

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่คณะกรรมการบริหาร
สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติพิจารณา

สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) ได้มีหนังสือ ที่ สอชช. ๒๕๐๐/๙๗๙ ลงวันที่ ๒๙ สิงหาคม ๒๕๕๙ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบข้อหารือของสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การนับองค์ประกอบ องค์ประชุม และการลงมติของคณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (เรื่องเสร็จที่ ๔๑๔/๒๕๕๙) ซึ่งคณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติได้พิจารณาแล้วเห็นว่ายังมีปัญหาข้อกฎหมายเพิ่มเติมเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว จึงขอหารือเพิ่มเติมโดยมีข้อเท็จจริงสรุปความได้ว่า

๑. สืบเนื่องจากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ได้มีหนังสือ ที่ ตผ ๐๐๒๖/๐๖๖๒ ลงวันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๗ ถึงประธานกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ โดยเห็นว่า การที่ผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ เข้าศึกษาหลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร (วปอ.) รุ่นที่ ๕๖ ตั้งแต่วันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๖ ถึงวันที่ ๑๘ กันยายน ๒๕๕๗ มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ผู้อำนวยการฯ จึงขอให้สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง

๒. คณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงกรณีผู้อำนวยการฯ (นายไตรรัตน์ ฉัตรแก้ว) เข้าศึกษาหลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร (วปอ.) รุ่นที่ ๕๖ ตามคำสั่ง ที่ ค. ๘๗/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๕๗ โดยมีนายวิวัฒน์ วงศ์วรวิภัทร์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ เป็นประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริง และเมื่อได้สอบข้อเท็จจริงเสร็จแล้วได้รายงานผลการสอบข้อเท็จจริงต่อคณะกรรมการบริหารฯ โดยเห็นว่าผู้อำนวยการฯ (นายไตรรัตน์ฯ) เข้าศึกษาหลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร (วปอ.) รุ่นที่ ๕๖ โดยไม่ชอบ ละเมิดสัญญาจ้างตามข้อ ๕ และข้อ ๖ กรณีไม่สามารถทำงานให้แก่สำนักงานฯ ได้เต็มเวลา ทำให้ขาดคุณสมบัติผู้อำนวยการตามมาตรา ๒๕ แห่งพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๖ คณะกรรมการบริหารฯ ควรเลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ โดยในการประชุมคณะกรรมการบริหารฯ ครั้งที่ ๑๗/๒๕๕๗ วันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๗ ได้มีมติให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ และประธานกรรมการบริหารฯ ได้มีคำสั่ง ที่ ค. ๒๒๒/๒๕๕๗ ให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๗ และมีคำสั่ง ที่ ค. ๒๒๗/๒๕๕๗ ให้นายไตรรัตน์ฯ ออกจากตำแหน่งผู้อำนวยการฯ ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๗

ส่งพร้อมหนังสือ ที่ นร ๐๙๐๔/๓๔๗ ลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๕๙ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

๓. ต่อมาในการประชุมคณะกรรมการบริหารฯ ครั้งที่ ๕/๒๕๕๙ วันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๕๙ ได้มีมติให้เพิกถอนคำสั่ง ที่ ค. ๒๒๒/๒๕๕๗ ให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๗ และคำสั่ง ที่ ค. ๒๒๓/๒๕๕๗ ให้นายไตรรัตน์ฯ ออกจากตำแหน่งผู้อำนวยการฯ ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๗ โดยเห็นว่าการลงมติเลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ ของคณะกรรมการบริหารฯ ในการประชุม ครั้งที่ ๑๓/๒๕๕๗ เมื่อวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๗ เป็นการประชุมและลงมติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากนายวิวัฒน์ฯ เป็นประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริงและเป็นกรรมการในคณะกรรมการบริหารฯ ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

๔. แต่เนื่องจากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ ตผ ๐๐๒๗/๐๗๕๑ ลงวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๙ เรียนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ในขณะนั้น) มีข้อทักท้วงโดยสรุปความว่า

๔.๑ กรณีนายไตรรัตน์ฯ มิได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย แต่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดสัญญาจ้าง เมื่อสัญญาจ้างข้อ ๖ และข้อ ๙ ได้กำหนดเงื่อนไขการสิ้นสุดสัญญาจ้างไว้ และกำหนดให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยมติคณะกรรมการบริหารฯ ซึ่งไม่ได้กำหนดให้ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เนื่องจาก การปฏิบัติดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามสัญญาจ้างไม่ได้ดำเนินการตามระเบียบสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) ว่าด้วยวินัยและการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. ๒๕๕๔ การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงจึงเป็นไปเพื่อรวบรวมข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นเบื้องต้นให้คณะกรรมการบริหารฯ นำไปประกอบการพิจารณาเท่านั้น แม้นายวิวัฒน์ฯ จะเป็นประธานคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงและเป็นกรรมการบริหารร่วมลงมติเลิกจ้างด้วยก็สามารถกระทำได้

๔.๒ การที่นายไตรรัตน์ฯ ได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองกลางและศาลปกครองกลาง มีคำสั่งไม่รับฟ้อง ในประเด็นขอให้เพิกถอนคำสั่งให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ และให้นายไตรรัตน์ฯ ออกจากตำแหน่งผู้อำนวยการฯ ตามคดีหมายเลขดำที่ ป.๑๓๗/๒๕๕๗ วันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ด้วยเหตุผลที่ว่า กรณีดังกล่าวเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเห็นว่า เมื่อการออกคำสั่งเลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ เป็นการใช้อำนาจตามสัญญาจ้าง มิใช่การออกคำสั่งทางปกครอง จึงไม่อาจนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับได้ ดังนั้น การที่คณะกรรมการบริหารฯ มีมติให้เพิกถอนคำสั่งให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ โดยอ้างว่านายวิวัฒน์ฯ เป็นกรรมการในคณะกรรมการบริหารฯ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นการลงมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๔.๓ ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยว่า กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาจ้างเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาจ้าง ย่อมมีผลให้นิติสัมพันธ์ตามคู่สัญญาจ้างสิ้นสุดลง ศาลไม่มีอำนาจมีคำสั่งให้การบอกเลิกจ้างตามสัญญาจ้างซึ่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจ้างสิ้นสุดไปแล้วฟื้นกลับคืนมาใหม่ได้ นั้น สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน เห็นว่า การลงมติเพิกถอนคำสั่งให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ จะมีผลเป็นการถอนการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาจึงไม่สามารถกระทำได้ เพราะขัดต่อมาตรา ๓๘๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การลงมติเพิกถอนคำสั่งให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติฯ

ได้ฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายจากนายไตรรัตน์ฯ จำนวน ๘,๓๔๑,๖๖๖.๖๗ บาท พร้อมดอกเบี้ย
อัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปี การที่คณะกรรมการบริหารฯ ลงมติเพิกถอนคำสั่งให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ
อาจทำให้นายไตรรัตน์ฯ นำไปกล่าวอ้างต่อศาลปกครองและส่งผลต่อคดี ซึ่งอาจนำความเสียหาย
มาสู่สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ ทำให้ไม่ได้รับชดใช้ค่าเสียหายตามฟ้องแย้ง

๕. คณะกรรมการบริหารฯ ในการประชุม ครั้งที่ ๑๐/๒๕๕๔ เมื่อวันที่ ๘ สิงหาคม
๒๕๕๔ จึงมีมติให้ยกเลิกมติคณะกรรมการบริหารฯ ครั้งที่ ๕/๒๕๕๔ วันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๕๔
ที่เพิกถอนคำสั่ง ที่ ค. ๒๒๒/๒๕๕๗ ให้เลิกจ้างนายไตรรัตน์ฯ ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๔ และคำสั่ง
ที่ ค. ๒๒๓/๒๕๕๗ ให้นายไตรรัตน์ฯ ออกจากตำแหน่งผู้อำนวยการฯ ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๕๔

สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) จึงขอหารือ
ปัญหาข้อกฎหมายในประเด็นดังต่อไปนี้

(๑) กรณีนายวิวัฒน์ วงศ์ราววิภัทร์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการบริหารฯ
ซึ่งเป็นประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริง ได้เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการบริหารฯ และลงมติ
ให้เลิกจ้างผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (นายไตรรัตน์ ฉัตรแก้ว)
เป็นกรณีที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖
แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือไม่

(๒) การประชุมคณะกรรมการบริหารฯ ครั้งที่ ๑๓/๒๕๕๗ วันพุธที่ ๙ กรกฎาคม
๒๕๕๗ ที่มีมติให้ยกเลิกสัญญาจ้างผู้อำนวยการฯ (นายไตรรัตน์ฯ) และให้ออกจากตำแหน่งผู้อำนวยการฯ
ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประการใด

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๓) ได้พิจารณาข้อหารือของสำนักงานส่งเสริม
อุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงาน
ก.พ.ร.) และผู้แทนสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) เป็นผู้ชี้แจง
ข้อเท็จจริงแล้ว มีความเห็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า การบอกเลิกสัญญาจ้างผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริม
อุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ เป็นกรณีการใช้สิทธิตามสัญญาจ้างโดยมิได้เป็นการใช้อำนาจ
ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการทำคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น
ระหว่างบุคคล หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลตามมาตรา ๕^๑
แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทาง
เกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาจ้างไว้แล้วว่ามีใช้คำสั่งทางปกครองแต่เป็นการใช้สิทธิตามสัญญา

มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล
ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล
ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับ
จดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(๒) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ

ทางปกครอง^๖ กรณีจึงไม่สามารถนำมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง^๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นบทบัญญัติใช้บังคับแก่กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางมาใช้แก่กรณีการบอกเลิกสัญญาจ้างผู้อำนวยการฯ ได้

ข้อเท็จจริงตามที่หารือมานี้ปรากฏว่า นายวิวัฒน์ วงศ์วารวิภัทร์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการบริหารฯ เป็นประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริง และได้เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการบริหารฯ ลงมติให้เลิกจ้างผู้อำนวยการฯ (นายไตรรัตน์ฯ) จึงมีปัญห่าว่าเป็นการขัดต่อมาตรา ๒๑ วรรคสาม^๘ แห่งพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๖ หรือไม่

กรณีจึงต้องพิจารณาว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองหน้าที่ของนายวิวัฒน์ฯ นายวิวัฒน์ฯ เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่คณะกรรมการบริหารฯ พิจารณาหรือไม่ ซึ่งการมีส่วนได้เสียนั้นมีความหมายสองนัย กล่าวคือ นัยแรก เป็นหลักการขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of interest) กรณีที่มีประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการขัดกับประโยชน์ของหน่วยงาน ซึ่งตนดำรงตำแหน่งอยู่ และอีกนัยหนึ่งคือ หลักการขัดกันของหน้าที่ (Incompatibility of public function) ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าหน้าที่ในฐานะประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริงขัดกับหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารฯ หรือไม่ โดยเห็นว่า ในการเลิกสัญญาจ้างดังกล่าวนี้ คณะกรรมการบริหารฯ จะเป็นผู้สอบข้อเท็จจริงเองหรือคณะกรรมการบริหารฯ จะมอบหมายให้ผู้อื่นผู้ใดทำหน้าที่สอบข้อเท็จจริงแทนและมารายงานให้คณะกรรมการบริหารฯ พิจารณาก็เป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้เช่นกัน ในกรณีตามที่ขอหารือมานี้ คณะกรรมการบริหารฯ ได้มอบหมายให้นายวิวัฒน์ฯ ทำหน้าที่ประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริงร่วมกับบุคคลภายนอกจำนวนหนึ่งที่คณะกรรมการบริหารฯ แต่งตั้งต่อมานายวิวัฒน์ฯ ได้เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการบริหารฯ และลงมติให้เลิกจ้างผู้อำนวยการฯ (นายไตรรัตน์ฯ) นั้น จึงเป็นการดำเนินการขององค์กรเดียวกันที่แบ่งหน้าที่กันทำงานภายใต้กระบวนการพิจารณาเดียวกันซึ่งสามารถกระทำได้ มิใช่เป็นคนละองค์กรในลักษณะที่องค์กรหนึ่ง

^๖ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๐/๒๕๕๑

หนังสือบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างการปรับปรุงอาคารเคมี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นกรณีผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้สิทธิตามสัญญาจ้าง มิได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หนังสือสัญญาจ้างดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางปกครอง

^๗ มาตรา ๑๖ ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓ เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

^๘ มาตรา ๒๑ การประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม

ฯลฯ

ฯลฯ

ในการปฏิบัติหน้าที่ ประธานกรรมการหรือกรรมการผู้ใดมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่คณะกรรมการพิจารณา ให้ประธานกรรมการหรือกรรมการผู้นั้นแจ้งให้ที่ประชุมทราบ และให้ที่ประชุมพิจารณาว่าประธานกรรมการหรือกรรมการผู้นั้นสมควรจะอยู่ในที่ประชุมหรือจะมีมติในการประชุมเรื่องนั้นได้หรือไม่ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

ทำหน้าที่ตรวจสอบและทบทวนการกระทำของอีกองค์กรหนึ่ง ดังเช่น กรณีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และร้องทุกข์ที่ทำหน้าที่ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชาซึ่งมีความเห็นสอดคล้องกับ คณะกรรมการสอบสวนทางวินัย และกรรมการสอบสวนทางวินัยมาเป็นกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ และร้องทุกข์อีกอันถือได้ว่าเป็นการขัดกันของการปฏิบัติหน้าที่ เพราะการใช้ดุลพินิจของบุคคล ดังกล่าวย่อมมีความโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมอันอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้^๕

ดังนั้น การทำหน้าที่ประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริงของนายวิวัฒน์ฯ กรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการบริหารฯ ซึ่งได้เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการบริหารฯ และลงมติเลิกจ้าง ผู้อำนวยการฯ ด้วยนั้น จึงสามารถกระทำได้มิได้เป็นกรณีการมีส่วนได้เสียโดยการขัดกันของหน้าที่ แต่อย่างใด

ประเด็นที่สอง เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๓) ได้เคยให้ความเห็นไว้แล้ว ในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การนับองค์ประกอบ องค์ประชุม และการลงมติ ของคณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (เรื่องเสร็จที่ ๔๑๔/๒๕๕๙)^๖ ในประเด็นที่สามว่า ผู้อำนวยการฯ ได้ยื่นฟ้องสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ ประธานกรรมการ และกรรมการ ผู้มีมติบอกเลิกสัญญาจ้างต่อศาลปกครองกลาง เมื่อวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๕๗ และศาลปกครองกลางได้รับฟ้องประเด็นค่าเสียหายอันเกิดจากการเลิกสัญญา และโดยที่คดีที่พิพาทนี้ ยังไม่ถึงที่สุดอาจมีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดต่อไปได้ ซึ่งไม่อาจพิจารณาให้ความเห็น

^๕เทียบเคียงจากความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง บันทึกคณะกรรมการ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การประเมินวิทยฐานะครูชำนาญการ : กรณี อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ประถมศึกษาลพบุรี เขต ๒ โดยสรุปความว่า อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาแต่งตั้งคณะกรรมการประเมินข้าราชการครู โดยมีหน้าที่ประเมินข้าราชการครูที่ยื่นขอรับการประเมินเพื่อเสนอ อ.ก.ค.ศ.เขตพื้นที่การศึกษาพิจารณาอนุมัติ ให้ข้าราชการครูที่ผ่านการประเมินมีวิทยฐานะครูชำนาญการ กรณีเช่นนี้ถือว่า คณะกรรมการทั้งสองคณะ เป็นองค์กรเดียวกันที่แบ่งหน้าที่กันทำงานภายใต้กระบวนการพิจารณาทางปกครองเดียวกัน ก่อนที่จะมีการออกคำสั่ง ทางปกครองแต่งตั้งให้ข้าราชการครูมีวิทยฐานะครูชำนาญการ มิใช่เป็นคนละองค์กรในลักษณะที่องค์กรหนึ่งทำหน้าที่ ตรวจสอบและทบทวนการออกคำสั่งทางปกครองของอีกองค์กรหนึ่ง ดังเช่น กรณีของคณะกรรมการพิจารณา อุทธรณ์และร้องทุกข์ที่ทำหน้าที่ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชาโดยมีความเห็นสอดคล้องกับ คณะกรรมการสอบสวนทางวินัย ซึ่งกรณีนี้เจ้าหน้าที่คนเดียวกันจะมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ทั้งในคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยและคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และร้องทุกข์ไม่ได้ เพราะการใช้ดุลพินิจ ของบุคคลดังกล่าวย่อมมีความโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมที่ตนได้เคยพิจารณาวินิจฉัยไปแล้ว อันถือได้ว่า มีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางได้ตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองฯ ดังนั้น อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาฯ จึงอาจแต่งตั้งอนุกรรมการ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาฯ ไปร่วมเป็น คณะกรรมการประเมินในฐานะผู้ทรงคุณวุฒินอกสถานศึกษาได้ โดยไม่ถือเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจ ทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ (เรื่องเสร็จที่ ๕๖๖/๒๕๕๕)

^๖บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การนับองค์ประกอบ องค์ประชุม และการลงมติ ของคณะกรรมการบริหารสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๔/๖๘ ลงวันที่ ๒๒ มีนาคม ๒๕๕๙ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ทางกฎหมายตามนัยข้อ ๙ (๑) แห่งระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ดังนั้น ข้อหาหรือในประเด็นที่สองนี้จึงไม่อาจพิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายได้

(นายดิศทัต โทตระกิตย์)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ธันวาคม ๒๕๕๙

ข้อ ๙ กรรมการกฤษฎีกาจะไม่พิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายในเรื่องดังต่อไปนี้
(๑) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล