๆ ประการ ที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง

๓.๒.๒ ดุลพินิจเลือกกระทำตัวเอง ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ได้กำหนดเจาะจงลักษณะของการกระทำให้แก่ฝ่ายปกครอง แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือก ลักษณะของการกระทำเองตามความจำเป็น

## คำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๕ ได้กำหนดนิยามไว้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผล กระทบต่อ สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การ อนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึง การออกกฎ และการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยเงื่อนไข และองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองมีค่าสำคัญที่ส่งผลถึงความชอบด้วย กฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังนั้นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. ๒๕๓๙ จึง ได้การกำหนดผู้ออกคำสั่ง รูปแบบ และผลของคำสั่งทางปกครองไว้ดังนี้

### ๑. เงื่อนไขเกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง<sup>๑๒</sup>

มาตรา ๑๒ บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ใน เรื่องนั้น” “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคลคณะบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้ง ขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

#### ๑.๑ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งตามกฎหมายที่ให้ มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองกำหนดไว้และการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่นั้นต้องดำเนินการ อย่าง ถูกต้องตามกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวด้วยเพราะหากดำเนินการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็ จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการออกคำสั่ง ทาง ปกครองมีอยู่ ๒ ประเภท คือ

ประเภทที่ ๑ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยตรงตามที่กฎหมายกำหนด

ประเภทที่ ๒ เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง

#### ๑.๒ เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองต้องดำรงตำแหน่งในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครอง

๑.๓ การออกคำสั่งทางปกครองในพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งนั้น มีอำนาจตามที่กฎหมาย กำหนดไว้

<sup>๑๒</sup> นายวิชญ์ชัย ธรรมประดิษฐ์, ๒๕๕๑, คู่มือแนวทางการออกคำสั่งทางปกครอง



๑.๔ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องไม่มีส่วนได้เสียในการออกคำสั่งทางปกครอง

## ๒. เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครอง

๒.๑ เงื่อนไขการริเริ่มออกคำสั่งทางปกครองคำสั่งทางปกครองมี ๒ ประเภท คือ

**ประเภทที่ ๑ คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีคำขอ** โดยการออกคำสั่งประเภทนี้จะต้องมีคำขอที่สมบูรณ์เสียก่อนเจ้าหน้าที่จึงจะมีอำนาจริเริ่มพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้การพิจารณาว่าคำขอนั้นสมบูรณ์หรือไม่จะต้องพิจารณาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของคำขอ ถ้าไม่มีคำขอเลยหรือมีแต่ขาดในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ถือว่าไม่มีคำขอ เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจริเริ่มในการออกคำสั่งทางปกครองหากเจ้าหน้าที่ฝ่าฝืนกระทำการจนกระทั่งออกคำสั่งทางปกครองเรียบร้อยแล้ว ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหากเป็นคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลจะวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งนั้น ถ้าหากเกิดออกคำสั่งไปทั้งที่คำขอนั้นไม่สมบูรณ์ให้ปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 41 ก็จะถือว่าคำขอนั้นสมบูรณ์ได้

**ประเภทที่ ๒ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีคำขอ** คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งสามารถออกคำสั่งได้เองโดยไม่ต้องมีคำขอจากบุคคลใดยื่นมาก่อน

๒.๒ เงื่อนไขการได้รับคำแนะนำ / ได้รับการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในบางเรื่องที่ต้องมีคำแนะนำ หรือต้องได้รับการอนุมัติ หรือได้รับเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจก่อน จึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ มีข้อสังเกตบางประการคือเจ้าหน้าที่ผู้ที่จะต้องให้คำแนะนำ อนุมัติรับรอง หรือ ให้ความเห็นชอบ จะต้องดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจในการให้คำแนะนำ รับรอง อนุมัติ หรือ ให้ความเห็นชอบ และต้องเข้าสู่ตำแหน่งอย่างถูกต้องตามกฎหมายด้วย หากฝ่าฝืนจะถือว่าคำแนะนำ การรับรองการอนุมัติ หรือ ให้ความเห็นชอบนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

๒.๓ เงื่อนไขระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครองมี ๒ ประเภท คือ

**ประเภทที่ ๑ ระยะเวลาบังคับ** คือ ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่ออกคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด คำสั่งนั้นจะมีผลเป็นไปตามที่กฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้

**ประเภทที่ ๒ ระยะเวลาเร่งรัด** คือ ระยะเวลาที่กำหนดไว้โดยทั่วไปว่าต้องมีการดำเนินการออกคำสั่งให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้

## ๓. เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบการออกคำสั่งทางปกครอง

๓.๑ รูปแบบของคำสั่ง

โดยหลักทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองไม่มีแบบ แต่ถ้ากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งได้กำหนดรูปแบบไว้ การออกคำสั่งนั้นต้องทำตามแบบกำหนดไว้ถึงแม้ว่าโดยทั่วไปคำสั่งทาง

ปกครองจะไม่มีรูปแบบเว้นแต่กฎหมายที่ให้อำนาจจะกำหนดไว้ก็ตาม ก็ต้องอาศัยหลักกฎหมายในการทำคำสั่งทางปกครอง หลักกฎหมายที่ว่านั่นก็คือ คำสั่งทางปกครองต้องเป็นคำสั่งที่ชัดเจน คือ ผู้ที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองต้องรู้อย่างชัดเจนว่าตนต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองอย่างไร ยกตัวอย่างความชัดเจน อย่างง่าย ๆ เช่น สัญญาณไฟจราจรเมื่อสัญญาณไฟขึ้นมาเราสามารถรู้ได้ทันทีว่าเราต้องหยุดรถ หรือ สามารถขับรถผ่านไปได้เลย เป็นต้น ซึ่งรูปแบบของคำสั่งนั้นสามารถดูได้จากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งถ้าหากคำสั่งทางปกครองไม่มีความชัดเจน เมื่อเป็นคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลจะวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งถ้าเป็นในต่างประเทศจะถือว่าคำสั่งเป็นโมฆะเลย

### ๓.๒ การแจ้งคำสั่ง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๖๘ - ๗๔ จะถือเอาวิธีการแจ้งเป็นสาระสำคัญ หมายความว่าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องแจ้งคำสั่ง ให้ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าผู้ที่จะต้องถูกบังคับตามคำสั่งจะรับทราบข้อความในคำสั่งหรือไม่ถ้าการแจ้งชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ถือว่าผู้ที่จะต้องถูกบังคับตามคำสั่งนั้นรับทราบคำสั่งนั้นแล้วเมื่อการแจ้งชอบด้วยกฎหมายแล้ว คือทำตามวิธีที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๖๘ - ๗๔ แล้ว ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถชี้แจงบุคคลที่ได้รับแจ้งทันทีไม่ว่าบุคคลนั้นจะได้อ่านข้อความในคำสั่งนั้นหรือไม่ เพราะกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนดังนั้นสรุปได้ว่า หากแจ้งคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่าคำสั่งนั้นมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่แจ้งเป็นต้นไป

### ๓.๓ การให้เหตุผลประกอบคำสั่ง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๗ กำหนดไว้ว่าคำสั่งที่ทำเป็นหนังสือจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบเหตุผลในคำสั่งอย่างน้อยต้องมีรายการ ๓ รายการ คือ

- (๑) ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญที่ใช้ในการออกคำสั่งทางปกครอง
- (๒) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ต้องเขียนข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งในครั้งนั้น ๆ ทั้งหมด หากข้อกฎหมายใดไม่ใช่ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ต้องเขียนลงไป
- (๓) ข้อพิจารณา หรือ ข้อเสนอสนับสนุนในการใช้ดุลยพินิจ คือเหตุผลประกอบคำสั่งนั่นเอง เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองอาจจะไม่ต้องเขียนไว้ในคำสั่ง ก็ได้ ซึ่งสามารถเขียนในหนังสือต้นเรื่องก็ได้ แต่ทั่วไปแล้วจะเขียนชี้แจง ในคำสั่งเลย

โดยจะมีเหตุยกเว้นไม่ต้องเขียนเหตุผล ในการออกคำสั่งอยู่ ๔ กรณี คือ

กรณีที่ ๑ คำสั่งทางปกครองนั้นตรงตามความประสงค์ของผู้ขอและไม่กระทบสิทธิต่อบุคคลอื่น

กรณีที่ ๒ เหตุผลที่จะระบุในคำสั่งเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยทั่วไป

กรณีที่ ๓ กรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับ กรณีนี้ให้นำเอาพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๑๔ และ มาตรา ๑๕ มาบังคับ

กรณีที่ ๕ กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน กรณีนี้ต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาให้รอบคอบว่า เป็นความจำเป็นที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ ของสาธารณะหรือไม่

#### ๔. การแจ้งสิทธิอุทธรณ์

ในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ผู้ได้รับคำสั่งมีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์เสมอการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองว่าจะใช้สิทธิหรือไม่ก็ได้ แต่เจ้าหน้าที่ต้องทำการแจ้งสิทธิอุทธรณ์ให้ผู้รับคำสั่งทราบด้วยทุกครั้ง ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองจะยื่นฟ้องต่อศาลปกครองผู้นั้นต้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นก่อนทุกครั้งเช่นกันไม่ว่าคำสั่งนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เรื่องการแจ้งสิทธิอุทธรณ์กับคำสั่งทางปกครองมีอยู่ ๒ ประการ

(๑) คำสั่งทางปกครองที่ไม่แจ้งสิทธิต้องอุทธรณ์ มี ๔ ประเภท คือ

ประเภทที่ ๑ คำสั่งของรัฐมนตรี

ประเภทที่ ๒ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการไม่ว่าคณะกรรมการชุดนั้นจะจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายหรือหัวหน้าส่วนราชการแต่งตั้งเองก็ตาม

ประเภทที่ ๓ คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นที่สุด

ประเภทที่ ๔ คำสั่งทางปกครองที่ผู้ถูกบังคับตามคำสั่งไม่ได้เข้าไปร่วมในกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งนั้นมาตั้งแต่ต้น

ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองทั้ง ๔ ประเภทนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่ต้องแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์

(๒) วิธีการแจ้งสิทธิอุทธรณ์ ต้องแจ้ง ๓ เรื่อง ดังนี้

เรื่องที่ ๑ ให้ระบุว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีสิทธิอุทธรณ์ต่อไปได้

เรื่องที่ ๒ ขั้นตอนวิธีการอุทธรณ์ คือ อุทธรณ์กับใครอย่างไร

เรื่องที่ ๓ ระยะเวลาในการอุทธรณ์หากกฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งไม่ได้กำหนด ไว้ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ.๒๕๓๙ คือ ภายใน ๑๕ วันนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งดังนั้นหากการแจ้งสิทธิอุทธรณ์ไม่ครบทั้ง ๓ เรื่อง ให้ถือว่าไม่มีการแจ้งสิทธิอุทธรณ์ในคำสั่งแต่อย่างใด โดยผลของการไม่แจ้งสิทธิอุทธรณ์ไม่มีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบ ซึ่งจะทำให้ระยะเวลาในการอุทธรณ์นั้นขยายออกไป แต่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

ถ้าหากไม่มีการแจ้งสิทธิอุทธรณ์พร้อมกับคำสั่งนั้นสิทธิอุทธรณ์จะมีขึ้นได้ด้วย ๒ กรณี ดังนี้

กรณีที่ ๑ มีการแจ้งสิทธิอุทธรณ์นั้นตามมาภายหลัง ระยะเวลาจะเริ่มนับแต่วันที่ได้รับการแจ้ง สิทธิอุทธรณ์ภายหลังนั้น

กรณีที่ ๒ หากไม่มีการแจ้งสิทธิอุทธรณ์เลย ให้ระยะเวลาการอุทธรณ์นั้นคือ ๑ ปี นับแต่วันที่ได้รับการแจ้งคำสั่ง

## กรณีศึกษา

ผู้ศึกษาขอยกตัวอย่างเพื่อเป็นกรณีศึกษาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกำหนดค่าปรับทางปกครองเพื่อเป็นการบังคับให้เอกชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง โดยไม่มีอัตราค่าปรับขั้นสูงไว้ และกลายเป็นปัญหาถึงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังนี้

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๕๘ บัญญัติว่า

“มาตรา ๕๘ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนโดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่

(๒) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุ แต่ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน

เจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองจำนวนเท่าใดสำหรับในกรณีใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายในเรื่องนั้นๆ บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะที่แตกต่างออกไป การกำหนดค่าปรับทางปกครองย่อมจะต้องเป็นไปตามมาตรา ๕๘ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

สำหรับการให้บริการโทรคมนาคม ผู้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมจะต้องปฏิบัติตาม กฎ ระเบียบ คำสั่ง และเงื่อนไขในใบอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ หากฝ่าฝืนและไม่ปฏิบัติตามหรือแก้ไขตามคำสั่งของเลขาธิการคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (กสทช.) เลขาธิการ กสทช. มีอำนาจพิจารณาปรับทางปกครอง ที่บัญญัติไว้แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยอัตราค่าปรับทางปกครองจะต้องไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทต่อวัน ตามมาตรา ๖๖ ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา ๖๖ ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเลขาธิการตามมาตรา ๖๔ และพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ตามมาตรา ๖๕ หรือคณะกรรมการวินิจฉัยยื่นตามคำสั่งเลขาธิการ เมื่อ

เลขาธิการได้มีหนังสือเตือนแล้วยังไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ให้เลขาธิการพิจารณากำหนดค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทต่อวัน

ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามให้ถูกต้อง หรือฝ่าฝืนคำสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือกรณีที่มีความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ให้คณะกรรมการมีอำนาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้”

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายข้างต้น ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดยเลขาธิการ กสทช. ในการใช้ดุลพินิจที่จะกำหนดค่าปรับทางปกครองต่อผู้รับใบอนุญาตเป็นจำนวนเงินเท่าใดก็ได้โดยไม่มีขอบเขตของอัตราค่าปรับต่อวันหรือจำนวนเงินค่าปรับโดยรวม ซึ่งที่ผ่านมา เลขาธิการ กสทช. ได้ใช้อำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองที่แตกต่างกันไปในกรณีต่างๆ ได้แก่

๑) กรณีผู้ประกอบการเปิดให้บริการคงสิทธิเลขหมายโทรศัพท์เคลื่อนที่ล่าช้า ปรับวันละบาท ๑๖๖,๖๖๖.๖๗ บาท

๒) กรณีผู้ประกอบการกำหนดเงื่อนไขวันหมดอายุของการใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบเติมเงิน (Prepaid Validity) ปรับวันละ ๑๐๐,๐๐๐ บาท

๓) กรณีผู้ประกอบการไม่จัดให้ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบเติมเงิน (Prepaid) แสดงตนก่อนใช้บริการ ปรับวันละ ๘๐,๐๐๐ บาท

๔) กรณีผู้ประกอบการส่งรายงานบัญชีแยกประเภทในกิจการโทรคมนาคมล่าช้า ปรับวันละ ๑๔๐,๐๐๐ บาท

๕) กรณีผู้ประกอบการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของบริการคงสิทธิเลขหมายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ปรับวันละ ๑๑,๘๐๑,๕๖๗ บาท สำหรับบริษัท แอดวานซ์ ไวร์เลส เน็ทเวอร์ค จำกัด, วันละ ๖,๑๕๖,๑๘๔ บาท สำหรับบริษัท ดีแทค ไตรเน็ต จำกัด และวันละ ๑๖๙,๒๔๔ บาท สำหรับบริษัท ทู มูฟ เอช ยูนิเวอร์แซลฯ จำกัด

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าอัตราค่าปรับทางปกครองที่เลขาธิการ กสทช. กำหนดออกมานั้น มีอัตราที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งน่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจที่เลขาธิการ กสทช. ได้พิจารณาตามความหนักเบา ความร้ายแรงหรือผลกระทบต่อสาธารณะอันจะมีผลต่อการกำกับดูแล ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นกรณีที่ ๒) กรณีที่ผู้ประกอบการได้กำหนดเงื่อนไขวันหมดอายุของการใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่แบบเติมเงิน (Prepaid) นั้น มีผลกระทบต่อผู้ให้บริการจำนวนมากนับหลายสิบล้านคนในทันที โดยกำหนดค่าปรับทางปกครองในอัตราวันละ ๑๐๐,๐๐๐ บาท ในขณะที่กรณีตาม ๔) การนำส่งรายงานบัญชีแยกประเภทเพื่อที่สำนักงาน กสทช. จะนำมาเป็นข้อมูลประกอบการกำกับดูแลอัตราค่าบริการต่างๆ ในอนาคต ซึ่งอาจจะไม่มีการใช้ข้อมูลนั้นก็ ได้ กลับกำหนดอัตราค่าปรับทางปกครองที่มากกว่าเป็นวันละ ๑๔๐,๐๐๐ บาท

ยิ่งไปกว่านั้นในความผิดผู้ประกอบการหลายๆ รายที่ฝ่าฝืนประกาศหรือคำสั่งในกรณีเดียวกันตามกรณีที่ ๕) แต่มีการกำหนดอัตราค่าปรับทางปกครองต่อวันที่แตกต่างกันอย่างยิ่งเป็นหลายร้อย

เท่า เพราะเลขาธิการ กสทช. ได้นำจำนวนรายได้ของผู้ประกอบการแต่ละรายที่ไม่เท่ากันมาเป็นฐานในการคำนวณและกำหนดอัตราค่าปรับ ทั้งๆ กระทบการเหมือนกัน แต่ได้รับโทษที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งย่อมจะเป็นประเด็นโต้แย้งถึงความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมหรือไม่

## สรุป

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น การออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเอกชน จึงมีความจำเป็นที่ต้องนำดุลพินิจเข้ามาเป็นเครื่องมือในการปรับใช้กฎหมายที่ได้มีการกำหนดเป็นกรอบไว้ ได้อย่างถูกต้องเหมาะสมแก่กรณี และไม่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรต่อผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าว แต่หากใช้ดุลพินิจซึ่งเป็นเพียง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร ตามความหมาย พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งมีขอบเขตการใช้งานที่กว้าง เนื่องจากคำว่า “เห็นสมควร” เป็นเรื่องของบุคคล ซึ่งมีการตัดสินใจ มุมมองปัญหา และความร้ายแรง แตกต่างกันไปตามภูมิหลัง ประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญ ของแต่ละบุคคล ซึ่งแม้ว่ากฎหมายจะกำหนด ตัวบุคคล ขั้นตอน รูปแบบ รายละเอียด ของการออกคำสั่งทางปกครองไว้โดยละเอียดเพียงใด ก็สามารถควบคุมได้เพียงความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่สิ่งที่ไม่สามารถควบคุมได้ด้วยตัวบทกฎหมาย คือ พื้นฐาน อคติทั้งในด้านบวก หรือ ลบ ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของผู้ออกคำสั่ง จึงต้องมีการนำนิติธรรมซึ่งเป็นหลักในการจำกัดการใช้อำนาจทางปกครอง มาควบคุมการใช้ดุลพินิจ ซึ่งแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปี ๒๕๖๐ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้มีการกำหนดเรื่องนิติธรรมไว้ แสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าจะการดำเนินการใดๆ ของทุกภาคส่วน ทั้งในการปฏิบัติหน้าที่ การตรากฎหมาย ล้วนต้องเป็นไปตาม หรือไม่ขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม แต่รัฐธรรมนูญกลับมิได้ให้คำนิยามหรืออธิบายหลักนิติธรรมไว้แต่อย่างไร รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามแล้วจะมีผลอย่างไร ดังนั้นในทางปฏิบัติอาจเป็นเรื่องยากที่จะนำหลักนิติธรรมมาใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองอย่างเป็นรูปธรรม

## บรรณานุกรม

ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ๒๕๔๔, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, ครั้งที่ ๑, สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, หน้า ๗๕

คณะกรรมการการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐, หน้า ๒.

ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ๒๕๕๕, จุลินิติ ม.ค. - ก.พ. ๕๕, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, หน้า ๕๗

ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ๒๕๕๓, public-law.net <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, ๒๕๕๙, โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators) ในประเทศไทย” สิงหาคม ๒๕๕๙

ดร.สุพจน์ ไข่มุกด์, ๒๕๕๘, เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 3 หัวข้อวิชา มาตรฐานแห่งหลักนิติธรรมในมิติความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

นายอนุวัฒน์ บุญนันท์, ๒๕๕๔, การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อำนาจดุลพินิจและการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ <http://law.stou.ac.th/dynfiles/Ex.41712-9.pdf>

เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์, ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง, www.stabundamrong.go.th หน้า ๖-๑๐.

นายวิษณุชัย ธรรมประดิษฐ์, ๒๕๕๑, คู่มือแนวทางการออกคำสั่งทางปกครอง