

บทที่ 2

ความหมาย แนวความคิด ทฤษฎี การใช้ดุลพินิจ ไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการในประเด็นเรื่องความมั่นคงของประเทศ

2.1 สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ

สิทธิใ้รู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ (Right to Know) ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นสิทธิตรวจสอบการทำงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹ เพื่อส่งเสริมสิทธิของพลเมือง (Citizen Right) ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในรัฐหรือประเทศเสรีประชาธิปไตย² ซึ่งการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนี้เป็นส่วนสำคัญและเป็นคุณค่าของการปกครองระบอบประชาธิปไตย³ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบอบประชาธิปไตยโดยตัวแทนที่ให้ประชาชนเลือกตั้งผู้แทนประชาชนไปทำหน้าที่เป็นรัฐบาลบริหารประเทศ แม้ประชาชนจะได้มอบอำนาจอธิปไตยให้ผู้แทนไปบริหารประเทศแล้ว แต่ประชาชนก็ยังมีสิทธิในอำนาจอธิปไตย ดังนั้นประชาชนจึงมีสิทธิตรวจสอบและรับรู้การปฏิบัติงานของผู้ปกครองประเทศ สิทธิใ้รู้ข้อมูล

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 38.

² หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ ในระบอบประชาธิปไตย การให้ประชาชนมีโอกาสกว้างขวางในการรับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้อย่างถูกต้องกับความเป็นจริง อันเป็นการส่งเสริมให้มีความเป็นรัฐบาลโดยประชาชนมากยิ่งขึ้น สมควรกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิใ้รู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยมีข้อยกเว้นอันไม่ต้องเปิดเผยที่แจ้งชัดและจำกัดเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติหรือต่อประโยชน์ที่สำคัญของเอกชน ทั้งนี้ เพื่อพัฒนาระบอบประชาธิปไตยให้มั่นคงและจะยังผลให้ประชาชนมีโอกาสรู้ถึงสิทธิหน้าที่ของตนเองอย่างเต็มที่ เพื่อที่จะปกป้องรักษาประโยชน์ของตนได้อีกประการหนึ่งด้วยประกอบสมควรคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารของราชการไปพร้อมกัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

³ นกคณ เสงเจริญ. (2548). *กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 4 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในโอกาสสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 7 ปี*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 241.

ข่าวสารของราชการนี้จึงเป็นสิทธิที่รับรองให้ประชาชนสามารถตรวจสอบและมีส่วนร่วมทางการเมือง เพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยประชาชนอย่างแท้จริง สิทธิดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศด้วย⁴ ดังนั้น สิทธิได้รู้ (Right to Know) ข้อมูลข่าวสารของราชการจึงเป็นสิทธิที่สนับสนุนสิทธิทางการเมืองของประชาชนที่มีระดับค่าบังคับทางกฎหมายสูงสุด

2.1.1 ความหมายของคำว่าข้อมูลข่าวสารของราชการ

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้ให้ความหมายของ “ข้อมูลข่าวสารของราชการ” ไว้ในมาตรา 4 ว่าหมายความว่า “ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน” ดังนั้น ในการทำความเข้าใจในเรื่องนี้ จึงแยกพิจารณาเป็น 3 ประเด็น คือ

- (1) ข้อมูลข่าวสารคืออะไร
- (2) ข้อมูลข่าวสารของราชการหมายถึงข้อมูลใด
- (3) หน่วยงานของรัฐ คือหน่วยงานใดบ้าง

2.1.1.1 ข้อมูลข่าวสาร

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้ให้ความหมายของ “ข้อมูลข่าวสาร” (Information) ไว้ในมาตรา 4 ว่า “ข้อมูลข่าวสาร” หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริงข้อมูลหรือสิ่งใด ๆ ไม่ว่าจะสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั้นเองหรือโดยผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งบันทึกไว้ปรากฏได้

จากข้อความข้างต้นจะเห็นว่า คำว่า “ข้อมูลข่าวสาร” นั้น เป็นคำที่มีความหมายกว้างมาก โดยครอบคลุมถึงสิ่งทั้งปวงที่สื่อความหมายได้ ไม่ว่าจะได้จัดเก็บหรือบันทึกข้อมูลข่าวสารนั้นไว้ในรูปแบบใดก็ตาม เช่น แผนที่เกิดเหตุของพนักงานสอบสวนที่สร้างขึ้นในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุรถยนต์ชนกัน แผนที่ภาพถ่ายทางอากาศของที่ดินที่กรมที่ดินจัดทำขึ้น รายงานการวิจัย

⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

มาตรา 41 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) ได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

ต่าง ๆ ดังนั้น โดยสรุป สาระสำคัญของการเป็นข้อมูลข่าวสารคงอยู่ที่ว่า สิ่งนั้นสามารถสื่อความหมายได้หรือไม่ และหากเป็นข้อมูลข่าวสารที่ได้บันทึกไว้ไม่ว่าในรูปแบบใดก็ต้องมีวิธีทำให้สิ่งที่บันทึกไว้นั้นปรากฏความหมายได้⁵

2.1.1.2 ข้อมูลข่าวสารของราชการ

ข้อมูลข่าวสาร (Information) ในโลกนี้มีมากมายซึ่งอาจจะเป็นข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐเก็บรักษาอยู่หรืออยู่ในความครอบครองของเอกชนทั่วไป แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้มุ่งให้เกิดความโปร่งใสในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ กฎหมายฉบับนี้จึงมุ่งไปที่ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครอง หรือเก็บรักษา หรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ (Administrative Agency) ซึ่งมีอยู่มากมายและการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวอยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เก็บรักษาหรือควบคุมข้อมูลข่าวสารนั้น

ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐที่ต้องเปิดเผยนั้น อาจเป็นข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐเอง หรือที่เกี่ยวกับเอกชนก็ได้⁶

(1) ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐ เช่น

(ก) โครงสร้างและการจัดองค์กรในการดำเนินงาน เช่น กระทรวงคมนาคมมีการแบ่งส่วนราชการเป็นกรม กองอย่างไร การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีการจัดหน่วยงานเป็นสำนัก เป็นฝ่าย เป็นกองอย่างไร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จะแบ่งหน่วยงานเป็นคณะ หรือเป็นหน่วยงานย่อยอย่างไร

(ข) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความของหน่วยงานของรัฐในเรื่องต่าง ๆ

(ค) แผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ

(2) ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเอกชน ที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ เช่น

(ก) จำนวนและรายชื่อสถานที่ตั้ง ประเภทกิจการและจำนวนคนต่างด้าว

⁵ ทรัพย์สินบุณยานุญา. (2542). *สิทธิของประชาชนตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 : ศึกษากรณีปัญหาและอุปสรรคที่ก่อให้เกิดการใช้สิทธิอุทธรณ์และร้องเรียน*, สารนิพนธ์, คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 20.

⁶ สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ. (2549). *สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สามเจริญพาณิชย์. หน้า 12.

- (ข) เวชระเบียนหรือประวัติการตรวจรักษากันไข้ของโรงพยาบาลของรัฐ
 (ค) ประวัติ คนหางานและบัญชีรายชื่อของลูกจ้างของสถานประกอบการ

ต่าง ๆ

- (ง) ประวัติส่วนตัวของนักศึกษามหาวิทยาลัย เป็นต้น

ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวนี้อาจเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการได้ทั้งสิ้น สารระสำคัญ จึงไม่ได้อยู่ที่ว่า เป็นข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับราชการหรือเอกชน แต่อยู่ที่ว่าข้อมูลข่าวสารดังกล่าว อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐหรือไม่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามความหมายของกฎหมายนี้หมายถึงหน่วยงานใดบ้าง⁷

2.1.1.3 หน่วยงานของรัฐ (Administrative Agency)

เนื่องจากคำดังกล่าวได้มีใช้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁸ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายแต่ละฉบับนั้น ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ไว้แตกต่างกัน ทั้งนี้ ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ กฎหมายฉบับนี้ ได้ให้ความหมายของคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540 ไว้ ต่างหาก โดยให้ความหมายไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 4 ว่า ได้แก่ หน่วยงาน ดังต่อไปนี้

- (1) ราชการส่วนกลาง เช่น กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ
- (2) ราชการส่วนภูมิภาค เช่น จังหวัด อำเภอ
- (3) ราชการส่วนท้องถิ่น เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหาร ส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา
- (4) รัฐวิสาหกิจ รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายฉบับนี้ มีความหมายกว้าง รวมทั้ง รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ เช่น การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าส่วน

⁷ สมชัย วัฒนการุณ. (2544). *การใช้สิทธิของประชาชนตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 105.

⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทาง ปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

๑๓๑

๑๓๑

ภูมิภาค การรถไฟแห่งประเทศไทย และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับเอกชน เช่น บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน)

(5) ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา เช่น สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

(6) ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ เพราะหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับศาลในการพิจารณาคดีนั้น การเปิดเผยข้อมูลในการพิจารณาคดีนั้นเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ เช่น การขอตรวจเอกสารทั้งหมดหรือบางฉบับในสำนวนคดีของศาลในคดีแพ่ง หรือการขอคัดสำเนา หรือการขอให้จำศาลคัดสำเนาและรับรองสำเนาถูกต้องของเอกสารในระหว่างพิจารณานั้น ก็อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 เป็นต้น

(7) องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ เช่น สภานายความ (Lawyers Council) แพทยสภา (Medical Council)

(8) หน่วยงานอิสระของรัฐ คือ หน่วยงานที่ไม่ใช่ส่วนราชการ แต่ยังเป็นหน่วยงานของรัฐ เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สถาบันพระปกเกล้า มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ และองค์การมหาชนที่จัดตั้งตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นหน่วยงานบริหารแตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ

(9) หน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งอาจมีการออกกฎกระทรวง กำหนดให้หน่วยงานประเภทใดเป็นหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายนี้ภายหลังจากที่กฎหมายนี้ใช้บังคับ

อย่างไรก็ตาม แม้คำว่าหน่วยงานของรัฐจะมีความหมายกว้าง แต่ไม่รวมถึง สหกรณ์ออมทรัพย์ ซึ่งมีทุนมาจากเงินค่าหุ้นของสมาชิก แม้สหกรณ์ดังกล่าวจะตั้งขึ้นในส่วนราชการ และถือว่าเป็นเรื่องสวัสดิการภายในของส่วนราชการนั้นก็ตาม เนื่องจากตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 สหกรณ์เมื่อได้จดทะเบียนจัดตั้งแล้ว สหกรณ์ดังกล่าวก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกจากส่วนราชการ⁹ ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐตามกฎหมายฉบับนี้ โดยเหตุผลเดียวกัน โรงเรียนเอกชนต่าง ๆ ก็ไม่เป็นหน่วยงานของรัฐตามมาตรานี้ และข้อมูลข่าวสารของสหกรณ์ออมทรัพย์หรือของโรงเรียนเอกชนก็ไม่เป็นข้อมูลข่าวสารของราชการตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้¹⁰

⁹ นกตล เสงเจริญ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3, หน้า 241.

¹⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, (2541), พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ, วารสารกฎหมายปกครอง, 17 (2), หน้า 29.

2.1.2 ความหมายของสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารของราชการ

ขอบเขตความหมายของ “สิทธิได้รับ (Right to Know) ข้อมูลข่าวสารของราชการ” สามารถแยกแยะพิเคราะห์ได้โดยการพิจารณาความหมายของ “สิทธิ” “ได้รับ” และ “ข้อมูลข่าวสารของราชการ” โดยเฉพาะตามนัยบทบัญญัติกฎหมายในความเห็นทางวิชาการที่สำคัญ

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ¹¹ มีความเห็นว่า “สิทธิ หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับให้คนอื่นต้องกระทำตามสิทธิของเราแต่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพต่างก็ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ”

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์¹² มีความเห็นว่า “สิทธิ (Right) คืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่า อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน เช่น เรียกร้องให้เขาชำระเงินให้หรือซ่อมแซมกำแพงบ้านให้ หรือให้ละเว้นการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เรียกร้องให้ผู้ที่ย้ายกิจการให้แก่ตนละเว้นจากการประกอบกิจการอย่างเดียวกันกับที่ขายให้แก่ตนในเมืองเดียวกันแข่งกับตน ส่วนกรรมสิทธิ์ในบ้านหลังหนึ่งเมื่อวิเคราะห์กันอย่างถึงที่สุดแล้วแท้ที่จริงก็คืออำนาจของผู้ที่เป็นเจ้าของบ้านหลังนั้นในอันที่จะใช้สอยบ้านหลังนั้น และห้ามมิให้ผู้อื่นเข้าไปในบ้านหลังนั้นและใช้บ้านหลังนั้นด้วยประการใด ๆ โดยมีขอบนั้นเอง”

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ¹³ มีความเห็นว่า “สิทธิตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใด ไม่กระทำการใด รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การของรัฐเข้าแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิของบุคคลนั้นในบางกรณี ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหมดที่จะต้องเคารพ ปกป้อง คุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อให้สิทธิเหล่านั้นมีผลในทางปฏิบัติ”

¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 348.

¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 13-14.

¹³ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2540). *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สาธารณกรรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 3-4.

ศาสตราจารย์ อมร รักษาสัตย์¹⁴ มีความเห็นว่า “สิทธิเป็นผลประโยชน์สำคัญของบุคคลหนึ่งซึ่งบุคคลอื่นจะมีหน้าที่จัดหรือยอมให้บุคคลนั้นได้รับสิทธิ ... ในหลักการใดเป็นสิทธิของประชาชน หมายความว่า ประชาชนมีสิทธิเลือกที่จะร้องเรียนให้ตนได้รับสิทธินั้นมาได้อย่างจริงจัง โดยรัฐบาลจะต้องจัดบริการหรือให้ความคุ้มครองพิทักษ์รักษาให้ได้สิทธินั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย”

จากความเห็นทางวิชาการ ความหมายของ “สิทธิ (Right)” ดังกล่าวข้างต้น สามารถวิเคราะห์และสรุปได้ว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจโดยชอบธรรมตามกฎหมายของบุคคล เพื่อบังคับให้บุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เพื่อให้สมประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ โดยเฉพาะสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights) เป็นสิทธิตามกฎหมายสูงสุดของรัฐและบุคคลอื่น ๆ จะต้องเคารพและให้การคุ้มครองแก่ผู้ทรงสิทธิ

ขอบเขตความหมายของการ “รับรู้หรือได้รู้” ซึ่งเป็นคำสามัญทั่วไปจึงต้องพิจารณาตามพจนานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายว่า “รับรู้” ก.(เป็นคำกริยา) หมายถึง ยืนยันว่ารู้ รับว่ารู้ รับผิดชอบ และคำว่า “รู้” หมายถึง แจ่ม เข้าใจ ทราบ ดังนั้น โดยสามัญทั่วไปแล้วการ “รับรู้” จึงหมายถึง การได้รับ เข้าใจ แจ่ม ยืนยันว่ารู้ รับว่ารู้ ได้รู้ ได้รับทราบ

ส่วนขอบเขตความหมายของ “ข้อมูลข่าวสารของราชการ” ตามนัยของบทบัญญัติกฎหมายได้นิยามความหมายไว้ในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคสอง “ข้อมูลข่าวสารของราชการ หมายถึง ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน” ประกอบกับความหมายของ “ข้อมูลข่าวสาร” ซึ่งได้มีการนิยามความหมายไว้ในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 เช่นเดียวกันในมาตรา 4 วรรคแรก ความว่า

“ข้อมูลข่าวสาร” หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือสิ่งใด ๆ ไม่ว่าจะการสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั้นเองหรือโดยผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งบันทึกไว้ปรากฏได้”

ทั้งนี้ต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “ราชการ” ซึ่งไม่ได้จำกัดไว้เพียงแก่ส่วนราชการตามกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึง “หน่วยงานของรัฐ”

¹⁴ ออมร รักษาสัตย์. (2543). *รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 68.

(Government Sector) ตามที่นิยามความหมายของ “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคสาม ความว่า

“หน่วยงานของรัฐ หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์กรควบคุมประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ข้อมูลข่าวสารของราชการ” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน

เมื่อพิเคราะห์นิยามความหมายดังกล่าวพอจะสรุปได้ว่า

ข้อมูลข่าวสารของราชการ¹⁵ (Official information) หมายถึง สิ่งสื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือสิ่งใด ๆ ไม่ว่าจะสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั้นเองหรือโดยผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะใดจัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งบันทึกไว้ปรากฏได้ ซึ่งอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการรัฐสภา ศาลในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์กรควบคุมประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้น หากพิจารณาพิเคราะห์ขอบเขตความหมายของ “สิทธิใ้รู้ (Right to Know) ข้อมูลข่าวสารของราชการ”

2.1.3 ความเป็นมาของสิทธิใ้รู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ

การบัญญัติสิทธิใ้รู้ข้อมูลข่าวสารของราชการอันเป็นสิทธิของประชาชนในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยมีหลักการสำคัญให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครอง¹⁶ เนื่องจากประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในการปกครองประเทศตามทฤษฎีว่าด้วย

¹⁵ ศรวิวีร์ จิตคำ. (2544). *การดำเนินงานตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กรณีศึกษา : เทศบาลเมืองบ้านโป่ง จังหวัดราชบุรี*. วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารรัฐกิจ, คณะรัฐศาสตรมหาวิทาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁶ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. (2548). *หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบทบัญญัติว่า “ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 16.

อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนของรัสเซีย¹⁷ การปกครองระบอบประชาธิปไตยนี้ได้รับการกล่าวว่าเป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน โดยใช้กระบวนการเลือกตั้งเพื่อให้ได้ผู้บริหารประเทศที่มาจากประชาชน นอกจากนี้การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนยังเป็นการแก้ไขปัญหาในอดีตที่การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐจำกัดอยู่เพียงในส่วนราชการของรัฐเอง เช่น การตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Branch) การตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ องค์กรเหล่านี้ถึงแม้ว่าเป็นองค์กรอิสระแต่ก็ยังเป็นองค์กรของรัฐซึ่งอาจจะมีผลประโยชน์ร่วมกันอยู่ เช่น ฝ่ายบริหารที่มีคะแนนเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงมีการเพิ่มการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยภาคประชาชน โดยการให้ประชาชนได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ¹⁸

ในประเทศไทยสิทธิได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 โดยการริเริ่มจากแนวความคิดที่ต้องการให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้อย่างถูกต้องกับความเป็นจริงและพัฒนาาระบอบประชาธิปไตยให้มั่นคง ซึ่งแนวคิดในการตราพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เกิดขึ้นโดยผลของกระแสการเรียกร้องให้แก้รัฐธรรมนูญ¹⁹ (Constitution) ในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยและยังผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 48 ทวิ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 48 ทวิ บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารจากหน่วยราชการหรือหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ เพื่อการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ ในเมื่อการนั้นมีหรืออาจจะมีผลกระทบต่อดำรงชีวิตของตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติดังกล่าว ถือได้ว่าสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยบทบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจน คือ “เพื่อการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการหรือ

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

¹⁸ รังสิกร อุปพงษ์. (2547). *การวิจัยและการพัฒนาความรู้เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล*. กรุงเทพฯ:สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ. หน้า 5.

¹⁹ หมายเหตุท้าย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538

พนักงานของรัฐ” และสิทธิดังกล่าวนี้ยังได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 58²⁰

ในต่างประเทศ สิทธิได้รู้ (Right to Know) ข้อมูลข่าวสารของราชการ ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายของหลายประเทศเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย เช่น ค.ศ. 1949 ประเทศสวีเดนบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1766 ประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับอิสระในข้อมูลข่าวสาร (Freedom of Information Act) ค.ศ. 1978 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารทางปกครอง ค.ศ. 1978 ประเทศแคนาดาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (Access to Information Act) ค.ศ. 1982 ประเทศออสเตรเลียบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยอิสระในข้อมูลข่าวสาร (Freedom of Information Act) ประเทศนิวซีแลนด์บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ ค.ศ. 1982 (Official Information Act) เป็นต้น²¹

2.1.4 ประเภทของสิทธิของประชาชนที่มีต่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการของประชาชนนั้น มีที่มาจากประเทศตะวันตกหลายประเทศ เช่น ประเทศในทวีปยุโรปและทวีปอเมริกา ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของประชาชนรวมถึงสิทธิของสื่อมวลชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ อันเป็นเครื่องมือในการประกันสิทธิของประชาชน และได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ ซึ่งโดยหลักการสิทธิการรับรู้มีเป้าประสงค์ใน 2 ด้าน คือ 1. เพื่อเป็นการรักษาระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ คือ รัฐต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการติดตามและตรวจสอบการดำเนินงานของภาครัฐ อันเป็นการส่งเสริมการบริหารงานที่เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ในเรื่องของความโปร่งใส (Transparency) และการมีส่วนร่วม (Participatory) 2. เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนมีสิทธิที่จะรับรู้สิ่งใด ๆ ที่อาจจะมีความผลกระทบต่อสิทธิหรือกำหนดหน้าที่อย่างใด ๆ แก่ประชาชน อันเป็นการพิทักษ์สิทธิประโยชน์เนื่องด้วยคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมมากที่สุด ได้นำเอาแนวความคิดสิทธิได้รู้เข้ามาบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในหมวดที่ 3

²⁰ มาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลข่าวสารสาธารณะในการครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนด”

²¹ รังสิกร อุปพงษ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18, หน้า 5.

มาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญ²² ในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของปวงชนชาวไทย ในเรื่องการได้มาซึ่งสิทธิที่จะได้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือแม้แต่ราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่จะเข้าเงื่อนไขเกี่ยวเนื่องด้วยความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชนหรือประโยชน์อื่นใดอันพึงได้รับการคุ้มครองเนื่องจากมีส่วนได้เสีย ซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 48 ทวิ²³ ที่บัญญัติให้เข้าถึงข้อมูลได้ต่อเมื่อจะมีการนำไปใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่หรือกระทบต่อสิทธิของตนเท่านั้น ต่อมาได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้ในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวขึ้น จึงเป็นที่มาของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก็ได้นำเรื่องสิทธิดังกล่าวมาบัญญัติไว้เช่นกัน ในมาตรา 41 (1)²⁴ เช่นนี้จึงเห็นได้ว่าสิทธิได้รู้ของประชาชนต่อข้อมูลข่าวสารของราชการถือเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงไว้ซึ่งระบอบประชาธิปไตย เพราะหากประเทศใดแม้มีการกล่าวอ้างว่าประชาธิปไตยแต่เสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลถูกจำกัด ก็ไม่ถือว่าเป็นประเทศที่มีประชาธิปไตยที่แท้จริง ซึ่งมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เปิดโอกาสให้ประชาชนที่แม้จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือส่วนได้ส่วนเสียใดกับข้อมูลข่าวสารนั้น หรือแม้กระทั่งคนต่างด้าวก็สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นได้²⁵ ทั้งพระราชบัญญัตินี้ยังใช้บังคับ

²² มาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

²³ มาตรา 48 ทวิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารจากหน่วยงานราชการหรือหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ เพื่อการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ ในเมื่อการนั้นมีหรืออาจจะมีผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของตน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนด”

²⁴ มาตรา 41 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) ได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

๑๓๑

๑๓๑

²⁵ มาตรา 9 ภายใต้อำนาจมาตรา 14 และมาตรา 15 หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

๑๓๑

๑๓๑

บุคคลไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม ย่อมมีสิทธิเข้าตรวจสอบ ขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีค่ารับรองถูกต้องของข้อมูลข่าวสารตามวรรคหนึ่งได้ ในกรณีที่เหมาะสมหน่วยงานของรัฐโดยความเห็นชอบของ

กับหน่วยงานของรัฐ อันได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์การควบคุมการประกอบอาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดใน กฎกระทรวง แต่ทั้งนี้ตามที่กล่าวในตอนต้น คือ มิใช่ข้อมูลทุกประเภทที่จะเปิดเผยให้เข้าถึงได้ ยังมีข้อมูลบางประเภทที่ไม่สามารถเข้าถึงหรือเปิดเผยได้ คือ ข้อมูลข่าวสารที่อาจจะมีผลต่อความ มั่นคงของประเทศ กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กระทบต่อการคลังของประเทศตาม มาตรา 14²⁶ และมาตรา 15²⁷

สิทธิได้รู้ (Right to Know) ของประชาชนตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 นั้น สามารถแยกประเด็นการให้ความคุ้มครองได้ใน 2 กรณี คือ

กรณีแรก คือ การให้สิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ อันเป็น การดำเนินการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กรณีที่สอง คือ การให้สิทธิของประชาชนในการได้รับความคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล (Personal Data) ที่อยู่ในความครอบครองของภาครัฐ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มี กฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะ

นอกจากนี้ เมื่อพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 สามารถแยก ประเภทสิทธิของประชาชนต่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการได้ ดังต่อไปนี้

2.1.4.1 สิทธิในการรับรู้

สิทธิได้รู้เป็นสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการซึ่ง ลักษณะการเข้าถึงนั้น อาจแบ่งการเข้าถึงได้ในหลายลักษณะและนอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรการ และขั้นตอนในกรณีที่ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลนั้น ได้ดังนี้

คณะกรรมการ จะวางหลักเกณฑ์เรียกค่าธรรมเนียมในการนั้นก็ได้อ ในการนี้ให้คำนึงถึงการช่วยเหลือผู้มีรายได้น้อยประกอบด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

คนต่างด้าวจะมีสิทธิตามมาตรานี้เพียงใดให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

²⁶ มาตรา 14 ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จะเปิดเผยมิได้

²⁷ มาตรา 15 ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

(1) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

(1) สิทธิพึงรู้ (Right to Know) ตามมาตรา 7²⁸ ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กำหนดสิทธิให้กับประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลโดยเข้าสู่ในราชกิจจานุเบกษา (Government Gazette) ซึ่งเป็นการกำหนดภาระหน้าที่ให้กับหน่วยงานภาครัฐที่จะต้องเอาข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของตนเองลงในราชกิจจานุเบกษา นอกจากนี้ยังกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐต้องนำเอาข้อมูลดังกล่าวจัดพิมพ์ เพื่อเผยแพร่หรือจำหน่ายแจกให้ประชาชนทราบถึงข้อมูลข่าวสารที่มีอยู่นั้น

(2) สิทธิตรวจสอบ ตามมาตรา 9²⁹ ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กำหนดสิทธิให้กับประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยการไปตรวจสอบข้อมูล ณ ที่ทำการของหน่วยงานรัฐ โดยหน้าที่ของหน่วยงานรัฐจะต้องจัดเตรียมข้อมูลฯ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบได้ไว้ ณ ที่ทำการด้วย ทั้งยังเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีการรับรองความถูกต้อง ได้และยังกำหนดอัตราเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในการขอสำเนาที่เป็นธรรม โดยคำนึงถึงผู้มีรายได้น้อยด้วย แม้ผู้ขอข้อมูลจะไม่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสีย (Equity) กับเรื่องที่ขอนั้นก็ตาม

(3) สิทธิขอข้อมูลข่าวสาร ตามมาตรา 11³⁰ ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งสิทธิตามมาตรานี้เป็นโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูล

²⁸ มาตรา 7 หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

- (1) โครงสร้างและการจัดองค์กรในการดำเนินงาน
- (2) สรุปรายงานหน้าที่ที่สำคัญและวิธีการดำเนินงาน
- (3) สถานที่ติดต่อเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสาร หรือคำแนะนำในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ
- (4) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง
- (5) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

ข้อมูลข่าวสารใดที่ได้มีการจัดพิมพ์เพื่อให้แพร่หลายตามจำนวนพอสมควรแล้ว ถ้ามีการลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาโดยอ้างอิงถึงสิ่งพิมพ์นั้นก็ให้ถือว่าเป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติวรรคหนึ่งแล้ว

ให้หน่วยงานของรัฐรวบรวมและจัดให้มีข้อมูลข่าวสารตามวรรคหนึ่งไว้เผยแพร่เพื่อขายหรือจำหน่ายแจก ณ ที่ทำการของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นตามที่เห็นสมควร

²⁹ มาตรา 9 ภายใต้บังคับมาตรา 14 และมาตรา 15 หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้ข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

³⁰ มาตรา 11 นอกจากข้อมูลข่าวสารของราชการที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาแล้ว หรือที่จัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้แล้ว หรือที่มีการจัดให้ประชาชนได้ค้นคว้าตามมาตรา 26 แล้ว ถ้าบุคคลใดขอข้อมูลข่าวสารอื่นใดของ

ข่าวสารอื่นใดที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในมาตรา 7 และมาตรา 9 โดยกำหนดสิทธิการเข้าถึงผ่านการยื่นคำขอข้อมูลข่าวสารของราชการต่อหน่วยงานของรัฐที่ข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครอง ซึ่งหน้าที่ของหน่วยงานรัฐนั้นจะต้องจัดเตรียมหรือจัดหาให้ โดยต้องเป็นข้อมูลที่มีอยู่แล้วและอยู่ในสภาพพร้อมใช้งานได้ มิใช่เป็นการจัดทำขึ้นมาใหม่ ยกเว้นบางกรณีที่กำหนดไว้แล้ว

(4) สิทธิศึกษาค้นคว้า ตามมาตรา 26³¹ ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นสิทธิ (Right) ที่เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่จัดอยู่ในประเภท เอกสารประวัติศาสตร์ ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารของราชการที่หน่วยงานของรัฐไม่ประสงค์จะเก็บรักษาไว้ หรือกรณีเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีการกำหนดห้ามมิให้เปิดเผย ตามมาตรา 14 ซึ่งเมื่อเอกสารดังกล่าวได้ถูกจัดเก็บไว้จนครบ 75 ปี หรือข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 ซึ่งเมื่อเอกสารได้ถูกจัดเก็บไว้จนครบ 20 ปี³² นับแต่วันที่เสร็จสิ้นการจัดให้มีข้อมูลข่าวสารนั้น กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการส่งมอบให้แก่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาเพื่อให้ประชาชนศึกษาค้นคว้าตามมาตรา 26 ทั้งนี้แม้ว่าข้อมูลข่าวสารที่มีข้อกำหนดไม่ต้องเปิดเผย ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้โดยใช้สิทธิตามมาตรา

2.1.4.2 สิทธิร้องเรียน

เนื่องจากมาตรา 13³³ ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นมาตราที่ประกันสิทธิ (Assurance Rights) ของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของ

ราชการและคำขอของผู้ที่ระบุข้อมูลข่าวสารที่ต้องการในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ตามควร ให้หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้แก่ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร เว้นแต่ผู้ยื่นขอจำนวนมากหรือบ่อยครั้งโดยไม่มีเหตุผลสมควร

๑๓๑

๑๓๑

³¹ มาตรา 26 ข้อมูลข่าวสารของราชการที่หน่วยงานของรัฐไม่ประสงค์จะเก็บรักษาหรือมีอายุครบกำหนดตามวรรคสองนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการจัดให้มีข้อมูลข่าวสารนั้น ให้หน่วยงานของรัฐส่งมอบให้แก่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากรหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา เพื่อคัดเลือกไว้ให้ประชาชนได้ศึกษาค้นคว้า

๑๓๑

๑๓๑

³² ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2548. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 122 (ตอนพิเศษ 99 ง). หน้า 7.

³³ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรา 13 ผู้ใดเห็นว่าหน่วยงานของรัฐไม่จัดพิมพ์ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 7 หรือไม่จัดข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนตรวจดูได้ตามมาตรา 9 หรือไม่จัดหาข้อมูลข่าวสารให้แก่ตนตามมาตรา 11 หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติ

ราชการต่อหน่วยงานของรัฐ โดยหากไม่ได้รับความสะดวกหรือดำเนินการล่าช้าหรือหน่วยงานของรัฐมิได้มีการจัดเตรียมข้อมูลข่าวสารไว้ตามที่พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กำหนดไว้ ประชาชนสามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ ให้พิจารณาดำเนินการต่อหน่วยงานที่ได้รับการร้องเรียน ทั้งนี้กฎหมายยังกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาเรื่องร้องเรียน เพื่อให้ผลพิจารณาออกมาโดยเร็ว อันเป็นประโยชน์แก่ประชาชนต่อไป

2.1.4.3 สิทธิอุทธรณ์

มาตรา 18³⁴ ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นมาตราที่ให้สิทธิแก่ประชาชนอุทธรณ์คำสั่งที่หน่วยงานภาครัฐปฏิเสธเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยยกเหตุยกเว้นแห่งการไม่เปิดเผยข้อมูลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 14 และมาตรา 15 มากด่าว่าอ้าง แต่หากประชาชนที่ได้รับการปฏิเสธเห็นว่า ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวมีผลกระทบหรือจำเป็นอย่างยั้งที่ตนเองต้องเข้ารับรู้ข้อมูลสามารถใช้สิทธิยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่เปิดเผยต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการได้ หรือในกรณีที่ประชาชนรายใดเห็นว่าข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลในความครอบครอง (Occupy) ของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับตนเอง ไม่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริงหรือมีคำร้องขอให้ลบข้อมูลนั้นออกไปแต่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิเสธไม่ดำเนินการให้สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการได้

2.1.4.4 สิทธิคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล

ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนี้มีความสำคัญมากในปัจจุบัน เนื่องจากข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้นอาจมีผลกระทบต่อบุคคลในหลายทาง เช่น อาจมีผลเกี่ยวข้องกับชีวิตและความปลอดภัยของบุคคล เนื่องจากการที่รู้ว่าบุคคลดังกล่าวอยู่ที่ไหน มีการจับจ่ายหรือใช้เงินอย่างไร ไปที่ไหนบ้าง มีทรัพย์สินอย่างไร ย่อมทำให้คาดเดาถึงพฤติกรรมและการกระทำของบุคคลดังกล่าว รวมถึงตลอดถึงผู้ที่บุคคลนั้นเข้าไปเกี่ยวข้องได้ง่าย การปองร้ายจึงเป็นเรื่องที่ทำได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้

ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าหรือเห็นว่ามีตนไม่ได้รับความสะดวกโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้นั้นมีสิทธิร้องเรียนต่อคณะกรรมการ เว้นแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการมีคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 หรือคำสั่งไม่รับฟังคำคัดค้านตามมาตรา 17 หรือคำสั่งไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามมาตรา 25

๑๓๑

๑๓๑

³⁴ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรา 18 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 หรือมีคำสั่งไม่รับฟังคำคัดค้านของผู้มีประโยชน์ได้เสียตามมาตรา 17 ผู้นั้นอาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น โดยยื่นคำอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ

ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลยังเป็นข้อมูลข่าวสารที่อาจใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ ยิ่งไปกว่านั้น ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลเป็นสิ่งที่ใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่และใช้เป็นฐานในการเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายด้วยจากความสำคัญดังกล่าวนี้ กฎหมายจึงจำเป็นต้องให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลโดยคุ้มครองในเรื่อง การจัดเก็บ การเปิดเผย (Disclosure) และการตรวจสอบข้อมูลข่าวสารโดยเจ้าของข้อมูล

บุคคลที่มีสัญชาติไทยย่อมได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลอยู่แล้ว แต่ในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนี้ กฎหมายยังได้ขยายสิทธินี้ไปถึงบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย แต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยด้วย เช่น คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยและได้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ไม่ใช่เข้ามาเพียงชั่วคราวอย่างนักท่องเที่ยว ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลของแรงงานต่างด้าวนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้มีสัญชาติไทย แต่ที่สำคัญคือ การคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนี้เป็นการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารของบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมถึงนิติบุคคล³⁵ ตามมาตรา 21³⁶ ของกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ

2.2 สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการในต่างประเทศ

2.2.1 สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาได้มีการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการพิมพ์ไว้ในบทที่ 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The First Amendment) โดยที่ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิของสาธารณชนรับรู้ (เข้าถึง) ข้อมูลข่าวสารของราชการ แต่ก็ได้มีการบัญญัติสิทธิที่จะขอตรวจเอกสารขึ้นเป็นครั้งแรกในมาตรา 3 ของ Administrative Procedure Act, 1946 ซึ่งกำหนดให้บรรดากระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ต้องพิมพ์กฎข้อบังคับและเอกสารการทำงาน การบริหาร เพื่อเผยแพร่ ต้องจัดให้ประชาชนทั่วไปสามารถตรวจค้นบรรดาความเห็นของราชการและคำสั่งต่าง ๆ ไว้ด้วย แต่เอกสารราชการอาจไม่เปิดเผยก็ได้ ถ้าเป็นความลับอันจะเป็นประโยชน์เพื่อสาธารณะ (Public Policy) หรือเป็นความลับด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งที่สมควร (Reasonable) แต่อำนาจในการไม่เปิดเผยนี้ดูออกจะกว้างขวางมากเกินไป จนทำให้รู้สึกว่าเป็นกฎหมายเพื่อการไม่ยอมเปิดเผยเอกสารมากกว่าที่จะ

³⁵ ฤทัย หงส์ศิริและมานิตย์ จุมปา. (2542). *คำอธิบายกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 87.

³⁶ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรา 21 เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ “บุคคล” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย และบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

เป็นกฎหมายเพื่อการเปิดเผยเอกสาร นอกจากนั้น บรรดากฎหมายรวมทั้งความเห็นหรือคำสั่งของ ราชการ ให้เปิดเผยได้เฉพาะแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงและโดยสมควรเท่านั้น³⁷

ดังนั้น ใน ค.ศ. 1966 จึงได้มีการรับรองสิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยออก กฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในข่าวสาร (The Freedom of Information Act, 1966 : FOIA (1966)) เพื่อ แก้ไขข้อบกพร่องของมาตรา 3 ของ Administrative Procedure Act, 1946 (APA) ดังที่กล่าวแล้ว ข้างต้น ดังนี้

- (1) ลดข้อจำกัดเกี่ยวกับฐานะของบุคคล ผู้ร้องขอตรวจดูเอกสาร
- (2) บรรดากระทรวง ทบวง กรม มีภาระต้องพิสูจน์ให้ทราบถึงเหตุผลแห่งการไม่ยอม เปิดเผย
- (3) ผู้ร้องขอตรวจดูเอกสารอาจร้องขอต่อศาลให้ออกคำสั่งได้ในกรณีที่ผู้ร้องขอไม่ยอมเปิดเผย โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

FOIA (1966) ได้เปลี่ยนหลักการพื้นฐานจากประชาชนควรจะรู้ (Need to Know) เป็น ประชาชนทั่วไปมีสิทธิที่จะรู้ (Right to Know) ซึ่ง FOIA (1966) กำหนดให้ประชาชนสามารถรับรู้ และตรวจสอบข้อมูลข่าวสารของราชการได้ถึง 3 วิธีคือ³⁸

- (1) การพิมพ์แพร่หลาย (Publication)

กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักให้พิมพ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของส่วนราชการบางประเภท แพร่หลาย เพื่อให้ประชาชนได้ทราบถึงพันธะทางกฎหมายและถือว่า “คำสั่งหรือกฎ” ซึ่งมีได้มีการ พิมพ์แพร่หลายนั้น ไม่มีผลบังคับกับประชาชน เว้นเสียแต่ในกรณีที่ประชาชนได้ทราบข้อความ ของ “คำสั่งหรือกฎ” นั้นตามความเป็นจริง การพิมพ์แพร่หลายนี้ส่วนใหญ่จะพิมพ์ปรากฏใน ราชกิจจานุเบกษาหรือในบางกรณีจัดพิมพ์โดยสำนักพิมพ์เอกชน³⁹

หลักที่ว่า “กฎหรือคำสั่งของส่วนราชการซึ่งกฎหมายบังคับให้พิมพ์แพร่หลายแล้วมิได้ ดำเนินการจัดพิมพ์ ก็จะไม่มีผลบังคับแก่คดี” นั้น ใช้บังคับเฉพาะกฎหรือคำสั่งที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ ประชาชนเท่านั้น เพราะกรณีนั้นประชาชนควรได้รับประโยชน์ ไม่ว่าตนจะทราบหรือไม่ก็ตาม⁴⁰

- (2) การจัดระบบตรวจค้นให้ประชาชนทั่วไปเข้าตรวจค้นได้เอง (Public Inspection)
- ข่าวสารบางประเภทไม่มีความสำคัญถึงระดับที่จะให้มีการพิมพ์แพร่หลาย แต่ถ้ามี

³⁷ Kenneth E. Warren. Administration Law in the Political System. West Publishing Company : Paul Minnesota, 1988, page 235-236.

³⁸ วิชรา ไชยสาร. (2545). *สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 23.

³⁹ จิตติ เกษมศิริวัฒน์. (2537). สิทธิของบุคคลรับรู้ข่าวสารของทางราชการ. *รัฐสภาสาร*, 42 (3). หน้า 75.

⁴⁰ Bernard Schwart. (1972). *Legal Control of Governments*. Oxford : Clarendon. page 77.

ความสำคัญถึงระดับ ก็ให้ประชาชนเข้าตรวจค้นได้ทันที ในกฎหมาย FOIA (1966) จึงได้มีบทบังคับให้ประชาชนทั่วไปตรวจค้นได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนสามารถที่จะติดต่อและเข้าใจการปฏิบัติงานของส่วนราชการ โดยให้มีการจัดเก็บทำดัชนี (Index) และมีสถานที่เพื่อให้ประชาชนเข้าไปตรวจดูหรือค้นคว้าเองได้และอาจนำออกโดยขอสำเนาได้เสมอ

นอกจากนั้น ประชาชนยังสามารถตรวจสอบหรือค้นคำสั่ง คำแถลงนโยบาย คู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ และคำชี้แจงต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ ฯลฯ ซึ่งมีได้จัดพิมพ์แพร่หลายได้ แต่ในกรณีที่จะขอตรวจค้นคำสั่งนั้นจะต้องเป็นคำสั่งในการชี้ขาดข้อพิพาทนั้น อย่างไรก็ตามแม้จะมีใช้การชี้ขาดข้อพิพาท หากเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจว่าจะสอบสวนหรือไม่ จะมีการฟ้องร้องคดีหรือไม่ จะเจรจาติดต่อในขณะนั้นอย่างไร ถือว่าควรจัดให้มีการตรวจค้นได้เป็นการทั่วไปเพราะมีผลช่วยให้ประชาชนสามารถติดต่อกับส่วนราชการได้อย่างถูกต้อง และในกรณีที่จะขอตรวจค้นคู่มือหรือคำชี้แจงนั้น ถ้าเป็นคู่มือหรือคำชี้แจงที่เกี่ยวกับการเงิน การจัดยานพาหนะ การบริหารงานบุคคล และที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของราชการเหล่านี้แล้ว ถือว่าไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับประชาชน จึงไม่ถือว่าอยู่ในบังคับที่จะต้องเปิดเผย⁴¹

การให้ประชาชนเข้าตรวจค้นได้ตามกฎหมายนั้น หากส่วนราชการใดไม่จัดให้เข้าตรวจค้นได้เป็นการทั่วไป กฎหมายก็ยังมีให้ส่วนราชการนั้นนำมาอ้างอิงเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ซึ่งจะใช้บังคับแก่ประชาชนวันแต่จะเป็นเรื่องที่ประชาชนโดยทั่วไปรู้กันแล้วเท่านั้น

(3) การจัดให้เอกชนเข้าตรวจค้นได้เป็นการเฉพาะราย (Individual Inspection)

นอกจากบรรดาข่าวสารที่กฎหมายบังคับให้ต้องเปิดเผยโดยวิธีการพิมพ์แพร่หลายหรือโดยจัดให้ประชาชนได้ตรวจค้นได้เป็นการทั่วไปแล้ว บรรดาข่าวสารทั้งหมดจะต้องเปิดเผยโดยการจัดให้เอกชนเข้าตรวจค้นได้เป็นการเฉพาะราย (Individual Inspection) เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องเปิดเผย

การเปิดเผยเอกสารราชการโดยวิธีการนี้ ประชาชนต้องร้องขอต่อหน่วยราชการ โดยจะต้องรวมลักษณะข่าวสารที่ต้องการโดยชัดแจ้งเพื่อให้หน่วยงานนั้น ๆ เข้าใจว่าเป็นข่าวสารเรื่องอะไร หน่วยราชการจะต้องสามารถค้นให้ได้ แม้จะไม่ได้ในทันที ก็จะสามารถหาได้ในเวลาพอสมควร ในการนี้ ประชาชนผู้ร้องขอให้เปิดเผยเอกสารราชการจะต้องเสียค่าธรรมเนียมตามความเหมาะสม

ดังที่ได้ทราบมาแล้วว่า FOIA (1966) ได้กำหนดหลักการไว้ว่าเอกสารต่าง ๆ จะต้องเปิดเผย เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นดังต่อไปนี้⁴²

⁴¹ จิตติ เกษมศิริวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 71.

⁴² จิตติ เกษมศิริวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 26.

1. ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศ (National Defense) และนโยบายของรัฐบาลในการต่างประเทศ (Foreign Policy) ให้เป็นความลับเพื่อประโยชน์ของชาติตามคำสั่งของฝ่ายบริหาร

2. กฎและระเบียบปฏิบัติภายในของส่วนราชการถือเป็นความลับ
3. ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าเปิดเผยไม่ได้
4. ความลับของทางราชการ ข่าวลับทางพาณิชย์และทางการเงิน
5. ข่าวสารติดต่อภายใน
6. สิทธิส่วนบุคคล
7. ข้อมูลเกี่ยวกับการบังคับใช้คดี
8. ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถาบันการเงิน
9. ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการสำรวจปิโตรเลียม

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาว่าเรื่องเกี่ยวกับการเปิดเผยเอกสารให้ประชาชนรับรู้ได้นั้น เพราะฝ่ายปกครองหรือส่วนราชการตระหนักถึงสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชน และได้มีการพัฒนาในเรื่องดังกล่าวนี้มาเป็นเวลานาน โดยเริ่มจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “การไม่เปิดเผยเอกสารนั้นถือเป็นหลัก และการเปิดเผยถือเป็นข้อยกเว้น” และต่อมาเมื่อประกาศใช้ FOIA (1966) แล้วจึงได้ถือหลักการว่า “การเปิดเผยเอกสารถือเป็นหลัก และการไม่เปิดเผยถือเป็นข้อยกเว้น”⁴³ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในประเทศอังกฤษที่จะกล่าวต่อไป จะเห็นได้ว่าการเปิดเผยเอกสารของราชการในสหรัฐอเมริกา นั้นเป็นการเปิดเผยเอกสารให้ประชาชนได้รับรู้โดยแท้จริง⁴⁴

สหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไข FOIA (1966) หลายครั้ง และยังได้มีการตราบัญญัติว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Act, 1974) ที่ไม่เพียงแต่จะอนุญาตให้บุคคลสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับตนซึ่งอยู่ในความครอบครองดูแลของรัฐบาลเท่านั้น Privacy Act ยังให้สิทธิที่จะแก้ไขเพิ่มเติมลบทิ้งข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับตนเองที่ไม่ถูกต้องบางส่วนหรือทั้งหมด รวมทั้งให้สิทธิการฟ้องคดีกับหน่วยงานที่ปฏิเสธไม่ยอมแก้ไขเพิ่มเติมหรือปฏิเสธไม่ให้ข้อมูลได้⁴⁵ และรัฐ

⁴³ วัชรวิชัยสาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 27.

⁴⁴ จิตติ เกษมศิริวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 77.

⁴⁵ ปิยะพันธุ์ อุดมศิลป์. *แนวทางการใช้กฎหมายข้อมูลข่าวสาร*. เรียบเรียงจาก Step-By-Step Guide to using the freedom of Information Act (เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “รัฐบาลโปร่งใส มิติใหม่แห่งการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชน” วันศุกร์ที่ 15 พฤษภาคม 2541 ณ ตึกสันติไมตรี ทำเนียบรัฐบาล)

บัญญัติว่าด้วยกรรมาธิการที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Federal Advisory Committee Act, 1974) เพื่อให้การปกครองเป็นระบบเปิด และให้การคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล นอกเหนือจาก FOIA (1966)⁴⁶

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีกฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ (National Security Act, 1974) ที่อนุญาตให้สำนักงานสืบสวนสอบสวน (Central Intelligence Agency : CIA) สามารถที่จะปกปิดข้อมูลข่าวสารที่อาจจะนำไปสู่การเปิดเผยแหล่งข่าว และคำสั่งของฝ่ายบริหาร (Executive Order) ที่ 12356 ลงวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 1982 ซึ่งออกโดยประธานาธิบดีเรแกน ได้กำหนดรายละเอียดของ National Defence และ Foreign Policy ที่เป็นข้อยกเว้นมิให้เปิดเผยต่อสาธารณชน ตาม FOIA (1966) ทำให้ข้อมูลข่าวสารที่ต้องจำแนกและเก็บรักษาไว้ให้พ้นจากการตรวจสอบของประชาชนมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น และได้ให้อำนาจให้แก่ส่วนราชการ โดยเพิ่มดุลพินิจในการพิจารณาว่าข้อมูลข่าวสารที่กำหนดไว้ประเภทใดควรจะเก็บรักษาไว้เป็นความลับ รวมทั้งให้อำนาจในการจัดประเภทของข้อมูลข่าวสารที่ได้จัดไว้แล้วก่อนที่จะมีการประกาศใช้คำสั่งนี้ใหม่ ผลของคำสั่งนี้ทำให้ข้อมูลข่าวสารหลายประเภทไม่สามารถที่จะเปิดเผยต่อสาธารณชนได้ จึงเป็นการบั่นทอนสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการตามที่กำหนดไว้ใน FOIA (1966)⁴⁷

2.2.2 สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการของสหราชอาณาจักร

การที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการในสหราชอาณาจักรนั้นเป็นเรื่องที่ยากลำบาก เนื่องจากส่วนราชการไม่เต็มใจที่จะอนุญาตให้ประชาชนได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ เพราะถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของราชการ (Crown Privilege) จึงสามารถอ้างเอกสิทธิ์ไม่ยอมเปิดเผยหรือส่งเอกสารให้ได้⁴⁸

แม้ว่าฝ่ายราชการจะอ้างเอกสิทธิ์ที่จะไม่เปิดเผยเอกสารที่ถือว่าเป็นความลับของราชการก็ตาม แต่ศาลได้เข้ามามีบทบาทที่จะพิจารณาว่าเอกสารที่ฝ่ายราชการอ้างนั้น เป็นเอกสารลับของทางราชการหรือไม่ หากศาลไม่เข้ามามีบทบาทนี้แล้ว ราชการหรือฝ่ายปกครองก็มักจะอ้างเอกสิทธิ์เรื่องความลับของทางราชการเรื่อยไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนได้ เช่น ในคดี *Duncan v. Commell Laire E.Co., Ltd.* โดยการสูญเสียเรือดำน้ำ ชื่อ *Thetis* ในอ่าวเมือง Liverpool ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 โจทก์ได้ฟ้องศาลขอให้ศาลบังคับจำเลยยอมให้โจทก์ได้ตรวจสอบ

⁴⁶ Norman S. Marsc. (1987). *Public and access to Government-Held Information : A Comparative Symposium*. London : Stevens & Son Ltd. page 57-58.

⁴⁷ Peter Herman, and Charies R, McClure. *Public access to government Information*. Norwood. New Jersey : Ablex publishing corporation. page 33-34.

⁴⁸ Bernard Schwart. (1972). *Legal Control of Governments*. Oxford : Clarendon. page 80.

เอกสาร ซึ่งรวมทั้งเอกสารสีน้ำเงิน ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับเรือดำน้ำ Thetis แต่ส่วนราชการได้อ้าง เอกสิทธิ์ไม่ส่งเอกสาร โดยศาลสูงได้กล่าวว่า ศาลไม่มีอำนาจที่จะอนุญาตให้โจทก์เข้าตรวจดู เอกสารนั้นได้ เนื่องจากโจทก์ไม่มีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องกับเอกสารแต่อย่างใด⁴⁹

คณะกรรมการ Fulton ได้วิจารณ์ถึงกรณีเอกสารที่เป็นความลับของทางราชการที่มากจน เกินควร หลังจากนั้นฝ่ายราชการจึงเสนอรายงาน White Paper โดยได้บรรยายถึงคุณค่าของข่าวสาร สาธารณะ (Public Information) และการเข้ามามีส่วนร่วมของประชาชน (Public participation) ต่อมาได้มีการตรากฎหมายความลับของทางราชการ ค.ศ. 1911 (Official Secrets Act, 1911) ขึ้นซึ่ง กฎหมายฉบับนี้เป็นเรื่องความลับของทางราชการที่ขัดกับกฎหมายรับรองสิทธิของสาธารณชนรับรู้ ข้อมูลข่าวสารของราชการและผ่านสภาผู้แทนราษฎรของอังกฤษในขณะที่เกิดวิกฤตการณ์ทาง การเมือง โดยปราศจากการโต้แย้งเพียง 1 วัน เนื้อหาสาระของกฎหมายได้ปิดกั้นการรับรู้ข้อมูล ข่าวสารของราชการโดยปลูกฝังความคิดว่า การเปิดเผยข่าวสารของราชการและการให้ข่าวสารโดย ปราศจากอำนาจแล้ว ถือว่าเป็นความผิดอาญาและมีได้มีการยอมรับสิทธิที่จะรู้ของประชาชนแต่ อย่างไม่เป็นเหตุให้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างมาก

ต่อมาได้มีการเสนอร่างกฎหมาย Protection of Official Information Bill เพื่อแก้ไข ข้อบกพร่องของ Official Secrets Act, 1911 แต่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ในที่สุดรัฐบาล ก็ได้ถอนร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวออกไป และจนกระทั่งปัจจุบันก็ยังมิได้มีการเปลี่ยนแปลงแต่ อย่างไม่⁵⁰

2.2.3 สิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือหลักการว่า เอกสารทางราชการ (Les-document' administrative) ย่อมเป็นความลับที่ไม่สมควรเปิดเผยให้สาธารณชนได้ทราบ เป็นเวลาช้านานก่อน ค.ศ. 1978 ตรงกันข้ามกับประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียและประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งยึดถือหลักการตาม ระบอบประชาธิปไตยว่า ประชาชนควรมีสิทธิเสรีภาพที่จะทราบข้อมูลต่าง ๆ รวมทั้งสามารถขอ ดูเอกสารของราชการได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยไม่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประเทศ

ต่อมาสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตรากฎหมายว่าด้วยการให้ประชาชนเข้าถึงเอกสารของรัฐ การ (รัฐบัญญัติ เลขที่ 78-753) The law of July 17, 1978 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1978 ซึ่งได้รับรอง สิทธิของสาธารณชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของรัฐการอย่างชัดเจน

⁴⁹ ไพทิจิต เอกจริยากร. (2526). *เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 66.

⁵⁰ Norman s. Marsh. Supra Note 46. page 157.

รัฐบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “เอกสารทางราชการ” (Administrative document) ไว้ว่า หมายถึง บรรดาแฟ้ม (dossiers) รายงานการศึกษา บันทึก (Comptes rendus) รายงานการประชุม สถิติ คำวินิจฉัย หนังสือเวียน ข้อสังเกต และการตอบข้อซักถามของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายเพื่อการบังคับใช้หรือเพื่ออธิบายถึงวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลชั้นต้น ทั้งนี้ ไม่รวมถึงข้อความเห็น ดังนั้น จึงเป็นการอธิบายความหมายที่กว้างขวางมาก ด้วยเหตุนี้หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการยึดถือเอกสารของราชการจึงต้องมีหน้าที่ให้บริการแก่ประชาชนในการเข้าตรวจเอกสารดังกล่าว⁵¹

แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นที่ส่วนราชการไม่เปิดเผยเอกสารบางประเภทแก่ประชาชนก็ได้ ได้แก่

1. เอกสารที่เป็นความลับเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ
2. เอกสารที่เป็นความลับเกี่ยวกับนโยบายการบังคับใช้ กฎหมายเพื่อป้องกันอาชญากรรม
3. เอกสารที่เป็นความลับเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล เป็นต้น

นอกจากนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสยังมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของสาธารณชนรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการในทางลับ (ปกปิด) อีก ได้แก่ The Law of January 3, 1979 on Archives ซึ่งเป็นเรื่องของข้อมูลข่าวสารที่มีความสำคัญบางประเภทและกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมต่อการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เก็บรักษาไว้ (เช่น 60 ปี สำหรับข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคล หรือเป็นข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศหรือการป้องกันประเทศ) และ The Law of July 11, 1979 on the Giving of Reasons for Administrative Acts ซึ่งกำหนดหน้าที่ของส่วนราชการที่จะต้องให้เหตุผลประกอบการกระทำหรือดุลพินิจในทางปกครอง⁵²

2.3 หลักการใช้ดุลพินิจไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ก่อนจะทำการศึกษาวเคราะห์ถึงปัญหาการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ ซึ่งทำให้สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชน ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ดังนั้น ในเบื้องต้นนี้จะได้ทำการศึกษาลักษณะของ ความหมายและประเภทของดุลพินิจ ดังนี้

⁵¹ จิตติ เกษมศิริวัฒน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39. หน้า 71.

⁵² สติ ศรีบุญเรือง. (2541). *ปราชญ์พิเศษเรื่อง พ.ร.บ. ข้อมูลข่าวสารของราชการ*. สถาบันนโยบายศึกษา.

2.3.1 หลักคุณพินิจ

ในทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งต่าง ๆ อาจจำแนกได้ 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจผูกพันและอำนาจคุณพินิจ

2.3.1.1 อำนาจผูกพัน

อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้นองค์กรของรัฐจะต้องออกคำสั่ง และจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้⁵³

ฝ่ายปกครอง (Administration) ถูกผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยเคร่งครัดเด็ดขาด ไม่มีอำนาจเลือกกระทำการอย่างอื่นใด เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดคุณสมบัติของชายและหญิงที่จะจดทะเบียนสมรสกันไว้ และได้กำหนดเงื่อนไขการสมรสไว้เช่นนี้ หากชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้และได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วน นายทะเบียนก็ต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้อง ไม่มีอำนาจวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้ หรือกรณีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองในการออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์แก่เอกชน โดยกำหนดเงื่อนไขการออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ไว้หลายประการ เช่นนี้ ถ้าเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ยื่นคำร้องขอใบอนุญาตล่าสัตว์ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ครบถ้วน องค์กรฝ่ายปกครองก็ต้องออกใบอนุญาต (License) ให้ล่าสัตว์ให้แก่ผู้ยื่นคำร้อง จะเห็นได้ว่า อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) นั้น แท้จริงแล้วก็คือปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง

นิติกรรมที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงเปรียบเสมือนเครื่องทำงานอัตโนมัติให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น⁵⁴

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจผูกพัน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 37/2546 ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการฯ เพียงกำหนดให้จัดสถานบริการตามมาตรา 3(4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบก่อนการจัดตั้งไม่น้อยกว่า 15 วัน และให้ผู้รับแจ้งออกหลักฐานการแจ้งให้แก่ผู้แจ้งการตั้งสถานบริการ ในการนี้หน่วยงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

⁵³ Jean Rivéro. (1980). *Droit administrative Addition*. Paris: Dalloz, page 83. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์.

(2534). การควบคุมการใช้คุณพินิจการปกครองโดยองค์กรตุลาการ. *บทบัญญัติ*, 47 (1). หน้า 53.

⁵⁴ มานิตย์ จุมปา. (2549). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครองเล่ม 1*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 160.

ที่จะต้องตรวจสอบก่อนว่าผู้แจ้งการจัดตั้งสถานบริการมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 6 และสถานที่ตั้งสถานบริการไม่ขัดต่อมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน อีกทั้งได้จัดลักษณะอาคารภายนอกและภายในของสถานบริการไม่ขัดต่อกฎกระทรวงฉบับที่ 3 (พ.ศ.2521) เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้องตามกฎหมาย พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมผูกพันที่จะต้องออกไปแจ้งให้ การออกหรือไม่ออกไปรับแจ้งให้ผู้จัดตั้งสถานบริการตามมาตรา 3(4)⁵⁵ แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการฯ จึงมีลักษณะเป็นอำนาจผูกพัน ดังนั้น เมื่อคณะทำงานตรวจสอบการจัดตั้งสถานบริการได้รายงานว่าการจัดตั้งสถานบริการที่พิพาทชอบด้วยกฎหมาย และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้มีข้อโต้แย้งแต่ประการใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้องผูกพันที่จะต้องออกไปรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้แก่ผู้ฟ้องคดี การไม่ออกไปรับแจ้งให้ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ข้ออ้างสถานบริการที่พิพาทตั้งอยู่นอกพื้นที่อนุญาตให้ตั้งสถานบริการตามร่างพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตพื้นที่ตั้งสถานบริการในพื้นที่จังหวัดภูเก็ต จึงเป็นนโยบายของกระทรวงมหาดไทยที่กำหนดเขตพื้นที่ตั้งสถานบริการเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่อาจรับฟังได้ เนื่องจากนโยบายของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวยังไม่มีความหมายรองรับ จึงไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้

2.3.1.2 อำนาจดุลพินิจ⁵⁶

⁵⁵ พระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546

มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “สถานบริการ” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2525 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

สถานบริการ หมายความว่า สถานที่ที่สร้างขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้าดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(4) สถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มนอกจากนี้จำหน่ายหรือให้บริการ โดยมีรูปแบบอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) มีดนตรี การแสดงดนตรี หรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิงและยินยอมหรือปล่อยให้พนักงาน นักร้อง นักแสดง หรือพนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า

(ข) มีการจัดอุปกรณ์การร้องเพลงประกอบดนตรีให้แก่ลูกค้า โดยจัดให้มีผู้บริการขับร้องเพลงกับลูกค้า หรือยินยอมหรือปล่อยให้พนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า

(ค) มีการเดินหรือยินยอมให้มีการเดิน หรือจัดให้มีการแสดงเต้น เช่น เต้นบนเวทีหรือการเต้นบริเวณโต๊ะอาหารหรือเครื่องดื่ม

(ง) มีลักษณะของสถานที่ การจัดแสงหรือเสียง หรืออุปกรณ์อื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

๑ล๑

๑ล๑

⁵⁶ อำพน เจริญชีวินทร์. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 58. ให้คำอธิบาย อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงาน

อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน ซึ่งถือเป็นหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง เนื่องจากในการตรากฎหมายนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนและครบคลุมได้ในทุกกรณี โดยเหตุที่การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหลากหลายซึ่งอาจจะแตกต่างกันออกไป ทำให้ไม่สามารถที่จะวินิจฉัยสั่งการให้เหมือนกันในทุกกรณีได้ กฎหมายจึงเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยสั่งการ (Command Diagnosis) ปรับข้อกฎหมายต่าง ๆ ให้เหมาะสมสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ๆ ไป อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย⁵⁷

โดยกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรฝ่ายปกครอง จะไม่ได้กำหนดบังคับไว้ล่วงหน้าว่า หากมีข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง ต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งการไปในทางใดทางหนึ่ง แต่กฎหมายจะเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจได้โดยอิสระว่าจะมีคำสั่งหรือดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ อย่างไรหรือไม่ และหากเลือกดำเนินการหรือมีคำสั่งก็มีอำนาจตัดสินใจว่าจะเลือกดำเนินการอย่างไรในมาตรการหนึ่งที่กฎหมายระบุไว้

ทั้งนี้ วิธีการเขียนกฎหมายที่ให้เป็นอำนาจดุลพินิจจะมีข้อความที่เห็นได้ว่าเลือกปฏิบัติได้ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 บัญญัติว่า “ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติที่ดี ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีที่ดี ดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ก็ดี พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่อใบอนุญาตหรือสั่งพักใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตก็ได้⁵⁸” คือ เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจว่าสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และหากเห็นว่าสมควรจะออกคำสั่ง ฝ่ายปกครองก็ยังมีอิสระในการตัดสินใจว่าจะสั่งไม่ต่อใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองมี 2 ประเภท คือ ประเภทแรกฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะทำหรือไม่ทำนิติกรรมทางปกครอง ประเภทที่สอง เมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะทำนิติกรรมทาง

ของฝ่ายปกครองใช้พิจารณาอย่างมีเหตุผลโดยอิสระที่จะพิจารณาเลือกตัดสินใจสั่งการหรือไม่สั่งการไปตามความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีเพื่อประโยชน์ของประชาชน.

⁵⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 53, หน้า 53.

⁵⁸ จรินดี หะวานนท์, (2549). *ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 77-78.

ปกครองก็มีดุลพินิจว่าจะเลือกทำนิติกรรมทางปกครอง (Administrative Act) อย่างไรในหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายกำหนดไว้⁵⁹

ตัวอย่างที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) แก่ฝ่ายปกครอง เช่น⁶⁰ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 43 บัญญัติว่า ถ้าไม่มีการรื้อถอนตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 42 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดังต่อไปนี้

1) ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล นับระยะเวลาที่กำหนดไว้ในมาตรา 42 ได้ล่วงพ้นไป ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขัง บุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 42 โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

2) ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง โดยจะต้องปิดประกาศกำหนดการรื้อถอนไว้ในบริเวณนั้นแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 7 วัน และเจ้าของหรือผู้ควบคุมอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ผู้ควบคุมงานและผู้ดำเนินการจะต้องร่วมกันเสียค่าใช้จ่ายในการนั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

เมื่อกฎหมายใดให้อำนาจหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการมีดุลพินิจวินิจฉัยสั่งการได้แล้ว องค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาล ก็มีอำนาจก้าวล่วงเข้ามาวินิจฉัยแทนได้ เพราะเป็นอำนาจโดยแท้จริงของฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักนิติรัฐฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจโดยอิสระมิได้ ดุลพินิจจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น⁶¹

อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจดุลพินิจจะเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน แต่ส่วนใหญ่แล้วอำนาจที่กฎหมายให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะออกคำสั่งนั้นเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจผสมกันไป เนื่องจากบางกรณีกฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องออกคำสั่ง ซึ่งเป็นอำนาจผูกพันให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำตาม แต่ในการออกคำสั่งนั้นกฎหมายก็บัญญัติให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งอย่างไรในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องไว้ให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกดำเนินการได้ ซึ่งในส่วนนี้เป็อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) เช่น หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นว่า มีข้าราชการคน

⁵⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2546). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 171.

⁶⁰ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 20.

⁶¹ นัยนา เกิดวิชัย. (2543). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 72.

ใดคนหนึ่งได้กระทำการซึ่งกฎหมายข้อราชการพลเรือน ได้บัญญัติว่าเป็นการกระทำผิดวินัยร้ายแรง ซึ่งผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งมีหน้าที่จะต้องออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้นั้น ซึ่งเป็นอำนาจผูกพันให้ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งมีหน้าที่ต้องออกคำสั่ง แต่ในการออกคำสั่งนั้นผู้มีอำนาจผู้มีอำนาจก็ยังมีอำนาจใช้ดุลพินิจโดยอิสระในการตัดสินใจว่าสมควรจะมีคำสั่งให้ออก หรือปลดออก หรือให้ไปออกจากราชการ

2.3.2 ความหมายของดุลพินิจ

สำหรับความหมายของดุลพินิจ มีนักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้ดังนี้

Kenneth C. Davis นักกฎหมายชาวอเมริกัน กล่าวว่า “เจ้าพนักงานของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการไปตามหลายทางหรือทางที่จะไม่กระทำ⁶²

S.A.de Smith และ J.M. Evans นักกฎหมายชาวอังกฤษ ได้อธิบาย ดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทางถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายมีเพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช่การใช้ดุลพินิจแต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่⁶³

ดุลพินิจ ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554⁶⁴ ได้ให้ความหมายว่า คำว่าดุลพินิจประกอบด้วยคำว่า ดุล กับคำว่า พินิจ ดุล แปลว่า เท่ากัน เสมอกัน เท่าเทียมกัน พินิจ แปลว่า การพิจารณา ดุลพินิจ จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควร การพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม

อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งทั้งหลาย ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐ (State Organization) ฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตนสมควรออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁶⁵

⁶² Kenneth C. Davis. (1972). *Administrative Law Texts*. 3rd ed. page 91.

⁶³ S.A.de Smith and J.M. Evans. (1980). *Judicial Review of Administrative Action*.

⁶⁴ ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์. หน้า 440.

⁶⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 53. หน้า 53.

2.3.3 คุณพินิจกับการใช้อำนาจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาจาก โครงสร้างของตัวบทกฎหมาย และขั้นตอนกระบวนการใช้กฎหมาย⁶⁶ ว่าจะต้องใช้คุณพินิจในขั้นตอนใด

โครงสร้างของกฎหมาย มี 2 ส่วน คือ (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (2) องค์ประกอบส่วนผล

(1) ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Legal Elements or Legal Facts) คือ หากมีเหตุการณ์เหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ก็สามารถนำไปปรับเข้ากับตัวบทมาตราของกฎหมายนั้น ๆ ได้ โดยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายนั้น จะบัญญัติไว้มีความหมายครอบคลุมกว้างขวาง เพื่อให้สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ในหลายกรณีแตกต่างกันไปได้

(2) องค์ประกอบส่วนผล (Legal Consequence or Legal Effect) ในกฎหมายปกครองจะมีบทบัญญัติที่เป็องค์ประกอบส่วนเหตุและผลในทุกบทมาตรา ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายอาญา ที่มีองค์ประกอบส่วนฐานความผิดและส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย คือ บทกำหนดโทษ ซึ่งในกฎหมายปกครองเมื่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์ประกอบส่วนผลก็จะตามมาคือ จะมีผลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 บัญญัติองค์ประกอบส่วนเหตุไว้มีใจความว่า ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติ ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ และได้บัญญัติองค์ประกอบส่วนผลไว้ว่า พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจไม่เข้าไปอนุญาตหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้

นอกจากนี้การที่จะทราบตำแหน่งของคุณพินิจในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกจากจะพิจารณาเรื่องโครงสร้างของตัวบทกฎหมายแล้ว ยังต้องพิจารณาเรื่องขั้นตอนกระบวนการใช้กฎหมายด้วย ซึ่งขั้นตอนกระบวนการในการใช้กฎหมาย มีด้วยกัน 3 ขั้นตอน คือ

2.3.3.1 การใช้คุณพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง

ขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริง (Finding of Facts) หรือที่นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า “การวินิจฉัยข้อเท็จจริง” การที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะออกคำสั่งใด ๆ จะต้องมีการตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ซึ่งในการตรวจสอบดังกล่าว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อพิสูจน์ว่ามีข้อเท็จจริง

⁶⁶ จรินดิ หะวานนท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 79.

เกิดขึ้นหรือไม่ และการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำไป ตามพยานหลักฐานที่มีอยู่ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถใช้ดุลพินิจวินิจฉัยได้ อย่างอิสระ ทั้งนี้หากพยานหลักฐานระบุไว้อย่างไร หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มี อำนาจวินิจฉัยว่าความจริงเกิดขึ้นเป็นอีกอย่างหนึ่งได้ ฉะนั้น การพิเคราะห์พยานหลักฐานจะไม่มี การใช้ดุลพินิจในขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถ เลือกวินิจฉัยได้ตามอำเภอใจ โดยศาลของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์ว่าพยานหลักฐานที่ เพียงพอพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีปกครองต้องเป็นพยานหลักฐานที่เป็นอิสระ⁶⁷

2.3.3.2 การใช้ดุลพินิจในขั้นตอนการปรับกฎหมาย

ขั้นตอนการปรับกฎหมาย (Application of Law) หรือที่นักกฎหมายหลายท่านมัก เรียกขั้นตอนนี้ว่า “การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง” คือ เมื่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐได้มีการตรวจสอบแล้วว่า มีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นจริง ขั้นตอนที่ต่อไปคือ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีนั้นตรงกับ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายใด ขั้นตอนนี้จึงเป็นการนำองค์ประกอบส่วน เหตุแห่งบทบัญญัติของกฎหมายไปปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ซึ่งองค์ประกอบส่วนเหตุของ บทบัญญัติกฎหมาย อาจเขียนในลักษณะกว้าง การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายนี้จึงต้องมีการ ตีความ ซึ่งอาจมีการอธิบายโดยนักวิชาการ คำพิพากษา ซึ่งวิธีการในการนำบทบัญญัติของกฎหมาย มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องนั้น มีวิธีการตามลำดับดังต่อไปนี้⁶⁸

1) การตีความองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติของกฎหมายว่า ด้วยบท กฎหมายนั้น ๆ มีความหมายเพียงใด ความหมายกว้าง ความหมายแคบ และครอบคลุมเพียงใด

2) มีการแยกแยะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า ส่วนใดเป็นข้อเท็จจริงหลักที่เป็น สาระสำคัญและส่วนใดเป็นข้อเท็จจริงย่อยที่เป็นเพียงรายละเอียด โดยการปรับบทกฎหมายเข้ากับ ข้อเท็จจริง ให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงหลักที่เป็นสาระสำคัญ ส่วนข้อเท็จจริงย่อยที่เป็น รายละเอียดนั้น หากแตกต่างไปจากองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายไปบ้างก็ไม่เป็นเรื่องสำคัญ

3) นำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงตามบทบัญญัติกฎหมายว่า สอดคล้องหรือเหมือนกับข้อเท็จจริงตามบทกฎหมายมาตราใด

ในขั้นตอนการปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น ต้องมีการตีความ บทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการตีความตามตัวอักษรหรือตีความตามเจตนารมณ์ และไม่ว่า

⁶⁷ นัยนา เกิดวิชา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 204.

⁶⁸ บัญชา เขียวต่าย. (2536). *การให้ประชาชนเข้าถึงเอกสารของทางราชการในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 25.

จะเป็นการตีความลักษณะใด หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจตามอำเภอใจที่จะให้ความหมายอื่น ลักษณะของการใช้กฎหมายในขั้นตอนการปรับบทกฎหมายจึงไม่ใช่ดุลพินิจ⁶⁹ และหากบทบัญญัติกฎหมายที่จะปรับเข้ากับข้อเท็จจริงนั้น ได้บัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนชัดเจนอยู่แล้ว หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่มีดุลพินิจในการที่จะวินิจฉัยว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นอย่างอื่น แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน (Indefinite Concepts) มีความหมายคลุมเครือ ซึ่งวิญญูชน (Reasonable Man) แต่ละคนอาจมีความเข้าใจในถ้อยคำนั้น ได้แตกต่างกันไป ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายแต่ละฉบับจะมีการเขียนถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนไว้เกือบทั้งสิ้น ซึ่งกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้และเมื่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยให้ความหมายของถ้อยคำไปแล้ว ศาลควรให้ความเคารพ ดุลพินิจประเภทนี้เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” (Margin of Judgement/latitude de Jugement) โดยไม่เข้ามาตรวจสอบดุลพินิจดังกล่าวของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีก แต่ฝ่ายที่มีความเห็นแย้งเห็นว่า เมื่อเป็นถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะชัดเจนหรือไม่เจาะจงก็ตาม เป็นเรื่องของกฎหมายทั้งสิ้น ศาลสามารถทบทวนได้⁷⁰ คือ ไม่ว่าจะบทบัญญัติกฎหมายจะใช้ถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนชัดเจนหรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจนก็ตาม แต่จริง ๆ แล้วความหมายที่ถูกต้องนั้นมีอันเดียว ซึ่งหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องใช้พิจารณาแสวงหาคำตอบที่ถูกต้อง ซึ่งศาลมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ให้ความหมายและตีความถ้อยคำนั้น ๆ ถูกต้องหรือไม่

2.3.3.3 การใช้ดุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจ

ขั้นตอนการตัดสินใจใช้อำนาจ (Decision to Exercise the Power) ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งทั้งหลายซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐองค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควร จะออกคำสั่งหรือไม่และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁷¹

⁶⁹ จิรนิติ หะวานนท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 81.

⁷⁰ กมลชัย รัตนสากวาศ์. (2529). แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. *บทบัญญัติ*, 42 (1). หน้า 71 – 72.

⁷¹ บรรเจติ สิงคะเนติ. (2548). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 61.

เมื่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับเข้ากับองค์ประกอบส่วนเหตุแห่งบทบัญญัติกฎหมายแล้ว ก็ต้องพิจารณาองค์ประกอบส่วนผลแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย ว่ากรณีดังกล่าวกฎหมายบัญญัติผลไว้อย่างไร โดยหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนผลนั้น อาจบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ซึ่งหากเป็นอำนาจผูกพัน หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีหน้าที่ต้องกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ⁷² แต่หากเป็นอำนาจดุลพินิจหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีอำนาจที่จะเลือกที่จะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ และหากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกที่จะใช้อำนาจก็ต้องตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจอย่างไร ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกกระทำการได้เพียงประการเดียว หรืออาจกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกกระทำการได้หลายประการเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ซึ่งอาจเป็นการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการก็ได้ หรืออาจกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ ซึ่งหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการตัดสินใจเลือกกระทำการภายใต้กรอบของกฎหมาย

2.4 หลักกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ปัจจุบันศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายปกครองจำนวนหนึ่งมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷³ โดยหลักกฎหมายปกครองที่มีบทบาทในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองปรากฏอยู่หลายหลักด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) หลักความสมเหตุสมผล (Principle Reasonableness) หลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) และหลักสุจริต (Principle of Good Faith) โดยแต่ละหลักมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐ โดยในบริบทของกฎหมายปกครองนั้นหลัก

⁷² ฉวาร์ เกียรติพิทิว. (2551). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 472.

⁷³ ไพทิต เอกจริยากร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 66.

ความชอบด้วยกฎหมายมีหลักการย่อยที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ซึ่งเป็นหลักการที่มีสาระสำคัญว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และจะต้องใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย⁷⁴ ทั้งนี้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) หลักการกระทำทางปกครองจ้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หลักนี้กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในรัฐ ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจกระทำการไม่ให้ขัดต่อกฎหมายในลำดับชั้นต่าง ๆ

(2) หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ หลักนี้กำหนดว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองก็จะต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจกระทำการเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้

ศาลปกครองได้นำหลักความชอบด้วยกฎหมายมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย โดยได้วินิจฉัยไว้ในหลายคดีว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเสมอ หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้

2.4.2 หลักความสมเหตุสมผล

หลักความสมเหตุสมผล (Principle Reasonableness) หรือหลักความชอบด้วยเหตุผล เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควร หลักการนี้จึงห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องไม่ใช้ดุลพินิจกระทำการใด ๆ ที่วิญญูชนไม่พึงกระทำกัน ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องมีเหตุผลรองรับทุกครั้ง มิฉะนั้นจะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอีกลักษณะหนึ่งที่ศาลปกครองเข้ามาควบคุมได้ หลักความสมเหตุสมผลถูกนำมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก่อนการจัดตั้งศาลปกครองเสียอีก โดยศาลยุติธรรมวินิจฉัยไว้ว่าหากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอ การใช้ดุลพินิจดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้⁷⁵ ต่อมาศาลปกครองก็ได้นำหลักความสมเหตุสมผลมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน

⁷⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7.

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 822/2522

2.4.3 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หรือที่เรียกว่า “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร โดยเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการนั้นให้พอเหมาะพอประมาณกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนมีหลักการย่อย 3 ประการดังต่อไปนี้⁷⁶

(1) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หรือหลักสัมฤทธิ์ผล เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยใช้มาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้

โจทก์มีกรณีต้องหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง และจำเลยที่ 1 ตั้งคณะกรรมการขึ้นสอบสวนแล้ว จำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 3 ในฐานะรัฐมนตรีมีคำสั่งไล่โจทก์ออกจากราชการตามมติของ อ.ก.พ. กระทรวงมหาดไทย เป็นกรณีที่จำเลยที่ 1 และที่ 3 กระทำการตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2497 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น หากโจทก์เห็นว่าคำสั่งของจำเลยที่ 1 โจทก์ออกจากราชการไม่ถูกต้องก็อุทธรณ์ได้และโจทก์ก็ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อนายกรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2497 มาตรา 104 แล้ว คำสั่งของนายกรัฐมนตรีจึงเป็นที่สุดตามมาตรา 105 ของกฎหมายดังกล่าวเว้นแต่คำสั่งของนายกรัฐมนตรีจะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และการฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้นไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนเป็นเพียงพอหรือมิได้เป็นไปโดยสุจริต แต่โจทก์ก็ไม่ได้บรรยายฟ้องว่าคำสั่งของนายกรัฐมนตรีไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และมีได้บรรยายว่าคณะกรรมการสอบสวนของจำเลยที่ 1 หรือนายกรัฐมนตรีฟังข้อเท็จจริงหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือโดยไม่สุจริต โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยที่ 1 และที่ 2 เพิกถอนคำสั่งที่ไล่โจทก์ออกจากราชการ ส่วนข้อที่โจทก์ขอให้รับฟ้องฐานละเมิด ซึ่งโจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยที่ 1 เชื้อข้อเท็จจริงจากสำนวนสอบสวนของคณะกรรมการ แล้วนำเข้าสู่ประชุม อ.ก.พ. กระทรวงมหาดไทยไม่ให้โอกาสแก่ อ.ก.พ. แต่ละคนพิจารณาสอบสวนให้ละเอียดรอบคอบ จำเลยที่ 2 ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ของโจทก์หลงเชื่อ อ.ก.พ. กระทรวงฯ และไม่สอบสวนหรือเรียกพยานหลักฐานจากโจทก์มาประกอบการพิจารณา และจำเลยที่ 3 ในฐานะประธาน อ.ก.พ. กระทรวงฯ ในขณะนั้นใช้อำนาจมิชอบฉวยโอกาสจากความเกรงกลัวของผู้ได้บังคับบัญชาบรรดให้ที่ประชุม อ.ก.พ. มีมติให้ไล่โจทก์ออกจากราชการมีเจตนาไม่สุจริต ไม่ให้ความเป็นธรรมเพียงพอ โดยพิจารณาอุทธรณ์ในทางที่จะยืนยันคำสั่งซึ่งจำเลยที่ 3 เป็นผู้ลงชื่อในขณะที่ออกคำสั่ง ทำให้จำเลยที่ 2 เป็นชอบกับคำสั่งของจำเลยที่ 1 นั้น เห็นว่าตามคำบรรยายฟ้องของโจทก์ดังกล่าวข้างฟังไม่ได้ว่าจำเลยทั้งสามจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อโจทก์โดยผิดกฎหมายหรือมิชอบด้วยกฎหมายให้โจทก์เสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิหรือจำเลยทั้งสามทำละเมิดต่อโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ดังที่โจทก์ฟ้อง

⁷⁶ ชาญชัย แสงวงศ์. (2555). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 258.

เพราะฉะนั้นมาตรการใดที่เห็นประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายใดอย่างแน่นอน แต่ ย่อมถือได้ว่าเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมและขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการ โดยใช้มาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุด กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมตามหลักการแรกหลายมาตรการ ฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุดมากระทำการ มิฉะนั้นจะขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการ โดยใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชน ดังนั้น มาตรการใดก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมน้อยกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชน ฝ่ายปกครองจะนำมาตรการนั้นมากระทำการไม่ได้โดยเด็ดขาด ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะสามารถกระทำการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ตามหลักความเหมาะสมและมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุดตามหลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ก็ตาม

หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองแล้ว ปรากฏว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายจำนวนมากกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยเคารพต่อหลักความได้สัดส่วนด้วย เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 กำหนดว่าเมื่อสถานบริการใดดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่อใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการทำความผิด หรือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 96 กำหนดว่า ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ หรือตัดเงินเดือน หรือลดเงินเดือนตามควรแก่กรณีที่เหมาะสมกับความผิด เป็นต้น ฉะนั้น ศาลปกครองจึงจำเป็นต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครองด้วย

2.4.4 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) เป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกันและต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล การที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันก็ดี หรือการที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติ

ต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค⁷⁷ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 27 ด้วย เหตุนี้เองการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคย่อมเป็นการกระทำที่ขัด รัฐธรรมนูญไปด้วย

ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อหลักความเสมอภาค แม้แต่ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองที่จะใช้ดุลพินิจได้⁷⁸ โดยฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้เหมือนกันหากสิ่งที่พิจารณามีสาระสำคัญเหมือนกันและต้องใช้ดุลพินิจให้แตกต่างกันหากสองที่พิจารณามีสาระสำคัญแตกต่างกัน มิฉะนั้นจะขัดต่อหลักความเสมอภาค ด้วยผลของหลักความเสมอภาคนี้เองทำให้ฝ่ายปกครอง ต้องผูกพันต่อการใช้ดุลพินิจในครั้งก่อน ๆ ของตน แต่มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ เพียงแต่ฝ่ายปกครองได้สร้างแนวการใช้ดุลพินิจของตนขึ้นเท่านั้น⁷⁹ การจะเปลี่ยนแปลงแนวการใช้ ดุลพินิจใหม่นั้นย่อมจะต้องมีเหตุผลพิเศษ เพราะฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยก่อน ๆ ของ ตน แต่ความผูกพันต่อคำวินิจฉัยก่อน ๆ ของตน คำวินิจฉัยก่อน ๆ นั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย หากคำวินิจฉัยก่อน ๆ นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนผู้ยื่นคำร้องจะอ้างหลักความเสมอภาคเพื่อให้ ฝ่ายปกครองผูกพันตามคำวินิจฉัยก่อน ๆ ของตนไม่ได้ เพราะกฎหมายจะต้องอยู่เหนือการวินิจฉัยที่ มิชอบของฝ่ายปกครอง อนึ่ง ปัจจุบันศาลปกครองได้นำหลักความเสมอภาคมาใช้ในการควบคุม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วย

2.5 ลักษณะและผลของการใช้ดุลพินิจไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการโดยมิชอบ

การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (Abuse of Discretion)⁸⁰ หรือที่นักกฎหมายปกครองบางท่าน เรียกว่า “การใช้ดุลพินิจที่บกพร่อง” หรือ “การใช้ดุลพินิจผิดพลาด”⁸¹ นับเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบ ด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประการหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

⁷⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 74. หน้า 34-35.

⁷⁸ ประยูร กาญจนกุล. (2549). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 65.

⁷⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 70. หน้า 59.

⁸⁰ การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง โดย จัดอยู่ในเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในหรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา โปรดดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและ การกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 159-160.

⁸¹ สมยศ เชื้อไทย. (2553). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 247.

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) โดยศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้หากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

2.5.1 ลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

แม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) จะกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้หากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ แต่ระบบกฎหมายไทยไม่มีกฎหมายฉบับใดที่ได้กำหนดลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบไว้เลย ประการหนึ่งต้องการปล่อยให้ศาลปกครองพัฒนาลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอย่างอิสระ จึงทำให้ไม่อาจทราบว่าการใช้ดุลพินิจในลักษณะใดที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามความในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว การศึกษาลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบจึงจำเป็นต้องศึกษาจากตำรากฎหมายปกครองและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นสำคัญ โดยนักวิชาการหลายท่านได้พยายามจำแนกลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบดังต่อไปนี้

กมลชัย รัตนสกววงศ์⁸² เห็นว่า ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองมิได้คำนึงถึงขอบเขตหรือความผูกพันทางกฎหมายตามหลักการกระทำทางปกครอง (Administrative action) ต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนผลทางกฎหมาย ได้แก่ การใช้ดุลพินิจในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(1) การใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด คือ การที่ฝ่ายปกครองเลือกวินิจฉัยในสิ่งที่เกินกว่าขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจในส่วนผลทางกฎหมาย

(2) การไม่ใช้ดุลพินิจ คือ การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองก็ผูกพัน โดยมีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ การที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจอาจเกิดจากความสะเพร่าหรือสำคัญคิดว่าตนผูกพันต้องวินิจฉัยเช่นนั้น โดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ

(3) การใช้ดุลพินิจอย่างมิชอบหรืออย่างบิดเบือน คือ การที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยมิได้ยึดถือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือไม่นำเอาผลประโยชน์ของมหาชนและผลประโยชน์ของเอกชนมาพิจารณาอย่างเพียงพอ หรือเอาผลประโยชน์ส่วนตัวหรืออุดมการณ์ทางการเมืองของตนมาเกี่ยวข้องในการใช้ดุลพินิจ

⁸² กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 70. หน้า 60-62.

สมยศ เชื้อไทย⁸³ เห็นว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้และถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย โดยการใช้ดุลพินิจในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้เป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาด

(1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต (Discretion Beyond the Boundary) ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

(2) การใช้ดุลพินิจบกพร่อง ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองมิได้ใช้โอกาสเลือกตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือสำคัญผิดคิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะสั่งวินิจฉัยสั่งการ โดยไม่มีอำนาจดุลพินิจ

(3) การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือในทางที่ผิด ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ (Public Benefit)

วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁸⁴ เห็นว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ในหลายกรณี โดยลักษณะของดุลพินิจที่ผิดพลาดมีดังต่อไปนี้

(1) การไม่ใช้ดุลพินิจ ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจ ทั้ง ๆ ที่ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง

(2) การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเกินกว่ากรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้

(3) การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยการละเลยไม่สนใจวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายมอบดุลพินิจให้แก่ตน หรือใช้ดุลพินิจโดยไม่นำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาพิจารณาชั่งน้ำหนักก่อนการตัดสินใจ ทั้ง ๆ ที่หากพิจารณาตามกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักพฤติการณ์ต่าง ๆ ให้รอบด้าน หรือใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ

(4) การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาค

(5) การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ เช่น ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

⁸³ สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 81. หน้า 246-247.

⁸⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 74. หน้า 59-61.

ถาวร เกียรติทัฬหิวิ⁸⁵ เห็นว่า การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยไม่สุจริตหรือโดยอำเภอใจ หรือไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

จะเห็นได้ว่านักกฎหมายปกครองแต่ละท่านได้กำหนดลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบแตกต่างกันออกไปซึ่งยังคงจากความชัดเจนพอสมควร แต่ทว่าในหลาย ๆ ลักษณะที่กล่าวมานั้นนักกฎหมายปกครองต่างก็เห็นเหมือนกันว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นต้น ในขณะที่หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองจะพบว่า ศาลปกครองยังมิได้วินิจฉัยไว้เป็นการทั่วไป ว่าการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบมีลักษณะอย่างไรบ้าง คงวินิจฉัยไว้เป็นรายกรณีเท่านั้น ทั้งนี้ แนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น การใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผล การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) หรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) การใช้ดุลพินิจขัดกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁸⁶ การใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาข้อเท็จจริงไม่รอบด้าน เป็นต้น เพียงสังเกตว่านักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่กำหนดลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เฉพาะดุลพินิจตัดสินใจอันเป็นดุลพินิจในการเลือกผลทางกฎหมายเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอาจเกิดขึ้นได้ทั้งดุลพินิจตัดสินใจและดุลพินิจวินิจฉัย ทั้งนี้คงเป็นเพราะอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยนั้นยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าฝ่ายปกครองจะมีได้หรือไม่ ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่ยังเห็นว่าฝ่ายปกครองไม่อาจมีดุลพินิจในองค์ประกอบส่วนเหตุได้ แม้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุจะเป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงก็ตาม กล่าวได้ว่าลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบประกอบด้วยลักษณะใดบ้างนั้นยังคงขาดความชัดเจนอย่างมาก ด้วยความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้นักกฎหมายบางท่านเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดลักษณะของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบขึ้นมาโดยเฉพาะ⁸⁷

2.5.2 ผลของการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดตก

⁸⁵ ถาวร เกียรติทัฬหิวิ. (2551). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 472.

⁸⁶ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2548). *หลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 414.

⁸⁷ ชีรัญญา สระทองอุ่น. (2550). *ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 207-208.

เป็นโมฆะ เพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจมิได้รุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด โดยศาลปกครอง (Administrative Court) มีอำนาจสั่งให้เพิกถอนการกระทำอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจ โดยมีชอบดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แล้วให้ฝ่ายปกครองกลับไปพิจารณาเรื่องนั้นใหม่โดยใช้ดุลพินิจให้ถูกต้อง ส่วนในกรณีที่ฝ่ายปกครองละเลยไม่ใช้ดุลพินิจซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจ โดยมีชอบอีกลักษณะหนึ่ง กรณีดังกล่าวย่อมถือได้ว่าฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ โดยศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองผู้นั้นปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนดได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องกลับไปใช้ดุลพินิจดังกล่าว ส่วนฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจสั่งการอย่างไรนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปบังคับให้ฝ่ายปกครองสั่งการตามที่ศาลปกครองเห็นสมควรได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ โดยมีชอบเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย กรณีนี้ย่อมเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองใช้ค่าสินไหมทดแทน (Claims) เพื่อละเมิดแก่ผู้เสียหายได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน