

ภาค ๒

ความทั่วไปเกี่ยวกับดุลพินิจ

บทที่ ๑

ดุลพินิจคืออะไร

คำว่า "ดุลพินิจ" ตามความเข้าใจโดยทั่วไปหมายถึง การวินิจฉัยเห็นสมควร<sup>๑</sup> ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Discretion ซึ่งมาจากรากศัพท์ภาษาลาตินว่า Discretio ในชีวิตประจำวันของคนทั่วไปมักจะไม่ค่อยได้นำคำนี้มาใช้ในภาษาพูด บางคนได้ยินคำนี้แล้วรู้สึกงงงวยขอให้ผู้พูดอธิบายความหมายว่าหมายถึงอะไรจึงจะเข้าใจ คำนี้ได้มีการนำมาใช้ในวงราชการทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมและการปกครอง

สำหรับความหมายในทางกฎหมายนั้น มีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ "Privilege" ของศาลที่จะพิจารณาคำหลักความยุติธรรม<sup>๒</sup> หรือขององค์กรผู้มีอำนาจใช้ตามหลักความยุติธรรมเท่านั้น อำนาจหรือสิทธิพิเศษนี้จะมีการนำไปใช้เพื่อการพิจารณาให้เป็นไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (circumstances) และรวมถึงการใช้พิจารณาในการตัดสินคดีของผู้พิพากษาหรือของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจใช้นั่นเอง โดยไม่ขึ้นกับพิจารณาหรือการตัดสินใจของบุคคลอื่น (controlled by the judgment or conscience of others.)

ความหมายในทางกฎหมายของ "ดุลพินิจ" ยังมีกว้างกว่าที่กำหนดไว้อีกมาก ยังหมายความเลยไปถึงการใช้ดุลพินิจในกระบวนการพิจารณาความ วิธีการ รูปการ ความหนัก

<sup>๑</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๑๓, พิมพ์ครั้งที่ ๑๑, (พระนคร: โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๓), หน้า ๓๗๔

<sup>๒</sup> Black's Law Dictionary, 4<sup>th</sup> ed, (St Paul. Minn. West Publishing Co., 1951), p. 553

เบาของข้อหา และองค์ประกอบอื่น ๆ อีกมาก ในบางครั้งจะพิจารณาถึงความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" นั้น ยังมีความสับสนซับซ้อนอยู่ด้วย เช่น การพิจารณาใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา นอกเหนือจากการซึ่งนำหนักพยานแล้ว ยังต้องคาดคะเนเกี่ยวกับข้อเท็จจริงบางอย่าง ที่ยังไม่แจ่มแจ้ง และทำคำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายที่เคลือบคลุมอยู่อีกด้วย(not only weighing desirability but also guessing about un-known facts and making a judgment about doubtful law)<sup>1</sup>

ดุลพินิจเป็นอำนาจอิสระที่จะตัดสินใจหรือระทำการด้วยตนเอง ไม่มีผู้ใดผู้หนึ่งมาบังคับ<sup>๒</sup> แต่ต้องไม่ใช่อำนาจกระทำตามอำเภอใจ เป็นเรื่องของการที่ต้องวินิจฉัยด้วยเหตุผลและคำนึงถึงความเป็นธรรมตามธรรมชาติ ฟังข้อเท็จจริงอย่างถ่องแท้จากบุคคลที่ประโยชน์ส่วนใดเสียได้รับการกระทบกระเทือน<sup>๓</sup> เพราะดุลพินิจไม่มีวิธีการใดที่จะมาพิสูจน์ความถูกต้อง

ในหลายครั้งที่ความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" อาจรวมหรือไม่รวมถึงคำพิพากษาที่จะต้องพิจารณาค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ขัดแย้งกัน(conflicting evidence) อีกทั้งจำเป็นต้องปรับข้อเท็จจริงเหล่านั้นให้เข้ากับหลักกฎหมายที่ยังเคลือบคลุมอยู่อีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี ความหมายของดุลพินิจ ไม่ว่าในทางปฏิบัติจะมีมาก

<sup>1</sup> Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice, 2d, ed., Louisiana : Edwards Bros, Inc., 1969, p. 4

<sup>2</sup> Black's Law Dictionary, p. 552

<sup>๓</sup> อมร จันทรสุมบุรณ์, "กฎหมายการปกครอง" กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง ๒๕๒๐, หน้า ๑๓๘

มายลับสนประการใดก็ตาม หากนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหาดุลพินิจทั้งหมดมาแยกพิจารณาแล้ว ความหมายของดุลพินิจคงมีอยู่ ๓ ประการเท่านั้นคือ

๑. ค้นหาข้อเท็จจริง
๒. ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมาย
๓. พิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริง

และชอกกฎหมายแล้ว

องค์ประกอบ ๓ ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความหมายทั้งหมดของคำว่าดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกองค์ประกอบทั้ง ๓ นี้รวมกันว่า "พฤติกรรมแห่งดุลพินิจ" (the exercise of discretion)

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติกรรมกว้างไกลแล้วแล้วนเอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรดคดีในหลาย ๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแยกข้อเท็จจริง ชอกกฎหมาย และดุลพินิจให้ออกจากกัน เพราะการค้นหาข้อเท็จจริง ซึ่งบางครั้งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดปรับใช้กฎหมาย เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความที่จำต้องนำเอาชอกกฎหมายมาปรับใช้ ซึ่งเรียกว่า "adjudicative facts" ส่วนข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของการกำหนดปรับใช้กฎหมาย หรือนโยบาย หรือพฤติกรรมแห่งดุลพินิจ เรียกว่า "legislative facts" และไม่อาจกรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้อกฎหมายอาญาดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรม จำต้องประกอบขึ้นด้วยข้อเท็จจริง ชอกกฎหมาย และดุลพินิจนั่นเอง

ดุลพินิจมีความสำคัญอย่างไรนักวิชาการหลายท่านได้ให้คำอธิบายโดยแยกออกเป็นข้อ ๆ ใดดังนี้

๑. นพพร โพธิ์รังสิยากร, "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๔), หน้า ๖ - ๗ อ้างถึง K.C. Davis, op. cit., pp. 4 - 5

๑. คุณพินิจเป็นวิธีการที่จำเป็นที่สุดที่จะสร้างสรรค์ให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะกรณีขึ้นได้ (... Individualization of Justice) กล่าวคือคำพิพากษานี้ไม่ว่าจะแก้ไขปัญหาที่ซับซ้อนในการปกครองประเทศได้ทันทีหรือไม่สามารถที่จะผูกความยุติธรรมได้ในสังคมปัจจุบัน<sup>๑</sup> ทั้งนี้เนื่องจากปัจจุบันเหตุการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ คือกิจกรรมในสังคมได้ขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวาง ความซับซ้อนต่าง ๆ จึงตามมา ในทางปฏิบัติจึงทำให้ปัญหาในการปกครองประเทศซึ่งเป็นปัญหาที่ซับซ้อนไม่สามารถที่จะรอให้กฎหมายเข้าไปแก้ไขได้ จึงจำเป็นต้องให้องค์กรผู้มีอำนาจใช้คุณพินิจตัดสินให้ความยุติธรรมเป็นรายเฉพาะกรณี

๒. คุณพินิจเป็นหลักการที่เสริมสร้างให้การบริหารประเทศเป็นไปโดยยุติเป้าหมายของระบบกฎหมายจึงต้องตั้งไว้ว่า "เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึงจะต้องมีการให้ความยุติธรรมเป็นเฉพาะกรณี (Individualized Justice)"<sup>๒</sup>

๓. เนื่องจากในทางปกครองมีหลักอยู่ว่า การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย คุณพินิจจึงเป็นข้อยกเว้นคล้ายหลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อที่จะให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติสามารถใช้สติปัญญาประกอบให้การปฏิบัติเป็นผลดีที่สุด มิฉะนั้น เจ้าหน้าที่จะเป็นเสมือนเครื่องจักรที่จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดเท่านั้น<sup>๓</sup>

๔. คุณพินิจทำให้กฎหมายดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรม<sup>๔</sup> เพราะทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรดคดี ปรากฏว่าในหลาย ๆ ครั้งไม่มีความจำเป็นที่จะแยกข้อเท็จจริงของกฎหมายและคุณพินิจออกจากกัน เพราะการค้นหาคำข้อเท็จจริงอันถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของคุณพินิจนั้น บางครั้งก็เป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดขอบข่ายกฎหมายด้วย องค์ประกอบสำคัญที่ทำให้กฎหมายดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรมประกอบด้วยข้อเท็จจริงของกฎหมายและคุณพินิจ ดังได้กล่าวมาแล้ว

<sup>1</sup> K. C. Davis, op.cit., p. 25

<sup>2</sup> Ibid., p. 21

๓. รายละเอียดดู ประยูร กาญจนกุล, "อำนาจใช้คุณพินิจ" คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย : ๒๕๒๐, หน้า ๒๐

๔. นพพร โพธิ์รังสิยากร, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๗

๕. การใช้ดุลพินิจจะเป็นแนวทางในการสร้างสรรวิทยาการใหม่ ๆ เพื่อให้สังคมมีความเจริญก้าวหน้า

เหตุผลที่กล่าวเช่นนั้นเป็นผลมาจากความเชื่อมั่นในแนวความคิดของปรมาจารย์อริสโตเติล (Aristotle) ที่ว่า "ที่ใหม่มีสังคม ที่นั้นมีกฎหมาย" ซึ่งคำกล่าวนี้ถือว่าเป็นคำกล่าวที่รอบคอบเหตุผล เพราะตามความเป็นจริงแล้ว สังคมทุกสังคมหากต้องการความสงบสุขภายในสังคมแล้ว ย่อมปราศจากเสียซึ่งกฎหมายไม่ได้ ขณะเดียวกันกฎหมายทุกฉบับต้องมีดุลพินิจอยู่ด้วย "เมื่อมีกฎหมาย ก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่" ( Rules must be supplemented with Discretion ) Cohen ได้กล่าวถ้อยคำซึ่งมีชื่อเสียงไว้ใน ค.ศ. ๑๙๓๓<sup>๑</sup> เพราะลำพังใช้กฎหรือกฎหมายโดยตรงแต่ประการเดียว ย่อมทำให้เกิดความยุติธรรมขึ้นได้ เพราะไม่อาจสนองตอบความยุติธรรมเฉพาะรายกรณี Cohen ถือว่า สิ่งที่สามารถสนองความยุติธรรมได้อย่างแท้จริงนั้นจะต้องเป็นสิ่งซึ่งสามารถสนองความยุติธรรมได้ทุกกรณี และสิ่งที่จะช่วยให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะรายกรณีได้ก็คือดุลพินิจ Cohen เรียกดุลพินิจนี้ว่า "ชีวิตและความยืดหยุ่น" ( the life and flexibility ) เมื่อเป็นที่ยอมรับกันว่า ที่ใดมีกฎหมายที่นั้นมีดุลพินิจ ก็ย่อมยอมรับต่อไปได้ว่า "ที่ใหม่มีสังคม ที่นั้นย่อมมีกฎหมายและดุลพินิจ"<sup>๒</sup> การที่ต้องมีดุลพินิจถือกันว่าเป็นเหตุผลทางจิตวิทยา รัฐศาสตร์ และอื่น ๆ ด้วย เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่า การจะเป็นสังคมที่มั่นคงต้องประกอบด้วยกฎหมายและมนุษย์ หากสังคมใดหรือระบบกฎหมายใดบังคับใช้แต่เพียงกฎหมายอย่างเดียวโดยไม่มีการใช้ดุลพินิจด้วย นอกจากจะไม่มีความเป็นธรรมแล้ว ยังถือว่าประชาชนในสังคมนั้นยอมให้คนตายปกครองคนเป็น" กล่าวคือบุคคลในสังคมจะไม่ได้ทำอะไร นอกจากการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมายที่บรรพบุรุษซึ่งเป็น "คนตาย" ไปแล้วบัญญัติไว้ เมื่อเป็นที่เห็น สังคมก็ย่อมหาความเจริญต่อไปไม่ได้ นอกจากคงไว้ซึ่งอารยธรรมที่บรรพบุรุษสะสมไว้ให้เท่านั้น ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่า การใช้ดุลพินิจย่อมเป็นการสร้างแนวทางให้สังคมมีความเจริญก้าวหน้ามีการสร้างสรรวิทยาการใหม่เพิ่มขึ้น

<sup>๑</sup> K.C.Davis, op.cit., p. 19

<sup>๒</sup> นพพร โพธิ์รังสียากร, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๗

<sup>๓</sup> จุมพร พลรัตน์, "การละเมิดกฎหมายในสังคมไทย" วารสารทนายความ



๓๕

จึงเป็นที่แน่นอนกันว่า หากศาลหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมาย ใช้กฎหมายในทางมุ่งสร้าง  
ความยุติธรรม ขมโมใช้ดุลพินิจที่เป็นธรรมแทนการใช้กฎหมายในบางกรณีอย่างเหมาะสมแล้ว  
ดุลพินิจเช่นนั้นย่อมเป็นดุลพินิจที่แท้จริง ตามความหมายของ Sir Edward Coke ที่ได้  
กล่าวเป็นภาษาลาตินว่า "Discretio est discernere per legem quid sit  
justum" ซึ่งหมายความว่า ดุลพินิจคือการอธิบายเรื่องกฎหมายว่าสิ่งใดควรเป็นธรรม

---

\*Black 's Law Dictionary, op.cit.,p.553

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ที่มาแห่งอำนาจคุณสิทธิของฝ่ายปกครอง

จุดเริ่มต้นแห่งอำนาจทั้งปวงย่อมมาจากรัฐ รัฐมีกำเนิดจากบุคคลจำนวนหนึ่งซึ่งรวมตัวเข้าพวกกันยินยอมมอบสิทธิในการปกครองแก่ตนเองให้กับบุคคลคนหนึ่งหรือคณะหนึ่ง ให้บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นใช้อำนาจตามสิทธิที่ได้รับมอบหมายเพื่อประโยชน์ร่วมกันของชุมชนนั้น บุคคลหรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจอันยิ่งใหญ่เรียกว่า "อธิปไตย" ( Sovereignty ) อำนาจอันยิ่งใหญ่หมายถึงอำนาจที่ไม่อาจถูกท้าทายโต้แย้งได้ในชุมชนนั้น<sup>๒</sup> ฉะนั้นอธิปไตยจึงเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจหรือกฎหมายทั้งปวงโดยไม่ถูกจำกัดขอบเขต แต่อธิปไตยแห่งรัฐหนึ่งควรเคารพสิทธิขององค์อธิปไตยแห่งรัฐอื่น ๆ ด้วยตามหลักแห่งกฎหมายธรรมชาติ ( Natural Law )<sup>๓</sup> ลักษณะของอธิปไตยที่สำคัญมีอยู่ ๓ ประการ<sup>๔</sup> คือ

- ๑. อธิปไตยเป็นสิ่งจำเป็นของรัฐและมีสืบเนื่องโดยไม่ขาดระยะ
- ๒. อธิปไตยไม่อาจแบ่งแยกได้
- ๓. อธิปไตยมีอำนาจอันไม่จำกัด

อำนาจของอธิปไตย หรือที่เรียกว่า "อำนาจอธิปไตย" ในปัจจุบันนี้กล่าวได้ว่ามีอยู่

๓ อำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจคุณสิทธิมาอย่างไร จึงตอบได้ง่าย ๆ ว่าได้มาจากอธิปไตยนั่นเอง เพราะฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารของอธิปไตยแห่งรัฐ ในการที่อธิปไตยมอบหมายอำนาจทั้ง ๓ ให้องค์กร ๓ ฝ่ายแยกปฏิบัติคือ อำนาจนิติบัญญัติให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจบริหารให้กับฝ่ายบริหาร และอำนาจตุลาการให้กับศาลนั้น อธิปไตยย่อมต้องมอบอำนาจให้คุณสิทธิพร้อม ๆ

<sup>๑</sup> กนิง ภาไชย, "ที่มาแห่งทฤษฎีว่าด้วยอธิปไตย" ถำบรรยายวิชาปรัชญากฎหมาย, แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๕ หน้า ๑๕ (อ้างถึงความเห็นของ Hobbes นักปรัชญาการเมืองผู้มั่งคั่ง ค.ศ. ๑๕๘๘ - ๑๖๓๕)

<sup>๒</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕ (อ้างความเห็นของ Jean Bodin ค.ศ. ๑๕๒๙-๑๕๙๖)

<sup>๔</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๖ (อ้างความเห็นของ Austin )

กับการออกกฎหมายและการกำหนดหน้าที่ให้แก่องค์กรผู้ปฏิบัติด้วย ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุผลของ  
คำกล่าวยืนยันที่ว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย" และ "ที่ไหนมีกฎหมาย ที่นั่นมีคุณธรรม" ดัง  
ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อน

ในการพิจารณากฎแห่งผลที่ฝ่ายปกครองต้องมีอำนาจใช้คุณธรรมนี้ มีปัจจัยสำคัญหลาย  
ประการที่ควรแก่การนำมาทำความเข้าใจ ซึ่งจะได้แยกพิจารณาเป็นข้อ ๆ ต่อไป

๑. ขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง

โดยข้อเท็จจริง ฝ่ายปกครองที่ปรากฏอยู่ในขณะนั้นขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน  
ระบบกฎหมายปัจจุบันแบ่งเป็น ๒ ระบบ คือ ระบบกฎหมายโรมัน กับระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน  
ระบบกฎหมายโรมันเป็นระบบที่ใช้อยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมี  
อำนาจบังคับสูงสุด ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางเพื่อดำเนินการบังคับให้เป็นไปตาม  
บทกฎหมายที่ได้ตราขึ้น ฝ่ายปกครองมิได้มีหน้าที่เพียงใช้กฎหมายบังคับเท่านั้น ยังมีอำนาจที่จะตรา  
กฎหมายบางชนิดเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนด้วย ส่วนระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน ฝ่ายปกครอง  
ไม่มีอำนาจพิเศษเหมือนกับฝ่ายปกครองในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมัน บทบัญญัติที่วางหลัก  
พิเศษสำหรับฝ่ายปกครองแทบไม่มีเลย แม้ว่าจะออกบทบัญญัติวางระเบียบข้อบังคับใดก็ตาม แต่ก็  
มักเป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจการภายในขององค์การฝ่ายปกครองมากกว่าที่จะใช้บังคับเป็นการทั่วไป  
แก่ประชาชน การที่จะควบคุมให้ปฏิบัติตามกฎหมายทั้งในคานฝ่ายปกครองและฝ่ายประชาชนอยู่ใน  
อำนาจของศาลยุติธรรม

ฝ่ายปกครองของประเทศที่ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมีอำนาจบังคับสูงสุด (ระบบ  
กฎหมายโรมัน) มีขอบเขตอำนาจ ดังนี้

- ๑. อำนาจในการออกบทบัญญัติวางระเบียบเพื่อให้การเป็นไปตามบทกฎหมายที่ฝ่าย  
นิติบัญญัติได้ตราขึ้น โดยกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดที่ประชาชนจะต้องปฏิบัติไว้ได้ด้วย

---

\* ประยูร กาญจนกุล, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, คำบรรยายชั้นปริญญาโท  
แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๐, หน้า ๘ - ๘



อำนาจในการออกบทบัญญัติเช่นนี้มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ อำนาจประมุขของรัฐ  
ตราพระราชกฤษฎีกา และมีอยู่ตามบทกฎหมายต่าง ๆ ทำให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่  
จะออกกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวง แต่บทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายปกครองนี้จะต้องไม่ขัดแย้ง  
ต่อบทกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือร่างอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

๒. ฝ่ายปกครองมีอำนาจรักษาการให้เต็มที่ไปตามกฎหมาย

ถ้าบทกฎหมายกำหนดวิธีดำเนินการบังคับไว้แล้ว ฝ่ายปกครองก็แต่อำนาจที่จะปฏิบัติ  
การตามวิธีการนั้น แต่ตามกฎหมายเรียงแต่กว้างหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจ  
ใช้ดุลยพินิจได้ควรแก่กรณีเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามบทกฎหมายนั้น การที่มีฝ่ายปกครองเป็นผู้รักษา  
การและดำเนินการบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านี้ ย่อมทำให้บทกฎหมายมีผลบังคับ  
อย่างแท้จริง ความมักที่สิทธิ์ของกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับวิธีการที่ฝ่ายปกครองจะไว้บทกฎหมายนั้นบังคับ  
อยู่มาก ฉะนั้น ฝ่ายปกครองจึง เท่ากับเป็นศูนย์กลางที่มีอำนาจมากระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับประชาชน

๓. ฝ่ายปกครองย่อมมีส่วนในการใช้อำนาจบริหารด้วยในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร

เพราะฝ่ายบริหารนั้นประกอบด้วยรัฐบาลกับฝ่ายปกครองรวมกัน  
ส่วนอำนาจของฝ่ายปกครองในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน มีน้อยกว่าอำนาจของฝ่ายปกครองในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายโรมัน และมักมีการกระจายอำนาจให้  
ท้องถิ่นปกครองตนเองมากกว่าที่จะรวมอำนาจปกครองไว้ในส่วนกลาง การบริหารงานขององค์การ  
ส่วนท้องถิ่นอยู่ในความควบคุมของศาลยุติธรรมคอยระวังให้องค์การส่วนท้องถิ่นปฏิบัติตามขอบเขต  
ของกฎหมาย โดยเปิดโอกาสให้องค์กรฟ้องร้ององค์การส่วนท้องถิ่นต่อศาลยุติธรรมได้เมื่อเห็นว่า  
กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่

๒. ขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองกับบทบาทของฝ่ายตุลาการ

ขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าวเปิดโอกาสให้ฝ่ายตุลาการ เข้ามามีบทบาท  
ได้เพียงใด แนวทางพิจารณาขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายที่เรากล่าวแล้ว กล่าวคือถ้าเป็นประเทศที่ใช้

ระบบกฎหมายโรมัน ฝ่ายตุลาการ มีหน้าที่เป็นผู้ปฏิบัติตามบทกฎหมายเมื่อมีคดีเกิดขึ้น และตามหลัก  
 ย่อมไม่มีอำนาจเหนือฝ่ายปกครองถึง เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารอย่างเห็นได้ชัด แต่ในประเทศ  
 ที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน ศาลยุติธรรมมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำหรือคว้ง  
 กระทำการอันใดอันหนึ่ง เมื่อเห็นว่ามีการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ และศาลยุติธรรมมีอำนาจ  
 พิจารณาความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามหลัก Common Law ได้อีกด้วย

เมื่อกฎโดยสรุปถึง เขตอำนาจของฝ่ายตุลาการในส่วนที่เกี่ยวกับฝ่ายบริหารแล้ว  
 จะเห็นได้ว่า ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกล-แซกซอน มีมากกว่าฝ่ายตุลาการในประเทศ  
 ภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายโรมัน ถึงกับมีผู้จำแนกระบบการปกครองหรือระบบราชการบริหาร  
 ของประเทศต่าง ๆ ออกเป็น ๒ ระบบ คือ

๑. ประเทศที่มีระบบการปกครองในความควบคุมของฝ่ายตุลาการ ตามระบบนี้  
 อำนาจในการปกครองไม่ได้แยกออกเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง และมีการกระจายอำนาจ  
 ในองค์กรส่วนท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะภายใต้การควบคุมทางกฎหมายของฝ่ายตุลาการซึ่ง  
 เป็นผู้วินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองทำถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบนี้คืออังกฤษ

๒. ประเทศที่มีระบบการปกครองในความควบคุมของฝ่ายบริหาร ตามระบบการ  
 ปกครองแบบนี้ มีการมอบอำนาจพิเศษในทางปกครองให้แก่ฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองอื่นเป็นส่วน  
 หนึ่งของฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหารโดยตรง และไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม  
 ของฝ่ายตุลาการ ตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบนี้คือประเทศฝรั่งเศสรวมทั้งประเทศไทยด้วย

### ๓. ข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองกับข้อยกเว้นบางประการ

เนื่องจากในการปกครองฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน และ  
 กิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ใต้อำนาจแห่งกฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงได้มีทฤษฎีว่าด้วยการกระทำใน  
 ทางปกครองและหลักของการปกครองที่ว่า "การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบ  
 ด้วยกฎหมาย" ( Principe de la legalite ) ขึ้น จึงหมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่าย  
 ปกครองย่อมต้องอยู่ใต้อำนาจบังคับที่ว่าในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ในทางปกครองต้องให้เป็นไป  
 โดยถูกต้องตามกฎหมายหรือต้อง เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้อง เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>๑</sup> เป็น "ข้อจำกัด" อำนาจของฝ่ายปกครองและ เป็นหลักประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชน หลักอันนี้เป็นรากฐานแห่งกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เติบโตขึ้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองของประเทศไทย คำว่า "การกระทำในทางปกครอง" มีความหมายว่า หมายถึงการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งปวง รวมทั้งการกระทำที่เป็นลายลักษณ์อักษรและการปฏิบัติที่ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>๒</sup>

ในทาง การเมือง หลักที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้อง เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างประ โยชนสองฝ่าย ประ โยชนฝ่ายหนึ่งคือ การให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต่อการกระทำของฝ่ายปกครอง มักจะมีการขยายการให้หลักนี้บังคับให้กว้างขวางออกไป ประ โยชนอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งขัดแย้งต่อประ โยชนที่กล่าวข้างต้นคือ การให้ความอิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงาน เพราะในบางกรณีฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับอำนาจอิสระบางอย่าง เพื่อดำเนินงานปกครองให้เหมาะสมกับสถานการณ์ เช่น การให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้ตามควรแก่กรณี เป็นต้น เพราะฉะนั้น การให้หลัก "การกระทำในทางปกครองต้อง เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย" นี้บังคับ จึงจำเป็นต้องมีข้อผ่อนคลายเป็นข้อยกเว้นบางประการ เพื่อรักษาประ โยชนของทั้งสองฝ่าย คือทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองและทั้งฝ่ายปกครอง

ดุลพินิจ (Discretion) นั้นคืออะไรได้กล่าวถึงรายละเอียดไว้แล้วในบทก่อน<sup>๓</sup> ส่วน "ข้อยกเว้น" ที่เรียกว่าเป็นข้อผ่อนคลายเป็นหลักที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้อง เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า "อำนาจใช้ดุลพินิจ" (Discretionary Power) อำนาจใช้ดุลพินิจนี้หมายความถึงกรณีกฎหมายซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ให้อำนาจอิสระ

<sup>๑</sup> แต่ใน ประเทศฝรั่งเศส เติบโตขึ้นมีศาลปกครอง ศาลปกครองได้ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์และบังคับให้เป็นไปตามหลักที่ว่า "การกระทำในทางปกครองต้อง เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย" อย่างเต็มที่

<sup>๒</sup> ประยูร กาญจนกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๕

<sup>๓</sup> ดูรายละเอียด บทที่ ๑ หน้า ๓๓ - ๓๔

แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาคำเนิการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่นั้นได้ตามที่เห็นสมควร เช่น อำนาจที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เอกชนกระทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย เป็นต้น

อำนาจที่ว่าเป็นข้อยกนคลายเพื่อให้การกระทำเหมาะสมกับสภาพความจำเป็นในการดำเนินการปกครอง โดยให้ฝ่ายปกครองมีความอิสระที่จะดำเนินการได้ตามที่เห็นสมควรภายในหลักเกณฑ์กฎหมายกำหนดไว้เป็นหลักทั่วไป แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะทำอะไรได้ตามอำเภอใจ เพราะฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามการให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเสมอในกรณีกฎหมายวางรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีหน้าที่ปฏิบัติให้เป็นไปตามบทกฎหมายเท่านั้น ไม่มีทางที่จะใช้สิทธิปัญญาประกอบเพื่อการปฏิบัตินั้นเป็นผลที่สุดโดยการไร้คู่สพินิจได้ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นเสมือนเครื่องจักรที่จะปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้การบัญญัติกฎหมายจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองจนกระทั่งถึงรายละเอียดนั้น ทำแต่เพราะกรณีที่สำคัญ ๆ ซึ่งเป็นการคุ้มครอง "สิทธิและเสรีภาพ" หรือ "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" เป็นพิเศษเท่านั้น และควรให้อำนาจฝ่ายปกครองไร้คู่สพินิจได้ตามควรแก่กรณี ซึ่งจะเป็นผลดีมากกว่าการจำกัดอำนาจ

๘. ความจำเป็นที่ต้องให้อำนาจไร้คู่สพินิจแก่ฝ่ายปกครอง

ดังได้กล่าวบอ่ยครั้งว่าฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร ในสมัยก่อนนี้อำนาจหน้าที่ของรัฐและรัฐบาลอยู่ในวงจำกัด แต่ปัจจุบันอำนาจหน้าที่ของรัฐและรัฐบาลหรือของฝ่ายปกครอง

๑ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๐

๒ เรื่องเดียวกัน

๓ หมายถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทุกคน

๔ นายอมร จันทรสมบูรณ์ กล่าวว่า "ตามหลักวิชาการ ฝ่ายบริหารอาจแยกได้จากฝ่ายปกครอง ฝ่ายบริหารเป็นอำนาจหน้าที่ในทางนโยบาย แต่ฝ่ายปกครองเป็นอำนาจหน้าที่ในทางปฏิบัติการ แต่สำหรับประเทศไทย ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะมีความใกล้ชิดกันมาก" รายละเอียดดู อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายการปกครอง, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง ๒๕๒๐), หน้า ๑๓๘

ได้ขยายกว้างออกไปอย่างมากมายทั้งในค่านเศรษฐกิจ และค่านสังคม รัฐได้เข้ามารับผิดชอบ และควบคุมการดำเนินงานในทาง เศรษฐกิจ โดยถือว่าเป็นหน้าที่อันสำคัญของรัฐ การพัฒนาที่ดิน การก่อสร้าง การขนส่ง การประปา การไฟฟ้า และบริการสาธารณสุขทั้งหลาย อยู่ภายใต้การ ควบคุมของรัฐทั้งสิ้น ในค่านสังคมและค่านความเป็นอยู่ของประชาชน รัฐก็ขยายตัวไปในรูปของ รัฐสวัสดิการ (Welfare State) รัฐได้จัดหาและควบคุมการให้สวัสดิการและการประกันสังคม แก่เด็ก คนชรา และคนว่างงาน ฉะนั้น สถิติเกี่ยวกับจำนวนกฎหมายในปัจจุบันจึงเพิ่มมากขึ้น สิ่งที่เกิดขึ้นพร้อม ๆ กับกฎหมายก็คือ "อำนาจหน้าที่" ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งแต่เจ้าหน้าที่ ระดับชั้น ๆ จนถึงอธิบดี รัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี ตลอดจนถึงอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งฝ่ายบริหารเป็นผู้จัดขึ้น อำนาจเหล่านี้ได้แก่อำนาจในการ "อนุญาต" และ "ควบคุม" กิจกรรม ระหว่าง เอกชนกับเอกชน หรือกิจกรรม ระหว่าง เอกชนกับเจ้าหน้าที่ของ รัฐบาล ทั้งนี้รวมไปถึงอำนาจในการออกกฎข้อบังคับต่าง ๆ เช่น ออกพระราชบัญญัติ กฎฎีกา กฎกระทรวง และข้อบังคับที่เป็นการวางเงื่อนไขการใช้สิทธิของ เอกชนด้วย<sup>๒</sup> ระยะเวลาปัจจุบันจึง เป็นระยะที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจกว้างขวาง เกี่ยวข้อง โดยตรงกับวิถีทรัพย์สินของ เอกชนเป็นอย่างมาก เมื่อมีการขัดแย้งกันในระหว่างราษฎรกับเจ้าพนักงาน ฝ่ายปกครองมักจะ ถือว่าเป็นสิทธิของฝ่ายปกครองเองที่จะวินิจฉัยข้อขัดแย้งนั้น โดยให้เจ้าหน้าที่ระดับต่าง ๆ ตามที่ กฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่หรือได้รับการแต่งตั้ง เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ทั้งนี้เพราะ เหตุว่าข้อโต้แย้ง ในบรรดาเรื่อง เหล่านี้มีความสำคัญผูกพันกับนโยบายหรือดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (ฝ่ายบริหาร)<sup>๓</sup>

อำนาจบริหาร เป็นอำนาจสำคัญ เพราะ จะเป็นอำนาจในการริเริ่มปฏิบัติการเพื่อบังคับ ให้เป็นไปตามกฎหมาย จึงดูเหมือนว่าฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจบริหารอยู่นั้นกฎหมาย ความจริง

<sup>๑</sup> อมร จันทรสุมบุรณ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๓๓

<sup>๒</sup> ประเทศอังกฤษเรียกกฎหมายท่านองนี้ว่า Subordinate Legislation หรือ Delegated Legislation ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Rule

<sup>๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๓๔



ไม่เป็นเช่นนั้น ฝ่ายปกครองก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง เหตุที่กล่าวว่าการบริหาร เป็นอำนาจที่สำคัญและดูเหมือนว่าอยู่เหนือกฎหมายนั้น เนื่องมาจากความจำเป็น ๓ ประการคือ

๑. ความจำเป็นเกี่ยวกับระบบการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ระบบการ ปกครองไปรวมอยู่ที่ฝ่ายบริหาร คือการปกครองที่มีลักษณะเป็นระบบรวมอำนาจหรือระบบเผด็จการ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่า การรวมอำนาจนั้นจะเกิดขึ้นโดยทางใดโดยมีรัฐธรรมนูญบังคับหรือโดยทางอ้อม การที่อำนาจทั้งปวงมาอยู่ที่ฝ่ายบริหารนั้น มองจากลักษณะภายนอกจะเห็นว่าเป็่ระชาธิปไตยก็ได้ เช่น การเผด็จการให้ประชาชนทั้งประเทศออกเสียงสนับสนุนตัวบุคคลเพียงคนเดียวในการใช้อำนาจ ดังปรากฏในสมัยที่อดีตเลขาธิการอำนาจในเยอรมันซึ่งที่สถานีวิทยุก็ยังมีอยู่ ด้วยเหตุนี้อำนาจคุณสิทธิ ของฝ่ายปกครองจึงมาจากฝ่ายบริหารของรัฐโดยไม่ต้องสงสัย

๒. ความจำเป็นในการบริหารประเทศ เพื่อให้การบริหารประเทศเกิดการคล่องตัว ตามปกติการออกกฎหมายต้องกระทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่กระทำโดยฝ่ายบริหาร เพราะโครงสร้างของรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ต้องการให้การบริหารการปกครองประเทศเป็นไปตามหลักกฎหมาย หรือหลักนิติธรรม ( Rule of Law ) เพื่อปกป้องสิทธิ เสรีภาพของประชาชน แต่ในทางปฏิบัติ แทบทุกประเทศปรากฏว่าปัญหาการปกครอง เป็นปัญหาที่ซับซ้อน ไม่สามารถรอให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ ปัญหาได้ทันเวลาที่ จึงเกิดความจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารใช้คุณสิทธิได้เท่าที่จำเป็น เฉพาะรายกรณีไป

๓. ความจำเป็นในด้านการสร้างสรรค์ความยุติธรรม เพราะเหตุว่าในบางท้องที่ ความยุติธรรมไม่คล่องตัว ฝ่ายบริหารจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจคุณสิทธิสร้างสรรค์ความยุติธรรมให้ เกิดขึ้น

สำหรับในประเทศไทย ตัวอย่างการใช้อำนาจคุณสิทธิของฝ่ายบริหารที่เห็นได้ชัด ซึ่งใ้ความจำเป็นในการบริหารประเทศ มีปรากฏดังนี้

"...ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการ ป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคง ของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน

หรือการกระทำอันเป็นการ ก่อความหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการกระทำอันเป็นการทำลายทรัพย์สินของประชาชน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้รัฐธรรมนูญนี้ และไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและสภานโยบายแห่งรัฐ มีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้อำนาจคำสั่งหรือการกระทำของนายกรัฐมนตรี รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้...”

อำนาจใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารตามนี้ข้างบนนี้ จะเห็นได้ว่าเกิดจากความจำเป็นในการปกครอง การบริหารประเทศ และการสร้างสรรหรือรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมภายในประเทศ น่าสงสัยว่าอำนาจใช้ดุลพินิจดังกล่าวขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ ปัญหาเมื่อพิจารณาถึงอำนาจขององค์กรป้คัย<sup>๒</sup>ของรัฐแล้วจะเห็นได้ว่าไม่เป็นการขัดกันแต่อย่างใด เพราะอำนาจสูงสุดของรัฐอยู่ที่องค์กรป้คัย การแยกใช้อำนาจหรือการแบ่งอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ยึดถือความประสงค์ขององค์กรป้คัยทั้งสิ้น

<sup>๑</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๑, มาตรา ๒๐

<sup>๒</sup> ฎีกาละเอียดในบทที่ ๒ .หน้า ๓๕

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

๑. ควรจะใช้ดุลพินิจอย่างไร

เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่า การใช้ดุลพินิจที่เกิดจาก หลงผิด ไม่ขัดแย้ง  
กฎหมาย หรือใช้โดยไม่มีเสดกฯ ถือเป็นพฤติกรรมที่ไม่ได้ในทางที่เป็นจริง เมื่อเป็น  
เช่นนี้ดุลพินิจควรจะมีวิธีใช้ อย่างไร

โดยปกติถือกันว่า อำนาจใช้ดุลพินิจจะ **ต้องใช้โดยสุจริต** ให้เป็นไป  
ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ และต้องอยู่ในขอบเขตของบทกฎหมายนั้น ๆ หรือ  
ขององค์กรอื่นที่ให้อำนาจ (Discretionary power must always be exercised in  
good faith, for the purpose for which they were granted and within the  
limits of the Act or other instrument conferring the power.)<sup>๑</sup>

เมื่อความมุ่งหมายของอำนาจการใช้ดุลพินิจเป็นเช่นนี้ ดุลพินิจจึงต้องไปด้วยความบริสุทธิ์  
ยุติธรรม ไม่ใช่ใช้ตามอำเภอใจตนเอง และต้องให้ เป็นไปตามหลักของกฎหมายที่เหมาะสม  
ทั้งนี้หมายความว่า จะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ส่วนข้อเท็จจริงที่ไม่  
เกี่ยวข้องจะไม่นำมาพิจารณาก็ได้

อำนาจใช้ดุลพินิจ ตามปกติเป็นอำนาจที่ไม่เกิดระชาดทายตัว เพราะฉะนั้น  
ดุลพินิจจึงย่อมอาจจะมี อำนาจไปกับหน้าที่ก็ได้ เช่น การมีดุลพินิจว่าจะกระทำอย่างไร  
แต่ในขณะเดียวกันหน้าที่ที่จะปฏิบัติ ก็ถือเมื่อเกิดกรณีขึ้น แต่การกำหนดแนวทางการ  
ปฏิบัติไม่เรียกว่าดุลพินิจ ตรงกันข้าม หน้าที่ซึ่งจะต้องปฏิบัติไปแล้ว ดุลพินิจจะมีเมื่อ  
สถานการณ์นั้นยังปรากฏอยู่เท่านั้น มีจุดนี้ปรากฏว่า ดุลพินิจที่ใช้โดยอำนาจอธิปไตย  
มีอยู่ตลอดเวลาทั้งในประเทศอังกฤษ และประเทศที่ ระบบกฎหมายคารพันยุโรป  
( English and Continental System) โดยมีคดี Redfield v. Minister  
Agriculture, Fisheries and Foods เป็นตัวอย่างคดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับมาตรการตีความ

<sup>๑</sup> Ibid.  
<sup>๒</sup> Ibid.

พระราชบัญญัติ Agricultural Marketing Act, 1952 มาตรา ๑๔ ซึ่งกำหนดให้ตั้งคณะกรรมการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานขององค์การตลาด ซึ่งเกิดจากกรณีที่ว่า "ถ้ารัฐมนตรีมีความเห็นต่อกรณีใดๆ (if the Minister in any case so directs) จุดนี้ปรากฏว่ารัฐมนตรีมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง คือรัฐมนตรีจะนำข้อมูลใดให้คณะกรรมการพิจารณาหรือไม่ก็ได้วุฒิสภา (The House of Lords) ซึ่งมีเสียงข้างมากลงความเห็นว่า อำนาจเช่นนี้จะต้องใช้ควบคู่กับหน้าที่ให้เกิดความพอดีเหมาะสม รัฐมนตรีมีอำนาจที่จะอ้างภาวะตลาดนมต่อคณะกรรมการเพื่อพิสูจน์เหตุผลของตนเองว่าไม่ใคร่กระทำเพราะสาเหตุความไม่พอใจ แต่ถึงแม้จะฟังต่อไปได้ว่า รัฐมนตรีสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ก็ตาม รัฐมนตรีก็ยอมผูกพันที่จะต้องปฏิบัติให้ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใคร่กระทำโดยไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้อง หรือมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องแต่ไม่ได้นำมาพิจารณา"

มีหลักของกฎหมายอยู่ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งกฎหมายให้อำนาจใช้ดุลพินิจ ไม่อาจจะมอบหน้าที่ในการใช้ให้กับผู้ใดได้ เว้นแต่การเป็นไปตามกฎหมายซึ่งกำหนดให้อำนาจหน้าที่ปรากฏชัดแจ้งว่า ความรับผิดชอบยังคงมีอยู่กับผู้นั้น คุลพินิจไม่อาจยินยอมมอบให้กันได้แม้โดยข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า (Nor may a discretion be surrendered whether the surrender takes the form of contracting in advance) เป็นการเฉพาะ โดยอิทธิพลของผู้มอบหรือโดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับเรื่องการใช้ดุลพินิจซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้แล้ว แม้ผู้บังคับบัญชาระดับสูงกว่าก็ไม่อาจจะใช้ได้ เว้นแต่กฎหมายจะให้ความหมายรวมไปถึงด้วย<sup>๑</sup>

ในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส เมื่อปรากฏว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจไปโดยไม่สมควร ศาลย่อมมีบทบาทเข้ามาเกี่ยวข้องได้ และสำหรับในประเทศอิตาลีได้เรียกการใช้อำนาจดุลพินิจที่เกินความพอดีว่า *ccesso di potere* (excess of power) ซึ่งหมายความว่า "นอกเหนืออำนาจ"

<sup>๑</sup> Ibid., p. 92

<sup>2</sup> Ibid., p. 93

<sup>3</sup> Ibid.

นอกจากที่กล่าวข้างต้นแล้ว โควินผู้อธิบายถึงการใช้อุทธรณ์ว่า การใช้อุทธรณ์จริงเป็นอำนาจอิสระของผู้ไต่สวน ผู้ไต่สวนจะคงคัดสินใจกระทำด้วยตนเองโดยไม่มีผู้ใดผู้หนึ่งมาบังคับหรือชี้แนะ<sup>๑</sup> ไม่ใช่เป็นเรื่องที่จะเลือกทำอะไรตามอำเภอใจ คงเป็นการวินิจฉัยด้วยเหตุและผล เมื่อสิ่งใดมีเหตุและผลสมควรแล้วจึงยอมชี้ได้ว่าถูกหรือผิด<sup>๒</sup> การใช้อุทธรณ์คงอยู่ในขอบเขตที่ถูกต้องแน่นอน ถ้าการใช้อุทธรณ์เกี่ยวข้องกับสิ่งที่ผู้ใช้มีจิตใจผูกใจผูกใจก่อนแล้วก็ต้องอาศัยหลักการที่มั่นคงยิ่งขึ้น<sup>๓</sup>

อนึ่ง การใช้อุทธรณ์จะคงคำนึงถึงความเป็นธรรมตามธรรมชาติ คือวินิจฉัยสั่งการโดยพึงขอเท็จจริงอย่างตรงแทจากบุคคลที่ประโยชน์ส่วนได้เสียของเขาได้รับการกระทบกระเทือนเพราะอุทธรณ์ ไม่มีวิธีการใดจะมาพิสูจน์ความถูกต้องได้<sup>๔</sup>

## ๒. ควรจะกำหนดขอบเขตของอุทธรณ์เพียงใด

ขอบเขตของอุทธรณ์ เป็นเรื่องกำหนดหรือเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งของอุทธรณ์ที่เป็นประโยชน์หรือที่เรียกว่า "อุทธรณ์ยุติธรรม" ซึ่งมาจากคำว่า

"Discretion Justice" "Judicial Discretion" "Legal Discretion"

<sup>1</sup> Webster's Now Twentieth Century Dictionary, Unabridged

2d ed. (The World Publishing Co., 1926), p. 522

<sup>๒</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, ศาลปกครอง บทความและบทวิเคราะห์ข้อขัดแย้ง  
ที่อภิปรายในสถานิติบัญญัติ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๑๗, หน้า ๑๐๐

<sup>๓</sup> Black's Law Dictionary, op.cit., p. 553

<sup>๔</sup> อมร จันทรสมบูรณ์, "กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ" คำบรรยาย  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๐, หน้า ๒๔



คำว่าขอบเขตของดุลพินิจนี้หมายถึงอำนาจการเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะมีมากน้อยเพียงใด สิ่งซึ่งเป็นเครื่องกำหนดขอบเขตคือกฎหมายและหลักเกณฑ์ของความยุติธรรม กฎหมายเป็นผู้อำนาจหรือเปิดโอกาสให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจเลือกใช้ดุลพินิจในบางโอกาส และบางครั้งแม้กฎหมายจะมีได้เปิดโอกาสโดยตรงแต่อาจมีการใช้ดุลพินิจได้ในกรณีที่มีบัญญัติของกฎหมายครอบคลุมไม่ถึงความข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ขอบเขตของดุลพินิจย่อมมีได้ทั้งกว้างและแคบ การกำหนดขอบเขตของดุลพินิจไว้กว้างหรือแคบย่อมมีทั้งผลดีและผลเสีย ถ้าเปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตที่กว้างขวางแล้ว ก็เป็นการง่ายที่จะเกิดผลร้ายหรือผลเสียเพราะเหตุใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือไม่เป็นธรรมถ้ากำหนดการใช้ดุลพินิจไว้ในวงแคบ ผลเสียที่ตามมาก็คือความยุติธรรมจะไม่กระจายไปโดยทั่วถึง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าขอบเขตของดุลพินิจกว้างจะเป็นเหตุให้กระทำอะไรตามอำเภอใจไม่อยู่ในความพอดี แต่ถาขอบเขตของดุลพินิจแคบ จะเป็นเหตุให้ได้รับความกระทบกระเทือนจากการที่มักทำอะไรโดยเคร่งครัดเกินไป ขาดการยืดหยุ่น รวมความว่าไม่ว่าขอบเขตของดุลพินิจ จะกว้างหรือแคบย่อมทำให้เกิดผลเสียได้ทั้งนั้น ปัญหาว่าดุลพินิจในขอบเขตที่กว้างกับแคบอย่างไรจะเป็นที่นิยมมากกว่ากัน ตัวอย่างที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเจ้าหน้าที่นิยมดุลพินิจที่มีขอบเขตกว้างมากกว่า เนื่องจากปรากฏบ่อยครั้งว่า ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นส่วนมากเกิดจากดุลพินิจที่มีขอบเขตกว้างมากกว่า แคบกว่าทั้งฝ่ายเจ้าหน้าที่และระบบกฎหมายยังคร่ำคร่าอยู่กับดุลพินิจที่มีขอบเขตกว้าง K. Davis มีความเห็นว่า ถ้าจะให้ดุลพินิจมีขอบเขตที่มีคุณภาพจะต้องแก้ไขโดยการกำหนดขอบเขต โครงสร้าง และวิธีการควบคุมให้เกิดประสิทธิภาพ และชี้ว่า สิ่งที่ขัดขวางไม่ให้ดุลพินิจมีขอบเขตที่มีคุณภาพคือ ระบบดุลพินิจที่มีขอบเขตกว้างโครงสร้างสมมาเรื่อย ๆ เป็นพัน ๆ เรืองและเข้าไปฝังอยู่ในความรู้สึกจนไม่อาจทำให้เกิดดุลพินิจที่มีคุณภาพได้<sup>๒</sup>

<sup>1</sup> K.G. Davis, op. cit. p. 52

<sup>2</sup> Ibid., p. 27

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น การที่จะพิจารณากำหนดขอบเขตของดุลพินิจใน  
แต่ละกรณี จำเป็นต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่พิจารณาถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการใช้ดุล-  
พินิจในแต่ละประการว่า อย่างไรควรจะใช้อดุลพินิจไปในลักษณะใด

ขอบเขตที่กำหนดไว้ หากเป็นการใช้กฎหมายอาญา จะเห็นได้ชัดแจ้งว่า  
กฎหมายจะกำหนดขอบเขตไว้หลายประการ ในแง่การพิจารณาใช้กฎหมาย ขอบเขต  
ของดุลพินิจกำหนดไว้ค่อนข้างแคบ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากหลักที่ว่า "กฎหมายอาญาต้องตี  
ความโดยเคร่งครัด" สำหรับกฎหมายปกครองนั้น กลับปรากฏว่าหลายประเทศ  
กำหนดขอบเขตของดุลพินิจไว้ในลักษณะกว้าง จนในบางครั้ง เรียกขอบเขตแห่งดุลพินิจ  
เช่นนี้ว่า "ทฤษฎีดุลพินิจของฝ่ายปกครองการเมือง" (the administrative  
political discretion doctrine)<sup>1</sup> หลักเกณฑ์เช่นนี้ทั้งกฎหมายปกครองของ  
เยอรมันและประเทศอื่น ๆ เช่นสหรัฐอเมริกา

รวมความแล้ว เกี่ยวกับการพิจารณาว่าควรจะกำหนดขอบเขตของดุลพินิจ  
เป็นอย่างไร จะกว้างหรือแคบ จึงขึ้นอยู่กับพื้นฐานหลายประการ แต่หลักสำคัญต้องคำนึง  
ถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนว่าอยู่ในอันตรายหรือไม่<sup>๒</sup> และกรณีจะเป็นเช่นไรก็ตาม  
การใช้ดุลพินิจที่จะไหลลดยุติธรรมอันแท้จริงแล้ว จะต้องขึ้นอยู่กับ การควบคุมดุลพินิจ  
อีกชั้นหนึ่ง เพราะเหตุที่การกำหนดขอบเขตของดุลพินิจเพียงอย่างเดียวนั้น ไม่อาจครอบ-  
คลุมให้ทุกประโยชน์ได้ทุกกรณี

๓. ควรจะมีการควบคุมดุลพินิจอย่างไร

การที่ต้องมีการควบคุมดุลพินิจ เพราะเหตุว่าการใช้ดุลพินิจนั้น มีผลทั้ง  
คุณและโทษ เนื่องจากความเห็นและทัศนะในการเลือกใช้อดุลพินิจมีต่างกัน บางอาจ  
เลือกใช้อดุลพินิจ

---

<sup>๑</sup> รองพล เจริญพันธ์, "การใช้ดุลพินิจในกฎหมายเยอรมัน"  
วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๔ (๒๕๒๑), หน้า ๕  
<sup>๒</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔

ใต้อย่างถูกต้อง แต่มีปรากฏในข้อเท็จจริงเป็นจำนวนไม่น้อยว่า มีการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดเกิดขึ้น ฉะนั้น เพื่อให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปอย่างเหมาะสม และเป็นธรรมมากที่สุด จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้ดุลพินิจอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งแน่นอนทีเดียวว่า หากการใช้ดุลพินิจโดยงานการกลั่นกรองตามขั้นตอนต่าง ๆ ครบถ้วนแล้ว ดุลพินิจนั้นจะเป็นดุลพินิจยุติธรรมที่แท้จริง

หลักพื้นฐานในการควบคุมดุลพินิจมี ๒ ประการ ซึ่งจะแยกพิจารณาตามลำดับดังนี้คือ

๑. โครงสร้างของดุลพินิจ (Structuring) โครงสร้างนี้หากจะกล่าวว่าเป็นโครงสร้างของดุลพินิจโดยตรงก็ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะความหมายของโครงสร้างมีกว้างครอบคลุมออกไป กล่าวคือสิ่งที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณาเกี่ยวกับดุลพินิจ เว้นองค์สำคัญในการช่วยเหลือให้ดุลพินิจได้มาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ อย่างเปิดเผยและยุติธรรม ดังนั้น โครงสร้างจึงมีความหมายรวมถึงแผนการ (plan) นโยบาย และกฎหมาย อีกทั้งยังประกอบด้วย ข้อเท็จจริงที่เปิดเผย กฎเกณฑ์ที่เปิดเผย และกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยอีกด้วย

เมื่อกล่าวถึงความหมายของโครงสร้างนี้ จะพบว่ามีความคล้ายคลึงกันในหลายประการกับขอบเขตของดุลพินิจ แต่ที่จริงแล้ว โครงสร้างและขอบเขตแห่งดุลพินิจมีความแตกต่างกันมาก ไฉนจะในคำให้การใช้และความมุ่งหมาย แต่ในบางครั้ง ความหมายของทั้ง ๒ ประการนี้อาจเกี่ยวพันกันอยู่บ้าง<sup>๒</sup> หากกล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการใช้ขอบเขตแห่งดุลพินิจแล้ว เป็นเรื่องของพิจารณาว่าจะสามารถใช้ดุลพินิจได้มากน้อยเพียงใด โดยพิจารณาตามหลักกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ พื้นฐานของกฎหมายในแต่ละเรื่อง

ส่วนวัตถุประสงค์ของโครงสร้างนั้น เป็นการควบคุมและเอื้ออำนวยให้พฤติกรรมการใช้ดุลพินิจ (Exercise of Discretionary Power) สำเร็จผลภายในขอบเขตที่กำหนด และสำเร็จผลตามกฎหมาย ประกาศ กฎ หลักเกณฑ์ ในการปกครอง

<sup>1</sup> K.C.Davis, op.cit., p. 55

<sup>2</sup> Ibid., p. 97

หรือกฎเกณฑ์อื่นอันมีความหมายทำนองเดียวกัน ส่วนความเกี่ยวพันของโครงสร้างและขอบเขตแห่งคดีพิพาทนั้น จะเห็นได้จากกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติสร้างกฎหมายขึ้นมา กฎหมายนี้จะใช้ให้มีผลกว้างหรือแคบนั้นมาจากการกำหนดขอบเขตของคดีพิพาท แต่การที่จะให้กฎหมายสำเร็จผลตามความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายหรือไม่ สิ่งนี้โครงสร้างของคดีพิพาทจะเป็นเครื่องกำหนดช่วยเหลือ<sup>๑</sup>

องค์ประกอบของโครงสร้าง นี้อยู่ด้วยกัน ๗ ประการคือ แผนการที่เปิดเผย นโยบายที่เปิดเผย กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เปิดเผย การสืบเสาะที่เปิดเผย เหตุผลที่เปิดเผย แบบอย่างที่เปิดเผย และกระบวนการพิจารณาที่แจ้งชัด<sup>๒</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่า องค์ประกอบต่าง ๆ ของโครงสร้างนี้ โดยอ้างคำว่า "เปิดเผย" (open) ไว้โดยตลอด ซึ่งจะทำให้การพิจารณาความสำคัญของคำว่าเปิดเผยในโอกาสต่อไป

องค์ประกอบทั้ง ๗ ประการของโครงสร้างของคดีพิพาทนี้ สามารถจัดแบ่งตามกลุ่มความสัมพันธ์ได้ดังนี้คือ ในเรื่องของแผนการ นโยบายและกฎหมายหรือหลักเกณฑ์นี้ เป็นสิ่งที่มีจุดประสงค์เดียวกัน กล่าวคือเป็นตัวกำหนดให้วัตถุประสงค์ของรัฐดำเนินไปตามครรลองความยุติธรรมอย่างขาวสะอาด (clairify) เช่นเดียวกับกับการสืบเสาะและเหตุผล สำหรับการสืบเสาะนั้น เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งอาจมีกลวิธีต่างกันไป แล้วแต่ว่าจะเป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้แก่องค์กรใดเพื่อใช้คดีพิพาท เป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้กับศาล ก็ได้แก่การฟังพยาน (hearing) ทั้งการสืบเสาะหาข้อเท็จจริงและเหตุผลนี้ เป็นสิ่งที่กำหนดให้คดีพิพาทเป็นไปในรูปใดนั่นเอง ส่วนการใช้แบบอย่าง (precedents) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายในระบบ Common Law ที่ถือเอาตัวอย่างคำวินิจฉัยอันมีมาก่อนมาเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้คดีพิพาทสามารถที่จะพิเคราะห์หา ข้อเท็จจริงอย่างใดควรใช้กฎหมายใด อันถือ

1 Ibid., p. 97  
2 Ibid.

ว่าเป็น "ทฤษฎีแนวคดีเดิม" (Doctrine of Precedent) และองค์ประกอบ  
สุดท้าย กระบวนพิจารณา ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความถี่ถ้วนและมีโอกาสต่อสู้แสดง  
หลักฐานต่าง ๆ อันเป็นขอมูลในการใช้ดุลพินิจ<sup>1</sup>

ในการใช้ดุลพินิจนั้น หลายครั้งองค์ประกอบของโครงสร้างทุก  
ข้อและในบางครั้งองค์ประกอบบางข้อเป็นเครื่องช่วยพิจารณาดุลพินิจเท่านั้น ความ  
สำคัญของการมีโครงสร้างต่าง ๆ ก็เพื่อจะช่วยให้การกำหนดดุลพินิจเป็นไปอย่างมีแบบ  
แผน และมีเหตุผล

ความสำคัญของโครงสร้างในการที่จะเอื้ออำนวยให้การ ใช้ดุลพินิจเป็นไป  
ตามเจตนารมณ์ซึ่งมีทั้งเหตุผลและความยุติธรรมนี้ อยู่ที่องค์ประกอบต่าง ๆ จะต้องมิลักษณะ  
เปิดเผย (open) เพราะความเปิดเผยนี้ยอมหักล้างความไร้เหตุผลและหลีกเลี่ยงความ  
ยุติธรรมได้ (Openness is the natural enemy of arbitrariness and a  
natural ally in the fight against injustice)<sup>2</sup>

เหตุผลสำคัญที่สนับสนุนให้องค์ประกอบต่าง ๆ ต้องเปิดเผยและสามารถ  
พบเห็นได้บ่อยครั้ง ซึ่งในบางครั้งถึงกับเรียกว่า "อาวูธวิเศษ" ของดุลพินิจในการต่อสู้  
กับอธรรม<sup>3</sup> ดังนั้นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาความของอารยะประเทศต่าง ๆ จึง  
ได้กำหนดองค์ประกอบของโครงสร้างดุลพินิจไว้ ให้มีลักษณะเปิดเผยทั้งสิ้น เช่น ประ-  
มวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา ๑๗๒, ๑๘๒ เป็นต้น ซึ่งเช่นเดียวกับ  
กับหลักการพิจารณาความของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายระบบ Common Law ที่  
Wigmore ได้กล่าวว่า "ประเพณีการพิจารณารรณคดีของ Common Law  
นั้น ต้องเป็นการเปิดประตูให้กว้าง"<sup>๓</sup>

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Ibid., p.111

<sup>3</sup> Ibid. ref. 6 Wigmore, 1834 (3d ed; 1940)





องค์การหนึ่งคอยควบคุมการใช้ดุลพินิจนั้น ซึ่งการควบคุมนี้อาจเป็นไปในรูปของการอุทธรณ์ (appeal) การตรวจทาน (supervision) หรือการควบคุมมิให้ใช้กฎหมายที่ขัดกับหลักเกณฑ์ (judicial review)<sup>1</sup>

๒.๒ ดุลพินิจเด็ดขาด (absolute discretion) เป็นดุลพินิจที่มีความเด็ดขาดอยู่ในตัวเอง สมบูรณ์ในตัวเองโดยไม่มีการทบทวน และองค์การอื่นใดก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้ามาพิจารณาทบทวนได้ ซึ่งองค์การที่จะใช้ดุลพินิจเด็ดขาดนี้จะต้องเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในตัวเอง ในลักษณะที่มีความ "สูงสุด" อยู่ในตัว เช่น ดุลพินิจในการพิจารณาอภัยโทษ ซึ่งเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ เมื่อได้ใช้ดุลพินิจนี้ไปในทางใดแล้ว จะมีองค์กรอื่นใดมาทบทวนการใช้ดุลพินิจไม่ได้<sup>2</sup> หรืออาจเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ที่จะแสดงความนิยมขาดฉบับพลัน เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยในประเทศหรือหมู่คณะ เช่นการใช้ดุลพินิจของศาลทหาร เป็นต้น

การที่จะกำหนดให้การใช้ดุลพินิจอย่างใดเป็นดุลพินิจเด็ดขาดอันไม่อาจมีองค์กรใดมาพิจารณาการใช้ดุลพินิจซ้ำอีกอันเป็นการทบทวนนี้ จะต้องพิจารณาให้รอบคอบว่ามีเหตุที่จะให้เป็นดุลพินิจอย่างเด็ดขาด หากมีทางเลือกทางอื่นใดแล้ว ไม่ควรที่จะกำหนดให้เป็นดุลพินิจเด็ดขาด เพราะเหตุดุลพินิจที่ไม่มีการทบทวนนี้อาจมีการผิดพลาดได้ เมื่อผิดแล้วจะไม่มีองค์กรใดคอยชี้เพื่อให้แก้ไข สำหรับองค์กรบางอย่าง หรือการใช้ดุลพินิจบางประการที่มีเหตุจำเป็นอันจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างเด็ดขาดก็จำเป็นต้องมีต่อไป

เหตุที่ต้องกำหนดให้มีดุลพินิจเด็ดขาดในวงจำกัด ก็เพราะว่าดุลพินิจเด็ดขาดซึ่งไม่มีองค์กรใดหรือผู้ใดสามารถมาชี้ว่ากระทำโดยผิดพลาดหรือไม่เป็นธรรมนั้น ย่อมเป็น

<sup>1</sup>K.C.Davis, op.cit., p.122 ref. Max Radin, The Right to a Public Trial 6 Temp. L.Q. 381 (1932)

<sup>2</sup>Ibid., pp. 152 - 153

ที่มาของความรำไรร้าย อยุติธรรม ดังที่ Mr. Justice Douglas ได้กล่าวไว้ในคดี United States v. Wunderlich, (1951)<sup>1</sup> ว่า "กฎหมายจะถูกนำออกได้นอกกฎหมาย จากบุคคลที่มีอำนาจในดุลพินิจตามกฎหมายเกิดจากพวกเรื้อนหรือหน่วยทหาร จากองค์กรของรัฐ เมื่อเป็นการใช้ดุลพินิจเกิดจาก มนุษย์จะพบแต่ความปร่าว ดุลพินิจเกิดจาก จะทำร้าย เสรีภาพยิ่งกว่าวิธีการอื่นใดของมนุษย์ และยังได้แสดงความเห็นต่อไปในคดี New York v. United States, (1951)<sup>2</sup> ว่า "ดุลพินิจเกิดจากเปรียบเสมือนการฉ้อราษฎร์ เป็นเครื่องหมายแห่งการ เปิดรับจุดจบแห่งเสรีภาพ"

การที่ Mr. Justice Douglas กล่าวเช่นนั้นก็รอบคอบเหตุผล เพราะเป็นที่ทราบแล้วว่า ดุลพินิจอาจเป็นไปได้ทั้งคุณและโทษ ซึ่งการมีคุณหรือโทษนี้อาจมาจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดทั้งโดยจงใจและไม่จงใจ การใช้ดุลพินิจอันเป็นโทษนี้ย่อมมีได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะกระทำในขอบเขต แม้จะมีหลักเกณฑ์หรือโครงสร้างแห่งดุลพินิจคอยชี้นำไว้เหลืออยู่ก็ตาม หากการใช้ดุลพินิจนั้นมีศาลหรือองค์กรอื่นคอยตรวจทานพบเห็นการใช้ดุลพินิจแล้ว ข้อผิดพลาดนั้นก็ย่อมได้รับการแก้ไข หากไม่มี ความผิดพลาดก็ยังคงมีอยู่ต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้ ความยุติธรรมก็มีไม่ได้ ดังนั้น จึงมีความเห็นที่ยอมรับกันว่า การใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นธรรมอาจกำจัดให้สิ้นไปได้โดยการให้ศาลตรวจดุลพินิจให้มากที่สุด"

เมื่อหันมามองปัญหาการใช้ดุลพินิจในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการควบคุม "อำนาจใช้ดุลพินิจ" ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ปัญหาการควบคุมฝ่ายบริหารเกือบจะเรียกได้ว่าเป็น "จุดบอด" ในกฎหมายปกครองของไทย เพราะตามข้อเท็จจริงปัญหาเนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริหารมีอยู่ตลอดเวลา เช่น ปัญหาการคอร์ปชั่นหรือฉ้อราษฎร์บังหลวง ปัญหาการร้องเรียนกล่าวหา เป็นต้น โดยทั่วไปดูเหมือนว่า การควบคุม

<sup>๑</sup> Ibid., p. 132

<sup>๒</sup> Ibid.

<sup>๓</sup> รองพล เจริญพันธ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔

<sup>๔</sup> อมร จันทรสุมบรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๓๕

ในประเทศไทยยังไม่แน่นอนว่าจะเริ่มต้นพิจารณาปัญหานี้กัน ณ ที่ใด ฝ่ายบริหารที่ดำเนินการไม่ดี จะโดยสุจริตหรือไม่สุจริต แม้สุจริตแต่ก็อาจจะเป็น "การกระทำที่ผิดพลาด" ข้อมเป็นผลกระทบทกระเพื่อนต่อสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชนได้ สาเหตุเนื่องมาจากสิ่งต่อไปนี้คือ ประการที่หนึ่ง กระทำในสิ่งที่ตนไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ประการที่สอง กระทำในสิ่งที่ตนมีอำนาจโดยรอบคอบกฎหมาย แต่ไม่ได้กระทำตามวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบหรือบทบัญญัติของกฎหมาย ประการที่สาม กระทำโดยประมาทหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ประการที่สี่ มีการมอบหมายให้เจ้าหน้าที่กระทำการโดยตนเองไม่มีอำนาจที่จะมอบหมาย และประการที่ห้า การที่เจ้าหน้าที่ได้เฝ้าดูพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงความ เป็นธรรมตามธรรมชาติ ( Natural Justice ) ก็คือวินิจฉัยสั่งการไปโดยไม่ฟังข้อเท็จจริงในข้อเท็จจริง หรือไม่ฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่ประโยชน์ส่วนได้เสียของเขาได้รับความกระทบกระเทือน<sup>๑</sup> ทำไมจึงเป็นเช่นนี้ การมองปัญหาการควบคุมฝ่ายบริหาร เพียงในแง่ที่ว่า จะมีวิธีการใดที่จะป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารกระทำการโดยผิดพลาดแม้ว่าจะสุจริตนั้น ยังนับว่าไม่กว้างพอ ถึงแม้ฝ่ายบริหารจะกระทำการภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจและกระทำตามวิธีการที่ถูกต้องก็ตาม แต่ก็ยังมีอำนาจใ้ดุลพินิจซึ่งเป็นอำนาจสำคัญที่สุดและเป็นอำนาจที่จะนำไปสู่การลดฐานะหรือมุ่งหลวงหรือนำไปสู่ความเสื่อมในวงการฝ่ายปกครอง ฝ่ายบริหารอาจกระทำในสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้และกระทำโดยวิธีการถูกต้องตามระเบียบแบบแผนของทางราชการและบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งกระทำการโดยอาศัยมูลเหตุจูงใจ ( Motives ) ที่เกิดขึ้นโดยสุจริตโดยมีการไต่สวนพิจารณาโดยสุจริต แต่ความเสียหายก็อาจเกิดขึ้นได้ เพราะการขาดประสิทธิภาพ ขาดความรู้ความสามารถ หรือขาดการตรวจสอบที่เพียงพอ หรือในทางตรงกันข้าม อาจสั่งการหรือดำเนินการไปโดยอาศัยมูลเหตุจูงใจที่ไม่สุจริตก็ได้

ปัญหาการควบคุม "อำนาจใ้ดุลพินิจ" จึงเป็นปัญหาการศึกษาความบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการกระทำการ<sup>๒</sup> หลักการก็คือความในอำนาจหน้าที่ของ

๑ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๓๘

๒ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔๐

ฝ่ายบริหารมีอยู่ ๒ หลักใหญ่ ๆ ซึ่งมีลักษณะขัดแย้งกันในตัวเอง คือ หลักประการแรก  
 ถือว่า "เมื่อกิจการใด กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายบริหารได้ตัดสินใจได้ ย่อมหมายความว่า  
 ฝ่ายบริหารย่อมต้องรับผิดชอบในการได้ตัดสินใจนั้น และองค์การควบคุมก็ย่อมไม่อาจเข้า  
 อำนาจเข้าไปควบคุมอันเป็นการขัดขวางการได้ตัดสินใจที่อยู่ภายในกรอบของกฎหมายได้  
 ( intra vires ) กล่าวโดยนัยกลับกันก็คือ องค์การควบคุมฝ่ายบริหารควบคุมได้  
 แต่เพียงความถูกต้อง ( legality ) ของการกระทำ ส่วนหลักประการที่สองถือว่า  
 "การที่สภานิติบัญญัติออกกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหาร เป็นที่เข้าใจได้ในตัวเองว่า  
 ฝ่ายบริหารไม่ควรจะมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนเอง" ( to be the judge  
 of its own power ) ซึ่งกล่าวง่าย ๆ ว่า การได้ตัดสินใจของฝ่ายบริหารจะต้องมี  
 ขอบเขตหรือต้องมีการควบคุม ฉะนั้น จากหลักทั้งสองที่ขัดแย้งกันนี้ ก็อาจได้หลักสายกลาง  
 ซึ่งกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารคือ "ฝ่ายบริหารจะต้องได้ 'ตัดสินใจโดยมี  
 เหตุอันสมควร'"<sup>๑</sup>

หลักที่ว่า "ฝ่ายบริหารจะต้องได้ 'ตัดสินใจโดยมีเหตุอันสมควร'" นี้ เป็นข้อ  
 ความที่ง่าย ๆ แต่การควบคุมจะมีประสิทธิภาพเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับแนวโน้มขององค์กร  
 ที่ควบคุม องค์กรนี้สำหรับประเทศไทยได้แก่ศาลยุติธรรม ขอบเขตอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย  
 ของศาลยุติธรรมของไทยเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหารมีอยู่น้อยไม่เหมือนกับขอบ  
 เขตอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมในประเทศอื่น โดยเท่าที่พิจารณาเฉพาะที่อยู่ภายใน  
 ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ศาลยุติธรรมของไทยไม่อยู่  
 ในฐานะที่จะควบคุมฝ่ายบริหารได้<sup>๒</sup> แนวโน้มในการตีความของศาลยุติธรรมขึ้นอยู่กับ  
 เงื่อนไขหลายประการ เช่น ระบบกฎหมาย ลักษณะระบบการปกครอง จารีตประเพณี  
 แนวความคิดในทางทฤษฎี ตลอดจนถึงความคิดเห็นเฉพาะตัวของผู้พิพากษาแต่ละท่าน<sup>๓</sup>

<sup>๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔๑  
<sup>๒</sup> เรื่องเดียวกัน  
<sup>๓</sup> เรื่องเดียวกัน



หันกลับมาพิจารณาวิธีการทบทวนคุณพินิจ วิธีการทบทวนคุณพินิจนั้นมีหลายวิธีด้วยกัน โดยแต่ละวิธีนั้น ย่อมมีวัตถุประสงค์สำคัญในการควบคุมให้การใช้อุปินิจเป็นไปอย่างเป็นธรรม และเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิของปัจเจกชน แยกพิจารณาได้ดังนี้

๑. การร้องอุทธรณ์ต่อศาลสูง

๒. กำหนดคุณูปินิจมากนาย เหตุผลจำนวนมากนายดีกว่านายเดียว เพราะสามารถควบคุมทบทวนซึ่งกันและกัน ชักปัญหาในเรื่องจุดอ่อน อารมณ์ และความคิดเห็นได้

๓. โดยออมบุดสแมน (ombudsman) (คำนี้ทาง Nordic เรียกเขา ออมบุดสแมน) ซึ่งเป็นคณะกรรมการผู้มีอำนาจรับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชนผู้ได้รับผลร้ายจากการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานของรัฐ สำหรับประเทศไทยควรมีออมบุดสแมนหรือไม่ เคยเป็นที่ถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์โดยผู้ทรงคุณวุฒิในสภามาแล้วเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗ เรื่องศาลปกครอง

๔. กำหนดองค์กรชั้นพิจารณา คือใช้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะเรื่องเข้าทบทวนการใช้อุปินิจ การก่อตั้งองค์กรชั้นพิจารณาการใช้อุปินิจในเรื่องใด โดยเฉพาะจึงมีความจำเป็น ทั้งสมควรมีเหตุผลในทฤษฎีสมาโนไมตรี (the theory of reconciliation)

นอกจากวิธีการเหล่านี้ ยังมีวิธีการอื่น ๆ อีก เช่น การควบคุมโดยสภา โดยวิธีการร้องเรียนภายใน ซึ่งวิธีนี้อาจมีข้อขัดข้องเกี่ยวกับการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ร้องเรียน แต่มีผลดีในด้านการสั่งแก้ไข เพราะเป็นการสั่งแก้ไขโดยฝ่ายบริหารนั่นเอง วิธีการในลักษณะถึงขอพิพาท และวิธีการในลักษณะขอพิพาท โดยจะยังไม่กล่าวในรายละเอียดในที่นี้ ไม่ว่าจะ เป็นวิธีการควบคุมทบทวนเช่นใดก็ตาม หากเป็นการกระทำโดยชอบด้วยเหตุผล ย่อมสามารถขจัดความอยุติธรรมที่มาจาก การใช้อุปินิจได้

การที่มีองค์กรคอยทบทวนการใช้อุปินิจเช่นนี้เอง ทำให้การใช้อุปินิจเป็น "คุณพินิจยุติธรรม" อันจะยังประโยชน์และความยุติธรรมให้แก่ประชาชนอย่างเต็มที่

## ๘. ควรจะนำหลักความยุติธรรมมาใช้กับคดีพิพาทอย่างไร

คำว่า "ความยุติธรรม" (Justice) พิจารณาความหมายอย่าง่างายๆ หมายถึง การยุติกันอย่างเป็นธรรม\* ความยุติธรรมมีอยู่ ๒ ด้านด้วยกัน คือ

๑. ความยุติธรรมตามกฎหมาย (Legal Justice)

๒. ความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)

ความแตกต่างระหว่างความยุติธรรมตามกฎหมายกับความยุติธรรมตามธรรมชาติ อาจอธิบายด้วยตัวอย่างดังนี้ นาย ก ทำร้ายร่างกายนาย ข นาย ก ถูกจับสารภาพว่า โกงกระทำผิดจริง ถูกฟ้องศาล ศาลยกฟ้องเพราะคดีหมกอายุความ อีกตัวอย่างหนึ่ง นายคำยืมเงินนายแดงไป ๑๐๐ บาท ไม่ได้ทำหนังสือสัญญากู้ยืม ต่อมา นายแดงไปทวงเงินคืน นายคำปฏิเสธ นายแดงเองก็ไม่มีหลักฐาน จึงไม่ไถ่เงินคืน เพราะกฎหมายระบุไว้ว่าการกู้เงินเกินกว่า ๕๐ บาทขึ้นไป ถ้าไม่ไถ่มี หลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้กู้ยืมเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องบังคับคดีทำได้ ไม่ จากตัวอย่างทั้งทางอาญาและทางแพ่งดังกล่าว นาคิดว่าเหตุใดจึงต้องมีระยะเวลาแห่งการฟ้องร้องการกระทำผิด หรือหลักฐานการกู้ยืมมาชี้คั่นไว้อย่างนั้น คนถูกทำร้าย หรือที่ให้ยืมเงินใคร่ความยุติธรรมแล้วหรือ จะเห็นไต่ความนั้นจริงอยู่ คือเมื่อพิจารณาถึงความ เป็นจริงตามสามัญสำนึกและตามธรรมชาติแล้วยอมไม่เป็นธรรม แต่พิจารณาในแง่ของกฎหมายอันเป็นแม่บทใหญ่ที่คอยกำกับความประพฤติ ของประชาชนให้ประพฤติปฏิบัติต่อกันในทางที่ดีที่ควร วางหลักเป็นกลาง ๆ ให้ทุกคนปฏิบัติตามไม่เฉพาะคนใดคนหนึ่ง หรือพวกใดพวกหนึ่ง เส้นที่ชี้คั่นไว้นั้นคือเส้นแห่งความเป็นธรรม เพราะใช้บังคับกับทุกคน เพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคม มิฉะนั้น จะมีการตามล้างตามผลาญกันไม่จบสิ้น ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรม ซึ่งแตกต่างไปจากความรู้สึกแบบสามัญของคนธรรมดาทั้งหลาย กล่าวถึงความรู้สึกในใจจากตัวอย่าง คนที่ทำร้ายคนอื่น ควรต้องถูก

\*สมัย ฅ หนองคาย, "ความยุติธรรม" วารสารข่าวสารโรงเรียน  
นายอำเภอ, ปีที่ ๑๔ ฉบับที่ ๑๗๔ (กรกฎาคม ๒๕๒๑), หน้า ๕๘

ลงโทษ หรือคนที่ให้คนอื่นกู้ยืมเงินไปควรได้รับการชำระหนี้ อันเป็นความรู้สึกในด้านความยุติธรรมตามธรรมชาติ ส่วนความยุติธรรมตามกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นความรู้สึกแห่งความยุติธรรมตามกฎหมาย ซึ่งผู้รักษากฎหมายหรือศาลจะยึดเป็นแนวทาง เป็นบรรทัดฐานเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย เรียกว่าความยุติธรรมในสายตาของกฎหมาย

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่า ความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้มีฐานที่มาจากเหตุผล ซึ่ง "สามัญสำนึก" เป็นตัวว่าสิ่งที่มีชีวิต ซึ่งถูก อริสโตเติล (Aristotle) ปราชญ์แห่งกรีก ได้ศึกษาและตั้งทฤษฎีในเรื่อง "ความยุติธรรม" นี้ไว้เป็นคนแรก ต่อมานักปราชญ์ชาวโรมันหลายคนได้เอาแนวความคิดนี้ไปใช้ และเรียกว่า "ความยุติธรรมตามธรรมชาติ" (Natural Justice) ตัวกฎหรือหลักเรียกว่า "กฎหมายธรรมชาติ" (Natural Law) กฎหมายธรรมชาตินี้เป็นกฎที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นหลักสากลที่มนุษย์ทุกคนต้องรับรู้ เพราะชอบด้วยเหตุผลและเป็นไปตามธรรมชาติ เป็นกฎหรือหลักที่ยังคงใช้ตลอดกาล ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ ความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้ นักปราชญ์และนักกฎหมายปัจจุบันถือว่า เป็นความยุติธรรมที่สูงกว่าความยุติธรรมตามกฎหมาย เพราะอย่างน้อยธรรมชาติเป็นผู้สั่งและบังคับ<sup>๑</sup>

ส่วนความยุติธรรมตามกฎหมาย (Legal Justice) เป็นความยุติธรรมที่เกิดจากกฎหมายที่รัฐชาติปดัยสร้างขึ้น แม้กฎหมายของรัฐจะพยายามเดินตามแนวทางความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่ก็ไม่อาจเดินตามได้ทุกกรณี เพราะเหตุผลสำคัญที่รัฐต้องสร้างกฎหมายขึ้นก็เพื่อรักษาความสงบในชาติ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ บางกรณีรัฐต้องออกกฎหมายฝ่าความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่นในยามสงครามหรือในยามเกิดความจำเป็นในด้านเศรษฐกิจ รัฐต้องออกกฎหมายฝ่าความรู้สึกธรรมดา ฝ่าสามัญสำนึก หรือฝ่าธรรมชาติสามัญตน ลักษณะเช่นนี้ทำให้เห็นบ่อยครั้งในปัจจุบัน และจะยังมีอีกต่อไปเรื่อย ๆ <sup>๒</sup>

<sup>๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๗

<sup>๒</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๘

<sup>๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๘

เมื่อถือกันว่า ความยุติธรรมตามธรรมชาติสูงกว่าความยุติธรรมตามกฎหมาย เพราะมีความละเอียดอ่อนและลึกซึ้งกว่าเช่นนี้ ทำให้เกิดข้อสงสัยขึ้นมาว่า เหตุใดศาลหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมาย จึงไม่ใช้ความยุติธรรมตามธรรมชาติมาใช้ในการพิจารณา อรรถคดีแทนความยุติธรรมตามกฎหมาย เหตุผลอยู่ที่ความอึดของชาติซึ่งผู้ใช้หรือผู้รักษา กฎหมาย ต้องยอมรับความจำเป็นที่ต้องให้ชาติคงอยู่จึงมีความสำคัญเหนือสิ่งอื่นใด ทางปฏิบัติถือว่า ความยุติธรรมตามกฎหมายเท่านั้นที่จะคลี่คลายปัญหาต่าง ๆ ของส่วนรวมได้ ทั้งนี้เพราะความยุติธรรมตามกฎหมายสังคมมีส่วนสร้างให้เกิดขึ้น ดังโคเคยกกล่าวมาแล้วว่า กฎหมายบัญญัติขึ้นตามสภาพของสังคมและจิตใจของประชาชนเป็นที่รวมของศาสตร์ต่างๆ โดยสกัดเอาความคิดเห็นทั้งหลายเฉพาะในส่วนที่ถี่และเหมาะสม ขึ้นมาวางเป็นกฎเกณฑ์ ให้ประชาชนปฏิบัติตาม เพื่อความสงบเรียบร้อยและเพื่อความเป็นธรรมของสังคมปัจจุบัน สังคมได้เพิ่มไปด้วยความปั่นป่วน ตื่นเต้น หวาดกลัวและขวัญเสีย เนื่องจากภัยต่าง ๆ รัฐต้องหาทางให้ความยุติธรรมเกิดขึ้น จึงได้ออกกฎหมายและนโยบายกำหนดพฤติกรรมของคนในสังคมมาใช้บังคับ หากคนใดประพฤติชั่วชายนั่นก็จะใช้ความยุติธรรมตามกฎหมายบังคับ เพื่อไม่ให้ผิดตัวหรือเกิดการกวนแกล้ง เมื่อเหตุผลเป็นเช่นนี้ ความยุติธรรมก็ย่อมเกิดกับทุกฝ่าย ปล่อยให้ความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมตามธรรมชาติกลายเป็นเรื่องของอุกมคต<sup>๒</sup>

กฎหมายมิได้บัญญัติขึ้นเพื่อบังคับประชาชนในสังคมเท่านั้น แต่บัญญัติขึ้นเพื่อความยุติธรรม วางหลักเกณฑ์ของสังคมให้อยู่ในลักษณะพอดีมิให้มีการข่มเหงและคดโกงกัน จึงเห็นได้ว่า กฎหมายมุ่งไปสู่ความคิดในทางยุติธรรม (Idea of Justice) ความคิดในทางยุติธรรมนี้เองก่อให้เกิดการค้นหาเหตุผลของกฎหมายอย่างกว้างขวาง<sup>๓</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม บางครั้งผู้ใช้กฎหมายหรือศาลอาจพิจารณาพิพากษา หรือตัดสินคดีความโดยไม่ได้อาศัยตัวบทกฎหมาย แต่ใช้โมฆะหรือธรรมะหรือความรู้สึกนึกคิด ความรับผิดชอบของปวงชนธรรมามาตัดสิน โดยทำในฐานอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่พอใจของคุณความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ เว้นแต่คุณความทั้งสองฝ่ายยอมรับ

<sup>๑</sup> วิชา มหาคุณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔ - ๑๕

<sup>๒</sup> สมัย ณ หนองคาย, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖๐

<sup>๓</sup> วิชา มหาคุณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔



ฉะนั้น ในการใช้ดุลพินิจซึ่งผู้ใช้อำนาจจะยกมันในหลักที่ว่า "จะคงใช้ดุลพินิจโดยมีเหตุผลอันสมควร" นั้น เป็นหน้าที่ของศาล หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจดุลพินิจจะคงพิเคราะห์หา ความยุติธรรมอย่างไรเหมาะที่จะนำมาใช้กับกรณีใด และจะทำให้การปฏิบัติเป็นผลดีที่สุด ตลอดจนสามารถคลี่คลายปัญหาหรือยุติปัญหาได้อย่างจริงจัง ทั้งนี้ผู้ใช้อำนาจดุลพินิจจะคงยึดหลักนี้ด้วยคือ

"เมื่อใดไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยไซ้ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป"<sup>๑</sup>

เมื่อถือว่า กฎหมายคือกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับที่ตราขึ้นเพื่อบังคับใช้กับประชาชนในรัฐ ซึ่งโคตรำขึ้นภายในกรอบของเหตุผล หากปราศจากเหตุผลก็ย่อมถือว่าปราศจากกฎเกณฑ์ กฎหมายมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม มีใช้เพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ดังหลักที่วางไว้ว่า "ความเป็นธรรมย่อมชนะสิ่งอื่นทั้งปวง" แมว่ากฎหมายบางฉบับผู้ร่างจะมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้กับประชาชน แต่บัญญัติกฎหมายไม่จำกัดวินิจฉัยไปตามทางซึ่งกักขังเช่นนั้น ต้องวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สุขของมวลชนและเพื่อยังความยุติธรรมให้เกิดแก่บ้านเมือง ดังภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า "salus populi suprema lex" ซึ่งแปลว่า "ประโยชน์สุขของประชาชนคือกฎหมายสูงสุด"<sup>๒</sup> กฎหมายจึงยอมตกลงมาก่อนสิ่งอื่นใด นั้นหมายความว่า ผู้ใช้อำนาจดุลพินิจต้องยึดความยุติธรรมตามกฎหมายเป็นหลักไว้ในเบื้องต้น หากไม่มีกฎหมายที่จะยึดเป็นหลักความยุติธรรมได้ ตลอดจนจารีตประเพณีหรือกฎหมายที่ใกล้เคียงก็ไม่มีด้วยแล้ว เมื่อถึงตอนนั้นก็ยอมจำเป็นที่จะต้องยึดหลักกฎหมายทั่วไป หรือเรียกว่ายึดความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหลักในการวินิจฉัย

<sup>๑</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา ๔ วรรค ๒ และ ๓

<sup>๒</sup> วิชา มหาคุณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๗

<sup>๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๕ - ๕๖





หลักส่วนสี่เป็นหลักที่ประสงค์ความสงบเรียบร้อยของหมู่คณะ ในแง่ของกฎหมายหรือระเบียบของสังคม ถือว่า "ความผิด" เป็นปรากฏการณ์หนึ่งของสังคมหรือชุมชน สถิติคดีจะทรงตัวอยู่เสมอ เปลี่ยนแปลงไปก็ไม่มากนัก นายจิตติ คิงศัททีย กล่าววว่า หลักส่วนสี่เป็นหลักที่สอดคล้องกับสภาพปกติของมนุษย์ สภาพปกติของมนุษย์ประกอบด้วยสัญชาตญาณ ๓ ประการ คือ

- ๑. สัญชาตญาณแห่งการรักษาตัว
- ๒. ความปรารถนาในการสืบพันธุ์
- ๓. สัญชาตญาณแห่งการอยู่รวมกันเป็นหมู่เป็นเหล่า

หลักส่วนสี่จะเห็นได้ชัดในหลักการแก้แค้น (lex talionis) ที่เรียกว่า "ตาต่อตา, ฟันต่อฟัน" (an eye for an eye, a tooth for a tooth) ซึ่งมีมาตั้งแต่เริ่มสังคมมนุษย์ การปฏิบัติต่อบุคคลที่ผิดมีลักษณะเป็นการแก้แค้นส่วนตัวเมื่อชุมชนเริ่มเป็นระเบียบขึ้น การลงโทษบุคคลที่ผิดจึงกระทำโดยมีส่วนสี่กับความผิดที่ใดกระทำไป

นายจิตติ คิงศัททีย ได้อธิบายว่า Beccaria ได้ให้หลักเรื่องความแน่นอนในการลงโทษตามส่วนสี่ว่า<sup>๒</sup>

- ๑. ผู้ใดทำผิด ต้องเอาผู้นั้นมาลงโทษ
- ๒. การลงโทษทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันสังคมให้มั่นคงอยู่ ทั้งนี้ให้สัดส่วนสี่กับความผิดที่ใดกระทำลงนั้น

หลักส่วนสี่ หรือที่เรียกว่า Principle of proportionality กล่าวง่าย ๆ ก็คือ การพิจารณาการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ อย่างไรก็ตามเรียกว่าสมควรแก่เหตุ กฎหมายไม่ควรมีบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง จึงเป็นกรณีที่ต้องวินิจฉัยโดยเปรียบเทียบตามระดับของบุคคลทั่วไปที่อยู่ในฐานะเดียวกับผู้นั้นจะพึงกระทำโดยสมควรเพียงใด แต่อย่างไรก็ตาม ต้องคำนึงถึงความฉุกเฉินซึ่งทำให้บุคคลต้องตัดสินใจโดยฉับพลัน บุคคลในภาวะ

---

<sup>๑</sup> จิตติ คิงศัททีย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๑ ตอนที่ ๑, กรุงเทพฯ : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๑๐, หน้า ๕ - ๗

<sup>๒</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕ อ้างถึง Bouzat, no. 30 pp. 40-41

เช่นนั้น อาจมองเห็นภัยร้ายแรงเกินความเป็นจริง หรือตัดสินใจกระทำเกินเลยไปบ้าง การวินิจฉัยหลักข้อนี้จึงต้องคำนึงถึงหลักความยากในการที่จะยับยั้งซึ่งใจ ทำแต่พอดีในภาวะ  
 ขณะนั้นเช่นนี้ด้วย เหตุผลหลายที่จนคนร้ายยอมลงจึงหยุดฟันหรือไม่มีเวลาหาอาวุธอื่นจึงใช้  
 มีดที่มีอยู่แทงสวนไป เป็นคน เหล่านี้ถือว่า "พอสมควรแก่เหตุ" คำว่า "พอสมควรแก่เหตุ"  
 จึงเป็นการ เปรียบเทียบกันนั้นกับผลของการที่ผู้รับภัยได้กระทำไป จะต้องได้ "ส่วนสัก" กัน  
 เช่น ใช้ตะตุ่มทุบตีไม่ร้ายแรงกว่าภัยที่เกิดขึ้นจากคาน"

อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักส่วนสักนี้แม้ว่าเป็นหลักที่จะให้เกิดการ  
 ประองคองกันให้หลักหนึ่งก็จริง แต่ในทางปฏิบัติหากยึดหลักส่วนสักโดยเคร่งครัดเกินไป  
 อาจชักชวนคนสัมพันธ์กันขึ้นได้แทนที่จะหันหน้ามาประองคองกัน เพราะการประองคองมุงการ  
 ยกประโยชน์ไม่เอาเรื่องกันจึงที่เรียกว่า อโหสิกรรมเป็นวัตถุประสงค์หลัก ใช้หลักการ  
 ตามหลักส่วนสักเป็นวัตถุประสงค์รอง

ฉะนั้น ในการใช้คู่ พิณจึงเพื่อให้เขาสู่เป้าประสงค์ที่ว่า "จะต้องใช้คู่-  
 พิณจึงโดยมีเหตุผลอันสมควร" ผู้ใช้จะต้องคำนึงถึงหลักการสมานไมตรี และหลักส่วนสัก  
 ด้วย บางครั้งสามารถนำเอาหลักการสมานไมตรี กล่าวคือหยิบยกหลักคำสอนทางศาสนา  
 มาชี้แจงให้คู่กรณีเข้าใจในความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ต่อเพื่อนมนุษย์ มาใช้เพียงหลักเดียวก็  
 เป็นการเพียงพอ แต่ในบางครั้งผู้ใช้อาจต้องหยิบยกเอาทั้งหลักการสมานไมตรีและหลัก  
 ส่วนสักมาใช้ควบคู่กันไปด้วย ตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เพื่อให้กรณีปัญหายุติลงได้ ทั้งนี้  
 ภายในขอบเขตแห่งเหตุผลที่สมควร

---

๖ จิตติ หิงศรัทธี, ถ้าอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๑ ตอน ๒,  
 กรุงเทพฯ : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๑๘, หน้า ๒๐๐ - ๒๐๑