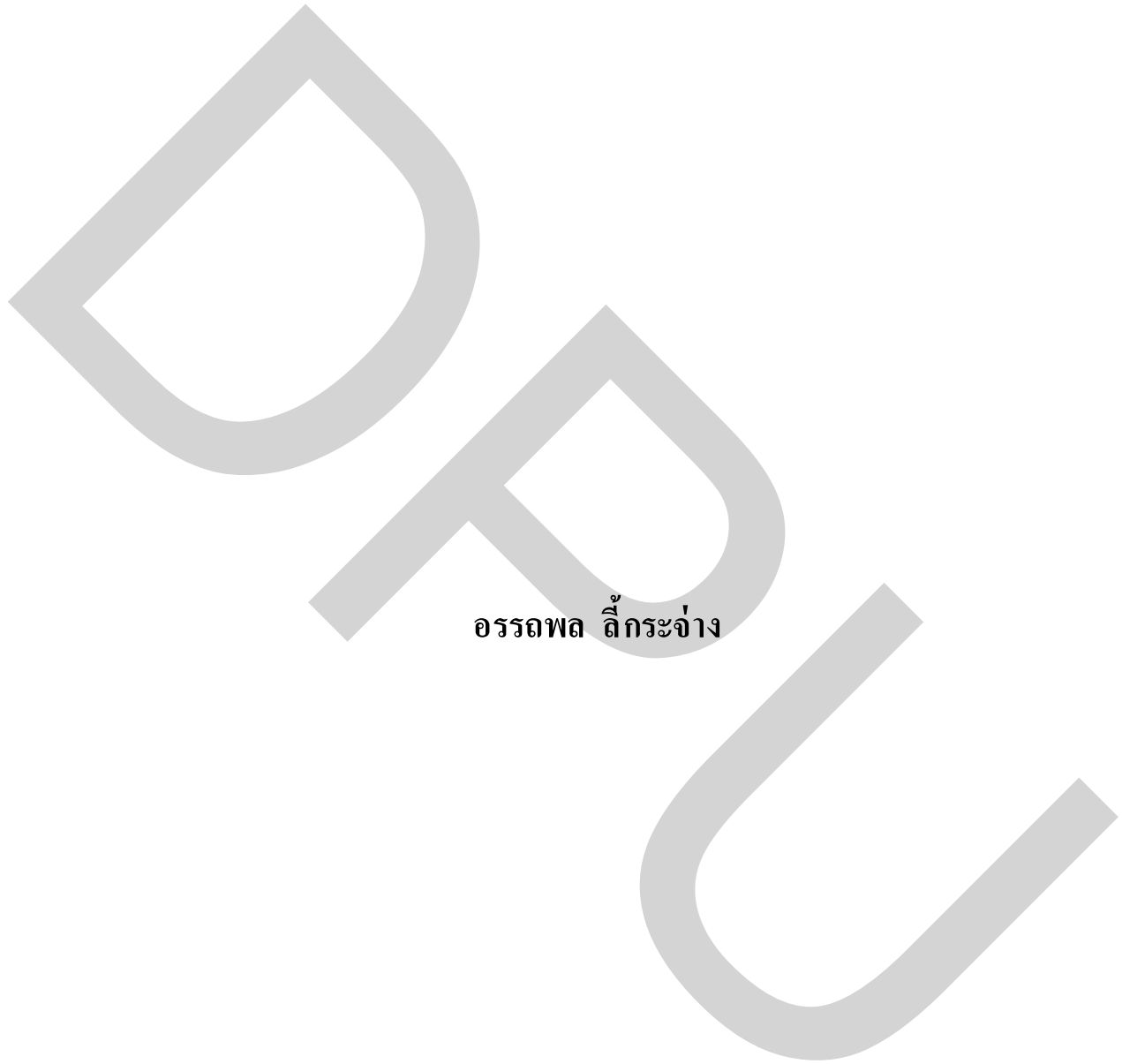


ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ
ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี
ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

พ.ศ. 2539



อรรถพล ลีกระจ่าง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

**Legal Problems Related to Administrative orders to Claim Compensation
from the Officer According to the Rule of the Prime Minister's Office on
the Criteria and Practice of Liability for Wrongful Act of Officer, B.E.**

2539

Atthapon Leekrajang

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Laws

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้ คำสั่งใหม่ทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539
ชื่อผู้เขียน	อรรถพล ลีกระจ่าง
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้คำสั่งใหม่ทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในปัญหาเกี่ยวกับกรณีหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทน และปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทน โดยในการศึกษาเรื่องนี้ได้ศึกษาถึงขั้นตอน กระบวนการและหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เปรียบเทียบกับหลักการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองทั้งในประเทศและต่างประเทศ พร้อมทั้งวิเคราะห์ เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาพบว่า การที่ข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ถือเป็นการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาที่มีลักษณะเป็นบทบังคับให้ผู้แต่งตั้ง คณะกรรมการสอบสวนต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลังและทำให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนมิได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่ง

นอกจากนี้ในการพิจารณายังเกิดความไม่แน่ชัดในอำนาจของหน่วยงานของรัฐที่พิจารณาเพื่อออกคำสั่งว่า มีสถานะเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือหรือเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง จึงเป็นผลทำให้เกิดความสับสนในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐผู้ทำหน้าที่พิจารณา อีกทั้งในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังระเบียบฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานไว้โดยตรง มีการกำหนดแต่เพียงว่าให้กระทรวงการคลังมีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และหากเห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นการบังคับให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง กล่าวคือ ควรกำหนดให้ผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวนสามารถดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ในสองประการนี้ คือ ประการที่หนึ่ง ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หากผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวนนั้นเห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือประการที่สอง ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนยังมีต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ในทันที หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการพิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่ง โดยนำความเห็นของกระทรวงการคลังนั้นมาประกอบการพิจารณาว่า ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยในเรื่องใด ด้วยเหตุผลประการใด แล้วจึงมีคำสั่งออกมา และให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของหน่วยงานของรัฐผู้เสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและออกคำสั่ง โดยกำหนดให้มีสถานะที่ชัดเจนว่าเป็นหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณาและออกคำสั่ง ส่วนกรณีของกระทรวงการคลังก็กำหนดให้ชัดเจนว่ามีสถานะเป็นเพียงหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือ และมีหน้าที่ให้ความเห็นประกอบการพิจารณาของหน่วยงานผู้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น พร้อมทั้งเพิ่มบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งได้ชี้แจง โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลัง โดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อประกันความเป็นธรรมให้กับเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

Thesis Title	Legal Problems Related to Administrative orders to Claim Compensation from the Officer According to the Rule of the Prime Minister's Office on the Criteria and Practice of Liability for Wrongful Act of Officer, B.E. 2539
Author	Atthapon Leekrajang
Thesis Advisor	Professor Dr. Phaisith Phipatanakul
Department	Law
Academic Year	2015

ABSTRACT

This Thesis aims to study the criteria on and method of issuance of administrative orders to claim compensation from the officer according to the Rule of the Prime Minister's Office on the Criteria and Practice of Liability for Wrongful Act of Officer, B.E. 2539, for the problems related to the case that the government agency shall issue administrative orders to claim compensation from the officer in accordance with the opinions expressed by the Ministry of Finance, the case that is uncertain which work agency has the power to consider issuing administrative orders to claim compensation from the officer, and the case giving an opportunity to the officer to contend and produce evidences for consideration prior to issuing administrative orders to claim compensation from the officer. This Thesis studied the procedures, processes, and critical principles in association with considering to issue administrative orders to claim compensation from the officer according to the Rule of the Prime Minister's Office on the Criteria and Practice of Liability for Wrongful Act of Officer, B.E. 2539 in comparison with the principle of consideration to issue administrative orders, both domestic and abroad, inclusive of analysis to find the problem-solving guidelines.

According to the results of this Study, the fact that Article 18 of the Rule of the Prime Minister's Office on the Criteria and Practice of Liability for Wrongful Act of Officer, B.E. 2539, provides that those who appoint the Inquiry Committee shall issue administrative orders to claim compensation from the officer in accordance with the opinions expressed by the Ministry of Finance merely, whereby those who appoint the Inquiry Committee are unable to otherwise issue

the administrative orders other than the opinions expressed by the Ministry of Finance, are deemed to provide the criteria on consideration in the manner enforcing those who appoint the Inquiry Committee to be obligated to the opinions expressed by the Ministry of Finance and causing those who appoint the Inquiry Committee not to participate in considering to issue administrative orders. Additionally, there is uncertainty on consideration whether the government agency considering issuing the administrative orders is the advisory agency or the agency having its power to consider issuing the administrative orders, causing confusion on the authority of the government agency who performs the duty of consideration. Moreover, in the consideration stage of the Ministry of Finance of such Rule, there is no any direct criterion to give an opportunity to give fact explanation and contend the evidences; there is only criterion that the Ministry of Finance has its power to examine the relevant evidences, if it is appropriate for any person to give the evidences or testimony supporting the consideration merely. As a result, Article 18 of the Rule of the Prime Minister's Office on the Criteria and Practice of Liability for Wrongful Act of Officer, B.E. 2539 shall be amended by repealing the provisions enforcing those appointing the Committee to issue administrative orders in pursuance of the Ministry of Finance. Namely, those who appoint the Inquiry Committee ought to take any one of the two actions, that is to say, those who appoint the Inquiry Committee shall issue the administrative orders pursuant to the opinions expressed by the Ministry of Finance if those who appoint the Inquiry Committee agreed to the opinions expressed by the Ministry of Finance; or those who appoint the Inquiry Committee has not yet issued the administrative orders in line with the opinions expressed by the Ministry of Finance immediately, if those who appoint the Inquiry Committee disagree to the opinion expressed by the Ministry of Finance but those who appoint the Inquiry Committee shall retake a reviewing action, based upon the opinions expressed by the Ministry of Finance, to see which issue is disagreed by those who appoint the Inquiry Committee and why, and then issue the administrative orders, and shall amend the provisions on the part of the government agency, the injured person, who has its duty to appoint the Inquiry Committee and issue the administrative orders by determining clear status that it is the government agency having the power to consider and issue the administrative orders. It shall determine the Ministry of Finance to be merely agency having its duty to render advises and to express its opinions supporting the consideration of the work agency issuing administrative orders to claim compensation from the officer,

including to add the provisions on giving an opportunity to the order-receiving officer to explain, contend, and produce his/her own evidences in the consideration stage of the Ministry of Finance in comparison with Section 30 of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539, so as to secure the justice for the officer prior to issuing administrative orders to claim compensation from the officer.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ในหัวข้อ “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคดีใช้กำลังใหม่ทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539” สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ซึ่งท่านได้ให้ความเมตตาและกรุณาต่อผู้เขียน ทั้งยังได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ตลอดมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างยิ่งไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.วีระ โลจายะ ที่ได้กรุณารับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ และอาจารย์ ดร.สรรชน โชตโกสิน ที่ได้ให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาอันมีค่าในการตรวจสอบแก้ไขและให้คำแนะนำข้อมูลอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิดและครอบครัวอันเป็นที่รัก ที่คอยห่วงใย และเป็นแบบอย่างที่ดีในชีวิตของผู้เขียน ที่จะต้องมีความขยันและอดทนเพื่อต่อสู้กับปัญหาที่ยากลำบาก ผู้เขียนคงไม่อาจประสบความสำเร็จในการทำวิทยานิพนธ์ได้หากไม่มีท่าน และขอบคุณภรรยาที่รักที่คอยดูแลทุกอย่างและเป็นกำลังใจในยามที่ท้อแท้ ซึ่งเป็นแรงผลักดันที่สำคัญให้ผู้เขียนลุกขึ้นมาสู้ทุกครั้ง อีกทั้งน้องสาวที่คอยสอบถามและให้ผู้เขียนต้องคอยเป็นห่วงตลอด

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณพี่ ๆ กลุ่มนิติการ สำนักกฎหมาย สำนักงานศาลปกครองทุกคนที่ได้ให้คำปรึกษา แนะนำแนวทางการทำวิทยานิพนธ์ ข้อคิดเห็นทางกฎหมาย การหาข้อมูลทั้งในประเทศและต่างประเทศ และชี้แนะประเด็นที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอขอบคุณสำหรับมิตรภาพและความหวังดีของพี่ ๆ ทุกคนที่มีให้

ท้ายที่สุด ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้คงจะมีคุณค่าและเกิดประโยชน์กับผู้สนใจศึกษาบ้างไม่มากนักน้อย ซึ่งผู้เขียนขอขอบคุณงามความดีเหล่านี้ให้แก่บิดา มารดา ภรรยา น้องสาวและทุก ๆ ท่านที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้เขียนที่ได้ให้การสนับสนุนและให้กำลังใจตลอดมาจนจบการศึกษา และบรรดาคณาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

อรรถพล ลีกระจ่าง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
2. ความหมาย แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง.....	8
2.1 ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักนิติรัฐ.....	8
2.2 ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทางปกครอง.....	15
2.3 ความหมาย และประเภทของการกระทำทางปกครอง.....	21
2.4 ความหมาย องค์ประกอบ และผลของคำสั่งทางปกครอง.....	28
2.5 กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง.....	42
2.6 ความหมาย อำนาจหน้าที่ และหลักการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง.....	45
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง.....	59
3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมาย ต่างประเทศ.....	59
3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมาย ภายในประเทศ.....	94
4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และแนวทางแก้ไขปัญหา.....	140

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแนวทางแก้ไขปัญหา	141
4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และแนวทางแก้ไขปัญหา	155
4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้แยงแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และแนวทางแก้ไขปัญหา.....	159
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	165
5.1 บทสรุป.....	165
5.2 ข้อเสนอแนะ	168
บรรณานุกรม	171
ประวัติผู้เขียน	177

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการดำเนินกิจการจัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐ โดยทั่วไป การดำเนินการจะเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ตามขอบเขตแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ โดยในการดำเนินกิจการดังกล่าวจะมีหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ เป็นผู้รับผิดชอบ และมีเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการทางปกครองเพื่อให้กิจการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งในบางครั้งการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อก็ตาม อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ ทั้งในส่วนที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกและการกระทำต่อหน่วยงานของรัฐเอง และหากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเข้าหลักเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่แล้ว ก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐได้ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งขั้นตอนของการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน จะดำเนินการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายหลักที่เป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาทางปกครอง ส่วนในขั้นตอนที่เป็นรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่ได้กำหนดไว้ กระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาจะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เช่น การตั้งคณะกรรมการสอบสวน ขั้นตอนและกระบวนการพิจารณา การออกคำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น ดังนั้น ระเบียบฉบับดังกล่าว จึงเป็นหลักเกณฑ์ในรายละเอียดที่หน่วยงานของรัฐจะใช้ในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ซึ่งจากการศึกษารายละเอียดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พบว่า มีปัญหาเกิดขึ้นหลายประการ ดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

ด้วยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักระเบียบการปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐและความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ โดยระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายนั้นตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นมา เพื่อสอบสวนให้ทราบว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือไม่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด และเมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่และเป็นจำนวนเท่าใด จากนั้นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบตามข้อ 17 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” และเมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการก่อนออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งบทบัญญัติข้อ 18 นี้ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้อันเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับที่มีผลทำให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่ง ทั้งที่เป็นหน่วยงานที่เริ่มดำเนินการสอบสวนมาตั้งแต่ต้นและเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการในขั้นสุดท้าย คือ เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ออกคำสั่งเรียกให้

เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อีกทั้งยังเป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากที่สุด การบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวอาจจะขัดต่อการหลักการพิจารณาที่กฎหมายกำหนดให้ หน่วยงานของรัฐต้องมีการพิจารณาร่วมกันเพื่อปรึกษาและหารือก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

(2) ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติ เกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดว่า “เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้ว ให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ เป็นจำนวนเท่าใด...” และวรรคสองกำหนดว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ...” โดยกระทรวงการคลังเมื่อได้รับสำนวนการสอบสวนไปแล้วจะต้องดำเนินการพิจารณาโดยไม่ชักช้า และเมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วมีความเห็นเป็นประการใด หน่วยงานของรัฐผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนที่ส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณาจะต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จะเห็นได้ว่าการดำเนินการกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งนั้น จะมีหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาสองหน่วยงานด้วยกัน คือ หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหน่วยงานหนึ่ง และ กระทรวงการคลังที่มีหน้าที่ให้ความเห็นประกอบสำนวนการสอบสวนอีกหน่วยงานหนึ่ง ดังนั้น จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาว่าหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใด คือ หน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่ง กล่าวคือ จะถือว่าหน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่ง หรือจะถือว่ากระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่ง เพราะเหตุว่าในท้ายที่สุดหน่วยงานของรัฐที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนอย่างไรเสียก็ต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 แห่งระเบียบดังกล่าว ความไม่แน่ชัดในเรื่องอำนาจของหน่วยงานผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณานี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาแก่เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งตามมา คือ เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งอาจเกิดความสับสนในอำนาจของหน่วยงานผู้พิจารณาและมีคำสั่ง เช่น หากเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งนี้ประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่งจะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานใด จะยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือยื่นอุทธรณ์ต่อกระทรวงการคลัง เป็นต้น

(3) ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ขั้นตอนการพิจารณาที่มีความสำคัญประการหนึ่ง คือ การที่หน่วยงานของรัฐจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ชี้แจงโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่ง อันเป็นไปตามหลักการในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งตามข้อ 15 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก็ได้กำหนดให้ “คณะกรรมการต้องให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม” กล่าวคือ ในการสอบสวนข้อเท็จจริงของหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการสอบข้อเท็จจริง จะเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้น ได้มีโอกาสชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน อันเป็นขั้นตอนหนึ่งของการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ระเบียบฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่ง ได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานไว้โดยตรง มีการกำหนดแต่เพียงว่าให้กระทรวงการคลังมีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และหากเห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นปัญหาของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งหากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นประสงค์ที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังจะกระทำได้หรือไม่ และต้องดำเนินการอย่างไร

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความหมาย แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง หลักนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครอง องค์ประกอบ และผลของคำสั่งทางปกครอง กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนความหมาย แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง

2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ และศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายภายในประเทศ ได้แก่ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อันได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้แย้งแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

4. เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุง แก้ไขกฎหมาย และ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา เพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

จากการศึกษาหลักกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา เพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พบว่า เกิดปัญหาบางประการที่มีที่มาจากหลักกฎหมายที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง โดยที่หน่วยงานที่มีคำสั่งนั้นไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง และอำนาจหน้าที่ของหน่วยของรัฐผู้พิจารณาเพื่อออกคำสั่งว่าหน่วยงานใด คือ หน่วยงานผู้มีอำนาจพิจารณา ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจทำให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเกิดความสับสนในอำนาจหน้าที่และบทบาทของหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการพิจารณา และหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้แย้งแสดงพยานหลักฐานที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้ ดังนั้น หากได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา เพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยนำผลที่ได้จากการวิเคราะห์มาแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา เพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จะทำให้หลักกฎหมายและกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐมีความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาถึงหลักการพิจารณาทางปกครอง เพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง รวมถึงกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งวิเคราะห์ปัญหาเพื่อหาทางแก้ไขหลักการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่เป็นปัญหา ให้เกิดความถูกต้อง เหมาะสม และเป็นธรรม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ เป็นการทำการศึกษาค้นคว้าวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้าและเรียบเรียงข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้อง ในรูปแบบของกฎหมาย หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ เอกสารประกอบการสัมมนา เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานราชการต่าง ๆ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา หลักการและทฤษฎีเกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อประกอบในการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ แล้วเรียบเรียงโดยวิธีพรรณนา (Description and Analytical Method)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความหมาย แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง หลักนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครอง องค์ประกอบ และผลของคำสั่งทางปกครอง กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนความหมาย แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง

2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ และทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายภายในประเทศ ได้แก่ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

3. ทำให้ทราบผลของการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อันได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้แย้งแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

4. ทำให้เป็นแนวทางปรับปรุง แก้ไขกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคมต่อไป

บทที่ 2

ความหมาย แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับ การพิจารณาทางปกครอง

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หน่วยงานของรัฐที่จะพิจารณาและออกคำสั่งจะต้องดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในระเบียบฉบับนี้ เนื่องจากเป็นระเบียบที่กำหนดขั้นตอนในการเตรียมการและดำเนินการของหน่วยงานของรัฐเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เพื่อให้มีความเข้าใจถึงการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งดังกล่าว จึงสมควรศึกษาความหมาย แนวความคิด และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนขอแนะนำเสนอเป็นลำดับ ดังนี้

2.1 ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักนิติรัฐ

2.1.1 ความหมายของหลักนิติรัฐ

“หลักนิติรัฐ” เป็นศัพท์บัญญัติมาจากคำว่า Legal State ในภาษาอังกฤษและคำว่า Rechtsstaat ในภาษาเยอรมัน ซึ่งถือกำเนิดขึ้นครั้งแรกในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีช่วงศตวรรษที่ 17 ซึ่งใกล้เคียงกับการเกิดขึ้นของหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ โดยหลักนิติรัฐเป็นหลักการที่เรียกร้องให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยที่การดำเนินการกิจด้านต่าง ๆ ของรัฐต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม¹ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบนั้น คำว่านิติรัฐไม่นิยมใช้ แต่จะใช้คำว่า Rule of Law หรือ “นิติธรรม” มากกว่า แต่ก็มีความหมายใกล้เคียงกัน คือ ถือกฎหมายเป็นใหญ่ในการบริหารจัดการรัฐ² แต่อย่างไรก็ตามหลักนิติธรรมจะมีรายละเอียดที่แตกต่างจากหลักนิติรัฐในแง่ของที่มาและในแง่ของบริบทของระบบกฎหมาย กล่าวคือ หลักนิติธรรมของ

¹ จาก คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น.144), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

² จาก กฎหมายมหาชนแนวประยุกต์ (น.115), โดย ดิเรก ควรสมาคม, 2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

อังกฤษเกิดจากการต่อสู้ของเหล่านักกฎหมายที่มีพื้นฐานการศึกษาที่มีได้มาจากมหาวิทยาลัย หากแต่มาจากการศึกษาอบรมใน Inn of Courts ที่อาจกล่าวได้ว่ามีการรวมกลุ่มกันจนเป็นฐานันดรที่ทำหน้าที่ร่วมกันในการรักษากฎหมายของประเทศนั้น ซึ่งเป็นระบบที่หลักกฎหมายมาจากแนวคำพิพากษาของศาลหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าระบบ Common Law³

หลักนิติรัฐเป็นผลพวงของความปรารถนาพื้นฐานของมนุษย์ ในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและสมาชิกในประชาคมมนุษย์ ที่ไขว่คว้าหาความยุติธรรม และความแน่นอนของกฎหมาย แต่โดยเหตุที่การบรรลุถึงซึ่งความปรารถนาดังกล่าว ยังขึ้นกับปัจจัยทางด้านแนวความคิด ความคาดหวังและสถานการณ์ทางสังคมเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้เราจึงไม่อาจกำหนดความหมายของหลักนิติรัฐเป็นการทั่วไปใช้ได้กับทุกสังคมได้ สำหรับกรณีของประเทศไทยย่อมต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทย แต่ทั้งนี้เราก็ยังอาจอาศัยประวัติความเป็นมาของหลักการในต่างประเทศมาประกอบการพิจารณาเพื่อหาแนวทางที่ดีที่สุดสำหรับประเทศไทยได้ เนื่องจากประสบการณ์ของต่างประเทศจะช่วยให้เราสามารถหลีกเลี่ยงข้อผิดพลาดต่าง ๆ ที่ในต่างประเทศเคยดำเนินการมาได้ ซึ่งคำว่านิติรัฐได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย⁴ ได้อธิบายว่า หลักนิติรัฐ คือ รัฐที่ยอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ความคิดเรื่องนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิปัจเจกชน และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็จะมีผลต่อผู้เสมอ และ โดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดย (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรง) หรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁵ ได้ให้คำจำกัดความของหลักนิติรัฐไว้ว่า หมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้น โดยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

³ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (น.417), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2553, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴ จาก *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. (น.123) โดย หยุต แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁵ จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3*. (น.52-53), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ก 2538, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

(1) การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องมีกฎหมายเป็นรากฐานซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากผิดไปจากที่กำหนดไว้ ถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

(2) หากรัฐหรือองค์กรของรัฐฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้น ต้องมีกลไกและกระบวนการที่บุคคลสามารถทำให้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นสิ้นผลไป และหากเกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคล บุคคลนั้นสามารถเรียกให้รัฐหรือองค์กรของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้ เรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งหลายได้มอบอำนาจในการควบคุมนี้ไว้ที่ศาลซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ได้

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์⁶ ได้อธิบายหลักนิติรัฐว่ามีสาระสำคัญและหลักการพื้นฐาน 2 ประการ ดังนี้

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of Legality of Administrative Action) หมายถึง ฝ่ายปกครอง ได้แก่ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับของรัฐบาลกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Principle of the Constitutionality of Legislation) หมายถึง กฎหมายที่รัฐตราขึ้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ⁷ ได้อธิบายว่า ประเทศที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐนั้นนอกจากจะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองด้วยกันแล้ว ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง และความสัมพันธ์ทั้งหลายภายในรัฐอีกด้วย และอาจกล่าวได้ว่าลักษณะเฉพาะของความเป็นนิติรัฐก็คือ ในรัฐดังกล่าวการใช้อำนาจรัฐถูกผูกพันโดยกฎหมาย ซึ่งจุดนี้จะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการปกครองตามหลักอำนาจนิยม หรือรัฐตำรวจ (police state) โดยรัฐที่ปกครองลักษณะดังกล่าวจะไม่มีกฎหมายหรือมีกฎหมายน้อยและแม้จะมีกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวก็มักจะไม่ได้รับการยึดถือและปฏิบัติตามจากผู้ทรงอำนาจในรัฐนั้น ๆ

⁶ จาก สิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. (น.52-53) โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก 2542, กรุงเทพฯ : ม.ป.พ.

⁷ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.417) เล่มเดิม.

รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล⁸ ได้ให้คำจำกัดความว่า หลักนิติรัฐ หมายถึง รัฐที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐเป็นที่รวมของประชาชนที่ต่างยอมอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของรัฐโดยกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การปกครองของรัฐต่อประชาชนหรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐที่ปกครองตามหลักนิติรัฐ จึงต้องเป็นรัฐที่มีการปกครองในลักษณะต่อไปนี้

(1) การปกครองต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย การกระทำของรัฐ เจ้าหน้าที่งานของรัฐ ประชาชนต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการปกครองโดยกฎหมายต้องประกอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ รวมทั้งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หากการกระทำใดของรัฐไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นความผิด

(2) มีการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐและประชาชนไว้อย่างแน่นอนเป็นการควบคุมไม่ให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต

(3) ผู้มีอำนาจตัดสินใจคดีหรือศาล ต้องมีอำนาจและมีความเป็นอิสระในการควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่งานของรัฐ และมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทุกประเภทภายใต้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาดู⁹ อธิบายว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) หมายความว่า นิติกรรมทุกอย่างของรัฐที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญสำหรับ “ผู้อยู่ใต้ปกครอง” และก่อให้เกิด “นิติรัฐ” (l'Etat de droit) ขึ้น การเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายก็คือ การเคารพต่อลำดับชั้นของนิติกรรมซึ่งมีกฎหมายอยู่ในลำดับสูงสุด ภารกิจของศาลก็คือทำให้ “ผู้ปกครอง” และ “ผู้ใต้ปกครอง” เคารพลำดับชั้นดังกล่าว ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

⁸ จาก *หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”* (น.15-16) โดย ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล, 2547, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁹ Charles Cadoux. *Droit constitutionnel et institutions politiques : Théorie générale des institutions politiques*. 4^e édition, Cujas, 1995 pp.207. (อ้างใน *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ* (น.275), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์. ก, 2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.)

Maunz¹⁰ นักกฎหมายชาวเยอรมัน ได้อธิบายไว้ว่า นิติรัฐประกอบด้วย องค์ประกอบที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

- 1) การแบ่งแยกอำนาจ
- 2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- 3) ความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง
- 4) ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
- 5) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- 6) หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต)¹¹ ท่านได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับนิติรัฐ นิติธรรม โดยแปลคำว่า Rule of law ว่าแท้จริงคือส่วนหนึ่งหรือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักธรรมาธิปไตยนั่นเอง ไม่ต้องแปลว่า นิติธรรม ให้แปลกประหลาดแต่อย่างใด ธรรมาธิปไตย แปลว่า การที่บุคคลยึดถือความจริง ความถูกต้อง ความดีงาม เหตุผล หลักการ กฎกติกาที่ชอบธรรมเป็นบรรทัดฐาน เคารพธรรม เชิดชูธรรม นิยมธรรม ตั้งตนอยู่ในธรรม ประพฤติธรรมด้วยตนเอง หรืออาจกล่าวง่าย ๆ ได้ว่า ถือความถูกต้องชอบธรรมเป็นเกณฑ์เป็นใหญ่ในการตัดสินใจ ธรรมาธิปไตยไม่ใช่ระบอบหรือระบบการปกครอง แต่เป็นแก่นของการปกครองทั้งหลายในโลกที่มีอยู่

สำหรับหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นที่มาของหลักการดังกล่าวได้มีความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรถูกปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งต่อมาได้มีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ A.V.Dicey เป็นผู้มึบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน โดยอธิบายขยายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ในหนังสือ “Introduction to the study of the Law of constitution” เห็นว่า หลักนิติธรรมต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและมีสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันไม่ว่าในชนชั้นใด ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดิน และบรรดาศาลทั้งหลายต้องเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดที่ยกเว้นไม่ให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และ ไม่มีผู้ใดที่ถึงแม้แต่กษัตริย์ที่อยู่เหนือกฎหมายได้ อาจกล่าวโดยสรุปว่า A.V.Dicey เห็นว่า ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ กล่าวคือ บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหรือ

¹⁰ จาก หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น.23-34) โดย บรรณเจด ลิงคะเนติ. ก, 2547, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

¹¹ จาก *สลายความขัดแย้ง*. (น.20), โดย พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), 2548, กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์สวายจำกัด.

ถูกบังคับให้ต้องรับโทษทางร่างกายหรือทางทรัพย์สิน เว้นแต่เป็นผลของการละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง โดยได้รับการพิสูจน์การกระทำตามวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรม¹² และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายในการฟ้องร้องฝ่ายปกครองได้

2.1.2 แนวความคิดของหลักนิติรัฐ

แนวความคิดของหลักนิติรัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งมีค่าสูงสุด¹³ หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักแบ่งแยกอำนาจ

กรณีหลักสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภท คือ¹⁴

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง สิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องชำระไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กร

¹² From Introduction to the study of the Law of constitution. (p.202), by A.V.Dicey. 1959, London: Macmillan.

¹³ จาก หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. (น.171) โดย สมยศ เชื้อไทย, 2554, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

¹⁴ K. Loewenstein, "Political Power and the Government Process", U.S.A The University of Chicago Press, 1957, p.376. (อ้างใน หลักนิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย. ในหนังสือ "ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. (น.1) โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.)

หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและเป็นกรทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร¹⁵

สำหรับกรณีของหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการในการจัดวางโครงสร้างขององค์กรของรัฐไม่ให้มีอำนาจเด็ดขาดเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เนื่องจากอำนาจเด็ดขาดนั้นทำให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเกินเลยเสมอจนกลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจ หลักแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักประกันสิทธิในแง่การจำกัดองค์กรซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐเพราะหลักการสำคัญ ๆ ของนิติรัฐที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายหรืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากราษฎรตามวิธีทางแห่งประชาธิปไตยก็ตาม ก็มีอาจไว้วางใจผู้ปกครองที่มีอำนาจได้ดังที่ Montesquieu กล่าวไว้ว่า ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนว่า บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ๆ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจำกัดการของรัฐในลักษณะที่ให้ “อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง” การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกัน และเป็นอิสระจากกัน โดยให้องค์กรเหล่านั้นคอยตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balances) กลไกดังกล่าวเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนानิติรัฐด้วยเหตุนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการจำกัดการของรัฐในระบบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพื่อให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาดนั่นเอง¹⁶

¹⁵ P. Bockelmann, “The Principle of the Rule of Law”, in “Law and State”, Tubingen, Institute for Scientific Cooperation, Vol. 4, 1971, หน้า 98. (อ้างใน แหล่งเดิม. น.3)

¹⁶ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น.174). เล่มเดิม.

2.1.3 หลักการของหลักนิติรัฐ

หลักการของหลักนิติรัฐมีอยู่ 3 ประการ¹⁷ ดังนี้

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น ต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรฝ่ายตุลาการจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

2.2 ความหมาย แนวคิด และหลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2.2.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเดิมนั้นเฉพาะการกระทำของเอกชนเท่านั้น เพราะในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีหลัก “The King can do no wrong” ซึ่งทำให้รัฐและเจ้าหน้าที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาเมื่อเกิดแนวความคิด “นิติรัฐ” ในทศวรรษที่ 18 การกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แทนของ

¹⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น.66), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์ ช 2552, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ปวงชน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายก็เท่ากับเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ต่อมาในทศวรรษที่ 20 จึงเกิดแนวคิดที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักนี้ด้วย โดยสืบเนื่องมาจากคำตัดสินของศาลฎีกาอเมริกาในคดี Marbury V. Madison ใน ค.ศ. 1803 ในปัจจุบันจึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า การกระทำของรัฐทุกฝ่ายต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย¹⁸

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองใด ๆ อันเป็นการก้าวล่วง ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้¹⁹ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและ ในขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ซึ่งสอดคล้องกับหลักมหาชนทั่วไปที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ (รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ว่าจะทำได้ (โดยเฉพาะเมื่อกระทบสิทธิเสรีภาพปัจเจกชน)”²⁰ ที่ถือว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองนั้น หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจ และการกระทำทางปกครองที่ออกนั้นต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย ซึ่งในนัยนี้จะเห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกการกระทำทางปกครอง ในขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็นขอบเขตของการกระทำทางปกครองด้วย ส่วนที่ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น หมายความว่า หากการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป เช่น การขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น²¹

2.2.2 แนวคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การบริหารงานของฝ่ายปกครองในปัจจุบันนอกจากฝ่ายปกครองจะมีหน้าที่บำบัดทุกข์ บำรุงสุขของราษฎรแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีหน้าที่สำคัญในการพัฒนาประเทศชาติในด้านต่าง ๆ ตามแนวนโยบายของรัฐบาล ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ฝ่ายปกครองจำต้องเข้ามากระทำการบางอย่างที่จำเป็นต่อประโยชน์ส่วนรวม และเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงในกิจกรรมต่าง ๆ ของเอกชน ซึ่งอาจจะโดยวางกฎระเบียบ ๆ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อประเทศชาติได้มีการพัฒนาขึ้น กิจกรรมต่าง ๆ และการเกี่ยวพันของรัฐกับเอกชนในด้านต่าง ๆ ย่อมจะทวีขึ้นเป็นเงาตามตัว ความขัดแย้งหรือผลประโยชน์ที่ขัดกัน

¹⁸ กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (น.275). เล่มเดิม.

¹⁹ จาก หลักกฎหมายปกครอง (น.135), โดย กมลชัย รัตนสากาวงศ์ ก, 2554, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

²⁰ จาก กฎหมายมหาชน เล่ม 2 (น.51) โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข, 2538, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

²¹ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครองเล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1. (น.457) โดย มานิตย์ จุมปา. 2554, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวมกับผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่พ้น ปัญหาที่เกี่ยวกับความยุติธรรมในทางปกครอง จึงเป็นสิ่งสำคัญและน่าจะต้องมีการกระทำการวิเคราะห์และศึกษากันอย่างจริงจังเพื่อแก้ไขปัญหาเหล่านี้²²

การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองถูกชี้นำโดยหลักสำคัญของความชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้หมายถึงว่า ฝ่ายปกครองต้องยึดถือปฏิบัติภารกิจให้สอดคล้องกับหลักกฎหมาย หรือถ้าจะกล่าวให้ชัดเจนก็คือฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยหรือตัดสินใจโดยยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายจะปรากฏเป็นเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปจะบัญญัติไว้ในกฎหมายแบบพิธี (lois formelles) หลักนี้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทุกอย่างของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในประการแรก เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่มีผลเฉพาะบุคคล (les décisions administrative individuelles) ซึ่งหมายความว่า คำสั่งในลักษณะที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ ถูกกำหนดไว้ก่อนแล้วนั่นเอง ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับทั่วไป (les actes administratifs réglementaires) ต้องยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมาย²³

หลักการที่ว่ากระทำการในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ บทกฎหมายที่วางระเบียบจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และที่จริง แล้วหลักนี้มีได้ใช้บังคับแต่เฉพาะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น เพราะหลัก ดังกล่าวเป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของหลักใหญ่ทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันในประเทศต่าง ๆ ว่า “กิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย” หรือที่เรียกว่า นิติรัฐ (L’Etat de droit) นั่นเอง ซึ่งมีความหมายตรงกันข้ามกับรัฐตำรวจ (L’Etat de police) การที่ว่าการกระทำทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมาย คำว่า “กฎหมาย” ที่เราหมายถึงในที่นี้มีความหมายอย่างกว้างเป็น เช่นเดียวกับที่เราเรียกว่า “บุคคลจะปฏิเสธว่าไม่รู้กฎหมายไม่ได้” นั่นเอง ซึ่งคำว่า กฎหมายในที่นี้ นั้นมิได้มีความหมายเฉพาะรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายถึง “สิ่งที่รวมเป็นภาวะที่ ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด” (L’ensemble des sources de la légalité) ซึ่งเราอาจนิยามโดยย่อด้วย ว่าหมายถึง “กฎหมาย (ในความหมายอย่างกว้าง) และนิติกรรมทางปกครอง (Les actes juridiques) ทั้งปวงที่มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง” นอกจากนี้กฎหมายและนิติกรรมทางปกครองทั้งหมดนี้ยังมีการจัดความสำคัญตามลำดับชั้น หรือที่เรียกว่า ระบบชั้นกฎหมาย (La hiérarchie des règles juridiques) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า กฎหมายแต่ละชั้นจะต้องเคารพกฎหมายซึ่งอยู่ในระดับชั้นที่สูงกว่า

²² จาก *หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย* (เล่ม 44 ตอน 4), โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2531, บทพินิจคดี.

²³ จาก *หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย*. (เล่ม 6 ตอน 3 น.573.) มนตรี รูปสุวรรณ, 2530, วารสารกฎหมายปกครอง.

และในขณะเดียวกันก็มีผลบังคับแก่กฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าด้วย กล่าวโดยย่อก็คือว่า กฎหมายในระดับหรือชั้นที่ต่ำกว่า จะไปขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในระดับที่สูงกว่ามิได้ กฎหมายเหล่านี้อาจเป็นไปได้ทั้งที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติและกฎหมายอื่น ๆ ตลอดจนนิติกรรมในทางปกครองต่าง ๆ ส่วนกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นก็มีเช่น ประเพณีบัญญัติ และกฎหมายที่มีกำเนิดมาจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นไปในรูปของการกำหนดหลักเกณฑ์ลงในคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานต่อคดีอื่น ๆ ในภายหลัง หรือบางครั้งผู้พิพากษาก็กำหนดหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองด้วย²⁴

หลักการที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างประโยชน์ 2 ฝ่าย ประโยชน์ฝ่ายหนึ่งคือ การให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และเพื่อให้มีหลักประกันดังกล่าวอย่างสูงสุดจึงมักจะทำให้เกิดมีการขยายหลักที่ให้อำนาจผู้ปกครองเดิมให้กว้างขวางออกไปเรื่อย ๆ ซึ่งจะขัดกับประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งคือ การให้อิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงานตามที่เห็นสมควร เพราะในบางกรณีฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับอำนาจอิสระบางอย่างเพื่อดำเนินงานของฝ่ายปกครอง “ให้เหมาะสมกับสถานการณ์” เช่น การให้ฝ่ายปกครองได้สามารถใช้ดุลพินิจ (L'opportunité) ได้ตามควรแก่กรณีเป็นต้น ดังนั้น การใช้หลักนี้บังคับแก่ฝ่ายปกครองจึงต้องมีข้อผ่อนผันและข้อยกเว้นบางประการ ทั้งนี้ก็เพื่อรักษาผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย คือทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และทั้งฝ่ายปกครองนั่นเอง นอกจากนี้ในกรณีที่เกิดภาวะสงครามหรือในยามที่มีสถานการณ์ไม่ปกตินั้น ฝ่ายปกครองก็อาจกระทำการที่ในยามปกติถือว่ามิชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ก็เพราะเห็นว่า ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องดำเนินการบางประการโดยเร่งด่วนในยามคับขันหรือฉุกเฉิน เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้อยู่ใต้ปกครองโดยส่วนรวมนั่นเอง²⁵

2.2.3 หลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ

²⁴ หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (ตอน 4) เล่มเดิม.

²⁵ แหล่งเดิม.

การกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ ดังนี้²⁶

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หลักการนี้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจาก หลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

(2) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หลักนี้กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจเรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจอาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มีข้อพึงสังเกตว่า โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง

²⁶ จาก *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (น.47), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข, 2554, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์.

ยอมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายหลายลักษณะอักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ หมายถึง สิ่งที่ทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่อาจบังคับได้โดยสมบูรณ์ ซึ่งมีอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ เรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กับทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ กรณีของดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองก็เพราะหากการกระทำทางปกครองใดออกโดยฝ่ายปกครองมีดุลพินิจหลักความชอบด้วยกฎหมายจะครอบคลุมเฉพาะขอบเขตของการใช้ดุลพินิจกับการใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่คลุมถึงความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ²⁷

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (La Theorie des circonstances)

แนวคิดของทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ ในบางกรณีที่ไม่ปกติ การจะให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเหมือนในภาวะการณ์ปกติไม่ได้เพราะเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้การดำเนินงานในทางปกครองเป็นอัมพาต ดังนั้นในสถานการณ์ที่ไม่ปกติจำเป็นยอมเป็นกฎหมาย²⁸ ฝ่ายปกครองจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายเหมือนในสถานการณ์ปกติ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำทางปกครองที่ออกมาในสถานการณ์ไม่ปกติต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ

ลักษณะของสถานการณ์ไม่ปกติ อำนาจของฝ่ายปกครองที่ได้รับในเมื่อมีสถานการณ์ไม่ปกติบางครั้งก็กำหนดไว้ในกฎหมายโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1958 มาตรา 16 ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีในสถานการณ์ไม่ปกติ หรือในประเทศไทยก็มีพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นอกจากนั้น หลักว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติอาจเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาล เช่น Conseil d' Etat เคยวินิจฉัยไว้ว่า ในยามสงครามฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเพิ่มมากขึ้นเช่น อำนาจในการเรียกเกณฑ์บุคคลและทรัพย์สิน นอกจากนี้ สถานการณ์ไม่ปกติอาจเกิดจากความไม่สงบหรือเกิดการจลาจลในทางการเมืองหรือสังคม เช่น สถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์คับขัน²⁹

²⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น.515). เล่มเดิม.

²⁸ กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (น.286). เล่มเดิม.

²⁹ จาก กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (น.126), โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2537, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ผลในทางกฎหมายของสถานการณ์ไม่ปกติ คือ เป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองออกไป ทำให้การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองบางอย่างที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ไปนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้ง ๆ ที่หากเป็นในภาวะการณ์ปกติการกระทำหรือคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่โดยพฤตินัยทำการแทนเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากสถานการณ์จำเป็นและรีบด่วนต้องดำเนินการบางอย่าง (C.E., 7 มกราคม 1944, Lecoq; 5 mars 1984, Marion)³⁰

ขอบเขตของหลักก้ำด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติเป็นเพียงทฤษฎีที่ผ่อนคลายนัยความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่เป็นข้อยกเว้นเด็ดขาดจึงมิได้หมายความว่า ในสถานการณ์ไม่ปกติจึงใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง เป็นแต่เพียงว่าการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครอง โดยหลักการนี้มีการผ่อนคลายนัยและมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในภาวะปกติ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติภารกิจให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไป³¹ จึงอาจเรียกได้ว่า ในสถานการณ์ไม่ปกติ ฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ (ไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในภาวะการณ์ปกติ) กล่าวคือ การกระทำทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น ต้องมีความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเช่นนั้น เพื่อประโยชน์สาธารณะและจำเป็นที่จะต้องขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในภาวะการณ์ปกติ อีกทั้งนิติกรรมทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น ต้องพอสมควรได้สัดส่วนกับความจำเป็นของเหตุการณ์เพียงพอ³²

2.3 ความหมาย และประเภทของการกระทำทางปกครอง

2.2.2 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง (Act of Administrative) เป็นอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนซึ่งเป็นภารกิจของรัฐโดยทั่วไป โดยจะต้องปฏิบัติตามนโยบาย คำสั่ง และคำชี้แนะของรัฐบาลและจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยปกติเป็นธุรการประจำวันที่ต้องปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง มิเช่นนั้นจะมีปัญหาต่อการดำรงชีวิตของประชาชน

³⁰ กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (น.127). เล่มเดิม.

³¹ จาก คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (น.31), โดย ประยูร กาญจนกุล ก, 2524, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³² จาก กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (น.127), โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2537, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์³³ ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครองว่า การกระทำทางปกครอง คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครองจึงเป็นเครื่องมือที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครองบรรลุผลลงได้ แต่เนื่องจากการกิจในการปกครองมีความหลากหลายมาก รูปแบบและประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าองค์กรฝ่ายปกครองมีความสามารถดำเนินกิจกรรมทางปกครองไม่เฉพาะแต่ในแดนของกฎหมายมหาชนซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนเท่านั้น หากแต่องค์กรฝ่ายปกครองยังอาจกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชน ในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนคนอื่น ๆ ได้อีกด้วย³⁴ การกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้น ในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และการกระทำทางข้อเท็จจริง (Real Act) หรือการกระทำที่เป็นการปฏิบัติกร

การกระทำทางปกครองที่เป็น “นิติกรรม” นั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของรัฐโดยผ่านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มุ่งจะผูกสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนัยหนึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่นั้น อาจเทียบเคียงได้กับกฎหมายเอกชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149³⁵ การใด ๆ ที่จะ เป็นนิติกรรมในทางแพ่งได้นั้น ต้องเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิได้โดยการแสดงเจตนาของผู้นั้น เช่น การทำพินัยกรรม ตามหลักเรื่องการแสดงเจตนา (Autonomie de la Volonté) นิติกรรมจึงมีลักษณะแตกต่างจากนิติเหตุ นิติกรรมทางปกครองจึงอาจพอเทียบเคียงกับนิติกรรมในกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นการแสดงเจตนา

³³ จาก การกระทำทางปกครอง. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่น 1. (น.1) โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. ก, 2543.

³⁴ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. (น. 69) โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก, 2546, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 บัญญัติว่า นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

หรือการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่รัฐ นิติกรรมทางปกครองจึงมีลักษณะต่างจากสัญญาทางปกครอง เนื่องจากสัญญาเป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้จึงต้องมีคำเสนอและคำสนองหรือการแสดงความยินยอมของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป³⁶

ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็น “ปฏิบัติการ” นั้น เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถจักรยานยนต์ที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในकुคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมายหรือการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น ถือเป็นกรกระทำที่เป็นการปฏิบัติการทางปกครองหรือการกระทำทางข้อเท็จจริง มิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม และเฉพาะการกระทำที่เป็นนิติกรรมเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความสมบูรณ์และไม่สมบูรณ์หรือในเรื่องโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรมขึ้นได้ ส่วนการปฏิบัติการหรือการกระทำทางข้อเท็จจริงนั้นไม่มีปัญหาในเรื่องนี้ เพราะการกระทำได้เกิดขึ้นจริง ๆ แล้ว มีปัญหาที่เฉพาะเรื่องการใช้ค่าเสียหาย หรือการการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น³⁷

2.3.2 ประเภทของการกระทำทางปกครอง

การกระทำที่เป็นนิติกรรมนั้นแยกออกได้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมที่ตกลงโดยบุคคลฝ่ายเดียว ส่วนนิติกรรมสองฝ่ายเกิดจากการแสดงความยินยอมของบุคคลสองฝ่าย กล่าวคือ ต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกันและเมื่อถูกต้องสอดคล้องต่อกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น ในทางกฎหมายปกครองก็คือสัญญาทางปกครองนั่นเอง ดังนั้น เราจึงอาจให้ความหมายของคำว่านิติกรรมทางปกครองว่า หมายถึง การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงหน่วยงานเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือบุคคลคณะนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม³⁸

³⁶ จาก “นิติกรรมทางปกครอง : ความหมายและขอบเขต.” (คุลพาท, 43, 2. น. 108), โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2539.

³⁷ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น.251). เล่มเดิม.

³⁸ จาก “การกระทำทางปกครอง.” อาจารย์วิชา ศ. ดร. อมร จันทรสุมบูรณ์ (น.147), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข, 2545, กรุงเทพฯ : เดือนตุลา

เนื่องจากการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวทางเอกชนหรือนิติกรรมในทางกฎหมายแพ่ง ในทางปฏิบัติและในทางวิชาการกฎหมายปกครองในบางประเทศ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงกำหนดให้เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt) กล่าวคือ นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนา กำหนดสิทธิหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชน ที่เอกชนไม่สามารถกำหนดสิทธิหน้าที่ให้บุคคลอื่น โดยที่เขาไม่ยินยอม ทั้งนี้เพราะว่าในทางกฎหมายเอกชนนั้น เอกชนมีฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่ในทางกฎหมายมหาชนรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรของรัฐหรือนัยหนึ่งก็คือรัฐย่อมมีฐานะเหนือกว่าเอกชน เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวม โดยใช้อำนาจให้บรรดาภารกิจของรัฐ ส่วนเอกชนนั้นกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนตัวจึงมีฐานะที่ต่ำกว่า ด้วยเหตุนี้นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายปกครองส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งก็คือการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่บุคคลฝ่ายเดียวนั้นเอง นอกจากนี้ในฐานะที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจที่จะใช้กำลังทางกายภาพเข้าบังคับการให้เป็นตามนิติกรรมฝ่ายเดียวของตนได้โดยไม่ต้องไปขออำนาจของศาล แต่ทั้งนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่งเท่านั้น

นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองนั้น ปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรม (abstract) และลักษณะเฉพาะที่เป็นรูปธรรม (concrete) นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะทั่วไปจะอยู่ในรูปของข้อกำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไป "ไม่ได้" กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคลและในขณะที่เดียวกันข้อกำหนดนั้นมีลักษณะนามธรรมด้วย กล่าวคือ กำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้แก่บุคคลในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไป ได้แก่กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือ ประกาศกระทรวง เป็นต้น แต่นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะนั้น มีลักษณะเป็นรูปธรรม คือ เป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจงจนสามารถทราบได้ว่า เป็นใครและเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเป็นรูปธรรมที่เรียกว่า "คำสั่งทางปกครอง" ดังนั้น นิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไป หรือกฎเกณฑ์ทั่วไป จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม กฎเกณฑ์ทั่วไปนี้ความจริงก็คือกฎหมายลำดับรองหรือ "กฎ" ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกนั่นเอง และเมื่อพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นก็คือการบังคับใช้กฎหมายในกรณีเฉพาะราย ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้อำนาจตาม

อำเภอใจ หรือใช้อำนาจในทางที่ผิด (abuse of power) เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเอกชน ในกรณีเหล่านี้ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเองก็ดี หรือการควบคุมภายนอกก็ดี โดยทั่วไปแล้วต้องถือว่าการกระทำในทางกฎหมายที่เป็นความสัมพันธ์ภายนอกเป็นวัตถุแห่งการกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรทั้งภายในและภายนอกฝ่ายปกครอง³⁹

นอกจากนี้หากจำแนกประเภทของการกระทำทางปกครองในลักษณะของกฎหมายสามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท ดังนี้⁴⁰

(1) การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายเอกชน ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากแดนของกฎหมายมหาชนเป็นแดนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ฝ่ายปกครองจึงสามารถดำเนินการต่าง ๆ ได้ภายในกรอบของกฎหมายโดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้นในหลายกรณีฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะเลือกกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนได้เลย ได้แก่กระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติภารกิจที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ เช่น การออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและอยู่ลักษณะที่น่าจะเป็นอันตราย หรือภารกิจในทางการเงินการคลัง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายมหาชนที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองซึ่งจัดทำหรือกำกับดูแลการจัดทำบริการสาธารณะ มีอำนาจพิเศษที่สำคัญที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากวิธีการทางกฎหมายเอกชน ซึ่งเรียกว่า อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรือเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (les prerogatives de la puissance publique) อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองนี้เป็นอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีเหนือเอกชนใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁴¹ อย่างไรก็ตามมีภารกิจทางปกครองในหลายกรณีที่ทำโดยฝ่ายปกครองกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนแล้วจะสะดวกและเป็นประโยชน์มากกว่าการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวสั่งการ ในกรณีเช่นนี้องค์กรฝ่ายปกครองจะลงจากเวทีแห่งกฎหมายมหาชน มาเคลื่อนไหวยก่อดั้งสิทธิหน้าที่ในแดนของกฎหมายเอกชน การเคลื่อนไหวยก่อดั้งสิทธิหน้าที่ในแดนของกฎหมายเอกชนอาจมีได้ในหลายกรณีและหลาย

³⁹ จาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น.15), โดย บรรเจิด สิงคนดี, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁰ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.68). เล่มเดิม.

⁴¹ จาก หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น.133), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

รูปแบบ แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามต้องถือว่าการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายเอกชนเป็นส่วนเสริมการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง ให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการกระทำที่เป็นหลักการในการปฏิบัติภารกิจทางปกครอง

(2) การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองมีความหลากหลายทำนองเดียวกับความซับซ้อนหลากหลายขององค์กรฝ่ายปกครองเอง ในทางวิชาการเราอาจจำแนกประเภทของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หลายรูปแบบ เช่น จำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมาย ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง หรือจำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นการทั่วไป และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเฉพาะราย แต่การจำแนกที่น่าจะทำให้เราเห็นภาพของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองได้ดีกว่าการจำแนกอย่างอื่น ได้แก่ การจำแนกการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองออกเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงและการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย⁴²

การกระทำในทางข้อเท็จจริง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จัดอยู่ในแดนของกฎหมายปกครอง ซึ่งเรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (administrative real act; Realakt) นั้น เป็นการกระทำที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพ (real act) เข้าไปดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงมีการเคลื่อนไหวร่างกายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มุ่งหมายปฏิบัติงานที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนให้สำเร็จ⁴³ กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหมายหรือคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันในรูปของสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง เช่น การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่วที่ปนเปื้อนในอาหารบางอย่าง การแจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลที่ถูกสอบสวนความผิดวินัยทราบ ในหลายกรณีการปฏิบัติการทางปกครองจำเป็นต้องใช้กำลังทางกายภาพ เช่นการขมวดยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอดไปไว้ที่สถานีตำรวจ การใช้

⁴² หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.73). เล่มเดิม.

⁴³ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1. (น.6) โดย มานิตย์ จุมปา, 2549, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กำลังเข้าเรือตอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย การใช้กำลังขับไล่บุคคลที่อยู่อาศัยในบริเวณป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ออกไปจากเขตป่าสงวน เป็นต้น

การกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมาย ในส่วนของการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครองนั้น เราอาจแยกได้สองประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติเป็นการภายใน เกี่ยวกับการจัดองค์กรภายใน การแบ่งภาระหน้าที่ภายในหน่วยงาน การกำหนดเกี่ยวกับการทำงาน การวางแนวทางในการตีความกฎหมาย หรือใช้ดุลพินิจ⁴⁴ ซึ่งก่อให้เกิดผลภายในฝ่ายปกครองนั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ทุกคนทุกประเภทในฝ่ายปกครองนั้น เรียกว่า “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” ประการหนึ่ง และกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและกำหนดให้กฎเกณฑ์นั้นใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่เฉพาะรายคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่เรียกว่า “คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง” อีกประการหนึ่ง การกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้อุบัติภายในฝ่ายปกครองนี้ ไม่ใช่เป็นเรื่องที่กระทบกับประชาชนทั่วไป แต่เป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองเอง ดังนั้น โดยปกติแล้ว ประชาชนจึงไม่มีสิทธิที่จะโต้แย้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้ภายในฝ่ายปกครองได้อย่างไรก็ตามเมื่อฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นใช้บังคับแล้ว แม้กฎเกณฑ์นั้นจะเป็นกฎเกณฑ์ภายใน ฝ่ายปกครองก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้นนั้นด้วย หากฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อประชาชนคนหนึ่งตามกฎเกณฑ์ภายในที่ตนกำหนดขึ้น แต่ปฏิบัติต่อประชาชนอีกคนหนึ่งเป็นอย่างอื่น ประชาชนคนที่ถูกเลือกปฏิบัตินั้นย่อมมีสิทธิโต้แย้งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยขัดกับหลักความเสมอภาค กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ระเบียบภายในฝ่ายปกครองจะไม่ได้มีผลกับประชาชน โดยตรง แต่มีผลทางอ้อมผ่านหลักความเสมอภาคบังคับฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามระเบียบภายในที่ตนกำหนดขึ้นเองเสมอภาคกับประชาชนทุกคนได้

ประเภทที่สอง การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายนอกฝ่ายปกครอง การกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำที่มีผลกระทบกับสิทธิหน้าที่ของประชาชน โดยตรง ซึ่งความหมายว่าการกระทำลักษณะดังกล่าวฝ่ายปกครองสามารถกำหนดบังคับประชาชนได้ว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไร สามารถชี้สิทธิหน้าที่ของประชาชนได้ว่ามีอยู่หรือไม่หรือมีอยู่ลักษณะอย่างไร การกระทำในทางกฎหมายที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองอาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ จำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นนามธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป ซึ่งได้แก่

⁴⁴ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น.24). เล่มเดิม.

“กฎ” และจำแนกออกเป็นการกระทำที่ก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอก ฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรมมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณี ได้แก่ “คำสั่งทางปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง” และในบรรดาการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบการกระทำที่เกิดมากที่สุด และสำคัญที่สุด⁴⁵

2.4 ความหมาย องค์ประกอบและผลของคำสั่งทางปกครอง

2.4.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองจำเป็นต้องมีองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ต้องใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานทางปกครอง โดยเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองมีอยู่หลายอย่างด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองอาจกระทำการที่มุ่งผลในทางข้อเท็จจริงโดยไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่อันเป็นการกระทำทางกายภาพที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” หรือฝ่ายปกครองอาจกระทำการที่ต้องการมุ่งผลในทางกฎหมายโดยก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของเอกชนซึ่งได้แก่การออกกฎหรือการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองนิยมใช้มากที่สุด คือ การออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายกลางในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่าฝ่ายปกครองจะต้องเตรียมการและดำเนินการอย่างไร เพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยถูกต้องและไม่เกิดความเสียหายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งต่อมาได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

⁴⁵ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป. (น.102). เล่มเดิม.

การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
 การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน
 การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีสองความหมาย คือ ความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปในกฎกระทรวง ประการหนึ่ง และความหมายโดยแท้ อีกประการหนึ่ง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดว่า การใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครอง ได้ก็เนื่องจากบางกรณีอาจมีข้อโต้แย้งกัน ได้ว่าคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เอง ย่อมจะช่วยให้เกิดความไม่แน่นอนชัดเจน และทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทราบสิทธิหน้าที่ของตนว่า ตนจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป อย่างไรก็ตามองค์กรฝ่ายปกครองพึงใช้อำนาจนี้ด้วยความระมัดระวังและควรพิจารณาความหมายโดยแท้ของคำสั่งทาง ปกครองประกอบ ตลอดจนผลที่จะเกิดขึ้นตามมาจากการกำหนดให้การใดการหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเสมอ

2.4.2 องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สามารถอธิบายแยกเป็นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

(1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่

เจ้าหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครองหรือองค์กรฝ่ายปกครอง เพราะกิจการทั้งหลายที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมนั้นจะเป็นผลสำเร็จได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการเป็นสำคัญ หากเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ขององค์กรฝ่ายปกครองโดยชอบ กิจการบริการสาธารณะย่อมเป็นผลสำเร็จด้วยดี หากเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครอง ผลเสียย่อมตกอยู่กับผู้รับบริการสาธารณะนั้น ๆ ⁴⁶ ซึ่งตามมาตรา 5 ได้กำหนดความหมายของคำสั่งทางปกครองว่า “เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่” ดังนั้น การทำคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่และมาตรา 5 ก็ได้กำหนดคานียามของคำว่าเจ้าหน้าที่ไว้ว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือ นิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้ง

⁴⁶ จาก กฎหมายปกครอง. (น.168) โดย ถาวร เกียรติพิภพ, 2532, กรุงเทพฯ : ชวนพิมพ์.

ขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอย่างอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น โดยสรุปเจ้าหน้าที่จึงหมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการบริหารทั้งที่สังกัดราชการบริหารส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค (จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน) และราชการส่วนท้องถิ่น (เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ)⁴⁷ นอกจากนี้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น” จึงเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่นั้นอาจจะเป็น บุคคล เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี หรืออาจจะเป็น คณะบุคคล เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น ดังนั้น เอกชนจึงไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ เว้นแต่เอกชนนั้นจะได้รับมอบอำนาจปกครองให้กระทำการบางอย่าง การกระทำของเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจึงอาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น บริษัทเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้มีอำนาจตรวจสภาพรถยนต์และออกใบรับรองว่ารถยนต์คันที่มารับการตรวจสภาพผ่านการตรวจสภาพ หรือกรณีมหาวิทยาลัยเอกชนอนุมัติปริญญาบัตรให้นักศึกษาที่เรียนจบหลักสูตร เป็นต้น

(2) เป็นการใช้อำนาจปกครอง

มาตรการที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ และต้องเป็นอำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง องค์ประกอบข้อนี้บ่งบอกถึงการกระทำหลายประการของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นการจำกัดว่าคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตกฎหมายปกครองเท่านั้น กฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ จึงไม่ได้อยู่ในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง⁴⁸ กล่าวคือ

1) การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชน เช่น การแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาเช่าอาคาร การริบมัดจำ มาตรการทางปกครองที่มีผลทางแพ่ง (Verwaltungsprivatrechtliche Maßnahmen) ถือว่าเรื่องในกฎหมายเอกชนไม่อาจใช้กฎเกณฑ์ข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนการที่รัฐให้เงินช่วยเหลือเอกชน (Subvention) นั้นจะต้องแยกพิจารณาเป็นสองขั้นตอน ขั้นตอนแรกเป็นการพิจารณาว่าผู้ใดเหมาะสมและควรจะได้รับอนุมัติเงินช่วยเหลือดังกล่าวนี้หรือไม่เป็นการใช้อำนาจปกครองจึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง และ

⁴⁷ จาก คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.19), โดย ประยูร กาญจนกุล ข, 2523, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴⁸ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.102). เล่มเดิม.

ขั้นตอนต่อมาเป็นการให้เงินช่วยเหลือซึ่งเป็นเรื่องในทางแพ่ง⁴⁹ ในกรณีที่คู่สัญญาเอกชนผิดสัญญาทางแพ่ง การกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำที่ไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจรัฐแต่อย่างใด แต่เป็นกรณีขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสดงเจตนาก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเหมือนเอกชนอื่น ๆ

2) การกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐย่อมเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาศัยอำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าวินิจฉัยสั่งการโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง การที่เจ้าหน้าที่เข้าตกลงกับเอกชนก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์แม้จะเป็นนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครองก็ตาม การเข้าตกลงของเจ้าหน้าที่ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้

3) อำนาจรัฐที่เจ้าหน้าที่แสดงออกมาอันเป็นเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครองนั้นต้องเป็นอำนาจปกครอง ดังนั้น มาตรการใด ๆ อันเกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารในลักษณะที่เป็นอำนาจรัฐบาล หรืออำนาจตุลาการ จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

อำนาจประเภทที่เป็นอำนาจตุลาการ ได้แก่ อำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้น คำพิพากษาของศาลจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง อำนาจรัฐบาลเป็นอำนาจในทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา ตลอดจนอำนาจในการติดต่อสัมพันธ์กับต่างประเทศ ส่วนอำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจของรัฐสภาในกระบวนการตรากฎหมาย การพิจารณาว่าอำนาจรัฐซึ่งเป็นอำนาจมหาชนที่องค์กรของรัฐใช้หรือแสดงออกไปนั้นเป็นอำนาจปกครองหรือไม่ให้พิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญว่าเป็นเรื่องที่จัดให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองได้หรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาจากองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจ องค์กรย่อยที่สังกัดอยู่ในองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ อาจจะ เป็นองค์เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นองค์เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่ อำนาจปกครองก็ได้ เช่น นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่สังกัดอยู่ในฝ่ายบริหารนั้น อาจจะกระทำการในทางการเมืองหรือในทางรัฐธรรมนูญหรือในทางปกครองก็ได้ การกระทำทางรัฐธรรมนูญ บางอย่างบางประการของนายกรัฐมนตรีอาจตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบในทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยศาลรัฐธรรมนูญอาศัยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นมาตรการในทางกฎหมายว่าการกระทำดังกล่าวว่าถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแยกความแตกต่างของการใช้อำนาจ เนื่องจากเฉพาะการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้นที่อยู่ภายใต้บังคับของ

⁴⁹ จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น.148), โดย กมลชัย รัตนสกวาศ์ ข, 2544, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กฎหมายปกครองและภายใต้การควบคุมขององค์กรวินิจัยข้อพิพาททางปกครอง เช่น ศาลปกครอง เป็นต้น⁵⁰

(3) เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนด กฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล โดยที่การกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์เป็นการกระทำ ที่มีจุดมุ่งหมายเช่นนี้ คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการแสดงในทางกฎหมาย และด้วยเหตุนี้ จึงทำให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแตกต่างจากปฏิบัติการทางปกครอง เพราะปฏิบัติการทางปกครองโดยทั่วไปแล้วไม่ค่อย มีผลในทางปกครองมากเท่าใดนัก แต่ถ้าหากเป็นการกระทำละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเรียกว่า “ปฏิบัติการในทางปกครอง” หรือเป็นส่วนหนึ่ง ส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลอะไร ไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิ เพราะฉะนั้น การปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาท แต่อาจมีการร้องทุกข์ต่อ ผู้บังคับบัญชาได้⁵¹

ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยองค์กร เจ้าหน้าที่ยกของตมกำหนดกฎเกณฑ์และนิติสัมพันธ์ กล่าวคือ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทาง กฎหมายนั้น ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มุ่งหมายผลในทาง กฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลทางข้อเท็จจริงบางอย่างบางประการ ทั้งนี้ มีพิกัดต้องคำนึงว่าผลในทางข้อเท็จจริงนั้นจะนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางกฎหมายหรือไม่ ในส่วนของ การกอนิติสัมพันธ์หรือกำหนดกฎเกณฑ์นั้น มีข้อสังเกตว่า การกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ ที่จะป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทาง ปกครอง ดังนั้น มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจปกครอง หากเป็นเพียงการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายแล้ว แม้มาตรการดังกล่าว จะส่งผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองในท้ายที่สุดก็ยังไม่ถือว่ามาตรการนั้น เป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่มาตรการนั้นจะส่งผลกระทบต่อในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออก จากคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายได้และดำรงอยู่โดยตัวของตัวเอง กรณีที่ถือว่าการแสดงเจตนา

⁵⁰ นิติกรรมทางปกครอง : ความหมายและขอบเขต (น.117). เล่มเดิม.

⁵¹ จาก กฎหมายปกครอง (น.36) โดย กมลชัย รัตนสกลวงศ์ ค, 2554, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ขององค์เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การมีหนังสือแจ้งให้มาสอบ สัมภาษณ์ การออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัย เป็นต้น⁵²

(4) มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ เป็นการกำหนดถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก้าวไปสู่อุบัติเหตุที่หน้าที่ของประชาชน และหากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนย่อมฟ้องร้องต่อศาลโต้แย้งการกระทำดังกล่าวได้ แต่ถ้าวินิจฉัยเป็นการกระทำที่ยังไม่มีผลโดยตรงสู่ภายนอก เช่น กฎเกณฑ์ภายในที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานหรือแนวทางในการใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะป็นหนังสือเวียน คำสั่งภายใน หรือในรูปแบบอื่นก็ตาม ย่อมเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง ประชาชนไม่มีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลเพื่อโต้แย้งกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองดังกล่าวทันทีไม่ได้ ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ระดับกลางรับเรื่องมาจากเจ้าหน้าที่ชั้นต้น สั่งให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นรื้อถอนบ้านพักที่สร้างโดยมิชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งนี้มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ชั้นต้น ซึ่งเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง เจ้าของบ้านพักไม่อาจฟ้องต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามหากต่อมาเจ้าหน้าที่ชั้นต้น ได้มีคำสั่งให้เจ้าของบ้านพักรื้อถอนตามคำสั่ง คำสั่งของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นนี้ย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าของบ้านพักสามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งได้ ในกรณี ศาลชอบที่จะควบคุมตรวจสอบถึงคำสั่งของเจ้าหน้าที่ระดับกลางได้ว่ามีการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในส่วนของหนังสือเวียนนั้น ส่วนใหญ่เป็นเรื่องมีผลของฝ่ายปกครองในการแจ้งเรื่องให้ฝ่ายปกครองอื่น ๆ ทราบ เช่น ระหว่างกระทรวงต่าง ๆ หรือภายในกระทรวง หนังสือเวียนจะออกโดยเจ้าของเรื่องซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเจ้ากระทรวง โดยมีจุดมุ่งหมายสำคัญคือเพื่อให้ผู้ได้บังคับบัญชาเข้าใจถึงกฎหมายหรือนโยบายของหน่วยงานในเรื่องต่าง ๆ หรือในบางครั้งหนังสือเวียนก็มีขึ้นเพื่ออธิบายแก่ผู้ได้บังคับบัญชาเพื่อให้ทราบถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ ให้ชัดเจน⁵³ อย่างไรก็ตาม การมีผลออกไปนอกฝ่ายปกครองนี้ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจจะเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ผู้ได้บังคับบัญชาก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาปฏิบัติในฐานะที่ต้องคัดค้านฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชามีสถานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชา

⁵² หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.119). เล่มเดิม.

⁵³ จาก กฎหมายปกครอง. (น.235) โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข, 2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ออกคำสั่งกับผู้บังคับบัญชาและคำสั่งกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรงแล้ว คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสรีจที่ 364/2544 คำสั่งของประธานสภาเทศบาลที่ไม่อนุญาตให้สมาชิกสภาเทศบาลลาประชุมเป็นการใช้อำนาจตามข้อ 22 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการลาของคณะผู้บริหารท้องถิ่นฯ และข้อ 6 วรรคหนึ่ง ของข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจ่ายเงินค่าป่วยการของประธานสภา รองประธานสภา สมาชิกสภาเทศบาลฯ ซึ่งมีผลให้สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นต้องเสียสิทธิในการรับเงินค่าป่วยการประจำเดือนตามข้อ 8 (ก) ของข้อบังคับดังกล่าวและอาจต้องตัดขาดสมาชิกภาพตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เนื่องจากการไม่ได้รับอนุญาตให้ลาจะมีผลทำให้สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นเป็นผู้ที่ขาดประชุมโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งหากขาดประชุม 3 ครั้ง ติดต่อกัน ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจพิจารณาวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นสิ้นสุดลงได้ ดังนั้น คำสั่งของประธานสภาเทศบาลที่ไม่อนุญาตให้สมาชิกสภาเทศบาลลาประชุม ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 818/2551 คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามคำสั่งมหาวิทยาลัย ศ. ที่ 1885/2549 ลงวันที่ 7 กันยายน 2549 ที่สั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีทางวินัยโดยให้ตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดี ร้อยละห้าเป็นเวลา 3 เดือน ตามมติของ อ.ก.ม มหาวิทยาลัย เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.453/2551 คำสั่งกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ที่ 1978/2556 ลงวันที่ 25 กันยายน 2546 ลงโทษตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดี ร้อยละ 5 เป็นเวลา 3 เดือน ตั้งแต่เดือนตุลาคม 2556 เป็นต้นไป ถือว่าคำสั่งลงโทษดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(5) มีผลเฉพาะกรณี

องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้ได้มาจากการพิจารณานิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” โดยมาตรา 5 ได้ให้นิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายรวมถึงการออกกฎ และให้คำนิยามของคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มีมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือ บุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดว่าคำสั่งทางปกครองไม่หมายรวมกฎ โดยนัย กลับกันสิ่งใดที่ไม่ใช่กฎก็จะเป็นคำสั่งทางปกครอง ความมีผลเฉพาะกรณีของคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นองค์ประกอบที่เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากกฎได้อย่างชัดเจน กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองโดยสภาพต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง ตามที่กำหนดไว้ใน คำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่มีผลเฉพาะกรณี และเป็นรูปธรรม ในขณะที่กฎเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

กรณีเฉพาะเรื่องอาจแยกพิจารณาได้สองกรณี คือ กรณีแรก การระบุตัวบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องนี้ไว้ โดยรวมถึงระบุกลุ่มบุคคลที่เจาะจงไว้ด้วย ตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยระบุชื่อเจาะจงไว้ในใบอนุญาต กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป⁵⁴ สำหรับกรณีคำสั่งทางปกครองทั่วไป (Allgemeinverfügung) นั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ได้มีความหมายเฉพาะต่อเมื่อเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยในขณะที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองทั่วไป บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองทั่วปดังกล่าวยังมีจำนวนไม่แน่นอน แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งนั้น เนื่องจากได้มีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่แน่นอนเกิดขึ้นในเวลาใดเวลาหนึ่ง คำสั่งหรือข้อกำหนดนี้จึงมีลักษณะทั่วไปเป็นรูปธรรม (generell-konkret) ตัวอย่างเช่น การมีคำสั่งให้ปิดกั้นถนนสายใดสายหนึ่งที่เฉพาะเจาะจง เพราะมีภัยอันตรายเกิดขึ้นจากการวางระเบิดในบริเวณนั้น หรือการมีคำสั่งห้ามการชุมนุมประท้วงสำหรับวันเวลาที่ผู้ชุมนุมประท้วงนัดหมายไว้แล้ว⁵⁵ อย่างไรก็ตาม กลุ่มบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิจากการกำหนดหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง หากเป็นกรณีที่ไม่อาจกำหนดเป็นที่แน่นอนได้ เช่น มาตรการที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปหรือนามธรรม (abstrakt) กรณีดังกล่าวก็มีใช้เรื่องของคำสั่งทางปกครองทั่วไป หากเป็นการกระทำที่เป็นการออกกฎหมาย เช่น การออกระเบียบว่าด้วยการขออนุญาตเข้าใช้หอประชุมของเมือง ด้วยเหตุว่าไม่อาจระบุกลุ่มคนที่แน่นอนได้ จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองทั่วไป แต่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

⁵⁴ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น.98) เล่มเดิม.

⁵⁵ จาก คำสั่งทางปกครองทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมัน. รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ โดย เพ็ญศรี วงศ์เสรี, น.44

กรณีความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป คือ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น จำนวนของผู้ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติโดยตรงยังไม่แน่นอนว่าเป็นบุคคลใดบ้าง อันมีลักษณะไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ หรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนี้จึงมีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองนี้ ได้แก่ กฎหมายลำดับรอง หรือ สอดคล้องกับคำนิยามว่า “กฎ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.4.3 ผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

(1) การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะเกิดขึ้นเมื่อใดยังมีความเห็นในทางทฤษฎีแตกต่างกัน ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า คำสั่งทางปกครองย่อมเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่ากระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นพ้นจากขั้นตอนของการร่างคำสั่งทางปกครองแล้ว กล่าวคือ เมื่อการร่างคำสั่งทางปกครองได้ยุติลงและมีการส่งคำสั่งทางปกครองออกไปจากองค์กรฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองก็เกิดขึ้นอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าคำสั่งทางปกครองย่อมเกิดขึ้น เมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว⁵⁶ อย่างไรก็ตาม การถกเถียงดังกล่าวถือเป็นเรื่องในทางทฤษฎีเท่านั้น ไม่ได้มีความหมายพิเศษในทางปฏิบัติแต่อย่างใด

ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้”

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายใช้บังคับบุคคลผู้รับคำสั่งตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งตามวรรคหนึ่งเท่านั้น ไม่ใช่เวลาที่ผู้นั้นทราบคำสั่งทางปกครอง ทั้งการทราบโดยบังเอิญก็ไม่ถือว่าเป็นการแจ้งโดยชอบ จะใช้บังคับผู้นั้นไม่ได้เช่นกัน การที่คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับบุคคลภายนอกตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

⁵⁶ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.132). เล่มเดิม.

สามารถมีความหมายในทางกลับกันได้ว่า หากยังไม่มีกรแจ้งคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่มีผลใช้บังคับบุคคลได้ การแจ้งในที่นี้ต้องเป็นการแจ้งอย่างเป็นทางการตามวิธีที่กฎหมายบัญญัติไว้เมื่อเปรียบเทียบกับกรแสดงเจตนาในทางแพ่งแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าการแจ้งคำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไปถึงผู้รับ เมื่อพิจารณาหลักดังกล่าว คำสั่งทางปกครองจะเกิดขึ้นได้ในทางกฎหมาย ก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองและผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องทราบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น⁵⁷ ด้วยเหตุนี้ หากคำสั่งทางปกครองไปไม่ถึงผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ กรณีย่อมต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นยังไม่เกิดขึ้นในทางกฎหมาย ทำนองเดียวกับการเกิดขึ้นของกฎหรือกฎหมาย กฎกระทรวงฉบับใด แม้ร่างเสร็จเรียบร้อยแล้ว ตลอดจนผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงลงนามแล้ว แต่ยังไม่ได้มีการนำเอากฎกระทรวงฉบับนั้น ไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็ต้องถือว่ากฎกระทรวงดังกล่าวยังไม่ได้เกิดขึ้นในทางกฎหมาย และเรื่องนี้ได้มีนักวิชาการอธิบายหลักการของการมีผลของคำสั่งทางปกครองไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์⁵⁸ ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นไม่ผลทางกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองอื่นทั้งหมดจะมีผลทางกฎหมายทันทีที่ได้รับแจ้งมาตรา 42 ก็ได้ยึดหลักการ “ได้รับแจ้ง” เป็นต้น ไปไม่ว่าผู้นั้นจะรู้เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือไม่เพราะเท่ากับกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองจบสิ้นลงแล้ว ก่อนการแจ้งยังถือเป็นกระบวนการภายในฝ่ายปกครองอยู่ จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อแจ้งไปถึงแล้วเป็นอันครบกระบวนการเป็นคำสั่งทางปกครอง และมีผลทางกฎหมายออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ส่วนผู้รับคำสั่งได้ปฏิบัติหรือรู้ภายหลังจะเป็นข้อแก้ตัวได้ในชั้นต้องปฏิบัติตามคำสั่ง ส่วนการแจ้งจะต้องปฏิบัติอย่างไรนั้นมีอยู่หลายวิธีตามแต่สถานการณ์ แต่อย่างไรก็ตามในการแจ้งคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขที่สำคัญอย่างน้อยสองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การแจ้งคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ทรงอำนาจและเป็นการแจ้งที่เป็นทางการ โดยความมุ่งหมายที่จะให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบเนื้อความในคำสั่งทางปกครองนั้น การแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจเรียกหรือการแจ้งเป็นส่วนตัวหรือการแจ้งโดยที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ต้องการแจ้ง เช่น นำคำสั่งทางปกครองที่ตนไม่ต้องการส่ง

⁵⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.222), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์ ค, 2549, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁵⁸ จาก กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.258), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ค, 2540, กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์.

ใส่ของจดหมายเพราะความไม่ระมัดระวัง ได้ส่งจดหมายนั้น ไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง ไม่ถือว่าเป็นการแจ้งคำสั่งทางปกครองตามความหมายของกฎหมายปกครอง

ประการที่สอง ในการแจ้งคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง จะแจ้งลอยๆ ในที่สาธารณะไม่ได้เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น⁵⁹ ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักการแจ้งคำสั่งทางปกครองอาจทำได้หลายวิธี ดังนี้

ก. การแจ้งเป็นหนังสือ การแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบโดยใช้วิธีการแจ้งเป็นหนังสือนี้ เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักเพราะ โดยปกติแล้วการแจ้งเป็นหนังสือจะมีความชัดเจนและมีหลักฐานสนับสนุนไว้พิสูจน์ต่อไปได้ ซึ่งวิธีการนี้อาจกระทำโดยแจ้งให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรง ตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การแจ้งเป็นหนังสือให้ส่งหนังสือแจ้งต่อผู้นั้น หรือถ้าได้ส่งไปยังภูมิลำเนาของผู้นั้นก็ให้ถือว่าได้รับแจ้งตั้งแต่วันที่ไปถึง” เป็นวิธีการการแจ้งให้กับตัวผู้รับคำสั่ง หรือกระทำโดยแจ้งไปยังภูมิลำเนาที่กำหนดไว้ในมาตรา 69 วรรคสองเช่นกัน วิธีการนี้จะเป็นการส่งไปที่ภูมิลำเนาอันเป็นที่อยู่ของผู้รับคำสั่ง ซึ่งกรณีนี้คำสั่งทางปกครองจะมีผลต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไปถึงผู้รับคำสั่ง โดยไม่คำนึงว่าผู้รับคำสั่งจะทราบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่อีกกรณีคือ การแจ้งโดยการปิดประกาศ โดยในกรณีที่มีผู้รับเกินห้าสิบคนเจ้าหน้าที่จะแจ้งให้ทราบตั้งแต่เริ่มดำเนินการในเรื่องนั้นว่าการแจ้งต่อบุคคลเหล่านั้นจะกระทำโดยวิธีปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการของเจ้าหน้าที่และที่ว่าการอำเภอที่ผู้รับมีภูมิลำเนาก็ได้ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้แจ้งโดยวิธีการดังกล่าว ประการสุดท้ายคือ การแจ้งโดยการประกาศในหนังสือพิมพ์ ในกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้รับ หรือรู้ตัวแต่ไม่รู้ภูมิลำเนาแต่มีผู้รับเกินหนึ่งร้อยคน การแจ้งเป็นหนังสือจะกระทำโดยการประกาศในหนังสือพิมพ์ซึ่งแพร่หลายในท้องถิ่นนั้นก็ได้ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งโดยวิธีการดังกล่าว การแจ้งในหนังสือพิมพ์นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือพิมพ์จากส่วนกลางเท่านั้น อาจเป็นหนังสือพิมพ์ในท้องถิ่นก็ได้ แต่ต้องได้ความว่าหนังสือพิมพ์ดังกล่าวมีจำนวนพิมพ์แพร่หลายมากเพียงพอในท้องถิ่น ในกรณีที่ปรากฏว่ามีการจำหน่ายหนังสือพิมพ์ฉบับนั้นอย่างแพร่หลายเพียงพอจะนำมาลงปิดประกาศไม่ได้⁶⁰ และหากได้มีการปิดประกาศในหนังสือพิมพ์เช่นนั้นก็ต้องไม่ถือว่ามี การแจ้งตามกฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองจึงยังไม่เกิดผลในทางกฎหมายขึ้น

⁵⁹ คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.224) เล่มเดิม.

⁶⁰ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.365). เล่มเดิม.

ข. การแจ้งด้วยวิธีการอื่น หลักการแจ้งคำสั่งทางปกครองด้วยวิธีการอื่นนี้ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 68 วรรคสอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า “ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ให้มีผลเมื่อได้แจ้ง” ซึ่งต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า “ให้คำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบโดยทางเสียง แสง หรือ สัญญาณที่สามารถทำให้รับรู้ถึงคำสั่งทางปกครองนั้น ได้ทันทีเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเมื่อได้แจ้ง”

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันมีผลกระทบกับบุคคลหลายคน องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้น ไปยังบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นทุกคน กรณีอาจเป็นไปได้ว่าองค์กรฝ่ายปกครองแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้น ไปยังบุคคลผู้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นบางคนเท่านั้น เช่นนี้ ย่อมต้องมีปัญหาให้พิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นในทางกฎหมายเมื่อใด เมื่อบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเมื่อใด ก็ถือว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นและมีผลใช้บังคับบุคคลดังกล่าวตั้งแต่นั้น อาจกล่าวได้ว่าในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดมีผลกระทบกับบุคคลหลายคน เมื่อบุคคลเหล่านั้นเพียงคนเดียวคนหนึ่งได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองก็เกิดขึ้นในทางกฎหมายทันที แต่ในเบื้องต้นคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเท่านั้น สำหรับบุคคลอื่นที่ยังไม่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังไม่มีผลใช้บังคับบุคคลดังกล่าวได้ ความสำคัญของการมีผลใช้บังคับบุคคลของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 42 นี้ อยู่ที่โดยหลักแล้วเมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับบุคคล ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองก็เริ่มนับทันที ทั้งนี้ โดยมีพักต้องคำนึงว่าบุคคลดังกล่าวทราบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแล้วหรือไม่ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น⁶¹

การแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้หรือฝ่าฝืนหลักการทั่วไป อาจส่งผลในทางกฎหมายได้ในหลายลักษณะที่แตกต่างกันหลายประการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้กระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่ทรงอำนาจในลักษณะที่เป็นทางการ หรือในกรณีที่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครอง โดยขัดกับเจตจำนงขององค์กรที่ทำคำสั่งทางปกครองย่อมต้องถือว่าไม่ได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองตามความหมายของกฎหมาย และส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้เกิดขึ้นในทางกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่ต้ององค์กรฝ่ายปกครองดำเนินการแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยหลักแล้วถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว หากได้มีการแจ้งจริงแต่เพราะเหตุที่ดำเนินการแจ้งโดย

⁶¹ คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.222). เล่มเดิม.

ไม่ถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กฎหมายกำหนดให้ต้องทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แต่เจ้าหน้าที่ซึ่งทรงอำนาจทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาและแจ้งคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ โดยที่การทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ เป็นแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้กระทำผิดแบบ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็น โฆษะ ในกรณีอื่นต้องพิเคราะห์ว่าการแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดด้วยเหตุแห่งความเป็น โฆษะหรือไม่ถ้าด้วยเหตุแห่งความเป็น โฆษะ ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้⁶²

(2) การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อคำสั่งทางปกครองได้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมายเรื่อยไป จนกว่าจะมีการกระทำอื่นมาลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้น หรือจนกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะสิ้นผลด้วยตัวเอง เช่น คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่เป็นเงื่อนไขสิ้นสุด⁶³ ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่ออกมาในลักษณะดังกล่าว ได้แก่ ใบอนุญาตที่มีกำหนดอายุการใช้งาน เป็นต้น การกระทำที่มาลบล้างคำสั่งทางปกครอง (actus contrarius) อาจเป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางตุลาการก็ได้ เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายออกคำสั่งทางใหม่ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือศาลปกครองอาศัยอำนาจตุลาการทำการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายอาจสิ้นผลลงได้ในสามลักษณะ คือ

1) การสิ้นผลโดยการลบล้างโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจนั้น องค์กรผู้ทรงอำนาจในการลบล้างคำสั่งทางปกครองมีด้วยกันสององค์กร คือ องค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครอง โดยหากผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นสามารถดำเนินการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองด้วยวิธีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เว้นแต่นิติกรรมนั้นออกโดยผู้บังคับบัญชาสูงสุดซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นจะไม่สามารถอุทธรณ์ได้ จะต้องให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบเพื่อลบล้าง แต่อำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการกับองค์กรผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในฝ่ายบริหารนั้น จะต่างกันตรงที่ผู้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารจะตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและการใช้ดุลพินิจ ถ้ากรณีนั้นกฎหมายให้อำนาจในเรื่องดุลพินิจไว้ด้วย เพราะเป็น

⁶² แหล่งเดิม. (น.224)

⁶³ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.201). เล่มเดิม.

ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจแก้ไขได้เต็มที่ โดยผูกพันกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่า การกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ⁶⁴

การลบล้างคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์นั้น มีความแตกต่างกับการลบล้างคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ ในการดำเนินการลบล้างคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรฝ่ายปกครอง องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจที่จะตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ผู้อุทธรณ์โต้แย้งได้ในทุกมิติ ทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและ ในแง่ความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนการดำเนินการลบล้างคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งหากศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นวัตถุแห่งคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมต้องลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้น โดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หากศาลปกครองเห็นแต่เพียงว่าคำสั่งทางปกครองไม่เหมาะสมในเชิงนโยบาย แต่ไม่ถึงขนาดที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมไม่อาจเข้ามาดำเนินการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

2) การสิ้นผลโดยเงื่อนไข ตามที่มาตรา 39 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติว่า “การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น” กล่าวคือ ในการมีคำสั่งทางปกครององค์กรฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดไว้ในคำสั่งทางปกครองได้ เพื่อให้คำสั่งทางปกครองเกิดผลอย่างใด ๆ ตามที่เงื่อนไขกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องมากขึ้น ที่เรียกว่า “ข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครอง” และข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครองอย่างที่ใช้กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครอง คือ เงื่อนไขในคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสองประเภท ดังนี้⁶⁵

ก. เงื่อนไขเริ่มต้นในคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขเริ่มต้น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลต่อเมื่อถึงกำหนดเวลานั้น

ข. เงื่อนไขสิ้นสุดในคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขสิ้นสุดประกอบมาด้วย คำสั่งนั้นย่อมสิ้นผลเมื่อถึงกำหนดเวลาที่ระบุไว้ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่มีเงื่อนไขสิ้นสุดอยู่ในคำสั่ง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมสิ้นผลลง ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง

⁶⁴ กฎหมายปกครอง (น.44). เล่มเดิม.

⁶⁵ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.124). เล่มเดิม.

ที่กำหนดไว้โดยอัตโนมัติ เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาหรือกระทำการในทางทำลายผลของคำสั่งทางปกครองนั้นอีก เช่น ใบอนุญาตที่กำหนดวันหมดอายุไว้ในใบอนุญาตนั้นย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขสิ้นสุด เป็นต้น

3) การสิ้นผลโดยเหตุอื่น คำสั่งทางปกครองอาจสิ้นผลลงโดยเหตุอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้นบรรลุผลแล้วและไม่จำเป็นต้องดำเนินการอื่นใดอีก เช่น เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ชุมนุมประท้วงบริเวณท้องสนามหลวงสลายการชุมนุมและผู้ชุมนุมประท้วงได้สลายการชุมนุมแล้ว คำสั่งทางปกครองก็สิ้นผลลง

ตัวอย่างการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง เช่น

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 644/2546 เมื่อพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีได้บัญญัติเรื่องการเพิกถอนใบอนุญาตไว้ การเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราชวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ตามมาตรา 3 และ โดยที่มาตรา 42 บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น เมื่อใบอนุญาตก่อสร้างอาคารของนางสาว ช. ซึ่งได้ออนไปเป็นของบริษัท อ. ได้หมดอายุลงแล้ว ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวจึงสิ้นผลลง ดังนั้น กรุงเทพมหานครจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างที่สิ้นผลลงไปแล้วอีก

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 786/2548 เมื่อใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็กของบริษัท ว. ได้หมดอายุลงเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2547 จึงถือว่าใบอนุญาตนี้ได้สิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว การที่นายทะเบียนมีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตที่สิ้นผลไปแล้วย่อมไม่มีเหตุผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบริษัท ว. แต่อย่างใด ดังนั้น คำสั่งเพิกถอนดังกล่าวจึงไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่นั้น เพราะบริษัท ว. ไม่มีสิทธิเดินรถตั้งแต่วันที่ใบอนุญาตสิ้นอายุ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งของนายทะเบียนที่สั่งเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าวอีก

2.5 กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง

2.5.1 ขั้นตอนการริเริ่มใช้อำนาจ

การเริ่มกระบวนการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ คือ เจ้าหน้าที่เริ่มกระบวนการพิจารณาเอง เช่น เจ้าหน้าที่ตรวจพบว่าอาคารแห่งหนึ่งมีสภาพที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้สัญจรไปมา เจ้าหน้าที่อาจเริ่มกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารปรับปรุงซ่อมแซมอาคารนั้นได้เอง หรือผู้บังคับบัญชาพบว่าผู้ใต้บังคับบัญชาของตนกระทำผิดวินัย ก็ต้อง

ดำเนินการทางวินัยทันทีโดยไม่จำเป็นต้องให้ใครมาร้องเรียนกล่าวโทษเพราะริเริ่มกระบวนการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ด้วยตนเอง อีกกรณีหนึ่งเจ้าหน้าที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาทางได้ต่อเมื่อมีคำขอ⁶⁶ เช่น บุคคลจำนวนหนึ่งต้องการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท เมื่อบุคคลกลุ่มนี้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท เจ้าหน้าที่จะต้องเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครอง คือ พิจารณาคำขอจดทะเบียนดังกล่าวนั้นว่าครบเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งการที่องค์กรฝ่ายปกครองสามารถริเริ่มพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทางปกครองได้เองนี้ จะมีความแตกต่างกับการพิจารณาของศาล เนื่องจากโดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งได้ด้วยตนเอง ไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมาร้องขอต่างกับศาลซึ่งถ้าไม่มีโจทก์มายื่นคำฟ้องหรือไม่มีผู้ร้องมาขึ้นคำขอ ศาลจะหยิบคดีหรือข้อพิพาทขึ้นมาพิจารณาเองไม่ได้⁶⁷

อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น กล่าวคือ มีคำสั่งทางปกครองบางประเภทซึ่งโดยสภาพแล้วเจ้าหน้าที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองไม่ได้ แต่ต้องรอให้เอกชนร้องขอเสียก่อน จึงเริ่มกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองประเภทนั้นได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือ การออกใบอนุญาตทั้งหลาย เช่น ใบอนุญาตขับจี้รถยนต์ ใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากเจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตดังกล่าวโดยที่ไม่มีผู้ใดร้องขอ ก็เป็นการออกใบอนุญาตที่ผิดขั้นตอนและไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁸

2.5.2 ขั้นตอนการพิจารณา

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ในการค้นหาความจริง โดยสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้ตามความเหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการดำเนินการค้นหาความจริงของเรื่อง เจ้าหน้าที่ที่สามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้เองสามารถรับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจงของคู่กรณี สอบถามพยาน หรือขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ ขอให้ผู้ครอบครองส่งเอกสารตลอดจนสามารถออกไปตรวจสอบสถานที่ได้ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาทางปกครองเจ้าหน้าที่จึงไม่ใช่ผู้ที่ เป็นปรปักษ์กับคู่กรณีในกระบวนการพิจารณา ตัวอย่างที่อาจแสดงภาพการทำงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ต้องดำเนินการค้นหาความจริง เช่น กรณีการสอบสวนความผิดทางวินัย ในการสอบสวนความผิดทางวินัย คณะกรรมการสอบสวน ไม่ได้มีหน้าที่แต่เพียงหาพยานหลักฐานที่จะเอาผิดแก่ผู้ถูก

⁶⁶ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.314). เล่มเดิม.

⁶⁷ จาก “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (น.39), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2541,

⁶⁸ คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.153). เล่มเดิม.

สอบสวนเท่านั้น แต่ต้องดำเนินการหาพยานหลักฐานทั้งปวงที่จะทำให้ทราบข้อเท็จจริงของเรื่องได้ว่าเป็นอย่างไร ความเข้าใจที่ว่าคณะกรรมการสอบสวนได้แต่เปิดโอกาสให้ผู้ถูกสอบสวนชี้แจงหักล้างข้อกล่าวหา แต่ไม่มีหน้าที่ต้องค้นหาข้อเท็จจริงที่อาจเป็นประโยชน์แก่ผู้ถูกสอบสวนจึงเป็นความเข้าใจที่ผิด หลักการทางกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ค้นหาความจริงที่กล่าวมานี้ ไซ้บังคับทั่วไปในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองทุกประเภท ดังนั้น ในการพิจารณาคำขอออกใบอนุญาตพักพาอาวุธปืน การพิจารณาเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การพิจารณาสั่งการให้รื้อถอนอาคาร ฯลฯ เจ้าหน้าที่ย่อมมีหน้าที่ค้นหาพยานหลักฐานทั้งปวงทั้งที่เป็นประโยชน์และเป็นโทษแก่คู่กรณี ทั้งนี้ เพื่อที่จะทราบความจริงของเรื่อง อันจะทำให้เจ้าหน้าที่มีข้อมูลถูกต้องครบถ้วนในการตัดสินใจทางปกครอง⁶⁹ ซึ่งการรู้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเท่านั้นที่เป็นพื้นฐานให้การทำคำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และในชั้นที่สุดเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการทำคำสั่งทางปกครอง⁷⁰ เจ้าหน้าที่จึงต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่เห็นว่าเหมาะสมที่ตนจะได้รับความจริงที่ถูกต้องครบถ้วน โดยจะจำกัดตนเองอยู่กับข้อเท็จจริงที่คู่กรณีให้ไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาหาข้อเท็จจริงจากที่ใดบ้างหรือจะรับฟังความเห็นจากผู้ใด หรือจากผู้เชี่ยวชาญหรือควรตรวจสอบเอกสารหลักฐานใด อย่างไร⁷¹ เช่น ในการที่เอกชนยื่นคำขอรับใบอนุญาตจัดตั้งโรงงาน จะเห็นได้ว่าข้อมูลต่าง ๆ จะรับฟังจากผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตเท่านั้นไม่ได้ สำหรับการตรวจสอบที่ดังนั้นอาจต้องหาข้อมูลจากกรมการผังเมืองราชการส่วนท้องถิ่น กรมที่ดิน ส่วนการตรวจสอบผังโรงงานอาจต้องหาข้อมูลจากกรมโยธาธิการหรือฝ่ายวิชาการด้านวิศวกรรมของสถาบันอุดมศึกษา การตรวจสอบกิจกรรมในโรงงานอาจต้องหาข้อมูลจากกรมควบคุมมลพิษ กรมวิทยาศาสตร์บริการ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข หรือสถาบันอุดมศึกษา เป็นต้น⁷²

การที่เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องพิจารณาเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามมาตรา 29 นี้เองย่อมแสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาทั้งส่วนที่เป็นคุณแก่คู่กรณีให้ด้วยเพราะเป็นความจริงของเรื่องเพื่อให้การทุกอย่างเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อผู้ใดเข้ามาเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองแล้ว กฎหมายถือเป็นหน้าที่ของผู้นั้นที่จะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ถ้าคู่กรณีไม่ให้ความร่วมมือหรือไม่แจ้งสิ่งที่ตนทราบอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่

⁶⁹ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.315). เล่มเดิม.

⁷⁰ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.259). เล่มเดิม.

⁷¹ Mahendra P.Singh. (1985). German Administrative Law : In Common Law Perspective p.32 (อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น.259)

⁷² คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.160). เล่มเดิม.

ก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ได้พิจารณาครบตามหน้าที่แล้ว หากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดเพราะเหตุดังกล่าวและถูกเพิกถอนในภายหลังคู่กรณีผู้นั้นก็จะเรียกร้องเอาประโยชน์มิได้

2.5.3 ขั้นตอนการปิดกระบวนการพิจารณา

กระบวนการพิจารณาทางปกครองย่อมยุติลง โดยการที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่เรียกร้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อเจ้าหน้าที่ตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังคู่กรณี เมื่อเจ้าหน้าที่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังคู่กรณีแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลใช้บังคับคู่กรณี คู่กรณีที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อมีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์ก็จะเปิดกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ซึ่งก็จะเป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครองใหม่อีกครั้งในชั้นอุทธรณ์นั่นเอง⁷³

2.6 ความหมาย แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง

2.6.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง

ในการปกครองรัฐนั้น รัฐบาลเป็นองค์กรที่สำคัญที่สุดที่ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อบริหารกิจกรรมของรัฐ รัฐบาลได้แก่คณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการปกครองประเทศ รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้นได้แก่ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่าบริการสาธารณะ กล่าวคือ ไม่มีแต่รัฐบาลเท่านั้นที่เป็นผู้ปกครองประเทศ แต่ยังมีฝ่ายปกครองซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่อีกเป็นจำนวนมากซึ่งเป็นกำลังในการปกครองประเทศอยู่ด้วย⁷⁴ และคำว่าฝ่ายปกครองนี้ได้มีนักวิชาการได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

Jean Rivero ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการ คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” (L'Exécutif) และ

⁷³ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.183). เล่มเดิม.

⁷⁴ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.30). เล่มเดิม.

องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและการปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวได้กำหนดไว้ องค์กรประกอบนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”⁷⁵

Hartmut Maurer ได้อธิบายว่า การให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” อาจให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา (Verwaltung im materiellen Sinn) และฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ (Verwaltung im formellen Sinn)⁷⁶

(1) ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา หมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาอาจให้ความหมายได้ 2 ลักษณะ คือ การให้ความหมายทางปฏิเสธ (negative) กับการให้ความหมายในทางพรรณนา (positive)

1) การให้ความหมายในทางปฏิเสธ การให้ความหมายในทางปฏิเสธมีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งมีการแบ่งแยกระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ ภารกิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง ภารกิจที่ไม่ใช่ภารกิจในทางนิติบัญญัติ และไม่ใช่ภารกิจในทางตุลาการ โดย Otto Mayer และ Jellinek ได้ให้ความหมายของฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธว่า ฝ่ายปกครองคือองค์กรที่ทำภารกิจของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจมหาชนที่ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธ ทำให้ทราบว่าฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้น โดยมีความเกี่ยวพันกับการทำภารกิจของรัฐ และจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธก็ไม่อาจก่อให้เกิดความชัดเจน ทั้งนี้ เพราะ อำนาจฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการนั้น มิได้มีเพียงแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้น ยังมีรัฐบาลประกอบอยู่ในอำนาจฝ่ายบริหารด้วย การให้คำนิยามในทางปฏิเสธที่จะนำไปสู่การให้ความหมายฝ่ายปกครองที่ชัดเจนได้นั้น จะต้องสามารถให้ความหมายขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติอำนาจตุลาการได้อย่างชัดเจน

2) การให้ความหมายในทางพรรณนา โดยเหตุที่การให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธไม่สามารถทำให้เข้าใจความหมายของฝ่ายปกครองได้ จึงมีความพยายามที่ให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางพรรณนา เช่น Peters ให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐมีผลในทางความเป็นจริงขึ้นกรณีหนึ่ง Forsthoff ให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในทางสังคมในขอบเขตของกฎหมายและอยู่บน

⁷⁵ Jean Rivero (อ้างใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง. (น.89) เล่มเดิม.)

⁷⁶ Hartmut Maurer. (1992). Allgemeines Verwaltungsrecht p. 2 (อ้างใน หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. (น.13) เล่มเดิม.)

พื้นฐานของกฎหมาย Giacometti ให้ความหมายว่า องค์การที่ใช้กฎหมาย โดยที่การใช้กฎหมายนั้น มิใช่การวินิจฉัยข้อพิพาทและไม่ใช้การใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา Thieme ให้ความหมายว่า องค์การที่มีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการดำเนินการที่มีการตัดสินใจแล้วโดยฝ่ายการเมือง และ Luhmann ให้ความหมายว่า องค์การที่การวินิจฉัยขององค์การนั้นผูกพันต่อกฎหมาย การให้ความหมายฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาที่ได้รับการยอมรับคือ การให้ความหมายโดย Wolff ซึ่งให้ความหมายว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์การที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์การที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเป็นองค์การที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ⁷⁷

องค์การที่อาจเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา ได้แก่

ก. องค์การของรัฐฝ่ายบริหาร ในความหมายอย่างกว้าง องค์การของรัฐฝ่ายบริหาร ประกอบไปด้วยพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ตลอดจน บรรดาองค์การรัฐฝ่ายปกครองทั้งปวงที่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง องค์การของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นองค์การซึ่งกำหนดนโยบายอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินและกระทำการในทางรัฐธรรมนูญซึ่งได้แก่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งองค์การของรัฐเหล่านี้อาจเป็นองค์การฝ่ายปกครองได้ หากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจกรรมทางปกครอง

ข. องค์การอิสระ หมายถึง องค์การซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง องค์การอิสระที่ดำเนินกิจกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายไทย เช่น คณะกรรมการกิจการวิเทศกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ซึ่งถือเป็นองค์การฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ นอกจากองค์การฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระแล้วยังมีองค์การบางประเภทที่เป็นระบบกฎหมายไทยกำหนดให้มีขึ้น เรียกว่า องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น องค์การเหล่านี้หากใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ย่อมถือว่าเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาเช่นเดียวกัน

ค. องค์การย่อยขององค์การนิติบัญญัติและองค์การตุลาการ องค์การย่อยเหล่านี้คือตำแหน่งที่ระบบกฎหมายจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ดำเนินกิจกรรมขององค์การของรัฐ เช่น ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด โดยปกติเราไม่ถือว่าองค์การต่าง ๆ เหล่านี้เป็นองค์การฝ่ายปกครองเนื่องจากองค์การเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่

⁷⁷ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น.14). เล่มเดิม.

องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ เช่น ประธานศาลฎีกา ในกรณีที่พิจารณาพิพากษาคดีถือว่าใช้อำนาจตุลาการเป็นองค์กรในตุลาการ อย่างไรก็ตามอาจมีบางกรณีที่องค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติที่รัฐสภาก่อตั้งขึ้นดำเนินการกิจในทางปกครอง เช่นประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ในกรณีนี้ต้องถือว่าการดำเนินการกิจดังกล่าวเป็นการดำเนินการกิจทางปกครอง ในกรณีหลังนี้จึงต้องถือว่าประธานศาลฎีกาเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหา

ง. เอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครอง ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้เอกชนมีอำนาจทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ข่อมต้องถือว่าในกรณีนั้นเอกชนเป็นฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาเช่นเดียวกัน⁷⁸

(2) ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำภาระหน้าที่ในทางปกครองโดยรวม ภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวนั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า ภาระหน้าที่นั้นเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง โดยแท้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครองอาจให้สาระสำคัญขององค์กรฝ่ายปกครองได้ว่ามีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ ดังนี้

ก. พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของส่วนรวมและเรื่องของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

ข. พิจารณาในแง่ผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนิน ไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีย่อมสอดคล้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล และในบางกรณีอาจขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกบุคคลด้วย

ค. พิจารณาจากการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการโดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ฝ่ายปกครองจะต้องทำให้สิ่งที่เป็นามธรรมทั่วไปเหล่านั้นเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการทำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกับการปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะอื่น ๆ อีกได้แต่จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

⁷⁸ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.10). เล่มเดิม.

ง. พิจารณาจากลักษณะการกระทำ ลักษณะ การกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ด้วยเหตุนี้การกระทำของฝ่ายปกครองจึงแตกต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ซึ่งเกี่ยวพันกับกรณีที่ไม่อาจจะกำหนดจำนวนได้⁷⁹

2.6.2 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

โดยที่ภารกิจของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายมาก เราจึงสามารถจัดแบ่งประเภทของฝ่ายปกครองได้ในหลายลักษณะขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ ในที่นี้จะแยกประเภทของฝ่ายปกครองจากภารกิจและวัตถุประสงค์ของการปกครองและประเภทของฝ่ายปกครองจากลักษณะของการกระทำและระดับความผูกพันต่อกฎหมาย เพื่อให้เห็นลักษณะเด่นของฝ่ายปกครอง

(1) ประเภทของฝ่ายปกครองที่พิจารณาจากภารกิจและวัตถุประสงค์ของการปกครอง หากพิจารณาภารกิจตลอดจนวัตถุประสงค์ของการปกครองแล้ว เราอาจแยกแยะฝ่ายปกครองได้ดังต่อไปนี้⁸⁰

ก. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่รักษาความเป็นระเบียบในสังคม หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จะทำหน้าที่รักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความปลอดภัยสาธารณะ การป้องกันภัยอันตรายที่มีต่อสาธารณะ เช่น รักษาความเป็นระเบียบของถนนหนทาง รักษาภูมิจราจร ควบคุมดูแลการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ ป้องปรามโรคระบาด เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้มักจะใช้อำนาจตามกฎหมายดำเนินการล่วงสิทธิของราษฎรในรูปของการกำหนดหน้าที่หรือภาระบางประการให้แก่ราษฎร

ข. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ส่งเสริมคุณภาพชีวิตของราษฎร หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จะทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน ตลอดจนส่งเสริมให้ราษฎรมีชีวิตเป็นอยู่ที่ดีขึ้น เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับการประกันสังคม การสงเคราะห์คนชรา การให้ทุนการศึกษา นอกจากนี้หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ยังดำเนินการเกี่ยวกับการสร้างสิ่งสาธารณูปโภค หรือสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ที่จำเป็นแก่การส่งเสริมคุณภาพชีวิต เช่น การสร้างถนน การวางท่อประปา การเดินสายไฟ การสร้างโรงเรียน การสร้างโรงพยาบาล เป็นต้น

ค. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่กำกับกิจการของรัฐที่แปรรูปเป็นเอกชน แรกเริ่มเดิมทีนั้นรัฐเป็นผู้ดำเนินการที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค การอุตสาหกรรม หรือการพาณิชย์กรรมบางประเภทด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมารัฐได้ดำเนินการแปรรูปหน่วยงานของรัฐที่ดำเนิน

⁷⁹ แหล่งเดิม. (น.16).

⁸⁰ Hartmut Maurer. Allgemeines Verwaltungsrecht. S 6 ff. (อ้างใน กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป น.13. เล่มเดิม.)

กิจกรรมดังกล่าวไปเป็นเอกชน และเปิดโอกาสให้เอกชนรายอื่นเข้ามาดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจเหล่านี้แข่งขันกันเอง โดยรัฐจะเป็นเพียงผู้กำกับ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเท่าที่จำเป็น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เอกชนที่ดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจเหล่านี้ และเพื่อคุ้มครองมิให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบแก่ราษฎรซึ่งมาใช้บริการเท่านั้น หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จึงเป็นฝ่ายปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์การแข่งขัน การออกใบอนุญาตประกอบกิจการ ตลอดจนการวินิจฉัยชี้ขาดในชั้นต้นเมื่อเกิดข้อพิพาทหรือการร้องเรียนจากราษฎรซึ่งมาใช้บริการกิจกรรมทางเศรษฐกิจในกลุ่มนี้ ได้แก่กิจการพลังงาน กิจการโทรคมนาคม กิจการไปรษณีย์ กิจการขนส่งมวลชน เป็นต้น มีข้อสังเกตว่าหน่วยงานทางปกครองที่ทำหน้าที่กำกับประกอบกิจการเหล่านี้ ในหลายกรณีไม่ได้เป็นหน่วยงานทางปกครองที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง แต่จะได้รับการจัดตั้งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ เช่น คณะกรรมการกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และ โทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) เป็นต้น

ง. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่สนับสนุนและควบคุมกิจการในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้จะทำหน้าที่วางมาตรการที่สำคัญในการกำหนดทิศทางเศรษฐกิจ เช่น การให้เงินอุดหนุนผู้ประกอบการที่รัฐต้องการสนับสนุนกิจการในด้านนั้นเพื่อผลประโยชน์ในระดับมหภาค การส่งเสริมกิจกรรมทางวัฒนธรรม เช่น การอนุรักษ์ภาพยนตร์เก่า เป็นต้น

จ. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ในทางการคลังและภาษีอากร หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ทำหน้าที่ในด้านการจัดเก็บรายได้เข้าคลังไม่ว่าจะในรูปแบบของภาษี อากรค่าธรรมเนียมต่าง ๆ

ฉ. ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่สนับสนุนฝ่ายปกครองด้วยตนเอง หน่วยงานทางปกครองกลุ่มนี้ทำหน้าที่ในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์ ตลอดจนบุคลากรให้แก่ฝ่ายปกครองรวมทั้งการจัดการระบบบริหารบุคลากรในฝ่ายปกครอง

(2) ประเภทของฝ่ายปกครองที่พิจารณาจากลักษณะของการกระทำและระดับความผูกพันต่อกฎหมาย หากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำและผลในทางกฎหมายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ตลอดจนพิจารณาจากระดับของความผูกพันที่ฝ่ายปกครองมีต่อกฎหมายแล้ว เราอาจแยกแยะฝ่ายปกครองออกเป็นประเภทต่าง ๆ โดยสังเขปได้ ดังนี้⁸¹

ก. ฝ่ายปกครองซึ่งใช้อำนาจทางปกครองกระหนาบสิทธิของราษฎร ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะกระทำการทางกฎหมายโดยกำหนดภาระหน้าที่ให้แก่ราษฎรคือกำหนดให้ราษฎรกระทำการใด ๆ หรือให้ราษฎรยอมให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นผลร้ายแก่ตน โดยจะต้องไม่หน่วงเหนี่ยว

⁸¹ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.15). เล่มเดิม.

ชัดเจน การใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะเช่นนี้ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการออกคำสั่งอันเป็นการสั่งการฝ่ายเดียว ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้ตกอยู่ภายใต้คำสั่ง เช่น สั่งให้ข้าราชการธรรมเนียม สั่งให้รื้อถอนอาคาร สั่งห้ามการประกอบธุรกิจ สั่งให้สลายการชุมนุม เป็นต้น

ข. ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะกระทำโดยให้ประโยชน์ในลักษณะต่าง ๆ แก่ราษฎร เช่น การให้เงินอุดหนุน การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การให้ทุนการศึกษา การให้ข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น

ค. ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินกิจกรรมในรูปลักษณะของนิติบุคคลเอกชน ฝ่ายปกครองประเภทนี้จะดำเนินกิจกรรมทางปกครอง โดยการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนให้เป็นผู้กระทำการ ในหลายกรณีมักจะมีการแปรรูปหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นในระบบกฎหมายมหาชนให้เป็นบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลเอกชน โดยรัฐจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือกำกับการกระทำอยู่เบื้องหลัง โดยทั่วไปแล้วการดำเนินการโดยวิธีเช่นนี้จะมีลักษณะเป็นการบริการสาธารณะ เช่น การดำเนินกิจการของบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

จ. ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินการบังคับการตามกฎหมายเมื่อพิจารณาจากระดับความผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองประเภทนี้เป็นฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการบังคับการตามกฎหมาย กล่าวคือ ใช้และตีความกฎหมาย ตลอดจนใช้อำนาจจากรากฐานของกฎหมายที่ชัดเจนเข้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระหรือประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องภายใต้บังคับของกฎหมายแล้วแต่กรณี

ฉ. ฝ่ายปกครองซึ่งดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยไม่ต้องอาศัยฐานอำนาจทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากระดับความผูกพันต่อกฎหมาย ฝ่ายปกครองประเภทนี้สามารถดำเนินกิจกรรมทางปกครองได้ โดยไม่จำเป็นต้องอ้างอิงหรืออาศัยฐานอำนาจทางกฎหมาย โดยปกติทั่วไปฝ่ายปกครองประเภทนี้จะทำหน้าที่ส่งเสริมคุณภาพชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎร เช่น ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ผลิตและให้บริการน้ำประปา เป็นต้น

2.6.3 หลักการจัดองค์กรฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองเพื่อให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลสำเร็จ จำต้องมีการจัดองค์กรฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว ซึ่งการจัดองค์กรฝ่ายปกครองอาจแบ่งได้ ดังนี้

(1) แบ่งตามลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง หลักในการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินที่ใช้อยู่ในประเทศต่าง ๆ นั้นมีอยู่สองหลัก คือ หลักรวมอำนาจทางปกครอง (centralisation) และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (decentralization) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จะเห็นได้ว่าการจัดระเบียบบริหารราชการในประเทศไทย ได้นำหลักการรวมอำนาจปกครองมาใช้ผสมกับหลักการกระจายอำนาจทาง

ปกครอง กล่าวคือ ในการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคได้ใช้หลักรวมอำนาจทางปกครอง ราชการส่วนกลางจัดเป็น กระทรวง ทบวง กรม และราชการส่วนภูมิภาคใช้หลักการแบ่งอำนาจซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักรวมอำนาจ จัดแบ่งเป็น จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล หมู่บ้าน มีเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลางซึ่งเป็นผู้แทนของกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ไปประจำในเขตการปกครองนั้น ๆ เพื่อบริหารราชการภายใต้บังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลางตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา ส่วนการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นได้ใช้หลักการกระจายอำนาจปกครอง โดยมอบราชการบริหารบางอย่างเกี่ยวกับการปกครองและการพัฒนาท้องถิ่นให้องค์กรส่วนท้องถิ่นที่เป็นนิติบุคคลต่างหากจากราชการส่วนกลางรับไปจัดทำโดยเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นนั่นเอง ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง มีการเลือกตั้งเจ้าหน้าที่ จึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีการจัดระเบียบบริหารราชการ โดยใช้หลักการรวมอำนาจปกครองและหลักการกระจายอำนาจปกครอง⁸²

ก. ราชการบริหารส่วนกลาง

การรวมอำนาจปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่มีการรวมอำนาจในการปกครองทั้งหมดไว้ที่ “ส่วนกลาง” คือ กระทรวง ทบวง กรม ของรัฐ และมีเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางซึ่งขึ้นต่อกันตามลำดับชั้นการบังคับบัญชาเป็นผู้ดำเนินการปกครองตลอดจนอาณาเขตของประเทศ การรวมอำนาจปกครองมีลักษณะสำคัญสามประการ คือ มีการรวมกำลังในการบังคับต่าง ๆ คือ กำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลาง มีการรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลางและมีลำดับการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่⁸³ โดยปัจจุบันตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 เมื่อนับรวมสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งมีฐานะเป็นกระทรวงด้วยแล้ว ประเทศไทยมีกระทรวงทั้งสิ้น 20 กระทรวงด้วยกัน คือ

- (1) สำนักนายกรัฐมนตรี
- (2) กระทรวงกลาโหม
- (3) กระทรวงการคลัง
- (4) กระทรวงต่างประเทศ
- (5) กระทรวงท่องเที่ยวและกีฬา
- (6) กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์
- (7) กระทรวงเกษตรและสหกรณ์

⁸² จาก *หลักกฎหมายมหาชน* (น.420), โดย ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2552, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁸³ *กฎหมายปกครอง* (น.62). เล่มเดิม.

- (8) กระทรวงคมนาคม
- (9) กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
- (10) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร
- (11) กระทรวงพลังงาน
- (12) กระทรวงพาณิชย์
- (13) กระทรวงมหาดไทย
- (14) กระทรวงยุติธรรม
- (15) กระทรวงแรงงาน
- (16) กระทรวงวัฒนธรรม
- (17) กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี
- (18) กระทรวงศึกษาธิการ
- (19) กระทรวงสาธารณสุข
- (20) กระทรวงอุตสาหกรรม

ข. ราชการบริหารส่วนภูมิภาค

ราชการบริหารภูมิภาคเป็นการจัดการปกครองโดยใช้หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจหรือการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค โดยราชการบริหารส่วนกลางจะส่งเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางหรือตัวแทนจากส่วนกลางไปปฏิบัติราชการในส่วนภูมิภาค โดยเจ้าหน้าที่เหล่านี้ต้องรับคำสั่งจากส่วนกลาง คือ กระทรวง ทบวง กรม ไปปฏิบัติตามแผนและนโยบายของรัฐบาล แต่เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะมีอำนาจการตัดสินใจในบางเรื่องบางระดับโดยไม่ต้องส่งเรื่องเข้ามาขออนุญาต อนุมัติจากส่วนกลางได้ อย่างไรก็ตามการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาคถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจเป็นหลักการที่แยกออกมาจากหลักรวมอำนาจและเจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคที่ถือว่าเป็นคนของส่วนกลางนั้นยังต้องอยู่ในบังคับบัญชาของส่วนกลาง กล่าวคือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของส่วนกลางในฐานะผู้บังคับบัญชานั้น มีอำนาจที่จะสั่งการให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามคำสั่งและมีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมการปฏิบัติงานของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา อีกทั้งมีอำนาจในการลงโทษทางวินัยและมีอำนาจให้บำเหน็จความดีความชอบ ราชการบริหารส่วนภูมิภาคของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้แก่ จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

ค. ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

การที่รัฐจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็เพื่อมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการกิจการของตนเองได้โดยมีความเป็นอิสระตามสมควรและอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับของรัฐ การปกครองส่วนท้องถิ่นมีองค์ประกอบที่สำคัญสามประการ คือ⁸⁴

ประการที่หนึ่ง มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์การนิติบุคคล อิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล ยังมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง ก็มีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมาย โดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่คอยควบคุมให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้น มิได้เข้าบังคับบัญชาหรืออำนาจการเอง

ประการที่สอง มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากรายรฐในท้องถิ่นบางส่วน โดยเฉพาะองค์กรสำหรับเป็นที่ประชุมปรึกษากิจการ เช่น สภาเทศบาล สภาจังหวัดที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งขึ้นมา ทั้งนี้ เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่แน่ว่ามีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้หลักการกระจายอำนาจปกครอง จึงมีหลักการตรงกันข้ามกับหลักการรวมอำนาจปกครองซึ่งถือว่าการแต่งตั้งเป็นสาระสำคัญเจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่าง ๆ ผู้ดำเนินการปกครองได้รับการแต่งตั้งจากราชการบริหารส่วนกลาง มิใช่เป็นผู้ได้รับการเลือกตั้งจากรายรฐเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น การเลือกตั้งถือว่าเป็นหลักการสำคัญอย่างหนึ่งของการกระจายอำนาจทางปกครอง ถ้ามีการเลือกตั้งทั้งองค์กรที่ประชุมและองค์กรที่มีหน้าที่บริหาร ก็นับว่ามีการกระจายอำนาจอย่างสมบูรณ์ ส่วนการกระจายอำนาจตามกิจการที่ให้แก่องค์กรนั้น การเลือกตั้งไม่ถือว่าเป็นหลักสำคัญเหมือนการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น

ประการที่สาม องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจปกครองมีความเป็นอิสระในการดำเนินการตามหน้าที่ (Autonomy) กล่าวคือ อาจดำเนินการที่ได้รับมอบหมายได้เองโดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินการได้ด้วยงบประมาณและด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเอง ถ้าองค์กรใดไม่มีความเป็นอิสระเช่นนี้หรือมีเพียงหน้าที่เสนอขอแนะนำหรือให้คำปรึกษาแก่ราชการบริหารส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจอย่างแท้จริง

⁸⁴ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.183). เล่มเดิม.

(2) แบ่งตามลักษณะขององค์กรฝ่ายปกครอง การจัดตั้งองค์กรของรัฐให้มีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ เพื่อดำเนินการกิจของรัฐโดยปกติจะตั้งจัดตั้งโดยกฎหมาย ส่วนจะเป็นกฎหมายในระดับใดนั้นขึ้นอยู่กับสถานะขององค์กรนั้น ๆ ว่ามีอำนาจหน้าที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชน โดยทั่วไปหรือไม่ถ้ามีจะต้องจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติแต่ถ้าอยู่ในลักษณะเป็นการจัดระเบียบภายในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเองก็ไม่จำเป็นต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ อาจจัดตั้งโดยกฎหมายลำดับรองหรือระเบียบทางบริหารก็ได้ องค์กรฝ่ายปกครองแบ่งออกได้หลายประเภทแล้วแต่เกณฑ์ที่จะนำมา⁸⁵ ซึ่งหากแบ่งตามลักษณะขององค์กรอาจแบ่งได้ ดังนี้

ก. องค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่ม

องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้น ถ้าองค์กรนั้นประกอบด้วยสมาชิกเพียงคนเดียวก็จะ เป็น “องค์กรเดี่ยว” ถ้าประกอบด้วยสมาชิกหลายคนก็จัดเป็น “องค์กรกลุ่ม” (Collective Organ) การแบ่งในลักษณะนี้ทำให้เห็นลักษณะในการแสดงเจตนาที่แตกต่างกัน การแสดงเจตนาขององค์กรเดี่ยวนั้น ไม่ซับซ้อนเพราะสามารถตัดสินใจ และการแสดงเจตนาโดยบุคคลคนเดียวไม่ต้องร่วมตัดสินใจกับองค์กรอื่น เพียงแต่พิจารณาเฉพาะขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นก็เพียงพอ เช่น ประมุขแห่งรัฐ นายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น ส่วนองค์กรกลุ่มนั้นการตัดสินใจและการแสดงเจตนามีความซับซ้อนกว่าองค์กรเดี่ยวเพราะองค์กรกลุ่มประกอบด้วยสมาชิกหลายคน ตัวอย่างเช่น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรลำดับรองลงมาที่อยู่ในรูปคณะกรรมการต่าง ๆ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการตัดสินใจและการแสดงเจตนาขององค์กรกลุ่มว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ดังต่อไปนี้

⁸⁶

1) พิจารณาจากองค์ประกอบ ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรกลุ่ม จะต้องระบุจำนวนสมาชิกขององค์กรกลุ่มไว้ว่ามีจำนวนเท่าใด เช่น คณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี 1 คน และรัฐมนตรีอีกไม่เกิน 35 คน หรือสภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 480 คน เป็นต้น โดยหลักแล้วมติขององค์กรกลุ่มจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อมีองค์ประกอบครบถ้วนในขณะที่ประชุมมีมติเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หากสมาชิกขององค์กรกลุ่มตายหรือลาออกก็ต้องดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้มีสมาชิกครบถ้วนตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนจึงจะดำเนินการประชุมมีมติได้ อย่างไรก็ตามหากเห็นว่าจะจะเป็นปัญหาในการปฏิบัติ โดยเฉพาะองค์กรกลุ่มที่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนมาก หรือวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งซับซ้อน เช่น การเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในกรณีนั้นกฎหมายควรบัญญัติเป็นข้อยกเว้น ให้ประชุมได้แม้ว่า

⁸⁵ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น.205). เล่มเดิม.

⁸⁶ แหล่งเดิม. (น.206).

สมาชิกขององค์กรกลุ่มนั้นยังมีไม่ครบตามองค์ประกอบก็ตาม โดยกำหนดให้มีองค์ประกอบเท่าที่สมาชิกมีอยู่ในปัจจุบัน

2) พิจารณาจากองค์ประชุม การแสดงเจตนาหรือมิมติใด ๆ ขององค์กรกลุ่มจะต้องเกิดขึ้นจากการประชุมปรึกษาหารือแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันในบรรดาสมาชิกขององค์กรกลุ่ม เพราะการจัดตั้งองค์กรกลุ่มซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวนหนึ่งนั้นมีความมุ่งหมายที่จะให้มีการแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันตามหลักการของประชาธิปไตย ซึ่งเชื่อว่าหลังจากแลกเปลี่ยนเหตุผลซึ่งกันและกันแล้วจะมีความคิดเห็นที่ถูกต้องร่วมกัน ด้วยเหตุนี้ก่อนการประชุมจะต้องมีหนังสือเรียกประชุม ระบุวัน เวลา สถานที่ที่จะประชุม เรื่องที่บรรจุเป็นระเบียบวาระที่จะพิจารณาไปถึงสมาชิกองค์กรกลุ่มทุกคน การไม่เรียกประชุมหรือใช้มติโดยหนังสือเวียนถามสมาชิกองค์กรทีละคน แล้วนำผลรวมเป็นมติย่อมเป็นมติที่ไม่ชอบ หรือมีการประชุมโดยไม่แจ้งให้สมาชิกบางคนได้ทราบก็ถือว่าเป็นการประชุมที่ไม่ชอบเช่นเดียวกัน นอกจากนี้จะต้องมีการประชุมและเรียกประชุมถูกต้องแล้ว จะต้องสมาชิกเข้าร่วมประชุม “ครบองค์ประชุม” คือ ครบจำนวนตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งโดยปกติไม่เต็มตามจำนวนทั้งหมดหรือครบตามจำนวนองค์ประกอบ เพราะสมาชิกขององค์กรกลุ่มมีจำนวนมากยากที่จะให้มาประชุมทุกคนตามจำนวนที่กำหนดไว้เป็นองค์ประกอบได้ กฎหมายจึงกำหนดจำนวนสมาชิกขั้นต่ำที่เข้าร่วมประชุมซึ่งสามารถมีมติหรือแสดงเจตนาให้มีผลทางกฎหมายได้ จำนวนสมาชิกขั้นต่ำขององค์กรกลุ่มที่เข้าร่วมประชุมนี้เรียกว่า “องค์ประชุม” โดยปกติกฎหมายจะกำหนดจำนวนองค์ประชุมไว้ว่ามีจำนวนเท่าใด เช่น เกินกว่ากึ่งหนึ่ง ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมด มีกรณีขเว้นเท่านั้นที่กำหนดไว้เท่ากับองค์ประกอบ แต่ถ้าไม่กำหนดไว้เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่าจะต้องมีสมาชิกเข้าร่วมประชุมอย่างน้อยกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

นอกจากนี้ยังมีหลักทั่วไปว่า ผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ประชุมขององค์กรกลุ่มพิจารณา ย่อมไม่สามารถร่วมอยู่ในที่ประชุมได้ เพราะอาจจะทำให้สมาชิกองค์กรกลุ่มไม่กล้าอภิปรายแสดงเหตุผลหรือตัดสินใจโดยอิสระได้ ดังนั้น มติของที่ประชุมที่มีสมาชิกซึ่งมีส่วนได้เสียในผลของการลงมติร่วมอยู่ด้วยย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) พิจารณาจากองค์มติ มติของที่ประชุมซึ่งมีผู้มาประชุมครบองค์ประชุมจะต้องมีคะแนนเสียงครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด โดยปกติจะกำหนดไว้ตามหลักปริมาณ คือ จำนวนคะแนนเสียงข้างมาก จำนวนคะแนนเสียงข้างมากนี้มีได้ 2 ลักษณะ คือ คะแนนเสียงข้างมากธรรมดา หมายถึง คะแนนเกินกึ่งหนึ่งของผู้ร่วมประชุมครบองค์ประชุม อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดให้มติดังต้องใช้คะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด (องค์ประกอบ) ก็ถือว่าเป็นมติพิเศษลักษณะหนึ่ง เพราะต้องใช้คะแนนเสียงเป็นพิเศษไม่ว่าสมาชิกจะมาประชุมครบ

องค์ประชุมจะมีจำนวนเท่าใดก็ตาม เรียกว่า “มติธรรมดา” และคะแนนเสียงข้างมากพิเศษ หมายถึง เกินกว่ากึ่งหนึ่งอีกจำนวนหนึ่ง เช่น สองในสามหรือสามในสี่ของผู้ร่วมประชุม หรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเรียกว่า “มติพิเศษ”

นอกจากนั้นบางครั้งกฎหมายอาจกำหนดให้มีมติเป็น “เอกฉันท์” คือ มีคะแนนเสียง สอดคล้องกันทั้งหมดทุกคน ซึ่งจะกำหนดไว้ในกรณีพิเศษจริง ๆ เช่น การทำคำพิพากษาของ ศาลฎีกา เป็นต้น แต่ในบางกรณีอาจกำหนดไว้ว่าเป็นมติได้เมื่อไม่มีผู้คัดค้านหรือใช้สิทธิวีโต้ (Veto) ในกรณีนี้ถ้าไม่มีผู้คัดค้านก็ถือว่าเป็นมติของที่ประชุมแล้ว แต่ถ้ามีผู้คัดค้านเพียงคนเดียว เรื่องที่นำมาพิจารณานั้นจะตกไปทันที

สำหรับคะแนนเสียงข้างมากอาจแยกได้ ดังนี้

คะแนนเสียงข้างมากสัมพัทธ์ (relative majority) คือ จำนวนคะแนนเสียงข้างมากที่สุด ขององค์ประชุม หรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

คะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาด (absolute majority) คือ จำนวนคะแนนเสียงเกินกว่า กึ่งหนึ่งขององค์ประชุมหรือของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

ข. องค์กรเอกเทศและองค์กรร่วม

องค์ประกอบขององค์กรฝ่ายปกครองลักษณะนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนองค์กร ที่เข้าร่วมในการแสดงเจตนา กล่าวคือ ถ้าเรื่องใดกฎหมายกำหนดให้การแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์ ต่อเมื่อมีองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเข้าร่วมแสดงเจตนาหรือการแสดงเจตนาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ต้องประกอบด้วยการแสดงเจตนาของสององค์กรขึ้นไป องค์กรที่เข้าร่วมตัดสินใจหรือร่วมแสดง เจตนาทั้งหมดจัดเรียกว่าเป็น “องค์กรร่วม” เพราะเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาดหรือ เจตนาสมบูรณ์ในตัวเอง ถ้าแสดงเจตนาโดยองค์กรเพียงองค์กรเดียวก็มีผลสมบูรณ์ องค์กรนั้น เรียกว่าเป็น “องค์กรเอกเทศ”⁸⁷

องค์กรร่วมเกิดขึ้นเนื่องจากความประสงค์ที่จะให้มีการควบคุมซึ่งกันและกัน ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยตนเอง และเพื่อมีการประสานงานหรือร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐ ซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน เพื่อร่วมประสบการณ์ความรู้ความสามารถต่าง ๆ เพื่อรักษา ประโยชน์ส่วนรวมให้สมบูรณ์มากขึ้น ตัวอย่างเช่น ในระบบสองสภาการตรากฎหมายจะต้องผ่าน ความเห็นชอบของทั้งสองสภา ในระบบสองสภานี้อาจอยู่ในลักษณะสภาหนึ่งเป็น สภา ผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้ง อีกสภาหนึ่งเป็น สภาที่มาจากการแต่งตั้ง โดยการสืบตระกูลหรือ สายโลหิต หรือโดยฐานะเป็นผู้ทรงคุณวุฒิหรือในระบบสหพันธรัฐ (Federation State) สภาสูงเป็น สภาที่มาจากผู้แทนรัฐสมาชิก สภาล่างมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในทุกรัฐ เป็นต้น

⁸⁷ แหล่งเดิม. (น.208).

ในการตรากฎหมายนอกจากจะต้องได้รับการแนะนำและความยินยอมของรัฐสภาแล้ว ยังต้องให้ประมุขของรัฐลงนามประกาศใช้เป็นกฎหมายด้วย ในกรณีนี้ประมุขแห่งรัฐจึงเป็นองค์กรร่วมในการตรากฎหมายของรัฐและมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วด้วย ในรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังนั้น ในกรณีนี้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย รัฐสภาเป็นองค์กรพิจารณาให้ความเห็นชอบ และพระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว องค์กรทั้งหมดเป็นองค์กรร่วมในการใช้อำนาจพิจารณาและให้ความเห็นชอบพระราชบัญญัติ

ค. องค์กรสูงสุดและองค์กรลำดับรอง

องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นแตกต่างกัน เพราะองค์กรของรัฐต้องเกิดขึ้นหรือจัดตั้งและมีอำนาจหน้าที่โดยกฎหมาย “องค์กรสูงสุด” เป็นองค์กรของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด และไม่อยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรอื่น เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐสภา เป็นต้น องค์กรสูงสุดถือได้ว่าเป็นองค์กรที่มีใ้ได้อยู่ใ้องค์กรอื่นใด บางครั้งจึงเรียกว่าเป็น “องค์กรโดยตรง” หรือ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ส่วน “องค์กรลำดับรอง” เป็นองค์กรที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าองค์กรสูงสุด เพราะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายธรรมดาจึงตกอยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ รัฐสภา องค์กรประเภทนี้จึงอาจเรียกว่า “องค์กรโดยอ้อม” องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐ ซึ่งแสดงออกโดยกฎหมายจัดตั้ง แต่ทั้งนี้มิใช่เพียงองค์กรที่กฎหมายกล่าวถึงเท่านั้น แต่จะต้องกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรไว้ด้วย โดยปกติองค์กรลำดับรองเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลาย เช่น อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ หรือคณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ เป็นต้น

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง

โดยทั่วไปการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐขึ้นมาก็เพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นส่วนรวม แต่เนื่องจากหน่วยงานของรัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น จึงไม่อาจดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะได้ด้วยตนเอง แต่ต้องกระทำโดยทางเจ้าหน้าที่ของตน ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานของรัฐและในนามของหน่วยงานของรัฐ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกหรือหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่สังกัดอยู่หรือหน่วยงานของรัฐอื่น และอาจเกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐแห่งเดียวหรือหลายแห่งได้ โดยในส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐนั้น หน่วยงานของรัฐสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐได้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งขั้นตอนในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้นจะถูกกำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว จึงสมควรศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองทั้งในภายในประเทศและต่างประเทศ

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

3.1.1. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.1.1.1 หน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่พิจารณาทางปกครอง

ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดคำว่า หน่วยงาน (Behörde) หมายถึง หน่วย (Stelle) ใดๆ ที่ทำหน้าที่ปฏิบัติภารกิจทางปกครอง¹ ดังนั้น หน่วยงานตามกฎหมายฉบับนี้จึงหมายถึงหน่วยงานทางปกครอง (Verwaltungsbehörden) หน่วยงานทาง

¹ § 1 (4) VwVfG “Behörde in Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt”

ปกครอง คือ องค์กรของรัฐหรือผู้ทรงอำนาจปกครองอื่นที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรนั้น ๆ โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรกำหนดหน้าที่รับผิดชอบให้หน่วยงานในฐานะเป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้น หน่วยงานจึงมีอำนาจตามที่ได้รับมอบหมายจากกฎหมายและสามารถใช้อำนาจสั่งการต่อราษฎรในฐานะที่ราษฎรเป็นผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองพร้อมกันนั้นก็ยังมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานจะระบุไว้ชัดเจนว่าหน่วยงานทางปกครองเรื่องใดอยู่ในอำนาจของหน่วยงานไหน โดยหลักการทั่วไปแล้วหากกฎหมายกำหนดอำนาจไว้ให้หน่วยงานใด ก็เฉพาะแต่หน่วยงานนั้นที่สามารถใช้อำนาจสั่งการตามที่กฎหมายกำหนดได้ หน่วยงานใด ๆ ที่ไม่มีกฎหมายมอบกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบไว้หน่วยงานนั้น ไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานตามความหมายของรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ คงมีฐานะเป็นเพียงหน่วยย่อยภายในหน่วยงานเท่านั้น เช่น แผนกต่าง ๆ ในกระทรวง อย่างไรก็ตามโดยเหตุที่หน่วยงานทางปกครองได้รับการจัดตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นลำดับชั้น ในกรณีจำเป็นหรือกรณีให้เห็นได้ว่าหน่วยงานได้บังคับบัญชาไม่สามารถปฏิบัติการกิจตามคำสั่งได้ หน่วยงานที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าในฐานะหน่วยงานบังคับบัญชาย่อมสามารถเข้ามาใช้อำนาจของหน่วยงานที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าในฐานะที่เป็นหน่วยงานได้บังคับบัญชาได้โดยตรง (Selbsteintrittsrecht der höheren Behörde)²

ในระบบกฎหมายเยอรมันหน่วยงานที่จะได้รับการจัดตั้งให้ปฏิบัติการทางปกครองนั้นมีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ประเภทแรกเป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรเดี่ยว (monokratische order bürokratische Behörde) ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจออกไปในนามของหน่วยงานนั้นจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดแห่งหน่วยงานเพียงคนเดียว โดยในหน่วยงานนั้นจะมีการแบ่งหน่วยงานย่อยภายในที่มีตำแหน่งต่าง ๆ (Ämter) ร่องลงไปเป็นลำดับประเภทที่สองเป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม (kollegiale Behörde) ซึ่งมีความหมายว่าการตัดสินใจเรื่องในทางปกครองที่กระทบต่อราษฎรจะต้องกระทำในรูปของคณะกรรมการ (Ausschuss) อย่างไรก็ตามในส่วน of หน่วยงานที่มีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่มนี้ แม้การตัดสินใจจะกระทำในรูปของการประชุมโดยคณะกรรมการก็ตาม แต่การบังคับการตามมติของคณะกรรมการ ตลอดจนการดำเนินการในความสัมพันธ์ภายนอก กฎหมายจะกำหนดให้อยู่ใน

² จาก วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. (น.53) โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , 2549, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

อำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง หน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มจะแตกต่างจากหน่วยงานที่เป็นองค์กรเดี่ยวตรงที่หน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มนั้น จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาสั่งการโดยองค์กรอื่น³

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงาน (Zuständigkeit der Behörden) เป็นกฎเกณฑ์สำคัญที่จะตอบคำถามว่าหน่วยงานใดจะเป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบงานทางปกครองหรือตัดสินใจเรื่องทางปกครองเรื่องใด ในรัฐที่มีรูปเป็นสหพันธ์อย่างเช่นประเทศเยอรมนีนั้น การแบ่งแยกอำนาจของหน่วยงานในทางปกครองให้ชัดเจนย่อมมีความสำคัญเป็นพิเศษ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้น ได้บัญญัติการแบ่งแยกภารกิจของรัฐเอาไว้ในมาตรา 30 มาตรา 70 มาตรา 83 และมาตรา 87 ในการพิจารณาและสั่งการในทางปกครองเฉพาะหน่วยที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้นที่จะสามารถพิจารณาสั่งการได้ในกรณีที่ราษฎรยื่นคำร้องมาที่หน่วยงานของรัฐที่ไม่มีอำนาจในเรื่องนั้น หน่วยงานที่รับเรื่องมีหน้าที่ที่จะต้องส่งเรื่องไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจ หรือแจ้งปฏิเสธการรับเรื่องไว้พิจารณาไปยังผู้ยื่นคำร้อง ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนดการกำหนดอำนาจของหน่วยงานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ผูกพันฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามในหลายกรณีฝ่ายปกครองก็อาจที่จะผ่อนคลายนความเคร่งครัดของความผูกพันลงได้ หากปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจไว้ให้ หรือปรากฏความจำเป็นในทางปกครอง เช่น การขอให้หน่วยงานทางปกครองอื่นที่ไม่มีอำนาจช่วยเหลือการปฏิบัติราชการ การที่หน่วยงานบังคับบัญชาเข้าใช้อำนาจแทนหน่วยงานใต้บังคับบัญชา หรือการมอบอำนาจ เป็นต้น

โดยปกติแล้วในการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานนั้นมีประเด็นจะต้องคำนึงดังนี้⁴ คือ

(1) พิจารณาในแง่ของเรื่อง (sachliche Zuständigkeit) การพิจารณาในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาว่าการกิจทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น การกิจในการสังคมสงเคราะห์ การควบคุมอาคาร การแต่งตั้งข้าราชการ เป็นต้น เป็นภารกิจของหน่วยงานในการปกครองหน่วยงานใด ทั้งนี้ในเบื้องต้นต้องแยกแยะเสียก่อนว่าภารกิจเรื่องที่เป็นปัญหาให้ต้องวินิจฉัยเป็นภารกิจของสหพันธ์ของมลรัฐ หรือขององค์กรปกครองที่ทรงอำนาจอันใด⁵ อำนาจในส่วนนี้เป็นเรื่องที่ระบบกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “Verbandkompetenz” เมื่อทราบว่าอำนาจทางปกครองในเรื่องดังกล่าวเป็นของสหพันธ์ มลรัฐ หรือองค์กรปกครองที่ทรงอำนาจอันใดแล้วก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าองค์กรที่ทรงอำนาจในลักษณะใดในสหพันธ์ มลรัฐ หรือองค์กรปกครองที่ทรงอำนาจอันใดที่สามารถดำเนินการในเรื่องที่เป็นปัญหาได้ เช่น ในการดำเนินงานของตำรวจในทางปกครอง ตำรวจ (ในฐานะหน่วยงาน) ย่อมไม่มี

³ Badura, in Erichse/Ehlers, S. 510 (อ้างใน แหล่งเดิม. น.60)

⁴ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. (น.60). เล่มเดิม.

⁵ From System des Verwaltungsrechts Band 3, by Buchholz, 1997, S. 25

อำนาจที่จะออกรัฐบัญญัติ (Gesetz) กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปได้ แต่ต่อออกกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นรูปธรรมใช้บังคับเฉพาะราย ทั้งนี้เว้นแต่ตำรวจจะได้รับมอบอำนาจให้ออกกฎ (Rechtsverordnung) ที่มีผลบังคับทั่วไปทำนองเดียวกับรัฐบัญญัติโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติ อำนาจในแง่นี้เป็นอำนาจที่ต้องใช้ตามลักษณะการแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐ (Funktionskompetenz) เมื่อผ่านเกณฑ์ทั้งสองประการข้างต้นแล้ว จึงมาพิจารณาต่อไปว่าหน่วยงานใดในองค์กรที่มีภารกิจเรื่องนั้นเป็นหน่วยงานที่ทรงอำนาจ กรณีนี้เป็นการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานในองค์กร (Ressortkompetenz)

(2) อำนาจในแง่ลำดับชั้น (instanzielle Zuständigkeit) กฎเกณฑ์ในส่วนนี้จะกำหนดว่าหน่วยงานต่าง ๆ ในองค์กรซึ่งสัมพันธ์กันอย่างเป็นลำดับชั้นตามสายการบังคับบัญชาหน่วยงานใดที่มีอำนาจที่จะปฏิบัติภารกิจในเรื่องนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วหน่วยงานที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า (หน่วยงานบังคับบัญชา) ไม่สามารถที่จะใช้อำนาจแทนหน่วยงานที่อยู่ใต้บังคับบัญชาได้ เว้นแต่เข้ากรณียกเว้นที่กฎหมายกำหนด⁶

(3) อำนาจในแง่พื้นที่ (örtliche Zuständigkeit) ในกรณีที่เขตการปกครองใดมีหน่วยงานที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันหลายหน่วยงานกฎเกณฑ์ในส่วนนี้จะกำหนดว่าหน่วยงานใดมีอำนาจในเขตพื้นที่ใด

(4) อำนาจในแง่ภารกิจ (funktionelle Zuständigkeit) โดยปกติแล้วในการกำหนดอำนาจกระทำการทางปกครองนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันจะกำหนดให้อำนาจแก่หน่วยงานส่วนหน่วยงานจะแบ่งแยกอำนาจภายในกันอย่างนั้น เป็นเรื่องแต่ละหน่วยงานจะต้องไปกำหนดระเบียบภายในเองว่าจะให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดมีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานในเรื่องใดอย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดในหน่วยงานมีอำนาจกระทำการ กรณีนี้เป็นกรณีที่เรียกว่า “function Zuständigkeit” การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้แก่ตำแหน่งอย่างชัดเจนนี้จะต่างจากกรณีที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ภายใน เพราะจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่ได้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷

อำนาจของหน่วยงานตามที่ได้รับบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองนั้นเป็นอำนาจในแง่ของพื้นที่ และกฎเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานในแง่

⁶ BayVGH, DÖV 1982, S. 82 (84) (อ้างใน แหล่งเดิม. น.62)

⁷ Ule/Laubinger, S. 80. (อ้างใน แหล่งเดิม.)

ของพื้นที่จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อ ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ตามมาตรา 3 แห่ง
 รับบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ที่บัญญัติว่า

มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 ในกรณีที่เรื่องทางปกครองเกี่ยวพันกับอสังหาริมทรัพย์หรือ
 สิทธิหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจได้แก่หน่วยงานที่ทรัพย์สิน
 หรือสถานที่นั้นตั้งอยู่⁸ อสังหาริมทรัพย์ในที่นี้หมายถึงที่ดิน สิทธิที่เสมือนสิทธิในที่ดินรวมตลอด
 ถึงเรือ และเครื่องบิน สำหรับสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ ก็ได้แก่กรณีของการออก
 ใบอนุญาตให้เปิดภัตตาคาร หรือร้านขายยา เป็นต้น

มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ในกรณีที่เรื่องทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการ
 ประกอบธุรกิจ การประกอบอาชีพ หรือการกระทำอื่นใดที่มีระยะเวลาต่อเนื่อง หากการกระทำที่
 กล่าวมากระทำในเขตพื้นที่ของหน่วยงานใด หน่วยงานนั้นย่อมเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ⁹ อำนาจใน
 กรณีนี้มักเป็นกรณีของการยื่นขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 3 a ในกรณีที่เรื่องทางปกครองเรื่องใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ
 บุคคลธรรมดา หน่วยงานที่มีอำนาจ คือ หน่วยงานที่บุคคลธรรมดาผู้นั้นมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติธรรมดา
 ในเขตความรับผิดชอบของตน ถิ่นที่อยู่เป็นปกติธรรมดา หมายถึง ถิ่นที่อยู่ที่บุคคลนั้นไม่ได้
 พักอาศัยอยู่ชั่วคราว สำหรับกรณีที่เรื่องทางปกครองใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล หน่วยงานที่
 มีอำนาจคือ หน่วยงานที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ หรือเคยตั้งอยู่ล่าสุด (มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 3 b)¹⁰

⁸ Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG

Section 3 (1) 1. in matters relating to immovable assets or to a right or legal relationship linked
 to a certain place: the authority in whose districts the assets or the place is situated;

⁹ Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG

Section 3 (1) 2. In matters relating to the running of a firm or one of its places of business, to
 the practice of a profession or to the carrying out of other permanent activity: the authority in whose district the
 firm or place of business is or is to be run, the profession practised or the permanent activity carried out;

¹⁰Section 3 (1) 3. a) natural persons: the authority in whose the natural person is or last was
 normally resident,

b) legal persons or association: the authority in whose district the legal person or association is
 or last was legally domiciled.

ในกรณีที่ไม่ว่าเหตุที่กล่าวมาทั้ง 3 ข้อ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 กำหนดให้หน่วยงานที่มีเหตุการณ์ซึ่งจะต้องดำเนินการทางปกครองเกิดขึ้นในเขตเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ¹¹

ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานหลายหน่วยงานมีอำนาจในเรื่องทางปกครองที่เกิดขึ้นให้หน่วยงานที่ดำเนินการกับเรื่องดังกล่าวเป็นหน่วยงานแรกเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ แต่ในกรณีที่หน่วยงานดังกล่าวยังไม่ได้ตัดสินใจ หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่อาจสั่งให้หน่วยงานอื่นที่มีอำนาจในแง่พื้นที่เช่นกันดำเนินการได้ นอกจากนี้ในกรณีหน่วยงานหลายหน่วยงานอ้างว่าตนมีอำนาจ (positive Kompetenzkonflikt) หรือหน่วยงานหลายหน่วยงานต่างปฏิเสธว่าตนไม่มีอำนาจ (negative Kompetenzkonflikt) หรือเกิดปัญหาสงสัยว่าหน่วยงานไหนกันแน่ที่มีอำนาจ ให้หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่วินิจฉัยสั่งการ

มาตรา 3 วรรคสาม ในกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเขตอำนาจในแง่พื้นที่ของหน่วยงานหลังจากที่ได้มีการดำเนินการทางปกครองไปแล้ว ให้หน่วยงานที่ได้ดำเนินการเรื่องทางปกครองดังกล่าวมันยังคงมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หากการดำเนินการเช่นนั้นจะสะดวกและสมประสงค์ตามกฎหมาย และหน่วยงานอื่นที่บัดนี้มีอำนาจในแง่พื้นที่ได้ให้ความยินยอม¹²

มาตรา 3 วรรคสี่ ได้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนว่าให้หน่วยงานใด ๆ ที่อยู่เขตพื้นที่ที่เกิดเหตุการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วนขึ้น มีอำนาจกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อระงับเหตุ นั้น และจะต้องแจ้งให้หน่วยงานที่มีอำนาจทราบโดยไม่ชักช้า¹³

การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหน่วยงานไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้กลับคืนคืนได้ ส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวจะเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงถึงขนาดตกเป็น โฆษะ หรือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ถึงขนาดตกเป็น โฆษะ แต่คงมีผลในทางกฎหมายอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอนนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ

¹¹ Section 3 (1) 4. in matter for which competence cannot be derived from nos. 1 to 3: the authority in whose district the event giving rise to the official action occurs.

¹² Section (3) If in the course of the administrative process some change in the circumstances determining competence occurs, the authority hitherto competent may continue the administrative process when this doing so is in the interest of simplicity and efficiency of execution while protecting the interests of those concerned and where the agreement of the authority now competent is obtained.

¹³ Section (4) Where delay involves a risk, any authority shall be locally competent to take measures which cannot be postponed when the event giving rise to the official action occurs in its district. The authority locally competent under paragraph 1, nos. 1 to 3 shall be informed immediately.

ลักษณะของการฝ่าฝืน ส่วนกรณีการฝ่าฝืนในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่อง โดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกำหนดอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัดตามรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ มาตรา 44 วรรคหนึ่ง และด้วยเหตุนี้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงตกเป็น โฆษะ สำหรับกรณีที่หน่วยงานออกคำสั่งไปโดยไม่มีอำนาจในแง่ของพื้นที่นั้น ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้หรือกรณีที่หน่วยงานออกคำสั่งไปนอกเขตพื้นที่ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 กรณีคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสถานที่คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็น โฆษะ ส่วนกรณีที่หน่วยงานไม่มีอำนาจในแง่พื้นที่ในกรณีอื่นหรือกรณีที่หน่วยงานไม่มีอำนาจในแง่ของลำดับชั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้¹⁴

3.1.1.2 การให้คำปรึกษาและการให้ความเห็นชอบ

ในการพิจารณาทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีการพิจารณาร่วมกันของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองบางเรื่อง เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบจะต้องขอความเห็นหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ตัวอย่างเช่น การวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร (B BauG) ตามมาตรา 36 วรรคแรก จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรปกครองตนเอง-เทศบาล (Gemeinde) และความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไป ซึ่งศาลปกครองสหพันธ์รัฐวินิจฉัยว่าการร่วมกระทำการนี้เป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครอง ไม่มีผลกระทบต่อประชาชน กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นไม่ให้ความเห็นชอบเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตให้ประชาชนผู้ร้องขอ ผู้ร้องขอจะฟ้องโต้แย้งการร่วมกระทำการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นี้โดยคำฟ้องไม่ได้ แต่จะต้องฟ้องโต้แย้งตัวนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ การไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบ และศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการไม่ให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นนั้นด้วย¹⁵

ตามรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ มาตรา 44 (3) ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องที่อาจมีผลทำให้คำสั่งนั้นตกเป็น โฆษะ โดยได้กำหนดว่าคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งใน 4 ประการตามมาตรา นี้ จะทำให้คำสั่งทาง

¹⁴ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น.66). เล่มเดิม.

¹⁵ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.151). เล่มเดิม.

ปกครองไม่สมบูรณ์ในลักษณะที่เป็น โมฆียกรรม ซึ่งในมาตรา 44 (3) ข้อ 4¹⁶ ได้กำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไรก็ตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่อื่นดังกล่าว สามารถเยียวยาแก้ไขให้เป็นคำสั่งทางปกครองสมบูรณ์ได้ หากได้มีการจัดให้การให้ความเห็นชอบในภายหลังตามมาตรา 45 (1) ข้อ 5¹⁷

3.1.1.3 การรับฟังและการโต้แย้งคัดค้าน

คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองมีสิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องทางปกครองหลายประการ กฎหมายว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ออกแบบให้คู่กรณีมีฐานะเป็นประธานในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองซึ่งหมายความถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิ ไม่ใช่วัตถุแห่งการกระทำของหน่วยงานของรัฐด้วยเหตุนี้สิทธิต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญจึงมีผลเป็นรูปธรรมในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองนอกจากสิทธิทั่วไป เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองในฐานะ

¹⁶ Section 44 Invalidity of an administrative act

(3) An administrative act shall not be invalid merely because :

1. provisions regarding local competence have not been observed, except in a case covered by paragraph 2, no. 3;
2. a person excluded under section 20, paragraph 1, first sentence, nos. 2 to 6 is involved;
3. a committee required by law to play a part in the issuing of the administrative act did not take or did not have a quorum to take the necessary decision;
4. the collaboration of another authority required by law did not take place

¹⁷ Verwaltungsverfahrgesetz – VwVfG

Section 45. Making good defects in procedure or form

(1) An infringement of the regulation governing procedure or form which does not render the administrative act invalid under section 44 shall be ignored when:

1. the application necessary for the issuing of the administrative act is subsequently made;
2. the necessary statement of grounds is subsequently provided;
3. the necessary hearing of a participant is subsequently held;
4. the decision of a committee whose collaboration is required in the issuing of the administrative act is subsequently taken;
5. the necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.

เป็นชนกลุ่มน้อย¹⁸ สิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟัง (Recht auf Gehör) ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 28¹⁹ แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในกรณีที่หน่วยงานจะออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี หน่วยงานต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีสิทธิชี้แจงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน หากพิจารณาห้อยคำในมาตรา 28 แล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่คำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งที่หากหน่วยงานจะทำขึ้น หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีเฉพาะแต่คำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น ที่จะทำให้หน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ต้องรับฟังและคู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง

คำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี (ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Beteiligten eingreift) ที่ยอมรับตรงกันเป็นยุติ คือ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการ ละเว้นกระทำการ หรือยอมให้กระทำการหรือคำสั่งทางปกครองที่ตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิของคู่กรณี ทั้งนี้ โดยมีพิกัดต้องคำนึงว่าในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น หน่วยงานต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยไม่มีดุลพินิจ หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานมีดุลพินิจก็ตามโดยทั่วไปแล้วแม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีมักจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะ แต่คำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่ง

¹⁸ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น.109). เล่มเดิม.

¹⁹ Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG

Section 28. Hearing of participants.

(1) Before an administrative act affecting the rights of a participant may be executed, the letter must be given the opportunity of commenting on the fact relevant to the decision.

(2) This hearing may be omitted when not required by the circumstances of an individual case and in particular when:

1. an immediate decision appears necessary in the public interest or because of the risk involved in delay;

2. the hearing would jeopardise the observance of a time limit vital to the decision;

3. the intent is not to diverge, to his disadvantage, from the actual statement made by a participant in an application or statement;

4. the authority wishes to issue a general order or similar administrative acts in considerable numbers or administrative acts using automatic equipment;

5. measures of administrative enforcement are to be taken.

(3) A hearing shall not be granted when this is grossly against the public interest.

ทางปกครองที่ให้ประโยชน์หรือคำสั่งทางปกครองที่เปลี่ยนแปลงสิทธิของคู่กรณี ทำให้คู่กรณีตกอยู่ในฐานะที่แยงก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งด้วยเช่นกัน²⁰ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณีย่อมไม่ตกอยู่ในความหมายของคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ หน่วยงานจึงไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง

ในการรับฟังเจ้าหน้าที่จะต้องรับฟังข้อเท็จจริงที่สำคัญอันมีผลต่อการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน ได้แก่ ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีอื่น ๆ ในกระบวนการพิจารณาได้แสดงให้เห็นหน่วยงานทราบรวมถึงผลของการพิจารณาและการรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ ดังนั้น หน่วยงานจึงมีหน้าที่แจ้งข้อมูลผลการรับฟังคู่กรณี ผลการสอบสวนพยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญ ตลอดจนความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรของพยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญทราบ อย่างไรก็ตามคู่กรณีไม่มีสิทธิอยู่ในกระบวนการรับฟังพยาน อนึ่ง ข้อมูลข้อเท็จจริงที่หน่วยงานต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบก่อนการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คู่กรณีได้มีโอกาสโต้แย้งแสดงความคิดเห็นนี้ หน่วยงานมีหน้าที่ต้องแจ้งเฉพาะผลของการรับฟังพยานหลักฐานเท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานต้องแจ้งข้อมูลทั้งหมดที่หน่วยงานได้มา²¹ หลังจากหน่วยงานได้แจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบและได้ฟังความเห็นของคู่กรณีที่มีต่อข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว หากต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงานใหม่ หน่วยงานย่อมต้องแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้คู่กรณีทราบและฟังความเห็นของคู่กรณี อย่างไรก็ตามถ้าข้อเท็จจริงที่ได้มาใหม่นั้น ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน หรือเป็นข้อเท็จจริงใหม่ที่คู่กรณีได้ให้แก่อนหน่วยงานเอง เช่นนี้หน่วยงานไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีใหม่อีก

สิทธิที่จะได้รับการรับฟังจำกัดเฉพาะการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความคิดเห็นที่มีต่อข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญในการตัดสินใจของหน่วยงานเท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานต้องเชิญตนไปสอบถามหรือให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อกฎหมาย ในกรณีที่หน่วยงานได้ให้โอกาสคู่กรณีในการแสดงความคิดเห็นแล้วแต่คู่กรณีไม่ใช่โอกาสนั้น หน่วยงานสามารถที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้โดยไม่ถือว่าฝ่าฝืนขั้นตอนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง อย่างไรก็ตามในการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความคิดเห็นนั้นหน่วยงานต้องใช้เวลาคู่กรณีพอสมควรในการที่คู่กรณีจะได้ศึกษาข้อเท็จจริงเพื่อที่จะโต้แย้งแสดงความคิดเห็นได้ กับทั้งจะต้องกำหนดสถานที่และเวลาที่จะรับฟังให้เหมาะสมด้วย โดยเหตุที่กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบของการรับฟังไว้ หน่วยงานอาจจะรับฟัง

²⁰ BVerwG DVBl. 83, S. 271. (อ้างใน วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบอบกฎหมายเยอรมัน. น.110. เล่มเดิม.)

²¹ Clausen, in : Knack, § 28 RdNr. 9. (อ้างใน แหล่งเดิม. น.112)

คู่กรณีด้วยวาจาหรือให้คู่กรณีแสดงเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การกำหนดรูปแบบการรับฟังคู่กรณีถือเป็นดุลพินิจของหน่วยงาน อนึ่ง การรับฟังคู่กรณีอาจจะเกิดขึ้นพร้อมกับการให้คู่กรณีขอตรวจดูเอกสารก็ได้ ในกรณีที่หน่วยงานถือว่าการให้คู่กรณีขอตรวจดูเอกสารเป็นการรับฟังคู่กรณีไปพร้อมกัน หน่วยงานจะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบอย่างชัดเจน

การรับฟังคู่กรณีในบางกรณีหน่วยงานอาจไม่ต้องดำเนินการรับฟังได้หากเป็นกรณียกเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ตามมาตรา 28 วรรคสอง เป็นกรณีที่หน่วยงานมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณีหากต้องด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด โดยหน่วยงานอาจไม่ต้องรับฟังคู่กรณีได้ หากปรากฏเหตุดังต่อไปนี้²²

(1) มีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจโดยฉับพลันเพื่อป้องกันอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้า (wegen Gefahr im Verzuge) หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ (im öffentlichen Interesse) ข้อยกเว้นในเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้น โดยซึ่งน้ำหนักระหว่างสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีและประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครอง ปัญหาว่าการตัดสินใจในทันทีเพื่อป้องกันอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้าเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นความจำเป็นหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่หน่วยงานต้องวินิจฉัย หากหน่วยงานเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ทำให้ตนมีอำนาจในการตัดสินใจดังกล่าวมีอยู่จริง หน่วยงานย่อมมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าสมควรที่จะรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่ถ้าหน่วยงานเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องตัดสินใจโดยฉับพลันเพื่อป้องกันอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้าหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หน่วยงานย่อมจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อน

(2) การรับฟังคู่กรณีจะทำให้ระยะเวลาในการตัดสินใจของหน่วยงานต้องล่าช้าออกไป หน่วยงานไม่อาจรักษาไว้ซึ่งระยะเวลาที่กำหนดในการทำคำสั่งทางปกครองได้ ข้อยกเว้นที่หน่วยงานไม่ต้องรับฟังคู่กรณีในกรณีนี้จะต้องเป็นเรื่องที่มีการกำหนดระยะเวลาในการตัดสินใจของหน่วยงานเอาไว้ ระยะเวลาที่กำหนดไว้จำเป็นต้องได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่ยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ อย่างไรก็ตามการอ้างระยะเวลาเป็นเหตุที่จะไม่รับฟังคู่กรณีนี้จะต้องไม่ใช่เป็นกรณีหน่วยงานมีส่วนผิดในการไม่รักษาระยะเวลานั้น เช่น หน่วยงานทราบข้อเท็จจริงต่างๆ ที่จำเป็นในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองครบถ้วนแล้วแต่เฉยเสียไม่ดำเนินการสั่งการ เมื่อระยะเวลาใกล้จะครบกำหนดที่หน่วยงานนั้นต้องออกคำสั่งทางปกครอง ปรากฏว่าหน่วยงาน

²² วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, (น.114) เล่มเดิม.

ดังกล่าวยังไม่ได้รับฟังคู่กรณี โดยอ้างเหตุว่าต้องรีบทำคำสั่งเพราะมีเวลานั้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้จะล่าช้าออกไปไม่ได้²³ อนึ่ง บทกฎหมายที่กำหนดให้หน่วยงานต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้า ไม่ใช่เหตุที่จะทำให้หน่วยงานนำมาใช้อ้างที่จะไม่รับฟังคู่กรณี เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติระยะเวลาที่ชัดเจนไว้

(3) กรณีที่คู่กรณีได้ให้ข้อเท็จจริงไว้ในคำขอหรือคำสั่งและหน่วยงานไม่ได้ใช้ข้อเท็จจริงนั้นไปในทางที่ไม่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี ข้อยกเว้นในเรื่องนี้มีขึ้นเพื่อความรวดเร็วในการพิจารณา เพราะหากคู่กรณีได้ให้ข้อเท็จจริงไว้ และหน่วยงานก็ใช้ข้อเท็จจริงนั้นในกระบวนการพิจารณาในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี ก็ไม่จำเป็นที่หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีอีก

(4) กรณีที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทั่วไปทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมาก หรือใช้เครื่องจักรกลอัตโนมัติช่วยในการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทั่วไปทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมาก เป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีจำนวนมากหรือไม่อาจจะบดบังให้ชัดเจนแน่นอนลงไปได้ การบังคับให้หน่วยงานต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง เป็นเรื่องที่จะสร้างภาระแก่หน่วยงานอย่างมาก กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นไว้ ส่วนกรณีที่หน่วยงานใช้เครื่องจักรกลอัตโนมัติช่วยในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มักจะเป็นกรณีที่หน่วยงานออกคำสั่งทางปกครองที่ใช้ฐานข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเหมือนกันกับบุคคลจำนวนมาก โดยมีการตั้ง โปรแกรมให้เครื่องจักรกล (เครื่องคอมพิวเตอร์) ช่วยในการคำนวณและออกคำสั่ง²⁴

(5) กรณีที่หน่วยงานใช้มาตรการตามกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยบังคับการทางปกครองอาจมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น คำสั่งกำหนดค่าปรับบังคับการ หากหน่วยงานจะใช้มาตรการดังกล่าวหน่วยงานย่อมมีดุลพินิจที่ไม่รับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง

นอกจากนี้ตามมาตรา 28 ได้กำหนดกรณีที่ทำหน่วยงานรับฟังคู่กรณี โดยในมาตรา 28 วรรคสาม หน่วยงานจะรับฟังคู่กรณีไม่ได้ ถ้าปรากฏว่าการให้สิทธิคู่กรณีเช่นนั้นจะขัดต่อประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่ง (zwingendes öffentliches Interesse) ร่างรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1973 ยกตัวอย่างประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่งว่า ได้แก่ ความปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในทางวิชาการมีการวิจารณ์บทบัญญัติในส่วนนี้ว่า ผู้บัญญัติกฎหมายใช้ถ้อยคำกว้างเกินไป การตีความคำว่าประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่งย่อมต้องตีความอย่างแคบ

²³ Siegmund, in : Brandt/Sach (Hrsg.) S. 30 f. (อ้างใน แหล่งเดิม.)

²⁴ Kopp/Ramsauer, § 28 RdNr 68 a. (อ้างใน แหล่งเดิม.)

ประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นยิ่ง จึงหมายถึงประโยชน์สาธารณะอื่นใดที่เลยไปจากประโยชน์สาธารณะที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 28 วรรคสอง

ผลของการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ว่าด้วยการรับฟังคู่กรณี คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยหน่วยงานไม่ได้รับฟังคู่กรณี ทั้ง ๆ ที่หน่วยงานต้องรับฟัง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในแง่กระบวนการพิจารณา (Verfahrensfehler) และด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย (rechtswidrig)²⁵ ความบกพร่องดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่ารุนแรงและเห็นประจักษ์ถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็น โฆษะ (nichtig) เพราะฉะนั้น โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานออกมาโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ การปฏิเสธไม่รับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาแม้ว่าจะเป็นการที่กระทบคู่กรณีโดยตรง แต่คู่กรณีต้องรอให้กระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองยุติลงก่อนจึงจะสามารถฟ้องร้องโต้แย้งการปฏิเสธไม่รับฟังคู่กรณีได้ โดยต้องโต้แย้งพร้อมกับคำสั่งทางปกครอง ในการพิจารณาชั้นศาล แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยไม่มี การรับฟัง ศาลก็ย่อมจะต้องพิจารณาในประเด็นดังกล่าว แต่โดยที่การไม่รับฟังคู่กรณีเป็นความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาแบบสัมพัทธ์ (relativer Verfahrensfehler) ไม่ใช่ความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาแบบสัมบูรณ์ (absoluter Verfahrensfehler) เพราะฉะนั้นศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่มี การรับฟัง ได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการรับฟังคู่กรณีจะมีผลต่อการทำคำสั่งทางปกครอง หากการรับฟังหรือไม่รับฟังคู่กรณีไม่มีผลอย่างใดต่อเนื้อหาคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องของหน่วยงานที่ไม่รับฟังคู่กรณี ย่อมเป็นความบกพร่องที่ไม่อาจใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้²⁶

สำหรับกรณีการเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังในภายหลัง ในอดีตหากหน่วยงานไม่ได้รับฟังคู่กรณี หน่วยงานอาจเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้โดยจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง ซึ่งจะต้องกระทำก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดี แต่ในปัจจุบันการเยียวยาความบกพร่องในการรับฟังคู่กรณีสามารถกระทำได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริง (Tatsacheninstanz) ทั้งนี้หากกระบวนการพิจารณาอยู่ในชั้นศาลแล้ว ศาลจะเป็นผู้ที่มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้หน่วยงานเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้หรือไม่

²⁵ Kopp/Ramsauer, § 28 RdNr. 78. (อ้างใน แหล่งเดิม.)

²⁶ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น.117). เล่มเดิม.

3.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

3.1.2.1 หน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่พิจารณาทางปกครอง

ตามระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยทั่วไปนิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะทำโดยเจ้าหน้าที่คนใด ๆ ก็ได้ นิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ความสามารถตามกฎหมายที่จะกระทำนิติกรรมทางปกครองเช่นนี้เรียกว่าเป็น “อำนาจ (competence)” โดยการกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองส่วนหนึ่งจะถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ และอีกส่วนหนึ่ง โดยรัฐบัญญัติ (Lois) และกฎข้อบังคับ (Règlement) ต่าง ๆ อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาลก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตของอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยพื้นฐานหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่ศาลยอมรับเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป คือ กฎเกณฑ์เรื่องการขนานกันของอำนาจ (la règle du parallélisme des compétences) กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำนิติกรรมไว้แต่ไม่ได้กำหนดอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกนิติกรรมนั้น ดังนี้ ให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่คนเดียวกันนั้นที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว²⁷

การกำหนดขอบเขตอำนาจต่าง ๆ ของอำนาจเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ความเคร่งครัดนี้อาจจะแสดงออกให้เห็นได้ลักษณะ คือ ประการที่หนึ่ง การกระทำผิดต่อขอบเขตของอำนาจถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งคู่กรณีสามารถยกขึ้นอ้างได้หรือศาลจะยกขึ้นเองก็ได้ ประการที่สอง การตีความและการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับอำนาจจะต้องกระทำอย่างเคร่งครัด เช่น คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแต่ปรากฏว่าเป็นการลอกเลียนคำสั่งอื่นที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ ดังนี้ คำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำไปโดยมิชอบ²⁸ และประการที่สาม เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะให้สัตยาบัน (ratification) แก่คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกไม่มีอำนาจออกคำสั่งนั้น ไม่ได้²⁹

องค์ประกอบในการกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ องค์ประกอบที่จะกำหนดว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดมีอำนาจออกคำสั่งนั้น ๆ หรือไม่ มีดังนี้³⁰

(1) องค์ประกอบอำนาจที่เป็น “ratione materiae” คือ กฎเกณฑ์ของอำนาจซึ่งกำหนดกรณีต่าง ๆ ที่จะอยู่ในขอบเขตของเจ้าหน้าที่แต่ละคน กฎเกณฑ์ดังกล่าวเกี่ยวกับลำดับชั้นของการ

²⁷ C.E. 10 avril. 1959, Fourré-Cormeray, D. 1959. 210, Concl. Heumann.

²⁸ C.E. 9 mois de mai. 1962, Bonnet, R. ADM. 1952. 281, Note Liet-Veaux.

²⁹ C.E. 9 mars. 1936, Chevreau, S. Concl. Anorieux, C.E. 2 mois de mai. 1945, Machel, 87.

³⁰ จาก *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมไทย*. (น.102) โดย บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 2533, กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

บังคับบัญชา กล่าวคือ ในการกำหนดให้อำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งนั้น โดยปกติจะกำหนดในลักษณะของการระบุตัวบุคคลตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชาจากระดับเหนือลงมาสู่ระดับล่าง การจัดลำดับของอำนาจเช่นนี้มีความสำคัญสองประการ คือ แสดงให้เห็นว่าผู้บังคับบัญชาไม่อาจที่จะก้าวก่ายอำนาจของผู้บังคับบัญชาได้ และในขณะเดียวกันผู้บังคับบัญชาก็ไม่อาจที่จะก้าวก่ายอำนาจของผู้บังคับบัญชาได้เช่นกัน เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้

(2) องค์ประกอบของอำนาจที่เป็น “ration loci” คือ อำนาจของเจ้าหน้าที่ในส่วนกลางจะแพร่ขยายไปทั่วทั้งอาณาเขตประเทศ ตรงกันข้ามกับเจ้าหน้าที่ของภาค (régions) ของส่วนภูมิภาค (départements) และของส่วนท้องถิ่น (communes) ที่มีขอบเขตอำนาจจำกัดอยู่แต่เฉพาะในเขตการปกครองของตนเท่านั้น

(3) องค์ประกอบที่เป็น “ratione temporis” อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะถูกจำกัดในเรื่องเวลาได้ใน 2 กรณี ดังนี้

1) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจของตนได้ก็ต่อเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้น ๆ แล้ว ทั้งนี้ โดยเริ่มตั้งแต่วันที่มีการลงนามในคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นต้นไป แม้คำสั่งดังกล่าวจะยังไม่ได้มีการประกาศให้ทราบเป็นการทั่วกันก็ตาม³¹

2) ในทางตรงกันข้ามอำนาจของเจ้าหน้าที่จะสิ้นสุดลงเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ตามเพื่อความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะกฎหมายให้เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวยังคงดำเนินการบางประการต่อไปได้จนกว่าจะมีผู้มารับตำแหน่งแทน ระบบการรักษาการชั่วคราวนี้ บางครั้งถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ เช่น มาตรา 63 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น ซึ่งบัญญัติว่า ให้นายกเทศมนตรีและผู้ช่วยนายกเทศมนตรีปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าผู้ได้รับเลือกตั้งใหม่จะเข้ารับตำแหน่งแทน เป็นต้น แต่ถ้ามิได้มีกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ก็ให้ถือว่ายังคงมีอำนาจอยู่ต่อไปโดยอาศัยหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป เช่น กรณีรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่งแล้ว แต่ก็ยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นงานประจำ (expédition des affaires courantes) ต่อไปได้จนกว่าจะมีผู้เข้ารับตำแหน่งแทน ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าศาลมีอำนาจพิจารณาว่าอะไรที่เรียกว่าเป็นงานประจำ และงานดังกล่าวมีขอบเขตและเนื้อหาเพียงไร และศาลมีอำนาจยกเลิกมาตรการต่าง ๆ ของรัฐบาลรักษาการที่กระทำไปนอกเหนือไปจากงานประจำได้³²

³¹ C.E. 10 janvier. 1958, Deville, 54.

³² C.E. 10 avril. 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, S. concl. Delvolvé.

3.1.2.2 การให้คำปรึกษาหารือและการให้ความเห็นชอบ

ในการพิจารณาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญแก่กระบวนการในการดำเนินการทางปกครองที่มีใช้กระบวนการพิจารณาคดีปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการให้ความสำคัญแก่ระเบียบแบบแผนทางราชการ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือระเบียบแบบแผนทางราชการนี้ต้องแยกออกจากกระบวนการพิจารณาทางศาล เพราะกระบวนการพิจารณาทางศาลเป็นวิธีพิจารณาในลักษณะข้อพิพาท ในขณะที่ระเบียบแบบแผนทางราชการเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการทางปกครอง อันได้แก่การออกคำสั่งต่าง ๆ และการดำเนินการทางปกครองนี้ย่อมก่อให้เกิดขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งจะถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครองหรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน โดยระเบียบแบบแผนทางราชการหรือขั้นตอนวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ ในปัจจุบันคำสั่งทางปกครองมักต้องผ่านขั้นตอนในการปรึกษาหารือต่าง ๆ ซึ่งถ้าไม่ผ่านให้ถูกต้องก็อาจทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การปรึกษาหารือไม่ใช่เป็นการสั่งการ ตัวคำสั่งนั้นยังคงเป็นการสั่งการคือเป็นการกระทำทางปกครอง ระบบการปรึกษาหารือหรือก่อนมีคำสั่งเป็นสิ่งที่พัฒนาไปพร้อมกับระบบสังคมที่ยุ่ยากซับซ้อนขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้คำสั่งนั้น ๆ ออกไปโดยรอบคอบที่สุด โดยศาลปกครองจะตรวจสอบเสมอว่าการกระทำทางปกครองต่าง ๆ ได้ผ่านขั้นตอนหารือมาอย่างถูกต้องหรือไม่ ถ้าดำเนินการไม่ถูกต้องก็จะเพิกถอนการกระทำนั้น เช่น การเพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน (règlement d'administration publique) ที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat ทั้งนี้เพราะผ่านเพียงแต่การหารือแผนกหนึ่งของ Conseil d'Etat เท่านั้น (C.E., 28 fév. 1861, Dubuc) องค์การปรึกษาหารืออาจแยกลักษณะขององค์การในการให้คำปรึกษาหารือได้เป็น 4 ลักษณะ คือ³³

(1) องค์การที่ให้คำปรึกษาหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องหารือองค์การดังกล่าวก่อนการสั่งการ ซึ่งผู้ออกคำสั่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นองค์คณะทางบริหารก็ได้ เช่น สภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัย และสภาหอการค้า

(2) ก่อนรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 แนวทางการปฏิบัติทางสภาได้กำหนดให้การกระทำของรัฐบาลบางเรื่องต้องผ่านการหารือคณะกรรมาธิการหรือผู้เสนอรายงานของคณะกรรมาธิการของรัฐสภาเสียก่อน กฎฎีกาที่ออกภายใต้เงื่อนไขนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ถ้าไม่ผ่านการหารือย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³³ จาก “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” (น.268) โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, (2545. มิถุนายน), วารสารนิติศาสตร์.

(3) ในบางกรณีองค์กรที่ให้คำปรึกษาอาจเป็นองค์กรเอกชนก็ได้ เช่น สหภาพศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำปรึกษาจะพิจารณาเพียงว่าได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนคือมีการหารือหรือไม่

(4) องค์กรให้คำปรึกษาหารืออาจเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นองค์กรคณะและมีหน้าที่เพียงแต่ให้คำปรึกษาหารือเท่านั้นก็ได้

การจัดตั้งองค์กรและการแต่งตั้งสมาชิกขององค์กร องค์กรให้คำปรึกษาหารืออาจจัดตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติหรือโดยการมอบอำนาจของรัฐบัญญัติก็ได้ Conseil d'Etat จัดเป็นองค์กรปรึกษาหารือที่สำคัญที่สุดขององค์กรหนึ่งในระบบบริหารของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามศาลปกครองก็ยอมรับว่ารัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจตั้งองค์กรดังกล่าวได้ Romieu ได้ให้เหตุผลว่า เป็นการยากที่จะหาหลักมาอธิบายว่ารัฐบาลไม่มีอำนาจจัดตั้งองค์กรทางบริหารที่เป็นองค์กรในลักษณะปรึกษาหารือ ในเมื่อบทบาทขององค์กรดังกล่าวอาจจะถือตามหรือไม่ก็ได้ และมีลักษณะฉันทมิตรและตราบใดที่ไม่มีกฎหมายมาจำกัดอำนาจเช่นนั้นของรัฐบาล รัฐบาลย่อมสามารถออกกฎหมายจัดตั้งได้ ถ้าการนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด หรือไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิและผลประโยชน์ใด ๆ ศาลปกครองยอมรับด้วยว่ารัฐมนตรีก็มีอำนาจจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาได้ แต่ศาลก็ได้วางหลักในการจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาหารือของฝ่ายบริหารไว้ว่า

(1) การจัดตั้งองค์กรดังกล่าวต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้น คือ จะไปตั้งให้มีสถานะหรือบทบาทหน้าที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้

(2) ถ้าฝ่ายบริหารจัดตั้งองค์กรปรึกษาหารือในเรื่องที่ตนไม่มีอำนาจศาลจะไม่ชี้ว่าองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่จะถือเป็นองค์กรที่ไม่มีตัวตนโดยชอบด้วยกฎหมาย

(3) การจัดตั้งองค์กรปรึกษาหารือต้องมีการประกาศ

สำหรับผู้เป็นสมาชิกในองค์กรปรึกษาหารือนั้นอาจมาได้จากการเลือกตั้งและการแต่งตั้งถ้าเป็นการเลือกตั้ง การโต้แย้งว่าการเลือกตั้งไม่ชอบจะเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับการเลือกตั้งซึ่งต้องมีนายความเสมอ แต่ถ้าเป็นการแต่งตั้งจะเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะแยกลักษณะของคณะกรรมการออกเป็น 2 ประเภท คือ คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งถาวรกับคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc) กรณีคณะกรรมการถาวรระยะเวลาที่จะคัดค้านว่าการแต่งตั้งไม่ชอบคงถือตามอายุความฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคือ ภายใน 2 เดือน ถ้าไม่คัดค้านภายในอายุความจะมากัดค้านตอนฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกภายหลังการหารือคณะกรรมการไม่ได้ ส่วนกรณีคณะกรรมการเฉพาะกิจนั้นศาลถือว่าสามารถคัดค้านการแต่งตั้งได้เมื่อมีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ออกมาภายหลังการหารือ การแต่งตั้งสมาชิกใน

คณะกรรมการปรึกษาหารือถาวรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีผลทำให้การหารือไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ถ้าการคัดค้านการแต่งตั้งกระทำภายในอายุความดังได้กล่าวมาแล้ว การคัดค้านสมาชิกในคณะกรรมการในระยะหลังนี้ Conseil d'Etat ค่อนข้างเคร่งครัดกับการมีอคติหรือการมีส่วนได้เสียของสมาชิกคณะกรรมการและพยายามนำหลักการคัดค้านผู้พิพากษาซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาทางศาลมาใช้แก่ระบบคณะกรรมการทางฝ่ายบริหาร กฎระเบียบเกี่ยวกับการพิจารณาของคณะกรรมการอาจางหลักในเรื่องการคัดค้านสมาชิกคณะกรรมการในกรณีต้องพิจารณาเรื่องเฉพาะบุคคลได้แต่สิทธิในการคัดค้านนั้นต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง โดยกฎหมายหรือกฎระเบียบต่าง ๆ และการใช้สิทธิคัดค้านต้องกระทำก่อนที่คณะกรรมการจะให้ความเห็น อย่างไรก็ตามแม้จะไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใดอนุญาตให้มีการคัดค้านสมาชิกคณะกรรมการผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะพิจารณา แต่ศาลก็วางหลักว่าสมาชิกคณะกรรมการต้องได้รับหลักประกันในความเป็นอิสระและปราศจากส่วนได้เสียในเรื่องที่ต้องพิจารณา ซึ่ง Conseil d'Etat ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะใช้บังคับแก่ทุกกรณี เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดเป็นประการอื่น เช่น คณะกรรมการวินัยมีสมาชิกคนหนึ่งที่กำลังถูกลงโทษทางวินัยอยู่ไม่ได้³⁴ คณะกรรมการสอบจะมีสมาชิกคนหนึ่งซึ่งได้แสดงออกอย่างสาธารณะว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้สมัครสอบบางคนไม่ได้³⁵ นายกเทศมนตรีซึ่งเป็นที่รู้จักดีว่าต่อต้านสตรีอย่างรุนแรงจะเป็นกรรมการในคณะกรรมการสอบที่มีสตรีเป็นผู้สมัครสอบไม่ได้

นิติกรรมทางปกครองที่ต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน ขั้นตอนการหารือนี้ถือเป็นสาระสำคัญหากไม่ได้ปฏิบัติตามการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดให้การทำนิติกรรมทางปกครองบางเรื่องต้องผ่านการหารือหรือผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการ เช่น Conseil d'Etat สภาท้องถิ่น ฯลฯ ก่อน เช่นนี้ก็เพื่อให้การตัดสินใจสั่งการเป็นไปโดยรอบคอบมีข้อมูลต่าง ๆ ที่สมบูรณ์อันจะทำให้เกิดการบริหารที่ดี ซึ่งอาจจำแนกการหารือหรือให้ความเห็นชอบออกได้ ดังนี้

(1) กรณีต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) กล่าวคือ เมื่อองค์กรที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามยอมทำให้การสั่งการหรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาเองได้

³⁴ C.E. 9 juil. 1956, gouvernement général de l'Algérie

³⁵ C.E. 27 oct. 1956, Ministère de l'Education nationale C.Sudaka et Camas

(2) การต้องหรือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ (avis simple) กรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องหรือแต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้ว จะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น ถ้าสั่งการไปโดยไม่หารือเสียก่อน การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กฎหมายไม่ได้บังคับให้หรือ (avis facultatif) กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ และหารือไปแล้วจะถือตามหรือไม่ก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามถ้าฝ่ายปกครองหารือไปและสั่งการไปตามความเห็นที่ได้รับโดยถือว่าตนต้องผูกพันตามความเห็นนั้น การกระทำทางปกครองที่กระทำไปบนเหตุผลดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนลักษณะของคำสั่งที่ออกภายหลังการปรึกษาหารือที่สำคัญมีดังนี้

(1) คำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับ (avis contraignant) เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็โดยการเสนอขององค์กรปรึกษาหารือให้ผู้มีอำนาจออกคำสั่งนั้น ๆ การริเริ่มจึงอยู่ที่องค์กรปรึกษาหารือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจะต้องผูกพันตามคำหารือก็ต่อเมื่อตนเห็นสมควรว่าต้องออกคำสั่ง ถ้าตนไม่เห็นด้วยก็ไม่ออกคำสั่งเลยหรือขอให้เสนอมาริเริ่มและถ้าเห็นด้วยแต่ไม่ออกคำสั่งตามคำปรึกษาหารือ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁶

(2) คำปรึกษาหารือที่ต้องถือตาม (avis conforme) มีลักษณะคล้ายคำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับมาก จะต่างกันตรงที่การริเริ่มก่อนมีคำสั่งในกรณีนี้จะมาจากฝ่ายปกครอง คือ ผู้มีอำนาจสั่งการไม่ริเริ่มจากคณะกรรมการปรึกษาหารือเมื่อฝ่ายปกครองริเริ่มแล้วจะต้องเสนอเรื่องนั้นไปให้คณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็น ซึ่งเมื่อคณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็นอย่างไรแล้ว คำสั่งที่ออกมาต้องเป็นไปตามนั้น ถ้าแตกต่างออกไปคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น

กรณีผลของการไม่ปรึกษาหารือ โดยปกติการที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหารือ การหารือนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การกระทำทางปกครองนั้นสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ Conseil d'Etat ได้เพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat และ Conseil d'Etat ถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกขึ้นเองได้ ทั้งนี้ยกเว้นในกรณีที่การปรึกษาหารือไม่อาจกระทำได้ที่สถานการณ์บางอย่าง เช่น ภาวะสงคราม เป็นต้น ผู้ที่สามารถยกความไม่สมบูรณ์ของการไม่ปรึกษาหารือขึ้นให้ศาลพิจารณาได้แก่ บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่ต้องผ่านการปรึกษาหารือ

³⁶ C.E. 18 juin 1954, Bouvet

3.1.2.3 การรับฟังและโต้แย้งคัดค้าน

ในการพิจารณาทางปกครองกระบวนการหนึ่งที่มีความสำคัญ คือ การให้ผู้มีส่วนได้เสียได้โต้แย้งคัดค้านเสียก่อน ซึ่งกระบวนการนี้เป็นกระบวนการที่ได้รับอิทธิพลมาจากกระบวนการพิจารณาในศาลที่เรียกว่า “สิทธิต่อสู้โต้แย้ง (Droit de la défense)” หลักสิทธิต่อสู้โต้แย้งนี้ ศาล C.E. ได้สังเคราะห์จากหลักกฎหมายอาญาและวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับเจตนารมณ์ในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลซึ่งประกาศอยู่ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และ หากศาลพบว่าในรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องใดมีบทบัญญัติคุ้มครองปัจเจกชนได้เหมาะสม ศาลก็จะสังเคราะห์เอาหลักหรือวิธีการในกฎหมายนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป สำหรับกระบวนการต่อสู้โต้แย้งนั้น จะประกอบด้วยกระบวนการที่มาจากหลักการพื้นฐาน 3 ประการ ดังนี้

37

(1) สิทธิได้รับการแจ้งล่วงหน้า (Droit d'avertissement préalable) สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังมีได้มีการตราประมวลกระบวนการปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ และในกฤษฎีกาฉบับที่ 83-1025 ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 อันเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องนี้ก็ได้กำหนดถึงสิทธิได้รับการแจ้งล่วงหน้าไว้ อย่างไรก็ตามหลักการนี้ได้รับการรับรองในคำพิพากษาอันเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กล่าวคือ ศาล C.E. จะพิพากษาให้คำสั่งทางปกครองใด ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล แต่มิได้แจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าตั้งแต่ในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งนั้นตกเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ อย่างไรก็ตามประเด็นต้องวินิจฉัยต่อมาว่า การแจ้งนั้นเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามแบบ (form) และมีกำหนดระยะเวลาสำหรับเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่ง (delay) อย่างไรหรือไม่ สำหรับประเด็นเรื่องแบบปรากฏว่าในกฤษฎีกาของฝรั่งเศสมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยชัดแจ้งแต่จากมติของคณะกรรมการยุโรป ซึ่งออกมติเพื่อเป็นแนวทางให้แก่รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ในประชาคมยุโรปได้ใช้เป็นแนวทางสำหรับการตรวจกฎหมายภายในให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน³⁸ โดยมติดังกล่าวเห็นว่าไม่จำเป็นต้องกำหนดรูปแบบแน่นอน คู่กรณีอาจได้รับแจ้งโดยวิธีการใด ๆ ก็ได้ที่เหมาะสมทั้งโดยวาจา โดยเป็นหนังสือ หรือโดยการสรุปสาระสำคัญเงื่อนไขของเรื่องที่พิจารณา ข้อสำคัญคือต้องให้ครบถ้วนถูกต้องเท่าที่เป็นไปได้ สำหรับประเด็นเรื่องระยะเวลาการทำคำสั่ง

³⁷ จาก “กระบวนการต่อสู้โต้แย้ง ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539” (น.212), โดย จันทิรา เอี่ยมมยุรา, 2543, รวบรวมบทความวิชาการในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เภมทรัพย์.

³⁸ G. ISAAC, Op. cit., p.400. et J. PUISOYE, “La jurisprudence sur le respect des droit de la défense devant l’administration” , in A.J.D.A., février 1962, p.82. (อ้างใน แหล่งเดิม. น.215)

ซึ่งหมายถึงว่าช่วงระยะเวลาระหว่างขั้นตอนการรับฟังข้อเท็จจริงกับขั้นตอนการวินิจฉัยออกคำสั่งศาล C.E. วางหลักว่าต้องอยู่ในกระบวนการเดียวกัน หมายความว่าช่วงเวลาของขั้นตอนทั้งสองต้องไม่ห่างกันจนเกินไป

ในคำพิพากษาลงวันที่ 3 มีนาคม 1954 วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า ช่วงเวลาที่ห่างกัน 6 เดือนระหว่างขั้นตอนการรับฟังข้อเท็จจริงจากข้าราชการคู่กรณี กับการใช้บังคับกฤษฎีกาเพื่อเกษียณอายุข้าราชการไม่เป็นเหตุให้กฤษฎีกาฉบับดังกล่าวเสียไป เมื่อปรากฏว่าข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญและเป็นเหตุผลในการตรากฤษฎีกาดังกล่าวมิได้เปลี่ยนแปลงไปภายหลังจากขั้นตอนการรับฟังข้อเท็จจริง แต่ต่อมาได้คำพิพากษาลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 1963 ศาล C.E. ได้ให้ความสำคัญต่อเรื่องระยะเวลาในการแจ้งให้คู่กรณีทราบกับเวลาที่ทำการคำสั่ง โดยศาลได้ตำหนิรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบซึ่งได้มีหนังสือแจ้งการกระทำผิดของหน่วยธุรกิจเอกชนที่ให้บริการผสมเทียมถึงประธานของหน่วยธุรกิจดังกล่าว พร้อมทั้งแจ้งให้ดำเนินการเยียวยาแก้ไขความเสียหายภายในหนึ่งเดือน แต่กลับปล่อยให้ระยะเวลาล่วงเลยไปถึง 2 ปี 9 เดือน นับจากวันที่แจ้งดังกล่าว จนถึงวันที่บังคับการลงโทษ ศาลพิพากษาว่า การแจ้งตามหนังสือนี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการแจ้งที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะปล่อยระยะเวลาไว้นานเกินไป คู่กรณีไม่ได้มีโอกาสชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาอย่างเต็มที่ ก่อนที่จะมีการลงโทษ กรณีนี้ฝ่ายปกครองปล่อยให้หน่วยธุรกิจดังกล่าวซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดทางอาญาลอยนวลอยู่ถึง 2 ปี 9 เดือนหลังจากการแจ้ง แต่ศาลก็ยังให้หน่วยธุรกิจมีโอกาสใช้สิทธิต่อสู้โต้แย้งของตนอย่างเต็มที่ และอาจได้เปรียบในแง่การต่อสู้ด้วยเนื่องจากระยะเวลาผ่านมานาน

(2) สิทธิชี้แจงแสดงเหตุผล ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน หรือสิทธิได้รับการรับฟัง (Droit de présentation de la défense ou droit d'être entendu) สิทธิประการนี้ หมายถึง คู่กรณีจะต้องได้รับโอกาสต่อสู้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน ฝ่ายตนต่อเจ้าหน้าที่อย่างเต็มที่ก่อนการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครอง กระบวนการที่คู่กรณีจะใช้สิทธิประการนี้จะเกิดขึ้นต่อจากขั้นตอนการได้รับแจ้งล่วงหน้าจากเจ้าหน้าที่ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องนี้ คือ รูปแบบการโต้แย้งและระยะเวลาที่คู่กรณีจะได้รับในการเตรียมการโต้แย้ง ในเรื่องรูปแบบการโต้แย้งนั้น กฤษฎีกาว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของฝรั่งเศสอนุญาตให้คู่กรณีมีสิทธิดำเนินการทั้งโดยทางวาจาและเป็นหนังสือ ในขณะที่เดียวกันก็สามารถเสนอพยานเอกสารหรือหลักฐานอย่างอื่น สนับสนุนข้อโต้แย้งหรือข้อเท็จจริงของตนได้ สำหรับเรื่องระยะเวลาการเตรียมการซึ่งหมายถึงช่วงระยะเวลาระหว่างการแจ้งล่วงหน้ากับการต่อสู้โต้แย้งนั้น โดยหลักทั่วไปเจ้าหน้าที่ต้องให้ระยะเวลาพอสมควรที่ผู้เกี่ยวข้องอยู่ในวิสัยที่จะเตรียมการชี้แจงแสดงเหตุผลได้เต็มที่ ในกรณีนี้ศาล C.E. จะพิจารณาว่าฝ่ายปกครองได้ให้ระยะเวลาที่เหมาะสมพอเพียงแก่คู่กรณีหรือไม่ ทั้งนี้ศาล C.E. จะพิจารณาถึงสภาพเนื้อหาของเรื่องความหนักเบาและวิธีการที่ใช้ในการพิสูจน์ด้วย

หลักประกันข้อนี้ในทางวิชาการถือว่ามีความสำคัญที่สุดเพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองไปโดยสำคัญผิดทางข้อเท็จจริง หรือได้รับข้อเท็จจริงไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ ในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาทั้งองค์ประกอบทางข้อกฎหมายและองค์ประกอบทางข้อเท็จจริง และจากประสบการณ์พบว่าประชาชนมักจะระแวงคลางแคลงใจกับคำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดในข้อเท็จจริงมากกว่าคำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดในข้อกฎหมาย ด้วยเหตุว่าคำสั่งทางปกครองใดมีข้อผิดพลาดในข้อกฎหมายมักจะตรวจพบและแก้ไขได้ง่าย ตรงกันข้ามคำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดในข้อเท็จจริง กล่าวคือ คำสั่งที่พิจารณาตัดสินใจบนข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง คลาดเคลื่อนหรือไม่สมบูรณ์ เพราะเป็นข้อมูลที่ได้มาไม่หลากหลายมักตรวจพบได้ยากและโดยเหตุนี้จึงยากจะแก้ไข ทั้งนี้เพราะการที่จะพิสูจน์ถึงความผิดพลาดไม่สมบูรณ์ของข้อมูลนั้นกระทำได้ยาก และหลายต่อหลายกรณีที่มีความยุติธรรมหรือความล้มเหลวในการบริหารราชการเกิดขึ้นจากความไม่สมบูรณ์ในข้อเท็จจริง

โดยเหตุนี้ เพื่อขจัดความเสี่ยงในอันจะเกิดความผิดพลาดทางข้อเท็จจริง สิทธิประการนี้จึงกลายเป็นเงื่อนไขและขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันการใช้อำนาจทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับคำสั่งทางปกครองมาให้ข้อมูล รับฟังข้อคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง และสำหรับศาล C.E. ถือว่าเหตุผลดังกล่าวประการนี้มีน้ำหนักความสำคัญมากสำหรับกระบวนการต่อสู้โต้แย้ง ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนวิธีพิจารณาที่เป็นพื้นฐานและสำคัญที่สุดในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง (La procédure administrative non contentieuse) โดยเหตุนี้ทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการ พ.ศ. 2539 มาตรา 30 และกฤษฎีกาของฝรั่งเศสลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 มาตรา 8 จึงบัญญัติรับรองหลักกฎหมายข้อนี้ไว้อย่างชัดเจน

(3) สิทธิได้รับคำปรึกษาหรือมีผู้แทน ทนายความ (Droit d'être assisté ou représenté par un avocat) หลักกฎหมายประการนี้เกิดจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่าคู่กรณีไม่จำเป็นต้องดำเนินการด้วยตัวเองทุกอย่างในกระบวนการต่อสู้โต้แย้ง และคู่กรณีสามารถขอคำปรึกษาหารือจากบุคคลใด ๆ ตามความประสงค์ของตนได้ หรืออีกนัยหนึ่งคู่กรณีมีสิทธิได้รับคำปรึกษาหรือมีผู้แทนทนายความ แต่ทั้งนี้ศาล C.E. จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายระบุให้มีกระบวนการต่อสู้โต้แย้งในการทำคำสั่งทางปกครอง การที่กฎหมายรับรองสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับคำปรึกษาจากทนายความหรือมีทนายความเป็นผู้แทนดำเนินการต่อสู้โต้แย้งแทนตน ก็ด้วยเหตุที่เล็งเห็นว่าทนายความสามารถใช้ประสบการณ์ในวิชาชีพของตนช่วยเหลือเป็นประโยชน์ต่อลูกความได้ ในกรณีเช่นนี้สิทธิและหน้าที่ทั้งหลายที่คู่กรณีมีอยู่อย่างไร ย่อมใช้บังคับกับผู้แทนด้วย เว้นแต่สิทธิการยื่นคำขอครั้งแรกฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะกำหนดให้คู่กรณีต้องลงนามด้วยตนเอง แม้จะไม่มีคำพิพากษาศาลวาง

บรรทัดฐานเรื่องนี้ แต่ดูเหมือนว่าฝ่ายปกครองฝรั่งเศสมิได้เคร่งครัดในประเด็นนี้นักและยอมรับให้ผู้แทนของคูร์นิกระทำการแทนคูร์นิตั้งแต่ขั้นตอนการยื่นคำขอ หากปรากฏว่าคูร์นิมิเหตุอันสมควรไม่อาจกระทำได้ด้วยตนเอง³⁹

3.1.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของประเทศอังกฤษ

3.1.3.1 หน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่พิจารณาทางปกครอง

ในอังกฤษมิได้มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายมหาชนเป็นเอกเทศจากกฎหมายเอกชน อย่างเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนั้น จึงแบ่งนิติบุคคลตามลักษณะองค์กรออกเป็นสองประเภท คือ นิติบุคคลประเภทกลุ่มของบุคคล (Corporation aggregate) และนิติบุคคลประเภทบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว (Corporation sole)⁴⁰

Corporation aggregate คือ นิติบุคคลที่เป็นกลุ่มของบุคคล (collection of individuals) ซึ่งรวมกันเป็นอันเดียวกันภายใต้ชื่อเฉพาะและมีความเป็นอยู่ต่อเนื่อง และมีความสามารถในหลาย ๆ แง่อย่างบุคคลธรรมดา เช่น ได้สิทธิ มีหน้าที่ ทำสัญญา ฟ้อง ถูกฟ้อง ฯลฯ โดยในการรวมกันอาจมีกลุ่มบุคคลที่มีฐานะเท่า ๆ กัน หรือเป็นกลุ่มบุคคลและมีหัวหน้าเพื่อจะทำการแทนนิติบุคคลนั้น

Corporations sole คือ นิติบุคคลที่ประกอบด้วยบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว แต่นิติบุคคลนั้นมีความสำคัญเป็นอยู่ต่อเนื่อง โดยอาจถือสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ในกฎหมายได้ แต่ความต่อเนื่องนี้อาจมีการชะงักงันไปบ้างในกรณีที่บุคคลนั้น ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือหายไปและรอบุคคลใหม่มา นิติบุคคลประเภทนี้มีลักษณะเฉพาะ โดยสิ่งที่เป็นนิติบุคคลดังกล่าวมีฐานะ 2 ฐานะ คือ ฐานะเป็นนิติบุคคล (corporate capacity) และ เป็นบุคคลตามธรรมชาติ (natural capacity) การเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลประเภทนี้จึงต้องระบุฐานะให้ชัดเจน ดังนั้น บุคคลตามธรรมชาติที่จะเข้ามาเป็นนิติบุคคลประเภทนี้จึงเน้นที่ตำแหน่ง (office) หรือสถาบันที่เป็นนิติบุคคลเป็นสำคัญ บุคคลธรรมดาที่มาสืบตำแหน่งแทนจะรับสิทธิหน้าที่ทุกอย่างต่อเนื่องกันไป นิติบุคคลประเภทนี้มีที่มาจากหลักปฏิบัติขององค์กรทางศาสนา เช่น ตำแหน่ง archbishop, dean, rector แต่ต่อมามีการนำแนวคิดนี้ไปใช้ในหลายกรณี รวมทั้งองค์กรของรัฐประเภทต่าง ๆ ด้วย

³⁹ แหล่งเดิม. (น.215)

⁴⁰ จาก “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ.” (น.318) โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. 2530 สิงหาคม, *วารสารกฎหมายปกครอง* 6, 2.

ในบางกรณีนิติบุคคลก็มีการแบ่งประเภทต่าง ๆ ตามรูปแบบหนึ่งอีกก็มี เช่น การแบ่งแยกตามภารกิจ (activities) ก็อาจมีหลายประเภทแล้วแต่ความมุ่งหมายจะนำไปใช้⁴¹

- (1) รัฐวิสาหกิจ รัฐมนตรี และพนักงานของรัฐ
 - (2) องค์การปกครองท้องถิ่น
 - (3) หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ปฏิบัติหรือให้คำปรึกษา เช่น ในระดับชาติมี Occupational Pensions Board หรือในระดับท้องถิ่นมี Water authorities ฯลฯ
 - (4) รัฐวิสาหกิจ
 - (5) สถาบันส่งเสริมศิลปะและวิทยาศาสตร์ เช่น Royal Society ฯลฯ
 - (6) สมาคมทางวิชาชีพหรือธุรกิจ เช่น Law Society
 - (7) มหาวิทยาลัยและสถาบันการศึกษา
 - (8) องค์การสาธารณกุศล
 - (9) สมาคมหรือองค์การที่ไม่มุ่งกำไร
 - (10) สมาคมนายจ้าง และสหภาพแรงงาน
 - (11) องค์การที่มุ่งหมายกำไร เช่น ผู้ที่ร่วมบริษัท ฯลฯ
- หรืออาจแบ่งแยกตามสภาพการจัดตั้ง
- (1) การตั้งโดย royal charter ซึ่งรัฐเป็นผู้อนุญาตตามอำนาจ royal prerogative โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายเฉพาะ
 - (2) การตั้งโดยกฎหมายของรัฐสภา
 - (3) การตั้งโดย royal charter แต่ได้รับอำนาจเพิ่มเติมโดยกฎหมายของรัฐสภา
 - (4) การตั้งโดยระบบ common law เช่น กษัตริย์, bishop, รัฐสภา
- ราชการส่วนกลางของอังกฤษเริ่มต้นจากคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรระดับสูงทางบริหารที่จะคอยควบคุมดูแลและสั่งการให้กระทรวงต่าง ๆ หน่วยงานของรัฐซึ่งกระทำโดยกระทรวง และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง กระทรวงที่สำคัญของอังกฤษมีดังนี้
- (1) Treasury
 - (2) Home Office
 - (3) Ministry of Agriculture, Fisheries, and Food
 - (4) Ministry of Defense

⁴¹ W.H. Goodhart, (1974). "Corporations" Halsbury's Laws of England . p. 717 (อ้างใน แหล่งเดิม. น.318)

- (5) Department of Education and Science
- (6) Department of Employment
- (7) Department of Energy
- (8) Department of Environment
- (9) Department of Health and Social Security
- (10) Department of Trade
- (11) Department of Industry
- (12) Department of Price and Consumer Protection
- (13) The Foreign and Commonwealth office

นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานของรัฐอีกมากมายที่ได้เป็นหน่วยงานย่อยของกระทรวงใดโดยตรง บรรดากระทรวงและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐนี้ ในทางกฎหมายยอมรับกันว่าสามารถกระทำการแทนและมีผลผูกพัน Crown ได้⁴² ส่วนการทำงานของข้าราชการต่าง ๆ สามารถทำแทนหน่วยงานหรือหัวหน้าของตนได้โดยไม่ต้องมีการมอบหมายเป็นการเฉพาะราย⁴³

อำนาจของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มาจากอำนาจเดิมของกษัตริย์มีการยอมรับโดยกฎหมาย common law (prerogative) และโดยกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ของรัฐสภา หน่วยงานของรัฐที่จัดตั้งมาแต่เดิมโดย prerogative ได้แก่ Treasury (กระทรวงการคลัง) และ Home Office (กระทรวงมหาดไทย) แต่ในขณะนี้ส่วนใหญ่เกิดขึ้นโดยกฎหมายของรัฐสภา เช่น การตั้งกระทรวงสาธารณสุขและกระทรวงเกษตรในปี ค.ศ. 1911⁴⁴ แต่เดิมเห็นว่าการจัดตั้งหรือยุบเลิกหรือรวมหน่วยงานต่าง ๆ นั้น ฝ่ายบริหารอาจทำได้เอง แต่การจะทำงานหากต้องใช้จ่ายเงินจะต้องได้รับอนุมัติงบประมาณด้วยเท่านั้น ต่อมาได้กำหนดหลักเกณฑ์เหล่านี้แจ้งชัดในกฎหมายโดยการให้โอนอำนาจหน้าที่ระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ และการให้หยุดการกระทำฝ่ายบริหารสามารถกระทำได้ในรูปมติของรัฐบาล (Order in Council) (เทียบได้กับพระราชกฤษฎีกาของไทย) ตาม Ministry of the Crown (Transfer of Function) Act, 1946 เฉพาะมติให้มีการยุบเลิกหน่วยงานจะต้องส่งร่างมติของรัฐบาลต่อรัฐสภาก่อนเพื่อพิจารณาเห็นชอบด้วย (Ministers of the Crown Act, 1975, s.5) แต่การเปลี่ยนแปลงจะต้องไม่เป็นการเพิ่มเงินเดือนหรือจำนวนของรัฐมนตรีที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (s.1)

⁴² Att. Gen. V. Lindegren (1819). 6 Price 287, (อ้างใน แหล่งเดิม, น.322)

⁴³ F.H. Lawson & H.J. Davies, (1974) "Constitutional Law", 8 Halsbury's Law of England 713, 737 (อ้างใน แหล่งเดิม, น.322)

⁴⁴ แหล่งเดิม. (น.711)

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าบรรดากระทรวงที่สำคัญต่าง ๆ เหล่านี้ แม้จะมีทรัพย์สินและหน้าที่การงานอยู่ แต่ความเป็นนิติบุคคลนั้นอยู่ที่ตัวรัฐมนตรี (minister) มิใช่ตัวกระทรวง โดยตำแหน่งรัฐมนตรีจะเป็นนิติบุคคลประเภท corporation sole ที่จะเป็นผู้ถือสิทธิและหน้าที่รวมทั้งทรัพย์สินต่าง ๆ โดยเป็นการทรงสิทธิเพื่อประโยชน์ของรัฐในการงานของกระทรวงนั้น ๆ ⁴⁵ ส่วนคดีละเมิดก่อนปี ค.ศ. 1948 จะมีการฟ้องไม่ได้เลย

Viscount Couterbury v. Att Gen., (1842) 1 Ph. 306 บ้านพักข้าราชการประธานสภาผู้แทนราษฎรถูกไฟไหม้โดยเป็นผลมาจากความประมาทในการดูแลบำรุงรักษาเครื่องทำความอุ่นในสภาสูง (House of Lords) แต่ศาลเห็นว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาท แต่ในทางปฏิบัติมีความผ่อนคลายลง โดย Treasury Solicitor จะยอมเข้ามาเป็นผู้ต่อสู้คดีและยอมจ่ายเงินให้หากเห็นว่าถูกต้อง การตั้งบุคคลอื่นเข้าไปสู้คดีแทนมีอยู่เป็นระยะเวลาหนึ่ง ⁴⁶ แต่เมื่อมี Crown Proceeding Act, 1947 ขึ้นแล้ว สิทธิฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐทั้งทางแพ่งและทางอาญามีการยอมรับโดยตรง โดยกระทรวงทบวง กรมที่เกี่ยวข้องจะเข้ามาแก้คดี หากเป็นเรื่องที่ไม่มีหน่วยงานใดรับผิดชอบอยู่โดยเหมาะสมหรือผู้ฟ้องคดีมีความสงสัยก็อาจฟ้อง Attorney General ได้

3.1.3.2 การให้คำปรึกษาหารือและการให้ความเห็นชอบ

การปรึกษาหารือของอังกฤษเป็นกระบวนการที่มักจะใช้ในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อนโยบายของรัฐบาลในการตรากฎหมาย ความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อร่างพระราชบัญญัติ และความคิดเห็นต่อร่างกฎหมายลำดับรองหรือ กฎ ข้อบังคับ (Statutory Instrument) อันจะช่วยให้เนื้อหาของสาระของกฎหมาย หรือกฎ ข้อบังคับ มีความสมบูรณ์ ครบถ้วน และได้การยอมรับจากประชาชน นอกจากนี้ ยังมีการใช้กระบวนการนี้รับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับประสิทธิภาพและความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ตลอดจนในนโยบายต่าง ๆ ด้วย ⁴⁷ วิธีการนี้เกิดขึ้นจากธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention) ที่ฝ่ายปกครองประเทศอังกฤษนิยมปฏิบัติกันเองโดยมักไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำ เพราะวิธีนี้จะมีผลดีหลายประการ กล่าวคือ ประการแรก จะทำให้ฝ่ายปกครองได้ข้อมูล และความเห็นมาเพื่อประกอบการพิจารณาเรื่องนั้น ๆ ให้รอบคอบจริง ๆ ประการที่สอง ในทางจิตวิทยาก็ถือว่าเป็นการปฏิสัมพันธ์ในเชิงสนทนา (dialogue) ระหว่างผู้มีอำนาจกับเอกชน ไม่ใช่วิธีสั่งการ (command)

⁴⁵ Ministry of Agriculture and Fisheries Act, 1911, s.1; Education Act, 1944, s.1

⁴⁶ แหล่งเดิม. (น.683).

⁴⁷ จาก การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ. (น.13) โดย ณรงค์เดช สรุโฆมิต. 2553, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

เอาฝ่ายเดียว ประการที่สาม เมื่อกฎหมายลำดับรองนั้นออกมาใช้แล้วก็จะได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามจากผู้เกี่ยวข้องด้วยความสมัครใจจนมีการกล่าวว่า “ไม่มีรัฐมนตรีท่านใดที่จะตราบทกฎหมาย โดยไม่ให้โอกาสแก่บุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบที่จะพูดคุยเกี่ยวกับสิ่งที่เขาต้องการเสนอ” นอกจากนี้มีการปรึกษาหารือกับผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการตราบทกฎหมายของฝ่ายปกครองแล้ว ในบางกรณีนั้นฝ่ายปกครองต้องการทราบข้อมูลที่กว้างและลึกซึ้งมากยิ่งขึ้นฝ่ายปกครองก็มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ (Advisory Committee) ขึ้นได้ เพื่อให้คำปรึกษาและแนะนำแก่ฝ่ายปกครอง⁴⁸

การปรึกษาหารือสามารถจำแนกออกได้เป็นสองประเภทโดยอาศัยเกณฑ์ว่ามีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติหรือไม่ ดังนี้

(1) การบังคับให้ปรึกษาหารือ (Compulsory Consultation)

การปรึกษาหารือเกี่ยวกับร่างกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ข้อบังคับนี้หลาย ๆ กรณีเป็นขั้นตอนที่กฎหมายหรือพระราชบัญญัติแม่บท (Primary Legislation) กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า จะต้องดำเนินการก่อน มีการออกกฎ ซึ่งเรียกว่า “การบังคับให้ปรึกษาหารือ (Compulsory Consultation)” เช่น ก่อนการออกกฎตามความในพระราชบัญญัติ รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปรึกษองค์กรใดองค์กรหนึ่ง หรือหลายองค์กรก่อน ถ้าหากฝ่าฝืนไม่ดำเนินการก็จะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของกฎ ข้อบังคับฉบับนั้นเลยทีเดียว กล่าวคือ ศาลอาจเพิกถอนกฎ ข้อบังคับฉบับนั้น ถือว่าออกไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ (Mandatory Procedural Requirement)⁴⁹ การบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปรึกษองค์กรอื่นก่อนการออกกฎ ข้อบังคับนี้ อาจแยกย่อยได้ 3 ลักษณะย่อย ๆ ดังนี้

ก. กฎหมายได้กำหนดหน่วยงานหรือองค์กรที่จะต้องไปขอรับความคิดเห็นไว้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและประชาพิจารณา ค.ศ. 1992 (The Tribunals and Inquiries Act 1992) Lord Chancellor จะออกข้อบังคับ (Order) ว่าด้วยขั้นตอนในการจัดพิจารณาพิการณ์เกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ได้ก็ต่อเมื่อได้ปรึกษาหารือกับสภาแห่งคณะกรรมการ (Council Tribunals) แล้ว⁵⁰ หรือการที่รัฐมนตรีที่รับผิดชอบในเรื่องต่าง ๆ ที่

⁴⁸ จาก ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ. (น.34) โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค, 2537, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

⁴⁹ Wade & Forsyth, Administrative Law, (Oxford: Oxford University Press, 8 edition, 2000), p.229, 864-865.

⁵⁰The Tribunals and Inquiries Act 1992, Section 9

เกี่ยวข้องกับยาสัตว์ จะออกกฎที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสัตว์ได้นั้นจะต้องปรึกษารีหรือกับหน่วยงานมาตรฐานอาหาร (Food Standard Agency) ในเรื่องนโยบายทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับยาสัตว์ก่อน⁵¹

ใ
ปี
น
ตี
น

ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองจะต้องปรึกษารีหรือกับหน่วยงานหรือองค์กรที่กำหนดไว้เท่านั้น หากไม่ได้ปรึกษารีหรือ หรือปรึกษารีหรือองค์กรหรือหน่วยงานอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ ก็จะถือว่ากฎข้อบังคับออกโดยมิชอบศาลย่อมเพิกถอน ในทางตรงกันข้ามหากฝ่ายปกครองได้ดำเนินการปรึกษารีหรือกับหน่วยงาน องค์กรหรือบุคคลตามที่กำหนดไว้แล้วฝ่ายปกครองก็ไม่มีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ (Statutory Duty) ที่จะต้องปรึกษารีหรือกับบุคคลอื่น ๆ ไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียกับเรื่องนั้นหรือไม่ เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะมีสิทธิที่จะได้รับการปรึกษารีหรือ (Right to be consulted) เพราะฝ่ายปกครองเคยไปกระทำการบางอย่างทำให้บุคคลนั้นเกิดความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectation) ว่าตนจะได้รับการปรึกษารีหรือในกรณีนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law Duty)

จ. กฎหมายไม่ได้กำหนดหน่วยงานหรือองค์กรที่จะต้องไปขอรับการปรึกษารีหรือไว้ อย่างชัดเจน แต่ได้กำหนดว่า ก่อนที่จะออกกฎจะต้องไปปรึกษารีหรือกับหน่วยงาน องค์กร หรือบุคคลใด ๆ ที่เป็นกลุ่มผลประโยชน์ หรือที่สามารถสะท้อนผลประโยชน์ของบุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบจากบังคับใช้กฎ ข้อบังคับนั้น ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการเลือกองค์กรหรือบุคคลที่จะปรึกษารีหรือมากขึ้น คือจะเลือกปรึกษากับใครก็ได้แต่ก็อยู่ภายใต้กรอบที่ว่า จะต้องปรึกษารีหรือกับองค์กรหรือบุคคลในกลุ่มในประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ หากมิได้ปรึกษารีหรือ องค์กรหรือบุคคลในกลุ่มหรือประเภทที่กฎหมายกำหนด หรือปรึกษาแต่ไม่ครบทุกกลุ่มทุกประเภท การละเลยดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ข้อบังคับที่ออกมา ตัวอย่างเช่น ตามพระราชบัญญัติการศึกษา ค.ศ. 2002 (The Education Act 2002) ก่อนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการจะออกข้อบังคับเกี่ยวกับค่าตอบแทนครูหรือข้อกำหนดเงื่อนไขในการจ้างงานครู รัฐมนตรีจะต้องดำเนินการปรึกษารีหรือกับ (ก) สมาคมสถานศึกษาท้องถิ่นหลาย

(1) The Lord Chancellor, after consultation with the Council, may make rules regulating the procedure to be followed in connection with statutory inquiries held by or on behalf of ministers; and different provision may be made by any such rules in relation to different classes of such inquiries.

⁵¹The Food standard Act 1999, Section 29

(1) Each Secretary of state having responsibility for any matters connected with regulation of veterinary products, shall consult the agency from time to time about general policy he proposes to pursue in carrying out his functions in relation to those matters.

แห่ง (ข) สถานศึกษาท้องถิ่นหลายแห่ง (ค) องค์กรที่เป็นผู้แทนผลประโยชน์ของหน่วยงานที่กำกับดูแลโรงเรียน และ (ง) องค์กรซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการรักษาผลประโยชน์ของครู⁵² หรือในกฎหมายฉบับเดียวกันยังได้กำหนดต่อไปอีกว่า หากสถานศึกษาของท้องถิ่นแห่งใดหรือองค์กร ก ก ัก บ ดู แ ล ล สถานศึกษาใดจะออกกฎ ระเบียบอันมีผลกระทบต่อนักเรียน นักศึกษาจะต้องปรึกษาหารือกับ นักเรียนนักศึกษาที่อาจได้รับผลกระทบจากกฎ ระเบียบนั้นก่อน⁵³

ค. กฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือก่อน แต่จะปรึกษาหารือใครงค์กรหรือหน่วยงานใดนั้น ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติเงินบำนาญ ค.ศ. 1995 (The Pension Act 1995) กำหนดให้รัฐมนตรีต้องปรึกษาหารือกับบุคคลที่รัฐมนตรีเห็นสมควร⁵⁴ หรือก่อนที่คณะกรรมการโทรทัศน์อิสระ (Independent Television Commission) จะออกระเบียบควบคุมการโฆษณาตามพระราชบัญญัติการออกอากาศ ค.ศ. 1990

⁵² The Education Act 2002, Section 126

The secretary of state may not make an order under section 122 or 124(4)(a) unless he has consulted such of the following as appear to him to be appropriate to consult having regard to the content of the order

- (a) association of local education authorities
- (b) local education authorities
- (c) bodies representing the interests of governing bodies of schools, and
- (d) bodies representing the interests of teachers

⁵³ The Education Act 2002, Section 176

(1) It shall be the duty

(a) of a local education authority, in the exercise of their schools function.

(b) and of the governing body of a maintained school, in the exercise of any function relating to the conduct of the school,

to have regard to any guidance given from time to time by the Secretary of State (in relation to England) or the National Assembly for Wales (in relation to Wales) about consultation with pupils in connection with the issuance of rules or the taking of decisions affecting them.

⁵⁴ The Pensions Act 1995, Section 120

Consultations about regulations

(1) Before the Secretary of State make any regulation by virtue of this Part, he must consult such persons as he considers appropriate.

(The Broadcasting Act 1990) จะต้องจัดให้มีการปรึกษาหารืออย่างเหมาะสม⁵⁵ กล่าวคือ กฎหมายบังคับแต่เพียงว่าต้องจัดการปรึกษาหารือก่อน โดยจะปรึกษาหารือองค์กรใดหรือบุคคลใดก็ได้ตามที่รัฐมนตรีหรือฝ่ายปกครองเห็นสมควร หรือเห็นว่าองค์กรหรือบุคคลนั้น ๆ อาจได้รับผลกระทบจากการออกกฎ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะไม่เข้าไปควบคุมว่ารัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่เลือกที่จะปรึกษาหารือกับหน่วยงานใด หรือเลือกที่จะไม่ปรึกษาหารือกับใคร เว้นแต่จะเป็นการเลือกปรึกษาหารือไม่สุจริต (Bad Faith) หรือไม่มีความสมเหตุสมผลอย่างยิ่ง (Unreasonableness)

(2) การปรึกษาหารือโดยความสมัครใจ (Voluntary Consultation)

เป็นกรณีที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดให้รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการปรึกษาหารือก่อนการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ข้อบังคับ ดังนั้น จึงเป็นดุลพินิจของรัฐมนตรีหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่จะนำไปดำเนินการปรึกษาหารือหรือไม่ก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติก็เป็นธรรมเนียมปฏิบัติในพระราชกฤษฎีกาว่า จะต้องนำร่างกฎ ข้อบังคับไปปรึกษาหารือก่อนการประกาศใช้ เช่น ในการออกข้อบังคับตามพระราชบัญญัติการพนัน (Betting and Gaming Act) ฝ่ายปกครองไม่เพียงแต่จะปรึกษากับอธิบดีกรมตำรวจ สมาคมเจ้าหน้าที่ยุติธรรม สมาคมตุลาการ และสมาคมคุ้มครองผู้รับพนันแห่งชาติตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แต่ฝ่ายปกครองยังสมัครใจที่จะปรึกษาหารือกับสภาพาทหลวงอีกด้วย⁵⁶ อย่างไรก็ตามกรณีเช่นนี้ การที่ฝ่ายปกครองไม่นำร่างกฎข้อบังคับไปปรึกษาหารือก่อนก็หาได้กระทบต่อความสมบูรณ์ของกฎ ข้อบังคับดังกล่าวไม่ เพราะการปรึกษาหารือแบบสมัครใจเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติ ไม่ใช่หน้าที่ตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ (Statutory Duty) หรือหน้าที่ตามคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้น ศาลจึงไม่ถึงว่าไม่ใช่ขั้นตอนหรือกระบวนการอันเป็นสาระสำคัญ (Non-mandatory Procedural Requirements) แต่ทั้งนี้ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด หากได้มีการดำเนินการปรึกษาหารือแล้ว ไม่ว่าจะเพราะกฎหมายบังคับไว้ หรือรัฐมนตรีหรือหน่วยงานเห็นสมควรดำเนินการปรึกษาหารือเอง ก็จะต้องดำเนินการทุกอย่างทุกขั้นตอนให้ถูกต้อง อย่างน้อยที่สุดก็คือเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายมีส่วนในการปรึกษาหารืออย่างเท่าเทียมเป็นธรรม⁵⁷

⁵⁵The Broadcasting Act 1990, Section 9,

It shall be the duty of the Commission

(a) after the appropriate consultation, to draw up, and from up time to time review, a code.

⁵⁶ J.F. Garner, Consultation in Subordinate Legislation, Public Law (1964). p.117 (อ้างใน การกำหนดกระบวนการปรึกษาหารือก่อนตัดสินใจของฝ่ายบริหาร (น.31) โดย ยุทธกร ซ่อไม้ทอง, 2546.)

⁵⁷ การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทย (น.19). เล่มเดิม.

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาในส่วนของ การนำความเห็นที่ได้จากการปรึกษาหารือมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจมีหลักการ ดังนี้⁵⁸

เมื่อครบกำหนดเวลาส่งความเห็น หน่วยงานผู้จัดการปรึกษาหารือก็ต้องจัดทำสรุปความเห็น ข้อมูล ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้รับ ประมวลไว้เป็นหมวดหมู่ จากนั้นนำมาวิเคราะห์โดยละเอียดถี่ถ้วนประกอบการตัดสินใจว่ามีประเด็นหรือข้อเสนอนิเทศที่ควรนำมาปรึกษาหารืออีกครั้งหรือไม่ ต้องมีการวิจัยหรือหาพยานหลักฐานอื่นเพิ่มเติมหรือไม่ จำนวนความเห็นที่สนับสนุนนโยบายหรือร่างกฎข้อบังคับที่ปรึกษาหารือ แต่ไม่จำเป็นต้องตัดสินใจขาดด้วยจำนวนความเห็น โดยให้ระวังการผูกขาดการแสดงความเห็นของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่สำหรับความเห็นขององค์กรกลุ่มผลประโยชน์ เช่น สมาคมธุรกิจ กลุ่มอาสาสมัคร กลุ่มผู้บริโภค สหภาพแรงงาน หรือหน่วยงานที่ทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากนโยบายหรือกฎหมาย ให้พิจารณาเป็นพิเศษ ทั้งนี้ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวด้วยความคิดที่เปิดกว้าง ไม่ยึดติดกับนโยบายที่ตนตั้งเอาไว้ ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองได้ตัดสินใจไว้ล่วงหน้าแล้วว่า จะดำเนินการอย่างไรในเรื่องนี้ เช่น จะถือตามนโยบายนี้หรือจะออกกฎข้อบังคับในมีเนื้อหาสาระอย่างนี้ และการจัดการปรึกษาหารือก็ทำไปเพื่อเพียงแค่ว่าให้ครบถ้วนตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเพื่อลดกระแสสังคม โดยไม่ได้มุ่งหวังนำผลที่ได้จากการปรึกษาหารือมาใช้ประกอบการพิจารณาตัดสินใจจริง ๆ เช่นนี้ ศาลจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบ ตัวอย่างเช่น การที่รัฐมนตรีได้ใช้การปรึกษาหารือตามกฎหมายเพื่อแจ้งให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นได้รับทราบว่า จะมีการก่อสร้างเมืองใหม่มากกว่าจะเป็นการถามความเห็นจากเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นว่าสมควรสร้างเมืองใหม่ขึ้นหรือไม่ก็เห็นได้ว่า ในกรณีนี้ไม่เป็นการยุติธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น และไม่เป็นการเปิดรับความคิดเห็นของรัฐมนตรีที่ขอคำปรึกษาด้วย

อนึ่ง รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ที่จัดให้มีการปรึกษาหารือย่อมไม่ผูกพันตามความเห็นต่าง ๆ ที่ตนได้รับ เพราะมิเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการหน่วงเหนี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ (Fetter of Discretion) อย่างไรก็ตาม รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ก็ต้องนำข้อมูลความเห็นที่ได้มาพิจารณาประกอบการตัดสินใจด้วย มิเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการไม่นำปัจจัยที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา (Failure to Relevant Consideration) ซึ่งถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยประการหนึ่ง การหน่วงเหนี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจนั้น ศาลอังกฤษถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่มีชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะวินิจฉัยสั่งการไปในทางหนึ่งทางใดตามที่ตนเห็นสมควร

⁵⁸ Rollo v. Minister of Town and Country Planning. (1948). 1 All ER 13 (อ้างใน ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย (น.41). เล่มเดิม.

เพื่อปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีมากที่สุด อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเป็นธรรม ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองกำหนดนโยบายหรือออกหนังสือเวียนบังคับไว้เป็นการล่วงหน้าให้เจ้าหน้าที่ส่งการไปในทางหนึ่งทางใดเป็นการเฉพาะ โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงในแต่ละรายแล้ว ย่อมเป็นการหน่วงเหนี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ⁵⁹ และเมื่อตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว ก็ควรประกาศให้สาธารณชนทราบในทันที และแจ้งให้ผู้ให้การปรึกษาหารือที่ตอบความเห็นกลับมายังหน่วยงานทราบเป็นรายบุคคลด้วยหากมีการร้องขอ โดยให้จัดทำสรุปความเห็นต่าง ๆ ที่ได้รับมา เหตุผลประกอบการตัดสินใจ และในกรณีที่ปฏิเสธข้อเสนอหรือความเห็นที่ได้รับมา จะต้องแสดงเหตุผลอย่างชัดเจนว่าทำไมไม่รับข้อเสนอหรือความเห็นนั้น โดยอาจจัดพิมพ์เผยแพร่หรือเผยแพร่ทางเว็บไซต์ก็ได้⁶⁰

ในกรณีหน่วยงานผู้จัดการปรึกษาหารือได้รับประเด็นใหม่หรือข้อเสนอใหม่และเห็นว่าเป็นประเด็นหรือข้อเสนอที่ดี ที่เป็นสาระสำคัญก็อาจจัดให้มีการจัดการปรึกษาหารือใหม่ (Re-consultation) อีกครั้ง เพื่อรับฟังความเห็นในประเด็นหรือข้อเสนอใหม่นั้นได้ แต่ไม่ใช่ว่ารัฐมนตรีจะต้องจัดการปรึกษาหารือใหม่ทุกครั้งเสมอไป เว้นแต่สถานการณ์แวดล้อมได้เปลี่ยนแปลงไปมากจนเกิดความจำเป็นต้องจัดการปรึกษาหารือใหม่ อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่รัฐมนตรีได้เปลี่ยนแปลงข้อเสนอตามความเห็นที่ได้จากการปรึกษาหารือ รัฐมนตรีก็ไม่จำเป็นต้องจัดการปรึกษาหารือใหม่อีกครั้งแต่อย่างใด⁶¹

3.1.3.3 การรับฟังและโต้แย้งคัดค้าน

หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้กำเนิดและพัฒนาในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยเป็นหลักวิธีพิจารณาที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ช่วงแรกหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิเป็นหลักการที่ใช้บังคับกับฝ่ายตุลาการเท่านั้น ต่อมาจึงได้นำมาบังคับใช้กับองค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการด้วยในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป⁶² หลักการรับฟัง (Hearing) หรือหลักต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (Audi Alteram Partem) นี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้มีความหมายหลายประการตั้งแต่กฎหมายของ

⁵⁹ H Lavender & Son v. Minister of Housing and Local Government (1970) 3 ALL ER 871.

⁶⁰ Criterion 6, Code of Practice on Written Consultation, p. 15

⁶¹ Criterion 7, Code of Practice on Written Consultation, p. 17

⁶² S.A. de' smith, Constitutional and Administrative law, 3 ed. (Great Britain : Penguinbook, 1983) p.569 (อ้างใน หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่าย ในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย. (น.6). โดย ชัยยุทธ วงศ์วานิช.)

พระผู้เป็นเจ้าของเจ้าหรือกฎหมายระหว่างประเทศแบบจารีตประเพณี แต่สำหรับนักกฎหมายคอมมอนลอว์คำนี้มีความหมายสองประการ คือ หลักการรับฟังความทั้งสองฝ่ายประการหนึ่ง ไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาตนเองได้ (Nemo Debet Esse Judex in Propria Causa) ประการที่สอง แต่เดิมระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเฉพาะในการวินิจฉัยสั่งการของศาลแต่ต่อมาก็ได้นำมาใช้กับคำวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายปกครองที่วินิจฉัยโดยอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมของศาลโดยอาศัย Prerogative Writs เหตุที่ได้มีการนำเอาหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมาใช้กับองค์กรฝ่ายปกครองนี้ก็เนื่องมาจากทฤษฎี Ultra Vires ที่ว่าศาลจะไม่เชื่อว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะใช้อำนาจดุลพินิจจนถึงขั้นละเมิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ดังนั้น ถ้าองค์กรฝ่ายปกครององค์กรใดกระทำการละเมิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติก็ถือว่ากระทำเกินอำนาจหน้าที่รัฐสภาได้ให้ไว้ แนวคิดเรื่องความยุติธรรมตามธรรมชาติจึงเป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) คิดค้นขึ้นมาเพื่อควบคุมองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดี ซึ่งในที่นี้รวมถึงการควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองด้วย⁶³

หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นอย่างมาก โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น กล่าวคือ กรณีที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาวินิจฉัยประเด็นที่มีบุคคลสองฝ่ายมาเกี่ยวข้อง ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิเคร่งครัดกว่ากรณีที่มีบุคคลฝ่ายเดียวเข้ามาเกี่ยวข้องในการวินิจฉัย แต่ประเด็นที่จะวินิจฉัยจะประกอบด้วยบุคคลกี่ฝ่ายจะขึ้นอยู่กับกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้⁶⁴ ซึ่งโดยปกติแล้วประเด็นที่จะวินิจฉัยจะมีบุคคลเพียงฝ่ายเดียวเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ไม่ว่ากรณีใดก็ตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธินี้ก็มีสาระสำคัญสองประการ คือ การแจ้งคำบอกกล่าวและการรับฟังข้อเท็จจริง

ในการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกระทบสิทธิ โดยปกติแล้วฝ่ายปกครองต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกระทบสิทธิด้วยวาจา แต่ในบางสถานการณ์ การให้บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงก็เป็นการเพียงพอ ถ้าฝ่ายปกครองให้บุคคลที่ถูกระทบสิทธิชี้แจงข้อเท็จจริงด้วยลายลักษณ์อักษร ฝ่ายปกครองต้องให้โอกาสแก่บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิแก้ข้อกล่าวหาหรือให้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างเพียงพอ ถ้าฝ่ายปกครองให้บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิชี้แจงข้อเท็จจริงด้วยวาจา ฝ่ายปกครองต้องรับฟังการให้ข้อเท็จจริงด้วยวาจาด้วยตนเอง แต่หลักการ

⁶³ J.F. Garner, Administrative Law, 4 ed (London : Butterworth) : 115. (อ้างใน *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. (น.110) โดยเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)

⁶⁴ T.C. Hartley and J.A.G. Griffith, Government and Law, 2d ed. (London : Weidenfeld and Nicholson, 1981) p.345-346 (อ้างใน *การประกันตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย*. (น.40) โดย ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย.)

นี้ได้ถูกผ่อนคลายความเคร่งครัดลง กล่าวคือ ในการพิจารณาของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีการพิจารณาให้แน่นอนทั้งในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง โดยต้องดำเนินการด้วยความสุจริตและเป็นธรรมแต่ไม่ถึงกับต้องดำเนินการอย่างศาลหรือมีการซักพยาน ฝ่ายปกครองอาจได้ข้อเท็จจริงมาโดยวิธีการใดก็ได้ แต่ในการนั้นจะต้องให้โอกาสที่เป็นธรรมแก่อีกฝ่ายหนึ่งที่จะได้โต้แย้งพยานหลักฐานที่เป็นผลร้ายต่อตน โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่รับฟังข้อเท็จจริงด้วยวาจาอาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนอื่นรับฟังข้อเท็จจริงแทนได้ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่รับฟังข้อเท็จจริงจะวินิจฉัยได้เมื่ออ่านรายงานหรือสรุปข้อเท็จจริง ตลอดจนความเห็นต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับฟังแทนได้ทำไว้

ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายลักษณะพยานที่ศาลต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นฝ่ายปกครองสามารถรับฟังพยานหลักฐานใดก็ตามที่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ และสามารถรับฟังพยานบอกเล่าได้ด้วย นอกจากนี้ฝ่ายปกครองยังสามารถหาพยานหลักฐานได้เองและสามารถใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญที่มีอยู่ในการวินิจฉัยได้ แต่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานแก่บุคคลที่จะได้รับผลร้ายจากข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานเหล่านั้น และต้องให้โอกาสที่จะปฏิเสธหรือคัดค้านข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานเหล่านั้นด้วย⁶⁵

หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิสามารถนำมาใช้ได้ในกรณีดังต่อไปนี้⁶⁶

(1) หน้าที่ของฝ่ายปกครองไม่ถือเป็นการกระทำอย่างศาล แต่เป็นการกระทำทางบริหาร โดยปกติในกรณีที่เป็นการกระทำทางบริหารฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดว่าจะนำหรือไม่นำหลักยุติธรรมตามธรรมชาติมาใช้บังคับ ตัวอย่างของข้อยกเว้นในกรณีนี้ เช่น คดี *Nakkuda Ali V. Jayaretnar* คดีนี้อธิบดีสั่งทอ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายได้ยกเลิกใบอนุญาตของผู้ประกอบการสั่งทอ กฎหมายดังกล่าวนี้ให้อำนาจแก่อธิบดีสั่งทอในการพิจารณาความเหมาะสมว่าผู้ได้รับอนุญาตไม่เหมาะสมที่จะประกอบการต่อไป ผู้ประกอบการคัดค้านอธิบดีสั่งทอว่า อธิบดีไม่ได้จัดให้มีการไต่สวนที่จะกระทำการโดยยึดหลักความยุติธรรม คณะกรรมการศาลว่าด้วยองคมนตรี (Judicial Committee of the Privy) ตัดสินในหัยยกคำร้อง โดยให้เหตุผลว่า แม้อธิบดีสั่งทอจะมีอำนาจพิจารณาความเหมาะสม อธิบดีก็ไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่ที่จะกระทำการอย่างศาล (รับฟังคู่กรณีทุกฝ่าย) เนื่องจากภาระที่จะต้องแจ้งรายละเอียดให้ผู้ประกอบการทราบจะกระทำต่อเมื่อกระทำการอย่างศาล ตาการที่อธิบดีสั่งทอตัดสินปัญหานี้เป็นการกระทำในฐานะฝ่ายบริหาร เป็นต้น

⁶⁵ จาก หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ *Audi alteram partem*. (น.12) โดย สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง.

⁶⁶ S.A. de Smith, *The Right to a Hearing in English Administrative Law*, p. 582-588 (อ้างใน *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย* (น.114-116). เล่มเดิม.

(2) เจ้าหน้าที่ได้รับมอบอำนาจให้ตัดสินโดยมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้าง ตัวอย่างเช่น คดี Rex V. Lemon St. Police Station Inspector คดีนี้รัฐมหาดไทยออกคำสั่งขับไล่คนต่างด้าวผู้หนึ่ง โดยรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นการติดต่อสาธารณะ ถือว่ารัฐมนตรีกระทำในลักษณะที่เป็นการบริหารโดยตรง และถือว่าคนต่างด้าวไม่มีสิทธิที่จะได้รับแจ้งล่วงหน้าหรือมีสิทธิในการรับฟัง

(3) การที่กฎหมายบัญญัติอย่างชัดแจ้งในเรื่องหนึ่งเสมือนเป็นการยกเว้นเรื่องอื่น ๆ (expression unius est exclusion alterius) กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งให้ผู้เสียหายมีสิทธิในการรับฟังเฉพาะในบางจุดประสงค์เท่านั้น และกฎหมายนั้นไม่ได้บัญญัติให้ผู้เสียหายมีสิทธิรับฟังในจุดประสงค์อื่น ๆ ผู้เสียหายจึงไม่ได้รับสิทธิรับฟังในจุดประสงค์อื่น

(4) การเปิดเผยข้อมูลบางอย่างเป็นการเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ มีคดีมากมายที่ศาลปฏิเสธจะเปิดเผยข้อมูลที่จะเป็นการเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างเช่น ในคดีเกี่ยวกับการผังเมือง แม้ว่าการไต่สวนของพนักงานผู้ตรวจสอบจะถือเป็นการกระทำอย่างศาลก็ตาม แต่ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยรายงานของพนักงานผู้ตรวจสอบในการไต่สวน รวมทั้งข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

(5) กรณีที่มีความจำเป็นต้องป้องกันหรือแก้ไข เพื่อความมั่นคงของส่วนรวม ตัวอย่างเช่น ตำรวจมีคำสั่งควบคุมหรือห้ามจัดขบวนแห่สาธารณะของท้องถิ่นในช่วงเวลาที่กำหนดไว้ด้วยเหตุผลว่าอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง ในกรณีนี้ศาลไม่ให้สิทธิแก่องค์กรของขบวนแห่สาธารณะที่จะทราบถึงความประสงค์ในการออกคำสั่ง หรือโต้แย้งคำสั่งนั้นได้เพราะอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองขึ้นได้

(6) การกระทำของผู้เสียหายเองเป็นอุปสรรคต่อการแจ้งล่วงหน้าหรือต่อการให้มีสิทธิในการรับฟังได้

(7) กรณีที่มีปัญหาหรือค่าของเงินผลประโยชน์เล็กน้อย ซึ่งไม่สามารถตัดสินให้มีสิทธิในการรับฟังก่อนทำการพิจารณาได้

(8) กฎหมายบัญญัติยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงไว้ ศาลจะยอมรับบทบัญญัติที่ ยกเว้นหลักการรับฟังก็ต่อเมื่อ กฎหมายบัญญัติยกเว้นหลักการรับฟังไว้โดยชัดแจ้ง เพราะหลักการรับฟังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) แต่บางกรณีก็สามารถสรุปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ว่า กฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังข้อเท็จจริงก่อนการวินิจฉัย ถ้ากฎหมายบัญญัติให้รับฟังข้อเท็จจริงในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ บางกรณีก็สามารถสรุปได้ว่า กฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยเบื้องต้น

(9) การวินิจฉัยในชั้นการเตรียมการที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ การวินิจฉัยในชั้นเตรียมการที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ เช่น การวินิจฉัยว่าจะฟ้องร้องหรือดำเนินการพิจารณาสอบสวนที่กระทบต่อสิทธิ หรือการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อสอบสวนว่ามีข้อเท็จจริงที่จะ

ดำเนินการพิจารณาสอบสวนเพื่อลงโทษบริษัทหรือไม่เป็นต้น การวินิจฉัยในชั้นเตรียมที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟัง เนื่องจากบุคคลที่จะถูกระทบสิทธิ มีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหา พยาน หลักฐานที่น่าสนับสนุนข้อกล่าวหาและมีโอกาสที่จะให้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาที่จะเกิดขึ้นภายหลัง⁶⁷

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายภายในประเทศ

3.2.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

3.2.1.1 สารสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

กฎหมายความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดทั้งกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ และกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกซึ่งมีที่มาจากหลัก “ความรับผิดชอบของรัฐหรือของฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีแนวคิดว่า ในการจัดทำกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการของเจ้าหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมหรือสัญญาทางปกครองหรือเป็นปฏิบัติการทางปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมมีโอกาสในการก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชน เช่นเดียวกับที่เอกชนทั่วไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายกันเอง และความเสียหายที่รัฐอาจก่อให้เกิดขึ้นนั้นอาจมีลักษณะและความรุนแรงมากกว่าเอกชนทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐอาจใช้อำนาจสั่งการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหากเอกชนไม่ปฏิบัติตามรัฐอาจใช้มาตรการบังคับแก่เอกชนได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล ทำให้ต้องมีการกำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบในการที่รัฐใช้อำนาจแล้วเกิดความเสียหายขึ้นซึ่งนับได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองและคุ้มครองสิทธิของประชาชน⁶⁸

รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขึ้นใช้บังคับในฐานะเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เหมาะสมของระบบความรับผิดชอบทางละเมิดของ

⁶⁷ การประกันตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย. (น.30). เล่มเดิม.

⁶⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง. (น.149) โดย มานิตย์ จุมปา, 2549, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เจ้าหน้าที่ในขณะนั้น โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติ⁶⁹ คือ การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินกิจการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้น หาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวไม่ การปล่อยให้มีความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่ปฏิบัติงานในหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำต่าง ๆ เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป เมื่อการที่นำไปทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใด ก็จะมีการฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวนนั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้น โดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้น ยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมในระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบนี้มุ่งหมายแต่จะได้รับการเงินครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหารเพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดขึ้นแก่ตน อนึ่ง การให้คณะให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยกำกับดูแลอีกส่วนหนึ่ง อันเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตามข้อพึงสังเกตเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้⁷⁰

(1) พระราชบัญญัตินี้มิได้วางหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ยังกำหนดหลักเกณฑ์ด้วยว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย

⁶⁹ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

⁷⁰ จาก ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (น.39-64) โดย อุทัย หงส์ศิริ, 2543, วารสารการพาณิชย์, 19 (2).

(2) พระราชบัญญัตินี้มีได้ยกเลิกหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด พระราชบัญญัตินี้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องใดที่พระราชบัญญัตินี้มิได้กำหนดไว้ก็ยังคงให้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) พระราชบัญญัตินี้มิใช่บังคับในเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วโดยเฉพาะ

(4) พระราชบัญญัตินี้มิได้ใช้บังคับกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมด โดยใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐบางประเภทเท่านั้น และใช้บังคับกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น

สำหรับขอบเขตการใช้บังคับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้ ดังนี้⁷¹

(1) ขอบเขตด้านเวลา พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งได้แก่การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2539

(2) ขอบเขตด้านหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับกับละเมิดที่เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐเป็นผู้กระทำเท่านั้น โดยได้มีการกำหนดนิยามความหมายไว้ว่า

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือในฐานะอื่นใด

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

(3) ขอบเขตด้านการกระทำ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ใช้บังคับแก่การกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งที่เป็นการกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก และการกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ

กรณีความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ ตามมาตรา 5 บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

⁷¹ คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง (น.154). เล่มเดิม.

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่า กระบวนการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบกรณีหนึ่ง”

การละเมิดที่เกิดแต่การปฏิบัติหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่กรมชลประทานสร้างเขื่อนล้าเข้าไป ในที่ดินของเอกชน หรือเจ้าพนักงานที่ดินออกโฉนดที่ดินทับที่ดินของบุคคลอื่น ทำให้บุคคลภายนอก ได้รับความเสียหาย กรณีเช่นนี้กฎหมายให้บุคคลภายนอกเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐ ที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดอยู่จะเรียกร้องจากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ แต่ถ้าทำนอกหน้าที่หน่วยงานราชไม่ต้อง รับผิดชอบ ผู้เสียหายต้องไปเรียกร้องเอาจากพนักงานผู้นั้นโดยตรง มาตรา 11 ห้ามมิให้ผู้เสียหายเรียกร้อง เอาจากเจ้าหน้าที่ แต่ถ้าหน่วยงานนั้นเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของตนน่าจะรับผิดชอบเป็นส่วนตัวก็อาจจะขอให้ ศาลหมายเรียกเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมาเป็นคู่ความร่วมได้

กรณีความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นส่วนตัว ตามมาตรา 6 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำ ละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้” ซึ่งการละเมิดที่ มิใช่การปฏิบัติหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานที่ดินรับรังวัดที่ดินให้เอกชนเป็นการส่วนตัวได้ตัดต้นไม้ ที่ดินข้างเคียงเสียหายไปหลายต้น พนักงานท่าเรือได้แอบเข้าไปในโกดังเก็บสินค้าเวลากลางคืนแล้ว ลักเอาสินค้าไปจากโกดัง หรือเจ้าพนักงานของรัฐไปราชการต่างจังหวัดโดยรถยนต์ของทางราชการ ระหว่างพักแรมได้ขับรถไปเที่ยวหาความสำราญส่วนตัว ขากลับได้ขับรถด้วยความเมาสุราชนคน บาดเจ็บสาหัส ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว ราชการไม่ต้องรับผิดชอบ⁷²

กรณีที่เจ้าพนักงานกระทำละเมิดในหน้าที่โดยจงใจหรือด้วยความประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรงนั้น เจ้าพนักงานผู้นั้นยังต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายอยู่กฎหมายเพียงให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้วมาไล่เบี้ยเอาจากเจ้าพนักงานผู้นั้นอีกทีหนึ่ง เช่น มาหักเงินเดือนชดใช้ โดยมาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้น ไปด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่งจะมีได้เพียงใดให้คำนึงถึงระดับ ความร้ายแรงแห่งการกระทำ และความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ชดใช้เต็ม จำนวนของความเสียหายก็ได้

⁷² จาก ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และพนักงานรัฐวิสาหกิจ (น.19-21), โดย สติติ เล็งไธสง, 2540, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ถ้าการกระทำละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ให้หักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มีให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ และเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว “การกระทำโดยจงใจ” ก็คือการกระทำโดยเจตนานั่นเอง เช่นกรณีพนักงานการเงินการไฟฟ้าวิวาทชกต่อยกับประชาชนที่มาเสียค่าไฟ ส่วน “การกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” นั้น คือกระทำโดยไม่จงใจให้เกิดผล แต่ไม่ระมัดระวังเอาเสียเลย ทำไปโดยไม่สนใจว่าจะเกิดอะไรขึ้น เช่น ขับรถด้วยความคึกคะนองแบบบ้ำระห่ำ หรือขับด้วยความเร็วสูงในซอยแคบ ๆ และไม่ชะลอความเร็วเมื่อมีรถสวน เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นกฎหมายที่มีบทเฉพาะเพื่อให้ทั้งประชาชนผู้เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐได้โดยตรงเมื่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ และให้หน่วยงานของรัฐซึ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐ โดยมีการกำหนดอายุความสิทธิเรียกร้องไว้โดยเฉพาะแตกต่างจากหลักละเมิดทั่วไป นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรง ก็ยังได้กำหนดสิทธิของหน่วยงานของรัฐที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอย่างไร ซึ่งเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้วน่าจะเป็นการปกป้องคุ้มครองประชาชนผู้เสียหาย และในขณะเดียวกันก็มีวิธีการบรรเทาภาระของเจ้าหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐด้วย

3.2.1.2 การเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระเงินให้แก่หน่วยงานของรัฐ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดได้อย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับว่าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อหน่วยงานเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือมิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงาน โดยมีใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หน่วยงานของรัฐจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลต่อเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด กล่าวคือ ต้องฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ ส่วนกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานในการปฏิบัติหน้าที่นั้น ผู้เป็นหัวหน้าหน่วยงานอาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องชดใช้แก่หน่วยงานได้ ทั้งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่

ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวได้ภายในเวลาที่กำหนด” ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ได้มีนักวิชาการได้อธิบายไว้ ดังนี้

สะเทือน ชูสกุล⁷³ ได้อธิบายในเรื่องนี้ว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐอันเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐก็มีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทนภายในเวลาที่กำหนดได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ในทำนองเดียวกันกับการใช้สิทธิไล่เบี้ยในกรณีที่เกิดการละเมิดขึ้นแก่เอกชนดังกล่าวข้างต้น แต่ถ้าไม่ได้เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐก็ไม่มีอำนาจเช่นนั้น ต้องฟ้องร้องคดีไปตามปกติ

ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์⁷⁴ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ว่า มาตรา 12 กำหนดว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ซึ่งเป็นเรื่องละเมิดทางปกครองที่อาจจะมี 2 กรณี คือ กรณีละเมิดทางปกครองที่ทำให้บุคคลภายนอกเสียหายและกรณีละเมิดทางปกครองที่ทำให้ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐเสียหาย ทั้งสองกรณีนี้อยู่ในบังคับของมาตรา 12 แต่ถ้าเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยส่วนตัว ก็เป็นละเมิดเอกชนที่หน่วยงานของรัฐต้องไปฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้นต่อศาลโดยใช้หลักกฎหมายแพ่ง

ในการสัมมนา เรื่อง “สถานะทางกฎหมายของคำสั่งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539”⁷⁵ ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดขึ้นเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2545 เวลา 8.30 – 12.00 น. ณ ห้องสมภพโพธิระกิตย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา นั้น ที่ประชุมได้อภิปรายกันในประเด็นที่ว่าคำสั่งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัตินี้เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งผู้เข้าร่วมการสัมมนามีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย ดังนี้

(1) ฝ่ายที่เห็นว่าคำสั่งตามมาตรา 12 ไม่เป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ซึ่งเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่แท้จริงจะอาศัยอำนาจตามกฎหมายและอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชน แม้ว่าการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

⁷³ จาก *สาระสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่* น.39, โดย สะเทือน ชูสกุล, 2540, กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁷⁴ จาก *เอกสารถอดเทปการบรรยายเรื่อง กฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่* (น.21), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, ค. 2540, กรุงเทพฯ

⁷⁵ จาก *คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดของรัฐ* โดยปราศจากความผิด (น.127), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2555.

ราชการทางปกครองฯ จะมีได้ระบุนิยามคำสั่งทางปกครองไว้ให้ชัดเจนว่าเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ ที่วางอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายมหาชนก็ตาม ส่วนเรื่องที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง การออกคำสั่งโดยอาศัยฐานดังกล่าวก็ไม่อาจจะทำให้คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองไปได้ ซึ่งคำสั่งตามมาตรา 12 อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายแพ่งเพราะเป็นเพียงการเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินตามกฎหมายแพ่งนั้น จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง

(2) ฝ่ายที่เห็นว่าคำสั่งตามมาตรา 12 เป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้แก่ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ และศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ซึ่งเห็นว่าคำสั่งตามมาตรา 12 เป็นคำสั่งทางปกครองเพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งดังกล่าว แม้ว่าระบบกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่จะมีรากฐานมาจากกฎหมายแพ่งก็ตาม แต่ก็สามารถพัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายมหาชนได้

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สองนี้ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในรายละเอียด คือ

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 ต้องเป็นกรณีการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น หากเป็นการกระทำละเมิดที่มีไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ ก็ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 12 แต่ต้องไปฟ้องร้องกันในทางแพ่ง

ฝ่ายที่สองเห็นว่า มาตรา 12 มีได้บัญญัติให้มีความแตกต่างในการใช้อำนาจออกคำสั่งในกรณีทั้งสอง การออกคำสั่งตามมาตรา 12 จึงใช้ได้ทั้งสองกรณี

มาตรา 12 นี้ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายที่จะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดได้โดยไม่ต้องเรียกให้เจ้าหน้าที่มาทำสัญญาประนีประนอมยอมความอย่างในอดีตที่เคยทำกันมา การออกคำสั่งตามมาตรา 12 นี้เป็นมาตรการพิเศษซึ่งจะต้องโยกกลับไปพิจารณามาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดว่าการบังคับทางปกครองไม่ใช่กับเจ้าหน้าที่ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นซึ่งก็คือว่ามาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดการบังคับทางปกครองไว้เป็นอย่างอื่นจึงนำมาใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ได้ ส่วนวิธีการนำมาใช้บังคับนั้น ในกรณีนี้เป็นหนี้เงินจึงอยู่ในบังคับมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งกำหนดว่า ทางราชการจะต้องออกคำสั่งให้ชำระเงินภายในระยะเวลาเท่าใด ถ้าไม่ชำระทางราชการก็จะออกหนังสือเตือนให้ชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้ายังไม่ชำระอีกก็ดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินและขายทอดตลาดต่อไป⁷⁶

⁷⁶ แหล่งเดิม.

คำสั่งตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็น “คำสั่งทางปกครองที่เป็นรากฐานแห่งการบังคับ” ในการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวหน่วยงานของรัฐต้องออกคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สิน คำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินนี้เรียกว่า “คำสั่งบังคับการ” การบังคับทางปกครองกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ประกอบไปด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ⁷⁷

- (1) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองกำหนดให้ผู้ใดผู้หนึ่งชำระเงิน
- (2) กำหนดเวลาชำระเงินมาถึงแล้ว และ
- (3) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกหนังสือเตือนให้ชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยระยะเวลาที่กำหนดในหนังสือเตือนต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และกำหนดเวลาดังกล่าวได้ล่วงพ้นไปโดยไม่มีการชำระเงิน

ในกรณีที่เงื่อนไขแห่งการเริ่มกระบวนการบังคับทางปกครองตามมาตรา 57 นี้ดำรงอยู่ โดยครบถ้วน องค์กรฝ่ายปกครองย่อมดำเนินการบังคับทางปกครองได้ ทั้งนี้ โดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินเจ้าหน้าที่ที่ได้รับคำสั่งให้ชำระเงิน ออกขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน โดยวิธีการยึด การอายัดและการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ยังคงเป็นปัญหาอยู่ในการบังคับใช้และอาจต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่า ในกระบวนการบังคับทางปกครอง อาจมีการใช้อำนาจตามกฎหมายได้ในหลายลักษณะ ทั้งที่เป็นคำสั่งทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามการใช้อำนาจในกระบวนการบังคับทางปกครองที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการใช้อำนาจทางกายภาพของฝ่ายปกครอง ส่วนแล้วแต่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

โดยสรุปแล้วมาตรา 12 นี้มีประโยชน์แก่รัฐค่อนข้างมาก กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่กระทำการละเมิดส่วนใหญ่จะยินยอมชำระหนี้ไปตามที่ถูกสอบสวน แต่ถ้าเจ้าหน้าที่รายใดไม่ยอมชำระหนี้รัฐก็ต้องไปฟ้องคดีต่อศาลให้บังคับชำระหนี้ให้ ซึ่งการไปฟ้องคดีต่อศาลนั้นถ้าทุนทรัพย์ต่ำกว่า 30,000 บาท ก็แทบจะไม่คุ้มค่าที่จะไปดำเนินการฟ้องคดี ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ทำให้ทรัพย์สินของรัฐเสียหายคิดเป็นเงิน 500 บาท แล้วรัฐต้องมอบหมายให้พนักงานอัยการซึ่งได้รับเงินเดือนหลาย

⁷⁷ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.425). เล่มเดิม.

หมิ่นบาทดำเนินคดีให้ นั่น จะไม่คุ้มค่าที่จะดำเนินคดีแต่อย่างใดเลย มาตรา 12 จึงให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐที่จะออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ยื่นชำระหนี้ได้

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

3.2.2.1 องค์การฝ่ายปกครองผู้พิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งของฝ่ายปกครองจะมีผู้เข้ามามีบทบาทหรือมีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วยกันสองฝ่าย คือ องค์การฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง และคู่กรณีผู้กระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในส่วนขององค์การฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ต้องพิจารณา ดังนี้

(1) อำนาจหน้าที่ขององค์การฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง

ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น” ซึ่งตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันบัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่จะมีความสามารถในการทำคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในเรื่องนั้น ๆ โดยความสามารถนี้อาจเกิดขึ้นได้โดยกฎหมายกำหนดหรือได้รับมอบอำนาจ โดยถูกต้องตามกฎหมาย เช่น มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 กำหนดให้นายทะเบียนมีอำนาจเพิกถอนทะเบียนของวัตถุอันตรายที่ไม่ถูกต้องได้ ซึ่งโดยหลักการแล้วการให้ มีอำนาจทางปกครองจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เพราะอำนาจนี้อาจใช้ไปปลบล้างทำลายสิทธิของบุคคลได้ การให้ผู้ใดมีอำนาจจึงกำหนดไว้ในกฎหมาย⁷⁸ การกระทำโดยไม่มีอำนาจเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงมาก ซึ่งเป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลเห็นเองได้โดยไม่ต้องถูกหยิบยกเป็นประเด็นขึ้นมาในคดี แต่ความไม่มีอำนาจนี้เป็นความผิดที่ร้ายแรงมากน้อยต่างกันขึ้นอยู่กับว่าเป็นเพียงการเข้าไปก้าวก่ายในอำนาจหน้าที่ของบุคคลอื่น หรือว่าเป็นการถึงขั้นยึดอำนาจ เพราะผู้กระทำการไม่ใช่แม้แต่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยซ้ำไป⁷⁹

⁷⁸ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. (น.185). เล่มเดิม.

⁷⁹ จาก หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย. (น.6) โดย ขวัญชัย สันตสว่าง, 2531, บทบัตินคดี 44(4).

ในการพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองว่า องค์กรฝ่ายปกครองใดจะมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากหลักการ⁸⁰ ดังนี้

1) พิจารณาในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ

คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทรงอำนาจในเรื่องนั้น โดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทย การกำหนดขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง มักจะไม่ได้กำหนดโดยคำนึงถึง “หน่วยงาน” เหมือนในต่างประเทศ แต่จะกำหนดโดยคำนึงถึงตำแหน่ง การพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงมักจะเป็นการพิจารณาลงไปที่ “ตำแหน่ง” ขององค์กรเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามการทำความเข้าใจเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่สำคัญ เช่น ในเบื้องต้นต้องพิจารณาให้ชัดเจนเสียก่อนว่าเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) หรือเป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา) หรือเป็นอำนาจขององค์กรวิชาชีพ (เช่น สภานายกความ) องค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางจะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งตามกฎหมายเป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรวิชาชีพไม่ได้ มีข้อสังเกตว่าองค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางอาจมอบภารกิจในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของตนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำภารกิจแทนตนเองได้หากได้มีการมอบหมายภารกิจเช่นแล้ว ข้อมต้องถือว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยที่มีอำนาจในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในเรื่องนั้น

2) พิจารณาในแง่พื้นที่ที่มีอำนาจ

นอกจากการพิจารณาในแง่ของเรื่องที้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในพื้นที่ที่ตนมีอำนาจด้วย เช่น เทศบาลจะออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับได้เฉพาะในเขตพื้นที่ของตนเท่านั้น จะก้าวล่วงไปออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับนอกเขตพื้นที่ของตนไม่ได้

3) พิจารณาในแง่ของตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ

เมื่อทราบว่าองค์กรฝ่ายปกครองใดมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดและในเขตพื้นที่ใดแล้ว ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ในหลายกรณีระบบกฎหมายไทยมักระบุตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการ

⁸⁰ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.162). เล่มเดิม.

ตำรวจนครบาลเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการสถานที่ตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร เป็นต้น เมื่อกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองไว้แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งอื่นไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าหรือสูงกว่า ย่อมไม่อาจใช้อำนาจของตำแหน่งที่ถูกกฎหมายได้ระบุไว้ ออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองได้ ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะอยู่ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาต้องการออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรผู้บังคับบัญชาจะต้องสั่งการให้องค์กรผู้ได้บังคับบัญชาดำเนินการ เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนและองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ได้บังคับบัญชาไม่อยู่ในฐานะที่จะออกคำสั่งทางปกครองได้ องค์กรผู้บังคับบัญชาอาจสอดเข้ามาใช้อำนาจแทนองค์กรผู้ได้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครองได้

4) พิจารณาในแง่ตัวบุคคลที่มีอำนาจในตำแหน่ง

เมื่อทราบว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดได้รับการแต่งตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นย่อมมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งที่ตนได้รับแต่งตั้งนั้น และเมื่อต่อมาในภายหลังจะปรากฏว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง ระบบกฎหมายไทยก็ถือว่าการพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ ย่อมไม่กระทบต่อการใด ๆ ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่⁸¹ อย่างไรก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในตำแหน่งอาจไม่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ หากปรากฏว่าตนเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำเนินการกระบวนพิจารณาทางปกครอง

(2) ความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย

ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนอกจากจะต้องพิจารณาถึงอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังมีหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาอีกกรณี คือ

⁸¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 19 บัญญัติว่า ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งการพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

ความดำรงอยู่ในทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องพิจารณา ดังนี้

1) เจ้าหน้าที่ต้องได้รับการแต่งตั้งโดยชอบ

บุคคลซึ่งทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องใด ต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น การพิจารณาทางปกครองในเรื่องใดที่ทำโดยบุคคลซึ่งไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นเลยไม่ว่าในเวลาใด ๆ แต่ได้แสดงเจตนาว่าเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในสายตาของกฎหมายแล้วถือว่าเป็น โฆษะ เช่น ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกใบอนุญาตตั้งสถานบริการ ดังนั้น ถ้าพลตำรวจโท ก. ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจนครบาลและใช้อำนาจในตำแหน่งดังกล่าวออกใบอนุญาตตั้งสถานบริการให้แก่บุคคลใดไป ใบอนุญาตฉบับนี้ย่อมเป็น โฆษะ ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น⁸²

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองอาจเป็นบุคคลเดี่ยวที่เรียกว่า “องค์กรเดี่ยว” หรือคณะบุคคล (คณะกรรมการ) ที่เรียกว่า “องค์กรกลุ่ม” ก็ได้ แต่ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นเลยย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸³ ในกรณีของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเป็นคณะกรรมการ คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองจะต้องมีองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน จึงจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นได้ ซึ่งกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองจะกำหนดไว้เสมอว่าให้คณะกรรมการ คณะนั้นประกอบด้วยประธานกรรมการและกรรมการจำนวนกี่คน คณะกรรมการจะเริ่มใช้อำนาจทำการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว การพิจารณาทางปกครองที่ศาลโดยคณะกรรมการซึ่งยังไม่มียกองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมไม่สมบูรณ์ แม้ว่าจะได้มีการแต่งตั้งประธานและกรรมการจนมีจำนวนมากพอที่จะเป็นองค์ประชุมได้แล้วก็ตาม มีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองบางคณะประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ หรือที่เรียกว่า “กรรมการโดยตำแหน่ง” โดยสิ้นเชิงบางคณะประกอบด้วย

⁸² คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.108). เล่มเดิม.

⁸³ จาก คู่มือสอบกฎหมายปกครอง. (น.62) โดย สุริยา ปานแป้น, 2554, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

ผู้ทรงคุณวุฒิในวิชาการหรือวิชาชีพสาขาต่าง ๆ หรือที่เรียกว่า “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ” โดยสิ้นเชิง และบางคณะประกอบด้วยกรรมการ โดยตำแหน่งผสมกับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ เฉพาะแก่ กรรมการประเภทหลังเท่านั้นที่มีปัญหาว่า ในเวลาเริ่มต้นใช้อำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง คณะกรรมการมีองค์ประกอบครบแล้วหรือยัง คณะกรรมการที่ประกอบด้วยกรรมการ โดยตำแหน่ง โดยสิ้นเชิงย่อมมีองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เสมอ ทั้งนี้ เพราะจะต้องมีผู้ดำรง ตำแหน่งเหล่านั้นอยู่ตลอดเวลาหากตำแหน่งเหล่านั้นว่างลงด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม และยังไม่ได้มีการ แต่งตั้งให้ผู้ใดดำรงตำแหน่งเหล่านั้น ก็จะต้องมีผู้ดำรงตำแหน่งอื่นเข้ามาดำรงตำแหน่งนั้นเป็นการ ชั่วคราวในฐานะผู้รักษาราชการแทนอยู่⁸⁴

เมื่อได้มีการแต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการในคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจ พิจารณาทางปกครองครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว คณะกรรมการก็เริ่มต้นใช้อำนาจทำการ พิจารณาทางปกครองได้ตามกฎหมาย และถึงแม้จะปรากฏในภายหลังว่า การแต่งตั้งกรรมการบาง คนเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุที่ผู้ทำการแต่งตั้งมิใช่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจแต่งตั้ง กรรมการผู้นั้นขาดคุณสมบัติที่จะเป็นกรรมการในคณะกรรมการคณะนั้น ได้ หรือกรรมการผู้นั้น มีลักษณะต้องห้ามมิให้ เป็นกรรมการในคณะกรรมการคณะนั้น อันเป็นเหตุให้กรรมการผู้นั้นต้อง พ้นจากตำแหน่งในภายหลัง การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการผู้นั้นก็ไม่กระทบกระเทือนถึงความ สมบูรณ์ของการพิจารณาทางปกครองที่กรรมการผู้นั้นได้ทำไปในหน้าที่กรรมการ ทั้งนี้ จะเห็นได้ จากความในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใด ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้อง พ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่” ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้ง โดย ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ตัวอย่างเช่น

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 706/2548 บทบัญญัติ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดขึ้นเพื่อรองรับผล การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองแต่มีเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่ง โดยให้การกระทำทางปกครองนั้นมีผลต่อไป ไม่ถูกกระทบกระเทือนเพราะเหตุดังกล่าว กรณีนี้ นาย ธ. พันวาระการดำรงตำแหน่งไปแล้ว แต่ยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่ต่อไป และผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้

⁸⁴ “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (น.39). เล่มเดิม.

ยอมรับการปฏิบัติหน้าที่นั้น โดยไม่มีการทักท้วงว่าเป็นการดำรงตำแหน่งโดยไม่ชอบ จึงเป็นกรณีที่ นาย ช. ใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองในขณะที่มีเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่งเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงสามารถนำมาตรา 19 มาใช้โดยเทียบเคียงเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบกับการพิจารณาทางปกครองที่นาย ช. ได้กระทำไปในระหว่างที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งได้โดยอนุโลม ดังนั้น การกระทำใดที่นาย ช. ได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังจากที่ได้พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว ย่อมไม่กระทบกระเทือนด้วยเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่ง แต่อย่างใด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 35/2552 การที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนมติของสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดที่เลือกนาย ส. เป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด อันเป็นผลให้การดำรงตำแหน่งนายกองค์การฯ ของนาย ส. ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การดังกล่าวก็ได้ส่งผลกระทบต่อการใดที่นาย ส. ได้กระทำไปในฐานะเป็นนายกองค์การฯ ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อในระหว่างนั้นนาย ส. ได้ปฏิบัติหน้าที่นายกองค์การฯ มาโดยตลอด ดังนั้น การที่นาย ส. ได้รับเงินเดือน ค่าตอบแทน เบี้ยประชุม และเงินอื่นที่ได้รับอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ ย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการรับไปโดยไม่มีมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย นาย ส. จึงไม่ต้องคืนเงิน ค่าตอบแทน เบี้ยประชุม และเงินอื่นที่ได้รับให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 782/2551 มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ ได้ดำเนินการเลือกกรรมการสภามหาวิทยาลัยก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดเดิม จึงขัดต่อมาตรา 17 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยราชภัฏ พ.ศ. 2547 ที่ให้ดำเนินการเลือกกรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดใหม่ภายใน 90 วันนับแต่วันที่กรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดเดิมพ้นจากตำแหน่ง การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมการสภามหาวิทยาลัยจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลดังกล่าวไม่อาจดำรงตำแหน่งกรรมการสภามหาวิทยาลัยได้ตั้งแต่เริ่มแรก ทำให้กรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดใหม่ต้องพ้นจากตำแหน่งในทันทีที่ได้รับเลือก อย่างไรก็ตาม การดำเนินการต่าง ๆ ของกรรมการสภามหาวิทยาลัยชุดใหม่ที่ได้กระทำไปแล้วตามอำนาจหน้าที่ย่อมไม่เสียเปล่าและมีผลใช้บังคับได้ต่อไปตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

2) ต้องดำเนินการประชุมโดยชอบ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเป็นคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม การใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองของคณะกรรมการดังกล่าวต้องกระทำโดยที่ประชุม ซึ่งการที่กฎหมายมอบให้คณะกรรมการคณะหนึ่งคณะใดใช้อำนาจทางปกครองของรัฐทำ

การพิจารณาทางปกครองเรื่องหนึ่งเรื่องใด ก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้บรรดาบุคคลที่ประกอบกันขึ้นเป็น คณะกรรมการนั้น ได้ร่วมกันแสดงความคิดเห็นทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องที่ต้องออกคำสั่งทางปกครอง และร่วมกันตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครองหรืออนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองแล้วแต่กรณี ภายหลังจากที่ได้อภิปรายแสดงเหตุผลสนับสนุนและหักล้างซึ่งกันและกันอย่างกว้างขวางแล้ว โดยนัยนี้คำสั่งทางปกครอง ข้อเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครองหรือคำอนุมัติหรือความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นผลผลิตของเจตนาอันร่วมกันของบรรดาบุคคลที่ประกอบกันขึ้นเป็นคณะกรรมการคณะนั้น ที่ได้แสดงออกมาโดยทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างรอบด้าน ความมุ่งหมายดังกล่าวของกฎหมายจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้ก็แต่โดยการที่คณะกรรมการนั้นประชุมกันพิจารณาเรื่องที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้นคำสั่งทางปกครอง ข้อเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือคำอนุมัติหรือความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองแล้วแต่กรณี ที่ประธานกรรมการได้ตัดสินใจกระทำลงไปภายหลังจากที่ได้ปรึกษากฎหมายอื่น ๆ ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือย่อมไม่สมบูรณ์ แม้ว่าประธานกรรมการจะตัดสินใจกระทำลงไปโดยคล้อยตามความเห็นของกรรมการส่วนใหญ่ก็ตาม⁸⁵ ในการประชุมของคณะกรรมการเพื่อทำการพิจารณาทางปกครองแต่ละครั้ง ประธานกรรมการจะต้องเปิดโอกาสให้กรรมการทุกคนเข้ามีส่วนร่วมในการอภิปรายแสดงความคิดเห็นและในการตัดสินใจ ด้วยเหตุนี้การประชุมของคณะกรรมการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ทุกขั้นตอน ซึ่งตามมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“การประชุมให้เป็นไปตามระเบียบการที่คณะกรรมการกำหนด

การนัดประชุมต้องทำเป็นหนังสือและแจ้งให้กรรมการทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน เว้นแต่กรรมการนั้นจะได้ทราบการนัดในที่ประชุมแล้ว กรณีดังกล่าวนี้จะทำหนังสือแจ้งนัดเฉพาะกรรมการที่ไม่มาประชุมก็ได้

บทบัญญัติในวรรคสองมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งประธานกรรมการจะนัดประชุมเป็นอย่างอื่น”

การประชุมครั้งใดที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์นี้ เช่น การนัดประชุมไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ไม่ได้แจ้งการนัดประชุมให้กรรมการทุกคนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน ย่อมไม่ชอบ

⁸⁵ “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (น.16). เล่มเดิม.

ด้วยกฎหมาย คังนั้น จึงส่งผลกระทบต่อกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของมติที่ประชุมด้วย ทั้งนี้โดยมีพักต้องคำนึงว่าการประชุมครั้งนั้นจะมีการประชุมมากพอที่จะเป็นองค์ประชุมหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีข้อยกเว้น ดังนี้

ก. ได้มีการบอกนัดประชุมแล้วในที่ประชุมครั้งก่อน และกรรมการที่ไม่ได้รับหนังสือนัดประชุมหรือกรรมการที่ได้รับหนังสือนัดประชุมช้ากว่าเวลาที่กำหนดก็อยู่ในที่ประชุมครั้งก่อนด้วย หรือ

ข. กรรมการที่ไม่ได้รับหนังสือนัดประชุมหรือกรรมการที่ได้รับหนังสือนัดประชุมช้ากว่าเวลาที่กำหนดมาประชุมด้วยและไม่ได้แสดงปฏิกิริยาคัดค้านการประชุมแต่อย่างใด

ค. มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนซึ่งประธานกรรมการจะนัดประชุมเป็นอย่างอื่นก็ได้

นอกจากนี้การลงมติของที่ประชุมต้องมี “องค์มติ” ครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การลงมติของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก ตามมาตรา 82 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน คังนั้น มติของที่ประชุมจะต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดที่มาประชุม ในกรณีกรรมการบางคนงดออกเสียงจะต้องไม่นับคะแนนของกรรมการคนนั้น ไปพร้อมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ว่าฝ่ายเห็นด้วยหรือฝ่ายคัดค้าน และในกรณีที่คณะกรรมการนั้นเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งกฎหมายยอมคาดหมายให้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปในทางใดทางหนึ่ง กรรมการในคณะกรรมการประเภทนี้จึงไม่ควรงดออกเสียงอย่างยิ่ง

3) ต้องมีความเป็นกลาง

ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักการในการปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครองและผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นเพื่อหลักประกันความเป็นธรรม การพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องรับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตนและพิจารณาวินิจฉัยสั่งการในเรื่องทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้วก็จะส่งผลในทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน⁸⁶ โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้

⁸⁶ จาก *สาระสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. (น.18) โดย กมลชัยรัตน์ สกาววงศ์ ค, 2539, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

บัญญัติห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำการพิจารณาทางปกครองในสองกรณี คือ กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น มีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก และกรณีที่ปรากฏเหตุอันควรกังวลว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น ไม่มีความเป็นกลางหรือเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

ก. ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก

ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกซึ่งส่งผลให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น ต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้น เป็นการพิจารณาจากฐานะของเจ้าหน้าที่มิได้พิจารณาจากพฤติการณ์หรือสภาพจิตใจ ดังนั้น แม้ปรากฏว่าโดยพฤติการณ์หรือสภาพทางจิตใจของกรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นจะมีความเที่ยงธรรมและเป็นกลางอย่างมากก็ตาม แต่ถ้าปรากฏเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นย่อมกลายเป็นเจ้าหน้าที่ที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองทันที พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 13 ว่า “เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน ไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- (5) เป็นเจ้านี่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จากบทบัญญัติมาตรา 13 นี้จะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่จะได้แก่กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งอย่างใกล้ชิดกับคู่กรณีจนอาจเกิดความไม่เป็นกลางขึ้นได้ เช่น เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เป็นญาติของคู่กรณี ฯลฯ และในกรณีที่เจ้าหน้าที่นั้นเป็นคู่กรณีเอง นอกจากนั้น อาจมีกรณีความไม่เป็นกลางจากเหตุอื่น ๆ เกี่ยวกับสถานภาพหรือฐานะของ

เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้มีความยืดหยุ่น โดยให้ฝ่ายบริหาร ไปกำหนดกรณีอื่นเพิ่มเติมจากที่มีการบัญญัติไว้โดยกำหนดเป็น กฎกระทรวง ⁸⁷

ข. ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน

ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้น จะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้” กล่าวคือ เหตุที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง คือ เหตุที่อาจก่อให้เกิดความไว้วางใจในการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่คู่กรณีไม่ไว้วางใจ หรือพิจารณาจากประโยชน์สาธารณะแล้ว เห็นได้ว่าวิญญูชนทั่วไปย่อมไม่อาจไว้วางใจให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นใช้อำนาจทางปกครองได้ ตัวอย่างของเหตุที่มีสภาพร้ายแรงซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 16 ได้แก่กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นมิตรหรือเป็นปฏิปักษ์กับคู่กรณี มีความสัมพันธ์ยาวนานกับคู่กรณี เป็นคู่แข่งทางการค้ากับคู่กรณี เคยแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคู่กรณีมาก่อนแล้ว โดยมีอคติ หรือเหตุอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กรณีเช่น เจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ยอมออกใบอนุญาตประกอบการสถานบริการให้แก่ผู้ขออนุญาตรายหนึ่ง เพราะเหตุที่เกรงว่าหากยอมให้เปิดสถานบริการแล้วก็จะกระทบรายได้ของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งที่ตั้งอยู่ในบริเวณเดียวกัน ซึ่งภรรยาของตนหรือญาติมีหุ้นส่วนในกิจการดังกล่าวอยู่ด้วย กรณีนี้เห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ไม่มีเหตุเกี่ยวกับความไม่เป็นกลางทางภาวะวิสัย เพราะไม่มีสถานะภาพความสัมพันธ์อย่างใด ๆ กับตัวผู้ขอ แต่ขณะเดียวกันก็เห็นได้ว่าความไม่เป็นกลางเกิดขึ้น เพราะเกรงว่าจะแย่งลูกค้ากับร้านของภรรยาหรือญาติของตน เป็นต้น เหตุของความไม่เป็นกลางดังที่กล่าวมานี้ต้องมีอยู่จริง เพียงแต่คู่กรณีคาดหมายเองยังไม่พอพึงว่าเจ้าหน้าที่ไม่เป็นกลาง อย่างไรก็ตาม ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยว่าเจ้าหน้าที่มีความไม่เป็นกลางจริง เพียงแต่ปรากฏเหตุดังกล่าวก็เพียงพอแล้ว

3.2.2.2 การให้คำปรึกษาและการให้ความเห็นชอบ

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองกฎหมายอาจกำหนดขั้นตอนในการดำเนินการก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งขั้นตอนหนึ่งที่กฎหมายอาจจะกำหนดไว้คือ การให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งจะต้องทำการปรึกษาหารือองค์กรฝ่ายปกครอง

⁸⁷ จาก *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.20), โดย บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. 2545, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

หรือเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งหนึ่งก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือการที่องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งจะต้องดำเนินการให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งหนึ่งให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนก็เพื่อประโยชน์⁸⁸ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น

ประการที่สอง เพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการให้ปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น มักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญหรือมีความสลับซับซ้อนหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในเรื่องนั้น ๆ เช่น การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การพิจารณาที่เกี่ยวกับความเดือดร้อนเสียหายที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีใช้เงินหรือกระทบต่องบประมาณแผ่นดิน เป็นต้น ซึ่งการปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบดังกล่าวนี้จะเป็นการช่วยให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองได้รับข้อมูลหลาย ๆ ด้านจากบุคลากรหรือองค์กรฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความสามารถเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น

การที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่อื่นให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนนี้ ถือเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ดำเนินการจัดให้มีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อาจส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนวิธีพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองให้กลับมาชอบด้วยกฎหมายได้ โดยมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติ

⁸⁸ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง* (น.53), เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2538, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ดังกล่าวได้บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามาตรา 41 (4) เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้โดยการให้ โดยการให้เจ้าหน้าที่อื่นนั้นให้ความเห็นชอบในภายหลัง อันมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลับมาชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามการให้เจ้าหน้าที่อื่นนั้นให้ความเห็นชอบในภายหลังจะต้องกระทำให้เสร็จก่อนที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็จะต้องกระทำให้เสร็จเสียก่อนที่จะมีการนำคำสั่งทางปกครองนั้นไปฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ตัวอย่างของการให้ความเห็นชอบในภายหลัง เช่น

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 237/2551 การที่นายกเทศมนตรีตำบล ข. ออกคำสั่งทางปกครองให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นการออกคำสั่งที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง ดังนั้น ถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดได้ให้ความเห็นชอบในภายหลังก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์ แต่จะต้อง

กระทำให้เสร็จเสียก่อนที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้นตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

3.2.2.3 การรับฟังและการโต้แย้งคัดค้าน

การรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครองเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนนี้ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองนี้เรียกว่า “สิทธิที่จะได้รับการรับฟัง” ซึ่งหมายถึง สิทธิของคู่กรณีในอันที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และสิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีมีสิทธิรับทราบหมายถึงข้อเท็จจริงสำคัญที่เจ้าหน้าที่จะใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิคู่กรณีผู้นั้น ไม่ใช่ข้อเท็จจริงปลีกย่อยที่ไม่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่ง เช่น กรณีเจ้าหน้าที่จะสั่งปิดสถานบริการเพราะมีข้อเท็จจริงว่าสถานบริการนั้นปล่อยให้ผู้เยาว์เข้าไปใช้บริการ เจ้าหน้าที่ย่อมต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบว่า ปรากฏหลักฐานว่าสถานบริการดังกล่าวได้ปล่อยให้ผู้เยาว์เข้าไปใช้บริการในวัน เวลาใด ทั้งนี้ เพื่อที่คู่กรณีจะได้ทราบข้อเท็จจริงนั้น และแสดงพยานหลักฐานโต้แย้งหักล้างได้อย่างถูกต้อง⁸⁹ อนึ่ง คู่กรณีจะใช้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ได้ก็ต่อเมื่อมีเวลาเตรียมตัว ดังนั้น เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าก่อนและให้เวลาแก่คู่กรณีตามสมควร ในการชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตนหักล้างข้อเท็จจริง การแจ้งข้อเท็จจริงและกำหนดให้คู่กรณีชี้แจงแสดงพยานหลักฐานหักล้างข้อเท็จจริงนั้นทันทีหรือในเวลาที่จะเห็นได้ชัดว่าคู่กรณีไม่อาจเตรียมตัวได้ทัน ย่อมเท่ากับว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้สิทธิแก่คู่กรณี การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองและอาจทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบได้ เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 122/2548 ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตสถานบริการของผู้ฟ้องคดีอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี โดยมีหนังสือลงวันที่ 30 ตุลาคม 2546 แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานภายในเวลาไม่เกิน 12.00 น. ของวันที่ 31 ตุลาคม 2546 ผู้ฟ้องคดีจึงมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพียง 1 วัน เท่านั้น เห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้มีเวลาเตรียมตัวอย่างเพียงพอที่จะทำความเข้าใจข้อเท็จจริงและจัดทำคำชี้แจงรวบรวมพยานหลักฐาน สนับสนุนข้อโต้แย้งของตนตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁸⁹ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.175). เล่มเดิม.

อย่างไรก็ตามหากคำสั่งทางปกครองที่จะออกมาเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น คำสั่งอนุมัติทุนการศึกษา คำสั่งอนุญาตให้ประกอบกิจการ คำสั่งรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเจ้าหน้าที่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งดังกล่าว คำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิคู่กรณี เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ นักเรียน นักศึกษา คำสั่งเพิกถอนหรือพักใช้ใบอนุญาต คำสั่งบังคับให้บุคคลกระทำการ ขอมให้ฝ่ายปกครองเข้ากระทำการหรือละเว้นกระทำการ ซึ่งได้แก่ คำสั่งให้บุคคลดำเนินการรื้อถอนอาคาร คำสั่งห้ามบุคคลเข้าไปในอาคารใดอาคารหนึ่ง คำสั่งปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้การก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

สิทธิที่จะได้รับการรับฟัง (right to be heard) นี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังต่อไปนี้⁹⁰

(1) กรณีที่จะต้องรับฟังคู่กรณี

เจ้าหน้าที่จะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองใดมาใช้บังคับก็เฉพาะแต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลหรืออาจมีผลกระทบสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของคู่กรณีเท่านั้น เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ คำสั่งให้ออกจากราชการเพราะหย่อนความสามารถหรือมีมลทินมัวหมอง คำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต คำสั่งบังคับให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการต่าง ๆ และคำสั่งทางปกครองอื่นใดที่กำหนดภาระให้แก่บุคคล มีข้อสังเกตว่า การปฏิเสธคำขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพประกอบกิจการเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ยื่นคำขอหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการหรือกระทำการต่าง ๆ ได้ตามใจปรารถนาของตน และการที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลประกอบวิชาชีพ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มีโอกาสควบคุมตรวจสอบเสียก่อนว่า การประกอบอาชีพของผู้ยื่นคำขอจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะด้านต่าง ๆ หรือไม่ หากผลการตรวจสอบปรากฏว่าผู้ยื่นคำขอมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด ก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะไม่ออกใบอนุญาตให้ตามคำขอ ดังนั้น การปฏิเสธคำขอใบอนุญาตหรือแม้แต่การออกใบอนุญาตโดยมีเงื่อนไขให้ผู้รับอนุญาตต้องกระทำ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ เสรีภาพ ประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ยื่นคำขอ

⁹⁰ จาก “การกระทำทางปกครอง”. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่น 11 (น.62), โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์.

(2) คู่กรณีที่เป็นผู้ทรงสิทธิที่จะถูกรับฟัง

คู่กรณีที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะรับฟังนั้นนอกจากจะเป็นบุคคลที่จะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองที่จะออกมาใช้บังคับแล้ว คำสั่งทางปกครองในบางเรื่องยังอาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลภายนอกอีกด้วย เช่น การออกใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการให้แก่บุคคลหนึ่ง อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ที่มีที่อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงกับสถานบริการที่จะได้รับอนุญาตให้จัดตั้งก็ได้ หรือคำสั่งทางปกครองให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือประโยชน์อันชอบธรรมอื่นใดของบุคคลอื่นก็ได้ ดังนั้น บุคคลภายนอกซึ่งสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมจะถูกกระทบจากผลของการออกคำสั่งทางปกครองก็เป็นผู้ทรงสิทธิที่จะถูกรับฟังเช่นกัน

(3) เนื้อหาสาระของสิทธิที่จะถูกรับฟัง

สิทธิที่จะถูกรับฟังนั้นประกอบด้วยสิทธิย่อย 4 ประการ คือ

ก. สิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง
 ข. สิทธิที่จะได้รับโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงที่ได้รับแจ้งและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน โดยจะต้องให้คู่กรณีได้มีเวลาทำความเข้าใจข้อเท็จจริงจัดทำคำชี้แจงและข้อโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้น และรวบรวมพยานหลักฐานสนับสนุนคำชี้แจงและข้อโต้แย้งส่วนระยะเวลาดังกล่าวจะสั้นหรือยาวนานขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของแต่ละเรื่อง

ค. สิทธิที่จะขอตรวจเอกสารหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตน

ง. สิทธิที่จะแต่งตั้งทนายความหรือที่ปรึกษาเพื่อช่วยเหลือตนในการโต้แย้งข้อเท็จจริงที่ได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่และสิทธิที่จะนำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองในกรณีที่คุณจำเป็นต้องมาปรากฏตัวต่อเจ้าหน้าที่

หลักการของการรับฟังดังที่กล่าวมานี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ”

ในการแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีได้รับทราบนั้น จะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เพียงพอที่คู่กรณีจะสามารถโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้โดยเหมาะสม ดังนั้น ในการจะมีคำสั่งทางปกครองใด เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงปัญหานี้ก่อนเสมอ ถ้าหากมีผู้ซึ่งอาจถูกกระทบอย่างสำคัญแต่เจ้าหน้าที่มิได้แจ้งก็เป็นความบกพร่องของการพิจารณา คู่กรณีอาจขอให้เพิกถอนกระบวนการเดิมและเริ่มกระบวนการใหม่ได้ การต้องแจ้งอาจเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้เริ่มต้นดำเนินการพิจารณาทางปกครองด้วยตนเอง เช่น จะออกคำสั่งให้ปิดโรงงานก็ต้องแจ้งให้เจ้าของโรงงานทราบเป็นต้น หรือเมื่อได้รับคำขอจากคู่กรณีคนใดคนหนึ่งให้ดำเนินการพิจารณาทางปกครอง เช่น มีผู้ขออนุญาตก่อสร้างโรงงานก็ต้องแจ้งให้เจ้าของที่ดินซึ่งอยู่อาศัยข้างเคียงทราบ เป็นต้น⁹¹ ส่วนการแจ้งจะต้องดำเนินการในขอบเขตเพียงใดนั้น ในความเป็นจริงการดำเนินการต่าง ๆ โดยปกติย่อมมีผลกระทบต่อผู้อื่นเสมอ ซึ่งอาจมาบ้างน้อยบ้างแต่ควรจะต้องแจ้งแก่ผู้ซึ่งจะต้องเสียหายในที่สุดและอาจฟ้องร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนได้แต่คงไม่กว้างไปถึงผู้ซึ่งได้รับผลกระทบที่ไม่สำคัญพอที่จะให้ความเสียหายทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามกฎหมายมิได้บังคับว่าจะแจ้งมากไม่ได้โดยขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่มากกว่าเพราะการแจ้งแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นทำให้เจ้าหน้าที่ได้ข้อมูลมากขึ้นในการพิจารณาตัดสินใจ ซึ่งผลการพิจารณาจะรอบคอบและถูกต้องมากขึ้น

มาตรา 30 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหน้าที่ในทางตรงกันข้ามไว้เช่นกัน โดยในกรณีที่อาจเกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่จะต้องไม่รอแจ้งผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้องทราบก่อนจึงจะกระทำการ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงหน้าที่ทั้งสองด้านเสมอ ส่วนวิธีการแจ้งนั้นถ้าเป็นเรื่องใหญ่มากซึ่งมีผู้ที่เกี่ยวข้องเกิน 100 คน ก็อาจใช้วิธีการประกาศในหนังสือพิมพ์ก็ได้ อย่างไรก็ตามการพิจารณาทางปกครองมิใช่การพิจารณาของศาล การจะดำเนินการเพียงใด อย่างไร ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่ฝ่ายปกครองจะต้องตัดสินใจให้เกิด

⁹¹ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.263). เล่มเดิม.

ประโยชน์แก่ส่วนรวมเป็นหลัก ดังนั้น มาตรา 30 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัตินี้จึงบัญญัติข้อยกเว้นหลักการต้องแจ้งให้ทราบไว้ในกรณีดังต่อไปนี้⁹²

(1) มีความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ กรณีนี้เป็นกรณีเร่งด่วนที่การรับฟังคู่กรณีอาจจะทำให้เจ้าหน้าที่แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ทันการณ์และอาจก่อให้เกิดความเสียหาย เช่น โรงงานปล่อยน้ำเสียลงแม่น้ำก่อให้เกิดมลภาวะ เจ้าหน้าที่อาจจำเป็นต้องออกคำสั่งปิดโรงงานโดยไม่ต้องให้ผู้รับอนุญาตได้ทราบข้อเท็จจริงเพื่อจะได้โต้แย้งก่อนออกคำสั่ง กรณีจึงขึ้นอยู่กับกรณีสั่งว่าหากมีความสำคัญระหว่างการดำเนินการตามขั้นตอนปกติกับการป้องกันความเสียหาย ซึ่งตามความเป็นจริงในทางกฎหมายเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบทั้งสองด้านอยู่แล้ว เพราะถ้าหากมีคำสั่งทางปกครองผิดพลาดเนื่องจากไม่ได้รับฟังข้อเท็จจริงตนก็ต้องรับผิดชอบ แต่การดำเนินการให้เกิดความล่าช้าจนเกิดความเสียหายร้ายแรงแก่ผู้ใดหรือแก่ประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ก็ต้องรับผิดชอบต่อผู้นั้นและต่อผู้บังคับบัญชา

(2) มีผลทำให้ระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้อย่างชัดเจน เช่น กำหนดว่าให้เจ้าหน้าที่พิจารณาคำขอให้เสร็จภายใน 30 วัน นับแต่ได้รับคำขอ ถ้าเจ้าหน้าที่ชี้แจงข้อเท็จจริงและให้โอกาสคู่กรณีชี้แจงโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เจ้าหน้าที่อาจจะพิจารณาคำขอไม่แล้วเสร็จในเวลาที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่อาจจะปฏิเสธสิทธิในการรับฟังของคู่กรณีได้ ซึ่งระยะเวลานี้จะกำหนดไว้ในกฎหมายหรืออนุบัญญัติหรือระเบียบข้อบังคับใด ๆ ในทางราชการก็ได้ ส่วนระยะเวลาที่กำหนดไว้นั้นจะสั้นไปหรือไม่เป็นความรับผิดชอบของผู้ออกกฎดังกล่าวและให้แก้ไขตามความเหมาะสมต่อไป

(3) ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีผู้มีคำขอได้ให้ไว้นั้นครบถ้วนที่จะใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่ต้องพิจารณาคำขอเท็จจริงอื่นอีก ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะได้ให้ไว้ในคำขอคำให้การ หรือคำแถลง กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบกับข้อมูลที่ได้ให้ไว้กับเจ้าหน้าที่ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติของตน หากเจ้าหน้าที่ใช้ข้อมูลที่คู่กรณีได้ให้ไว้เองเป็นเหตุผลในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณี แต่กรณีนี้จะใช้เป็นข้อยกเว้นไม่ได้ ถ้าเรื่องนั้นอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น

(4) มีสภาพเห็นได้ชัดว่าการแจ้งผลที่อาจกระทบสิทธิไม่อาจกระทำได้ กรณีนี้อาจจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่พบตัวผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่จำเป็นต้องออกคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น

⁹² คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.162). เล่มเดิม.

ข้าราชการผู้หนึ่งขาดงานติดต่อกันเกิน 15 วัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ไม่รู้ว่าไปอยู่ที่ไหนและไม่กลับมาปฏิบัติราชการอีกเลย เจ้าหน้าที่อาจออกคำสั่งไล่ออกจากราชการได้โดยไม่จำเป็นต้องรับฟังคำอธิบายก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นไปตามข้อเท็จจริงโดยขึ้นอยู่กับวิธีการทำคำสั่งทางปกครองและสภาพแวดล้อม เช่น การทำคำสั่งทางปกครองในรูปแบบไฟสัญญาณจราจร จะเห็นได้ว่าโดยสภาพไม่อาจแจ้งผลกระทบเพื่อให้คู่กรณีโต้แย้งได้ หรือเป็นที่ทราบของเจ้าหน้าที่อยู่แล้วว่าคู่กรณีดังกล่าวไปจากที่อยู่โดยไม่ทราบที่พำนักในขณะนั้น

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองเป็นมาตรการที่เจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองบางมาตรการอาจเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารปรากฏว่าผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ในหลายลักษณะ เช่น อาจว่าจ้างให้บริษัทเอกชนมาดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นหรืออาจกำหนดค่าปรับเป็นรายวันให้เจ้าของอาคารชำระก็ได้ การกำหนดค่าปรับรายวันดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งรื้อถอนอาคาร คำสั่งปรับกรณีนี้จึงถือว่าเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่สามารถกำหนดได้โดยไม่ต้องรับฟังคำอธิบาย อีกทั้งเป็นกรณีที่คู่กรณีได้ทราบคำสั่งทางปกครองแล้ว แต่กลับฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น จึงไม่มีความจำเป็นใดต้องแจ้งผลกระทบให้ทราบอีก นอกจากนี้ ก่อนจะบังคับทางปกครอง พระราชบัญญัตินี้ก็บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องเตือนให้ผู้ฝ่าฝืนทราบก่อนแล้วด้วย

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งอาจมีความจำเป็นต้องกำหนดเพิ่มเติมเพื่อความยืดหยุ่นของกฎหมาย ซึ่งขณะนี้ได้มีการออกกฎกระทรวงตามความในมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม 2540 ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบในการทำคำสั่งทางปกครอง

1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขึ้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้ความสามารถของบุคคล

3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของบุคคลต่างด้าว

5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่อใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

6) การสั่งให้เนรเทศ

สำหรับกรณีตาม 1) นั้นครอบคลุมถึงข้าราชการ พนักงานและลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐด้วย และหมายความรวมถึงคำสั่งย้ายข้าราชการ คำสั่งให้ข้าราชการประจำ กระทรวง ประจำทบวง ประจำกรม ประจำกองหรือประจำจังหวัด และคำสั่งให้ข้าราชการมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 11 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ด้วย ส่วนคำสั่งโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนในต่างกระทรวง ทบวง กรม นั้น ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวโดยสภาพทั่วไปแล้วไม่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของ สิทธิหรือหน้าที่หรือนิติฐานะของบุคคล⁹³

3.2.2.4 การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองโดยปกติแล้วจะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในเรื่องนั้นเป็นผู้ตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการมีอำนาจตัดสินใจของคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้นถือเป็นความสามารถในการมีคำสั่งทางปกครองคือการมีอำนาจกระทำการ โดยความสามารถนี้อาจเกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนดหรือได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมาย ตัวอย่างของผู้มีอำนาจตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง เช่น

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับ กรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับจังหวัดอื่น เป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตและต่อใบอนุญาตตั้งสถานบริการ มีอำนาจอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการย้าย แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือต่อเติมสถานบริการ ตลอดจนมีอำนาจสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการ

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจถอนสัญชาติไทยของบุคคลต่าง ๆ เช่น หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สัญชาติโดยการสมรส ผู้ซึ่งมีสัญชาติไทยเพราะเกิดในราชอาณาจักรไทยโดยมีบิดาเป็นคนต่างด้าว และผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยมาโดยการแปลงสัญชาติ เป็นต้น และบัญญัติให้คณะกรรมการซึ่งมีปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นประธานกรรมการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาการถอนสัญชาติไทยของบุคคลดังกล่าว แล้วเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่อสั่งการ

พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 บัญญัติให้คณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด ซึ่งมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ เป็นผู้มีอำนาจประกาศกำหนดให้สินค้าใดเป็นสินค้าควบคุม ทั้งนี้

⁹³ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 1-1/2540 วันพุธที่ 14 พฤษภาคม 2540

เพื่อป้องกันการกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือการกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม และบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบในการออกประกาศดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดบางฉบับไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าให้ผู้ใดหรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้มีอำนาจเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครองหรืออนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น แต่บัญญัติให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนั้นเป็นผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ดังกล่าวอีกทอดหนึ่ง เช่น พระราชบัญญัติอาวุธรูป เครื่องกระสุน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 บัญญัติให้นายทะเบียนท้องที่เป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตทำ ซื่อ มี ไซ้ สั้ง หรือนำเข้าซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืนส่วนบุคคลมีอำนาจออกใบอนุญาตทำ ประกอบ ซ่อมแซม เปลี่ยนลักษณะ ตั้ง นำเข้า ค้า หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่งวัตถุระเบิด และมีอำนาจออกใบอนุญาต สั่ง นำเข้า หรือค้าซึ่งดอกไม้เพลิงและบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งนายทะเบียน

การที่ผู้บัญญัติกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดหรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นก็ดี การที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้แต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งใด หรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นก็ดี ย่อมเป็นเครื่องแสดงให้เห็นโดยปริยายว่าผู้บัญญัติกฎหมายฉบับนั้นหรือรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับนั้น แล้วแต่กรณีมีความไว้วางใจในตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้นหรือในตัวบุคคลต่าง ๆ ที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการคณะนั้นเป็นพิเศษว่าอยู่ในฐานะที่จะใช้ความรู้ ความสามารถ ตลอดจนประสบการณ์ของเขาทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น ได้โดยถูกต้องตามกฎหมายและเหมาะสมแก่กรณี ดังนั้น จึงหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาหลักหนึ่งว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองเรื่องใด จะต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หรือใช้อำนาจเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรืออนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองจะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการต่าง ๆ ดังกล่าวแทนมิได้⁹⁴

⁹⁴ คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.111). เล่มเดิม.

3.2.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ตามบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด” จากบทบัญญัติมาตรา 12 จะเห็นได้ว่าหน่วยงานของรัฐสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระเงินดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และหากเจ้าหน้าที่ไม่ชำระค่าสินไหมทดแทนตามคำสั่งของหน่วยงานของรัฐดังกล่าว หน่วยงานของรัฐสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้เอง ซึ่งการดำเนินการเพื่อมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งมีขั้นตอนการดำเนินการดังต่อไปนี้

3.2.3.1 การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบ

เมื่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐจะต้องมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบขึ้นมาเพื่อทำการสอบสวนว่าได้มีการกระทำละเมิดขึ้นหรือไม่ และการกระทำละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร เพียงใด และใครคือเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบจากความเสียหายนั้น ในจำนวนเท่าใด ซึ่งหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบได้บัญญัติไว้ใน ข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ว่า

“ข้อ 8 เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐแห่งใด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบขึ้นคณะหนึ่ง โดยไม่ชักช้า เพื่อพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้นั้นต้องชดใช้

คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้มีจำนวนไม่เกินห้าคน โดยแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร

กระทรวงการคลังอาจประกาศกำหนดว่าในกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่จำนวนเท่าใด จะให้มีผู้แทนของหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วยก็ได้

ในการแต่งตั้งคณะกรรมการ ให้กำหนดเวลาแล้วเสร็จของการพิจารณาของคณะกรรมการไว้ด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเมื่อเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นจะต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดที่เกิดขึ้น ซึ่งการดำเนินการก็เป็นไปตามที่ผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบตามที่กำหนดไว้ในข้อ 8 วรรคหนึ่ง จึงหมายถึงหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับความเสียหาย⁹⁵

การพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐใดเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้รับความเสียหายนั้น ในทางปฏิบัติให้ถือว่าหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับจัดสรรงบประมาณเพื่อจัดหาทรัพย์สินดังกล่าวเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และการพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐใดเป็นหน่วยงานที่ได้รับความเสียหายได้มีแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 307/2541 เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ ตามข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิด กรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นในราชการส่วนภูมิภาค ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการฯ ตามระเบียบดังกล่าวเห็นว่า ความรับผิดชอบละเมิดในเรื่องความเสียหายต่อทรัพย์สิน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายต้องอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สิน กล่าวคือ มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น หน่วยงานของรัฐในราชการส่วนภูมิภาคจึงหมายถึงจังหวัด โดยจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 52 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แต่ไม่หมายรวมถึงสถานีอนามัย สำนักงานสาธารณสุขอำเภอหรือส่วนราชการประจำอำเภอแล้วแต่กรณี และไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล และเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกับทรัพย์สินของโรงพยาบาล ซึ่งจัดซื้อโดยเงินงบประมาณของสำนักงานปลัดสาธารณสุข สำนักงานปลัดสาธารณสุขจึงเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าว ดังนั้น ปลัดกระทรวงสาธารณสุขจึงเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความ

⁹⁵ จาก คู่มือการปฏิบัติงานด้านความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ (น.42), โดย กรมบัญชีกลาง, 2556, กรุงเทพฯ : สวัสดิการกรมบัญชีกลาง.

รับผิดชอบละเมิดตามข้อ 8 และมีอำนาจฟ้องคดีในกรณีที่มีผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินดังกล่าว ส่วนผู้ว่าราชการจังหวัดแม้จะมีอำนาจบังคับบัญชาที่ข้าราชการส่วนภูมิภาคในจังหวัดนั้นก็ตาม ก็ไม่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดหรือฟ้องผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับการมอบอำนาจตามมาตรา 38 (5) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดจะต้องอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เสียหาย อีกทั้งหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นจะต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคลด้วย โดยพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถพิจารณาได้จากการจัดซื้อโดยงบประมาณ หากหน่วยงานใดเป็นผู้ใช้เงินงบประมาณในการจัดซื้อ หน่วยงานของรัฐนั้นก็จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ

นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นที่เกี่ยวข้องกับการตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดไว้ ดังนี้

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 706/2543 การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดตามข้อ 8 วรรคหนึ่ง และข้อ 31 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ เป็นการกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำการในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคนเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนความรับผิดชอบอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกพร่องด้วยหรือไม่ เพื่อที่จะได้นำเอาส่วนแห่งความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐไปหักออกจากค่าเสียหายที่จะเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชยเมื่อปรากฏว่าความเสียหายที่เกิดแก่รถยนต์ของกรมประชาสัมพันธ์ จึงเป็นกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ ประกอบกับเป็นกรณีที่ยังไม่ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน รวมทั้งค่าเสื่อมราคาของรถยนต์อันเนื่องมาจากการถูกชน ดังนั้น หัวหน้าหน่วยงานจึงต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิด เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้ได้แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และความจำเป็นของการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดว่า การตั้งคณะกรรมการก็เพื่อให้ทราบว่า มีเจ้าหน้าที่ได้ทำละเมิดหรือไม่ การละเมิดนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่และจำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด และหากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามี

ความเสียหายเกิดขึ้นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะต้องตั้งคณะกรรมการเพื่อสอบสวนของเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีจที่ 776/2541 การตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก็เพื่อหาตัวผู้รับผิดและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จะชดใช้ ซึ่งความมุ่งหมายที่ให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด นอกจากจะหาตัวผู้รับผิดและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จะต้องชดใช้แล้ว ระเบียบดังกล่าวยังมีประโยชน์สำหรับหน่วยงานของรัฐ ในการที่จะสอบหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่ามีผู้ใครร่วมกระทำความคิดในเรื่องดังกล่าวอีกหรือไม่และจะต้องรับผิดชอบจำนวนเท่าใด รวมตลอดถึงการรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งอาจที่จะนำไปพิสูจน์ในชั้นพิจารณาคดีของศาลอีกด้วย การที่สถาบันเทคโนโลยีราชมงคลไม่ได้ตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด โดยที่เห็นว่านายบุญมากทำหนังสือรับสภาพนี้ไว้แล้ว จึงเป็นการไม่ถูกต้องตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้ได้แสดงให้เห็นว่า การตั้งคณะกรรมการสอบความรับผิดทางละเมิดก็เพื่อหาตัวผู้รับผิดและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จะชดใช้ และสอบหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่ามีผู้ใครร่วมกระทำความคิดอีกหรือไม่ ทั้งยังมีประโยชน์ต่อการต่อสู้คดีในชั้นศาล ดังนั้น แม้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดจะได้ทำหนังสือรับสภาพนี้ไว้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐก็ยังคงต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีจที่ 129/2542 หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่าความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด แต่หัวหน้าหน่วยงานจะต้องรายงานผลการพิจารณาให้ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง หรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมการปฏิบัติงานของบุคคลดังกล่าวเพื่อให้ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง หรือรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี พิจารณาว่าสมควรแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ตามข้อ 12 ของระเบียบระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ต่อไปหรือไม่ เมื่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงในเบื้องต้นแล้วเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่แต่เกิดจากการกระทำละเมิดของบุคคลภายนอกแต่เพียงฝ่ายเดียว เจ้าหน้าที่ไม่มีส่วนร่วมในการกระทำละเมิดแต่อย่างใด จึงไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความ

รับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามข้อ 8 แต่ต้องรายงานผลการพิจารณาให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายเพื่อพิจารณาตามข้อ 12 ของระเบียบดังกล่าว

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ความเสียหายเกิดจากบุคคลภายนอก หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจึงไม่จำเป็นต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตามจะต้องรายงานผลการพิจารณาให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายทราบด้วย

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีที่ 806/2542 การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบไม่ควรถวายผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่สอบข้อเท็จจริงเป็นกรรมการ เพราะอาจทำให้การสอบข้อเท็จจริงไม่ได้ข้อเท็จจริงครบทุกด้านและจะทำให้มีการบิดเบือนข้อเท็จจริงได้ เมื่อข้อเท็จจริงจากการสอบสวนปรากฏว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของนางศรีกาญจนา โดยลำพัง ไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดในครั้งนี้แต่อย่างใด การสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบที่ได้ดำเนินการโดยเทศบาลและรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจพิจารณาตามข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ย่อมไม่เสียไป แม้ว่าการดำเนินการสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวจะแต่งตั้งให้นางจิราภรณ์ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาและอาจร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดในครั้งนี้เป็นกรรมการสอบข้อเท็จจริงก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีหากกระทรวงการคลังพิจารณาแล้วเห็นว่ามูลละเมิดครั้งนี้มีกรณีพาดพิงว่านางจิราภรณ์ต้องร่วมรับผิดชอบ กระทรวงการคลังอาจแจ้งความเห็นในเรื่องดังกล่าวโดยขอให้เทศบาลพิจารณาแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบเฉพาะในส่วนของนางจิราภรณ์ได้อีก

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นในแนวปฏิบัติในการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบว่า ในการตั้งคณะกรรมการฯ นั้น ไม่ควรที่จะแต่งตั้งผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่สอบข้อเท็จจริงเป็นกรรมการ เพราะอาจทำให้การสอบข้อเท็จจริงได้ข้อเท็จจริงไม่ครบทุกด้านและจะทำให้มีการบิดเบือนข้อเท็จจริงได้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีที่ 193/2543 การตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบตามข้อ 8 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่มีเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายจะต้องรับผิดชอบชดเชยเป็นจำนวนเท่าใด ในกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดหลายคนเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนความรับผิดชอบเป็นอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกร่องด้วยหรือไม่

เพื่อที่จะได้นำส่วนแห่งความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐไปหักออกจากค่าเสียหายที่จะเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ ดังนั้น หน่วยงานจึงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำให้ได้ความกระจ่าง แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทราบแน่ชัดว่า เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคือผู้ใด ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน และเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐแล้ว หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐก็ไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นที่หน่วยงานของรัฐ ไม่ต้องดำเนินการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดหากปรากฏเหตุชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคือผู้ใด ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน และเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่หากไม่ปรากฏเหตุที่เป็นข้อยกเว้นหน่วยงานของรัฐก็ยังคงต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 786/2551 การที่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามที่กรมอุทยาน สัตว์ป่า และพันธุ์พืชแต่งตั้ง มิได้ให้โอกาสคู่กรณีที่เกี่ยวข้องชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานอย่างเพียงพอและเป็นธรรม ซึ่งภายหลังศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งที่เรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว หากกรมฯจะดำเนินการพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่คนเดิมอีก ย่อมเป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาครั้งใหม่ซึ่งจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีนี้กรมฯจึงต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นใหม่โดยพิจารณาแต่งตั้งจากบุคคลตามที่เห็นสมควร ตามข้อ 8 ของระเบียบดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งบุคคลเดียวกันกับคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดชุดเดิมก็ได้ โดยในส่วนของบุคคลที่ได้รับฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอย่างถูกต้องในการสอบข้อเท็จจริงครั้งที่ผ่านมาแล้ว คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงฯ อาจใช้วิธีการแจ้งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ได้รับฟังไว้แล้วให้บุคคลที่เกี่ยวข้องยื่นยันอีกครั้งหนึ่ง โดยหากคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงฯ เห็นว่ามีเหตุอันสมควรจะให้ออกาสบุคคลดังกล่าวชี้แจงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพิ่มเติมอีกก็ได้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกานี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุที่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงฯ มิได้ให้

โอกาสสุกฤษฎีที่เกี่ยวข้อซึ่งแจ้งข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานอย่างเพียงพอและเป็น
 ธรรมดาที่หน่วยของรัฐจะตั้งคณะกรรมการฯ ขึ้น สอบเท็จจริงอีกครั้ง หน่วยงานของรัฐจะต้อง
 ดำเนินการตามข้อ 8 โดยไม่จำต้องแต่งตั้งบุคคลเดียวกันกับคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับ
 ผิดทางละเมิดชุดเดิมก็ได้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีที่ 398/2552 การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้มี
 อำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดต้องพิจารณาว่า ผู้กระทำละเมิด
 เป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานใดในขณะกระทำละเมิด แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดจะย้าย
 หน่วยงานหรือเกษียณอายุราชการไปแล้วก็ตาม การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับ
 ผิดทางละเมิดกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด ย่อมเป็นอำนาจของหัวหน้าหน่วยงานซึ่งเจ้าหน้าที่
 ผู้กระทำละเมิดปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจให้กับหน่วยงานนั้น ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด
 ไว้ในข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด
 ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกานี้ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาว่า การที่ผู้ใดจะเป็น
 ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดให้พิจารณาว่า ผู้กระทำละเมิด
 นั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานใดในขณะกระทำละเมิด

กรณีที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ หากเกิดความเสียหายที่จะต้องตั้งคณะกรรมการสอบ
 ข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้ว จะต้องดำเนินการตั้งคณะกรรมการภายในระยะเวลาเท่าใด
 ซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้โดยตามข้อ 8 ระบุแต่เพียงว่าให้ตั้ง
 “โดยไม่ชักช้า” ซึ่งอาจทำให้หน่วยงานของรัฐตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทาง
 ละเมิดช้าบ้างเร็วบ้างแตกต่างกันไป และการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปในทางเดียวกันในการดำเนินการ ดังนั้น
 กระทรวงการคลังจึงได้ออกหนังสือเวียน ที่ กค 0406.2/ว. 75 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2550 เรื่อง ชักซ้อม
 ความเข้าใจแนวทางปฏิบัติในการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ว่า “จากการที่
 กระทรวงการคลังได้ตรวจสอบสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดพบว่า เมื่อเกิด
 ความเสียหายขึ้นกับหน่วยงานของรัฐและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่
 หน่วยงานของรัฐหลายแห่งก็ได้ดำเนินการเร่งรัดให้มีการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด
 ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของ
 เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นเหตุให้ข้อเท็จจริงที่ได้ไม่ครบถ้วน พยานหลักฐานบางอย่างสูญหายทำให้
 เกิดความยุ่งยากในการสอบสวน และการพิจารณาความรับผิดทางละเมิดอาจเกิดความคลาดเคลื่อน
 ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่ได้ ประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ
 ดังกล่าวมิได้กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของการพิจารณาของคณะกรรมการไว้ โดยให้เป็นดุลพินิจ

ของผู้แต่งตั้ง ดังนั้น เพื่อให้การสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดได้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่ครบถ้วน ลดความยุ่งยากในการสอบสวน จึงเห็นควรซักซ้อมความเข้าใจให้หน่วยงานของรัฐ ดังนี้

เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐแห่งใด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นมาคณะหนึ่ง โดยไม่ชักช้า อย่างช้าไม่ควรเกิน 15 วัน นับแต่วันหรือทราบความเสียหายและให้รีบดำเนินการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดให้แล้วเสร็จโดยเร็วอย่างช้าไม่ควรเกิน 60 วัน นับแต่วันที่แต่งตั้ง ทั้งนี้ หากคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดไม่สามารถดำเนินการสอบสวนให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการฯอาจอนุญาตให้ขยายเวลาได้อีกครั้งละไม่เกิน 30 วัน โดยให้คำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการขอขยายระยะเวลาและระมัดระวังเรื่องอายุความด้วย”

จากหนังสือกระทรวงการคลังฉบับดังกล่าวได้วางแนวปฏิบัติในการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดไว้ โดยให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการอย่างช้าไม่ควรเกิน 15 วัน นับแต่วันหรือทราบความเสียหาย และให้รีบดำเนินการสอบสวนโดยเร็วอย่างช้าไม่ควรเกิน 60 วัน แต่อย่างไรก็ตามหากคณะกรรมการฯไม่สามารถดำเนินการแล้วเสร็จได้ทัน ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการฯสามารถขยายระยะเวลาได้อีกครั้งละไม่เกิน 30 แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการขอขยายระยะเวลาและระมัดระวังเรื่องอายุความด้วย

3.2.3.2 การวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด

เมื่อคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดได้ดำเนินสอบข้อเท็จจริงจนทราบว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่และมีเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายจะต้องรับผิดชอบชดใช้เป็นจำนวนเท่าใดแล้ว คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดมีหน้าที่เสนอความเห็นไปยังผู้แต่งตั้งตามข้อ 16 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้

“ข้อ 16 เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้วให้เสนอความเห็นไปยังผู้แต่งตั้ง ถ้าผู้แต่งตั้งขอให้ทบทวนหรือสอบสวนเพิ่มเติม ให้คณะกรรมการรีบดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่ผู้แต่งตั้งกำหนด

ความเห็นของคณะกรรมการต้องมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่แจ่มชัด และต้องมีพยานหลักฐานที่สนับสนุนประกอบด้วย

ความเห็นของคณะกรรมการไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้งหรือหน่วยงานที่จะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น”

จากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่าเมื่อคณะกรรมการฯ ได้เสนอความเห็นไปยังผู้แต่งตั้งแล้วผู้แต่งตั้งมีหน้าที่พิจารณาสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด ซึ่งหากผู้แต่งตั้งเห็นว่าการสอบข้อเท็จจริงยังมีข้อบกพร่องในประเด็นใด หรือมีบางประเด็นที่ผู้แต่งตั้งเห็นควรให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนหรือสอบสวนเพิ่มเติมได้ โดยผู้แต่งตั้งต้องกำหนดระยะเวลาที่จะให้คณะกรรมการรายงานผลการสอบสวนเพิ่มเติมหรือทบทวนไปให้ด้วย และหากมีผู้ต้องรับผิดชอบผู้แต่งตั้งต้องคำนึงถึงอายุความในการเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ทางราชการด้วย⁹⁶

ในกรณีที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเห็นว่า สำนวนการสอบข้อเท็จจริงได้เสนอความเห็น ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องครบถ้วนแล้ว หรือเห็นว่าคณะกรรมการได้ทบทวนความเห็นหรือสอบสวนเพิ่มเติมเสร็จเรียบร้อยแล้ว ผู้สั่งแต่งตั้งจะพิจารณาสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดที่เสร็จสมบูรณ์นั้น โดยผู้สั่งแต่งตั้งต้องวินิจฉัยสั่งการว่า มีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด ตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของระเบียบเดียวกันที่บัญญัติว่า “เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้วให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ” โดยใช้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ามีเจ้าหน้าที่ผู้ใดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและจะต้องชดใช้เป็นจำนวนเท่าใด

อย่างไรก็ตาม ข้อ 16 วรรคสาม บัญญัติว่า “ความเห็นของคณะกรรมการไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้งหรือหน่วยงานของรัฐที่จะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น” กล่าวคือ ในการวินิจฉัยสั่งการผู้แต่งตั้งมีอำนาจวินิจฉัยได้โดยไม่จำต้องผูกมัดอยู่กับความเห็นของคณะกรรมการ ผู้แต่งตั้งสามารถมีความเห็นเป็นอย่างอื่นได้ เช่น อาจจะมีความเห็นให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบมากขึ้นหรือน้อยลง หรือไม่ต้องรับผิดชอบเลยก็ได้ซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้แต่งตั้งที่จะกระทำได้ ดังนั้น ความเห็นของคณะกรรมการจึงไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้ง และการวินิจฉัยสั่งการของผู้สั่งแต่งตั้งจะเป็นไปตามที่ผู้แต่งตั้งเห็นสมควร โดยที่ผู้แต่งตั้งไม่ต้องวินิจฉัยสั่งการตามความเห็นของคณะกรรมการ

⁹⁶ คู่มือการปฏิบัติงานด้านความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (น.67). เล่มเดิม.

3.2.3.3 การพิจารณาและทำความเข้าใจของกระทรวงการคลัง

เมื่อผู้แต่งตั้งได้พิจารณาวินิจฉัยสั่งการว่าเจ้าจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่อย่างไรแล้ว ประการต่อมาที่ผู้แต่งตั้งจะต้องดำเนินการ คือ การดำเนินการส่งสำนวนตามข้อ 17 วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” ดังนั้น เมื่อผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการอย่างไรแล้วจะต้องดำเนินการส่งสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดให้กระทรวงการคลังตรวจสอบภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการ แต่อย่างไรก็ตามผู้แต่งตั้งอาจไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ หากเป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องส่งเรื่องนั้น ๆ ให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ซึ่งมีกรณีที่กระทรวงการคลังได้ประกาศว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ คือ ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ลงวันที่ 31 มีนาคม 2552 ที่กำหนดให้ความเสียหายดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ

1. ความเสียหายเกิดขึ้นกับทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐจากสาเหตุทั่วไป (เช่น อุบัติเหตุเพลิงไหม้ ทรัพย์สินเสียหายหรือสูญหาย เป็นต้น) ซึ่งมีได้มีสาเหตุจากการทุจริต เงินขาดบัญชีหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับต่าง ๆ หน่วยงานของรัฐไม่ต้องส่งเรื่องให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ดังนี้

1.1 สำหรับส่วนราชการ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 500,000 บาท

1.2 สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 1,000,000 บาท

1.3 ความเสียหายที่มีจำนวนเกินกว่าข้อ 1.1 และ 1.2 และหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายตั้งแต่ร้อยละ 75 ของค่าเสียหายทั้งหมด

2. ความเสียหายเกิดขึ้นแก่หน่วยงานของรัฐซึ่งมีสาเหตุจากการทุจริต หรือมีสาเหตุมาจากการที่เงินขาดบัญชี หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับต่าง ๆ (เช่น การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง การจัดซื้อจัดจ้างไม่ปฏิบัติตามระเบียบฯ ว่าด้วยการพัสดุหรือฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี เป็นต้น)

2.1 สำหรับส่วนราชการ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 200,000 บาท

2.2 สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ ค่าเสียหายครั้งละไม่เกิน 400,000 บาท

2.3 ความเสียหายที่มีจำนวนเกินกว่าข้อ 2.1 และ 2.2 และหน่วยงานของรัฐได้พิจารณา ดังนี้

2.3.1 ความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากการทุจริตและหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาให้ผู้ทุจริตรับผิดชอบชี้แจงจำนวนความเสียหายและพิจารณาให้ผู้เกี่ยวข้องซึ่งกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นโอกาสหรือช่องทางให้เกิดการทุจริต ชดเชยค่าเสียหายเพิ่มจำนวนความเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้ว

2.3.2 ความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากการที่เงินขาดบัญชีหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อบังคับต่าง ๆ และต้องมีได้เกิดจากการทุจริตและหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาให้ผู้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงชดเชยค่าเสียหายเพิ่มจำนวนความเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้ว

ความเสียหายที่หน่วยงานของรัฐไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบตามนัยดังกล่าวข้างต้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรายงานความเสียหายที่เกิดขึ้น ตามแบบที่กระทรวงการคลังกำหนดไปให้กระทรวงการคลังทราบทุกกระยะ 3 เดือน

สำหรับในส่วนการพิจารณาของกระทรวงการคลังนั้น ตามข้อ 17 วรรคสาม ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ให้กระทรวงการคลังพิจารณาโดยไม่ชักช้า และให้มีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่เห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำ เพื่อประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมอีกก็ได้” และข้อ 17 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดลงไม่น้อยกว่าหกเดือน ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร และแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เว้นแต่กรณีหน่วยงานของรัฐนั้น เป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้กระทรวงการคลังพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดไม่น้อยกว่าหนึ่งปี ถ้ากระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ” จากบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อกระทรวงการคลังได้รับสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้ว กระทรวงการคลังต้องรีบดำเนินการพิจารณาโดยไม่ชักช้าตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในการ

พิจารณาของกระทรวงการคลังนั้น จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดลง ไม่น้อยกว่าหกเดือน หรือกล่าวในอีกลักษณะคือกระทรวงการคลังมีระยะเวลาในการพิจารณาไม่เกินหนึ่งปีหกเดือน เว้นแต่เป็นกรณีหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กระทรวงการคลังจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จก่อนอายุความสองปีสิ้นสุด ไม่น้อยกว่าหนึ่งปี กล่าวคือ กระทรวงการคลังจะมีระยะเวลาในการพิจารณาหนึ่งปี และทั้งสองกรณีหากกระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในเวลาดำหนด ผู้แต่งตั้งอาจมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบได้

และในระหว่างที่กระทรวงการคลังพิจารณานั้น ตามข้อ 17 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ในการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งสั่งการให้เตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนหรือดำเนินการฟ้องคดีเพื่อมิให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ” ดังนั้น ในระหว่างที่กระทรวงการคลังพิจารณาผู้แต่งตั้งจึงมีหน้าที่ที่จะต้องเตรียมเรื่องให้พร้อมสำหรับการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือเตรียมการให้พร้อมสำหรับการดำเนินการฟ้องคดีมิให้ขาดอายุความสองปีนับจากวันที่ผู้แต่งตั้งวินิจฉัยสั่งการ

สำหรับในส่วนของการพิจารณาของกระทรวงการคลังนั้น ตามข้อ 21 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า

“ข้อ 21 ในการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ให้มี “คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่ง” เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นต่อกระทรวงการคลัง

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ประกอบด้วยอธิบดีกรมบัญชีกลางเป็นประธาน กรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และผู้แทนกระทรวงการคลังตามจำนวนที่จำเป็น ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังแต่งตั้งเป็นกรรมการ

คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งอาจแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมายได้

ในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่ง ให้นำความในข้อ 13 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ดังนั้น ในส่วนขั้นตอนการพิจารณาของกระทรวงการคลังที่มีหน้าพิจารณา คือ คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่ง ที่ประกอบด้วย อธิบดีกรมบัญชีกลางเป็นประธาน

กรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน และผู้แทนกระทรวงการคลังตามจำนวนที่จำเป็น ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังแต่งตั้งเป็นกรรมการ ซึ่งในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งนั้น ได้กำหนดให้นำข้อ 13 มาใช้บังคับโดยอนุโลม คือ ต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่อยู่ในที่ประชุมหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการที่มาประชุมเลือกกรรมการคนใดคนหนึ่งขึ้นทำหน้าที่แทนมติที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก และกรรมการที่ไม่เห็นด้วยกับมติที่ประชุมก็อาจทำความเห็นแย้งมติที่ประชุมรวมไว้ในความเห็นของคณะกรรมการได้

3.2.3.4 การออกคำสั่งของหน่วยงานของรัฐให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

เมื่อกระทรวงการคลังได้ตรวจสอบสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดและแจ้งผลการพิจารณาให้หน่วยงานของรัฐทราบแล้ว ขั้นตอนต่อไปที่หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นจะต้องปฏิบัติ คือ จะต้องปฏิบัติตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้⁹⁷

“เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายตามวรรคหนึ่งสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระค่าสินไหมทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาลอย่าให้ขาดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้แต่งตั้งแจ้งคำสั่งให้ผู้รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทราบ”

ตามระเบียบดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่กระทรวงการคลังได้แจ้งผลการพิจารณาให้ทราบแล้ว ซึ่งการดำเนินการตามข้อ 18 นั้น อาจแบ่งแนวทางปฏิบัติได้ 2 กรณี คือ

(1) ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นกระทรวง ทบวง กรม และราชการส่วนภูมิภาค เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นเป็นประการใดแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบ

⁹⁷ แหล่งเดิม. (น.73).

ข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจะต้องมีความเห็นตามกระทรวงการคลังทั้งตัวบุคคลผู้ต้องรับผิด และจำนวนค่าเสียหาย และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบต่อไป

(2) ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หากหน่วยงานของรัฐดังกล่าวมีความเห็นแตกต่างไปจากกระทรวงการคลัง หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นจะต้องให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น วินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง

ส่วนกรณีการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลากำหนด” ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่จึงเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย แต่อย่างไรก็ตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดเป็นผู้ดำเนินการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหากเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไม่ใช่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายแต่เป็นบุคคลอื่น ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า

ความเห็น คณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 335/2550 โดยที่มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินภายในเวลาที่กำหนด ผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงได้แก่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ส่วนการที่ข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาว่า ผู้แต่งตั้งจะมีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ ประเด็นนี้เห็นว่า จำต้องแยกพิจารณาเป็นสองกรณี ได้แก่

กรณีทีหนึ่ง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้แต่งตั้งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ซึ่งเป็นกรณีตามข้อ 8 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ กรณีนี้ผู้แต่งตั้งย่อมมีอำนาจในฐานะ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายที่จะออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

กรณีที่สอง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้แต่งตั้งไม่ใช่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย แต่เป็นบุคคลอื่น เช่น กรณีตามข้อ 12 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้ควบคุมการปฏิบัติงานของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการ แทนหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ กรณีนี้ย่อมต้องแปลความข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ในแนวทางที่สอดคล้องกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทโดยแปลว่า การที่ข้อ 18 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น มุ่งหมายเพียงให้ผู้แต่งตั้งดำเนินการใด ๆ เพื่อให้มีการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น ส่วนผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อไปก็ยังต้องเป็นหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ทั้งนี้ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแทนนายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ดังนั้น เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ในฐานะผู้แต่งตั้งได้แจ้งให้เทศบาลตำบลต้นเปาออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทะเลาะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งได้ดำเนินการเพื่อให้มีการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 18 ของของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ แล้ว เทศบาลตำบลต้นเปาในฐานะหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจึงมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อไปตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ โดยนายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาปัจจุบันซึ่งมิได้เป็นผู้มีส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทะเลาะยอมมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยไม่มีเหตุอันจะทำให้ขาดความเป็นกลางในการพิจารณาออกคำสั่ง

ส่วนประเด็นที่เทศบาลตำบลต้นเปาอ้างว่า หากกำหนดให้เทศบาลฯ ต้องออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว อาจมีปัญหาในการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะเทศบาลฯ ต้องเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ทั้งที่มีผู้พิจารณาทำคำสั่งมาตั้งแต่ต้น เห็นว่า กรณีที่นายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาได้พิจารณามีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังหรือได้มีคำสั่งตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ไปแล้ว หากมีการยื่นอุทธรณ์คำสั่ง นายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาย่อมต้องผูกพัน

ตามความเห็นของกระทรวงการคลังหรือตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่
ด้วยแล้วแต่กรณี ไม่อาจวินิจฉัยอุทธรณ์แตกต่างไปจากคำสั่งเดิมได้

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า หากว่าผู้แต่งตั้ง 'ไม่ใช่'
หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ผู้ซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ยังจะต้อง
เป็นหน่วยงานของรัฐที่เสียหายอยู่เช่นเดียวกับ กรณีที่ผู้แต่งตั้งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่
เสียหาย เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ
ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

3.2.3.5 การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานของรัฐให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการอุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน
นั้น หลักเกณฑ์ในการอุทธรณ์จะเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.
2539 เช่น เรื่องระยะเวลาการอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องอุทธรณ์
ภายในระยะเวลา 15 วัน นับแต่ได้รับคำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 44 แต่สำหรับในส่วนการพิจารณา
ของหน่วยงานของรัฐนั้น นอกจากจะต้องดำเนินการพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ
ทางปกครองฯ แล้ว กระทรวงการคลังได้ออกแนวปฏิบัติตามหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค
0406.2/ว 60 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2548 ว่า กระทรวงการคลังพิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อให้หน่วยงาน
ของรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539
ลดปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ จึงขอแนะนำขั้นตอนและวิธีดำเนินการในการพิจารณา
อุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานของรัฐ ดังนี้

(1) กรณีผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบไปก่อน โดยไม่
รอผลการพิจารณาการตรวจสอบจากกระทรวงการคลัง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วย
หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 17 วรรคห้า และ
ผู้ถูกบังคับได้อุทธรณ์คำสั่ง ให้หน่วยงานของรัฐแจ้งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังทราบภายใน
กำหนดเวลา 5 วัน นับแต่ได้รับคำอุทธรณ์และรอผลการตรวจสอบจากกระทรวงการคลัง เมื่อได้รับ
ผลการตรวจสอบจากกระทรวงการคลังให้ถือปฏิบัติ ดังนี้

1) กรณีหน่วยงานรัฐซึ่งมีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่
เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม และราชการส่วนภูมิภาค ให้ผู้แต่งตั้งและหรือผู้มีอำนาจ
พิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วแต่กรณี
วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้
กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

2) กรณีหน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งพิจารณาคำอุทธรณ์ประกอบกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง ดังนี้

ก. หากผู้แต่งตั้งเห็นด้วยกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งส่งคำอุทธรณ์และความเห็นดังกล่าวให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามเห็นว่าถูกต้อง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

ข. หากผู้แต่งตั้งไม่เห็นด้วยกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งส่งคำอุทธรณ์และความเห็นดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชา และหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการ คำอุทธรณ์ตามเห็นว่าถูกต้อง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

(2) กรณีผู้แต่งตั้งได้มีคำสั่งหลังจากทราบผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ข้อ 18 วรรคหนึ่งแล้ว และผู้ถูกบังคับตามคำสั่งได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ ดังนี้

1) หน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม และราชการส่วนภูมิภาคให้ผู้แต่งตั้งและหรือผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ดังกล่าวตามผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์มาให้กระทรวงการคลังอีก

2) หน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งพิจารณาคำอุทธรณ์ประกอบกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง ดังนี้

ก. หากผู้แต่งตั้งเห็นด้วยกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งส่งคำอุทธรณ์และความเห็นดังกล่าวให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามเห็นว่าถูกต้อง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

ข. หากผู้แต่งตั้งไม่เห็นด้วยกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งส่งคำอุทธรณ์และความเห็นดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชา หรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐวิสาหกิจสั่งการคำอุทธรณ์ตามที่เห็นว่าถูกต้อง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

อย่างไรก็ดีในการวินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์กรณีหน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่นั้น ให้ผู้แต่งตั้งผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแลหรือควบคุม และผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วแต่กรณี วินิจฉัยสั่งการและหรือพิจารณาคำอุทธรณ์โดยคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ หากได้วินิจฉัยสั่งการและหรือพิจารณาคำอุทธรณ์ไปโดยแตกต่างไปจากผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง และการวินิจฉัยสั่งการในภายหลัง ผู้แต่งตั้ง ผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแลหรือควบคุม หรือผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังกล่าวแล้วแต่กรณี จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด

อนึ่ง เนื่องจากการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งที่จะใช้ดุลพินิจ ดังนั้น จึงเห็นควรให้นำขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติข้างต้นไปประกอบการพิจารณาในการใช้ดุลพินิจต่อไป

หนังสือกระทรวงการคลังดังกล่าวข้างต้นเป็นการกำหนดแนวปฏิบัติในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน โดยหน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมและราชการส่วนภูมิภาคจะต้องวินิจฉัยสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ส่วนกรณีหน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ อาจไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ หากจะวินิจฉัยสั่งการหรือพิจารณาคำอุทธรณ์โดยแตกต่างจากความเห็นของกระทรวงการคลัง

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และแนวทางแก้ไขปัญหา

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองขณะออกคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับกฎหมายแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่ออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไปอย่างรุนแรง ในลักษณะที่เห็นประจักษ์ชัด หรือต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือที่ได้รับการพัฒนาขึ้น โดยคำพิพากษาของศาลแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และโดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นผลจากกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง หน่วยงานของรัฐผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ได้มีหน้าที่เฉพาะการคำนึงถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งกระบวนการและขั้นตอนที่สำคัญที่หน่วยงานของรัฐผู้ทรงอำนาจต้องคำนึงในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่กรณีในคำสั่งทางปกครอง การหารือหรือปรึกษาหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องก่อนการออกคำสั่ง การรับฟังคู่กรณีและการให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นขั้นตอนและกระบวนการในการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้ กล่าวคือ หากหน่วยงานของรัฐต้องการที่จะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องพิจารณาและดำเนินการตามขั้นตอนที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้ หากหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดหรือดำเนินการโดยไม่ถูกต้อง อาจส่งผลทำให้คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ออกไปนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแนวทางแก้ไขปัญหา

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

ด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของประเทศที่ยึดมั่นในหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ซึ่งรวมทั้งประเทศไทยที่ให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าวและได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยกำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวคือ จะต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นหลักการที่ใช้ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองไม่ให้ขัดต่อกฎหมาย โดยองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันอยู่กับกฎหมายและจะกระทำการใด ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำกรณนั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่แสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ ซึ่งรวมถึงการพิจารณาทางปกครอง ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ด้วย

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐและความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ โดยให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายนั้นตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นมา เพื่อสอบสวนให้ทราบว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคนเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนความรับผิดชอบเป็นอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกร่องด้วยหรือไม่ และเมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด จากนั้นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้อง

ดำเนินการส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบ ตามข้อ 17 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ให้ผู้แต่งตั้งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” และเมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการ ตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง” กล่าวคือ เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาความเห็นใด ๆ ออกมาแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน จะต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยที่ผู้แต่งตั้งไม่อาจดำเนินการออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นที่แตกต่างจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้

จากบทบัญญัติข้อ 17 และข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะเห็นได้ว่าได้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาสามประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่ง สถานะของคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ออกไป ประเด็นที่สอง การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องส่งสำนวนการสอบสวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา และประเด็นที่สาม การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายเป็นลำดับ ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง สถานะของคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการที่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การกระทำทางปกครองใดจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น จึงมีกรณีที่ต้องพิจารณาว่า คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ และหากเป็นการกระทำทางปกครองแล้ว จะเป็นการกระทำทางปกครองประเภทใด

ตามหลักการของการกระทำทางปกครองสามารถแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองแบ่งออกเป็น นิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมสองฝ่าย โดยนิติกรรมฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมที่ทำลงโดยบุคคลฝ่ายเดียว ส่วนนิติกรรมสองฝ่ายเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย

กล่าวคือ ต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกันและเมื่อถูกต้อง สอดคล้องต้องกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น ซึ่งในทางกฎหมายปกครองก็คือสัญญาทางปกครอง ดังนั้น เมื่อคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง ที่ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในลักษณะเป็นผู้กระทำแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งนั้นมิได้เข้ามามีส่วนร่วมกับการกระทำ อีกทั้งไม่มีลักษณะเป็นการ แลกเปลี่ยนแสดงเจตนาซึ่งกันและกัน คำสั่งนี้จึงมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองแบบนิติกรรม ฝ่ายเดียว

กรณีที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ เมื่อคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวแล้ว คำสั่งนี้จะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวประเภทคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพราะหากคำสั่งเรียกให้ เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว การพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายและ ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทาง ปกครอง ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหลักในการพิจารณาว่า คำสั่งใดมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณา ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นคำสั่งที่เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 5 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดความหมายของคำสั่งทาง ปกครองไว้ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่าง บุคคล...” ดังนั้น การทำคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามมาตรา 5 ก็ได้กำหนดคำนิยามของคำว่าเจ้าหน้าที่ไว้ว่า “เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือ นิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอย่างอื่นของรัฐ หรือไม่ก็ตาม” และเมื่อพิจารณาข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติ เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้ “ผู้แต่งตั้งเป็นผู้มีคำสั่งตาม ความเห็นของกระทรวงการคลัง” ซึ่งข้อ 4 ได้กำหนดให้ “ผู้แต่งตั้ง หมายความว่า ผู้แต่งตั้ง คณะกรรมการขึ้นเพื่อปฏิบัติตามระเบียบนี้” กล่าวคือ ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการที่เป็นหัวหน้า หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย¹ ดังนั้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่ ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบและมีความเสียหายให้เจ้าหน้าที่ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงเป็นเจ้าหน้าที่ตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539

¹ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 307/2541

(2) **เป็นการใช้อำนาจปกครอง** การใช้อำนาจปกครองจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ และต้องเป็นอำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง อีกทั้งเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาศัยอำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าวินิจฉัยสั่งการโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง เมื่อคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. 2539 ประกอบระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง โดยมีลักษณะที่เป็นการสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงถือว่าเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าวินิจฉัยสั่งการอันเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง

(3) **เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์** ลักษณะของคำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เมื่อคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน มีลักษณะเป็นการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งต้องผูกพันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐ หากถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระ โดยถูกต้องครบถ้วน หน่วยงานของรัฐอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ คำสั่งนี้จึงเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่และเป็นสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่กับหน่วยงานของรัฐ

(4) **มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง** ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ เป็นการกำหนดถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก้าวไปสู่ออบเขตสิทธิหน้าที่ของประชาชน และหากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนย่อมฟ้องร้องต่อศาลได้แม้การกระทำดังกล่าวได้ แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ยังไม่มีผลโดยตรงสู่ภายนอก เช่น กฎเกณฑ์ภายในที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานหรือแนวทางในการใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะป็นหนังสือเวียน คำสั่งภายใน หรือในรูปแบบอื่นก็ตาม ย่อมเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง ประชาชน ไม่มีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลเพื่อโต้แย้งกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองดังกล่าวทันทีไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การมีผลออกไปนอกฝ่ายปกครองนี้ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจจะเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใต้บังคับบัญชาก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้้องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติในฐานะที่องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชามีสถานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทาง

ปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชา ออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาและคำสั่งกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยตรงแล้ว คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง² เมื่อคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครองออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลที่ไม่ใช่ส่วนหนึ่งขององค์กร และไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรง คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนี้จึงถือว่ามีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองแล้ว

(5) มีผลเฉพาะกรณี องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้ได้มาจากการพิจารณา นิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองโดยสภาพต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรงตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครอง และต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่มีผลเฉพาะกรณีและเป็นรูปธรรม ส่วนกฎจะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เมื่อคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งเพียงคนเดียวไม่ได้มีผลผูกพันบุคคลอื่นด้วย ดังนั้น คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงเป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะกรณี

จากการพิจารณาลักษณะและองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นมีลักษณะที่ครอบคลุมองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง คือ มีลักษณะที่เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ เป็นการใช้อำนาจปกครอง เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ เป็นคำสั่งที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง และมีลักษณะที่มีผลเฉพาะกรณี ด้วยเหตุที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การพิจารณาและการดำเนินการใด ๆ เพื่อออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ จะต้องพิจารณาออกคำสั่งตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากเป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาทางปกครอง และจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

² หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.111). เล่มเดิม.

อันเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง และนอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงทฤษฎีและหลักการของคำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาและคำสั่งว่าคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 565/2546 กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เกิดความเสียหายจะต้องดำเนินการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จนเมื่อหน่วยงานของรัฐดังกล่าวสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชำระค่าสินไหมทดแทน หรือฟ้องคดีต่อศาลตามข้อ 18 วรรคสองของระเบียบดังกล่าว และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนดนั้น ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่พิเคราะห์แล้วเห็นว่า เมื่อข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ และ มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระค่าสินไหมทดแทนได้ กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐเมื่อหน่วยงานของรัฐได้ออกคำสั่งดังกล่าว คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น คำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากการกระทำละเมิดจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 485/2552 ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจากการที่นาย พ. ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาคืนภาษีมูลค่าเพิ่ม ไม่ปฏิบัติตามระเบียบกรมสรรพากร ว่าด้วยการคืนภาษีมูลค่าเพิ่ม พ.ศ. 2539 แต่โดยที่มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนภายในเวลาที่กำหนดและคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น ถ้าถึงเวลาที่คำสั่งดังกล่าวกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายย่อมมีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 แม้ว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนจะมีมูลจากการกระทำละเมิดก็ตาม แต่บทบัญญัติในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้อำนาจหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินได้โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาล ประกอบกับ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ได้ยืนยันว่าคำสั่งที่กำหนดให้ผู้ชำระเงินเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะออกคำสั่งให้ชดใช้เงินจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายต้องการ จึงจะทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้เงินได้ เมื่อคำสั่งให้ชดใช้เงินของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคำสั่งทางปกครอง หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งนั้น ตามนัย มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 767/2547 เมื่อผู้ฟ้องคดีมีหนังสือรวม 12 ฉบับแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสิบสามคนชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสิบสามคนเพิกเฉยไม่ยอมชำระ ผู้ฟ้องคดีย่อมมีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสิบสามคนและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีให้ครบถ้วนได้ ตามมาตรา 57 ประกอบมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ประเด็นที่สอง การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา

เมื่อคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งจึงต้องดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เนื่องจากระเบียบดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง โดยในข้อ 17 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบฉบับนี้ได้กำหนดว่า “เมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการแล้ว ให้วินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด แต่ยังมีต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ” และวรรคสองกำหนดให้ “ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดขั้นตอนให้ต้องมีการส่งเรื่องให้ไปหน่วยงานของรัฐอื่นพิจารณาก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าเป็นขั้นตอนการดำเนินการปรึกษาและหารือ

ก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง และการที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่อื่นให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนนี้ ถือเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ดำเนินการจัดให้มีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง อาจส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนวิธีพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนก็เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง และทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด³ คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการให้ปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น มักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญหรือมีความสลับซับซ้อน หรือเป็นกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในเรื่องนั้น ๆ เช่น การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การพิจารณาที่เกี่ยวกับความเดือดร้อนเสียหายที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีใช้เงินหรือกระทบต่องบประมาณแผ่นดิน เป็นต้น และการปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบดังกล่าวนี้จะเป็นการช่วยให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองได้รับข้อมูลหลาย ๆ ด้านจากบุคลากรหรือองค์กรฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความสามารถเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามข้อ 17 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก็เพื่อให้การออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นมีความรอบคอบ มีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนกับกระทรวงการคลัง และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองของผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวน เนื่องจากคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นคำสั่งที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งหลักการนี้ได้สอดคล้องกับ หลักการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเรื่องการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดหลักเกณฑ์ของการปรึกษาหารือหรือหน่วยงานของรัฐ

³ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง (น.53). เล่มเดิม.

ก่อนออกคำสั่งทางปกครอง กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีการพิจารณาร่วมกันของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะออกนิติกรรมทางปกครอง เจ้าหน้าที่ชั้นต้นผู้รับผิดชอบจะต้องขอความเห็นหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เช่น การวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร (B BauG) ตามมาตรา 36 วรรคแรก จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์การปกครองตนเอง-เทศบาล (Gemeinde) และความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงขึ้นไป⁴ นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับหลักการปรึกษาหารือของประเทศอังกฤษ โดยประเทศอังกฤษกำหนดให้ต้องมีการปรึกษาหารือเพื่อการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อนโยบายของรัฐบาลในการตรากฎหมาย ความคิดเห็นของประชาชนที่มีต่อร่างพระราชบัญญัติ และความคิดเห็นต่อร่างกฎหมายลำดับรองหรือ กฎ ข้อบังคับ (Statutory Instrument) ซึ่งจะช่วยให้นโยบายของกฎหมาย หรือกฎ ข้อบังคับ มีความสมบูรณ์ ครบถ้วน และได้รับการยอมรับจากประชาชน⁵ และนอกจากมีการปรึกษาหารือกับผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการตราบทกฎหมายของฝ่ายปกครองแล้ว ในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการทราบข้อมูลที่กว้างและลึกซึ้งมากยิ่งขึ้นฝ่ายปกครองก็มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ (Advisory Committee) ขึ้นได้เพื่อให้คำปรึกษาและแนะนำแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งวิธีการนี้เกิดขึ้นจากธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention) ที่ฝ่ายปกครองประเทศอังกฤษนิยมปฏิบัติกันเอง โดยมักไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำ เพราะวิธีนี้จะมีผลดีหลายประการ คือ ประการแรก จะทำให้ฝ่ายปกครองได้ข้อมูล และความเห็นมาเพื่อประกอบการพิจารณาเรื่องนั้น ๆ ให้รอบคอบจริง ๆ ประการที่สอง ในทางจิตวิทยาก็ถือว่าการปฏิสัมพันธ์ในเชิงสนทนา (dialogue) ระหว่างผู้มีอำนาจกับเอกชนไม่ใช่วิธีสั่งการ (command) เอาฝ่ายเดียว ประการที่สาม เมื่อกฎหมายลำดับรองนั้นออกมาใช้แล้วก็จะได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามจากผู้เกี่ยวข้องด้วยความสมัครใจ⁶

การกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนมีหน้าที่ต้องส่งเรื่องไปปรึกษาหารือ และกำหนดให้กระทรวงการคลังเป็นผู้มีหน้าที่รับปรึกษาหารือนี้ เป็นการกำหนดตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ต้องส่งเรื่องไปปรึกษาหารือและผู้มีหน้าที่ให้การปรึกษาหารือ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการจัดลักษณะขององค์การปรึกษาหารือไว้⁷ ดังนี้

⁴ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.151). เล่มเดิม.

⁵ การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ (น.13). เล่มเดิม.

⁶ ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ (น.34). เล่มเดิม.

⁷ เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (น.268). เล่มเดิม.

(1) องค์กรที่ให้คำหรือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องหารือองค์กรดังกล่าวก่อนการสั่งการ ซึ่งผู้ออกคำสั่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นองค์คณะทางบริหารก็ได้ เช่น สภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัย เป็นต้น

(2) การปฏิบัติทางสภา คือ การกำหนดให้การกระทำของรัฐบาลบางเรื่องต้องผ่านการหารือคณะกรรมการหรือผู้เสนอรายงานของคณะกรรมการของรัฐสภาเสียก่อน กฎฎีกาที่ออกภายใต้เงื่อนไขนี้ถือว่าการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ถ้าไม่ผ่านการหารือย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กรณีองค์กรที่ให้คำหรือเป็นองค์กรเอกชน เช่น สหภาพ กรณีศาลปกครองจะ ไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำหรือจะพิจารณาเพียงว่า ได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนคือมีการหารือหรือไม่

(4) องค์กรให้คำปรึกษาหารืออาจเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นองค์คณะและมีหน้าที่เพียงแต่ให้คำปรึกษาหารือเท่านั้น

การส่งจำนวนของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนี้ กระทรวงการคลังจึงมีลักษณะเป็นหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรผู้ให้ปรึกษาหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ตามหลักการของระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งหากไม่ได้ดำเนินการปรึกษาหารือกระทรวงการคลังก่อนออกคำสั่ง คำสั่งนั้นจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procedure) และอาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้

ส่วนกรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 41 (4) ว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ (4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง” กล่าวคือ หากการออกคำสั่งทางปกครองกรณีใดที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ต้องดำเนินการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หากหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการให้หน่วยงานของรัฐอื่นให้ความเห็นชอบก่อนคำสั่งทางปกครอง คำสั่งนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายได้เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองให้กลับมาชอบด้วยกฎหมายได้ โดยให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดให้หน่วยงานของรัฐอื่นให้ความเห็นชอบในภายหลัง ซึ่งกรณีนี้ได้มีความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสร็จที่ 237/2551 การที่นายกเทศมนตรีตำบลข. ออกคำสั่งทางปกครองให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นการออกคำสั่งที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง ดังนั้นถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดได้ให้ความเห็นชอบในภายหลังก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์ แต่จะต้องกระทำให้เสร็จเสียก่อนที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

โดยสรุปการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบก่อนที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนในการพิจารณาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ดำเนินการอาจส่งผลทำให้คำสั่งนั้นไม่สมบูรณ์และอาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้ อันเป็นหลักการที่สอดคล้องกับทฤษฎีทางกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ต้องดำเนินการพิจารณาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

ประเด็นที่สาม การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

ตามที่ข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ...” การที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยที่ผู้แต่งตั้งไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ถือเป็นกำหนดในลักษณะบทบังคับให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งหลักการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องดำเนินการพิจารณาหรือ

หน่วยงานของรัฐอื่นก่อนออกคำสั่งทางปกครองนี้ ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีหลักการเกี่ยวกับลักษณะของความเห็นและการต้องผูกพันตามความเห็นของหน่วยงานที่ปรึกษาหารือไว้ดังนี้⁸

(1) กรณีต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) กล่าวคือ เมื่อองค์กรที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามย่อมทำให้การสั่งการหรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลสามารถขึ้นพิจารณาเองได้

(2) การต้องหารือแต่ไม่จำเป็นต้องถือตามความเห็นที่ให้ (avis simple) กรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องหารือแต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้ว จะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น ถ้าสั่งการไปโดยไม่หารือเสียก่อน การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กฎหมายไม่ได้บังคับให้หารือ (avis facultatif) กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ และหารือไปแล้วจะถือตามหรือไม่ก็ได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีถ้าฝ่ายปกครองหารือไปและสั่งการไปตามความเห็นที่ได้รับโดยถือว่าตนต้องผูกพันตามความเห็นนั้น การกระทำทางปกครองที่กระทำไปบนเหตุผลดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนลักษณะของคำสั่งที่ออกภายหลังการปรึกษาหารือจะมีผล ดังนี้

(1) คำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับ (avis contraignant) เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็โดยการเสนอขององค์กรปรึกษาหารือให้ผู้มีอำนาจออกคำสั่งนั้น ๆ การริเริ่มจึงอยู่ที่องค์กรปรึกษาหารือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจะต้องผูกพันตามคำหารือก็ต่อเมื่อตนเห็นสมควรว่าต้องออกคำสั่ง ถ้าตนไม่เห็นด้วยก็ไม่ออกคำสั่งเลยหรือขอให้เสนอมาใหม่และถ้าเห็นด้วยแต่ไม่ออกคำสั่งตามคำปรึกษาหารือ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) คำปรึกษาหารือที่ต้องถือตาม (avis conforme) คำปรึกษานี้มีลักษณะคล้ายคำปรึกษาหารือที่มีลักษณะบังคับมาก แต่จะแตกต่างกันก็ตรงที่การริเริ่มก่อนมีคำสั่งในกรณีนี้จะมาจากฝ่ายปกครอง ผู้มีอำนาจสั่งการไม่ใช่มาจากคณะกรรมการปรึกษาหารือ เมื่อฝ่ายปกครองริเริ่มแล้วจะต้องเสนอเรื่องนั้นไปให้คณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็น ซึ่งเมื่อคณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็นอย่างไรแล้ว คำสั่งที่ออกมาต้องเป็นไปตามนั้น ถ้าแตกต่างออกไปคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น

⁸ แหล่งเดิม. (น.268).

สำหรับประเทศอังกฤษได้กำหนดลักษณะของความเห็นและการต้องผูกพันตามความเห็นของหน่วยงานที่ปรึกษาหารือไว้ว่า รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ที่จัดให้มีการปรึกษาหารือย่อมไม่ผูกพันตามความเห็นต่าง ๆ ที่ตนได้รับ เนื่องจากจะเป็นการหน่วงเหนี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ (Fetter of Discretion) แต่อย่างไรก็ตาม รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ก็ต้องนำข้อมูลความเห็นที่ได้มาพิจารณาประกอบการตัดสินใจด้วย มิเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการไม่นำปัจจัยที่เกี่ยวข้องมาพิจารณา (Failure to Relevant Consideration) ซึ่งถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ สำหรับการหน่วงเหนี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจนั้น ศาลอังกฤษถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่มิชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก พระราชบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะวินิจฉัยสั่งการไปในทางหนึ่งทางใดตามที่ตนเห็นสมควรเพื่อปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีมากที่สุด อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเป็นธรรม และเมื่อตัดสินใจไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว ก็ควรประกาศให้สาธารณชนทราบในทันที และแจ้งให้ผู้ให้การปรึกษาหารือที่ตอบความเห็นกลับมายังหน่วยงานทราบเป็นรายบุคคลด้วยหากมีการร้องขอ โดยให้จัดทำสรุปความเห็นต่าง ๆ ที่ได้รับมา เหตุผลประกอบการตัดสินใจ และในกรณีที่ปฏิเสธข้อเสนอหรือความเห็นที่ได้รับมา จะต้องแสดงเหตุผลอย่างชัดเจนว่าทำไมไม่รับข้อเสนอหรือความเห็นนั้น โดยอาจจัดพิมพ์เผยแพร่หรือเผยแพร่ทางเว็บไซต์ก็ได้ ในกรณีหน่วยงานผู้จัดการปรึกษาหารือได้รับประเด็นใหม่หรือข้อเสนอใหม่และเห็นว่าประเด็นหรือข้อเสนอที่ดี ที่เป็นสาระสำคัญก็อาจจัดให้มีการจัดการปรึกษาหารือใหม่ (Re-consultation) อีกครั้ง เพื่อรับฟังความเห็นในประเด็นหรือข้อเสนอใหม่นั้นได้ แต่ไม่ใช่ว่า รัฐมนตรีจะต้องจัดการปรึกษาหารือใหม่ทุกครั้งเสมอไป เว้นแต่สถานการณ์แวดล้อมได้เปลี่ยนแปลงไปมากจนเกิดความจำเป็นต้องจัดการปรึกษาหารือใหม่ อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่รัฐมนตรีได้เปลี่ยนแปลงข้อเสนอตามความเห็นที่ได้จากการปรึกษาหารือ รัฐมนตรีก็ไม่จำเป็นต้องจัดการปรึกษาหารือใหม่อีกครั้งแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนประกอบหลักการทางกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้วจะเห็นได้ว่า การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องถือตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ถือว่าเป็นกรณีที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) ตามหลักการของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งลักษณะของคำสั่งที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) นี้จะมีผล คือ เมื่อคณะกรรมการปรึกษาหารือให้ความเห็นอย่างไรแล้ว คำสั่งที่ออกมาต้องเป็นไปตามนั้น ถ้าเห็นแตกต่างออกไปคำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากถ้าไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น กล่าวคือ เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นอย่างไรแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมตามความเห็นของกระทรวงการคลังนั้น

หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนก็จะต้องไม่ออกคำสั่งนั้นเลย ดังนั้น การที่ข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด พ.ศ. 2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการขัดต่อกรณีที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) ตามหลักการของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่หากหน่วยงานของรัฐที่หารือไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น และยังขัดต่อหลักการปรึกษาหารือของประเทศอังกฤษที่กำหนดหลักการว่าเมื่อหน่วยงานของรัฐทำการปรึกษาหารือไปแล้ว หน่วยงานที่ปรึกษาหารือย่อมไม่จำเป็นต้องผูกพันตามความเห็นต่าง ๆ ที่ตนได้รับ เพราะมีเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการหน่วงเหนี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ (Fetter of Discretion) ซึ่งการหน่วงเหนี่ยวการใช้ดุลพินิจนี้ ศาลอังกฤษถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่มิชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังอาจจะขัดต่อหลักการปรึกษาหารือก่อนออกคำสั่ง เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการปรึกษาหารือก็เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น และเพื่อจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหากับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

จากการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยเห็นควรให้ยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นการบังคับให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และเสนอให้กำหนดหลักการใหม่ดังนี้ ควรกำหนดให้ผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวนสามารถดำเนินการได้อย่างใดอย่างหนึ่งได้ในสองประการนี้

ประการที่หนึ่ง ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หากผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวนนั้นเห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง กรณีนี้จะเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่าความเห็นของ

กระทรวงการคลังเป็นไปในทางเดียวกับความเห็นของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน จึงออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือ

ประการที่สอง ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนยังไม่ต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังในทันที หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการพิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่ง โดยนำความเห็นของกระทรวงการคลังนั้นมาประกอบการพิจารณาว่า ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยในเรื่องใด ด้วยเหตุผลประการใด แล้วจึงมีคำสั่งออกมา ซึ่งการนำความเห็นของกระทรวงการคลังมาประกอบการพิจารณานี้จะเป็นสิ่งที่ถ่วงดุลการพิจารณาของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เพราะจะทำให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนมีความละเอียด รอบคอบ และมีเหตุผลสนับสนุนหนักแน่นในการพิจารณา ถ้าหากมีความเห็นแตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังก็ต้องมีเหตุผลที่รับฟังได้ยิ่ง นอกจากนี้ควรเผยแพร่แสดงเหตุแห่งการไม่เห็นด้วยกับความเห็นกระทรวงการคลังให้ทราบ โดยจัดพิมพ์เหตุแห่งการไม่เห็นด้วยนี้ไว้ในเอกสารที่ประชาชนทั่วไปสามารถสืบค้นได้โดยง่าย หรืออาจเผยแพร่ทางเว็บไซต์ก็ได้

4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และแนวทางแก้ไข

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะมีหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งสองหน่วยงานด้วยกัน คือ หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดและดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กับกระทรวงการคลังที่มีหน้าที่ตรวจสอบสำนวนการสอบสวนและให้ความเห็นประกอบสำนวนการสอบสวน เพื่อให้หน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งจากการที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสองหน่วยงาน กรณีจึงเกิดปัญหาตามมาเกี่ยวกับความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ จะถือว่าหน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่ง หรือจะถือว่ากระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออก

คำสั่ง เนื่องจากในท้ายสุดหน่วยงานของรัฐที่ตั้งคณะกรรมการสอบสวนอย่างไรเสียก็ต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้มีหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศที่ต้องพิจารณา ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายเป็นลำดับ ดังนี้

การพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ใดจะมีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดนั้น การพิจารณาสามารถพิจารณาได้จากหลักการในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทรงอำนาจในเรื่องนั้น ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น” ดังนั้น จึงจะต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่าเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นอำนาจของหน่วยงานใด เช่น เป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) หรือเป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา) หรือเป็นอำนาจขององค์กรวิชาชีพ (เช่น สภากาชาด) สำหรับกรณีในต่างประเทศการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานของรัฐในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นถือว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงาน (Zuständigkeit der Behörden) เป็นกฎเกณฑ์สำคัญที่จะตอบคำถามว่าหน่วยงานใดจะเป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบงานทางปกครองหรือตัดสินใจเรื่องทางปกครองเรื่องใด โดยการพิจารณาจะพิจารณาจากหลักการในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ (sachliche Zuständigkeit) ซึ่งจะเป็นการพิจารณาว่าภารกิจทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น ภารกิจในการสังคมนาฬิกา การควบคุมอาคาร การแต่งตั้งข้าราชการ เป็นภารกิจของหน่วยงานในการปกครองหน่วยงานใด โดยในการพิจารณาจะแยกก่อนว่าภารกิจเรื่องที่เป็นปัญหาให้ต้องวินิจฉัยเป็นภารกิจของสหพันธ์ของมลรัฐ หรือขององค์กรปกครองที่ทรงอำนาจอธิปไตย และเมื่อทราบว่ามีอำนาจทางปกครองในเรื่องดังกล่าวเป็นของสหพันธ์ มลรัฐ หรือองค์กรปกครองที่ทรงอำนาจอธิปไตยแล้วก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า องค์กรที่ทรงอำนาจในลักษณะใดในสหพันธ์ มลรัฐ หรือองค์กรปกครองที่ทรงอำนาจอธิปไตยที่สามารถดำเนินการในเรื่องที่เป็นปัญหาได้ เช่น ในการดำเนินงานของตำรวจในทางปกครอง ตำรวจ (ในฐานะหน่วยงาน) ย่อมไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมาย (Gesetz) กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปได้ แต่ออกกฎหมายที่มีผลเป็นรูปธรรมใช้บังคับเฉพาะราย เว้นแต่ตำรวจจะได้รับมอบอำนาจให้ออกกฎ (Rechtsverordnung) ที่มีผลบังคับทั่วไปทำนองเดียวกับรัฐบัญญัติโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติ อำนาจในแง่นี้เป็นอำนาจที่ต้องใช้ตามลักษณะการแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐ (Funktionskompetenz) เมื่อผ่านเกณฑ์

ข้างต้นแล้ว จึงมาพิจารณาต่อไปว่าหน่วยงานใดในองค์กรที่มีภารกิจเรื่องนั้นเป็นหน่วยงานที่ทรงอำนาจ กรณีนี้เป็นการศึกษาอำนาจของหน่วยงานในองค์กร (Ressortkompetenz)⁹

สำหรับกรณีการพิจารณาในเรื่องอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยทั่วไปจะถือว่านิติกรรมทางปกครองจะไม่สามารถที่จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่คนใด ๆ ก็ได้ แต่นิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ความสามารถตามกฎหมายที่จะกระทำนิติกรรมทางปกครองเช่นนี้เรียกว่าเป็น “อำนาจ” (competence) การกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองส่วนหนึ่งจะถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ และอีกส่วนหนึ่งโดยรัฐบัญญัติ (lois) และกฎข้อบังคับ (règlement) ต่าง ๆ¹⁰ ส่วนกรณีของประเทศอังกฤษนั้น แม้ว่าประเทศอังกฤษจะมีได้มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายมหาชนเป็นเอกเทศจากกฎหมายเอกชนอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่ในส่วนของการแบ่งแยกอำนาจของหน่วยงานของรัฐก็มีการแบ่งแยกอำนาจของหน่วยงานตามภารกิจ (activities) เช่นกัน เช่น รัฐมนตรี พนักงานของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ปฏิบัติหรือให้คำปรึกษา ซึ่งในระดับชาติได้แก่ Occupational Pensions Board หรือในระดับท้องถิ่นได้แก่ Water authorities เป็นต้น¹¹ หรือในกรณีของราชการส่วนกลางก็ได้มีการแบ่งแยกอำนาจและภารกิจให้แก่กระทรวงต่าง ๆ เช่น Ministry of Defense, Department of Education and Science, Department of Employment, Department of Environment เป็นต้น

จากการศึกษาหลักการเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองทั้งภายในและต่างประเทศจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาว่าหน่วยงานใดจะมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดหน่วยงานนั้น ๆ จะต้องมีความอำนาจในเรื่องเรื่องนั้นเสียก่อน ซึ่งการพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐจะมีอำนาจในเรื่องนั้นหรือไม่จะพิจารณาได้จากอำนาจในแง่องค์กรว่าองค์กรใดคือองค์กรที่มีอำนาจ เช่น เป็นอำนาจของกระทรวง กรม เทศบาล หรือสภาวิชาชีพ และพิจารณาจากภารกิจทางปกครองว่าหน่วยงานมีภารกิจทางปกครองเรื่องใด หากภารกิจนั้นเป็นภารกิจที่อยู่ในหน้าที่ของหน่วยงานตน หน่วยงานนั้นก็จะมีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอน

⁹ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น.60). เล่มเดิม.

¹⁰ หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมไทย (น.102). เล่มเดิม.

¹¹ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ (น.318). เล่มเดิม.

การดำเนินการเพื่อมีคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่จะต้องเกี่ยวข้องกับขั้นตอนการดำเนินการตามระเบียบนี้มากที่สุด คือ หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากมีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อสอบหาข้อเท็จจริงและความเสียหายที่เกิดขึ้น และยังมีหน้าที่ในการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหากพิจารณาในแง่ขององค์กรที่มีอำนาจแล้วหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย จึงเป็นองค์กรหรือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณา เพราะเป็นหน่วยงานที่ได้รับผลกระทบจากความเสียหาย และใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงของความเสียหาย และเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและกระบวนการเพื่อออกคำสั่งมากที่สุด ส่วนการพิจารณาในแง่ของภารกิจ เมื่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานใดได้ก่อความเสียหายให้กับหน่วยงาน หน่วยงานของรัฐแห่งนั้นก็จะต้องมีภารกิจที่จะดำเนินการเพื่อเรียกร้องและเยียวยาความเสียหายให้กับหน่วยงานของตน ซึ่งกระทำได้โดยการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่นั้นชดใช้ค่าเสียหายให้กับหน่วยงานของตน ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายและมีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง จึงเป็นหน่วยงานที่มีภารกิจในการดำเนินการสอบข้อเท็จจริงเพื่อหาตัวเจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและมีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ส่วนกรณีของกระทรวงการคลัง ผู้เขียนเห็นว่า ตามระเบียบฉบับนี้กระทรวงการคลังเป็นเพียงหน่วยงานที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือและให้ความเห็นแก่หน่วยงานที่ได้รับความเสียหายที่ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเท่านั้น ทั้งนี้ก็เพื่อให้การพิจารณาและออกคำสั่งนั้นได้มีการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบก่อนออกคำสั่ง โดยกระทรวงการคลังไม่ได้เป็นหน่วยงานผู้มีหน้าที่ดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงและออกคำสั่ง กระทรวงการคลังจึงไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจที่แท้จริงในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

จากการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องอำนาจของหน่วยงานในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในส่วนของหน่วยงานผู้เสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการ

สอบสวนและออกคำสั่ง โดยกำหนดให้มีสถานะที่ชัดเจนว่าเป็นหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณา และออกคำสั่ง ส่วนกรณีของกระทรวงการคลังก็กำหนดให้ชัดเจนว่ามีสถานะเป็นเพียงหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือ และมีหน้าที่ให้ความเห็นประกอบการพิจารณาของหน่วยงานผู้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น โดยให้กำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้

“ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้ผู้แต่งตั้งเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยมีกระทรวงการคลังเป็นผู้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือและให้ความเห็นประกอบการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง”

ทั้งนี้การแก้ไขดังกล่าวจะทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของอำนาจของหน่วยงานในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ให้หน่วยงานที่มีอำนาจเท่านั้นที่จะดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองได้ และจะเป็นการสอดคล้องกับหลักการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเรื่องกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงาน (Zuständigkeit der Behörden) โดยพิจารณาจากหลักการในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ (sachliche Zuständigkeit) และสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้มี “อำนาจ” (competence) เท่านั้นที่จะกระทำนิติกรรมทางปกครองได้ และหลักการของประเทศอังกฤษที่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจของหน่วยงานตามภารกิจ (activities)

4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และแนวทางแก้ไข

4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น เนื่องจากคำสั่งนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การดำเนินการเพื่อออกคำสั่งจึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งขั้นตอนและกระบวนการหนึ่งที่จะต้องดำเนินการก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่หากหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการ อาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ คือ การเปิดโอกาสให้คู่กรณีซึ่งในที่นี้คือเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ได้มีโอกาสชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน โดยข้อ 15 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติ

เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ “คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องให้โอกาสเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหาย ได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม” อันเป็นบทบัญญัติหลักการเกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน แต่อย่างไรก็ตาม ในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังระเบียบฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่ง ได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานไว้โดยตรง มีการกำหนดแต่เพียงว่าให้กระทรวงการคลังมีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และหากเห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นปัญหาของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งหากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นประสงค์ที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังจะกระทำได้หรือไม่และต้องดำเนินการอย่างไร ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักการทางกฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการให้โอกาสคู่กรณีได้ชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานไว้ ดังนี้

บทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวกับการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน คือ ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ”

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 นี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบ

ข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เว้นแต่เป็นกรณีที่เป็นข้อยกเว้นตามวรรคหนึ่ง (1) ถึง (6) ที่เจ้าหน้าที่อาจออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้วจะเห็นได้ว่า คำสั่งดังกล่าวมีผลเป็นการสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งต้องดำเนินการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หากไม่มีการชำระ โดยถูกต้องครบถ้วน หน่วยงานของรัฐอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ ดังนั้น คำสั่งนี้จึงเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่ง และเมื่อเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิแล้ว ประกอบกับไม่เข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับฟังคู่กรณี หน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งจึงต้องเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้มีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่ง และจากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศก็ได้มีการกำหนดหลักการข้างต้นไว้ โดยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือ สิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการรับฟัง (Recht auf Gehör) ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 28¹² แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ว่า “ในกรณีที่หน่วยงานจะออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี หน่วยงานต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีสิทธิชี้แจงแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีแล้ว (ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Beteiligten eingreift) หน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีสิทธิชี้แจงแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หากหน่วยงานไม่ดำเนินการ ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในแง่กระบวนการพิจารณา (Verfahrensfehler) และอาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้

ส่วนในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสการให้ผู้มีส่วนได้เสียโต้แย้งคัดค้านก่อนออกคำสั่งทางปกครองนี้ถือว่าเป็นกระบวนการที่ได้รับความคุ้มครองจากกระบวนการพิจารณาในศาลที่เรียกว่า “สิทธิต่อสู้โต้แย้ง (Droit de la défense)” ซึ่งหลักสิทธิต่อสู้โต้แย้งนี้ ศาล C.E. ได้ตั้งเคราะห์จากหลักกฎหมายอาญาและวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับเจตนารมณ์ในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลซึ่งประกาศอยู่ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 โดยหากศาลพบว่าในรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องใดมีบทบัญญัติคุ้มครองปัจเจกชนได้เหมาะสม ศาลก็จะตั้งเคราะห์เอาหลักหรือวิธีการในกฎหมายนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

¹² Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG Section 28.

ซึ่งกระบวนการต่อสู้โต้แย้งนั้น จะประกอบด้วยกระบวนการที่มาจากหลักการพื้นฐานหลักหนึ่ง¹³ คือ สิทธิชี้แจงแสดงเหตุผล ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน หรือสิทธิได้รับการรับฟัง (Droit de présentation de la défense ou droit d'être entendu) สิทธิประการนี้ หมายถึง คู่กรณีจะต้องได้รับโอกาสต่อสู้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน ฝ่ายตนต่อเจ้าหน้าที่อย่างเต็มที่ก่อนการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครอง กระบวนการที่คู่กรณีจะใช้สิทธิประการนี้จะเกิดขึ้นต่อจากขั้นตอนการได้รับแจ้งล่วงหน้าจากเจ้าหน้าที่ หลักประกันข้อนี้ในทางวิชาการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่ามีความสำคัญที่สุดเพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองไปโดยสำคัญผิดทางข้อเท็จจริง หรือได้รับข้อเท็จจริงไม่ครบถ้วนสมบูรณ์

ส่วนกรณีของอังกฤษได้มีการกำหนดหลักการเกี่ยวกับการเรื่องนี้ไว้ในเรื่องหลักการรับฟัง (hearing) หรือหลักต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (Audi Alteram Partem) ซึ่งหลักการนี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) โดยเดิมทีระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) จะใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเฉพาะในการวินิจฉัยสั่งการของศาล แต่ต่อมาก็ได้นำมาใช้กับคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งแนวคิดเรื่องความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้เป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) คิดค้นขึ้นมาเพื่อควบคุมองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดี และรวมถึงการควบคุมฝ่ายปกครองด้วย¹⁴ ในการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธินั้น ถ้าฝ่ายปกครองไม่บุคคลซึ่งถูกกระทบสิทธิชี้แจงข้อเท็จจริงด้วยลายลักษณ์อักษร ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสแก่บุคคลซึ่งจะถูกกระทบสิทธิแก้ไขข้อกล่าวหาหรือให้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างเพียงพอ ถ้าฝ่ายปกครองไม่บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิชี้แจงข้อเท็จจริงด้วยวาจา ฝ่ายปกครองต้องรับฟังการให้ข้อเท็จจริงด้วยวาจาด้วยตนเอง กล่าวคือในการพิจารณาของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีการพิจารณาให้แน่นอนทั้งในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง โดยต้องดำเนินการด้วยความสุจริตและเป็นธรรมแต่ไม่ถึงกับต้องดำเนินการอย่างศาลหรือมีการซักพยาน แต่ในการนี้จะต้องให้โอกาสที่เป็นธรรมแก่อีกฝ่ายหนึ่งที่จะได้โต้แย้งพยานหลักฐานที่เป็นผลร้ายต่อตน ดังนั้น ในกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองกระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชนผู้ถูกกระทบสิทธิแล้ว บุคคลผู้ถูกกระทบสิทธินั้นจะต้องมีโอกาสที่จะแสดงหลักฐานและความเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริงที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนได้

¹³ กระบวนการต่อสู้โต้แย้ง ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (น.212). เล่มเดิม.

¹⁴ องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (น.110). เล่มเดิม.

ผู้เขียนเห็นว่า จากการศึกษาหลักการเกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้มีโอกาสชี้แจง และโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งทางปกครองทั้งกฎหมายภายในประเทศและต่างประเทศ ต่างก็มีการกำหนดหลักการเรื่องดังกล่าวไว้ไว้เช่น ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” หรือในกฎหมายต่างประเทศ ตามมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็กำหนดให้ “ในกรณีที่หน่วยงานจะออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี หน่วยงานต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีสิทธิชี้แจงแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน” หรือในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้กำหนดไว้ในหลักการเรื่อง สิทธิได้รับการรับฟัง (Droit de présentation de la défense ou droit d’être entendu) ซึ่งเป็นสิทธิที่คู่กรณีจะต้องได้รับโอกาสในการต่อสู้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน ฝ่ายตนต่อเจ้าหน้าที่อย่างเต็มก่อนการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง หรือในกรณีของอังกฤษที่ได้นำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) เรื่องหลักการรับฟัง (Hearing) หรือหลักต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (Audi Alteram Partem) มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชี้คำวินิจฉัยใหม่ทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังแล้ว เมื่อการพิจารณาเป็นการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่ง ในการพิจารณาจึงต้องเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้มีโอกาสได้ชี้แจงโต้แย้งและแสดงหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งเรียกให้ชี้คำวินิจฉัยใหม่ทดแทน แต่การที่ระเบียบฉบับนี้ไม่กำหนดหลักการรับฟังและโต้แย้งคัดค้านไว้ในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลัง จึงเป็นการขัดแย้งกับหลักการที่ได้กล่าวมา และไม่เป็นการสอดคล้องกับมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และหลักการว่าด้วย สิทธิได้รับการรับฟัง (Droit de présentation de la défense ou droit d’être entendu) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และไม่สอดคล้องกับหลักต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (Audi Alteram Partem) ของอังกฤษ

4.3.2 แนวทางแก้ไขปัญหาก็เกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในการพิจารณาคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

จากการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยให้เพิ่มบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งได้ชี้แจง โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ด้วยการนำหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบัญญัติไว้ในข้อ 17 แห่งระเบียบ ดังนี้

“กระทรวงการคลังต้องให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม”

ทั้งนี้การเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้จะเป็นการประกันความเป็นธรรมให้กับเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังพิจารณา ดังนั้น ในการพิจารณาในชั้นของกระทรวงการคลังจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการรับฟังเจ้าหน้าที่ และให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน เพราะการพิจารณาของกระทรวงการคลังจะผูกพันให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นที่กระทรวงการคลังพิจารณา อันเป็นการพิจารณาที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งเป็นอย่างมาก และนอกจากนี้การเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ยังเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติและหลักการทางกฎหมาย ตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และหลักการเรื่อง สิทธิชี้แจงแสดงเหตุผล ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานหรือสิทธิได้รับการรับฟัง (Droit de présentation de la défense ou droit d'être entendu) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) เรื่อง หลักการรับฟัง (hearing) หรือหลักต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (Audi Alteram Partem) ของอังกฤษ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

โดยทั่วไปการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐขึ้นมาก็เพื่อให้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นส่วนรวมแต่เนื่องจากหน่วยงานของรัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น จึงไม่อาจดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะได้ด้วยตนเอง แต่ต้องกระทำโดยทางเจ้าหน้าที่ของตน ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานของรัฐและในนามของหน่วยงานของรัฐ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกหรือหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่สังกัดอยู่หรือหน่วยงานของรัฐอื่น และอาจเกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐแห่งเดียวหรือหลายแห่งได้ โดยในส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐนั้น หน่วยงานของรัฐสามารถออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐได้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งขั้นตอนในการพิจารณาดำเนินการเพื่อออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะถูกกำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยระเบียบฉบับนี้จะเป็นระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการ กรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ และความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายนั้นตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นมา เพื่อให้ทราบว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่จำนวนค่าเสียหายเป็นเท่าใด ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคนเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนความรับผิดเป็นอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกร่องด้วยหรือไม่แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาผู้เขียนพบว่าในการดำเนินการตามระเบียบฉบับนี้ยังมีปัญหาบางประการเกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนี้

ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

ตามที่ข้อ 17 วรรคสอง แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ให้ผู้แต่งตั้งส่งสำนวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันวินิจฉัยสั่งการให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทรวงการคลังประกาศกำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ” และเมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบเสร็จแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการก่อนออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหากหน่วยงานของรัฐฝ่าฝืนไม่ดำเนินการให้ถูกต้อง คำสั่งที่ออกมาจะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนวิธีพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามการที่บทบัญญัติข้อ 18 ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น โดยที่ผู้แต่งตั้งไม่สามารถพิจารณาออกคำสั่งเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากความเห็นของกระทรวงการคลัง ถือเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบังคับที่มีผลทำให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง ทั้งที่เป็นหน่วยงานที่เริ่มดำเนินการสอบสวนมาตั้งแต่ต้นและเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการในขั้นสุดท้าย คือ เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อีกทั้งยังเป็นหน่วยงานที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากที่สุด ซึ่งการบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวอาจจะขัดต่อการหลักการพิจารณาที่ต้องมีการพิจารณาร่วมกันของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องมีการปรึกษาและหารือก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขั้นตอนในการดำเนินการเพื่อมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จะมีหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งสองหน่วยงาน คือ หน่วยงาน

ของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิด และดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กับกระทรวงการคลังที่มีหน้าที่ตรวจสอบสำนวนการสอบสวนและให้ความเห็นประกอบสำนวนการสอบสวนเพื่อให้หน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งจากการที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสองหน่วยงาน กรณีจึงเกิดปัญหาตามมาเกี่ยวกับความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ จะถือว่าหน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่ง หรือจะถือว่ากระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจพิจารณา เนื่องจากในท้ายสุดหน่วยงานของรัฐที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนอย่างไรเสียก็ต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ตามข้อ 18 แห่งระเบียบดังกล่าว ความไม่แน่ชัดในเรื่องอำนาจของหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณานี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาแก่เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งตามมา คือ เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งอาจเกิดความสับสนในอำนาจของผู้พิจารณาและมีคำสั่ง เช่น หากเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งนี้ประสงค์จะอุทธรณ์คำสั่ง จะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานใด จะยื่นอุทธรณ์ต่อหน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือยื่นอุทธรณ์ต่อกระทรวงการคลัง เป็นต้น

ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาก่อนออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ขั้นตอนและกระบวนการหนึ่งที่จะต้องดำเนินการก่อนออกคำสั่ง คือ การเปิดโอกาสให้คู่กรณีซึ่งในที่นี้คือเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน โดยข้อ 15 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดต้องให้โอกาสเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหาย ได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้ชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน แต่อย่างไรก็ตาม ในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังระเบียบฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานไว้โดยตรง มีการกำหนด

แต่เพียงว่าให้กระทรวงการคลังมีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และหากเห็นสมควร จะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็น ปัญหาของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งหากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นประสงค์ที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดง พยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังจะกระทำได้หรือไม่ และต้อง ดำเนินการอย่างไร

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่า หน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหม ทดแทน และปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในการ พิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไข ปัญหา ดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของ เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยเห็นควรรื้อยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นการบังคับให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการ สอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และเสนอให้กำหนด หลักการใหม่ดังนี้ ควรกำหนดให้ผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวนสามารถดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้ในสองประการนี้

ประการที่หนึ่ง ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนออกคำสั่งตามความเห็นของ กระทรวงการคลัง หากผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวนนั้นเห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง กรณีนี้จะเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่าความเห็นของ กระทรวงการคลังเป็นไปในทางเดียวกับความเห็นของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน จึงออก คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือ

ประการที่สอง ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนยังไม่ต้องออกคำสั่งตามความเห็นของ กระทรวงการคลังในทันที หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของ กระทรวงการคลัง แต่ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการพิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่ง โดยนำความเห็นของกระทรวงการคลังนั้นมาประกอบการพิจารณาว่า ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการ สอบสวนไม่เห็นด้วยในเรื่องใด ด้วยเหตุผลประการใดแล้วจึงมีคำสั่งออกมา ซึ่งการนำความเห็น

ของกระทรวงการคลังมาประกอบการพิจารณานี้จะเป็นสิ่งที่ถ่วงดุลการพิจารณาของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เพราะจะทำให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนมีความละเอียดรอบคอบ และมีเหตุผลสนับสนุนหนักแน่นในการพิจารณา ถ้าหากมีความเห็นแตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังก็ต้องมีเหตุผลที่รับฟังได้ยิ่ง นอกจากนี้ควรเผยแพร่แสดงเหตุแห่งการไม่เห็นด้วยกับความเห็นกระทรวงการคลังให้ทราบ โดยจัดพิมพ์เหตุแห่งการไม่เห็นด้วยนี้ไว้ในเอกสารที่ประชาชนทั่วไปสามารถสืบค้นได้โดยง่าย หรืออาจเผยแพร่ทางเว็บไซต์ก็ได้

(2) ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จากการศึกษากฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องอำนาจของหน่วยงานในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในส่วนของหน่วยงานผู้เสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและออกคำสั่ง โดยกำหนดให้มีสถานะที่ชัดเจนว่าเป็นหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณาและออกคำสั่ง ส่วนกรณีของกระทรวงการคลังก็กำหนดให้ชัดเจนว่ามีสถานะเป็นเพียงหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือ และมีหน้าที่ให้ความเห็นประกอบการพิจารณาของหน่วยงานผู้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น โดยให้กำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้

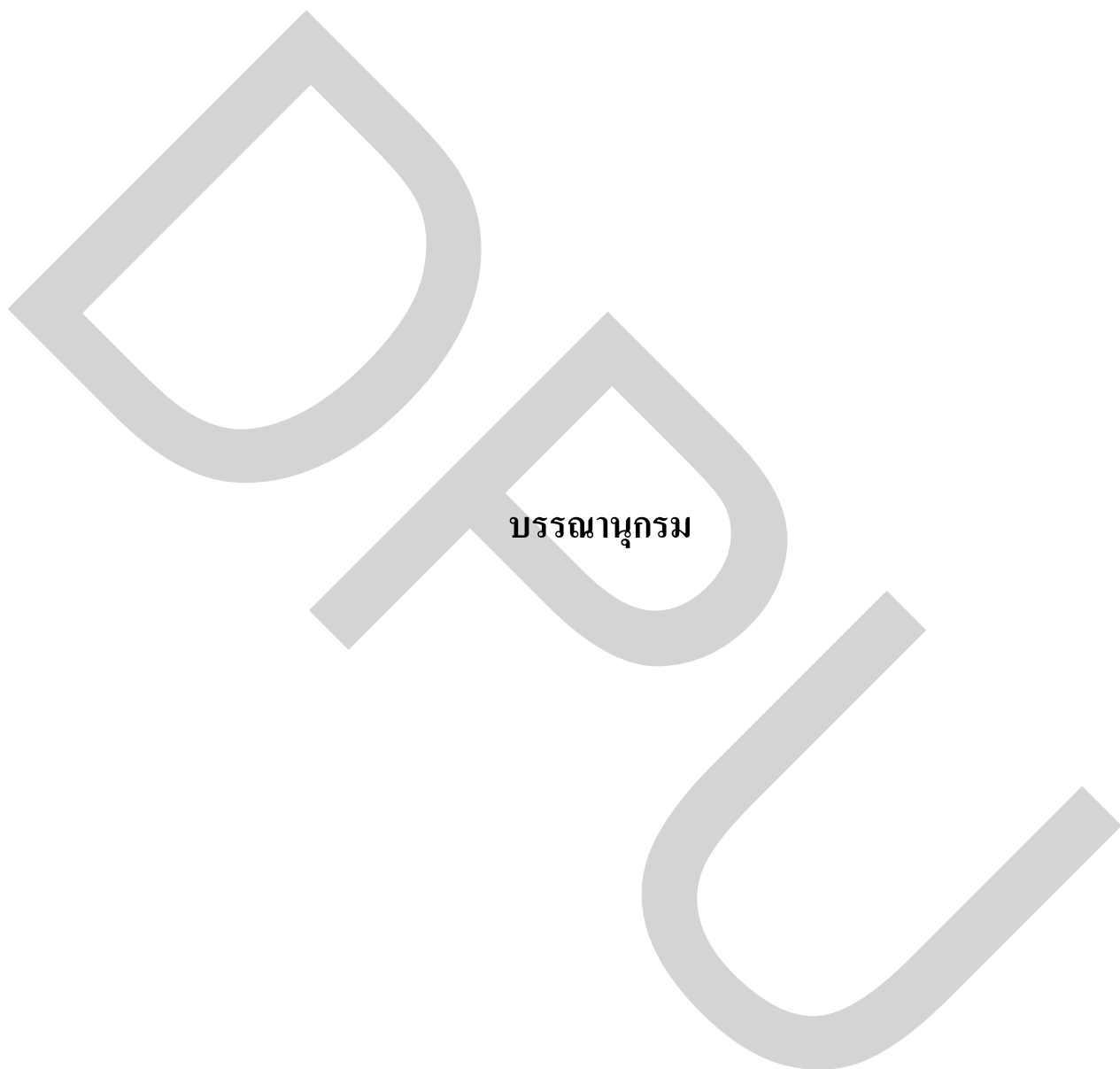
“ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้ผู้แต่งตั้งเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยมีกระทรวงการคลังเป็นผู้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือและให้ความเห็นประกอบการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง”

ทั้งนี้การแก้ไขดังกล่าวจะทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของอำนาจของหน่วยงานในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ให้หน่วยงานที่มีอำนาจเท่านั้นที่จะดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองได้ และจะเป็นการสอดคล้องกับหลักการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเรื่องกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงาน (Zuständigkeit der Behörden) โดยพิจารณาจากหลักการในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ (sachliche Zuständigkeit) และสอดคล้องกับระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้มี “อำนาจ” (competence) เท่านั้นที่จะกระทำการนิติกรรมทางปกครองได้ และหลักการของอังกฤษที่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจของหน่วยงานตามภารกิจ (activities)

(3) ปัญหาเกี่ยวกับกบฏการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จากการศึกษากฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยให้เพิ่มบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งได้ชี้แจง โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ด้วยการนำหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบัญญัติไว้ในข้อ 17 แห่งระเบียบ ดังนี้

“กระทรวงการคลังต้องให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม”

ทั้งนี้การเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้จะเป็นการประกันความเป็นธรรมให้กับเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังพิจารณา ดังนั้น ในการพิจารณาในชั้นของกระทรวงการคลังจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการรับฟังเจ้าหน้าที่ และให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน เพราะการพิจารณาของกระทรวงการคลังจะผูกพันให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นที่กระทรวงการคลังพิจารณา อันเป็นการพิจารณาที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งเป็นอย่างมาก และนอกจากนี้ยังเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติและหลักการทางกฎหมาย ตามมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และหลักการเรื่อง สิทธิชี้แจงแสดงเหตุผล ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานหรือสิทธิได้รับการรับฟัง (Droit de présentation de la défense ou droit d'être entendu) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) เรื่องหลักการรับฟัง (Hearing) หรือหลักต้องรับฟังคู่กรณีทั้งสองฝ่าย (Audi Alteram Partem) ของอังกฤษ



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กรมบัญชีกลาง. (2556). คู่มือการปฏิบัติงานด้านความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : สวัสดิการกรมบัญชีกลาง.
- กมลชัย รัตน สกาววงศ์. (2539). สารสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2554). กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). องค์การและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ขวัญชัย สันตสว่าง. (2531). “หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย.” *บทบัณฑิตย*, 44(4), 1-10.
- ขวัญชัย สันตสว่าง. (2537). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2543). “กระบวนการต่อสู้ได้แย้ง ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539”. *รวมบทความวิชาการในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์*, 212.
- ชัยยุทธ วงศ์วานิช. (2541). หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2530). “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ.” *วารสารกฎหมายปกครอง* 6, 2, 318-343.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์.
- ชาญชัย แสงศักดิ์. (2541). *นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ชาญชัย แสงศักดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2553). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. กรุงเทพฯ :
วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 17)*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ณรงค์เดช สุระโหมยิต (2553). *การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทยอังกฤษ*
กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ดิเรก ควรสมาคม. (2553). *กฎหมายมหาชนแนวประยุกต์. (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ถาวร เกียรติทับทิว. (2532). *กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ : ชวนพิมพ์.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (พิมพ์ครั้งที่ 3)*
กรุงเทพฯ : วิญญูชน
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2553). *กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม*
รัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และ*
พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *การควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทยอังกฤษ*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2553). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมไทย (วิทยานิพนธ์)*.
ปริญญาโท สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2545). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ :
สำนักงานศาลปกครอง
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ประยูร กาญจนกุล. (2523). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประยูร กาญจนกุล. (2524). *คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์*
มหาวิทยาลัย
- ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. (2531). *การประกันตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตาม*
ธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา
นิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545). เหตุที่ใช้อ้างในการเฟื่องอนนิตกรรมทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*, 32(2), 248-288.

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต). (2548). *สลายความขัดแย้ง*. กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์สวญจำกััด.
พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

เพ็ญศรี วงศ์เสรี. คำสั่งทางปกครองทัวไปในระบบกฎหมายเยอรมัน. *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ*, 40-75

ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2552). *หลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 6)* กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

มนตรี รูปสุวรรณ. (2530) หลักการว่าด้วยนิตกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย. *วารสารกฎหมายปกครอง*. เล่ม 6 ตอน 3, 573-587.

มานิตย์ จุมปา. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ฤทัย หงส์ศิริ. (2543). ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. *วารสารการพาณิชย์*, 19(2), 39-64.

ฤทัย หงส์ศิริ . (2539). “นิตกรรมทางปกครอง : ความหมายและขอบเขต.” *คูลพาห*, 43, 2. 102-131.

ยุทธกร ช่อไม้ทอง. (2546). *การกำหนดกระบวนการปรึกษาหารือก่อนตัดสินใจของฝ่ายบริหาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร) สาขานิติศาสตร์*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

วรพจน์ วิสริตพิชญ์. (2540) *หลักนิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย. “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ : นิตธรรม.

วรพจน์ วิสริตพิชญ์. (2541). “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” *รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539* หน้า 39-49
กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

วรพจน์ วิสริตพิชญ์. (2542). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ : ม.ป.พ.

วรพจน์ วิสริตพิชญ์. (2545). *การกระทำทางปกครอง. อาจารย์ยงยุทธ ศ. ดร. อมร จันทร์สมบูรณ์*. หน้า 147.

วรพจน์ วิสริตพิชญ์ . (ม.บ.ป) *การกระทำทางปกครอง. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่น 11* หน้า 62-69.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. (2547). *หลักและวิธีปฏิบัติในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่มีบัญญัติว่า “ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สถิต เต็งไธสง. (2540). *ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และพนักงานรัฐวิสาหกิจ*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2554). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สะท้อน ชูสกุล. (2540). *สาระสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สุริยา ปานแป้น. (2554). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- สำนักวิจัยและวิชาการ (2548). *หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ Audi alteram partem*. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ภาษาต่างประเทศ

Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) in Germany.

A.V.Dicey (1959). *Introduction to the Study of the Law of constitution*. (10 th ed). London: Macmillan.

Hartmut Maurer. (2009). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17. Aufl. München : Beck

Mahendra P.Singh. (2001). *German Administrative Law : In Common Law Perspective*. 2ed Berlin : Springer

The Broadcasting Act 1990 in England.

The Education Act 2002 in England.

The Pensions Act 1995 in England.

The Tribunals and Inquiries Act 1992 in England.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายอรรถพล ลีกระจ่าง

ประวัติการศึกษา

ปีการศึกษา 2549 นิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) มหาวิทยาลัย
รามคำแหง

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักกฎหมาย
สำนักงานศาลปกครอง