

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 อย่างไรก็ตามในหลายกรณีฝ่ายปกครองก็อาจที่จะผ่อนคลายความเคร่งครัดของความผูกพันลงได้ หากปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจไว้ให้ หรือปรากฏความจำเป็นในทางปกครอง เช่น การขอให้หน่วยงานทางปกครองอื่นที่ไม่มีอำนาจช่วยเหลือการปฏิบัติราชการ การที่หน่วยงานบังคับบัญชาเข้าใช้อำนาจแทนหน่วยงานใต้บังคับบัญชา หรือการมอบอำนาจ เป็นต้น

โดยปกติแล้วในการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานนั้นมีประเด็นจะต้องคำนึงดังนี้⁴ คือ

(1) พิจารณาในแง่ของเรื่อง (sachliche Zuständigkeit) การพิจารณาในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาว่าภารกิจทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น ภารกิจในการสังคมสงเคราะห์ 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 แต่แต่ออกกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นรูปธรรมใช้บังคับเฉพาะราย ทั้งนี้เว้นแต่ตำรวจจะได้รับมอบอำนาจให้ออกกฎ (Rechtsverordnung) ที่มีผลบังคับทั่วไปทำนองเดียวกับรัฐบัญญัติโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติ อำนาจในแง่นี้เป็นอำนาจที่ต้องใช้ตามลักษณะการแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐ (Funktionskompetenz) เมื่อผ่านเกณฑ์ทั้งสองประการข้างต้นแล้ว จึงมาพิจารณาต่อไปว่าหน่วยงานใดในองค์กรที่มีภารกิจเรื่องนั้นเป็นหน่วยงานที่ทรงอำนาจ กรณีนี้เป็นการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานในองค์กร (Ressortkompetenz)

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

(3) อำนาจในแง่พื้นที่ (örtliche Zuständigkeit) ในกรณีที่เขตการปกครองใดมีหน่วยงานที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันหลายหน่วยงานกฎเกณฑ์ในส่วนนี้จะกำหนดว่าหน่วยงานใดมีอำนาจในเขตพื้นที่ใด

(4) อำนาจในแง่ภารกิจ (funktionelle Zuständigkeit) โดยปกติแล้วในการกำหนดอำนาจกระทำการทางปกครองนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันจะกำหนดให้อำนาจแก่หน่วยงานส่วนหน่วยงานจะแบ่งแยกอำนาจภายในกันเช่นนั้น เป็นเรื่องแต่ละหน่วยงานจะต้องไปกำหนดระเบียบภายในเองว่าจะให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดมีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานในเรื่องใดอย่างไรก็ตามในบางกรณีอาจมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดในหน่วยงานมีอำนาจกระทำการ กรณีนี้เป็นกรณีที่เราเรียกว่า “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
 รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ 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 จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่อื่นดังกล่าว 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 หากพิจารณาห้ถ้อยคำในมาตรา 28 แล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่คำสั่งทางปกครองทุกคำสั่งที่หากหน่วยงานจะทำขึ้น หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีเฉพาะแต่คำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น ที่จะทำให้หน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ต้องรับฟังและคู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง

คำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี (ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Beteiligten eingreift) ที่ยอมรับตรงกันเป็นยุติ คือ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการ ละเว้นกระทำการ หรือยอมให้กระทำการหรือคำสั่งทางปกครองที่ตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิของคู่กรณี ทั้งนี้ โดยมีพิกัดค้ำประกันว่าในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น 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 ทำให้คู่กรณีตกอยู่ในฐานะที่แย่งก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งด้วยเช่นกัน²⁰ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณีย่อมไม่ตกอยู่ในความหมายของคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิ หน่วยงานจึงไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง

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

สิทธิที่จะได้รับการรับฟังจำกัดเฉพาะการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความคิดเห็นที่มีต่อข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญในการตัดสินใจของหน่วยงานเท่านั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานต้องเชิญตนไปสอบถามหรือให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อกฎหมาย ในกรณีที่หน่วยงานได้ให้โอกาสคู่กรณีในการแสดงความคิดเห็นแล้ว แต่คู่กรณีไม่ใช่โอกาสนั้น 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 และวรรคสามแห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ตามมาตรา 28 วรรคสอง เป็นกรณีที่หน่วยงานมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณีหากต้องด้วยเหตุที่กฎหมายกำหนด โดยหน่วยงานอาจไม่ต้องรับฟังคู่กรณีได้ หากปรากฏเหตุดังต่อไปนี้²²

(1) มีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจโดยฉับพลันเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้า (wegen Gefahr im Verzuge) หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ (im öffentlichen Interesse) ข้อยกเว้นในเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้น โดยชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีและประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครอง ปัญหาว่าการตัดสินใจในทันทีเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้าเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นความจำเป็นหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่หน่วยงานต้องวินิจฉัย หากหน่วยงานเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ทำให้ตนมีอำนาจในการตัดสินใจดังกล่าวมีอยู่จริง หน่วยงานย่อมมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าสมควรที่จะรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่ถ้าหน่วยงานเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องตัดสินใจโดยฉับพลันเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีอยู่เฉพาะหน้าหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หน่วยงานย่อมจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อน

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

²² วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, (น.114) เล่มเดิม.

ดังกล่าวยังไม่ได้รับฟังคู่กรณี โดยอ้างเหตุว่าต้องรีบทำคำสั่งเพราะมีเวลานั้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้จะล่าช้าออกไปไม่ได้²³ อนึ่ง บทกฎหมายที่กำหนดให้หน่วยงานต้องดำเนินการโดยไม่มีชักช้า ไม่ใช่เหตุที่จะทำให้หน่วยงานนำมาใช้อ้างที่จะไม่รับฟังคู่กรณี เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติระยะเวลาที่ชัดเจนไว้

(3) กรณีที่คู่กรณีได้ให้ข้อเท็จจริงไว้ในคำขอหรือคำสั่งและหน่วยงานไม่ได้ใช้ข้อเท็จจริงนั้นไปในทางที่ไม่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี ข้อยกเว้นในเรื่องนี้มีขึ้นเพื่อความรวดเร็วในการพิจารณาเพราะหากคู่กรณีได้ให้ข้อเท็จจริงไว้ และหน่วยงานก็ใช้ข้อเท็จจริงนั้นในกระบวนการพิจารณาในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณี ก็ไม่จำเป็นที่หน่วยงานจะต้องรับฟังคู่กรณีอีก

(4) กรณีที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทั่วไปทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมาก หรือใช้เครื่องจักรกลอัตโนมัติช่วยในการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทั่วไปทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองอย่างเดียวกันจำนวนมาก เป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีจำนวนมากหรือไม่อาจจะบุดัวให้ชัดเจนแน่นอนลงไปได้ 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 แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยไม่มีการรับฟัง ศาลก็ย่อมจะต้องพิจารณาในประเด็นดังกล่าว แต่โดยที่การไม่รับฟังคู่กรณีเป็นความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาแบบสัมพัทธ์ (relativer Verfahrensfehler) ไม่ใช่ความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาแบบสัมบูรณ์ (absoluter Verfahrensfehler) เพราะฉะนั้นศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่มีการรับฟังได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการรับฟังคู่กรณีจะมีผลต่อการทำคำสั่งทางปกครอง 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 อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตของอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยพื้นฐานหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่ศาลยอมรับเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป คือ กฎเกณฑ์เรื่องการขนานกันของอำนาจ (la règle du parallélisme des compétences) กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำนิติกรรมไว้แต่ไม่ได้กำหนดอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกนิติกรรมนั้น ดังนี้ ให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่คนเดียวกันนั้นที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว²⁷

การกำหนดขอบเขตต่าง ๆ ของอำนาจเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ความเคร่งครัดนี้อาจจะแสดงออกให้เห็นได้ลักษณะ คือ ประการที่หนึ่ง การกระทำผิดต่อขอบเขตของอำนาจถือว่าการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งคู่กรณีสามารถยกขึ้นอ้างได้หรือศาลจะยกขึ้นเองก็ได้ ประการที่สอง การตีความและการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับอำนาจจะต้องกระทำอย่างเคร่งครัด เช่น คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแต่ปรากฏว่าเป็นการลอกเลียนคำสั่งอื่นที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ ดังนี้ คำสั่งดังกล่าวถือว่าการกระทำไปโดยมิชอบ²⁸ 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, Machet, 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 ระบบการปรึกษาหารือหรือก่อนมีคำสั่งเป็นสิ่งที่พัฒนาไปพร้อมกับระบบสังคมที่ยังยากซับซ้อนขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้คำสั่งนั้น ๆ ออกไปโดยรอบคอบที่สุด โดยศาลปกครองจะตรวจสอบเสมอว่าการกระทำทางปกครองต่าง ๆ ได้ผ่านขั้นตอนหารือมาอย่างถูกต้องหรือไม่ ถ้าดำเนินการไม่ถูกต้องก็จะเพิกถอนการกระทำนั้น เช่น การเพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน (règlement d'administration publique) ที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat ทั้งนี้เพราะผ่านเพียงแค่การหารือแผนกหนึ่งของ 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 “เหตุที่ใช้ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” (น.268) โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, (2545. มิถุนายน), วารสารนิติศาสตร์.

(3) ในบางกรณีองค์กรที่ให้คำปรึกษาอาจเป็นองค์กรเอกชนก็ได้ เช่น สหภาพศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำหาหรือจะพิจารณาเพียงว่าได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนคือมีการหาหรือหรือไม่

(4) องค์กรให้คำปรึกษาหาหรืออาจเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นองค์กรคณะและมีหน้าที่เพียงแต่ให้คำปรึกษาหาหรือเท่านั้นก็ได้

การจัดตั้งองค์กรและการแต่งตั้งสมาชิกขององค์กร องค์กรให้คำปรึกษาหาหรืออาจจัดตั้งขึ้น โดยรัฐบัญญัติหรือ โดยการมอบอำนาจของรัฐบัญญัติก็ได้ Conseil d'Etat จัดเป็นองค์กรปรึกษาหาหรือที่สำคัญที่สุดขององค์กรหนึ่งในระบบบริหารของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามศาลปกครองก็ยอมรับว่ารัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจตั้งองค์กรดังกล่าวได้ Romieu ได้ให้เหตุผลว่า เป็นการยากที่จะหาหลักมาอธิบายว่ารัฐบาลไม่มีอำนาจจัดตั้งองค์กรทางบริหารที่เป็นองค์กรในลักษณะปรึกษาหาหรือ ในเมื่อบทบาทขององค์กรดังกล่าวอาจจะถือตามหรือไม่ก็ได้ และมีลักษณะฉันทมิตรและตราบใดที่ไม่มีกฎหมายมาจำกัดอำนาจเช่นนั้นของรัฐบาล รัฐบาลย่อมสามารถออกกฎหมายจัดตั้งได้ ถ้าการนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด หรือไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิและผลประโยชน์ใด ๆ ศาลปกครองยอมรับด้วยว่ารัฐมนตรีก็มีอำนาจจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาได้ แต่ศาลก็ได้วางหลักในการจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาหาหรือของฝ่ายบริหารไว้ว่า

(1) การจัดตั้งองค์กรดังกล่าวต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้น คือ จะไปตั้งให้มีสถานะหรือบทบาทหน้าที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้

(2) ถ้าฝ่ายบริหารจัดตั้งองค์กรปรึกษาหาหรือในเรื่องที่ตนไม่มีอำนาจศาลจะไม่ชี้ว่าองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่จะถือเป็นองค์กรที่ไม่มีตัวตนโดยชอบด้วยกฎหมาย

(3) การจัดตั้งองค์กรปรึกษาหาหรือต้องมีการประกาศ

สำหรับผู้เป็นสมาชิกในองค์กรปรึกษาหาหรือนั้นอาจมาได้จากทั้งการเลือกตั้งและการแต่งตั้งถ้าเป็นการเลือกตั้ง การโต้แย้งว่าการเลือกตั้งไม่ชอบจะเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับการเลือกตั้งซึ่งต้องมีนายความเสมอ แต่ถ้าเป็นการแต่งตั้งจะเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะแยกลักษณะของคณะกรรมการออกเป็น 2 ประเภท คือ คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งถาวรกับคณะกรรมการเฉพาะกิจ (ad hoc) กรณีคณะกรรมการถาวรระยะเวลาที่จะคัดค้านว่าการแต่งตั้งไม่ชอบคงถือตามอายุความฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคือ ภายใน 2 เดือน ถ้าไม่คัดค้านภายในอายุความจะมากัดค้านตอนฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกภายหลังการหาหรือคณะกรรมการไม่ได้ ส่วนกรณีคณะกรรมการเฉพาะกิจนั้นศาลถือว่าสามารถคัดค้านการแต่งตั้งได้เมื่อมีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ออกมาภายหลังการหาหรือ การแต่งตั้งสมาชิกใน

คณะกรรมการปรึกษาหารือถาวรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีผลทำให้การหารือไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ถ้าการคัดค้านการแต่งตั้งกระทำภายในอายุความตั้งได้กล่าวมาแล้ว การคัดค้านสมาชิกในคณะกรรมการในระยะหลังนี้ Conseil d'Etat ค่อนข้างเคร่งครัดกับการมีอคติหรือการมีส่วนได้เสียของสมาชิกคณะกรรมการและพยายามนำหลักการคัดค้านผู้พิพากษาซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาทางศาลมาใช้แก่ระบบคณะกรรมการทางฝ่ายบริหาร กฎระเบียบเกี่ยวกับการพิจารณาของคณะกรรมการอาจวางหลักในเรื่องการคัดค้านสมาชิกคณะกรรมการในกรณีต้องพิจารณาเรื่องเฉพาะบุคคลได้แต่สิทธิในการคัดค้านนั้นต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง 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) กฎหมายไม่ได้บังคับให้หารือ (avis facultatif) กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ และหารือไปแล้วจะถือตามหรือไม่ก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามถ้าฝ่ายปกครองหารือไปและสั่งการไปตามความเห็นที่ได้รับโดยถือว่าตนต้องผูกพันตามความเห็นนั้น การกระทำทางปกครองที่กระทำไปบนเหตุผลดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนลักษณะของคำสั่งที่ออกภายหลังการปรึกษาหารือที่สำคัญมีดังนี้

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

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

กรณีผลของการไม่ปรึกษาหารือ โดยปกติการที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหารือ การหารือนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การกระทำทางปกครองนั้นสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ Conseil d'Etat ได้เพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat และ Conseil d'Etat ถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกขึ้นเองได้ ทั้งนี้ยกเว้นในกรณีที่การปรึกษาหารือไม่อาจกระทำได้ภายใต้สถานการณ์บางอย่าง 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 หากศาลพบว่า ในรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องใดมีบทบัญญัติคุ้มครองปัจเจกชนได้เหมาะสม 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 ในประชาคมยุโรปได้ใช้เป็นแนวทางสำหรับการตรากฎหมายภายในให้เป็นที่ไปในทิศทางเดียวกัน³⁸ โดยมติดังกล่าวเห็นว่าไม่จำเป็นต้องกำหนดรูปแบบแน่นอน คู่กรณีอาจได้รับแจ้งโดยวิธีการใด ๆ ก็ได้ที่เหมาะสมทั้งโดยวาจา โดยเป็นหนังสือ หรือโดยการสรุปสาระสำคัญของเรื่องซึ่งเรื่องที่จะพิจารณาข้อสำคัญคือต้องให้ครบถ้วนถูกต้องเท่าที่เป็นไปได้ สำหรับประเด็นเรื่องระยะเวลาการทำคำสั่ง

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

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 แต่กลับปล่อยไว้ระยะเวลาล่วงเลยไปถึง 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 และกฎหมายของฝรั่งเศสลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 มาตรา 8 จึงบัญญัติรับรองหลักกฎหมายข้อนี้ไว้อย่างชัดเจน

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

บรรทัดฐานเรื่องนี้ แต่ดูเหมือนว่าฝ่ายปกครองฝรั่งเศสมิได้เคร่งครัดในประเด็นนี้นักและยอมรับให้ผู้แทนของคูร์นิกระทำการแทนคูร์นิตั้งแต่ขั้นตอนการยื่นคำขอ หากปรากฏว่าคูร์นิมีเหตุอันสมควรไม่อาจกระทำได้ด้วยตนเอง³⁹

3.1.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของประเทศไทย

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) การเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลประเภทนี้จึงต้องระบุนฐานะให้ชัดเจน 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 ผู้ร่วมบริษัท 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 ทำงานของรัฐซึ่งกระทำโดยกระทรวง 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 จะยอมเข้ามาเป็นผู้ต่อสู้คดีและยอมจ่ายเงินให้ หากเห็นว่าถูกต้อง 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 ในทางจิตวิทยาก็ถือว่าการปฏิสัมพันธ์ในเชิงสนทนา (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 สรุโฆษิต. 2553, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

เอาฝ่ายเดียว ประการที่สาม เมื่อกฎหมายลำดับรองนั้นออกมาใช้แล้วก็จะได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามจากผู้เกี่ยวข้องด้วยความสมัครใจจนมีการกล่าวว่า “ไม่มีรัฐมนตรีท่านใดที่จะตราบทกฎหมาย โดยไม่ให้ออกาสแก่บุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบที่จะพูดเกี่ยวกับสิ่งที่เขาต้องการเสนอ” 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 จะออกกฎที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสัตว์ได้นั้น จะต้องปรึกษาหารือกับหน่วยงานมาตรฐานอาหาร (Food Standard Agency) ในเรื่องนโยบายทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับยาสัตว์ก่อน⁵¹

ใ
ปี
น
ตี
น

ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองจะต้องปรึกษาหารือกับหน่วยงานหรือองค์กรที่กำหนดไว้เท่านั้น หากไม่ได้ปรึกษาหารือ หรือปรึกษาหารือองค์กรหรือหน่วยงานอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ ก็จะถือว่ากฎข้อบังคับออกโดยมิชอบศาลย่อมเพิกถอน ในทางตรงกันข้ามหากฝ่ายปกครองได้ดำเนินการปรึกษาหารือกับหน่วยงาน องค์กรหรือบุคคลตามที่กำหนดไว้แล้วฝ่ายปกครองก็ไม่มีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ (Statutory Duty) ที่จะต้องปรึกษาหารือกับบุคคลอื่น ๆ ไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียกับเรื่องนั้นหรือไม่ เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะมีสิทธิที่จะได้รับการปรึกษาหารือ (Right to be consulted) เพราะฝ่ายปกครองเคยไปกระทำการบางอย่างทำให้บุคคลนั้นเกิดความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectation) ว่าตนจะได้รับการปรึกษาหารือในกรณีนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law Duty)

จ. กฎหมายไม่ได้กำหนดหน่วยงานหรือองค์กรที่จะต้องไปขอรับการปรึกษาหารือไว้ อย่างชัดเจน แต่ได้กำหนดว่า ก่อนที่จะออกกฎจะต้องไปปรึกษาหารือกับหน่วยงาน องค์กร หรือบุคคลใด ๆ ที่เป็นกลุ่มผลประโยชน์ หรือที่สามารถสะท้อนผลประโยชน์ของบุคคลผู้ที่ได้รับผลกระทบจากบังคับใช้กฎ ข้อบังคับนั้น ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการเลือกองค์กรหรือบุคคลที่จะปรึกษาหารือมากขึ้น คือจะเลือกปรึกษากับใครก็ได้แต่ก็อยู่ภายใต้กรอบที่ว่า จะต้องปรึกษาหารือกับองค์กรหรือบุคคลในกลุ่มในประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ หากมิได้ปรึกษาหารือ องค์กรหรือบุคคลในกลุ่มหรือประเภทที่กฎหมายกำหนด หรือปรึกษาแต่ไม่ครบทุกกลุ่มทุกประเภท การละเลยดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ข้อบังคับที่ออกมา ตัวอย่างเช่น ตามพระราชบัญญัติการศึกษา ค.ศ. 2002 (The Education Act 2002) ก่อนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการจะออกข้อบังคับเกี่ยวกับค่าตอบแทนครูหรือข้อกำหนดเงื่อนไขในการจ้างงานครู รัฐมนตรีจะต้องดำเนินการปรึกษาหารือกับ (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 หากสถานศึกษาของท้องถิ่นแห่งใดหรือองค์กรที่ ก ำ กั บ กู แ ล กิ สถานศึกษาใดจะออกกฎ ระเบียบอันมีผลกระทบต่อนักเรียน นักศึกษาจะต้องปรึกษารือกับนักเรียนนักศึกษาที่อาจได้รับผลกระทบจากกฎ ระเบียบนั้นก่อน⁵³

ค. กฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษารือก่อน แต่จะปรึกษารือใครองค์กรหรือหน่วยงานใดนั้น ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติเงินบำนาญ ค.ศ. 1995 (The Pension Act 1995) กำหนดให้รัฐมนตรีต้องปรึกษารือกับบุคคลที่ รัฐมนตรีเห็นสมควร⁵⁴ 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 แต่ฝ่ายปกครองยังสมัครใจที่จะปรึกษาหารือกับสภาพทลวงอีกด้วย⁵⁶ อย่างไรก็ตามกรณีเช่นนี้ การที่ฝ่ายปกครองไม่นำร่างกฎข้อบังคับไปปรึกษาหารือก่อนก็หาได้กระทบต่อความสมบูรณ์ของกฎ ข้อบังคับดังกล่าวไม่ เพราะการปรึกษาหารือแบบสมัครใจเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติ ไม่ใช่หน้าที่ตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ (Statutory Duty) หรือหน้าที่ตามคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้น ศาลจึงไม่ถึงว่าไม่ใช่ขั้นตอนหรือกระบวนการอันเป็นสาระสำคัญ (Non-mandatory Procedural Requirements) แต่ทั้งนี้ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด หากได้มีการดำเนินการปรึกษาหารือแล้ว ไม่ว่าจะเพราะกฎหมายบังคับไว้ หรือรัฐมนตรีหรือหน่วยงานเห็นสมควร ดำเนินการปรึกษาหารือเอง 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 ช่อไม้ทอง, 2546.)

⁵⁷ การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทย (น.19). เล่มเดิม.

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาในส่วนของ การนำความเห็นที่ได้จากการปรึกษาหารือมาพิจารณาประกอบการตัดสินใจมีหลักการ ดังนี้⁵⁸

เมื่อครบกำหนดเวลาส่งความเห็น หน่วยงานผู้จัดการปรึกษาหารือก็ต้องจัดทำสรุปความเห็น ข้อมูล ข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้รับ ประมวลไว้เป็นหมวดหมู่ จากนั้นนำมาวิเคราะห์โดยละเอียดถี่ถ้วนประกอบการตัดสินใจว่ามีประเด็นหรือข้อเสนอมใหม่ที่ต้องนำมาปรึกษาหารืออีกครั้งหรือไม่ ต้องมีการวิจัยหรือหาพยานหลักฐานอื่นเพิ่มเติมหรือไม่ จำนวนความเห็นที่สนับสนุนนโยบายหรือร่างกฎข้อบังคับที่ปรึกษาหารือ แต่ไม่จำเป็นต้องตัดสินใจขาดด้วยจำนวนความเห็น โดยให้ระวังการผูกขาดการแสดงความคิดเห็นของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่สำหรับความเห็นขององค์กรกลุ่มผลประโยชน์ เช่น สมาคมธุรกิจ กลุ่มอาสาสมัคร กลุ่มผู้บริโภค สหภาพแรงงาน หรือหน่วยงานที่ทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากนโยบายหรือกฎหมาย ให้พิจารณาเป็นพิเศษ ทั้งนี้ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวด้วยความคิดที่เปิดกว้าง ไม่ยึดติดกับนโยบายที่ตนตั้งเอาไว้ ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองได้ตัดสินใจไว้ล่วงหน้าแล้วว่า จะดำเนินการอย่างไรในเรื่องนี้ เช่น จะถือตามนโยบายนี้หรือจะออกกฎข้อบังคับในมีเนื้อหาสาระอย่างนี้ และการจัดการปรึกษาหารือก็ทำไปเพื่อเพียงแค่นี้ให้ครบถ้วนตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ 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 ซึ่งหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้กำเนิดและพัฒนาขึ้นมาในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ 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 แนวคิดเรื่องความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้จึงเป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) คิดค้นขึ้นมาเพื่อควบคุมองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดี ซึ่งในที่นี้รวมถึงการควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองด้วย⁶³

หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นอย่างมาก โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น กล่าวคือ กรณีที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาวินิจฉัยประเด็นที่มีบุคคลสองฝ่ายมาเกี่ยวข้อง ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิเคร่งครัดกว่ากรณีที่มีบุคคลฝ่ายเดียวเข้ามาเกี่ยวข้องในการวินิจฉัย แต่ประเด็นที่จะวินิจฉัยจะประกอบด้วยบุคคลที่ฝ่ายจะขึ้นอยู่กับกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้⁶⁴ ซึ่งโดยปกติแล้วประเด็นที่จะวินิจฉัยจะมีบุคคลเพียงฝ่ายเดียวเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ไม่ว่ากรณีใดก็ตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธินี้ก็มิมีสาระสำคัญสองประการ 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 *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและความคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. (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. Jayaretner* คดีนี้อธิบดีสั่งทอ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายได้ยกเลิกใบอนุญาตของผู้ประกอบการสั่งทอ กฎหมายดังกล่าวนี้ให้อำนาจแก่อธิบดีสั่งทอในการพิจารณาความเหมาะสมว่าผู้ได้รับอนุญาตไม่เหมาะสมที่จะประกอบการต่อไป ผู้ประกอบการคัดค้านอธิบดีสั่งทอว่า อธิบดีไม่ได้จัดให้มีการไต่สวนที่จะกระทำการโดยยึดหลักความยุติธรรม คณะกรรมการศาลว่าด้วยองคมนตรี (Judicial Committee of the Privy) ตัดสินในหัยยกคำร้อง โดยให้เหตุผลว่า เมื่ออธิบดีสั่งทอจะมีอำนาจพิจารณาความเหมาะสม 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 *องค์การและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย* (น.114-116). เล่มเดิม.

(2) เจ้าหน้าที่ได้รับมอบอำนาจให้ตัดสินโดยมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้าง ตัวอย่างเช่น คดี Rex V. Lemon St. Police Station Inspector คดีนี้รัฐมหาดไทยออกคำสั่งจับไล่คนต่างด้าวผู้หนึ่ง 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) กรณีที่มีความจำเป็น ต้องป้องกันหรือแก้ไข เพื่อความมั่นคงของส่วนรวม ตัวอย่างเช่น ตำรวจมีคำสั่งควบคุมหรือห้ามจัดขบวนแห่สาธารณะของท้องถิ่น ในช่วงเวลาที่กำหนดไว้ด้วยเหตุผลว่าอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง ในกรณีนี้ศาลไม่ให้สิทธิแก่องค์กรของขบวนแห่สาธารณะที่จะทราบถึงความประสงค์ในการออกคำสั่ง หรือโต้แย้งคำสั่งนั้นได้ เพราะอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองขึ้นได้

(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 และกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกซึ่งมีที่มาพื้นฐานจากหลัก “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 ซึ่งระบบนี้มุ่งหมายแต่จะได้รับความครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหารเพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดขึ้นแก่ตน อนึ่ง การให้คณะให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยกำกับดูแลอีกส่วนหนึ่ง อันเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตามข้อพึงสังเกตเกี่ยวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้⁷⁰

(1) พระราชบัญญัตินี้มิได้วางหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ยังกำหนดหลักเกณฑ์ด้วยว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย

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.

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง”

การละเมิดที่เกิดแต่การปฏิบัติหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่กรมชลประทานสร้างเขื่อนล้าเข้าไปในที่ดินของเอกชน หรือเจ้าพนักงานที่ดินออกโฉนดที่ดินทับที่ดินของบุคคลอื่น ทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย กรณีเช่นนี้กฎหมายให้บุคคลภายนอกเรียกร้องค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดอยู่จะเรียกร้องจากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ แต่ถ้าทำนอกหน้าที่หน่วยงานราชไม่ต้องรับผิดชอบ ผู้เสียหายต้องไปเรียกร้องเอาจากพนักงานผู้นั้นโดยตรง มาตรา ๖ ห้ามมิให้ผู้เสียหายเรียกร้องเอาจากเจ้าหน้าที่ แต่ถ้าหน่วยงานนั้นเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของตนน่าจะรับผิดชอบเป็นส่วนตัวก็อาจจะขอให้ศาลหมายเรียกเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมาเป็นคู่ความร่วมได้

กรณีความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นส่วนตัว ตามมาตรา 6 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่กระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้นเป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้” ซึ่งการละเมิดที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานที่ดินรับรังวัดที่ดินให้เอกชนเป็นการส่วนตัวได้ตัดต้นไม้ที่ตนข้างเคียงเสียหายไปหลายต้น พนักงานท่าเรือได้แอบเข้าไปในโกดังเก็บสินค้าเวลากลางคืนแล้วลักเอาสินค้าไปจากโกดัง หรือเจ้าพนักงานของรัฐไปราชการต่างจังหวัดโดยรถยนต์ของทางราชการระหว่างพักแรมได้ขับรถไปเที่ยวหาความสำราญส่วนตัว ขากลับได้ขับรถด้วยความเมาสุราชนคนบาดเจ็บสาหัส ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว ราชการไม่ต้องรับผิดชอบ⁷²

กรณีที่เจ้าพนักงานกระทำละเมิดในหน้าที่โดยจงใจหรือด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น เจ้าพนักงานผู้นั้นยังต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายอยู่กฎหมายเพียงให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้วมาไล่เบี้ยเอาจากเจ้าพนักงานผู้นั้นอีกทีหนึ่ง เช่น มาหักเงินเดือนชดใช้ โดยมาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สิทธิเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคหนึ่งจะมีได้เพียงใดให้คำนึงถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำ และความเป็นธรรมในแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์โดยมิต้องให้ชดใช้เต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้

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

ถ้าการกระทำละเมิดเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ให้หักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มีให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ และเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น”

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

กล่าวโดยสรุปกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นกฎหมายที่มีบทเฉพาะเพื่อให้ทั้งประชาชนผู้เสียหายเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐได้โดยตรงเมื่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ และให้หน่วยงานของรัฐซึ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐ โดยมีการกำหนดอายุความสิทธิเรียกร้องไว้โดยเฉพาะแตกต่างจากหลักละเมิดทั่วไป นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐโดยตรง ก็ยังได้กำหนดสิทธิของหน่วยงานของรัฐที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนอย่างไร ซึ่งเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้วน่าจะเป็นการปกป้องคุ้มครองประชาชนผู้เสียหาย และในขณะเดียวกันก็มีวิธีการบรรเทาภาระของเจ้าหน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่หน่วยงานของรัฐด้วย

3.2.1.2 การเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชำระเงินให้แก่หน่วยงานของรัฐ

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

ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวได้ภายในเวลาที่กำหนด” ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ได้มีนักวิชาการได้อธิบายไว้ดังนี้

สะเทือน ชูสกุล⁷³ ได้อธิบายในเรื่องนี้ว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐอันเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หน่วยงานของรัฐก็มีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทนภายในเวลาที่กำหนดได้โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลในทำนองเดียวกันกับการใช้สิทธิไล่เบี้ยในกรณีที่เกิดการละเมิดขึ้นแก่เอกชนดังกล่าวข้างต้น 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 แม้ว่าการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

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* โดย ปราศจากความผิด (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 แม้ว่าระบบกฎหมายเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่จะมีรากฐานมาจากกฎหมายแพ่งก็ตาม แต่ก็สามารถพัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายมหาชนได้

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สองนี้ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในรายละเอียด คือ

ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 12 ต้องเป็นกรณีการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น หากเป็นการกระทำละเมิดที่มีใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ ก็ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 12 แต่ต้องไปฟ้องร้องกันในทางแพ่ง

ฝ่ายที่สองเห็นว่า มาตรา 12 มีได้บัญญัติให้มีความแตกต่างในการใช้อำนาจออกคำสั่งในกรณีทั้งสอง การออกคำสั่งตามมาตรา 12 จึงใช้ได้ทั้งสองกรณี

มาตรา 12 นี้ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายที่จะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินภายในเวลาที่กำหนดได้โดยไม่ต้องเรียกให้เจ้าหน้าที่มาทำสัญญาประนีประนอมยอมความอย่างในอดีตที่เคยทำกันมา การออกคำสั่งตามมาตรา 12 นี้เป็นมาตรการพิเศษซึ่งจะต้องโยกกลับไปพิจารณามาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดว่าการบังคับทางปกครองไม่ใช่กับเจ้าหน้าที่ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นซึ่งก็ถือว่ามาตรา 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 ทั้งนี้โดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินเจ้าหน้าที่ที่ได้รับคำสั่งให้ชำระเงิน ออกขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน โดยวิธีการยึด การอายัดและการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุ โลม มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ยังคงเป็นปัญหาอยู่ในการบังคับใช้และอาจต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาว่า ในกระบวนการบังคับทางปกครอง อาจมีการใช้อำนาจตามกฎหมายได้ในหลายลักษณะ ทั้งที่เป็นคำสั่งทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามการใช้อำนาจในกระบวนการบังคับทางปกครองที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการใช้อำนาจทางกายภาพของฝ่ายปกครอง ส่วนแล้วแต่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

โดยสรุปแล้วมาตรา 12 นี้มีประโยชน์แก่รัฐค่อนข้างมาก กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดส่วนใหญ่จะยินยอมชำระหนี้ไปตามที่ถูกสอบสวน 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 โดยความสามารถนี้อาจเกิดขึ้นได้โดยกฎหมายกำหนดหรือได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมาย เช่น มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 กำหนดให้นายทะเบียนมีอำนาจเพิกถอนทะเบียนของวัตถุอันตรายที่ไม่ถูกต้องได้ ซึ่งโดยหลักการแล้วการให้ มีอำนาจทางปกครองจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เพราะอำนาจนี้อาจใช้ไปปลบล้างทำลายสิทธิของบุคคลได้ การให้ผู้นี้มีอำนาจจึงกำหนดไว้ในกฎหมาย⁷⁸ การกระทำโดยไม่มีอำนาจเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงมาก ซึ่งเป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลเห็นเองได้โดยไม่ต้องถูกหยิบยกเป็นประเด็นขึ้นมาในคดี แต่ความไม่มีอำนาจนี้เป็นความผิดที่ร้ายแรงมากน้อยต่างกันขึ้นอยู่กับว่าเป็นเพียงการเข้าไปก้าวก่ายในอำนาจหน้าที่ของบุคคลอื่น หรือว่าเป็นการถึงขั้นยึดอำนาจ เพราะผู้กระทำการไม่ใช่แม้แต่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยซ้ำไป⁷⁹

⁷⁸ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. (น.185). เล่มเดิม.

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

ในการพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองว่า องค์กรฝ่ายปกครองใดจะมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากหลักการ⁸⁰ ดังนี้

1) พิจารณาในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจ

คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทรงอำนาจในเรื่องนั้น โดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทย การกำหนดขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง มักจะไม่ได้กำหนดโดยคำหนึ่งถึง “หน่วยงาน” เหมือนในต่างประเทศ แต่จะกำหนดโดยคำหนึ่งถึง ตำแหน่ง การพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงมักจะเป็นการพิจารณาลงไปที่ “ตำแหน่ง” ขององค์กรเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามการทำความเข้าใจเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่สำคัญ เช่น ในเบื้องต้นต้องพิจารณาให้ชัดเจนเสียก่อนว่าเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) หรือเป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา) หรือเป็นอำนาจขององค์กรวิชาชีพ (เช่น สภานายความ) องค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางจะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งตามกฎหมายเป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรวิชาชีพไม่ได้ มีข้อสังเกตว่าองค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางอาจมอบภารกิจในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของตนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำภารกิจแทนตนเองได้หากได้มีการมอบหมายภารกิจเช่นแล้ว ย่อมต้องถือว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยที่มีอำนาจในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในเรื่องนั้น

2) พิจารณาในแง่พื้นที่ที่มีอำนาจ

นอกจากการพิจารณาในแง่ของเรื่องที้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในพื้นที่ที่ตนมีอำนาจด้วย เช่น เทศบาลจะออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับได้เฉพาะในเขตพื้นที่ของตนเท่านั้น จะก้าวล่วงไปออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับนอกเขตพื้นที่ของตนไม่ได้

3) พิจารณาในแง่ของตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ

เมื่อทราบว่าองค์กรฝ่ายปกครองใดมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดและในเขตพื้นที่ใดแล้ว ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ในหลายกรณีระบบกฎหมายไทยมักระบุตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้ผู้บัญชาการ

⁸⁰ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (น.162). เล่มเดิม.

ตำรวจนครบาลเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการสถานที่ตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร เป็นต้น เมื่อกรณีที่กฎหมายกำหนดตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองไว้แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งอื่น ไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าหรือสูงกว่า ย่อมไม่อาจใช้อำนาจของตำแหน่งที่กฎหมายได้ระบุไว้ ออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองได้ ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะอยู่ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาต้องการออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรผู้บังคับบัญชาจะต้องสั่งการให้องค์กรผู้ได้บังคับบัญชาดำเนินการ เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนและองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ได้บังคับบัญชาไม่อยู่ในฐานะที่จะออกคำสั่งทางปกครองได้ องค์กรผู้บังคับบัญชาอาจสอดเข้ามาใช้อำนาจแทนองค์กรผู้ได้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครองได้

4) พิจารณาในแง่ตัวบุคคลที่มีอำนาจในตำแหน่ง

เมื่อทราบว่าจะองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดได้รับการแต่งตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นย่อมมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งที่ตนได้รับแต่งตั้งนั้น และแม้ต่อมาในภายหลังจะปรากฏว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย 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

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองอาจเป็นบุคคลเดียวที่เรียกว่า “องค์กรเดียว” หรือคณะบุคคล (คณะกรรมการ) ที่เรียกว่า “องค์กรกลุ่ม” ก็ได้ แต่ทั้งนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นเลยย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸³ ในกรณีของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเป็นคณะกรรมการ คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองจะต้องมีองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน จึงจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นได้ ซึ่งกฎหมายที่จัดตั้งคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองจะกำหนดไว้เสมอว่าให้คณะกรรมการ คณะนั้นประกอบด้วยประธานกรรมการและกรรมการจำนวนกี่คน คณะกรรมการจะเริ่มดำเนินการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว การพิจารณาทางปกครองที่ทำลงโดยคณะกรรมการซึ่งยังไม่มียกองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมไม่สมบูรณ์ 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 จะเห็น ได้ 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. พันวารการดำรงตำแหน่งไปแล้ว 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 ย่อมไม่กระทบกระเทือนด้วยเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่งแต่อย่างใด

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 เว้นแต่กรรมการนั้นจะได้ทราบการบอกนัดในที่ประชุมแล้ว 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 และในกรณีที่คณะกรรมการนั้นเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งกฎหมายย่อมคาดหมายให้ ำช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปในทางใดทางหนึ่ง 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 กมลชัย รัตนสกาวงษ์ ศ, 2539, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

บัญญัติห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำการพิจารณาทางปกครองในสองกรณี คือ กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น มีลักษณะต้องห้ามด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก และกรณีที่ปรากฏเหตุอันควรกังวลว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น ไม่มีความเป็นกลางหรือเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

ก. ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก

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

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

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

เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้มีความยืดหยุ่น โดยให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดกรณีอื่นเพิ่มเติมจากที่มีการบัญญัติไว้โดยกำหนดเป็น กฎกระทรวง⁸⁷

ข. ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน

ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้” กล่าวคือ เหตุที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง คือ เหตุที่อาจก่อให้เกิดความไว้วางใจในการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่คู่กรณีไม่ไว้วางใจหรือพิจารณาจากประโยชน์สาธารณะแล้ว เห็นได้ว่าวิญญูชนทั่วไปย่อมไม่อาจไว้วางใจให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นใช้อำนาจทางปกครองได้ ตัวอย่างของเหตุที่มีสภาพร้ายแรงซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 16 ได้แก่กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นมิตรหรือเป็นปฏิปักษ์กับคู่กรณี มีความสัมพันธ์ยาวนานกับคู่กรณี เป็นคู่แข่งทางการค้ากับคู่กรณี เคยแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคู่กรณีมาก่อนแล้วโดยมีอคติ หรือเหตุอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กรณีเช่น เจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ยอมออกใบอนุญาตประกอบการสถานบริการให้แก่ผู้ขออนุญาตรายหนึ่ง เพราะเหตุที่เกรงว่าหากยอมให้เปิดสถานบริการแล้วก็จะกระทบรายได้ของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งที่ตั้งอยู่ในบริเวณเดียวกันซึ่งภรรยาของตนหรือญาติมีหุ้นส่วนในกิจการดังกล่าวอยู่ด้วย 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 หรือการที่องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งจะต้องดำเนินการให้้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งหนึ่งให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบก่อนก็เพื่อประโยชน์⁸⁸ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น

ประการที่สอง เพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการให้ปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น มักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญหรือมีความสลับซับซ้อนหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในเรื่องนั้น ๆ เช่น การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การพิจารณาที่เกี่ยวกับความเดือดร้อนเสียหายที่เป็นประโยชน์สาธารณะ หรือการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีใช้เงินหรือกระทบต่องบประมาณแผ่นดิน เป็นต้น ซึ่งการปรึกษาหารือหรือให้ความเห็นชอบดังกล่าวนี้จะเป็นการช่วยให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองได้รับข้อมูลหลาย ๆ ด้านจากบุคลากรหรือองค์กรฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความสามารถเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น

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

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

ดังกล่าวได้บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่ทำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ 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 เจ้าหน้าที่ย่อมต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบว่าปรากฏหลักฐานว่าสถานบริการดังกล่าวได้ปล่อยให้ผู้เยาว์เข้าไปใช้บริการในวัน 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 ผู้ฟ้องคดีจึงมีโอกาสดำเนินการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพียง 1 วัน เท่านั้น เห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้มีเวลาเตรียมตัวอย่างเพียงพอที่จะทำความเข้าใจข้อเท็จจริงและจัดทำคำชี้แจงรวบรวมพยานหลักฐาน สนับสนุนข้อโต้แย้งของตนตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁸⁹ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.175). เล่มเดิม.

อย่างไรก็ตามหากคำสั่งทางปกครองที่จะออกมาเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น คำสั่งอนุมัติทุนการศึกษา คำสั่งอนุญาตให้ประกอบกิจการ คำสั่งรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเจ้าหน้าที่จำเป็นจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งดังกล่าว 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 การปฏิเสธคำขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพประกอบกิจการเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ยื่นคำขอหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการหรือกระทำการต่าง ๆ ได้ตามใจปรารถนาของตน และการที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลประกอบวิชาชีพ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์เพียงเพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มีโอกาสควบคุมตรวจสอบเสียก่อนว่า การประกอบอาชีพของผู้ยื่นคำขอจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะด้านต่าง ๆ หรือไม่ หากผลการตรวจสอบปรากฏว่าผู้ยื่นคำขอมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด ก็ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะไม่ออกใบอนุญาตให้ตามคำขอ ดังนั้น การปฏิเสธคำขอใบอนุญาตหรือแม้แต่การออกใบอนุญาตโดยมีเงื่อนไขให้ผู้รับอนุญาตต้องกระทำ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพประโยชน์อันชอบธรรมของผู้ยื่นคำขอ

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 และรวบรวมพยานหลักฐานสนับสนุนคำชี้แจงและข้อโต้แย้งส่วนระยะเวลาดังกล่าวจะสั้นหรือยาวขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของแต่ละเรื่อง

ค. สิทธิที่จะขอตรวจดูเอกสารหรือพยานหลักฐานที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตน

ง. สิทธิที่จะแต่งตั้งทนายความหรือที่ปรึกษาเพื่อช่วยเหลือตนในการโต้แย้งข้อเท็จจริงที่ได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่และสิทธิที่จะนำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองในกรณีที่คุณจำเป็นต้องมาปรากฏตัวต่อเจ้าหน้าที่

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

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครอง ต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ”

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

มาตรา 30 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหน้าที่ในทางตรงกันข้ามไว้เช่นกัน โดยในกรณีที่เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ 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 กรณีจึงขึ้นอยู่กับกรณีสั่งน้ำหนักความสำคัญระหว่างการดำเนินการตามขั้นตอนปกติกับการป้องกันความเสียหาย ซึ่งตามความเป็นจริงในทางกฎหมายเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบทั้งสองด้านอยู่แล้ว เพราะถ้าหากมีคำสั่งทางปกครองผิดพลาดเนื่องจากไม่ได้รับฟังข้อเท็จจริงตนก็ต้องรับผิดชอบ แต่การดำเนินการให้เกิดความล่าช้าจนเกิดความเสียหายร้ายแรงแก่ผู้ใดหรือแก่ประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่ก็ต้องรับผิดชอบต่อผู้นั้นและต่อผู้บังคับบัญชา

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

(3) ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีผู้มีคำขอได้ให้ไว้นั้นครบถ้วนที่จะใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองได้โดยไม่ต้องพิจารณาคำขอเท็จจริงอื่นอีก ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะได้ให้ไว้ในคำขอคำให้การ หรือคำแถลง กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบกับข้อมูลที่ให้ไว้กับเจ้าหน้าที่ 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 อาจจำคุกให้บริษัทเอกชนมาดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นหรืออาจกำหนดค่าปรับเป็นรายวันให้เจ้าของอาคารชำระก็ได้ 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 รายงานการประชุมคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 1-1/2540 วันพุธที่ 14 พฤษภาคม 2540

เพื่อป้องกันการกำหนดราคาซื้อ ราคาขาย หรือการกำหนดเงื่อนไขและวิธีปฏิบัติทางการค้าอันไม่เป็นธรรม และบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบในการออกประกาศดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดบางฉบับไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าให้ผู้ใดหรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้มีอำนาจเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครองหรือนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น แต่บัญญัติให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนั้นเป็นผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ดังกล่าวอีกทอดหนึ่ง เช่น พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 บัญญัติให้นายทะเบียนท้องที่เป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตทำซื้อ มี ใช้ สั่ง หรือนำเข้าซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืนส่วนบุคคลมีอำนาจออกใบอนุญาตทำประกอบ ซ่อมแซม เปลี่ยนลักษณะ ตั้ง นำเข้า คำ หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่งวัตถุระเบิด และมีอำนาจออกใบอนุญาต สั่ง นำเข้า หรือคำสั่งดอกไม้เพลิงและบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งนายทะเบียน

การที่ผู้บัญญัติกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดหรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นก็ดี การที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้แต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งใด หรือคณะกรรมการคณะใดเป็นผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นก็ดี ย่อมเป็นเครื่องแสดงให้เห็นโดยปริยายว่าผู้บัญญัติกฎหมายฉบับนั้นหรือรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับนั้น แล้วแต่กรณีมีความไว้วางใจในตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้นหรือในตัวบุคคลต่าง ๆ ที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการคณะนั้นเป็นพิเศษว่าอยู่ในฐานะที่จะใช้ความรู้ ความสามารถ ตลอดจนประสบการณ์ของเขาทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น ได้โดยถูกต้องตามกฎหมายและเหมาะสมแก่กรณี ดังนั้น จึงหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาหลักหนึ่งว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองเรื่องใด จะต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หรือใช้อำนาจเสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองจะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการต่าง 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 และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นมีเหตุอันควรเชื่อว่าเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบขึ้นคณะหนึ่ง โดยไม่ชักช้า เพื่อพิจารณาเสนอความเห็นเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ผู้นั้นต้องชดใช้

คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้มีจำนวนไม่เกินห้าคน โดยแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่เห็นสมควร

กระทรวงการคลังอาจประกาศกำหนดว่าในกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่จำนวนเท่าใด จะให้มีผู้แทนของหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วยก็ได้

ในการแต่งตั้งคณะกรรมการ ให้กำหนดเวลาแล้วเสร็จของการพิจารณาของคณะกรรมการไว้ด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเมื่อเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นจะต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดที่เกิดขึ้น ซึ่งการดำเนินการก็เป็นไปเพื่อติดตามให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดตามที่กำหนดไว้ในข้อ 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 โดยการพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินสามารถพิจารณาได้จากการจัดซื้อโดยงบประมาณ หากหน่วยงานใดเป็นผู้ใช้เงินงบประมาณในการจัดซื้อ หน่วยงานของรัฐนั้นก็จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ

นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นที่เกี่ยวข้องกับการตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 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 และสอบหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่ามีผู้ใครร่วมกระทำความคิดอีกหรือไม่ทั้งยังมีประโยชน์ต่อการต่อสู้คดีในชั้นศาล 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

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกานี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ความเสียหายเกิดจากบุคคลภายนอก หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจึงไม่จำเป็นต้องตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตามจะต้องรายงานผลการพิจารณาให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายทราบด้วย

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

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกานี้ได้ให้ความเห็นในแนวปฏิบัติในการตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบว่า ในการตั้งคณะกรรมการฯ นั้น ไม่ควรที่จะแต่งตั้งผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่สอบข้อเท็จจริงเป็นกรรมการ เพราะอาจทำให้การสอบข้อเท็จจริงได้ข้อเท็จจริงไม่ครบทุกด้านและจะทำให้มีการบิดเบือนข้อเท็จจริงได้

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

เพื่อที่จะได้นำส่วนแห่งความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐไปหักออกจากค่าเสียหายที่จะเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ ดังนั้น หน่วยงานจึงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำให้ได้ความกระจ่าง แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐทราบแน่ชัดว่า เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคือผู้ใด ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน และเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐแล้ว หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐก็ไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้เป็นข้อยกเว้นที่หน่วยงานของรัฐ ไม่ต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดหากปรากฏเหตุชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดที่จะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคือผู้ใด ทราบจำนวนค่าเสียหายที่แน่นอน และเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐ แต่หากไม่ปรากฏเหตุที่เป็นข้อยกเว้นหน่วยงานของรัฐก็ยังคงต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด

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

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกานี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุที่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงฯ มิได้ให้

โอกาสสุกฤษฎีที่เกี่ยวข้อซึ่งแจ้งข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานอย่างเพียงพอและเป็น
 ธรรมดาที่หน่วยของรัฐจะตั้งคณะกรรมการฯ ขึ้นสอบเท็จจริงอีกครั้ง หน่วยงานของรัฐจะต้อง
 ดำเนินการตามข้อ 8 โดยไม่จำต้องแต่งตั้งบุคคลเดียวกันกับคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับ
 ผิดทางละเมิดชุดเดิมก็ได้

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

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกานี้ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาว่า การที่ผู้ใดจะเป็น
 ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดให้พิจารณาว่า ผู้กระทำละเมิด
 นั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานใดในขณะกระทำละเมิด

กรณีที่ต้องพิจารณาต่อมาคือ หากเกิดความเสียหายที่จะต้องตั้งคณะกรรมการสอบ
 ข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแล้ว จะต้องดำเนินการตั้งคณะกรรมการภายในระยะเวลาเท่าใด
 ซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ โดยตามข้อ 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

เมื่อคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดได้ดำเนินการสอบข้อเท็จจริงจนทราบว่ามีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นหรือไม่และมีเจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายจะต้องรับผิดชอบชดใช้เป็นจำนวนเท่าใดแล้ว 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 อาจจะไม่มีความเห็นให้เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบมากขึ้นหรือน้อยลง 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 และหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาดังนี้

2.3.1 ความเสียหายซึ่งมีสาเหตุจากการทุจริตและหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาให้ผู้ทุจริตรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมจำนวนความเสียหายและพิจารณาให้ผู้เกี่ยวข้องซึ่งกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นโอกาสหรือช่องทางให้เกิดการทุจริต ชดเชยค่าเสียหายเพิ่มเติมจำนวนความเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้ว

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

ความเสียหายที่หน่วยงานของรัฐไม่ต้องส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบตามนัยดังกล่าวข้างต้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรายงานความเสียหายที่เกิดขึ้น ตามแบบที่กระทรวงการคลังกำหนดไปให้กระทรวงการคลังทราบทุกกระยะ 3 เดือน

สำหรับในส่วนการพิจารณาของกระทรวงการคลังนั้น ตามข้อ 17 วรรคสาม ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “ให้กระทรวงการคลังพิจารณาโดยไม่ชักช้า และให้มีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่เห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมอีกก็ได้” 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

คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งอาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมายได้

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

“เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบแต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ 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 คณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีจที่ 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 กรณีนี้ผู้แต่งตั้งย่อมมีอำนาจในฐานะหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหายที่จะออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ

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

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดแทนนายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ดังนั้น เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ในฐานะผู้แต่งตั้งได้แจ้งให้เทศบาลตำบลต้นเปาออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลังแล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งได้ดำเนินการเพื่อให้มีการออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อ 18 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฯ แล้ว เทศบาลตำบลต้นเปาในฐานะหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจึงมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อไปตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ โดยนายกเทศมนตรีตำบลต้นเปาปัจจุบันซึ่งมิได้เป็นผู้มีส่วนร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำละเมิดย่อมมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยไม่มีเหตุอันจะทำให้ขาดความเป็นกลางในการพิจารณาออกคำสั่ง

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

ตามความเห็นของกระทรวงการคลังหรือตามการวินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่
ด้วยแล้วแต่กรณี ไม่อาจวินิจฉัยอุทธรณ์แตกต่างไปจากคำสั่งเดิมได้

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า หากว่าผู้แต่งตั้งไม่ใช่
หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ผู้ซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนก็ยังคงต้อง
เป็นหน่วยงานของรัฐที่เสียหายอยู่เช่นเดียวกับ กรณีที่ผู้แต่งตั้งเป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่
เสียหาย เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่
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 วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามที่เห็นว่าถูกต้อง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

ข. หากผู้แต่งตั้งไม่เห็นด้วยกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลังให้ผู้แต่งตั้งส่งคำอุทธรณ์และความเห็นดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชา และหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการ คำอุทธรณ์ตามที่เห็นว่าถูกต้อง 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 วินิจฉัยสั่งการคำอุทธรณ์ตามที่เห็นว่าถูกต้อง โดยไม่ต้องส่งคำอุทธรณ์ให้กระทรวงการคลังพิจารณาอีก

ข. หากผู้แต่งตั้งไม่เห็นด้วยกับผลการตรวจสอบของกระทรวงการคลัง ให้ผู้แต่งตั้งส่งคำอุทธรณ์และความเห็นดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชา 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