

## บทที่ 2

### แนวคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ของเจ้าหน้าที่

ในบทนี้จะศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ได้แก่ แนวความคิดและความเป็นมาของหลักความเป็นกลาง ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง หลักทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หลักการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตามระบบกฎหมายต่างประเทศ และหลักความเป็นกลางตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังนี้

#### 2.1 แนวคิดและความเป็นมาของหลักความเป็นกลาง

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมาย ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไป<sup>1</sup> (general principles of laws) หรือที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า หลักทั่วไปแห่งกฎหมาย (principes généraux du droit) ซึ่งมีผลผูกพันต่อการทำนิติกรรมทางปกครองทุกลักษณะ (tout acte administratif)<sup>2</sup> หลักทั่วไปแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเกิดจากแนวความคิดที่ว่า มีหลักกฎหมายบางอย่างที่ปรากฏ

---

<sup>1</sup> คำว่า หลักกฎหมายทั่วไป ตามกฎหมายไทยเป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 เป็นเรื่องลำดับการใช้กฎหมาย โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร (written law) ก่อน เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีจึงให้นำจารีตประเพณีท้องถิ่น (local custom) มาใช้ หากไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับใช้ได้ ก็ให้นำบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้อีกครั้งหนึ่งในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) แต่หากยังไม่สามารถที่จะนำบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับใช้กับคดีได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรมแล้ว ต้องนำหลักกฎหมายทั่วไป (general principles of laws) มาปรับใช้เป็นขั้นสุดท้าย อ้างถึงใน สมยศ เชื้อไทย. (2553). *คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 157.

<sup>2</sup> Jean-Claude Ricci. (2008). *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> édition, Paris: Hachette supérieur, DL., Coll. Les Fondamentaux. Droit-Sciences politiques. p. 16.

อยู่นอกเหนือจากเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย และอยู่นอกเหนือจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (droit écrit) โดยนักกฎหมายสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่ไม่มียกกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ซึ่งหากเกิดปัญหาช่องว่างของกฎหมาย และไม่มีหลักทั่วไปแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ปรับแก้คดีได้ อาจจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือเกิดสภาวะไร้ชื่อแปงกฎหมาย<sup>3</sup> หลักทั่วไปแห่งกฎหมายเป็นหลักที่นำมาใช้ในการตรวจสอบ (vérification) ความชอบด้วยกฎหมาย (légalité) หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illégalité) ของการกระทำทางปกครอง โดยหลักการนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่มีได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร (n'être inscrit dans aucun texte) ดังนั้น จึงมีอาจค้นหาได้โดยตรงจากรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติ หรือบทบัญญัติใด<sup>4</sup> แต่คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการมักจะปรับใช้ข้อความคิดของหลักทั่วไปแห่งกฎหมายดังกล่าวในการวินิจฉัยคดีเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็สภาแห่งรัฐ<sup>5</sup> หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>6</sup>

หลักการหนึ่งของหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ<sup>7</sup> (justice naturelle) คือ หลักความเป็นกลาง (principe d'impartialité) ที่มีแนวความคิดสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ (État de droit)<sup>8</sup>

<sup>3</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2553). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 153.

<sup>4</sup> Philippe Georges. (1999). *Droit public : concours administratifs, DEUG et licence en droit*, 11<sup>e</sup> édition, Paris: Sirey, Coll. Notions essentielles p. 231.

<sup>5</sup> เช่น คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1958 คดี Syndicat des grossistes de matériel électrique de la région de Provence (CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes de matériel électrique de la région de Provence, D.*, pp. 656-659.) หรือคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 1995 คดี Syndicat des casinos autorisés de France (CE, Sect., 17 mars 1995, *Syndicat des casinos autorisés de France, Rec.*, p. 131.)

<sup>6</sup> เช่น การวินิจฉัยคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 69-55 L ลงวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1969 คดี Nature juridique de certaines dispositions modifiées... CC, Décision N° 69-55 L, 26 juin 1969, Nature juridique de certaines dispositions modifiées, des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites de caractère, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, des articles 2 et 13 bis d - Partiellement législatif et partiellement règlement, *AJDA*, 1969, p. 563.

<sup>7</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและความคุ้มครองฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 171.

<sup>8</sup> ข้อความคิดในเรื่องนิติรัฐตามแนวคิดของกฎหมายฝรั่งเศสนั้น นิติรัฐจะประกอบด้วยเงื่อนไขที่จำเป็นสามประการ คือ

1) ต้องมีการเคารพต่อหลักบรรทัดฐานแห่งกฎหมาย (respect de la hiérarchie des normes) กล่าวคือ ต้องยอมรับและให้การเคารพต่อทฤษฎีลำดับศักดิ์ในทางกฎหมาย โดยรัฐต้องไม่ตรากฎหมายให้มีการขัดหรือแย้งต่อหลักในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

โดยเฉพาะในเรื่องของการเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถโต้แย้งคัดค้านฝ่ายปกครองต่อองค์กรตุลาการซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีความระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองได้<sup>9</sup> กล่าวคือ หากบุคคลใดมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสียอยู่ บุคคลนั้นจะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจพิจารณา วินิจฉัย เตรียมการ หรือสั่งการในเรื่องนั้นได้ หลักการนี้นำมาปรับใช้กับองค์กรของรัฐที่มีอำนาจในการพิจารณาหรือวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรตุลาการ (organisation juridictionnelle) หรือองค์กรฝ่ายปกครอง (administration) ซึ่งเป็นการคัดค้านไม่ให้เป็นผู้พิจารณา วินิจฉัย สั่งการ ร่วมประชุม หรือลงมติใดที่ตนมีส่วนได้เสีย (interest) อยู่ด้วย<sup>10</sup> ดังนั้น ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องมีความเป็นกลางในทุกขั้นตอน ทั้งนี้ หลักความเป็นกลางได้รับการบัญญัติและรับรองไว้ในกฎหมายเฉพาะต่างๆ เช่น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวินัยข้าราชการ (เช่น มาตรา 125 วรรคหนึ่ง<sup>11</sup> แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ

2) ต้องมีหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (égalité des sujets de droit) กล่าวคือ มีการเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถเสนอคดีต่อศาลได้อย่างเท่าเทียมกัน หากมีการละเมิดต่อทฤษฎีลำดับศักดิ์ในทางกฎหมาย และ

3) ต้องมีองค์กรศาลที่เป็นอิสระ (indépendance de la justice) ที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในกรณีที่มีการกระทำอันขัดหรือแย้งต่อทฤษฎีลำดับศักดิ์ในทางกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel)

อ้างอิงใน Edward ARKWRIGHT, Franck BARON, Jean-Luc BÉUF, *et al.*, (2004). *Les institutions de la France*, Paris: la Documentation française, Dalloz, Coll. « Découverte de la vie publique » pp. 14-15.

<sup>9</sup> นิติรัฐ เป็นหลักความคิดทางกฎหมายซึ่งแสดงถึงความเป็นรัฐที่คำนึงถึงกฎหมาย โดยเป็นหลักที่กำหนดในความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับองค์กรของรัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ดังนั้น ประชาชนจึงสามารถเสนอข้อพิพาทโดยโต้แย้งคำวินิจฉัยหรือดุลพินิจของฝ่ายปกครองต่อองค์กรตุลาการที่มีหน้าที่วินิจฉัยคดีความระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองได้ อ้างถึงใน Voir, Raymond Carré de Malberg. (1920).

*Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Tome premier. Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey. p. 488.

<sup>10</sup> บุนผา อัครพิมาน. (2548). หลักกฎหมายทั่วไป. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 5 (1). หน้า 14-15.

<sup>11</sup> มาตรา 125 เมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้ กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อาจถูกคัดค้านได้

(1) เป็นผู้บังคับบัญชาผู้เป็นเหตุให้เกิดความคับข้องใจ หรือเป็นผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาดังกล่าว

(2) มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ร้องทุกข์

(3) มีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้ร้องทุกข์

(4) มีความเกี่ยวพันทางเครือญาติหรือทางความสัมพันธ์กับบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ร้องทุกข์

พลเรือน พ.ศ. 2551) กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจของเอกชน (เช่น มาตรา 11 (5) และ (6)<sup>12</sup> แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551) แต่หากไม่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ย่อมเป็นไปตามมาตรา 3<sup>13</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

สาระสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการ หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ด้วยการกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย และถูกต้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอันเป็นหลักที่ใช้ในการควบคุมการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายจะเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ได้นั้น การกระทำทางปกครองจะต้องดำเนินการตามกระบวนการขั้นตอนที่ถูกต้อง ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดวิธีการขั้นตอนในการทำนิติกรรมทางปกครองไว้ หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญแล้ว อาจมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีผลไม่สมบูรณ์อันจะทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นเสียไปจะเห็นได้ว่า แนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐและหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ต่างเป็นหลักพื้นฐานที่ใช้ในการควบคุมการกระทำ

<sup>12</sup> มาตรา 11 วรรคสามตามมาตรา 10 (4) และ (5) ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(1) มีสัญชาติไทย

๑๗๑

๑๗๑

(5) ไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง ที่ปรึกษาพรรคการเมืองหรือเจ้าหน้าที่พรรคการเมือง

(6) ไม่เป็นผู้ประกอบกิจการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือมีส่วนได้เสียในกิจการเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

๑๗๑

๑๗๑

<sup>13</sup> มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

ทางปกครองของฝ่ายปกครอง ดังนั้น หลักความเป็นกลางซึ่งมีแนวคิดมาจากหลักการทั้งสองนั้น จึงเป็นหลักที่ใช้ในการควบคุมการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ให้ชอบด้วยกฎหมายด้วยนั่นเอง

## 2.2 ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง

การพิจารณาทางปกครอง (administrative Consideration) เป็นเรื่องที่ว่าด้วยกระบวนการในการพิจารณาเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง คำว่า "กระบวนการ" (Procedure) หมายถึงขั้นตอนการดำเนินการที่มีลำดับก่อนหลังต่อเนื่องกัน การนำขบวนการมาใช้อย่างหนึ่งอย่างใดก็เพื่อให้ผลสุดท้ายของงานบรรลุความสำเร็จอย่างถูกต้องและสมบูรณ์ กระบวนการพิจารณาทางปกครองจึงหมายถึง การเอากระบวนการมาเป็นเทคนิคเพื่อเป็นหลักประกันให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครอง มีประสิทธิภาพ และเป็นเรื่องที่น่าเอากระบวนการพิจารณาทางปกครองมากำหนดให้มีสภาพเป็นกฎหมาย (Judicialization)<sup>14</sup> กระบวนการพิจารณาทางปกครองคือการกำหนดหลักเกณฑ์เป็นขั้นตอนเพื่อให้การออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เริ่มตั้งแต่การเตรียมการ การพิจารณา การออกคำสั่งทางปกครอง การทบทวนคำสั่งทางปกครองตลอดจนการบังคับคำสั่งทางปกครอง<sup>15</sup> โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองและทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้น จะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะทำการพิจารณาเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรม

<sup>14</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 15.

<sup>15</sup> มาตรา 56 เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้ เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ก่อน โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั่นเอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งจะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ให้เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองโดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด

## 2.3 หลักทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

### 2.3.1 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจพิจารณาเรื่องทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับมอบอำนาจให้พิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ แต่เอกชนโดยปกติไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยปกติจึงไม่อาจพิจารณาเรื่องทางปกครองได้ เว้นแต่ในบางเรื่องที่รัฐอาจมอบอำนาจให้เอกชนใช้อำนาจทางปกครองแทนรัฐได้ ในกรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเอกชนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยในความหมายของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง<sup>16</sup> จึงมีอำนาจในการพิจารณาเรื่องทางปกครองและออกคำสั่งทางปกครองได้ ผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องทางปกครองนอกจากจะเป็นบุคคลคนเดียวที่เรียกว่า องค์กรเดี่ยวแล้วยังอาจเป็นคณะบุคคล เช่น คณะกรรมการซึ่งเรียกว่า องค์กรกลุ่ม ก็ได้

### 2.3.2 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ ดังนี้

1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

คำสั่งทางปกครองตาม (2) นั้น เป็นการกำหนดโดยฝ่ายบริหารเนื่องจาก ผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้นเห็นว่าในบางกรณีอาจเกิดความไม่ชัดเจนว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่<sup>17</sup>

<sup>16</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑ล๑

๑ล๑

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

๑ล๑

๑ล๑

<sup>17</sup> กฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดให้การดำเนินของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ

คำสั่งทางปกครองในความหมายตาม (2) นี้ย่อมจะถือเอาเป็นความหมายหลักไม่ได้ ในการพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากความหมายแรก ซึ่งอาจแยกแยะองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองออกเป็น 5 ประการ ดังนี้

2.1) คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ (state power)

2.2) คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ (official) คำว่า “เจ้าหน้าที่” ในที่นี้หมายถึง เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง

2.3) คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์อันมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย (Legal) การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองขึ้นและก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย กล่าวคือ อาจมีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่

2.4) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่เกิดผลเฉพาะกรณี (case)

2.5) คำสั่งทางปกครองต้องมีผลบังคับ โดยตรงออกไปภายนอก (outside) ฝ่ายปกครอง

### 2.3.3 คู่กรณีผู้มีส่วนร่วมในการพิจารณาเรื่องทางปกครอง

คู่กรณี หมายถึง เอกชนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้แก่ ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้ที่อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีอาจเป็นผู้เริ่มก่อให้เกิดการพิจารณาเรื่องทางปกครองขึ้นหรืออาจจะเข้ามาในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองภายหลังจากที่ได้มีการเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครองไปแล้วก็ได้ และคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองไม่จำเป็นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น อาจเป็นคณะบุคคลหรือนิติบุคคลก็ได้<sup>18</sup> ผู้ที่จะเป็นคู่กรณีในการพิจารณาเรื่องทางปกครองนั้น จะต้องมีความสามารถ ซึ่งตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ผู้ที่มีความสามารถเป็น

(1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

นอกจากนี้ กฎกระทรวงฉบับนี้ยังได้กำหนดให้การอนุมัติหรือไม่อนุมัติทุนการศึกษาเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ด้วย

<sup>18</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 98.

คู่กรณีได้ คือ ผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะ ผู้ที่แม้จะยังไม่บรรลุนิติภาวะแต่มีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีความสามารถกระทำการในเรื่องที่กำหนดได้ นิติบุคคล หรือคณะบุคคล<sup>19</sup> โดยผู้แทนหรือตัวแทน และผู้ที่มีประกาศของนายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้มีความสามารถกระทำการในเรื่องที่กำหนดได้แม้ผู้นั้นจะยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือความสามารถถูกจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>20</sup>

คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองย่อมมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการพิจารณาเรื่องทางปกครองได้ หรืออาจจะแต่งตั้งบุคคลที่บรรลุนิติภาวะให้เป็นตัวแทนของตนในการพิจารณาเรื่องทางปกครองได้<sup>21</sup>

### 2.3.4 ผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลใช้บังคับบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นต้นไป และย่อมมีผลตราบเท่าที่คำสั่งนั้นยังไม่สิ้นผลโดยการลบล้าง โดยเงื่อนไข หรือโดยเหตุอื่น ในแง่การเกิดผลใช้บังคับต่อบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองกฎหมายถือเอาเวลาที่ผู้นั้น

<sup>19</sup> มาตรา 21 บุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล อาจเป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองได้ตามขอบเขตที่สิทธิของตนถูกระทบกระเทือนหรืออาจถูกระทบกระเทือน โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้

<sup>20</sup> มาตรา 20 ผู้มีความสามารถกระทำการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้จะต้องเป็น

- (1) ผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะ
- (2) ผู้ซึ่งมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีความสามารถกระทำการในเรื่องที่กำหนดได้ แม้ผู้นั้นจะยังไม่บรรลุนิติ ภาวะหรือความสามารถถูกจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- (3) นิติบุคคลหรือคณะบุคคลตามมาตรา 21 โดยผู้แทนหรือตัวแทน แล้วแต่กรณี
- (4) ผู้ซึ่งมีประกาศของนายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้มีความสามารถกระทำการในเรื่องที่กำหนดได้ แม้ผู้นั้นจะยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือความสามารถถูกจำกัดตามประมวลกฎหมาย

<sup>21</sup> มาตรา 23 ในการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่คู่กรณีมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองได้

การใดที่ทนายความหรือที่ปรึกษาได้ทำลงต่อหน้าคู่กรณีให้ถือว่าเป็นการกระทำของคู่กรณี เว้นแต่คู่กรณีจะได้ คัดค้านเสียแต่ในขณะนั้น

มาตรา 24 คู่กรณีอาจมีหนังสือแต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งบรรลุนิติภาวะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กำหนดแทนตนในกระบวนการพิจารณาทางปกครองใด ๆ ได้ในการนี้เจ้าหน้าที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองกับตัวคู่กรณีได้เฉพาะเมื่อเป็นเรื่องที่ผู้นั้นมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องทำกรนั้นด้วยตนเองและต้องแจ้งให้ผู้ได้รับ การแต่งตั้งให้กระทำการแทนทราบด้วย



ได้รับแจ้งเป็นต้นไป ไม่ใช่เวลาที่บุคคลนั้นทราบคำสั่งทางปกครอง<sup>22</sup> การแจ้งคำสั่งทางปกครอง โดยผู้ที่ไม่มียอำนาจและผู้นั้นได้แจ้งโดยขัดกับเจตจำนง(will) ของผู้มีอำนาจจะถือว่าเป็นการแจ้ง ที่ถูกต้องไม่ได้ การแจ้งจะกระทำได้ด้วยวิธีการเช่นใดนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ในหมวด 4 มาตรา 68 ถึง มาตรา 74

เมื่อคู่กรณีได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองแล้ว ระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จึงเริ่มนับ หากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ และบุคคล ที่ได้รับคำสั่งไม่อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลบังคับ ผูกพัน บุคคลนั้นจำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นแม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นอาจจะไม่ชอบ ด้วยกฎหมายก็ตาม เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Revocation of the administrative order) นั้น หรือมีเหตุที่บุคคลผู้รับคำสั่งสามารถขอให้พิจารณาใหม่ได้

### 2.3.5 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

กรณีที่ถูกกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอน ระยะเวลา และวิธีการอุทธรณ์ไว้ หากคู่กรณี ประสงค์ที่จะยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องปฏิบัติตามที่ถูกกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดขั้นตอน ระยะเวลา และวิธีการอุทธรณ์ไว้ คู่กรณีจึงต้องปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>23</sup> อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ทางปกครองจะต้องระบุวิธีการอุทธรณ์ และระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังกล่าว ให้คู่กรณีทราบด้วย มิฉะนั้น ระยะเวลาอุทธรณ์จะเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ทางปกครองนั้นได้แจ้งหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้คู่กรณีทราบ หากไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลา

<sup>22</sup> มาตรา 69 การแจ้งคำสั่งทางปกครอง การนัดพิจารณา หรือการอย่างอื่นที่เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง ทราบอาจกระทำด้วยวาจาก็ได้ แต่ถ้าผู้นั้นประสงค์จะให้กระทำเป็นหนังสือก็ให้แจ้งเป็นหนังสือ

การแจ้งเป็นหนังสือให้ส่งหนังสือแจ้งต่อผู้นั้น หรือถ้าได้ส่งไปยังภูมิลำเนาของผู้นั้นก็ให้ถือว่าได้รับ แจ้งตั้งแต่วันที่ไปถึง

ในการดำเนินการเรื่องใดที่มีการให้ที่อยู่ไว้กับเจ้าหน้าที่ไว้แล้ว การแจ้งไปยังที่อยู่ดังกล่าวให้ถือว่าเป็นการแจ้งไปยังภูมิลำเนาของผู้นั้นแล้ว

<sup>23</sup> มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกัน ความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

ในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีระยเวลาน้อยกว่าหนึ่งปี จะมีผลทำให้ระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง<sup>24</sup>

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยทันที เว้นแต่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะพิจารณาให้ทุเลาการบังคับไว้ ในการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองกฎหมายกำหนดให้ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน เจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจในการแก้ไขคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้เจ้าหน้าที่รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้บังคับบัญชาเพื่อให้ผู้บังคับบัญชา (supervisors) วินิจฉัยสั่งการซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และอาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง คำสั่งทางปกครองไม่ว่าในทางที่เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้อุทธรณ์ได้

## 2.4 หลักการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ตามระบบกฎหมายต่างประเทศ

หลักการหนึ่งในหลักการความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Jus naturale)<sup>25</sup> คือหลักความเป็นกลางซึ่งเกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่าหากบุคคลใดมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ บุคคลนั้นจะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้นๆ โดยปราศจากอคติได้ หลักการนี้นำมาใช้กับองค์กรของรัฐที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องต่างๆ เช่น หลักความเป็นกลางในองค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ กรรมการหรือคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องใดๆ ที่ตนมีส่วนได้เสีย<sup>26</sup>

<sup>24</sup> มาตรา 40 คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระยบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยาย เป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง

<sup>25</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 171.

<sup>26</sup> บุนผา อัครพมาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า. 14-15.

#### 2.4.1 หลักความเป็นกลางตามระบบกฎหมายอังกฤษ

สหราชอาณาจักรเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาล หลักของกฎหมายจารีตประเพณีส่วนมากมีที่มาจากคำพิพากษาต่าง ๆ เกิดขึ้นจากการใช้เหตุผลของนักกฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทอย่างเป็นธรรม ระบบ Common Law ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ดีเลิศ

ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เริ่มมีการพัฒนาตั้งแต่ศตวรรษที่ 12 ต่อมาในศตวรรษที่ 19 จึงได้เริ่มมีการยอมรับว่าหลักกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในลำดับสูงกว่า ย่อมผูกพันศาลที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่า และยิ่งกว่านั้นศาลสูงสุดก็ต้องผูกพันโดยคำพิพากษาของตนเองด้วย ผู้พิพากษาอังกฤษพยายามล้มล้างแนวความคิดที่ว่าผู้พิพากษาเป็นผู้บัญญัติกฎหมายและยืนยัน ตลอดมาว่า ตนเองเป็นผู้ใช้กฎหมายซึ่งมีอยู่แล้วเท่านั้น ทฤษฎีแนวบรรทัดฐาน (The doctrine of precedent on stare decision) กำหนดให้การพิพากษาคดีของศาลอังกฤษมีพันธะที่จะต้องพิพากษาตามแนวคำพิพากษาที่ศาลเคยตัดสินมาแล้วภายใต้หลักเกณฑ์บางประการ ส่วนคำพิพากษาซึ่งมีคุณลักษณะที่จะผูกพันศาลนั้นเองหรือศาลอื่นที่อยู่ในระดับต่ำกว่าเรียกว่า เรซิโอ เดซิเดนดิ (Ratio decidendi) ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นหลักกฎหมาย (The rule of law) กล่าวคือคดีหลังจะต้องตัดสินคดีในแนวเดียวกันหากข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ (Material Fact) เหมือนกัน อาจกล่าวได้ว่า เรซิโอ เดซิเดนดิ ของคดีก็คือข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในคดีนั้น ๆ และให้ศาลมีคำวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงนั้น<sup>27</sup> ซึ่งข้อความที่ย่อมาจากคำพิพากษา หากถือว่าเป็นข้อเท็จจริงซึ่งเป็นสาระสำคัญและมีคำพิพากษตามข้อเท็จจริงนั้น ก็อาจวางเป็นหลักกฎหมายได้ (Ratio)

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติหรือ Natural justice ได้รับการนับถือปฏิบัติมาในประเทศอังกฤษมาเป็นเวลาช้านานและถือเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติ เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับ “Natural justice” วิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่จะต้องมีลักษณะที่คล้ายหรือทำนองเดียวกันกับวิธีพิจารณาความในชั้นศาล จึงเห็นได้ว่าหลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลางจะรวมอยู่ในหลัก “Natural justice” หรือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ โดยหลักความไม่มีส่วนได้เสียจะพัฒนาควบคู่กันมาจากแนวคิด

<sup>27</sup> สุนัย มโนมัยอุดม. (2545). *ระบบกฎหมายอังกฤษ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 238-239.

“Natural justice” และ “due process of law” หมายถึง ผู้พิพากษาควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่อย่างเคร่งครัด<sup>28</sup>

#### 2.4.1.1 แนวคิดหลักความเป็นกลาง

ในสหราชอาณาจักรหลักความเป็นกลางหรือไม่มีอคตินี้เป็นหลักการหนึ่งในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ โดยเห็นว่าผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิที่จะขอให้คดีของเขาได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่มีความเป็นธรรมที่ไม่มีส่วนได้เสียในคดีที่พิพากษาที่มีความลำเอียง<sup>29</sup>

หลักที่ว่าผู้พิพากษาจะต้องไม่มีความลำเอียงหรือมีอคตินั้น ได้พิจารณาไว้ในระบบกฎหมายอังกฤษโดยอาศัยอำนาจการควบคุมของศาล High court ที่มีเหนือศาลชั้นต้น แต่ในปัจจุบันหลักดังกล่าวได้นำมาใช้กับคณะกรรมการกึ่งตุลาการหรือเจ้าหน้าที่องค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ทางตุลาการด้วย คดีแรกๆ ที่ได้ยอมรับหลักการดังกล่าวคือ คดีของ Dr. Bonham ในคดีนี้ นายแพทย์หนึ่งถูกเรียกตัวให้ไปปรากฏตัวต่อหน้าคณะกรรมการแพทย์สภา และถูกปรับและจำคุกเพราะเขามีได้ร้องขอใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะจากแพทย์สภา เมื่อคดีไปสู่ศาล ผู้พิพากษา Coke วินิจฉัยว่าคณะกรรมการไม่มีอำนาจที่จะสั่งปรับนายแพทย์ผู้นั้นได้เพราะคณะกรรมการ เป็น ผู้พิจารณาในคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสียซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิและเหตุผล เป็นที่พึงรังเกียจและเป็นไปไม่ได้ที่จะปฏิบัติเช่นนั้นระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะต้องควบคุมการปฏิบัติเช่นนั้นและวินิจฉัยว่าการกระทำ เช่นนั้นเป็น โฆษะ<sup>30</sup>

การพิจารณาว่าอะไรเป็น “การไม่มีส่วนได้เสีย” นั้น มีความแตกต่างกัน เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจในเรื่องวินิจฉัย ถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำการ โดยตนมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น ในคดี Dimes V. Grand Junction Canal Proprietors 1892 ศาลสูงได้พิพากษาว่าคำพิพากษาที่ประธานศาลฎีกามีส่วนร่วมพิจารณาอยู่ด้วยเป็นการไม่ชอบเพราะประธานศาลดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นเป็นคู่ความในคดี

ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความผิดที่ควรที่จะปล่อยให้ถึงความลำเอียงเท่ากับมีความลำเอียงเกิดขึ้นจริง ๆ แม้ว่าผู้พิพากษาที่มีส่วนได้เสียจริงหรือถูกเข้าใจว่ามีส่วนได้เสียจะมีเหตุผลที่ดีและถูกต้อง และไม่ได้ให้ความมีส่วนได้เสียของผู้พิพากษาเองเข้ามาอิทธิพลต่อคำตัดสินของตนเองก็ตาม

<sup>28</sup> กฤติ พฤกษ์อักษรอังกูร. (2550). *หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่: ศึกษากรณีการออกคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 60.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

<sup>30</sup> กมลชัย รัตนศักดิ์กาววงศ์. (2528). หลักกฎหมายวิธีสบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองของกลุ่มประเทศ Common Law. *วารสารนิติศาสตร์*, 15 (4). หน้า 10.

ศาลถือว่าเป็นการละเมิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น ในคดี R.V.Hendon R.D.C, ex parte chorley 1933 ในคดีนี้การพิจารณาคำขอปลูกสร้างอาคารรายหนึ่ง กรรมการงานผังเมืองคนหนึ่งเป็นเจ้าของที่ดินในบริเวณดังกล่าว แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่ากรรมการผังเมืองผู้นั้นได้เข้าร่วมการประชุมด้วยหรือไม่ ศาลเห็นว่าไม่ทำให้หลุดพ้นจากกรณีมีความลำเอียงไปได้ เพราะองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดความลำเอียงมีอยู่โดยแจ้งชัด การพิจารณาดังกล่าวจึงเสียไป หรือในกรณีที่มีส่วนได้เสียของผู้พิพากษานั้น ทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติ เช่น ในคดี R.V.Altrinham Justices, ex parte pennington 1975 ได้มีการฟ้องคดีผู้ขายส่งผักให้แก่โรงเรียน ตามกฎหมาย Weight and Measure Act 1963 โดยคำฟ้องอ้างว่าผู้ขายโกนน้ำหนัก ผู้พิพากษาคนหนึ่งซึ่งพิจารณาคดีนี้เป็นผู้อำนวยการโรงเรียนแห่งหนึ่ง ซึ่งจำเลยได้ส่งผักให้ แต่ไม่ใช่โรงเรียนที่ผู้ขายได้กระทำ ความผิด ศาลวินิจฉัยว่ามีการละเมิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเพราะผู้พิพากษานั้นได้ร่วมพิพากษาคดีด้วยจึงเพิกถอนคำพิพากษาที่ลงโทษผู้ขายนั้นเสีย<sup>31</sup>

นอกจากนี้ในกรณีความเป็นปฏิปักษ์ ความมีสัมพันธภาพหรือความเกี่ยวพันกับผู้ยื่นคำร้องหรือในกรณีหน้าที่การงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งแต่สองหน้าที่ขึ้นไปขัดกัน ศาลอังกฤษได้กล่าวถึงด้วยว่าอยู่ในขอบข่ายของการมีส่วนได้เสีย ยกเว้นแต่กรณีที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้

กล่าวโดยสรุป สาระสำคัญของหลักความเป็นกลางของสหราชอาณาจักรจะกำเนิด แยกมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Principles of natural justice) โดยหลักความไม่มีส่วนได้เสียเรียกว่า “หลักความไม่มีฝักฝ่าย” (impartiality) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหลักวินัยซึ่งขาดจะต้องไม่มีอคติต่อคู่กรณีอีกฝ่าย และจะต้องไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับกรณีนั้นด้วย (Freedom From interest of bias) ซึ่งมาจากหลักใหญ่ที่ว่า No one should be judge in his own case. นั่นเอง<sup>32</sup>

#### 2.4.1.2 แนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตามหลักความเป็นกลาง

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาทางปกครองแล้วออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลางคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ (Void Act) หรือคำสั่งทางปกครองนั้นอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ (Voidable Act)

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติประกอบด้วยหลักย่อย ๆ หลายประการโดยคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในรูปแบบอันส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ คือ คำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหลัก audi alteram partem กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ได้รับฟังผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือคู่กรณีผู้ซึ่งจะต้องได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น

<sup>31</sup> กมลชัย รัตนศักดิ์กาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 60.

<sup>32</sup> จรัญ ภัคศิธนากุล. (2533). การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ. *ดุลพินิจ*, 37 (1). หน้า 112.

กับหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือหลักการพิจารณาโดยปราศจากอคติ (Freedom from interest of bias) มีตัวอย่างคำพิพากษาคดีหนึ่ง โจทก์ซึ่งเป็นหัวหน้าสถานีตำรวจเมือง Brighton ถูกดำเนินคดีในข้อหาสมคบกับผู้อื่นกระทำความผิด ต่อมา ศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง โดยมีกรกล่าวถึงการกระทำที่ไม่เหมาะสมบางประการ แม้จะการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงเหล่านี้ได้รับการแพร่หลายในรายละเอียด ในหนังสือพิมพ์หลังจากที่มีคำพิพากษาคดีดังกล่าวและคณะกรรมการวินัยส่วนท้องถิ่นของตำรวจ จึงมีคำสั่งปลดโจทก์ออกจากราชการ โดยไม่ได้แจ้งให้ทราบล่วงหน้า โจทก์จึงอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รัฐมนตรีฯ พิจารณาอุทธรณ์แล้วมีคำสั่งยกอุทธรณ์ โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล โดยกล่าวหาว่าคณะกรรมการวินัยส่วนท้องถิ่นตำรวจไม่ได้ให้โอกาสโจทก์ได้ชี้แจงเหตุผลต่าง ๆ ต่อคณะกรรมการ ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าคณะกรรมการจะต้องยึดถือปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติแต่กรณีดังกล่าว โจทก์ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องชี้แจงสิ่งใดแล้วเนื่องจากคณะกรรมการได้ทราบข้อเท็จจริงจากหนังสือพิมพ์โดยละเอียดแล้ว ต่อมา โจทก์อุทธรณ์ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของคณะกรรมการในกรณีดังกล่าวเป็นการกระทำทางการปกครอง มิใช่การพิจารณาคดีของกลุ่มความอย่างศาลโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย Municipal Corporation Act 1882 ในกรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่ศาลสูงพิจารณาแล้วเห็นว่าการตีความคำว่า การกระทำอย่างศาลนั้นมิได้ถือเคร่งครัดเช่นนั้น ถ้าการพิจารณาขององค์กรมีผลกระทบสิทธิและประโยชน์ของเอกชนแล้ว ก็ถือว่าเป็นการทำแบบศาลจึงต้องถือปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และยังไม่ได้ให้สิทธิแก่โจทก์ในการที่จะได้แย้งคัดค้านแล้ว คำสั่งของคณะกรรมการวินัยส่วนท้องถิ่นตำรวจจึงเป็น โหมฆะเพราะฝ่าฝืนหลัก *audi alteram partem*<sup>33</sup>

ผลที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษา Ridge V Baldwin นี้เป็นจุดเปลี่ยนที่จะทำให้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ที่ถูกละเลยไปเมื่อครั้งหลังสงครามโลกครั้งที่สอง กลับมามีบทบาทมีความสำคัญมากขึ้นในปี ค.ศ. 1963 ในทำนองที่แสดงให้เห็นว่าต้องให้การยอมรับและปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) เป็นพื้นฐานที่ถือว่าศาลได้สร้างหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เรียกว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม “fair play in action” ประชาชนมีสิทธิที่จะชี้แจงแสดงหลักฐานและได้รับรู้ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีของตนอย่างเพียงพอก่อนที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

<sup>33</sup> กฤติ พฤกษ์อักษรอังกูร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 63.

การพิจารณาทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายสืบหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (Free from interest of bias) หรือหลักปราศจากอคตินั้น ก็มีประเด็นปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมอังกฤษว่าการพิจารณาทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อย่างไรเช่นกัน ดังตัวอย่างเกี่ยวกับการพิจารณาคำขอปลูกสร้างอาคารเรื่องหนึ่ง แม้ข้อเท็จจริงจะไม่ปรากฏว่ากรรมการผู้นั้นได้เข้าร่วมประชุมด้วยหรือไม่ แต่ศาลเห็นว่าไม่ทำให้หลุดพ้นไปจากข้อสงสัยว่ามีความลำเอียงไปได้เพราะองค์ประกอบก่อให้เกิดความลำเอียงมีอยู่โดยแจ้งชัด (apparent bias) การพิจารณาดังกล่าวจึงต้องเสียไปเนื่องจากขัดกับหลักความไม่มีส่วนได้เสีย หรือกรณีที่ต้องคัดกรปกครองท้องถิ่นและรัฐมนตรีออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับ ศาลยุติธรรมอังกฤษพิพากษาว่าคำสั่งดังกล่าวเป็น โฆษะ (void) เนื่องจากการกระทำตนเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้อง

เหตุแห่งความเป็น โฆษะอันเนื่องมาจากการพิจารณาทางปกครอง การออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายสืบหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการ (Free from interest of bias) ของอังกฤษกรณีนี้จะไม่มีผลบังคับใด ๆ<sup>34</sup>

#### 2.4.2 หลักความเป็นกลางตามระบบกฎหมายเยอรมัน

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ( Civil Law System ) หรือใช้ประมวลกฎหมายเป็นแนวบรรทัดฐานซึ่งบัญญัติครอบคลุมทุกๆ หลักความเป็นกลางมีที่มาตั้งแต่ยุคกลางซึ่งนำมาใช้กับฝ่ายตุลาการ โดยถือว่าผู้พิพากษาเป็นผู้รับใช้ความยุติธรรม ผู้พิพากษาจึงต้องไม่มีส่วนได้เสียในคดีที่ตนรับผิดชอบ แต่ในขณะเดียวกัน การนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่กลับได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ของสหราชอาณาจักร อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1925 ภายหลังจากที่สาธารณรัฐออสเตรียได้บัญญัติกฎหมายที่ใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรก ซึ่งรวมถึงการนำหลักความเป็นกลางมาบัญญัติรวมไว้ในกฎหมายฉบับนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวส่งผลให้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เริ่มพิจารณาถึงการควบคุมการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ดังนั้น กระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีโครงสร้างทำนองเดียวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของศาล ทั้งนี้ ภายหลังจากที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและการจัดทำกฎหมายของสาธารณรัฐออสเตรีย ต่อมา จึงได้มีการบัญญัติรับรองการนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นในปี ค.ศ. 1976

<sup>34</sup> กฤติ พฤกษ์อักษรอังกูร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 64.

นั่นก็คือ ประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (verwaltungsverfahrensgesetz) โดยก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายได้พยายามคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณา แต่ด้วยเหตุที่การบังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมีข้อจำกัดอยู่มาก จึงเป็นเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขึ้น ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนและอำนวยความสะดวกต่อการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ<sup>35</sup>

หลักความเป็นกลางนี้เป็นหลักที่มีมาแต่โบราณกาลว่า ผู้พิพากษาเป็นผู้รับใช้ความยุติธรรมจึงต้องไม่มีส่วนได้เสียในคดีที่ตนรับผิดชอบ โดย G.Freytag เห็นว่าจะต้องกำหนดไว้เป็นข้อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียเป็นผู้พิจารณาและถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อันแตกต่างจากหลักสุจริตในการดำเนินการตามกฎหมาย Fecker เห็นว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีหลักศีลธรรมอันดีของประชาชนสนับสนุนอยู่ อันตรายที่มีต่อความยุติธรรมเพราะความที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียคือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ได้วางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วน โดยบ่อเกิดของหลักความเป็นกลางหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสียนี้ แยกแขนงมาจากวิธีพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair) และวิธีพิจารณาที่เป็นธรรมนี้ก็แยกแขนงมาจากหลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) ที่นำไปใช้กับการพิจารณาต่าง ๆ ที่กระทำโดยรัฐ<sup>36</sup>

#### 2.4.2.1 ที่มาและแนวคิด

ในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นหลักที่ถือกันมานานว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง (Dis Verpflichtung zu einer unparteiischen Amtsführung) หลักการดังกล่าวนี้ปรากฏอย่างชัดเจนในรัฐบัญญัติว่าด้วยกรอบของกฎหมายข้าราชการ (BRRG) มาตรา 35 และ 36 ที่บัญญัติให้ข้าราชการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งอย่างเป็นกลางและไม่ใช้ตำแหน่งเพื่อประโยชน์ของตน นอกจากนี้ยังปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายอื่น ๆ ที่กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองด้วยรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองของหน่วยงานได้เนื่องจากมีส่วนได้เสียหรือมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางไว้ในมาตรา 20 และมาตรา 21 โดยมาตรา 20 บัญญัติตัดบุคคลที่มีส่วนได้เสีย

<sup>35</sup> กมลชัย รัตนสกวังศ์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 30. หน้า 105-106.

<sup>36</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2548). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 35.



ในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองมิให้เข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณา ส่วนมาตรา 21 เป็นการบัญญัติห้ามบุคคลที่มีเหตุก่อให้เกิดความไม่เป็นกลาง (Besorgnis der Befangenheit) ดำเนินกระบวนการเรื่องทางปกครองการดำเนินกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 20 และมาตรา 21 คือการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจทางปกครอง ด้วยเหตุนี้การห้ามมิให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียหรือมีเหตุก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางเข้ามาดำเนินการพิจารณาทางปกครอง จึงไม่ได้หมายถึงการห้ามเฉพาะในชั้นตัดสินใจสั่งการ อย่างไรก็ตามบุคคลที่ดำเนินการในชั้นตอนที่ไม่มีผลกระทบต่อตัดสินใจ เช่น พนักงานขับรถ พนักงานส่งเอกสาร หรือ เจ้าหน้าที่ที่ช่วยเหลืองานทางเทคนิค ไม่ถูกห้ามตามมาตรา 20 และมาตรา 21 บุคคลที่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่ตกอยู่ในในบังคับมาตรา 20 และมาตรา 21 ไม่ได้หมายถึงเจ้าหน้าที่ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานการปกครองเท่านั้น แต่หมายถึงบุคคลใด ๆ ก็ตามที่การกระทำของตนอาจส่งผลกระทบต่อตัดสินใจขั้นสุดท้ายหรือกระทบต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น ผู้จัดบันทึกงานการประชุม ล่าม เป็นต้น

ลำดับขั้นตอนการใช้กฎหมาย มาตรา 21 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยเหตุกังวลในความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ จะใช้บังคับหลังมาตรา 20 ซึ่งว่าด้วยบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองได้ หากบุคคลที่ดำเนินเรื่องพิจารณาทางปกครองเป็นบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 20 แล้ว ก็ไม่ต้องนำมาตรา 21 มาใช้บังคับอีก ข้อพิจารณาตามรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของสหพันธรัฐเยอรมนี มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา 2 ประเด็น คือ<sup>37</sup>

- 1) บุคคลซึ่งต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง
- 2) เหตุต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณาทางปกครอง

บุคคลหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองได้บัญญัติไว้ในมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 แห่ง รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน โดยบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ทำการพิจารณา ทางปกครอง คือ<sup>38</sup>

- 1) ผู้ซึ่งเป็นคู่กรณีเอง
- 2) ผู้ซึ่งมีความเกี่ยวพันหรือเป็นญาติของคู่กรณี (Angehörige) ซึ่งได้แก่คู่หมั้นของคู่กรณี คู่สมรสของคู่กรณี ผู้ซึ่งสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือลงมาจากคู่กรณี หรือผู้ที่สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาจากคู่สมรสของคู่กรณี พี่น้องของคู่กรณี บุตรของพี่น้องของคู่กรณี คู่สมรสของพี่น้องของคู่กรณี หรือพี่น้องของคู่สมรสของคู่กรณี พี่น้องของบิดามารดาของคู่กรณี

<sup>37</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 37-39.

<sup>38</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 40.

และบุคคลที่มีความสัมพันธ์ยาวนานกับคู่กรณีเสมือนเป็นบิดามารดา หรือบุตรของคู่กรณี อนึ่ง แม้ความสัมพันธ์ในทางสมรสระหว่างเจ้าหน้าที่กับคู่กรณีจะสิ้นสุดลงแล้ว ก็ยังถือว่าเจ้าหน้าที่มีความเกี่ยวกับคู่กรณีหรือญาติทางการสมรสทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นอยู่ต่อไป

- 3) ผู้ซึ่งกระทำการแทนคู่กรณี เช่น เป็นผู้อนุบาล หรือผู้ปกครองคู่กรณี
- 4) ผู้ซึ่งมีความเกี่ยวพันหรือเป็นญาติของผู้แทนคู่กรณี มีความหมายของผู้ที่มีความเกี่ยวพันหรือเป็นญาติ (Angehörige) เป็นอย่างเดียวกับมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 2 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน
- 5) ผู้ซึ่งเป็นลูกจ้างหรือผู้ที่ทำงานให้แก่คู่กรณี โดยได้รับค่าตอบแทน หรือเป็นกรรมการในคณะกรรมการบริหารหรือตำแหน่งอื่นใดที่คล้ายคลึงกันของคู่กรณี
- 6) ผู้ซึ่งเคยให้ความเห็นหรือกระทำการอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องพิจารณา ซึ่งไม่ใช่การกระทำตามตำแหน่งหน้าที่ เช่น ผู้ช่วยเหลือเพื่อนบ้านในการเขียนคำร้องขอใบอนุญาต ตามกฎหมายควบคุมอาคาร<sup>39</sup>

หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งโดยฝ่าฝืนรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคหนึ่งแล้ว ซึ่งคำสั่งทางปกครองทำให้เจ้าหน้าที่ได้ประโยชน์รวมทั้งประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอันไม่คำนวณเป็นมูลค่าได้ เช่น คำสั่งทางปกครองที่เปลี่ยนแปลงเส้นทางจราจรผ่านจากถนนใหญ่เปลี่ยนเป็นเส้นทางตัน ทำให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองที่ออกคำสั่งดังกล่าว ซึ่งตั้งบ้านเรือนอยู่บริเวณดังกล่าวนั้นได้ประโยชน์ เจ้าหน้าที่จึงต้องห้ามมิให้มีคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว

การได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์โดยตรงดังกล่าว ไม่รวมถึงการที่บุคคลดังกล่าว เช่น คู่สมรส หรือบิดา มารดาของเจ้าหน้าที่ ฯลฯ หรือตัวเจ้าหน้าที่ได้รับ เนื่องจากตนอยู่ในกลุ่มอาชีพหรือกลุ่มบุคคลซึ่งจะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์ในเรื่องพิจารณาทางปกครองร่วมกัน (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยค 3) บทบัญญัติมาตรา 20 วรรคหนึ่งคือหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนี้ไม่ใช่บังคับกับการเลือกตั้งบุคคลเข้าทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่สมทบหรือเจ้าหน้าที่กิตติมศักดิ์ ตลอดจนการปลดบุคคลดังกล่าวออกจากตำแหน่งแต่อย่างใด (มาตรา 20 วรรคสอง)

กรณีฉุกเฉินเร่งด่วน เจ้าหน้าที่จะสั่งการตามที่จำเป็นให้มีผลใช้บังคับไปก่อนได้ ถึงแม้ว่าตนจะเป็นเจ้าหน้าที่ที่ต้องห้ามตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง เพราะเหตุที่มีความเกี่ยวพันกับคู่กรณีหรือมีส่วนได้เสียก็ตาม (มาตรา 20 วรรคสาม)

กรณีเจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองทราบว่าตนเป็นบุคคลต้องห้าม มิให้ดำเนินเรื่องทางปกครอง (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1) ต้องแจ้งผู้บังคับบัญชาเหนือตน เพื่อจะได้มี

<sup>39</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 40.

เจ้าหน้าที่ปกครองคนอื่นดำเนินการแทน หากไม่มีเจ้าหน้าที่แทน ก็ให้เจ้าหน้าที่คนเดิมดำเนินการตามที่จำเป็นไปชั่วคราวได้<sup>40</sup>

เหตุต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณา

เหตุความกังวลในความเป็นกลางหรือเหตุที่เกิดจากการไม่ไว้เนื้อเชื่อใจ ตามมาตรา 21 แห่ง รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน หมายถึง ความเป็นปรปักษ์ต่อกัน ความเป็นมิตรต่อกันของกลุ่มกับเจ้าหน้าที่ ความมีผลประโยชน์ในทางธุรกิจร่วมกัน รวมทั้งกรณีเคยแสดงความคิดเห็นต่อต้านเป็นอคติต่อกัน ความเป็นคู่แข่งในทางการค้าหรือธุรกิจ หากปรากฏเหตุแห่งความกังวลหรือความไม่ไว้เนื้อเชื่อใจดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองย่อมต้องห้ามมิให้ทำการพิจารณาทางปกครองหรือมีคำสั่งทางปกครอง ใดๆก็ตาม หากการกล่าวอ้างดังกล่าวเป็นเพียงแต่ความคาดหมายหรือเดาเอง ก็ยังไม่ถือว่าเป็นเหตุความกังวลในความเป็นกลาง แต่ในอีกด้านหนึ่งก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ยืนยันว่า เจ้าหน้าที่ที่มีความไม่เป็นกลางจริง ๆ เพียงแต่มีเหตุดังกล่าวปรากฏอยู่ก็เพียงพอแล้ว<sup>41</sup>

#### 2.4.2.2 ข้อปฏิบัติตามหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่

ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยหลักความเป็นกลางของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มี 2 กรณี คือ คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ กรณีหนึ่ง อีกกรณีหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบนี้อาจถูกเพิกถอนได้

1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยหลักความเป็นกลางที่เป็น โมฆะเจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งทางปกครองไม่ได้ กรณีเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเป็นคู่กรณีเอง ซึ่งตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยค 1 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน ได้บัญญัติไว้แล้ว

ผลของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งให้แก่ตนเองในฐานะคู่กรณีดังกล่าว และเห็นประจักษ์ชัดว่า การกระทำดังกล่าวบกพร่องอย่างรุนแรง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ<sup>42</sup> ซึ่งเท่ากับคำสั่งดังกล่าวไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย อนึ่ง คำสั่งที่เจ้าหน้าที่ออกให้กับตนเองดังกล่าว เป็นลักษณะของความบกพร่องในแง่ของตัวเจ้าหน้าที่

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยหลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลางที่อาจเพิกถอนได้

<sup>40</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 41.

<sup>41</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 40.

<sup>42</sup> เอกพงษ์ ตั้งวิชาชาญ. (2548). *ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษและไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 78.

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยหลักความไม่มีส่วนได้เสียที่อาจเพิกถอนได้ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน นั้นหมายถึง คำสั่งทางปกครองนั้นยังมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้อยู่โดยมีผลในทางกฎหมายอยู่จนกว่าจะมีการเพิกถอน โดยการเพิกถอนขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ในฐานะที่เป็นผู้มีความเกี่ยวพันหรือเป็นญาติของคู่กรณี, ในฐานะเป็นผู้ที่กระทำการแทนคู่กรณี ในฐานะเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวพันหรือเป็นญาติของผู้แทนคู่กรณี ในฐานะที่เป็นลูกจ้างหรือผู้ที่ทำงานให้แก่คู่กรณี โดยได้รับค่าตอบแทนและในฐานะเป็นผู้ที่เคยให้ความเห็นกระทำอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องในเรื่องพิจารณา ตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคหนึ่ง ข้อ 2 ถึงข้อ 6 ดังกล่าว และคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยมีเหตุต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณา และปรากฏเหตุก่วงวลในความเป็นกลาง ตามมาตรา 21 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองดังกล่าว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้<sup>43</sup>

#### 2.4.3 หลักความเป็นกลางตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) หรือเรียกว่า “ระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป” โดยหลักแล้วถือว่า คำพิพากษาเป็นเพียงการใช้กฎหมายที่มีอยู่มาปรับกับคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี ด้วยเหตุนี้ ในระบบ Civil Law คำพิพากษาของศาลจึงไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย<sup>44</sup> หลักความเป็นกลาง (Principe de l'impartialité) ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประการหนึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีวิวัฒนาการอันยาวนานมาจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองสูงสุด) โดยยึดหลักการที่ว่า การวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองจะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักการแห่งความปราศจากอคติและต่อมาได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1302 ในรัฐกำหนด Philippe le Bel ว่าด้วยการปฏิรูปราชอาณาจักร ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเคารพต่อหลักความเป็นกลาง โดยสภาแห่งรัฐได้ปรับใช้หลักการดังกล่าวข้างต้นแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและคณะกรรมการวินัยข้าราชการในการวินิจฉัยคดีที่มีการโต้แย้งคำวินิจฉัยขององค์กรเหล่านี้ พร้อมทั้งยืนยันว่าหลักความเป็นกลางเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประการหนึ่งอีกด้วย

##### 2.4.3.1 แนวความคิดของหลักความไม่มีส่วนได้เสีย

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (République française) ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในประชาคมยุโรป จึงต้องยอมรับและเคารพต่อกฎหมายที่เป็นผลมาจากอนุสัญญาต่าง ๆ และหลักกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานอันสำคัญของกลุ่มประชาคมยุโรป ผลกระทบของกฎหมายยุโรป (droit européen) มีผล

<sup>43</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 40-41.

<sup>44</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2542). *คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไปเล่ม 1*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 32.

สำคัญต่อที่มาแห่งบรรทัดฐานของคำวินิจฉัย (importance de la source jurisprudence) ซึ่งเป็นฐานความคิดสำคัญให้แก่วิธีพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง หรือที่เรียกว่า การดำเนินคดีทางปกครอง (contentieux administratif) ของฝรั่งเศส<sup>45</sup> โดยได้รับแนวคิดพื้นฐานที่เป็นหลักกฎหมายส่วนหนึ่งมาจากบทบัญญัติของอนุสัญญาต่าง ๆ กฎหมายที่เป็นผลจากอนุสัญญาดังกล่าว และบรรทัดฐานที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Cour de justice de l'Union européenne<sup>46</sup>) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (Cour européenne des droits de l'homme)<sup>47</sup> ได้เคยวินิจฉัยไว้ ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวมีผลต่อพัฒนาการด้านคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่เกี่ยวกับหลักความเป็นกลางก็มีส่วนหนึ่งมาจากกฎหมายและบรรทัดฐานทางกฎหมายขององค์กรตุลาการในยุโรปดังกล่าว โดยมาตรา 6 อนุมาตรา 1<sup>48</sup> ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ

<sup>45</sup> พัทธมา จิตรมหีมา. (2559). *ความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง เปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ และหลักความเป็นกลางตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

<sup>46</sup> ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Cour de justice de l'Union européenne) ซึ่งภาษาฝรั่งเศสเรียกโดยย่อว่า CJUE เดิมมีชื่อเรียกว่า ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรป (Cour de justice des Communautés européennes : CJCE) เป็นสถาบันแห่งหนึ่งของสหภาพยุโรป (Union européenne) ซึ่งศาลแห่งนี้ตั้งอยู่ ณ กรุงลักเซมเบิร์ก (Luxembourg) ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปและบรรดากฎหมายที่อยู่ในขอบข่ายแห่งสหภาพยุโรป โดยตีความการใช้บังคับกฎหมายภายในขอบเขตแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งศาลจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของสถาบันแห่งสหภาพยุโรปและวินิจฉัยข้อพิพาทของบรรดารัฐภาคีสมาชิก (États membres) โดยอาศัยความผูกพันตามสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งศาลจะตีความกฎหมายต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปตามคำร้องขอของตุลาการระหว่างประเทศ (juges nationaux)

<sup>47</sup> ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (Cour européenne des droits de l'homme) ซึ่งเรียกโดยย่อว่าตามภาษาฝรั่งเศสว่า CEDH เป็นสถาบันทางตุลาการระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1959 โดยสภาแห่งยุโรป (Conseil de l'Europe) มีหน้าที่ในการประกันและคุ้มครองให้มีการเคารพต่อความผูกพันที่ลงนามไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปของบรรดารัฐต่าง ๆ ที่เป็นภาคีสมาชิก ซึ่งศาลนี้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้และการตีความอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป รวมถึงบันทึกข้อตกลงตามอนุสัญญาที่ได้เจรจาตกลงกันไว้แล้ว โดยศาลมีอำนาจพิจารณาคำร้องของรัฐหนึ่งรัฐใด หรือของบุคคลใด หรือองค์การนอกภาครัฐ (หรือที่เรียกว่า องค์กรพัฒนาเอกชน หรือองค์กรสาธารณประโยชน์ ซึ่งภาษาอังกฤษเรียกโดยย่อว่า NGO) หรือกลุ่มบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปจะให้ความคุ้มครองโดยอาศัยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเป็นหลักในการพิจารณา

<sup>48</sup> Article 6 Droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée

มนุษยชนแห่งยุโรป (Convention européenne des droits de l'homme) บัญญัติว่า บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการอำนวยความสะดวกและการพิจารณาโดยเปิดเผยภายในระยะเวลาอันควร โดยผ่านองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระและมีความเป็นกลาง (indépendant et impartial) ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ทำการวินิจฉัยและชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งของบุคคล รวมทั้งการกล่าวหาในทางอาญาที่ดำเนินการต่อบุคคล ซึ่งมาตรา 6 อนุมาตรา 1 นี้ เป็นบทบัญญัติสำคัญที่มีผลให้การวินิจฉัยคดีของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปต้องยอมรับข้อความคิดในเรื่องหลักความเป็นกลาง (notion d'impartialité) และส่งผลมาสู่คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส รวมทั้งมีผลต่อการปฏิรูปบทบัญญัติกฎหมายภายใน (réformes des textes internes) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยส่วนใหญ่ การปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวจะมีที่มาจากคำวินิจฉัยที่สำคัญขององค์กรตุลาการในต่างประเทศ (juridictions internationales) ซึ่งตุลาการทางปกครองฝรั่งเศส (juge administratif français) ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาวินิจฉัยในคดีของตน เช่น หลักความเป็นกลางซึ่งมีผลสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิทางกระบวนการยุติธรรมอันเท่าเทียมกัน (droit à un procès équitable) โดยได้รับการนำมาปรับใช้ในคดีของสภาแห่งรัฐ<sup>49</sup> โดยหลักการในเรื่องความเป็นกลางนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหน้าที่ในการปฏิบัติเพื่อความเป็นกลาง (devoir d'impartialité) เพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (sauvegarde des droits de l'homme)<sup>50</sup>

มาตรา 6 อนุมาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (procédure administrative contentieuse) เป็นส่วนสำคัญของคำวินิจฉัยของศาล (essentiellement l'œuvre de la jurisprudence) กล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์แห่งวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น บางหลักมาจากหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความเป็นกลาง ซึ่งศาลปกครองทั้งหลาย (toutes les juridictions administratives) ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะให้การยอมรับและนำมา

---

contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. ...

<sup>49</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 คดี Société Labor Métal (CE, Ass., 23 février 2002, *Société Labor Métal, Rec.*, p. 83, Concl. A. Seban ; *AJDA*, 2000, p. 464, Chron. M. Guyomar et P. Collin.)

<sup>50</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2005 คดี Commune de Meudon (CE, Sect., 11 février 2005, *Commune de Meudon, Rec.*, p. 55 ; *RFDA*, 2005, p. 760, Concl. I. de Silva)

ปรับใช้ในคดี<sup>51</sup> โดยนำมาใช้ในการอุดช่องว่างทางกฎหมาย เพราะอาจมีบางกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดไว้แล้ว (disposition législative) มีเนื้อหาไม่ชัดเจนหรือไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเพียงพอ<sup>52</sup>

บทบัญญัติมาตรา 6 อนุมาตรา 1 คำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีผลต่อคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยโดยวางหลักว่า หลักความเป็นกลางนั้นจะใช้บังคับกับศาลปกครองทุกแห่ง (Le principe d'impartialité applicable à toutes les juridictions administratives)<sup>53</sup> นอกจากนี้สภาแห่งรัฐยังได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่า หลักความเป็นกลางนั้นผูกพันต่อฝ่ายปกครองทุกองค์กร (Le principe d'impartialité s'impose à toute autorité administrative) โดยรวมถึงฝ่ายปกครองที่เป็นองค์กรอิสระด้วย (notamment aux autorités administratives indépendantes)<sup>54</sup>

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า หลักความเป็นกลางนั้น กฎหมายฝรั่งเศสจะนำมาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีตามวิธีพิจารณาคดีของศาล (procédure juridictionnelle) และนำมาใช้กับการกระทำทางปกครอง (action administrative) ตามวิธีพิจารณาทางปกครอง (procédure administrative) ด้วยเช่นกัน

หลักความเป็นกลาง (principe d'impartialité) ตามแนวคิดตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งเป็นสองลักษณะ<sup>55</sup> คือ

- 1) ความไม่เป็นกลางทางภาววิสัย (impartialité objective)
- 2) ความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัย (impartialité subjective)

ความไม่เป็นกลางทางภาววิสัย เป็นการพิจารณาจากลักษณะที่ปรากฏภายนอก (objectivement appréciée) ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ โดยพิจารณาได้จากการทำหน้าที่ของตุลาการ ทั้งนี้ ความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ยังแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ

<sup>51</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 2001 คดี SA Entreprise Razel frères (CE, Ass., 6 avril 2001, *SA Entreprise Razel frères, Rec.*, p. 176.)

<sup>52</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1996 คดี Maury (CE, 1<sup>er</sup> avril 1996, *Maury, Req.*, n° 16871)

<sup>53</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1988 คดี Sophie (CE, Sect., 27 avril 1988, *Sophie, Rec.*, p. 160.)

<sup>54</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2010 คดี Société Métropole Télévision (M6) (CE, Sect., 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision (M6)*, *RJEP*, 2011, n° 687, p. 25 Concl. Geffray)

<sup>55</sup> Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER. (2014). *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> édition, Paris : Dalloz. pp. 341-346.

(1) ความไม่เป็นกลางของตุลาการในกรณีที่โน้มเอียงไปสู่แรงจูงใจซึ่งอาจทำให้การวินิจฉัยคดีเกิดความขัดแย้งต่อคู่กรณีได้<sup>56</sup> กล่าวคือ แนวทางของการวินิจฉัยคดีของตุลาการนั้นจะวางอยู่บนพื้นฐานทางความคิดที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยคดีทั่วไประหว่างตุลาการกับคู่กรณี แต่การวินิจฉัยคดีนั้นจะมีข้ออันชวนสงสัยได้ว่า ตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้นได้วินิจฉัยคดีในฐานะโดยความเห็นเป็นส่วนตัว หรือได้วินิจฉัยไปตามที่ยอมรับกันในองค์คณะที่นั่งพิจารณาร่วมกัน<sup>57</sup> ซึ่งหลักการนี้จะรวมความไปถึงความไม่เป็นกลางที่เกิดจากการวินิจฉัยทั้งในลักษณะทางปกครองและในลักษณะทางตุลาการด้วย (*décision soit administrative ou juridictionnelle*)<sup>58</sup>

(2) ความไม่เป็นกลางที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่อันแตกต่างกัน ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวอาจมีลักษณะความขัดแย้งกับอีกหน้าที่หนึ่งได้ การปฏิบัติหน้าที่อันแตกต่างกันจึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางได้ โดยอาจเป็นกรณีที่ตุลาการนั้นได้มีแนวคิดมาก่อนที่จะมาพิจารณาเนื้อหาของคดี จึงเป็นเหตุให้เกิดความหลากหลายทางความคิด หรือเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างการทำหน้าที่ในฐานะตุลาการหรือในฐานะที่ต้องชำระไว้เพื่อการรักษาสถาบันตุลาการ ในกรณีที่หน้าที่ของตุลาการมีหลากหลายหรือต่อเนื่องกันนั้นอาจจะก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างหน้าที่ดังกล่าวได้ กล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่หนึ่งอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งต่อการทำอีกหน้าที่หนึ่งได้

ส่วนความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัยนั้น ความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัย เป็นการที่ตุลาการนั้นมีแนวคิดก่อนวินิจฉัยคดีโดยอาจมีแนวคิดที่สนับสนุนหรือคัดค้านคำร้องของคู่กรณี ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในใจของตุลาการ ทั้งนี้ การเกิดความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้อาจก่อให้เกิดข้อบกพร่องต่อความเป็นกลาง (*défaut de neutralité*) ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องเพิกถอนการวินิจฉัยที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ การเกิดขึ้นของความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัยอาจเกิดจากอคติของบุคคลที่มีประโยชน์ส่วนบุคคล (*intérêt personnel*) มาเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีก็ได้<sup>59</sup>

<sup>56</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1973 คดี *Demoiselle Arbousset* (CE, Sect., 2 mars 1973, *Demoiselle Arbousset, Rec.*, p. 189.)

<sup>57</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1864 คดี *Ville Montpellier* (CE, 11 août 1864, *Ville Montpellier, Rec.*, p. 767.) และคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1973 คดี X (CE, Sect., 4 mai 1973, *X, Rec.*, p. 317.)

<sup>58</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1944 คดี *Pinto* (Voir, CE, 30 novembre 1994, *Pinto, Rec.*, T. p. 1125 ; 5 mars 2003, *Riss, Rec.*, p. 112.)

<sup>59</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2006 คดี *Parent* (Voir, CE, 27 octobre 2006, *Parent, Rec.*, p. 454.)



ประมวลกฎหมายแห่งความยุติธรรมทางปกครอง (Code de justice administrative) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา L. 2<sup>60</sup> บัญญัติว่า การวินิจฉัยคดีเป็นการกระทำในนามของประชาชนชาวฝรั่งเศส และมาตรา L. 721-1<sup>61</sup> กำหนดว่า หากปรากฏเหตุผลสำคัญอันก่อให้เกิดข้อสงสัยในเรื่องความเป็นกลางของตุลาการแล้ว การคัดค้านตุลาการผู้นั้นให้กระทำโดยคำร้องขอของกลุ่มกรณี

พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแห่งความยุติธรรมทางปกครองนั้นมีเพียงบทบัญญัติในมาตรา L. 721-1 เท่านั้นที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องหลักความเป็นกลางไว้โดยกำหนดให้มีผลเป็นการคัดค้านตุลาการได้ ความเป็นกลางของตุลาการ (impartialité du magistrat) หมายถึง การไม่เอนเอียงซึ่งเป็นความมุ่งหมายอันเป็นพื้นฐานของหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณา (régularité du procès) โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมพึงประสงค์ที่จะให้ตุลาการไม่มีอคติหรือเอนเอียงต่อประโยชน์ส่วนบุคคล เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่เพียงกรณีของตุลาการนั้น เพราะการวินิจฉัยคดีของตุลาการมีความสำคัญและเป็นที่สุดในการใช้บังคับกฎหมาย ตุลาการมีหน้าที่วินิจฉัยคดีในนามของประชาชนตามมาตรา L. 2 จึงต้องทำหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองและประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากปราศจากการประกันซึ่งหลักความเป็นกลางแล้ว (garantie d'impartialité) ย่อมก่อให้เกิดความไม่เชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม การแก้ปัญหาในประเด็นที่มีได้มีการบัญญัติหลักความเป็นกลางในกรณีการพิจารณาของฝ่ายปกครองไว้ แนวทางตามกฎหมายฝรั่งเศสก็ใช้หลักการแห่งบรรทัดฐานทางคดี โดยสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า หลักความเป็นกลางนั้นผูกพันต่อองค์กรฝ่ายปกครองทุกองค์กรด้วย การวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในลักษณะนี้จึงมีผลให้หลักความเป็นกลางผูกพันต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองด้วย

ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักความเป็นกลางเป็นหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย และมีผลผูกพันทั้งองค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองด้วย ทั้งยังเป็นบทบัญญัติที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสยังต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป มาตรา 6 อนุมาตรา 1 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายโดยให้มีผลเป็นการยกเว้นในเรื่องหลักความเป็นกลางตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่น่าที่จะกระทำได้

#### 2.4.3.2 ผลทางกฎหมายกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความไม่มีส่วนได้เสีย

คำสั่งทางปกครองในระบบฝรั่งเศสที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยหลักความไม่มีส่วนได้เสีย จะมีผลทางกฎหมายอย่างไรนั้น จะต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งได้

<sup>60</sup>Article L. 2 Les jugements sont rendus au nom du peuple français.

<sup>61</sup>Article L. 721-1

La récusation d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité.

พิพากษาวางหลักเรื่องดังกล่าวนี้มานานแล้วว่า องค์กรที่ทำคำสั่งทางปกครองหรือวินิจฉัยทางปกครองต้องไม่มีส่วนได้เสีย ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ในคดี Trebes ลงวันที่ 4 มีนาคม 1949 คดีนี้ศาลศาลปกครองได้สั่งเพิกถอนมติคณะกรรมการ ซึ่งอาชีพของกรรมการในคณะกรรมการดังกล่าวได้รับผลกระทบจากมติดังกล่าว และในคดี Lacamber ศาลปกครองฝรั่งเศสได้พิพากษาเพิกถอนการลงมติของฝ่ายบริหาร เนื่องจากในการลงมตินั้นมีผู้บริหารผู้หนึ่งซึ่งมีส่วนได้เสียร่วมลงมติดำเนิน<sup>62</sup>

ตามหลักความไม่มีส่วนได้เสียในการกระทำคำสั่งทางปกครองนั้นผู้เกี่ยวข้องกับ การวินิจฉัย หรือมีคำสั่งทางปกครองต้องไม่มีส่วนได้เสียทั้งทางตรงหรือทางอ้อม ในกรณีที่มี เหตุสงสัยว่าบุคคลนั้นมีส่วนได้เสียในการกระทำคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยทางปกครองหรือไม่ นั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสมักตีความไปในทางที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนมากกว่า โดยวินิจฉัยว่าบุคคล นั้นมีส่วนได้เสียในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองนั้น โดยถือว่าการมีส่วนได้เสียในทางอ้อม หรือส่วนได้เสียทางจิตใจนั้นมีอิทธิพลโน้มน้าวให้เกิดความไม่เป็นกลางได้ศาลปกครองถือว่า หลักความไม่มีส่วนได้เสียเป็นหลักกฎหมายทั่วไปกฎหมายหลายฉบับได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์นี้ โดยมีผู้ส่วนเกี่ยวข้องอาจยกขึ้นโต้แย้ง หรือประธานคณะกรรมการหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่ง เกี่ยวข้องที่มีอำนาจทำคำวินิจฉัยนั้นตลอดจนผู้มีส่วนได้เสียนั้นสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ถึง การมีส่วนได้เสียของผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัยคดีในกรณีที่มีผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัยหรือคำสั่ง ทางปกครอง หลายคนแม้ผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมดอันก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางได้ ซึ่งคำวินิจฉัยนั้นศาลอาจ วินิจฉัยให้เป็นโมฆะได้<sup>63</sup>

การที่มีส่วนได้เสียนั้น บุคคลอาจเคยเป็นผู้เสนอให้ความเห็นในเรื่องนั้น ๆ ไว้แล้ว หรือเคยให้ความเห็นมาก่อน หรือคำวินิจฉัยนั้นเกี่ยวข้องกับบุคคลนั้นโดยตรงหรือโดยอ้อมซึ่งศาล มักจะถือว่าบุคคลนั้นมีส่วนได้เสียในเรื่องที่เกี่ยวข้องนั้นแล้ว ซึ่งถ้าไม่มีกระบวนการนี้ก็ไม่สามารถ มีหลักเกณฑ์โต้แย้งได้ ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสตัดสินไว้ในคดีตัวอย่าง คือ Esch Chadely คดีลงวันที่ 6 Mai 1955<sup>64</sup>

นอกจากนั้นศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางแนวทางตัดสินในส่วนที่เกี่ยวกับหลักความ ไม่มีส่วนได้เสียโดยวางแนวทางไว้ 2 แนวทาง ดังนี้<sup>65</sup>

<sup>62</sup> กฤติ พุกภัยอักษรอังกูร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 71.

<sup>63</sup> กฤติ พุกภัยอักษรอังกูร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 71

<sup>64</sup> กฤติ พุกภัยอักษรอังกูร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 72.

<sup>65</sup> กฤติ พุกภัยอักษรอังกูร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 72.

แนวทางที่ 1 ได้มีการตัดสินก่อน ค.ศ. 1982 โดยศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางแนวทางในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมได้เสียของบุคคลผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งทางปกครองไว้ในกรณีที่บุคคลมีส่วนร่วมได้เสียนั้นร่วมอยู่ในที่ประชุมว่า การปรากฏตัวของบุคคลนั้นไม่ถึงขนาดมีผลทำให้คำสั่งหรือความเห็นนั้นเสียไปถึงแม้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียจะอยู่ในที่ประชุมถ้าเขาปฏิเสธที่จะออกเสียงหรืออภิปรายแสดงความคิดเห็นเรื่องนั้น ซึ่งศาลปกครองได้เคยตัดสินในเรื่องเกี่ยวกับนิติกรรมของเจ้าหน้าที่ส่วนท้องถิ่นที่ถูกยกเลิกไป แต่ไม่เคยยกเลิกในทุกกรณี

แนวทางที่ 2 หลัง ค.ศ. 1982 เป็นต้นมา ศาลปกครองฝรั่งเศสมักตัดสินใจไปในแนวทางว่า แม้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้น ถ้าปรากฏตัวอยู่ในที่ประชุมนั้นแม้เขาจะมีได้แสดงความคิดเห็นหรือพูดอะไรก็ตาม การปรากฏตัวก็มีผลต่อการออกคำสั่ง โดยอาจทำให้เกรงใจหรือโน้มน้าวใจให้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งโน้มเอียงไม่เป็นกลางได้ จึงทำให้คำสั่งนั้นเป็นโมฆะ

กฎหมายฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 มาตรา 13 ของฝรั่งเศสดังกล่าวได้บัญญัติรับรองไว้โดยถือว่า บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้น ถ้าอยู่ในที่ประชุมถึงแม้ไม่ได้ออกเสียงแสดงความคิดเห็น การปรากฏตัวของบุคคลนั้น ก็ก่อให้เกิดอคติหรือการมีส่วนร่วมได้เสียซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติตามแนวทางที่ 2 ตามที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ โดยบัญญัติให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่ามีผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมบุคคลนั้นต้องไม่อยู่ร่วมในที่ประชุมในการตัดสินใจบุคคลดังกล่าวต้องออกไปจากที่ประชุมนั้น โดยบัญญัติไว้ในวรรคที่ 2 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวของมาตรา 13 โดยให้ถือว่า การปรากฏตัวของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในที่ประชุมนั้นทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปเป็นโมฆะ ซึ่งใช้บังคับในทุกกรณียกเว้นเฉพาะในกรณีที่การปรากฏตัวของผู้มีส่วนได้เสียนั้น ไม่มีการส่งผลต่อการประชุมหรือการตัดสินใจแต่ประการใด แต่ก็เป็นการยากที่จะหาข้อพิสูจน์ว่าการปรากฏตัวของผู้มีส่วนได้เสียนั้นไม่มีอิทธิพลหรือส่งผลใด ๆ ต่อการวินิจฉัยหรือออกคำสั่งนั้น ฉะนั้นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นไม่ควรอยู่ในที่ประชุมนั้น ซึ่งตามปกติศาลปกครองมักวินิจฉัยไปแนวทางที่ 2 คือ การปรากฏตัวนั้นย่อมส่งผลหรืออิทธิพลต่อการตัดสินใจมาก เช่น

ในคดี *Gouverneu General de l'Algerie* ศาลปกครองตัดสินว่าคณะกรรมการวินัยจะมีสมาชิกคนหนึ่งที่กำลังถูกลงโทษทางวินัยอยู่ไม่ได้และในคดี *Ministere de l'Education National /sudaka et Camas* ศาลปกครองตัดสินว่านายยกเทศมนตรี ซึ่งเป็นคนที่รู้จักกันดีว่าต่อต้านสตรีอย่างรุนแรงจะเป็นกรรมการในคณะกรรมการสอบที่มีสตรีเป็นผู้สมัครสอบไม่ได้<sup>66</sup>

อนึ่ง มีคำพิพากษา ของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2004 ในคดี *M.Frank* ที่วินิจฉัยในเรื่องหลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลาง วินิจฉัยสรุปว่า

<sup>66</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 71.

“การที่กรรมการในการสอบคัดเลือกเป็นผู้อยู่ใต้การควบคุมของผู้สมัครรายหนึ่งทำให้ผู้สมัครรายอื่นไม่ได้รับหลักประกันในเรื่องความเป็นกลาง มติของคณะกรรมการที่ประกาศรายชื่อผู้สอบได้ จึงถูกเพิกถอน”

โดยมีข้อเท็จจริงว่า นาย Frank ผู้สมัครเข้าการคัดเลือกในตำแหน่งหัวหน้าที่ปรึกษางานศึกษาวิจัย แต่คณะกรรมการสอบคัดเลือกมีวินิจฉัยไม่ให้นาย Frank ผ่านการสอบคัดเลือก นาย Frank จึงฟ้องต่อสภาแห่งรัฐ โดยขอให้

(1) เพิกถอนมติของคณะกรรมการเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2002 ที่มีมติไม่ให้นาย Frank ผ่านการคัดเลือก

(2) สั่งให้ศูนย์ศึกษาวิจัยแห่งชาติจัดให้มีการสอบใหม่

สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า ปราบกฎเอกสารในสำนวนว่าในบรรดาบุคคลที่ประกอบเป็นคณะกรรมการสอบคัดเลือกที่ 40-01 เพื่อสอบคัดเลือกผู้มีสิทธิเป็นหัวหน้าที่ปรึกษางานศึกษาวิจัยประจำปี 2002 ที่จัดขึ้นในแผนกที่ 40 ของคณะกรรมการศึกษาวิจัยแห่งชาตินั้น มีกรรมการผู้หนึ่ง ซึ่งอยู่ได้บังคับบัญชาของผู้สมัครรายหนึ่งซึ่งเป็นหัวหน้าหน่วยงานศึกษาวิจัย ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีลักษณะที่ทำให้ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกไม่ได้รับการคัดเลือกไม่ได้รับการประกันสิทธิในเรื่องความเป็นกลาง (des garanties d' impartialite') ข้อกล่าวอ้างของนาย Frank ที่ขอให้ เพิกถอนมติของคณะกรรมการที่ให้ตนเป็นผู้ผ่านการคัดเลือกจึงฟังขึ้น

สำหรับข้อประการต่อมาที่นาย Frank ขอให้จัดให้มีการสอบใหม่นั้น สภาแห่งรัฐพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาในกรณีที่ไม่จำเป็นที่จะต้องให้มีการสอบใหม่จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาคำขอในประเด็นนี้

สภาแห่งรัฐจึงมีคำพิพากษาดังนี้

(1) ให้เพิกถอนมติของคณะกรรมการที่กำหนดรายชื่อผู้ผ่านการสอบคัดเลือกในการสอบเพื่อเป็นหัวหน้าที่ปรึกษางานศึกษาวิจัย ประจำปี 2002 ที่จัดโดยแผนกที่ 40

(2) คำขออนอกจากนี้ให้ยก

(3) ให้แจ้งคำพิพากษานี้แก่นาย Frank ศูนย์ศึกษาวิจัยแห่งชาติและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเยาวชน การศึกษา และการวิจัย<sup>67</sup>

<sup>67</sup> ยงยุทธ อนุกุล. (2547). *คดีปกครองฝรั่งเศสเกี่ยวกับบริหารงานบุคคล เอกสารประกอบการสัมมนาตุลาการศาลปกครองส่วนภูมิภาค ครั้งที่ 3/2547*. หน้า 437-438.

## 2.5 หลักความเป็นกลางตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และมาตรา 16 โดยในตอนนี้จะศึกษาถึงหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ผลของการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง การดำเนินการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง และการดำเนินการที่เป็นข้อยกเว้นบทบังคับเรื่องความไม่เป็นกลาง

### 2.5.1 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

หลักความเป็นกลางตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง *Nemo iudex in causa sua*, หรือ *Nemo iudex in sua causa*, เป็นภาษาละตินที่มีความหมายตามตัวอักษรว่า ไม่มีผู้ใดเป็นผู้ตัดสินการกระทำที่มีสาเหตุมาจากตนเองได้ (No one should be a judge in his own cause).<sup>68</sup> ถ้อยคำดังกล่าวเป็นหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ (Principle of Natural Justice) ที่ว่า ไม่มีบุคคลใดสามารถวินิจฉัยคดีซึ่งตนเองมีประโยชน์เกี่ยวข้องได้ (No person can judge a case in which he has an interest) หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ไม่มีผู้ใดที่จะตัดสินคดีของตนเองได้ (Nobody can judge on his own lawsuit) เพราะหากยอมให้กระทำการเช่นนั้นได้ย่อมจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม (Unfairness) ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวจะนำมาปรับใช้เพื่อป้องกันอคติ (Bias) ซึ่งผลทางกฎหมายในการฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมทางธรรมชาตินั้น โดยทั่วไปแล้วหากปรากฏการคัดค้านว่ามีการฝ่าฝืนต่อหลักดังกล่าว ผู้ที่ถูกคัดค้านจะต้องหยุดกระบวนการพิจารณา (Proceedings) แต่หากฝ่าฝืนยอมทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดมีความไม่สมบูรณ์ (Invalid) ซึ่งอาจถูกเพิกถอน หรืออุทธรณ์โต้แย้งได้ และหากจะทำให้สมบูรณ์ได้อีกก็จะต้องมีการดำเนินการกระบวนการดังกล่าวใหม่อีกครั้งหนึ่งโดยกระทำการไม่ให้มีการฝ่าฝืนต่อหลักการดังกล่าว กล่าวคือ การแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวอาจแก้ไขได้โดยดำเนินการใหม่ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำสั่งทางปกครอง (Administrative Order) ตามนิยามในมาตรา 5<sup>69</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>68</sup> นอกจากถ้อยคำทั้งสองนี้แล้ว ยังปรากฏถ้อยคำต่าง ๆ ซึ่งมีความหมายในลักษณะทำนองเดียวกันอีก เช่น *Nemo iudex idoneus in propria causa est*, *Nemo iudex in parte sua*, *Nemo iudex in re sua*, *Nemo debet esse iudex in propria causa*, หรือ *In propria causa nemo iudex*.

<sup>69</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

พ.ศ. 2539 แล้ว เมื่อเกิดข้อบกพร่องในเรื่องหลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ และได้ล่วงพ้นไปถึงขั้นออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมถือว่าข้อบกพร่องนั้นมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลกระทบต่อสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง การแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวก็อาจต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว<sup>70</sup> และให้ดำเนินการใหม่<sup>71</sup>

หลักเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการและรูปแบบในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการ<sup>72</sup> คือ

(1) เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (Rights and Liberties) ของประชาชน เช่น หลักการให้เหตุผล (reason) การรับฟังความทุกฝ่าย (Hearing all Parties) และหลักความเป็นกลาง (Impartiality)

(2) เพื่อให้ฝ่ายปกครองอยู่ในสภาพหรือฐานะที่จะพิจารณาสั่งการได้ดียิ่งขึ้น เช่น การกำหนดหน้าที่ให้ต้องปรึกษาหารือ (consult) หรือขอความเห็นชอบ (approval) จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะมีผลให้ฝ่ายปกครองสั่งการโดยรู้ข้อเท็จจริง และสามารถตัดสินใจได้อย่างรอบคอบ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นผลดีแก่ประชาชน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติหลักความเป็นกลางซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอยู่ในมาตรา 13 และมาตรา 16 โดยการปฏิบัติในเรื่องความไม่เป็นกลางจะมีผล

๑๓๑

๑๓๑

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

๑๓๑

๑๓๑

<sup>70</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 49 ถึง มาตรา 53 โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) นั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการสร้างภาระ (มาตรา 50) และ (2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ (มาตรา 51)

<sup>71</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า 241.

<sup>72</sup> ฤทัย หงส์ศิริ. (2540). *นิติกรรมทางปกครองคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 285.

ทำให้เจ้าหน้าที่นั้น ไม่อาจทำการพิจารณาทางปกครองได้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งสอง มาตราดังกล่าวแล้ว อาจแบ่งความไม่เป็นกลางได้เป็น 2 ลักษณะ<sup>73</sup> คือ (1) ความไม่เป็นกลาง โดยสภาพภายนอก และ (2) ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน หรือโดยทางสาระ<sup>74</sup>

#### 2.5.1.1 ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก

ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัว กับคู่กรณี หากมีกรณีในลักษณะนี้เกิดขึ้น ย่อมถือเป็นเรื่องที่ไม่สมควร เพราะจะทำให้คู่กรณีและ ผู้ที่เกี่ยวข้องเกิดความเคลือบแคลงใจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อภาพรวม ของการปฏิบัติราชการทางปกครอง รัฐจึงควรดำเนินการเพื่อให้ประชาชนเกิดความไว้วางใจว่าการ กระทำของเจ้าหน้าที่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม<sup>75</sup> (*intérêt général*) และคุ้มครองประโยชน์ ของผู้ที่เกี่ยวข้อง เมื่อเจ้าหน้าที่ หรือกรรมการในคณะกรรมการ ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทาง ปกครองมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณีในทางหนึ่งทางใดตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมถือว่า บุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนจะออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏลักษณะความ ไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกขึ้น ย่อมเป็นผลให้ไม่สามารถทำการพิจารณาทางปกครองได้ทั้ง ในฐานะเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองเอง หรือผู้เสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้อนุมัติ หรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>76</sup> กรณีดังกล่าวปรากฏในมาตรา 13 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

<sup>73</sup> เจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งจะทำการพิจารณาทางปกครองต้องเป็นผู้มีความเป็นกลาง (*impartiality*) ต่อทุกฝ่าย เพื่อประกัน กระบวนการปฏิบัติราชการให้เกิดความเป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>74</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 242.

<sup>75</sup> ประโยชน์ส่วนรวมจะหมายถึงวัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือวัตถุประสงค์ของเจ้าหน้าที่และสถาบันต่าง ๆ ที่ต้องยึดถือในเรื่องประโยชน์ของประชาชนอันเป็นส่วนรวมทั้งหมด ประโยชน์ส่วนรวมเป็นแนวคิดพื้นฐานของ กฎหมายมหาชน (*notion fondamentale du droit public*) ซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้อง คำนึงถึงและแสดงออกถึงวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้าย (*finalité*) นี้เสมอ กล่าวคือ ความมุ่งหมายอันเป็นขั้นสุดท้าย ที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาและปฏิบัติคือ การดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (Voir, Georges DUPUIS, Marie-José GUÉDON et Patrice CHRÉTIEN, *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> édition, Paris : Armand Colin, Coll. « U. Droit », 2007, p. 460.)

<sup>76</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง. *รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. การประชุมทางวิชาการ เรื่อง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ณ โรงแรมริเจนท์ จังหวัดเพชรบุรี. วันที่ 10-12 ตุลาคม 2540. หน้า 11-12.

(1) เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง หากมีการฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์นี้ย่อมถือว่าเป็นการพิจารณาทางปกครองที่เป็นฝ่ายตรงข้ามกับตัวเอง เช่น การยื่นขออนุญาตตั้งโรงงานให้แก่ตัวเอง ในขณะที่ตนเองเป็นผู้มีอำนาจในการอนุญาตให้ตั้งโรงงาน

หากเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ตามมาตรา 13 กับกฎหมายเยอรมันแล้วจะพบว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) มีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz เรียกโดยย่อว่า VwVfG) ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 มาตรา 20 (1)<sup>77</sup> บัญญัติห้ามบุคคลใช้อำนาจหน้าที่ดำเนินการทางปกครองในลักษณะเดียวกันกับ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

- (1) บุคคลดังต่อไปนี้ไม่อาจกระทำการในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่
1. บุคคลผู้เป็นคู่กรณีเอง
  2. เป็นญาติของผู้ร้องขอ
  3. บุคคลผู้เป็นตัวแทนของผู้ร้องขอ โดยอาศัยอำนาจทางกฎหมาย หรืออำนาจหน้าที่โดยทั่วไป หรือตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยเฉพาะ
  4. เป็นญาติกับบุคคลผู้เป็นตัวแทนของผู้ร้องขอในกระบวนการพิจารณา
  5. บุคคลผู้เป็นลูกจ้างของผู้ร้องขอ และได้รับค่าตอบแทนจากผู้ร้องขอ หรือเป็นบุคคลในคณะผู้จัดการ คณะผู้ควบคุมดูแลหรือคณะบุคคลในลักษณะทำนองเดียวกัน หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช้บังคับกับบุคคลซึ่งกรรมการจ้างคณะบุคคลนั้นเป็นผู้ร้องขอ

---

<sup>77</sup>§ 20 Ausgeschlossene Personen

- (1) In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden,
1. wer selbst Beteiligter ist;
  2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist;
  3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt;
  4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteiligten in diesem Verfahren vertritt;
  5. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist;
  6. wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist.



6. บุคคลผู้มีความขัดแย้งทางความเห็นหรือขัดแย้งในสาระสำคัญ เว้นแต่จะเกิดขึ้น โดยสถานภาพที่มีการกำหนดไว้อย่างเป็นทางการ (เว้นแต่จะเกิดขึ้น โดยการกำหนดของกฎหมาย)

การฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางในกรณีเป็นบุคคลผู้เป็นคู่กรณีเองตามมาตรา 20 (1) 1. ของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติทางปกครองนั้น ย่อมเป็นเหตุให้นิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsaktes) เกิดความไม่สมบูรณ์ (Nichtigkeit) อันส่งผลให้เป็นโมฆะ<sup>78</sup> เพราะไม่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 44 (3) 1<sup>79</sup> ที่บัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้แก่กรณีที่มีการฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางซึ่งมีลักษณะเป็นบุคคลตามมาตรา 20 (1) 2-6 นั้น กฎหมายเยอรมันวางหลักว่าการฝ่าฝืนของบุคคลดังกล่าวไม่ถึงกับทำให้นิติกรรมทางปกครองเกิดความไม่สมบูรณ์ (Ein Verwaltungsakt ist nicht schon deshalb nichtig.)

(2) เจ้าหน้าที่เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เนื่องจากการร่วมเป็นครอบครัวเดียวกัน หรือจะร่วมเป็นครอบครัวเดียวกัน อาจทำให้เกิดความลำเอียงได้โดยง่าย

(3) เจ้าหน้าที่เป็นญาติของคู่กรณี<sup>80</sup> คือ เป็นบุพการี<sup>81</sup> หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ<sup>82</sup> หรือเป็นพี่น้อง<sup>83</sup> หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น<sup>84</sup> หรือเป็นญาติเกี่ยวกันทางแต่งงาน<sup>85</sup> นับได้เพียงสองชั้น

<sup>78</sup> เนื่องจากการที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง ย่อมเป็นฝ่ายตรงข้ามกับตนเอง จึงเป็นการพิจารณาแต่เพียงฝ่ายเดียวที่เจ้าหน้าที่มีส่วนเกี่ยวข้อง และเจ้าหน้าที่อาจกระทำเพื่อตนเอง หากเห็นว่าประโยชน์ที่ได้นั้นจะเกิดแก่ตน กรณีนี้จึงถือเป็นกรณีที่ร้ายแรงที่สุด การพิจารณาทางปกครองที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์นี้จึงควรตกเป็นโมฆะ ซึ่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ไม่ได้บัญญัติให้การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในลักษณะนี้ จะได้รับยกเว้นจากการตกเป็นโมฆะ (มาตรา 20 (1) 1. ประกอบมาตรา 44 (3) 1) อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก็ไม่ได้บัญญัติให้กรณีนี้ตกเป็นโมฆะแต่ประการใด

<sup>79</sup> § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(1) Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

...

(3) Ein Verwaltungsakt ist nicht schon deshalb nichtig, weil

1. Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit nicht eingehalten worden sind, außer wenn ein Fall des Absatzes 2 Nr. 3 vorliegt;

2. eine nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 6 ausgeschlossene Person mitgewirkt hat;

<sup>80</sup> ญาติ คือ คนในวงศ์วานที่นับรู้กันได้ทางเชื้อสายฝ่ายพ่อหรือฝ่ายแม่ ความเป็นญาติมักก่อให้เกิดความลำเอียง โดยบทบัญญัตินี้มีหลักการที่ประสงค์จะให้จำกัดขอบเขตของการเป็นญาติสนิทที่ถือว่ามีความสัมพันธ์ทางจิตใจอย่างใกล้ชิด

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของ  
คู่กรณี<sup>86</sup> บุคคลในลักษณะนี้เป็นบุคคลที่เคยช่วยทำงานหรือรักษาผลประโยชน์ให้แก่กันมาก่อน

<sup>81</sup> บุพการี เป็นผู้ที่มีส่วนสำคัญในการให้การอุปการะ ในบทบัญญัตินี้ บุพการีจะหมายถึง ผู้สืบสายโลหิตสายตรง  
ขึ้นไป ไม่ว่าจะกี่ชั้นก็ตาม นับตั้งแต่บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ซึ่งการนับตามหลักบุพการีในกรณีนี้จะนับรวม  
ทั้งหมด ไม่ว่าจะมิฐานอันเนื่องมาจากการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม การเป็นบุพการี จะเป็นกรณีที่  
เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป การเป็นบุพการีของคู่กรณีจะถือตามหลักความเป็นจริงเท่านั้น ดังนั้น  
จึงไม่ได้หมายความรวมถึงกรณีการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีได้มีการสืบสายโลหิตกันโดยตรง อย่างไรก็ตาม  
การเป็นบุพการีของคู่กรณีตามความเป็นจริงนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป ดังนั้น  
จึงอาจเป็นบุพการีนอกกฎหมายของคู่กรณีก็ได้

<sup>82</sup> ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา ไม่ว่าจะกี่ชั้นก็ตาม ซึ่งได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ทั้งนี้  
การนับตามหลักผู้สืบสันดานนี้จะนับทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นผู้สืบสันดานโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่  
ก็ตาม การเป็นผู้สืบสันดานจะหมายถึงการเป็นผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงเท่านั้น กรณีนี้จึงไม่น่าจะ  
หมายความรวมถึงการเป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรณีที่มีได้มีการสืบสายโลหิตกัน โดยตรงด้วย อย่างไรก็ตาม  
การเป็นผู้สืบสันดานของคู่กรณีตามความเป็นจริงนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้สืบสันดานที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป  
จะเป็นผู้สืบสันดานนอกกฎหมายของคู่กรณีก็ได้

<sup>83</sup> พี่น้อง หมายถึง ผู้เกิดร่วมบิดามารดาเดียวกัน (กำเนิดจากบิดามารดาเดียวกัน) หรือร่วมบิดาเดียวกัน (กำเนิดจาก  
บิดาเดียวกันแต่ต่างมารดา) หรือร่วมมารดาเดียวกัน (กำเนิดจากมารดาเดียวกันแต่ต่างบิดา) ดังนั้น พี่น้องจึงเป็นคน  
ในเชื้อสายวงศ์วานที่เกิดในครอบครัวจากบิดาและมารดา หรือบิดาเดียวกัน หรือมารดาเดียวกัน ไม่ว่าจะบิดาและ  
มารดาจะสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ การเป็นพี่น้องในกรณีนี้ กฎหมายกำหนดให้นับได้  
เพียงภายในสามชั้น

<sup>84</sup> ลูกพี่ลูกน้อง คือ ลูกของผู้เป็นที่หรือน้องของบิดาหรือมารดา เช่น ญาติที่เป็นลูกของลุง ป้า น้า หรืออา ซึ่งถือกัน  
ตามข้อเท็จจริง โดยในกรณีนี้ กฎหมายกำหนดให้นับได้เพียงภายในสามชั้น

<sup>85</sup> ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน เป็นความสัมพันธ์ในการเป็นญาติอันเกิดจากการแต่งงาน การเป็นญาติเกี่ยวพันทาง  
แต่งงาน เช่น เป็นพ่อตา หรือแม่ยาย หรือพ่อสามี หรือแม่สามีของคู่กรณี หรือเป็นพี่เขย หรือน้องเขย พี่สะใภ้ หรือ  
น้องสะใภ้ของคู่กรณี โดยในกรณีนี้กฎหมายกำหนดให้นับได้เพียงสองชั้น

<sup>86</sup> ในการประชุมของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ....  
และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎร ได้มีการอภิปราย  
เกี่ยวกับ ร่างมาตรา 13 (3) โดยเห็นว่าควรเพิ่มเติมคำว่า “ผู้พิทักษ์” ในร่างมาตรา 13 (3) เนื่องจากประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นหมายความรวมถึงผู้พิทักษ์ด้วย จึงเห็น  
ควรให้เพิ่มเติมคำว่า “ผู้พิทักษ์” ลงไป เพื่อให้ความในมาตรา 13 (3) มีความหมายชัดเจนและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น  
อย่างไรก็ตาม การพิจารณาร่างมาตรานี้ในวาระที่ 3 ก็มีได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตราดังกล่าวแต่ประการใด  
อ้างถึงใน บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง  
พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 3  
วันพุธที่ 1 พฤศจิกายน 2538 ณ ห้องประชุมกรมการ หมายเลข 213 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

ย่อมจะมีความใกล้ชิดกัน และอาจก่อให้เกิดความลำเอียงได้ ซึ่งหากพิเคราะห์จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว อาจแบ่งบุคคลดังกล่าวออกเป็นบุคคลในลักษณะต่าง ๆ ได้ ดังนี้

ผู้แทนโดยชอบธรรม (legal representative) คือ ผู้ปกครอง (curator) ที่ดูแลผู้เยาว์ (มาตรา 1585<sup>87</sup> และมาตรา 1598/3<sup>88</sup>) หรืออาจเป็นผู้อุปบาล (guardian) ที่ดูแลคนไร้ความสามารถ (มาตรา 28<sup>89</sup> ประกอบมาตรา 1598/15<sup>90</sup> และมาตรา 1598/18<sup>91</sup> แล้วแต่กรณี)

ผู้พิทักษ์ (curator) คือ ผู้ที่ดูแลคนเสมือนไร้ความสามารถ (มาตรา 32<sup>92</sup>)

<sup>87</sup> มาตรา 1585 บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะและไม่มีบิดามารดาหรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครองเสียแล้วนั้น จะจัดให้มีผู้ปกครองขึ้นในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ก็ได้

ในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองบางส่วนตามมาตรา 1582 วรรคหนึ่ง ศาลจะตั้งผู้ปกครองในส่วนที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจปกครองนั้นก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจปกครองถูกถอนอำนาจจัดการทรัพย์สินตามมาตรา ๑๕๘๒ วรรคสอง ศาลจะตั้งผู้ปกครองเพื่อจัดการทรัพย์สินก็ได้

<sup>88</sup> มาตรา 1598/3 ผู้ปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้อยู่ในปกครอง ให้นำมาตรา 1570 มาตรา 1571 มาตรา 1572 มาตรา 1574 มาตรา 1575 มาตรา 1576 และมาตรา 1577 มาใช้บังคับแก่ผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครองโดยอนุโลม

<sup>89</sup> มาตรา 28 บุคคลวิกลจริตผู้ใด ถ้าคู่สมรสก็ดี ผู้บุพการี กล่าวคือ บิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ทวดก็ดี ผู้สืบสันดาน กล่าวคือ ลูก หลาน เหลน ลื้อก็ดี ผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์ก็ดี ผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้นอยู่ก็ดี หรือพนักงานอัยการก็ดี ร้องขอต่อศาลให้สั่งให้บุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถ ศาลจะสั่งให้บุคคลวิกลจริตผู้นั้นเป็นคนไร้ความสามารถก็ได้

บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถตามวรรคหนึ่ง ต้องจัดให้อยู่ในความอุปบาล การแต่งตั้งผู้อุปบาล อำนาจหน้าที่ของผู้อุปบาลและการสิ้นสุดของความเป็นผู้อุปบาล ให้เป็นไปตามบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายนี้

คำตั้งของศาลตามมาตรา นี้ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

<sup>90</sup> มาตรา 1598/15 ในกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถ และภริยาหรือสามีเป็นผู้อุปบาล ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม เว้นแต่สิทธิตามมาตรา 1567 (2) และ (3)

<sup>91</sup> มาตรา 1598/18 ในกรณีที่บิดามารดาเป็นผู้อุปบาลบุตร ถ้าบุตรนั้นยังไม่บรรลุนิติภาวะ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้าบุตรนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของผู้ปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม เว้นแต่สิทธิตามมาตรา 1567 (2) และ (3)

<sup>92</sup> มาตรา 72 บุคคลใดมีกายพิการหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบหรือประทุษร้ายสุรายเสเพลเป็นอาชญา หรือติดสุรายาเมา หรือมีเหตุอื่นใดทำนองเดียวกันนั้น จนไม่สามารถจะจัดทำกรงานโดยตนเองได้ หรือจัดกิจการไปในทางที่อาจจะเสื่อมเสียแก่ทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว เมื่อบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 28 ร้องขอต่อศาล ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้

ผู้แทน (the representative) คือ ผู้ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่โดยกฎหมายที่จะทำการแทนบุคคลอื่น เช่น แทนนิติบุคคล (มาตรา 70<sup>93</sup>)

ตัวแทน (agent) คือ ผู้ที่เข้าทำการใดแทนผู้อื่น โดยสิทธิและหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทน (มาตรา 797<sup>94</sup>)

(5) เป็นเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของกลุ่ม<sup>95</sup> การกำหนดห้ามบุคคลในลักษณะนี้ เพราะบุคคลดังกล่าวอาจมีประโยชน์ที่จะเรียกร้องหรือจะต้องกระทำทำให้แก่กันซึ่งมีความสัมพันธ์ทางจิตใจที่อาจไม่ประสงค์จะกระทำใดอันเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งเกิดความขุ่นข้องหมองใจ หรืออาจกระทำการใดเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์จากมูลหนี้ หรือเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งพอใจเพื่อที่ตนจะได้รับการชำระหนี้หรือผ่อนปรนการชำระหนี้

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เจตนารมณ์ในการบัญญัติมาตรา 13 (6) เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นการเตรียมการล่วงหน้า เพราะในอนาคตหากเกิดเหตุการณ์ใดที่มีความจำเป็นก็จะสามารถกำหนดเพิ่มเติมได้ตามความเหมาะสมและจำเป็น โดยสามารถกำหนดเพิ่มเติมไว้ในกฎกระทรวงได้ ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองในต่างประเทศก็มีการกำหนดกฎหมาย

บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถตามวรรคหนึ่ง ต้องจัดให้อยู่ในความพิทักษ์ การแต่งตั้งผู้พิทักษ์ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายนี้

ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการสิ้นสุดของความเป็นผู้ปกครองในบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายนี้ มาใช้ บังคับแก่การสิ้นสุดของการเป็นผู้พิทักษ์โดยอนุโลม

คำตั้งของศาลตามมาตรา นี้ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

<sup>93</sup> มาตรา 70 นิติบุคคลต้องมีผู้แทนคนหนึ่งหรือหลายคน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งจะได้ กำหนดไว้

ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคล

<sup>94</sup> มาตรา 797 อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทนมีอำนาจทำการแทนบุคคล อีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็น โดยตั้งแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้

<sup>95</sup> บทบัญญัติในมาตรา 13 (5) นี้กำหนดแต่เพียงการเป็นนายจ้างของกลุ่ม แต่มิได้บัญญัติถึงการเป็นลูกจ้างของกลุ่มด้วย อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างของกลุ่มตามกฎหมายลักษณะหนี้ย่อมหมายถึงลูกหนี้ที่อยู่แล้ว การที่มีได้บัญญัติ กรณีการเป็นลูกจ้างของกลุ่มไว้ มิได้หมายความว่าเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้แล้ว กรณีการเป็นลูกจ้างของกลุ่ม จะได้รับการยกเว้น เพราะตามความเป็นจริงแล้ว การเป็นลูกจ้างของกลุ่มย่อมทำให้เกิดความเกรงใจ นายจ้างมากกว่าการเป็นนายจ้างของกลุ่ม

ไว้ในลักษณะทำนองเดียวกันกับมาตรา 13 (6) ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาทางปกครองได้รับความไว้วางใจจากประชาชนและมีความเป็นธรรมมากที่สุด<sup>96</sup>

นอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 (1)ถึง (5) แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ยังมีกรณีที่ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่อาจจะทำการพิจารณาทางปกครองได้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในระหว่างทำการพิจารณาทางปกครองและรวมไปถึงการออกคำสั่งทางปกครอง โดยอาจมีความสัมพันธ์ส่วนตัวในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองกับคู่กรณีในทางอื่น ๆ ซึ่งน่าจะเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะทำการพิจารณาทางปกครองโดยมีอคติหรือเกิดความลำเอียงได้ นายกรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (มาตรา 6<sup>97</sup> ประกอบมาตรา 11 (4)<sup>98</sup>) จึงอาจออกกฎกระทรวงกำหนดเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงเหตุหรือลักษณะดังกล่าวในภายหลังได้ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการรับคู่กรณีเป็นบุตรบุญธรรม หรือคู่กรณีได้รับเจ้าหน้าที่เป็นบุตรบุญธรรม การเป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรณี หรือการรับคู่กรณีไว้เป็นบุตรบุญธรรม ย่อมทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่กับคู่กรณี หรือปรากฏว่าเจ้าหน้าที่เป็นหรือเคยเป็นผู้อุปถัมภ์หรือผู้อยู่ในความอุปถัมภ์ของคู่กรณี อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการออกกฎกระทรวงก็คงต้องถือว่าความสัมพันธ์เช่นนี้เป็นพฤติการณ์อื่นที่อาจทำให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะทำการพิจารณาทางปกครองโดยไม่เป็นกลางได้<sup>99</sup>

หลักความเป็นกลางตามมาตรา 13 เป็นหลักที่บัญญัติห้ามเจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีของความไม่เป็นกลางทางภาวะวิสัย (impartialité objective)<sup>100</sup> โดยความ

<sup>96</sup> บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของวุฒิสภา ครั้งที่ 3 วันพฤหัสบดีที่ 20 มิถุนายน 2539 ณ ห้องรับรอง 1 ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 2.

<sup>97</sup> มาตรา 6 ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

<sup>98</sup> มาตรา 11 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) สอดส่องดูแลและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

<sup>99</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 76. หน้า 64.

<sup>100</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2544). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 20-21.

ไม่เป็นกลางนั้นอาจมีอยู่ภายนอกความคิดแห่งจิตใจของเจ้าหน้าที่ และเป็นสภาพที่พิจารณาได้จากภายนอกโดยปรากฏเป็นความสัมพันธ์ทางบุคคล (relation personnelle) ความไม่เป็นกลางดังกล่าวอาจมีเหตุมาจากสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่ ซึ่งกฎหมายวางหลักห้ามเจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองโดยคำนึงถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่มีสถานภาพหรือฐานะบางประการที่อาจจะมีผลกระทบต่อความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง ความไม่เป็นกลางประเภทนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งส่วนใหญ่จะได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งอย่างใกล้ชิดกับคู่กรณีจนอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางขึ้นได้ เช่น มีฐานะเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เป็นญาติของคู่กรณี เป็นหรือเคยเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี และรวมถึงในกรณีที่เจ้าหน้าที่นั้นเป็นคู่กรณีเอง นอกจากนั้น อาจมีกรณีความไม่เป็นกลางจากเหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่ซึ่งผู้ร่างกฎหมายยังไม่สามารถจะระบุเจาะจงได้ในขณะนี้ โดยอาจยังมีกรณีอื่น ๆ อีกหลายประการที่คนทั่วไปจะสงสัยได้อย่างมากว่า การพิจารณาทางปกครองอาจมีความลำเอียงเกิดขึ้น จึงควรห้ามมิให้ทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่นั้นเคยแสดงความคิดเห็นอย่างจริงจังในประเด็นที่จะพิจารณาในตอนที่อยู่นอกหน้าที่การงานของตนมาก่อน เมื่อได้มาเป็นเจ้าหน้าที่ในเรื่องนี้ก็คงมีความโน้มเอียงที่จะวินิจฉัยเช่นเดิมอีก โดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ปรากฏขึ้นในครั้งใหม่ หรือเจ้าหน้าที่เป็นผู้ที่จะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์จากการมีคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น<sup>101</sup> กฎหมายจึงกำหนดให้มีความยืดหยุ่น โดยให้ฝ่ายปกครองไปกำหนดกรณีอื่น ๆ เพิ่มเติมจากที่มีการบัญญัติไว้โดยออกเป็นกฎกระทรวง

#### 2.5.1.2 ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน

ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน คือ ความไม่เป็นกลางตามความเป็นจริง เนื่องจากกฎหมายไม่พึงประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจหน้าที่ของตนในลักษณะที่ไม่มีความเป็นกลาง (impartialité) หรือใช้อำนาจบิดเบือนไปในทางอื่นโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองไม่มีความเป็นกลางแล้ว การกระทำนั้นย่อมบกพร่อง โดยเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย เมื่อเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในทางปกครอง จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย<sup>102</sup> และอาจถูกเพิกถอนได้ในภายหลัง อย่างไรก็ตาม

<sup>101</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 244.

<sup>102</sup> การกระทำทางปกครอง (acte administratif) จะต้องเคารพต่อประโยชน์ส่วนรวม และเคารพต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (légalité) ดังนั้น การกระทำทางปกครองจึงอาจเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย (illégalité) ได้ หากการกระทำนั้นฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ การกระทำทาง

ความไม่เป็นกลางในกรณีนี้มีใช่เป็นเพียงเหตุระวางหรือคาดเดา และต้องมีสิทธิที่เล็กน้อยเกินไป แต่ต้องมีสภาพร้ายแรงซึ่งมีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้เห็นได้ว่าอาจมีผลทำให้การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่เกิดความไม่เป็นกลางได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยให้ความเห็นในกรณีนี้ว่า บทบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติลักษณะต้องห้ามของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ โดยหากมีกรณีเช่นนั้นเกิดขึ้นคู่กรณีอาจคัดค้านการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการนั้นได้และเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่ถูกคัดค้านจะพิจารณาทางปกครองต่อไปไม่ได้ นั้น บัญญัติขึ้นโดยมีความมุ่งหมายที่จะใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาเนื้อหาสาระหลักของเรื่อง ซึ่งผลการพิจารณาจะนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครองได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาทางปกครองในเรื่องเนื้อหาของเรื่องได้รับการพิจารณาจากบุคคลที่เป็นกลาง ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในทางที่เป็นคุณหรือโทษกับคู่กรณี อันอาจทำให้ข้อยุติในผลการพิจารณาทางปกครองไม่เป็นธรรมอย่างแท้จริง ฉะนั้น ในการพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่อาจถูกคัดค้านว่าจะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ ตามมาตรา 13 หรือมาตรา 16 แห่ง พระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงต้องพิจารณาขอบเขตการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้นว่ามีความสัมพันธ์กับการพิจารณาทางปกครองถึงระดับที่ทำให้ผลการพิจารณาทางปกครองต้องเสียความเป็นกลางหรือไม่ มีใช่หมายถึงเจ้าหน้าที่ทุกคนในขั้นตอนต่าง ๆ ของการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งจะทำการดำเนินการทางปกครอง ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้เลย<sup>103</sup>

จากแนวคิดดังกล่าว พระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 16 วรรคหนึ่ง จึงวางหลักว่า หากมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 อันเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง<sup>104</sup> ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้

---

ปกครองอาจฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายได้หลายลักษณะ โดยแต่ละลักษณะเช่นว่านี้ถือว่าขัดต่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (règle de droit) ซึ่งการกระทำทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจจะปรากฏขึ้นในลักษณะต่าง ๆ เช่น การกระทำโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) การกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามรูปแบบ (illégalité relative à la forme) หรือเป็นการกระทำโดยผิดรูปแบบ (vice de forme) หรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย (violation de la loi) Voir, Jean RIVERO et Jean WALINE. (2000). *Droit administratif*, 18<sup>e</sup> édition, Paris: Dalloz, Coll. « Précis Dalloz. Droit public-Science politique. pp. 244-251.

<sup>103</sup> บันทึกความเห็นคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การคัดค้านผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย (เรื่องเสร็จที่ 366/2550)

<sup>104</sup> คำว่า เจ้าหน้าที่ หรือ กรรมการ ในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง (หรือที่เรียกว่า คณะกรรมการวินัยข้อพิพาท) นั้น พระราชบัญญัติวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้คำนิยามไว้ตามลำดับในมาตรา 5 ดังนี้

การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ปัญหาที่น่าพิจารณา คือ บทบัญญัติมาตรา 16 ที่ใช้ถ้อยคำว่า เหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางนั้นหมายความว่าเช่นไร เป็นเหตุในลักษณะใด

ในประเด็นนี้ มีนักกฎหมายให้ตัวอย่างเกี่ยวกับเหตุดังกล่าวไว้ ดังนี้

เหตุอันมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ได้แก่ การเป็นผู้ที่มีทัศนคติอันเป็นปฏิปักษ์กับเรื่องที่จะทำการพิจารณา หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้เป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้อ้างเห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้พิเศษเกี่ยวข้องกับเรื่องที่จะทำการพิจารณามาแล้ว โดยได้เคยแสดงความเห็นต่อสาธารณชนในเรื่องที่จะทำการพิจารณาออกหน้าที่การงานมาก่อนแล้ว หรือได้เคยพิจารณาเรื่องที่จะทำการพิจารณามาก่อนแล้วในชั้นต้น และกรณีนี้เจ้าหน้าที่หรือกรรมการเอง คู่สมรส บุพการี หรือผู้สืบสันดานของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการกำลังมีคดีพิพาทกันอยู่กับคู่กรณี คู่สมรส บุพการี หรือผู้สืบสันดานของคู่กรณี เป็นต้น<sup>105</sup>

กรณีใดจะนำหลักในมาตรา 16 มาปรับใช้นั้น ได้แก่ เจ้าหน้าที่หรือกรรมการเคยมีความโกรธแค้นอาฆาตกันมาก่อน หรือเป็นผู้มีทัศนคติเป็นปฏิปักษ์อย่างแข็งกร้าวกับเรื่องที่จะต้องพิจารณา ซึ่งจะทำให้เจ้าหน้าที่หรือกรรมการทำการพิจารณาไปอย่างไรก็ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือกรณีมีประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) โดยหากจะกล่าวในทางทฤษฎีแล้ว เจ้าหน้าที่หรือกรรมการจะต้องมีทิศทางแห่งความคิดอันขัดแย้งกับปัญหาที่พิจารณา (issue) หรือบุคคล (person) ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็ทางบวกหรือทางลบ และไม่ว่าจะเป็นโดยเหตุผลในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือจิตใจก็ตาม<sup>106</sup>

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

๑๗๑

“คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

๑๗๑

๑๗๑

<sup>105</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 76. หน้า 64-65.

<sup>106</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 248.



คณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีใดจะเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง โดยมีตัวอย่างความเห็น ซึ่งได้แก่

1) การถือหุ้นของนิติบุคคลที่เป็นคู่กรณี

การที่ผู้บริหารของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้รับมอบหุ้นจากบริษัทที่จะรับการทำสัญญาว่าจ้างให้ก่อสร้างทางด่วนจากการทางพิเศษแห่งประเทศไทยก่อนที่บริษัทดังกล่าวจะเข้าตลาดหลักทรัพย์นั้น แม้ว่าผู้บริหารของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยจะมีได้เป็นผู้แทนของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทก็ตาม แต่การที่ผู้บริหารดังกล่าวถือหุ้นอยู่ก็อาจถือเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา 2 ได้ ซึ่งการพิจารณาว่าการถือหุ้น ในจำนวนและลักษณะใดจะถือว่ามีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป เช่น ตามข้อหาเรื่องนี้ หากการได้รับมอบหุ้นของผู้บริหารการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นเหตุจงใจให้ผู้บริหารนั้นสั่งการเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทที่ตนได้รับหุ้นมา ก็ต้องถือว่าเป็นการสั่งการของเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางและทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่สามารถทำคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับบริษัทนั้นได้<sup>107</sup>

2) การพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่ามีแนวโน้มในการก่อให้เกิดอคติหรือความ โกรธเคืองอย่างรุนแรงจนอาจทำให้การใช้ดุลพินิจทางปกครองไม่เป็นกลางหรือเสียความเป็นธรรม

สำหรับเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง นั้น คณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยมีความเห็นไว้แล้วในเรื่องเสรีจที่ 335/2546 ว่าจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ดังนั้น ในเบื้องต้นต้องคำนึงถึงการใช้ดุลพินิจที่จะตัดสินว่าคู่ความในคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่ไม่อาจทำการพิจารณาทางปกครองได้ ซึ่งต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายและหลักการบริหารราชการที่ดี (good governance) โดยหากหน่วยงานของรัฐมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาแต่เพียงอย่างเดียว ผู้ถูกกล่าวหาอาจใช้การฟ้องกรมการสอบสวนเพื่อประวิงเวลาการทำงานของกรมการฯ ทำให้กรมการฯ ไม่อาจดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา หรือหากมุ่งคุ้มครองกรมการฯ แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยถือว่าการเป็นคู่ความกันในคดีไม่เป็นเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางหรือเสียความเป็นธรรม กรมการฯ อาจมีความเห็นไปในลักษณะที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับความเสียหายโดยไม่เป็นธรรมได้ แนวทางการใช้ดุลพินิจที่อยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการบริหารราชการที่ดี (good governance) นั้น จึงต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของข้อพิพาทในแต่ละคดีเพื่อพิจารณาว่าการฟ้องคดีในแต่ละกรณีจะมี

<sup>107</sup> บันทึกคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การดำเนินการของผู้มีอำนาจในส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่มีหุ้นอยู่ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของตน (เรื่องเสรีจที่ 335/2546)

แนวโน้มนำในการก่อให้เกิดอคติหรือความ โกรธเคืองกันอย่างรุนแรงจนอาจทำให้การสอบสวน ไม่เป็นกลางหรือเสียความเป็นธรรมได้มากนักน้อยเพียงใด<sup>108</sup>

3) การดำรงตำแหน่งเป็นประธานกรรมการนิติบุคคลที่เป็นคู่กรณี หรือดำรงตำแหน่ง ในรัฐวิสาหกิจซึ่งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลที่เป็นคู่กรณี

การที่ประธานอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อ ไฟฟ้าจากผู้ผลิต ไฟฟ้าเอกชนนั้นดำรงตำแหน่งเป็นประธานกรรมการในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอ หรือดำรงตำแหน่ง เป็นประธานกรรมการในรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนออยู่หลายแห่ง ประธานอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอฯ จึงมีสองฐานะในขณะเดียวกัน กล่าวคือ เป็นทั้งผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอ ให้พิจารณาและเป็นผู้พิจารณาผลของการ ยื่นข้อเสนอตัวเอง ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงพิเคราะห์ได้ว่า การดำรงตำแหน่งประธานกรรมการ ในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอ หรือเป็นประธานกรรมการในรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท ที่จะยื่นข้อเสนอ นั้น อาจเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็น กลางตามมาตรา 16 จึงไม่อาจทำการพิจารณาต่อไปได้ และต้องงดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องหรือต้องเปลี่ยนเจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้น<sup>109</sup>

4) การเป็นคณะกรรมการซ้ำซ้อนกันทั้งสองคณะถือว่าอาจเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง

กรณีเลขานุการ ก.พ. และจเรตำรวจแห่งชาติดำรงตำแหน่งคณะกรรมการคัดเลือกและ ยังเป็นกรรมการข้าราชการตำรวจโดยตำแหน่งสองฐานะในขณะเดียวกัน จึงอาจเป็นเหตุซึ่งมีสภาพ ร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางได้<sup>110</sup> หรือกรณีของคณะกรรมการ

<sup>108</sup> บันทึกความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ขอหาหรือเหตุซึ่งมี สภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง (เรื่องเสรีจที่ 165/2547) และ โปรดดู บันทึก คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง เหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครอง ไม่เป็นกลางตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539(เรื่องเสรีจที่ 188/2556) และบันทึกความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง เหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การ พิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง กรณีการพิจารณาความผิดและลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา (เรื่องเสรีจที่ 101/2559)

<sup>109</sup> บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ความเป็นกลางของกรรมการในคณะกรรมการที่มี อำนาจพิจารณาทางปกครอง: กรณีประธานอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อ ไฟฟ้าจากเอกชน ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอ (เรื่องเสรีจที่ 631/2550)

<sup>110</sup> บันทึกความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ขอหาหรือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจ หน้าที่ของคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) (เรื่องเสรีจที่ 852/2554)

พิจารณาอุทธรณ์และร้องทุกข์ที่ทำหน้าที่ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชา ซึ่งออกโดยมีความเห็นสอดคล้องกับคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย ซึ่งกรณีนี้ เจ้าหน้าที่คนเดียวกันจะมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองทั้งในคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และร้องทุกข์ไม่ได้ เพราะการใช้ดุลพินิจของบุคคลดังกล่าวย่อมมีความโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมที่ตนได้เคยพิจารณาวินิจฉัยไปแล้ว อันถือได้ว่ามีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง<sup>111</sup>

### 2.5.2 ผลของการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง

การปฏิบัติหรือดำเนินการทางปกครองที่ดีจะต้องกระทำโดยปราศจากความไม่เป็นกลาง (impartialité) หรือต้องดำเนินการโดยยึดถือหลักความเป็นกลาง ซึ่งหลักความเป็นกลางถือเป็นเรื่องสำคัญ (matière importante) หากมีการพิจารณาทางปกครองไปโดยบุคคลหรือคณะบุคคล ไม่มีความเป็นกลาง ย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองเกิดความมัวหมองหรือความไม่เป็นธรรมไปตามความไม่เป็นกลางนั้นด้วย ผลของการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางและการดำเนินการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น อาจแยกพิจารณาเป็นประเด็นที่สำคัญได้ 2 กรณี ดังนี้

1) ผลของการกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่ได้กระทำไปก่อนหยุดการพิจารณา

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 17<sup>112</sup> วางหลักว่าการกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่ได้กระทำไปก่อนหยุดการพิจารณานั้นย่อมไม่เสียไป บทบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ที่จะรองรับการกระทำที่ได้ดำเนินการมาแล้วว่าไม่ต้องกลับไปเริ่มต้นใหม่ เพราะการดำเนินการดังกล่าวยังไม่เสร็จสิ้นยุติเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะมีผลไปสู่การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล กล่าวคือ ผลของการกระทำที่ไม่เป็นกลางในระหว่างก่อนหยุดการพิจารณานั้น หากจะมีอยู่จริงก็ยังไม่อาจมีผลกระทบต่อผู้ใด เพราะยังไม่มี

<sup>111</sup> บันทึกความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การประเมินวิทยฐานะครูชำนาญการ : กรณี อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาลพบุรี เขต 2 (เรื่องเสร็จที่ 566/2555) ซึ่งในกรณีนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้เคยมีคำวินิจฉัยทำนองเดียวกันนี้มาแล้วเช่นกัน โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 133/2553

<sup>112</sup> มาตรา 17 การกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่ได้กระทำไปก่อนหยุดการพิจารณาตามมาตรา 14 และมาตรา 16 ย่อมไม่เสียไป เว้นแต่เจ้าหน้าที่ผู้เข้าปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ถูกคัดค้านหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง แล้วแต่กรณีจะเห็นสมควรดำเนินการส่วนหนึ่งส่วนใดเสียใหม่ก็ได้

ผลเป็นคำสั่งทางปกครอง และหากได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยมีเจ้าหน้าที่ใหม่หรือกรรมการใหม่ เข้าปฏิบัติหน้าที่แทนเจ้าหน้าที่ผู้ถูกคัดค้านหรือกรรมการที่ถูกคัดค้าน โดยเจ้าหน้าที่คนใหม่หรือ กรรมการใหม่นั้นไม่มีปัญหาในเรื่องความเป็นกลางอีกต่อไป การพิจารณาทางปกครองก็ยังคง ดำเนินการไปจนถึงมีคำสั่งทางปกครองอย่างเป็นทางการได้ ซึ่งการดำเนินการต่อไปควรเป็นเรื่องที่ จะต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนใหม่หรือกรรมการคนใหม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เช่นไร กล่าวคือ มีการ ดำเนินการใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำก่อนหยุดการ พิจารณาของเจ้าหน้าที่เดิมหรือกรรมการเดิมไม่เสียไปย่อมดีกว่าการที่จะต้องไปเริ่มกระบวนการ พิจารณาทางปกครองใหม่ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม บางกรณีอาจปรากฏว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ เดิมหรือกรรมการเดิมนั้นมีการฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางในลักษณะที่ค่อนข้างรุนแรง เจ้าหน้าที่ ใหม่หรือกรรมการใหม่ก็อาจดำเนินการในส่วนหนึ่งส่วนใดเสียใหม่ก็ได้ มาตรา 17 จึงบัญญัติ เป็นกรณียกเว้นไว้ โดยให้ผู้เข้าปฏิบัติหน้าที่แทนมีอำนาจดำเนินการส่วนหนึ่งส่วนใดเสียใหม่ก็ได้

2) ผลต่อคำสั่งทางปกครองที่มีการพิจารณาทางปกครองอันฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางตามมาตรา 13 และมาตรา 16

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 บัญญัติว่า เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ เช่นเดียวกับมาตรา 16 ที่กำหนดว่า เจ้าหน้าที่หรือ กรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้ ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่หรือกรรมการ ได้ดำเนินการมาจนครบถ้วนและได้จัดให้มีคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 13 หรือมาตรา 16 แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก็มีได้มีบทบัญญัติในเรื่องผลของคำสั่ง ทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 16 ไว้เป็นการเฉพาะ กรณีการ ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 16 จึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องผลของ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งมาตรา 42<sup>113</sup> วรรคสอง วางหลักว่า คำสั่งทางปกครองเมื่อเกิดขึ้นแล้ว จะมีผลเรื่อยไปจนกว่าจะถูกเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไข<sup>114</sup> หรือโดยเหตุอื่น<sup>115</sup>

<sup>113</sup> มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้น ได้รับแจ้งเป็นต้นไป

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยัง ไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้ จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่ง ทางปกครองนั้นให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือนำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำ เครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

<sup>114</sup> การสิ้นผลลงโดยเงื่อนไข เช่น กำหนดว่าหากมีเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นในอนาคตก็ให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้น ผลบังคับลง ซึ่งเป็นลักษณะทำนองเดียวกับนิติกรรมทางแพ่งที่มีเงื่อนไขสิ้นสุด โดยการสิ้นสุดในลักษณะนี้อาจ

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอาจเป็นการเพิกถอนในกระบวนการอุทธรณ์  
ตามมาตรา 44<sup>116</sup> หรือเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 49<sup>117</sup>

---

เป็นไปได้ว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ร้องขอให้กำหนดเงื่อนไขเวลาดังกล่าว หรือเป็นผู้ทำให้ผลบังคับของคำสั่ง  
ทางปกครองนั้นเริ่มต้นหรือสิ้นสุดลง และอาจเป็นไปได้ว่าเงื่อนไขเวลาดังกล่าวนั้นมีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติ  
ของกฎหมาย

<sup>115</sup> เช่น มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นจนจบสิ้นแล้ว คำสั่งทางปกครองจึงสิ้นผลไปโดยสภาพของคำสั่ง  
นั้นเอง เพราะเป็นคำสั่งที่มีความมุ่งหมายใช้เฉพาะคราว หรือเป็นกรณีที่บทบัญญัติกฎหมายซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับ  
คำสั่งทางปกครองเดิมมีการเปลี่ยนแปลงไป และการจะให้คำสั่งทางปกครองเดิมยังคงมีผลอยู่จะขัดต่อกฎหมาย

<sup>116</sup> มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมาย  
กำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อ  
เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

๑๓๑

๑๓๑

<sup>117</sup> มาตรา 59 เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์  
ในมาตรา 51 มาตรา 52 และมาตรา 53 ไม่ว่าจะพ้นขั้นตอนการกำหนดให้อุทธรณ์หรือให้โต้แย้งตามกฎหมายนี้  
หรือกฎหมายอื่นมาแล้วหรือไม่

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่  
ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่คำสั่งทางปกครองจะทำได้ขึ้นเพราะการแสดงความ  
อันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือการชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือ  
ประโยชน์อื่นใดที่มีขอบด้วยกฎหมาย

หรือเพิกถอนโดยการพิจารณาใหม่ตามมาตรา 54<sup>118</sup> หรือโดยการนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครอง<sup>119</sup>

### 2.5.3 การดำเนินการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง

การดำเนินการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

#### 2.5.3.1 การคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่ผู้เป็นบุคคลตามมาตรา 13

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 14<sup>120</sup> วางหลักในการดำเนินการไว้ ดังนี้

(1) เมื่อมีกรณีตามมาตรา 13 หรือคู่กรณีคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดเป็นบุคคลที่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 13

(2) เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อน

<sup>118</sup> มาตรา 54 เมื่อคู่กรณีมีคำขอ เจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองที่พ้นกำหนดอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) มีพยานหลักฐานใหม่ อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

(2) คู่กรณีที่แท้จริงมิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาครั้งก่อนแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

(3) เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจที่จะทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น

(4) ถ้าคำสั่งทางปกครองได้ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณี

การยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคู่กรณีไม่อาจทราบถึงเหตุนี้ในการพิจารณาครั้งที่แล้วมาก่อนโดยไม่ใช้ความผิดของผู้ยื่น

การยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่ผู้นั้นได้รู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาใหม่ได้

<sup>119</sup> การเพิกถอนโดยองค์กรวินิจัยคดีปกครองเป็นการควบคุมฝ่ายปกครอง (contrôle de l'administration) ซึ่งเป็นกระบวนการควบคุมทางตุลาการหรือกึ่งตุลาการ (contrôle juridictionnel ou quasi juridictionnel) ที่มีผลให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงเมื่อได้มีคำวินิจฉัยให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

<sup>120</sup> มาตรา 14 เมื่อมีกรณีตามมาตรา 13 หรือคู่กรณีคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดเป็นบุคคลตามมาตรา 13 ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อน และแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะได้มีคำสั่งต่อไป

การยื่นคำคัดค้าน การพิจารณาคำคัดค้าน และการสั่งให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ที่ถูกคัดค้านให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

(3) เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะได้มีคำสั่งต่อไป

(4) การยื่นคำคัดค้าน การพิจารณาคำคัดค้าน และการสั่งให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน ผู้ที่ถูกคัดค้านให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>121</sup>

2.5.3.2 การคัดค้านว่ากรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง คณะใดมีลักษณะเป็นบุคคลตามมาตรา 13

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 15<sup>122</sup> วางหลักในการดำเนินการไว้ ดังนี้

(1) เมื่อมีกรณีตามมาตรา 13 หรือคู่มือคัดค้านว่ากรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองคณะใดมีลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13

(2) ประธานกรรมการต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเหตุคัดค้านนั้น

(3) ในการประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเหตุคัดค้านดังกล่าว เมื่อกรรมการผู้ถูกคัดค้านได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและตอบข้อซักถามแล้ว กรรมการผู้นั้นต้องออกจากที่ประชุม

(4) หากคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองคณะใดมีผู้ถูกคัดค้าน ในระหว่างที่กรรมการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากที่ประชุมนั้น ให้ถือว่าคณะกรรมการคณะนั้น ประกอบด้วยกรรมการทุกคนที่ไม่ถูกคัดค้าน

<sup>121</sup> ในกรณีนี้ ได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไว้แล้ว ดังนั้น การดำเนินการคัดค้านเจ้าหน้าที่ในกรณีนี้จึงเป็นไปตามกฎกระทรวงฉบับนี้

<sup>122</sup> มาตรา 15 เมื่อมีกรณีตามมาตรา 13 หรือคู่มือคัดค้านว่ากรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองคณะใดมีลักษณะดังกล่าว ให้ประธานกรรมการเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเหตุคัดค้านนั้น ในการประชุมดังกล่าวกรรมการผู้ถูกคัดค้านเมื่อได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและตอบข้อซักถามแล้วต้องออกจากที่ประชุม

ถ้าคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองคณะใดมีผู้ถูกคัดค้านในระหว่างที่กรรมการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากที่ประชุม ให้ถือว่าคณะกรรมการคณะนั้นประกอบด้วยกรรมการทุกคนที่ไม่ถูกคัดค้าน

ถ้าที่ประชุมมีมติให้กรรมการผู้ถูกคัดค้านปฏิบัติหน้าที่ต่อไปด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสาม ของกรรมการที่ไม่ถูกคัดค้าน ก็ให้กรรมการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ มติดังกล่าวให้กระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ และให้เป็นที่สุด

การยื่นคำคัดค้านและการพิจารณาคำคัดค้านให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

(5) หากที่ประชุมมีมติให้กรรมการผู้ถูกคัดค้านปฏิบัติหน้าที่ต่อไปด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการที่ไม่ถูกคัดค้าน ก็ให้กรรมการผู้นั้นสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ โดยมติดังกล่าวให้กระทำโดยวิธีลงคะแนนลับและให้ถือเป็นที่สุด

(6) การยื่นคำคัดค้านและการพิจารณาคำคัดค้านให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>123</sup>

2.5.3.3 การคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 16<sup>124</sup> วางหลักในการดำเนินการไว้ ดังนี้

(1) กรณีมีเหตุอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

<sup>123</sup> ในกรณีนี้ปรากฏว่าได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดค้านกรรมการดังกล่าวไว้แล้ว ดังนั้นการดำเนินการคัดค้านกรรมการในกรณีนี้จึงเป็นไปตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 7 นี้

<sup>124</sup> มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบแล้วแต่กรณี

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 วรรคสอง และมาตรา 15 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่มาใช้บังคับโดยอนุโลม



(2) ถ้าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้หนึ่งเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่ง หรือหากเป็นกรรมการก็ให้กรรมการผู้หนึ่งแจ้งให้ประธานกรรมการทราบ

(3) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้หนึ่งมีเหตุดังกล่าว หากเจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้หนึ่งเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้หนึ่งจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้ แต่เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่ง หรือกรรมการผู้หนึ่งต้องแจ้งให้ประธานกรรมการทราบ

(4) ให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่ง หรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งกรรมการผู้หนึ่งเป็นกรรมการอยู่ มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้าว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้หนึ่งมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

(5) ในกรณีผู้ถูกคัดค้านเป็นเจ้าหน้าที่ให้นำหลักในเรื่องการยื่นคำคัดค้านการพิจารณาคำคัดค้าน และการสั่งให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ที่ถูกคัดค้านตามมาตรา 14 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(6) กรณีผู้ถูกคัดค้านเป็นกรรมการให้นำหลักดังต่อไปนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม (apply *mutatis mutandis*)

1) หลักในเรื่องคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองคณะใดมีผู้ถูกคัดค้านในระหว่างที่กรรมการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากที่ประชุม ให้ถือว่าคณะกรรมการคณะนั้นประกอบด้วยกรรมการทุกคนที่ไม่ถูกคัดค้าน (มาตรา 15 วรรคสอง)

2) หลักในเรื่องที่ว่าหากที่ประชุมมีมติให้กรรมการผู้ถูกคัดค้านปฏิบัติหน้าที่ต่อไปด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการที่ไม่ถูกคัดค้าน ก็ให้กรรมการผู้หนึ่งปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ มติดังกล่าวให้กระทำโดยวิธีลงคะแนนลับและให้เป็นที่สุด (มาตรา 15 วรรคสาม)

3) หลักในเรื่องการยื่นคำคัดค้านและการพิจารณาคำคัดค้านให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง (มาตรา 15 วรรคสี่)

#### 2.5.4 การดำเนินการที่เป็นข้อยกเว้นบทบังคับเรื่องความไม่เป็นกลาง

ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความไม่เป็นกลางที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 13 หรือมาตรา 16 ก็ตาม อันที่จริงแล้วก็อาจเป็นเพียงแนวโน้มนำคำสั่งทางปกครองที่ออกมาภายหลังการพิจารณาทางปกครองแล้วอาจมีอคติ ความลำเอียง และนำมาสู่ความไม่เป็นธรรม เพื่อให้เกิดความพอใจแก่คู่กรณี กฎหมายจึงวางหลักเกณฑ์ในการห้ามมิให้เกิดพฤติกรรมหรือลักษณะเช่นนั้น ซึ่งอาจนำไปสู่การกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมของผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม หากผู้มี

อำนาจดังกล่าวตระหนักถึงหน้าที่ของตนและปฏิบัติหน้าที่อย่างดีที่สุดแล้ว กรณีที่เกรงว่าจะเกิดอคติหรือความลำเอียงก็อาจไม่เป็นเช่นนั้นเลยก็ได้ เช่น เมื่อพิจารณาเบื้องต้นแล้วดูเหมือนว่าในระยะเริ่มต้นของการพิจารณาทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองดูเหมือนจะมีอคติหรือความลำเอียง แต่เมื่อมีการพิจารณาทางปกครองเรื่อยมากลับพบว่า การพิจารณาทางปกครองดังกล่าวมีขั้นตอนต่าง ๆ ที่ควบคุมมิให้กระทำการพิจารณาไปในทางที่ไม่ชอบได้ ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่อยู่ในช่วงว่าจะมีอคติหรือความลำเอียงนั้นก็ไมอาจดำเนินการดังกล่าวได้เลย ดังนั้น ในกรณีที่มีความจำเป็นของสถานการณ์บังคับไว้ กฎหมายก็ควรกำหนดให้สามารถตรวจสอบรายละเอียดของความไม่เป็นกลางในภายหลังได้เมื่อจำเป็นต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองไปก่อน โดยยกเว้นไม่นำหลักการคัดค้านหรือการถอนตัวในขณะพิจารณาทางปกครองมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติราชการทางปกครองสามารถดำเนินการต่อไปได้ โดยข้อยกเว้นกรณีนี้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 18<sup>125</sup> ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้สองกรณี ดังนี้<sup>126</sup>

1) กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งจะเลื่อนเวลาออกไปไม่ได้ เพราะจำเป็นที่จะต้องมีการสั่งทางปกครองเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) หรือคุ้มครองต่อสิทธิของบุคคล (droit personnel) ซึ่งหากปล่อยให้ล่าช้าจะเกิดความเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้

2) กรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนได้ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุโดยข้อเท็จจริง (fait) หรือข้อกฎหมาย (disposition légale) เช่น ผู้ดำรงตำแหน่งมีเพียงคนเดียวและไม่ปรากฏว่ามีตำแหน่งผู้ช่วยที่จะมอบหมายได้ หรือไม่อาจหาบุคคลอื่นมาปฏิบัติหน้าที่นั้นได้ หรืออาจเป็นตำแหน่งที่มีผู้ช่วยแต่ปรากฏว่าผู้ช่วยไม่อยู่และไม่อาจหาบุคคลอื่นใดมาทำหน้าที่แทนได้

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อยกเว้นตามมาตรา 18 เพิ่มเติมว่า ต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงพิสูจน์ได้ชัดเจนและไม่มิผลต่อความเที่ยงธรรมในการพิจารณาทางปกครอง โดยเห็นว่า ข้อยกเว้นในเรื่องเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่ไม่อาจทำการพิจารณาต่อไปได้นั้นจำกัดเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้ล่าช้าไปจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้ หรือไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนผู้นั้นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 18 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

<sup>125</sup> มาตรา 18 บทบัญญัติมาตรา 13 ถึงมาตรา 16 ไม่ให้นำมาใช้บังคับกับกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหากปล่อยให้ล่าช้าไปจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้ หรือไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนผู้นั้นได้

<sup>126</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 249-250.

แต่ต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงพิสูจน์ได้ชัดเจนและไม่มีผลต่อความเที่ยงธรรมในการพิจารณาทางปกครอง<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> บันทึกความเห็นคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ความเป็นกลางของกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง : กรณีประธานอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากเอกชนดำรงตำแหน่งประธานกรรมการในบริษัทที่จะยื่นข้อเสนอ (เรื่องเสร็จที่ 631/2550)