

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ตามระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และแนวทางแก้ไขปัญหา

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองหน่วยงานของรัฐจะต้องพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองขณะออกคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับกฎหมายแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่ออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไปอย่างรุนแรงในลักษณะที่เห็นประจักษ์ชัด หรือต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือที่ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และโดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นผลจากกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง หน่วยงานของรัฐผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ได้มีหน้าที่เฉพาะการคำนึงถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย ซึ่งกระบวนการและขั้นตอนที่สำคัญที่หน่วยงานของรัฐผู้ทรงอำนาจต้องคำนึงในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่กรณีในคำสั่งทางปกครอง การหารือหรือปรึกษาหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องก่อนการออกคำสั่ง การรับฟังคู่กรณีและการให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นขั้นตอนและกระบวนการในการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไว้ กล่าวคือ หากหน่วยงานของรัฐต้องการที่จะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องพิจารณาและดำเนินการตามขั้นตอนที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้ หากหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดหรือดำเนินการโดยไม่ถูกต้อง อาจส่งผลทำให้คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ออกไปนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแนวทางแก้ไขปัญหา

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

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

ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กรณีที่เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานของรัฐและความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ โดยให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายนั้นตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นมา เพื่อสอบสวนให้ทราบว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำความผิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือต่อบุคคลภายนอกหรือไม่ เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หากเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ จำนวนค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคนเจ้าหน้าที่แต่ละคนมีส่วนความรับผิดชอบเป็นอย่างไร และความเสียหายที่เกิดขึ้นหน่วยงานของรัฐมีส่วนบกพร่องด้วยหรือไม่ และเมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้ใดต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด จากนั้นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้อง

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

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

ประเด็นที่หนึ่ง สถานะของคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่เรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการที่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การกระทำทางปกครองใดจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น จึงมีกรณีที่ต้องพิจารณาว่า คำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ และหากเป็นการกระทำทางปกครองแล้ว จะเป็นการกระทำทางปกครองประเภทใด

ตามหลักการของการกระทำทางปกครองสามารถแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองแบ่งออกเป็น นิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมสองฝ่าย โดยนิติกรรมฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมที่ทำโดยบุคคลฝ่ายเดียว ส่วนนิติกรรมสองฝ่ายเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย

กล่าวคือ ต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกันและเมื่อถูกต้องสอดคล้องต้องกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น ซึ่งในทางกฎหมายปกครองก็คือสัญญาทางปกครอง ดังนั้นเมื่อคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองที่ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในลักษณะเป็นผู้กระทำแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งนั้นมิได้เข้ามามีส่วนร่วมกับการกระทำ อีกทั้งไม่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนแสดงเจตนาซึ่งกันและกัน คำสั่งนี้จึงมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองแบบนิติกรรมฝ่ายเดียว

กรณีที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ เมื่อคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวแล้ว คำสั่งนี้จะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวประเภทคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพราะหากคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว การพิจารณาเพื่อออกคำสั่งจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหลักในการพิจารณาว่าคำสั่งใดมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จะต้องพิจารณา ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นคำสั่งที่เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล...” ดังนั้น การทำคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามมาตรา 5 ก็ได้กำหนดคำนิยามของคำว่าเจ้าหน้าที่ไว้ว่า “เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอย่างอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” และเมื่อพิจารณาข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้ “ผู้แต่งตั้งเป็นผู้มีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง” ซึ่งข้อ 4 ได้กำหนดให้ “ผู้แต่งตั้ง หมายความว่า ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อปฏิบัติตามระเบียบนี้” กล่าวคือ ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการที่เป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย¹ ดังนั้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบและมีความเสียหายให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงเป็นเจ้าหน้าที่ตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

¹ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 307/2541

(2) **เป็นการใช้อำนาจปกครอง** การใช้อำนาจปกครองจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจอรัฐ และต้องเป็นอำนาจอรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง อีกทั้งเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งอาศัยอำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าวินิจฉัยสั่งการโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง เมื่อคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. 2539 ประกอบระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งโดยมีลักษณะที่เป็นการสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงถือว่าเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าวินิจฉัยสั่งการอันเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง

(3) **เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์** ลักษณะของคำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เมื่อคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน มีลักษณะเป็นการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งต้องผูกพันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐ หากถึงกำหนดแล้วไม่ชำระ โดยถูกต้องครบถ้วน หน่วยงานของรัฐอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ คำสั่งนี้จึงเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่และเป็นสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่กับหน่วยงานของรัฐ

(4) **มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง** ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองนี้ เป็นการกำหนดถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก้าวไปสู่อุปเจตสิทธิหน้าที่ของประชาชน และหากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนย่อมฟ้องร้องต่อศาลได้แม้การกระทำดังกล่าวได้แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ยังไม่มีผลโดยตรงสู่ภายนอก เช่น กฎเกณฑ์ภายในที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานหรือแนวทางในการใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือเวียน คำสั่งภายใน หรือในรูปแบบอื่นก็ตาม ย่อมเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง ประชาชนไม่มีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลเพื่อโต้แย้งกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองดังกล่าวทันทีไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การมีผลออกไปนอกฝ่ายปกครองนี้ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่อาจจะเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใต้บังคับบัญชาก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งให้องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติในฐานะที่องค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชามีสถานะเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแล้ว คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทาง

ปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แต่ถ้อยคำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาและคำสั่งกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรงแล้ว คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง² เมื่อคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครองออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลที่ไม่ใช่ส่วนหนึ่งขององค์กร และไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรง คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนี้จึงถือว่ามิใช่ผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองแล้ว

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

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

² หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.111). เล่มเดิม.

อันเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง และนอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงทฤษฎีและหลักการของคำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาและคำสั่งว่าคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

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

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

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 แม้ว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนจะมีมูลมาจากการกระทำละเมิดก็ตาม แต่บทบัญญัติในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้อำนาจหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินได้โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาล ประกอบกับ มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ได้ยืนยันว่าคำสั่งที่กำหนดให้ผู้ใดชำระเงินเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะออกคำสั่งให้ชดเชยเงินจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายต้องการ จึงจะทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดเชยเงินได้ เมื่อคำสั่งให้ชดเชยเงินของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคำสั่งทางปกครอง หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งนั้น ตามนัย มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

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

ประเด็นที่สอง การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณา

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

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

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

³ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง (น.53). เล่มเดิม.

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

การกำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนมีหน้าที่ต้องส่งเรื่องไปปรึกษาหารือ และกำหนดให้กระทรวงการคลังเป็นผู้มีหน้าที่รับปรึกษาหารือนี้ เป็นการกำหนดตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ต้องส่งเรื่องไปปรึกษาหารือและผู้มีหน้าที่ให้การปรึกษาหารือ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการจัดลักษณะขององค์การปรึกษาหารือไว้⁷ ดังนี้

⁴ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.151). เล่มเดิม.

⁵ การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศอังกฤษ (น.13). เล่มเดิม.

⁶ ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ (น.34). เล่มเดิม.

⁷ เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (น.268). เล่มเดิม.

(1) องค์การที่ให้คำหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องหารือองค์การดังกล่าวก่อนการสั่งการ ซึ่งผู้ออกคำสั่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นองค์คณะทางบริหารก็ได้ เช่น สภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัย เป็นต้น

(2) การปฏิบัติทางสภา คือ การกำหนดให้การกระทำของรัฐบาลบางเรื่องต้องผ่านการหารือคณะกรรมการหรือผู้เสนอรายงานของคณะกรรมการของรัฐสภาเสียก่อน กฎนี้ที่ออกภายใต้เงื่อนไขนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ถ้าไม่ผ่านการหารือย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) กรณีองค์การที่ให้คำหารือเป็นองค์การเอกชน เช่น สหภาพ กรณีนี้ศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำหารือจะพิจารณาเพียงว่า ได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนคือมีการหารือหรือไม่

(4) องค์การให้คำปรึกษาหารืออาจเป็นองค์การทางปกครองที่เป็นองค์คณะและมีหน้าที่เพียงแต่ให้คำปรึกษาหารือเท่านั้น

การส่งสำนวนของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนี้ กระทรวงการคลังจึงมีลักษณะเป็นหน่วยงานของรัฐหรือองค์การผู้ให้ปรึกษาหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ตามหลักการของระบบกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งหากไม่ได้ดำเนินการปรึกษาหารือหรือกระทรวงการคลังก่อนออกคำสั่ง คำสั่งนั้นจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procedure) และอาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้

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

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

โดยสรุปการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการส่งสำนวนไปให้กระทรวงการคลังพิจารณาตรวจสอบก่อนที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนในการพิจารณาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ดำเนินการอาจส่งผลทำให้คำสั่งนั้นไม่สมบูรณ์และอาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้ อันเป็นหลักการที่สอดคล้องกับทฤษฎีทางกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ต้องดำเนินการพิจารณาหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

ประเด็นที่สาม การที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

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

หน่วยงานของรัฐอื่นก่อนออกคำสั่งทางปกครองนี้ ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁸ ได้มีหลักการเกี่ยวกับลักษณะของความเห็นและการต้องผูกพันตามความเห็นของหน่วยงานที่ปรึกษาหารือไว้ดังนี้⁸

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

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

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

ส่วนลักษณะของคำสั่งที่ออกภายหลังการปรึกษาหารือจะมีผล ดังนี้

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

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

⁸ แหล่งเดิม. (น.268).

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

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

หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนก็ต้องไม่ออกคำสั่งนั้นเลย ดังนั้น การที่ข้อ 18 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิด พ.ศ. 2539 กำหนดให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนจะต้องดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการขัดต่อกรณีที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หาข้อไป (avis conforme) ตามหลักการของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่หากหน่วยงานของรัฐที่หาข้อไปไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการปรึกษาหารือก็ไม่ต้องออกคำสั่งนั้น และยังขัดต่อหลักการปรึกษาหารือของประเทศอังกฤษที่กำหนดหลักการว่า เมื่อหน่วยงานของรัฐทำการปรึกษาหารือไปแล้ว หน่วยงานที่ปรึกษาหารือย่อมไม่จำเป็นต้องผูกพันตามความเห็นต่าง ๆ ที่ตนได้รับ เพราะมีเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการหน่วงเหนี่ยวหรือจำกัดการใช้ดุลพินิจ (Fetter of Discretion) ซึ่งการหน่วงเหนี่ยวการใช้ดุลพินิจนี้ ศาลอังกฤษถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่มิชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังอาจจะขัดต่อหลักการปรึกษาหารือก่อนออกคำสั่ง เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการปรึกษาหารือก็เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็น และเพื่อจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหากับกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

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

ประการที่หนึ่ง ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หากผู้แต่งตั้งกรรมการสอบสวนนั้นเห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง กรณีนี้จะเป็นกรณีที่ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่าความเห็นของ

กระทรวงการคลังเป็นไปในทางเดียวกับความเห็นของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน จึงออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง หรือ

ประการที่สอง ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนยังไม่ต้องออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังในทันที หากผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยกับความเห็นของกระทรวงการคลัง แต่ให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการพิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่ง โดยนำความเห็นของกระทรวงการคลังนั้นมาประกอบการพิจารณาว่า ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่เห็นด้วยในเรื่องใด ด้วยเหตุผลประการใดแล้วจึงมีคำสั่งออกมา ซึ่งการนำความเห็นของกระทรวงการคลังมาประกอบการพิจารณานี้จะเป็นสิ่งที่ถ่วงดุลการพิจารณาของผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เพราะจะทำให้ผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนมีความละเอียดรอบคอบ และมีเหตุผลสนับสนุนหนักแน่นในการพิจารณา ถ้าหากมีความเห็นแตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังก็ต้องมีเหตุผลที่รับฟังได้ยิ่ง นอกจากนี้ควรเผยแพร่แสดงเหตุแห่งการไม่เห็นด้วยกับความเห็นกระทรวงการคลังให้ทราบ โดยจัดพิมพ์เหตุแห่งการไม่เห็นด้วยนี้ไว้ในเอกสารที่ประชาชนทั่วไปสามารถสืบค้นได้โดยง่าย หรืออาจเผยแพร่ทางเว็บไซต์ก็ได้

4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และแนวทางแก้ไข

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จะมีหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งสองหน่วยงานด้วยกัน คือ หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดและดำเนินการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน กับกระทรวงการคลังที่มีหน้าที่ตรวจสอบสำนวนการสอบสวนและให้ความเห็นประกอบสำนวนการสอบสวน เพื่อให้หน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเห็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งจากการที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสองหน่วยงาน กรณีจึงเกิดปัญหาตามมาเกี่ยวกับความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ จะถือว่าหน่วยงานผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่ง หรือจะถือว่ากระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออก

คำสั่ง เนื่องจากในท้ายสุดหน่วยงานของรัฐที่ตั้งคณะกรรมการสอบสวนอย่างไรเสียก็ต้องดำเนินการออกคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ 18 แห่งระเบียบดังกล่าว ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้นี้มีหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศที่ต้องพิจารณา ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายเป็นลำดับ ดังนี้

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

ข้างต้นแล้ว จึงมาพิจารณาต่อไปว่าหน่วยงานใดในองค์กรที่มีภารกิจเรื่องนั้นเป็นหน่วยงานที่ทรงอำนาจ กรณีนี้เป็นการพิจารณาอำนาจของหน่วยงานในองค์กร (Ressortkompetenz)⁹

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

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

⁹ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (น.60). เล่มเดิม.

¹⁰ หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมไทย (น.102). เล่มเดิม.

¹¹ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของอังกฤษ (น.318). เล่มเดิม.

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

ส่วนกรณีของกระทรวงการคลัง ผู้เขียนเห็นว่า ตามระเบียบฉบับนี้กระทรวงการคลังเป็นเพียงหน่วยงานที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือและให้ความเห็นแก่หน่วยงานที่ได้รับความเสียหายที่ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเท่านั้น ทั้งนี้ก็เพื่อให้การพิจารณาและออกคำสั่งนั้นได้มีการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบก่อนออกคำสั่ง โดยกระทรวงการคลังไม่ได้เป็นหน่วยงานผู้มีหน้าที่ดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงและออกคำสั่ง กระทรวงการคลังจึงไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจที่แท้จริงในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายที่มีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและดำเนินการออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหากับกรณีความไม่แน่ชัดว่าหน่วยงานใดคือหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

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

สอบสวนและออกคำสั่ง โดยกำหนดให้มีสถานะที่ชัดเจนว่าเป็นหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณาและออกคำสั่ง ส่วนกรณีของกระทรวงการคลังก็กำหนดให้ชัดเจนว่ามีสถานะเป็นเพียงหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือ และมีหน้าที่ให้ความเห็นประกอบการพิจารณาของหน่วยงานผู้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น โดยให้กำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนี้

“ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้ผู้แต่งตั้งเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยมีกระทรวงการคลังเป็นผู้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือและให้ความเห็นประกอบการพิจารณาเพื่อออกคำสั่ง”

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

4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และแนวทางแก้ไข

4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น เนื่องจากคำสั่งนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การดำเนินการเพื่อออกคำสั่งจึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งขั้นตอนและกระบวนการหนึ่งที่จะต้องดำเนินการก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่หากหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการ อาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ คือ การเปิดโอกาสให้คู่กรณีซึ่งในที่นี้คือเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้มีโอกาสดูชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน โดยข้อ 15 แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติ

เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ “คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดต้องให้โอกาสเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหาย ได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม” อันเป็นบทบัญญัติหลักการเกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน แต่อย่างไรก็ตาม ในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังระเบียบฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งพยานหลักฐานไว้โดยตรง มีการกำหนดแต่เพียงว่าให้กระทรวงการคลังมีอำนาจตรวจสอบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และหากเห็นสมควรจะให้บุคคลใดส่งพยานหลักฐานหรือมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นปัญหาของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งหากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นประสงค์ที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลังจะกระทำได้หรือไม่ และต้องดำเนินการอย่างไร ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักการทางกฎหมายทั้งในประเทศและต่างประเทศได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการให้โอกาสคู่กรณีได้ชี้แจงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานไว้ ดังนี้

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

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยไว้จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ”

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 30 นี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบ

ข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เว้นแต่เป็นกรณีที่ เป็นข้อยกเว้นตามวรรคหนึ่ง (1) ถึง (6) ที่เจ้าหน้าที่อาจออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่จำเป็นต้องให้ คู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชี้คำสันนิษฐานใหม่ ทดแทน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทาง ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แล้วจะเห็นได้ว่า คำสั่งดังกล่าวมีผลเป็นการสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้รับ คำสั่งต้องดำเนินการชี้คำสันนิษฐานใหม่ทดแทน หากไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน หน่วยงาน ของรัฐอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นและ ขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ ดังนั้น คำสั่งนี้จึงเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิของ เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่ง และเมื่อเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิแล้ว ประกอบกับไม่เข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้อง รับฟังคู่กรณี หน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งจึงต้องเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้มีโอกาสโต้แย้ง แสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่ง และจากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศก็ได้มีการ กำหนดหลักการข้างต้นไว้โดยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือ สิทธิของคู่กรณีที่ จะได้รับการ รับฟัง (Recht auf Gehör) ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 28¹² แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทาง ปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ว่า “ในกรณีที่หน่วยงานจะออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึง สิทธิของคู่กรณี หน่วยงานต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทาง ปกครองนั้นมีสิทธิชี้แจงแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของ หน่วยงาน” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของ คู่กรณีแล้ว (ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Beteiligten eingreift) หน่วยงานของรัฐนั้น จะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีสิทธิชี้แจงแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงก่อนออกคำสั่งทาง ปกครอง หากหน่วยงานไม่ดำเนินการ ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในแง่กระบวนการ พิจารณา (Verfahrensfehler) และอาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้

ส่วนในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสการให้ผู้มีส่วนได้เสียได้โต้แย้งคัดค้านก่อนออก คำสั่งทางปกครองนี้ถือว่าเป็นกระบวนการที่ได้รับความคุ้มครองจากกระบวนการพิจารณา ในศาลที่เรียกว่า “สิทธิต่อสู้โต้แย้ง (Droit de la défense)” ซึ่งหลักสิทธิต่อสู้โต้แย้งนี้ ศาล C.E. ได้ตั้งเคราะห์จากหลักกฎหมายอาญาและวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประกอบกับเจตนารมณ์ในการ ปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลซึ่งประกาศอยู่ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 โดยหากศาลพบว่าในรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องใดมีบทบัญญัติคุ้มครองปัจเจกชนได้ เหมาะสม ศาลก็จะ ตั้งเคราะห์เอาหลักหรือวิธีการในกฎหมายนั้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

¹² Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG Section 28.

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

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

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

¹⁴ องค์การและวิธีการคุ้มครองประชาชนและความคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย (น.110). เล่มเดิม.

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

4.3.2 แนวทางแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับกรณีการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ในการพิจารณาออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้คำสนไหมทดแทน

จากการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยให้เพิ่มบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้รับคำสั่งได้ชี้แจงโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนในชั้นการพิจารณาของกระทรวงการคลัง ด้วยการนำหลักการตามบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาบัญญัติไว้ในข้อ 17 แห่งระเบียบ ดังนี้

“กระทรวงการคลังต้องให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม”

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