

บทที่ ๘

ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง และเป็นประเด็นที่มีปัญหาว่าฝ่ายตุลาการเข้าตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้หรือไม่ วิธีการที่กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองมี ๒ แบบ แบบหนึ่งเรียกว่าอำนาจผูกพัน อีกแบบหนึ่งเรียกว่าอำนาจดุลพินิจ

(๑) **อำนาจผูกพัน (mandatory power)** เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบลงมาแล้ว ฝ่ายปกครองจะถูกผูกพันจะต้องปฏิบัติตามนั้นโดยเคร่งครัดเด็ดขาด ไม่มีโอกาส ไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจที่จะไปเลือกทำอย่างอื่นได้ ต้องทำตามที่กฎหมายเขียนไว้เท่านั้น เคยมีคดีมากมายที่ศาลฎีกาตัดสินเรื่องอำนาจผูกพัน คดีจดทะเบียนสมรสของคนญวนอพยพ สมัยก่อนเรากลัวคอมมิวนิสต์พยายามสกัดกั้นป้องกันไม่ให้มีโอกาสแทรกซึมได้ ทำให้กระทรวงมหาดไทยออกหนังสือเวียนว่า ห้ามนายทะเบียนท้องถิ่นจดทะเบียนสมรสให้กับคนญวนที่จะแต่งงานกับคนไทย มีคดีขึ้นศาลหลายคดี ศาลฎีกาตัดสินว่าเงื่อนไขของการสมรสอยู่ใน ป.พ.พ. บรรพ ๕ หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทยไม่ใช่เงื่อนไขในกฎหมายไม่ก่อให้เกิดอำนาจที่จะปฏิเสธการจดทะเบียนสมรส นายทะเบียนท้องถิ่นต้องจดทะเบียนสมรสให้ นี่คือนำอำนาจผูกพัน ไม่ใช่อำนาจดุลพินิจ

(๒) **อำนาจดุลพินิจ** เป็นเรื่องตรงข้ามกับอำนาจผูกพันคือ กฎหมายมอบอำนาจให้กับฝ่ายปกครองเลือกที่จะดำเนินการได้ อาจจะเลือกดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ หรือเลือกดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดในหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายระบุก็ได้ ทำนองเดียวกับกฎหมายอาญามีระวางโทษขั้นสูงขั้นต่ำ ทั้งนี้เพราะกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงมากมายที่จะต้องนำมาปรับเข้ากับกฎหมายแล้วสั่งการออกไปจากข้อเท็จจริงที่มากมายทำให้ไม่สามารถที่จะสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เหมือนกันทั้งหมดได้ ต้องให้โอกาสฝ่ายปกครองตัดสินใจที่จะปรับข้อกฎหมายต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงให้มีความยืดหยุ่นเกิดขึ้น วิธีการเขียนกฎหมายที่ให้เป็นอำนาจดุลพินิจจะมีข้อความที่เห็นได้ว่าเลือกปฏิบัติได้ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๑ ว่า ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติที่ดี ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีก็ดี ดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ก็ดี พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่อใบอนุญาตหรือสั่งพักใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ คือมอบอำนาจให้เลือกตัดสินใจได้ ๓ อย่าง จะเอาอย่างไรก็ได้

ความหมายของดุลพินิจ มีคำอธิบายทางตำราของหลาย ๆ ประเทศ

อังกฤษ ดุลพินิจหมายถึงอำนาจที่เลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียวย่อมไม่ใช่ดุลพินิจ แต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่

สหรัฐอเมริกา เพิ่มเติมว่า เจ้าพนักงานของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระ ในระหว่างทางเลือกกระทำการที่เป็นไปได้หลายทาง หรือเลือกที่จะไม่กระทำการ คือเพิ่มเติมขึ้นมาว่าเลือกไม่กระทำก็ได้ถือว่าเป็นดุลพินิจเหมือนกัน

ฝรั่งเศส ขยายความขึ้นมาอีก เพราะกฎหมายทางภาคพื้นยุโรปกำหนดกติกาในสารบัญญัติเพื่อความถูกต้องในทางเนื้อหามากกว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ ตำราฝรั่งเศสว่า อำนาจดุลพินิจคือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย ส่วนที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือเพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย แสดงว่าดุลพินิจเริ่มมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดขึ้นตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศส สิ่งที่กำลังบอกว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ไม่ใช่ไว้ในบรรดาทางเลือกจะเลือกทางไหนถูกหมด สิ่งที่กำลังหรือเป็นทางเสียให้ดุลพินิจคือเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย เพราะฉะนั้นดุลพินิจไม่ใช่อะไรก็ได้ แต่ต้องใช้ให้ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งต่อไปจะพบว่าเกิดหลักกฎหมายว่าการใช้ดุลพินิจที่ขัดแย้งเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายฝรั่งเศสอธิบายต่อไปว่า อีกนัยหนึ่งดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นสมควรออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยเนื้อความอย่างไร ซึ่งคำว่าสมควรหรือไม่สมควรออกคำสั่งอย่างไร ถูกตีกรอบด้วยคำว่าเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย

เยอรมัน อธิบายว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองย่อมหมายถึงการที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้ผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเองภายในขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แสดงว่าตำราของเยอรมันนอกจากรับรองเรื่องขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายกฎหมายแล้ว ยังเพิ่มเติมหลักขึ้นมาอีกอันหนึ่งว่า ดุลพินิจนั้นต้องผูกพันอยู่กับบรรทัดฐานที่องค์กรนั้นได้วางไว้ด้วย ลักษณะของความยุติธรรมมีอยู่ว่า ความยุติธรรมต้องมีความสม่ำเสมอด้วย ไม่ใช่ความยุติธรรมของวันนี้ อย่างหนึ่งแล้วพรุ่งนี้อีกอย่างหนึ่ง ฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันแนวบรรทัดฐานที่ตัวเองเคยวินิจฉัยไว้ แต่ถ้าหากเปลี่ยนแปลงไปจากแนวบรรทัดฐาน ก็จำเป็นที่จะต้องอธิบายให้ได้ด้วยหลักเหตุผล

สรุปว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจเมื่อกฎหมายให้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาทางเลือกที่ล้วนชอบด้วยกฎหมาย หากมีทางเลือกบางประการที่ไม่ชอบกฎหมายตรงนั้นไม่ใช่เป็นดุลพินิจ

ตำแหน่งของดุลพินิจ

เพื่อที่จะทราบตำแหน่งของดุลพินิจต้องทำความเข้าใจเรื่องโครงสร้างของตัวบทกฎหมาย และขั้นตอนของกระบวนการใช้กฎหมาย

โครงสร้างของตัวบทกฎหมาย มีสองส่วนคือ (๑) ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (๒) องค์ประกอบส่วนผล

(๑) **ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ** เขียนข้อเท็จจริงที่เป็นตัวอย่างว่า ถ้ามีเหตุการณ์หรือการกระทำใด ๆ เข้าข้อเท็จจริงนี้เรียกว่าสามารถปรับบทมาตรานี้ได้ ซึ่งลักษณะของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุจะมีความหมายครอบคลุมกว้างขวางเพื่อให้ตัวบทมาตรานั้นนำไปใช้กับข้อเท็จจริงที่

เกิดขึ้นจริงได้หลาย ๆ เรื่องการเรียนกฎหมายในสถาบันการศึกษาก็เรียนเน้นหนักเรื่องนี้เป็นการสอนแยกแยะองค์ประกอบคือ องค์ประกอบส่วนเหตุนั่นเอง

(๒) องค์ประกอบส่วนผล เราไม่ค่อยได้สนใจศึกษา ตัวอย่างในกฎหมายอาญาคือฐานความผิดและบทกำหนดโทษ ในกฎหมายปกครองก็เช่นเดียวกัน มีองค์ประกอบส่วนเหตุและส่วนผลทุกตัวบทมาตรา ตัวอย่างพระราชบัญญัติสถานบริการที่ว่าถ้าผู้ได้รับใบอนุญาตสถานบริการแล้วไปประกอบกิจการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี นี่คือน้องประกอบส่วนเหตุ องค์ประกอบส่วนผลคือจะต้องถูกเพิกถอนใบอนุญาต ไม่ต่อใบอนุญาต พักใบอนุญาต

การศึกษาเรื่องดุลพินิจจำเป็นต้องแยกแยะออกมาให้ชัดเจนเพื่อทราบว่าคุณพินิจอยู่ในส่วนใด

กระบวนการใช้กฎหมาย ขั้นตอนในการใช้กฎหมายมี ๓ ขั้นตอน คือ (๑) การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง (๒) การปรับบทกฎหมาย (๓) การตัดสินใจ เรามักจะเรียนในส่วนที่สองคือการปรับบทกฎหมาย แต่ไม่ได้เรียนในส่วนที่หนึ่งกับส่วนที่สามมากนัก วิธีเรียนกฎหมายเราแยกแยะองค์ประกอบส่วนเหตุของตัวบทแล้วมีปัญหาตุ๊กตาซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเอามาปรับบทกฎหมายว่าเข้ากับกฎหมายข้อใดบทใด เป็นเรื่องการปรับบทกฎหมายเป็นสำคัญ

(๑) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง เป็นการใช้กฎหมายในภาคปฏิบัติ การทำงานเกี่ยวข้องกับกฎหมายจำเป็นต้องมีการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงเสมอ การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงคือ การตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าอะไรคือความจริงที่เกิดขึ้น การตรวจสอบนี้ในระบบวิธีพิจารณาสมัยปัจจุบันใช้พยานหลักฐานพิสูจน์ว่าอะไรคือความจริงที่เกิดขึ้น สมัยโบราณอาจจะพิสูจน์ต่อพระเจ้า เช่น การลุยไฟ แต่ปัจจุบันพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐาน กฎหมายลักษณะพยาน นั่นคือข้อกฎหมายของพยาน ไม่ใช่ข้อเท็จจริง เช่น พยานบุคคลถ้าเป็นพยานบอกเล่าจะรับฟัง ลงโทษจำเลยไม่ได้ พยานเอกสารต้องเป็นต้นฉบับหรือฉบับนี้ก็คือข้อกฎหมายของกฎหมายลักษณะพยาน ไม่ใช่ข้อเท็จจริง กฎหมายลักษณะพยานคือขั้นตอนการกลั่นกรองพยานว่ามีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงไร เช่น พยานบุคคลต้องเผชิญหน้ากับอีกฝ่ายหนึ่งในคดีอาญา คนที่จะรู้ว่าอะไรเกิดขึ้นจริงก็คือจำเลยนั่นเอง จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยคนที่รู้ว่าจำเลยทำผิดหรือไม่ผิดก็คือตัวจำเลย เพราะฉะนั้นต้องเอาพยานมาเผชิญหน้ากับจำเลย เพราะจะเป็นคนที่จะรู้ว่าพยานโกหกหรือไม่ หรือพยานเข้าใจผิดอย่างไร นั่นคือข้อกฎหมายของกฎหมายลักษณะพยาน ส่วนการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงคือนำเอาพยานหลักฐานที่ผ่านกระบวนการกลั่นกรองแล้วผ่านข้อกฎหมายในกฎหมายลักษณะพยานแล้วมาขึ้นตาชั่ง ผู้วินิจฉัยต้องใช้วิจารณญาณพิเคราะห์ลงไปพยานแต่ละชั้นว่ามีความน่าเชื่อถืออย่างไร อธิบายโดยหลักเหตุผลและเหตุผลนั้นต้องเป็นเหตุผลธรรมดาที่น่าหนักของพยานอยู่ที่เนื้อหาข้อเท็จจริงที่พยานนำมาแสดงอย่างหนึ่งและความน่าเชื่อถือของพยานอีกอย่างหนึ่ง เรามักจะใช้คำว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในพยานหลักฐาน แต่ถ้าพยานหลักฐานระบุอย่างหนึ่งผู้วินิจฉัยจะวินิจฉัยว่าความจริงเกิดขึ้นอีกอย่างหนึ่งไม่ได้ เพราะฉะนั้นการพิเคราะห์พยานหลักฐาน ไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง การที่เรียกกันว่าใช้ดุลพินิจจึงเป็นการนำคำว่าดุลพินิจไปใช้ไม่ถูกที่ ควรจะใช้คำว่าวินิจฉัย การวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นการวินิจฉัยไปตามพยานหลักฐานเท่านั้น ไม่สามารถเลือกวินิจฉัยได้ตามอำเภอใจ ปัญหาข้อเท็จจริงเมื่อวินิจฉัยแล้วคดีก็จะขึ้น

ศาลสูงแสดงว่ามีผู้ตรวจสอบความถูกต้อง เพราะฉะนั้นปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไม่ใช่ดุลพินิจ ดุลพินิจไม่ได้อยู่ในขั้นตอนการใช้กฎหมายขั้นนี้

(๒) **การปรับบทกฎหมาย** คือขั้นตอนที่นำข้อเท็จจริงที่วินิจฉัยแล้วในขั้นตอนแรก มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในตัวบทกฎหมายว่าเข้ากันได้หรือไม่ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเขียนในลักษณะกว้างอาจจะต้องตีความอธิบายโดยนักวิชาการ โดยคำพิพากษาศาลฎีกา หรือโดยคำพิพากษาศาลชั้นต้น การปรับบทกฎหมายมีลำดับคือ (๑) มีการตีความตัวบทกฎหมายว่ามีความหมายกว้าง ความหมายแคบ ครอบคลุมอย่างไร (๒) มีการแยกแยะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าอะไรเป็นข้อเท็จจริงหลัก อะไรเป็นข้อเท็จจริงย่อย อะไรเป็นเรื่องสำคัญ อะไรเป็นเรื่องปลื้กย่อย เราจะพิจารณาเรื่องสำคัญ ส่วนเรื่องปลื้กย่อยถ้าจะผิด ๆ เพี้ยน ๆ ไปบ้างก็จะมองข้ามไป (๓) นำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบตามตัวบทมาเปรียบเทียบกับใส่กันว่าเข้ากันได้กับบทมาตราใด การปรับบทกฎหมายต้องมีการตีความ ไม่ว่าจะเป็นการตีความตามตัวอักษร ไม่จะเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ ตัวบทกฎหมายมีความหมายหนึ่งซึ่งผู้ใช้กฎหมายไม่มีอำนาจที่จะไปบอกว่ามีความหมายอีกอย่างหนึ่ง ลักษณะของการใช้กฎหมายในขั้นตอนปรับบทกฎหมายจึงไม่ใช่ดุลพินิจ เป็นข้อกฎหมายซึ่งมีความหมายที่แน่นอน ผู้ใช้กฎหมายไม่มีอำนาจอิสระที่จะคิดว่าเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ได้

แต่มีถ้อยคำในกฎหมายบางประเภทซึ่งมีความหมายคลุมเครือ ภาษาอังกฤษเรียกว่า indefinite concept คือความหมายที่ไม่มีขอบเขต วิทยุชนอาจมีความเข้าใจต่อถ้อยคำนั้นแตกต่างกันไปได้ และถ้อยคำพวกนี้ไม่มีคำจำกัดความเขียนไว้ในกฎหมาย เช่น คำว่าอาคารหรือโรงเรียนอยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรม เจ้าของบ้านไม่มีใครบอกว่าบ้านของตนทรุดโทรมน่ารังเกียจ สิ่งตีพิมพ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อจิตใจของเยาวชน สมัยก่อนห้ามแต่เรื่องโป๊ rate X แต่ปัจจุบันห้ามเรื่องบูล้างผลาญ rate r ด้วย กระทำการอันเสื่อมเสียต่อเกียรติศักดิ์ของวิชาชีพ หรือการกระทำอันไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริตนี้เป็นความหมายที่แล้วแต่ใครจะคิด ถ้อยคำพวกนี้มีการเถียงกันสู้กันระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายศาล ฝ่ายปกครองอ้างว่าในเมื่อกฎหมายเขียนถ้อยคำที่มีความหมายคลุมเครือเท่ากับให้อำนาจฝ่ายปกครองตีความวินิจฉัยได้เองว่าถ้อยคำพวกนี้มีความหมายอย่างไร ซึ่งเท่ากับบอกว่าในเมื่อกฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองวินิจฉัยตัวบทได้เองแสดงว่าสิ่งที่เขาวินิจฉัยย่อมชอบด้วยกฎหมายคือเถียงว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจว่าอะไรคือความหมายที่แท้จริง เช่นอย่างไรคือ อาคารที่มีสภาพรุกรัง หรือต้นไม้ที่เหี่ยวเฉามีสภาพรุกรัง บ้านบางแห่งเขาปลูกต้นไม้ให้ดูเหมือนป่า เจ้าของบ้านบอกว่าสวยดีไม่รุกรัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อย คำที่แสดงบอกถึงความคิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลหรือสิ่งของ เช่น ดี ไม่ดี สวย ไม่สวย ฝ่ายปกครองอ้างว่าเป็นเครื่องแสดงโดยปริยายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ มีเสรีภาพในการเลือกความเห็นใดความเห็นหนึ่งในบรรดาความเห็นที่ชอบด้วยกฎหมายหลาย ๆ ความเห็นและเมื่อฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยไปแล้วศาลควรเคารพ แต่อีกฝ่ายหนึ่งว่าไม่ว่ากฎหมายจะใช้ถ้อยคำที่พรรณนาข้อเท็จจริง โดยมีความหมายแน่นอนชัดเจนหรือไม่มีความหมายแน่นอนชัดเจนก็ตามแต่ความหมายที่ถูกต้องนั้นมอันเดียว ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องใช้พิจารณาญาณแสวงหาคำตอบที่ถูกต้อง แสดงว่ามีความถูกต้องอยู่แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีหน้าที่แสวงหาคำตอบก็ต้องหาให้ถูก ถ้าไปแสวงหาคำตอบแล้วหาผิดพลาดย่อมวินิจฉัยได้ว่าอะไรคือคำตอบที่ถูกต้อง อะไรคือ

ความหมายที่ถูกต้อง เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลลงไปตรวจสอบได้ว่าฝ่ายปกครองให้ความหมายถูกต้องหรือไม่ ความเห็นทั้งสองฝ่ายขัดแย้งกันอยู่ ความเห็นใดจะเป็นความเห็นสุดท้าย ในที่สุดแล้วคดีถูกฟ้องมาศาล ศาลเป็นผู้วินิจฉัยซึ่งศาลต้องวินิจฉัยในทำนองที่ว่าศาลมีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองตีความถ้อยคำนี้ถูกต้องหรือไม่

กฎหมายเกือบทุกฉบับมีการเขียนถ้อยคำอย่างนี้อยู่ด้วย เช่น พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองมาตรา ๘ เจ้าของอาคารหรือที่ดิน ปล่อยให้พลละเลยให้ดินไม่มีสภาพเหี่ยวแห้งกรูกร้าง พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๒๖ อาหารที่ไม่บริสุทธิ์ให้หมายถึงอาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพเจือปนอยู่ อย่างไรก็ตามอันตรายต่อสุขภาพต้องอธิบายโดยความเชี่ยวชาญเฉพาะอาหารที่เก็บไว้ไม่ถูกสุขลักษณะ ภาชนะที่บรรจุประกอบด้วยวัตถุที่น่าจะเป็นอันตราย พระราชบัญญัติทนายความ มาตรา ๓๕ (๔) คุณสมบัติของผู้จดทะเบียนเป็นทนายความต้องไม่มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดีและไม่เป็นผู้กระทำการซึ่งแสดงว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต ถ้อยคำพวกนี้ วิทยุชนมีความเห็นแตกต่างกันได้ ใครคือวิทยุชน วิทยุชนคือคนธรรมดาที่มีวิจารณ์ญาณใช้เหตุผลในการคิดในการให้ความเห็น ไม่ได้ใช้อารมณ์ วิทยุชนไม่จำเป็นจะต้องมีความรู้สูง แต่เวลาคิดต้องคิดตามหลักเหตุผล นั่นเป็นความหมายตามตำรา แต่ความหมายทางปฏิบัติจริง ๆ ในการใช้กฎหมายวิทยุชนคือศาล ศาลคือตัวแทนของวิทยุชนที่จะบอกว่าคนธรรมดา ๆ ที่คิดโดยใช้หลักเหตุผลอธิบาย เขาคิดอย่างไร เพราะฉะนั้นถึงแม้ว่าวิทยุชนจะให้ความเห็นแตกต่างกันแต่ในที่สุดแล้ว ตัวแทนวิทยุชนจะเป็นผู้ตัดสิน ศาลเป็นผู้ให้ความเห็นสุดท้ายและมีความเห็นของศาลเท่านั้นที่มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

ศาลปกครองเยอรมันว่า การตีความก็ดี การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายก็ดี ศาลควบคุมตรวจสอบได้ทั้งนั้น เพราะศาลคือตัวแทนวิทยุชน เหตุผลทางทฤษฎีของเยอรมันว่าเพื่อให้ประชาชนได้รับประกันสิทธิทางศาลอย่างบริบูรณ์คือสิทธิที่จะโต้แย้งว่า ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายไม่ถูกต้อง ศาลเยอรมันจึงตรวจสอบทบทวนถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติมาไว้อย่างไม่เจาะจง แต่มีข้อยกเว้นบางประการ

(ก) การตรวจสอบข้อสอบและประเมินผลสอบ ศาลตรวจสอบได้เพียงว่าให้คะแนนโดยที่มีความเกลียดชังกันเป็นส่วนตัวหรือไม่ ให้คะแนนกันโดยทุจริตหรือไม่ แต่ส่วนการประเมินให้คะแนน ศาลไปตรวจสอบไม่ได้ เช่น ข้อสอบเข้าโรงเรียนสาธิตเกษตร ฯ มีหลักวิชาการ ดีความคำตอบในเชิงจิตวิทยาด้วย ไม่ใช่คะแนนถูกคะแนนผิดเท่านั้น เคยมีคนนักศึกษาปริญญาโทคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ฟ้องกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ๕ คน ผู้อำนวยการปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ ตัวคณะนิติศาสตร์ อธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และตัวมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เป็นจำเลยว่าวิทยานิพนธ์ของเขาสมควรผ่าน แต่กรรมการประเมินผิด ศาลแพ่งรับฟ้องแล้วยกฟ้องทันที ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาพิพากษายืนด้วยเหตุว่าเรื่องการตรวจสอบเป็นความเห็นของการประเมินผลในเชิงวิชาการ มีเงื่อนไขหลายอย่างเข้ามาเป็นองค์ประกอบ ศาลไม่สามารถที่จะเข้าไปตรวจสอบได้

(ข) การประเมินผลงานของข้าราชการโดยผู้บังคับบัญชา ศาลปกครองเยอรมันไม่เข้าไปตรวจสอบ เพราะผู้บังคับบัญชาไม่ได้ดูแต่ผลงานอย่างเดียว แต่ดูอย่างอื่นด้วย เช่น บุคลิกภาพ แต่ถ้าผู้บังคับบัญชาไปปรับสินบนของอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างนี้ตรวจสอบได้ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(ค) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระที่ประกอบด้วยผู้แทนกลุ่มต่าง ๆ ที่มีความรู้และประสบการณ์หลายด้าน เช่น คณะกรรมการสิ่งแวดล้อม อาจมีผู้เชี่ยวชาญทางด้านป่าไม้ ด้านมลพิษ ด้านเสียงแสง มารวมกันวินิจฉัยว่าสภาพย่านนี้มีมลพิษสูงจะเกิดอันตรายแก่ประชาชนจึงสั่งห้ามไม่ให้รถเข้าไปในบริเวณนั้น ลักษณะการทำงานของกรรมการอิสระพวกนี้ อาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะ ศาเลเยอรมันไม่เข้าไปตรวจสอบ แต่ปัญหาของบ้านเราอาจจะไม่เหมือนกับของเยอรมันเพราะคณะกรรมการต่าง ๆ ส่วนใหญ่ประกอบด้วยข้าราชการประจำ ผู้เชี่ยวชาญก็เป็นผู้เชี่ยวชาญมาจากฝ่ายข้าราชการประจำ ความอิสระอาจจะน้อย

(๓) **การตัดสินใจ** คือการใช้กฎหมายในส่วนองค์ประกอบส่วนผล เมื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริง นำข้อเท็จจริงมาปรับบทกฎหมายแล้วต้องพิจารณาว่าผลของกฎหมายเป็นอย่างไร ซึ่งผู้ใช้กฎหมายจะต้องดำเนินการให้เป็นผลตามที่กฎหมายเขียนเอาไว้ วิธีการเขียนกฎหมายในส่วนผลมีสองอย่างคือเป็นอำนาจผูกพันหรือเป็นอำนาจดุลพินิจ ถ้าเป็นอำนาจผูกพันก็ต้องทำตามนั้น ถ้าเป็นอำนาจดุลพินิจก็มีอำนาจที่จะเลือกได้มีอยู่สองประเภทคือเลือกที่จะใช้อำนาจหรือไม่ ถ้าเลือกที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายก็ต้องตัดสินใจต่อไปว่าจะใช้อย่างไร

(๓.๑) ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ กฎหมายมักเขียนว่ามีอำนาจ มีสิทธิ อาจจะก็ได้ ควรจะ หรือสามารถ เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน มาตรา ๔๐ เมื่อผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานฝ่าฝืนไม่ทำตามพระราชบัญญัตินี้ปลัดกระทรวงมีอำนาจสั่งพักใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน โดยมีกำหนดระยะเวลาตามที่เห็นสมควร แสดงว่าจะสั่งพักใบอนุญาตหรือไม่ก็ได้ เพราะการฝ่าฝืนต่อกฎหมายมีผลกระทบมากบ้างน้อยบ้าง และถ้าสั่งพักใบอนุญาตไปอาจทำให้โรงงานขาดทุนจนต้องปิดกิจการ อย่างนี้เป็นดุลพินิจของปลัดกระทรวงอุตสาหกรรม พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ว่าถ้าปรากฏสัตว์ไม่มีเจ้าของป่วยหรือตาย พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจกักสัตว์หรือซากสัตว์นั้นไว้ ใช้คำว่ามีอำนาจเหมือนกัน พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ มาตรา ๘ เมื่อมีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่ดินที่จะเวนคืนแล้วเจ้าหน้าที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อตรวจสอบได้ ใช้คำว่ามีสิทธิเข้าไป แต่อาจจะไม่เข้าก็ได้ พระราชบัญญัติโรงแรม มาตรา ๒๓ นายทะเบียนอาจปฏิเสธใบอนุญาตได้ถ้าเจ้าสำนักโรงแรมหรือบุคคลในสำนักป่วยเป็นโรคหรือเป็นพาหะโรคใด ๆ ซึ่งอาจติดต่อไปยังผู้อื่น เป็นต้น

ถ้ากฎหมายไม่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจมักจะใช้ถ้อยคำว่า ต้อง หรือ ให้ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว มาตรา ๘ เมื่อรับจดทะเบียนแล้ว นายทะเบียนต้องออกใบสำคัญแสดงการจดทะเบียน พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร มาตรา ๒๕ การก่อสร้าง ดัดแปลงหรือถอนเคลื่อนย้ายอาคาร ถ้าไม่มีวิศวกรกับสถาปนิกที่ได้รับใบอนุญาตรับรองแบบมาแล้วให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอ

(๓.๒) ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำการ หมายความว่าเมื่อได้ตัดสินใจที่จะใช้อำนาจแล้วยังสามารถเลือกกระทำได้เพราะกฎหมายเขียนมาให้เลือกหลาย ๆ อย่างก็เลือกอย่างหนึ่งในหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายกำหนดนั้น เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายพลเรือน มาตรา ๑๐๓ ข้าราชการพลเรือนกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดขั้นเงินเดือนตามควรแก่กรณี มาตรา ๑๐๔ ข้าราชการพลเรือนกระทำผิดวินัยร้ายแรง ผู้บังคับบัญชาสั่งปลดออก ไล่ออก พระราชบัญญัติสถานบริการ ถ้ามีการประกอบกิจการโดยฝ่าฝืนหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีเจ้าพนักงานมีอำนาจไม่ต่อใบอนุญาต สั่งพักใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๙๙๒/๒๕๒๓ จำเลยก่อสร้างต่อเติมอาคารโดยฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติควบคุมอาคารและฝ่าฝืนข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่องการควบคุมการก่อสร้างอาคาร การกระทำของจำเลยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ โจทก์มีอำนาจสั่งซื้อได้ มิใช่มีอำนาจเพียงให้จำเลยยื่นคำขอใบอนุญาตให้ถูกต้องเท่านั้น อำนาจสั่งซื้ออยู่ในมาตรา ๔๒ อำนาจที่ให้ยื่นคำขอใหม่มาให้ถูกต้องอยู่ในมาตรา ๔๓ เพราะฉะนั้นวิธีการเขียนกฎหมายให้ฝ่ายปกครองเลือกกระทำอาจจะได้อยู่ในมาตราเดียวกันก็ได้

(๓.๓) ศาลพิจารณาลើกรกระทำโดยกฎหมายให้กรอบเป็นขอบเขตกว้าง ๆ ว่า ในขอบเขตกว้าง ๆ นี้กระทำได้ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน มาตรา ๓๒ ในกรณีที่มีสาธารณภัยทางอากาศหรือการก่อวินาศกรรมเกิดขึ้นหรือใกล้จะเกิดขึ้น ผู้อำนวยการป้องกันภัยฝ่ายพลเรือนมีอำนาจตามความจำเป็นกรอบหรือขอบเขตคือความจำเป็นที่จะสั่งการให้ทำ (๑) สั่งให้บุคคลมาช่วยป้องกันหรือบรรเทาอันตราย (๒) สั่งใช้วัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ของทางราชการและเอกสาร (๓) สั่งใช้เครื่องมือสื่อสารทุกชนิดทุกระบบ (๔) สั่งอพยพราษฎร (๕) สั่งห้ามเข้าบริเวณ (๖) ควบคุมการสังเคราะห์ กฎหมายไม่สามารถเจาะจงได้ ก็ได้แต่ตีกรอบให้เท่านั้น

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๕๑ บัญญัติดังนี้

“มาตรา ๑๘ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันปราบปราม ระวังยับยั้ง และแก้ไข หรือบรรเทาเหตุการณ์ภายในพื้นที่ตามมาตรา ๑๕ ให้ผู้อำนวยการโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนด ดังต่อไปนี้

- (๑) ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติการหรือดเว้นการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใด
 - (๒) ห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น
 - (๓) ห้ามออกนอกเคสสถานในเวลาที่กำหนด
 - (๔) ห้ามนำอาวุธออกนอกเคสสถาน
 - (๕) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใชยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใชยานพาหนะ
 - (๖) ให้บุคคลปฏิบัติหรือดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน
- ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยก็ได้ ทั้งนี้ การกำหนดดังกล่าวต้องไม่ก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ”

การตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาล

ฝ่ายปกครองต้องการกฎหมาย แม้ดุลพินิจก็ต้องเป็นดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาว่าดุลพินิจย่อมต้องชอบด้วยกฎหมายคือไม่เป็นดุลพินิจโดยทุจริต ดังนั้นดุลพินิจทั้งสิ้นของ

ฝ่ายปกครองย่อมถูกตรวจสอบควบคุมได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติขัดแย้งว่าไม่ให้ตรวจสอบ การควบคุมดุลพินิจอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอีกหลายอย่าง แต่ที่เห็นชัดคือดุลพินิจที่ทุจริตในกฎหมายไทยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔๖-๖๔๗/๒๕๑๐ โดย ศ.จิตติ ติงศภัทัย มีปัญหาตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๐๓ อาคารของโจทก์เป็นอาคารไม้ปลูกสร้างมา ๑๕ ปีแล้ว สร้างอยู่ปะปนกับอาคารอื่นซึ่งล้วนเป็นตึกสองชั้นในถนนเดียวกัน ปัญหาคือพระราชบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่จะออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองรถยนต์อาคารได้ ถ้าอยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมหรืออยู่ในสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจและไม่อาจแก้ไขได้ คดีนี้เจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นว่าอาคารของโจทก์อยู่ในสภาพน่ารังเกียจก็สั่งให้รื้อ โจทก์มาฟ้องศาล ปัญหาแรกศาลมีอำนาจวินิจฉัยหรือไม่ ศ.จิตติ เขียนว่าแม้ว่ากฎหมายจะเขียนว่าคำวินิจฉัยเป็นที่สุด ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ว่าคำวินิจฉัยนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ปัญหาต่อไปคือศาลตรวจสอบฝ่ายปกครองอย่างไร ศ.จิตติ เขียนว่าศาลย่อมไม่รื้อฟื้นข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่รับฟังหรือวินิจฉัยมา ในหลักความชอบด้วยกฎหมายการใช้ดุลพินิจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจไปในทางใดจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นว่าการฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้น (๑) ไม่มีพยานหลักฐาน (๒) ไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอ หรือ (๓) มิได้เป็นไปโดยสุจริต ก็ถือได้ว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมาย ในตอนต้นของฎีกาว่าการใช้ดุลพินิจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้าเป็นดุลพินิจที่ไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุน ไม่มีเหตุผลสนับสนุนหรือไม่สุจริต ปัญหาข้อเท็จจริงนั้นจะกลับกลายเป็นปัญหาข้อกฎหมายขึ้นมาทันที คือมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย หลักนี้ใช้ในเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริงด้วย ปัญหาข้อเท็จจริงต้องวินิจฉัยโดยมีพยานหลักฐาน ถ้าพิจารณาพยานหลักฐานแล้วเชื่อว่าเป็นอย่างนั้นเป็นอย่างนี้โดยให้เหตุผลตามพยานหลักฐานอันนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้ามีพยานหลักฐานระบุไปทางหนึ่ง แต่วินิจฉัยไปอีกทางหนึ่งโดยพยานหลักฐานไม่ได้สนับสนุนให้ฟังไปทางนั้นกลายเป็นปัญหา ข้อกฎหมาย เรียกว่าการรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความสำคัญของฎีกาฉบับนี้อยู่ที่ว่าการวางหลักว่าศาลเข้าตรวจสอบดุลพินิจและการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงของทางฝ่ายปกครองโดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ววางหลักต่อไปว่า เหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอ ไม่มีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่เป็นไปโดยสุจริต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๗๗/๒๕๔๙ การกระทำของ ศ. ซึ่งเป็นผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทย เพื่อให้มีการลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางประกง ให้จงได้นับเป็นการผิดปกติวิสัยของเจ้าหน้าที่รัฐที่ต้องรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติ ข้อผิดปกติวิสัยนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อที่ ศ. ได้รับประโยชน์จากการซื้อหุ้นจองของบริษัทผู้ร้องที่ ๒ และของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ที่ผู้ร้องที่ ๒ เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่แล้ว มีเหตุผลให้เชื่อได้ว่า ศ. ต้องการจะช่วยเหลือผู้ร้องทั้งสามโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องทั้งสามจัดให้ จึงถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของ ศ. ที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และขณะเดียวกันการที่ผู้ร้องที่ ๒ เพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นให้แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นได้ซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการคุณ รวมทั้งการจัดสรรหุ้นของบริษัททางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)

ให้ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นมีสิทธิซื้อก่อนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ ก็ถือว่าผู้ร้องทั้งสามได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเพื่อจูงใจให้ ศ. และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้องทั้งสามนั่นเอง กรณีจึงต้องถือว่าในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้องทั้งสาม ผู้ร้องทั้งสามใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอีกด้วย สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน ฯ ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ ๓๖/๒๕๔๔ ที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ผู้ร้องทั้งสามตามสัญญาซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว นั้น หากศาลบังคับให้ตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ชอบที่ศาลแพ่งกรุงเทพใต้จะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๔๔ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลแพ่งกรุงเทพใต้ที่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว จึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(๑) ปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องพิสูจน์กันโดยพยานหลักฐานจะต้องนำพยานหลักฐานมาสนับสนุนเพียงใดจึงจะเพียงพอที่จะรับฟังข้อเท็จจริงได้ มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีปกครองยังไม่มีตัวบทในวิธีพิจารณาเขียนไว้เป็นที่เด่นชัด แต่โดยหลักคือในคดีปกครองต้องพิสูจน์โดยมีพยานหลักฐานอันเป็นเนื้อหาสาระสนับสนุน (substantial evidence) คือเป็นพยานที่ตรงกับประเด็นที่จะวินิจฉัย เช่น วินิจฉัยว่าบ้านชำรุดทรุดโทรมหรือไม่ก็ต้องดูที่ตัวบ้านไม่ใช่ดูที่รั้วบ้าน และต้องเป็นพยานที่มีเหตุผลสนับสนุนโดยธรรมดา พยานที่เป็นสาระต้องมีเท่าใดจึงจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นได้ อันนี้ไม่มีหลักแน่นอนตายตัว แม้เพียงขึ้นเดียว แต่เป็นสาระที่ตรงประเด็นและมีเหตุผลธรรมดาอธิบาย พิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นได้ก็ฟังได้แล้ว

(๒) ขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย ขั้นตอนการปรับบทกฎหมายเป็นข้อกฎหมายว่าถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่แม้จะมีปัญหาเรื่องถ้อยคำที่ไม่มีความหมายแน่นอนตายตัว ซึ่งทางฝ่ายปกครองมักจะห่วงกันไม่ให้ศาลเข้าไปตรวจสอบโดยอ้างว่าในเมื่อกฎหมายใช้ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายแน่นอนตายตัว แสดงว่ากฎหมายจงใจให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง ในประเทศฝรั่งเศสศาลปกครองว่าในกรณีเช่นนี้ศาลจำกัดตัวเองเฉพาะการตรวจสอบคำวินิจฉัยนั้นว่าผิดพลาดขัดแย้งหรือไม่ คือวิปัสถ์ถึงขนาดไม่อาจคาดหมายได้ว่ามีวิญญูชนคนใดจะเห็นอย่างนั้น ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายแน่นอนตายตัววิญญูชนอาจจะเห็นต่างกันได้ แต่ก็ไม่ใช่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยตามอำเภอใจได้ ต้องวินิจฉัยตามที่วิญญูชนเห็นซึ่งอาจจะเห็นต่างกันสองอย่าง ก็ต้องวินิจฉัยหนึ่งในสองอย่างนี้ ไม่ใช่อยากจะเห็นอย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่มีใครในโลกคิดว่าเป็นอย่างนั้น เช่น อาคารของเขามั่นคงแข็งแรงสวยงามดี จะไปบอกว่าชำรุดทรุดโทรมไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาของไทยยืนยันอำนาจในการตรวจสอบการปรับบทกฎหมายของฝ่ายปกครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕๘/๒๕๔๖ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๔๗ ว่าต้องเวนคืนเพื่อการสาธารณูปโภค ที่ดินของโจทก์ถูกเวนคืนไปเพื่อขยายกิจการโรงงานเนื้อสัตว์ ศาลฎีกาว่ากิจการโรงงานเนื้อสัตว์เป็นการค้าไม่ใช่เพื่อการสาธารณูปโภค เท่ากับศาลฎีกาแปลความคำว่า สาธารณูปโภค

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๑-๓๕๐/๒๕๐๘ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๔๔ ว่าให้รื้อถอนอาคารที่รูกล้าที่สาธารณะโดยผู้ที่มีอำนาจสั่งรื้อถอนได้คือผู้ว่าราชการจังหวัด อาคารของโจทก์มีเสาเรือนปักอยู่ในคลอง แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า บ้านโจทก์ปลูกมานานแล้ว และตอนปลูกต้นเสาอยู่ในแผ่นดิน ต่อมาน้ำเซาะตลิ่งไปเรื่อย ๆ เซาะเข้าไปอยู่ใต้ถุนบ้านโจทก์ บ้านโจทก์กลายเป็นปักอยู่ในคลอง ศาลฎีกาว่าอาคารของโจทก์ไม่ใช่อาคารที่รูกล้าที่สาธารณะ แต่เป็นที่สาธารณะรูกล้าบ้านโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๑๐-๙๒๐/๒๕๑๐ ปัญหาตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้รื้อถอนอาคารได้ ศาลว่าการที่จะรื้อถอนอาคารหรือไม่รื้อถอนอาคาร วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ถือว่าความน่ารังเกียจของอาคารเป็นสำคัญ แต่ถือเรื่องความมั่นคงแข็งแรงเป็นสำคัญ ตัวบทใช้คำว่าไม่มั่นคงแข็งแรง ไม่ปลอดภัยอันอาจเป็นอันตรายต่อชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน ศาลให้ความหมายของคำว่า “อาจ” คำว่า “อำนาจ” กับ “น่า” ไม่เหมือนกันเพราะคำว่า “อาจ” แสดงว่ามีความเป็นไปได้ ส่วนคำว่า “น่า” แสดงว่าควรจะเป็น ซึ่งต้องมีความเป็นไปได้มาก ศาลฎีกาลงไปตีความถ้อยคำในตัวบท แล้ววินิจฉัยคดีว่าเมื่อคดีได้ความว่าอาคารพิพาทอยู่ในสภาพมั่นคงพอที่จะอาศัยได้ตามปกติโดยปลอดภัย คำสั่งซื้อจึงไม่ขัดด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๕/๒๕๔๙ ระเบียบกำหนดให้จัดทำประกาศโดยสรุปเรื่องที่จะมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ และประกาศในหนังสือพิมพ์รายวัน ฉบับภาษาไทยที่มีการวางจำหน่ายอย่างแพร่หลายติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวันนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสรับรู้อย่างกว้างขวางว่าจะมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เกี่ยวกับการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นหุ้นของบริษัทและเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างหลากหลายและกว้างขวาง เพื่อประโยชน์สูงสุดในการดำเนินการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นบริษัท การที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ประกาศในหนังสือพิมพ์รายวันฉบับภาษาไทยที่มีการวางจำหน่ายอย่างแพร่หลายติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวัน จึงต้องแปลความว่า หมายถึงประกาศในหนังสือพิมพ์ฉบับนั้นติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวัน มิใช่ฉบับละหนึ่งวันรวมสามฉบับ โดยเรื่องที่ประกาศในหนังสือพิมพ์ดังกล่าวนั้นจะต้องสรุปในเรื่องที่จะจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

(๓) ขั้นตอนการตัดสินใจ การใช้ดุลพินิจอยู่ในขั้นตอนการตัดสินใจ แล้วแต่ว่ากฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ หลักกฎหมายที่ศาลใช้ในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ

(๓.๑) การใช้ดุลพินิจต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาที่ถูกต้อง เช่น คดี Overton Park ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า เทศบาลเมืองอนุมัติโครงการก่อสร้างถนนผ่านสวนสาธารณะโดยไม่ได้อาศัยผลกระทบบสิ่งแวดล้อม ทั้งที่มีระเบียบว่าจะต้องทำการศึกษาก่อน เป็นการอนุมัติโดยไม่ให้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด จึงเพิกถอนคำอนุมัติและย้อนกลับไปให้เทศบาลศึกษาผลกระทบบสิ่งแวดล้อมก่อน

(๓.๒) การใช้ดุลพินิจต้องไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การให้คำนิยาม ดุลพินิจของฝรั่งเศสว่าดุลพินิจคือความสามารถที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย เพราะฉะนั้นการใช้ดุลพินิจ มีตัวกำกับคือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๑๐/๒๕๑๒ ตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร คณะกรรมการจังหวัดมีคำสั่งห้ามนำสุกรมี่ชีวิตเข้ามาในเขต ศาลฎีกาว่าการห้ามนำสุกรมี่ชีวิตเข้ามาในเขตทำให้ปริมาณสุกรมี่ในเขตลดน้อยลง ราคาแพงขึ้น เพราะทำให้ไม่มีการแข่งขันในเรื่องราคา เป็นการสวนทางกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ป้องกันการค้ากำไรเกินควรคือไม่ยอมให้ราคาแพง ไม่ยอมให้ได้กำไรมากเกินไป ประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(๓.๓) การใช้ดุลพินิจนั้นต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

เช่น กฎหมายกำหนดมาให้ดุลพินิจเลือก ๓ อย่าง ต้องเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งใน ๓ อย่างจะไปเลือกอย่างอื่นไม่ได้ ศาลปกครองฝรั่งเศสว่าการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองคือการควบคุมไม่ให้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง

(๓.๔) การใช้ดุลพินิจนั้นต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบที่ฝ่ายปกครองวางไว้เอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๐๖/๒๕๒๕ ผู้ว่าการสื่อสารแห่งประเทศไทย วางระเบียบไว้ว่าเมื่อจัดสอบบรรจุแล้วให้ขึ้นบัญชีไว้จนกว่าจะมีการสอบครั้งใหม่ แต่ในการสอบครั้งใหม่กลับประกาศสอบว่าการสอบครั้งจะขึ้นบัญชีไว้ ๒ ปี คนที่สอบได้ขึ้นทะเบียนไว้เกิน ๒ ปีมาฟ้องศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเมื่อผู้ว่าการสื่อสารออกระเบียบไว้อย่างนี้ก็ต้องปฏิบัติตามระเบียบนี้ ถึงแม้ว่าตัวเองจะเป็นผู้ออกระเบียบและเป็นผู้มีอำนาจยกเลิกระเบียบได้เอง แต่ถ้าจะยกเลิกระเบียบก็ต้องปฏิบัติขั้นตอนอย่างเดียวกับวิธีการออกระเบียบ ไม่ใช่ออกเพียงแค่ประกาศสมัครสอบ

(๓.๕) การใช้ดุลพินิจต้องมีเหตุผลเพียงพอ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๒๓/๒๕๒๓ ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ศาลฎีกาตัดสินว่าหากคำชี้ขาดของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ไม่มีเหตุผลเพียงพอ ผู้ได้รับความเสียหายย่อมมีอำนาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนได้

ศาลจำกัดตัวเองไม่เข้าไปควบคุมบางประเด็น

(๑) ปัญหาที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญพิเศษ ให้สหรัฐอเมริกา คดีปานามา คานาล บริษัทปานามา คานาลเป็นรัฐวิสาหกิจของสหรัฐที่เข้าไปชุดคลองปานามาและบริหารคลองปานามา บริษัทปานามา คานาลกำหนดค่าธรรมเนียมการผ่านคลองปานามาซึ่งบริษัทเรือเห็นว่าแพงเกินไปก็ฟ้องศาลสูงสุดว่าการกำหนดค่าธรรมเนียมผ่านคลองต้องกำหนดโดยผู้เชี่ยวชาญ ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็สำรวมตนไม่เข้าไปควบคุมดุลพินิจที่เกี่ยวข้องกับ (๑.) เรื่องนโยบาย (๒.) เรื่องวิทยาศาสตร์ และทางเทคนิค เพราะฉะนั้นศาลไม่ปวินิจฉัยว่า โลชั่นบำรุงเส้นผมยี่ห้อนี้มีสารพิษหรือไม่ หรือไม่ปวินิจฉัยว่าไวน์ยี่ห้อนี้มีคุณค่าเพียงไร เพราะเป็นเรื่องความเชี่ยวชาญเฉพาะ ศาลปกครองในประเทศไทยก็คงจะต้องมีขอบเขต ไม่

เข้าไปยุ่งเกี่ยวในเรื่องของความเชี่ยวชาญเฉพาะ เช่นเดียวกัน ยกเว้นเรื่องทุจริตคือ ถ้าผู้เชี่ยวชาญตัดสินใจโดยทุจริตซึ่งเป็นอีกเรื่องหนึ่ง

สมัยก่อนศาลไทยจำกัดขอบเขตของตนเองไม่เข้าไปวินิจฉัยคดีวินัยข้าราชการ โดยให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องภายในฝ่ายบริหาร แต่ตามหลักกฎหมายปกครองถึงแม้จะเป็นเรื่องภายในฝ่ายบริหาร แต่ถ้าเป็นคดีวินัยสั่งให้ลงโทษข้าราชการถือว่าข้าราชการผู้นั้นถูกระทบสิทธิ มีสิทธิที่จะโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ เหตุผลของศาลสมัยก่อนมีอยู่เหมือนกันคือคดีที่ฟ้อง ๆ ส่วนใหญ่ไม่ใช่คดีวินัยข้าราชการปกติ แต่เป็นคดีที่ใช้อำนาจคณะปฏิวัติไล่ข้าราชการออก ศาลก็เลยไม่ไปยุ่งเกี่ยวกับคณะปฏิวัติ