

อำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายกับการควบคุมตรวจสอบ
โดยศาลปกครอง

นิลิตา สุขสถิตย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์


สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

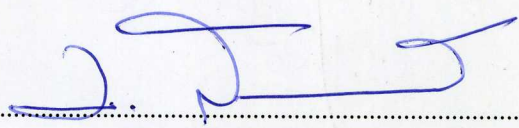
2559

อำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายกับการควบคุมตรวจสอบ
โดยศาลปกครอง
นิลิตา สุขสถิตย์
คณะนิติศาสตร์

ศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

..........ประธานกรรมการ
(ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ)

ศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

ศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

ศาสตราจารย์..........คณบดี
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

มิถุนายน 2559

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	อำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายกับการควบคุมตรวจสอบ โดยศาลปกครอง
ชื่อผู้เขียน	นางสาวนิสิตา สุขสถิตย์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ชื่อปีการศึกษา	2559

เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในส่วนของศาลปกครองไทยได้วางหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองขึ้น โดยมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของคำสั่ง ทั้งยังมีการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์รัฐเยอรมันอีกด้วย เพราะเมื่ออำนาจบังคับบัญชาคือหัวใจสำคัญที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจในส่วนของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นดุลพินิจโดยแท้และสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้โดยทั้งฝ่ายปกครองและโดยศาลปกครอง ซึ่งจะมีปัญหาในส่วนของศาลปกครองที่ศาลมักอ้างว่าการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายนั้นคือข้อกฎหมาย ศาลจึงใช้อำนาจก้าวล่วงเข้ามาควบคุมตรวจสอบในเรื่องของการบริหารงานบุคคลในแง่ของความเหมาะสมตรงนี้ ทั้งยังเป็นการใช้อำนาจในทางที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานอีกด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงอำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือน โดยจำกัดขอบเขตการศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเฉพาะการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในเรื่องการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเฉพาะที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน โดยมีประเด็นในการศึกษาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในส่วนของคำสั่งทางปกครองทั้งในหลักเกณฑ์การพิจารณาของศาลปกครองในประเทศไทยและศาลปกครองในต่างประเทศ (สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส) เป็นสำคัญ

ผู้เขียนพิจารณาเห็นว่า ในการบริหารราชการแผ่นดินผู้บังคับบัญชามีอำนาจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งถือได้ว่าเป็นดุลพินิจโดยแท้ของผู้บังคับบัญชาในการบริหารงานบุคคลภายในได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย รวมทั้งมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วย โดยพบว่าปัญหาในส่วนของ การควบคุมตรวจสอบคำสั่งในการแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ยากจะทำความเข้าใจ และมีหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อนหลายประการในเรื่องขอบเขตอำนาจของศาลปกครองใน

(4)

การก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบในส่วนของคุณพิณิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองที่ถือเป็นการบริหารงานบุคคลภายใน ซึ่งศาลปกครองย่อมมีเพียงอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในแง่ของความชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบในแง่ของความเหมาะสมของการบริหารงานบุคคลได้ และจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดนั้น คำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองบางกรณีมีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองแต่บางกรณียังคงมีความสับสนในการวางหลักเกณฑ์และการปรับใช้กฎหมายที่ยากจะหาทฤษฎีหรือหลักการของกฎหมายมาปรับให้เห็นว่าศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการตัดสินคดี ดังนั้น จึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการศึกษาเรื่องดังกล่าวข้างต้นเพื่อจะช่วยให้เกิดความเข้าใจ ตลอดจนสามารถอธิบายรวมถึงวิเคราะห์คำพิพากษาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้ภายใต้บริบทของสังคมไทย เพื่อที่จะได้สามารถเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่จะนำพาประเทศไทยให้สามารถขับเคลื่อนไปสู่เป้าหมายในการพัฒนาระบบราชการไทยที่วางไว้ได้

ABSTRACT

Title of Thesis	The Study of Administrative Court's Control over the Hierarchy Control by Superior with Special Reference to Nomination
Author	Miss Nisita Suksathit
Degree	Master of Laws
Year	2016

After the constitution of Thai administrative court, the regulations to control the administrative court's order by examination law for external and internal factors or the order. Furthermore, the examination power to control the administrative court of French Republic and Federal Republic of Germany was studied because the authority is the key. It might be said that the administrative authority which is the true judgment is able to control the examination power with laws toward the administrative sector and court. The problem is in the court sector as it claims the amendment of truth in order to be adjustable with the laws defines to the court's laws; therefore, its authority can intervene to the personnel administration. In terms of this appropriateness issue, this authority is against the separation of powers as it is the basic principle.

Regarding this thesis, the author purposed to study the authority to transfer or nominate state officers by scoping from the supreme court's judgment specifically litigation about the administrative court's consideration on the transferring officers which were issued in accordance with the current Civil Service Act, B.E. 2551 (2008). The main issues of the study, therefore, focused on the legal control of the administrative order in terms of the consideration in Thailand and in foreign countries (French Republic and Federal Republic of Germany).

The author regarded that the national administration of the authority to nominate or transfer the subordinate is the true judgment of the internal personnel management as seen appropriate. Nonetheless, the use of this authority must be in accordance with the legal principle or method and concern on the purpose of the laws. In addition, it requires appropriateness and fairness of the commander as well. However, the problem in the examination power is complicated in many reasons, especially about the scope of power to intervene the examination power that is

(6)

responsible in its internal personnel administration. The court certainly has the power to control the executive sector in terms of laws but cannot interfere with the examination power in the sense of appropriateness of the personnel administration. According to the study of adjudications and orders of the supreme administrative court, some cases, the officers' practices have been regulated clearly but some still provoke confusion to plan the regulation and legal amendment which is difficult to find the similar theory or legal principle for the judgment. In consequence, it is extremely important and necessary to study the aforementioned topic as for building understanding, explanation and analysis of the related judgment under the Thai social context. This could present the solution so that Thai official system could be development as expected.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่องอำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายกับการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความกรุณาอย่างสูงจากศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำแนะนำปรึกษาตลอดจนปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ด้วยความเอาใจใส่อย่างดียิ่ง โดยเฉพาะการวางเค้าโครง แนวทางการเขียนเนื้อหาและบทวิเคราะห์ตลอดจนการกำหนดกรอบเวลาในการเสนอความคืบหน้าของงานซึ่งถือเป็นแรงกระตุ้นให้แก่ผู้เขียนได้อย่างดียิ่ง และขอกราบขอบพระคุณ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ที่กรุณาให้เกียรติเป็นประธาน โดยมี ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ เป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้กรุณาตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ทั้งท่านอาจารย์ยังได้สละเวลาอันมีค่าตรวจสอบความถูกต้องของงานผู้เขียนอีกด้วย ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งใจและสำนึกในพระคุณของคณาจารย์แห่งสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (นิด้า) อันเป็นสถาบันแห่งความภูมิใจที่ได้อบรมสั่งสอนให้ความรู้ทางด้านวิชาการแก่ผู้เขียน รวมทั้งได้แต่งตำราให้ผู้เขียนได้ใช้ค้นคว้า อ้างอิง จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ ขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณพ่อและคุณแม่ นายพินิจ สุขสถิตย์ นางสัจจะ สุขสถิตย์ ซึ่งถือได้ว่าครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งของผู้เขียน เปิดโอกาสให้ได้รับการศึกษาเล่าเรียนปริญญาโทตลอดจนคอยช่วยเหลือและให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมาจนสำเร็จการศึกษา

อนึ่ง ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์อยู่ไม่น้อย จึงขอมอบส่วนดีทั้งหมดนี้ให้แก่เหล่าคณาจารย์ที่ได้ประสิทธิประสาทวิชาจนทำให้ผลงานเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องและขอมอบความกตัญญูทเวทิตาคุณ แต่บิดา มารดา ทั้งผู้มีพระคุณทุกท่าน และยินดีที่จะรับฟังคำแนะนำจากทุกท่านที่ได้เข้ามาศึกษาเพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนาวิทยานิพนธ์ต่อไป ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเกิดคุณค่าแก่การพัฒนาแนวคำพิพากษาในกระบวนการยุติธรรมของศาลปกครองไทยและการพัฒนาในโอกาสอื่นๆ ที่จะมีในโอกาสต่อไป

นิสิตา สุขสถิตย์
มิถุนายน 2559

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.4 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	6
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักอำนาจบังคับบัญชากับการควบคุมโดยศาลปกครอง	7
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักอำนาจบังคับบัญชา (Pouvoir Hiérarchique)	8
2.1.1 หลักการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง	8
2.1.1.1 ความสำคัญของการจัดองค์กร	8
2.1.1.2 การจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง	10
2.1.2 ความหมายของอำนาจบังคับบัญชา	11
2.1.3 ลักษณะของอำนาจบังคับบัญชา	12
2.1.4 อำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแล	13
2.1.4.1 อำนาจบังคับบัญชา	13
2.1.4.2 อำนาจกำกับดูแล (Tutelle Administrative)	15
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย	17
2.2.1 ความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	17
2.2.2 ประเภทของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	18
2.2.3 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	19
2.3 แนวคิดในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง	21
2.3.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers)	21
2.3.2 หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)	22

2.3.2.1	หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)	23
2.3.2.2	หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)	23
2.3.2.3	หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)	23
2.4	การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ	25
2.4.1	ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง	25
2.4.1.1.	การกระทำทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน	25
2.4.1.2.	การกระทำทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ	26
2.4.2	องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง	26
2.4.2.1	การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง	26
2.4.2.2	การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง	28
2.4.3.	วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง	30
2.4.3.1	ก่อนออกคำสั่งทางปกครอง	30
2.4.3.2	ภายหลังออกคำสั่งทางปกครอง	31
บทที่ 3	การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในต่างประเทศ	33
3.1	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	
3.1.1	คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส	34
3.1.1.1	ความหมายของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	34
3.1.1.2	ประเภทของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	35
3.1.1.3	สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	39
3.1.1.4	เงื่อนไขการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย	42
3.1.2	หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง	47
3.1.2.1	หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ	48
3.1.2.2	หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย	49
3.1.3	การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยศาลปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส	51
3.1.3.1	การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายนอกของคำสั่ง (Légalité Externe)	51
1)	การออกคำสั่งไปโดยปราศจากอำนาจหรือไม่ (incompétence)	51
2)	การออกคำสั่งไปโดยบกพร่องในรูปแบบหรือไม่ (Vice de Forme)	55

3) การออกคำสั่งไปโดยบกพร่องในขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ (Vice de Procedure)	58
3.1.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในเนื้อหาสาระของคำสั่ง (Légalité Interne)	59
1) การออกคำสั่งไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la Violation de la Loi)	59
2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (L'Erreur de Droit et L'Erreur de Fait)	60
3) การออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนอำนาจ (le Détournement De Pouvoir) บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le Détournement de Procédure)	63
3.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	
3.2.1 คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	67
3.2.1.1 ความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	67
3.2.1.2 ประเภทของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	69
3.2.1.3 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	74
3.2.1.4 เงื่อนไขในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย	75
3.2.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmäßigkeit)	77
3.2.3 การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Zweckmäßigkeit) หรือการควบคุมความเหมาะสม	77
3.2.4 การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	79
3.2.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติหรือในทางรูปแบบ (Die Formelle Rechtmäßigkeit)	79
1) เกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ (Zuständigkeit)	79
2) เกณฑ์ในเรื่องของกระบวนการขั้นตอน (Verfahren)	80
3.2.4.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา (die materielle Rechtmäßigkeit)	80
1) การออกคำสั่งจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไป	80
2) กฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Ermächtigungsgrundlage)	80
3) การออกคำสั่งจะต้องไม่มีข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจ (Ermessensfehlerfreiheit)	81

บทที่ 4 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศไทย	85
4.1 คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายไทย	85
4.1.1 ความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	85
4.1.2 เงื่อนไขในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย	86
4.2 บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในประเทศไทย	90
4.2.1 ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน	90
4.2.1.1 องค์กรผู้มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย	91
4.2.1.2 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ	95
4.3 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครองในประเทศไทย	97
4.3.1 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์ประกอบภายนอกของคำสั่ง	98
4.3.1.1 การออกคำสั่งไปโดยปราศจากอำนาจหรือไม่	99
4.3.1.2 การออกคำสั่งไปโดยผิดแบบหรือไม่	101
4.3.1.3 การออกคำสั่งไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่	103
4.3.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์ประกอบภายในของคำสั่ง	104
4.3.2.1 การออกคำสั่งไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าหรือไม่	104
4.3.2.2 การออกคำสั่งออกไปโดยผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงหรือไม่	105
4.3.2.3 การออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนอำนาจบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่	108
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยศาลปกครอง	117
5.1 ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดี	117
5.2 ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายต่อการใช้สิทธิทางศาล	120
5.3 ปัญหาความยากลำบากในการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจ	126
5.4 ปัญหาการแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง	130
5.5 ปัญหาความยากลำบากในการหาหลักฐานสนับสนุนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ	134
บทที่ 6 สรุปและข้อเสนอแนะ	137
6.1 บทสรุป	137
6.2 ข้อเสนอแนะ	141
บรรณานุกรม	144
ประวัติผู้เขียน	150

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดอำนาจของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยที่กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับประชาชน ในลักษณะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชนเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมและประโยชน์สาธารณะ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบอันถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งในระบอบประชาธิปไตยนอกเหนือจากการปกครองโดยหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ ก็เพราะจะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งยังจะทำให้องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกิดประสิทธิภาพและเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการทำงานอีกด้วย

การจัดองค์กรถือเป็นการกำหนดโครงสร้างขององค์การอย่างเป็นทางการ โดยการจัดแบ่งออกเป็นหน่วยงานย่อยต่างๆ กำหนดอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของแต่ละหน่วยงานไว้ให้ชัดเจน รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานย่อยเหล่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เอื้อต่อการดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์การอย่างมีประสิทธิภาพ องค์กรเป็นที่รวมของคนและเป็นที่รวมของงานต่างๆ เพื่อให้พนักงานขององค์กรปฏิบัติงานได้อย่างเต็มสามารถจึงมีความจำเป็นต้องจัดแบ่งหน้าที่กันทั้งหมดมอบอำนาจให้รับผิดชอบตามความสามารถและความถนัด ถ้าเป็นองค์กรขนาดใหญ่และมีคนจำนวนมากตลอดจนงานที่ต้องทำมีมากก็ต้องจัดหมวดหมู่ของงานที่เป็นอย่างเดียวกันหรือมีลักษณะใกล้เคียงกันมารวมเข้าด้วยกันเรียกว่า “ฝ่ายหรือแผนกงาน” แล้วจัดให้คนที่มีความสามารถในงานนั้นๆ มาปฏิบัติงานรวมกันในแผนกนั้นและตั้งหัวหน้าขึ้นรับผิดชอบควบคุม มีสายการบังคับบัญชาซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา เพื่อให้ทราบว่าการติดต่อสื่อสารมีทางเดินอย่างไร มีการควบคุมและรับผิดชอบอย่างไร อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่เกิดจากความสัมพันธ์ภายในนิติบุคคลมหาชนเดียวกันเป็นความสัมพันธ์ภายในหน่วยงานของรัฐหนึ่งหรือหลายหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินแบบรวมอำนาจที่เปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้อย่างสิ้นเชิง กล่าวคือสามารถตรวจสอบการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ผู้ใต้บังคับบัญชาจึงไม่มีอิสระโดยปราศจากการควบคุมของผู้บังคับบัญชา ทั้งมีลักษณะเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใดๆ ก็ได้ตามที่เห็นว่าถูกต้องหรือเหมาะสมอีกด้วย ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจสั่งการใดๆ ก็ได้ตามที่เห็นว่าถูกต้องหรือเหมาะสมในการเลือกตัดสินใจออกคำสั่งหรือเลิกสั่งการอย่างใดๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

ผู้ใต้บังคับบัญชา จึงถือเป็นอำนาจดุลพินิจของผู้มีอำนาจเพื่อให้การบริหารราชการของหน่วยงานราชการนั้นๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ข้าราชการในองค์กรราชการได้พัฒนาความรู้ความสามารถอันจะเป็นประโยชน์ต่องานราชการ และโดยหลักการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการจะต้องย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกัน แต่บางกรณีอาจย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมซึ่งจะต้องได้รับอนุมัติจากองค์กรกลางในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการนั้นๆ ตามที่กฎหมายกำหนดหรือได้รับความยินยอมจากข้าราชการนั้นๆ ซึ่งโดยทั่วไปการย้ายข้าราชการจะมี 2 ลักษณะ คือ การย้ายในกรณีปกติ (หรือย้ายตามฤดูกาล) โดยในรอบปีหนึ่งหน่วยงานราชการหลายแห่งจะมีการสำรวจความต้องการของบุคลากรในองค์กรที่ประสงค์จะขอย้าย หรือผู้มีอำนาจใช้อำนาจของตนฝ่ายเดียวพิจารณาความเหมาะสมและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของราชการและการย้ายกรณีพิเศษ (หรือการย้ายนอกฤดูกาล) เช่น การย้ายเพื่อแก้ปัญหาการบริหารงานบุคคล เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะเป็นการย้ายในกรณีปกติหรือการย้ายในกรณีพิเศษหลักการสำคัญที่ผู้มีอำนาจจะต้องตระหนักและระมัดระวังก็คือ การใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลตามระบบคุณธรรมและการใช้ “อำนาจดุลพินิจ” อย่างถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย เพราะแม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจสามารถเลือกตัดสินใจได้อย่างอิสระก็ตามแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้มีอำนาจจะใช้อำนาจนั้นตามอำเภอใจหรือโดยไม่มีขอบเขตแต่การใช้ดุลพินิจจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสม ความจำเป็น และความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกันเพื่อให้บรรลุผลตามความมุ่งหมายหรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าที่ผ่านมาเป็นปัญหาที่หลายฝ่ายพยายามที่จะแก้ไขให้ดีขึ้น โดยมุ่งหวังให้การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการมีการดำเนินการเป็นไปตามหลักคุณธรรมอยู่บนหลักแห่งความชอบด้วยเหตุผล ตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชาเฉพาะรายสอดคล้องกับหลักการบริหารงานบุคคลภายในขององค์กรฝ่ายปกครองอย่างแท้จริง แต่ในความเป็นจริงยังคงปรากฏปัญหาในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยใช้ระบบอุปถัมภ์มีการเล่นพรรคเล่นพวกแฝงอยู่ในการใช้อำนาจเช่นเดียวกัน

การพิจารณาว่าองค์กร บุคคลหรือคณะบุคคลใดกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองพิจารณาได้จากการกระทำนั้นว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ เช่น คณะรัฐมนตรีในด้านหนึ่งนั้นมีฐานะเป็น “รัฐบาล” ใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งเรียกว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ได้แก่การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา ซึ่งการกระทำของรัฐบาลนี้จะไม่ถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง แต่ในอีกด้านหนึ่งคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนก็มีฐานะเป็นหัวหน้าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองทำหน้าที่ควบคุมกำกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ผู้ทรงคุณวุฒิ ที่ปรึกษา หรือข้าราชการการเมือง การควบคุมการบริหารราชการในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น หรือการใช้อำนาจยับยั้งการปฏิบัติราชการที่ขัดต่อนโยบายหรือมติคณะรัฐมนตรีจึงถือเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งหลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายปรากฏอยู่ในมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งได้กำหนดถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองโดยหน่วยงานของรัฐหรือโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งที่เป็นกฎ คำสั่งและการกระทำอย่างอื่น ศาลปกครองจึงมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำและคำสั่งทางปกครองนั้นได้

คดีพิพาทแผนกการบริหารงานบุคคลจึงเป็นอีกแผนกหนึ่งที่มีความสำคัญในศาลปกครองเป็นแผนกที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการเพิ่มประสิทธิภาพให้การบริหารจัดการคดีประเภทดังกล่าวให้มีความรวดเร็ว ทันต่อการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายแก่คู่กรณี เช่น การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายและผู้ฟ้องคดีใกล้จะเกษียณอายุราชการ เนื่องจากเป็นที่ทราบดีว่าคดีพิพาทแผนกการบริหารงานบุคคลเป็นเรื่องที่กระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน การบริการสาธารณะ และมีผลกระทบต่อสถานภาพของตำแหน่ง ความก้าวหน้าในงาน ค่าตอบแทนและรายได้ ตลอดจนบรรทัดฐานการบริหารงานบุคคลขององค์กรนั้นๆ ผู้เขียนเห็นว่าในการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐยังมีปัญหาในทางการบริหาร การใช้อำนาจ รวมทั้งการใช้ดุลพินิจที่ยังไม่ถูกต้องและเป็นธรรมส่งผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการบริหารงานบุคคล ทำให้ประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์สาธารณะลดลงจนเป็นเหตุให้มีการนำเรื่องมาร้องขอความเป็นธรรมต่อศาลปกครอง

จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในส่วนของศาลปกครองไทยได้วางหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองขึ้น โดยมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบในรูปแบบและขั้นตอนของคำสั่งทางปกครอง การควบคุมในการทำคำสั่งทางปกครองและการควบคุมตรวจสอบภายหลังการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งยังมีการศึกษาหลักเกณฑ์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่ใช้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งและการกระทำทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันอีกด้วย เพราะเมื่ออำนาจบังคับบัญชาคือหัวใจสำคัญที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจในส่วนของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นดุลพินิจโดยแท้และสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้โดยทั้งฝ่ายปกครองและโดยศาลปกครอง ซึ่งจะมีปัญหาในส่วนของศาลปกครองที่ศาลมักอ้างว่าการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายนั้นคือข้อกฎหมายศาลจึงใช้อำนาจก้าวล่วงเข้ามาควบคุมตรวจสอบในเรื่องของการบริหารงานบุคคลในแง่ของความเหมาะสม ทั้งยังเป็นการใช้อำนาจในทางที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการพื้นฐานอีกด้วย

ผู้เขียนจึงประสงค์จะศึกษาอำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายกับอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบโดยพิจารณาเห็นว่า ในการบริหารราชการแผ่นดินผู้บังคับบัญชามีอำนาจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งถือได้ว่าเป็นดุลพินิจโดยแท้ของผู้บังคับบัญชาในการบริหารงานบุคคลภายในได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึง

วัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย รวมทั้งมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วย โดยพบว่ามีปัญหาในส่วนของการควบคุมตรวจสอบคำสั่งในการแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งถือว่าเป็นเรื่องยากที่จะทำความเข้าใจ และมีหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อนหลายประการในเรื่องขอบเขตอำนาจของศาลปกครองในการก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบในส่วนของคุณพิณิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองที่ถือเป็นการบริหารงานบุคคลภายใน ซึ่งศาลปกครองย่อมมีเพียงอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในแง่ของความชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบในแง่ของความเหมาะสมของการบริหารงานบุคคลได้ และจากการศึกษาแนวคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครองสูงสุดนั้น บางกรณีมีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง แต่บางกรณียังคงมีความสับสนในการวางหลักเกณฑ์และการปรับใช้กฎหมายที่ยากจะหาทฤษฎีหรือหลักการของกฎหมายมาปรับให้เห็นว่าศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการตัดสินคดี ดังนั้น จึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการศึกษาเรื่องดังกล่าวข้างต้นเพื่อจะช่วยให้เกิดความเข้าใจ ตลอดจนสามารถอธิบายรวมถึงวิเคราะห์เหตุการณ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องได้ภายใต้บริบทของสังคมไทย เพื่อที่จะได้สามารถเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหานั้นที่จะนำพาประเทศไทยให้สามารถขับเคลื่อนไปสู่เป้าหมายในการพัฒนาระบบราชการไทยที่วางไว้ได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวความคิด หลักอำนาจบังคับบัญชา หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความได้สัดส่วน หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นแนวความคิดพื้นฐานของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการและเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจคุณพิณิจ รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของศาลปกครองไทย ศาลปกครองแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้อย่างถูกต้อง
3. เพื่อศึกษาคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุดของไทยในส่วนคดีพิพาทแผนกการบริหารงานบุคคลเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการแต่งตั้งโยกย้ายตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองจนถึงปัจจุบัน
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ขอบอำนาจของศาลปกครองในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในเรื่องการแต่งตั้งโยกย้าย เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นบรรทัดฐานและสามารถดำเนินการวินิจฉัยให้เป็นไปด้วยความชอบด้วยกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงอำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือน โดยจำกัดขอบเขตการศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเฉพาะการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในเรื่องการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเฉพาะที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน โดยมีประเด็นในการศึกษาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในส่วน of คำสั่งทางปกครองทั้งในหลักเกณฑ์การพิจารณาของศาลปกครองในประเทศไทยและศาลปกครองในต่างประเทศ (สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) เป็นสำคัญ

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายได้ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองและศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่ถือเป็นอำนาจบังคับบัญชาและเป็นคดีปัญหาที่ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่พบว่าศาลปกครองได้ใช้หลักเกณฑ์และใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในส่วนของความเหมาะสมในการบริหารงานบุคคลซึ่งถือเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาดังกล่าวนั้นเห็นว่ามีควมไม่ชอบด้วยกฎหมายในบางประการ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการบริหารงานบุคคลเพื่อความเหมาะสมของการบริหารราชการแผ่นดินของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายบางประเภท ซึ่งเห็นได้ชัดว่าขัดกับหลักความได้สัดส่วน หลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน เพื่อให้การพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลปกครองเป็นบรรทัดฐานตอบสนองการปฏิบัติหน้าที่ในการคงไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายศาลปกครองควรกำหนดเกณฑ์เป็นกรอบแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้ชัดเจน

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยฉบับนี้ใช้วิธีการศึกษาวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยศึกษารวบรวมข้อมูลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หนังสือ ตำรา บทความทางวิชาการ รวมทั้งในส่วนของรายงานการศึกษาวิจัย ตลอดจนศึกษาถึงหลักกฎหมายในเรื่องของอำนาจบังคับบัญชาและการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรศาล รวมทั้งแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแต่งตั้งโยกย้ายตั้งแต่เริ่มเปิดทำการของศาลปกครองเมื่อวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ.2544 จนถึงปัจจุบัน จึงเป็นกระบวนการเพื่อศึกษาขอบเขตกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองและหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่เป็นต้นแบบและการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศ

ไทย เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทั้งนี้ เพื่อที่จะสามารถนำแนวทางการใช้และการควบคุมตรวจสอบของฝ่ายปกครองที่เหมาะสมมาปรับใช้กับคดีปกครองของไทยต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ทำให้มีความรู้ความเข้าใจในแนวความคิดเกี่ยวกับหลักอำนาจบังคับบัญชา หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความได้สัดส่วน หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถือเป็นแนวความคิดพื้นฐานของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

2. เพื่อจะได้ทราบหลักเกณฑ์ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจบังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ และหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจได้ รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองไทยและศาลปกครองของต่างประเทศ เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาปรับใช้ให้มีความเหมาะสมกับการวินิจฉัยข้อพิพาทในระบบศาลปกครองของประเทศไทยได้อย่างถูกต้อง

3. ทำให้สามารถวิเคราะห์และปรับใช้ข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายได้จากคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุดของไทย ในส่วนคดีพิพาทแผนกการบริหารงานบุคคลเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการแต่งตั้งโยกย้ายตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองจนถึงปัจจุบัน

4. ทำให้สามารถวิเคราะห์ขอบอำนาจของศาลปกครองในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองในเรื่องการแต่งตั้งโยกย้าย เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นบรรทัดฐาน และสามารถดำเนินการวินิจฉัยให้เป็นไปด้วยความชอบด้วยกฎหมายสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักอำนาจบังคับบัญชากับ การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง

ในการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักนิติรัฐมีหลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแบ่งเป็นหลักการย่อยได้ 2 หลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมายและหลักเงื่อนไขของกฎหมาย โดยที่หลักแรกเรียกร้องว่าการกระทำทางปกครองจะขัดต่อกฎหมายไม่ได้ แต่ในขณะที่หลักที่สองกลับเรียกร้องว่าการกระทำทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิของบุคคลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำของฝ่ายปกครอง จากหลักการพื้นฐานดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำทางปกครองทั้งหลายมีขอบเขตอยู่ที่จะต้องไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายทั้งหลาย ในนัยนี้กฎหมายจึงเป็นขอบเขตของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในขณะที่เดียวกันการที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้นั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจกฎหมายจึงเป็นที่มาของอำนาจในการกระทำการของฝ่ายปกครอง หากกล่าวโดยสรุปถึงหลักการย่อยทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่ากฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย

อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจหนึ่งที่มีความสำคัญในการจัดองค์กร อำนาจนี้มุ่งไปที่การที่ผู้บังคับบัญชาสามารถใช้ดุลพินิจสั่งการได้ทุกประการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติและบังคับการให้เป็นไปตามกฎระเบียบสำหรับการปกครองภายในขององค์กรผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาในการแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งเป็นดุลพินิจโดยแท้ของผู้บังคับบัญชาที่ตั้งอยู่บนหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน โดยเมื่อการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครองอาจกระทบกระเทือนหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐจะเกิดขึ้นได้จริงก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม นอกจากนี้ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวความคิดในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ แบ่งออกเป็น ในส่วนของขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยจะมีหลักเกณฑ์ดังรายละเอียดต่อไป

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักอำนาจบังคับบัญชา (Pouvoir Hiérarchique)

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไขโดยที่อำนาจดังกล่าวจะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่ามีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่เขาเห็นควรและมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกคำวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในบทนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักอำนาจบังคับบัญชา ได้แก่ หลักการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ความสำคัญของการจัดองค์กร การจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ความหมายของอำนาจบังคับบัญชา ลักษณะของอำนาจบังคับบัญชา ดังต่อไปนี้

2.1.1 หลักการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

องค์กรฝ่ายปกครอง (Administrative Agencies) หรือส่วนราชการต่างๆ เป็นองค์กรของรัฐบาลที่สำคัญที่สุดต่อการที่จะนำนโยบายของฝ่ายบริหาร กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับต่างๆ ตลอดจนทรัพยากรที่มีอย่างจำกัด (Limited Resources) ไปบริหารให้เกิดผลต่อการบริการสาธารณะ (Public Service) ซึ่งเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนวยการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนจะขาดเสียไม่ได้หรือจะมอบหมายให้เอกชนไปจัดทำก็อาจไม่เกิดผลดีต่อส่วนรวม ในเมื่อกิจการเหล่านั้นผู้จัดทำไม่สมควรแสวงหาผลประโยชน์ได้ เช่นเดียวกับกิจการอื่นๆ¹ องค์กรฝ่ายปกครองนั้นมีอยู่เป็นจำนวนมากทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่นและมีชื่อเรียกแตกต่างกันไป แต่ละองค์กรจะมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะตามขอบเขตของอำนาจตามกฎหมายที่กำหนดไว้

การจัดองค์กรเป็นการกำหนดโครงสร้างขององค์การอย่างเป็นทางการโดยการจัดแบ่งออกเป็นหน่วยงานย่อยต่างๆ กำหนดอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของแต่ละหน่วยงานไว้ให้ชัดเจนรวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานย่อยเหล่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เอื้อต่อการดำเนินงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์การอย่างมีประสิทธิภาพ องค์กรเป็นสิ่งที่จำเป็นและขาดเสียไม่ได้ กล่าวคือ องค์กรจะต้องมีส่วนเป็นโครงสร้างที่พลวัต คือคนและกระบวนการปฏิบัติของคน เช่น อำนาจ หน้าที่ ความรับผิดชอบ ประกอบโครงสร้างที่คงที่ คือ อำนาจ หน้าที่ ความรับผิดชอบ การแบ่งงานกัน และการติดต่อสื่อสารเพื่อมุ่งไปสู่เป้าหมายที่สามารถเรียงลำดับความสำคัญได้

2.1.1.1 ความสำคัญของการจัดองค์กร

ท่านศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ได้ให้ความเห็นว่า คำว่า “ฝ่ายปกครองหรือองค์กรฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการ กล่าวคือหมายถึงความถึง องค์กรและเจ้าหน้าที่ของราชการ

¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 79.

บริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่นทั้งหมด”² ฉะนั้น การกำหนดให้เฉพาะองค์กรที่กล่าวมาข้างต้นเป็นองค์กรฝ่ายปกครองตามคำนิยามก็ดูเหมือนว่าจะเป็น การกำหนดประเภทขององค์กรฝ่ายปกครองให้มีแต่เฉพาะที่เป็นส่วนราชการเท่านั้น องค์กรอื่นๆ นอกเหนือจากนั้นอาจจะไม่ใช่ขององค์กรฝ่ายปกครองเพราะเหตุที่ไม่ได้เป็นส่วนราชการแม้ว่าจะมีบทบาท สำคัญต่อการจัดทำบริการสาธารณะก็ตาม

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงอาจสรุปความหมายขององค์กรฝ่ายปกครองได้ว่า องค์กรฝ่ายปกครองหมายถึง ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม จังหวัด อำเภอ และ องค์กรการราชการส่วนท้องถิ่น 5 รูปแบบ คือ องค์กรการบริหารส่วนตำบล องค์กรการบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยาเท่านั้น และไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจ องค์กรของเอกชนที่มี ส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) และศาล (ไม่ถือว่าเป็นองค์กร ฝ่ายปกครองเพราะเป็นสาขาอำนาจนิติบัญญัติและตุลาการ)

การจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งโดยปกติ ได้แก่ พระราชบัญญัติต่างๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเพื่อเป็นกรอบนโยบายและการปฏิบัติงานของ ฝ่ายบริหารในกิจการทั่วไปและในแต่ละประเภทของกิจการบริการสาธารณะ การจัดตั้งองค์กรฝ่าย ปกครองตามกฎหมายไทยเท่าที่ตราโดยประกาศคณะปฏิวัติ พระราชบัญญัติ และพระราชกฤษฎีกา ตามแต่ละประเภทและความสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองที่จะจัดตั้งขึ้น เมื่อองค์กรเป็นที่รวมของคน และเป็นที่ยอมรับของงานต่างๆ เพื่อให้พนักงานขององค์กรปฏิบัติงานได้อย่างเต็มที่และเต็ม ความสามารถจึงมีความจำเป็นต้องจัดแบ่งหน้าที่การทำงานกันทำและมอบอำนาจให้รับผิดชอบตาม ความสามารถและความถนัด ถ้าเป็นองค์กรขนาดใหญ่และมีคนมากตลอดจนงานที่ต้องทำมีมากก็ จะต้องจัดหมวดหมู่ของงานที่เป็นอย่างเดียวกันหรือมีลักษณะใกล้เคียงกันมารวมเข้าด้วยกันเรียกว่า “ฝ่ายหรือแผนกงาน” แล้วจัดให้คนที่มีความสามารถในงานนั้นๆ มาปฏิบัติงานรวมกันในแผนกนั้น และตั้งหัวหน้าขึ้นรับผิดชอบควบคุม

สายการบังคับบัญชา หมายถึง ความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นระหว่างผู้บังคับบัญชากับ ผู้ใต้บังคับบัญชาเพื่อให้ทราบว่าการติดต่อสื่อสารมีทางเดินอย่างไร มีการควบคุมและรับผิดชอบ อย่างไร สายการบังคับบัญชาที่ดีควรมีลักษณะดังนี้

1. จำนวนระดับชั้นแต่ละสายไม่ควรให้มีจำนวนมากเกินไป จะทำให้ไม่สะดวกแก่ การควบคุมอาจทำให้งานค้างค้ำได้

2. สายบังคับบัญชาควรมีลักษณะชัดเจนแจ่มแจ้งว่าใครเป็นผู้มีอำนาจสั่งการและสั่งไปยัง ผู้ใด ในทำนองเดียวกันถ้าจะมีการรายงานจะต้องรายงานต่อใคร มีทางเดินไปในทิศทางใด

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.; แห่งมาตรา 3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาไว้ ด้วย หน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล เช่น มหาวิทยาลัยในกำกับ ของรัฐ รวมทั้งหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง อีกด้วย

3. สายการบังคับบัญชาไม่ควรให้มีการก้าวร้าวกันหรือซ้อนกัน งานอย่างหนึ่งควรให้มีผู้รับผิดชอบเพียงคนเดียว ถ้ามีผู้สั่งงานได้หลายคนหลายตำแหน่งในงานเดียวกันจะทำให้การปฏิบัติงานสับสน

ในส่วนของ การควบคุมบังคับบัญชานั้น ผู้บังคับบัญชาคนหนึ่งจะมีขอบเขตความรับผิดชอบเพียงใด มีผู้ใต้บังคับบัญชากี่คน หรือมีหน่วยงานที่อยู่ใต้ความควบคุมรับผิดชอบที่หน่วยงานขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้บังคับบัญชาและคุณภาพของผู้ใต้บังคับชวกับวัตถุประสงค์ขององค์การ หน้าที่การงานและภารกิจ จึงหมายถึงกลุ่มของกิจกรรมที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์การ มีการแยกงานหรือรวมหน้าที่การงานที่มีลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกันไว้ด้วยกันหรือมีการแบ่งงานตามลักษณะเฉพาะของงานแล้วมอบงานนั้นๆ ให้แก่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความสามารถหรือความถนัดในการทำงานนั้นๆ โดยตั้งเป็นหน่วยงานขึ้นมารับผิดชอบ

2.1.1.2 การจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

สำหรับการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา เป็นต้น การจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองโดยปกติกระทำโดยพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น เพื่อเป็นกรอบนโยบายและแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารในกิจการทั่วไป และในแต่ละประเภทของกิจการบริการสาธารณะ ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มาตรา 8 และมาตรา 52 กำหนดให้การจัดตั้งฝ่ายปกครองทั้งที่สังกัดราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาคต้องกระทำโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ³ เท่านั้น

นอกจากการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองที่อาจกระทำได้โดยพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว การแบ่งส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางและจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติดังที่กล่าวมาแล้วก็ต้องกระทำโดยพระราชกฤษฎีกาจึงจะมีผลสมบูรณ์เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครองตามกฎหมายนั้น

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายคำว่า “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้ว่า หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการบริหารทั้งที่สังกัดราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น”⁴ และมีความหมายครอบคลุมมากยิ่งขึ้นเมื่อมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของหน่วยงานทางปกครอง (องค์กรฝ่ายปกครอง) ครอบคลุมไปถึงรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หน่วยงานอื่นของรัฐและหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงหมายความรวมถึงพนักงาน ลูกจ้าง หรือคณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานเหล่านั้นด้วย

จากความหมายข้างต้นจึงพอสรุปได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกประเภทที่สังกัดกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม องค์กรฝ่ายปกครอง

³ มาตรา 8 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534

⁴ ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 19.

ส่วนท้องถิ่นทุกประเภท รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมาย หน่วยงานอื่นของรัฐตลอดจนหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองล้วนเป็นเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น

ในส่วนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครอง ได้มีการแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายการเมืองหรือข้าราชการการเมือง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายข้าราชการประจำและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกึ่งฝ่ายประจำ

1) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายการเมืองหรือข้าราชการการเมือง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายการเมืองหรือข้าราชการการเมือง ได้แก่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งปฏิบัติหน้าที่ราชการในฐานะฝ่ายปกครอง ทั้งในระดับส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นในฐานะที่เป็นผู้รับผิดชอบการบริหารงานของกระทรวงหรือราชการบริหารส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายการเมืองของราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี เลขาธิการนายกรัฐมนตรี โฆษกประจำสำนักนายกรัฐมนตรี เลขานุการรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ฯลฯ

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายการเมืองของราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ได้แก่ บุคคลซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล คณะเทศมนตรี นายกเมืองพัทยา ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ฯลฯ

2) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายข้าราชการประจำ

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายข้าราชการประจำ โดยปกติได้แก่ บุคคลผู้ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารข้าราชการประเภทต่างๆ ให้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะข้าราชการประจำหรืออย่างเดียวกันกับข้าราชการประจำตามกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ หมู่บ้านและองค์กรฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ได้แก่ สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา จำแนกเป็นข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทหาร ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการกระทรวงยุติธรรม ข้าราชการฝ่ายอัยการ ข้าราชการฝ่ายรัฐสภา ข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย ข้าราชการส่วนจังหวัด ข้าราชการกรุงเทพมหานคร ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และพนักงานส่วนตำบล เป็นต้น

3) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกึ่งฝ่ายประจำ

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกึ่งฝ่ายประจำ หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายระบุให้เป็นเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองท้องที่ตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 ได้แก่ ผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้าน ผู้ใหญ่บ้าน กำนัน ซึ่งได้รับเงินเดือนจากรัฐบาลแต่ไม่ใช้เงินงบประมาณหมวดเงินเดือน ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกึ่งฝ่ายประจำเหล่านี้จะต้องเป็นผู้ได้รับการแต่งตั้งจากราษฎรในหมู่บ้านหรือตำบลต่างๆ ในลักษณะข้าราชการการเมืองและอาจอยู่ในตำแหน่งชั่วคราวเวลาอันจำกัดอย่างข้าราชการการเมือง

2.1.2 ความหมายของอำนาจบังคับบัญชา

อำนาจบังคับบัญชา หมายถึง อำนาจที่ส่วนกลางใช้กับเจ้าหน้าที่ของตนทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาคมีลักษณะเป็นการกำหนดนิติสัมพันธ์ภายในองค์กร กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ภายในหน่วยงานของรัฐหนึ่งหรือหลายหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินแบบรวมอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามที่ตนตัดสินใจ เป็นการบังคับบัญชาที่ผู้บริหารหน่วยงานระดับสูงมีอยู่เหนือบุคลากรและการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในหน่วยงานของตน เช่น รัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการในกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ นายกเทศมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือพนักงานเทศบาล เป็นต้น อำนาจบังคับบัญชานี้ได้รับการยอมรับจากหลักอำนาจบังคับบัญชาของศาลปกครองในคดี Queralt ในปี ค.ศ. 1950 ว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”⁵

2.1.3 ลักษณะของอำนาจบังคับบัญชา

อำนาจบังคับบัญชามีลักษณะเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใดๆ ก็ได้ ตามที่เห็นว่าถูกต้องหรือเหมาะสม รวมทั้งสามารถแก้ไขยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสมของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ และผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาในการลงโทษทางวินัย หรือมีอำนาจให้บำเหน็จความดีความชอบแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้ จึงแบ่งได้ 4 ลักษณะ ได้แก่

1. อำนาจออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตาม
2. อำนาจในการควบคุมกิจกรรมการดำเนินการของผู้ใต้บังคับบัญชา
3. อำนาจในการลงโทษทางวินัย
4. อำนาจในการให้บำเหน็จรางวัล

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดจากการจัดระเบียบภายในหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่ง ความสัมพันธ์ของบุคลากรจะเป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นในรูปปิรามิด เจ้าหน้าที่แต่ละคนซึ่งอยู่ที่ฐานปิรามิดจะขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่ลำดับที่สูงกว่าตนขึ้นไปและต้องปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งหรือคำสั่งบังคับบัญชาโดยเคร่งครัด เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็จะขึ้นตรงและต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนตามคำสั่งคำสั่งบัญชาของเจ้าหน้าที่เหนือตนขึ้นไปอีกเป็นชั้นๆ เช่นนี้ตลอดสาย จนถึงหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นซึ่งอยู่ที่ยอดปิรามิดและจะเป็นผู้รับผิดชอบงานทั้งหมดของหน่วยงาน ด้วยเหตุนี้เอง การควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาโดยผู้บังคับบัญชาจึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และผู้บังคับบัญชาจะปฏิเสธไม่ตรวจสอบคำวินิจฉัยสั่งการของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่ออำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่เปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้อย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ สามารถตรวจสอบการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมโดยที่ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่มีอิสระโดยปราศจากการควบคุมของผู้บังคับบัญชาได้ จึงได้มีการแบ่งอำนาจบังคับ

⁵ นัยนา เกิดวิชัย, *กฎหมายปกครอง* (กรุงเทพมหานคร: นิติบัญญัติ, 2543), หน้า 151-153.

บัญชาออกเป็น 4 ลักษณะดังต่อไปนี้

1. อำนาจที่สั่งการให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติตาม (Pouvoir d'Instruction)
2. อำนาจที่จะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของผู้บังคับบัญชา (Pouvoir de Reformation)
3. ผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจกระทำการแทนผู้บังคับบัญชา (Pouvoir de Substitution)

จึงกล่าวได้ว่า อำนาจบังคับบัญชานั้น เกิดขึ้นจากความจำเป็นในการบังคับให้เป็นไปตามกฎระเบียบสำหรับการปกครองภายในขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะหรือฝ่ายปกครองนั่นเอง อำนาจเช่นนี้มุ่งไปที่การที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการได้ทุกประการให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติ รวมถึงถึงการที่จะเพิกถอน เปลี่ยนแปลง หรือกระทำการแทนในเรื่องที่ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติ หรือได้ปฏิบัติไปแล้วอีกด้วย อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข เว้นแต่เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมาย ลักษณะเหล่านี้ของอำนาจควบคุมบังคับบัญชาแสดงให้เห็นชัดเจนว่าอำนาจเช่นนี้ย่อมไม่สอดคล้องกับการนำไปใช้กับองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยให้มีความเป็นอิสระ (Autonomie) แยกออกไปจากฝ่ายปกครอง เช่น รัฐวิสาหกิจประเภทต่างๆ

2.1.4 อำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแล

อำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแลถือเป็นอำนาจภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งในการควบคุมฝ่ายปกครองที่เน้นในองค์กรภายในฝ่ายปกครองได้ควบคุมฝ่ายปกครองด้วยกันเอง การควบคุมลักษณะนี้ คือ วิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารและวิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาท กล่าวคือ ยังคงเป็นการดำเนินการโดยฝ่ายปกครองด้วยกันเอง เช่น การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ทำคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้มีการตรวจสอบ ทบทวน หรือแก้ไขการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำไปแล้วนั่นเอง

2.1.4.1 อำนาจบังคับบัญชา

เป็นอำนาจของการควบคุมในลักษณะแก้ไขภายหลังที่ได้มีการดำเนินกิจกรรมทางปกครองไปแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสในการแก้ไข เยียวยา หรือตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่ได้กระทำไปโดยอาศัยหลักการบังคับบัญชาซึ่งเป็นอำนาจภายในของฝ่ายปกครองในการควบคุมสั่งการอันเกิดจากการจัดระบบภายในของฝ่ายปกครองเอง โดยในการใช้อำนาจลักษณะนี้สามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการดำเนินกิจกรรมทางปกครองด้วย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ระดับ คือ

- 1) การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครอง (Recours Gracieux) การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ เป็นการร้องขอให้ฝ่ายปกครองได้ทำการตรวจสอบ ทบทวน หรือแก้ไขคำสั่งทางปกครอง โดยตัวผู้ทำคำสั่งเองเมื่อเห็นว่า

⁶ ออมร จันทรสมบูรณ์, **กฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527), หน้า 93-95.

คำสั่งที่ตนทำไปนั้นเกิดข้อผิดพลาด ไม่เหมาะสมหรืออาจขัดต่อกฎหมายซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองนั้นเป็นสิ่งที่อาจถูกโต้แย้งได้ อีกทั้งการร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการฟ้องเป็นคดีมีข้อพิพาทต่อศาลปกครอง

2) การขอให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นทบทวนคำสั่งทางปกครอง (Recours Hiérarchique) เป็นอีกลักษณะหนึ่งของการควบคุมภายในฝ่ายปกครองอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามสายการบังคับบัญชา กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจอันเกิดจากความสัมพันธ์ในการจัดระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนตามลำดับชั้นตามสายการบังคับบัญชา เนื่องจากผู้บังคับบัญชาเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ดังนั้นผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจในการให้คำแนะนำหรือมีสิทธิที่จะสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่ตนเห็นสมควร โดยอำนาจบังคับบัญชาถือว่าเป็น "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" ซึ่งแม้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นอำนาจที่มีอยู่ในระบบของฝ่ายปกครองและการควบคุมโดยอำนาจบังคับบัญชานี้สามารถควบคุมได้ทั้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายและการใช้ดุลพินิจหรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง อันสามารถอธิบายแยกเป็น 2 ส่วนคือ⁷

(1) อำนาจควบคุมเหนือการกระทำ (Recours Hiérarchique) ของผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งอาจแสดงให้เห็นได้ 4 ประการ คือ

(1.1) อำนาจแนะนำสั่งการและวางแนวปฏิบัติ (Pouvoir d'Instruction) เป็นลักษณะของการแนะนำหรือสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ไปในแนวทางที่กำหนด ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายฉบับต่างๆ คำแนะนำที่ออกมาอาจออกมาในรูปของคำสั่งหรือหนังสือเวียนก็ได้ ส่วนการวางแนวปฏิบัติจะเป็นเรื่องการออกระเบียบภายในหน่วยงานและออกหนังสือเวียนที่กำหนดถึงผลในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่คล้ายคลึงกับสิ่งที่กำหนด หรือในกรณีที่กำหนดเรื่องไว้แล้วผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องเชื่อฟังแนวทางปฏิบัติเหล่านี้ ถ้าไม่เชื่อฟังก็อาจถูกลงโทษทางวินัยได้

อย่างไรก็ตาม ผู้ใต้บังคับบัญชาสามารถที่จะไม่ปฏิบัติตามได้ถ้าหากแนวปฏิบัติเหล่านี้ผิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งหรือทำให้ประโยชน์สาธารณะเสื่อมเสีย

(1.2) อำนาจเพิกถอนการกระทำ (Pouvoir d'Annulation) อำนาจนี้เป็นอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเพิกถอนการกระทำได้หากเห็นว่าการกระทำนั้นไม่เป็นไปตามกฎหมาย การเพิกถอนคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชาจะมีผลย้อนหลังและจะถือว่าไม่ได้มีคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชานี้เลย

(1.3) อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Pouvoir de Modification) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้แก้ไขเนื้อความของการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชา

⁷ ยงยุทธ อนุกุล, สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน คำสั่งและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 7-14.

สามารถแก้ไขคำสั่งของผู้บังคับบัญชาได้โดยมีคำสั่งอื่นอีกคำสั่งหนึ่งที่แตกต่างจากคำสั่งเดิมมากหรือน้อยก็ได้ แต่คำสั่งของผู้บังคับบัญชานี้จะไม่มีผลย้อนหลังแต่มีผลในอนาคตเท่านั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้ไม่ใช่เฉพาะกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นหากแต่ยังรวมถึงกรณีความเหมาะสมด้วย

(1.4) อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทน (Pouvoir de Substitution) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสอดเข้าไปวินิจฉัยสั่งการแทนผู้บังคับบัญชาได้ในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วน หรือกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้

(2) อำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคล (Le Contrôle sur les Personnes) ของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้บังคับบัญชา เช่น อำนาจลงโทษทางวินัย อำนาจเลื่อนขั้นเงินเดือน อำนาจโยกย้าย หรือการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง เป็นต้น

Georges Vedel Pierre และ Delvolve ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศสเห็นว่า อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข แต่อำนาจนี้จะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชามีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่ตนเห็นสมควร และมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขผู้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น⁸

2.1.4.2 อำนาจกำกับดูแล (Tutelle Administrative)⁹

คำว่า “กำกับดูแล” หมายถึง การที่ตัวแทนของรัฐดูแลกิจกรรมขององค์กรมหาชนอื่น เช่น องค์กรปกครองท้องถิ่น (Contrôleur) และผู้ถูกควบคุมกำกับ (Contrôlé) อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข อำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่ไม่สามารถออกคำสั่งโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมเพียงแต่ควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ถึงแม้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมตามพระราชบัญญัติมีอำนาจที่จะสั่งให้ยกเลิกการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตนและอาจมีคำสั่งแทนองค์กรดังกล่าวได้ก็ตาม แต่อำนาจเหล่านี้จะมีได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นโดยรัฐบัญญัติเท่านั้น อำนาจกำกับดูแลไม่ใช่อำนาจทั่วไปอย่างที่ปรากฏในอำนาจบังคับบัญชา

ในประเทศฝรั่งเศส อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจของนิติบุคคลเดียวกันซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ในขณะที่อำนาจกำกับดูแลนั้นก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลทางกฎหมายมหาชนอื่น

การกำกับดูแลในทางปกครอง (La Tutelle Administrative) มี 2 ลักษณะ คือ การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลและการกำกับดูแลเหนือการกระทำ

⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 474-475.

⁹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 474-475.

1) การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล (Contrôle sur les Personnes) จะเห็นได้จากกรณีที่ส่วนกลางมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลหรือองค์กรและถอดถอนหัวหน้าหน่วยงานนั้น

การใช้อำนาจทางวินัย (Le Pouvoir Disciplinaire) เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งพักราชการนายกเทศมนตรีได้ แต่ทั้งนี้ อำนาจทางวินัยในกรณีของการกำกับดูแลไม่ใช่เรื่องเดียวกับอำนาจทางวินัยของผู้บังคับบัญชาในระดับสูงกว่าเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาในสายงานของการบังคับบัญชา การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยหลักแล้วจะต้องได้รับโทษทางวินัย แต่องค์กรที่ถูกกำกับดูแลนั้นไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังคำสั่งของใคร อำนาจทางวินัยในกรณีนี้ไม่สามารถลงโทษใครได้อย่างไม่มีขอบเขต เช่น นายกเทศมนตรีคนหนึ่งอาจถูกสั่งพักราชการหรือให้ออกได้เนื่องจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการละเลยไม่ปฏิบัติงานของเทศบาล แต่จะไม่ถูกสั่งพักหรือให้ออกเพราะปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐมนตรี

2) การกำกับดูแลเหนือการกระทำ (Contrôle à l'Égard des Actes) เจ้าหน้าที่ผู้กำกับดูแลทำการควบคุมการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นและในขณะเดียวกันก็ตรวจสอบถึงโอกาสในการตัดสินใจด้วย ซึ่งภายใต้เงื่อนไขบางประการในการสั่งเพิกถอนการกระทำนั้น ผู้มีอำนาจควบคุมมีอำนาจฟ้องต่อศาลปกครองว่าการกระทำขององค์กรที่ถูกควบคุมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจมีอำนาจสั่งยกเลิกการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเลยทีเดียว นอกจากนี้ ยังมีอำนาจให้ความเห็นชอบการกระทำขององค์กรกระจายที่สำคัญบางอย่างก่อนที่จะประกาศใช้ การให้ความเห็นชอบนี้เป็นการกระทำเฉพาะเรื่อง (un Caractère Réglementaire) แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่วางข้อบังคับก็ตาม

การควบคุมอีกประการหนึ่งก็คือ การที่ผู้มีอำนาจควบคุมทำคำสั่งแทนองค์กรที่ถูกควบคุมแต่การถูกควบคุมชนิดนี้มีขอบเขตที่จำกัดมาก มิฉะนั้นการกระจายอำนาจก็จะไม่สามารถเป็นไปได้ ในประเทศฝรั่งเศสอำนาจในการทำคำสั่งแทนนั้นจะใช้ได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

องค์กรที่ถูกควบคุมมีแต่เพียงอำนาจผูกพัน คือ รัฐบาลผู้ตรึงให้ออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง

องค์กรที่ถูกควบคุมปฏิเสธที่จะมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งภายหลังจากที่ได้รับคำเตือนจากองค์กรผู้ที่มีอำนาจควบคุมแล้วว่าให้ออกคำสั่ง

นอกจากนี้ ยังมีอำนาจในการอนุญาตให้องค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลสามารถทำกิจกรรมบางอย่างที่ได้รับมอบอำนาจมาได้ ไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจแบบชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และนอกจากการกำกับดูแลในเรื่องทางปกครองแล้วยังมีอำนาจกำกับดูแลในเรื่องการคลังอีกด้วย

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการถือเป็นการบังคับบัญชาอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้บังคับบัญชาสั่งแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาให้ไปทำงานภาระหน้าที่ใดภาระหน้าที่หนึ่ง หรือสถานที่ใดสถานที่หนึ่งในสังกัดเดียวกัน โดยอำนาจบังคับบัญชานี้เกิดจากการจัดองค์กร การจัดระเบียบภายในทั้งเรื่องบุคลากรและทรัพย์สินเพื่อให้ดำเนินการบรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ โดยภายในองค์กรปกครองแต่ละองค์กร

ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะเป็นลำดับความสัมพันธ์กันตามลำดับชั้นในรูปของพีระมิด เจ้าหน้าที่แต่ละคนที่อยู่ฐานของพีระมิดจะปฏิบัติหน้าที่ขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชา ซึ่งเจ้าหน้าที่คนนั้นก็ปฏิบัติหน้าที่ขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปอีก เป็นเช่นนี้ตลอดสายจนถึงผู้แทนหรือองค์กรของฝ่ายปกครอง โดยผู้บังคับบัญชาแต่ละระดับชั้นต้องควบคุมและรับผิดชอบการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา และมีมาตรการในการควบคุมตัวผู้ใต้บังคับบัญชาเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการนี้คือการใช้อำนาจเหนือตัวบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างหนึ่ง เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเต็มที่ที่จะใช้ได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้โดยตรง ซึ่งอำนาจนี้ผูกพันอยู่กับสถานะของผู้บังคับบัญชาด้วย¹⁰ และผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจนี้โดยไม่ต้องให้เหตุผล กล่าวคือ ไม่ต้องระบุถึงความเหมาะสมหรือเหตุผลเว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ดังนั้น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการจึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยและดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการบริหารงานภายในหน่วยงานของรัฐเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่การปฏิบัติราชการภายในหน่วยงานและการบริหารราชการแผ่นดิน

2.2.1 ความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

การแต่งตั้ง หมายถึง การแต่งตั้งผู้ที่เป็นข้าราชการแล้ว ให้ดำรงตำแหน่งซึ่งเป็นการทำให้มีอำนาจหน้าที่ตามตำแหน่งนั้นๆ เช่น การแต่งตั้งผู้ได้รับบรรจุในกรณีดังกล่าวข้างต้น การแต่งตั้งโยกย้าย การแต่งตั้งผู้ได้เลื่อนระดับตำแหน่ง การแต่งตั้งข้าราชการผู้โอนสังกัด การแต่งตั้งผู้มีคุณสมบัติไม่ตรงกับตำแหน่งกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่น การแต่งตั้งผู้รักษาการในตำแหน่ง การให้ข้าราชการประจำกระทรวง ประจำทบวง ประจำกรม ประจำกอง หรือประจำจังหวัด พ้นจากตำแหน่งหน้าที่เดิม (ยังรับเงินเดือนในอัตราเดิม) การให้ข้าราชการพ้นจากตำแหน่งหน้าที่และขาดจากอัตราเงินเดือนในตำแหน่งเดิมไปรับเงินเดือนในอัตรากำลังทดแทน เป็นต้น¹¹

จึงอาจกล่าวได้ว่า การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ ความรับผิดชอบ ตำแหน่ง และหรือสถานที่ปฏิบัติราชการของข้าราชการในระดับชั้นเดิม ซึ่งส่วนใหญ่เกิดจากการที่หน่วยงานมีความจำเป็นต้องใช้บุคลากรที่มีความรู้ความสามารถ แต่ขาดแคลนบุคลากรของงานในหน้าที่นั้นๆ หรือเกิดจากคำร้องขอของข้าราชการเอง อย่างไรก็ตาม หากการโยกย้ายข้าราชการตามคำร้องขอของข้าราชการนั้นๆ จะทำให้เกิดอุปสรรคต่อหน่วยงานในการบริหารจัดการ

¹⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E. ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 1974 คดี Lezeret de la Maurinerie วินิจฉัยว่า อำนาจบังคับบัญชามีลักษณะเป็นเสมือน “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” (les principe g é n é raux du droit public)

¹¹ ไพโรจน์ สิตปรีชา, การบริหารงานบุคคลในราชการพลเรือนไทย (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 47 อ้างถึงใน สุภาพ สุจริตพงศ์, การวิเคราะห์โครงสร้างหลักทางกฎหมายการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารงานบุคคล คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 119.

องค์กรต่อไป องค์กรก็จะไม่ออกคำสั่งโยกย้ายข้าราชการตามคำร้องขอนั้นเนื่องจากในท้ายที่สุดแล้ว องค์กรจะต้องดูที่ประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ แต่มีบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสที่มีการ กำหนดการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเป็นโทษทางวินัยประเภทหนึ่งด้วย¹² การแต่งตั้งโยกย้าย ข้าราชการถือเป็นการบังคับบัญชาอย่างหนึ่งที่ผู้บังคับบัญชาให้ไปทำงานในภาระหน้าที่ใด ภาระหน้าที่ หนึ่งหรือสถานที่ใดสถานที่หนึ่งในสังกัดเดียวกัน

2.2.2 ประเภทของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในประเทศไทยนั้น ออกโดยมีเหตุผลหลายประการ แต่หากจะ พิจารณาจากลักษณะของการคำสั่งนั้นก็อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.2.2.1 คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามปกติ

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการประเภทนี้คือ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายในสังกัดนั้นๆ ทั่ว ประเทศซึ่งในแต่ละหน่วยงานอาจกำหนดแตกต่างกันไป เช่น หน่วยงานหนึ่งอาจกำหนดทุกหนึ่งปี พิจารณาคำสั่งย้ายเป็นการทั่วไปหนึ่งครั้งในเดือนตุลาคม บางหน่วยงานอาจกำหนดทุกหกเดือน คือ เดือนเมษายนและเดือนตุลาคม เพื่อจะพิจารณาออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายฝ่ายปกครองเป็นการทั่วไป หนึ่งครั้งก็ได้ ทั้งนี้ แล้วแต่หน่วยงานนั้นๆ กำหนด ซึ่งการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายประเภทนี้กอง การเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานนั้นๆ จะเสนอชื่อผู้ขอย้ายให้คณะกรรมการพิจารณาว่าผู้ใดสมควรย้ายใน ครั้งดังกล่าวบ้าง โดยคณะกรรมการจะพิจารณาออกคำสั่งย้ายทั้งข้าราชการผู้ขอย้ายและข้าราชการผู้ ที่ไม่ได้ขอย้าย โดยยึดเหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ความเหมาะสมและ หลักเกณฑ์การขอย้ายของข้าราชการแต่ละตำแหน่ง เช่น ข้าราชการระดับ 9 และระดับ 10 ซึ่งเป็น ตำแหน่งที่มีลักษณะบริหารต้องย้ายทุก 4 ปี เป็นต้น

2.2.2.2 คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเฉพาะราย

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายประเภทนี้ คือ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่พิจารณานอกวาระที่ หน่วยงานนั้นกำหนดไว้หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการนอกฤดูกาล” คำสั่ง แต่งตั้งโยกย้ายประเภทนี้คือ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ออกมาอย่างเร่งรีบ กล่าวคือ ไม่รอพิจารณาใน เวลาที่หน่วยงานนั้นกำหนดไว้ เช่น หน่วยงาน ก.จะพิจารณาออกคำสั่งโยกย้ายข้าราชการทุกเดือน ตุลาคมของทุกปีแต่พิจารณาออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนางสาวม. ในเดือนมีนาคม เป็นต้น ซึ่งคำสั่ง แต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเฉพาะรายนี้อาจออกมาเพราะเหตุความจำเป็นต้องย้ายข้าราชการผู้หนึ่งโดย รีบด่วนเพื่อให้ข้าราชการผู้นั้นไปแก้ปัญหาในท้องถิ่นหรือรอผลการพิจารณาเรื่องทางวินัยของ ข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใดหรือย้ายเพราะข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใดมีเรื่องขัดแย้งระหว่างเพื่อนร่วมงาน ผู้บังคับบัญชาหรือประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ การย้ายเนื่องจากเจ็บป่วยร้ายแรง การย้ายเนื่องจากถูก คุกคามต่อชีวิตการย้ายเพื่อดูแลบิดามารดา หรือคู่สมรสซึ่งเจ็บป่วยร้ายแรง เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมี การกลั่นแกล้งโดยใช้การแต่งตั้งโยกย้ายเป็นเครื่องมือด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งการกลั่นแกล้งดังกล่าวอาจ ออกมาในรูปของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามปกติหรือคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเฉพาะ รายก็ได้

¹² มาตรา 6 แห่งรัฐบัญญัติ 11 มกราคม ค.ศ.1984

2.2.3 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

โดยที่ กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในมาตรา 6 และมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนดว่า “ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ข้อ 1 การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง. . .” เมื่อคำสั่งแต่งตั้ง มีหมายรวมถึง คำสั่งโยกย้าย ดังนั้นคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ยกตัวอย่างเช่น แม้มาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) กำหนดว่า การแต่งตั้งซึ่งหมายความรวมถึงการออกคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ ผู้ออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการสามารถพิจารณาออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องให้คู่กรณี (ผู้ฟ้องคดี) มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวหมายความถึงกรณีแต่งตั้งโยกย้ายตามปกติโดยมีพยานหลักฐานและเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ ประกอบกับการใช้ดุลพินิจสั่งย้ายมิได้หมายความรวมถึงการแต่งตั้งโยกย้ายที่มีสาเหตุจากการร้องเรียนกล่าวหาการปฏิบัติงานของข้าราชการซึ่งเป็นกรณีโยกย้ายที่ไม่ปกติ

ทั้งนี้ มีความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ดังต่อไปนี้

อาจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การโยกย้ายข้าราชการมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการจัดบุคลากรให้เหมาะสมกับงานในทางปกครองของหน่วยงาน บุคคลที่ถูกโยกย้ายจึงเป็นส่วนหนึ่งของกลไกขององค์กรฝ่ายปกครอง คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงมีลักษณะเป็นการสั่งการในวงงานคล้ายกับกรณีของการสั่งให้ไปช่วยราชการ อย่างไรก็ตาม ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการย่อมกระทบกับสถานะในทางส่วนตัวของข้าราชการที่ถูกโยกย้ายได้เช่นกัน ข้อเท็จจริงทั้งสองด้านนี้เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นคำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง หากพิจารณาทั้งสองด้านประกอบกันแล้ว อาจกล่าวได้ในเบื้องต้นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะงานของข้าราชการผู้นั้นอย่างสิ้นเชิง หรือเป็นการเปลี่ยนสถานที่ทำงานในลักษณะที่มีผลกระทบต่อข้าราชการผู้รับคำสั่งอย่างเห็นได้ชัด เช่น ย้ายจากส่วนกลางออกไปยังส่วนภูมิภาคหรือในทางกลับกัน ทั้งนี้ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายควรจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนในกรณีที่เป็นการแต่งตั้งโยกย้ายในลักษณะที่เปลี่ยนแปลงตำแหน่งในหน่วยงานเดียวกันโดยไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะงานอย่างสิ้นเชิงแต่อย่างใดควรจะถือว่าเป็นคำสั่งที่กระทบกับข้าราชการผู้นั้นในฐานะที่เป็นกลไกหนึ่งของหน่วยงาน ไม่ใช่เป็นเรื่องกระทบกับสถานะของบุคคลจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง¹³

ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีข้อความกำหนดให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), หน้า 120-121.

โดยไม่มีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชาที่มีต่อหน่วยงานของรัฐตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ ย่อมขาดลักษณะที่จะเป็นนิติกรรมทางปกครองแต่เป็นเพียง “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” เช่น สั่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชาจากหน่วยงานหนึ่งให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในอีกหน่วยงานหนึ่งในระดับตำแหน่งเดียวกัน¹⁴

กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การแต่งตั้งโยกย้ายในระนาบเดียวกันน่าจะเป็นการย้ายแบบ “Umsetzung” ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการโยกย้ายภายในหน่วยงานหรือระหว่างหน่วยงานก็ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่หากผู้ถูกย้ายเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติงานของผู้บังคับบัญชา หรือถูกกลั่นแกล้งก็สามารถร้องทุกข์ได้และหากยังไม่พอใจก็สามารถนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองได้

แม้การย้ายกระทบสิทธิของผู้ถูกย้าย เช่น ต้องอยู่ห่างจากที่พักอาจสร้างความไม่สะดวกหรือทำให้ต้องอยู่หากจากครอบครัว แต่ในทางทฤษฎีของเยอรมันไม่ให้การย้ายเป็นคำสั่งทางปกครองก็เนื่องจากมีผลกระทบต่อการบริหารราชการ จึงจำเป็นที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของรัฐมากกว่าผลประโยชน์ของข้าราชการ และหากพิจารณาการเป็นคำสั่งทางปกครองโดยยึดกับนิยามตามมาตรา 5 มากเกินไปก็อาจทำให้เกิดปัญหาได้เพราะนิยาม คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” อิงกับนิยามของนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งทำให้นำหลักกฎหมายแพ่งมาปะปนกับหลักกฎหมายมหาชน¹⁵

อาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การโยกย้ายข้าราชการในระนาบเดียวกันนั้น ไม่มีผลกระทบต่อข้าราชการเพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ความรับผิดชอบเท่านั้น ถ้าการย้ายมีผลทำให้ภารกิจเปลี่ยนแปลงไปหรือมีผลกระทบต่อเงินเดือนก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้จะเป็นการย้ายภายในหน่วยงานก็ตาม¹⁶

อาจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นต้องพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวมีผลไปสู่ภายนอกหรือไม่ ซึ่งการย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่ใดในหน่วยงานของรัฐเป็นเพียงกลไกการบริหารงานภายในหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ยังไม่มีผลออกไปสู่ภายนอกองค์กร ดังนั้น การย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่อื่นจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง¹⁷

¹⁴ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545), หน้า 261.

¹⁵สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 3/2545, เรื่องเสร็จที่ 514/2545. 22 กุมภาพันธ์ 2545 เรื่อง กรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู.

¹⁶สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 3/2545, เรื่องเสร็จที่ 514/2545. 9 สิงหาคม 2545 เรื่อง กรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู.

¹⁷สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 3/2545, เรื่องเสร็จที่ 514/2545. 22 กุมภาพันธ์ 2545 เรื่อง กรมการศึกษานอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู.

ดังนั้น จากแนวความคิดของนักวิชาการข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ความคิดเห็นโดยรวมส่วนใหญ่จะมีความเห็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยพิจารณาถึงผลกระทบของคำสั่งต่อข้าราชการผู้รับคำสั่ง หากมีผลกระทบเป็นการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ความรับผิดชอบอย่างสิ้นเชิง กระทบต่อเงินเดือน กระทบต่อสิทธิของผู้ถูกย้ายในด้านอื่นๆ เป็นต้น คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการจะถือเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครองหรือมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามหากเป็นการใช้อำนาจออกคำสั่งย้ายของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานภายในหน่วยงานและไม่มีผลกระทบเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบต่อข้าราชการผู้รับคำสั่งอย่างสิ้นเชิง คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง

2.3 แนวคิดในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับเรื่องคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองก็ถือเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งซึ่งมีแนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่เห็นควรนำมาศึกษา ดังต่อไปนี้

2.3.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers)

หลักการแบ่งแยกอำนาจ สืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจอยู่ที่ตัวบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจอันจะทำให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งทำให้ผู้อยู่ใต้การปกครองถูกกดขี่ ดังที่ Lord Acton ได้กล่าวไว้ว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีขอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่มีขอบอย่างแน่นอน” ดังนั้น หากมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบเกิดขึ้นแล้ว ในทางกลับกันก็จะส่งผลให้เสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครองมีอาจบังเกิดขึ้นได้ การแบ่งแยกอำนาจได้ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมจากการเคลื่อนไหวทางการเมืองในศตวรรษที่ 18 โดย Montesquieu นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสได้นำเสนอแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยก่อนหน้า Montesquieu ก็มีนักคิดอื่นเขียนออกไปอย่างไรเท่านั้น แต่ Montesquieu ได้คิดไปไกลกว่านักคิดทั้งหลายอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ นอกจากจะอธิบายว่าอำนาจในรัฐมีการจัดแบ่งออกไปได้อย่างไรแล้ว Montesquieu ยังเรียกร้องให้มีการจัดแบ่งอำนาจและแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจนี้เป็นคนละคนด้วย ซึ่งการเรียกร้องให้ผู้ใช้อำนาจที่แบ่งแยกเป็นอิสระจากกันนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่เพราะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเหตุนี้ความคิดเห็นของ Montesquieu จึงถือเป็นความคิดเห็นที่สำคัญและมีอิทธิพลเหนือรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย¹⁸

แนวความคิดของ Montesquieu ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจนั้นปรากฏอยู่ในชื่อหนังสือว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย (De l'Esprit des Lois) ได้รับอิทธิพลมาจาก John Locke ที่มี

¹⁸ หยุต แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507), หน้า 57.

วัตถุประสงค์เพื่อจำกัดขอบเขตอำนาจของกษัตริย์โดยการแบ่งแยกการใช้อำนาจโดยเฉพาะการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร เพื่อป้องกันการใช้อำนาจอย่างไม่มีขอบเขตของรัฐบาลทรราช Montesquieu จึงได้นำแนวทางของ John Locke มาสานต่อโดยสร้างหลักการแบ่งแยกอำนาจขึ้นมาในประเทศฝรั่งเศสเพื่อเป็นการต่อต้านระบบผูกขาดที่อยู่ต่อกษัตริย์เพียงผู้เดียว¹⁹

การแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารอย่างเคร่งครัดย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาล ทำให้ศาลอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างปราศจากความลำเอียงและไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม²⁰

2.3.2 หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

หลักแห่งความได้สัดส่วนหรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าหลักพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่มีความสำคัญและได้รับการรับรองไว้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งหลักกฎหมายนี้มีผลผูกพันการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทุกประเภทและเป็นหลักการที่ศาลใช้อ้างเป็นมาตรฐาน (Norm of Reference) ในการตรวจสอบ “ความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครอง” อันเป็นการตรวจสอบโดยพิเคราะห์ลึกถึง “คุณภาพของคำสั่งทางปกครอง” กล่าวคือ ในแง่ของกฎหมายปกครองหลักดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยการพิจารณาตามหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)²¹ จึงถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจ ประกอบด้วยหลักกฎหมายย่อย 3 หลักด้วยกัน ดังต่อไปนี้

2.3.2.1 หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)

หลักแห่งความเหมาะสมหรือในทางวิชาการของไทยอาจรู้จักหลักดังกล่าวนี้ว่า “หลักความสมเหตุสมผล” บังคับว่าในบรรดามาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ตนออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้นฝ่ายปกครองต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น²² มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นได้เลยย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่มีผลบังคับได้ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมนี้

¹⁹ถาวร เกียรติทับทิว, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 34.

²⁰วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดพื้นฐานและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540), หน้า 64-65.

²¹สำนักงานศาลปกครอง, สรุปหลักกฎหมายมหาชน เรื่อง หลักแห่งความได้สัดส่วน (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2548), หน้า 1.

²²วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2540), หน้า 43.

เรียกร่องความสัมพันธ์เชิงเหตุ (Cause) หรือ ผล (Effect) ระหว่างมาตราที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้ บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น ดังนั้น หลักความเหมาะสมจึงเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึกหากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ก็จะเกิดผลนอกเหนือจากผลที่กฎหมายกำหนด

2.3.2.2 หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)

ในบรรดามาตรการหลายมาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินของเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม²³

หลักแห่งความจำเป็นนี้จะนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อกรณีนั้นมีมาตรการอยู่หลายมาตรการด้วยกันที่สามารถจะทำให้บรรลุความมุ่งหมายตามวัตถุประสงค์ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้ แต่ในกรณีไม่มีมาตรการหรือวิธีการเหมาะสมอื่นใดให้เลือกได้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาจึงมีอยู่ว่าองค์กรฝ่ายปกครองได้เลือกออกคำสั่งซึ่งเป็นมาตรการเท่าที่จำเป็นแล้วหรือไม่ หมายความว่า คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่รุนแรงน้อยที่สุดแล้วหรือไม่หรือว่ามีละหนักแล้วก็ไม่อาจจะบรรลุผลสำเร็จความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจกำหนดไว้ได้เลย

2.3.2.3 หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)

“หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” เป็นอีกหลักการหนึ่งที่ศาลใช้อ้างเพื่อตรวจสอบความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง ความมุ่งหมายของหลักการนี้โดยสรุปก็คือ “ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนโดยเป็นผลมาจากคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งกับประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับนั้นสมดุลกันหรือไม่” เพราะฉะนั้น โดยหลักการนี้ จึงห้ามองค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งใดๆ ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดเจนนว่าหากได้มีการลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้วจะเกิดผลประโยชน์น้อยมากแก่สังคมหรือคนส่วนใหญ่ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เคยวินิจฉัยไว้ว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบจนเกินขอบเขตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล²⁴

จึงเห็นได้ว่า หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้มุ่งบังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรนั้นสำเร็จลุล่วงไปอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องก่อความเสียหายหรือมีผลกระทบน้อยที่สุดแก่

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-47.

²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง 19, 1 (เมษายน 2543): 279.

เอกชนหรือรัฐแล้วแต่กรณี และห้ามองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่เมื่อได้ลงมือปฏิบัติแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่เอกชนหรือรัฐ โดยหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ มุ่งพิจารณาที่ “ภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายที่เอกชนจะได้รับกับประโยชน์อันสังคมจะพึงได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง”²⁵ ดังนั้น โดยนัยแห่งหลักการนี้จึงห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่เห็นได้ชัดว่า เมื่อลงมือปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้วจะเกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากหรือไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้น หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมุ่งบังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจนั้นกำหนดไว้ และในขณะเดียวกันต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่รัฐแล้วแต่กรณีน้อยที่สุด ทั้งยังห้ามองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่เมื่อปฏิบัติตามคำสั่งนั้นแล้วจะเกิดประโยชน์น้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนหรือแก่รัฐ

อย่างไรก็ตาม การนำหลักแห่งความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคำสั่งทางปกครองใดๆ นั้นศาลจะพิเคราะห์ความระมัดระวังอย่างยิ่ง โดยศาลจะจำกัดอำนาจของศาลอยู่กับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือการไม่บังคับตามคำสั่งทางปกครอง เฉพาะแต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ฝ่าฝืนความได้สัดส่วนอย่างชัดเจน ถึงขนาดที่คาดได้ว่าไม่มีวิญญูชนคนใดจะออกคำสั่งเช่นนั้นและในกรณีที่ไม่วุ่นวายหรือกรณีมีข้อสงสัย ศาลก็มักจะยกประโยชน์ให้กับองค์กรฝ่ายปกครองเสมอ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ศาลนำมาใช้เพื่อบังคับให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่สามารถดำเนินการตามความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกันมาตรการนั้นก็ก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการใดๆ ซึ่งหากลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและสังคมโดยรวม²⁶

2.4 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยองค์กร

ตุลาการ

คำว่า “การควบคุม” หมายความว่า การตรวจสอบฝ่ายปกครองประการหนึ่งและการเยียวยาฝ่ายปกครองประการหนึ่ง²⁷

คำว่า “การตรวจสอบ” หมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง ในแง่การ

²⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักแห่งความได้สัดส่วน,” วารสารนิติศาสตร์ 20, 4 (ธันวาคม 2547): 99-109.

²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, หน้า 42-48.

²⁷ ชาญชัย แสวงศักดิ์, การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2540), หน้า 54.

ตรวจสอบจึงหมายถึงการควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น (Controls Preventive)

ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจเป็นการกระทำทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเอง และการควบคุมจากภายนอก เช่น โดยศาล รัฐสภาหรือโดยองค์กรพิเศษ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การควบคุมฝ่ายปกครอง ก็คือ การคุ้มครองประชาชนจากการกระทำทางปกครองนั่นเอง

ขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง ประกอบด้วยขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอย่างละเอียด ดังนี้

2.4.1 ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย การพิจารณาขอบเขตของหลักดังกล่าวจึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง โดยที่ทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง อาจแบ่งได้ 2 ประเภท

2.4.1.1 การกระทำทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน

อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้นฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการทางปกครองที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้โดยไม่มีเสรีภาพในการเลือกปฏิบัติ การกระทำทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันนี้ ฝ่ายปกครองเปรียบเสมือนเครื่องทำงานอัตโนมัติให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น กรณีนี้การกระทำทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างสมบูรณ์

2.4.1.2 การกระทำทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจ (Discretion Power) คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองโดยเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควรจะกระทำการทางปกครองหรือไม่ และสมควรจะกระทำการทางปกครองโดยมีเนื้อหาอย่างไร ซึ่งจะมีดุลพินิจของฝ่ายปกครอง 2 ประเภท คือ ประเภทแรกฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะกระทำการหรือไม่ ประเภทที่สองเมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะกระทำการทางปกครองก็มีดุลพินิจเลือกที่จะออกคำสั่งทางปกครองอย่างไรในหลายอย่างที่กฎหมายกำหนดไว้

การกระทำทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนี้ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ก่อให้เกิดเสรีภาพอย่างไรขอบเขตมีฉะนั้นแล้วอำนาจดุลพินิจก็ไม่แตกต่างกับอำนาจผลการ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็ยังคงอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดจะใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตาม

กฎหมายรัฐธรรมนูญด้วยเช่นเดียวกัน เช่น ในเรื่องหลักความเสมอภาคและหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ภายใต้หลักความเสมอภาคในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เมื่อฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและได้กระทำการทางปกครองให้แก่ประชาชนคนใดไปแล้วย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การจะเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองที่ออกใหม่จะต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Übermassverbot) หรือหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์จะต้องเหมาะสม จำเป็นและได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จะเห็นว่าในกรณีที่เป็นกรกระทำทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันนั้นการกระทำทางปกครองตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างสมบูรณ์ ส่วนกรณีที่เป็นกรกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนั้นการกระทำทางปกครองแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือความชอบด้วยกฎหมายกับความเหมาะสม เฉพาะในแง่ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความเหมาะสมเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง

2.4.2 องค์การที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

หากพิจารณาในแง่องค์การที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อาจพิจารณาเป็น 2 ส่วนคือ การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองและการควบคุมโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครองดังต่อไปนี้

2.4.2.1 การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองนี้เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเองไม่มีองค์การภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) การร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร

การร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารเป็นการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองซึ่งออกคำสั่งทางปกครองนั่นเองหรือต่อผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเป็นไปตามสายงานบังคับบัญชา การร้องเรียนนี้อาจกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือกระทำด้วยวาจาก็ได้ไม่มีรูปแบบที่เคร่งครัด การควบคุมวิธีนี้มีอยู่ในทุกประเทศทั่วไปแต่เป็นการควบคุมที่ไม่มีวิธีการที่แน่นอน และไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท²⁸

ข้อดีของการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารก็คือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งการแก้ไขคำสั่งทางปกครองอย่างกว้างคือ นอกจากจะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแล้วยังสามารถควบคุมความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองด้วย นอกจากนี้ วิธีการในการร้องทุกข์ในฝ่ายบริหารยังกระทำได้สะดวกกว่าการฟ้องร้องคดีตลอดจนเสียค่าใช้จ่ายไม่สูงด้วย

²⁸ อมร จันทรสุมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, หน้า 98.

อย่างไรก็ตาม วิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารก็มีข้อเสียในแง่ที่ประชาชน อาจไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณา ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองอาจปกป้องพวกเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีที่ร้องเรียนขอให้ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองทบทวนการออกคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นกรณีที่ร้องเรียนขอให้ฝ่ายปกครองยอมรับว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนออกไปบกพร่องหรือผิดพลาด นอกจากนี้ การพิจารณาเรื่องที่ร้องเรียนฝ่ายปกครองอาจพิจารณาฝ่ายเดียวไม่ให้โอกาสประชาชนได้โต้แย้งก็ได้ การวินิจฉัยสั่งการในการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำอย่างสมควรแก่เหตุ คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนกระจ่าง²⁹ จึงเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

2) วิธีการในลักษณะกึ่งวิธีข้อพิพาท

ด้วยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองยังไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น จึงมีอีกองค์การหนึ่งที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนกล่าวคือ เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยคณะกรรมการที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรมใช้วิธีการพิจารณาในลักษณะที่เป็นคดีพิพาท โดยมีวิธีพิจารณาที่ให้โอกาสผู้ร้องเรียนชี้แจงข้อโต้แย้งได้ ตลอดจนมีกระบวนการในการแสวงหาพยานหลักฐาน ในประเทศอังกฤษเรียกคณะกรรมการนี้ว่า Administrative Tribunals ซึ่งมีผู้เรียกว่าศาลฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ โดยมีหน้าที่เฉพาะเรื่องแตกต่างกันไปตามพระราชบัญญัติที่จัดตั้งกำหนดไว้

ข้อดีของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลฝ่ายบริหาร คือ ศาลฝ่ายบริหารประกอบด้วยผู้ซึ่งมีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน ซึ่งจะทำให้พิจารณาข้อพิพาทที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านได้ดี อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการในศาลฝ่ายบริหารยังสิ้นเปลืองน้อยและวิธีการพิจารณาก็รวดเร็ว บรรยากาศการพิจารณาเป็นกันเอง นอกจากนี้ที่สำคัญคือ ศาลฝ่ายบริหารมีวัตถุประสงค์ที่จะพิจารณาวินิจฉัยข้อโต้แย้งในทางที่จะให้ความเป็นธรรมและถูกต้องแก่คู่ความมากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยไม่ผูกมัดกับพยานหลักฐานเหมือนศาลยุติธรรม³⁰ ศาลฝ่ายบริหารพิจารณาตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการออกคำสั่งทางปกครอง

สำหรับประเทศไทยมีทั้งในรูปแบบคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ โดยเฉพาะเพื่อควบคุมในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น คณะกรรมการลิขสิทธิ์ มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่มีคำสั่งเรื่องค่าตอบแทนและเงื่อนไขการใช้ลิขสิทธิ์ หรือ

²⁹ กมลชัย รัตนสกวาศ์, “เครื่องมือทางกฎหมายในการบริหารภาครัฐ 1: คำสั่งทางปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,” ใน เอกสารการบรรยายหลักสูตรการบริหารงานภาครัฐและกฎหมายมหาชน รุ่น 3 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2547), หน้า 48-56.

³⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 38.

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งการตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร

2.4.2.2 การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในที่จะขอก่อถึงเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองที่ถือเป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งที่มีความสำคัญ ซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ทั้งนี้ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย 3 เรื่อง³¹ คือ

1) หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งที่ดำรงตำแหน่งเป็นข้าราชการประจำและข้าราชการการเมืองซึ่งใช้อำนาจปกครอง ได้แก่ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สังกัดของราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น หน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรอื่นของรัฐที่ใช้อำนาจปกครอง เช่น คณะกรรมการและสภาวิชาชีพต่างๆ รวมตลอด ทั้งข้าราชการการเมืองอาทิเช่น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี นายองค์การบริหาร ส่วนจังหวัดและนายกเทศมนตรี

2) การกระทำที่ถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง คือ การกระทำของหน่วยงานของรัฐที่เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) การกระทำทางปกครองที่เป็นการปฏิบัติทางกายภาพ ซึ่งเป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือความเดือดร้อนแก่ประชาชนก็ได้

(2) คำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย เช่น คำสั่งอนุมัติ คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต คำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย หรือกฎหมายของฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบและข้อบังคับ

3) ลักษณะของการควบคุมตรวจสอบ ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งในแง่ของรูปแบบ อำนาจวัตถุประสงค์ และวิธีการใช้อำนาจว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองมี 2 ลักษณะ คือ

(1) อำนาจหน้าที่อย่างแคบ ตัวอย่างศาลปกครองที่มีอำนาจหน้าที่อย่างแคบ เช่น ในบางประเทศที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่แต่เพียงการสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หรือมีกฎหมายห้ามศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีบางประเภท เช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับวินัยทหารและการใช้อำนาจบังคับบัญชาของทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ และนโยบายโดยตรงของคณะรัฐมนตรี เป็นต้น

(2) อำนาจหน้าที่อย่างกว้าง หมายถึง ไม่มีกฎหมายห้ามดังกล่าวใน ข้อ ก)ไว้หรือในบางประเทศศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้อง

³¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, เอกสารคำบรรยายวิชาการกระทำทางปกครองและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 11.

รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนแก่เอกชนผู้เสียหายด้วย เช่นนี้ ถือว่าศาลปกครองมีแนวโน้มที่มีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวาง

การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นวิธีการที่กฎหมายให้เอกชนผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อขอให้ศาลพิจารณาและพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนผู้นั้นเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำนั้นหรือไม่ให้ใช้การกระทำทางปกครองนั้นบังคับแก่กรณีของตน หรืออาจขอให้บังคับฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนด้วย การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรศาลนี้ ถือว่าเป็นวิธีการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าองค์กรอื่นๆ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความแตกต่างของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ควบคุมตรวจสอบโดยศาลกับการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายบริหารที่กระทำโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง นั้น มีอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาล โดยหลักทั่วไปจะเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมเรื่อง “ความเหมาะสม” (Opportunity) ของการกระทำทางปกครองด้วย แต่การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง จะเป็นการควบคุมและตรวจสอบได้ทั้ง “ความชอบด้วยกฎหมาย” และ ในเรื่องของ “ความเหมาะสม” ส่วนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายบริหารในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองนั้น ยังไม่เป็นที่เด็ดขาดถึงที่สุดเพราะการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายบริหารในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองยังอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลอีกชั้นหนึ่ง แต่การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลสูงสุดของระบบกฎหมายนั้นๆ ทั้งระบบศาลคู่และระบบศาลเดี่ยวจะเป็นการควบคุมตรวจสอบที่ “ถึงที่สุด” และมีผลบังคับทางกฎหมาย

2.4.3 วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ ก่อนออกคำสั่งทางปกครองและภายหลังออกคำสั่งทางปกครอง

2.4.3.1 ก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครองมีขั้นตอนเริ่มตั้งแต่คิดเตรียมและออกคำสั่งทางปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองเริ่มตั้งแต่การที่ฝ่ายปกครองคิดเตรียม เรื่อยไปจนถึงมีคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้น การควบคุมก่อนออกคำสั่งนี้ยังรวมถึงการพิจารณาถึงความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเกิดแนวความคิดเรื่องกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้อำนาจปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หรือมีความไม่เหมาะสม³² สำหรับวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ก่อนออกคำสั่งทางปกครองอาจแบ่งได้เป็น 3 กระบวนการ³³

1) การสร้างองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นเบื้องต้นทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง ในปัจจุบันองค์กรเหล่านี้ เช่น สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส Contraloria ของประเทศชิลี และสภากฎหมาย Conseil Legislatif สำหรับประเทศไทย ได้แก่ คณะกรรมการกฤษฎีกา ในส่วนของกรมการร่างกฎหมายซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายปกครองคล้ายกับ C.E.

2) การให้ประชาชนควบคุมโดยให้มีส่วนร่วมก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้โอกาสประชาชนที่จะถูกระทบจากการออกคำสั่งปกครองมีสิทธิในการป้องกันส่วนได้เสียของตนเองได้ สำหรับรูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชน ได้แก่ วิธีการโต้แย้ง การปรึกษาหารือ การไต่สวนสาธารณะ

3) การเปิดโอกาสให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการและการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการทำให้ความลับของทางราชการคลายความศักดิ์สิทธิ์ลงและการบังคับให้ฝ่ายปกครองให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองเป็นหลักประกันที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่ง เพราะทำให้ประชาชนรู้ถึงเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นซึ่งหากตนเห็นว่าเหตุผลนั้นไม่ถูกต้องก็สามารถที่จะโต้แย้งคัดค้านเพื่อนำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองต่อไปได้

วิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง มีข้อดีในแง่ที่เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะทำคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ การที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองยังเป็นหลักประกันอีกชั้นหนึ่งที่ให้ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาอำนาจของตนตามกฎหมายเพื่อปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อนึ่ง วิธีการนี้ยังครอบคลุมถึงการที่ให้ฝ่ายปกครองพิจารณาถึงความเหมาะสมในการออกคำสั่งทางปกครองนอกจากความชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งต่างจากการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองภายหลังออกคำสั่งทางปกครองซึ่งมักจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นหลัก³⁴

อย่างไรก็ตาม วิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็มีข้อเสียบางประการ โดยเฉพาะเมื่อกระบวนการที่กฎหมายกำหนดซับซ้อนและใช้เวลามากเกินไป ฝ่ายปกครองอาจปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าวพอเป็นพิธีซึ่งทำให้

³² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 20-26.

³³ โภคิน พลกุล, “รูปแบบวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง,” *วารสารนิติศาสตร์* 12, 1 (มีนาคม 2524): 41-50.

³⁴ Guy Braibant, Nicole Questiaux and Celine Wiener, *Le Controle de l'Administration et la Protection des citoyens* (N.p.: n.p., n.d.), p. 223 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 20-29.

หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหลืออยู่น้อย³⁵ ด้วยเหตุนี้เอง ลำพังเพียงวิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จึงจำเป็นต้องมีมาตรการอื่นมาเสริมซึ่งก็คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองภายหลังออกคำสั่งทางปกครอง³⁶

2.4.3.2 ภายหลังออกคำสั่งทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็ย่อมจำเป็นต้องมีวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง วิธีการที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองภายหลังออกคำสั่งทางปกครองอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

1) การถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลยหรืออาจเรียกได้ว่าคำสั่งนั้นตกเป็น “โมฆะ”

กรณีนี้ได้แก่ กรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่มาจากองค์กรที่ไม่อยู่ตามกฎหมายหรือเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจใดๆ ของฝ่ายปกครองอยู่เลยอย่างเห็นได้ชัด หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่อำนาจฝ่ายปกครองแต่เป็นอำนาจศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส Conseil d'État ถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่เกิดขึ้นเลย³⁷ ส่วนในประเทศไทยกรณีที่มีการบัญญัติวิธีการในการถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลยไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในมาตรา 44 ว่าคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ยอมรับกันอย่างแข็งขันที่แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดอย่างแข็งขัน³⁸ นอกจากนี้ ยังกำหนดตัวอย่างเหตุแห่งโมฆะกรรมในแต่ละเรื่องไว้ดังนี้ คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบได้ว่าออกโดยส่วนราชการฝ่ายปกครองใดหรือหน่วยงานของรัฐหน่วยใด หรือคำสั่งทางปกครองที่จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ ในกรณีที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้ตามพิธีการนั้นหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์หรือคำสั่งทางปกครองที่สั่งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการหรือปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งด้วยเหตุผลทางข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจปฏิบัติได้ หรือคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันผิดกฎหมายซึ่งหากผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามแล้วอาจจะต้องรับโทษทางอาญาหรืออาจจะต้องถูกปรับทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

³⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 29-30.

³⁶ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 30.

³⁷ โภคิน พลกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 41.

³⁸ กมลชัย รัตนสภาวะ, “ความชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน,” ใน *รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล* (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540), หน้า 57.

ในเรื่องการถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลย ศาลปกครองสูงสุดได้เริ่มพัฒนาแนวคิดในเรื่องนี้โดยยอมรับว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ถือว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นศาลปกครองจึงไม่ต้องเพิกถอน

2) การถือว่าคำสั่งทางปกครองยังสมบูรณ์อยู่แต่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็น “โมฆียะ”

กรณีนี้จะเกิดขึ้นเมื่อคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับธรรมดาแต่ร้ายแรงถึงระดับโมฆะกรรม ซึ่งเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆียะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยไว้ อาจแยกได้กล่าวคือ มีการกระทำเกินอำนาจ ทำผิดแบบหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ ใช้อำนาจโดยผิดวัตถุประสงค์หรือโดยผิดแผนหรือละเมิดกฎหมายด้วยประการอื่น สำหรับในเยอรมนีอาจพิจารณาเหตุแห่งโมฆียะกรรมว่ามาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือสารบัญญัติ คือ ไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง วิธีพิจารณาแบบการฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ การให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัย ส่วนในแง่สารบัญญัติ เช่น เงื่อนไขในการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ความสอดคล้องของคำสั่งทางปกครองกับตัวบทกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่มีอำนาจดุลพินิจด้วย ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจไม่ผิดพลาด การวินิจฉัยสั่งการในการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำอย่างสมควรแก่เหตุ คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนกระจ่าง³⁹

กล่าวโดยสรุปจะเห็นได้ว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้นนับว่าเป็นวิธีการที่มีความน่าเชื่อถือและเด็ดขาดชัดเจนที่สุด เนื่องจากในการฟ้องคดีต่อศาลมีการกำหนดวิธีพิจารณาคดีที่มีความชัดเจนแน่นอนและการวินิจฉัยคดีของศาลไปโดยอิสระต่างจากการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลก็ตาม องค์กรผู้ทำหน้าที่ควบคุมล้วนแต่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรืทั้งสิ้น ดังนั้นจึงไม่อาจจะขจัดความเคลือบแคลงสงสัยในความมีอคติลำเอียงให้หมดสิ้นไปได้ หากเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการควบคุมภายในฝ่ายปกครองกับการควบคุมโดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้นจะเห็นว่าการควบคุมภายในหรือการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นการเปิดโอกาสให้มีการควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและการใช้ดุลพินิจหรือความเหมาะสมในการออกคำสั่ง แต่การฟ้องคดีต่อศาลนั้นจะเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยไม่อาจก้าวล่วงไปตรวจสอบความเหมาะสมในการทำคำสั่งได้

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-56.

บทที่ 3

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย ของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในต่างประเทศ

ในการบริหารงานบุคคลภายในหน่วยงานนั้นเพื่อประโยชน์ของรัฐและหน่วยงานราชการต้องเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ไม่ว่าจะเป็นในด้านนโยบายหรือด้านบุคลากร และเพื่อความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเพื่อประโยชน์ในการบริหารงานบุคคลของหน่วยงาน โดยผู้บังคับบัญชามีหน้าที่จัดสรรข้าราชการในสังกัดให้เหมาะสมกับภาระหน้าที่ตำแหน่งงานและความต้องการของหน่วยงาน ทั้งนี้ ข้าราชการทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ที่มีความเหมาะสมกับระดับของตน เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของข้าราชการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การศึกษาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการของต่างประเทศความีหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอันถือเป็นหลักการที่มีความสำคัญของอำนาจศาลปกครองทั้งในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อมาพิจารณาวิเคราะห์ เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทยก็จะเป็นประโยชน์แห่งการพัฒนาวินิจฉัยตัดสินคดีปกครองสืบต่อไป

ซึ่งในบทนี้จะกล่าวถึงการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยศาลปกครองในต่างประเทศโดยละเอียด โดยเฉพาะในส่วนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตั้งแต่ความหมายของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ประเภท สถานะทางกฎหมาย เงื่อนไขในการออกคำสั่ง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครองตามลำดับ เพื่อให้มีความรู้และความเข้าใจ สามารถวิเคราะห์การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยศาลปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสอย่างถูกต้องมากยิ่งขึ้น ดังนี้

3.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้วว่า ฝ่ายปกครองซึ่งมีการใช้อำนาจรัฐอยู่ในมือและเป็นองค์กรหลักในการจัดทำบริการสาธารณะอาจใช้อำนาจของตนไปกระทำการบางอย่างที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ว่าโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม ระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงต้องมีการสร้างระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองขึ้นมาเพื่อตรวจสอบคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองที่อาจกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการแก้ไขบรรเทาความ

เสียหายอันเกิดจากการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง การควบคุมฝ่ายปกครองจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองนั่นเอง

3.1.1 คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การศึกษาคดีปกครองเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จะได้ศึกษาครอบคลุมรายละเอียดส่วนต่างๆ ตามลำดับดังนี้คือ คือ ความหมายและเหตุผลของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ประเภท สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการซึ่งจะแบ่งออกเป็นคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองและคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เจเนอไซการออกคำสั่ง และการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง ดังจะกล่าวถึงดังต่อไปนี้

3.1.1.1 ความหมายของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

ก่อนที่จะศึกษาแง่มุมทางกฎหมายต่างๆ ของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ สมควรทำความเข้าใจนิยามที่สำคัญของกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสในเบื้องต้นก่อนโดยสังเขป ดังนี้

ระดับชั้น (Grade) หมายถึง ระดับชั้นของข้าราชการผู้หนึ่งที่ทำให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งที่กำหนดไว้สำหรับระดับชั้นนั้นโดยอาจมองในแง่ “สถานภาพ” ของการเป็นข้าราชการในระดับชั้นนั้นก็ได้ เช่น การมีสถานภาพข้าราชการพลเรือนระดับชั้น Administrateur civil หรือระดับชั้น Attaché d'Administration

ตำแหน่งงาน (Employ) หมายถึง ภาระหน้าที่ซึ่งข้าราชการผู้หนึ่งได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบ เช่น การปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งอธิบดี ผู้อำนวยการหรือหัวหน้าฝ่าย

โดยกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีหลักให้แยก “ระดับชั้น” และ “ตำแหน่งงาน” ออกจากกัน กล่าวคือ ข้าราชการมีสิทธิในสถานภาพการเป็นข้าราชการในระดับชั้นของตนแต่ตำแหน่งงานเป็นของทางราชการ ด้วยเหตุนี้แม้ตำแหน่งงานถูกยุบลงข้าราชการก็ไม่สิ้นสถานภาพการเป็นข้าราชการในระดับชั้นของตน เว้นแต่จะสูญเสียสถานภาพการเป็นข้าราชการไปพร้อมกัน เช่น กรณีถูกให้ออกจากราชการ ส่วนทางราชการก็มีสิทธิเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงานของข้าราชการได้ทุกเมื่อในตำแหน่งงานใดก็ได้ที่ตรงกับระดับชั้นของข้าราชการผู้นั้น โดยข้าราชการไม่มีสิทธิรักษาหรือขอเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงานตามความประสงค์ของตนแต่อย่างใด

ส่วนความหมายของการโยกย้ายข้าราชการในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สามารถสรุปได้คือ “การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ”⁴⁰ ตีความกฎหมายปกครองแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสส่วนใหญ่ได้ให้คำจำกัดความที่ค่อนข้างกว้างไว้ว่าหมายถึง การเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ซึ่งกระทำขึ้นระหว่างตำแหน่งงานในระดับชั้นของข้าราชการผู้นั้น โดยในทางปฏิบัติแล้วการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ที่การทำงานจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งและสถานที่ปฏิบัติราชการในการทำงานไปในตัว แต่อย่างไรก็ดี การเปลี่ยนแปลงตำแหน่งและสถานที่ปฏิบัติราชการในการทำงานในบางกรณีนั้นไม่ถือเป็นการแต่งตั้ง

⁴⁰ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง 3, 20 (กุมภาพันธ์ 2546): 64-65.

โยกย้ายแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น การเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงานและสถานที่ในการปฏิบัติงานอันสืบเนื่องจากการเปลี่ยนระดับชั้นสูงขึ้นก็ต้องถือเป็นการเลื่อนระดับชั้น ไม่ใช่การแต่งตั้งโยกย้าย

3.1.1.2 ประเภทของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

ประเภทของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น⁴¹ มีการจำแนกออกเป็นประเภทหลักๆ ได้ 4 กรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

1) การแต่งตั้งโยกย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ (Mutation sur Demande)⁴² การร้องขอโยกย้ายของข้าราชการนั้น ต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจของข้าราชการนั่นเอง มิใช่ถูกบังคับ กดดัน ข่มขู่ กลั่นแกล้ง หรือสำคัญผิด เพราะการยื่นคำร้องขอของข้าราชการถ้ามิได้ทำไปด้วยความสมัครใจแล้ว การกระทำดังกล่าวข้าราชการสามารถนำมาใช้เป็นเหตุผลในการบอกกล่าวการแสดงเจตนาได้⁴³ อีกทั้ง การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามคำร้องขอนั้นสภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่าหัวหน้าหน่วยงานจะมีคำสั่งห้ามข้าราชการในสังกัดไม่ให้ยื่นคำร้องขอโยกย้ายไม่ได้⁴⁴ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 61 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม 1984 มาตรา 23 และมาตรา 41 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984 และมาตรา 36 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ.1984 ที่กำหนดว่าในกรณีที่มีตำแหน่งว่างลงหัวหน้าหน่วยงานต้องแจ้งให้ข้าราชการในสังกัดทราบเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้สนใจเขียนคำร้องขอโยกย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งดังกล่าวได้ ซึ่งการแจ้งให้ทราบต้องแจ้งล่วงหน้าก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาแต่งตั้งโยกย้ายเป็นเวลานานพอสมควร⁴⁵ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมกรณีที่ตำแหน่งว่างลงชั่วคราวเนื่องจากการสั่งพักราชการข้าราชการคนใดคนหนึ่งอยู่⁴⁶

2) การแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน Mutation dans L'intérêt du Service) การแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานนี้ถือเป็นเหตุผลหลักของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ เนื่องจากไม่ว่าแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยมีเหตุผลตามข้อที่หนึ่ง ที่มีเหตุผลว่าตามคำร้องขอของข้าราชการ ข้อที่สาม ที่มีเหตุผลว่าเพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการ หรือ

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65-67.

⁴² โดยการร้องขอต้องเป็นไปโดยความสมัครใจของข้าราชการมิใช่ถูกบังคับหรือกดดันให้ร้องขอ; คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 19 juillet 1991, Ministre du Budget c/Mme Pelloux, Rec.tables p. 999.

⁴³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 19 juillet 1991, ministre du Budget c/Mme Pelloux, Rec. Tables p. 999.

⁴⁴ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., Sect., 11 mars 1994, Confédération nationale des groupements autonomes de l'enseignement public, req. n 83149 แต่ทั้งนี้ สิทธิในการยื่นคำร้องมิได้หมายถึงสิทธิที่จะได้รับการโยกย้ายตามความประสงค์ เนื่องจากท้ายที่สุดแล้วการให้ความเห็นชอบหรือปฏิเสธคำร้องย่อมขึ้นอยู่กับหัวหน้าหน่วยงานที่ใช้ดุลพินิจพิจารณาตามเกณฑ์ว่าด้วย “ประโยชน์ของหน่วยงาน” เป็นสำคัญ

⁴⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 17 mai 1961, Amicale des membres des tribunaux administratifs, Rec. p. 385.

⁴⁶ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 8 avril 1994, Gabolde, Rec. p. 185.

ข้อที่สี่ ที่มีเหตุผลว่าแต่งตั้งโยกย้ายโดยมีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นสำคัญนั้นต่างก็ต้องพิจารณา ก่อนออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเสมออีกว่า หากออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการนั้นๆ แล้วจะมี ผลกระทบอย่างไรต่อหน่วยงาน เป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานหรือไม่ หรือเป็นอุปสรรคต่อหน่วยงานใน การบริหารจัดการองค์กรต่อไปหรือไม่ ซึ่งคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่ออกโดยมีเหตุผลเพื่อ ประโยชน์ของหน่วยงานนั้น สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบ คำสั่งด้วย⁴⁷ โดยคำวินิจฉัยดังกล่าววิเคราะห์ว่า เนื่องจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเพื่อประโยชน์ ของหน่วยงานไม่ได้มีลักษณะเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัยจึงไม่ได้มุ่งให้โทษแก่ผู้ใดทางอ้อมด้วย แม้ว่า ในทางภาวะวิสัยคำสั่งนั้นอาจก่อผลกระทบอันไม่พึงประสงค์ต่อผู้รับคำสั่งหรือผู้รับคำสั่งจะรู้สึกว่าได้ รับผลกระทบก็ตาม ด้วยเหตุนี้ คำสั่งข้างต้นจึงไม่เข้าข่ายเป็น “คำสั่งทางปกครองที่ก่อผลแก่ลบต่อ ผู้รับคำสั่ง” (Décision Administrative Individuelle Défavorable) ตามมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่าด้วยการระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายใดกระทำเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน หรือไม่นั้นสภาแห่งรัฐสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้วางหลักกฎหมายสำคัญไว้ว่า⁴⁸ คำสั่งนั้นจะต้องไม่มี ลักษณะเป็นการลดภาระหน้าที่ความรับผิดชอบ สิทธิหรือผลประโยชน์ของข้าราชการ เช่น การแต่งตั้ง โยกย้ายทำให้ข้าราชการผู้หนึ่งสูญเสียอำนาจในการบริหาร การแต่งตั้งโยกย้ายทำให้สิทธิประโยชน์ ทางการเงินของข้าราชการผู้นั้นลดน้อยลง หรือแม้กระทั่งในกรณีที่สถานที่ทำงานใหม่ขาดอุปกรณ์ใน การทำงาน เช่น คอมพิวเตอร์ โต๊ะทำงาน หากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายใดปรากฏลักษณะเหล่านี้ ศาล ปกครองจะถือว่าเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงและศาลปกครองสามารถรับคำสั่งแต่งตั้ง โยกย้ายภายในเหล่านี้ไว้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายได้

⁴⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 21 octobre 1979, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/Sieur Poinçon, Rec. p. 419 ซึ่งแนวคำวินิจฉัยนี้ยังไม่ได้รับการยืนยันในเวลาต่อมาโดย คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., วันที่ 16 octobre 1992, De Feery, Rec. tables p. 1051 ทั้งนี้ ใน ประเทศอื่นแถบภาคพื้นยุโรป เช่น เบลเยียม แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองก็เป็นไปในแนวทาง เดียวกัน แม้สาเหตุแห่งการไม่ต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการจะต่างจากกรณี ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยสภาแห่งรัฐเบลเยียมได้วินิจฉัยว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการไม่ จำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งเนื่องจากไม่มีหลักกฎหมายทั่วไป หรือบทบัญญัติกฎหมายใด กำหนดให้ปฏิบัติเช่นนั้น; คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (เบลเยียม) C.E., 24 janvier 1964, Bovy, req. n °10391 และแม้หลังจากพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 29 กรกฎาคม 1991 ว่าด้วยการระบุเหตุผล ประกอบคำสั่งทางปกครองได้มีผลบังคับใช้แล้ว คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการซึ่งมีสถานะทาง กฎหมายเป็นเพียง”มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง “ไม่เข้าข่ายเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่าย เดียวเฉพาะรายที่ก่อผลทางกฎหมาย” ตามนัยมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติข้างต้นที่ให้ระบุเหตุผล ประกอบ

⁴⁸ BRUNELLA Stéphane, *La mutation interne des agents dans la fonction publique territoriale*, p. 2, Retrieved November 1, 2010 from <http://storage.canalblog.com>

3) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการ (Déplacement d'Office) การแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการนั้นมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการที่ได้กระทำผิดไว้ ซึ่งการแต่งตั้งโยกย้ายดังกล่าวถือเป็นโทษทางวินัยประเภทหนึ่งต่อข้าราชการของประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดไว้ในมาตรา 66 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1984 หัวหน้าหน่วยงานจึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการทำคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่าด้วยการระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง และมาตรา 9 วรรคสามแห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ ได้กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลประกอบในกรณีเป็นคำสั่งลงโทษ ดังนั้น การทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษจึงจำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบไว้ด้วยเสมอ⁴⁹ หากหัวหน้าหน่วยงานออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองแต่มีเจตนาลงโทษผู้รับคำสั่งจะถือว่าคำสั่งนั้นเป็น “การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง” (Sanction Disciplinaire Déguisée) เป็นคำสั่งที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองสั่งเพิกถอนได้⁵⁰

4) การแต่งตั้งโยกย้ายโดยมีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นสำคัญ (Mutation Décidée en Considération de la Personne) มีลักษณะก้ำกึ่งระหว่างเหตุผลในข้อที่สอง และข้อที่สาม เนื่องจากกระทำไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานในลักษณะเดียวกันกับข้อที่สอง แต่มีเหตุผลหลักในการแต่งตั้งโยกย้ายโดยอยู่ที่พฤติกรรมของข้าราชการผู้นั้น เนื่องจากข้าราชการผู้นั้นมีปัญหาขัดแย้งกับบุคคลอื่นๆ ทั้งในหน่วยงานเดียวกันหรือภายนอกหน่วยงานจนไม่สามารถที่จะร่วมงานกันได้ หัวหน้าหน่วยงานจึงออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ดังกล่าวระหว่างบุคคลจนกลายเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานในองค์กร ทำให้การดำเนินงานขององค์กรนั้นๆ เป็นไปอย่างไม่ราบรื่นหรือไม่มีประสิทธิภาพในการทำงานเท่าที่ควร ซึ่งเหตุผลตามที่ได้กล่าวมานี้ต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้ที่ได้รับคำสั่งนั้น เพราะเหตุผลในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการกรณีนี้เป็นเพียงเพื่อแก้ไขปัญหาในการบริหารจัดการองค์กรเท่านั้น

นอกจากนี้ มาตรการหรือคำสั่งใดๆ ที่มีเหตุพิจารณาตัวข้าราชการหรือความประพฤติของข้าราชการเป็นสำคัญ แม้จะมีลักษณะเป็นการลงโทษหรือกระทบต่อสถานภาพของข้าราชการก็ตาม แต่หากผู้มีอำนาจกระทำไปเพื่อรักษาภาพพจน์ของหน่วยงานหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยในหน่วยงาน ศาลปกครองจะพิจารณาว่ามาตรการหรือคำสั่งเหล่านั้นไม่มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง ทั้งนี้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองอุทธรณ์แห่งเมือง

⁴⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 28 mai 1965, Demoiselle Riffaut, Rec. p. 315; R.A. 1965, p. 590 concl. Questiaux และ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 3 juillet 1985, Vitaloni, req. n° 51651

⁵⁰ พัฒน์พงศ์ อมรวัฒน์, แนวความคิดว่าด้วยการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงในคดีบริหารงานบุคคลของประเทศฝรั่งเศส, ค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2558 จาก <http://www.pub-law.net>

Lyon ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ.1998 ที่วางหลักว่า การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นอันสืบเนื่องมาจากความไร้ประสิทธิภาพและไร้ความสามารถไม่ถือเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง หรือคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ.1968 ที่วางหลักว่า การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่งไปดำรงตำแหน่งอีกสถานที่หนึ่งเพื่อป้องกันความบาดหมางหรือกระทบกระทั่งกันในหน่วยงาน อันสืบเนื่องมาจากพฤติกรรมชั่วร้ายของข้าราชการผู้นั้น คำสั่งโยกย้ายดังกล่าวถือเป็นการที่ผู้ใช้เพื่อผลประโยชน์ของหน่วยงาน ไม่ใช่การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง เช่นเดียวกันกับคำพิพากษาของศาลปกครองอุทธรณ์แห่งเมือง Bordeaux ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.2011 ที่วางหลักว่า การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่งเพื่อลดความตึงเครียดภายในหน่วยงาน คำสั่งดังกล่าวถือเป็นการที่ผู้ใช้เพื่อผลประโยชน์ของหน่วยงาน ไม่ใช่การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง และคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ.2011 ที่วางหลักว่า การแต่งตั้งโยกย้ายที่เหมาะสมกับระดับของข้าราชการ ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์ต่อสถานภาพ ไม่มีเจตนาลงโทษต่อข้าราชการผู้นั้นและไม่ถือว่าเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง⁵¹

ในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการด้วยเหตุผลประการสุดท้าย จะเป็นปัญหาที่มากที่สุดในการจะกล่าวว่าแท้จริงแล้วคำสั่งดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร หากเป็นคำสั่งทางปกครองจะต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งหรือไม่ เนื่องจากการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานแต่มีเหตุผลหลักในการแต่งตั้งโยกย้ายอยู่ที่พฤติกรรมของข้าราชการผู้ถูกโยกย้าย โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ลงโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกโยกย้ายแต่อย่างใด ซึ่งการจะวิเคราะห์ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายดังกล่าวนั้นมีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยหรือไม่ต้องพิจารณาจาก “มูลเหตุจูงใจ” ที่แท้จริงของผู้ออกคำสั่งซึ่งการค้นหามูลเหตุจูงใจอาจกระทำได้หลายวิธีด้วยกัน เช่น ดูจากบริบทในการออกคำสั่ง เช่น เป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายอย่างรีบเร่งเกินไปหรือไม่⁵² เป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายหลังได้รับรายงานเสนอให้ลงโทษทางวินัยหรือไม่⁵³ หรือดูจากผลกระทบของคำสั่งต่อข้าราชการผู้ถูกโยกย้าย เช่น มีผลเป็นการถอดถอนอำนาจหน้าที่ส่วนที่สำคัญหรือไม่⁵⁴ มีผลลดระดับภาระหน้าที่ลงอย่างมากหรือไม่⁵⁵ มีผลตัดทอนสิทธิประโยชน์อันพึงได้หรือไม่⁵⁶

ทั้งนี้ การวิเคราะห์เรื่องดังกล่าวมีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนมาก เพราะบางครั้งการโยกย้ายโดยกำหนดตำแหน่งงานใหม่ที่ต้อยกว่าตำแหน่งงานเดิมอาจไม่ใช่ว่า

⁵¹ พัทธ์พงษ์ อมรวัฒน์, การโยกย้ายข้าราชการส่วนท้องถิ่นในกฎหมายฝรั่งเศส, ค้นวันที่ 23 มีนาคม 2558 จาก <http://www.pub-law.net>

⁵² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 2 décembre 1959, Hermann, Rec. p. 642.

⁵³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 13 juillet 1961, Demoiselle Sebaoun, Rec. p. 514.

⁵⁴ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 14 avril 1948, Grenoilleau Marcel, Rec. p. 158.

⁵⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 4 mars 1977, Rondeau, Rec. p. 126.

⁵⁶ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 5 juillet 1985, M.M., Rec. p. 223.

ลงโทษทางวินัย⁵⁷ ในขณะที่การแต่งตั้งโยกย้ายโดยกำหนดตำแหน่งใหม่ที่เหนือกว่าตำแหน่งงานเดิม อาจเป็นการลงโทษทางวินัยก็ได้⁵⁸

3.1.1.3 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการนอกจากจะมีเหตุผลในการออกคำสั่งที่หลากหลายดังได้กล่าวมาแล้ว การที่แต่ละคำสั่งมีเหตุผลแตกต่างกันยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งแตกต่างกันไปอีกด้วย ซึ่งเมื่อโดยหลักการแล้วคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการถือเป็นการใช้อำนาจบริหารจัดการองค์กรเป็นการภายใน คำสั่งดังกล่าวก็น่าจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสนั้นหากเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแล้วจะเป็นคำสั่งที่ศาลไม่อาจรับไว้ตรวจสอบได้ แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองจะสามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้และคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการบางคำสั่งก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งอย่างชัดเจนอันมีลักษณะทางปกครอง ฉะนั้นการที่จะวิเคราะห์ว่าคำสั่งใดก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งเพียงใดจึงจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นจึงเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและค่อนข้างละเอียดอ่อนมาก

อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องสถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการนี้ก็ได้มีแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้อย่างคร่าวๆ ให้เห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งเพียงใดเป็นคำสั่งทางปกครองและก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งเพียงใดเป็นมาตรการทางภายในของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ

1) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองต้องเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหลักประกันสถานภาพของข้าราชการ (Droits et Garanties Statutaires) อำนาจ (Prérogatives) หรือสิทธิประโยชน์ทางการเงิน (Avantages Pécuniaires) ที่ข้าราชการผู้นั้นมีอยู่แต่เดิมตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการดังกล่าวเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลกระทบเฉพาะราย” (Acte Administratif Unilatéral Individuel) เพราะถือว่าคำสั่งประเภทนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่ง ซึ่งหากเป็นคำสั่งทางปกครองจะสามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่หากเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองจะถือว่าเป็นคำสั่งที่ศาลไม่อาจรับไว้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นคำสั่งทางปกครองตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ยกตัวอย่างเช่น

คำสั่งย้ายอาจารย์มหาวิทยาลัยจากภาควิชาหนึ่งไปยังอีกภาควิชาหนึ่ง โดยผู้ถูกย้ายสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการงบประมาณที่มีอยู่เดิมในตำแหน่งใหม่⁵⁹

⁵⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 27 fevrier 1953, Gardien, Rec.p. 107.

⁵⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 27 décembre 1907, Gremillet, Rec. p. 1008

⁵⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 26 avril 1978, Crumeyrolle, Rec. p. 189.

คำสั่งย้ายหัวหน้าฝ่ายพิจารณามาตรการกักขังไปปฏิบัติราชการช่วยผู้อำนวยการสถานราชทัณฑ์โดยมอบหมายงานเพียงส่วนหนึ่งของตำแหน่งงานเดิมได้รับผิดชอบ คำสั่งนี้ถือเป็นการลดระดับภาระหน้าที่ลง⁶⁰

คำสั่งย้ายพนักงานเทศบาลจากแผนกงานสามะโนประชากรไปประจำที่สุสานเทศบาล โดยให้ไปปฏิบัติหน้าที่ทั้งในส่วนของหน่วยงานเดิมและงานดูแลความเรียบร้อยของสุสาน ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานที่ทำงาน สภาพการทำงาน และภาระความรับผิดชอบ⁶¹

คำสั่งย้ายผู้อำนวยการโรงพยาบาลแห่งหนึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ผู้อำนวยการประจำโรงพยาบาลอีกแห่งหนึ่งโดยข้าราชการผู้รับคำสั่งต้องย้ายที่พักอาศัย⁶²

คำสั่งย้ายพนักงานเทศบาลจากฝ่ายงานพิธีการจำนวนหนึ่งไปปฏิบัติหน้าที่เป็นยามเฝ้าพิพิธภัณฑ⁶³

คำสั่งย้ายที่มีผลทำให้สิทธิประโยชน์ทางการเงินของข้าราชการผู้นั้นลดลง⁶⁴

เป็นต้น

ส่วนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายประเภทที่เป็นการลงโทษทางวินัยนั้น เนื่องจากเป็นคำสั่งที่ก่อผลกระทบโดยตรงต่อสถานภาพของข้าราชการมีผลต่อความก้าวหน้าทางราชการ (Carrière) ของผู้รับคำสั่ง จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้

2) คำสั่งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (Mesure d'Ordre Intérieur) ต้องเป็นคำสั่งที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในตำแหน่งงานซึ่งมีผลจำกัดเพียงการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ซึ่งข้าราชการผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายต้องรับผิดชอบตามแผนนโยบายการจัดองค์กรภายในหน่วยงานเท่านั้น สำหรับ“มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง”นี้ เนื่องจากเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายต่ำมากหรือไม่มีเลย จึงถือว่าเป็นคำสั่งที่ศาลปกครองไม่ควรเข้า

⁶⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 5 avril 1991, Madam Imbert-Quareta, Rec. p. 999, A.J.D.A., 1991, p. 509.; สำหรับกรณีตัวอย่างใกล้เคียงโปรดดู คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 10 février 1978, Madame Barba, Dr.Adm., 1978 n °102: คำสั่งที่มีผลลดระดับภาระหน้าที่ของข้าราชการลงโดยได้รับผิดชอบเฉพาะงานระดับล่างในตำแหน่งใหม่

⁶¹ คำวินิจฉัย ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองมาร์เซย์ C.A.A., Marseille, 28 décembre 1998, Madame Roméo, req. n °96MA00916

⁶² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C E., 28 janvier 1976, Administration générale de l'Assistance publique de Paris c/Bessière, Rec. p. 62 ทั้งนี้ดู คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 18 mars 1996, Biard, Cahier de la fonction publique, 1996n °147, p. 30 เปรียบเทียบ

⁶³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 13 décembre 1991, Syndicat C.G.T.des employés communaux de la mairie de nimes, Rec. p. 443.

⁶⁴ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 2 février 1998, Roucou, req. n °117553

ไปก้าวล่วงการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในองค์กรเพราะอาจจะกระทบกระเทือนต่อการรักษาระเบียบวินัยภายในองค์กรนั้นได้ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ยกตัวอย่างเช่น

คำสั่งให้ผู้อำนวยการโรงพยาบาลมหาวิทยาลัยไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้อำนวยการหอพักนักศึกษาซึ่งตั้งอยู่บนแคมปัสเดียวกัน โดยภาระหน้าที่ยังคงเป็นงานระดับเดิมในตำแหน่งผู้อำนวยการ อันได้แก่ งานบริหารกำกับดูแล อีกทั้งสิทธิประโยชน์ทางการเงินและหลักประกันสภาพข้าราชการยังคงเท่าเดิมทุกประการ⁶⁵

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายใดเป็น “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” หรือเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเป็นเพียงหลักเกณฑ์เบื้องต้นเท่านั้น เพราะแท้จริงแล้วสภาแห่งรัฐไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวแต่จะคำนึงถึงข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เฉพาะกรณี โดยในปัจจุบันแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้จำกัดขอบเขตของ “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ให้แคบลงโดยที่จะพิทักษ์สิทธิของข้าราชการมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยเปิดโอกาสให้ผู้รับคำสั่งสามารถยื่นฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้มากขึ้น ดังเห็นได้จากการที่สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าคำสั่งเปลี่ยนสภาพการทำงาน (Conditions de Travail) แต่ไม่ได้เปลี่ยนสภาพ อำนาจ หรือสิทธิประโยชน์ของข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองเพราะถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งระดับหนึ่งแล้ว จึงสามารถฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ยกตัวอย่างเช่น

คำสั่งให้พนักงานขับรถของเทศบาลที่เคยประจำอยู่ฝ่ายรถรับส่งเด็กนักเรียนไปปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายรถเก็บขยะโดยไม่ได้ลดเงินเดือน จะเห็นได้ว่าแม้จะเป็นคำสั่งที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงสถานะของข้าราชการผู้รับคำสั่งที่ยังคงมีตำแหน่งเป็นพนักงานขับรถเช่นเดิม อีกทั้งไม่ได้กระทบต่อสิทธิประโยชน์ทางการเงินเนื่องจากผู้รับคำสั่งยังคงได้รับเงินเดือนเท่าเดิม แต่เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวทำให้ “สภาพการทำงาน” เปลี่ยนไปในระดับที่ถือว่ากระทบต่อผู้รับคำสั่ง ดังนั้น จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้⁶⁶

คำสั่งให้เจ้าหน้าที่โรงพยาบาลที่เคยทำงานอยู่ฝ่ายติดต่อสอบถามและทำประวัติคนไข้ของแผนกโรคผิวหนังไปรับผิดชอบงานทำความสะอาดประจำแผนกโรคติดต่อ แม้จะเป็นเพียงการเปลี่ยนภาระหน้าที่โดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงสภาพข้าราชการของผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้าย เนื่องจากผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายยังคงได้รับเงินเดือนเท่าเดิม อีกทั้งตำแหน่งงานใหม่ก็มีคุณสมบัติตรงตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับพนักงานในระดับชั้นของผู้รับคำสั่ง แต่ด้วยเหตุว่าคำสั่งดังกล่าวทำให้

⁶⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 18 mars 1996, Biard, Cahiers de la fonction publique, 1996 n ° 147, p. 30.; สำหรับตัวอย่างทำนองเดียวกัน โปรดดู คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 4 juillet 1958, Commune d'Anglet c/Dame Corat, Rec. p. 411; C.E., 6 octobre 1972, Lencreneur, Rec. p. 614 และ C.E., 9 juin 1978, Spire, Rec. p. 237.

⁶⁶ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 30 octobre 1987, Commune de Savigny-Orge c/Boand; Daniel Chabanol, *La pratique du contentieux administratif*, 2nd ed. (N.p.: Litec, 1991), p. 76.

“สภาพการทำงาน” เปลี่ยนแปลงไปในระดับที่ถือว่าผลกระทบต่อผู้รับคำสั่ง ดังนั้น จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้⁶⁷

3.1.1.4 เงื่อนไขการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

1) เงื่อนไขก่อนการฟ้องคดี

ก่อนนำคดีมาฟ้องศาลปกครองผู้ฟ้องคดีจะต้องผ่านขั้นตอนการร้องขอภายในฝ่ายปกครองเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความต้องการของผู้ฟ้องคดีก่อน จากนั้นผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่ได้รับความวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ซึ่งเหตุผลที่ฝรั่งเศสมีเงื่อนไขก่อนการฟ้องคดีปกครองเช่นนี้ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสพิจารณาทบทวนเรื่องที่ฟ้องนั้นก่อน ถ้าตกลงกันได้ก็จะไม่นำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองและเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าพิพาทกันในประเด็นใดบ้าง การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองแยกออกเป็น 2 ระบบ คือ

(1) ระบบปกติ (Recours Administratif Ordinaire) หลักการอุทธรณ์ในระบบนี้เป็นเรื่องทั่วไปที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองของตนเอง ดังนั้น การอุทธรณ์ประเภทนี้จึงไม่มีรูปแบบ กระบวนการพิจารณาไม่ต้องมีส่วนได้เสียก็อุทธรณ์ได้และไม่มีอายุความโดยจะอุทธรณ์เมื่อใดก็ได้ ส่วนการรับพิจารณาหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ การอุทธรณ์ระบบนี้โดยหลักจะเป็นระบบเผื่อเลือกหรือระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ คู่กรณีจะใช้กระบวนการอุทธรณ์ระบบนี้หรือไม่ก็ได้เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดว่าเป็นกรณีบังคับโดยตรง

(2) ระบบพิเศษ (Recours Spéciaux) ระบบพิเศษของกฎหมายที่จัดตั้งระบบนี้ขึ้นจะกำหนดรายละเอียดของวิธีการอุทธรณ์ กระบวนการพิจารณาและระยะเวลาอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ แต่ระบบพิเศษนี้จะบังคับหรือไม่เป็นอีกปัญหาหนึ่งโดยหลักจะถือว่าเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับคู่กรณีจะใช้ระบบนี้หรือไม่ก็ได้

2) ขั้นตอนการทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยทั่วไป

ขั้นตอนทั่วไปว่าด้วยการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการได้กำหนดไว้ในกฎหมายหลักสามฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการส่วนกลาง (มาตรา 60, 61 และ 62) รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการส่วนท้องถิ่น (มาตรา 23, 41, 51, 52 และ 54) และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ.1986 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการแพทย์และพยาบาล (มาตรา 33, 38) นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดขั้นตอนพิเศษสำหรับข้าราชการบางประเภทไว้ด้วย ได้แก่ กฎฎีกา ลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ.1984 ว่าด้วยระเบียบอาจารย์สถาบันอุดมศึกษา (มาตรา 33, 34 และ 51)

ทั้งนี้ สามารถสรุปสาระสำคัญของขั้นตอนการทำคำสั่งโยกย้ายได้ดังต่อไปนี้ สำหรับการแต่งตั้งโยกย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่า หัวหน้าหน่วยงานจะมีคำสั่งห้ามข้าราชการในสังกัดไม่ให้ยื่นคำร้องขอแต่งตั้งโยกย้ายไม่ได้⁶⁸

⁶⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 18 novembre 1988, Mademoiselle Simmerling; Daniel Chabanol, *op.cit.*, p. 76.

⁶⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., Sect., 11 mars 1994, Confédération nationale des groupements autonomes de l'enseignement publique, req. n° 83149; แต่ทั้งนี้ สิทธิใน

ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่ตำแหน่งงานว่างลง หัวหน้าหน่วยงานต้องแจ้งให้ข้าราชการในสังกัดรับทราบเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้สนใจสามารถทำเรื่องขอย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งดังกล่าวได้⁶⁹ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมกรณีที่ตำแหน่งงานว่างลงชั่วคราวเนื่องจากการสั่งพักราชการผู้ใดผู้หนึ่ง⁷⁰ ซึ่งการแจ้งให้ทราบต้องแจ้งล่วงหน้าก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาแต่งตั้งโยกย้ายนานพอสมควร⁷¹ กรณีที่หัวหน้าหน่วยงานออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยไม่ได้แจ้งให้ทราบโดยทั่วกันถึงตำแหน่งที่ว่างลงพิเคราะห์ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷²

สำหรับการแต่งตั้งโยกย้ายโดยหัวหน้าหน่วยงานริเริ่มสั่งการเอง

ในส่วนของหน่วยงานที่จัดทำตารางแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ (Tableaux Périodiques de Mutations) หน่วยงานนั้นต้องขอความเห็นจาก “คณะกรรมการร่วมข้าราชการ” (Commission Administrative Paritaire: CAP)⁷³ ก่อนจะจัดทำตารางดังกล่าวขึ้นทุกครั้ง⁷⁴ ในส่วนของหน่วยงานที่ไม่ได้จัดทำตารางข้างต้นขึ้น หัวหน้าหน่วยงานต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการร่วมข้าราชการก่อนเสมอ

ในทุกกรณีข้างต้น ผู้มีอำนาจต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการร่วมข้าราชการก่อนเสมอ แม้ว่าผู้รับคำสั่งจะเห็นด้วยกับคำสั่งนั้นก็ตาม⁷⁵ โดยความเห็นของคณะกรรมการร่วมข้าราชการเป็นเพียงความเห็นที่กฎหมายกำหนดให้ผู้มีอำนาจต้องขอก่อนออกคำสั่ง (Avis obligatoire) แต่ไม่ใช่ความเห็นที่ก่อผลผูกพันให้ผู้มีอำนาจต้องปฏิบัติตาม (Avis Conforme) แต่

การยื่นคำร้องมิได้หมายถึงสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งโยกย้ายตามความประสงค์ เนื่องจากท้ายที่สุดแล้วการให้ความเห็นชอบหรือปฏิเสธคำร้องย่อมขึ้นอยู่กับหัวหน้าหน่วยงานที่ใช้ดุลพินิจพิจารณาตามเกณฑ์ว่าด้วย “ประโยชน์ของหน่วยงาน” เป็นสำคัญ

⁶⁹ มาตรา 61 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984 มาตรา 23 และมาตรา 41 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984 และมาตรา 36 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1986

⁷⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 8 avril 1994, Gabolde, Rec. p. 185.

⁷¹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 17 mai 1961, Amicale des membres des tribunaux administratifs, Rec. p. 385.

⁷² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 26 juin 1968, Aurégan, Rec. p. 398.

⁷³ คณะกรรมการดังกล่าวตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ.1946 โดยมีอำนาจหน้าที่พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่และสถานภาพของข้าราชการ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องการบรรจุเข้ารับราชการและประเมินผล การเลื่อนชั้น การลงโทษทางวินัย หรือการให้ออกจากราชการ สำหรับข้าราชการพลเรือนทุกหน่วยงานจะมีคณะกรรมการดังกล่าวหนึ่งคณะประกอบด้วยผู้แทนของทางราชการซึ่งได้รับแต่งตั้งและผู้แทนฝ่ายข้าราชการซึ่งได้รับเลือกตั้งอย่างละครึ่งโดยมีวาระดำรงตำแหน่งคราวละ 3 ปี สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูกฎฎีกา ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ.1982

⁷⁴ มาตรา 60 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984

⁷⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 7 November 1980, Sarron, Rec. p. 765.

อย่างไรก็ดี ทั้งนี้ หากมีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่กำหนดให้ขอความเห็นจากคณะกรรมการพิเศษชุดใด แทนการขอความเห็นจากคณะกรรมการร่วมข้าราชการผู้มีอำนาจควรจะปฏิบัติตามนั้น⁷⁶

อนึ่ง หากการว่างลงของตำแหน่งงานอาจก่อความเสียหายให้การดำเนินงานขององค์กรโดยไม่สามารถหาผู้มาปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้นได้โดยวิธีอื่นแม้เป็นการชั่วคราว หัวหน้าหน่วยงานสามารถออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อการนี้ได้ทันที โดยอนุโลมให้ขอความเห็นจากคณะกรรมการร่วมข้าราชการในภายหลังได้⁷⁷ แต่ถ้าหัวหน้าหน่วยงานไม่ได้ขอความเห็นก่อนโดยไม่มีเหตุตามเงื่อนไขข้างต้นครบถ้วนถือว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะมีการขอความเห็นในภายหลังก็ตาม⁷⁸

สำหรับการแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัย หัวหน้าหน่วยงานต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการทำคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้⁷⁹ หากการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายตามกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองทั่วไปแต่มีเจตนาลงโทษผู้รับคำสั่งจะถือว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนั้นเป็น “การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง” (Sanction Disciplinaire Déguisée)⁸⁰ ซึ่งเป็นคำสั่งที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลสั่งเพิกถอนได้⁸¹

3) ขั้นตอนการขอตรวจดูเอกสาร

เพื่อความเป็นธรรมและความโปร่งใสในการทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย กฎหมายได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจต้องแจ้งให้ข้าราชการทราบถึงสิทธิในการขอตรวจดูแฟ้มประวัติและเอกสารที่ใช้ประกอบการพิจารณาออกคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ข้าราชการได้รู้ถึงเหตุของคำสั่งที่ผู้มีอำนาจเตรียมการอยู่และสามารถชี้แจงโต้แย้งได้ตามสมควร ซึ่งสิทธิในการขอตรวจดูเอกสาร (Droit à la Communication du Dossier) นี้ ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 65 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ.1905 ซึ่งแต่เดิมได้กำหนดไว้สำหรับกรณีคำสั่งลงโทษและคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัยเท่านั้น แต่ด้วยการตีความขยายความหมายต่อบทบัญญัติดังกล่าวจึง

⁷⁶ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., Ass., 13 février 1976, Dubrulle, Rec. p. 99.

⁷⁷ มาตรา 60 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984 และมาตรา 52 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984.

⁷⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 25 mars 1992, Ministre de la Defense c/Sieur Breleur, Tables decennales 1985-1994., p. 4500.

⁷⁹ นอกจากกฎหมายหลักที่อ้างไว้ก่อนหน้านั้นแล้วยังมีกฤษฎีกา ลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ.1984 ว่าด้วยขั้นตอนการลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการส่วนกลางและกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยคณะกรรมการร่วมข้าราชการโดยดูบทบัญญัติในส่วนที่คณะกรรมการดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะกรรมการดำเนินการทางวินัย (Conseil de Discipline); Rene CHAPUS, *Droit administrative général*, Tome 2,3 édition (Paris: Montchrestien, 1999), pp. 330-347.

⁸⁰ สำหรับคำสั่งโยกย้ายข้าราชการที่เป็น “การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง”; C. CHEVILLEY-HIVER, “Mutation et sanction disciplinaire déguisée,” *Actualités Juridiques- Fonction Publique* (janvier-février 2000):35.

⁸¹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 22 December 1 1972, Lesnes, Rec. p. 1081.

ถือได้ว่าข้าราชการสามารถใช้สิทธิขอตรวจดูเอกสารได้เช่นกันในกรณีที่เป็นการคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นหลัก เนื่องจากเป็นคำสั่งที่มีลักษณะและผลใกล้เคียงกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัย ทั้งนี้ หากผู้บังคับบัญชาไม่ให้ข้าราชการได้ใช้สิทธิในกรณีดังกล่าว คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกสั่งเพิกถอนได้⁸² ส่วนกรณีที่เข้าข่ายเป็นคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการร่วมอยู่แล้วถือว่าไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการได้ใช้สิทธิขอตรวจดูเอกสารแต่อย่างใด⁸³ สำหรับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการเองก็มีผลกว่าไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการได้ใช้สิทธิขอตรวจดูเอกสารเช่นกัน⁸⁴

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า ขั้นตอนต่างๆ ที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย และแนวคำวินิจฉัยของศาลนั้นเปรียบเสมือนกระบวนการกลั่นกรองไม่ให้เกิดการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชามีลักษณะเป็นการใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จเกินไป ขั้นตอนเหล่านี้จึงถือเป็นปัจจัยที่สร้างหลักประกันความเป็นธรรมในการพิจารณาแก่ผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายได้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้ หากผู้ทำคำสั่งละเว้นไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งที่กล่าวไว้ข้างต้นก็ต้องถือว่าคำสั่งนั้นมีความบกพร่องในขั้นตอน (Vice de Procédure) อันเป็นเหตุนำไปฟ้องให้ศาลพิจารณาเพิกถอนได้

4) การระบุเหตุผลประกอบคำสั่ง

การระบุเหตุผลประกอบคำสั่ง (Motivation) คือ การระบุเหตุ อันได้แก่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ผู้มีอำนาจใช้เป็นฐานทำคำสั่งนั้น ทั้งนี้ มีหลักมาชานานว่าผู้ทำคำสั่งไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง (Principe de la non-Motivation des Actes Admonistratifs) ยกเว้นกรณีที่มิบบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ระบุเหตุผลไว้เท่านั้น

ส่วนวิธีการให้เหตุผล ผู้ทำคำสั่งต้องระบุเหตุผลไว้ในตัวคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้าย⁸⁵ โดยเหตุผลที่ระบุต้องมีความชัดเจน⁸⁶ ทั้งนี้ การอ้างความเห็นของคณะกรรมการดำเนินการทางวินัยเพียงอย่างเดียวไม่ถือว่าเป็นการให้เหตุผล ส่วนการให้เหตุผลย้อนหลังก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁷ กรณีที่ผู้ทำคำสั่งไม่ระบุเหตุผลประกอบคำสั่งหรือให้เหตุผลไม่เพียงพอคำสั่งนั้นอาจถูกสั่งเพิกถอนด้วยเหตุบกพร่องในรูปแบบ (Vice de Forme) ได้

5) ผลบังคับใช้ของคำสั่ง

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายมีผลบังคับใช้ทันทีที่ข้าราชการได้รับแจ้ง ฉะนั้น ตามหลักกฎหมายที่กำหนดให้ข้าราชการมีหน้าที่เชื่อฟังปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา (Devoir d'Obeissance Hiérarchique) ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติตามในตำแหน่งใหม่โดยไม่รอช้า หากฝ่าฝืน

⁸² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 21 juin 1974, Gribelbauer, Rec. p. 356.

⁸³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 2 mai 1990, Chabert, A.J.D.A., 1990, p. 648.

⁸⁴ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 11 juin 1947, Péchin, Rec. p. 620.

⁸⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 9 November 1984, Comité dauphinoise d'hygiène industrielle, Rec. p. 355.

⁸⁶ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 13 fevrier 1970, Société Neuilly-Aucelle, Rec. p. 114.

⁸⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 30 juin 1982, Malley, Rec. tables p. 504.

คำสั่งอาจถูกลงโทษทางวินัย⁸⁸ หรือถูกให้ออกจากราชการฐานละทิ้งหน้าที่ (Abandon de Poste) แต่ทั้งนี้ ผู้บังคับบัญชาต้องมีหนังสือเตือนก่อนและการละทิ้งหน้าที่ของข้าราชการนั้นไม่มีเหตุควรแก่การอ้างได้⁸⁹

การที่คำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย(อาจ)ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ถือเป็นเหตุให้ข้าราชการสามารถใช้อ้างเพื่อปฏิเสธการเข้าปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งใหม่ได้ เนื่องจากมีหลักให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า คำสั่งทางปกครองย่อมชอบด้วยกฎหมาย (Présomption de Légalité de l'Acte Administratif) อนึ่ง การยื่นฟ้องต่อศาลให้พิจารณาสั่งเพิกถอนคำสั่งก็ไม่มีผลทุเลาการบังคับใช้ (Effet Suspensif) ของคำสั่งนั้นแต่อย่างใด ส่วนของการให้ศาลสั่งให้ทุเลาการบังคับ (Sursis à Exécution) ตามคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนั้นเท่าที่ผ่านมา สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าคำสั่งประเภทนี้ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งที่อาจก่อความเสียหายจนยากแก่การเยียวยาได้จึงไม่อาจสั่งทุเลาการบังคับให้ได้⁹⁰ ข้าราชการจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่ง (ที่อาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย) นั้นไปจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยสั่งให้เพิกถอนคำสั่งนั้น ทั้งนี้ ข้าราชการที่จะฝ่าฝืนไม่เข้าปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งใหม่ได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย (Force Majeure) หรือในกรณีคำสั่งที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแจ้งชัดและอาจก่อความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรงเท่านั้น

กรณีคำสั่งใดมีลักษณะครบเงื่อนไขทั้งสองประการที่กำหนดไว้ในคำวินิจฉัย Langneur คือ (1) ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแจ้งชัดและ (2) ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์

⁸⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 30 novembre 1938, Gobert, Rec. p. 891.

⁸⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 6 novembre 1995, Centre hospitalier général Jean-Marcel de Brignoles, req. n° 154732.

⁹⁰ เช่น คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., 11 juillet 1956, Ministre de l'intérieur c/ Malamaire, Rec, tables p. 729 หรือคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 3 octobre 1986, Garcin, req. n° 77234 ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่า ตามปกติศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่สั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยง่ายอยู่แล้ว อีกทั้งโดยทั่วไปคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายก็ไม่ได้ก่อความเสียหายรุนแรงถึงขนาดต้องสั่งทุเลาการบังคับให้แต่อย่างใด ทั้งนี้ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ได้ปฏิรูประบบการทุเลาการบังคับทางปกครองไปในทิศทางที่อ่อนคลายความเข้มงวดของระบบเดิมลง โดยระบบมาตรการทุเลาการบังคับแบบใหม่ (référé-suspension) ตามมาตรา L-521-1 แห่งประมวลระบบยุติธรรมทางปกครองได้ยกเลิกเงื่อนไขว่าด้วย “ความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยา” และกำหนดให้สามารถสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้หากเห็นว่ามี “เหตุจำเป็นเร่งด่วน” อย่างไรก็ตาม ก็มีกรณีที่สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายทหารนายหนึ่งโดยให้เหตุผลว่าการแต่งตั้งโยกย้ายดังกล่าวสามารถคาดหมายว่าอาจเกิดขึ้นได้ (Prévisible) เนื่องจากมาตรา 12 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.1972 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการทหารได้ระบุไว้ว่า “ข้าราชการทหารอาจถูกสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ได้ทุกเมื่อและในทุกสถานที่” นอกจากนี้ ความไม่สะดวกด้านต่างๆที่เกิดจากการแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งผู้ฟ้องคดียกขึ้นอ้างนั้นก็ไม่น่าถือเป็น “เหตุจำเป็นเร่งด่วน” ให้สั่งให้ทุเลาการบังคับได้แต่อย่างใด; คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 27 juillet 2001, M.Frédéric M., req.n ° 235463

สาธารณะอย่างร้ายแรง ข้าราชการผู้รับคำสั่งไม่ได้มีสิทธิ (Droit) แต่มีหน้าที่ (Devoir) ที่จะไม่เชื่อฟังปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

อย่างไรก็ดี ต้องยอมรับว่าคำวินิจฉัย Langneur ข้างต้นมีผลในทางปฏิบัติ อยู่จำกัดเนื่องจากโดยปกติสภาแห่งรัฐจะไม่วิเคราะห์ว่ามีเงื่อนไขทั้งสองประการครบโดยง่าย ทั้งนี้ ในคดีเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนั้นหากไม่ขาดทั้งสองเงื่อนไขก็มักจะขาดเงื่อนไขที่ (2)⁹¹ ซึ่งกรณีนี้ ผู้รับคำสั่งต้องเข้าปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งใหม่แม้คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแจ้งชัดก็ตาม มิฉะนั้นจะถือว่าฝ่าฝืนคำสั่งผู้บังคับบัญชาและอาจถูกลงโทษทางวินัยได้⁹² แนวคำวินิจฉัยข้างต้นจึงแสดงให้เห็นว่าในส่วนของ การบังคับตามคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย สภาแห่งรัฐได้ให้ความสำคัญต่อการพิทักษ์อำนาจบังคับบัญชาและประสิทธิภาพในการบริหารจัดการองค์กรค่อนข้างมาก

3.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principe de Légalité) เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนเองต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นและต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตราขึ้นเอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะเกิดผลขึ้นได้จริงก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดีคือ องค์กรตุลาการ ดังนั้น ในนิติรัฐที่เรียกร้องให้การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งแต่ละประเทศก็เลือกรูปแบบแตกต่างกันไปบางประเทศใช้ระบบศาลเดี่ยวให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ควบคุมการกระทำทางปกครอง บางประเทศใช้ระบบศาลเดี่ยวโดยจัดองค์กรภายในแบ่งแยกเป็นแผนกคดีปกครองในศาลยุติธรรมและบางประเทศใช้ระบบศาลคู่มีศาลปกครองเป็นศาลอีกระบบหนึ่งที่ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำทางปกครอง

เมื่อมีหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principe de Légalité) หรือการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ อย่งไรเรียกว่า “ชอบด้วยกฎหมาย” การกระทำทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ต้องพิจารณาจากเนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประกอบไปด้วย 2 หลักการย่อยที่สำคัญได้แก่ 1. หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจและ 2. หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย กฎหมายในคำว่า “ชอบด้วยกฎหมาย” จึงมีบทบาทใน 2 มิติ กล่าวคือ มิติแรก กฎหมายในฐานะที่เป็นที่มาของอำนาจ (Source) และมิติที่สอง กฎหมายในฐานะที่เป็นข้อจำกัดของอำนาจ (Limitation) อีกนัยหนึ่ง

⁹¹ กล่าวคือ แม้ว่าส่วนใหญ่คำสั่งโยกย้ายจะมีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนตัวของข้าราชการและครอบครัวอย่างมาก แต่ก็ไม่ได้ก่อความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใด

⁹² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 29 juin 1990, Savigny, Rec. p. 185.

คือ การกระทำทางปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจและเมื่อใช้อำนาจกระทำการลงไปแล้วก็ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

3.1.2.1 หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

กฎหมายในฐานะที่เป็นฐานที่มาแห่งอำนาจ ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่ได้เรียกร่องเคร่งครัดเหมือนเช่นระบบกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย โดยทั่วไป ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎที่ออกโดยปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับ (Défaut de Base Légale) เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีความผิดพลาดบกพร่องในข้อกฎหมาย (L'erreur de Droit) เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับหนึ่งแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนั้นสิ้นผลใช้บังคับไปแล้ว หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนั้นยังไม่มีผลใช้บังคับหรือบทบัญญัติฉบับนั้นเป็นโมฆะหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ให้อำนาจจึงไม่ชอบด้วยหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

ปัญหาว่า “กฎหมาย” ที่เป็นฐานทางกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการจัดทำสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นกฎหมายประเภทใดหรือเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ใด รัฐธรรมนูญ 1958 ของสาธารณรัฐที่ 5 ได้แบ่งแดนในการออกกฎหมายให้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารตามมาตรา 34 กำหนดให้รัฐสภาที่มีอำนาจตราบัญญัติได้เฉพาะในเรื่องที่มาตรา 34 กำหนดไว้เท่านั้นและมาตรา 37 กำหนดต่อไปอีกว่า นอกเหนือจากเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ให้อำนาจของฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร จากบทบัญญัติในมาตรา 34 และ มาตรา 37 หมายความว่า องค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายใช้บังคับในฝรั่งเศส มี 2 องค์กรสำคัญ ได้แก่ รัฐสภา และฝ่ายบริหาร ดังนั้นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงเป็นได้ทั้งรัฐบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารได้รับอำนาจโดยตรงมาจากรัฐธรรมนูญ

การเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกครั้งไปอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจต่อการดำรงอยู่ของการกระทำทางปกครองนั้น ส่งผลกระทบต่อบุคคลที่สุจริตตลอดจนยากแก่การทำให้สถานะทางกฎหมายทั้งหลายกลับคืนสู่สภาพเดิม จากปัญหาดังกล่าว ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงได้คิดค้นเทคนิคการไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับ (Dedaut de Base Légale) เทคนิคการไม่เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (L'illégalité sans annulation) ดังกล่าวนี้เราเรียกว่า การแก้ไขข้อบกพร่องโดยการเปลี่ยนฐานทางกฎหมายโดยศาล (La Substitution de Base Légale)⁹³

ศาลปกครองจะใช้เทคนิคในการแก้ไขข้อบกพร่องโดยการเปลี่ยนฐานทางกฎหมายโดยศาล (La Substitution de Base Légale) ได้ก็ต่อเมื่อศาลปกครองพิจารณาแล้วพบว่า

⁹³ Rene CHAPUS, *Droit du contentieux administrative* (Paris: Montchrestien, 2004), pp. 954-955.; Bertrand SEILLER, *L'illégalité sans annulation*, (N.p.: AJDA, 2004), p. 963.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สมบูรณ์อื่นๆอยู่ ซึ่งหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นในการออกคำสั่งทางปกครองแล้วจะยังคงออกคำสั่งทางปกครองแบบเดิมทุกประการ ศาลปกครองก็จะไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์ แต่ศาลปกครองจะรักษาคำสั่งทางปกครองนั้นต่อไปโดยการสลับสับเปลี่ยนฐานทางกฎหมายให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอง⁹⁴ เช่น กรณีประกาศเทศบาลที่ตราโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายการก่อสร้าง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับแต่ศาลปกครองไม่เพิกถอนประกาศเทศบาลดังกล่าวเพราะศาลปกครองย้ายฐานทางกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์อย่างประมวลกฎหมายการก่อสร้างมาเป็นประมวลกฎหมายเทศบาลในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของเทศบาล⁹⁵ หรือกรณีรัฐกฤษฎีกาส่งผู้ร้ายข้ามแดนตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งสิ้นผลใช้บังคับไปแล้วแต่ศาลปกครองไม่เพิกถอนรัฐกฤษฎีกิดังกล่าวเพราะศาลปกครองย้ายฐานทางกฎหมายจากข้อตกลงระหว่างรัฐมาเป็นอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน 1957⁹⁶

3.1.2.2 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย

ในนิติรัฐองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกมัดตนเองกับกฎหมาย เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการแล้วหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจกระทำการบางอย่างไปแล้วก็ต้องกระทำไปโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายด้วย กล่าวคือ ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เป็นฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจและจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นๆทั้งระบบ เช่น

1) การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจ

กฎหมายที่เป็นฐานอำนาจ (Base Légale) ให้กับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองหรือตราฎหมายนั้นๆไม่ใช่เป็นเพียงกฎเกณฑ์อันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจ (Compétence) เท่านั้นแต่ยังเป็นวัตถุประสงค์ (L'Objet) ของคำสั่งทางปกครองอีกด้วย กล่าวคือ การออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการทำให้กฎหมายเป็นรูปธรรม เมื่อกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม้อาจออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ให้อำนาจได้ กฎหมายที่ให้อำนาจไม่ใช่เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับแหล่งที่มาของอำนาจแต่เป็นกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นเพียงแหล่งที่มาของการใช้อำนาจเท่านั้นแต่ยังเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจอีกด้วย

⁹⁴ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำเทคนิคการเปลี่ยนฐานทางกฎหมายโดยศาล (Lasubstitution de Base Legale) มาใช้ครั้งแรกในคดี Vally, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด CE., 20 november 1942, Vally, Rec., p. 326.

⁹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด CE., 24 lullet 1987, Damman et Rohmer, Rec., p. 892.

⁹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด CE., 8 avril 1987, Procopio, Rec., p. 139; AJDA, 1987, p. 472, Conclusion O. Schrameck.

(1) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในฐานะที่ตนมีอำนาจกระทำการ

กฎหมายที่ให้อำนาจจะกำหนดองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเอาไว้ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส เราอาจแบ่งเรื่องขอบเขตอำนาจกระทำการได้ในสามมิติ ได้แก่ ขอบเขตในทางเนื้อหา ขอบเขตในทางพื้นที่และขอบเขตในทางเวลา กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนอกขอบเขตหรือนอกเขตแดนของตนไปล่าขอบเขตอำนาจหรือแดนขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นๆ หรือไม่อาจใช้อำนาจออกนอกเขตพื้นที่ที่กฎหมายกำหนดและไม่อาจใช้อำนาจเมื่อพ้นเวลาที่ตนมีอำนาจไปแล้วด้วยเช่นกัน

(2) การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกิดจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สมบูรณ์

กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำกรณันั้นจะกำหนดเงื่อนไขหรือสถานการณ์ต่างๆ ในการใช้อำนาจ ซึ่งหากสถานการณ์นั้นเกิดขึ้นหรือมีเงื่อนไขครบถ้วน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะมีอำนาจกระทำการ เช่น กฎหมายกำหนดว่าหากเกิดข้อเท็จจริงเหล่านี้ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจให้มีผลทางกฎหมาย ดังนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมาย (Compétence) ก็ต้องประเมินว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตรงกับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ถ้าประเมินแล้วเห็นว่าตรงกันก็จะใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อออกคำสั่งทางปกครองแต่ละครั้งย่อมมีเหตุปัจจัยที่ผลักดันให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะนั้นหรือลักษณะนี้ เหตุปัจจัยดังกล่าวคือ ข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และการปรับข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงนั่นเอง

ในระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและระบบกฎหมายปกครองของประเทศที่มีสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดเรียกเหตุปัจจัยหรือเงื่อนไขว่า “มูลเหตุจูงใจ” (Les Motifs) ในขณะที่ระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจัดให้อยู่ในเรื่องการใช้ดุลพินิจและการประเมินข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมาย

(3) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ

กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ก็เฉพาะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายฉบับหนึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความปลอดภัยของอาคาร หากเจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่เพราะต้องการคุ้มครองร้านค้าปลีกขนาดเล็กให้แข่งขันได้ หรือเพราะเห็นว่ามิได้มีผู้เดินทางมาห้างสรรพสินค้าจำนวนมากทำให้การจราจรติดขัด คำสั่งรื้อถอนอาคารนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นคำสั่งที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์หรือประโยชน์สาธารณะอื่นที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์หรือประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายกำหนด

สาธารณรัฐฝรั่งเศสยอมรับการควบคุมตรวจสอบเรื่องนี้นานมาแล้วโดยจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดี *Pariset*⁹⁷ ได้วางหลักไว้ว่า การบิดผันอำนาจไปโดยไม่ชอบ (*Le Détournement de Pouvoir*) คือ กรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายยอมรับ

2) การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นทั้งระบบ

ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสรวมทั้งระบบกฎหมายปกครองของประเทศในภาคพื้นยุโรปทั้งหมดล้วนแล้วแต่ยึดถือตรงกันว่า ไม่เพียงแต่การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ให้อำนาจแล้วยังจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น กฎหมายลำดับรอง กฎ (กรณีการกระทำนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง) กฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ เป็นต้น

3.1.3 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการต้องเคารพต่อหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย (*Principe de Légalité*) เฉกเช่นนิติกรรมทางปกครองทั่วไป ทั้งนี้ ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายสามารถยื่นฟ้องให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นได้โดยกรณีเป็นคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน มีหลักว่าให้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจครอบคลุมพื้นที่ซึ่งข้าราชการถูกย้ายไปรับตำแหน่ง⁹⁸ โดยศาลปกครองจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายนอกของคำสั่ง (*Légalité Externe*) และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในเนื้อหาสาระของคำสั่ง (*Légalité Interne*) ดังนี้

3.1.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายนอกของคำสั่ง (*Légalité Externe*)

1) การออกคำสั่งไปโดยปราศจากอำนาจหรือไม่ (*Incompétence*)

การกระทำโดยปราศจากอำนาจถือว่าเป็นเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นสาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลตรวจสอบอย่างเคร่งครัดและเป็นสาเหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (*Moyen d'Ordre Public*) ซึ่งถือเป็นเรื่องที่เหมาะสมผลเพราะหลักเรื่องอำนาจนั้นถือเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชนกว่าได้ เพราะกฎหมายมหาชนคือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งแยกอำนาจและการแบ่งแยกอำนาจหรือการกำหนดให้องค์กรใดมีอำนาจเพียงใดโดยรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองอื่นนั้นประสงค์ที่จะให้ทุกองค์กรเคารพข้อห้ามที่จะ

⁹⁷ CE.26 novembre 1875, *Pariset*, Rec., p. 943.

⁹⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 12 juillet 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/M.B.*, req. n° 245436

ไม่ให้ฝ่ายปกครองกระทำเกินขอบอำนาจอันจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพ

การแบ่งประเภทของการกระทำโดยปราศจากอำนาจ (les cas d'Incomp é Tense) นั้น Laferrière⁹⁹ ได้แบ่งประเภทกรณีปราศจากอำนาจออกเป็น 2 ประเภทคือ กรณี คือกรณีปราศจากอำนาจเชิงบวก (l'Incompétence Positive) และปราศจากอำนาจเชิงปฏิเสธ (l'incompétence négative) โดยประเภทแรก หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ตนเองไม่มีอำนาจที่จะทำหรือเกินขอบอำนาจ ส่วนประเภทหลังคือ กรณีปราศจากอำนาจเชิงปฏิเสธนั้น หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองยกข้ออ้างโดยสำคัญผิดว่าไม่มีอำนาจขึ้นเพื่อปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการปฏิเสธการทำนิติกรรมทางปกครองก็ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง นั่นเอง

ปัจจุบันถือหลักการแบ่งประเภทของการกระทำโดยปราศจากอำนาจออกเป็น 4 ประเภท คือ

(1) กรณีปราศจากอำนาจเนื่องจากตัวบุคคล (ratione personae)

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยบุคคลที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หมายถึง กรณีที่นิติกรรมทางปกครองกระทำลงโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจเพราะไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หรือเพราะบุคคลนั้นไม่ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่ หรือเพราะวาระแห่งการดำรงตำแหน่งสิ้นสุดลงแล้ว หรือเพราะคำสั่งให้ดำรงตำแหน่งนั้นถูกเพิกถอนไปแล้ว

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ทางปกครอง หมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงไปโดยไม่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเลย ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นการกระทำลงโดยปราศจากอำนาจอย่างชัดแจ้ง

ผลของการกระทำโดยปราศจากอำนาจประเภทนี้ทำให้เกิดผลว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีตัวตนอยู่เลย มิใช่เพียงแต่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

(2) กรณีปราศจากอำนาจตามเนื้อหาของเรื่อง (L'Incompétence Ratione Matériale) หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจกระทำการในนามของนิติบุคคลมหาชน แต่ไปสั่งการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งพอจะจำแนกได้ดังนี้

ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจของผู้บังคับบัญชา แต่ถ้าการกระทำดังกล่าวกระทำตามคำสั่งหรือการอนุมัติโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้มีอำนาจแล้ว การกระทำย่อมชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไปการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนหนึ่งไปกระทำการทางปกครองล่วงล้ำอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่งนั้น เป็นเรื่องไม่ยากเพราะกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ในเรื่องต่างๆ ไว้ชัดเจนพอสมควร

⁹⁹Traliré de la juridiction administrative (N.p.: n.p., 1888), p. 70 อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 32, 2 (มิถุนายน 2545): 253-285.

ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะผู้รักษาราชการแทน (Suppléance) หมายถึง การปราศจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ศาลปกครองจะพิจารณาว่าสาเหตุที่จะทำให้เกิดการรักษาราชการแทนนั้นมีจริงและเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ในคดีหนึ่งได้ตัดสินว่า การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดไปจากจังหวัดของตนเพื่อเยี่ยมเยียนเทศบาลแห่งหนึ่งไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือว่า “ปราศจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้” อันจะเป็นเหตุให้ต้องมีการรักษาราชการแทน¹⁰⁰

ปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ ผู้รักษาราชการแทนจะมีอำนาจเช่นเดียวกับผู้ซึ่งตนแทนอย่างสมบูรณ์หรือไม่ กฎหมายฝรั่งเศสบางเรื่องบัญญัติให้มีอำนาจอย่างสมบูรณ์ แต่ดูเหมือนว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไม่ได้ตีความไปในลักษณะที่ให้อำนาจได้อย่างสมบูรณ์เต็มที่ ศาลตีความบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นเพียงการให้อำนาจผู้รักษาราชการที่จะกระทำการซึ่งหากไม่กระทำแล้วอาจเกิดเหตุขัดข้องเพราะการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ของผู้ดำรงตำแหน่ง หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าศาลถือว่าผู้รักษาราชการแทนไม่สามารถกระทำการในทางปกครองใดๆ ได้ หากการกระทำนั้นไม่ใช่สิ่งที่ต้องพึงกระทำตามปกติในระหว่างที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้¹⁰¹

ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะเป็นผู้รักษาราชการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราว (intérim) เนื่องจากผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นการชั่วคราวหรือเป็นการถาวร ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่การที่ผู้ดำรงตำแหน่งคนเดิมสิ้นสุดลงและจะมีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้ามาแทน ผู้บังคับบัญชาจะแต่งตั้งผู้รักษาราชการในตำแหน่งชั่วคราวขึ้นเพื่อทำหน้าที่รักษาราชการจนกว่าเหตุชั่วคราวนั้นจะสิ้นสุดลงหรือจนกว่าผู้ดำรงตำแหน่งชั่วคราวคนใหม่จะเข้ารับหน้าที่

ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปภายใต้การมอบอำนาจ การมอบอำนาจทางกฎหมายปกครองหรือการปฏิบัติราชการแทน หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่ได้มอบอำนาจหน้าที่ของตนให้แก่เจ้าหน้าที่หรือองค์การทางปกครองอื่นเพื่อปฏิบัติหน้าที่แทนตน

การล่วงล้ำอำนาจของผู้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชาสามารถที่จะแนะนำหรือสั่งการผู้ได้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ได้ แต่โดยหลักแล้วจะไม่มีอำนาจกระทำการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของผู้ได้บังคับบัญชาแทนผู้ได้บังคับบัญชา เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดให้ทำได้และถ้ากระทำไปการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตทางวิชาชีพโดยรัฐมนตรี ในขณะที่อำนาจพิจารณาออกใบอนุญาตอยู่ที่ผู้ว่าราชการจังหวัด

การที่ผู้บังคับบัญชาไม่อาจเข้าไปสั่งการในสิ่งที่อยู่ในอำนาจของผู้ได้บังคับบัญชา นั้น รวมไปถึงอำนาจของผู้ได้บังคับบัญชาที่กฎหมายกำหนดไว้ และอำนาจที่เกิดจากการมอบอำนาจของผู้บังคับบัญชาโดยเฉพาะในกรณีการมอบอำนาจสั่งการ

¹⁰⁰ C.E., 17 jan. 1954, Sté de l' école Turenne.

¹⁰¹ C.E., 8 mars 1912, de Saint-Taurin.

อย่างไรก็ตาม ผู้บังคับบัญชาย่อมสามารถแก้ไขหรือเพิกถอนการกระทำของใต้บังคับบัญชาได้ แต่หากว่าการกระทำทางปกครองของผู้ใต้บังคับบัญชาก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลอื่น การเพิกถอนจะกระทำได้อีกเมื่อการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนไปยังศาลปกครองแล้ว

การล่อล้าอำนาจของเจ้าหน้าที่คนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่บังคับบัญชา กรณีที่เห็นได้ชัดที่สุดคือ การที่เจ้าหน้าที่หนึ่งสั่งการไปในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คนหนึ่ง เช่น รัฐมนตรีว่าการคนหนึ่งสั่งการไปในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการอีกคนหนึ่ง เจ้าหน้าที่ที่เป็นเพียงองค์กรพิจารณาสั่งการไปในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจบริหารสั่งการ หรือกรณีกลับกัน เป็นต้น

(3) กรณีปราศจากอำนาจเพราะสถานที่ (L'Incompétence Ratione Locale) ได้แก่ในกรณีเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งใช้อำนาจของตนนอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบ และกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจภายในเขตพื้นที่รับผิดชอบเดียวกันแต่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการรับผิดชอบพื้นที่ไว้ อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ปราศจากอำนาจเพราะสถานที่นี้ มีเรื่องเกิดขึ้นน้อยในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเมื่อเทียบกับการปราศจากอำนาจเพราะเหตุอื่น

(4) กรณีปราศจากอำนาจเพราะเวลา (L'Incompétence Ratione Temporis)

ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีการใช้อำนาจโดยเข้าใจผิดในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจได้ หรือในกรณีที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดระยะเวลาที่ฝ่ายบริหารอาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ศาลตีความว่าระยะเวลาดังกล่าวไม่ใช่เป็นการบังคับฝ่ายบริหารให้ต้องออกกฎระเบียบภายในระยะเวลานั้นๆ หากเป็นเพียงการให้แนวทางหรือชี้แนะเท่านั้น หากไม่อาจทำได้ศาลไม่ถือว่าการกระทำทางปกครองที่ไม่กระทำลงในระยะเวลาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰² หรือกรณีการใช้อำนาจของผู้รักษาการในตำแหน่งเกินเวลาหรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้ง

คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น รัฐมนตรีเจ้ากระทรวงย่อมมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์และขั้นตอนในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการของหน่วยงานที่อยู่ภายใต้สังกัด แต่มีเงื่อนไขว่ากฎเกณฑ์นั้นต้องไม่ขัดต่อระเบียบว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ ในคดีนี้สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจและการคลังมีอำนาจกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการจัดทำตารางโยกย้ายข้าราชการที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของตน ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการใช้หลักกฎหมายปกครองที่สภาแห่งรัฐได้วางไว้เป็นบรรทัดฐานมาช้านานแล้วในคำวินิจฉัย C.E., Sect., 7 février 1936, Jamart, Rec. p. 172, S. 1937, III, p. 113 note Rivero ที่ให้อำนาจแก่รัฐมนตรี เช่นเดียวกับ “หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ” (Chef de Service) โดยทั่วไปนั้น ในการออกระเบียบ

¹⁰²C.E., 12 nov.1948, Lemaigen.

ข้อบังคับที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินงานขององค์กรที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาเป็นไปด้วยดี แม้ว่าในกรณีนั้น จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎระเบียบแก่รัฐมนตรีไว้ก็ตาม¹⁰³

2) การออกคำสั่งไปโดยบกพร่องในรูปร่างหรือไม่ (Vice de Forme) ศาลปกครองยอมรับมูลเหตุเรื่องแบบที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายประมาณกลางศตวรรษที่ 19 โดยถือว่าการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามแบบอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดเป็นการกระทำปราศจากอำนาจ ทั้งนี้ มีการแบ่งการกระทำที่ไม่ต่อมตามแบบออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

ประเภทแรก เป็นเรื่องของแบบพิธีที่ต้องทำก่อนการกระทำนั้นเป็นผลโดยตรงที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเภทที่สอง เป็นแบบของตัวการกระทำนั้นเองในแง่ที่เป็นเอกสารอย่างหนึ่ง

แนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'État ได้แยกลักษณะของแบบออกเป็น 2 ประเภท คือแบบที่เป็นสาระ (Formalité Substantielle) และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (Formalité non Substantielle) การไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่ Conseil d'État เพิกถอน โดยแบบที่เป็นสาระสำคัญก็คือแบบที่การไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องมีผลต่อการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้น ด้วยเหตุนี้จึงพบว่าในบางครั้งมีความเกี่ยวพันกันระหว่างความหมายของคำว่าแบบที่เป็นสาระสำคัญกับมูลเหตุที่เป็นตัวกำหนดการกระทำ

การออกคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามแบบในกรณีของการไม่เคารพสิทธิในการต่อสู้คดีของบุคคล (Droit de la Défense) ในการดำเนินคดีในศาล บุคคลย่อมมีสิทธิในการต่อสู้คดีของตนในลักษณะของการโต้แย้งต่างๆ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป แต่ในขั้นตอนการดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองซึ่งไม่ใช่การดำเนินคดีในศาล ได้เริ่มมีพระราชบัญญัติลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ.1905 วางหลักประกันให้แก่ข้าราชการฝรั่งเศสเป็นครั้งแรกในกรณีที่ถูกลดโทษทางวินัยว่า ทางราชการจะต้องส่งแฟ้มประวัติพร้อมเอกสารต่างๆ ให้ผู้ถูกลดโทษนั้น ทั้งนี้เพื่อให้เขารู้ว่าผู้บังคับบัญชาได้บันทึกสิ่งต่างๆ เกี่ยวกับตัวเขาไว้อย่างไร ถูกต้องหรือไม่ จะได้สามารถต่อสู้ข้อกล่าวหาต่างๆ ได้ต่อมา Conseil d'État¹⁰⁴ ได้วินิจฉัยไว้ว่า แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิในการป้องกันสิทธิของบุคคล แต่สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่หลักกฎหมายทั่วไปรับรอง (Principes Généraux du Droit) ดังนั้น ถ้าฝ่ายปกครองละเลยไม่ให้บุคคลใช้สิทธิโต้แย้งในขั้นตอนการดำเนินการทางปกครองต่างๆ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การยอมรับสิทธิในการต่อสู้คดีของศาลเน้นหนักไปในกรณีการกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล เช่น การปฏิเสธหรือเพิกถอนการอนุญาต แต่ถ้าเป็นการกระทำที่เป็นลักษณะมาตรการรักษาความสงบเรียบร้อยแล้ว ศาลไม่อาจรับรองสิทธิในการต่อสู้คดีในลักษณะที่กล่าวมา

การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง (Motivation) เราจะพบว่าสำหรับการกระทำที่เป็นลักษณะชี้ขาดข้อพิพาทหรือที่เรียกว่า คำพิพากษา คำวินิจฉัยนั้นจะต้องมีการให้เหตุผล

¹⁰³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 5 juin 2002, M Jean-Louis Guittard, req. n°242901

¹⁰⁴ C.E., 5 mai 1944, Dame veme veuve Trompier-Gravier Rec. 133.

ในคำวินิจฉัยเสมอ ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ Conseil d'État ถือว่าสำหรับคำสั่งทางปกครองแล้วการไม่ให้เหตุผลจึงไม่ทำให้คำสั่งนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นอยู่ 3 ประการคือ

(1) กรณีกฎหมายบัญญัติให้ต้องแสดงเหตุผล เช่นนี้ถ้าฝ่ายปกครองละเลยการกระทำทางปกครองนั้นจะถูกถือว่าไม่ต้องตามแบบ

(2) สภาพของการกระทำกำหนดให้ต้องแสดงเหตุผล เป็นกรณีที่ทำให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเป็นสิ่งที่จำเป็นโดยสภาพ เพราะเป็นวิธีการเดียวที่ศาลสามารถพิจารณาพิพากษาด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นได้ ส่วนใหญ่แล้วศาลจะวางหลักให้การตัดสินใจของคณะกรรมการทางฝ่ายบริหารทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายต้องแสดงเหตุผลไว้เสมอ ซึ่งโดยเหตุผลแล้วเป็นเพราะว่าการตัดสินใจของคณะบุคคลนั้นถ้าไม่แสดงเหตุผลไว้ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นสู่ศาลเป็นการยากที่จะทราบถึงเหตุของแต่ละหรือฝ่ายข้างมาก ยิ่งเวลาผ่านไปนานเท่าไรก็อาจจำไม่ได้หรืออาจคลาดเคลื่อนจึงมีความจำเป็นโดยสภาพที่ต้องแสดงเหตุผล

(3) สภาพขององค์กรที่มีคำสั่งบังคับให้ต้องแสดงเหตุผล กล่าวคือ เป็นกรณีที่สภาพ องค์กรประกอบและอำนาจหน้าที่องค์กรนั้นทำให้องค์กรนั้นต้องแสดงเหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

ในส่วนที่เกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า ผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งที่กระทำไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถวิเคราะห์ได้ว่า เนื่องจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานไม่ได้มีลักษณะเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัยจึงไม่ได้มุ่งให้โทษแก่ผู้ใดทางอ้อมวิสัย แม้ว่าในทางภาวะวิสัยคำสั่งนั้นอาจก่อผลที่ไม่พึงประสงค์ต่อผู้รับคำสั่งหรือผู้รับคำสั่งจะรู้สึกว่าการกระทำดังกล่าวได้รับผลกระทบก็ตาม ด้วยเหตุนี้ คำสั่งข้างต้นจึงไม่เข้าข่ายเป็น “คำสั่งทางปกครองที่ก่อผลในแง่ลบต่อผู้รับคำสั่ง” (Décision Administrative Individuelle Défavorable) ตามนัยมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 ว่าด้วยการระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ระบุเหตุผลในกรณีดังกล่าว¹⁰⁵

¹⁰⁵ แนวคำวินิจฉัยนี้ได้รับการยืนยันในเวลาต่อมาโดยคำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., 16 octobre 1992, De Ferry, Rec. tables. p. 1051. ทั้งนี้ ในประเทศอื่นแถบภาคพื้นยุโรป เช่น เบลเยียม แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองก็เป็นไปในทางเดียวกัน แม้จะมีสาเหตุแห่งการไม่ต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งต่างจากกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยสภาแห่งรัฐเบลเยียมได้วินิจฉัยว่าผู้ทำคำสั่งโยกย้ายไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งเนื่องจากไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปหรือบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดให้ปฏิบัติเช่นนั้น; คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ (เบลเยียม) C.E., 24 janvier 1964, Bovy, req. n° 10391 และแม้หลังจากพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1991 ว่าด้วยการระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองได้มีผลบังคับใช้แล้ว คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียง “มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” ก็ไม่เข้าข่ายเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเฉพาะรายที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย” ตามนัยมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติข้างต้นที่ให้ระบุเหตุผลประกอบหากเป็นกรณีดังกล่าว

ส่วนคำสั่งปฏิเสธคำร้องขอแต่งตั้งโยกย้ายของข้าราชการ (Refus de Mutation) สภาแห่งรัฐก็วินิจฉัยว่าไม่ต้องระบุเหตุผลประกอบเช่นกัน¹⁰⁶ โดยคำวินิจฉัยดังกล่าววิเคราะห์ได้ว่าเมื่อตามหลักการข้าราชการไม่มีสิทธิเปลี่ยนแปลงตำแหน่งตามความประสงค์ของตน ดังนั้น คำสั่งปฏิเสธคำร้องขอแต่งตั้งโยกย้ายที่ข้าราชการเสนอไปจึงไม่เข้าข่ายเป็น “คำสั่งปฏิเสธผลประโยชน์ที่บุคคลมีสิทธิควรได้รับเมื่อเงื่อนไขทางกฎหมายว่าด้วยการนี้ครบสมบูรณ์” ตามนัยมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1979 ว่าด้วยการระบุเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ระบุเหตุผลในกรณีดังกล่าว

อนึ่ง การที่ไม่มีข้อผูกมัดทางกฎหมายให้ระบุเหตุผลประกอบคำสั่งไม่ได้หมายความว่าผู้ทำคำสั่งสามารถออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายได้โดยปราศจากเหตุผลใดๆ รองรับหรือด้วยเหตุผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากหากมีผู้นำคำสั่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็สามารถสั่งให้ผู้ทำคำสั่งชี้แจงเหตุผลที่ทำให้คำสั่งนั้นขึ้น ซึ่งหากพิจารณาตามพยานหลักฐานต่างๆ แล้วเหตุผลนั้นไม่มีอยู่จริงหรือเป็นเหตุผลที่ไม่อาจนำมาใช้เป็นฐานเพื่อทำคำสั่งได้ คำสั่งดังกล่าวก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องถูกเพิกถอน ดังนั้น แม้ในชั้นของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะดูเหมือนว่าผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายไม่ได้รับหลักประกันเนื่องจากไม่อาจรับรู้ถึงเหตุผลของการแต่งตั้งโยกย้าย (กรณีที่ทำคำสั่งไม่ได้ระบุเหตุผลประกอบ) แต่ท้ายที่สุดแล้วอย่างน้อยผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายก็ยังมีหลักประกันในชั้นของการพิจารณาคดีที่จะทราบเหตุผลของคำสั่งและร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งนั้นได้หากผู้ทำคำสั่งไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าตนทำคำสั่งขึ้นด้วยเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าหากเป็นไปได้การระบุเหตุผลประกอบคำสั่งย่อมเป็นสิ่งสมควรกระทำ เพราะนอกจากจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้รับคำสั่งได้รับรู้ถึงเหตุผลที่ฝ่ายปกครองทำคำสั่งนั้นขึ้นเพื่อที่จะสามารถชี้แจงโต้แย้งได้อย่างเหมาะสมแล้ว การกำหนดให้ระบุเหตุผลยังเป็นการบังคับให้ผู้ทำคำสั่งต้องพิจารณาไตร่ตรองอย่างถี่ถ้วนรอบคอบก่อนออกคำสั่งว่าคำสั่งที่ตนจะทำขึ้นนั้นมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายรองรับหรือไม่อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือกฎเกณฑ์วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่รัดกุมถือเป็นหลักประกันที่ป้องกันความไม่ชอบธรรมตั้งแต่ต้นกระบวนการทำคำสั่งถึงแม้จะมีวิธีการเยียวยาหรือให้ความยุติธรรมภายหลังในชั้นศาลก็ตาม

นอกจากนี้ มีกรณีพิเศษเกี่ยวกับคำสั่งลงโทษทางวินัย ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในคำสั่ง ทั้งนี้เพราะข้าราชการได้รับหลักประกันที่ได้อยู่แล้วและ Conseil d'État เองก็ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างเคร่งครัด แต่มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงเหตุผล เช่น การลงโทษในลักษณะของการว่ากล่าวตักเตือนหรือตำหนิโทษที่ต้องแสดงเหตุผล เช่น การลงโทษในลักษณะสถานเบาดังกล่าวข้าราชการไม่ได้รับหลักประกันเรื่องการส่งแฟ้มประวัติและเอกสารต่างๆ ไปให้ ทั้งนี้ แนวคำพิพากษาในระหลังวางหลักว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยต้องแสดงเหตุผลทั้งสิ้น ถ้าเป็นกรณีเกี่ยวกับข้าราชการที่อยู่ภายใต้สถานะทั่วไปตามกฎหมายข้าราชการ

¹⁰⁶ คำวินิจฉัย สภาแห่งรัฐ C.E., 10 février 1993, Le Moguen, reg. n° 106979

สำหรับกรณีคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ เนื่องจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐกำหนดให้การทำคำสั่งลงโทษใดต้องระบุเหตุผลประกอบไว้ด้วย¹⁰⁷ อีกทั้งบทบัญญัติของกฎหมายอันได้แก่ มาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ.1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการได้กำหนดให้ผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลประกอบในกรณีเป็นคำสั่งลงโทษ ดังนั้น การทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษซึ่งเป็นวิธีลงโทษทางวินัยประเภทหนึ่งตามกฎหมาย¹⁰⁸ จึงจำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบไว้ด้วยเสมอ¹⁰⁹

3) การออกคำสั่งไปโดยบกพร่องในขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ (Vice de Procédure)

แนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'État ได้ยอมรับว่า การดำเนินการปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องเคารพขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเพราะถือเป็นหลักประกันอีกประการหนึ่งที่ประชาชนจะพึงได้รับ มิเช่นนั้นแล้วก็จะอยู่ภายใต้อำเภอใจของฝ่ายปกครอง

ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่จะศึกษาต่อไปนี้ จะแยกออกเป็น 3 กรณีคือ

(1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการพิจารณาหรือ

ปัจจุบันการออกคำสั่งมักจะผ่านขั้นตอนในการพิจารณาหรือต่างๆ ซึ่งถ้าไม่ให้ถูกต้องก็อาจทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การพิจารณาหรือไม่ใช่เป็นการสั่งการ ระบบการพิจารณาหรือก่อนมีคำสั่งเป็นสิ่งที่พัฒนาไปพร้อมกับระบบสังคมที่ยุ่งยากซับซ้อน ทั้งนี้เพื่อให้คำสั่งนั้นๆ ออกไปโดยรอบคอบที่สุด ศาลปกครองจะตรวจสอบเสมอว่าคำสั่งต่างๆ ได้ผ่านขั้นตอนพิจารณาหรือมาอย่างถูกต้องหรือไม่ถ้าไม่ก็จะเพิกถอนคำสั่งนั้น เห็นได้ว่าระบบการพิจารณาหรือก่อนมีคำสั่งได้ค่อยๆ เข้าไปแทนที่การสั่งการโดยตรงของผู้มีอำนาจมากขึ้นทุกที

องค์กรให้คำปรึกษาหรืออาจจัดตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติหรือโดยการมอบอำนาจของรัฐบัญญัติก็ได้ Conseil d'État จัดเป็นองค์กรพิจารณาหรือที่สำคัญที่สุดองค์กรหนึ่งในระบบบริหารของสาธารณรัฐฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองก็ยอมรับว่ารัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจตั้งองค์กรดังกล่าวได้

โดยปกติ การที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหรือ การหรือนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การออกคำสั่งสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ Conseil d'État ถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกได้เอง

(2) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

การออกคำสั่งที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงจะต้องให้ผู้มีส่วนได้เสียได้โต้แย้งคัดค้านเสียก่อน กระบวนการนี้ได้รับอิทธิพลมาจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่เรียกว่า

¹⁰⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 28 mai 1965, December Riffaut, Rec. p. 315; R.A., 1965, p. 590. concl. Questiaux

¹⁰⁸ โดยมาตรา 66 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984 กำหนดให้เป็นวิธีลงโทษในกลุ่มที่สองจากวิธีลงโทษทั้งหมดสี่กลุ่ม

¹⁰⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 3 juillet 1985, Vitaloni, req. n°51651

“สิทธิในการต่อสู้คดี” (droits de la défense) นั่นคือ คำสั่งจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อก่อนออกคำสั่งนั้นได้มีผู้มีส่วนได้เสียแสดงสิทธิในการต่อสู้คดีเสียก่อน

โดยทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ จะกำหนดกระบวนการดังกล่าวไว้ เช่น กฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองดำเนินการไต่สวนก่อนออกคำสั่ง มักจะกำหนดให้มีการฟังการโต้แย้งจากผู้มีส่วนได้เสียหรือกฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการที่บัญญัติให้มีการส่งแฟ้มประวัติพร้อมเอกสารต่างๆให้ผู้ถูกสอบสวนทางวินัย (Communication du Dossier) ก่อนที่จะมีการลงโทษ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ถูกสอบสวนทราบว่ามีการบันทึกเรื่องเกี่ยวกับตัวเขาตลอดจนข้อกล่าวหาต่างๆ ไว้อย่างไรบ้างจะได้สามารถโต้แย้งต่อสู้ได้

กรณีที่มีขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งคัดค้าน ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กระบวนการโต้แย้งใช้มากที่สุดในเรื่องเกี่ยวกับหลักประกันในสถานะของข้าราชการ ขณะเดียวกันก็ค่อยๆ ขยายไปสู่การลงโทษ ทุกลักษณะที่กระทำต่อข้าราชการของรัฐไม่ว่าจะมีกฎหมายกำหนดวิธีการโต้แย้งไว้หรือไม่ นอกจากการลงโทษทางวินัยในความหมายอย่างแคบแล้วศาลได้ตีความไปถึงวิธีการหรือคำสั่งทั้งหลายที่เกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ด้วยว่าต้องเปิดโอกาสให้มีกระบวนการโต้แย้ง

(3) ถ้าการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากสิ้นระยะเวลาดังกล่าวไปแล้วมีการกระทำขึ้นการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจเพราะเวลา แต่ระยะเวลาใดเป็นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นหลักประกันแก่เอกชนแล้ว การไม่สั่งการเสียภายในเวลาดังกล่าวย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่เคารพขั้นตอนอันเป็นหลักประกันที่ให้ไว้แก่ปัจเจกชน การจะพิจารณาว่าระยะเวลาเรื่องหนึ่งๆ เป็นหลักประกันหรือไม่ศาลปกครองจะวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป

3.1.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในเนื้อหาสาระของคำสั่ง (Légalité Interne)

1) การออกคำสั่งไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la Violation de la Loi)

เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายนั้นเป็นเหตุที่มีขึ้นเพื่อเสริมเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเหตุอื่น ๆ เหตุนี้จึงมีความหมายที่กว้าง ด้วยเหตุนี้เองจึงนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตามหลักความได้สัดส่วน (Proportionnalité) หรือการควบคุมตามหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (Bilan coutavantages) หรือการควบคุมคำสั่งอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการประเมินของผู้ออกคำสั่ง (Erreur Manifeste d'Appréciation)¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม การออกคำสั่งไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายนี้มีทั้งกรณีการฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la Violation Directe de la Règle de Droit) ซึ่งถือเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเนื้อหา (Contenu หรือ Objet) ของคำสั่งนั่นเอง หรือการ

¹¹⁰ J-M AUBY et R. DRAGO, *Traite des recours en matière administrative* (N.p.: Litec, 1992), pp. 329-542.; ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (กรุงเทพมหานคร: จีระชัยการพิมพ์, 2540), หน้า 179-239.

ลงโทษทางวินัยข้าราชการโดยโทษนั้นไม่ได้บัญญัติในกฎหมาย จะเห็นได้ว่าการฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรงเช่นนี้เป็นทั้งการฝ่าฝืนในเชิงบวกและเชิงลบต่อเนื้อหาของกฎหมาย การฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาที่มีผลบังคับแล้ว การฝ่าฝืนต่อคำพิพากษาของศาล รวมทั้งการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายลำดับรอง และกรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (L'Erreur de Droit et L'Erreur de Fait) ดังจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (L'Erreur de Droit et L'Erreur de Fait)

กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ไม่ได้เกิดจากเนื้อหา (Contenu) ของคำสั่งทางปกครองเหมือนอย่างเช่นกรณีแรก แต่เกิดจากมูลเหตุจูงใจ (Motif) ซึ่งได้แก่ สาเหตุที่เป็นตรรกะในการตัดสินใจนั้นศาลไม่ได้พิจารณาเนื้อหาแต่พิจารณาที่เหตุผลที่เป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่ผลักดันให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจดังกล่าว ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะแบ่งกรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ

(1) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (L'Erreur de Droit)

ฝ่ายปกครองอาจอาศัยอำนาจตามร่างรัฐบัญญัติหรือร่างกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎฎีกา หรือกฎกระทรวงในการออกคำสั่งได้ หากวันใช้บังคับมีการกำหนดไว้แน่นอน แต่มีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการ คือ คำสั่งที่ออกมานั้นต้องใช้บังคับเมื่อร่างกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับแล้วและการออกคำสั่งกรณีดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งถ้าร่างกฎหมายนั้นไม่อาจทราบเนื้อหาและวันใช้บังคับที่แน่นอนก็ไม่อาจออกคำสั่งโดยอาศัยร่างกฎหมายนั้นได้

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเพราะเหตุที่กฎหมายไม่มีอยู่หรือฐานทางกฎหมายไม่มีอยู่ (Défaut de Base Légale) นั้น ไม่ใช่จะแก้ไขไม่ได้และทำให้คำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่คำสั่งดังกล่าวจะต้องสามารถออกได้บนเงื่อนไขเดียวกันโดยอาศัยฐานทางกฎหมายใหม่นั้น ในกรณีดังกล่าวศาลสามารถเปลี่ยนฐานทางกฎหมาย (Substitution de Base Légale) ให้แก่คำสั่งดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีร้องขอและยกฟ้องผู้ฟ้องคดีได้ แต่การเปลี่ยนฐานทางกฎหมายให้แก่คำสั่งใดไม่อาจกระทำได้ ถ้ากระบวนการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของกฎหมายที่นำมาเป็นฐานทั้งสองกรณีนั้นต่างกัน หรือเนื้อหาของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจะต่างออกไปถ้าเปลี่ยนฐานทางกฎหมายให้ถูกต้อง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ แต่ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดว่าไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพัน กรณีเช่นนี้ก็ถือเป็นกรณีที่มี Erreur de Droit และศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งนั้น

หากพิจารณาประเด็นการตรวจสอบเหตุผลโดยเฉพาะข้อเท็จจริง (motifs de fail) ที่ใช้อ้างเป็นฐานในการทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย จะสังเกตได้ว่าสภาแห่งรัฐได้พัฒนาเทคนิคการตรวจสอบให้ก้าวหน้าขึ้นเป็นลำดับ ส่วนการตรวจสอบเหตุผลที่เป็นข้อกฎหมาย (Motifs de droit) นั้นได้กระทำสม่ำเสมอเรื่อยมาอยู่แล้วทั้งการตรวจสอบการออกคำสั่งโดยปราศจากฐานทางกฎหมายที่ใช้บังคับ (Défaut de Base Légale) หรือนอกเหนือขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมาย (Acte Pris en Dehors du Champs d'Application de la Loi) หรือโดยตีความฐานทางกฎหมายที่ใช้ผิดพลาด (Erreur de Droit) กล่าวคือ ในระยะแรกได้เริ่มจากการตรวจสอบระดับต่ำสุด

(Contrôle Minimum) โดยตรวจสอบเฉพาะความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริงที่อ้าง (Contrôle de la Matérialité des Faits) เท่านั้น โดยจะไม่ตรวจสอบการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายอย่างเด็ดขาด ด้วยเห็นว่าเพียงฝ่ายปกครองเท่านั้นที่สามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาความเหมาะสม (Opportunité) ของการแต่งตั้งโยกย้ายได้ดีที่สุด แต่ต่อมา สภาแห่งรัฐได้เริ่มตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้ทำคำสั่งโดยใช้การตรวจสอบความผิดพลาดอย่างจริงจังในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย ซึ่งเป็นการตรวจสอบว่าผู้ออกคำสั่งพิจารณาผิดพลาดอย่างจริงจังในคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นฐานทำคำสั่งหรือไม่

(2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (L'Erreur de Fait)

กรณีนี้ถือว่าความผิดพลาดในข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว จะเห็นว่าศาลมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งนั้น (Contrôle de L'Exactitude Matérielle des Faits) กรณีเช่นนี้เป็นกรณีที่ศาลตรวจพบความผิดพลาดในข้อเท็จจริงน้อยกว่าความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เพราะการตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงย่อมง่ายกว่าแม้บางกรณีข้อเท็จจริงจะยุ่งยากซับซ้อนก็ตาม

ถ้าฝ่ายปกครองยกข้อเท็จจริงใดขึ้นอ้างเป็นเหตุผลในการออกคำสั่ง แม้จะเป็นกรณีที่ไม่จำเป็นต้องยกข้อเท็จจริงนั้นก็ตาม ก็จะต้องมีการตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงหากไม่ถูกต้องศาลก็จะเพิกถอนคำสั่งนั้น

การควบคุมข้อเท็จจริงที่อยู่ในขอบเขตความเชี่ยวชาญหรือเป็นเทคนิคที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะนั้น โดยหลักแล้วสภาแห่งรัฐจะไม่พิจารณาทบทวนคำวินิจฉัยของศาลปกครองพิเศษหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในปัญหาข้อเท็จจริงอีก โดยถือว่าการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของศาลปกครองพิเศษหรือคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เว้นแต่การควบคุมข้อเท็จจริงของศาลปกครองสูงสุดนั้นเป็นกรณีที่มีเหตุเกิดจากการให้เหตุผลที่ไม่เพียงพอ ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้องและการรับฟังหรือแปลความข้อเท็จจริงที่มีความผิดพลาดอย่างชัดเจน¹¹¹

(3) กรณีมีความผิดพลาดในการคุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

(L'Erreur de Qualification Juridique des Faits)

กล่าวได้ว่า Conseil d'État ได้เริ่มตรวจสอบความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงตั้งแต่ปี ค.ศ.1914 โดยในเรื่องเกี่ยวกับข้าราชการพลเรือน ศาลจะต้องตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการผิดวินัยที่เป็นเหตุในการถูกลงโทษหรือไม่ และนับตั้งแต่ปี ค.ศ.1960 เป็นต้นมาศาลได้นำหลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาใช้ในการควบคุมการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยเฉพาะในการควบคุมการลงโทษทางวินัยของข้าราชการซึ่งศาลจะทำการตรวจสอบว่าการที่องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งลงโทษนั้น วิญญูชนโดยทั่วไปพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความไม่เหมาะสมระหว่างความผิดที่ได้กระทำลงไปกับผลของการ

¹¹¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 32, 2 (มิถุนายน 2545): 279-280.

ลงโทษที่ได้รับหรือไม่ และศาลยังได้นำเทคนิคความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่ควรกระทำนี้มาใช้กับคดีเกี่ยวกับการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการว่ามีความผิดพลาดชัดแจ้งหรือไม่¹¹² ซึ่งนับตั้งแต่ปี ค.ศ.1978 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐได้เริ่มต้นควบคุมการลงโทษทางวินัยข้าราชการโดยอาศัยหลักสัดส่วนเพื่อพิสูจน์ว่าการกระทำความผิดของข้าราชการกับการลงโทษทางวินัยที่ได้รับมีสัดส่วนที่สัมพันธ์กันหรือไม่ด้วย¹¹³

ตัวอย่างกรณีคดีซึ่งสภาแห่งรัฐ C.E., 15 février 1961 ได้ตรวจสอบการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายว่าด้วยเรื่องความเทียบเท่าระหว่างตำแหน่งงาน โดยตรวจสอบแล้วไม่พบ “ความไม่เทียบเท่าอย่างแจ้งชัดระหว่างตำแหน่งงาน” แต่อย่างไร การที่ยังสงวนการตรวจสอบไว้ที่ระดับความผิดพลาดอย่างแจ้งชัดเท่านั้น เนื่องจากเป็นการยากที่จะวิเคราะห์เรื่องเฉพาะทางที่มีความซับซ้อนในรายละเอียดทางเทคนิค เช่น เรื่องการจัดสรรบุคลากรในหน่วยงานต่างๆ เป็นต้น

สำหรับกรณีคำสั่งที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการผู้รับคำสั่งนี้ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า “การเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการ” เกิดขึ้นเมื่อคำสั่งนั้นมีผลลดอำนาจหน้าที่ของข้าราชการ¹¹⁴ คำสั่งนั้นทำให้ข้าราชการต้องย้ายที่พักอาศัย หรือคำสั่งนั้นก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการผู้รับคำสั่ง¹¹⁵ ทั้งนี้ ไม่รวมการลดอำนาจหน้าที่เพียงเล็กน้อย¹¹⁶ คำสั่งนั้นมีผลลดอำนาจบังคับบัญชาลง¹¹⁷ คำสั่งนั้นมีผลลดระดับภาระความรับผิดชอบลง¹¹⁸ คำสั่งนั้นมีผลลดสิทธิประโยชน์ทางการเงินลง¹¹⁹ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ในภายหลังก็มีกรณีที่สภาแห่งรัฐได้ตัดสินใจใช้ “การตรวจสอบระดับปกติในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย” (Contrôle Normal de Qualification Juridique des Faits) โดยเป็นคดีที่ได้ตรวจสอบว่าผู้ทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายพิจารณาความเทียบเท่าของชั้นบังคับบัญชา (Nature Hiérarchique) ระหว่างตำแหน่งงานเดิมและตำแหน่งงานใหม่ผิดพลาดหรือไม่ (โดยไม่ได้จำกัดว่าจะต้องผิดพลาดถึงระดับแจ้งชัดเช่นเดิมอีกต่อไป)¹²⁰

¹¹²ธีรชญา สระทองอุ่น, **ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยตุลาการศาลปกครอง** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 176.

¹¹³เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁴คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 7 février 1962, Augé, Rec. p. 91.

¹¹⁵มาตรา 60 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ.1984 มาตรา 52 วรรคหนึ่งแห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984

¹¹⁶คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 7 mai 1980, Demoiselle Sellier, Rec. p. 764.

¹¹⁷คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 18 décembre 1991, Ministre du Budget c/Ribes, Tables décennales 1985-1994, p. 449.

¹¹⁸คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 21 février 1970, Deme Gikke, Rec. p. 532.

¹¹⁹คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 24 octobre 1962, Siadous, A.J.D.A., 1963, p. 37.

¹²⁰คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 3 février 1965, Chereau, Rec. p. 64.

สำหรับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัย เดิมทีเทคนิคที่สภาแห่งรัฐได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นเป็นเพียงการตรวจสอบความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริงที่อ้าง¹²¹ และพิจารณาว่าตามข้อเท็จจริงมีการกระทำผิดวินัยหรือไม่เท่านั้น¹²² โดยไม่ได้ตรวจสอบว่าคำสั่งลงโทษได้สัดส่วนกับความผิดหรือไม่¹²³ แต่นับจากปี ค.ศ.1978 เป็นต้นมาสภาแห่งรัฐได้ยอมรับที่จะใช้ “การตรวจสอบระดับสูงสุดของความผิดพลาดอย่างแท้จริงในการพิจารณาข้อเท็จจริง (Contrôle Maximum de l’Erreur Manifeste d’Appréciation Concrète des Faits) กล่าวคือ จะตรวจสอบถึงความได้สัดส่วนระหว่างคำสั่งลงโทษและความผิด (Contrôle de la Proportionnalité de la Sanction à la Faute) แต่จะมีคำวินิจฉัยว่าคำสั่งลงโทษนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะกรณีที่ตรวจพบความไม่ได้อัตราส่วนอย่างแท้จริงระหว่างคำสั่งลงโทษและความผิดเท่านั้น¹²⁴ ซึ่งสังเกตได้ว่า วิธีการดังกล่าวถือเป็นการนำเอาหลักความสมควรแก่เหตุ (Règle du Raisonnable) มาควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองมีความเป็นธรรมยิ่งขึ้น

3) การออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนอำนาจ (Le Détournement de Pouvoir) บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Détournement de Procédure)

การออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนอำนาจ (Le Détournement de Pouvoir) มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองในขณะนั้นว่าอย่างไร มีการยกเหตุนี้ขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1860 โดยยกเหตุนี้มาอ้างก็ต่อเมื่อเหตุอื่นที่ใช้อ้างไม่อาจยกขึ้นได้แล้วและเป็นเหตุที่พิสูจน์ได้ยากมากเพราะผู้ฟ้องคดีต้องเสนอข้อสันนิษฐานที่หนักแน่นว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เหตุเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเพราะมีการบิดเบือนอำนาจนี้ไม่มีองค์ประกอบแน่นอน มีกรณีการบิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ (Intérêt Particulier) เช่น การใช้อำนาจออกคำสั่งเพื่อวัตถุประสงค์ให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ กรณีการบิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่เป็นประโยชน์ที่กฎหมายไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะให้ใช้ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่เป็นประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายไม่ได้มุ่งประสงค์ให้ใช้อำนาจนั้น เพราะมีอำนาจบางอย่างที่กฎหมายให้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะและฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิที่จะใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องค้นหาให้ได้ว่าอำนาจนั้นมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใดและควบคุมว่าวัตถุประสงค์นั้นได้รับการเคารพหรือไม่

¹²¹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 5 mai 1922, Gradjux, Rec. p. 392.

¹²² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 7 mars 1947, Chamonade, Rec. p. 99.

¹²³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 12 janvier 1938, Coulangeon, Rec. p. 11.

¹²⁴ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 9 juin 1978, Lebon, A.J.D.A., 1978, p. 593 concl.

ตามหลักการทางกฎหมายหัวหน้าหน่วยงานซึ่งมีอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique) สามารถออกคำสั่งต่างๆ เพื่อให้การบริหารจัดการองค์กรดำเนินไปด้วยดี¹²⁵ ทั้งนี้ ในส่วนของการบริหารงานบุคคล หัวหน้าหน่วยงานย่อมสามารถใช้อำนาจดังกล่าวแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการได้ตามที่ตนเห็นสมควร อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ ดุลพินิจข้างต้นใช้ว่าจะใช้ได้โดยไม่ขัดกับเจตนาตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงความชอบธรรมและความชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐจึงได้กำหนดหลักในการทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไว้ว่า ต้องกระทำไปเพื่อสนอง “ประโยชน์ของหน่วยงาน” หรือ “ประโยชน์ของราชการ” (intérêt du service) เป็นสำคัญ¹²⁶ ดังนั้น ในการริเริ่มทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายผู้บังคับบัญชาต้องมีเกณฑ์ว่าด้วยประโยชน์ของหน่วยงานเป็นที่ตั้งเพื่อรองรับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่จะกระทำขึ้นเสมอ ในทำนองเดียวกัน กรณีที่ผู้บังคับบัญชาปฏิเสธคำร้องขอของข้าราชการ การปฏิเสธนั้นก็ต้องตั้งอยู่บนเหตุผลว่าด้วยประโยชน์ของหน่วยงานเช่นกัน¹²⁷ หากปฏิเสธด้วยเหตุผลอื่นถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹²⁸ ในทางปฏิบัติ นอกเหนือจากประโยชน์ของหน่วยงานแล้ว เกณฑ์ที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายยังมีอีกหลายประเภทด้วยกัน เช่น ความประสงค์ของข้าราชการ สถานภาพครอบครัว ความอาวุโส หรือประวัติการรับราชการ แต่ทั้งนี้ผู้ทำคำสั่งต้องยึดถือประโยชน์ของหน่วยงานเป็นวัตถุประสงค์หลัก มิฉะนั้นคำสั่งอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ยกตัวอย่างเช่น

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อ “ประโยชน์ของหน่วยงาน” แต่มุ่งสนองประโยชน์บุคคลที่สามหรือเจตนาที่นอกเหนือจากความดีต่อคนแก่ข้าราชการ พิศุระหาว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบ

¹²⁵ สำหรับภาพรวมทางกฎหมายของการใช้อำนาจบริหารจัดการองค์กร; J-Y. VINCENT, “Motivation de l’acte administrative,” *Jurisclasser administratif* (fascicule 1996): 107-130.

¹²⁶ ทั้งนี้ แม้ว่าสภาแห่งรัฐจะเริ่มใช้เกณฑ์ว่าด้วย “ประโยชน์ของหน่วยงาน” มาช้านาน คือ ตั้งแต่คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 27 avil 1850, Dyé, p. 400 แนวคำวินิจฉัยในระยะต่อมาก็ไม่ได้กำหนดเนื้อหาหรือขอบเขตที่ชัดเจนของนิยาม “ประโยชน์ของหน่วยงาน” ไว้โดยบางครั้ง สภาแห่งรัฐก็ใช้สำนวนอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงแทนที่เพื่อสื่อความหมายเดียวกัน เช่น “ความจำเป็นของหน่วยงาน” (Nécessité du Service) “ความต้องการของหน่วยงาน” (Besoin du Service) หรือ “การดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพของหน่วยงาน” (Bonne Marche de Sevice) สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับหลักว่าด้วย “ประโยชน์ของหน่วยงาน” ที่ใช้ในกฎหมายข้าราชการ; A. BALDOUS, “L’intérêt du service dans le droit de la fonction publique,” *R.D.P.* (1985): 913.

¹²⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., Sect., 28 mai 1965, Vermelenn, A.J.D.A., 1965, p. 123 ผู้อำนวยการโรงพยาบาลแห่งหนึ่งสามารถปฏิเสธคำร้องขอของหัวหน้าแพทย์ฝ่ายผ่าตัดที่ขอย้ายไปปฏิบัติงานประจำโรงพยาบาลอีกแห่งหนึ่งได้ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการโยกย้ายนั้นจะขัดต่อประโยชน์ของโรงพยาบาลทั้งสอง

¹²⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 22 mars 1961, Enard, Rec. p. 202.

ด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นการใช้อำนาจโดยบิดผันหรือผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Détournement de Pouvoir)¹²⁹

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์ขัดขวางไม่ให้ข้าราชการผู้หนึ่งสามารถดำเนินกิจกรรมสหภาพแรงงานได้นั้นไม่ถือว่าเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์ของหน่วยงาน” ดังนั้น จึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นกัน¹³⁰

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่ง โดยอ้างว่าเป็นไปเพื่อยุติปัญหาความสัมพันธ์อันตึงเครียดระหว่างข้าราชการผู้นั้นกับนายกเทศมนตรี อันจะเป็นผลดีต่อการดำเนินงานขององค์กรนั้นฟังไม่ขึ้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าวัตถุประสงค์ที่แท้จริงคือมุ่งหวังขจัดข้าราชการผู้นั้นในฐานะที่เป็นปฏิปักษ์ทางการเมืองต่อนายกเทศมนตรี คำสั่งดังกล่าวจึงเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นกัน¹³¹

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายหัวหน้าแพทย์ทหารที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม อ้างว่าทำไปตามวาระการแต่งตั้งโยกย้ายปกติสำหรับความต้องการของหน่วยงานนั้นฟังไม่ขึ้น เช่นเดียวกัน เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า แต่เดิมในใฝ่การแต่งตั้งโยกย้ายประจำปีไม่ได้มีชื่อของผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายรวมอยู่ด้วยแต่อย่างใด แต่ได้มีการเพิ่มชื่อของผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายเข้าไปหลังจากที่ผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายได้แสดงความจำนงขอลาออกจากราชการ นอกจากนี้ ตำแหน่งใหม่ที่ย้ายให้ไปปฏิบัติหน้าที่ก็เป็นตำแหน่งที่กำหนดขึ้นมาใหม่เพื่อการนี้โดยเฉพาะ อีกทั้ง รัฐมนตรีเองก็ไม่สามารถชี้แจงอย่างชัดแจ้งได้ว่า “ความต้องการของหน่วยงาน” ที่อ้างนั้นคืออะไร ดังนั้น จึงถือว่าข้อเท็จจริงต่างๆ ข้างต้นมีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้สันนิษฐานได้ว่า คำสั่งดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย¹³²

มีการออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Détournement de Procédure)

กรณีนี้เป็นรูปแบบของการบิดเบือนอำนาจประเภทหนึ่งแต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้นเพื่อบรรลุเป้าหมายได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการจะมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับเรื่องการออกคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอน

¹²⁹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 13 juillet 1961, Demoiselle Sebaoun, Rec. p. 514.

¹³⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 28 avril 1989, Ville de Lyon c/Mademoiselle Beaunichon, req. n° 85664; แต่การแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อยุติความวุ่นวายที่เกิดจากการแสดงจุดยืนทางการเมืองของข้าราชการผู้หนึ่งอาจเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์ของหน่วยงาน” อย่างแท้จริงก็ได้; คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 6 octobre 1965, Mayoux, Rec. p. 494.

¹³¹ คำวินิจฉัยศาลปกครองอุทธรณ์กรุงปารีส C.A.A., Paris, 20 Juin 1995, Territoire de la Polynesie française c/ Sieur Bryant, Rec. p. 532; การแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อยุติปัญหาความขัดแย้งระหว่างข้าราชการผู้หนึ่งกับผู้ว่าราชการจังหวัดอาจเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์ของหน่วยงาน” อย่างแท้จริงก็ได้; คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 28 juillet 1951, Chary, Rec. p. 459.

¹³² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 7 février 2001, Adam, req. n° 201993

หรือวิธีการ (le Vice de Procédure) ซึ่งเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกของคำสั่งดังกล่าวไปแล้วข้างต้น แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้สืบเนื่องจากการตรวจสอบวัตถุประสงค์ของการออกคำสั่ง ฉะนั้น การบิดเบือนขั้นตอนนี้จึงเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในประเภทความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในของคำสั่ง

นอกเหนือจากเกณฑ์ที่คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้วางไว้แล้ว บทบัญญัติของกฎหมาย¹³³ ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์อื่นๆ สำหรับใช้ประกอบการพิจารณาทำคำสั่งไว้ด้วย อาทิเช่น กำหนดให้ผู้มีอำนาจทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายคำนึงถึงผลประโยชน์และความประสงค์ตามคำร้องขอและสภาพการใช้ชีวิตครอบครัวของข้าราชการ ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อการดำเนินงานของหน่วยงาน พร้อมกันนี้ยังได้ระบุประเภทของข้าราชการที่ควรมีโอกาสได้รับการพิจารณาก่อนหากมีการแต่งตั้งโยกย้ายไว้ด้วย อันได้แก่

1. ข้าราชการที่ต้องแยกกันอยู่กับคู่สมรสด้วยเหตุจำเป็นในการปฏิบัติราชการ
2. ข้าราชการที่ต้องแยกกันอยู่กับบุคคลที่ตนทำ “สัญญาใช้ชีวิตร่วม” ด้วยเหตุจำเป็นในการปฏิบัติราชการ¹³⁴
3. ข้าราชการที่ได้รับการรับรองสถานภาพแรงงานทุพพลภาพ
4. ข้าราชการที่ปฏิบัติหน้าที่ในเขตชุมชนที่มีปัญหาสังคมและความไม่ปลอดภัยขั้นร้ายแรง¹³⁵

โอกาสในการได้รับพิจารณาก่อนนี้ กฎหมายได้รับรองให้คู่สามีภรรยาที่รับราชการทั้งสองคน แต่ต้องแยกกันอยู่ด้วยเหตุปฏิบัติราชการต่างพื้นที่กัน¹³⁶

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า ผู้ทำคำสั่งควรพิจารณาเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น ประกอบกันโดยมุ่งสนองตอบทั้งความประสงค์ของข้าราชการและ “ประโยชน์ของหน่วยงาน” ทั้งนี้ ภายใต้กรอบของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักกฎหมายทั้งปวง

ท้ายที่สุด หากศาลมีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการให้สถานภาพของข้าราชการผู้ถูกโยกย้ายกลับคืนสู่สภาพเดิมเช่นเดียวกับก่อนออกคำสั่งทุกครั้งไป ดังกรณีตัวอย่างคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 14 october 1960 ที่ผู้บังคับบัญชาต้องจัดการให้ข้าราชการกลับเข้าปฏิบัติหน้าที่งานในตำแหน่งหน้าที่เดิม เว้นเสียแต่ว่าตำแหน่งนั้นจะ

¹³³ได้แก่มติมาตรา 60 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1984 มาตรา 54 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ.1984 และมาตรา 38 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 9 มกราคม ค.ศ.1986

¹³⁴กรณีนี้ 2 นี้ เพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.1999 ว่าด้วย “สัญญาใช้ชีวิตร่วม” (Pacte civil de solidarité) อันหมายถึง สัญญาซึ่งบุคคลที่บรรลุนิติภาวะสองคนไม่ว่าจะต่างเพศหรือเพศเดียวกันได้ตกลงทำขึ้นเพื่อใช้ชีวิตร่วมกัน (มาตรา 515-1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง) โดยสัญญาดังกล่าวจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้

¹³⁵กรณีนี้ 4 นี้เพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ.1994 สำหรับรายละเอียดโปรดดู กฎษฎีกา ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ.1995

¹³⁶รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ.1921 หรือกฎหมายรูซตอง (Loi Roustan)

ถูกยุบลงกลางคัน¹³⁷ โดยข้าราชการผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องให้หน่วยงานชำระค่าสินไหมทดแทนได้อีกด้วย¹³⁸

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายต้องเคารพต่อหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายสามารถยื่นฟ้องต่อศาลให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นได้ โดยศาลจะตรวจสอบทั้งภายนอกและภายในเนื้อหาสาระของคำสั่ง โดยจะตรวจสอบถึงความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริงที่อ้าง ตรวจสอบการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายเพื่อตรวจสอบว่าผู้ออกคำสั่งทางปกครองพิจารณาผิดพลาดอย่างชัดแจ้งในคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นพยานหลักฐานในการทำคำสั่งหรือไม่ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัย สภาแห่งรัฐจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยตรวจสอบถึงความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริงที่อ้างและพิจารณาว่าตามข้อเท็จจริงมีการกระทำผิดวินัยหรือไม่ และจะตรวจสอบถึงความได้สัดส่วนระหว่างคำสั่งลงโทษและความผิด แต่จะมีคำวินิจฉัยว่าคำสั่งลงโทษนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะความผิดเท่านั้น ซึ่งวิธีการดังกล่าวเป็นการนำหลักแห่งความพอสมควรแก่เหตุมาควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น เป็นการศึกษาแง่มุมทางกฎหมายต่างๆ เกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายในประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า ทั้งในชั้นของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและในชั้นของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรยุติธรรมทางปกครอง ทั้งบทบัญญัติของกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาลต่างมีลักษณะมุ่งประสานประโยชน์ของแต่ละฝ่ายที่อาจขัดแย้งกันด้วยการแสวงหาจุดดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิของข้าราชการและการรักษาไว้ซึ่งประสิทธิภาพในการบริหารจัดการองค์กรของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ โดยมีเป้าหมายสูงสุดอันได้แก่ความผาสุกร่วมกันของทุกฝ่ายในกรอบแห่งความชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

3.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.1 คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ประเภท สถานะทางกฎหมาย เจือไนในการออกคำสั่ง และการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครอง ดังนี้

3.2.1.1 ความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

ทั้งนี้ มีการให้ความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยแบ่งเป็นประเภทของคำสั่งโดยละเอียดดังนี้

¹³⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 14 october 1960, Guichon, Rec. p. 539.

¹³⁸ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ C.E., 10 décembre 1975, Huguet, R.D.P., 1975, p. 598.

1) คำสั่งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung”

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” ตามนัยมาตรา 26 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ.1953 หมายถึง การที่ข้าราชการได้รับมอบหมายให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในขอบเขตของงานภาระหน้าที่อื่น ณ ตำแหน่งอื่น ซึ่งอาจจะอยู่ในขอบเขตหรือนอกขอบเขตของงานในความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเดิมหรือไม่ก็ได้ ซึ่งจะขอยกตัวอย่างเพื่อให้เห็นภาพชัดเจนขึ้นโดยใช้อำนาจของไทยในการเปรียบเทียบ ตัวอย่างเช่น นางสาว ม. ซึ่งสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทสาขากฎหมายมหาชน ปัจจุบันดำรงตำแหน่งนิติกรอยู่ที่สำนักงานคดีปกครอง นครศรีธรรมราช ต่อมาปรากฏว่ามีการฟ้องคดีปกครองเกิดขึ้นที่กรุงเทพมหานครมากจนทำให้สำนักงานคดีปกครอง สำนักงานอัยสูงสุดขาดบุคลากรในด้านคดีปกครองจำนวนมากและเห็นว่านางสาว ม. มีคุณสมบัติเหมาะสมจึงออกคำสั่งโยกย้าย นางสาว ม. จากสำนักงานคดีปกครอง นครศรีธรรมราชดำรงตำแหน่งนิติกรสังกัดสำนักงานคดีปกครอง สำนักงานอัยการสูงสุดที่กรุงเทพมหานคร

2) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Abordnung”

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Abordnung” ตามนัยมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ.1953 หมายถึง การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยการมอบหมายให้ข้าราชการไปปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวในงานหรือภาระหน้าที่ความรับผิดชอบที่สอดคล้องเหมาะสมกับตัวข้าราชการผู้นั้น ณ ตำแหน่งอื่น ซึ่งจะขอยกตัวอย่างเพื่อให้เห็นภาพชัดเจนขึ้นโดยใช้อำนาจของไทยในการเปรียบเทียบ ตัวอย่างเช่น นางสาว ม. เป็นนิติกรระดับ 7 สังกัดสำนักงานคดีปกครอง สำนักงานอัยการสูงสุด แต่เนื่องจากสำนักงานอัยการสูงสุดมีแผนจะเปิดสำนักงานคดีปกครองเพชรบุรี และเห็นว่านางสาว ม. เป็นผู้มีความสามารถในด้านการวางแผนและบริหารจัดการงานในหน้าที่เป็นอย่างมาก ผู้บังคับบัญชาจึงออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนางสาว ม. ไปปฏิบัติหน้าที่ที่สำนักงานคดีปกครองเพชรบุรีเป็นระยะเวลาหนึ่งปี เพื่อให้จัดวางระบบการทำงานที่นั่นในตำแหน่งเดิม

3) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung”

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” นั้น ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดรองรับไว้หรือกำหนดหลักเกณฑ์การออกคำสั่งไว้โดยเฉพาะ แต่คำสั่งประเภทนี้เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ในการปฏิบัติหน้าที่และความไว้นื้อเชื่อใจกันระหว่างผู้บังคับบัญชากับข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา เพราะข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานที่รับผิดชอบให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี และมีหน้าที่เชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เช่น การที่ข้าราชการถูกแต่งตั้งโยกย้ายเป็นการชั่วคราวให้ไปรับหน้าที่อื่นโดยไม่ได้ย้ายไปปฏิบัติหน้าที่นอกขอบเขตของภาระหน้าที่เดิมหรือองค์กรเดิมแต่อย่างใด¹³⁹ ซึ่งจะขอยกตัวอย่างเพื่อให้เห็นภาพชัดเจน

¹³⁹ Ulrich Battis, *Bundesbeamten-gesetz*, 2 Auflage (N.p.: München, 1997), s. 312 อ้างถึงใน ศุภสิพร พิศาลบุตร, *คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ: ศึกษาเฉพาะกรณีคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548), หน้า 42.

ขึ้นโดยใช้อำนาจของไทยในการเปรียบเทียบ ตัวอย่างเช่น นางสาว ม. เป็นนิติกรสังกัดสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีปกครอง 2 สำนักงานอัยการสูงสุด แต่เนื่องจากสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีปกครอง 4 สำนักงานอัยการสูงสุดมีงานค้างอยู่เป็นจำนวนมาก ผู้บังคับบัญชาของนางสาว ม.จึงออกคำสั่งให้นางสาวม.ไปช่วยงานของสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีปกครอง 4 สำนักงานอัยการสูงสุด โดยมีตำแหน่งเป็นนิติกรและปฏิบัติงานต่างๆ เหมือนเดิม

3.2.1.2 ประเภทของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายเยอรมันอาจแบ่งประเภทออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน¹⁴⁰

โดยมีการแบ่งเป็นคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการอันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์รัฐ ลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1953 (Bundesbeamten-gesetz vom 14. Juli 1953) คือ 1. คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung”¹⁴¹ ตามนัยมาตรา 26 และ 2. คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Abordnung”¹⁴² ตามนัยมาตรา 27 ในส่วนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการมีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งภายในของผู้บังคับบัญชาคือ คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umsetzung” ดังจะกล่าวถึงต่อไปนี้

1) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung”

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” นั้น มาตรา 26 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ.1953 ได้บัญญัติเรื่อง องค์ประกอบหรือเหตุผลในการที่ผู้บังคับบัญชาจะออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการให้ไปปฏิบัติหน้าที่ ณ ตำแหน่งอื่นไว้ 3 กรณีด้วยกัน¹⁴³ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

เหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ (Dienstliches Bedürfnis)

ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ (Dienstliches Bedürfnis) เป็นองค์ประกอบหรือเหตุผลอย่างหนึ่งในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแบบ “Versetzung” แม้คำว่า “ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่” เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่มีความแน่นอนชัดเจนในตัวเอง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาตรวจสอบถึงการใช้อดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายดังกล่าวก็ตาม ในทางปฏิบัติอาจตรวจสอบความหมายของความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ได้โดยการตั้งคำถามไว้ก่อนว่า สิ่งใดหรือพฤติการณ์ใดที่ก่อให้เกิดความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่จนมีผลทำให้ผู้บังคับบัญชาเมื่อได้พิจารณา

¹⁴⁰ Wolfgang Kuhla and Jost Huttenbrink, **Der Verwaltungsprozeß**, 2 Auflage (N.p: München, 1998) อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายเยอรมัน,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 20, 3 (กุมภาพันธ์ 2546): 53-56.

¹⁴¹ ตามนัยมาตรา 26 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์รัฐ

¹⁴² ตามนัยมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์รัฐ

¹⁴³ มานิตย์ วงศ์เสรี, “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายเยอรมัน,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 20, (3 กุมภาพันธ์ 2546): 53-56.

คำนึงถึงนโยบายในการบริหารจัดการแล้ว ผู้บังคับบัญชาเข้าใจหรือประเมินว่ากรณีมีความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่จำเป็นต้องมีการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง

การให้เหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่นี้เกิดขึ้นมาจากการให้เหตุผลของฝ่ายผู้บังคับบัญชาฝ่ายเดียวกันได้ เช่น ผู้บังคับบัญชาพิจารณาถึงสถานการณ์ด้านบุคลากรโดยทั่วไป (Allgemeine Personalmangels) ของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งแล้วเห็นว่ามีความจำเป็นในการออกคำสั่งเพื่อแก้ไขปัญหาขาดแคลนด้านบุคลากรเจ้าหน้าที่ (Wegen Personalmangels) เป็นต้น

นอกจากนี้ การให้เหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่นี้อาจเกิดขึ้นมาจากตัวบุคคลเจ้าหน้าที่เองก็ได้ เช่น การขาดข้าราชการที่มีความเหมาะสมกับงานประจำกระทรวง (Mangelnde Eignung für Ministerialdienste) การขาดแคลนข้าราชการที่มีความเหมาะสมกับตำแหน่งข้าราชการประจำส่วนกลาง (In Einer Zentrabelhörde) หรืองานบริการในเมืองใหญ่ (In Einer Großstadt) เป็นต้น

การแต่งตั้งโยกย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ (Versetzung auf Antrag)

การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการอาจเกิดขึ้นได้จากการยื่นคำร้องขอของตัวข้าราชการเอง สิ่งที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในกรณีนี้จะมีเพียงก้แต่เรื่องคุณสมบัติความสามารถของข้าราชการ (Laufbahnbefähigung) เท่านั้น การยื่นคำร้องขอของข้าราชการในกรณีนี้เป็นการแสดงเจตนาประเภทที่จำเป็นต้องมีผู้ตอบรับการแสดงเจตนา อีกทั้งการยื่นคำร้องขออาจเกิดจากความสำคัญผิด การข่มขู่ การฉ้อฉล ซึ่งข้าราชการดังกล่าวสามารถนำมาใช้เป็นเหตุในการบอกกล่าวการแสดงเจตนาได้ และตราบใดที่ผู้บังคับบัญชายังไม่มีการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย ข้าราชการผู้นั้นสามารถขอลอนคำร้องขอแต่งตั้งโยกย้ายกลับคืนได้ตลอดเวลา

ในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการทั้งโดยอาศัยเหตุผลในเรื่อง “ความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ ตาม 1)” และ “ตามคำร้องขอของข้าราชการ” ตาม 2) นั้น หากการโยกย้ายดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นมาจากความตกลงหรือยินยอมหรือจากการร้องขอของข้าราชการผู้ที่จะถูกโยกย้ายแล้ว ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้นั้นมีหน้าที่ที่จะต้องรับฟังหรือสอบถามข้าราชการดังกล่าวก่อน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 28 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายหรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976

อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าการตัดสินใจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการทั้งโดยอาศัยเหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่ และตามคำร้องขอของข้าราชการนั้นจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา (Ermessen des Dienstherrn) ที่จะพิจารณาเห็นสมควรมีคำสั่งให้แต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการดังกล่าวหรือไม่ ดังนั้น จึงทำให้ศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาได้ในขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น สิ่งที่ศาลปกครองจะสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณา ได้แก่ เรื่องประสิทธิภาพของการบริหารจัดการ (Verwaltungseffizienz) ข้อพิจารณาโดยทั่วไปในเรื่องแผนงานจัดการบุคลากร (Allgemeine Gesichtspunkte der Personalplanung) นอกจากนี้ การพิจารณาโดยอาศัยเหตุผลเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการให้ความสงเคราะห์ช่วยเหลือหรือหน้าที่ในด้านสวัสดิการ (Fürsorgepflicht)

ทำให้ศาลปกครองสามารถนำเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ได้เสีย การได้รับความสงเคราะห์ช่วยเหลือด้านสวัสดิการต่างๆ ตลอดจนเรื่องผลประโยชน์ส่วนบุคคลของข้าราชการมาประกอบการพิจารณาในการควบคุมตรวจสอบถึงการใช้อดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการได้

ตามหลักทั่วไป ในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” นี้ ข้าราชการที่ถูกแต่งตั้งโยกย้ายจะต้องสามารถคาดคิดและยอมรับได้ถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับตน ดังนั้น ข้าราชการที่ถูกแต่งตั้งโยกย้ายจึงไม่อาจโต้แย้งในเรื่องของความไม่พอใจของผลที่เกิดขึ้นตามมาภายหลัง อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้ตัดสินว่า แม้กรณีจะเป็นไปตามหลักทั่วไปดังกล่าวข้างต้นก็ตาม แต่ในการตัดสินใจใช้อดุลพินิจออกคำสั่งนั้นผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาให้ความสำคัญและคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัวเสียที่ขอบธรรมหรือที่สมควรได้รับในขอบข่ายของเรื่องส่วนตัวของข้าราชการที่จะถูกโยกย้ายนั้นด้วย¹⁴⁴ ยกตัวอย่างเช่น ในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้บังคับบัญชาจะต้องพิจารณาและคำนึงด้วยว่าผลที่เกิดขึ้นจากการออกคำสั่งโยกย้ายจะมีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะกระทบต่อความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ในอีกสถานที่หนึ่งซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงอากาศและมีผลกระทบต่อสุขภาพจนทำให้ข้าราชการหรือคู่สมรสของข้าราชการต้องเจ็บป่วยอย่างร้ายแรง เป็นต้น

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” นี้ผู้บังคับบัญชาต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและหากผู้บังคับบัญชาได้จัดทำโดยปราศจากหรือเป็นการขัดแย้งกับความต้องการหรือความยินยอมของข้าราชการที่ถูกโยกย้ายแล้ว ผู้บังคับบัญชาจะต้องให้เหตุผลไว้ด้วย ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 39 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976

การแต่งตั้งโยกย้ายโดยอาศัย “เหตุผลในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน (Dienstliche Gründe)”

คำว่า “เหตุผลในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน (dienstliche Gründe)” นี้เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่ชัดเจน ในทางปฏิบัติจึงต้องใช้วิธีการตีความโดยพิจารณาหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความสมเหตุสมผล (Grundsatz der Verhältnismaßigkeit) และมาตรา 33 อนุมาตรา 4 แห่งกฎหมายพื้นฐาน¹⁴⁵

ตัวอย่าง ของการแต่งตั้งโยกย้ายโดยอาศัยเหตุผลในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน เช่น ในกรณีที่มีการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเนื่องมาจากกรณีที่มีการยกเลิกหรือมีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญของโครงสร้างหน่วยงานหรือมีการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของข้าราชการ หรือมีการยุบหน่วยงานซึ่งมีผลทำให้ขอบเขตอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของข้าราชการต้องกระทบกระเทือน เป็นต้น

¹⁴⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้ใน BVwG Buchholz 26 BBG Nr.11; Buchholz 232 79 BBG Nr.44)

¹⁴⁵ การใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐอันเป็นภารกิจทั่วไปนั้น โดยทั่วไปแล้วมอบให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ของกฎหมายมหาชน

2) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Abordnung”¹⁴⁶

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Abordnung” ตามนัยมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ.1953 ได้บัญญัติเหตุผลในการที่ผู้บังคับบัญชาจะออกคำสั่งแบบ “Abordnung” ให้ได้ไปปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว ณ ตำแหน่งอื่นไว้ 3 กรณี เช่นเดียวกัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

เหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของหน่วยงาน (Dienstliches Bedürfnis) เหตุผลในกรณีนี้เป็นอำนาจอิสระของผู้บังคับบัญชาในการที่จะประเมินนโยบายการบริหารและประโยชน์ในเรื่องอื่นๆ โดยการให้เหตุผลในเรื่องนี้อาจเกิดขึ้นมาจากตัวเจ้าหน้าที่เองก็ได้ เช่น การทดลองงานในตำแหน่งอื่น การเตรียมตัวเพื่อการเลื่อนตำแหน่ง หรือการให้เหตุผลจากแผนในการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานที่ข้าราชการนั้นสังกัดอยู่

การแต่งตั้งโยกย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ (Versetzung auf Antrag) ด้วยเหตุผลนี้อาจเกิดขึ้นจากการยื่นคำร้องขอของตัวข้าราชการเอง การยื่นคำร้องขอของข้าราชการในกรณีนี้เป็นการแสดงเจตนาประเภทที่จำเป็นต้องมีผู้ตอบรับการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งโยกย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการนั้นผู้ออกคำสั่งต้องพิจารณาในเรื่องของความต้องการหรือความจำเป็นของหน่วยงานเป็นสำคัญด้วย

เหตุผลในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน (dienstliche Gründe) เหตุผลในเรื่องนี้อาจเกิดขึ้นได้จากการที่ข้าราชการมีประสิทธิภาพในการทำงานตามกฎหมายที่ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำว่า “เหตุผลในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน” นี้เป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายที่ไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติจึงต้องใช้วิธีการตีความโดยเคร่งครัด โดยพิจารณาจากหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความสมเหตุสมผล (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) และมาตรา 33 อนุมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญ¹⁴⁷

การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแบบ “Abordnung” เป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาโดยต้องพิจารณาถึงการจัดองค์กรและการบริหารงานบุคคลขององค์กรประกอบกับผลประโยชน์ของข้าราชการที่จะต้องถูกแต่งตั้งโยกย้ายด้วย โดยที่การแต่งตั้งโยกย้ายแบบ “Abordnung” มีลักษณะเป็นการชั่วคราว ดังนั้น กฎหมายจึงให้ความอิสระในการตัดสินใจแก่ผู้บังคับบัญชาในเรื่องนี้ สำหรับในเรื่องการใช้มาตรการเพื่อให้ความช่วยเหลือหรือสวัสดิการต่างๆ แก่ผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายย่อมอยู่ในดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ เพราะการแต่งตั้งโยกย้ายย่อมก่อให้เกิดภาระแก่ข้าราชการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงการแจ้งคำสั่งกับการมีผลของคำสั่งจะต้องมีระยะเวลาที่เหมาะสมเพื่อให้ข้าราชการมีเวลาอย่างเพียงพอสำหรับการเตรียมตัวและครอบครัวของข้าราชการผู้รับคำสั่งสำหรับการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้น

ในกรณีที่เป็นการแต่งตั้งโยกย้ายระหว่างสองหน่วยงาน หน่วยงานที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าเป็นผู้ออกคำสั่ง แต่ในกรณีที่เป็นการแต่งตั้งโยกย้ายภายในหน่วยงานเดียวกัน คำสั่ง

¹⁴⁶ Ulrich Battis, *op.cit.*, s. 312-322 อ้างถึงใน ศุภพร พิศาลบุตร, *เรื่องเดิม*.

¹⁴⁷ สิทธิของเจ้าหน้าที่ในภาครัฐให้พิจารณาภายใต้หลักการตามจารีตประเพณีของความเป็นข้าราชการ

แต่งตั้งโยกย้ายให้จัดทำโดยความตกลงระหว่างส่วนงานเดิมกับส่วนงานที่จะรับข้าราชการผู้นั้น ส่วนในกรณีที่เป็นการแต่งตั้งโยกย้ายที่เปลี่ยนเพียงผู้บังคับบัญชาใหม่ให้จัดทำโดยผู้บังคับบัญชาเดิมโดยต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้บังคับบัญชาใหม่ไปถึงผู้บังคับบัญชาเดิม

ผลในทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแบบ “Abordnung” นี้ ข้าราชการที่ถูกแต่งตั้งโยกย้ายย่อมอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของหัวหน้างานใหม่ โดยการพิจารณาในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิของข้าราชการ เช่น การกำหนดตำแหน่งหรือสิทธิในการลาพักผ่อน กรณีเหล่านี้เป็นอำนาจของหัวหน้างานใหม่ที่จะพิจารณา แต่ในกรณีที่เกี่ยวกับเรื่องอื่นๆ เช่น การเลื่อนตำแหน่งหรือการสอบความผิดทางวินัย กรณีเหล่านี้ให้เป็นอำนาจของหัวหน้างานเดิม สำหรับระยะเวลาของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการนั้นจะสิ้นสุดเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาแต่งตั้งโยกย้ายตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งหรือสิ้นสุดเมื่อมีการยกเลิกคำสั่งแล้วแต่กรณี แต่ก่อนการยกเลิกคำสั่งดังกล่าวจะต้องรับฟังความเห็นจากข้าราชการผู้รับคำสั่งก่อนโดยการออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเป็นอำนาจของหน่วยงานเดิม

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแบบ “Abordnung” นี้ หากจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรผู้บังคับบัญชาจะต้องให้เหตุผลไว้ในคำสั่งด้วยตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1978 ในกรณีที่ข้าราชการผู้รับคำสั่งไม่พอใจคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายตนเอง ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์และฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ได้ ทั้งนี้ การใช้สิทธิอุทธรณ์ก็ดีหรือการใช้สิทธิฟ้องโต้แย้งคำสั่งก็ดี ย่อมไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งโยกย้ายข้าราชการดังกล่าวแต่ประการใด

3) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung”¹⁴⁸

การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” นี้ ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดรองรับไว้โดยเฉพาะ และแม้ว่าคำสั่งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” นี้จะไม่ได้มีพื้นฐานการมอบอำนาจไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดแจ้ง (Ohne Ausdrückliche Gesetzliche Ermächtigungsgrundlage) กล่าวคือ ไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการมอบอำนาจให้ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการได้เหมือนกรณีคำสั่งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” และ “Abordnung” ตามนัยมาตรา 26 และมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ. 1953 ก็ตาม ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” เกิดขึ้นได้สืบเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า ในเรื่องความสัมพันธ์ในการปฏิบัติหน้าที่และความไว้นื้อเชื่อใจกันระหว่างผู้บังคับบัญชากับข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชานั้น ข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานเพื่อให้งานที่รับผิดชอบสามารถลุล่วงไปได้ด้วยดี (Amtsführungspflicht) และมีหน้าที่ในการเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา (Gehorsamspflicht)

โดยหลักทั่วไปแล้ว ก่อนที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” ผู้บังคับบัญชาจะต้องรับฟังข้าราชการที่จะถูกโยกย้ายนั้นก่อน ทั้งนี้ โดยอาศัยเหตุผลของเรื่องหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือสงเคราะห์หรือหน้าที่ทางสวัสดิการสังคม

¹⁴⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 57-59.

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลปกครองจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบคำสั่งได้โดยพิจารณาว่า ผู้บังคับบัญชาได้ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งโยกย้ายไปโดยบกพร่องหรือผิดพลาดหรือไม่ สิ่งที่จะต้องคำนึงถึงในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” เช่น มีข้อพิจารณาที่ว่าโดยผลของการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการทำให้ข้าราชการผู้นั้นสูญเสียโอกาสในการได้รับสงเคราะห์ช่วยเหลือหรือไม่ หรือตำแหน่งใหม่ที่ข้าราชการผู้นั้นได้รับมีผลทำให้การยอมรับในสังคมของข้าราชการผู้นั้นลดน้อยลงไปหรือไม่

ข้อพิจารณาสำคัญที่จะต้องนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแบบ “Umstzung” เสมอมาคือ ปัญหาที่ว่า ภายหลังจากที่ข้าราชการถูกโยกย้ายแล้ว ภาระหน้าที่การงานในความรับผิดชอบที่แท้จริงของข้าราชการผู้นั้นยังมีความถูกต้องและเหมาะสมอยู่หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น นางสาว ม. รับราชการเป็นข้าราชการในตำแหน่งหัวหน้าแผนกที่ 2 ในกองจัดการเกี่ยวกับการก่อสร้างที่พักอาศัยและการจราจร ซึ่งกองนี้แบ่งส่วนราชการออกได้เป็น 6 แผนก แต่ละแผนกจะมีเจ้าหน้าที่อย่างน้อย 5 คน ต่อมาได้มีการจัดตั้งแผนกที่ 7 เพิ่มขึ้นมา โดยแผนกนี้จะมีเจ้าหน้าที่เพียง 2 คน นางสาว ม. หัวหน้าแผนกที่ 2 ได้ถูกย้ายมาประจำที่แผนกที่ 7 และให้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าแผนกที่ 7 ที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า นางสาว ม. ไม่มีสิทธิเรียกร้องไม่ให้มีการลดจำนวนข้าราชการผู้ร่วมงานซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่า 5 คนแล้ว จะเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนางสาว ม. ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากตำแหน่งหรือฐานะของหัวหน้าแผนกที่ 7 ใหม่ที่นางสาว ม. โดยจะมีเจ้าหน้าที่ผู้ร่วมงานเพียง 2 คนนี้ เป็นตำแหน่งที่ไม่ถูกต้องและเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่เดิมของนางสาว ม. ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ผู้ร่วมงานน้อยลงนั่นเอง

3.2.1.3 สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

สถานะทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในประเทศเยอรมัน สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ¹⁴⁹ คือ

1) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นในประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายปรากฏอยู่ใน มาตรา 26 และมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ.1953 (Bundesbeamtenengesetz vom 14. Juli 1953) ซึ่งมีทั้งหมด 2 ประเภท ดังนี้

(1) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” ตามมาตรา 26 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ. 1953 ดังที่กล่าวมาแล้วนั้นสามารถสรุปความหมายได้ว่า เป็นคำสั่งที่ข้าราชการได้รับมอบหมายให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในภาระหน้าที่อื่นในตำแหน่งอื่น ซึ่งอาจอยู่ในขอบเขตของงานในความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาเดิมหรือไม่ก็ได้

(2) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Abordnung” ตามนัยมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ.1953 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นสามารถสรุปความหมายได้ว่า เป็นคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มอบหมายให้ข้าราชการไปปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราว

¹⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-58.

ในงานหรือภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่สอดคล้องเหมาะสมกับตัวข้าราชการผู้นั้นในตำแหน่งที่เปลี่ยนไป

โดยทั้งคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” ตามนัยมาตรา 26 และแบบ “Abordnung” ตามนัยมาตรา 27 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ.1953 นั้น มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามความหมายของมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25 Mai 1976)¹⁵⁰

2) คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่า คำสั่งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” คำสั่งประเภทนี้เป็นเพียงมาตรการภายในของผู้บังคับบัญชา เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดรองรับไว้หรือกำหนดหลักเกณฑ์การออกคำสั่งไว้โดยเฉพาะ แต่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ในการปฏิบัติหน้าที่และความไว้นื้อเชื่อใจกันระหว่างผู้บังคับบัญชากับข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชา เพราะข้าราชการผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานที่รับผิดชอบให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ทั้งมีหน้าที่เชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาด้วยเช่นเดียวกัน

3.2.1.4 เงื่อนไขในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

เงื่อนไขก่อนการฟ้องคดีปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องผ่านขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาก่อน ซึ่งหลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยกำหนดให้ระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นระบบบังคับก่อนฟ้องคดีเพื่อให้เป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองในชั้นฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีดังกล่าว เพราะถือว่าองค์กรศาลไม่สามารถตรวจสอบทบทวนความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองได้

ก่อนจะฟ้องคดีผู้ฟ้องจะต้องผ่านขั้นตอนการร้องขอภายในก่อนเพื่อให้มีการควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจะต้องร้องขอภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับคำสั่ง โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ออกคำสั่งทางปกครองให้ตนเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ออกคำสั่งนั้นเห็นว่าการร้องขอมีเหตุผลก็ให้วินิจฉัยใหม่ได้ แต่ถ้าไม่เห็นด้วยก็ให้ส่งคำร้องไปให้คณะกรรมการของฝ่ายปกครองพิจารณาวินิจฉัยและออกเป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง หน้าที่ของคณะกรรมการนี้คือ การแสวงหาข้อเท็จจริง การเปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีและเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถูกร้องเรียนติดต่อกันโดยตรงเป็นการภายในเพื่อถกเถียงและหาแนวทางแก้ไขก่อนที่จะเป็นคดีขึ้นสู่ศาล และถ้าคณะกรรมการดังกล่าวไม่อาจหาแนวทางแก้ไขปัญหาได้ผู้ฟ้องคดีจึงจะมีสิทธินำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะฟ้องต่อศาลปกครองภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น

¹⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยกำหนดให้ระบบอุทธรณ์ภายในการฟ้องคดีปกครองเป็นระบบบังคับก่อนฟ้องคดี เพื่อให้เป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองในชั้นฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขในการรับฟ้องคดีดังกล่าว เพราะถือว่าองค์กรศาลไม่สามารถตรวจสอบทบทวนความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองได้ ทั้งนี้ ระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบคือ¹⁵¹

1) ระบบปกติ โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตรวจสอบการกระทำของตน หากมีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนเว้นแต่คำสั่งนั้นจะกระทบประโยชน์ของบุคคลผู้สุจริต ดังนั้น หากมีการอุทธรณ์ไม่ว่าเมื่อใดเจ้าหน้าที่ย่อมนำมาพิจารณาได้เพียงแต่ไม่ถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำ เป็นแต่เพียงดุลพินิจว่าจะกระทำก่อนฟ้องคดีหรือไม่ก็ได้ตามหลักกฎหมายในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่มีระยะเวลาที่ขีดคั่นไว้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้หากพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ไม่ว่าจะเป็นระบบอุทธรณ์บังคับหรือไม่ เจ้าหน้าที่ก็มีดุลพินิจที่จะทบทวนตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้ หรือแม้จะพิจารณาใหม่โดยกำหนดให้มีภาระเพิ่มมากขึ้นก็สามารถกระทำได้ ทั้งนี้การอุทธรณ์ในระบบนี้ไม่มีผลเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีของศาลปกครองแต่อย่างใด

2) ระบบบังคับ หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก่อนฟ้องคดีปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดอยู่ในมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง ค.ศ.1960 (VwGO) ว่าการฟ้องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอ มิฉะนั้น ศาลปกครองจะไม่รับฟ้อง ดังนั้นการอุทธรณ์ในระบบบังคับก่อนฟ้องคดีจึงเกิดขึ้นจากกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองไม่ได้เกิดจากการกำหนดไว้ในเนื้อหาของพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ระบบอุทธรณ์บังคับก่อนฟ้องคดีจึงผูกติดกับวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดีด้วย หากฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ก่อนที่จะฟ้องต่อศาลเสมอมิฉะนั้นศาลจะไม่รับฟ้องส่วนคำฟ้องอื่นจะไม่อยู่ภายใต้บังคับนี้ ทั้งนี้ระบบอุทธรณ์บังคับก่อนฟ้องคดีจะไม่ใช้กับกรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่คำสั่งทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของในรัฐหรือสหพันธ์รัฐตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง (1) (VwGO) เนื่องจากคำวินิจฉัยหรือการตัดสินใจดังกล่าวไม่มีเจ้าหน้าที่ระดับสูงกว่ามาควบคุมตรวจสอบได้อีกแล้ว เช่น ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กรณีที่บุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง (2) (VwGO) เนื่องจากมีการอุทธรณ์มาครั้งหนึ่ง แล้วในเรื่องนั้นจึงสมควรให้ฟ้องคดีได้โดยตรง

¹⁵¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *เรื่องเดิม*, หน้า 297-298.

กล่าวโดยสรุปจะเห็นได้ว่า หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบถ้วนก่อนฟ้องคดีปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นหลักการที่มีการศึกษาและบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความศาลปกครอง ค.ศ.1960 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทบทวนเกี่ยวกับความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง การใช้หลักการนี้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีลักษณะปรับใช้ข้อพิพาทในแต่ละกรณีกับหลักกฎหมายที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม การใช้หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครองต่างกันไปเพื่อการจัดระบบทบทวนคำสั่งทางปกครองและแสดงความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจการทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครองและเขตอำนาจการทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยศาล ซึ่งเป็นลักษณะเด่นในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

3.2.2 หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmäßigkeit)

หลักการควบคุมฝ่ายปกครองนั้นถือได้ว่า “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพราะ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เอง การควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมืองที่ดี การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่างๆ ก็ดี รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการที่ดี ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้เองจึงถือได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นแกนกลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ข้อพิจารณาที่จะต้องพิจารณาต่อไปคืออะไรเป็นเกณฑ์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอาจแบ่งเกณฑ์ในการพิจารณาได้ 2 หลักเกณฑ์¹⁵² หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ (die Formelle Rechtmäßigkeit) และหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา (die Materielle Rechtmäßigkeit) ดังจะกล่าวถึงโดยละเอียดในหัวข้อที่ 3.2.4

3.2.3 การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Zweckmäßigkeit) หรือการควบคุมความเหมาะสม

ในขณะที่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบ่งเกณฑ์ในการตรวจสอบออกเป็นความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติและความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ ซึ่งหากแยกลักษณะของกระบวนการในการใช้กฎหมายออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนองค์ประกอบของกฎหมายและ

¹⁵²Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8 Auf (N.p.: München 1992), s. 215 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2556), หน้า 36-49.

ส่วนผลของกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายย่อมครอบคลุมทั้งในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายและส่วนของผลของกฎหมาย แต่ในขณะที่การควบคุมความเหมาะสมส่วนใหญ่นั้นเป็นการควบคุมในส่วนของผลของกฎหมาย และการตรวจสอบความเหมาะสมจะเกิดได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่าหนึ่งทางเลือกเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายได้ 2 ลักษณะ คือ ผลของกฎหมายที่มีลักษณะผูกพันเจ้าหน้าที่และผลของกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่เลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมได้ ซึ่งการเลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งนี้เรียกว่า “ดุลพินิจ”

ตามหลักนิติรัฐ มีหลักการสำคัญประการหนึ่งอยู่คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes) หลักแรกเรียกร้องว่า การกระทำทางปกครองจะขัดต่อกฎหมายมิได้ แต่ในขณะที่หลักที่สองกลับเรียกร้องว่า การกระทำทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิของบุคคลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำของฝ่ายปกครอง จากหลักพื้นฐานดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำทางปกครองทั้งหลายมีขอบเขตอยู่ที่จะต้องไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายทั้งหลาย ในนัยนี้กฎหมายจึงเป็นขอบเขตของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในขณะที่เดียวกันการที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้นั้นก็จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เช่นเดียวกัน กฎหมายในนัยนี้จึงเป็นที่มาของอำนาจในการกระทำของฝ่ายปกครอง หากกล่าวโดยสรุปถึงหลักย่อยทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า กฎหมายเป็นที่มาและเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย

โดยที่กฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าว กฎหมายจึงเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยที่การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติตามหลักนิติรัฐมีชื่อเรียกร้อง 2 ประการ คือ หลักนิติรัฐเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้ชัดเจนเพื่อประชาชนจะได้ทราบว่ามิใช่กฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้สิทธิตนไว้อย่างไรบ้าง และประการที่สองหลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีองค์กรตุลาการเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิให้แก่ประชาชนในกรณีที่ได้รับเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

ชื่อเรียกร้องของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้ชัดเจนเพื่อให้ประชาชนสามารถทราบได้ว่ากฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้สิทธิตนไว้อย่างไรบ้างนี้เองที่จะไปเกี่ยวข้องกับเรื่องการใช้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง โดยที่การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีข้อจำกัดที่ไม่สามารถกำหนดรายละเอียดทุกอย่างในตัวพระราชบัญญัติได้ ในบางกรณีจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ผู้ใช้กฎหมายซึ่งหมายถึงฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกผลของกฎหมายอันใดอันหนึ่งให้เหมาะสมสอดคล้องกับกรณีนั้นๆ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า การตรากฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจนั้นเป็นข้อจำกัดในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดในทุกกรณีของข้อเท็จจริงได้ครบถ้วน

อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการใช้กฎหมายแล้ว กรณีย่อมไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจของตนอย่างไรก็ได้ด้วยเหตุนี้เอง หลักนิติรัฐจึงมีชื่อเรียกร้องว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบสิทธิของบุคคล

ย่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ในกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลในเรื่องนี้มีปัญหาในทางกฎหมายว่าศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแค่ไหนเพียงใด

3.2.4 การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครองในสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

แบ่งออกเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติหรือในทางรูปแบบ หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา ดังต่อไปนี้

3.2.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติหรือในทางรูปแบบ (Die Formelle Rechtsmäßigkeit)

การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการกระทำในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องพิจารณาเกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ ภาระบวการและแบบของการกระทำ ดังนี้

1) เกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ (Zuständigkeit)

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ หมายถึง เจ้าหน้าที่คนใดมีหน้าที่จะต้องดำเนินการในเรื่องนั้น ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่อาจแยกพิจารณาออกเป็นอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหากับอำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่¹⁵³

อำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหา (Die Sachliche Zuständigkeit) เกณฑ์ในการกำหนดอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหาก็คือการพิจารณาจากภารกิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งแยกเกณฑ์ในการพิจารณาภาระหน้าที่ในทางเนื้อหาได้ดังนี้

พิจารณาว่าเป็นอำนาจหน้าที่ในขอบเขตของหน่วยใด เช่น อำนาจหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอยู่ในอำนาจของกระทรวงสาธารณสุขซึ่งในกระทรวงสาธารณสุขมีหลายหน่วยงานในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาว่า อำนาจหน้าที่ดังกล่าวอยู่ในอำนาจของหน่วยงานใด

พิจารณาว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ระดับใด หลังจากทราบแล้วว่าอำนาจหน้าที่นั้นอยู่ที่หน่วยงานใด ประการต่อมาจะต้องพิจารณาว่าอำนาจหน้าที่นั้นเจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจในเรื่องนั้น กล่าวคือ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือระดับกลาง

อำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่ (Die Ortliche Zuständigkeit) นั้นเป็นการพิจารณาว่าความมุ่งหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นอยู่ในขอบเขตของทางพื้นที่ที่เจ้าหน้าที่นั้นๆ มีอำนาจหรือไม่ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นไม่ได้อยู่ในเขตพื้นที่ของเจ้าหน้าที่นั้นๆ เจ้าหน้าที่ก็ไม่มีอำนาจที่จะกระทำการในเรื่องดังกล่าวได้ แม้ว่าเจ้าหน้าที่มีอำนาจตามกฎหมายแล้วก็ตามก็ยังคงต้องมีการตรวจสอบในเรื่องการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งจะต้องปรากฏกรณีว่าเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งต้องมีความเป็นกลาง

¹⁵³ Ule, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4 Auf (N.p.: München, 1995), s. 86 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 36-37.

2) เกณฑ์ในเรื่องของกระบวนการขั้นตอน (Verfahren)

หลักเกณฑ์ในเรื่องกระบวนการขั้นตอนนั้นโดยหลักพื้นฐานแล้วในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการขั้นตอนมักเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม มีกระบวนการขั้นตอนบางประการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดหากไม่ดำเนินการตามที่กำหนดอาจส่งผลให้การออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น หลักการยื่นคำร้อง หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้อง หลักการปรึกษาหารือหรือการขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่น เป็นต้น หลักต่างๆ เหล่านี้เป็นหลักการที่กำหนดในเรื่องของกระบวนการขั้นตอนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครอง

แบบของการกระทำ เป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะส่งผลทำให้การออกคำสั่งของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ กฎหมายที่กำหนดในเรื่องของแบบของการกระทำอาจเป็นกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง

หลักการให้เหตุผล (Begründung) การให้เหตุผลถือว่าเป็นสาระสำคัญในส่วนของวิธีบัญญัติประการหนึ่ง คำสั่งที่ออกเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ไม่มีการให้เหตุผลในคำสั่งอาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติได้

3.2.4.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา (Die Materielle Rechtmäßigkeit)

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติมีหลักเกณฑ์ดังนี้¹⁵⁴

1) การออกคำสั่งจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไป กรณียอมเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าการออกแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่ออกโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งนั้น นอกเหนือจากจะไม่ขัดแย้งกับกฎหมายที่ให้อำนาจแล้วยังจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ นอกจากนี้จะต้องไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายทั่วไปด้วย หลักที่ห้ามไม่ให้คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายขัดแย้งกับกฎหมายนี้เรียกว่า “หลักความมาก่อนของกฎหมาย” (Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) หลักการนี้เป็นหลักที่เรียกร้องในทางปฏิเสธที่ห้ามไม่ให้เกิดการออกคำสั่งไปขัดแย้งกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง

2) กฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Ermächtigungsgrundlage)

ในกรณีนี้นอกเหนือจากจะต้องตรวจสอบว่าการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่แล้วซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “หลักเงื่อนไขของกฎหมาย” (der Grundsatz der Vorbehalter des Gesetzes) กล่าวคือ การที่จะออกคำสั่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่อาจกระทบสิทธิของบุคคล เงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งคือจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่ง

¹⁵⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 40-47.

ด้วย กรณีไม่ได้หมายความว่าเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแล้วจะถือว่าคำสั่งชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ มีกรณีที่ต้องตรวจสอบดังนี้

ประการแรก หากกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นเป็นพระราชบัญญัติจะต้องตรวจสอบว่าพระราชบัญญัตินั้นมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ประการที่สอง หากกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นเป็น “กฎหมายลำดับรอง” จะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายลำดับรองนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งต้องตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น ในกรณีที่คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ออกโดยอำนาจตามกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติย่อมมีผลทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

3) การออกคำสั่ง จะต้องไม่มีข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจ (Ermessensfehlerfreiheit)

ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอิสระในการเลือกมาตรการใด มาตรการหนึ่งที่อยู่ในส่วนผลของกฎหมายซึ่งเรียกว่า “ดุลพินิจ”¹⁵⁵ เจ้าหน้าที่ที่จะต้องใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนดย่อมทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การใช้ดุลพินิจที่เป็นความบกพร่องของกฎหมายแยกออกได้ดังนี้

(1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด (Ermessen suberschreitung)

(2) การไม่ใช้ดุลพินิจ (Ermessennichtgebrauch)

(3) การใช้ดุลพินิจโดยขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Ermessen smißbrauch)

(4) การใช้ดุลพินิจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Verstoß gegen Grundrechte und allgemeine Verwaltungsgrundsätze)

การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครองในประเทศเยอรมัน ศาลปกครองได้เข้าไปตรวจสอบคำว่า “ความต้องการหรือความจำเป็นของหน่วยงาน” และ “เหตุผลในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน” โดยศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นว่าคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่มีความแน่นอนชัดเจนในตัวเอง ไม่เฉพาะเจาะจงและไม่ใช่เรื่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลจึงถือว่าตนมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ เดือนมกราคม ค.ศ.1967 (BVerfGE 26, 65)¹⁵⁶

อย่างไรก็ดี แม้การตัดสินใจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการทั้งโดยอาศัยเหตุผลในเรื่องความต้องการหรือความจำเป็นของหน่วยงานตามคำร้องขอของข้าราชการนั้นจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาว่าจะพิจารณาเห็นสมควรให้มีคำสั่งให้โยกย้ายข้าราชการ

¹⁵⁵ กมลชัย รัตนสภาวะ, **พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537), หน้า 165.

¹⁵⁶ Ulrich Battis, *op.cit.*, s. 312 อ้างถึงใน ศุภสิริ พิศาล, *เรื่องเดิม*.

ดังกล่าวหรือไม่ จึงทำให้ศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาได้ในขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น แต่สิ่งที่ศาลปกครองจะสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้คือ เรื่องประสิทธิภาพของการบริหารจัดการข้อพิจารณาโดยทั่วไปในเรื่องแผนงานจัดการบุคลากร โดยอาศัยเหตุผลเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาในการให้ความสงเคราะห์ช่วยเหลือหรือหน้าที่ในด้านสวัสดิการ ทำให้ศาลปกครองสามารถนำเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนบุคคลของข้าราชการมาประกอบการพิจารณาในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการได้¹⁵⁷

จึงอาจกล่าวได้ว่า การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Versetzung” ข้าราชการที่ถูกแต่งตั้งโยกย้ายจะต้องสามารถคาดคิดและยอมรับได้ถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับข้าราชการผู้นั้นเอง ดังนั้น ข้าราชการผู้นั้นจึงไม่อาจโต้แย้งในเรื่องของความไม่พอใจของผลที่เกิดขึ้นตามมาภายหลังได้ แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ก็ได้ตัดสินว่าแม้กรณีจะเป็นไปตามหลักทั่วไปดังกล่าวข้างต้นก็ตาม แต่ในการตัดสินใจใช้ดุลพินิจออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายผู้บังคับบัญชาก็จะต้องพิจารณาให้ความสำคัญและคำนึงถึงประโยชน์ส่วนได้เสียที่ชอบธรรมหรือที่สมควรได้รับในขอบข่ายของเรื่องส่วนตัวของข้าราชการที่จะถูกแต่งตั้งโยกย้ายนั้นด้วย¹⁵⁸

ส่วนการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการแบบ “Umstzung” นั้น ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบคำสั่งแบบนี้ในการพิจารณาว่าผู้บังคับบัญชาได้ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไปโดยบกพร่องหรือผิดพลาดหรือไม่ ซึ่งสิ่งที่ต้องนำมาใช้ดุลพินิจประกอบการพิจารณาออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแบบนี้ เช่น ข้อพิจารณาที่ว่าโดยผลของการออกคำสั่งทำให้ข้าราชการผู้นั้นสูญเสียโอกาสในการได้รับสงเคราะห์ช่วยเหลือหรือไม่ หรือตำแหน่งใหม่ที่ข้าราชการผู้นั้นได้รับมีผลทำให้การยอมรับในสังคมของข้าราชการผู้นั้นลดน้อยลงไปด้วยหรือไม่¹⁵⁹

ทั้งนี้ ได้สรุปสาระสำคัญของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ ลงวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ.1980 (BVerwGE 60, 144) ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีรับราชการ โดยได้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหัวหน้าฝ่าย (Arbeitsgruppenleiter) ในส่วนที่เกี่ยวกับระเบียบข้อบังคับในเรื่องที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของพลเมืองและการคุ้มครองอันตรายที่เกิดขึ้นแก่ประชาชน ตั้งแต่ปี ค.ศ.1973 ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ.1974 ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ในแผนกกว่าด้วยการตกลงหรือการประนีประนอมในเรื่องการจ่ายเงินช่วยเหลือ (Abteilung Lastenausgleich) ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับการสับเปลี่ยนหรือโยกย้ายหน้าที่ดังกล่าวจึงได้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี โดยให้เหตุผลว่าเป็นการออกคำสั่งสับเปลี่ยนของผู้บังคับบัญชาที่สั่งการให้ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่โดยผู้บังคับบัญชาไม่อาจร้องขอให้ผู้บังคับบัญชาเพิกถอนได้

¹⁵⁷ มานิตย์ วงศ์เสรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 55.

¹⁵⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ BVwG Buchholz §26 BGG Nr.11; Buchholz 232 79 SBBG Nr.44.

¹⁵⁹ มานิตย์ วงศ์เสรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 58.

หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วมีคำสั่งไม่รับฟ้อง ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมือง Münster ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้พิจารณาแล้วมีคำสั่งยืนตามศาลปกครองชั้นต้น ผู้ฟ้องคดีจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วมีคำสั่งให้กลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่ไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาและได้พิพากษาคำสั่งให้ศาลปกครองชั้นต้นรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาพิพากษาต่อไป

เหตุผลสำคัญของศาลปกครองสูงสุดสหพันธ์ ในเบื้องต้นศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นด้วยกับความเห็นของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่ว่า การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลปกครองโดยอาศัยคำฟ้องประเภท “Anfechtungsklage” ซึ่งได้แก่ คำฟ้องที่มีลักษณะเป็นการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลปกครองไม่อาจรับคำฟ้องประเภทดังกล่าวไว้พิจารณาได้ เนื่องจากศาลปกครองจะสามารถรับคำฟ้องประเภท “Anfechtungsklage” นี้ไว้พิจารณาได้ต่อเมื่อมาตรการหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ผู้ฟ้องคดีนำมาฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนนั้นมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 42 อนุมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) สำหรับข้อเท็จจริงในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นด้วยกับศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ว่ากรณีนี้ไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเพราะ “คำสั่งสับเปลี่ยนหรือแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ” ในกรณีของผู้ฟ้องคดีนี้ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ปฏิเสธไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาโดยอาศัยเหตุผลดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์จึงเห็นชอบด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์มีความเห็นต่อไปว่า การที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์จะปฏิเสธไม่รับฟ้องของผู้ฟ้องคดีโดยอาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นแต่เพียงเนื่องจากว่าคำสั่งสับเปลี่ยนหรือแต่งตั้งโยกย้ายหน้าที่ข้าราชการ ในกรณีนี้ไม่มีลักษณะของคำสั่งทางปกครองเลยนั้นศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ไม่เห็นด้วย เนื่องจากการที่คำสั่งสับเปลี่ยนหรือแต่งตั้งโยกย้ายหน้าที่ราชการไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้มีผลทำให้ศาลปกครองไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของข้าราชการได้เลยเสียทีเดียว กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นว่าแม้ว่าคำสั่งสับเปลี่ยนหรือแต่งตั้งโยกย้ายหน้าที่ข้าราชการจะไม่ใช่คำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่สิ่งนี้ไม่ใช่เหตุผลที่ศาลปกครองจะสามารถนำมาใช้เพื่อคว่นตัดสินหรือวินิจฉัยถึงปัญหาเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการหรือคำสั่งภายในของผู้บังคับบัญชาในกรณีนี้ได้ การที่ศาลปกครองไม่อาจรับคำฟ้องประเภท “Anfechtungsklage” ได้ (เนื่องจากคำสั่งหรือมาตรการที่นำมาฟ้องนั้นไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง) ไม่ได้หมายความว่า ศาลปกครองจะรับฟ้องนั้นไว้พิจารณาไม่ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าคำฟ้องนั้นเข้าลักษณะของคำฟ้องประเภทอื่นและมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) จะบัญญัติห้ามไม่ให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาเกินไปจากคำฟ้องก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลปกครองจะต้องยึดติดหรือต้องผูกพันกับคำขอของผู้ฟ้องคดีอย่างเคร่งครัด ศาลปกครองสามารถพิจารณาและค้นหาถึงวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายในการใช้สิทธิฟ้องร้องคดีของผู้ฟ้องคดีได้จากสิ่งที่ปรากฏอยู่ในคำฟ้องตลอดจนพฤติการณ์ทั้งปวงที่คู่กรณีนำเสนอมาในคดีที่ฟ้องร้อง

ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์ได้พิจารณาข้อเท็จจริงในคดีแล้วเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากความมุ่งหมายหรือความต้องการของผู้ฟ้องคดีในการใช้สิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว จะเห็นว่าผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีนี้ก็เพื่อต้องการให้มีการเพิกถอนการสับเปลี่ยนหรือแต่งตั้งโยกย้ายหน้าที่ในการปฏิบัติราชการของตน เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของผู้บังคับบัญชาทำให้ตนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย คำฟ้องในคดีนี้จึงเข้าลักษณะของคำฟ้องประเภท “Allgemeine Leistungsklage” ซึ่งได้แก่ คำฟ้องที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลสั่งการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติการหรือดำเนินการในลักษณะให้คุณประโยชน์กับผู้ฟ้องคดี ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์จึงเห็นสมควรให้ศาลปกครองชั้นต้นสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในกรณีนี้ได้เฉพาะแต่การตรวจสอบว่า การออกคำสั่งสับเปลี่ยนหรือแต่งตั้งโยกย้ายผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้เกิดขึ้นมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการไปโดยมีการใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือนหรือไม่

อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครองในประเทศเยอรมันนั้นหลักการที่จะต้องใช้ในการพิจารณาเสมอคือการออกคำสั่งจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) ด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้รับคำสั่งหรือต่อบุคคลอื่น การพิจารณาในทางเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นเป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ ความสัมพันธ์ หรือที่เรียกว่าพิจารณาถึงความเหมาะสม ความจำเป็น และความสมดุลระหว่างเหตุที่ถูกกระทบกับผลที่ได้รับจากการกระทำนั้นๆ นอกจากนี้ การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายยังจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน (der Grundsatz der Bestimmtheit) เพื่อให้ผู้รับคำสั่งได้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้ผู้รับคำสั่งกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด หลักความแน่นอนชัดเจนนี้มีผลมาจากลักษณะของคำสั่งทางปกครองเพราะคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย (Konkret-Individuell) ด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่จะต้องทำให้ลักษณะทั่วไปของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่สามารถทราบได้แน่ชัดว่าใครคือผู้รับคำสั่งทางปกครอง กระทำการใดหรือไม่กระทำการใด คำสั่งดังกล่าวอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไทย

บทที่ 4

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย ของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศไทย

ในการปฏิบัติราชการบริหารงานบุคคลขั้นต้นของการทำงานเริ่มตั้งแต่การได้มาซึ่งบุคลากร หรือเรียกได้ว่าตั้งแต่การสรรหาและบรรจุแต่งตั้ง การโอน การย้าย การเลื่อนชั้น เลื่อนเงินเดือน เป็นต้น โดยที่ในการดำเนินงานดังกล่าวย่อมทำให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจำเป็นต้อง ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ จึงเป็น เรื่องปกติที่การดำเนินงานดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ได้แก่ ผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครองจึง อาจเกิดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ในระดับของวิธีปฏิบัติทางการบริหารงานบุคคล กรณีที่เกี่ยวกับการออก คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการก็เป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคล

การบริหารงานบุคคลของในบทนี้จะศึกษาเฉพาะข้าราชการฝ่ายพลเรือนสามัญซึ่งจะถูก กำหนดโดยกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 นอกจากนี้หลักเกณฑ์และวิธีการ บริหารงานบุคคลของข้าราชการยังต้องอยู่ภายใต้นโยบายของการบริหารงานบุคคลและแนวปฏิบัติ ต่างๆ ที่กำหนดขึ้น โดยองค์กรกลางในการบริหารงานบุคคลในที่นี่ก็คือคณะกรรมการข้าราชการพล เรือน ดังนั้น จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในเรื่องดังกล่าวที่จะต้องศึกษาบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ ที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายไทย รวมถึงการควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศไทยใน สาระสำคัญดังจะกล่าวต่อไป

4.1 คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายไทย

ในบทนี้จะแบ่งออกเป็นความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการและเงื่อนไขในการ ออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย ดังต่อไปนี้

4.1.1 ความหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

บทบัญญัติกฎหมายหลายฉบับได้ให้ความหมายของการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 เพื่อให้เป็นไปตามแนวทางของคณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือน ดังต่อไปนี้

มาตรา 63 บัญญัติว่า การย้าย การโอน หรือการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณีให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญจากกระทรวงหรือกรมหนึ่งไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในต่างประเทศสังกัดอีกกระทรวงหรือกรมหนึ่ง เป็นการชั่วคราวตามระยะเวลาที่กำหนด ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด

การย้ายหรือการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น

ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า การแต่งตั้งโยกย้าย หมายถึง การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดผู้หนึ่งไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แต่บางกรณีก็อาจย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมก็ได้เมื่อได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น¹⁶⁰ จะเห็นได้ว่าจากความหมายข้างต้นเป็นการมอบหน้าที่ใหม่ให้แก่ข้าราชการผู้ถูกโยกย้าย เป็นการเปลี่ยนความรับผิดชอบจากที่เคยทำอยู่ไปเป็นอีกตำแหน่งหนึ่งในอีกหน่วยงานหนึ่งในระดับเดียวกันกับตำแหน่งเดิม โดยให้ได้รับเงินเดือนเท่าเดิม มีสถานภาพเท่าเดิม และอยู่ในสังกัดเดิมแต่จะย้ายไปดำรงตำแหน่งต่ำกว่าเดิมก็ได้หากข้าราชการผู้นั้นยินยอม ซึ่งต่างกับกรณีการโอนที่เป็นการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในต่างกระทรวง ทบวง กรม

4.1.2 เงื่อนไขในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

วิธีแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายอันเกิดจากการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือความเดือดร้อนเสียหายจากคำสั่งดังกล่าว จะต้องดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องนั้นตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อนที่จะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติไว้ว่า

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดโดยเฉพาะการฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด

¹⁶⁰ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, หนังสือที่ นร. 1006/ว.4, 20 กุมภาพันธ์ 2552, เรื่อง การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญ มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, สำนักงาน ก.พ.

ดังนั้น จึงสามารถกำหนดเงื่อนไขในการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายเพื่อให้ผู้มีสิทธิฟ้องได้ใช้สิทธิก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 กำหนดไว้ 2 กรณี ดังนี้

1. สิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ในกรณีถูกลงโทษทางวินัย ถูกสั่งให้ออกจากราชการ 6 กรณีตามมาตรา 110 (1) (3) (5) (6) (7) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ เว้นแต่มีเหตุขัดข้องที่ทำให้การพิจารณาไม่แล้วเสร็จในระยะเวลาดังกล่าวก็ให้ขยายระยะเวลาได้อีกซึ่งไม่เกินสองครั้ง โดยแต่ละครั้งจะต้องไม่เกินหกสิบวัน

2. สิทธิร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปหรือต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ว่าตนมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติต่อตนของผู้บังคับบัญชา (ยกเว้นเรื่องการลงโทษทางวินัยและถูกสั่งให้ออกจากราชการ 6 กรณีตามมาตรา 110 (1) (3) (5) (6) (7) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 เช่น ไม่ได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งต่างๆ การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน การย้าย การโอน เป็นต้น การร้องทุกข์เป็นวิธีการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาได้ระบายความคับข้องใจในการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลว่ามีการกระทำที่ไม่ถูกต้องเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาได้มีโอกาสทบทวน แก้ไข หรือชี้แจงเหตุผลให้ผู้ร้องทุกข์ได้ทราบและทำความเข้าใจหรือเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปหรือ ก.พ.ค. พิจารณาให้ความเป็นธรรมแก่ตนตามสมควร

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีข้อพิพาททางปกครองอันเกิดจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใด หากข้าราชการผู้นั้นเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำสั่งนั้น จะต้องพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะก่อนว่าได้กำหนดในเรื่องการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายไว้หรือไม่อย่างไร หากกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาไว้ผู้ได้รับผลกระทบหรือเดือดร้อนเสียหายพึงต้องดำเนินการเช่นนั้น ในกรณีคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องดำเนินการการร้องทุกข์หรือร้องเรียนก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพราะการร้องทุกข์ (Grievance) เป็นวิธีการอย่างหนึ่งของกระบวนการพนักงานสัมพันธ์ (Employee Relation Process) ในระบบการบริหารทรัพยากรบุคคล โดยได้มีจุดประสงค์ที่จะให้ข้าราชการมีทางร้องขอให้แก้ไขหรือแก้ความคับข้องใจในการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาต่อตน¹⁶¹ ซึ่งหลักการกำหนดให้ต้องมีการร้องทุกข์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นไปตามหลักการแก้ไขเยียวยาภายในส่วนราชการหรือหน่วยงานโดยไม่ต้องพึ่งพองค์กรตุลาการ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อส่วนราชการและผู้บังคับบัญชาในการที่จะได้รับรู้และแก้ไขการสั่งการที่ผิดพลาดหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยตนเองได้ หลักการร้องทุกข์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองจึงเป็นมาตรการในการตรวจสอบและแก้ไขความบกพร่องหรือผิดพลาดของส่วนราชการหรือต่อผู้บังคับบัญชาที่มีขึ้น เพื่อให้

¹⁶¹ ประวิณ ญ นคร, *บันทึกประวัติข้าราชการพลเรือนและ ก.พ.* (กรุงเทพมหานคร: ประชาชน, 2547), หน้า 162.

การบริหารงานของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้การแก้ไขเยียวยาภายในยังอาจทำให้ข้อพิพาทระงับลงในชั้นการร้องทุกข์ก็ได้

ดังนั้น หากข้าราชการผู้ใดได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเกิดจากการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการซึ่งเห็นว่ามีความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวจะต้องใช้สิทธิร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎ ก.พ.ค.ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ.2551 กำหนดไว้ให้ครบขั้นตอนก่อน และเมื่อมีการสั่งการหรือไม่มีการสั่งการภายในระยะเวลาที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ประกอบกฎ ก.พ.ค.ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ.2551 กำหนด ข้าราชการผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง¹⁶²

การเสนอคำร้องทุกข์ สามารถพิจารณาโดยใช้เหตุแห่งความเดือดร้อนหรือเสียหายแบ่งได้เป็น 2 กรณี¹⁶³ กล่าวคือ

1. เหตุเกิดจากผู้บังคับบัญชาให้ร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปตามลำดับ คือ

1) กรณีที่เหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากผู้บังคับบัญชาในราชการบริหารส่วนภูมิภาคที่ต่ำกว่าผู้ว่าราชการจังหวัด เช่น สาธารณสุขอำเภอ นายอำเภอ ผู้อำนวยการโรงพยาบาล นายแพทย์ สาธารณสุขจังหวัดให้ร้องทุกข์ต่อผู้ว่าราชการจังหวัด และให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์

2) กรณีที่เหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากผู้บังคับบัญชาในราชการบริหารส่วนกลางซึ่งต่ำกว่าอธิบดี เช่น ผู้อำนวยการกอง หรือผู้อำนวยการสำนักให้ร้องทุกข์ต่ออธิบดีและให้อธิบดีเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์ สำหรับกรณีสำนักงานปลัดกระทรวงนั้นถ้าเหตุเกิดจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรือหน่วยงานส่วนกลาง จะต้องร้องทุกข์ต่อปลัดกระทรวง (ในฐานะอธิบดี) และปลัดกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์

3) กรณีที่เหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรืออธิบดีให้ร้องทุกข์ต่อปลัดกระทรวงซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ร้องทุกข์และให้ปลัดกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์ อนึ่ง กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งย้ายหรือเลื่อนเงินเดือนข้าราชการตำแหน่งประเภทวิชาการ ตั้งแต่ระดับชำนาญการพิเศษลงมา กฎหมายใหม่บัญญัติให้เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดโดยตรง หากจะร้องทุกข์ในเรื่องนี้จะต้องร้องทุกข์ต่อปลัดกระทรวง

2. เหตุเกิดจากปลัดกระทรวง รัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือนายกรัฐมนตรีให้ร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค. ดังนั้น ถ้าเหตุร้องทุกข์เกิดจากปลัดกระทรวงต้องร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค. อนึ่ง คำสั่งต่างๆ ของสำนักงานปลัดกระทรวงเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล เช่น บรรจุแต่งตั้ง เลื่อน ย้ายโอน นั้นถ้าทำให้ข้าราชการเกิดความคับข้องใจแล้ว จะต้องร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค. ทุกกรณีการร้องทุกข์ให้ร้องทุกข์ได้สำหรับตนเอง เท่านั้นจะร้องทุกข์แทนผู้อื่นไม่ได้และต้องทำคำร้องทุกข์เป็นหนังสือยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์

¹⁶² กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ.2551, **ราชกิจจานุเบกษา** 125 (11 ธันวาคม 2551), หน้า 30-48.

¹⁶³ *เรื่องเดียวกัน.*

ภายใน 30 วันนับแต่วันทราบ หรือถือว่าทราบเหตุแห่งการร้องทุกข์โดยคำร้องทุกข์ให้ใช้ถ้อยคำสุภาพ และอย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญ คือ

- 1) ชื่อ ตำแหน่ง สังกัด และที่อยู่สำหรับการติดต่อเกี่ยวกับการร้องทุกข์ของผู้ร้องทุกข์
- 2) การปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติที่เป็นเหตุแห่งการร้องทุกข์
- 3) ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ผู้ร้องทุกข์เห็นว่าเป็นปัญหาของเรื่องร้องทุกข์
- 4) คำขอของผู้ร้องทุกข์
- 5) ลายมือชื่อของผู้ร้องทุกข์หรือผู้ได้รับมอบหมายให้ร้องทุกข์แทนกรณีที่เป็น

การยื่นหนังสือร้องทุกข์ทำได้ 2 วิธีคือ

1. ยื่นต่อพนักงานผู้รับคำร้องทุกข์ที่สำนักงาน ก.พ. (กรณีร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค.) หรือเจ้าหน้าที่ผู้รับหนังสือตามระเบียบว่าด้วยการสารบรรณของผู้บังคับบัญชา หรือของผู้บังคับบัญชาที่เป็นเหตุแห่งการร้องทุกข์หรือของผู้มีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์

2. ส่งหนังสือร้องทุกข์ทางไปรษณีย์ลงทะเบียน โดยถือวันที่ทำการไปรษณีย์ต้นทาง ประทับตราวันที่ของหนังสือร้องทุกข์เป็นวันยื่นคำร้องทุกข์ โดยให้ส่งไปยังผู้บังคับบัญชาหรือส่งไปยังสำนักงาน ก.พ. (กรณีร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค.)

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การร้องทุกข์เป็นกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในฝ่ายปกครองประการหนึ่ง โดยในกรณีที่ข้าราชการผู้ใดเห็นว่าผู้บังคับบัญชาปฏิบัติต่อตนโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องอื่นๆ หรือมีเหตุคับข้องใจจากการที่ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติต่อตนในเรื่องอื่นๆ นอกเหนือจากการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย จะต้องใช้สิทธิโต้แย้งการกระทำดังกล่าวของผู้บังคับบัญชาโดยการร้องทุกข์ ซึ่งการร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมหรือเรียกโดยย่อว่า ก.พ.ค.ขึ้นมาโดยมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ตามมาตรา 123 โดยการร้องทุกข์ดังกล่าวข้าราชการพลเรือนสามัญจะร้องทุกข์ได้ในกรณีมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาให้ข้าราชการพลเรือนผู้นั้นมีสิทธิร้องทุกข์ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ร้องทุกข์ที่บัญญัติไว้ในหมวด 10 ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

การดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายหลังจากฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 71 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดสั่งให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ ให้เป็นหน้าที่ของ ก.พ. โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีในการสั่งการตามสมควรเพื่อเยียวยาและแก้ไขหรือดำเนินการตามที่เห็นสมควรได้” ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเกิดจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ เมื่อศาลปกครองได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดสั่งให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวแล้วก็ต้องให้ข้าราชการผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งเดิม ถ้าตำแหน่งเดิมไม่ว่างเพราะได้มีการแต่งตั้งให้ผู้อื่นดำรงตำแหน่งนั้นแล้ว ก็ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของ ก.พ. โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีที่จะต้องสั่งการเพื่อเยียวยาไม่ให้ข้าราชการผู้นั้นต้องเสียฐานะเดิม เสียสิทธิ และประโยชน์ที่ควรจะได้รับ ในกรณีเช่นว่านี้ ก.พ.อาจเยียวยาโดยกำหนดตำแหน่งใหม่ที่เท่ากับตำแหน่งเดิมและสั่งให้ผู้บังคับบัญชาแต่งตั้งข้าราชการผู้นั้นให้ดำรงตำแหน่งใหม่ที่กำหนดไว้ก็ได้ หรือสามารถหาตำแหน่งอื่น

ที่เท่ากับตำแหน่งเดิมพอที่จะแต่งตั้งข้าราชการผู้นั้นให้ดำรงตำแหน่งได้ก็อาจสั่งให้ผู้บังคับบัญชาแต่งตั้งข้าราชการผู้นั้นให้ดำรงตำแหน่งนั้นก็ได้

ในกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเพราะผู้ออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไม่มีอำนาจหรือดำเนินการไม่ถูกต้อง แต่ข้าราชการผู้นั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้นได้ ก.พ. โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอำนวยการสั่งแก้ไขโดยให้ผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งออกคำสั่งให้ถูกต้องหรือสั่งให้ดำเนินการให้ถูกต้องและออกคำสั่งแต่งตั้งใหม่ก็ได้แต่ต้องไม่กระทบสิทธิของผู้อื่น

4.2 บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในประเทศไทย

การออกคำสั่งย้ายข้าราชการในประเทศไทยจะต้องพิจารณาบนฐานข้อมูลหรือข้อเท็จจริงอย่างเคร่งครัดว่ามีเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องย้ายข้าราชการผู้นั้นเพียงใด และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการหรือไม่ ซึ่งไม่เพียงแต่จะต้องพิจารณาความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ และความเหมาะสมกับหน้าที่และลักษณะงานของตำแหน่งเท่านั้น แต่ต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องทำให้เจตนารมณ์ของการย้ายเพื่อประโยชน์ของทางราชการลุล่วงเป็นจริง (หลักความเหมาะสม) ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการผู้ถูกย้ายน้อยที่สุด (หลักความจำเป็น) และต้องเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่าความเสียหายที่ข้าราชการหรือเอกชนจะได้รับจากการถูกย้าย (หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) ด้วยเช่นเดียวกัน

ก่อนที่จะกล่าวถึงคดีปกครองเกี่ยวกับการแต่งตั้งโยกย้ายฝ่ายปกครองในประเทศไทยในบทนี้จะขอกล่าวถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ถือเป็นบทกฎหมายซึ่งให้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งและกำหนดหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่สำคัญ

4.2.1 ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

แต่เดิมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 นั้น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน หรือ ก.พ. ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกันในกรณีปกติไว้ในหนังสือสำนักงาน ก.พ.ที่ นร. 0708/ว.9 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2535¹⁶⁴ และได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งระดับ 7 และระดับ 8 เพื่อเพิ่มพูนประสบการณ์เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายในกรณีปกติไว้ในหนังสือสำนักงาน ก.พ.ที่ นร. 0708.1/ว.21 ลงวันที่ 30 กันยายน 2540¹⁶⁵ นอกจากนี้ ก.พ.ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสับเปลี่ยนหน้าที่ ย้าย โอนข้าราชการพลเรือน

¹⁶⁴ สวัสดิการสำนักงาน ก.พ., กฎ ก.พ. เล่ม 2 ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2548 (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ., 2548), หน้า 596-597.

¹⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 604-607.

สามัญผู้ดำรงตำแหน่งระดับ 9 และระดับ 10 ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีลักษณะบริหารตามมาตรา 53 ไว้ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ.ที่ นร. 0708/ว.7 ลงวันที่ 30 เมษายน 2540¹⁶⁶

ปัจจุบันมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 นับตั้งแต่วันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2551 เป็นต้นมา ซึ่งได้แสดงเจตนารมณ์ไว้ชัดแจ้งว่า การบริหารงานบุคคลต้องคำนึงถึงความรู้ความสามารถ ความเสมอภาคในโอกาส ความมั่นคงในการดำรงสถานภาพ ความเป็นกลางทางการเมือง ประโยชน์ของทางราชการ ผลสัมฤทธิ์และประสิทธิภาพขององค์กร ความเป็นธรรมไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมและความยุติธรรม ดังนั้น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือนจะต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรมและคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของข้าราชการผู้ดำรงตำแหน่งนั้นตลอดจนประโยชน์ของทางราชการด้วย และการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือนตามมาตรา 63 นั้นให้ผู้มีอำนาจตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 เป็นผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือนดังกล่าวได้

โดยที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 63 กำหนดว่า การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนในหรือต่างกระทรวงหรือกรมแล้วแต่กรณี ให้เป็นไปตามที่ก.พ.กำหนด ส่วนการย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น จะเห็นว่าได้มีการกำหนดให้ความเป็นธรรมต่อตัวข้าราชการในกรณีที่ต้องย้ายไปดำรงตำแหน่งที่ต่ำกว่าเดิมมากขึ้น ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 เดิมที่กำหนดให้ย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิม จะกระทำได้อีกเมื่อได้รับอนุมัติจาก ก.พ. และเพื่อป้องกันการทุจริตจากการใช้อำนาจที่ไม่ชอบของข้าราชการในระดับผู้บริหาร ยังได้กำหนดไม่ให้ข้าราชการประเภทบริหารปฏิบัติหน้าที่เดียวติดต่อกันเป็นเวลาครบ 4 ปี โดยให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุดำเนินการสับเปลี่ยนหน้าที่ ย้าย หรือโอนไปปฏิบัติหน้าที่อื่น เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการจะขออนุมัติคณะรัฐมนตรีให้คงอยู่ปฏิบัติหน้าที่เดิมต่อไปไม่เกิน 2 ปี ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ก.พ.กำหนดไว้ด้วย¹⁶⁷

4.2.1.1 องค์กรผู้มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายถือเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐที่มีต่อฝ่ายปกครอง ดังนั้น เพื่อให้สิทธิต่างๆ ของฝ่ายปกครองและผู้ที่จะเข้ารับราชการได้รับความคุ้มครอง จึงได้กำหนดเงื่อนไขในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายซึ่งได้กล่าวถึงองค์กรผู้มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ โดยแบ่งออกเป็นตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับปัจจุบันเพื่อจะได้ทราบความเหมือนและแตกต่างที่ได้กำหนดบทบัญญัติของกฎหมายเปลี่ยนแปลงจากเดิมในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยละเอียด ดังนี้

¹⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 598-603.

¹⁶⁷ มาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

1) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535

ในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการนั้น ผู้ออกคำสั่งจะต้องเป็นผู้มีอำนาจซึ่งมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้ออกคำสั่ง ดังต่อไปนี้

(1) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 11 ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโยกย้ายต่อไป

(2) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 10 ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชาเสนอรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโยกย้ายต่อไป ยกเว้นการย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งระดับ 10 ในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและไม่สังกัดกระทรวงหรือทบวง แต่อยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี หรือในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ให้อธิบดีผู้บังคับบัญชาเสนอรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

(3) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 10 ในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและไม่สังกัดกระทรวงหรือทบวง แต่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีหรือในสำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรี ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

(4) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 9 ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้าย ส่วนการย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งระดับ 9 ในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและไม่สังกัดกระทรวงหรือทบวง แต่อยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีหรือส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ให้อธิบดีผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้าย สำหรับการย้ายไปดำรงตำแหน่งระดับ 9 ลงมาในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและไม่สังกัดกระทรวงหรือทบวง แต่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีหรือในสำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรี ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้าย¹⁶⁸

(5) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 8 ให้อธิบดีผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเมื่อได้รับความเห็นชอบจากปลัดกระทรวง ส่วนการย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งระดับ 8 ในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและไม่สังกัดกระทรวงหรือ

¹⁶⁸ ในกรณีเป็นการสับเปลี่ยนหน้าที่ หรือโอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งระดับ 9 และระดับ 10 ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีลักษณะบริหารจะมีหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไว้ โดยเฉพาะ

ทพวงแต่อยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีหรือในส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้าย¹⁶⁹

(6) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 7 ลงมา ให้อธิบดีผู้บังคับบัญชาหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

(7) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 7 ลงมา ในราชการบริหารส่วนภูมิภาคซึ่งมิใช่หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดผู้บังคับบัญชาเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

2) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

ด้วยมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจดังต่อไปนี้เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการระดับกระทรวง หัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติเมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโยกย้ายต่อไป

(2) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงตำแหน่งรองหัวหน้าส่วนราชการระดับกระทรวง หัวหน้าส่วนราชการระดับกรม รองหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี หรือตำแหน่งอื่นที่ ก.พ. กำหนดเป็นตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี เสนอรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโยกย้ายต่อไป

(3) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้น ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งโยกย้าย

(4) การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทอำนวยการ ประเภทวิชาการ ระดับปฏิบัติการ ชำนาญการ ชำนาญการพิเศษ เชี่ยวชาญ และประเภททั่วไปในสำนักงานรัฐมนตรี ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

¹⁶⁹ ในกรณีเป็นการสับเปลี่ยนหน้าที่ หรือโอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งระดับ 7 และระดับ 8 เพื่อเพิ่มพูนประสบการณ์จะมีหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไว้โดยเฉพาะ

4.2.1.2 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

1) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535

การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามมาตรา 57 มีหลักเกณฑ์การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการเป็นไปตามเงื่อนไข¹⁷⁰ ดังนี้

(1) การแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นในกรมเดียวกันต้องเป็นการย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกัน ซึ่งก.พ.ได้วางแนวทางในการปฏิบัติโดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการโยกย้ายข้าราชการไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกันไว้ คือ

(1.1) ให้ผู้มีอำนาจสั่งย้ายพิจารณาดำเนินการโดยยึดเหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการและการพัฒนาข้าราชการเป็นหลัก

(1.2) การย้ายข้าราชการพลเรือนไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใดให้ผู้มีอำนาจสั่งย้ายพิจารณาถึงคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้นตามที่ก.พ.กำหนดไว้ในมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง และคุณสมบัติที่ก.พ.ได้อนุมัติให้ยกเว้นไว้ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน รวมทั้งให้พิจารณาถึงคุณลักษณะความจำเป็นอื่นที่ต้องใช้ในการปฏิบัติงานในตำแหน่งนั้นๆ ตามลักษณะงานของแต่ละส่วนราชการด้วย

(1.3) ให้ผู้มีอำนาจสั่งย้ายพิจารณาถึงความรู้ ประสบการณ์ ความสามารถ ความรับผิดชอบ ความประพฤติและคุณลักษณะอื่นๆ ของข้าราชการที่จะย้ายให้เหมาะสมกับความจำเป็นในการปฏิบัติงานในตำแหน่งที่จะย้ายไปแต่งตั้ง และให้พิจารณาแต่งตั้งบุคคลให้เหมาะสมกับหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงานของตำแหน่งที่ก.พ. กำหนดไว้ และให้เหมาะสมกับลักษณะการปฏิบัติงานของแต่ละส่วนราชการด้วย ทั้งนี้ จะให้มีคณะกรรมการช่วยพิจารณาเสนอความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาแต่งตั้งหรือจะหารือร่วมกับผู้บังคับบัญชาของข้าราชการที่จะย้ายหรือดำเนินการโดยวิธีการอื่นตามที่เห็นสมควร เพื่อให้การย้ายเป็นไปอย่างเหมาะสมด้วยก็ได้

(1.4) เมื่อได้มีคำสั่งย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใดแล้ว ผู้บังคับบัญชาของผู้ดำรงตำแหน่งนั้นแจ้งหน้าที่และความรับผิดชอบเฉพาะตำแหน่งดังกล่าวให้ข้าราชการผู้นั้นทราบในวันทีไปรายงานตัวและรับมอบหน้าที่ด้วย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานในตำแหน่งใหม่ต่อไป

(2) การย้ายไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิม จะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับอนุมัติจาก ก.พ.

(3) การย้ายข้าราชการพลเรือนผู้มีได้ดำรงตำแหน่งที่ก.พ.กำหนดไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ก.พ.กำหนดจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับอนุมัติจาก ก.พ.

¹⁷⁰ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, หนังสือที่ นร. 0708/ว.9, 12 พฤษภาคม 2535 เรื่อง การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535, สำนักงาน ก.พ.

2) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

หลักเกณฑ์การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการอาศัยอำนาจมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 บัญญัติให้ การย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณี ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. ดังนี้¹⁷¹

(1) การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในต่างกระทรวง กรม อาจทำได้เมื่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอมในการโอนนั้นแล้ว โดยแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทเดียวกันในระดับที่ไม่สูงกว่าเดิมและรับเงินเดือนไม่สูงกว่าเดิม

(2) การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้นและระดับสูง ประเภทอำนวยการระดับสูง ประเภทวิชาการระดับเชี่ยวชาญและระดับทรงคุณวุฒิ ประเภททั่วไประดับทักษะพิเศษไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในประเภทและระดับเดียวกัน ในกระทรวงเดียวกันให้โอนไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้ โดยได้รับเงินเดือนไม่สูงกว่าเดิม สำหรับการโอนผู้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและประเภทวิชาการระดับทรงคุณวุฒิ ให้ทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

(3) การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งและระดับเดียวกับ ข้อ 13 ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการระดับกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในกรมหรือต่างส่วนราชการระดับกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ในกระทรวงเดียวกัน อาจทำได้เมื่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอมในการโอนนั้นแล้ว ทั้งนี้ให้โอนไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทเดียวกันในระดับที่ไม่สูงกว่าเดิม และรับเงินเดือนไม่สูงกว่าเดิม สำหรับการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง และประเภทวิชาการระดับทรงคุณวุฒิ ให้ทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

(4) การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง และประเภทวิชาการ ระดับทรงคุณวุฒิ ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในต่างกระทรวง โดยแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทเดียวกัน ในระดับที่ไม่สูงกว่าเดิม และรับเงินเดือนไม่สูงกว่าเดิมให้ทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

(5) การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในสำนักงานรัฐมนตรี และการโอนไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในกรมหรือต่างสำนักงานรัฐมนตรี อาจทำได้เมื่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอมในการโอนนั้นแล้ว

¹⁷¹ คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, หนังสือที่ นร.1006/ว.4, 20 กุมภาพันธ์ 2552 เรื่อง การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญ มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, *เรื่องเดิม*.

ทั้งนี้ให้โอนไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทเดียวกันในระดับที่ไม่สูงกว่าเดิม และรับเงินเดือนไม่สูงกว่าเดิม

(6) การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้สอบแข่งขันได้ ผู้สอบคัดเลือกได้หรือผู้ได้รับคัดเลือกให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708/ว 2 ลงวันที่ 31 มกราคม 2539 โดยอนุโลม

(7) การโอนข้าราชการพลเรือนในพระองค์ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ทำได้ตามที่ ก.พ. เทียบประเภทตำแหน่ง สายงาน ระดับตำแหน่ง และเงินเดือนที่จะให้ได้รับ ทั้งนี้จะต้องได้รับความยินยอมในการโอนจากผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุของทั้งสองฝ่ายแล้ว

(8) การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดซึ่งดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและได้รับเงินประจำตำแหน่งในอัตรา 21,000 บาท ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงหรือตำแหน่งประเภทอื่น ซึ่งได้รับเงินประจำตำแหน่งในอัตราที่ต่ำกว่าเดิม จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น และให้ทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว

ฉะนั้น จากกรณีข้างต้นการย้ายแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิม จะกระทำมิได้เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้นด้วยและในการเสนอเพื่อแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งให้รายงานความสมควรพร้อมทั้งเหตุผลตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไว้ด้วย

ข้อควรคำนึง ในการสั่งย้ายข้าราชการในทุกกรณีนอกจากจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์แล้ว จะต้องคำนึงความเหมาะสมในประการอื่นๆ อาทิเช่น ความรู้ ความสามารถ และความประพฤติโดยมุ่งถึงประโยชน์ที่ทางราชการได้รับเป็นประการสำคัญ ตลอดจนให้ความเป็นธรรมแก่ข้าราชการทุกคนด้วย¹⁷² ส่วนกรณีการดำเนินการเพื่อแต่งตั้งโยกย้ายนั้นต้องบันทึกรายงานความสมควรหรือความเหมาะสมที่จะโยกย้าย พร้อมทั้งเหตุผลเสนอผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุหรือผู้ให้ความเห็นชอบได้สั่งการประการใดแล้วก็ได้ให้เก็บบันทึกไว้เป็นหลักฐาน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการชี้แจงให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบหรือในกรณีที่ผู้รับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายมีการร้องทุกข์จะได้ใช้เป็นหลักฐานชี้แจงข้อเท็จจริงและเหตุผลในการโยกย้ายได้

4.3 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศไทย

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยศาลปกครอง กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายใดเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแล้ว

¹⁷² สวัสดิการสำนักงาน ก.พ., คู่มือปฏิบัติงานบุคคลตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 สำหรับข้าราชการพลเรือนสามัญ ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงาน ก.พ., 2551).

ศาลปกครองจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบคำสั่งดังกล่าว เนื่องจากศาลปกครองเห็นว่าแม้ผู้ฟ้องคดีจะได้รับความเดือดร้อนเป็นการส่วนตัวจากคำสั่งดังกล่าวแต่ประการใด ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจฟ้องคดีได้ ซึ่งปรากฏตามคำสั่งของศาลปกครองในระยะแรก เช่น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้อายผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งอาจารย์ 2 ระดับ 7 โรงเรียนวัดตะกล้า ไปดำรงตำแหน่งในระดับและเงินเดือนเท่าเดิม ไม่ได้ทำให้สภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีเปลี่ยนแปลงไปและเรื่องการย้ายก็เป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจสั่งบรรจุที่จะพิจารณาสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการย้ายผู้ฟ้องไปดำรงตำแหน่งในโรงเรียนที่เล็กกว่าเดิมเป็นการลงโทษทางวินัยและถูกดูแลจากเพื่อนร่วมงานนั้นไม่ใช่เป็นผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้อง ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา¹⁷³

ซึ่งมีอีกหลายกรณีที่วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันได้แก่ การมีคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการถือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายบริหารที่ผู้บังคับบัญชาสามารถกระทำได้ตามความเหมาะสม ซึ่งหากการแต่งตั้งโยกย้ายนั้นไม่มีผลต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของราชการ ไม่ทำให้ระดับตำแหน่งหรืออันดับเงินเดือนของผู้นั้นลดลง ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีถูกโยกย้ายให้ไปปฏิบัติงานในท้องที่อื่นแม้ว่าจะได้รับความเดือนร้อนเป็นการส่วนตัวแต่ยังไม่ถึงขนาดที่ถือว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองก็ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา¹⁷⁴

ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้วศาลปกครองจึงได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งไม่ว่าจะเป็นองค์ประกอบภายนอก (วิธีบัญญัติ) ของคำสั่งหรือองค์ประกอบภายใน (สารบัญญัติ) ของคำสั่งดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

4.3.1 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์ประกอบภายนอกของคำสั่ง

แบ่งออกเป็นการออกคำสั่งไปโดยปราศจากอำนาจหรือไม่ การออกคำสั่งไปโดยผิดแบบหรือไม่และการออกคำสั่งไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ดังต่อไปนี้

4.3.1.1 การออกคำสั่งไปโดยปราศจากอำนาจหรือไม่

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้โดยบุคคลคนเดียวหรือในรูปของคณะกรรมการย่อมเป็นการใช้อำนาจในนามของนิติบุคคลมหาชน โดยปกติแล้วกฎหมายจะให้อำนาจและวางขอบเขตการใช้อำนาจ แต่ศาลปกครองก็ยอมรับว่าอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญหรืออำนาจของรัฐมนตรีในการวาง

¹⁷³ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 968/2544; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด 160/2545

¹⁷⁴ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1474/2544

ระเบียบแบบแผนเพื่อให้การปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ในสังกัดเป็นไปด้วยดี แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าให้มีอำนาจระเบียบแบบแผนต่างๆ ได้จะมีกรณีที่ดีถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจเมื่อเจ้าหน้าที่นั้นออกคำสั่งไปนอกขอบอำนาจ หรือที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นมืองค์ประกอบทุกด้านเพียงแต่ออกมาโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจกระทำการ

โดยทั่วไปกฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการรักษาการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราว แต่ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ ศาลปกครองก็ยอมรับว่าผู้บังคับบัญชาสามารถตั้งผู้รักษาการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราวได้ ทั้งนี้เพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

การรักษาการในตำแหน่งชั่วคราวจะต่างกับการรักษาราชการแทนตรงที่การรักษาการในตำแหน่งชั่วคราวต้องเป็นการรักษาการเพียงช่วงเวลาสั้นๆ ตามความจำเป็นของเรื่องเท่านั้น ควรจะพิจารณาว่าการรักษาในตำแหน่งดังกล่าวเกินระยะเวลาปกติหรือไม่ ถ้าการรักษาการในตำแหน่งเกินไปนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ศาลปกครองยังยอมรับด้วยว่าผู้บังคับบัญชาอาจมอบให้ตำแหน่งชั่วคราวแทนผู้ดำรงตำแหน่งก็ได้

มีปัญหาที่น่าคิดอยู่ประเด็นหนึ่งว่า ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารที่จะออกกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎฎีกาเพื่อบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายให้ออกกฎหมายของฝ่ายบริหารจะมอบอำนาจต่อไปให้เจ้าหน้าที่ในระดับต่ำกว่าได้หรือไม่ เช่น ออกกฎฎีกากำหนดให้การบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติสามารถทำเป็นกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวงได้ ศาลปกครองได้วางแนววินิจฉัยว่า กฎหมายของฝ่ายบริหารที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสามารถมอบอำนาจต่อไปให้เจ้าหน้าที่ระดับรองที่จะออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในลำดับถัดไปเพื่อบังคับใช้กฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติได้ แต่การมอบอำนาจนั้นต้องเป็นไปตามลำดับชั้นของกฎหมายของฝ่ายบริหารอย่างชัดเจน

อีกกรณีหนึ่งที่พบได้ก็คือ การกระทำทางปกครองบางอย่างต้องมีผู้กระทำร่วมกันหลายคน แต่จริงๆ แล้วกลับมีเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวเป็นผู้สั่งการ เช่น การต้องลงนามร่วมของรัฐมนตรีหลายคนในกฎฎีกาบางเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนด แต่ปรากฏว่ามีรัฐมนตรีเพียงคนเดียวหรือบางคนลงนามหรือรัฐมนตรีที่ต้องรักษาการตามกฎหมายไม่ได้ลงนาม หรือลงนามเพียงบางคน กฎฎีกาที่แก้ไขกฎฎีกาเดิมก็ต้องมีการลงนามให้ถูกต้องครบถ้วนเช่นกัน เว้นแต่ว่าการแก้ไขนั้นเกี่ยวข้องกับเฉพาะความรับผิดชอบของรัฐมนตรีบางคน ดังนั้น แม้จะไม่มีลายมือชื่อของรัฐมนตรีที่เคยลงนาม แต่การแก้ไขครั้งหลังรัฐมนตรีคนนั้นไม่เกี่ยวข้องกับกฎฎีกาย่อมสมบูรณ์ สำหรับประกาศระหว่างกระทรวงซึ่งหมายถึงประกาศที่ต้องมีรัฐมนตรีหลายกระทรวงร่วมลงนามก็เช่นกันต้องมีการลงนามให้ครบ หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งจะไปสั่งการในรูปแบบอื่นเพื่อเลี่ยงการออกประกาศระหว่างกระทรวงไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ถ้ามีการลงนามเกินจากที่กฎหมายกำหนดการกระทำนั้นย่อมไม่เสียไปซึ่งความสมบูรณ์เพราะลงนามเกิน

อีกกรณีหนึ่งที่อาจพบได้เช่นเดียวกันคือการที่กฎหมายกำหนดให้การสั่งการของเจ้าหน้าที่คนหนึ่งจะกระทำต่อเมื่อได้รับความยินยอมหรือเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่ง ถ้าการกระทำนั้นไม่ได้รับความยินยอมหรือผ่านความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจยินยอมหรือเห็นชอบ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้ให้ความยินยอมหรือเห็นชอบไม่จำเป็นต้องลงนามในคำสั่งด้วย

ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ออกคำสั่งหรือไม่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้อง ใช้อำนาจนอกพื้นที่ที่ตนมีอำนาจ ออกคำสั่งย้อนหลังหรือก่อนได้รับการแต่งตั้งหรือหลังจากที่หมดอำนาจแล้ว ทั้งนี้ จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในเรื่องนี้ ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการสำหรับการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาและสำหรับการที่ข้าราชการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาทุกคนจะใช้เป็นเกราะป้องกันสิทธิของตนได้ ดังปรากฏในตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเรื่องการโยกย้ายพยาบาลวิชาวชิพ

ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.112/2552 ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีรับราชการตำแหน่งพยาบาลวิชาวชิพ 7 สังกัดโรงพยาบาลนาดี สำนักสาธารณสุขจังหวัดปราจีนบุรี ฟ้องว่าผู้ว่าราชการจังหวัดปราจีนบุรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ที่ย้ายผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งและอัตราเงินเดือนตามตัวและผู้อำนวยการโรงพยาบาลนาดี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติงานในหน้าที่หัวหน้างานผู้ป่วยนอก ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือร้องขอความเป็นธรรมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เนื่องจากเห็นว่าเป็นการเปลี่ยนตำแหน่งและลดชั้นตำแหน่งผู้ฟ้องคดีจากหัวหน้าฝ่ายเป็นหัวหน้างานอันเป็นการกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดี ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่หัวหน้าผู้ป่วยนอก ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งสองไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากอำนาจบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งสองคำสั่งและให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาลตามเดิม

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อโรงพยาบาลนาดีเป็นโรงพยาบาลชุมชนในสังกัดสำนักงานสาธารณสุข จังหวัดปราจีนบุรี ซึ่งเป็นราชการส่วนภูมิภาคอำนาจในการบรรจุแต่งตั้งบุคคลในตำแหน่งระดับ 7 ลงมาเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดตามมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 และคำสั่งที่มอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการจังหวัดมีอำนาจในการสั่งอนุญาต การอนุมัติ ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดสงวนไว้โดยเฉพาะและต้องนำเสนอผู้ว่าราชการจังหวัด ได้แก่ การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับการบรรจุแต่งตั้ง การพิจารณาความดีความชอบและการพิจารณาโทษทางวินัย ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่หัวหน้างานผู้ป่วยนอกซึ่งตำแหน่งดังกล่าวมีข้าราชการระดับ 6 ถือครองอยู่ เพื่อให้การปฏิบัติงานของโรงพยาบาลเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อยและได้แต่งตั้งให้ข้าราชการระดับ 7 รายอื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ฟ้องคดีจึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะผู้บังคับบัญชาข้าราชการและลูกจ้างภายในโรงพยาบาลนาดีมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานภายในหน่วยงานตามความจำเป็นและตามอำนาจหน้าที่ที่บังคับบัญชาที่จะกำหนดได้ แต่การมอบหมายงานจะต้องมีความเหมาะสมมีเหตุผลและมีกำหนดระยะเวลาตามสมควร เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งที่ต่ำกว่าที่ครองอยู่โดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ไว้และให้บุคคลอื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ฟ้องคดี ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ประสงค์จะให้ผู้ฟ้องคดีที่ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาลตามคำสั่งอีกต่อไป กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งแต่งตั้ง (ย้าย) ผู้ฟ้องคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 7 ลงมา จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้อำนวยการโรงพยาบาล

ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.614/2549 มีข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งอาชีวบำบัด 7 สังกัดโรงพยาบาลสวรรค์ประชารักษ์ จังหวัดนครสวรรค์ ช่วยราชการ

ประจำโรงพยาบาลกำแพงเพชร ต่อมาปลัดกระทรวงสาธารณสุขมีคำสั่งสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปปฏิบัติหน้าที่ในสังกัดเดิมที่โรงพยาบาลสวรรค์ประชารักษ์ โดยที่ผู้ฟ้องคดีไม่มีความประสงค์จะขอย้าย ซึ่งผู้ฟ้องคดีคิดว่าผู้ถูกฟ้องคดีก่อกวนก่อกวนทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งดังกล่าว แต่โดยที่คำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นอำนาจของปลัดกระทรวงสาธารณสุขตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในทางการบริหารงานบุคคลที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งจะพิจารณาตามความเหมาะสมไม่ใช่อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดี ถึงแม้ผู้ฟ้องคดีจะอุทธรณ์ว่าเหตุที่ทำให้เกิดคำสั่งย้ายเป็นการก่อกวนก่อกวนของผู้ถูกฟ้องคดีก็ตามก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามนัยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้ถูกฟ้องคดีหรือเป็นการกระทำทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้อง

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาเลือกบุคลากรในการแต่งตั้งโยกย้าย เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางในการทำงานในแต่ละตำแหน่งอันเป็นการบริหารงานภายในฝ่ายปกครองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ที่ผู้มีอำนาจทั้งหลายจะต้องตระหนักถึงดุลพินิจในการใช้อำนาจบังคับบัญชาของตนว่าได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งหากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของตนไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นก็ดี ไม่คำนึงถึงความถูกต้องชอบธรรมตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ดี ก็อาจเป็นเหตุนำมาซึ่งความเดือดร้อนต่อผู้ใต้บังคับบัญชาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจที่ผิดๆ นั้นได้

4.3.1.2 การออกคำสั่งไปโดยผิดแบบหรือไม่

1) ความแตกต่างระหว่างแบบและขั้นตอนหรือวิธีการ

การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบนี้แม้ว่าจะมีความคาบเกี่ยวกับการกระทำโดยปราศจากอำนาจ เช่น การลงนามและการลงนามกำกับหรือรับสนองพระบรมราชโองการ ถ้ามองรูปแบบภายนอกกว่ามีการลงนามหรือลงนามรับสนองพระบรมราชโองการหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของแบบ แต่ถ้าเป็นปัญหาว่าการลงนามนั้นกระทำโดยผู้มีอำนาจหรือไม่ หรือการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการกระทำโดยผู้ที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของการกระทำโดยปราศจากอำนาจ

ปัจจุบันศาลปกครองแบ่งแยกการกระทำที่ไม่ต้องตามแบบออกจากการกระทำที่ไม่ต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการโดยพิจารณาจากผลของการกระทำทั้งสองลักษณะ กล่าวคือ ถ้าเป็นการกระทำไม่ถูกต้องตามขั้นตอนแล้วโดยทั่วไปศาลจะเพิกถอนการกระทำนั้น เหตุผลที่ศาลใช้อ้างคือ หลักกฎหมายทั่วไปที่มีเพื่อให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ขัดแย้งกับการดำเนินการทางปกครอง ส่วนกรณีกระทำไม่ถูกต้องตามแบบนี้ โดยทั่วไปศาลจะไม่ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั่นคือ จะไม่เพิกถอนแต่จะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่าเป็นเรื่องของแบบที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ ถ้าเป็นสาระสำคัญศาลจึงจะเพิกถอน ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้แยกเหตุในเรื่องของคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนไว้อีกหัวข้อหนึ่งต่างหากจากการคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามแบบแม้ว่าทั้งสองกรณีจะมีความเกี่ยวข้องกันอยู่ก็ตาม

2) แบบที่เป็นสาระสำคัญและที่ไม่เป็นสาระสำคัญ แบบของการกระทำ อาจกำหนดโดยพระราชบัญญัติ กฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งในกรณีหลัง ศาลปกครองได้นำมาอ้างอิงบ่อยครั้งในคำวินิจฉัยต่างๆ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะเพิกถอนการกระทำที่ไม่ต้องตามแบบนี้ ศาลจะพิจารณาว่าการไม่ทำตามแบบจะมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับการรับรองหรือไม่หากไม่กระทบศาลจะไม่เพิกถอน เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า ถ้าไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบแล้วการกระทำนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้

3) หลักการปฏิบัติคู่ขนานกันของแบบ หลักการปฏิบัติคู่ขนานกันของแบบ ก็เช่นเดียวกับหลักการปฏิบัติคู่ขนานกันของอำนาจ กล่าวคือ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การกระทำทางปกครองที่ตรงกันข้ามกับการกระทำทางปกครองเดิมจะต้องกระทำภายใต้แบบเดียวกับการกระทำทางปกครองเดิม

อย่างไรก็ดี หลักการปฏิบัติคู่ขนานกันของแบบ มีข้อยกเว้นอยู่ 3 ประการ คือ

(1) แบบในบางกรณีเป็นเรื่องจำเป็นสำหรับการมีคำสั่งทางปกครอง แรก แต่ไม่จำเป็นสำหรับคำสั่งที่ตรงกันข้ามกับคำสั่งแรก เช่น การให้ข้าราชการไปทำงานในหน่วยงานอื่นโดยยังถือว่าเป็นข้าราชการในสังกัดหน่วยงานเดิมแต่การรับเงินเดือนจากหน่วยงานใหม่จะส่งได้ ต่อเมื่อข้าราชการผู้นั้นร้องขอ ส่วนการส่งยกเลิกการไปช่วยราชการในลักษณะดังกล่าวผู้มีอำนาจยอมทำได้โดยไม่ต้องมีการร้องขอจากข้าราชการผู้นั้นเช่นเดียวกัน แม้การปฏิเสธการอนุญาตในกรณีหนึ่งจะต้องให้เหตุผลแต่การเพิกถอนการอนุญาตในเรื่องนั้นไม่จำเป็นต้องให้เหตุผล

(2) หลักการปฏิบัติคู่ขนานกันของแบบอาจหลีกเลี่ยงได้ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการด้านสาธารณสุขหรือกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษ

(3) หลักการปฏิบัติคู่ขนานกันของแบบจะใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองอันแรกเท่านั้น ไม่รวมถึงคำสั่งอื่นๆ ที่ตามมาหากไม่มีกฎหมายให้ต้องทำตามแบบเช่นคำสั่งแรก

4) กรณีต่างๆ ของการออกคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามแบบ

ศาลปกครองถือว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า ต้องทำเป็นหนังสือยอมทำด้วยวาจาได้ ดังนั้น การไม่ทำเป็นหนังสือจึงไม่เป็นเหตุให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องหาหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน ขั้นตอนนี้ถือเป็นสาระสำคัญถ้าไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดให้การออกคำสั่งบางเรื่องต้องผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อนก็เพื่อให้การตัดสินใจสั่งการเป็นไปโดยรอบคอบมีข้อมูลต่างๆ ที่สมบูรณ์อันจะทำให้เกิดการบริหารที่ดี

ผลของการออกคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามแบบ โดยทั่วไปแล้วการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ไม่ถูกต้องตามแบบไม่ค่อยมีปัญหาในเรื่องส่วนได้เสียของบุคคลที่จะดำเนินคดีมากนัก ศาลปกครองจึงใช้หลักดังกล่าวไปพิจารณาว่าแบบใดเป็นสาระสำคัญและไม่เป็น

สาระสำคัญ ในกรณีที่มีการทำผิดแบบบางส่วน คงถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นๆ เสียไปเฉพาะส่วนที่ผิดแบบที่เป็นสาระสำคัญ สำหรับการแก้ไขการกระทำที่ไม่ต้องตามแบบให้ถูกต้องจะสามารถทำได้เพียงได้นั้น ศาลปกครองถือหลักว่าทำไม่ได้เพราะเท่ากับเป็นการทำให้การคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายมีผลย้อนหลัง เว้นแต่จะเป็นการแก้ไขที่ไม่ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่ง ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.235/2547 คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงสืบเนื่องมาจากกรณีมีการร้องเรียนว่าผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการพลเรือน ตำแหน่งเจ้าพนักงานสาธารณสุขชุมชนปฏิบัติตัวไม่เหมาะสมในหลายกรณี นายอำเภอเขาชัยสนจึงมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนหาข้อเท็จจริงแล้วพบว่ามิมีมูล ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องจากสถานีอนามัยบ้านลานช้างไปโรงพยาบาลเขาชัยสน ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าหลังจากทราบคำสั่งแล้วผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือสถานีอนามัยบ้านลานช้างอุทธรณ์ไปยังผู้ถูกฟ้องคดีว่ากรณีที่ถูกร้องเรียนเกิดจากการกลั่นแกล้งของหัวหน้าพยาบาลสถานีอนามัยจึงขอให้พิจารณาให้ความเป็นธรรมโดยการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือจังหวัดพัทลุงแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าคำสั่งย้ายไม่เข้าลักษณะอุทธรณ์ ส่วนที่ขอให้กลับไปปฏิบัติราชการที่เดิมเนื่องจากคำสั่งดังกล่าวได้ดำเนินการถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้ได้รับคำสั่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม จึงเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองใหม่โดยขอให้มีการพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิกคำสั่งย้ายดังกล่าวและให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปปฏิบัติราชการที่เดิม

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อปรากฏว่าก่อนการฟ้องคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอความเป็นธรรมโดยการอุทธรณ์คำสั่งย้ายไปยังผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งพออนุโลมได้ว่า การอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นการร้องทุกข์ตามความในข้อ 6 (3) แห่งกฎ ก.พ. ฉบับที่ 17 (พ.ศ.2540) ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ ขอให้แก้ไขการปฏิบัติไม่ถูกต้องหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายประกอบกับมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 แต่แทนที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะส่งคำร้องทุกข์ไปให้ อ.ก.พ. กระทรวงพิจารณา ผู้ถูกฟ้องกลับมีคำวินิจฉัยเสียเอง ทั้งยังได้แจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ให้ผู้ฟ้องคดีทราบด้วย กรณีจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายรวมทั้งมีการสั่งการตามกฎหมายนั้นแล้ว ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปตามรูปคดี

4.3.1.3 การออกคำสั่งไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นนี้ต้องแยกออกจากกระบวนการพิจารณาทางศาล เพราะกระบวนการพิจารณาทางศาลเป็นวิธีพิจารณาในลักษณะข้อพิพาท ในขณะที่ระเบียบแบบแผนทางราชการเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการปกครอง อันได้แก่ การออกคำสั่งต่างๆทางปกครอง

ขั้นตอนหรือวิธีการต่างๆ ที่สร้างขึ้นโดยรัฐบัญญัติกิติ กฏระเบียบของฝ่ายปกครองก็ดี หนังสือเวียนต่างๆ กิติ ล้วนมีอยู่หลากหลายและมีขอบเขตกว้างขวางของการกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพได้ ศาลจึงอุดช่องว่างด้วยทฤษฎีหลักกฎหมายทั่วไปในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดว่าฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการอย่างไร ทั้งนี้ ไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลใหม่ภายในกำหนดเวลาการฟ้องคดี หลักในการสร้างขั้นตอนหรือวิธีการนั้นศาลมักจะนำมาจากหลักในการพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการ

ทั้งสองอย่างมีลักษณะสัมพันธ์เชื่อมต่อกัน ปัจจุบันนี้ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งมีความเป็นเอกเทศไม่แพ้ระบบกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง

4.3.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์ประกอบภายในของคำสั่ง

แบ่งออกเป็นการออกคำสั่งไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าหรือไม่ การออกคำสั่งไปโดยผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงหรือไม่และการออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนอำนาจ บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ ดังต่อไปนี้

4.3.2.1 การออกคำสั่งไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าหรือไม่

เป็นกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์ประกอบภายในของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่กระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมายอาจเกิดจากการขัดแย้งกับบทบัญญัติที่อยู่สูงกว่า เช่น ขัดพระราชบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไป หรือสนธิสัญญาต่างๆ เป็นต้น รวมถึงการออกคำสั่งโดยผิดพลาดในข้อกฎหมาย เช่น ผิดพลาดในข้อกฎหมายที่นำมาใช้อ้างเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งหรือกฎหมายที่อ้างในการออกคำสั่งไม่มีอยู่แล้ว เป็นต้น

คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้จึงมีความหมายกว้างครอบคลุมทั้งกฎหมายที่มีระดับสูงและต่ำกว่าพระราชบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือองค์กร

การออกคำสั่งไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง ถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองและเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุด เพราะเนื้อหาของคำสั่งเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายที่ทุกคนต้องเคารพ ยกตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยพระราชอำนาจตามพระราชบัญญัติแต่มีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บท หรือคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งออกมาโดยระบุให้มีผลย้อนหลังซึ่งขัดกับหลักเรื่องนิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลัง เว้นแต่จะเป็นข้อยกเว้น ซึ่งเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุดและหากศาลพบถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวศาลสามารถหยิบยกขึ้นอ้างเพื่อเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ทันที ดังตัวอย่างคดีดังนี้

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 153/2548 คดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้โอน (ย้าย) ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นพนักงานส่วนตำบล ตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลโคกสมบูรณ์ อำเภอกมลาไสย จังหวัดกาฬสินธุ์ ไปดำรงตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลคงสมบูรณ์ อำเภอกำกันโท จังหวัดกาฬสินธุ์ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่โอน (ย้าย) ผู้ฟ้องคดีตามมติดังกล่าวขัดต่อประกาศคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบล จังหวัดกาฬสินธุ์ เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลขององค์การบริหารส่วนตำบล ประกอบกับคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลคงสมบูรณ์ที่รับโอน(ย้าย)ผู้ฟ้องคดี นายช.นายกององค์การบริหารส่วนตำบลคงสมบูรณ์ก็ไม่มีอำนาจลงนามได้ตามกฎหมาย ขอให้ศาลเพิกถอนมติและคำสั่งดังกล่าวเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2539 ผู้ฟ้องคดี

เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากมติและคำสั่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

4.3.2.2 การออกคำสั่งไปโดยผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงหรือไม่

เราอาจเรียกเหตุนี้อีกอย่างหนึ่งว่า เป็นกรณีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจาก “มูลเหตุจูงใจ” ในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 กรณี คือ กรณีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย กรณีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงและกรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

1) กรณีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย

กรณีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย หมายถึง เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่ออกโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่ได้อยู่หรือเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกมาโดยไม่ชอบหรือมีการตีความบทกฎหมายผิด ดังต่อไปนี้

(1) กรณีคำสั่งออกโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่มีอยู่หรือมีความผิดพลาดเกี่ยวกับฐานทางกฎหมายในการออกคำสั่ง ซึ่งอาจเกิดจากการนำกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้มาใช้หรือมีความผิดพลาดเกี่ยวกับฐานทางกฎหมายที่ยกขึ้นมาเป็นฐานในการออกคำสั่ง เช่น การย้ายข้าราชการโดยอ้างว่าทำงานในตำแหน่งเดิมครบ 5 ปี ในขณะที่ไม่มีกฎหมายบังคับไว้ว่าต้องย้ายข้าราชการเมื่อทำงานครบ 5 ปี

(2) กรณีคำสั่งออกโดยกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ออกคำสั่งเชื่อว่าตนสามารถออกกฎหมายลำดับรองฉบับหนึ่งแต่กฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กรณีคำสั่งออกไปโดยอาศัยกฎหมายที่สมบูรณ์แต่มีการตีความบทกฎหมายผิด ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งสำคัญผิดในข้อกฎหมายว่ากฎหมายอนุญาตให้กระทำหรือกฎหมายบังคับให้กระทำการดังกล่าว หรือในกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายแต่ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดว่าไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพัน กรณีนี้ก็ถือได้ว่าศาลมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งได้

2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง

กรณีของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง โดยประเด็นดังกล่าวถือเป็นประเด็นสำหรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายใน ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่มีความบกพร่องในบางกรณีอาจถือได้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองย่อมที่จะมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ แม้ว่าข้อเท็จจริงดังว่านั้นอาจเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในขอบเขตความเชี่ยวชาญหรือเป็นเทคนิคที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะก็ตาม เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขตปราศจากการตรวจสอบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงถือได้ว่ามีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งด้วยเช่นเดียวกัน

3) กรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายความหมายของคำว่า การให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่า หมายถึง การดำเนินการทางกฎหมายโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองนำเอาข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือคาดว่าจะเกิดขึ้นมาใช้ประกอบการตัดสินใจ¹⁷⁵ เราจึงอาจกล่าวได้ว่า การตรวจสอบข้อเท็จจริงในคดีว่าถูกต้องหรือไม่เพียงประการเดียวยังไม่เพียงพอที่จะยืนยันความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น แต่จะต้องตรวจสอบว่ามีการให้คุณค่าหรือให้ความหมายทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นถูกต้องหรือไม่เพราะลักษณะดังกล่าวจะใช้เป็นข้ออ้างในการออกคำสั่ง

จึงถือว่าการควบคุมความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นเป็นก้าวสำคัญและมีความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ศาลอาจเปลี่ยนมูลเหตุจูงใจในการออกคำสั่งเสียใหม่ได้หรือกรณีที่มูลเหตุจูงใจหลายประการในการออกคำสั่ง ถ้าเหตุจูงใจเพียงประการเดียวเพียงพอที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ศาลอาจจะงดการกล่าวถึงมูลเหตุจูงใจอื่นเสียก็ได้เป็นไปตามหลักการงดกล่าวถึงมูลเหตุจูงใจที่ไม่มีผล

ในส่วนของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ออกไปโดยมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงสุดท้ายนั้นจะเกิดจากเหตุที่คำสั่งทางปกครองมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยการควบคุมในลักษณะดังกล่าวถือเป็นก้าวสำคัญของศาลสำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในการพิสูจน์ว่าฝ่ายปกครองให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีที่เป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่ และหากศาลพบถึงเหตุแห่งความผิดพลาดดังกล่าวศาลสามารถยกขึ้นเป็นเหตุเพื่ออ้างในการตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ศาลปกครองได้พัฒนาเทคนิคการตรวจสอบให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้นโดยเริ่มเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้ทำคำสั่ง กล่าวคือ ในการควบคุมการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ศาลปกครองได้นำเทคนิคการตรวจสอบระดับปกติมาใช้โดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะว่าต้องเป็นกรณีที่มีความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัด ดังตัวอย่างคดี ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 379/2554 ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า คณะกรรมการเมื่อพิจารณาความเหมาะสมตามคำสั่ง อ.ก.พ.จังหวัด ได้ประชุมพิจารณาการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการสาธารณสุขอำเภอ เห็นชอบให้ย้ายผู้ฟ้องคดีโดยให้เหตุผลว่าเพื่อความเหมาะสม ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่กลุ่มงานอนามัยสิ่งแวดล้อมและอาชีวอนามัย สำนักงานสาธารณสุขจังหวัด หลังจากผู้ฟ้องคดีร้องเรียนขอความเป็นธรรมต่อทางจังหวัดและสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข นายแพทย์สาธารณสุขจังหวัดได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงและรายงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้ตรวจราชการกระทรวงสาธารณสุขและผู้ถูกฟ้องคดีสรุปว่าผู้ฟ้องคดีบริหารงานบกพร่อง มีปัญหาเรื่องการเงิน และมีปัญหาด้านมนุษยสัมพันธ์และการประสานงาน โดยนายแพทย์สาธารณสุขจังหวัดมีคำสั่งให้ตักเตือนและให้ปรับปรุงการทำงาน

¹⁷⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำอธิบายศัพท์ กฎหมายมหาชนฝรั่งเศส-ไทย (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2548), หน้า 181.

และปรับปรุงตัวโดยให้เวลาสองสัปดาห์ และคอยติดตามประเมินผลจากบุคลากรของกิ่งอำเภอ ป.

จากกรณีข้างต้นจะเห็นได้ว่า เป็นกรณีการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายข้าราชการกรณีมีสาเหตุมาจากการร้องเรียน การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดออกคำสั่งย้ายเจ้าหน้าที่บริหารงานสาธารณสุขซึ่งถูกร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่จากตำแหน่งเดิม ไปปฏิบัติราชการที่กลุ่มงานอนามัยสิ่งแวดล้อมและอาชีวอนามัย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ปรับปรุงคุณภาพะดับบริหารและปรับปรุงประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานตลอดจนเพื่อแก้ปัญหาภายในองค์กร แม้จะเป็นการลดบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบแต่ถือได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาได้ให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ผู้นี้แทนการลงโทษทางวินัย อันถือได้ว่าเป็นแนวทางหนึ่งในการพัฒนาบุคลากรซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 คำสั่งย้างดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535

นอกจากนี้ ศาลปกครองไทยในปัจจุบันได้มีวิธีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผลตามหลักความได้สัดส่วนเช่นกัน ดังในกรณีของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนาจการสังกัดองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตมีหน้าที่ความรับผิดชอบเกี่ยวกับงานบริหารทั่วไปหรือเลขานุการที่ยากมาก โดยต้องประยุกต์ใช้ความรู้และประสบการณ์กับงานที่ปฏิบัติเพื่อกำหนดและปรับเปลี่ยนแผนงานเพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปตามเป้าหมายที่กำหนดโดยไม่ต้องมีการกำกับ ตรวจสอบ แนะนำ หรือสามารถวางแผนการปฏิบัติงานเองและตัดสินใจแก้ไขปรับเปลี่ยนแผน หรือแก้ปัญหาในงานที่รับผิดชอบโดยอิสระ แต่ปรากฏว่าองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัฐสภา ซึ่งเป็นท่าเทียบเรือที่ให้เอกชนเช่าดำเนินการทำหน้าที่รับผิดชอบดูแลการใช้ท่าเทียบเรือรัฐสภาให้เป็นไปโดยเรียบร้อยและประสานงานระหว่างผู้เช่าท่าเทียบเรือรัฐสภา กับองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต และหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการท่าเทียบเรือรัฐสภา เช่น ตำรวจน้ำ เจ้าท่าภูมิภาค เป็นต้น นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าขณะที่มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานส่วนอำนาจการขององค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตมีกรอบอัตรากำลังข้าราชการ 9 อัตรา และมีข้าราชการตามอัตรากำลังจริง 6 อัตราเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การออกคำสั่งดังกล่าวเป็นการกลั่นแกล้งจนได้รับความเดือดร้อนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ จึงฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งและสั่งกลับให้ปฏิบัติงานที่เดิม¹⁷⁶

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้นายกองคการบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตมีอำนาจดุลพินิจตามกฎหมายในการสั่งให้ข้าราชการในสังกัดไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่ไม่ใช่ส่วนราชการได้ แต่การออกคำสั่งต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ กล่าวคือ

1. คำสั่งต้องสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลุล่วงไปได้
2. คำสั่งนั้นจะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่านั้น

¹⁷⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547

3. มหาชนต้องได้รับประโยชน์จากคำสั่งมากกว่าความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งได้รับ

ในคดีนี้ องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตมีหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนเป็นครั้งคราวและในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารกระทำได้โดยสะดวก ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติงานได้โดยไม่ต้องไปนั่งปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือ ประกอบกับผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติหลายด้าน อันจะทำให้การบริหารงานบุคคลในสำนักงานไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังนั้น แม้คำสั่งดังกล่าวจะเป็นเจตนาของกฎหมายที่จะทำให้การดูแลการดำเนินกิจการท่าเรือสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม แต่การดูแลดังกล่าวก็ไม่จำเป็นต้องให้ผู้ฟ้องคดีออกไปปฏิบัติงานประจำก็ได้คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.3.2.3 การออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนอำนาจ บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ อาจกล่าวได้อีกนัยมีหนึ่งว่าเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในที่มีมูลเหตุมาจากวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยสามารถแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ

1) มีการออกคำสั่งไปโดยบิดเบือนอำนาจ

การบิดเบือนอำนาจเป็นคำเทคนิคมีความหมายคือ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เพราะโดยปกติอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้รับมาตามกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้มาเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยแจ้งชัดหรืออนุมานได้จากระบบกฎหมายนั้นหรือจากหลักทั่วไป เช่น ให้อำนาจเพื่อให้บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

สิ่งที่ถือว่าเป็นลักษณะพิเศษของเหตุในการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายประเภทนี้คือ มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งนั้นโดยต้องมีการค้นหาความตั้งใจของฝ่ายปกครองในขณะที่ออกคำสั่งนั้นว่ามีอย่างไร การจะกล่าวอ้างคำสั่งที่ออกมาโดยบิดเบือนอำนาจจะต้องปรากฏว่าเป็นคำสั่งที่ออกมาโดยถูกต้องตามแบบและไม่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกอื่นๆ รวมถึงเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ออกคำสั่งก็จะต้องมีอำนาจดุลพินิจเพื่อที่การใช้อำนาจอาจมีการบิดเบือนได้และโดยเฉพาะอำนาจในการเลือกตัดสินใจออกคำสั่งที่ผู้ออกคำสั่งประสงค์ได้เพราะจะไม่มีการถือของการบิดเบือนอำนาจในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีแต่อำนาจผูกพัน

ด้วยเหตุดังกล่าว กรณีของการบิดเบือนอำนาจจึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองจะตรวจสอบเหตุนี้เป็นประการสุดท้ายในการพิจารณาคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่ง นอกจากนั้นเนื่องจากเหตุที่ใช้เพิกถอนคำสั่งเพราะการบิดเบือนอำนาจนี้มีลักษณะที่เป็นอัตวิสัยจึงไม่ใช่เหตุที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและจะนำมาใช้ต่อเมื่อเหตุเพิกถอนอื่นๆ ไม่อาจใช้ได้แล้ว และเนื่องจากเป็นเหตุที่มีลักษณะรองจากเหตุอื่นๆ ฉะนั้น หากศาลพบเหตุที่จะเพิกถอนเหตุอื่นเหตุเดียวกันหรือหลายเหตุ ศาลก็จะยกเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนก่อนโดยไม่ต้องอ้างเหตุเพราะมีการบิดเบือนอำนาจแต่ประการใด

หากฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการโดยไม่สุจริตหรือบิดเบือนการใช้อำนาจหรือมีการใช้อำนาจผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจย่อมถือได้ว่าฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมาย

ภายในใจที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะเกิดขึ้น ซึ่งมีผลทำให้การใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งย้ายที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของการออกคำสั่งย้ายบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแน่แท้และเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจหรือมีการใช้อำนาจผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจที่ว่า “เพื่อความจำเป็นในการบริหารงานและเพื่อประโยชน์ของประชาชน” โดยต้องแต่งตั้งผู้มีความรู้ความสามารถประสบการณ์และความชำนาญเหมาะสมกับตำแหน่งดังกล่าว ทั้งที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าหน่วยงานของรัฐได้ปล่อยให้ตำแหน่งที่จะแต่งตั้งว่างมานานและใช้อำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ที่มีระยะเวลารับราชการเหลืออีกเพียงระยะเวลาสั้นก็จะเกษียณอายุราชการ อีกทั้งหลังจากเกษียณอายุราชการไปแล้วก็ยังไม่มีการแต่งตั้งบุคคลใดมาดำรงตำแหน่งนี้แทนในทันที ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 414/2555 กรณีที่อธิบดีกรมที่ดินมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดกาญจนบุรี (เจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดิน 8) ไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการส่วนคุ้มครองที่ดินของรัฐ (นักวิชาการที่ดิน 8) ซึ่งเป็นตำแหน่งเทียบเท่าเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาหรือเทียบเท่าหัวหน้าฝ่าย เนื่องจากประชาชนได้ร้องเรียนการปฏิบัติหน้าที่ในการให้บริการเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของเจ้าหน้าที่สำนักงานที่ดินจังหวัด โดยให้เหตุผลว่าเพื่อแก้ไขปัญหาในทางบริหารเพื่อลดกระแสความกดดันจากมวลชนที่ร้องเรียนและผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีความเหมาะสมทั้งความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญงานด้านคุ้มครองที่ดินของรัฐ

จากคำพิพากษาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า เป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการพลเรือน เป็นการออกคำสั่งย้ายข้าราชการที่เหลือนอายุการทำงานเพียง 7 เดือนเพื่อไปดำรงตำแหน่งที่ว่างมานานถึง 4 เดือนและหลังจากเกษียณอายุไปแล้ว 3 เดือนก็ได้แต่งตั้งบุคคลใดดำรงตำแหน่งแทน ประกอบกับเป็นการออกคำสั่งย้ายที่ใช้ระยะเวลาพิจารณาโดยรวบรัดคำสั่งย้ายดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้อำนาจออกคำสั่งย้ายข้าราชการโดยผู้มีอำนาจนั้นจะต้องพิจารณาบนฐานข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ชัดเจนและเคร่งครัดว่ามีเหตุผลความจำเป็นจะต้องย้ายข้าราชการผู้นั้นเพียงใด เป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการอย่างไร การย้ายมีความเหมาะสมกับการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่นั้นอย่างไร

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.478/2555 กรณีผู้มีอำนาจออกคำสั่งย้ายให้ปฏิบัติหน้าที่อื่นที่ไม่เหมาะสมกับลักษณะการปฏิบัติงานตามตำแหน่งที่ว่าง โดยอ้างข้อกำหนดในสัญญาที่ให้ผู้ว่าจ้างมีอำนาจสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่อื่นได้โดยไม่ต้องแก้ไขสัญญา เช่น กรณีที่เทศบาลออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ ซึ่งตามสัญญาจ้างพนักงานระบุว่าผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่รับผิดชอบขับรถยนต์บำรุงรักษาความสะอาดรถยนต์ แต่ระหว่างสัญญามีผลใช้บังคับผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีย้ายไปปฏิบัติงานเป็นคนงานประจำรถขยะ ผู้ฟ้องคดีรับคำสั่งดังกล่าวและไปรายงานตัวต่อผู้บังคับบัญชา แต่หลังจากนั้นก็ไม่ได้ไปปฏิบัติงานจนสิ้นสุดระยะเวลาตามสัญญาจ้าง โดยผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าแม้ในสัญญาจ้างจะระบุจ้างผู้ฟ้องคดีตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์แต่ตามข้อ 3 วรรคสองของสัญญากำหนดว่าในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการเทศบาลอาจมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงระยะเวลาปฏิบัติงานที่ หรือมีคำสั่งให้ไปปฏิบัติหน้าที่เป็นอย่างอื่นได้ 15 โดยไม่ต้องแก้ไขสัญญา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานนอกเหนือจากเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาจ้างได้ แต่การออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งพนักงานชั่วคราวนิตไปปฏิบัติงานตำแหน่งพนักงานประจำระยะเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสมกับลักษณะการปฏิบัติงานของพนักงานจ้างตำแหน่งพนักงานชั่วคราว คำสั่งดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะรับฟังได้ เนื่องจากการกระทำหรือตวั่นกระทำการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ในแต่ละกรณี การดำเนินการดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายมิใช่จะใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้ อีกทั้งต้องใช้ดุลพินิจด้วยความระมัดระวังรอบคอบเพื่อมิให้เกิดความเสียหายต่อราชการหรือบุคคลอื่นประกอบกับการออกคำสั่งดังกล่าวไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งราชการและยังทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องขาดอัตราจ้างพนักงานชั่วคราว ขณะเดียวกันก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่ยืนยันว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีความจำเป็นหรือเหตุผลที่ต้องเพิ่มพนักงานประจำระยะแต่ประการใด ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนกรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการที่สุจริตโดยไม่ถือว่าเป็นการปิดเป็นการใช้อำนาจ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.197/2555 การใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาในการบริหารงานบุคคลออกคำสั่งย้ายเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการเนื่องจากหน่วยงานจำเป็นต้องปรับโครงสร้างขององค์กรให้มีประสิทธิภาพ การโยกย้ายบุคลากรเพื่อให้มีความเหมาะสมกับโครงสร้างจึงทำให้เกิดประโยชน์กับราชการ และเมื่อการออกคำสั่งย้ายไม่มีลักษณะใช้อำนาจโดยมิชอบคดีล่าเอียงหรือกลับแก้ง ย่อมเป็นการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกรณีผู้ว่าราชการจังหวัด (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากนักวิชาการส่งเสริมการเกษตร 6ว ซึ่ง ก.พ.กำหนดตำแหน่งเป็น 7ว ไปเป็นนักวิชาการส่งเสริมการเกษตร 6ว สำนักงานเกษตรอำเภอโชคชัยที่ ก.พ.ไม่ได้กำหนดตำแหน่งเป็น 7ว โดยให้เหตุผลว่าเป็นการย้ายเพื่อปรับโครงสร้างใหม่ของกรมส่งเสริมการเกษตร ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งที่ไม่เป็นธรรมและจงใจกลับแก้งทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่ราชการ จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งและสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับมาทำงานที่เดิม

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนาบุคลากรของสำนักงานเกษตรจังหวัดนครราชสีมาโดยให้มีอำนาจหน้าที่คือพิจารณาโยกย้ายข้าราชการเพื่อเสนอผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาความดีความชอบหรือลงโทษทางวินัย ฯลฯ โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เกษตรจังหวัด) เป็นประธานกรรมการและเนื่องจากกรมส่งเสริมการเกษตรได้มีคำสั่ง เลื่อน แต่งตั้ง โยกย้ายและยุบเลิกหลายตำแหน่งทำให้มีตำแหน่งว่าง ประกอบกับข้าราชการหลายคนปฏิบัติงานไม่ตรงตามโครงสร้างกลุ่มงานหรือฝ่ายและข้าราชการทุกคนจะมีผลงานเป็นตัวชี้วัด ซึ่งบางงานจะต้องคัดเลือกตัวบุคคลที่มีศักยภาพ เมื่อคณะกรรมการมีมติย้ายผู้ฟ้องคดีและข้าราชการอีก 10 รายเสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งการย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่สามารถกระทำได้ใน การเลือกสรรหรือจัดหาบุคลากรเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่เห็นสมควรและไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการอันมีลักษณะเป็นการกลับแก้งหรือกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใดและเหตุที่ผู้ฟ้องคดีมิได้รับการพิจารณาประเมินเพื่อแต่งตั้งให้ดำรง

ตำแหน่งระดับ 7ว ส่วนหนึ่งเกิดจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการจัดส่งข้อมูลบุคคล และผลงานตามที่หน่วยงานกำหนดผู้ฟ้องคดีจึงมิได้เสียสิทธิในความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่ราชการ

มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.112/2548 มีข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ สังกัดกรมราชทัณฑ์ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำจังหวัด ต่อมาผู้บัญชาการเรือนจำจังหวัดได้มีหนังสือถึงอธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ขอให้ย้ายผู้ฟ้องคดีกับข้าราชการอื่นไปปฏิบัติหน้าที่เรือนจำอื่นที่ขาดแคลนอัตรากำลัง โดยมีเหตุผลว่ามีพฤติการณ์กระด้างกระเดื่องต่อผู้บังคับบัญชา มีปัญหาด้านการปกครองและเคยถูกลงโทษทางวินัยหลายครั้ง เช่น ขาดราชการ บกพร่องต่อหน้าที่ทำให้ผู้ต้องขังหลบหนี ไม่ปฏิบัติหน้าที่เวรยาม กิริยาก้าวร้าวต่อผู้บังคับบัญชา อธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้มอบหมายให้คณะกรรมการบรรจุและแต่งตั้งของกรมราชทัณฑ์รับไปพิจารณาและต่อมาอธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) จึงได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีรวมทั้งข้าราชการอื่นไปปฏิบัติราชการที่เรือนจำอื่นตามมติคณะกรรมการ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการย้ายดังกล่าวเป็นการสั่งที่รวดเร็วและผิดธรรมเนียมในการโยกย้ายตามฤดูกาลจึงฟ้องเพิกถอนคำสั่ง

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า อธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ระดับ 3 จึงมีอำนาจสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรักษาการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำจังหวัดที่ว่างได้ตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 และเมื่อก่อนออกคำสั่งอธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลพิจารณาและอธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) เห็นว่าการเสนอให้สั่งย้ายผู้ฟ้องคดีเป็นไปเพื่อความเหมาะสม ขจัดปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานบุคคลของเรือนจำและเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นอีก ฉะนั้น การสั่งย้ายดังกล่าวได้พิจารณาอย่างรอบด้านแล้วและการย้ายมิใช่การลงโทษ แต่เป็นเรื่องของความจำเป็น ความเหมาะสม เพื่อประโยชน์ของทางราชการ จึงไม่ต้องมีการกระทำความผิดทางวินัยเสียก่อนจึงจะย้ายได้ การย้ายเป็นการบริหารงานของผู้บังคับบัญชาที่สามารถจะคัดสรรหรือจัดคนลงในตำแหน่งที่เหมาะสมตามที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของทางราชการ เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าอธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) สั่งย้ายผู้ฟ้องคดีโดยมีอคติหรือมีเจตนากลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีให้ได้รับความเสียหาย จึงถือได้ว่าได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้วเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

วิเคราะห์กรณีมีข้อพิจารณาว่า แม้การย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่งข้าราชการจะเป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่การบริหารราชการของหน่วยงานทางปกครองก็ตาม แต่โดยหลักการในการบริหารงานบุคคลของผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งโยกย้ายให้ดำรงตำแหน่งใด ต้องคำนึงถึงความรู้ความสามารถของบุคคล ความเสมอภาค ความเป็นธรรมเพื่อประโยชน์ของทางราชการ สำหรับในส่วนของข้าราชการก็ไม่อาจยึดติดอยู่กับตำแหน่งเดิมหรือขออยู่ในตำแหน่งเดิมจนครบเกษียณอายุราชการได้ ตำแหน่งข้าราชการจึงไม่ใช่สิทธิที่ใครจะมาหาได้ด้วยตนเองและติดตัวตลอดไป ข้าราชการจึงอาจได้รับการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นหรือปฏิบัติหน้าที่อื่นได้ การย้ายเป็นเรื่องการบริหารที่ผู้บังคับบัญชาจะดำเนินการ เช่น ในการสั่งย้ายของผู้บังคับบัญชาได้พิจารณาอย่างรอบด้านโดยคำนึงข้อเท็จจริง เหตุผล ความจำเป็น ตลอดจนความเหมาะสมและประโยชน์ของหน่วยงานแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดทางวินัยเสียก่อนจึงจะ

สิ่งได้ การย้ายจึงเป็นเรื่องของการบริหารงานที่ผู้บังคับบัญชาสามารถจัดสรรหรือจัดคนลงในตำแหน่งที่เหมาะสมตามที่เห็นสมควร

2) มีการทำคำสั่งไปโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ

ซึ่งการควบคุมตรวจสอบในลักษณะดังกล่าวเป็นกรณีที่ต้องคัดฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่แตกต่างกันออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรใช้กับเรื่องนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ เป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย คงจะเป็นไปได้ยากหากจะไม่กล่าวถึงการให้หลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้อยู่ในความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองและหลักเกณฑ์ทั้งสองแทบจะแยกจากกันไม่ออกในการพิจารณาเรื่องหนึ่งเรื่องใด ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ย่อยหลักเกณฑ์หนึ่งที่ใช้พิจารณาว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นเงื่อนไขในการกำหนดขอบเขตของการใช้ดุลพินิจให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย การที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาจึงไม่ได้หมายความว่าจะเป็นการอนุญาตให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอะไรก็ได้ แต่องค์กรผู้ใช้อำนาจจะต้องใช้อำนาจเพื่อบรรลุความมุ่งหมายดังต่อไปนี้

(1) องค์กรผู้ใช้อำนาจต้องใช้อำนาจเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเท่านั้น จะใช้อำนาจเพื่อบรรลุความมุ่งหมายอย่างอื่นนอกเหนือไปจากความมุ่งหมายที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนไม่ได้ ฉะนั้นจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) องค์กรผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งต้องใช้อำนาจเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนในแง่ที่อยู่ในความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจด้วย ซึ่งประโยชน์มหาชนนั้นอาจแยกออกได้หลายอย่าง เช่น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งชาติ เป็นต้น แล้วแต่ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจจะมีความมุ่งหมายที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนอย่างไร

คดีย้ายข้าราชการเพราะมีพฤติการณ์กระด้างกระเดื่องต่อผู้บังคับบัญชา และมีปัญหาด้านการปกครอง แม้ว่าการสั่งย้ายข้าราชการจะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้บังคับบัญชาในการคัดสรรหรือจัดบุคลากร เพื่อปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ได้ตามที่เห็นสมควรแต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็น ความเหมาะสม และประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ จะต้องไม่กระทำโดยมีอคติหรือเจตนาถ่วงถ่วงข้าราชการผู้ถูกย้ายให้ได้รับความเสียหายจึงจะถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังตัวอย่างคดี ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.229/2554 มีข้อเท็จจริงปรากฏตามหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ปลัดกระทรวงมหาดไทยได้ชี้แจงข้อเท็จจริงให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ซึ่งมีสาระสำคัญว่ามีการเสนอเรื่องการโอนผู้ฟ้องคดีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้รับแจ้งทางโทรศัพท์มือถือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยว่ามีเอกสารเร่งด่วนให้ลงนาม เป็นกรณีการรับโอนข้าราชการระดับ 10 มารับราชการสังกัดกระทรวงมหาดไทย เพื่อเสนอต่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4

พิจารณาในเวลาประมาณ 12.15 น. จากข้อเท็จจริงในส่วนนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า การขอรับโอนผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งและตกลงยินยอมการโอนตามที่กำหนดไว้ในระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 แต่เป็นการริเริ่มโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอันเป็นฝ่ายการเมืองซึ่งมิใช่ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ทั้งยังปรากฏต่อมาอีกว่าหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 มีมติเห็นชอบให้โอนผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ก็ได้มีหนังสือถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่อเสนอแนวทางการพิจารณาให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีโดยเห็นควรให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 รับโอนกลับไปดำรงตำแหน่งรองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีตามเดิม ทั้งหนังสือทบทวนการโอนโดยให้เหตุผลว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติ ความรู้ความสามารถและประสบการณ์เหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งผู้ตรวจราชการกระทรวงมหาดไทยนั้นมิใช่วัตถุประสงค์หรือความต้องการที่แท้จริงของปลัดกระทรวงมหาดไทย การดำเนินการในส่วนนี้จึงไม่อาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ได้กำหนดไว้ และตามผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าหนังสือดังกล่าวมีลักษณะเป็นความเห็นส่วนตัว และได้จัดทำขึ้นหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ได้มีมติอนุมัติให้โอนผู้ฟ้องคดีแล้วจึงไม่น่าจะนำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้

กรณีจึงเห็นได้ว่าการขอรับโอนผู้ฟ้องมาดำรงตำแหน่งผู้ตรวจราชการกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นการโอนข้าราชการระดับ 10 ให้ดำรงตำแหน่งต่างกระทรวงไม่ได้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งและตกลงยินยอมการโอนตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 แต่เป็นการริเริ่มโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาตกลงยินยอมให้โอนผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งผู้ตรวจราชการกระทรวงมหาดไทยโดยเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อกระทรวงเพียงด้านเดียวโดยไม่พิจารณาโดยคำนึงถึงผลกระทบหรืออุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นกับการบริหารราชการของสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและได้มีหนังสือแจ้งไม่ขัดข้องการโอนไปยังกระทรวงมหาดไทยภายในวันเดียวกับที่กระทรวงมหาดไทยมีหนังสือสอบถามมานั้น จึงยังไม่พอพียงได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้พิจารณาอย่างรอบด้านและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการตามที่กล่าว การพิจารณาตกลงยินยอมให้โอนผู้ฟ้องคดีของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการดำเนินการดังกล่าวตั้งแต่ขั้นตอนของการตกลงยินยอมระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 คือปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและปลัดกระทรวงมหาดไทย การเสนอเรื่องจากกระทรวงมหาดไทยต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อนำเรื่องเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และการอนุมัติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ภายใต้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นการดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งวันซึ่งนับว่าผิดปกติสำหรับการติดต่อประสานงานต่างส่วนราชการ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2555 กรณีจากข้อเท็จจริงนั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อ้างเหตุออกคำสั่งที่เป็นเหตุฟ้องคดีในชั้นแรกด้วยเหตุผลด้านอัตราค่าจ้างแต่เมื่อผู้ฟ้องคดีโต้แย้งก็ได้มีการกล่าวอ้างพฤติกรรมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีในโครงการต่างๆ ส่อไปในทางไม่โปร่งใสทุจริต จึงฟังได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่งสำนักประชาสัมพันธ์เขต 6 สงขลาให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่ฝ่ายรายการโดยไม่ได้มีปัญหาด้านจำนวนบุคลากรไม่เพียงพอที่จำเป็นต้องย้ายผู้ฟ้องคดี ประกอบกับผู้อำนวยความสะดวกสถานีวิจัยกระจายเสียงแห่งประเทศไทยจังหวัดพัทลุงได้มีบันทึกข้อ

ความลับแจ้งต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ว่าผู้ฟ้องคดีมีพฤติกรรมไม่เหมาะสมไม่โปร่งใสและส่อไปในทางทุจริตหลายกรณี แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็ไม่ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง ถือว่าไม่มีหลักฐานใดยืนยันว่าผู้ฟ้องคดีมีพฤติการณ์ดังกล่าวจริง เมื่อยังไม่มีข้อเท็จจริงที่ยืนยันได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีการกระทำอันส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ราชการ ซึ่งหากผู้ฟ้องคดียังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่ที่สถานีวิจัยกระจายเสียงแห่งประเทศไทยจังหวัดพัทลุงจะเป็นการไม่เหมาะสมหรือทำให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการหรือไม่เป็นประโยชน์ต่อทางราชการ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการที่ก.พ.กำหนดตามมาตรา 57 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีย้ายกลับไปปฏิบัติราชการที่สถานีวิจัยกระจายเสียงแห่งประเทศไทยจังหวัดพัทลุงแล้วก็ตาม แต่การมีคำสั่งดังกล่าวก็หาทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวหมดไปไม่ ศาลปกครองจึงมีอำนาจที่จะเพิกถอนความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

แต่ในส่วนคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.172/2555 เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลเพื่อขจัดเหตุที่อาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดทางวินัยของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยการออกคำสั่งย้ายผู้ใต้บังคับบัญชาที่มีพฤติการณ์กระทำความผิดทางวินัยให้ปฏิบัติหน้าที่อื่นเพื่อให้มีความเหมาะสมอันจะทำให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ไม่ถือเป็นการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ ตัวอย่างเช่น

กรณีที่หัวหน้าฝ่ายซ่อมบำรุงสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการตำแหน่งนายช่างไฟฟ้า 6 ปฏิบัติหน้าที่หัวหน้างานซ่อมบำรุง 6 ฝ่ายซ่อมบำรุงและกำจัดของเสียรายงานผลการตรวจสอบลิฟต์ โดยได้ชี้แจงข้อเท็จจริงแต่ไม่ตรงตามประเด็นที่ผู้บังคับบัญชาสั่งให้ชี้แจงและคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงรายงานว่าผู้ฟ้องคดีมีปัญหาการทำงานกับผู้ใต้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาร่วมกันลงชื่อไม่ขออยู่ใต้การบังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดี หัวหน้าฝ่ายซ่อมบำรุงเห็นว่าหากให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยซ่อมบำรุงอาจเกิดความเสียหายต่อการทำงานส่วนรวมและอาจมีปัญหาอื่นๆ ที่รุนแรงตามมา ผู้ถูกฟ้องคดี (ผู้อำนวยการโรงพยาบาล) จึงมีคำสั่งกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของข้าราชการและลูกจ้างฝ่ายซ่อมบำรุงและกำจัดของเสียใหม่ โดยให้นายอ. ไปปฏิบัติหน้าที่หัวหน้างานแทนผู้ฟ้องคดีและให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ช่วยงานหัวหน้าและต่อมาให้ไปช่วยราชการที่ฝ่ายบริหารงานทั่วไป แต่ผู้ฟ้องคดีขอไปช่วยราชการที่ฝ่ายพัสดุแทน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบทำให้เสียโอกาสเจริญก้าวหน้าในตำแหน่งลูกคุณหมื่นจากเพื่อนร่วมงาน จึงฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปดำรงตำแหน่งดังเดิม

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยโดยสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 มาตรา 88 มาตรา 90 ประกอบมาตรา 99 กำหนดเป็นหลักการเอาไว่ว่าข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขืนหรือ หลีกเลียง ต้องไม่รายงานเท็จ การรายงานโดยปกปิดข้อความซึ่งควรต้องแจ้ง ถือว่าเป็นการรายงานเท็จ และผู้บังคับบัญชามีหน้าที่เสริมสร้างและพัฒนาให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามีวินัย ป้องกันไม่ให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาทำผิดวินัย และดำเนินการ

ทางวินัย แก่ผู้ใต้บังคับบัญชากรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย โดยการป้องกันมิให้กระทำผิดวินัยนั้นผู้บังคับบัญชาต้องกระทำโดยการเอาใจใส่ สังเกตการณ์ และขจัดเหตุที่อาจก่อให้เกิดการกระทำผิดวินัยในเรื่องอันอยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการป้องกันตามควรแก่กรณีได้

ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็น ผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีจึงมีอำนาจในการบริหารงานบุคคลให้เหมาะสมกับหน้าที่ที่รับผิดชอบ และต้องเอาใจใส่ขจัดเหตุที่อาจก่อให้เกิดการกระทำผิดวินัยในเรื่องอันอยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการป้องกันตามควรแก่กรณี ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานบรรลุวัตถุประสงค์ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง โดยให้ออกาสผู้บังคับบัญชา ผู้ร่วมงาน ผู้ฟ้องคดี และผู้ใต้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดี ให้ข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน แล้วมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปช่วยงานและช่วยราชการ ทั้งสามคำสั่งดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งได้คำนึงถึงข้อเท็จจริง เหตุผล ความจำเป็น ตลอดจนความเหมาะสมและประโยชน์ของหน่วยงาน ซึ่งผู้ฟ้องคดีอาจไม่พอใจ และต้องปรับตัวเข้ากับงานใหม่ แต่การให้ช่วยงานหรือช่วยราชการเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะออกคำสั่งได้ตามที่เห็นสมควร ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าคำสั่งย้ายเป็นการกลั่นแกล้ง เนื่องจากได้โต้แย้งการกำหนดรายละเอียดครุภัณฑ์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะจัดซื้อเป็นการกล่าวอ้างโดยไม่มีพยานหลักฐาน เมื่อข้อเท็จจริงยังไม่อาจรับฟังได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้สั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปช่วยราชการ โดยมีอคติหรือมีเจตนากลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีให้ได้รับความเสียหาย จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกคำสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการแล้ว

ซึ่งเห็นได้ว่า ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขืนหรือหลีกเลี่ยงต้องไม่รายงานเท็จ การรายงานโดยปกปิดข้อความซึ่งควรต้องแจ้งถือว่าเป็นการรายงานเท็จ และผู้บังคับบัญชามีหน้าที่เสริมสร้างและพัฒนาให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามีวินัยป้องกันมิให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาทำผิดวินัยและดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ใต้บังคับบัญชากรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย โดยการป้องกันมิให้กระทำผิดวินัยนั้นผู้บังคับบัญชา ต้องกระทำโดยการเอาใจใส่สังเกตการณ์ และขจัดเหตุที่อาจก่อให้เกิดการกระทำผิดวินัยในเรื่องอันอยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการป้องกันตามควรแก่กรณีได้

จากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองไทยอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในระยะแรกศาลปกครองไทยยังไม่เข้าไปควบคุมถึงอำนาจดุลพินิจโดยตรงว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างเต็มที่ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองในระยะแรกๆ แต่ปัจจุบันศาลปกครองได้เพิ่มหลักเกณฑ์การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองขึ้น เพื่อควบคุมตรวจสอบทั้งในส่วนของความชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอก (วิธีบัญญัติ) เช่น การควบคุมตรวจสอบว่ามีการออกคำสั่งไปโดยปราศจากอำนาจหรือไม่ การออกคำสั่งโดยถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ และการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายใน (สารบัญญัติ) ของคำสั่ง เช่น การควบคุมตรวจสอบว่ามีการออกคำสั่งไปโดยมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือไม่หรือออกคำสั่งออกไปโดยมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงหรือไม่หรือเป็นการออกคำสั่งออกไปโดยบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบว่าได้มีการออกคำสั่งไปโดยถูกต้องต้องตาม

วัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ แต่ศาลปกครองไม่ใช้อำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความเหมาะสม เนื่องจากเป็นอำนาจอิสระซึ่งเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมตรวจสอบคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย ของข้าราชการโดยศาลปกครอง

การบริหารกิจการภาครัฐที่ต้องมุ่งประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ การใช้อำนาจของผู้มีอำนาจจึงจำเป็นต้องยึดหลักธรรมาภิบาลบนพื้นฐานของความเป็นธรรมในการบริหารงานบุคคลตามระบบคุณธรรม แม้กฎหมายจะให้เป็นผู้มีอำนาจดุลพินิจแก่ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการได้ แต่การใช้ดุลพินิจมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อให้ผู้มีอำนาจสามารถปรับใช้ข้อกำหนดกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกิดขึ้นได้ทุกกรณีและเลือกทางเลือกได้หลายทางที่ล้วนแล้วแต่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นทางเลือกที่เหมาะสมและจำเป็นสามารถดำเนินการทางปกครองให้บรรลุตามเจตนารมณ์ได้เท่าที่มีได้ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ

คำพิพากษาของศาลปกครองในบทนี้จึงเป็นบรรทัดฐานของการปฏิบัติราชการและเป็นตัวอย่างสำหรับผู้มีอำนาจและใช้ดุลพินิจออกคำสั่งย้ายข้าราชการ โดยเฉพาะกรณีการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้บังคับบัญชาจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสมในแสวงหาข้อเท็จจริงและพินิจวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอย่างรอบคอบรอบด้านในการออกคำสั่งโดยมีเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ ซึ่งนอกจากจะคำนึงถึงประสิทธิภาพและประโยชน์ของทางราชการตลอดจนขวัญกำลังใจของข้าราชการประกอบกันแล้วยังต้องพิจารณาให้ความเป็นธรรมต่อผู้ถูกย้ายโดยไม่ใช้อำนาจโดยมีอคติ ลำเอียง กลั่นแกล้งหรือเป็นไปในลักษณะของการลงโทษ

5.1 ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดี

การฟ้องคดีปกครองเป็นกระบวนการซึ่งต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายในเรื่องการบริหารงานบุคคล เจื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการอุทธรณ์หรือร้องทุกข์ก่อนนำคดีมาฟ้องศาลไม่ว่าจะเป็นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่างได้กำหนดหลักกฎหมายก่อนฟ้องคดีไว้เพื่อเป็นเครื่องมือควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ในกรณีสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีองค์กรศาลไม่สามารถตรวจสอบวัตถุประสงค์ภายในของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งได้ จึงต้องดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจเดือดร้อนเสียหายให้ครบตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก่อนฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองสามารถรับฟ้องได้หรือเรียกว่าเป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับ ซึ่งหมายถึงระบบที่กฎหมายบังคับให้คู่กรณีต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอจึงจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้นการอุทธรณ์ในระบบบังคับจึงกลายเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีที่หากคู่กรณีไม่ดำเนินการอุทธรณ์ภายใน

ฝ่ายปกครองก่อนแล้วศาลย่อมไม่มีอำนาจรับคำฟ้องคดีดังกล่าวไว้พิจารณาพิพากษาได้ ซึ่งก็มีเหตุผลเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสในเรื่องเงื่อนไขก่อนฟ้องคดีปกครองก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสพิจารณาทบทวนเรื่องนั้นก่อน แต่ต่างกันที่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก่อนฟ้องคดีเป็นระบบอุทธรณ์ทางเลือกหรือระบบอุทธรณ์แบบไม่บังคับ ซึ่งหมายถึงระบบที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะที่เป็นทางเลือกให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีหรือไม่ก็ได้ ไม่อาจถือเป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่จะต้องดำเนินการเช่นนั้นก่อน เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งหากมีการตกลงกันได้ก็ไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะพิเศษประการแรกของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือ วัตถุประสงค์ทำให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีคำสั่งทางปกครองเป็นวัตถุแห่งข้อพิพาทเท่านั้น ซึ่งเห็นได้ว่าลำพังเฉพาะการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไม่ถูกต้องตามกฎหมายนั้นยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ได้รับความเดือดร้อนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ส่วนข้อพิพาทกรณีอื่นๆ ผู้ฟ้องคดีสามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันที แต่ในข้อพิพาทดังกล่าวนี้กฎหมายได้บัญญัติข้อยกเว้นกำหนดให้ข้าราชการที่ต้องการจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีประเภทใดก็ตาม ดังนั้น ข้าราชการจึงสามารถยื่นอุทธรณ์การกระทำของผู้บังคับบัญชาได้ทุกประเภทไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งในส่วนของผู้ที่จะมีสิทธิอุทธรณ์ตามระบบกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะต้องเป็นผู้ที่สามารถอ้างได้ว่าถูกละเมิดในสิทธิของตนอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีความชัดเจนและมีความหมายแคบกว่าการเป็น “ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้...” ตามที่บัญญัติในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะสิทธิที่จะยกขึ้นมาอ้างนั้นต้องเป็น “สิทธิในทางกฎหมายมหาชน” ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายลำดับรองลงมาหรือสิทธิที่เป็นผลพวงมาจากคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

โดยที่สิทธิในทางกฎหมายมหาชน คือ อำนาจที่กฎหมายมอบให้บุคคลเรียกร้องให้รัฐกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีของข้าราชการนั้นเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐนั้นเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษ (Soderrechtsverhältnis) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่มีความใกล้ชิดกับรัฐมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ทำให้ข้าราชการมีสถานะเป็นปัจเจกบุคคลที่มีสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐตามที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่ข้าราชการก็เป็นส่วนหนึ่งของรัฐ เนื่องจากหน่วยงานของรัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคล ไม่มีตัวตนอยู่จริงจึงต้องมีข้าราชการคอยช่วยเหลือเพื่อให้ภารกิจต่างๆ ของหน่วยงานสามารถดำเนินไปได้จริง ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้บังคับบัญชากระทบกระเทือนต่อสิทธิของข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาหรือไม่เห็นว่าจะจำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นกระทบต่อข้าราชการผู้นั้นในสถานะใด ถ้าเป็นมาตรการที่เกี่ยวกับสิทธิและสถานภาพของข้าราชการ เช่น การบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย การเลื่อนขั้นเงินเดือน การเลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น ถือเป็นมาตรการที่กระทบต่อข้าราชการผู้นั้นในฐานะ

ปัจเจกบุคคลหรือกระทบต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการจึงต้องถือว่ามีผลกระทบในสิทธิทางกฎหมายมหาชนของข้าราชการผู้นั้น เช่น กรณีคำสั่งมอบหมายงานให้รับผิดชอบ คำสั่งกำหนดรายละเอียดการปฏิบัติหน้าที่ การกำหนดวันส่งงาน การเรียกมาประชุมหารือ การกำหนดสถานที่นั่งทำงาน เป็นต้น โดยหลักแล้วไม่ถือว่ามีผลกระทบสิทธิเกิดขึ้นเพราะไม่ได้ปฏิบัติต่อข้าราชการผู้นั้นในฐานะบุคคลหากแต่ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครอง

อีกทั้งในขณะที่มาตรา 44 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง แต่ในกฎหมายแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยหลักแล้วการยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดจะมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (Suspensiv-effekt) เว้นแต่กฎหมายหรือเจ้าหน้าที่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กรณีที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้คือ กรณีคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย (Versetzung) และคำสั่งให้ไปปฏิบัติราชการหน่วยงานอื่นเป็นการชั่วคราว (Abordnung) การอุทธรณ์คำสั่งทั้งสองประเภทนี้ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่ง หากผู้ยื่นอุทธรณ์ประสงค์จะยับยั้งการบังคับตามคำสั่งระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์จะต้องยื่นคำขอต่อศาลปกครองให้ออกมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

จะเห็นว่าเมื่อศาลปกครองของไทยใช้ระบบการอุทธรณ์บังคับเป็นสำคัญซึ่งถือเป็นเงื่อนไขการแก้ไขเยียวยา ก่อนการฟ้องคดีที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลปกครองมีความล่าช้า เพราะต้องดำเนินการร้องทุกข์ตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อนที่จะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดโดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด” ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาททางปกครองอันเกิดจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใด หากข้าราชการผู้นั้นเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำสั่งนั้น จะต้องพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะก่อนว่าได้กำหนดในเรื่องการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายไว้หรือไม่อย่างไร หากกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาไว้อย่างไร ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายพึงต้องดำเนินการเช่นนั้น ในกรณีเห็นว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจหน้าที่ปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชา เมื่อคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องโต้แย้งคำสั่งก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ให้ต้องดำเนินการร้องทุกข์ตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2551 ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการแก้ไขเยียวยาภายในส่วนราชการหรือหน่วยงานโดยไม่ต้องพึ่งพาองค์กรตุลาการ

5.2 ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายต่อการใช้สิทธิทางศาล

การวางหลักเกณฑ์พิจารณาและปรับใช้หลักกฎหมายโดยการพิจารณาถึงผลกระทบของคำสั่งต่อข้าราชการผู้รับคำสั่งว่าหากมีผลกระทบเป็นการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ความรับผิดชอบอย่างสิ้นเชิงกระทบต่อเงินเดือน กระทบต่อสิทธิของผู้ถูกย้ายในด้านอื่นๆ เป็นต้น คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการจะถือเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครองหรือมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แต่ในทางตรงกันข้ามหากเป็นการใช้อำนาจออกคำสั่งย้ายของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานภายในหน่วยงานและไม่มีผลกระทบเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบต่อข้าราชการผู้รับคำสั่งอย่างสิ้นเชิง คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง จะเห็นได้ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไม่มีความชัดเจนแน่นอนที่จะผูกพันต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีในการใช้สิทธิทางศาล จะส่งผลต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองด้วยเช่นเดียวกัน

อำนาจควบคุมบังคับบัญชาระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเป็นอำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคล ซึ่งเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่ตนเห็นสมควรและมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาของไทยเป็นคำสั่งทางปกครองก็ด้วยเหตุผลทั้งสิ้น 4 ประการ ดังต่อไปนี้

1. คำสั่งนั้นต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่

ข้าราชการถือเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐโดยเป็นผู้ดำเนินการใดๆ แทนรัฐและถือเป็นลูกจ้างของรัฐภายใต้หลักกฎหมายมหาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็คือผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เป็นผู้ที่มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ดังนั้น การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการถือเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งต่อข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาโดยการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นในระดับเดียวกันกับตำแหน่งเดิม และเป็นการแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษรของผู้บังคับบัญชาที่ออกคำสั่งต่อผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเอง จะเห็นว่าเจ้าหน้าที่ในที่นี้หมายถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้น เอกชนจึงไม่ใช่เจ้าหน้าที่ที่มีผลทำให้การกระทำต่างๆ ของเอกชนเป็นการแสดงเจตนาให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจึงไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่เอกชนนั้นจะได้รับมอบอำนาจปกครองให้กระทำการบางอย่างแทนรัฐ

2. คำสั่งนั้นต้องเป็นการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายฝ่ายเดียว

การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายจากหลักการปกครองโดยกฎหมาย (The Rule of Law) การใช้อำนาจต้องมีฐานอำนาจซึ่งก็คือกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารองรับ โดยที่การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยใช้อำนาจตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หมวด 3 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด และคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายถือเป็นการแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียวของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง หากเป็นการแสดงเจตนา

โดยต้องได้รับความยินยอมแล้วย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเพราะการออกคำสั่งต้องมีผู้ออกคำสั่งแต่เพียงฝ่ายเดียว จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐในเรื่องการบริหารงานบุคคลไว้เพื่อให้ข้าราชการได้รับการรับรองคุ้มครองและเป็นการประกันความมั่นคงให้แก่ข้าราชการที่ควรจะได้รับจากการปฏิบัติงาน

3. คำสั่งนั้นต้องเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือเกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่

ในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นไม่ว่าจะเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว โดยเมื่อมีเหตุการณ์หนึ่งเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นแล้วปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะกำหนดผลทางกฎหมายให้แก่เหตุการณ์นั้น เมื่อการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเป็นการกระทำที่เปลี่ยนแปลงสถานะหรือหน้าที่ความรับผิดชอบแก่ข้าราชการ มีผลกระทบต่อสิทธิและหลักประกันสถานภาพของอำนาจ หรือลดระดับภาระความรับผิดชอบหรือสิทธิประโยชน์ทางการเงินที่ข้าราชการผู้นั้นมีอยู่แต่เดิม ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งได้ ตามองค์ประกอบในข้อนี้การใช้อำนาจตามกฎหมายแต่เพียงฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้น

4. คำสั่งนั้นต้องมีผลโดยตรงออกสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง

ข้าราชการมี 2 ฐานะ คือ มีฐานะเป็นเครื่องมือในการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองมีสิทธิหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาเหมือนเอกชนที่เข้ามามีนิติสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยที่ฝ่ายปกครองนั้นมีฐานะเป็นนายจ้างและข้าราชการเป็นลูกจ้าง ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้รับคำสั่งอยู่ในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดาที่เข้ามามีนิติสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในฐานะเหมือนประชาชนทั่วไป เมื่อผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาถือได้ว่าคำสั่งนั้นมีผลโดยตรงออกสู่ภายนอกฝ่ายปกครองคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

อีกทั้งคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสถานะของผู้ได้บังคับบัญชา เช่น คำสั่งเกี่ยวกับการบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนระดับ โยกย้าย คำสั่งลงโทษทางวินัย หรือคำสั่งให้ออกจากราชการ เป็นต้น เหล่านี้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เมื่อพิจารณาจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในหน่วยงานหนึ่งไปแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกัน โดยเป็นคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาได้สั่งแก่ผู้ได้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานตามระเบียบบริหารราชการแผ่นดินซึ่งข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตาม จะต้องปรากฏว่าการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการต้องก่อผลกระทบต่อสถานะอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ฟ้องคดีด้วย ตามหลักการที่ว่านิติกรรมทางปกครองจะต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีด้วยศาลจึงจะรับคำฟ้องไว้พิจารณา หากคำสั่งนั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดความขัดข้องเล็กน้อยซึ่งเกิดขึ้นเป็นปกติจากการดำเนินการในหน่วยงานศาล

ปกครองก็ไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ เช่น การกระทำที่อยู่ในชั้นเตรียมการเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งยืนยันที่มีวัตถุประสงค์และเนื้อหา (ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย) ไม่ต่างไปจากคำสั่งเดิม หรือกระบวนการภายในของฝ่ายปกครองที่มีขึ้นเพื่อจัดระบบการทำงานภายในฝ่ายปกครอง และมีผลใช้บังคับเฉพาะกับฝ่ายปกครองเท่านั้น หรือคำสั่งจัดระบบงานภายในกองหรือสำนักหรือคำสั่งย้ายข้าราชการภายในกองโดยไม่กระทบต่อสิทธิประโยชน์หรือก่อให้เกิดภาระทางการเงินเพิ่มเติม กรณีที่เป็นคำสั่งย้ายภายในกรมหรือกองภายในสำนักที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ฟ้องคดีถือเป็นมาตรการ (คำสั่ง) ภายในฝ่ายปกครอง เมื่อนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้จึงชอบที่จะจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

จะเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยหลักถือเป็นคำสั่งทางปกครองแต่หากเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญแล้วศาลก็อาจไม่รับไว้พิจารณาก็ได้ หากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายมีผลเป็นการลดอำนาจหน้าที่ของข้าราชการ เช่น คำสั่งนั้นทำให้ข้าราชการต้องย้ายที่พักอาศัยหรือคำสั่งนั้นก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการผู้รับคำสั่ง คำสั่งนั้นมีผลลดอำนาจบังคับบัญชา มีผลลดระดับภาระความรับผิดชอบ มีผลลดสิทธิประโยชน์ทางการเงิน ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละกรณี เมื่อผู้โต้แย้งคำสั่งซึ่งรับคำสั่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้และเมื่อดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดแล้วยอมเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนั้นได้ ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากกรณีข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งแตกต่างกันไปอีกด้วย ซึ่งเมื่อคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการทุกคำสั่งเป็นคำสั่งทางปกครองแต่อาจเรียกชื่อแตกต่างกันออกไปเป็น คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง มาตรการทางปกครอง เป็นต้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของคดี ซึ่งเมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองผู้ได้รับคำสั่งสามารถนำคดีฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ จะเห็นได้ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการบางกรณีก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งอย่างชัดเจนอันมีลักษณะทางปกครอง ฉะนั้น การที่จะวิเคราะห์ว่าคำสั่งใดก่อให้เกิดผลกระทบสิทธิเพียงใดนั้นจึงเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและค่อนข้างละเอียดอ่อนมากดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำสั่งที่ 555/2555 คดีนี้ผู้ฟ้องเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ตำแหน่งพยาบาลวิชาชีพชำนาญการ ปฏิบัติหน้าที่ห้องตรวจอายุรกรรมงานผู้ป่วยนอกกล่าวอ้างว่าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการที่ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่กลุ่มการพยาบาลเป็นการชั่วคราว เนื่องจากผู้ฟ้องคดีอยู่ในระหว่างถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความผิดทางวินัย ผู้ฟ้องเห็นว่าคำสั่งย้ายดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและขอให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปปฏิบัติงานในหน้าที่เดิม กรณีจึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เห็นว่าการย้ายผู้ฟ้องคดีดังกล่าวจึงไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีโดยตรงแต่ประการใดและเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาในการบริหารงานบุคคลที่จะสามารถกระทำได้เพื่อแก้ไขปัญหาภายใน

องค์กร เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณสุขให้บรรลุผลและดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง ศาลปกครองจึงไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลแทนฝ่ายปกครองได้ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากคำสั่งโรงพยาบาลพุทธชินราช พิษณุโลก จึงไม่ใช่ผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำสั่งที่ 223/2554 คดีนี้ผู้ฟ้องเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ ตำแหน่งทันตแพทย์ชำนาญการ ฟ้องว่าได้รับผลกระทบจากคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งทันตแพทย์ 6 กลุ่มงานสนับสนุนวิชาการ สำนักงานอุบลราชธานีไปดำรงตำแหน่งทันตแพทย์ 6 กลุ่มงานบริการทางการแพทย์ ทันตแพทย์สาธารณสุขจังหวัดอุบลราชธานีโดยไม่แจ้งคำสั่งและเหตุผลในการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทราบ อีกทั้งตำแหน่งกลุ่มงานสนับสนุนวิชาการ สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดอุบลราชธานีซึ่งผู้ฟ้องคดีครองอยู่เดิมมีการปรับปรุงและกำหนดตำแหน่งใหม่ให้เป็นตำแหน่งทันตแพทย์ 9 วช เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีเกิดความท้อแท้และไม่ได้รับความก้าวหน้าในการปฏิบัติราชการ กล่าวคือ เมื่อผู้ฟ้องคดีพร้อมที่จะทำผลงานทางวิชาการเพื่อประเมินในระดับ 9 แล้วก็จะไม่มีหลักประกันในการครองตำแหน่ง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเนื่องจากผู้ฟ้องคดียังไม่มีคุณสมบัติที่จะประเมินเลื่อนระดับ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีแต่ยังคงให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติราชการจริงที่กลุ่มงานทันตสาธารณสุข คำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นการบริหารงานบุคคลภายในหน่วยงานฝ่ายปกครองเพื่อความเหมาะสมและประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งผู้ฟ้องคดียังคงปฏิบัติราชการจริงอยู่ที่โรงพยาบาลพิบูลมังสาหารตามคำสั่งดังกล่าว อีกทั้งผู้ฟ้องคดียังคงดำรงตำแหน่งทันตแพทย์ 6 รับเงินเดือนและสิทธิประโยชน์ไม่แตกต่างจากที่ดำรงตำแหน่งเดิม กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ผู้ฟ้องจึงไม่ใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครอง

คำสั่งที่ คบ.78/2558 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ออกคำสั่งสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีย้ายข้าราชการผู้ดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการระดับเชี่ยวชาญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทอำนวยการระดับสูงที่ว่างอยู่ โดยมีได้ดำเนินการคัดเลือกเลื่อนข้าราชการขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ว่างดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเห็นว่ากรณีการย้ายตามข้อพิพาทดังกล่าวเป็นการย้ายในส่วนของผู้ดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการ ระดับเชี่ยวชาญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทอำนวยการระดับสูง ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด ส่วนผู้ฟ้องคดีอยู่ในตำแหน่งประเภทวิชาการ ระดับชำนาญการพิเศษ จึงมิได้มีคุณสมบัติตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด ดังนั้น จึงมิได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครอง

คำสั่งที่ คบ.87/2558 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีรับโอนนางสาวมาลินีมาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักวิเคราะห์นโยบายและแผนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีทำให้ไม่สามารถเข้าสู่ตำแหน่งดังกล่าวได้ ขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าว อย่างไรก็ตามพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การรับโอนข้าราชการพลเรือนจากหน่วยงานอื่นมาดำรงตำแหน่งในหน่วยงานสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นเรื่องของการบริหารงานบุคคลภายในหน่วยงานและเป็นดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่จะดำเนินการตามที่เห็นสมควร อีกทั้งคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งที่เกี่ยวกับนางสาวมาลินี

โดยเฉพาะ ไม่ได้กระทบสิทธิใดหรือเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายแต่อย่างใด และเนื่องจากผู้ที่จะครองตำแหน่งนักวิเคราะห์นโยบายและแผน ระดับชำนาญการพิเศษจะต้องผ่านการประเมินผลงานเสียก่อน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 77/2558 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นขอให้เพิกถอนคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องซึ่งเป็นหน่วยงานที่ผู้ฟ้องสังกัดอยู่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการในการบริหารงานภายในสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่อื่นภายในหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดีเองอันเป็นการดำเนินการในการโยกย้ายตำแหน่งหน้าที่ของพนักงานภายในหน่วยงาน โดยไม่ปรากฏว่าเป็นการลดระดับหรือเงินเดือนหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นใดหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ผู้ฟ้องคดีจะนำมาฟ้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนได้ คำร้องอุทธรณ์คำสั่งของผู้ฟ้องคดีในประเด็นนี้จึงฟังไม่ขึ้น ฎหมาย การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องตามคำขอข้อที่ (2) ของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา นั้นศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยในผล จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 201/2555 ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เดิมผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักสนับสนุนด้านการเงิน สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลาง และขนาดย่อม ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักติดตามและประเมินผลโครงการ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม กรณีย่อมถือได้ว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นการย้ายภายในสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ซึ่งเป็นเรื่องดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาและผู้มีอำนาจในการสั่งบรรจุและแต่งตั้งจะพิจารณาสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แม้การย้ายในกรณีดังกล่าวจะเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีรู้สึกถูกลดความสำคัญในหน้าที่การงานลงและรู้สึกกระทบต่อความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงาน แต่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีต้องเสียสิทธิหรือประโยชน์อื่นใดที่ได้รับอยู่ แต่เดิม ผู้ฟ้องคดียังคงได้รับเงินเดือนและสิทธิประโยชน์อื่นอันไม่แตกต่างจากตำแหน่งเดิม จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีโดยตรง เนื่องจากไม่ทำให้สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีเปลี่ยนแปลงไป ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 595/2554 ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เมื่อคำสั่งพิพาทในคดีนี้เป็นการสั่งการให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งพยาบาลวิชาชีพปฏิบัติการ สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดนครราชสีมาไปปฏิบัติราชการที่สถานีอนามัยอื่นในจังหวัดเดียวกันในตำแหน่งพยาบาลวิชาชีพปฏิบัติการอันเป็นตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าตำแหน่งเดิมที่ผู้ฟ้องคดีดำรงอยู่ก่อนมีคำสั่งดังกล่าวและเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แม้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ราชการที่ใหม่ผู้ฟ้องคดีจะไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ราชการที่สถานีอนามัยดังกล่าวดังที่ผู้ฟ้องคดีได้เคยปฏิบัติอยู่ก็ตาม ทำให้ผู้ฟ้องคดีรู้สึกถูกลดความสำคัญในหน้าที่การงานลงก็ตาม แต่ผู้ฟ้องคดีก็ยังดำรงตำแหน่งพยาบาลวิชาชีพปฏิบัติการราชการอยู่เช่นเดิม ดังนั้นจึงไม่อาจถือได้ว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติราชการดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบ

ต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับการแต่งตั้งโยกย้ายบุคลากรในหน่วยงานราชการเป็นอำนาจในการบริหารงานบุคคลของผู้บังคับบัญชา ซึ่งอาจแต่งตั้งโยกย้ายบุคลากรในหน่วยงานได้ตามความเหมาะสมเพื่อให้การปฏิบัติราชการซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลดังกล่าวแทนฝ่ายปกครองได้ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ส่วนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหลักประกันสถานภาพของอำนาจหรือสิทธิประโยชน์ทางการเงินที่ข้าราชการผู้นั้นมีอยู่แต่เดิมตามกฎหมาย ศาลปกครองถือว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการดังกล่าวเป็น “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลกระทบเฉพาะราย” ซึ่งเทียบเคียงได้กับ “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เพราะถือว่าคำสั่งประเภทนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่ง ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.478/2555 กรณีที่เทศบาลออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ ซึ่งตามสัญญาจ้างพนักงานระบุว่าผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่รับผิดชอบขับรถยนต์บำรุงรักษาความสะอาดรถยนต์ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การออกคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสมกับลักษณะการปฏิบัติงานของพนักงานจ้างตำแหน่งพนักงานขับรถยนต์ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะรับฟังได้ เนื่องจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ในแต่ละกรณี การดำเนินการดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับการออกคำสั่งดังกล่าวไม่มีเหตุผลหรือความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งราชการและยังทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องขาดอัตราจ้างพนักงานขับรถยนต์ ขณะเดียวกันก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่ยืนยันว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีความจำเป็นหรือเหตุผลที่ต้องเพิ่มคนงานประจำรถขยะแต่ประการใด ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ จากที่กล่าวมาคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่พิจารณาแล้วเห็นว่าก่อให้เกิดผลเป็นการเปลี่ยนแปลงในตำแหน่งงานซึ่งมีผลจำกัดเป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ซึ่งข้าราชการผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายต้องรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในการบริหารงานภายในของหน่วยงาน เนื่องจากเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายต่ำมากหรือไม่มีเลย จึงถือว่าเป็นคำสั่งที่ศาลปกครองไม่ควรเข้าไปก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในส่วนของความเหมาะสมของสำคัญอันเป็นดุลพินิจโดยแท้ของผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองเพราะเป็นเรื่องของความจำเป็น ความเหมาะสม เพื่อประโยชน์ของทางราชการ และอาจจะกระทบกระเทือนต่อการบริหารงานภายในบุคคลเพื่อประโยชน์ในการบริหารงานแผ่นดินตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเป็นเพียงหลักเกณฑ์เบื้องต้นเท่านั้นเพราะแท้จริงแล้วศาลปกครองก็ไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวแต่จะคำนึงถึงข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เฉพาะกรณี

5.3 ปัญหาความยากลำบากของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจ

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจของผู้พิพากษาในการตรวจสอบดุลพินิจทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหลักกฎหมายที่พัฒนาโดยฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายวิชาการ โดยหลักแล้วอำนาจในการตรวจสอบดุลพินิจทางปกครองของผู้พิพากษาทั้งในสองประเทศมีความคล้ายคลึงกัน ศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะเพิกถอนคำวินิจฉัยทางปกครองหากปรากฏว่าการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด ในกรณีที่ต้องครหาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจวินิจฉัยขอกฎหมายบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแล้ว ศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เว้นแต่การใช้ดุลพินิจนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรืออย่างบิดเบือน อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้มงวดกว่าศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส เนื่องจากในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นศาลปกครองจะใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นภาระซึ่งน้ำหนักมาตรการทางปกครองในแง่แห่งความจำเป็น ความเหมาะสม และความพอสมควรแก่เหตุในทุกกรณี แต่ศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะใช้หลักแห่งความได้สัดส่วนในบางกรณีเท่านั้น นอกจากนี้ศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังยึดถือหลักความเสมอภาค ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจทางปกครองอย่างเคร่งครัดอีกด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้นการใช้ดุลพินิจเป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจภายในขอบเขตของกฎหมาย เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้ว่าสมควรที่จะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการหรือเลือกตัดสินใจใช้มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นวิธีการหรือมาตรการที่ช่วยด้วยกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไม่ได้หมายความว่ากฎหมายอนุญาตให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ แต่การใช้ดุลพินิจจะต้องเป็นไปโดยมีเหตุผลภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1. หลักความสมเหตุสมผลที่จะทำให้การใช้อำนาจนั้นบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ
2. หลักความจำเป็นโดยการเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาน้อยที่สุด และ
3. การใช้อำนาจนั้นต้องเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายของเอกชน (หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) ซึ่งหากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วกรณีย่อมเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองและมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำสั่งที่เกิดจากการใช้อำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ดังนั้น ถึงแม้ว่ากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจะบัญญัติโดยเปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่ผู้มีอำนาจก็ไม่สามารถที่จะใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ เพราะนอกจาก

ต้องผูกพันกับหลักเกณฑ์สำคัญของการใช้อำนาจดุลพินิจตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังต้องผูกพันกับบทกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง” ที่มุ่งหมายจะควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งในทางปกครองภายใต้กฎหมาย อาทิ การใช้อำนาจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งได้บัญญัติรับรองให้ผู้ออกคำสั่งจะต้องใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลตามระบบคุณธรรม แต่หากเป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองศาลปกครองก็ไม่อาจก้าวล่วงเข้ามาพิจารณาพิพากษาในส่วนของความเหมาะสมอันเป็นการบริหารงานภายในปกครองของการออกคำสั่งได้เช่นเดียวกัน ศาลปกครองชอบที่จะควบคุมตรวจสอบได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการนั้นผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณาว่าการออกคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ หากการออกคำสั่งนั้นไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้บรรลุผลได้อย่างแน่แท้หรือเป็นไปด้วยความยากลำบาก ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายภายในใจที่จะใช้คำสั่งนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการเพื่อให้เกิดผลเป็นประการอื่นนอกเหนือไปจากกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นอันเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ เช่น กรณีการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการซึ่งกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเพื่อให้ได้ข้าราชการที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับงานในตำแหน่งหน้าที่นั้น ได้มีการสับเปลี่ยนกันปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้ภารกิจของราชการสัมฤทธิ์ผลอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ทั้งนี้ การใช้อำนาจดังกล่าวต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการอย่างแท้จริงโดยมีผลกระทบกระท่อนต่อสิทธิของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งน้อยที่สุดและทางราชการได้รับประโยชน์มากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ผู้ถูกแต่งตั้งโยกย้ายจะได้รับ เนื่องจากการแต่งตั้งโยกย้ายมีผลกระทบต่อตัวข้าราชการผู้ถูกโยกย้ายทั้งในทางที่เป็นประโยชน์คือข้าราชการผู้ถูกโยกย้ายพึงพอใจและในลักษณะที่เข้าใจว่าถูกกลั่นแกล้งหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมจากผู้บังคับบัญชา

ปัญหาในการกำหนดขอบเขตของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย เป็นส่วนซึ่งยังคงขาดความชัดเจนของหลักเกณฑ์ที่ศาลจะกำหนดขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือนตั้งแต่เปิดทำการศาลปกครองจนถึงปัจจุบัน ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ที่ใช้บังคับฉบับปัจจุบัน มีทั้งกรณีที่ศาลควบคุมตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะตัดสินใจและกรณีที่ศาลเข้าไปควบคุมแต่มีระดับของการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่แตกต่างกัน

ในกรณีที่ตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่จะตัดสินใจหรือที่วินิจฉัยว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ปรากฏในแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองซึ่งมีทั้งที่ศาลวินิจฉัยในองค์ประกอบภายในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจในรูปแบบของคำพิพากษาแล้วจึงวินิจฉัยต่อไปว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เป็นต้น ส่วนอีก

กรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาคำฟ้องแล้วจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยเห็นได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่ง โดยที่ศาลปกครองไม่รับฟ้องอาจเพราะว่าเมื่อรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้วต่อมาแม้มีคำพิพากษาถึงการออกคำสั่งซึ่งเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ก็ถือได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองขยายขอบเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจภายใต้การกำกับของศาลปกครอง โดยจะสังเกตเห็นได้ว่ามีนัยที่ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการตรวจสอบการออกคำสั่ง แต่งตั้งโยกย้ายของผู้บังคับบัญชาในกรณีที่มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและมีบางกรณีที่ศาลกำหนดหลักเกณฑ์ของตนให้มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบแล้วเห็นว่าสามารถปล่อยให้เป็นดุลพินิจที่จะวินิจฉัยเช่นนั้นได้ และกรณีถือว่าอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้วซึ่งมีรายละเอียดในการกำหนดขอบเขตแห่งความชัดเจนในแต่ละกรณีที่ไม่มีบรรทัดฐานแน่นอน

การฟ้องเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายบางกรณีศาลได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบแต่มีระดับของการควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่แตกต่างกัน โดยเป็นกรณีที่อยู่ในขั้นตอน วิธีการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจ เมื่อศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาแล้วศาลใช้หลักเกณฑ์ใดในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ เช่น การควบคุมให้ผู้บังคับบัญชาต้องใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและต้องสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะเรื่องดังกล่าวด้วย ตัวอย่างคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 33/2557 ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ศาลจะพิจารณาว่าผู้ใช้อำนาจได้ดำเนินการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่และผู้มีอำนาจออกคำสั่งได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

คดีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยให้เหตุผลโดยสรุปได้ว่า แม้ว่าผู้บังคับบัญชาจะมีอำนาจดุลพินิจในการมอบหมายงานแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาและย่อมมีดุลพินิจในด้านการบริหารงานบุคคลได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ และแม้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการที่รับผิดชอบงานด้านความมั่นคงจะต้องได้รับความไว้วางใจจากนายกรัฐมนตรีว่าจะสามารถปฏิบัติตามนโยบายด้านความมั่นคงได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวนอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วยังจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย รวมทั้งมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วย

จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า การที่ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว นั้น เป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและยากจะหาทฤษฎีหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายมาปรับให้เห็นว่าศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการตัดสินคดี โดยเฉพาะการตรวจสอบในส่วนของเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งที่มีการพิจารณาตามหลักความเหมาะสมหรือหลักความชอบด้วยเหตุผลหรือหลักความได้สัดส่วนนั้น ซึ่งกรณีที่ไม่อาจบัญญัติไว้ในกฎหมายเป็นถ้อยคำตายตัวได้ ด้วยลักษณะที่เป็นนามธรรมดังกล่าวย่อมทำให้ขาดความชัดเจนและยากจะอธิบายโดยละเอียดให้เข้าใจถึงขอบเขตของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ เช่น การอธิบายในประเด็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสนั้นจึงแยกหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกเพียงการควบคุมตรวจสอบ

เฉพาะความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ได้และสิ่งที่จะต้องสูญเสียว่าสมควรหรือไม่ที่จะใช้ดุลพินิจดังกล่าว เป็นต้น โดยในส่วนของเหตุผลหรือรายละเอียดของหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่ใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจนั้น จะเห็นได้ว่าได้มีการอธิบายไว้ในตัวคำพิพากษาคำสั่งในเรื่องนั้นๆ ซึ่งย่อมเป็นกรณีเฉพาะเรื่องและเป็นวิธีการที่ต้องมีการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นโดยศาลปกครองจนกลายเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับ

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลปกครองไทยกรณีจึงยังไม่อาจสร้างหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ จากการศึกษาข้างต้นพบปัญหาของการนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาปรับใช้ในส่วนข้อเท็จจริงที่ขึ้นสู่ศาลปกครองคือความชัดเจนในการให้เหตุผลของหลักเกณฑ์ที่ศาลเลือกใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจบังคับบัญชา โดยเฉพาะการนำหลักความชอบด้วยเหตุผล หลักความเหมาะสมและหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจ ดังนั้นจึงมีปัญหาในการนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีที่ยังคงขาดความชัดเจน และการที่จะกำหนดถึงขั้นหาหลักการพิจารณาระดับในการควบคุมตรวจสอบหรือแนวทางในการให้เหตุผลของศาลคงจะเป็นเรื่องที่ยังเป็นปัญหาและอุปสรรคอยู่ ซึ่งจะต้องหาแนวทางแก้ปัญหาในการให้เหตุผลในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายโดยพิจารณาเฉพาะแต่ละคดีเพื่อจะเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีที่ใกล้เคียงกันที่จะเกิดขึ้นต่อไป

กรณีจึงเกิดปัญหาในความไม่ชัดเจนและความสับสนในการวางหลักเกณฑ์และการปรับใช้กฎหมายที่อาจจะหาทฤษฎีหรือหลักการของกฎหมายมาปรับให้เห็นว่าศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการตัดสินคดีในการแบ่งแยกระหว่างดุลพินิจในส่วนที่ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบกับกรณีที่ศาลไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยดุลพินิจโดยแท้ของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่ยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ตลอดจนอำนาจศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้อำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีที่เป็นเพียงเหตุหนึ่งที่ทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น อีกทั้ง ในพระราชบัญญัติดังกล่าวยังไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนขอบเขตของศาลที่จะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งในปัจจุบันกรณียังเป็นเพียงการปรับใช้บทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ของศาลปกครองเองที่ยังคงขาดการสรุปแนวทางตลอดจนความชัดเจนในการให้เหตุผลไว้ในคำพิพากษาและคำสั่งในบางกรณี เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกออำนาจของศาลปกครองในส่วนที่เข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย

5.4 ปัญหาการแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแฝง

การแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยแบบแฝงต่อข้าราชการนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการที่ได้กระทำผิดที่ถือเป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของการลงโทษและเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นโทษทางวินัยประเภทหนึ่งต่อข้าราชการ หัวหน้าหน่วยงานจึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการทำคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ โดยได้ให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลประกอบในกรณีเป็นคำสั่งลงโทษ ดังนั้น การทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษจึงจำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบไปด้วยเสมอ หากหัวหน้าหน่วยงานออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองแต่มีเจตนาลงโทษผู้รับคำสั่งจะถือว่าคำสั่งนั้นเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง เป็นคำสั่งที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองสั่งเพิกถอนได้

มาตรการหรือคำสั่งใดๆ ที่มีเหตุพิจารณาตัวข้าราชการหรือความประพฤติของข้าราชการเป็นสิ่งสำคัญ แม้จะมีลักษณะเป็นการลงโทษหรือกระทบต่อสถานภาพของข้าราชการก็ตาม แต่หากผู้มีอำนาจกระทำไปเพื่อรักษาภาพพจน์ของหน่วยงานหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ศาลปกครองจะพิจารณาว่ามาตรการหรือคำสั่งเหล่านั้นไม่มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง ตัวอย่างเช่น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นอันสืบเนื่องมาจากความไร้ประสิทธิภาพและไร้ความสามารถไม่ถึงเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงหรือการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่งไปดำรงตำแหน่งอีกสถานที่หนึ่งเพื่อป้องกันความบาดหมางหรือกระทบกระทั่งกันภายในหน่วยงานอันสืบเนื่องมาจากพฤติกรรมชั่วร้ายของข้าราชการผู้นั้น คำสั่งโยกย้ายดังกล่าวถือเป็นการใช้เพื่อผลประโยชน์ของหน่วยงานไม่ใช่การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง หรือการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่งเพื่อลดความตึงเครียดภายในหน่วยงานคำสั่งดังกล่าวถือเป็นการใช้เพื่อผลประโยชน์ของหน่วยงานไม่ใช่การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง หรือการแต่งตั้งโยกย้ายที่เหมาะสมกับระดับของข้าราชการไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์ต่อสถานภาพ ไม่มีเจตนาลงโทษต่อข้าราชการผู้นั้นและไม่ถือได้ว่าเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง

ซึ่งการวิเคราะห์ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายดังกล่าวนี้ว่ามีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแฝงหรือไม่ต้องพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงของผู้ออกคำสั่งซึ่งการค้นหามูลเหตุจูงใจอาจกระทำได้หลายวิธีด้วยกัน เช่น พิจารณาจากบริบทในการออกคำสั่งว่าเป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายอย่างรีบเร่งเกินไปหรือไม่ เป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายหลังได้รับรายงานเสนอให้ลงโทษทางวินัยหรือไม่ หรือพิจารณาจากผลกระทบของคำสั่งต่อข้าราชการผู้ถูกโยกย้าย เช่น มีผลเป็นการถอดถอนอำนาจหน้าที่ส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ มีผลลดระดับภาระหน้าที่ลงอย่างมากหรือไม่ มีผลตัดทอนสิทธิประโยชน์อันพึงมีพึงได้หรือไม่ ทั้งนี้ การวิเคราะห์เรื่องดังกล่าวมีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนมาก เพราะบางครั้งการโยกย้ายโดยกำหนดตำแหน่งงานใหม่ที่ด้อยกว่าตำแหน่งงานเดิมอาจไม่ใช่การลงโทษทางวินัย ในขณะที่การแต่งตั้งโยกย้ายโดยกำหนดตำแหน่งใหม่ที่เหนือกว่าตำแหน่งงานเดิมอาจเป็นการลงโทษทางวินัยก็ได้ ส่วนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัยนี้เนื่องจากเป็นคำสั่งที่ก่อ

ผลกระทบโดยตรงต่อสถานภาพของข้าราชการมีผลต่อความก้าวหน้าทางราชการของผู้รับคำสั่ง จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้

กรณีตัวอย่างที่ถือเป็นการลงโทษวินัยแอบแฝง ตัวอย่างเช่น ตำแหน่งนักวิชาการที่ติด 8 ส่วน คும்ครองที่ดินของรัฐว่างลงเป็นระยะเวลากว่า 4 เดือนโดยไม่ได้แต่งตั้งผู้ที่เหมาะสมมาดำรงตำแหน่ง มีเพียงหัวหน้ากลุ่มคும்ครองที่ดินของรัฐเป็นผู้รักษาการในตำแหน่งแทน หากตำแหน่งดังกล่าวมีงานสำคัญค้างอยู่หลายเรื่องและจำเป็นต้องแต่งตั้งผู้มีความรู้ความสามารถมีประสบการณ์และความชำนาญในด้านการคும்ครองที่ดินของรัฐมาดำรงตำแหน่งก็ควรจะต้องรีบแต่งตั้งบุคคลอื่นที่มีคุณสมบัติเข้ามาดำรงตำแหน่งโดยเร็ว ควรจะแต่งตั้งบุคคลที่ยังคงเหลือระยะเวลารับราชการก่อนเกษียณอีกอย่างน้อย 2 ปี มาดำรงตำแหน่งเพื่อให้สามารถปฏิบัติงานตามภารกิจให้สำเร็จลุล่วงมิใช่แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีซึ่งมีระยะเวลารับราชการเหลืออีกเพียง 7 เดือนก็จะเกษียณอายุราชการแล้วซึ่งอาจจะไม่สามารถปฏิบัติงานตามภารกิจได้เต็มความรู้ความสามารถอย่างต่อเนื่อง อีกทั้งเมื่อผู้ฟ้องคดีได้เกษียณอายุราชการไปแล้วเกือบ 3 เดือน ก็ยังไม่มีกรรมการแต่งตั้งบุคคลใดมาดำรงตำแหน่งนี้แทนและการออกคำสั่งย้ายยังมีลักษณะที่รวบรัดและใช้เวลาด้วยความรวดเร็ว ทั้งๆ ที่ได้ปล่อยให้ตำแหน่งที่จะแต่งตั้งว่างมานานกว่า 4 เดือน เหตุผลในการสั่งย้ายของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการย้ายเพื่อความจำเป็นในการบริหารงานและเพื่อประโยชน์ของประชาชน รวมทั้งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ ประสบการณ์และความชำนาญเหมาะสมกับตำแหน่งดังกล่าว จึงเป็นเหตุผลที่ไม่อาจรับฟังได้คำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷⁷

ซึ่งการแต่งตั้งโยกย้ายไม่เพียงแต่จะต้องพิจารณาจากความรู้ความสามารถ ความเหมาะสมกับหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงานของตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หากแต่ยังต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและความจำเป็นว่าการออกคำสั่งนั้นสามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของการย้ายเพื่อประโยชน์ของทางราชการลุล่วงเป็นจริงขึ้นมาได้ (หลักความเหมาะสมหรือหลักแห่งความสมเหตุสมผล) และจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการน้อยที่สุด (หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ) ด้วย การออกคำสั่งที่ไม่สามารถทำให้บรรลุเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองมีอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งนั้นได้

¹⁷⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 414/255

5.5 ปัญหาความยากลำบากในการหาหลักฐานสนับสนุนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ

หลักวิธีพิจารณาศาลปกครองของประเทศไทยใช้หลักการแสวงหาความจริงโดยศาลหรือหลักไต่สวน ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักวิธีพิจารณาที่ใช้ในคดีที่มีเรื่องประโยชน์มหาชนเข้ามาเกี่ยวข้อง แม้โดยทั่วไปแล้วรัฐจะเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่งและการรักษาประโยชน์มหาชนเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะรับภาระหน้าที่ดังกล่าวโดยลำพังแต่ยังกระทำโดยผ่านทางตุลาการด้วย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคู่ความไม่มีภาระในการกล่าวอ้างและไม่มีภาระในการพิสูจน์ โดยที่ภาระดังกล่าวเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงและพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัยคดีของศาล ผู้เขียนจึงเห็นว่าทำให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายในคดีฟ้องโต้แย้งการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของฝ่ายปกครองโดยศาลไม่อาจผลักภาระในการทำให้เกิดความชัดเจนในทางข้อเท็จจริงไปให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ ศาลจะต้องดำเนินการเองเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงอันจำเป็นต่อการวินิจฉัย

กระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงในศาลปกครองของไทยจะต้องค้นหาความจริงจากคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติม โดยกฎหมายกำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากองค์คณะให้ค้นหาข้อเท็จจริง ไม่ว่าจะโดยการรวบรวมจากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณี การไต่สวนพยานหรือเรียกพยานหลักฐานมาโดยวิธีอื่นใด¹⁷⁸ เมื่อเสร็จสิ้นแล้วก็ต้องเสนอองค์คณะเพื่อให้องค์คณะพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่รวบรวมมานั้นมีข้อเท็จจริงใดต้องแสวงหาเพิ่มเติมหรือไม่¹⁷⁹ ซึ่งขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงไม่ว่าจะเป็นการรวบรวมตรวจสอบเอกสารจากของคู่กรณี การเรียกพยานมาไต่สวนหรือแม้แต่การไปตรวจพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากหลักฐานของคู่กรณี¹⁸⁰ ก็เป็นหน้าที่ของตุลาการเจ้าของสำนวนที่ได้รับมอบหมายจากองค์คณะเป็นผู้ไปพิจารณา ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีศาลต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจง เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ทราบถึงข้ออ้างหรือข้อแย้งของแต่ละฝ่าย แสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการในระเบียบวิธี

¹⁷⁸ มาตรา 56 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เมื่อองค์คณะในศาลปกครองใดได้รับสำนวนคดีแล้วให้ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นในองค์คณะนั้น แล้วแต่กรณี แต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในคณะของตนคนหนึ่งเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อเป็นผู้ดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณีและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ โดยมีพนักงานคดีปกครองเป็นผู้ช่วยดำเนินการตามที่ตุลาการเจ้าของสำนวนมอบหมาย

¹⁷⁹ มาตรา 57 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนทำหน้าที่ตรวจสอบและเสนอความเห็นในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาลอตจนดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น

¹⁸⁰ มาตรา 55 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

พิจารณาคดีปกครองจึงได้กำหนดว่าเมื่อได้รับฟังคำให้การชี้แจงข้อเท็จจริงจากทั้งสองฝ่ายถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอ ศาลยังมีอำนาจที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเองได้อีก ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลก็มีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยไม่ถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่กรณียื่นหรือเสนอต่อศาลเท่านั้น โดยจะมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมหรือดสืบพยานหรือแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ใกล้เคียงความจริงมากที่สุด

คำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการปิดเป็นอำนาจมีความหมายคือ การที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ โดยออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือปิดเป็นอำนาจในการออกคำสั่งนั้นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์ที่ออกนั้นจะด้วยเจตนาดีก็ตามแต่ หรือแม้กระทำให้โดยสุจริตแต่เป็นวัตถุประสงค์ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ก็ถือว่าเป็นการปิดเป็นอำนาจเช่นเดียวกัน หากฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการโดยไม่สุจริตหรือปิดเป็นการใช้อำนาจหรือมีการใช้อำนาจผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจย่อมถือได้ว่าฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายภายในใจที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น ซึ่งมีผลทำให้การใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยปกติอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้รับมาตามกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้มาเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ เหตุผลก็คือฝ่ายปกครองผูกพันอยู่กับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น ผู้บังคับบัญชาจะออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการคนใดก็จะต้องพิจารณาบทกฎหมายในเรื่องนั้นก่อนว่ามีวัตถุประสงค์อะไรแล้วต้องออกคำสั่งให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น

เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลก็มีและเห็นที่ศาลจะต้องพิจารณาอย่างน้อย 3 ประเด็นตามลำดับ ดังนี้ ประเด็นแรก ศาลจะต้องพิจารณาว่าคำฟ้องอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ ถ้าคำฟ้องอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองจึงจะพิจารณาประเด็นต่อไปว่า คำฟ้องและผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองอย่างครบถ้วนที่ศาลจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือไม่ ถ้าถูกต้องครบถ้วนทุกเงื่อนไขในคดีแต่ละประเภทแล้ว ศาลจึงจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาและดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัยในประเด็นที่เป็นเนื้อหาของคดีต่อไปตามข้อ 42 วรรคหนึ่ง ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543¹⁸¹ กรณีการปิดเป็นอำนาจจึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองจะตรวจสอบเหตุนี้เป็นการสุดท้ายในการพิจารณาคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่ง นอกจากนั้นเนื่องจากเหตุที่ใช้เพิกถอนคำสั่งเพราะการปิดเป็นอำนาจนี้มีลักษณะที่เป็นอัตวิสัยจึงไม่ใช่เหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและจะนำมาใช้ต่อเมื่อเหตุเพิกถอนอื่นๆ ไม่อาจใช้ได้แล้ว และเนื่องจากเป็นเหตุที่มีลักษณะรองจากเหตุอื่นๆ ฉะนั้น หากศาลพบเหตุที่จะเพิกถอนเหตุอื่นเหตุ

¹⁸¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, **เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

เดียวกันหรือหลายเหตุ ศาลก็จะยกเหตุอื่นขึ้นอ้างในการเพิกถอนก่อนโดยไม่ต้องอ้างเหตุเพราะมีการบิดเบือนอำนาจแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม โดยที่ศาลจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบภายในเนื้อหาของคำสั่งนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ศาลเองต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น กล่าวคือ พิจารณามูลเหตุจูงใจของผู้ออกคำสั่งด้วยเช่นกันว่าผู้ออกคำสั่งมีมูลเหตุอะไร สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นหรือไม่ ถ้าไม่ใช่ก็ถือเป็นการบิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์เฉพาะบุคคลอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าการพิจารณาคดีปกครองเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผย ทำให้เมื่อมีข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ไม่ว่าจะป็นกรณีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่ได้จากคู่กรณีเอง หรือกรณีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่ศาลได้แสวงหามาเพิ่มเติมก็ตามจะต้องให้คู่กรณีผู้มีส่วนได้เสียได้รับทราบและได้ใช้สิทธิยืนยันหรือหักล้างแล้วจึงจะนำไปใช้พิพากษาคดีได้

เมื่อการหาหลักฐานสนับสนุนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจเป็นเรื่องที่ศาลต้องพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจของผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่ง ทำให้เกิดความยากลำบากในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองในการหาหลักฐานพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจอันเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในเนื้อหาสาระของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ อีกทั้งในทางปฏิบัติผู้เขียนพบว่าเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานสำคัญในการใช้อำนาจออกคำสั่งอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานราชการ กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจในการเรียกเอกสารเพิ่มเติมเข้ามาในคดีได้ตามความเหมาะสมแห่งกรณี¹⁸² หากพิจารณาแล้วเป็นเอกสารที่ถูกต้องแท้จริงย่อมทำให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริงจากเอกสารได้ แต่ในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองพบว่าเอกสารที่เกี่ยวข้องจำนวนมากนั้นอยู่ในความครอบครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกือบทั้งหมด ในการเสนอพยานเอกสารต่อศาลปกครองของเจ้าหน้าที่ได้พบว่ามีการปิดบังซ่อนเร้นพยานเอกสารที่เป็นผลร้ายแก่ตนเองหรือมีการสร้างพยานเอกสารย้อนหลังเพื่อทำให้การกระทำทางปกครองของตนเองประกอบด้วยเหตุผลหรือเพื่อปกปิดความผิดของตนเอง ซึ่งในการพิจารณาของศาลปกครองก็พบว่าบางกรณีมักเชื่อว่าเอกสารที่จัดทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นเอกสารที่ถูกต้องแท้จริงโดยไม่มีการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือสืบพยานเพื่อตรวจสอบว่าเอกสารที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเสนอต่อศาลปกครองนั้นว่าถูกต้องแท้จริงตามที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจัดทำหรือไม่ อีกทั้งเอกสารที่ส่งมายังศาลปกครองถือโดยหลักว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเอกสารเป็นข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ ซึ่งความจริงแล้วทางปฏิบัติโดยมากพบว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รวบรวมข้อเท็จจริงที่ไม่ครบถ้วน กล่าวคือ ไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เสนอข้อเท็จจริง เมื่อเป็นเช่นนี้จึงส่งผลกระทบและเกิดความยากลำบากต่อกระบวนการหาหลักฐานสนับสนุนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ

จะเห็นว่าเมื่ออำนาจของศาลปกครองเรียกเอกสารจากหน่วยงานของรัฐมาประกอบการพิจารณามีความกว้างมาก จึงสมควรจะต้องมีตุลาการอื่นเข้าไปร่วมเป็นองค์คณะในการตรวจสอบร่วมถ่วงดุลและร่วมพิจารณาว่าเอกสารที่เรียกมานั้นมีแหล่งที่มาอย่างไร จากหน่วยงานใด มีความสำคัญมากน้อยและจำเป็นแก่การนำมาประกอบการพิจารณาหรือไม่เพียงใด การกำหนดให้มีตุลาการองค์

¹⁸² มาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

คณะอีกหนึ่งคนเข้าไปร่วมเป็นองค์คณะในการตรวจสอบการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นนอกจากจะมีประโยชน์ในการตรวจสอบถ่วงดุลแล้วยังยังเป็นประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน ถือเป็น การขจัดปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุมิใช่ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนรวบรวมข้อเท็จจริงและมาเสนอให้องค์คณะ ตรวจสอบความครบถ้วนภายหลัง เมื่อขั้นตอนที่ศาลค้นหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมนี้เองกฎหมายไม่ได้จำกัดช่วงเวลาเอาไว้ ดังนั้น ศาลจะใช้เวลาค้นหาข้อเท็จจริงนานเท่าใดก็ได้ หากตุลาการเจ้าของสำนวนคนใดปล่อยปละละเลยไม่เร่งรัดในการดำเนินคดี ไม่เรียกไต่สวนพยาน ไม่เรียกเอกสาร ปล่อยให้เวลานั้นนานก็สามารถจะกระทำได้เพราะไม่ปรากฏตามกฎหมายว่าจะต้องมีการเรียกตรวจสอบจากองค์คณะเป็นระยะ (หรืออย่างน้อยต้องดำเนินการภายในเวลาที่กำหนด) หากไม่แล้วเสร็จก็ต้องขยายระยะเวลาต่อองค์คณะเป็นคราวๆ ไป แม้การที่ตุลาการเจ้าของสำนวนไม่ดำเนินการปล่อยปละละเลยจะทำให้ถูกผู้บังคับบัญชาลงโทษตามระบบสายงาน แต่สิ่งนั้นก็ไม่ได้ช่วยทำให้คดีเร็วขึ้นและเป็นเรื่องปลายเหตุมากกว่า จึงน่าจะมีความจำเป็นให้มีการกำหนดระยะเวลาแสวงหาข้อเท็จจริงเอาไว้ แต่กรณีดังกล่าวคงไม่อาจกำหนดโดยตัวบทกฎหมายได้ เพราะการดำเนินการหาข้อเท็จจริงแต่ละคดีย่อมมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน การใช้เวลาในการหาข้อเท็จจริงก็ย่อมต่างกันไปด้วยแต่ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 น่าจะสามารถกำหนดให้ตุลาการหัวหน้าคณะเป็นผู้กำหนดช่วงระยะเวลาในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างสูงเอาไว้ได้ แต่ถ้าหากต้องใช้เวลากินกำหนดเวลาดังกล่าวตุลาการเจ้าของสำนวนก็ต้องให้เหตุผลต่อองค์คณะและจัดแจงเหตุผลให้ปรากฏเพื่อขออนุญาตต่อองค์คณะขยายเวลาออกไปตามความเหมาะสมและจำเป็น ทั้งนี้ เพื่อความเข้าใจของคู่ความว่าคดีของตนที่คู่ความไม่ได้แถลงพยานเองทำให้เสร็จสิ้นไปเหมือนเช่นกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมจะต้องล่าช้าออกไปเพราะเหตุใด และไม่ใช่อะไรที่เกิดจากการปล่อยปละละเลยของตุลาการแต่ประการใด หากไม่มีข้อกำหนดในการแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนแล้วคู่กรณีก็อาจไม่รู้ถึงความล่าช้าหรือรู้แต่ไม่กล้าทวงถามหรือยื่นคำร้องต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาให้ตรวจสอบถึงเหตุแห่งการล่าช้าทำให้เกิดความเสียหายได้

ดังนั้นจึงเห็นว่า ขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญมากไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าขั้นตอนการทำพิพากษาเพราะการได้ข้อเท็จจริงมาไม่ถูกต้องย่อมนำมาซึ่งคำพิพากษาที่ไม่ถูกต้อง และการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่มีข้อระแวงสงสัยของคู่ความก็ย่อมนำมาซึ่งคำพิพากษาที่ไม่เป็นที่ยอมรับของคู่ความ ดังนี้ หากศาลปกครองพิจารณาเฉพาะเอกสารที่ปรากฏในสำนวนเพียงอย่างเดียวก็อาจจะถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสร้างพยานหลักฐานเท็จเพื่อปกปิดความผิดตนเองได้และทำให้กระบวนการพิจารณาคดีปกครองเป็นไปด้วยความยุติธรรม แทนที่จะสนองความเป็นธรรมแก่ประชาชนตามความมุ่งหมายของการจัดตั้งศาลปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากมีการโต้แย้งพยานเอกสารใดแล้วควรที่ศาลปกครองจะต้องมีกระบวนการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร โดยมีการนำพยานบุคคลมาสืบพิสูจน์ความจริง และให้ศาลใช้ดุลพินิจชี้ชี้ว่าน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานเอกสารดีกว่าที่จะเชื่อพยานเอกสารเป็นหลัก

คำพิพากษาที่กล่าวมาในบทที่ 5 นี้ น่าจะเป็นเครื่องเตือนใจที่ดีสำหรับผู้มีอำนาจทั้งหลายว่าการใช้อำนาจโดยมีเจตนาแท้จริงตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ถูกต้องและชอบธรรม ก่อให้เกิดประโยชน์กับสาธารณะโดยตรงถึงแม้จะกระทบกระเทือนประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลบางคนบ้างก็ตาม แต่หากใช้อำนาจโดยมีเจตนาอำพรางหรือแอบแฝงไว้

เพื่อประโยชน์ของตนและพวกพ้อง กัดขี่ขี่มเหงรังแกผู้ที่อ่อนด้อยกว่าหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจของตนโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของคนอื่น ไม่คำนึงถึงความถูกต้องชอบธรรมตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ รังแต่จะแสวงหาช่องโหว่ของกฎหมายเพื่อยืนยันการใช้อำนาจของตนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว นอกจากศาลปกครองจะใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งซึ่งจะมีผลให้ฝ่ายปกครองต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้ถูกต้องตามคำพิพากษาแล้วสังคมจะสงบสุขได้อย่างไร และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการใช้อำนาจจนละเมิดสิทธิเสรีภาพของข้าราชการด้วยกันเสียเอง ย่อมส่งผลกระทบต่อขวัญและกำลังใจของผู้ที่ปฏิบัติงานและผู้ที่ได้รับผลจากการใช้อำนาจที่แอบแฝงด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวก็คือประชาชนที่เป็นเจ้าของประเทศนั่นเอง

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคหนึ่ง และศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามมาตรา 223 เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วคำพิพากษาจึงมีผลผูกพันคู่กรณีตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 70 วรรคหนึ่ง คำพิพากษาของศาลซึ่งวินิจฉัยในเนื้อหาหรือคำฟ้องหลักของคดีย่อมมีผลบังคับตามคำพิพากษาทั่วไปที่ว่าด้วยอำนาจเด็ดขาดของคำพิพากษา

สำหรับวิธีแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายอันเกิดจากการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองไทย ผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือความเดือดร้อนเสียหายจากคำสั่งดังกล่าวจะต้องดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องนั้น ตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อนที่จะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาททางปกครองอันเกิดจากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใด หากข้าราชการผู้นั้นเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำสั่งนั้น จะต้องพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะก่อนที่ได้กำหนดในเรื่องการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายไว้หรือไม่อย่างไร หากกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาไว้อย่างไร ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายพึงต้องดำเนินการเช่นนั้น ในกรณีคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ซึ่งกำหนดให้ต้องมีการร้องทุกข์หรืออุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เมื่อเห็นว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจหน้าที่ปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการแก้ไขเยียวยาภายในส่วนราชการหรือหน่วยงานโดยไม่ต้องพึ่งพาวงศ์กรตุลาการ

ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาของไทยเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครองที่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเพราะเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสถานะของผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น คำสั่งเกี่ยวกับการบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนระดับ โยกย้าย คำสั่งลงโทษทางวินัย หรือคำสั่งให้ออกจากราชการ เป็นต้น เหล่านี้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เมื่อคำสั่งภายในฝ่ายปกครองมี

สถานะเป็นคำสั่งทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้การดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น การออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการในหน่วยงานหนึ่งไปแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกัน เป็นคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาได้สั่งแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานตามระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งข้าราชการผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตาม จะต้องปรากฏว่าการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการต้องก่อผลกระทบกระเทือนอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ฟ้องคดีด้วย หากคำสั่งนั้นเพียงแต่ก่อให้เกิดความขัดข้องเล็กน้อยซึ่งเกิดขึ้นเป็นปกติจากการดำเนินการในหน่วยงาน ศาลปกครองก็ไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ จะเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการโดยหลักถือเป็นคำสั่งทางปกครองแต่หากเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญแล้วศาลก็อาจไม่รับไว้พิจารณาก็ได้ หากคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายมีผลเป็นการลดอำนาจหน้าที่ของข้าราชการ คำสั่งนั้นทำให้ข้าราชการต้องย้ายที่พักอาศัยหรือคำสั่งนั้นก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการผู้รับคำสั่ง มีผลลดอำนาจบังคับบัญชาลง มีผลลดระดับภาระความรับผิดชอบ มีผลลดสิทธิประโยชน์ทางการเงิน หรือมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ถูกย้ายในด้านอื่นๆ เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละกรณี เมื่อผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งรับคำสั่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้และเมื่อดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดแล้วย่อมเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายนั้นได้ ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจของผู้พิพากษาในการตรวจสอบดุลพินิจทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครอง ศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเพิกถอนคำวินิจฉัยทางปกครองถ้าปรากฏว่าการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจวินิจฉัยกฎหมายบนพื้นฐานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแล้ว ศาลปกครองทั้งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เว้นแต่การใช้ดุลพินิจนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจหรืออย่างบิดเบือน

สำหรับของประเทศไทยนั้นการใช้ดุลพินิจเป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจภายในขอบเขตของกฎหมาย เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้ว่าสมควรที่จะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการหรือเลือกตัดสินใจใช้มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นวิธีการหรือมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายไม่ได้หมายความว่ากฎหมายอนุญาตให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ที่ใช้บังคับฉบับปัจจุบัน มีทั้งกรณีที่ศาลควบคุมตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะตัดสินใจและกรณีที่ศาล

เข้าไปควบคุมแต่มีระดับของการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่แตกต่างกัน ในกรณีที่ตรวจสอบแล้วปล่อยให้เป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่จะตัดสินใจหรือที่วินิจฉัยว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ ปรากฏในแนวคำพิพากษาคำสั่งของศาลปกครองซึ่งมีทั้งที่ศาลวินิจฉัยในองค์ประกอบภายในเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจในรูปแบบของคำพิพากษาแล้วจึงวินิจฉัยต่อไปว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เป็นต้น ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาคำฟ้องแล้วจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยเห็นได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่ศาลปกครองไม่รับฟ้อง อาจเพราะว่าเมื่อรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้วต่อมาแม้มีคำพิพากษาถึงการออกคำสั่งซึ่งเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ก็ถือได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองขยายขอบเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจภายใต้การกำกับของศาลปกครอง โดยจะสังเกตเห็นได้ว่ามีนัยที่ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการตรวจสอบการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายของผู้บังคับบัญชาในกรณีที่มิรับคำฟ้องไว้พิจารณาและมีบางกรณีที่ศาลกำหนดหลักเกณฑ์ของตนให้มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบแล้วเห็นว่าสามารถปล่อยให้เป็นดุลพินิจที่จะวินิจฉัยเช่นนั้นได้ และกรณีถือว่าอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้วซึ่งมีรายละเอียดในการกำหนดขอบเขตแห่งความชัดเจนในแต่ละกรณีที่ไม่มีบรรทัดฐานแน่นอน

การแต่งตั้งโยกย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงต่อข้าราชการนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการที่ได้กระทำผิดที่ถือเป็นการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของการลงโทษและเปเนมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือได้ว่าเป็นโทษทางวินัยประเภทหนึ่งต่อข้าราชการ หัวหน้าหน่วยงานจึงต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการทำคำสั่งลงโทษทางวินัยที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ โดยให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองต้องระบุเหตุผลประกอบในกรณีเป็นคำสั่งลงโทษ ดังนั้น การทำคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษจึงจำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบไว้ด้วยเสมอ หากหัวหน้าหน่วยงานออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตามกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองแต่มีเจตนาลงโทษผู้รับคำสั่งจะถือว่าคำสั่งนั้นเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง เป็นคำสั่งที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองสั่งเพิกถอนได้

มาตรการหรือคำสั่งใดๆ ที่มีเหตุพิจารณาตัวข้าราชการหรือความประพฤติของข้าราชการเป็นสำคัญ แม้จะมีลักษณะเป็นการลงโทษหรือกระทบต่อสถานภาพของข้าราชการก็ตาม แต่หากผู้มีอำนาจกระทำไปเพื่อรักษาภาพพจน์ของหน่วยงานหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ศาลปกครองจะพิจารณาว่ามาตรการหรือคำสั่งเหล่านั้นไม่มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง ซึ่งการวิเคราะห์ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงหรือไม่ต้องพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงของผู้ออกคำสั่งซึ่งการค้นหามูลเหตุจูงใจอาจกระทำได้หลายวิธีด้วยกัน เช่น ดูจากบริบทในการออกคำสั่ง ว่าเป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายอย่างไร้แรงกดดันไปหรือไม่ เป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายหลังได้รับรายงานเสนอให้ลงโทษทางวินัยหรือไม่ หรือดูจากผลกระทบของคำสั่งต่อข้าราชการผู้ถูกโยกย้าย

ในส่วนของการกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงในศาลปกครองของไทยจะต้องค้นหาความจริงจากคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การและคำให้การเพิ่มเติม โดยกฎหมายกำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากองค์คณะให้ค้นหาข้อเท็จจริง ไม่ว่าจะโดยการรวบรวมจาก

คำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณี การไต่สวนพยานหรือเรียกพยานหลักฐานมาโดยวิธีอื่นใด เมื่อเสร็จสิ้นแล้ว ก็ต้องเสนอองค์คณะเพื่อให้องค์คณะพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่รวบรวมมานั้นมีข้อเท็จจริงใดต้องแสวงหาเพิ่มเติมหรือไม่ ซึ่งขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงไม่ว่าจะเป็นการรวบรวมตรวจสอบเอกสารจากของคู่กรณี การเรียกพยานมาไต่สวนหรือแม้แต่การไปตรวจพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากหลักฐานของคู่กรณี ก็เป็นหน้าที่ของตุลาการเจ้าของสำนวนที่ได้รับมอบหมายจากองค์คณะเป็นผู้ไปพิจารณา ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีศาลต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจง เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ทราบถึงข้ออ้างหรือข้อแย้งของแต่ละฝ่าย แสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการในระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงได้กำหนดว่าเมื่อได้รับฟังคำให้การชี้แจงข้อเท็จจริงจากทั้งสองฝ่าย ถ้าศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอศาลยังมีอำนาจที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเองได้อีก ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลก็มีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยไม่ถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่กรณียื่นหรือเสนอต่อศาลเท่านั้น โดยจะมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมหรือดลสืบพยานหรือแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ใกล้เคียงความจริงมากที่สุด

เมื่อการหาหลักฐานสนับสนุนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจเป็นเรื่องที่ศาลต้องพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจของผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่ง ทำให้เกิดความยากลำบากในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองในการหาหลักฐานพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจอันเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในเนื้อหาสาระของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ อีกทั้งในทางปฏิบัติผู้เขียนพบว่าเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานสำคัญในการใช้อำนาจออกคำสั่งอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานราชการ กล่าวคือ แม้ศาลปกครองจะมีอำนาจในการเรียกเอกสารเพิ่มเติมเข้ามาในคดีได้ตามความเหมาะสมแห่งกรณี หากพิจารณาแล้วเป็นเอกสารที่ถูกต้องแท้จริงย่อมทำให้สามารถรับฟังข้อเท็จจริงจากเอกสารได้ แต่ในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองพบว่า มีเอกสารที่เกี่ยวข้องจำนวนมากนั้นอยู่ในความครอบครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกือบทั้งหมด ในการเสนอพยานเอกสารต่อศาลปกครองของเจ้าหน้าที่ได้พบว่ามีการปิดบังซ่อนเร้นพยานเอกสารที่เป็นผลร้ายแก่ตนเองหรือมีการสร้างพยานเอกสารย้อนหลังเพื่อทำให้การกระทำทางปกครองของตนเองประกอบด้วยเหตุผลหรือเพื่อปกปิดความผิดของตนเอง ซึ่งในการพิจารณาของศาลปกครองก็พบว่าบางกรณีมักเชื่อว่าเอกสารที่จัดทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นเอกสารที่ถูกต้องแท้จริงโดยไม่มีการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือสืบพยานเพื่อตรวจสอบว่าเอกสารที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเสนอต่อศาลปกครองนั้นว่าถูกต้องแท้จริงตามที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจัดทำหรือไม่ อีกทั้งเอกสารที่ส่งมาศาลปกครองถือโดยหลักว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเอกสารเป็นข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้ ซึ่งความจริงแล้วทางปฏิบัติโดยมากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รวบรวมข้อเท็จจริงที่ไม่ครบถ้วน กล่าวคือ ไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เสนอข้อเท็จจริง เมื่อเป็นเช่นนี้จึงส่งผลกระทบต่อกระบวนการหาหลักฐานสนับสนุนคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนอำนาจ

การศึกษาถึงขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายมีความละเอียดซับซ้อน การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นเรื่องปกติและจำเป็นที่จะต้องให้โอกาสเลือกตัดสินใจได้เพราะประโยชน์สาธารณะคงไม่อาจจะได้รับการคุ้มครองจากฝ่ายปกครองที่

กฎหมายบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ล่วงหน้า การที่กฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองไว้อย่างเคร่งครัดเป็นเรื่องที่ดีสำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ควรคำนึงถึงความเหมาะสมกับสถานการณ์ต่างๆ เป็นเรื่องที่ดีกว่าการจัดทำบริการสาธารณะ ฉะนั้น ฝ่ายปกครองทุกแห่งจึงได้รับอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง อนึ่ง คุณภาพระหว่างประโยชน์ของทางราชการที่ต้องคำนึงถึงระบบคุณธรรมกับหลักประกันความมั่นคงในสถานะของการดำรงตำแหน่งของข้าราชการที่จะได้รับความมั่นคงได้รับความเป็นธรรมจากผู้บังคับบัญชาจึงเป็นสิ่งสำคัญในการบริหารงานบุคคลภาครัฐตั้งนั้น การศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลเปรียบเทียบกับกรณีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศในเชิงลึกและมีความหลากหลายมากขึ้นก็จะเป็นประโยชน์ในทางวิชาการและจะเป็นบรรทัดฐานต่อการบริหารงานบุคคลภาครัฐได้อีกทางหนึ่ง

6.2 ข้อเสนอแนะ

1. กรณีที่ข้าราชการผู้รับคำสั่งประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนคำสั่งนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 กำหนดให้ต้องดำเนินการร้องทุกข์ตามกฎหมาย ก.พ.ค.ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ถือเป็นกรณียุติภายในฝ่ายปกครองก่อนจะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยเป็นระบบอุทธรณ์บังคับที่ส่งผลทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลมีความล่าช้า ผู้เขียนจึงเห็นควรให้แก้ไขระเบียบที่ประชุมตุลาการศาลปกครองว่าด้วยวิธีคดีปกครองตามแบบอย่างกฎหมายประเทศฝรั่งเศสฉบับวันที่ 30 มิถุนายน 2543 ที่ลดขั้นตอนวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยที่หยกเลิกระบบอุทธรณ์แบบบังคับ คือ ยกเลิก มาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้เป็นระบบอุทธรณ์แบบทางเลือกเช่นเดียวกับศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

หากยังคงระบบอุทธรณ์แบบบังคับอยู่ก็เห็นควรแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 42 วรรคสอง ในส่วนของผู้มีสิทธิอุทธรณ์ตามระบบกฎหมายปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่สามารถอ้างได้ว่าถูกละเมิดในสิทธิของตนอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของหน่วยงานของรัฐ โดยมีความหมายแคบกว่า และชัดเจนกว่าคำว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้. . .” ตามมาตราดังกล่าว

2. ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งแตกต่างกัน ซึ่งเมื่อคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการทุกคำสั่งเป็นคำสั่งทางปกครองแต่อาจเรียกชื่อแตกต่างกันออกไปเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง มาตราการทางปกครอง เป็นต้น เมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองผู้ได้รับคำสั่งสามารถนำคดีฟ้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ จะเห็นได้ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการบางกรณีก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่งอย่างชัดเจน ซึ่งกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่งแค่ไหนเพียงไรนั้นเห็นว่าขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี

และการพิจารณาพิพากษาขององค์คณะศาลปกครองไม่มีหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่แน่นอน ฉะนั้น การที่จะวิเคราะห์ว่าคำสั่งใดก่อให้เกิดผลกระทบสิทธิเพียงใดนั้นจึงเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและค่อนข้างละเอียดอ่อนมาก

3. จากการศึกษากรณีศาลไม่รับฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นยังไม่สามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนซึ่งศาลปกครองใช้แบ่งแยกว่าการใดควรเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ กล่าวคือ ได้รับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้วมีคำวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือกรณีใดที่ศาลปกครองควรจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยที่มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ซึ่งควรมีการให้เหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อให้เข้าใจคำพิพากษาอย่างละเอียดโดยไม่ใช้ถ้อยคำคลุมเครือหรือน้อยที่สุดต้องไม่กล่าวลอยๆว่าเป็นอำนาจดุลพินิจจึงไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ส่วนขอบเขตในการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวจะมีแค่ไหนเพียงใดในรายละเอียดนั้น เป็นกรณีที่ศาลปกครองจะต้องพัฒนาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองต่อไป เพราะกรณีไม่สามารถบัญญัติวิธีการหรือรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรได้ เนื่องจากการให้เหตุผลที่เหมาะสมนั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสภาพสังคมในขณะที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง

4. การวิเคราะห์ว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัยแอบแฝงหรือไม่ต้องพิจารณาจากมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงของผู้ออกคำสั่งซึ่งการค้นหามูลเหตุจูงใจอาจกระทำได้หลายวิธีด้วยกัน เช่น พิจารณาจากบริบทในการออกคำสั่งว่าเป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายอย่างไร้แรงกดดันหรือไม่ เป็นการสั่งแต่งตั้งโยกย้ายหลังได้รับรายงานเสนอให้ลงโทษทางวินัยหรือไม่ หรือพิจารณาจากผลกระทบของคำสั่งต่อข้าราชการผู้ถูกโยกย้าย

ทั้งนี้ บางกรณีการแต่งตั้งโยกย้ายโดยกำหนดตำแหน่งงานใหม่ที่ด้อยกว่าตำแหน่งงานเดิมอาจไม่ใช่การลงโทษทางวินัย ในขณะที่การแต่งตั้งโยกย้ายโดยกำหนดตำแหน่งใหม่ที่เหนือกว่าตำแหน่งงานเดิมอาจเป็นการลงโทษทางวินัยก็ได้ ผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายจึงควรระบุมูลเหตุผลที่มีความชัดเจนในสาระสำคัญเพียงพอที่ผู้บังคับบัญชาผู้รับคำสั่งสามารถเข้าใจได้ประกอบไว้ด้วยเสมอ

5. ขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้นเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญมากไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าขั้นตอนการทำพิพากษาเพราะการได้ข้อเท็จจริงมาไม่ถูกต้องย่อมนำมาซึ่งคำพิพากษาที่ไม่ถูกต้อง และการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่มีข้อระแวงสงสัยของคู่ความก็ย่อมนำมาซึ่งคำพิพากษาที่ไม่เป็นที่ยอมรับของคู่ความ ดังนี้ หากศาลปกครองพิจารณาเฉพาะเอกสารที่ปรากฏในสำนวนเพียงอย่างเดียวก็อาจจะถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสร้างพยานหลักฐานเท็จเพื่อปกปิดความผิดตนเองได้และทำให้กระบวนการพิจารณาคดีปกครองเป็นไปด้วยความอยุติธรรม แทนที่จะสนองความเป็นธรรมแก่ประชาชนตามความมุ่งหมายของการจัดตั้งศาลปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากมีการโต้แย้งพยานเอกสารใดแล้วควรที่ศาลปกครองจะต้องมีกระบวนการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร โดยมีการนำพยานบุคคลมาสืบพิสูจน์ความจริง และให้ศาลใช้ดุลพินิจชี้หน้าหน้าความน่าเชื่อถือของพยานเอกสารดีกว่าที่จะเชื่อพยานเอกสารเป็นหลัก

อีกทั้งเห็นสมควรให้มีการกำหนดระยะเวลาแสวงหาข้อเท็จจริงเอาไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 โดยให้ตุลาการหัวหน้าคณะเป็นผู้กำหนดช่วงระยะเวลาในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างสูงเอาไว้ แต่หากตุลาการเจ้าของสำนวนใช้เวาเกินกำหนดก็จะต้องมีการให้เหตุผลต่อองค์คณะและจัดแจ้งเหตุผลไว้ด้วยเพื่อขออนุญาตต่อองค์คณะขยายเวลาออกไปตามความเหมาะสม เพื่อให้คู่ความเข้าใจในกรณีที่คู่ความไม่ได้แถลงพยานเองมีความล่าช้าออกไปเพราะเหตุใด และไม่ใช่เกิดจากการปล่อยปละละเลยของตุลาการแต่อย่างใด หากไม่มีข้อกำหนดในการแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวนแล้ว คู่กรณีก็อาจไม่รู้ถึงปัญหาความล่าช้าหรือรู้แต่ไม่กล้าทวงถามหรือยื่นคำร้องต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาให้ตรวจสอบถึงเหตุแห่งการล่าช้าจึงทำให้เกิดความเสียหายได้

บรรณานุกรม

- กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ.2551. **ราชกิจจานุเบกษา**. 125 (11 ธันวาคม 2551).
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. ความชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน. ใน **รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540. หน้า 34-57.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. เครื่องมือทางกฎหมายในการบริหารภาครัฐ 1: คำสั่งทางปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. ใน **เอกสารการบรรยายหลักสูตรการบริหารงานภาครัฐและกฎหมายมหาชน รุ่น 3**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2547. หน้า 48-56.
- กมลชัย รัตนสกววงศ์. **พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.
- คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หนังสือที่ นร. 0708/ว.9. 12 พฤษภาคม 2535. **เรื่อง การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535**. สำนักงาน ก.พ.
- คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หนังสือที่ นร. 1006/ว.4. 20 กุมภาพันธ์ 2552. **เรื่อง การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญ มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551**. สำนักงาน ก.พ.
- จิรนิติ หะวานนท์. กฎหมายปกครอง. ใน **รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 62 ปีการศึกษา 2552 เล่ม ที่ 3**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552. หน้า 289-316.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: จีระรัชการพิมพ์, 2540.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2540.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545.
- ถาวร เกียรติทับทิว. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551.

- ธีรชญา สระทองอุ่น. **ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยตุลาการศาลปกครอง.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- นพดล สีหบุตร. **ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ.** สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. **คำอธิบายศัพท์กฎหมายมหาชนฝรั่งเศส-ไทย.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.
- นัยนา เกิดวิชัย. **กฎหมายปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: นิติเนย์, 2543.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน.** กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. **หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส.** วารสารกฎหมายปกครอง. 19, 1 (เมษายน 2543): 148-170.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส.** ใน เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา **กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองชั้นสูง.** กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549. หน้า 161-186.
- ประยูร กาญจนดุล. **คำบรรยายกฎหมายปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- ประวิณ ฦ นคร. **บันทึกประวัติข้าราชการพลเรือนและ ก.พ.** กรุงเทพมหานคร: ประชาชน, 2547.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. **เงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. **เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.** วารสารนิติศาสตร์. 32, 2 (มิถุนายน 2545): 248-288.
- ปิยะบุตร แสงกนกกุล. **กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป.** กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- เผด็จ โชคเรืองสกุล. **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2553.
- พัฒน์พงศ์ อมรวัฒน์. **การโยกย้ายข้าราชการส่วนท้องถิ่นในกฎหมายฝรั่งเศส.** ค้นวันที่ 23 มีนาคม 2558 จาก <http://www.pub-law.net>
- พัฒน์พงศ์ อมรวัฒน์. **แนวความคิดว่าด้วยการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงในคดีบริหารงานบุคคลของประเทศฝรั่งเศส.** ค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2558 จาก <http://www.pub-law.net>

- ไพโรจน์ สิตปรีชา. การบริหารงานบุคคลในราชการพลเรือนไทย. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522 อ้างถึงใน สุภาพ สุจริตพงศ์. การวิเคราะห์โครงสร้างหลักทางกฎหมายการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.
- โกคิน พลกุล. รูปแบบวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง. วารสารนิติศาสตร์. 12, 1 (มีนาคม 2524): 41-50.
- ภุริชญา วัฒนรุ่ง. กฎหมายมหาชน: การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. ธรรมสาร. 44 (มีนาคม 2544): 105-119.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายปกครองเล่ม 1 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายเยอรมัน. วารสารกฎหมายปกครอง. 3, 20 (กุมภาพันธ์ 2546): 52-52.
- ยงยุทธ อนุกุล. สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน คำสั่งและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- ฤทัย หงส์ศิริ. ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดพื้นฐานและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2540.
- วิษณุ วัลย์ญ. ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.
- ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในประเทศฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง. 3, 20 (กุมภาพันธ์ 2546): 63-89.
- ศุสิทธิ์ พิศาลบุตร. คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ: ศึกษาเฉพาะกรณีคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.
- สวัสดิการสำนักงาน ก.พ. กฎ ก.พ. เล่ม 2 ฉบับปรับปรุง พ.ศ.2548. กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ., 2548.

- สวัสดิการสำนักงาน ก.พ. **คู่มือปฏิบัติงานบุคคลตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 สำหรับข้าราชการพลเรือสามัญ ภาค 1.** กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงาน ก.พ., 2551.
- สันติ นักบุญ. **การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ศึกษากรณีความไม่มีส่วนได้เสียในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.** สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551.
- สันติธร ยิ้มละมัย. **กระบวนการบริหารงานบุคคลสำหรับครูเทศบาล.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540.
- สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา. **รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. ครั้งที่ 3/2545. เรื่องเสร็จที่ 514/2545. 22 กุมภาพันธ์ 2545. เรื่อง กรรมการศึกษา นอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู.**
- สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา. **รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. ครั้งที่ 3/2545. เรื่องเสร็จที่ 514/2545. 9 สิงหาคม 2545. เรื่อง กรรมการศึกษา นอกโรงเรียนหรือปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งย้ายและแต่งตั้งข้าราชการครู.**
- สำนักงานศาลปกครอง. **คู่มือปฏิบัติงานในการพิจารณาตีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล และวินัยข้าราชการ.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2544.
- สำนักงานศาลปกครอง. **ที่นี่... สถานีคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 6.** กรุงเทพมหานคร: สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลปกครอง, 2553.
- สำนักงานศาลปกครอง. **สรุปหลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด พ.ศ.2551 เพื่อเสริมสร้าง แนวทางการปฏิบัติราชการที่ดี.** กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2554.
- สำนักงานศาลปกครอง. **สรุปหลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อเสริมสร้าง แนวทางการปฏิบัติราชการที่ดี พ.ศ.2551.** กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2553.
- สำนักงานศาลปกครอง. **สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2552.
- สำนักงานศาลปกครอง. **สรุปหลักกฎหมายมหาชน เรื่อง หลักแห่งความได้สัดส่วน.** กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2548.
- สำนักงานศาลปกครอง. **สารพันปัญหาคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 6.** กรุงเทพมหานคร: สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลปกครอง, 2553.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. **หลักแห่งความได้สัดส่วน. วารสารนิติศาสตร์. 20, 4 (ธันวาคม 2547): 99-109.**
- สุภาพ สุจริตพงศ์. **การวิเคราะห์โครงสร้างหลักทางกฎหมายการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.**

- หยุด แสงอุทัย. **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507.
- อมร จันทรสุมบุรณ์. **กฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. **เอกสารคำบรรยายวิชาการกระทำทางปกครองและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- AUBY, J-M. et DRAGO, R. **Traite des recours en matière administrative**. N.p.: Litec, 1992.
- BALDOUS, A. **L'intérêt du service dans le droit de la fonction publique**. R.D.P. (1985): 913.
- Battis, Ulrich. **Bundesbeamtengesetz**. 2 Auflage. N.p.: München, 1997 อ้างถึงใน ศุภีพร พิศาลบุตร. **คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลข้าราชการ: ศึกษาเฉพาะกรณีคำสั่งโยกย้ายข้าราชการ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.
- Braibant, Guy; Questiaux, Nicole and Wiener, Celine. **Le Contrôle de l'Administration et la Protection des citoyens**. N.p.: n.p., n.d. อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายใน ฝ่ายปกครองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.
- BRUNELLA, Stéphane. **La mutation interne des agents dans la fonction publique Territoriale**. Retrieved November 1, 2010 from <http://storage.canalblog.com>
- Chabanol, Daniel. **La pratique du contentieux administratif**. 2nd ed. N.p.: Litec, 1991.
- CHAPUS, Rene. **Droit administratif general**. Tome 2, 3 édition. Paris: Montchrestien, 1999.
- CHAPUS, Rene. **Droit du contentieux administratif**. Paris: Montchrestien, 2004.
- CHEVILLE-HIVER, C. Mutation et sanction disciplinaire déguisée. **Actualités Juridiques-Fonction Publique**. (janvier-février 2000): 1-35.
- Harlow, C. Discretionary Power and the Administrative Judge. **International and Comparative Law Quarterly**. 29, 521 (1980).
- Kuhla, Wolfgang and Huttenbrink, Jost. **Der Verwaltungsprozeß**. 2 Auflage. N.p.: München, 1998.
- Maillot, Jean-Marc. **La Theorie Administrativiste des Principes Genereaux du Droit Continuite et Modernite**. N.p.: Dalloz, 2003.

- Maurer, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 8 Auf. N.p.: München, 1992 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- Nolte, G. General Principle of German and European Administrative Law. A Comparison in Historical Perspective. **M.L.R.** 57, 2 (March 1994).
- SEILLER, Bertrand. **L'illégalité sans annulation**. N.p.: AJDA, 2004.
- Traliré de la juridiction administrative**. N.p.: n.p., 1888, อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ. เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. **วารสารนิติศาสตร์**. 32, 2 (มิถุนายน 2545): 248-288.
- Ule. **Verwaltungsverfahrenrecht**. 4 Auf. N.p.: München 1995 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- Ulrich, Battis. **Bundesbeamtengesetz**. 2 Auflage. N.p.: München, 1997.
- VINCENT, J-Y. Motivation de l'acte administrative. **Jurisclasseur administrative**. (Fascicule 1996): 107-130.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางสาวนิติตา สุขสถิตย์

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปีสำเร็จการศึกษา พ.ศ.2555