

สภาพปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี
ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

เนื่องด้วยขั้นตอนในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ข้าราชการสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 3 นั้น จะเห็นได้ว่า กระบวนการดังกล่าวได้ผ่านการตรวจสอบและให้ความเห็นจากองค์กรต่าง ๆ หลายองค์กร ได้แก่ คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด กระทรวงการคลัง และหน่วยงานของรัฐผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ข้าราชการสินไหมทดแทน โดยผลของการตรวจสอบและการให้ความเห็นจากองค์กรใดองค์กรหนึ่งนั้นก็จะมีทั้งกรณีที่ผูกพันและไม่ผูกพันองค์กรอีกองค์กรหนึ่ง ไม่ว่าจะกฎหมายจะกำหนดไว้โดยแจ้งชัดหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ จึงมีข้อที่น่าจะพิจารณาว่าองค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นที่ปรากฏอยู่ในกระบวนการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นองค์กรประเภทใด และความเห็นขององค์กรดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายเป็นประการใด หรือไม่ โดยจะนำหลักการที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 มาใช้ในการประกอบการพิจารณา รวมทั้งปัญหาเรื่องสถานะของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ และปัญหาเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ข้าราชการสินไหมทดแทน ดังนั้น ในบทที่ 4 นี้ จึงได้แยกประเด็นที่ควรพิจารณา ดังนี้

1. สถานะของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติ
เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

เหตุที่ต้องพิจารณาสถานะของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เนื่องจากมักเกิดข้อสงสัยว่า ระเบียบดังกล่าวมีสถานะในทางกฎหมายเป็นเช่นใด คือ มีสภาพเป็น “กฎ” หรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นแต่เพียง “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” ที่เป็นการใช้อำนาจกำหนดแนวปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น จึงไม่มีสภาพเป็น “กฎ” เนื่องจากกฎเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมาย (delegated legislation) จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และจะต้องมีฐานที่มาจากกฎหมาย แต่ระเบียบฉบับนี้ไม่ปรากฏฐานที่มาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแต่อย่างใด

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีสภาพเป็น “กฎ” โดยมองว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับนี้เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 13¹ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

เมื่อพิจารณาตามความเห็นทั้งสองฝ่ายดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าสมควรที่จะกล่าวถึงบททฤษฎีที่นำมาเป็นเหตุผลในการสนับสนุนความเห็นของทั้งสองฝ่ายดังกล่าวว่า เหตุใดจึงถือว่าเป็น “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” และเหตุใดจึงถือว่าเป็น “กฎ” แล้วจึงจะได้สรุปผลการวิเคราะห์จากทฤษฎีดังกล่าวว่าระเบียบดังกล่าวมีสถานะเป็นประการใด โดยจะได้แบ่งออกเป็น 2 หัวข้อย่อยดังนี้

1.1 ข้อพิจารณาทางทฤษฎี

1) กรณีที่มีความเห็นวาระระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็น “ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง” มีเหตุผลสนับสนุน ดังนี้

(ก) โดยหลักทั่วไปในเรื่องข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) นั้น ถือว่าเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารรับมอบอำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการปฏิบัติราชการ ดำเนินการตามกฎหมาย นโยบาย และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตราบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในรายละเอียดที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ภายใต้หลักการที่กฎหมาย

¹ มาตรา 13 ให้คณะรัฐมนตรีจัดให้มีระเบียบเพื่อให้เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบตามมาตรา 8 และมาตรา 10 สามารถผ่อนชำระเงินที่จะต้องรับผิดชอบนั้นได้โดยคำนึงถึงรายได้ ฐานะ ครอบครัวและความรับผิดชอบ และพฤติการณ์แห่งกรณีประกอบด้วย

ในระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้ โดยการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องอ้างถึงกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจเสมอ และเนื้อหาของกฎหมายลำดับรองเหล่านี้จะถูกจำกัดโดยกฎหมายแม่บท ฉะนั้นกฎหมายลำดับรองจะตราขึ้นโดยชัดหรือแย้งกฎหมายแม่บทไม่ได้

หากพิจารณาประกอบกับนิยาม คำว่า “กฎ” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้ความหมายไว้เหมือนกันว่า หมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของกฎนั้น อยู่ในข้อความตอนท้ายของนิยาม คือ จะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการสั่งการของฝ่ายบริหารไม่ว่าโดยรูปแบบใดที่มีผลต่อพฤติกรรมของเอกชนให้ต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำ ดังที่ รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวว่า กรณีที่จะเรียกว่าเป็น “กฎ” ได้นั้นจะต้องมีข้อความที่มีลักษณะสำคัญ 2 ประการประกอบกัน คือ เป็นข้อความที่ใช้บังคับแก่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภท ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และบังคับให้บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภท กระทำการห้ามกระทำการ หรืออนุญาตกระทำการที่ต้องไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่ต้องเป็นกรณีที่ถูกระบุไว้อย่างเป็นนามธรรม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จะต้องเป็นกรณีทั่วไป โดยต้องทั่วไปในแง่ของบุคคล และทั่วไปทั้งในแง่ของกรณีที่บังคับด้วย²

ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่ากรณีใดจะเป็นกฎนั้น จึงต้องพิจารณาองค์ประกอบในทางกฎหมายของกฎไว้โดยครบถ้วนเสมอ ซึ่งมีอยู่ 5 ประการ คือ (1) กฎเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (2) การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (3) การกระทำนั้นเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเอกชน (4) กฎเกณฑ์นั้น มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และ (5) กฎเกณฑ์นั้นมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองหรือมุ่งใช้บังคับกับเอกชน ซึ่งหากได้พิจารณาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้ว พบว่าขาดองค์ประกอบในการเป็น “กฎ” อยู่หลายประการ กล่าวคือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ไม่ได้มีการอ้างถึงบทบัญญัติในกฎหมายแม่บทในระดับ

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “คำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง”, กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545, น.231 - 232

พระราชบัญญัติที่ใช้อาศัยอำนาจในการออกระเบียบดังกล่าวแต่อย่างใด และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ก็ไม่ได้มุ่งใช้บังคับกับเอกชนแต่อย่างใด แต่มีผลบังคับผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติตามระเบียบฉบับดังกล่าวเท่านั้น

(ข) ตามระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับว่าผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจบังคับบัญชาในการออกคำสั่ง และระเบียบภายในเพื่อกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ทั้งนี้ แม้ไม่มีบทกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดเจน แต่ก็ถือว่าเป็นอำนาจโดยทั่ว ๆ ไป เช่น กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน คำสั่งและระเบียบภายในของฝ่ายปกครองของไทยบางออกก็ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท เช่น กรณีที่นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจหน้าที่ของตนในฐานะหัวหน้ารัฐบาลตาม มาตรา 11 (8)³ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และระเบียบอีกมากที่ออกโดยไม่ได้ระบุว่าอาศัยอำนาจตามกฎหมายใด บางระเบียบก็ออกโดยมติคณะรัฐมนตรี เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่วางหลักเกณฑ์ในการจัดหาพัสดุของส่วนราชการโดยการซื้อ การจ้าง การควบคุม และการจำหน่ายพัสดุ และรวมถึงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ด้วย

ระเบียบภายในเหล่านี้มักเป็นการวางแผนปฏิบัติในการปฏิบัติราชการและการกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจในเรื่องต่าง ๆ และในการปฏิบัติตามระเบียบภายในนั้นก็มักจะมีการกำหนดแบบตัวอย่างเพื่อให้ส่วนราชการถือปฏิบัติ มีการออกหนังสือเวียนเพื่อชักชวนความเข้าใจและตีความถ้อยคำในระเบียบไว้ด้วย ซึ่งในฝรั่งเศสเองก็มีคำสั่งและระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครองเช่นกัน เช่น *circulaire* ไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย แต่เป็นที่มาของสภาพบังคับบัญชาภายในของฝ่ายปกครอง มาตรการดังกล่าวจึงมีลักษณะบังคับ (*caractère obligatoire*) ซึ่งจะต้องปฏิบัติตาม อันเป็นผลมาจากหลักเรื่องอำนาจบังคับบัญชาระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา

³ มาตรา 11 นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(8) วางระเบียบปฏิบัติราชการ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น

(9) ดำเนินการอื่น ๆ ในการปฏิบัติตามนโยบาย

ระเบียบตาม (8) เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ใช้บังคับได้

เช่น ต้องถือตามการตีความกฎหมายที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งเวียนมาให้ทราบ และต้องถือปฏิบัติให้สอดคล้องกับแนวทางที่คำสั่งนั้น ๆ กำหนด มิฉะนั้นแล้วการบริหารงานย่อมจะดำเนินไปไม่ได้⁴

สำหรับผลทางกฎหมายของระเบียบภายในนั้น ก็อาจมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่โดยทั่วไปแล้วมีผลบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตาม แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามแล้ว ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็สามารถฟ้องศาลได้ และยังมีผลต่อการกระทำกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตาม คือ อาจทำให้การกระทำนั้นเสียไปถ้าระเบียบฉบับนั้นมีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ ถ้าหากฝ่ายปกครองดำเนินการจัดซื้อหรือจัดจ้างไปโดยไม่ถูกต้องตามระเบียบดังกล่าวแล้วอาจทำให้การกระทำนั้นเสียไปได้ แต่ถ้าเป็นระเบียบเกี่ยวกับการกำหนดกระบวนการหรือขั้นตอนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระเบียบที่เป็นการกำหนดเวลาเพื่อเร่งรัดดำเนินการก็อาจไม่ทำให้การกระทำนั้นเสียไปได้ สำหรับผลทางกฎหมายต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง ถ้าไม่ปฏิบัติตามระเบียบภายในที่ออกมาเพื่อกำหนดแนวปฏิบัติและบางอย่างก็บังคับให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตาม จึงต้องมีมาตรการในการบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น เรื่องวินัย หรือรับผิดทางแพ่ง หรือทางอาญา เป็นต้น แต่ถ้าหากระเบียบภายในขององค์กรฉบับใดมีผลเป็นการกระทบสิทธิแก่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถูกระทบสิทธิย่อมฟ้องร้องต่อศาลได้

2) กรณีที่มีความเห็นว่ารระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็น “กฎ” มีเหตุผลสนับสนุน ดังนี้

แม้ว่าหลักเกณฑ์เฉพาะของการออกกฎนั้นจะต้องมีที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเสมอ ซึ่งอำนาจที่มาแห่งการออกกฎนี้อาจเป็นกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่า เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติ แต่นอกเหนือจากนี้แล้วกฎอาจมีที่มาจากอำนาจในการบริหารหรือการปกครองบังคับบัญชาได้ เช่น หัวหน้าส่วนราชการย่อมมีอำนาจที่จะออกกฎเพื่อควบคุมดูแลหรือกำกับให้งานในหน้าที่ความรับผิดชอบให้ดำเนินไปโดยถูกต้องได้ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนี้จะต้องเป็นไปตามกรอบของกฎหมายด้วย

⁴ ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.211,225-229

ในกรณีของมติคณะรัฐมนตรีแม้จะมีใช้กฎหมาย เพราะมิใช่เป็นสิ่งที่รัฐสภาตราขึ้นหรือเป็นสิ่งที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นโดยอาศัยกฎหมายแม่บท คือ มีใช้กฎหมายในความหมายอย่างแคบหรือเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ระดับสูง เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง หรือกฎหมายลูกบทอื่น ฯลฯ แต่มติคณะรัฐมนตรีจะมีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือเป็นกฎหมายในความหมายอย่างกว้างได้ หากมติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นการสร้างกฎเกณฑ์และระบบกฎหมายยอมรับบังคับใช้กฎเกณฑ์ตามนั้น มติคณะรัฐมนตรีนั้นก็ย่อมเป็น “กฎ” ซึ่งจะมีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม มิใช่มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งกฎหมายบางฉบับกำหนดไว้โดยตรงให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ ในกรณีนี้มติคณะรัฐมนตรีจะมีสภาพเป็นกฎที่เป็นลูกบทอย่างหนึ่ง เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539⁵ ที่ว่า “ให้คณะรัฐมนตรีจัดให้มีระเบียบเพื่อให้เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดตามมาตรา 8 และมาตรา 10 สามารถผ่อนชำระเงินที่จะต้องรับผิดชอบนั้นได้โดยคำนึงถึงรายได้ฐานะ ครอบครัวและความรับผิดชอบ และพฤติการณ์แห่งกรณีประกอบด้วย”

ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นี้ มีผลใช้บังคับโดยมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน 2539 ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพื่อออกระเบียบดังกล่าว และแม้ไม่ได้มีผลบังคับกับประชาชนทั่วไป แต่ก็มีผลบังคับบุคคลบางประเภทคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ถือว่ามีผลเป็นการทั่วไปแล้ว จึงมีผลทำให้ระเบียบฉบับนี้มีสถานะเป็น “กฎ”

1.2 บทวิเคราะห์

สำหรับเรื่องสถานะความเป็น “กฎ” นี้ ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าจะมีการนิยามคำว่า “กฎ” ไว้อย่างเดียวกันในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ให้ความหมายว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือ

⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น.133,135

บุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติในเรื่องการใช้การตีความและการวินิจฉัยถึงความหมายของกฎก็ยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกัน คือ มีทั้งกรณีที่พิจารณาความหมายของกฎตามความหมายอย่างกว้างและความหมายของกฎตามความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ

ในกรณีที่พิจารณาความหมายของกฎตามความหมายอย่างกว้าง จะเห็นได้ว่าด้วยเหตุที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นการออกโดยอาศัยมติคณะรัฐมนตรีที่มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งมุ่งหมายต่อข้าราชการในฐานะปฏิบัติหน้าที่ราชการ และข้าราชการในฐานะส่วนตัว และหากพิจารณาตามเนื้อหาจะเห็นว่าเป็นแนวปฏิบัติและข้อกำหนดแก่ส่วนราชการต่างๆ ในลักษณะบังคับเพื่อให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติในลักษณะที่คล้ายกับบทบัญญัติในกฎหมาย โดยกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติ ตลอดจนมาตรฐานการในการบังคับให้เป็นไปตามระเบียบดังกล่าว อันเกี่ยวกับสิทธิและสถานภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไปกระทบสิทธิของบุคคล คือ กระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติแก่ส่วนราชการทั้งหลายว่าเมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หรือเมื่อเจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้วจะต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่ได้กำหนดไว้ในระเบียบฉบับนี้ จึงอาจถือได้ว่ามีสภาพเป็น “กฎ”

แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าคณะรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และมีมติเมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน 2539 ในการออกระเบียบฉบับดังกล่าว เพื่อให้ส่วนราชการถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น ก็อาจทำให้เกิดข้อสงสัยประการหนึ่งว่า โดยที่บทบัญญัติในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ที่ให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีในการออกระเบียบนั้น ได้กล่าวไว้เฉพาะระเบียบที่เกี่ยวกับการผ่อนชำระเงินของเจ้าหน้าที่ในกรณีที่จะต้องรับผิดในเรื่องความรับผิดทางละเมิดเท่านั้น โดยมีได้มีขอบเขตรวมถึงหลักเกณฑ์การปฏิบัติและการดำเนินงานเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบฉบับนี้แต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการกล่าวอ้างว่ามาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นฐานที่มาของการออกระเบียบฉบับนี้จึงไม่ถูกต้อง

สำหรับผู้เขียนแล้ว มีความเห็นว่าการพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น สมควรที่จะตีความอย่างเคร่งครัดเนื่องจากในฐานะที่ “กฎ” เป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งซึ่งภายใต้หลักนิติรัฐแล้ว การกระทำทางปกครองดังกล่าวจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงต้องพิจารณาความหมายของกฎตามความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ เมื่อกฎเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและมีฐานที่มาจากกฎหมาย ดังนั้น เมื่อในคำปรารภของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ปรากฏแต่เพียงว่า “...สมควรวางระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539...” เท่านั้น โดยไม่ได้มีการอ้างบทอาศัยอำนาจว่าเป็นการออกโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติในกฎหมายแม่บทระดับพระราชบัญญัติฉบับใด จึงขาดองค์ประกอบสำคัญของการเป็นกฎเกี่ยวกับฐานที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎได้ ดังนั้น ระเบียบฉบับนี้จึงไม่อาจมีสถานะเป็น “กฎ” ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวข้างต้น แต่ระเบียบฉบับนี้มีผลทางกฎหมายเป็นเพียง “ระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาในการออกระเบียบภายในเพื่อกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับผู้ใต้บังคับบัญชาได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากรูปแบบ บทบัญญัติ และลักษณะบังคับที่ให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติในลักษณะที่คล้ายกับบทบัญญัติในกฎหมายแล้ว เห็นได้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีลักษณะในทำนองเดียวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เพราะเป็นระเบียบที่มีได้อ้างบทอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด แต่เป็นระเบียบที่ออกตามมติคณะรัฐมนตรีเช่นเดียวกัน ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 3/2546 เมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2546 วินิจฉัยว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ มีฐานะเป็นระเบียบภายในของทางราชการเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ว่ามีสถานะเป็น “ระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายบริหาร” ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51-59/2551 สรุปความได้ว่า “โดยที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้วางระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งระเบียบดังกล่าวได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการต่าง ๆ ในทางปฏิบัติ ตั้งแต่ขั้นการสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดและจำนวนค่าสินไหมทดแทน ไปจนถึงการมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน รวมทั้งการผ่อนชำระค่าสินไหมทดแทนของเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดด้วย ซึ่งแม้ระเบียบดังกล่าวจะกำหนดเกินไปจากความในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีจัดให้มีระเบียบเพื่อให้เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดสามารถผ่อนชำระเงินที่จะต้องรับผิดเท่านั้น ในส่วนที่เกินไปจากบทบัญญัติดังกล่าว จึงมิใช่ข้อบัญญัติหรือกฎหมาย หากแต่เป็นระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายบริหาร ที่กำหนดโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร แต่ระเบียบปฏิบัติดังกล่าวก็คงมีสภาพบังคับให้หน่วยงานของรัฐซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของผู้ถูกระเบียบปฏิบัตินั้น ต้องถือปฏิบัติกับเจ้าหน้าที่ในสังกัดโดยทัดเทียมกัน ไม่สามารถยกเว้นหรือปฏิบัติให้ผิดไปจากระเบียบปฏิบัติดังกล่าวได้”

ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจึงสอดคล้องกับความเห็นของผู้เขียนที่ว่า ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีสถานะเป็น “ระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง” มิใช่ “กฎหมาย” แต่อย่างไรก็ตาม จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจได้ว่าสถานะของระเบียบดังกล่าวสามารถพิจารณาแยกจากกันได้เป็นสองส่วน คือ ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดเท่านั้นที่เป็น “กฎหมาย” แต่บทบัญญัติในระเบียบดังกล่าวในส่วนที่นอกเหนือไปจากการผ่อนชำระเงินนั้นที่เป็น “ระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายบริหาร” ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าหากได้ตีความตามคำวินิจฉัยก็อาจเกิดข้อพิจารณาในทางกฎหมายได้ว่า ในระเบียบฉบับเดียวกันนั้นจะสามารถมีสถานะทางกฎหมายทั้งสองประการที่ต่างกันควบคู่กันไปได้อีก

สำหรับผลจากการวินิจฉัยว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี มีสถานะเป็นระเบียบภายในของของฝ่ายปกครอง ก็จะมีผลในแง่ที่ว่าผู้เสียหายไม่อาจฟ้องร้องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบระเบียบนั้นได้โดยตรง เว้นแต่ เจ้าหน้าที่ได้นำระเบียบดังกล่าวไปออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการทางปกครองใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชน ในกรณีเช่นนั้นผู้เสียหายจึงอาจฟ้องศาลปกครองให้ตรวจสอบคำสั่งทางปกครองและกระทำการทางปกครองนั้น และศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบไปถึงระเบียบนั้นได้ในคราวเดียวกัน

2. สถานะขององค์กรและความเห็นหรือคำวินิจฉัยขององค์กรที่เข้าร่วมการพิจารณา

ทางปกครองตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติ

เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

โดยที่ขั้นตอนในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พบว่าได้ผ่านการตรวจสอบและให้ความเห็นจากองค์กรต่าง ๆ หลายองค์กร ได้แก่ คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด กระทรวงการคลัง และหน่วยงานของรัฐผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทน จึงมีข้อที่น่าจะพิจารณาว่าองค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นที่ปรากฏอยู่ในกระบวนการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นองค์กรประเภทใด และความเห็นขององค์กรดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายเป็นประการใด หรือไม่ โดยจะพิจารณาไปตามแต่ละขั้นตอน ดังนี้

2.1 ความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามข้อ 16 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ

เมื่อเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐแห่งใดและภายหลังหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นได้พิจารณาและตรวจสอบข้อเท็จจริงในเบื้องต้นโดยละเอียดแล้วเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้กำหนดขั้นตอนต่อไปว่าหัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดขึ้นคณะหนึ่ง โดยแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร เพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกระทำละเมิด และพิจารณาเรื่องความรับผิดทางละเมิดที่เกิดขึ้นแล้วจึงทำความเห็นไปยังผู้แต่งตั้ง ดังนั้น คณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจึงเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการในการตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด

เมื่อคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดได้ทำการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดที่เกิดขึ้นเสร็จเรียบร้อยแล้ว และได้มีมติของที่ประชุมคณะกรรมการฯ ว่า การทำละเมิดดังกล่าวเกิดจากเหตุใด บุคคลใดที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน และต้องชดใช้เงินเป็นจำนวนเท่าใดแล้ว ก็จะต้องนำความเห็นของคณะกรรมการฯ ตามมติของที่ประชุมดังกล่าว

ส่งไปให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด พร้อมทั้งความเห็นแย้งด้วย (ถ้ามี) ส่วนขั้นตอนภายหลังจากที่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตรวจสอบและพิจารณาเสร็จแล้ว ก็จะปรากฏอยู่ในข้อ 16⁶ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และเมื่อผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดได้รับความเห็นของคณะกรรมการฯ แล้ว ผู้แต่งตั้งฯ จะต้องพิจารณาลำนวนการสอบสวนของคณะกรรมการฯ อย่างละเอียด ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่คณะกรรมการฯ เสนอความเห็นตลอดจนการพิจารณาพยานหลักฐานสนับสนุนอย่างละเอียด หากผู้แต่งตั้งฯ พิจารณาแล้วเห็นว่ายังสอบข้อเท็จจริงได้ไม่ครบถ้วน ไม่เพียงพอแก่การวินิจฉัยหรือยังขาดข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญอันมีผลต่อความถูกต้องในการวินิจฉัยประเด็นเรื่องความรับผิดดังกล่าวได้ ผู้แต่งตั้งฯ ก็สามารถขอให้คณะกรรมการฯ ทบทวนความเห็นหรือทำการสอบสวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติม อีกทั้งความเห็นของคณะกรรมการฯ นั้น ระเบียบยังได้กำหนดไว้โดยชัดเจนด้วยว่าไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้งหรือรัฐที่จะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น

หากจะพิจารณาสถานะของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดว่าเป็นองค์กรประเภทใดนั้น จะต้องพิจารณาจากรูปแบบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วยสมาชิกหลายคน คือ ประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐต้นสังกัด หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นก็ได้ จำนวนไม่น้อยกว่าห้าคน และมีการตัดสินใจจะกระทำในรูปของการประชุม จึงจัดเป็น “องค์กรกลุ่ม” โดยเป็นการพิจารณาจากลักษณะขององค์กร และในขณะเดียวกันหากพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดนี้แล้วจะเห็นได้ว่ามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาสอบสวนในเบื้องต้นถึงความรับผิดของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดและจะต้องนำความเห็นของคณะกรรมการฯ ตามมติของที่ประชุมดังกล่าวส่งไปให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด แต่เมื่อความเห็นของคณะกรรมการ

⁶ ข้อ 16 เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้วให้เสนอความเห็นไปยังผู้แต่งตั้ง ถ้าผู้แต่งตั้งขอให้ทบทวนหรือสอบสวนเพิ่มเติม ให้คณะกรรมการรีบดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่ผู้แต่งตั้งกำหนด
ความเห็นของคณะกรรมการต้องมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่แจ้งชัด และต้องมีพยานหลักฐานที่สนับสนุนประกอบด้วย

ความเห็นของคณะกรรมการไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้งหรือรัฐที่จะมีความเห็นเป็นอย่างอื่น

ดังกล่าวไม่ผูกมัดผู้แต่งตั้งและเป็นแต่เพียงข้อมูลในเบื้องต้นที่ผู้แต่งตั้งจะนำไปใช้พิจารณาวินิจฉัยต่อไปเท่านั้น คณะกรรมการชุดนี้จึงเป็นเพียง “องค์กรที่ปรึกษา” เพราะผู้มีอำนาจตัดสินใจยังคงมีอำนาจเด็ดขาดอยู่ว่าตนจะดำเนินการอย่างไร แต่คณะกรรมการชุดนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากคณะกรรมการทางปกครองโดยทั่วไป เนื่องจากคณะกรรมการทางปกครองโดยทั่วไปจะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาสั่งการโดยองค์กรอื่นเพื่อเป็นการคานอำนาจในการใช้ดุลพินิจและควบคุมตรวจสอบการดำเนินการทางปกครองของฝ่ายปกครอง แต่คณะกรรมการชุดนี้อยู่ภายใต้การสั่งการของผู้แต่งตั้งฯ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่จะเปรียบสำนักราชมนตรีฯ กำหนดให้ผู้แต่งตั้งฯ สามารถขอให้คณะกรรมการฯ ทบทวนความเห็นหรือทำการสอบสวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติมได้หากเห็นว่ายังสอบข้อเท็จจริงได้ไม่ครบถ้วน ไม่เพียงพอแก่การวินิจฉัย จึงอาจพิจารณาได้ว่าคณะกรรมการชุดนี้เป็นเพียง “คณะทำงาน” ซึ่งเป็นตัวแทนมาจากหน่วยงานของรัฐต่างๆ ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าว โดยมีหน้าที่ในการรวบรวมข้อเท็จจริง พยานหลักฐานทั้งหลายเพื่อใช้ในการพิจารณาและทำความเข้าใจในเบื้องต้นเสนอไปยังผู้แต่งตั้งฯ เท่านั้น

สำหรับสถานะของความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดว่าจะมีสถานะเช่นใดนั้น เมื่อพิจารณาในเบื้องต้นแล้วหากมองในแง่หน้าที่แล้วคณะกรรมการดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคณะทำงานที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นในเบื้องต้นในลักษณะขององค์กรที่ปรึกษาเท่านั้น ดังนั้น ความเห็นตามมติของที่ประชุมของคณะกรรมการฯ จึงไม่มีสถานะทางกฎหมายแต่ประการใด เป็นแต่เพียง “ความเห็นหรือคำปรึกษาหารือ” ที่ไม่มีผลผูกพันต่อองค์กรที่ได้รับความเห็นนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงในทางตำราของฝรั่งเศสอาจถือได้ว่ากรณีนี้คือ กรณีที่ต้องหารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้หรือที่เรียกว่า avis simple ซึ่งกรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องหารือ แต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ และถ้าสั่งการไปโดยไม่หารือเสียก่อนการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากปรากฏว่าความเห็นของคณะกรรมการฯ นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยที่ยังไม่มีการสั่งการออกไปให้มีผลไปสู่ภายนอกก็ย่อมไม่มีผลอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนที่จะทำให้เกิดสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่อย่างใด

ในกรณีเช่นนี้ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นเพียงขั้นตอนการดำเนินงานภายในของเจ้าหน้าที่ ได้แก่

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 86/2545 ที่วินิจฉัยว่า การเสนอความเห็นแก่ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหน่วยงานของรัฐเพื่อให้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด หรือคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด หรือความเห็นของ

คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด หรือมติของคณะกรรมการพิจารณาความรับผิดทางแพ่ง นั้น เป็นเพียงขั้นตอนการดำเนินงานภายในของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงในการที่ผู้มีอำนาจจะวินิจฉัยและออกคำสั่งว่ามีการกระทำละเมิดและมีผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่เท่านั้น มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี และไม่ทำให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องชดใช้เงินตามข้อเสนอคำสั่ง และมติของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องขอเพิกถอนความเห็น คำสั่ง และมติดังกล่าวหรือเรียกค่าเสียหายใด ๆ ได้ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 565/2546 ก็ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า คำสั่งที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดเป็นขั้นตอนการดำเนินงานเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำละเมิดและมีผู้ใดจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ จำนวนเท่าใด อันเป็นขั้นตอนการดำเนินงานภายในของฝ่ายปกครอง มิได้มีผลโดยตรงต่อผู้ฟ้องคดี อนึ่ง หากการแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง ก็เป็นเหตุที่ผู้ฟ้องคดีจะยกขึ้นเป็นข้ออ้างข้อต่อสู้ในการฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าสินไหมทดแทนคืนได้อยู่แล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ จึงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.2 คำวินิจฉัยสั่งการและคำสั่งของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ

เนื่องด้วยในข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้กำหนดถึงขั้นตอนการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งฯ ก่อนที่ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ และการใช้อำนาจออกคำสั่งจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วแต่กระทรวงการคลังไม่แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลา รวมทั้งการใช้อำนาจออกคำสั่งในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบตามประกาศกระทรวงการคลัง ดังนั้น ผู้แต่งตั้งฯ จึงเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่อยู่ในกระบวนการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดด้วย จึงมีประเด็นที่น่าสนใจว่าคำวินิจฉัยและคำสั่งดังกล่าวของผู้แต่งตั้งนั้น

มีสถานะเป็นประการใด และได้พิจารณาถึงสถานะของคำวินิจฉัยและคำสั่งนั้นแล้วก็ย่อมมีผลถึงสถานะขององค์กรผู้แต่งตั้งด้วย ซึ่งหากพิจารณาถึงการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการและการออกคำสั่งทั้งสามกรณีข้างต้นแล้วก็อาจจัดแบ่งเป็นกลุ่มโดยพิจารณาจากว่าการนั้นต้องรายงานให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบหรือไม่ จึงแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

2.2.1 กรณีที่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ

เหตุที่ได้แบ่งเป็นกรณีที่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนี้ เนื่องจากในกรณีที่จำเป็นต้องส่งให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนี้ ผู้แต่งตั้งมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยสั่งการและออกคำสั่งได้ซึ่งสามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ระยะ กล่าวคือ ระยะก่อนที่จะส่งให้กระทรวงการคลังตรวจสอบตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ และระยะที่ส่งให้กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วแต่กระทรวงการคลังไม่สามารถแจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาตามข้อ 17 วรรคห้า ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ กล่าวคือ

2.2.1.1 กรณีการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้ง ตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ

กรณีดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งภายหลังจากที่ได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดว่า ความรับผิดชอบละเมิดนั้นมีบุคคลที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่และเป็นจำนวนเท่าใด โดยเมื่อมีการสั่งการเช่นไรแล้วระเบียบดังกล่าวกำหนดว่ายังไม่ต้องแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเช่นเดียวกันว่าการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งดังกล่าวมีสถานะเช่นไร และในกรณีดังกล่าวนี้ผู้แต่งตั้งจะมีสถานะเป็นองค์กรประเภทใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามข้อ 17 ของระเบียบฉบับดังกล่าวแล้วย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าเมื่อผู้แต่งตั้งฯ มีคำวินิจฉัยและสั่งการเป็นประการใดแล้ว ผู้แต่งตั้งฯ ยังไม่ต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ ข้อกำหนดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าคำวินิจฉัยของผู้แต่งตั้งนั้นเป็นเพียงการวินิจฉัยเบื้องต้นภายในฝ่ายปกครองเท่านั้นไม่ว่าเรื่องที่จะมีบุคคลใดที่จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ และจำนวนค่าสินไหมทดแทนตามที่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดกำหนดที่ผู้แต่งตั้งเห็นชอบด้วยหรืออาจพิจารณาแล้วกำหนดใหม่ซึ่งแตกต่างไปจากคณะกรรมการฯ นั้นจึงยังไม่ถือเป็นเด็ดขาด เนื่องจากกระบวนการในการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดยังไม่ได้ยุติที่คำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งในขั้นตอนนี้แต่จะต้องดำเนินการในขั้นตอนต่อไป คือ ต้องส่งความเห็นและสำนวนการสอบสวนดังกล่าวไปให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อน

โดยเฉพาะหากได้พิจารณาประกอบกับข้อ 18 ของระเบียบดังกล่าวที่กำหนดว่า เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ จึงแสดงให้เห็นชัดเจนว่าแม้ผู้แต่งตั้งจะมีคำสั่งไว้เช่นไรก็ตาม คำสั่งนั้นก็ไม่าจะมีผลออกไปสู่ภายนอกได้เลย เพราะไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้กระทรวงการคลังต้องผูกมัดกับการสั่งการของผู้แต่งตั้งนั้นเลย แต่เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นเป็นเช่นใดก็ต้องสั่งการไปตามนั้น

สถานะของคำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของระเบียบดังกล่าวนี้ พบว่ามีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยไว้ในคดีที่นายเรงชัย มะระกานนท์ อธิบดีผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ผู้ฟ้องคดี ซึ่งถูกกล่าวหาว่าทำให้หน่วยงานของรัฐได้รับความเสียหายจากการนำเงินทุนสำรองทางการมาใช้ในการทำธุรกรรมปกป้องค่าเงินบาท (Swap) ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการทุนรักษาระดับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา เป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้จัดการทุนรักษาระดับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา เป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสามปฏิบัติไม่ถูกต้องตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ศาลเห็นว่า มูลเหตุแห่งข้อพิพาทเกิดจากมติผู้ถูกฟ้องที่ 1 ที่มีมติเห็นชอบกับผลการพิจารณาตามความเห็นของกระทรวงการคลังและสั่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดดำเนินการยื่นฟ้องผู้ฟ้องคดีให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อศาลยุติธรรม (ศาลแพ่ง) แต่โดยที่การดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อสอบสวนหาตัวผู้ต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ต้องหาต้องชดใช้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นเพียงขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครองก่อนที่จะหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจะใช้อำนาจที่กำหนดไว้ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือก่อนที่จะหน่วยงานของรัฐจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล แม้ว่าการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐจะเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำละเมิดต่อหน่วยงาน แต่ก็ยังไม่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีหรือเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐได้มีคำสั่งทางปกครองให้ชำระเงินหรือใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบจึงจะสามารถนำคำสั่งทางปกครองที่เรียกให้ชำระเงินฟ้องคดีให้ศาลปกครองเพิกถอนหรือยกเป็นข้อต่อสู้

ในศาลได้ โดยกล่าวอ้างว่ากระบวนการต่าง ๆ ที่นำไปสู่การออกคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539⁷

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่า แม้ผลในแง่ของเนื้อความตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเกี่ยวข้องกับตัวผู้ฟ้องคดี แต่ในแง่ของผลในทางกฎหมายนั้น ถือว่ามติดังกล่าวยังไม่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีในแง่ที่ทำให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ฟ้องคดีที่จะต้องชดใช้เงินแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจะมีหน้าที่ต้องชำระค่าเสียหายก็ต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย (ในกรณีนี้คือ ทูรรักษาระดับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา) ไปดำเนินการตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีอีกทอดหนึ่ง ดังนั้น แม้คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะไม่ได้กล่าวเฉพาะเจาะจงถึงกรณีการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของระเบียบดังกล่าวก็ตาม แต่ก็สามารถนำมาเทียบเคียงได้ว่าหากการกระทำใด ๆ ที่เป็นการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ก่อนที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจะมีคำสั่งทางปกครองให้ชำระเงินหรือใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล ก็ย่อมถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นเพียงขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้นเช่นกัน

ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวคำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ซึ่งเป็นขั้นตอนการดำเนินงานภายในฝ่ายปกครอง จึงไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด แต่จะมีสถานะเป็นประการใดนั้น หากมองในแง่ของตัวบุคคลที่เป็นผู้วินิจฉัยสั่งการนั้นเองก็ย่อมไม่มีสถานะทางกฎหมายแต่ประการใด อาจเป็นเพียงการให้ความเห็นในเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายในกระบวนการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเท่านั้น จึงเห็นว่าควรจะต้องมองจากตัวบุคคลผู้ที่จะได้รับความเห็นดังกล่าวของผู้แต่งตั้งเพื่อนำไปพิจารณาว่า จะต้องผูกพันแค่ไหนเพียงไร จึงจะทำให้ทราบสถานะของความเห็นนั้นได้ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า กระบวนการคลังไม่จำเป็นต้องผูกมัดกับการสั่งการของผู้แต่งตั้งแต่อย่างใด แต่การที่กระทรวงการคลังจะมีอำนาจในการตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ ก็จะต้องเป็นไปตามขั้นตอนที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้ คือ ผู้แต่งตั้งจะต้องมีคำวินิจฉัยสั่งการหรือทำความเห็นมาและส่งสำนวนมาให้กระทรวงการคลังเสียก่อนเท่านั้น จึงอาจถือได้ว่าคำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งตามข้อ 17 วรรคหนึ่งนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับว่าต้องหารือแต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ก็ได้หรือที่เรียกว่า avis simple เช่นเดียวกับกรณีความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด และย่อมมีผล

⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.145/2549

อย่างเดียวกัน คือ ถ้ากระทรวงการคลังทำความเห็นไปโดยที่ยังไม่มีความเห็นจากผู้แต่งตั้งเสียก่อน การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากปรากฏว่าการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยที่ยังไม่มีการสั่งการออกไปให้มีผลไปสู่ภายนอกก็ย่อมไม่มีผลอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนที่จะทำให้เกิด สิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่อย่างใด ส่วนสถานะของผู้แต่งตั้งนั้นจึงไม่อาจเป็นองค์กัร ตัดสินใจได้เพราะการวินิจฉัยสั่งการดังกล่าวไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกผู้รับคำสั่ง แต่อาจ เป็นเพียงองค์กัรที่ให้คำปรึกษาหรือความเห็นเท่านั้น

2.2.1.2 กรณีการออกคำสั่งของผู้แต่งตั้งภายหลังจากที่ส่งให้กระทรวงการคลัง ตรวจสอบแล้วตามข้อ 17 วรรคห้า ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ

การออกคำสั่งตามข้อนี้ มีเงื่อนไขที่สำคัญว่า จะต้องเป็นกรณีที่กระทรวงการคลังไม่ได้ แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบภายในกำหนดเวลาด้วย กล่าวคือ กระทรวงการคลังไม่ได้แจ้งผลการ ตรวจสอบให้ทราบภายในหกเดือนก่อนอายุความสองปีสิ้นสุด ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็น ราชการส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคและกระทรวงการคลังไม่ได้แจ้งผลการตรวจสอบให้ทราบ ภายในหนึ่งปีก่อนอายุความสองปีสิ้นสุดในกรณีที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตาม กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ ดังนั้น หากเข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้วผู้แต่งตั้ง ก็สามารถมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบได้

โดยที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ได้เคยตอบข้อหารือ และให้ความเห็นประเด็นที่ว่า การออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 17 หรือ ข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ว่าคำสั่งดังกล่าวจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่ โดยให้แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี⁸ กล่าวคือ

(1) ในกรณีที่การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก เป็นเหตุให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ ผู้เสียหาย หรือเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐโดยตรง และการกระทำละเมิดดังกล่าว เจ้าหน้าที่ได้กระทำไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่ต้อง ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายหรือหน่วยงานของรัฐที่เสียหายแล้วแต่กรณี มีอำนาจออก

⁸ บันทึก เรื่อง แนวทางปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ว่าด้วยหลักเกณฑ์การ ปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (เรื่องเสร็จที่ 307/2541)

คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ยื่นชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ คำสั่งดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หากถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน หน่วยงานของรัฐอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ผู้ยื่นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยวิธีการยึด การอายัดและการขายทอดตลาดให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลม

(2) ในกรณีที่การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ มาตรา 10 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ บัญญัติว่าการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองและหากเจ้าหน้าที่ผู้ยื่นไม่ยอมชำระ หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาล

ทั้งนี้ แม้ว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้นจะไม่ได้แยกพิจารณาว่าเป็นคำสั่งตามข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ในวรรคใดวรรคหนึ่งโดยเฉพาะก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากการตั้งประเด็นในการตอบข้อหารือซึ่งได้บ่งเฉพาะถึงการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 17 หรือข้อ 18 เท่านั้น และโดยที่คำสั่งตามข้อ 18 เป็นคำสั่งที่จะต้องมีการแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ จึงน่าจะชัดเจนพอที่จะเข้าใจได้ว่าการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ย่อมหมายความว่า กรณีที่ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตามข้อ 17 วรรคห้า โดยไม่น่าจะรวมถึงการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งตามข้อ 17 วรรคหนึ่งด้วย

ดังนั้น เมื่อถ้อยคำในบทบัญญัติตามข้อ 17 วรรคห้า ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้เขียนไว้ชัดเจนในทำนองเดียวกับการออกคำสั่งตามข้อ 18 ว่า “ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรและแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ” โดยอาจจะแตกต่างกันตรงที่ข้อ 18 นั้น กำหนดให้ผู้แต่งตั้งที่เป็นราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาคมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังหรือในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง ดังนั้น เมื่อระเบียบดังกล่าวเขียนไว้ชัดเจนว่าให้แจ้งผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ จึงย่อมตีความได้ว่าข้อ 17 วรรคห้า นั้น มีเจตนารมณ์ที่จะให้

ผู้แต่งตั้งมีอำนาจในการคำสั่งโดยให้มีผลออกไปสู่ภายนอกและมีผลโดยตรงต่อผู้รับคำสั่งด้วย และเมื่อพิจารณาประกอบกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้นว่า หากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่แล้วเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐจึงมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ คำสั่งดังกล่าวถือเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ฉะนั้น ผู้แต่งตั้งซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายที่ได้มีคำสั่งตามข้อ 17 วรรคห้า ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นี้ จึงมีฐานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครองด้วย

อย่างไรก็ดี เคยมีกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า การที่หน่วยงานที่ได้รับความเสียหายออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่นั้นชำระค่าสินไหมทดแทน เพื่อมิให้คดีขาดอายุความ เนื่องจากกระทรวงการคลังยังมิได้แจ้งผลการตรวจสอบภายในกำหนดเวลาตามข้อ 17 วรรคห้า ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ แต่ปรากฏในภายหลังว่ากระทรวงการคลังมีความเห็นที่แตกต่างไปจากคำสั่งของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ หน่วยงานของรัฐดังกล่าวย่อมต้องมีคำสั่งใหม่ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง โดยเพิกถอนคำสั่งเดิมทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วแต่กรณี⁹

2.2.2 กรณีที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ

กรณีที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนี้เป็นไปตามข้อยกเว้นในข้อ 17 วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยเรื่องใดบ้างที่จะไม่ต้องส่งรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนี้ ปัจจุบันเป็นไปตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ฉบับลงวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2548 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลดขั้นตอนวิธีปฏิบัติและให้การพิจารณาผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด การชดเชยค่าสินไหมทดแทนเสร็จสิ้นไปโดยเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นนั่นเอง

⁹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ : กรณีกรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี (เรื่องเสร็จที่ 794/2547)

คำวินิจฉัยสั่งการของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐในกรณีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 37/2548 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริง ดังนี้

กรณีที่องค์การบริหารส่วนตำบลมีคำสั่งเรียกให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดองค์การบริหารส่วนตำบลชำระเงินค่าเสียหายให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบล อันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดจากการทุจริตในการจ่ายเงินค่าแรงงานให้กับราษฎรที่รับจ้างทำงานในโครงการต่างๆ ทำให้องค์การบริหารส่วนตำบลได้รับความเสียหาย โดยเป็นกรณีที่องค์การบริหารส่วนตำบลสามารถสั่งการได้โดยไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบเนื่องจากมีจำนวนเงินไม่เกิน 100,000 บาท ตามข้อ 17 วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกอบกับข้อ 2.2 ของประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ลงวันที่ 15 ตุลาคม พ.ศ. 2544¹⁰ นั้น คำสั่งขององค์การบริหารส่วนตำบลดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจึงต้องอุทธรณ์ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว จึงยังไม่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงแห่งความรับผิดทางละเมิดอยู่ในข้อยกเว้นที่ประกาศกระทรวงการคลังได้กำหนดว่าไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้ว ดังนั้นเมื่อผู้แต่งตั้งได้รับผลการพิจารณาของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้วผู้แต่งตั้งก็ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใดแล้ว ผู้แต่งตั้งที่เป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นย่อมสามารถออกคำสั่งพร้อมทั้งแจ้งการสั่งการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบได้ทันที เนื่องจากผู้แต่งตั้งไม่จำเป็นต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบอีก กระบวนการในการสอบสวนข้อเท็จจริงจึงเป็นที่ยุติตามที่ผู้แต่งตั้งพิจารณาตัดสิน แต่ทั้งนี้แม้ว่าจะไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก็ตาม แต่หน่วยงานของรัฐ

¹⁰ ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ตามประกาศกระทรวงการคลัง ฉบับลงวันที่ 15 ตุลาคม 2544 ปัจจุบันได้ถูกยกเลิกโดยประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ฉบับลงวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2548 แล้ว

ก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องรายงานความเสียหายที่เกิดขึ้น ตามแบบที่กระทรวงการคลังกำหนดไปให้ กระทรวงการคลังทราบทุกระยะ 3 เดือน ตามวรรคท้ายของประกาศกระทรวงการคลังฯ ฉบับลงวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2548 ดังนั้น คำสั่งของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 17 วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ จึงมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่มีคำสั่งตามข้อ 17 วรรคสองนี้ จึงมีฐานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครองด้วย โดยอาจอาศัยการตีความตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 17 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า หากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่แล้วเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐจึงมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ คำสั่งดังกล่าวถือเป็น "คำสั่งทางปกครอง" ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่นกัน

2.3 คำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งร่วมตามข้อ 20 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ

ผู้แต่งตั้งร่วมในที่นี้ หมายถึง ผู้อำนวยการร่วมกันแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดทางละเมิด ได้แก่บรรดาหัวหน้าหน่วยงานของหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย และหัวหน้าหน่วยงานของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดนั้นสังกัด ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐอีกแห่งหนึ่ง หรือเกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐมากกว่าหนึ่งแห่ง หรือความเสียหายเป็นผลมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายหน่วยงานตามข้อ 10 หรือข้อ 11 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยการทำความเห็นของผู้แต่งตั้งร่วมข้อ 20 นี้ เป็นขั้นตอนภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้ว เช่นเดียวกับกรณีของผู้แต่งตั้งทำคำวินิจฉัยสั่งการตามข้อ 17 แต่โดยลักษณะของผู้แต่งตั้งร่วมนั้น จะมีตัวแทนจากหลายหน่วยงานที่จะต้องเข้ามาพิจารณาร่วมกัน การตัดสินใจใด ๆ จึงไม่ได้อยู่ที่บุคคลใดเพียงบุคคลเดียว จึงกำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานทั้งหลายที่เป็นผู้แต่งตั้งร่วมฯ จะต้องร่วมกันพิจารณาความเห็นที่ได้รับจากคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด รวมทั้งต้องร่วมกันวินิจฉัยด้วยว่าจะสั่งการเป็นประการใด แต่ถ้าหากมีความเห็นไม่ตรงกัน ก็จะต้องเสนอความเห็นทั้งหมดไปยังกระทรวงการคลัง

การพิจารณาสถานะของคำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งร่วมตามข้อ 20 นี้ คงไม่แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งตามข้อ 17 เนื่องจากเมื่อผู้แต่งตั้งร่วมฯ มีคำวินิจฉัยและสั่งการเป็นประการใดแล้ว ผู้แต่งตั้งร่วมฯ ยังไม่ต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เพราะต้องส่งความเห็นทั้งหมดไม่ว่าจะเห็นตรงกันหรือไม่ และสำนวนการสอบสวนไปให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนข้อกำหนดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าคำวินิจฉัยของผู้แต่งตั้งนั้นเป็นเพียงการวินิจฉัยในเบื้องต้นเท่านั้นยังไม่ถือเป็นเด็ดขาด และเมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ อีกทั้งในข้อ 20 ตอนท้ายของระเบียบดังกล่าวที่กำหนดว่า เมื่อได้ดำเนินการตามข้อ 17 และข้อ 18 แล้ว ถ้าผลในขั้นที่สุดผู้แต่งตั้งร่วมยังมีความเห็นตามข้อ 18 แตกต่างกันจนหาข้อยุติไม่ได้ นั่น สุดท้ายแล้วผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดก็คือ คณะรัฐมนตรี ดังนั้น คำสั่งการของผู้แต่งตั้งร่วมจึงไม่อาจมีผลออกไปสู่ภายนอกได้เลย คำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งร่วมตามข้อ 20 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ จึงเป็นขั้นตอนการดำเนินงานภายในฝ่ายปกครอง และไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด แต่มีสถานะเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งตามข้อ 17 วรรคหนึ่ง คือ เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับว่าต้องหรือแต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ก็ได้หรือที่เรียกว่า avis simple และย่อมมีผลอย่างเดียวกัน คือ ถ้ากระทรวงการคลังทำความเห็นไปโดยที่ยังไม่มีความเห็นจากผู้แต่งตั้งร่วมเสียก่อนการกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากปรากฏว่าการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยที่ยังไม่มีการสั่งการออกไปให้มีผลไปสู่นอกก็ย่อมไม่มีผลอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนที่จะทำให้เกิดสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่อย่างใด

ส่วนสถานะของผู้แต่งตั้งร่วมนั้นหากพิจารณาในแง่อำนาจหน้าที่ขององค์กรแล้ว ย่อมไม่อาจเป็นองค์กรตัดสินใจได้เพราะการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งร่วมดังกล่าวไม่มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกผู้รับคำสั่งจึงอาจเป็นเพียงองค์กรที่ให้คำปรึกษาหรือความเห็นเท่านั้น แต่หากพิจารณาในแง่ลักษณะขององค์กรแล้ว ย่อมไม่ใช่องค์กรเดี่ยวอย่างแน่แท้ แต่อาจเป็นองค์กรลักษณะอื่นได้ โดยกรณีที่จะถือเป็นองค์กรกลุ่มได้จะต้องพิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้นต้องประกอบด้วยสมาชิกหลายคน แต่กรณีของผู้แต่งตั้งร่วมอาจมีเพียง 2 คนก็ได้ เช่น การละเมิดของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งกับหน่วยงานของรัฐอื่นที่ได้รับความเสียหายอีกหน่วยงานหนึ่ง ผู้แต่งตั้งร่วมในกรณีนี้จึงมีหัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวเพียง 2 คนเท่านั้น ซึ่งไม่อาจจัดอยู่ในลักษณะขององค์กรกลุ่มได้ เพราะการตัดสินใจขององค์กรกลุ่มต้องอาศัยมติเสียงข้างมากในที่ประชุม แต่เมื่อมีเพียง 2 คน มติในที่ประชุมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้

เพราะไม่อาจมีเสียงข้างมากได้เลย องค์กรอีกรูปแบบหนึ่ง คือ องค์กรร่วม ซึ่งจะต้องพิจารณาในแง่เกี่ยวกับการตัดสินใจและการแสดงเจตนาขององค์กร โดยพิจารณาจากจำนวนองค์กรที่เข้าร่วมในการแสดงเจตนา คือ ถ้าเรื่องใดกฎหมายกำหนดให้การแสดงเจตนามีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเข้าร่วมแสดงเจตนา หรือการแสดงเจตนาเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องประกอบด้วย การแสดงเจตนาของสององค์กรขึ้นไป อาจเป็นการตัดสินใจระหว่างองค์กรเดียวสององค์กร หรือ องค์กรกลุ่มสององค์กร หรือองค์กรเดียวกับองค์กรกลุ่มก็ได้ และวิธีในการแสดงเจตนาขององค์กรร่วมกันอาจเป็นกรณีที่องค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปจะต้องไปเข้าร่วมพิจารณาในคราวเดียวกัน เพื่อที่จะแสดงเจตนาร่วมกัน หากขาดองค์กรใดไปแม้เพียงองค์กรเดียวก็ไม่อาจจะพิจารณาเรื่องดังกล่าวต่อไปได้ หรืออีกวิธีการหนึ่ง คือ องค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปนั้นอาจมีการแสดงเจตนาคนละคราวกันก็ได้ แต่การแสดงเจตนาขึ้น ๆ ต้องมีการแสดงเจตนาของทั้งสององค์กรหรือมากกว่านั้น มาประกอบกันจึงจะมีการตัดสินใจหรือแสดงเจตนาให้มีผลออกไปภายนอกได้ ถ้าหากมีการตัดสินใจออกไปโดยไม่มีการแสดงเจตนาที่เป็นไปตามวิธีการทั้งสองที่กล่าวมา การแสดงเจตนาขึ้น ๆ ก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิจารณาถึงรูปแบบในการแสดงเจตนาทำคำวินิจฉัยสั่งการตามข้อ 20 ของผู้แต่งตั้งร่วมจะมีวิธีการอย่างไรนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “...เมื่อพิจารณาข้อ 20 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ที่กำหนดให้ผู้แต่งตั้งร่วมร่วมกันวินิจฉัยสั่งการและเสนอความเห็นทั้งหมดไม่ว่าจะตรงกันหรือไม่ ไปยังกระทรวงการคลัง นั้น เห็นได้ว่าผู้แต่งตั้งร่วมจะต้องร่วมกันลงนามในคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการฉบับเดียวกันด้วย¹¹ และแม้ผู้แต่งตั้งร่วมฯ แต่ละรายจะมีความเห็นไม่ตรงกัน ผู้แต่งตั้งร่วมก็ต้องร่วมกันลงนามในความเห็นฉบับเดียวกัน โดยจะต้องเสนอความเห็นทั้งหมดไว้ด้วย แล้วจึงส่งให้กระทรวงการคลังตรวจสอบจากวิธีการดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่า เป็นกรณีที่องค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปได้เข้าร่วมพิจารณาในคราวเดียวกันเพื่อที่จะแสดงเจตนาร่วมกัน และกรณีที่ความเห็นไม่ตรงกันก็ต้องเสนอความเห็นทั้งหมดรวมไว้ในฉบับเดียวกันซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของทั้งสององค์กรมาประกอบกันในการตัดสินใจ ดังนั้น ลักษณะของการวินิจฉัยสั่งการของผู้แต่งตั้งร่วมตามข้อ 20 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี โดยความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนแล้วมีความเห็นว่าผู้แต่งตั้งร่วมนั้นเป็นองค์กรที่มีสถานะเป็น องค์กรร่วม

¹¹ บันทึก เรื่อง การร่วมกันแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดกรณีการปกป้องค่าเงินบาท (เรื่องเสรีที่ 659/2543)

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับองค์กรรว่า รูปแบบขององค์กรรว่านั้น โดยส่วนใหญ่แล้วพบแต่ในขั้นตอนของการออกกฎหมายเท่านั้น ตัวอย่างเช่น การตรากฎหมายในระบบสองสภาที่จะต้องผ่านความเห็นชอบของทั้งสองสภา นอกจากจะต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภาแล้ว ยังต้องให้ประมุขของรัฐลงนามประกาศใช้เป็นกฎหมายด้วย ในกรณีนี้ ประมุขแห่งรัฐจึงเป็นองค์กรรร่วมในการตรากฎหมายของรัฐและมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วด้วย ในรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติโดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภา ดังนั้น ในกรณีนี้ “คณะรัฐมนตรี” ซึ่งเป็นองค์กรรริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย “รัฐสภา” เป็นองค์กรรพิจารณาให้ความเห็นชอบ และ “พระมหากษัตริย์” ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว องค์กรรทั้งหมดจัดเป็นองค์กรรร่วมในการใช้อำนาจพิจารณาและให้ความเห็นชอบพระราชบัญญัติ¹²

2.4 ความเห็นของกระทรวงการคลังที่ผู้แต่งตั้งต้องสั่งการตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

กรณีที่กระทรวงการคลังได้พิจารณาตรวจสอบสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งหน่วยงานของรัฐจัดส่งให้ตรวจสอบตามข้อ 17 วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ และต่อมาได้แจ้งผลการพิจารณาให้หน่วยงานของรัฐทราบแล้ว แต่โดยที่ข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จึงเป็นประเด็นที่สมควรพิจารณาว่าเมื่อผู้มีหน้าที่ออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกลับไม่มีอำนาจอย่างแท้จริงในการตัดสินใจออกคำสั่ง แต่จะต้องถูกผูกพันตามความเห็นของอีกองค์กรรหนึ่ง จึงเสมือนว่าความเห็นของกระทรวงการคลังก็คือคำสั่งที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั่นเอง หากเป็นเช่นนี้จะถือได้หรือไม่ว่าความเห็นของกระทรวงการคลังเป็นคำสั่งทางปกครองและหากไม่ใช่คำสั่งทางปกครองแล้วจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นประการใด

ความเห็นโดยส่วนใหญ่ มักเห็นด้วยกับแนวทางที่ว่าความเห็นของกระทรวงการคลังเป็นการสั่งการภายในหน่วยงานไม่มีผลผูกพันภายนอกฝ่ายปกครอง จึงยังไม่มีผลออกไปกระทบสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการผู้นั้น ไม่ใช่เป็นคำสั่งทางปกครอง ความเห็นของกระทรวงการคลัง

¹² สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 193 - 194

จึงเป็นเพียงคำสั่งที่มีผลผูกพันให้ผู้ออกคำสั่งจะต้องออกคำสั่งตามนั้น ต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐได้ออกคำสั่งไปตามความเห็นของกระทรวงการคลังจึงจะเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.362/2549 ได้เคยวินิจฉัยว่าไว้ในทำนองเดียวกันว่า ผลการพิจารณาของกระทรวงการคลังมีสถานะเป็นเพียงความเห็นของกระทรวงการคลัง ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า กรณีที่กรมประชาสัมพันธ์มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ทางราชการตามความเห็นของกระทรวงการคลังที่ได้แจ้งผลการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ว่า ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้รถยนต์ของทางราชการสูญหายไปในขณะที่ผู้ฟ้องคดีนำรถยนต์คันดังกล่าวไปจอดเก็บไว้ที่บ้านพักของตน แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายเนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และการนำรถยนต์ไปจอดเก็บที่บ้านพัก ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตตามระเบียบของทางราชการแล้ว จึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของกรมประชาสัมพันธ์และความเห็นของกระทรวงการคลังข้างต้นนั้น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในส่วนของการฟ้องเพิกถอนความเห็นของกระทรวงการคลังว่า การแจ้งผลการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของกระทรวงการคลัง เป็นเพียงความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้นไม่ใช่เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่มีสิทธิยื่นฟ้องกระทรวงการคลังต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

อย่างไรก็ดี พบว่าเคยมีกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งให้รับผิดชอบและให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุที่หน่วยงานทางปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ทำให้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากได้ออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น และศาลยังเคยพิพากษาให้เพิกถอนความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย

เช่น คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1688/2545 เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กรมการค้าต่างประเทศยื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ครบตามจำนวนเงินที่กรมการค้าต่างประเทศควรจะได้รับตามคำพิพากษา ต่อมาเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้โอนไปรับราชการที่สำนักงานอัยการสูงสุด คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีผู้ใดต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังเห็นว่าผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของเจ้าหน้าที่นั้นต้องรับผิดชอบชดใช้

ค่าเสียหาย เนื่องจากมิได้มอบหมายให้เจ้าหน้าที่ยื่นคำขอรับชำระหนี้เพิ่มเติมภายในกำหนดเวลา เป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการทำให้ทางราชการเสียหาย ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่ง โดยอ้างว่าการออกคำสั่งมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว โดยไม่ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีในการชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม ศาลปกครองกลางพิจารณาแล้วพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของกรมการค้าต่างประเทศ และความเห็นของกระทรวงการคลัง จากคำพิพากษาศาลปกครองกลางฉบับดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ามีแนวทางที่แตกต่างไปจากหลักทั่วไปและความเห็นส่วนใหญ่ที่ว่า ความเห็นของกระทรวงการคลังเป็นการสั่งการภายในหน่วยงาน ไม่มีผลผูกพันภายนอกฝ่ายปกครอง จึงยังไม่มีผลออกไปกระทบสถานะภาพของสิทธิและหน้าที่ของเอกชน จึงไม่มีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง เพราะไม่อาจถือว่าเอกชนนั้นได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการสั่งการภายในดังกล่าว ดังนั้น การที่ศาลปกครองกลางพิพากษาให้เพิกถอนความเห็นของกระทรวงการคลังด้วยนั้น อาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าความเห็นของกระทรวงการคลังในกรณีนี้มีความแตกต่างไปจากความเห็นอื่นทั่วไป กล่าวคือ เป็นความเห็นที่มีผลผูกมัดให้หน่วยงานที่ได้รับความเห็นจะต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

การจะพิจารณาถึงสถานะที่แท้จริงของความเห็นกระทรวงการคลังนั้น หากแต่เพียงพิจารณาว่าขั้นตอนของการกระทำในลักษณะดังกล่าวอยู่ในขั้นตอนใดของกระบวนการเท่านั้น เช่น การใช้หลักเรื่องการมีผลโดยตรงออกไปสู่ภายนอกมาพิจารณา ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญที่ใช้เป็นเครื่องแบ่งแยกคำสั่งทางปกครองออกจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง โดยมีหลักประการหนึ่งว่า ถ้าทราบแล้วยังมีผลปรากฏอยู่ภายในก็ยังเป็นเพียงแต่การเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้ หากพิจารณาเช่นนี้ก็ชัดเจนในตัวเองว่าความเห็นของกระทรวงการคลังย่อมเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครองเพราะกระทรวงการคลังมีหน้าที่แต่เพียงให้ความเห็นก่อนที่จะมีการออกคำสั่งที่จะมีผลโดยตรงออกไปสู่ภายนอกโดยผู้แต่งตั้งหรือหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิด

ทั้งนี้ ในประเด็นที่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้หากกรณีนั้นเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งกรณีความเห็นของกระทรวงการคลังไม่เป็นเช่นนั้นเนื่องจากข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้กำหนดให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจึงไม่สามารถเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้แตกต่างจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้เลย โดยเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาค

และเป็นการย่ำซ้ำตมมากขึ้นเมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วินิจฉัยเป็นแนวทางไว้ว่า กรณีที่หน่วยงานที่ได้รับความเสียหายออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่นั้นชำระค่าสินไหมทดแทน เพื่อมิให้ คดีขาดอายุความ เนื่องจากกระทรวงการคลังยังมิได้แจ้งผลการตรวจสอบภายในกำหนดเวลา ตามข้อ 17 วรรคห้า ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ แต่ปรากฏในภายหลังว่ากระทรวงการคลัง มีความเห็นที่แตกต่างไปจากคำสั่งของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ หน่วยงานของรัฐดังกล่าวย่อมต้องมีคำสั่งใหม่ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง โดยเพิกถอนคำสั่งเดิมทั้งหมดหรือบางส่วน แล้วแต่กรณี โดยหลักแล้ว จำนวนค่าสินไหมทดแทนตามที่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดกำหนด และผู้แต่งตั้งได้สั่งการตามนั้นยังไม่เป็นที่ยุติ เนื่องจากต้องรอผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังตามข้อ 17 และข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ เสียก่อน และหาก หน่วยงานของรัฐเป็นราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาค ก็จะต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ¹³

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าความเห็นของกระทรวงการคลังดังกล่าวแม้จะส่งผลกระทบต่อ บุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองในท้ายที่สุด แต่ก็ไม่ได้ส่งผลกระทบในระดับที่รุนแรง จนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในชั้นปลายและดำรงอยู่โดยตัวของตัวเองได้ ดังจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยข้างต้นที่ว่า ความเห็นของกระทรวงการคลังที่แจ้งมาในภายหลังนั้นไม่อาจไป บังคับกับเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะมีผลต่อเจ้าหน้าที่เมื่อหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้มีคำสั่งใหม่ ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง กล่าวคือ ความเห็นของกระทรวงการคลังมีผลผูกพันต่อ หน่วยงานของรัฐที่จะต้องออกคำสั่งเท่านั้น หากจะจัดประเภทของความเห็นว่า เป็นความเห็น ประเภทใดนั้น อาจกล่าวได้ว่าความเห็นของกระทรวงการคลังเป็นประเภทกรณีที่ต้องถือตาม ความเห็นที่ให้ หรือที่เรียกว่า *avis conforme* ซึ่งในทางตำราของฝรั่งเศสอธิบายไว้ว่า เป็นกรณีที่ เมื่อองค์กรที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจ เป็นอย่างอื่นไม่ได้ กล่าวคือ ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป การไม่ปฏิบัติตามย่อมทำ ให้การสั่งการหรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และกรณีเช่นนี้ในฝรั่งเศสถือเป็นปัญหา เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาเองได้ แต่หากปรากฏว่าความเห็นของ

¹³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้ชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ : กรณีกรรมการขนส่ง ทางน้ำและพาณิชยนาวี (เรื่องเสร็จที่ 794/2547)

กระทรวงการคลังนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยที่ยังไม่มีการสั่งการออกไปให้มีผลไปสู่ภายนอกก็ย่อมไม่มีผลอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนที่จะทำให้เกิดสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองแต่อย่างใด

ส่วนสถานะของกระทรวงการคลังในฐานะที่เป็นผู้ให้ความเห็นแก่หน่วยงานของรัฐในการที่จะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะจัดอยู่ในองค์กรของรัฐประเภทใดนั้น หากพิจารณาในแง่ของหน้าที่ขององค์กรแล้วก็อาจจัดเป็นองค์กรที่ปรึกษาเพราะการให้ความเห็นของกระทรวงการคลังอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาทางปกครองก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครอง โดยที่ความเห็นดังกล่าวของกระทรวงการคลังนั้นหน่วยงานของรัฐจะต้องถือตามด้วยและมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่ากระทรวงการคลังนี้มีลักษณะเป็นองค์กรร่วมกับหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามลักษณะขององค์กรในแง่ของการแสดงเจตนาหรือการตัดสินใจแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์กรร่วมนั้นต้องมีการแสดงเจตนาของทั้งสององค์กรหรือมากกว่านั้นขึ้นไป มาประกอบกันจึงจะมีการตัดสินใจหรือแสดงเจตนาให้มีผลออกไปภายนอกได้ และหากมองในแง่ผลงานตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสที่ว่า “องค์กรผู้กระทำร่วม” (co-auteurs) จะต้องมีความเป็นผลมาจากการกระทำของบุคคลหลายคน หรือองค์กรเดียวหลายองค์กร หรือกลุ่มบุคคลหลายกลุ่มที่แยกต่างหากจากกัน หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า กระทรวงการคลังจัดเป็นองค์กรผู้กระทำร่วมได้ เนื่องจากผลงาน (ในที่นี้หมายถึง คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทน) เป็นผลมาจากการออกคำสั่งโดยหน่วยงานของรัฐ และการให้ความเห็นของกระทรวงการคลังที่มีผลผูกพันต่อหน่วยงานของรัฐในอันที่จะมีคำสั่งต่อไป ประกอบกับการแสดงเจตนาของหน่วยงานของรัฐก็ต้องอาศัยความเห็นของกระทรวงการคลังมาประกอบกันด้วยจึงจะมีการตัดสินใจหรือแสดงเจตนาที่จะให้มีผลออกไปภายนอกได้โดยชอบ

อนึ่ง มีข้อสังเกตสำหรับกรณีของการให้คำแนะนำ ความเห็น หรือคำปรึกษาที่แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วจะไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเพราะเป็นเพียงขั้นตอนในการเตรียมหรือเป็นการกระทบเพียงบางส่วน ยังไม่สำเร็จเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ในบางเรื่องการกระทำดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นการให้คำแนะนำ ความเห็น หรือคำปรึกษานั้นอาจมีผลโดยตรงที่จะทำให้เกิดคำสั่งทางปกครองต่อมาได้ เช่น ในเรื่องวินัยของข้าราชการคือ เมื่อ อ.ก.พ. กรม หรือ อ.ก.พ. กระทรวง มีความเห็นเช่นใด อธิบดีหรือรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีก็ต้องสั่งการให้เป็นไปตามนั้น กรณีจึงมีปัญหาว่าสมควรให้โต้แย้งหรือทบทวนความเห็นของ อ.ก.พ. กรม หรือ อ.ก.พ. กระทรวงนั้นได้โดยตรง หรือจะรอจนกว่ามีคำสั่งทางปกครองออกมาเสียก่อน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นกรณีนี้ว่าหากให้มีการโต้แย้งตั้งแต่ในขั้นต้นได้โดยง่ายเป็นการทั่วไป โดยมีใช้กรณีเฉพาะที่กฎหมายกำหนดนั้น

อาจนำความยุ่งยากมาสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครองได้ เพราะการกระทำยังมีได้ดำเนินไปจนมีคำสั่งทางปกครองแน่ชัด ซึ่งความแน่ชัดของประเด็นอาจจะยังเป็นปัญหาและการให้โต้แย้งก่อนมีคำสั่งทางปกครองอาจมีผู้ยกเอาปัญหาในระยะต้น ๆ มาโต้แย้งหลายปัญหา ตลอดเวลาการเตรียมทำคำสั่งทางปกครองทำให้คดีข้อพิพาทจำนวนมากเกินสมควร

3. ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทน

โดยที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มิได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินไว้จึงมีปัญหาในทางปฏิบัติว่าจะมีการอุทธรณ์อย่างไร และจะต้องเสนออุทธรณ์ต่อหน่วยงานใด ซึ่งประเด็นที่จะต้องอุทธรณ์ต่อหน่วยงานใดนั้น เนื่องจากอาจมีข้อสงสัยเกี่ยวกับตัวหน่วยงานผู้ออกคำสั่งว่าหน่วยงานใดเป็นผู้ออกคำสั่งที่แท้จริงเนื่องจากกระทรวงการคลังเป็นผู้พิจารณาตรวจสอบในขณะที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ลงนามออกคำสั่ง แต่หน่วยงานของรัฐจะสังกัดแตกต่างจากที่กระทรวงการคลังพิจารณาไม่ได้ ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนก็มีความเห็นแล้วว่าความเห็นของกระทรวงการคลังมิใช่คำสั่งทางปกครองเป็นแต่เพียงความเห็นที่ผูกพันให้หน่วยงานต้องออกคำสั่งตามเท่านั้น ส่วนวิธีการในการอุทธรณ์กรณีที่ผู้รับคำสั่งไม่เห็นด้วยกับคำสั่งนั้นจะมีการอุทธรณ์ได้อย่างไรหรือไม่นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยมีความเห็นไว้ว่า คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้มีการกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้แล้ว ตามข้อ 17 และข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่ให้มีการส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบและให้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังหรือตามที่เห็นว่าถูกต้อง ซึ่งเป็นกระบวนการตรวจสอบเฉพาะอันแตกต่างไปจากการอุทธรณ์ ดังนั้น จึงไม่อาจนำเรื่องการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับ¹⁴ เนื่องจากมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

¹⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง กรมบัญชีกลางหารือว่า คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่จะสามารถอุทธรณ์หรือขอให้พิจารณาใหม่ได้หรือไม่ (เรื่องเสร็จที่ 287/2545)

ได้กำหนดช้อยกเว้นไว้ว่าถ้ากฎหมายใดกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้แล้ว ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว

ต่อมาแนวทางที่ว่าไม่ต้องการอุทธรณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากต่อมาได้มีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 22/2546 ลงวันที่ 24 กันยายน 2546 เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 สรุปได้ว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าคำสั่งที่ให้ชดใช้เงินเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ตามนัยมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยหลังจากที่มีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวแล้ว ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาและคำสั่งมารองรับมติดังกล่าวด้วยแล้ว เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2546 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 565/2546 ลงวันที่ 16 ธันวาคม 2546 และต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้มีความเห็นให้หน่วยงานต้องรับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการต่อไป เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งดังกล่าวในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

แต่อย่างไรก็ดี เมื่อให้มีการรับคำอุทธรณ์ไว้พิจารณาแล้วก็ตาม แต่ก็มีประเด็นที่เป็นข้อสงสัยตามมาว่า เมื่อการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของหน่วยงานจำเป็นต้องสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง แล้วเช่นนี้การพิจารณาอุทธรณ์ของหน่วยงานนั้นจะสามารถมีความเห็นที่ต่างไปจากกระทรวงการคลังได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า เมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้สินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐนั้นได้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ดังนั้น ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์จึงต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลังด้วย¹⁵ ประกอบกับกระทรวงการคลังได้กำหนดแนวทางไว้ในหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.2/ว.60 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2548 เรื่อง การอุทธรณ์คำสั่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ว่าให้พิจารณาอุทธรณ์โดยคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ

¹⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 : กรณีกรมราชทัณฑ์ (เรื่องเสร็จที่ 801/2547)

หากการพิจารณาอุทธรณ์แตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังและการพิจารณาอุทธรณ์ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเกิดความเสียหายแก่ทางราชการในภายหลัง ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยและแนวทางตามหนังสือเวียนของกระทรวงการคลังดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดแนวทางดังกล่าวนี้ที่ให้หน่วยงานของรัฐไม่อาจพิจารณาอุทธรณ์เป็นอย่างอื่นได้ และแม้ว่าหน่วยงานของรัฐผู้พิจารณาอุทธรณ์จะเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่ต้องผูกพันตามความเห็นของกระทรวงการคลังแต่สามารถวินิจฉัยสั่งการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ตามที่เห็นว่าถูกต้องก็ตาม แนวทางที่กำหนดไว้ซึ่งเป็นการจำกัดดุลพินิจของผู้พิจารณาอุทธรณ์อย่างยิ่ง ทั้งที่วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งได้ก็เพื่อให้เป็นมาตรการเยียวยาในชั้นต้นแก่ผู้รับคำสั่ง และเพื่อให้มีการทบทวนภายในฝ่ายปกครองก่อนว่าคำสั่งที่ออกไปนั้นได้วินิจฉัยโดยอาศัยข้อเท็จจริงข้อกฎหมายที่ถูกต้องครบถ้วนหรือไม่ และคำสั่งนั้นถูกต้องเหมาะสมแล้วหรือไม่ ดังนั้น แนวทางปฏิบัติเรื่องการอุทธรณ์ดังกล่าวจึงเป็นการไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของระบบการพิจารณาอุทธรณ์และไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ จากการอุทธรณ์เพราะเมื่ออุทธรณ์แล้วผลลัพธ์ก็ไม่ต่างจากคำสั่งแรกที่ได้รับ

ขั้นตอนของการอุทธรณ์ที่จะพิจารณาเป็นอย่างอื่นไม่ได้นั้นก็ยังเป็นประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ แม้ว่าจะได้มีมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่กำหนดให้ต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งก่อนจะนำคดีมาฟ้องต่อศาล ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเห็นว่าคำสั่งที่ให้ชดใช้เงินดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากในทางปฏิบัติที่ผ่านมาศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งให้รับคำฟ้องเรื่องละเมิดไว้พิจารณาโดยไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อน ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) ก็ตาม โดยศาลปกครองกลางได้ตีความกฎหมายว่าแม้เจ้าหน้าที่ผู้เสียหายนั้นจะได้อุทธรณ์คำสั่งของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ แล้ว หน่วยงานของรัฐดังกล่าวก็ไม่สามารถวินิจฉัยให้ต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้¹⁶

¹⁶ ฤทัย หงส์ศิริ, “การฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครอง”, น.20-21 <http://www.admircourt.go.th/09-ARTICLE/vichakan/article_ruthai.pdf>

โดยที่กระบวนการทำคำสั่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี มีลักษณะพิเศษที่ต่างจากกระบวนการทำคำสั่งโดยทั่วไป ที่ให้ความเห็นขององค์ทางปกครองมีผลผูกพันให้หน่วยงานของรัฐต้องออกคำสั่งตาม ซึ่งสาเหตุที่กำหนดให้เป็นเช่นนั้นอาจเป็นเพราะว่าความเสียหายที่เกิดแก่หน่วยงานของรัฐ ก็ย่อมถือว่าทรัพย์สินหรือเงินที่เสียหายหรือสูญหายไปนั่นก็คือทรัพย์สินของรัฐหรือของแผ่นดินนั่นเอง และกระทรวงการคลังในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ดูแลรักษาเรื่องการเงินการคลังและทรัพย์สินของรัฐ ดังจะเห็นได้จากเมื่อมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้น กระทรวงการคลังมักจะถูกฟ้องหรือถูกเรียกให้เข้าไปในคดีด้วยเสมอ ฉะนั้น เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นเป็นเช่นใดแล้วจึงย่อมผูกพันหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ด้วยแต่อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติจึงสมควรที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อให้มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนต่อไป