

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเป็นกลาง

แนวคิดพื้นฐานมาจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติที่ต้องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวเริ่มจากแนวคิดที่ต้องการให้ศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ ต้องมีความเป็นกลางในเรื่องที่ตนต้องวินิจฉัย จากนั้นจึงได้พัฒนาแนวความคิดดังกล่าวมาใช้กับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกรณีที่มีการใช้อำนาจนั้นอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น แนวคิดของหลักความเป็นกลางขององค์กรตุลาการ จึงสามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความเป็นกลางในการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับความหมาย ขอบเขตการบังคับใช้ เหตุที่อาจกระทบต่อความเป็นกลาง และผลทางกฎหมาย

#### 2.1 แนวคิดหลักนิติรัฐ

ตามหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนด ดังนั้น ภายใต้หลักนิติรัฐ การกระทำต่อปัจเจกชนจึงมีอยู่ 2 นัย คือ

- 1) รัฐกำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- 2) รัฐกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐสามารถใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด

ด้วยเหตุนี้ ในนิติรัฐที่สมบูรณ์เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับประชาชนฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถจะฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายปกครองที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นได้ ซึ่งในนิติรัฐนั้นไม่เฉพาะแต่ความสัมพันธ์ระหว่างราษฎร กับราษฎรเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ซึ่งกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรก็ต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วย องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์ใดจะเข้าไปกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรคนใด องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องแสดงได้ว่ามีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นนั้นได้ เพียงแต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีนโยบาย และแม้ว่านโยบายที่กำหนดขึ้นจะเป็นการธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ ถ้าหากยังไม่ได้มีการนำเอา นโยบายนั้น ไปบัญญัติเป็นกฎหมายให้อำนาจตน

ดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้นแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้นหาได้ไม่

ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย และเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่สิทธิ และเสรีภาพของประชาชน อันเป็นไปตามแนวคิดเสรีนิยมทางการเมือง หากฝ่ายปกครองละเมิดหลักการแห่งนิติรัฐดังกล่าวประชาชนก็สามารถดำเนินคดีกับการกระทำที่มีขอบทุกประเภทของฝ่ายปกครองโดยร้องขอต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยขอให้ “ยกเลิก” หรือขอให้ “เพิกถอน” หรือ “เปลี่ยนแปลงแก้ไข” การกระทำ หรือคำสั่งอันมีขอบต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้นได้ และทำให้ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม หรือโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้

นิติรัฐนั้นเป็นรัฐที่ตรงกันข้ามกับรัฐตำรวจ ซึ่งยึดหลักการที่ว่าในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อชำระไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวม หรือผลประโยชน์สาธารณะ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางในอันที่จะสั่งให้ราษฎรกระทำการ หรือละเว้นไม่กระทำการต่างๆ ดังนั้นระบบนิติรัฐสร้างขึ้นมาจากมีวัตถุประสงค์ให้เป็นหลักในการป้องกัน และแก้ไขเยียวยา การใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน

การควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐอาจประกอบไปด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชน

การควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐอาจประกอบไปด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชน

ฌอง โบแดง (Jean Bodin) อธิบายว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the state) โดยโบแดง ได้คำอธิบายข้อนี้มาจากองค์ประกอบข้อหนึ่งของรัฐที่ว่าต้องมีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้น โบแดงจึงสรุปว่า อำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร และผู้ใช้อำนาจอธิปไตยได้แก่ พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐ จึงทรงเป็นรัฐอธิปไตย โบแดงได้นำความคิดนี้มาจากหลัก Res Publica ที่จักรพรรดิโรมันเคยประกาศว่าคนมีอำนาจสูงสุด เป็นเจ้าของรัฐและเป็นตัวแทนรัฐตามที่เชื่อในสมัยโรมัน ซึ่งแม้จะกล่าวว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ แต่สามารถเข้าใจได้ว่า รัฐ คือ กษัตริย์ อยากรู้ก็ตาม แม้ว่าองค์อธิปไตยของโบแดงนี้จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย (Lex) ซึ่งตนเองเป็นผู้ตราขึ้นก็ตาม แต่องค์อธิปไตยยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายศักดิ์สิทธิ์ และหลักทั่วไปของกฎหมาย (Jus) กล่าวคือ ยังคงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์

ทางศีลธรรม ซึ่งมีแต่ความเที่ยงแท้แน่นอนตลอดจนของสัญญาซึ่งได้ทำไว้กับกษัตริย์ต่างชาติหรือเอกชน<sup>1</sup>

โบแดง เห็นว่า การปกครองระบอบกษัตริย์ที่ดีที่สุด เพราะการสืบราชสมบัติก่อให้เกิดความต่อเนื่องของระบอบการปกครอง การใช้ระบอบกษัตริย์ทำให้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โอนมิได้ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ปฏิเสธทั้งอำนาจภายนอกของจักรพรรดิ (Emperor) และพระสันตะปาปา (Pope) และปฏิเสธอำนาจภายในรัฐของเจ้าศักดินาหรือองค์กรอื่น ทั้งนี้ เพราะในสมัยนั้นมีการแย่งชิงอำนาจระหว่างกษัตริย์ (Emperor) กับพระสันตะปาปา (Pope) โบแดงต้องการให้สภาพสงครามและความปราศจากกฎหมายในยุคกลางหมดไป โดยให้อำนาจการปกครองอยู่ที่กษัตริย์

ดังนั้น โบแดงจึงสนับสนุนการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy)<sup>3</sup> ที่อำนาจของรัฐทั้งปวงอยู่ในพระหัตถ์ของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ จึงทรงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดของแผ่นดิน โดยเป็นทั้งเจ้าแผ่นดินและเจ้าชีวิตของสรรพสิ่งทั้งปวงในราชอาณาจักรของพระองค์ ถ้าพระมหากษัตริย์ในระบอบดังกล่าว ปกครองโดยการนำเอาหลักทศพิธราชธรรม<sup>4</sup> มาเป็นแนวทางปกครองประชาราษฎร์ทั้งหลายให้มีความสงบสุขร่มเย็น แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าพระมหากษัตริย์ไร้ซึ่งหลักทศพิธราชธรรมในการปกครองแล้ว ประชากรทั้งหลายอาจได้รับความเดือดร้อน สมัยการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) กษัตริย์และข้าราชการบริหารจะมีฐานะอยู่เหนือกฎหมาย คือ เป็นผู้ออกกฎหมาย แต่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่ตนเองออก กฎหมายในสมัยนั้นจึงมีขึ้นเพื่อใช้บังคับกับประชาชน (ผู้อยู่ใต้การปกครอง) มิใช่กับกษัตริย์และข้าราชการบริหาร (ฝ่ายปกครอง) ด้วยเหตุนี้ ถ้ากฎหมายดังกล่าวได้รับการนำมาบังคับใช้กับประชาชนและก่อให้เกิดความเดือดร้อนและผู้ปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างไม่เป็นธรรม การกระทำดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ผลต่อมาเกิดแนวคิดต่อต้านการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) เช่น กรณีการ

<sup>1</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และจตุรงค์ ธีระวัฒน์. (2529). “อำนาจอธิปไตย กับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Luzius WILDHABER”. *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 16 ฉบับที่ 4, หน้า 177.

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2542). *การสร้างธรรมาภิบาล (GOOD GOVERNANCE) ในสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 31.

<sup>3</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม. (2519). *รัฐธรรมนูญ: บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 99.

<sup>4</sup> จรัญ โฆษณานันท์. (2550). *ปรัชญากฎหมายไทย LW 201 (S)* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 114-116.

ปฏิวัติใหญ่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1789<sup>5</sup> และการประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>6</sup> ที่ย่ำที่สุด จึงก่อให้เกิดแนวคิดการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนหลัก นิติรัฐ (Etat de droit หรือ Legal state หรือ Rechtsstat) จึงถือกำเนิดขึ้นมาในรัฐสมัยใหม่<sup>7</sup>

### 2.1.1 แนวคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จอห์น ล็อก (John Locke) ชาวอังกฤษ (ค.ศ. 1632-1704) ได้กล่าวไว้ในหนังสือ “Secound Treatise of Civil Government” ว่าอำนาจอธิปไตย แยกออกได้เป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญา และแลกเปลี่ยนทูต ข้อสังเกต คือ จอห์น ล็อก ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจที่เกี่ยวกับตุลาการเลย

ต่อมา มองเตสกีเออ (Montesquieu) ชาวฝรั่งเศส (ค.ศ.1669-1755) ได้เขียนหนังสือชื่อ เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (L’Esprit des Lois) โดยมองเตสกีเออ กล่าวว่า อำนาจหน้าที่ที่รัฐบาลปฏิบัติอยู่นั้นมีการใช้อำนาจอยู่ 3 ชนิด คือ

ประการแรก รัฐออกกฎหมายมาบังคับแก่การดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป อำนาจในการออกกฎหมาย แก้ไขกฎหมาย หรือยกเลิกกฎหมาย คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Puisseance Legislative)

ประการที่สอง รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยทั้งภายใน และภายนอกประเทศ และใช้กำลังให้ประเทศเพื่อนบ้านเคารพในเอกราชอธิปไตยของประเทศ และการใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนได้เคารพกฎหมาย ภารกิจนี้เป็นภารกิจปฏิบัติการตามบทบัญญัติของกฎหมายตามความหมายอย่างกว้าง เรียกว่า อำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายมหาชน (Puisseance execctives des chose qui dependent du droit) และ

ประการที่สาม รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ภายใต้กฎหมาย กรณีนี้จำเป็นภารกิจในการปฏิบัติตามกฎหมาย เช่น เดียวกันแต่ภารกิจนี้ต่างจากภารกิจที่สอง เพราะเป็นอำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายแพ่ง (Puisseance executive des chose qui dpendent du droit civil)

ซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นไม่ได้ หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแบ่งแยกไม่ได้ แต่หมายถึง การแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยไม่ให้การใช้อำนาจไปรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพราะตามประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองที่ผ่านมาได้แสดงให้เห็นว่า เมื่อคนเรามีอำนาจขึ้นมาก็มักจะใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบ

<sup>5</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว. หน้า 69.

<sup>6</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว. หน้า 62.

<sup>7</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 104.

ดังนั้น เพื่อให้มีการระงับการใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบ จะต้องจัดให้มีบางสิ่งบางอย่างเพื่อหยุดยั้งการใช้อำนาจนั้น และการแบ่งแยกองค์กระอิสรระขึ้นมาตามอำนาจทั้งสามนั้น โดยการใช้ปฏิบัติการผู้มีอำนาจหน้าที่ซึ่งแตกต่างกัน และไม่ขึ้นต่อกันนั้นจะเป็นหนทางเดียวที่มีประสิทธิภาพในอันที่จะให้ความคุ้มครองต่อเสรีภาพของประชาชน

### 2.1.2 แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

หลักว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญรับรอง และให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกัน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัด หรือแย้งต่อกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจการกระทำต่างๆ ขององค์การของรัฐฝ่ายปกครอง และการกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียงการป้อนให้ไปไปตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นใช้บังคับกับการกระทำทางปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็น ปฏิบัติการทางปกครอง (Real Act Administrative) หรือนิติกรรมทางปกครอง (Juristic Administrative)

หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งยึดมั่นในหลักนิติรัฐ ที่ว่าการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งคำว่ากฎหมายในที่นี้นั้นมิได้หมายเฉพาะรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายถึง สิ่งทั้งหมดที่เป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด จากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างประ โยชน 2 ฝ่าย คือ การให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และเพื่อมิให้หลักประกันดังกล่าวอย่างสูงสุดจึงมักจะทำให้เกิดมีการขยายหลักที่ใช้บังคับอยู่เดิมให้กว้างขวางออกไปอีกเรื่อยๆ ซึ่งจะไปขัดกับประ โยชนของอีกฝ่ายหนึ่ง คือ การให้อิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงานตามที่เห็นสมควร เพราะในบางกรณีฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับอำนาจอิสระบางอย่างเพื่อดำเนินงานของฝ่ายปกครองให้เหมาะสมกับสถานการณ์ เช่น การให้ฝ่ายปกครองได้สามารถใช้ดุลพินิจได้ตามสมควรแก่กรณี เป็นต้น ดังนั้นการใช้หลักนี้บังคับแก่ฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องมีข้อผ่อนผัน และข้อยกเว้นบางประการ ทั้งนี้เพื่อรักษาประ โยชนของทั้งสองฝ่าย คือ ทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และทั้งฝ่ายปกครองนั่นเอง นอกจากนี้ ในกรณีที่เกิดภาวะสงคราม หรือในยามสถานการณ์ไม่ปกติ ฝ่ายปกครองก็อาจกระทำทางปกครองที่ถือว่ามิชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะว่า ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องดำเนินการบางประการ โดยเร่งด่วนในยามคับขัน หรือฉุกเฉิน เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้อยู่ใต้ปกครองโดยส่วนรวมนั่นเอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองสามารถแยกออกได้เป็น 2 หลักย่อย ดังต่อไปนี้ คือ

1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes)

หลักความมาก่อนของกฎหมาย มีสาระสำคัญว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปแบบบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐทั้งหลายรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้นการกระทำของรัฐ (รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง)ทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร่องจะขัด หรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้นหากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำ หรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes)

ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร่องในทางปฏิบัติให้มีฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่เป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร่องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบทสิทธิของเอกชน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังกล่าว

สำหรับวิธีการควบคุมการกระทำในทางปกครองนั้น อาจทำได้ ดังนี้

1) เป็นการควบคุมภายในของฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่งเป็นกรณีของการบังคับบัญชามาใช้เป็นหลักในการควบคุม เช่น การมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุม และตรวจสอบต่างๆ และโดยวิธีการเปิดโอกาสให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนสามารถที่จะอุทธรณ์ คำสั่ง หรือการดำเนินการที่ตนเองเห็นว่าไม่ถูกต้องนั้นไปยังตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งนั้นเอง หรือ อุทธรณ์ไปยังผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งที่เป็นปัญหานั้น เพื่อให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือ ยกเลิกเพิกถอนคำสั่งที่มีปัญหานั้น

2) เป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอก คือ

(1) การควบคุมโดยศาลปกครองแม้ว่าผู้พิพากษาศาลปกครองโดยลักษณะ และโครงสร้างขององค์กรแล้วจะจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารก็ตาม แต่การที่ศาลปกครองอย่างเช่นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีวิวัฒนาการไปในทางที่ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีตลอดจนมีความเชี่ยวชาญในการพิจารณา และวินิจฉัยคดีปกครองทำให้มีการแบ่งแยกหน้าที่ออกจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ฝ่ายปฏิบัติการ และมีความเชี่ยวชาญในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเกิดขึ้นได้ จึงทำให้ศาลปกครองนี้จัดได้ว่าเป็นองค์กรภายนอกที่คอยควบคุมฝ่ายปกครอง

กรณีประเทศไทยในปัจจุบันได้กำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

(2) การควบคุมโดยทางการเมือง อาจกระทำโดยอาศัยความกดดันในทางการเมืองต่างๆ เช่น มติมหาชน หรือ โดยการแทรกแซงโดยตรงจากรัฐสภา หรือ ฝ่ายบริหารเองก็ได้

(3) การควบคุมแบบใหม่ โดยองค์กรที่มีความเป็นอิสระ เช่น ในกรณีออมบุดแมน (Ombusman) ของประเทศต่างๆ ในกลุ่มสแกนดิเนเวีย หรือผู้ตรวจแผ่นดินรัฐสภาในประเทศไทย

### 2.1.3 แนวคิดหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ ซึ่งประกอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutzgedanke) เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระบบการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในนิติรัฐอาจแบ่งการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นสองขั้นตอนด้วยกัน

1) การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงป้องกัน (Preventiver Rechtsschutz) เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายในอำนาจบริหารในส่วนของฝ่ายปกครองโดยให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การคุ้มครองสิทธิของประชาชนต่อการกระทำที่ยุติเข้ากับข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจ จนถึงขั้นตอนของการวินิจฉัย และออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น คำสั่ง หรือ ใบอนุญาตต่างๆ เป็นต้น และชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติทางปกครอง ทำนองการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

2) การคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเชิงแก้ไข (Repressive Rechtsschutz) เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว อันมีผลไปกระทบสิทธิ หรือ โด้แย้งสิทธิของประชาชน ซึ่งได้แก่การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารภายในของฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอีกประการหนึ่ง อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติของนิติกรรมทางปกครอง (Rechtmäßigkeitkontrolle) ส่วนการควบคุมตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองนั้น จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์เนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของนิติกรรมทางปกครอง (Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeitkontrolle)

## 2.2 ทฤษฎีหลักความชอบด้วยกฎหมายในการควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ

ฝ่ายปกครองซึ่งมี “อำนาจรัฐ” อยู่ในมือและเป็นองค์กรหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ อาจใช้อำนาจของตนไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ว่าโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น จึงต้องมีการสร้างระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองขึ้นมา เพื่อตรวจสอบบรรดาการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองที่อาจกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและแก้ไขบรรเทาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองการควบคุมฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง

### 2.2.1 ทฤษฎีของลักษณะการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองที่ดีควรมีลักษณะ<sup>8</sup> ดังนี้ คือ

1) ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปได้โดยทั่วถึงอย่างแท้จริง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่างๆ ของรัฐซึ่งมีหลากหลายมากขึ้นทุกวัน มีประสิทธิผลจริงจัง เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีน้อยองค์กร อาจไม่พอเพียงกับการดูแลตรวจสอบกิจกรรมของรัฐทุกด้านอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้นต้องไม่ซ้ำซ้อน สับสน ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไม่ให้ซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกันและกัน จึงเป็นเรื่องสำคัญ ไม่มีประเทศใดที่มีระบบควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเพียงระบบเดียวหรือองค์กรเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันให้เหมาะสม

2) ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้น ต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างสมดุลภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวม กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ละคนให้ได้การควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิของเอกชน จนเจ้าหน้าที่ทำอะไรเพื่อสาธารณะไม่ได้เลย เป็นระบบที่ล้มเหลวพอๆ กับการปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจจนสิทธิเสรีภาพประชาชนสูญสิ้นไป

<sup>8</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.



ความสำคัญจึงอยู่ที่การออกแบบระบบควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเอกชน อันเป็นทางสายกลางที่ประเทศที่พัฒนาแล้วนิยมใช้

3) ประการที่สาม องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะเป็น “อิสระ” ที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั่นเองจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย

เพื่อการนี้ การได้มาซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมก็ดี การกำหนดวิธีดำเนินงานหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้มีลักษณะอิสระ เป็นกลาง และถูกตรวจสอบได้ก็ดี จึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งที่จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรนั้นเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรหรือคนอื่นนั้น ถ้าไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ ก็อาจกลายเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมไม่ชอบเสียเองก็ได้

4) ประการสุดท้าย เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบขององค์กรตรวจสอบวิธีการข้างต้นแล้ว ก็ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนที่จะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้ โดยกว้างขวางขึ้นอันจะทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

แต่การให้สิทธิประชาชนตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ว่านี้ ต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนถึงขนาดที่ใครๆ ก็นำเรื่องอะไรก็ได้ มาให้องค์กรตรวจสอบไปควบคุมการใช้อำนาจ ถ้าเป็นเช่นนี้ระบบบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของคนเพียงบางคน

ดังนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจนั้นๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้องค์กรตรวจสอบพิจารณาได้

## 2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองที่ทำกันอยู่ทั่วไปมี 2 ประเภท คือ

1) การควบคุมแบบป้องกันหรือการควบคุมก่อนการดำเนินการ

การควบคุมแบบป้องกัน คือ การควบคุมในขั้นตอนเตรียมการก่อนที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารจะมีคำสั่งหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งการควบคุมแบบนี้ยังแยกได้เป็น 3 ประเภทย่อย คือ

(1) การควบคุมโดยการปรึกษาหรือองค์กรที่ปรึกษา เช่น การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย) ตรวจสอบพิจารณาร่างกฎหมายหรือให้คำปรึกษาทางกฎหมาย

(2) การควบคุมโดยการใช้ประชาชนมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นอาจแบ่งได้เป็น

3 วิธี คือ

- (2.1) การโต้แย้งคัดค้านก่อนที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีคำสั่งทางปกครอง
  - (2.2) การปรึกษาหารือกับองค์กรหรือตัวแทนของกลุ่มบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย
  - (2.3) การรับฟังความเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องหรือผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง
- (3) การควบคุมโดยการให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ และการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

2) การควบคุมแบบแก้ไขหรือการควบคุมภายหลังการดำเนินการ  
การควบคุมแบบแก้ไขอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) การควบคุมภายใน ได้แก่

(1.1) การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครอง

และ

(1.2) การขอให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้น

(2) การควบคุมภายนอก ได้แก่

(2.1) การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

(2.2) การฟ้องคดีต่อศาล

## 2.3 ทฤษฎีหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

### 2.3.1 ทฤษฎีองค์ประกอบของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) มีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ หลักไม่มีบุคคลใดที่จะเป็นผู้วินิจฉัยในข้อพิพาทของตนเองได้ (Nemo iudex in re sua) และ หลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่ความสองฝ่าย (Audi alteram partem)

### 2.3.2 ทฤษฎีหลักไม่มีบุคคลใดที่จะเป็นผู้วินิจฉัยในข้อพิพาทของตนเองได้

หลักไม่มีบุคคลใดที่จะเป็นผู้วินิจฉัยในข้อพิพาทของตนเองได้ (Nemo iudex in re sua หรือ The Rule Against Bias) เป็นหลักความสำคัญสำหรับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทางตุลาการ ที่ผู้พิพากษาต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) ไม่มีอคติ (Bias) ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากพบว่าผู้พิพากษาที่กำลังพิจารณาอรรถคดีที่ตนมีความไม่เป็นกลางเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือในเรื่องที่พิจารณา ผู้พิพากษาท่านนั้นอาจถูกคัดค้านจากคู่ความได้ ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลดำเนินไปด้วยความเป็นกลาง ปราศจากอคติ และเกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย<sup>9</sup>

<sup>9</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 11.

สำหรับการพิจารณา วินิจฉัยเรื่องทางปกครองขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับเรื่องทางปกครองที่พิจารณาเช่นเดียวกันเพราะจะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกิดอคติกับเรื่องทางปกครองที่พิจารณา หลักที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปราศจากอคตินั้น มีรากฐานมาจากความต้องการที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความเป็นกลาง (Impartiality) เพื่อพิจารณาและวินิจฉัยอย่างไม่ลำเอียง นอกจากนี้ หลักความเป็นกลางนั้นยังมีรากฐานมาจากความต้องการที่จะทำให้สาธารณชนมีความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยเรื่องทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย<sup>10</sup>

คุณลักษณะที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความไม่เป็นกลางมีอยู่หลายประการในระบบคอมมอนลอว์ ได้แบ่งอคตินี้ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยออกเป็น 2 ประเภท คือ การมีความไม่เป็นกลางทางการเงินในผลของคำวินิจฉัย (Financial Interest) และสถานการณ์ที่อาจทำให้เกิดอคติ (Likelihood of bias)<sup>11</sup>

การมีความไม่เป็นกลางทางการเงินในผลคำวินิจฉัย แม้จะพบได้น้อยมากในระบบตุลาการแต่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าจะไม่มีการยอมรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในคดีที่ตนมีความไม่เป็นกลางทางการเงิน ทางด้านธุรกิจหรือมีความสัมพันธ์กับสถาบันหรือองค์กรที่จะได้รับผลประโยชน์ในด้านอื่น<sup>12</sup> ศาลอังกฤษเคยตัดสินว่า “การมีความไม่เป็นกลางทางการเงินโดยตรง แม้เพียงเล็กน้อยก็ทำให้ขาดคุณสมบัติ” (That and direct pecuniary interest; however small, was a disqualification)<sup>13</sup>

ส่วนสถานการณ์ที่ทำให้เกิดอคตินั้น มีอยู่หลายประการด้วยกัน เช่น อาจจะเป็นความสัมพันธ์ทางเครือญาติ หรือ ความเป็นปรปักษ์กับคู่กรณี หรือมีความสัมพันธ์ทางการเมืองกับผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองหรือได้เคยแสดงความคิดเห็นล่วงหน้าต่อสาธารณชนว่าจะวินิจฉัยอย่างไรหรือได้เคยพิจารณา และวินิจฉัยเรื่องทางปกครองเรื่องนั้นมาแล้ว เป็นต้น

<sup>10</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยะสกุลชัย. (2531). *การประกันสิทธิคามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

<sup>12</sup> Ross Crastob". (1979). "Disqualification of Judges For Interest, Association or Opinion". *Public Law* 3, p. 238. อ้างถึงใน อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. (2540). *หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 31.

<sup>13</sup> R.V. Rand. (1866). LR 1 QB 230; R.V. Meyer (1875) 1 QBD 173; R.V. Farrant (1887) 20 QBD 58; R.V. Bamsley Licensing Justics Ex p. Barnley and District Licensed Victuallers' Association (1960) 2 QB 167 cited by Wade, op.cit., p. 474. อ้างถึงใน อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 31.

ในการตรวจสอบสถานการณ์ที่ทำให้เกิดอคติของทางระบบคอมพิวเตอร์ไม่ได้ต้องการที่จะพิจารณาว่าอคติได้เกิดขึ้นจริงหรือไม่เช่นเดียวกับอคติที่เกิดจากการมีความไม่เป็นกลางทางการเงิน ในผลของคำวินิจฉัยแต่ระบบคอมพิวเตอร์ต้องการเพียง “กรณีอาจจะเกิดอคติขึ้นเท่านั้น”<sup>14</sup> ศาลอังกฤษได้เลือกใช้ “หลักที่เคร่งครัด” ในการตรวจสอบ “กรณีอาจจะเกิดอคติ” หลักที่เคร่งครัดนี้มีรากฐานมาจากความเห็นที่ว่า “ความเชื่อมั่นในกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยจะถูกทำลายลงด้วยความสงสัยแม้แต่เพียงเล็กน้อยในความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง”<sup>15</sup> ดังนั้น ถ้าความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการวินิจฉัยหรือกับประเด็นที่จะวินิจฉัยทำให้เห็นว่า “อาจจะเกิดอคติขึ้น” เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ขาดคุณสมบัติ (Disqualification) ที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย

ในบางกรณี แม้จะพบว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความไม่เป็นกลางในเรื่องทางปกครองผู้นั้นอาจพิจารณาเรื่องทางปกครองได้ถ้าเป็นกรณี ดังต่อไปนี้

1) กรณีจำเป็น (Case of necessity) ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความไม่เป็นกลางเป็นเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวที่กฎหมายให้อำนาจวินิจฉัยหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจวินิจฉัยทุกคนไม่มีความเป็นกลาง หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้เปิดช่องทางให้ในกรณีที่มีความจำเป็นเกิดขึ้น หลักความจำเป็น (The rule of necessity) ได้ยินยอมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความไม่เป็นกลางเป็นผู้วินิจฉัยเพราะการบังคับใช้หลักความมีไม่อคติในกรณี เช่นนี้ อาจจะเป็นอุปสรรคต่อการบริหารให้เป็นไปตาม (Natural Justice than has to give way to necessity: for otherwise there is no means of deciding and the machinery of justice or administrative will break down)<sup>16</sup>

2) กรณีมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้ (Statutory dispensation) บางกรณีกฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางหรือบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายเหล่านี้ได้ยกเว้นหลักความเป็นกลาง แต่ศาลอังกฤษจะยอมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางออกคำสั่งทางปกครองได้ เมื่อกฎหมายได้บัญญัติยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง และศาลอังกฤษจะตีความบทบัญญัติที่ยกเว้นนี้โดยเคร่งครัดตามกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น<sup>17</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายบางฉบับได้บัญญัติห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความไม่เป็นกลางบางประการออกคำสั่งทางปกครอง แต่กฎหมายฉบับเดียวกันก็บัญญัติว่าคำสั่งทาง

<sup>14</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 37.

<sup>15</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 37.

<sup>16</sup> อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 33.

<sup>17</sup> อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 33.

ปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความไม่เป็นกลางตามที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ เช่น กฎหมายได้บัญญัติห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความไม่เป็นกลางทางการเงินออกคำสั่งทางปกครอง แต่กฎหมายฉบับเดียวกันนั้นได้บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความไม่เป็นกลางทางการเงินในผลแห่งคำวินิจฉัย ศาลอังกฤษได้ตีความบทบัญญัติโดยเคร่งครัด โดยได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติเช่นนี้ให้ความคุ้มครองแก่คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีอคติเนื่องจากมีความไม่เป็นกลางทางการเงิน (Financial interest) แต่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองในกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีอคติเนื่องจากสถานการณ์ที่อาจทำให้เกิดอคติ (Likelihood of bias)<sup>18</sup>

3) กรณีบุคคลที่จะถูกระทบสิทธิสละสิทธิในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความไม่เป็นกลาง (Waiver of objection) สิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่มีคุณสมบัติในการวินิจฉัยอาจจะมีกระทบสิทธิการคัดค้านได้ ศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ว่าในการคัดค้านจะต้องกระทำโดยทันที เมื่อได้รู้ข้อเท็จจริงที่กระทบสิทธิที่ทำให้เกิดสิทธิคัดค้านของตน ถ้าภายหลังจากคู่กรณีหรือที่ปรึกษาของเขาได้รู้การขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้วินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าว แต่พวกเขา ก็คงปล่อยให้กระบวนการพิจารณาคำเนินต่อไป โดยมีได้มีการโต้แย้งจะถือว่าพวกเขาได้สละสิทธิในการคัดค้าน และไม่สามารถที่จะคัดค้านในภายหลัง<sup>19</sup> แต่ในปัจจุบันศาลอังกฤษได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงโดยจะไม่ด่วนสรุปว่า บุคคลที่ถูกระทบสิทธิสละสิทธิในการคัดค้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าบุคคลที่ถูกระทบสิทธิไม่ทราบ (Unaware) ว่ามีสิทธิคัดค้านในขณะนั้น<sup>20</sup> และการสละสิทธิในการคัดค้านนั้นมีผลทำให้คู่กรณีที่สละสิทธิไม่อาจฟ้องศาลว่าคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความไม่เป็นกลาง<sup>21</sup>

<sup>18</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 39.

<sup>19</sup> คดี R.V. Byles ex p.Hollidge. (1912) 77 JP 40; R.V. Nailsworth Licensing justice ex p. Bird (1993 ( 1 WLR 1046; Thomas V. University of Bradford (No.2X (1992) 1 AllER 964 (waiver of correct procedure); R.V. Lilydale Magistrates Court ex p. Ciccone (1973) VR 122; and see R.V. Antrim Justice (1895) 2 IR 603; To putt (H.) G Co.Ltd v. Male (1911) 1 KB 836; Corrigan V. Irish Land Commission (1977) IR 317 cited by H.W.R.Wade, op. cit., p. 481. อ้างถึงใน อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 34.

<sup>20</sup> คดี R.V.Essex Justices ex. P. Perkins (1927) 2 KB 475. อ้างถึงใน อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 34.

<sup>21</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 40.

### 2.3.3 ทฤษฎีว่าด้วยหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่ความทั้งสองฝ่าย

นอกจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องมีความเป็นกลางในการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิ หลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่ความทั้งสองฝ่ายนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 7 (C) แห่ง Administrative Procedure Act 1946 โดยบัญญัติว่า “คู่กรณีทุกฝ่ายมีสิทธิที่จะแสดงข้อกล่าวหาหรือข้อแก้ต่างของตน โดยแสดงพยานหลักฐานด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร และมีสิทธิที่จะซักค้าน เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงโดยสมบูรณ์” ศาลสูงสุดสหรัฐฯ ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Philadelphia Co. V. Securities and Exchange Commission (1948) ความว่า “การวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นโดยศาลหรือคณะกรรมการกึ่งตุลาการ ไม่อาจจะทำได้โดยชอบถ้าไม่ได้มีการพิจารณาข้อเท็จจริงโดยคู่กรณีแต่ละฝ่าย ได้มีโอกาสที่จะรู้ข้ออ้างของฝ่ายตรงกันข้ามหรือมีโอกาสได้รับรู้ถึงพยานหลักฐานที่ฝ่ายตรงข้ามอ้างตลอดจนได้ซักค้าน และแสดงพยานหลักฐานของตนเองโต้แย้งพยานหลักฐานที่ฝ่ายตรงข้ามอ้าง สิ่งเหล่านี้ คือ หลัก Due process of Law ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ค.ศ. 1791<sup>22</sup>

ส่วนในประเทศอังกฤษแม้จะไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่องค์กรฝ่ายปกครอง (Local authority) คณะกรรมการกึ่งตุลาการหรือไต่สวน (Quasi-judicial Administrative Tribunals and Inquiry) ได้พิจารณาและวินิจฉัยโดยยึดมั่นหลักการยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ดังนั้น จึงนำหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่ความทั้งสองฝ่าย (Audi alter am partem) มาใช้ แต่ไม่เคร่งครัดเท่ากระบวนการพิจารณาของศาล<sup>23</sup> โดยนำมาใช้อย่างยืดหยุ่นตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาและวินิจฉัยประเด็นที่มีคู่กรณีสองฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริงที่เคร่งครัดว่าหลักการรับฟังในกรณีที่มีคู่กรณีเพียงฝ่ายเดียวเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทราบถึงข้อกล่าวหาหรือข้อเท็จจริงที่อาจจะเป็นผลร้ายแก่ตัวเขา ตลอดจนคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ทราบถึงคำปฏิเสธหรือคำแก้ไขข้อเท็จจริงของกันและกัน การสืบพยานไม่อาจกระทำลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องเปิดโอกาสให้ซักถามคู่กรณีฝ่ายตรงกันข้าม อย่างไรก็ดี ประเด็นที่จะวินิจฉัยจะประกอบด้วยบุคคลเพียงฝ่ายเดียวหรือสองฝ่ายย่อมขึ้นอยู่กับกระบวนการที่กฎหมายได้กำหนดไว้<sup>24</sup> หลักการรับฟังข้อเท็จจริงได้เรียกร่องให้

<sup>22</sup> J.F. Garner. (1974). *Administrative Law* (9<sup>th</sup> ed). London: Butterworth. p. 113. อ้างถึงใน อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 35.

<sup>23</sup> อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 36.

<sup>24</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 40.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแจ้งคำบอกกล่าวให้แก่บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิ โดยคำบอกกล่าวจะต้องมีข้อความที่ชัดเจน รวมทั้งต้องแจ้งเวลาและสถานที่ที่จะรับฟังข้อเท็จจริงด้วย และในคำบอกกล่าวจะต้องให้เวลาแก่บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิเตรียมตัวหาข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ<sup>25</sup> รวมถึงต้องแจ้งให้ทราบถึงข้อมูลคร่าวๆ อย่างเพียงพอ ทั้งข้อกล่าวหาและข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายแก่ตัวเขา ที่เขาต้องพิสูจน์ให้ผู้ถูกระทบสิทธิทราบด้วย แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวถึงแหล่งข้อมูลหรือพยานหลักฐาน ถ้าการเปิดเผยแหล่งข้อมูลหรือพยานจะทำให้บุคคลที่ให้ข้อมูลหรือพยายามเป็นอันตรายหรือทำให้เสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวม การแจ้งคำบอกกล่าวมีข้อยกเว้น คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องแจ้งคำบอกกล่าว ถ้าไม่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกล่าวหาที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลที่ถูกระทบสิทธิ การที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งคำบอกกล่าวแก่บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิก็เพราะบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะได้ทราบข้อกล่าวหาก่อนที่จะมีการไต่สวน ซึ่งได้แก่ สิทธิที่จะทราบถึงสิทธิที่ตนมีอยู่ (Knowledge of right to apply) และสิทธิที่จะทราบถึงลักษณะคดีที่ต้องเผชิญ (Knowledge of the case to be met) ตลอดจนสิทธิที่จะทราบถึงกำหนดการพิจารณาคดีด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดี *Kanda V. Government of Federation at Malay* (1962) ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า นายตำรวจซึ่งถูกสอบสวนความประพฤติมิชอบที่จะให้เห็นสำเนารายงานข้อกล่าวหาของคนที่จะมีการพิจารณาไต่สวนเรื่องของตน ตลอดจนมีสิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อกล่าวหาในเวลาอันสมควรทั้งเวลาและสถานที่ที่จะมีการไต่สวน<sup>26</sup>

เมื่อบุคคลที่จะถูกระทบสิทธิได้รับแจ้งคำบอกกล่าวจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว ในขั้นตอนการรับฟัง โดยปกติเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกระทบสิทธิด้วยวาจาแต่ในบางสถานการณ์อาจจะให้บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิทำหนังสือชี้แจงก็เพียงพออย่างไรก็ดี บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิจะเรียกร้องให้มีการรับฟังด้วยวาจาเสมอไปไม่ได้<sup>27</sup> เพราะการรับฟังที่ครอบคลุมทั้งสอง 2 ประเทศ เมื่อมีการรับฟังประเภทใดประเภทหนึ่งแล้วก็ถือว่าได้ปฏิบัติไปตามหลักการรับฟังแล้ว<sup>28</sup> เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะรับฟังการให้ข้อเท็จจริงด้วยตนเองหรืออาจจะให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนอื่นรับฟังข้อเท็จจริงแทนได้ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่รับฟังข้อเท็จจริงจะวินิจฉัยได้ต่อเมื่อได้อ่านรายงานหรือข้อสรุปข้อเท็จจริง ตลอดจน

<sup>25</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 41.

<sup>26</sup> ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 37.

<sup>27</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2528). “หลักกฎหมายวิธีสบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของกลุ่มประเทศ Common Law”. *วารสารนิติศาสตร์*, 15, หน้า 9.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

ความเห็นต่างๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนอื่นที่รับฟังไว้แทนได้ทำไว้<sup>29</sup> ในการรับฟังข้อเท็จจริง บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิที่จะได้รับผลร้ายจากข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอย่างไร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสเขาที่จะปฏิเสธหรือคัดค้านข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานเหล่านั้นด้วย<sup>30</sup> เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ให้โอกาสในการรับฟังบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิที่จะแสดงพยานหลักฐานและความคิดเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริงที่เป็นปฏิบัติกับตนแล้ว ก็ถือว่าเป็นการเพียงพอในการปฏิบัติตามหลักการรับฟังแล้ว<sup>31</sup> บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิอาจจะมีผู้แทนหรือทนายความ เพื่อดำเนินการพิจารณาแทนได้ในบางกรณี แต่ศาลอังกฤษจะยินยอมให้บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิมีผู้แทนหรือทนายความ ในกรณีที่สิทธิของบุคคลจะถูกกระทบอย่างร้ายแรง หรือเมื่อประเด็นที่จะวินิจฉัยมีความยุ่งยากและซับซ้อน แต่ถ้าในกรณีที่สิทธิที่จะถูกกระทบนั้นมีความสำคัญน้อย ศาลก็ไม่ยินยอมให้บุคคลนั้นมีผู้แทนหรือทนายความ<sup>32</sup> แต่หลักการรับฟังก็มีข้อยกเว้นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังในการพิจารณาและวินิจฉัย ข้อยกเว้นเหล่านี้ ได้แก่<sup>33</sup>

1) กรณีที่กฎหมายบัญญัติขกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงไว้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิก่อนวินิจฉัย แต่ศาลอังกฤษจะยอมรับข้อยกเว้นดังกล่าวก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้เพราะหลักการรับฟังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของคอมมอนลอว์ แต่ในบางกรณีก็สามารถสรุปจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังก่อนที่จะวินิจฉัย ถ้ากฎหมายบัญญัติให้รับฟังข้อเท็จจริงในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ ในบางกรณีก็สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยเบื้องต้น

2) กรณีที่ต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วนเพื่อรักษาความปลอดภัยและเพื่อความสงบสุขของสาธารณชน เช่น การวินิจฉัยเพื่อสั่งยึดหรือทำลายพืชหรืออาหารที่เป็นพิษต่อสุขภาพของผู้บริโภค ต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วน สถานการณ์เช่นนี้ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟัง

3) กรณีการวินิจฉัยในขั้นเตรียมที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิการวินิจฉัยว่าจะฟ้องร้องหรือดำเนินการพิจารณาสอบสวนที่กระทบต่อสิทธิไม่ต้องแจ้งคำบอกกล่าวหรือแจ้ง

<sup>29</sup> คดี Jeffis V. New Zealand Dairy Production and Marketing Board. (1967). 1 A.C.511 cited by B. Schwartz and H.W.R. Wade. Legal Control of Government. Oxford: Charendor Press. p. 244. อ้างถึงใน อรรถกฤติ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. 38.

<sup>30</sup> ประสิทธิภาพ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 42.

<sup>31</sup> คดี Selvarajan V. Race Relations Board. (1976). 1 AllER 12 cited by D. Foulkes. op.cit.. pp.230-231. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 9.

<sup>32</sup> ประสิทธิภาพ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 43.

<sup>33</sup> ประสิทธิภาพ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 44.



พยานหลักฐานให้บุคคลที่จะถูกฟ้องร้องหรือสอบสวนทราบแม้คำวินิจฉัยนั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายก็ตาม เช่น การแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อสอบสวนว่ามีข้อเท็จจริงที่จะดำเนินการพิจารณาสอบสวนเพื่อลงโทษบริษัทหรือไม่ ก็ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังเช่นกัน<sup>34</sup> เพราะในการวินิจฉัยในชั้นเตรียมหรือในการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงมีมูลพอที่จะดำเนินการสอบสวนหรือไม่นั้น บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิมีโอกาที่จะได้รับข้อกล่าวหาและพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาและมีโอกาที่จะให้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาที่จะเกิดขึ้นภายหลังในสาธารณรัฐฝรั่งเศสหลักการรับฟังความทั้งสองฝ่ายได้กระทำในรูปการโต้แย้งคัดค้าน (Contradictory procedure) ซึ่งเป็นสิทธิในการป้องกันตนเอง (Droits de la defense) โดยถือหลักว่าบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิจากการกระทำในทางปกครองย่อมมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านป้องกันตนเอง วิธีการนี้ใช้อยู่ทั่วไปในกระบวนการพิจารณาของศาล โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีโอกาสแสดงความเห็นของตนโต้แย้งข้อความที่อีกฝ่ายหนึ่งได้ให้ไว้<sup>35</sup> โดยเฉพาะเมื่อคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเป็นการลงโทษ บุคคลนั้นสามารถโต้แย้งคัดค้านเหตุผลในคำสั่งที่เป็นโทษนั้นได้ วิธีการโต้แย้งนี้ใช้มากที่สุดในเรื่องเกี่ยวกับหลักประกันในสถานะของข้าราชการ เช่น ในมาตรา 65 แห่ง รัฐบัญญัติการคลัง ค.ศ. 1905 ซึ่งมีการเปิดโอกาสให้ข้าราชการที่ถูกสอบสวนทางวินัยได้มีโอกาสตรวจดูเอกสารหรือแฟ้มประวัติที่มีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อกล่าวหาว่ากระทำผิดหรือไร้ประสิทธิภาพก่อนที่จะดำเนินการลงโทษทางวินัยและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถเตรียมข้อโต้แย้งหรือคัดค้านได้ วิธีการโต้แย้งนี้ได้ขยายไปใช้กับกรณีของเอกชนและการควบคุมวิชาชีพด้วย เช่น ในคดี Trompier-Gravier (C.E.5 ค.ศ. 1944) Conseil d' Etat ได้ตัดสินว่า การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งยกเลิกสัมปทานจำหน่ายหนังสือพิมพ์ โดยไม่ได้ให้โอกาสบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หลักการรับฟังความสองฝ่ายหรือหลักการโต้แย้งคัดค้านของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็มีข้อยกเว้น ไม่นำหลักดังกล่าวมาใช้ในกรณีมีสถานการณ์พิเศษ หรือ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือเป็นกรณีที่เป็นมาตรการทางนโยบายบริการสาธารณะ<sup>36</sup>

### 2.3.4 ทฤษฎีว่าด้วยหลักแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจ หรือประโยชน์อันมีกฎหมายรับรอง และคุ้มครองให้ แต่ความหมายนี้ เป็นความหมายโดยทั่วไปของสิทธิ สำหรับกลุ่มประเทศเสรี ยกเว้นกลุ่มประเทศ

<sup>34</sup> ประสิทธิ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 44.

<sup>35</sup> Brown and J.F. Garner. (1979). *French Administrative Law* (5<sup>th</sup> ed). London: Butterworth. p. 43. อ้างถึงใน อรรถวृฒิ สุวรรณมงคล. อ้างแล้ว. หน้า 40.

<sup>36</sup> สมศักดิ์ อินทร์พันธ์. (2535). *วิธีพิจารณาความของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 46.

คอมมิวนิสต์ ซึ่งได้ตีความคำว่า สิทธิ หมายถึง การที่บุคคลกระทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้นเพื่อประโยชน์ของชนชั้นกรรมาชีพ คำว่า สิทธิ มีความเป็น 2 นัย คือ สิทธิทางกฎหมาย (Positive Rights) ได้แก่ อำนาจ หรือประโยชน์กฎหมายสามารถรับรองและคุ้มครอง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติรับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไว้เป็นสิทธิที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของเรา หากมีบุคคลอื่นมาเอาทรัพย์สินนั้นไปเสียจากการครอบครองของเจ้าของกรรมสิทธิ์เจ้าของทรัพย์สินนั้น มีสิทธิฟ้องศาลเพื่อให้คุ้มครองสิทธิของตนได้กับ สิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) ได้แก่ สิทธิที่เกิดจากความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปว่า วิธีทางที่ถูกต้อง และเป็นธรรมในกรณีหนึ่งกรณีใด ควรเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ แต่วิธีที่ถูกต้องและเป็นธรรมในกรณีนั้นๆ อาจยังไม่มี การรับรองคุ้มครอง หรือบังคับให้การเป็นไปตามสิทธิดังกล่าวนั้นเสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สถานภาพของบุคคลที่ไม่ขึ้นอยู่กับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือหมายถึง อำนาจที่จะกระทำการ โดยไม่อยู่ภายใต้การข่มขู่ของผู้อื่น หรือหมายถึง อำนาจของบุคคลที่จะกระทำ หรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย กล่าวโดยสรุป เสรีภาพ ก็คือ ความมีอิสระที่จะกระทำการ หรือละเว้นการกระทำใด ๆ นั้นเองสิทธิ กับ เสรีภาพ จึงมีความหมายต่างกัน อย่างไรก็ตาม คำทั้งสองคำสามารถใช้แลกเปลี่ยนกันได้ หากว่า เสรีภาพใดมีกฎหมายรับรอง และคุ้มครอง เสรีภาพนั้นอาจเป็นสิทธิด้วย ดังที่มักมีผู้เรียกรวมๆ กันไปว่า สิทธิและเสรีภาพเมื่อกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ควรหมายถึง อิสรภาพจากการไม่ถูกก้าวร้าวโดยไม่เป็นธรรมจากฝ่ายปกครอง หรืออีกนัยหนึ่ง ก็คือ การที่รัฐบาล หรือฝ่ายปกครองถูกจำกัดอำนาจลง ยิ่งรัฐบาล หรือ ฝ่ายปกครองถูกจำกัดอำนาจลงมากเท่าใดสิทธิเสรีภาพก็ย่อมจะมีมากขึ้นเพียงนั้น

แนวความคิดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์นี้มีกำเนิดหรือที่มาจากแนวความคิดในเรื่อง สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ซึ่งเป็นแนวความคิดในทางการเมือง หรือปรัชญาทางการเมือง ของชาวตะวันตก สำคัญ โดยย่อของแนวความคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ มีว่า มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และใครผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ถ้าหากเกิดการล่วงละเมิด อาจจะทำให้เกิดอันตราย หรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสียต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้ความมุ่งหมายที่แท้จริงของนักปรัชญา หรือนักคิดในทางการเมืองที่เสนอความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติขึ้นมาเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ หรือ ผู้มีอำนาจปกครองรัฐกล่าว คือ นักคิดในทางการเมืองเห็นว่า มีการขัดแย้งกันอยู่ตลอดเวลาระหว่างผู้ผู้ได้อำนาจปกครองของรัฐ ซึ่งได้แก่ ประชาชนพลเมืองทั้งหลาย กับผู้มีอำนาจปกครองรัฐ ผู้ผู้ได้อำนาจปกครองของรัฐพยายามค้นคว้าวิธีที่จะมีสิทธิเสรีภาพให้มากที่สุดเท่าที่จะมีได้แต่ในขณะเดียวกัน ผู้มีอำนาจปกครองรัฐก็มีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจอย่างเต็มที่เสมอ

มีผู้กล่าวว่า รัฐ หรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐนั้น เปรียบเสมือนหนึ่งเป็นสิ่งชั่วช้า เลวทราม ที่มนุษย์จำเป็นต้องมีไว้ เพื่อการที่มนุษย์จะได้มีชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมโดยสันติสุข ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดอำนาจของรัฐบาล หรือของผู้มีอำนาจปกครองรัฐ ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพราะรัฐนั้น เป็นสิ่งที่น่าสะพรึงกลัว และเป็นปกติวิสัยที่ผู้ใช้อำนาจรัฐมักจะใช้อำนาจเกินขอบเขตอยู่เสมอ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น นักคิดในทางการเมืองจึงคิดค้นหาวิธีการที่จะจำกัดอำนาจของรัฐ หรือของผู้มีอำนาจปกครองรัฐ โดยกล่าวอ้างถึงสิทธิตามธรรมชาติ ว่าเป็นสิทธิที่มนุษย์มีติดตัวมาแต่กำเนิด รัฐหรือผู้ปกครองรัฐจะล่วงละเมิดมิได้ ซึ่งต่อมาแนวความคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าว ได้มีการอธิบายขยายความจนกลายเป็นสิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐ อาศัยแนวความคิดที่ว่าด้วยสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งมีสาระสำคัญว่ามนุษย์เราเกิดมาต่างก็มีสิทธิติดตัวบางประการที่รัฐ หรือผู้มีอำนาจปกครองรัฐ ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ดังนั้นจึงอาจที่จะเปรียบได้ว่าระหว่างผู้ที่มีอำนาจปกครองรัฐ กับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองรัฐ ซึ่งได้แก่ ประชาชนพลเมือง มีอาณาเขตหนึ่งที่ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจรัฐได้เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐมีพันธะกรณีที่จะต้องงดเว้นไม่ใช้อำนาจรัฐ จึงเท่ากับประชาชนพลเมืองของรัฐมีสิทธิในการจำกัดอำนาจนั่นเอง

## 2.4 ทฤษฎีว่าด้วยหลักความเป็นกลาง (Impartiality)

หลักความเป็นกลางในต่างประเทศที่จะทำการศึกษาเพื่อเป็นกรณีตัวอย่างในการนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยหลักความเป็นกลางในสาธารณรัฐฝรั่งเศส วิจารณ์การมาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐใช้ในการวินิจฉัยคดี ส่วนหลักความเป็นกลางในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) ของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่จัดอยู่ในสกุลกฎหมาย Common Law ทั้งนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีหลักการสำคัญอยู่เบื้องหลังของหลักความเป็นกลาง ดังนั้น การศึกษาเรื่องที่มาของการนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศจึงทำการศึกษาถึงที่มาในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ

### 2.4.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

#### 1) วิจารณ์การหลักความเป็นกลาง (Neutrality)

หลักความเป็นกลางเป็นหลักการหนึ่งที่มีวิวัฒนาการยาวนานและอาจเทียบเคียงได้ว่าเป็นหลักการตามธรรมชาติประเภทหนึ่งที่น่ามาใช้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ

ทางปกครอง และมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1302 ในพระราชกำหนด Philippe le Bel ว่าด้วยเรื่องการปฏิรูปราชอาณาจักรซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเคารพความเป็นกลาง<sup>37</sup> สภาแห่งรัฐปรับใช้หลักการดังกล่าวแก่คณะตุลาการและคณะกรรมการพิจารณาระเบียบวินัยข้าราชการ ในช่วงต้นของศตวรรษและในปี ค.ศ. 1949 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าหลักความเป็นกลางเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประเภทหนึ่ง

แม้ว่าหลักความเป็นกลางจะมีวิวัฒนาการที่ยาวนานและมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดในทางประวัติศาสตร์ แต่ทว่าในทางปฏิบัติหลักดังกล่าวก็ยังคงถูกเพิกเฉยที่จะนำมาปฏิบัติจริงซึ่งเห็นได้จากกฎหมายมักจะไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้โดยตรงแต่โดยส่วนใหญ่เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับหลักดังกล่าวจะสอดแทรกในบทบัญญัติอื่นๆ อาทิเช่น หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดองค์ประกอบและการดำเนินงานขององค์กรฝ่ายปกครอง หรือข้อกำหนดวิธีการในการทำงาน เป็นต้น แต่มีข้อที่น่าสังเกตได้ว่า แม้ว่าหลักความเป็นกลางเป็นหลักที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแต่ทว่าในทางปฏิบัติหลักดังกล่าวยังมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามอยู่เสมอ

การนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งสภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครอง หลักความเป็นกลางจึงได้รับการพัฒนาโดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐมาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ในปัจจุบันได้มีการนำหลักความเป็นกลางมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่เป็นการบัญญัติในกฎหมายลำดับรอง

หลักความเป็นกลาง (Impartiality) เกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานว่า “หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีความไม่เป็นกลางอยู่ บุคคลนั้นจะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้นๆ ได้”<sup>38</sup> จะเห็นได้ว่า หลักความเป็นกลางมีสาระสำคัญอยู่ที่บุคคลผู้มีอำนาจสั่งการกับความไม่เป็นกลางในเรื่องที่บุคคลมีอำนาจสั่งการ ขณะเดียวกัน องค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองก็มีลักษณะในการใช้อำนาจเช่นเดียวกัน หลักความเป็นกลางจึงนำมาใช้กับองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาศาลฎีกาที่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลฎีกาที่มีความเป็นกลางในคดีนั้นเป็นผู้วินิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางของฝ่าย

<sup>37</sup> F.Chambon et Gaspon. (1997). *La deontologie administrative*. LGDJ. p. 17 cite in Eric Mitard. (1999). “L’impartialite administrative”. *L’Actualite juridique-Droit administrative*, p. 478. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. (2550). *ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักความไม่มีส่วนได้เสีย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 16.

<sup>38</sup> นุพผา อัครพิมาน. (2548). “หลักกฎหมายทั่วไป”. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, ปีที่ 5 ฉบับที่ 1, หน้า 14.

ปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ได้พิจารณาและวินิจฉัยในเรื่องที่ตนมีความไม่เป็นกลางอยู่<sup>39</sup>

แนวความคิดของหลักความเป็นกลางประกอบด้วย หลักความเป็นกลางในเชิงบวก กล่าวคือ เป็นหลักที่ใช้กำหนดองค์ประกอบต่างๆ ในการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเพื่อให้มีความเป็นกลางมากที่สุด อาทิเช่น การกำหนดองค์ประกอบต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม (องค์ประกอบขององค์คณะ คุณสมบัติของสมาชิกในองค์คณะ เป็นต้น) และ หลักความเป็นกลางในเชิงลบ ซึ่งเป็นหลักที่กำหนดให้ผู้ที่ใช้อำนาจจะต้องมีความเป็นกลางและไม่มีอคติต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>40</sup>

อย่างไรก็ดี หลักความเป็นกลางที่ถูกนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติมีลักษณะที่ไม่ตายตัว กล่าวคือ มีความหลากหลายและมีลักษณะที่ยืดหยุ่นตามแต่องค์กรที่นำไปปรับ เช่น หลักความเป็นกลางของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นกลางในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นกลางในการดำเนินงานภายในฝ่ายปกครอง หลักความเป็นกลางในการให้ความเห็น หลักความเป็นกลางในการออกคำสั่ง หลักความเป็นกลางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ เป็นต้น ซึ่งล้วนแต่มีระดับความเข้มข้นหรือความเคร่งครัดในการปรับใช้ที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น การทำคำสั่งโดยกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจ การปรับใช้หลักความเป็นกลางเสียในการทำคำสั่งดังกล่าว ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมากกว่าการทำคำสั่งที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจผูกพัน เป็นต้น ในบางกรณีความเคร่งครัดในการปรับใช้มีระดับที่แตกต่างกันตามขั้นตอนของการทำคำสั่ง เช่น การพิจารณาถึงตัวผู้ทำคำสั่ง การพิจารณาถึงขั้นตอนการใช้อำนาจ เป็นต้น

ดังที่กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น ว่าระดับความเคร่งครัดในการเคารพหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่รัฐมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ภาระหน้าที่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการสำคัญที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคนจะต้องปฏิบัติตามหรือไม่ โดยหากพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีเพียงบทบัญญัติเดียวที่กล่าวถึงหลักความเป็นกลางของข้าราชการของรัฐ กล่าวคือ มาตรา 7 แห่งพระราชกฤษฎีกาที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1986 ว่าด้วยเรื่อง ประมวลจริยธรรมในวิชาชีพตำรวจ จากบทบัญญัติหนึ่งเดียวดังกล่าวนั้น อาจทำให้ความเข้าใจได้ว่า เฉพาะวิชาชีพตำรวจเท่านั้นที่จะต้องยึดถือหลักความเป็นกลางในการปฏิบัติงาน

อันที่จริงแล้ว หลักความเป็นกลางเป็นหลักการสำคัญที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคนจะต้องยึดถือปฏิบัติไม่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะทำหน้าที่เป็นข้าราชการประจำหรือข้าราชการการเมืองก็ตาม

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

<sup>40</sup> จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 17.

ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นว่าการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความโปร่งใสและปราศจากอคติในการทำงาน ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นจะทำหน้าที่ใดๆ ก็ตาม อย่างไรก็ตาม หลักความเป็นกลางที่เจ้าหน้าที่ของรัฐยึดถือปฏิบัตินั้นเป็นเพียงขอบเขตกว้างๆ เท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายและจากคำพิพากษา เห็นได้ว่าการปรับใช้หลักการดังกล่าวโดยอ้อม เช่น บทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติต้องห้ามของข้าราชการหรือคนทำงาน ดังเช่น ในมาตรา 13 แห่งพระราชกฤษฎีกาลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 ที่ระบุว่าสมาชิกองค์กรที่ปรึกษาไม่สามารถที่จะเข้าร่วมประชุมได้ เมื่อบุคคลผู้นั้นมีผลประโยชน์ส่วนตนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำการประชุม เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติประเภทดังกล่าวนี้ก็เพื่อลดโอกาสที่จะเกิดการตัดสินใจที่มีความไม่เป็นธรรมหรือการกระทำใดๆ ที่อาจมีความไม่เป็นกลางเกิดขึ้น<sup>41</sup> กรณีจะเห็นได้ว่า กฎหมายสองฉบับดังกล่าวบัญญัติรับรองหลักความเป็นกลางไว้ โดยนำมาใช้ควบคุมกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การบัญญัติรับรองหลักความเป็นกลางนี้เป็นการบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรอง ซึ่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร มิใช่กฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

สภาแห่งรัฐซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นผู้นำหลักความเป็นกลางมาใช้กับการพิจารณาทางปกครองและการวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง การนำความเป็นกลางมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองจึงได้รับการพัฒนาโดยสภาแห่งรัฐอย่างต่อเนื่อง โดยสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 แล้วว่าองค์กรที่พิจารณาทางปกครองและออกคำสั่งทางปกครองต้องมีความเป็นกลางในเรื่องที่ตนพิจารณาวินิจฉัย (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1984 คดี Trebes)<sup>42</sup> แต่ภายหลังคดีนี้ สภาแห่งรัฐถือว่าหลักความเป็นกลางเป็นหลักกฎหมายทั่วไป สภาแห่งรัฐสามารถอาศัยหลักนี้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้<sup>43</sup> และได้ย้ำถึงหลักการดังกล่าวอย่างชัดเจนในคดี Bourdeaux เมื่อวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 1949<sup>44</sup> (ก่อนปี ค.ศ. 1940 สภาแห่งรัฐจะอาศัยหลักความเป็นกลางในการ

<sup>41</sup> จักรพันธ์ เชี่ยวพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 19.

<sup>42</sup> Jean-Marie AUBY. (1984). "L' administration et res usagers La decret du 28 novembre 1983". *L'Actualite juridique-Droit administrative*, p. 128. อ้างถึงใน สิริชัย สุทธิวีระขจร. (2538). *หลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 67.

<sup>43</sup> CE, 4 mars 1949, Rev.adm. 1949, n 9, p.260 ; s.1950, III, p. 21. อ้างถึงใน สิริชัย สุทธิวีระขจร. อ้างแล้ว. หน้า 67.

<sup>44</sup> CE, 29 april 1949, Bourdeaux. อ้างถึงใน สิริชัย สุทธิวีระขจร. อ้างแล้ว. หน้า 67.

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น)<sup>45</sup> ยิ่งไปกว่านั้น ในปี ค.ศ. 1965 ในคดี Federation nationale des transporteurs<sup>46</sup> สภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ว่า หลักความเป็นกลางในองค์กรใช้บังคับแก่องค์กรฝ่ายปกครองทั้งหมด ซึ่งรวมถึงคณะกรรมการด้านเทคนิคทางคมนาคมท้องถิ่นด้วย<sup>47</sup>

นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยถึงความเป็นกลางในประเด็นสำคัญไว้หลายคดี ได้แก่ การนำหลักการคัดค้านผู้พิพากษามาใช้บังคับกับการคัดค้านกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีความเป็นกลาง (คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Chadeley และคดี Levy<sup>48</sup>) กรณีที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองและออกคำสั่งทางปกครองอยู่ในรูปของคณะบุคคลเป็นผู้ไม่มีความเป็นกลาง (คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Esch Chadely<sup>49</sup>) กรณีที่กรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองต้องได้รับหลักประกันตามหลักความเป็นกลาง (คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Gouverneur General De L' Algerie คดี Minister de L' Edcation Nationale C/Sudaka et Camas และ คดี Cammune De Clohars-Carnote<sup>50</sup>) หรือผลทางกฎหมายในกรณีที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเคยพิจารณาวินิจฉัยเรื่องนั้นมาก่อนในโอกาสและสถานะอื่น (คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Dubreuil<sup>51</sup>)

จากการพิเคราะห์คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ หลักความเป็นกลางมีส่วนสัมพันธ์อย่างยิ่งกับหลักกฎหมายสามหลักที่ศาลนำมาใช้พิจารณาประกอบกับหลักความเป็นกลางอยู่เสมอ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความเป็นกลาง และหลักความเป็นอิสระ

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเป็นกลางกับหลักความเสมอภาคเป็นความสัมพันธ์ทางอ้อม กล่าวคือ เมื่อผู้พิจารณามีความเป็นกลางในเรื่องพิจารณาจะทำให้ผลของการพิจารณานั้นต่อผู้รับนิติกรรมมีความเสมอภาคกันเสมอ และแต่ละคนที่เป็นผู้รับการกระทำนั้นจะไม่มี ความแตกต่างกันเลย แต่ในทางกลับกัน หากผู้พิจารณาความเป็นกลางหรือผลประโยชน์ทับซ้อน

<sup>45</sup> CE, 22 mai 1935, Teissier, leb. P.379; CE 5 juillet 1939, Ste.Desmarais, Leb. p. 448. อ้างถึงใน สิริชัย สุธีวีระขจร. อ้างแล้ว. หน้า 67.

<sup>46</sup> CE, 7 juillet 1965, Federation nationale des transporteurs routiers, Leb, p. 413. อ้างถึงใน สิริชัย สุธีวีระขจร. อ้างแล้ว. หน้า 67.

<sup>47</sup> Eruc Mitard. *supra*. p. 479. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 20.

<sup>48</sup> โภคิน พลกุล. (ม.ป.ป.). *การวินิจฉัยคดีปกครอง*. ม.ป.ท.. หน้า 126-127. อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 170.

<sup>49</sup> Jean-Marie AUBY. *supra*. อ้างถึงใน สิริชัย สุธีวีระขจร. อ้างแล้ว. หน้า 69.

<sup>50</sup> Jean-Marie AUBY. *supra*. อ้างถึงใน สิริชัย สุธีวีระขจร. อ้างแล้ว. หน้า 69.

<sup>51</sup> บุปผา อัครพิมาน. อ้างแล้ว. หน้า 15.

ในเรื่องที่พิจารณา จะทำให้ผลของการกระทำดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาค และอาจมีลักษณะของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์ในการเปิดรับสมัครเพื่อสอบแข่งขันเข้ารับราชการ<sup>52</sup>

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเป็นกลางมีลักษณะของความสัมพันธ์ที่ค่อนข้างใกล้ชิด อีกทั้งความหมายของทั้งสองหลักมีลักษณะที่คล้ายกันอย่างยิ่ง แต่ทว่าหลักความเป็นกลางเป็นหลักที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องวางตัวเป็นกลางในการปฏิบัติงาน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประชาชนทุกคนที่ได้รับการบริการจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีลักษณะเป็นกลาง จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันทั้งหมด และไม่มีการปฏิบัติต่อใครคนใดคนหนึ่งเป็นพิเศษ<sup>53</sup>

(3) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเป็นอิสระในอาชีพข้าราชการและหลักความเป็นกลางเป็นความสัมพันธ์โดยตรง เนื่องจากการที่กฎหมายบัญญัติถึงความเป็นอิสระในการทำงาน ก็เพื่อต้องการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติงานของรัฐได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากปัจจัยอื่นๆ ที่มารบกวนการทำงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติงานโดยไม่มีความเป็นกลาง เช่น การห้ามข้าราชการทำงานที่มีลักษณะที่เป็นผลประโยชน์ทับซ้อนกับงานราชการ เป็นต้น ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาล ศาลมักจะกล่าวอ้างหลักความเป็นอิสระประกอบกับความเป็นกลางอยู่เสมอ<sup>54</sup> อย่างไรก็ดี หลักความเป็นอิสระในอาชีพราชการมิได้หมายถึงความเป็นอิสระจากสายบังคับบัญชา แต่หมายถึง ความเป็นอิสระจากปัจจัยอื่นๆ ที่นอกเหนือการปฏิบัติงานของรัฐ ยิ่งไปกว่านั้นหลักดังกล่าวมิได้ใช้กับเฉพาะข้าราชการฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่รวมถึงใช้บังคับแก่ข้าราชการที่ปฏิบัติงานให้แก่รัฐทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้าราชการตุลาการที่ถือว่าเป็นหลักที่เป็นสาระสำคัญหลักหนึ่งในการทำงาน<sup>55</sup>

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการนำหลักความเป็นกลางมาใช้ประกอบกับหลักอื่น ยังไม่แพร่หลายมากนัก ซึ่งส่วนใหญ่มักจะกล่าวอ้างหลักใดหลักหนึ่งโดยละเอียดที่จะกล่าวอ้างหลักความเป็นกลาง แม้ว่าหลักดังกล่าวจะถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายหรือการสร้างเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยองค์กรศาลก็ตาม ขณะที่ทางวิชาการรู้จักหลักความเป็นกลางอย่างแพร่หลาย

<sup>52</sup> CE, Ass. 28 mai 1954, Barel, RDP, 1954, p.509; CE, 9 mars 1951, Ste des concerts du Conservatoires. Dr.soc.1951 p.368.cite in Eric Mitard, "L'impartialite administrative" p. 479 . อ้างถึงใน สิริชัย สุธีวีระจร. อ้างแล้ว. หน้า 67.

<sup>53</sup> CAA Paris, 7 mai 1966, Peufly, req.n 95PA00067. cite in Eric Mitard, "L'impartialite administrative". p. 479. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 20.

<sup>54</sup> CE, 27 fevrier 1985, Panarani c/Hopital de Roanne, req. n 449760. Cite in Eric Mitard, "L'impartialite administrative". p. 479. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 20.

<sup>55</sup> จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 20.



ซึ่งปรากฏการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น ความซับซ้อนหรือความไม่ชัดเจนของนิยามหรือสภาพบังคับในทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน จึงทำให้ผู้ปฏิบัติงานโดยส่วนใหญ่เข้าใจว่าหลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักจริยธรรมเท่านั้น<sup>56</sup>

ในทางกลับกัน บางกรณีได้มีการปรับใช้หลักความเป็นกลางในกระบวนการภายในฝ่ายปกครองอย่างเคร่งครัด โดยส่วนใหญ่การปรับใช้หลักดังกล่าวจะปรับใช้ควบคู่ไปกับหลักการใช้สิทธิคู่ความในการโต้แย้งข้อกล่าวอ้าง ซึ่งในการพิจารณาของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพสิทธิในการโต้แย้งของคู่กรณีอย่างเคร่งครัดซึ่งสิทธิดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการต่อสู้คดี และหลักการให้สิทธิคู่ความในการโต้แย้งข้อกล่าวอ้างใช้บังคับในฝ่ายปกครองเสมอแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติมีการบัญญัติในมาตรา 8 แห่ง พระราชกฤษฎีกาปี ค.ศ. 1983 ว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งที่มีลักษณะเป็น โทษและหลักเกณฑ์ในการออกกฎหรือการกำหนดกระบวนการในการไต่สวนสาธารณะ<sup>57</sup>

สาระสำคัญของหลักการให้สิทธิคู่ความในการโต้แย้งข้อกล่าวอ้างมิได้หมายถึงการให้สิทธิคู่ความในการรับทราบข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวอ้างเท่านั้น แต่หมายรวมถึง การให้สิทธิแก่คู่ความในการโต้แย้งข้อกล่าวอ้างด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงานทางปกครองที่มีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่มจะต้องเคารพหลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ซึ่งกระบวนการใดๆ ก็ตามที่ดำเนินการฝ่าฝืนหลักดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนโดยศาลได้<sup>58</sup>

การประกันหลักความเป็นกลางโดยการเปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิในการโต้แย้งข้อกล่าวอ้าง จึงถือได้ว่าเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่แสดงถึงความสุจริตใจกระบวนการพิจารณาและในกรณีที่มีความบกพร่องในการจัดองค์ประกอบในการประชุม<sup>59</sup>

อันที่จริงแล้ว องค์กรที่มีหน้าที่หลักในการรักษาหลักความเป็นกลาง คือ องค์กรศาล ซึ่งศาลจะต้องรักษาไว้ซึ่งประวัติของสมาชิกในองค์ประชุมโดยป้องกันไม่ให้สมาชิกดังกล่าวมีส่วนได้เสีย และการรักษาหลักความเป็นกลาง ในการให้คำปรึกษา อีกทั้งยังต้องรักษาสิทธิของคู่ความ

<sup>56</sup> จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 20.

<sup>57</sup> จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 20.

<sup>58</sup> จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 20.

<sup>59</sup> CE, Ass. 25 février 1989, Maire de Paris, Led. p. 47. Cite in Eric Mitard. "L'impartialité administrative". p. 480.

อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 21.

ในการโต้แย้งข้อกล่าวหา ทั้งนี้ก็เพื่อรักษาหลักประกันในการปรับใช้หลักความเป็นกลาง อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด<sup>60</sup>

## 2) การพิจารณาทางปกครอง

หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองตามมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้จะได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายต่างๆ แต่สภาพของรัฐก็ได้วินิจฉัยวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ด้วย โดยสภาพของรัฐได้วางหลักในเรื่องนี้ไว้ว่า เมื่อมีการนำหลักความเป็นกลาง มาใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครอง ก็ต้องมีกระบวนการโต้แย้งคัดค้านเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองที่อาจมีความไม่เป็นกลาง (มาตราทางกฎหมายในการป้องกันและแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลาง)<sup>61</sup> ซึ่งต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองให้มีกระบวนการโต้แย้งคัดค้านไว้ด้วยแต่ไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เมื่อมีกฎหมายกำหนดกระบวนการโต้แย้งคัดค้านดังกล่าวไว้ การจะโต้แย้งเจ้าหน้าที่ที่อาจไม่เป็นกลางก็ต้องโต้แย้งเฉพาะพฤติการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นและเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดให้มีกระบวนการโต้แย้งคัดค้านการโต้แย้ง แต่เป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะโต้แย้งคัดค้าน ทั้งนี้ ถ้าคู่กรณีไม่ได้ยกข้อกล่าวอ้างดังกล่าวขึ้นในชั้นการพิจารณาทางปกครอง คู่กรณีจะไม่สามารถอ้างเหตุที่เจ้าหน้าที่อาจไม่เป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองมาใช้เป็นเหตุเพิกถอนในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เนื่องจากกระบวนการโต้แย้งคัดค้านเจ้าหน้าที่ที่อาจไม่เป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองมีธรรมชาติเหมือนกับกระบวนการโต้แย้งคัดค้านตุลาการในกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลต่างๆ และมีลักษณะเป็นมาตรการในการป้องกันซึ่งเป็นข้อยกเว้นในการแทรกแซงกระบวนการพิจารณาความ การโต้แย้งคัดค้านตุลาการหรือเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองที่อาจมีความไม่เป็นกลางจึงต้องโต้แย้งตั้งแต่เวลาที่จำเป็น และได้เกิดเหตุขึ้นจริง ดังนั้น ในการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีไม่ดำเนินการโต้แย้งคัดค้านเจ้าหน้าที่ที่อาจมีความไม่เป็นกลางไว้ตั้งแต่ในขั้นตอนการพิจารณาทางปกครอง ถือว่าคู่กรณียอมรับเหตุแห่งความเป็นกลาง

อย่างไรก็ดี ในส่วนของรายละเอียดและขั้นตอนการดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลาง ของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองนั้น มีตรรกะที่เหมือนกันทั่วโลก คือ นำมาจากขั้นตอนการโต้แย้งคัดค้าน ตุลาการที่

<sup>60</sup> CE, Sect. 25 fevrier 1977, Nicoud, AJDA 1977. p. 544. concl. G.Guillaume. cite in Eric Mitard.; "L'impartialite administrative". p. 480. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 21.

<sup>61</sup> จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 41.

อาจมีความไม่เป็นกลางในเรื่องที่พิจารณาวินิจฉัย ดังนั้น รายละเอียดและขั้นตอนการโต้แย้งเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองที่อาจมีความไม่เป็นกลางของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงอาจเทียบเคียงได้กับรายละเอียดและขั้นตอนการดำเนินการดังกล่าวในกฎหมายปกครองไทย<sup>62</sup> ในที่นี้จึงแบ่งแยกหัวข้อในการศึกษาออกเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นฝ่ายดำเนินและกรณีที่คู่กรณีเป็นฝ่ายดำเนินการ

### 3) การดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง

การดำเนินการโดยฝ่ายเจ้าหน้าที่จะได้แยกศึกษาออกเป็นการดำเนินการในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว (เจ้าหน้าที่) และที่เป็นคณะบุคคล (กรรมการในคณะบุคคล) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

#### (1) การดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลคนเดียว

ในกรณีนี้ สามารถแยกย่อยออกเป็น 2 กรณีตามลักษณะของเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลาง กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีความมีส่วนได้เสียทางตรง ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะตระหนักเองหรือถูกคู่กรณีคัดค้านก็ตาม เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องหยุดการพิจารณาไว้ก่อนและต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาของตนทราบเพื่อจะได้มีคำสั่งในเรื่องเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางหรือเสนอให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจพิจารณาสั่งการต่อไป

#### (2) การดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่เป็นคณะบุคคล

การดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคลหรือการดำเนินการโดยกรรมการในคณะกรรมการที่ทำการพิจารณาทางปกครองนั่นเอง หมายถึง กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการและอาจมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางของกรรมการดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้มีการคัดค้านได้ ไม่ว่าจะป็นเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม โดยสามารถแยกออกเป็น 2 กรณี เช่นเดียวกับกรณีของเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลเดียวเพียงแต่กระบวนการพิจารณาคำคัดค้านได้กำหนดไว้ต่างหากจากกรณีเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลเดียว เนื่องจากการที่กรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนในคณะกรรมการถูกห้ามมิให้พิจารณาทางปกครองนั้นมิได้กระทบถึงอำนาจของกรรมการดังกล่าวเป็นการเฉพาะตัว หากแต่กระทบต่อองค์ประชุม ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญในเรื่องอำนาจขององค์กรในรูปคณะบุคคล อีกทั้ง องค์กรในรูปคณะบุคคลนั้น มักจะไม่มีผู้บังคับบัญชาโดยตรงเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว

<sup>62</sup> Sathawornsilaporn Jait. (2005). *“Recherche sur l'impartialite administrative en droit Thailand's et franc”* Toulouse. (Universities Toulouse I-Sciences sociales, Faculte de droit,) pp.176-192. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 42.

การโต้แย้งคัดค้านเจ้าหน้าที่ที่อาจไม่มีความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง โดยการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคล สามารถดำเนินการได้ดังนี้ คณะกรรมการที่กรรมการดังกล่าวเป็นสมาชิกอยู่เป็นผู้พิจารณาเหตุคัดค้าน โดยกรรมการผู้ถูกคัดค้านมีสิทธิแจ้งข้อเท็จจริงและตอบข้อซักถามของคณะกรรมการ แต่หลังจากนั้นจะต้องออกไปจากที่ประชุมระหว่างที่กรรมการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากที่ประชุม ให้ถือว่าคณะกรรมการคณะนั้นประกอบด้วยกรรมการทุกคนที่ไม่ถูกคัดค้าน สำหรับการมีมติเกี่ยวกับเรื่องกรรมการผู้ถูกคัดค้านนั้น เพื่อเป็นหลักประกันว่าได้มีการพิจารณาเหตุคัดค้านกันด้วยความบริสุทธิ์และเป็นอิสระ กฎหมายจึงกำหนดให้คณะกรรมการต้องมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามให้ผู้ถูกคัดค้านปฏิบัติหน้าที่ต่อไป กรรมการผู้นั้นจึงจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ ทั้งนี้ มติดังกล่าวให้กระทำโดยวิธีลงคะแนนลับและให้เป็นที่สุด

ในกรณีความไม่เป็นกลางทางตรง หากกรรมการผู้นั้นตระหนักเอง กรรมการผู้นั้นต้องแจ้งให้ประธานกรรมการทราบ เมื่อได้รับแจ้งแล้ว ประธานกรรมการต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาและมีมติว่าสมควรให้ผู้นั้นพิจารณาเรื่องต่อไป หรือไม่

ในกรณีความไม่เป็นกลางทางอ้อม หากกรรมการผู้นั้นตระหนักเอง กรรมการผู้นั้นต้องหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ประธานกรรมการทราบ เมื่อได้รับแจ้งแล้วประธานกรรมการต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาและมีมติว่าสมควรให้ผู้นั้นพิจารณาเรื่องต่อไป หรือไม่

#### 4) การดำเนินการ โดยคู่กรณี

การดำเนินการ โดยคู่กรณีจะได้แยกศึกษาออกเป็นการดำเนินการในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว (เจ้าหน้าที่) และที่เป็นคณะบุคคล (กรรมการในคณะบุคคล) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

##### (1) การดำเนินการ โดยคู่กรณีในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นบุคคลคนเดียว

ในกรณีนี้ สามารถแยกย่อยออกเป็น 2 กรณีตามลักษณะของเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลาง กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีความเป็นกลางทางตรง เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้นถูกคู่กรณีคัดค้าน เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องหยุดการพิจารณาไว้ก่อน และต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาของตนทราบเพื่อจะได้มีคำสั่งในเรื่องเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางหรือเสนอให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจพิจารณาสั่งการต่อไป แต่ถ้าเป็นกรณีความไม่เป็นกลางทางอ้อม หากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นถูกคู่กรณีคัดค้านและเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเห็นด้วยกับคำคัดค้าน เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบเพื่อจะได้มีคำสั่งในเรื่องเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางหรือเสนอให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจพิจารณาสั่งการต่อไป แต่หากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นถูกคู่กรณี

คัดค้านและเจ้าหน้าที่ผู้ยื่นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้าน เจ้าหน้าที่อาจหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนหรือไม่ก็ได้ แต่เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาทราบเท่านั้น เพื่อจะได้มีคำสั่งในเรื่องเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางหรือเสนอให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจพิจารณาสั่งการต่อไป

## (2) การดำเนินการโดยคู่กรณีในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคณะบุคคล

การดำเนินการโดยคู่กรณีในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคณะบุคคลมีหลักเกณฑ์เรื่องกระบวนการโต้แย้งคัดค้านที่แตกต่างจากกรณีเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลคนเดียว และหลักเกณฑ์เรื่อง การพิจารณาถึงเหตุที่กรรมการถูกคัดค้านของคณะกรรมการ เช่นเดียวกับการดำเนินการตาม มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีที่อาจมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางโดย ฝ่ายเจ้าหน้าที่ แต่มีหลักเกณฑ์เรื่องการดำเนินการที่แตกต่างกับกรณีที่ดำเนินการ โดยฝ่ายเจ้าหน้าที่ ดังนี้

กรณีความเป็นกลางทางตรง กรณีที่กรรมการผู้ยื่นถูกคู่กรณีคัดค้าน โดยยื่นคำคัดค้าน ต่อประธานกรรมการ ประธานกรรมการต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาและมีมติว่า สมควรให้ผู้ยื่นพิจารณาเรื่องต่อไป หรือไม่

กรณีความเป็นกลางทางอ้อม หากกรรมการผู้ยื่นถูกคู่กรณีคัดค้านและกรรมการผู้ยื่น เห็นด้วยกับคำคัดค้าน กรรมการผู้ยื่นต้องหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ประธาน กรรมการทราบ เมื่อได้รับแจ้งแล้ว ประธานกรรมการต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณา และมีมติว่าสมควรให้ผู้ยื่นพิจารณาเรื่องต่อไป หรือไม่ แต่หากกรรมการผู้ยื่นถูกคู่กรณีคัดค้าน และ กรรมการผู้ยื่นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้าน กรรมการผู้ยื่นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้ แต่ต้องแจ้งให้ประธานกรรมการทราบ เมื่อได้รับแจ้งแล้ว ประธานกรรมการต้องเรียกประชุม คณะกรรมการเพื่อพิจารณาและมีมติว่าสมควรให้ผู้ยื่นพิจารณาเรื่องต่อไป หรือไม่

## 5) ผลของการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง

โดยหลักแล้ว การพิจารณาทางปกครองที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางจะก่อให้เกิดนิติกรรม ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักนี้มีได้เป็นหลักตายตัว<sup>63</sup> ทั้งนี้ ในการพิจารณาความชอบ ด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง ฝ่ายตุลาการสามารถ ยกประเด็นเรื่องความเป็นกลางขึ้นมาพิจารณาได้เอง โดยไม่ต้องมีคู่ความยกขึ้นกล่าวอ้างก่อน อันเป็นการลดภาระการพิสูจน์ให้แก่ฝ่ายปกครอง<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Traditionnellement, "Le juge penal peut apprecier par voie d'exception la legalite d'actes reglementaires ou individuals", L'article 111-5 du nouveau Code penal consacre desormais ce pouvoir. Cite in Eric Mitare, "L'impartialite administrative". p. 487. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 49.

<sup>64</sup> Eric Mitare, "L'impartialite administrative". p. 487. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 49.

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครอง ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองนั้น ในอดีต สภาแห่งรัฐวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง โดยวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวออกโดยบิดเบือนการใช้อำนาจ เช่น ฝ่าฝืนปกครองทำนิติกรรมทางปกครองเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ได้เป็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือทำนิติกรรมทางปกครองขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ไม่ได้เป็นประโยชน์สาธารณะประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (Violation de la loi เช่น ฝ่าฝืนปกครองไม่รู้ว่ามีความหมายนั้นอยู่ ตีความกฎหมายผิด หรือใช้กฎหมายคนละฉบับมาเป็นฐานในการทำนิติกรรมทางปกครอง) จึงเป็นเหตุให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางแต่ในปัจจุบัน สภาแห่งรัฐวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง โดยวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวออกโดยไม่มีอำนาจ<sup>65</sup> (Incompetent เช่น นิติกรรมทางปกครองถูกทำขึ้นโดยผู้ที่ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนหนึ่งซึ่งเข้าไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ฯลฯ) ซึ่งถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเป็น โฆษะและไม่เคยเกิดขึ้นเลย<sup>66</sup>

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางนั้น สภาแห่งรัฐพิจารณาด้วยระดับความเข้มงวดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ สภาแห่งรัฐจะพิจารณาการกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางทางตรงเข้มงวดกว่าการกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางทางอ้อม เว้นแต่กรณีที่สาระสำคัญของการกระทำนั้นฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางทางอ้อมอย่างชัดเจน ส่วนในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ที่เจตนาในการออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อประโยชน์ส่วนตนซ่อนเร้นอยู่ นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะถูกตรวจสอบเมื่อมีเจตนาดังกล่าวอย่างชัดเจนเท่านั้น

ทั้งนี้ ในการศึกษาถึงเรื่องผลของการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลางในสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะ ได้ทำการศึกษาและแบ่งแยกประเภทของผลของการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลางออกเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลเดียว และการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคล

#### 6) การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลเดียว

กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นผู้มีความไม่เป็นกลางในเรื่องที่พิจารณา และได้มีการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลมาจากการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวแล้ว

<sup>65</sup> Sathawornsilaporn Jait. *supra*. pp.176-192. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 49.

<sup>66</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 165.

ในกรณีนี้ โดยหลักแล้ว คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองที่มีความไม่เป็นกลางย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจมีการเพิกถอนได้ ไม่ว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเกิดจากเหตุที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองไม่มีความเป็นกลางหรือเหตุอื่นๆ โดยผลทางกฎหมายในกรณีนี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีตามประเภทของเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ กล่าวคือ กรณีความเป็นกลางทางตรง สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยวางหลักไว้อย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ที่จะทำการพิจารณาไม่ได้ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลางทางตรงได้ดำเนินการพิจารณาและได้ออกคำสั่งทางปกครองแล้ว กรณีนี้ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนี้เท่านั้นแต่ในกรณีความเป็นกลางทางอ้อมจะวิสัยนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง โดยหากเจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาไม่มีความเป็นกลางจริงและเป็นผลโดยตรงให้เกิดคำสั่งทางปกครองนั้น จึงอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้

#### 7) การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคล

ผลของการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลางในกรณีการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคล หรือกรณีที่กรรมการในคณะกรรมการทำการพิจารณาทางปกครองมีความเป็นกลางนั้น สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ 2 แนวทาง ดังนี้<sup>67</sup>

แนวทางที่ 1 ก่อน ค.ศ. 1982 สภาแห่งรัฐวางแนวทางในการตัดสินคดีเกี่ยวกับความไม่เป็นกลางของบุคคลผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งทางปกครองไว้ในกรณีที่บุคคลผู้มีความเป็นไม่กลางนั้นร่วมอยู่ในที่ประชุมว่า การปรากฏตัวของบุคคลนั้น ไม่ถึงขนาดมีผลทำให้คำสั่งหรือความเห็นนั้นเสียไปถึงแม้บุคคลผู้มีความเป็นกลางจะอยู่ในที่ประชุม ถ้าเขาปฏิเสธที่จะออกเสียงหรืออภิปรายแสดงความคิดเห็นในเรื่องนั้น

แนวทางที่ 2 หลัง ค.ศ. 1982 สภาแห่งรัฐวางหลักว่า แม้ว่าบุคคลผู้มีความเป็นกลางนั้นถ้าปรากฏตัวอยู่ในที่ประชุมนั้น แม้เขาจะมีได้แสดงความคิดเห็นหรือพูดอะไรเลยก็ตาม การปรากฏตัวก็มีผลต่อการออกคำสั่ง โดยอาจทำให้เกรงใจหรือโน้มน้าวใจให้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งโน้มเอียงไม่เป็นกลางได้ จึงทำให้คำสั่งนั้นเสียเปล่า

หลังจากสภาแห่งรัฐวางหลักในการวินิจฉัยในแนวทางที่สองไว้แล้ว ได้มีการตรากฎหมายบัญญัติรับรองไว้ตามแนวทางที่ 2 โดยได้มีรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 มาตรา 13 ได้บัญญัติไว้สอดคล้องกับการวินิจฉัยในแนวทางหลักไว้ โดยถือว่า บุคคลผู้มีความเป็นกลางไม่ว่าจะมีผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อม ถ้าบุคคลนั้นอยู่ในที่ประชุม ถึงแม้ไม่ได้ออกเสียงแสดงความคิดเห็น การปรากฏตัวของบุคคลนั้น ก็ก่อให้เกิดอคติหรือการมีความไม่เป็นกลางแล้ว อันจะ

<sup>67</sup> Jean-Marie AUBY. (1983). "L'impartialite administrative et ses usagers Le decret du 28 novembre". n.d., p. 128. อ้างถึงใน สิริชัย สุธีระชจร. อ้างแล้ว. หน้า 60-79.

ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป เว้นแต่กรณีที่มีการปรากฏตัวของผู้มีความไม่เป็นกลางนั้นไม่ส่งผลต่อการประชุมหรือการตัดสินใจของคณะกรรมการแต่ประการใด

ตัวอย่างเช่น ในคดี *Gouverneun General de l' Algerie* สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า คณะกรรมการวินัยจะมีสมาชิกคนหนึ่งที่กำลังถูกลงโทษทางวินัยอยู่ไม่ได้ หรือในคดี *Ministre de l' Education Nationale clsudaka et camas* สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า คณะกรรมการสอบสวนจะมีสมาชิกคนหนึ่งซึ่งได้แสดงออกอย่างสาธารณะว่า เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้สมัครสอบบางคนไม่ได้ และในคดี *Commune de Clohars-Cornote* สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า นายกเทศมนตรี ซึ่งเป็นคนที่รู้จักกันดีว่าต่อต้านสตรีอย่างรุนแรงจะเป็นกรรมการในคณะกรรมการสอบที่มีสตรี เป็นผู้สมัครสอบไม่ได้<sup>68</sup> หรือกรณีที่กรรมการในคณะกรรมการที่ทำการพิจารณาทางปกครองมีความไม่เป็นกลางนั้น มีหลักว่า ในคณะกรรมการที่ทำการพิจารณาทางปกครอง หากปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่อาจมีความไม่เป็นกลางได้เข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครองแล้ว แม้มิได้มีสิทธิในการออกเสียงเพียงแต่มีอิทธิพลในการพิจารณาทางปกครอง ต้องถือว่า มติของคณะกรรมการหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลเป็นเสียไปทันที

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงข้อยกเว้นตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว เหตุดังกล่าวมิได้เป็นเหตุให้นิติกรรมทางปกครองที่ออกมานั้นมีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป แต่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีประกอบด้วย<sup>69</sup>

<sup>68</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 171.

<sup>69</sup> CE, 18 avril 1969, Meunie, Leb. p. 208; CE, 7 novembre 1984, Ste. Affichage Giraudy, Dr.Adm.1984 n 539. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชี่ยวพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 51.

กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976. มาตรา 44 บัญญัติว่า

- (1) นิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะเมื่อกระทำด้วยความบกพร่องอย่างร้ายแรงเห็นได้อย่างชัดเจน
- (2) ในกรณีต่อไปนี้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะ
  - (1) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นหนังสือ แต่มิได้ระบุผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง
  - (2) กฎหมายกำหนดวิธีการในการออก แต่ไม่ทำตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ
  - (3) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ตามที่บัญญัติในมาตรา 3 วรรคแรก ข้อ 1 และเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ไม่มีอำนาจกระทำการอีกต่อไป (เจ้าหน้าที่ที่ออกนิติกรรมทางปกครอง ไม่มีอำนาจทางเขตพื้นที่)
  - (4) นิติกรรมทางปกครองนั้นกำหนดให้ผู้รับต้องปฏิบัติตามในสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้
  - (5) เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นในกรณีที่ต้องใช้กฎหมายในการลงโทษปรับหรือจำคุก
  - (6) ขัดต่อศีลธรรมอันดี
- (3) ในกรณีต่อไปนี้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองไม่เป็นโมฆะ
  - (1) มิได้ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดในเรื่องเขตอำนาจพื้นที่ในการออกนิติกรรมทางปกครอง และเป็นนอกเหนือจากกรณีตาม วรรคสอง ข้อ 3



## 2.4.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

### 1) ความเป็นมาของหลักความเป็นกลาง

การนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่จัดอยู่ในสกุลกฎหมาย Common Law แต่หลังจากนั้น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความพยายามในการบัญญัติเรื่องการนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กระทั่งแล้วเสร็จเป็นกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติในปี ค.ศ. 1976 ทั้งนี้ ประเทศไทยได้นำกฎหมายดังกล่าวของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้เป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อย่างไรก็ตาม สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีหลักการสำคัญอยู่เบื้องหลังการนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองด้วย

หลักความเป็นกลางในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีที่มาจากตั้งแต่สมัยโบราณ แต่การนำหลักความความเป็นกลางมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองกลับได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ของประเทศอังกฤษ แต่หลังจากนั้น สาธารณรัฐออสเตรียได้บัญญัติกฎหมายที่ใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองขึ้น ซึ่งรวมถึงการนำหลักความเป็นกลางมาบัญญัติรวมไว้ในกฎหมายนี้ด้วย กฎหมายนี้ส่งผลให้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเริ่มพิจารณาถึงการควบคุมการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งหลักความเป็นกลางถือเป็นหลักกฎหมายสำคัญหลักหนึ่ง กล่าวคือหลักความเป็นกลางในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหลักที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณที่นำมาใช้ในฝ่ายตุลาการ โดยถือว่า ผู้พิพากษาเป็นผู้รับใช้ความยุติธรรม ผู้พิพากษาจึงต้องมีความเป็นกลางในคดี

(2) เจ้าหน้าที่นอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 20 บรรคแรก ประโยคที่ 1 ข้อ 2 ถึง ข้อ 6

(3) คณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำหน้าที่ออกนิติกรรมทางปกครองมิได้เป็นผู้ออกนิติกรรมทางปกครองหรือคณะกรรมการที่ออกนิติกรรมทางปกครอง ไม่มีคุณสมบัติที่จะกระทำการในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

(4) กฎหมายกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ต้องปรึกษาหรือร่วมมือกับเจ้าหน้าที่อีกนายหนึ่ง แต่ไม่มีการร่วมมือหรือปรึกษากันตามที่กฎหมายกำหนด

(4) หากนิติกรรมทางปกครองเป็น โฆษะบางส่วน นิติกรรมทางปกครองนั้นจะเป็น โฆษะทั้งหมดก็ต่อเมื่อส่วนที่เป็น โฆษะเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ออกนิติกรรมทางปกครองจะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองนี้หากไม่มีส่วนที่เป็น โฆษะนี้

(5) เจ้าหน้าที่อาจพบความ ไม่มีผลบังคับใช้ของนิติกรรมทางปกครอง ณ เวลาใดก็ได้ และในกรณีที่มีการร้องขอจากผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ต้องทำให้ชัดเจน”.

ที่ตนรับผิดชอบ คือ พินาศชาติโดยไม่เห็นแก่บุคคลใดและปราศจากการชักจูงใจที่ไม่ชอบธรรม<sup>70</sup> หลังจากนั้นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก่อนกลางศตวรรษที่ 19 ยังไม่มีการศึกษาทางวิชาการในเรื่องกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (วิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง) การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังคงเป็นการควบคุมให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเท่านั้น แต่ในปลายศตวรรษที่ 19 เริ่มมีการศึกษาถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยมีการกล่าวถึงหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ของประเทศอังกฤษไว้ในตำรากฎหมายเรื่อง นิติรัฐและศาลปกครองเยอรมัน (Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland 1879; R.V. Gneist) ต่อมาสาระสำคัญของกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้รับการพัฒนามากขึ้น โดยมีความหมายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจในการพิจารณาเรื่องของฝ่ายปกครอง และหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแต่ไม่ปรากฏว่ามีการศึกษาถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1925 สาธารณรัฐออสเตรียได้บัญญัติกฎหมายที่ใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองขึ้นไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก ซึ่งรวมถึงการนำหลักความเป็นกลาง มาบัญญัติไว้ในกฎหมายนี้ด้วย ทั้งนี้ กฎหมายเยอรมันในยุคนั้นยังไม่มีแนวคิดในการจัดทำกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือกระบวนการก่อนออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายของสาธารณรัฐออสเตรีย จึงทำให้ทฤษฎีการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเริ่มพิจารณาถึงการควบคุมการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะของกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรม กระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีโครงสร้างทำนองวิธีพิจารณาความแพ่งของศาล<sup>71</sup>

หลักกฎหมายสำคัญในการควบคุมการกระทำต่างๆ ก่อนออกนิติกรรมทางปกครองตามที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของสาธารณรัฐออสเตรีย อันได้แก่ หลักความเป็นกลาง หลักการรับฟังคู่กรณีสองฝ่าย และหลักการให้เหตุผลในการวินิจฉัยสั่งการนั้น มีความสัมพันธ์กับขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักความเป็นกลางถือเป็นหลักกฎหมายสำคัญในขั้นตอนแรกๆ ของกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยสามารถอธิบายความสัมพันธ์ดังกล่าวได้ ดังนี้ “ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความไม่เป็นกลางในเรื่องที่ตนพิจารณาหรือเป็นเจ้าของเรื่องแล้ว ความไม่เป็นกลางดังกล่าวจะเข้าไปมีบทบาทในทุกขั้นตอนของการพิจารณา ซึ่งจะส่งผลให้ได้นิติกรรมทางปกครองอันไม่ชอบธรรมในท้ายที่สุด จึงจะต้องเริ่ม

<sup>70</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 105.

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 81-83.

พิจารณาถึงหลักความเป็นกลางนี้ตั้งแต่เริ่มแรกของการพิจารณา ในทางตรงกันข้าม หลักการต้องให้เหตุผลจะต้องมาพิจารณาในช่วงเวลาสุดท้ายของการพิจารณาเมื่อจะต้องวินิจฉัยสั่งการ แต่ในการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการจะต้องพิจารณาย้อนหลังในขั้นตอนอื่นๆ ของวิธีพิจารณาที่ผ่านพ้นมาแล้ว ซึ่งมักจะพิจารณาสัมพันธ์กันไปมาระหว่างการให้เหตุผลและขั้นตอนอื่นๆ ของวิธีพิจารณาในทำนองเดียวกันกับหลักความเป็นกลาง หลักการต้องให้เหตุผลย้อนกลับ ไปมีบทบาทหรือค้นหาเหตุผลในขั้นตอนอื่นๆ เช่น ขั้นตอนของการค้นหาความจริง การปรับบท และการให้ดุลพินิจ เพราะว่าในขั้นตอนสุดท้ายของวิธีพิจารณา เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในฐานะที่จะให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการของตนได้ว่า เหตุใดตนจึงวินิจฉัยเช่นนั้น หลักการรับฟังผู้ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกนิตินกรรมทางปกครองต่อเขานั้น จะอยู่ในขั้นตอนระหว่างหลักกฎหมายทั้งสองที่กล่าวมาแล้ว หลักการรับฟังนี้ถือเป็นเสาหลักหรือแกนสำคัญของวิธีพิจารณา สถานะความเป็นคู่ความของผู้มีความไม่เป็นกลางในการพิจารณาถือเป็นสิทธิตามกฎหมายอย่างหนึ่งที่จะมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาอันชอบด้วยหลักนิติรัฐ...”<sup>72</sup>

หลังจากที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมธรรมชาติ และการจัดทำกฎหมายดังกล่าวของสาธารณรัฐออสเตรียแล้ว สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงได้บัญญัติรับรองการนำหลักความเป็นกลาง มาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1976 กล่าวคือ หลังจากที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พยายามคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของหลักกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้ แต่การบังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว “มีข้อจำกัดอยู่มาก”<sup>73</sup> จึงได้บัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 หรือประมวลกฎหมายปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นกลางไว้ในมาตรา 20 และมาตรา 21

ทั้งนี้ ประเทศไทยได้นำกฎหมายดังกล่าวของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเข้ามาใช้เป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการปกครอง โดยในการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

<sup>72</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 85-88.

<sup>73</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2534). “ประมวลกฎหมายปกครอง”. รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์. กรุงเทพฯ: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด. หน้า 297.

ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นำกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นต้นแบบในการร่างถึงร้อยละ 80<sup>74</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะได้รับอิทธิพลจากต่างประเทศในการนำหลักความเป็นกลาง มาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครอง แต่การนำหลักความเป็นกลาง มาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มีหลักการสำคัญอยู่เบื้องหลังด้วย ได้แก่ หลักความยุติธรรม หลักนิติรัฐ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักประชาธิปไตย โดยอาจกล่าวได้ว่า หลักความยุติธรรมเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมาย ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายพิเศษต่างๆ ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีหน้าที่ในการทำความยุติธรรมให้เกิดขึ้นจริงได้ ในกรณีที่กฎหมายปกครองที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีเนื้อหาไม่ครอบคลุมหรือมีช่องว่างทางกฎหมายเกิดขึ้นย่อมอาศัยหลักกฎหมายต่างๆ มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัย เพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย อันจะนำไปสู่ความยุติธรรมในที่สุด ทั้งนี้ หลักต่างๆ ที่เป็นแนวคิดเบื้องหลังของการนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีรายละเอียด ดังนี้

หลักความยุติธรรม เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งรวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องของเจ้าหน้าที่หรือกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเห็นได้ว่า กฎหมายวิธีสบัญญัติมีความมุ่งหมายอยู่ที่การทำให้เกิดความยุติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ ในการพิจารณาพิพากษาของศาล ศาลย่อมนำหลักความยุติธรรมมาอุดช่องว่างของกฎหมายที่ตราขึ้น จึงมีความพยายามค้นหาหลักกฎหมายต่างๆ ที่แตกแขนงออกมาจากหลักความยุติธรรม ในเบื้องต้นพบว่ามีการกำหนดให้ผู้พิพากษาตีความเป็นอิสระและไม่อยู่ในอาณัติของผู้อื่น หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองมีความไม่เป็นกลาง ย่อมก่อให้เกิดอันตรายต่อหลักความยุติธรรม เนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความไม่เป็นกลางย่อมไม่อยู่บนฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วน<sup>75</sup>

ในส่วนของหลักนิติรัฐ (Legal State) นั้น หลักนิติรัฐก่อให้เกิดหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีที่มาสำคัญจากการควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ กล่าวคือ หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองมีหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย บรรลุ

<sup>74</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2538). “ความเป็นมาของ (1) ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ... (2) ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ... และ (3) ร่างพระราชบัญญัติข่าวสารของราชการ พ.ศ. ...”. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 14 ตอน 3, หน้า 4.

<sup>75</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 105.

วัตถุประสงค์ และรวดเร็ว หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจึงเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามหลักกฎหมายปกครองบัญญัติ ซึ่งรวมถึงหลักความเป็นกลางด้วย

สำหรับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ F.O. Kopp เห็นว่า ทั้งหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักหลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เรียกร้องให้การวินิจฉัยสั่งการทางปกครองต้องอยู่บนข้อเท็จจริงที่เป็นภาวะวิสัยและปราศจากอคติ หรือความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจพิจารณาเรื่องทางปกครอง อย่างไรก็ตาม หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะสมบูรณ์ ส่วนวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะยืดหยุ่น การปฏิบัติตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเคร่งครัดจึงทำให้ยาก<sup>76</sup>

สำหรับหลักประชาธิปไตยนั้น กระบวนการพิจารณาหรือวิธีพิจารณาที่เป็นประชาธิปไตย หมายถึง วิธีพิจารณาที่กระทำโดยให้มีความเป็นกลางทุกฝ่ายเข้าร่วมในการพิจารณา การกำหนดให้วิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำโดยเปิดเผยและได้รับการควบคุมจากสาธารณชนจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีหลักความเป็นกลางในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้พิจารณาเรื่อง การกระทำโดยอคติหรือไม่เป็นกลางแล้ว เมื่อสาธารณชนทราบเรื่องดังกล่าวผ่านทางสื่อสารมวลชน สาธารณชนย่อมมีปฏิกริยาในทางลบต่อการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น<sup>77</sup>

## 2) การพิจารณาทางปกครอง

หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองตามมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) ปี ค.ศ. 1976) มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 4 และมาตรา 21 โดยบัญญัติให้ทั้งเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองและคู่กรณีสามารถเป็นฝ่ายดำเนินการตามมาตรการได้ ซึ่งทั้ง 2 กรณีจะทำการศึกษาแยกเป็น 2 ส่วน ตามเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง

### (1) การดำเนินการ โดยเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่ทำการพิจารณาทางปกครอง

(1.1) กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินการบวนพิจารณาทางปกครองได้

<sup>76</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 134.

<sup>77</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 139.

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองอยู่ในรูปของเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว และอาจมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของตน<sup>78</sup> ตามข้อยกเว้นในกรณีที่ไม่นำหลักความเป็นกลางมาใช้บังคับ 2 กรณี

สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองอยู่ในรูปของคณะบุคคล (คณะกรรมการ) และอาจมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของบุคคลที่ทำการพิจารณาทางปกครอง (กรรมการ) ในคณะบุคคล ถ้าปรากฏว่า กรรมการในคณะกรรมการเห็นว่าตนเป็นบุคคลที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณาทางปกครอง หรือสงสัยว่าจะมีเหตุเช่นนั้น ให้กรรมการผู้นั้นแจ้งต่อประธานคณะกรรมการ ให้ประธานคณะกรรมการเรียกประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการมีมติในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ โดยกรรมการที่มีเหตุเช่นนั้น ไม่อาจเข้าร่วมอภิปรายและออกเสียงลงมติได้ (ส่วนจะนั่งฟังการอภิปรายในที่ประชุมได้หรือไม่ ยังมีความเห็นมีแตกต่างกันอยู่) หากที่ประชุมมีมติว่า กรรมการผู้นั้นเป็นบุคคลที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณา กรรมการผู้นั้นจะร่วมดำเนินการพิจารณาทางปกครองต่อไปไม่ได้ (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 20 วรรคสี่ ประโยคที่ 4) มติดังกล่าวให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก กรรมการที่ถูกตัดออกจากการพิจารณาทางปกครองโดยมติของที่ประชุม สามารถฟ้องร้องให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ว่ามติของที่ประชุมชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ส่วนกรณีในการพิจารณาทางปกครอง หากได้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลร้ายแก่ตน ก็สามารถขอยกเอาเหตุดังกล่าว (กรณีเห็นว่าการตัดกรรมการผู้นั้นออกจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) ขึ้นกล่าวอ้างในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้<sup>79</sup>

(1.2) กรณีที่เจ้าหน้าที่มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองอยู่ในรูปของเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว หากปรากฏว่า มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง หรือกรณียืนยันว่ามีเหตุดังกล่าว ให้เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองนั้นแจ้งแก่หัวหน้าหน่วยงาน หรือผู้ที่หัวหน้าหน่วยงานมอบหมายให้ปฏิบัติราชการแทน เพื่อให้บุคคลดังกล่าววินิจฉัยสั่งการ ในระหว่างรอการวินิจฉัยสั่งการดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ หากเหตุที่กล่าวมาเกิดขึ้นกับหัวหน้าหน่วยงาน ให้หน่วยงานบังคับบัญชาเหนือชั้นขึ้นไปพิจารณาวินิจฉัยสั่งการ ในระหว่างนั้นหัวหน้า

<sup>78</sup> Ule/Laubinger, Rdnr.17,S.134, S 12. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). “ความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองตาม Common law ในระบบกฎหมายอังกฤษ”. *วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์*, หน้า 74.

<sup>79</sup> Ule/Laubinger, Rdnr.18,S.136, S 12. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 75.

หน่วยงานจะดำเนินการพิจารณาทางปกครองไม่ได้<sup>80</sup> (มาตรา 21 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ)

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองอยู่ในรูปของคณะกรรมการ (คณะกรรมการ) ถ้าปรากฏว่า กรรมการในคณะกรรมการเห็นว่า ตนเป็นบุคคลที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณาทางปกครอง หรือสงสัยว่าจะมีเหตุเช่นนั้น ให้กรรมการผู้นั้นแจ้งต่อประธานคณะกรรมการ ให้ประธานคณะกรรมการเรียกประชุมคณะกรรมการ เพื่อให้คณะกรรมการมีมติในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ โดยกรรมการที่มีเหตุเช่นนั้น ไม่อาจเข้าร่วมอภิปรายและออกเสียงลงมติได้ (ส่วนจะนั่งฟังการอภิปรายในที่ประชุมได้หรือไม่ ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่)<sup>81</sup> หากที่ประชุมมีมติว่า กรรมการผู้นั้นเป็นบุคคลที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณา กรรมการผู้นั้นจะร่วมดำเนินการบวนพิจารณาทางปกครองต่อไปไม่ได้ (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 20 วรรคสี่ ประโยคที่ 4) มติดังกล่าวให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก กรรมการที่ถูกคัดออกจากการพิจารณาเรื่องทางปกครองโดยมติของที่ประชุม สามารถฟ้องร้องให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ว่ามติของที่ประชุมชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คงมีปัญหาถกเถียงกันในทางวิชาการในแง่ประเภทของคำฟ้องว่า จะต้องฟ้องโต้แย้งมติของคณะกรรมการ เพราะมติของคณะกรรมการถือเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือจะต้องฟ้องโดยอาศัยคำฟ้องให้ศาลยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของมติคณะกรรมการ เพราะมติของคณะกรรมการยังไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง หากได้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลร้ายแก่ตน ก็สามารถหยิบยกเอาเหตุดังกล่าว (คู่กรณีเห็นว่า การตัดกรรมการผู้นั้นออกจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) ขึ้นกล่าวอ้างในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้<sup>82</sup>

## (2) การดำเนินการโดยคู่กรณี

การดำเนินการโดยคู่กรณีเป็นการกำหนดให้คู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองสามารถดำเนินมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง แต่โดยหลักแล้ว คู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องในการกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง เว้นแต่การพิจารณาทางปกครองนั้นเป็นการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ซึ่งกระทำโดยคณะกรรมการกรณีจึงต่างกับ

<sup>80</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 77.

<sup>81</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 74.

<sup>82</sup> Ule/Laubinger, Rdnr.18,S.136, S 12. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 75.

กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่คู่ความในคดีมีสิทธิคัดค้านผู้พิพากษา

(2.1) กรณีที่คู่กรณีเห็นว่าเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้

ในกรณีที่คู่กรณีเห็นว่า เจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองได้ ในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ คู่กรณีสามารถกล่าวอ้างได้ว่า เจ้าหน้าที่เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณา เพื่อให้มีการตรวจสอบว่าเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้ให้สิทธิคู่กรณีที่คัดค้านเจ้าหน้าที่ เนื่องจากอาจกระทบต่อการพิจารณาทางปกครองมากเกินไป ทั้งนี้เมื่อคู่กรณีรู้ว่า เจ้าหน้าที่เป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองได้ คู่กรณีต้องกล่าวอ้างไว้ให้ประจักษ์ในการพิจารณาทางปกครอง คู่กรณีจะกล่าวอ้างภายหลังเมื่อสิ้นสุดการพิจารณาทางปกครองแล้วไม่ได้<sup>83</sup> อย่างไรก็ตาม เฉพาะในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการซึ่งดำเนินการโดยคณะกรรมการ คู่กรณีมีสิทธิคัดค้านกรรมการที่คู่กรณีเห็นว่า เป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองได้ โดยคู่กรณีจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีเหตุที่กรรมการต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา หรือแถลงด้วยวาจาในวันดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาว่ามีเหตุเช่นนั้น มิฉะนั้นถือว่า สิทธิคัดค้านกรรมการเป็นอันระงับไป (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 71 วรรคสาม ประโยคที่ 3) ในกรณีที่มีการคัดค้านกรรมการ ให้คณะกรรมการวินิจฉัยคำคัดค้านโดยห้ามมิให้กรรมการที่ถูกคัดค้านเข้าร่วมอภิปรายหรือลงมติ ในกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยให้คำคัดค้านตกไป คู่กรณีไม่สามารถที่จะโต้แย้งคำวินิจฉัยได้ทันที แต่ต้องโต้แย้งพร้อมกับการตั้งทางปกครอง<sup>84</sup>

(2.2) กรณีที่คู่กรณีเห็นว่าเจ้าหน้าที่มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง

การที่คู่กรณีในกระบวนการพิจารณากล่าวอ้างว่าเจ้าหน้าที่มีเหตุไม่ควรไว้เนื้อเชื่อใจหรือเหตุกังวลในความไม่เป็นกลางไม่ถือว่าเป็นกรณีที่คู่กรณีมีสิทธิคัดค้านเจ้าหน้าที่ (Ablehnungsrecht) กรณีจึงต่างจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่คู่ความมีสิทธิคัดค้านผู้พิพากษา ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยหลักแล้วคู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องในการกำหนดเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองเว้นแต่

<sup>83</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 75.

<sup>84</sup> Kopp/Ramsaure, Rdnr.23,S.71. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 76.



กระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองนั้น เป็นกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ซึ่งกระทำต่อคณะกรรมการ ด้วยเหตุนี้ หากคู่กรณีเห็นว่า มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง คู่กรณีต้องแจ้งเหตุดังกล่าวไว้ให้เจ้าหน้าที่ทราบ หากคู่กรณีไม่แจ้งเหตุดังกล่าวไว้ให้เจ้าหน้าที่ทราบ ทั้งที่คู่กรณีรู้ถึงเหตุดังกล่าวย่อมทำให้คู่กรณีเสียสิทธิเรียกร้องที่จะอ้างเหตุนี้ในการขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองในภายหลัง แต่การที่คู่กรณีกล่าวอ้างว่าเจ้าหน้าที่มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลางนั้น ไม่ทำให้คู่กรณีมีสิทธิคัดค้านเจ้าหน้าที่ เว้นแต่การพิจารณาทางปกครองนั้นเป็นการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการซึ่งกระทำโดยคณะกรรมการ<sup>85</sup>

### (3) เหตุที่กระทบของการพิจารณาทางปกครอง

การที่เจ้าหน้าที่ซึ่งไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครอง เพราะมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางได้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่เป็นผลมาจากการดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะทำให้คำสั่งทางปกครองนี้สิ้นผลไปหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนี้ ต้องพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อประโยชน์มหาชนและการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย

คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลางย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย โดยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นเสียเปล่า ซึ่งถือว่าคำสั่งทางปกครองนี้ไม่เคยเกิดขึ้นมา หรืออาจเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือนิติกรรมทางปกครองที่อาจถูกโต้แย้งคัดค้านได้ ซึ่งถือว่าคำสั่งทางปกครองนี้มีผลสมบูรณ์จนกว่าจะถูกยกเลิก ทั้งนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์และกรณีที่นิติกรรมทางปกครองใดจะไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 44 (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 44)

นิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึงนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ออกโดยมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้อย่างแจ่มชัด โดยความผิดพลาดอย่างร้ายแรงอาจเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติก็ได้ แต่ต้องเป็นความผิดพลาดที่เห็นได้อย่างแจ่มชัดที่แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่าเป็นข้อผิดพลาดอย่างแจ่มชัดเหตุผลทางทฤษฎีที่บัญญัติให้นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและ

<sup>85</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 78-79.

แจ้งชัดเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มาจากผลของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ<sup>86</sup> ดังนั้น เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองจึงเกิดขึ้นได้จากความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและแจ้งชัด โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ แล้วจะเห็นได้ว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 1) และเห็นประจักษ์ชัดว่าการกระทำความผิดดังกล่าวบกพร่องอย่างรุนแรง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>87</sup>

นิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือนิติกรรมทางปกครองที่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ข้อผิดพลาดหรือความบกพร่องยังไม่ร้ายแรงถึงระดับไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ความหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิบัติกันมาโดยไม่มีข้อโต้แย้ง ซึ่งไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติเป็นบทนิยามไว้เป็นการเฉพาะหรือเป็นบททั่วไป กฎหมายจะบัญญัติเฉพาะเหตุแห่งโมฆะกรรมของนิติกรรมของนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น เหตุแห่งการไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองจึงเกิดขึ้นได้มากมาย<sup>88</sup> โดยเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ แล้ว จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองอยู่ในฐานะเป็นผู้มีความเกี่ยวพันหรือเป็นญาติของคู่กรณี ในฐานะเป็นผู้กระทำการแทนคู่กรณี ในฐานะเป็นผู้มีความเกี่ยวพันหรือเป็นญาติของผู้แทนคู่กรณี ในฐานะที่เป็นลูกจ้างหรือผู้ที่ทำงานให้แก่คู่กรณี โดยได้รับค่าตอบแทน หรือในฐานะเป็นผู้ที่เคยให้ความเห็นหรือกระทำการอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องในเรื่องที่พิจารณา (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคหนึ่ง ข้อ 2 ถึง ข้อ 6) หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นผู้มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลาง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 21)<sup>89</sup> คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกโต้แย้งคัดค้านซึ่งนำไปสู่การยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้

<sup>86</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 167.

<sup>87</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 76.

<sup>88</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 173-174.

<sup>89</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 40.

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Recknahme)<sup>90</sup> คือ การทำให้ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุดลง โดยนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่ถึงระดับโมฆะ หรือเรียกได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีการบอกล้างนิติกรรมทางปกครองที่เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ย่อมทำให้นิติกรรมทางปกครองนี้มีผลบังคับต่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น<sup>91</sup>

การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf) คือ การทำให้ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุดลง เนื่องจากเกิดความเปลี่ยนแปลงซึ่งทำให้นิติกรรมทางปกครองนี้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือในกรณีนี้นิติกรรมทางปกครองชอบด้วยกฎหมายในขณะที่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง แต่ในเวลาต่อมา ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นเงื่อนไขในการออกนิติกรรมทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้นิติกรรมทางปกครองนี้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

นอกจากหลักกฎหมายเรื่องการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองมีหลักกฎหมายสำคัญที่ต้องพิจารณาอีก 2 ส่วน ได้แก่ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิถือว่า ผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้อีก เมื่อมีการออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับแล้ว จึงไม่อาจเรียกสิทธิที่ได้ให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกลับคืนมาหรือย้อนหลังได้ เนื่องจากเมื่อประชาชนได้สิทธิตามกฎหมายแล้ว ประชาชนแต่ละคนย่อมวางแผนการใช้สิทธิของตนในระบบกฎหมายได้ การเรียกสิทธิกลับคืนย้อนหลังจากประชาชนจึงอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยเกิดขึ้นในสังคมได้<sup>92</sup> ส่วนหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองถือว่า เมื่อมีการออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับแล้ว ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมเชื่อถือไว้วางใจว่านิติกรรม

<sup>90</sup> ในสารนิพนธ์ฉบับนี้ใช้ความหมายของคำว่า Recknahme และ Widerruf ตามความหมายที่ปรากฏในหนังสือ “หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน”. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 105. ซึ่งให้ความหมายของคำว่า Recknahme ไว้ว่า “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ให้ความหมายของคำว่า Widerruf ว่า “การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย” อันต่างจากการให้ความหมายในหนังสือ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 53.

<sup>91</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 215.

<sup>92</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 218-219.

ทางปกครองชอบด้วยกฎหมายและมีสภาพบังคับ ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมใช้สิทธิที่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวของตนเป็นพื้นฐานในการดำเนินการต่างๆ ในสังคม ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองความเชื่อถือว่าไว้วางใจของประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีความมั่นคงในสิทธิตามกฎหมาย ความเชื่อถือว่าไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องได้รับความคุ้มครอง ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองต้องไม่กระทบต่อความเชื่อถือว่าไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น ในการทำให้ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะสิ้นสุด จึงต้องนำความเชื่อถือว่าไว้วางใจดังกล่าวมาพิจารณา ซึ่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่าควรจะยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ ซึ่งหากไม่ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนี้ได้<sup>93</sup> แต่หากยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้ว จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองมากกว่าประโยชน์มหาชนก็ไม่อาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนี้ได้ เป็นกรณีที่จะต้องปล่อยให้นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะมีสภาพบังคับอยู่ต่อไป

กรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองเพราะมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง และเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว คำสั่งทางปกครองที่เป็นผลจากการพิจารณาทางปกครองนั้น ย่อมมิชอบด้วยกฎหมาย แต่กรณีที่เป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคล และมีเจ้าหน้าที่บางรายเท่านั้นที่มีเหตุกระทบต่อหลักความเป็นกลาง คำสั่งทางปกครองหรือมติของคณะบุคคลจะไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดหรือเฉพาะในส่วนของ การใช้อำนาจหรือความเห็นของเจ้าหน้าที่บางรายที่มีส่วนได้เสียเท่านั้นที่จะเสียไปประกอบกับในกรณีที่มีปัญหาว่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายวิธีสบัญญัติจะมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายสารบัญญัติหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ หลักกฎหมายปกครองเยอรมันถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่ให้ความสำคัญกับนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติน้อยกว่านิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ<sup>94</sup> กฎหมายจึงกำหนดให้ในบางกรณีเจ้าหน้าที่สามารถเยียวยาแก้ไขความผิดพลาดของการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งต้องเป็นกรณีที่ยังไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองจากการพิจารณาทางปกครองที่ผิดพลาดนั้นเท่านั้น

การศึกษาถึงผลของการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง จึงได้แยกออกเป็น 2 กรณีใหญ่ๆ คือ ผลในกรณีที่เกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว และกรณีที่เกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคล โดยแยกศึกษาในแต่ละกรณี

<sup>93</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 219.

<sup>94</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 182.

เป็น 2 ส่วน คือ ผลในกรณีที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว และกรณีที่ยังไม่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง

### (3.1) การใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลเดียว

กรณีที่เจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว ซึ่งไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองเพราะมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง ได้ดำเนินการพิจารณาทางปกครองไปแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีที่เจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลคนเดียว ซึ่งไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองเพราะมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง ได้ดำเนินการพิจารณาทางปกครองไปแล้ว แต่ยังไม่มีการพิจารณาทางปกครองที่เป็นผลจากการพิจารณาทางปกครองนั้น การพิจารณาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้จะแก้ไขความผิดพลาดได้หรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้

#### (3.1.1) กรณีที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว

ในส่วนของหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง เพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้น กรณีที่เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ (เจ้าหน้าที่มีสถานภาพหรือความสัมพันธ์กับคู่กรณีซึ่งกฎหมายกำหนดห้ามไว้) กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ ได้กำหนดผลไว้อย่างชัดเจนใน 2 กรณี คือ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 1) และเห็นประจักษ์ชัดว่า การกระทำความผิดอย่างรุนแรง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นเสียเปล่า ส่วนกรณีอื่น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้<sup>95</sup> อันหมายความว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตนเอง (กรณีต้องห้ามตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยค 1 ข้อ 1) นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นเสียเปล่า (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 44 วรรคหนึ่ง) ส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้ที่มีสถานะหรือความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (กรณีต้องห้ามตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยค 1 ข้อ 2 ถึงข้อ 6) ไม่ถือว่าเป็นเหตุร้ายแรงที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลบังคับถึงระดับไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกโต้แย้งคัดค้านได้นั่นเอง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 44 วรรคสาม)

<sup>95</sup> วรเจตน์ ภาศีรัตน์. (2549). อ้างแล้ว. หน้า 76.

สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองมีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลาง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 20) นั้น เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดผลไว้อย่างชัดเจนใน 2 กรณี คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 1) ซึ่งเห็นประจักษ์ชัดว่า การกระทำดังกล่าวบกพร่องอย่างรุนแรง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นเสียเปล่า และกรณีอื่น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่เป็นผลมาจากการพิจารณาทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองมีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลาง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 20) ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกโต้แย้งคัดค้านได้ เว้นแต่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองมีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลาง (เหตุอื่นนอกเหนือจากสถานภาพหรือความสัมพันธ์ที่เจ้าหน้าที่มีต่อคู่กรณี ตามที่กฎหมายกำหนดไว้) นั้น เห็นประจักษ์ชัดว่าการกระทำดังกล่าวบกพร่องอย่างรุนแรง คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจึง โฆษะ หรือ เสียเปล่า

### (3.1.2) กรณีที่ยังไม่มีการออกนิตินกรรมทางปกครอง

ในส่วนของหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง เพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้น กรณีที่เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ (เจ้าหน้าที่มีสถานภาพหรือความสัมพันธ์กับคู่กรณีซึ่งกฎหมายกำหนดไว้) ได้ดำเนินการพิจารณาทางปกครองแล้ว แต่ยังมีได้มีการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่และคู่กรณีย่อมสามารถดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง ของเจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครอง ทั้งนี้ โดยไม่ถือว่าเป็นกรณีที่คู่กรณีมีสิทธิคัดค้านเจ้าหน้าที่ แต่ต้องดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและต้องดำเนินการก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครองอันเกิดจากการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว (ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิคัดค้านเจ้าหน้าที่จะมีเฉพาะในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการซึ่งดำเนินการโดยคณะกรรมการเท่านั้น โดยคู่กรณีจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีเหตุที่กรรมการต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณาก่อนการดำเนินการพิจารณาด้วยวาจา หรือแถลงด้วยวาจาในวันดำเนินการพิจารณาด้วยวาจา ว่ามีเหตุ เช่นนั้น มิฉะนั้นถือว่าสิทธิคัดค้านกรรมการเป็นอันระงับไป ทั้งนี้ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 71 วรรคสาม ประโยคที่ 3)<sup>96</sup>

<sup>96</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). อ้างแล้ว. หน้า 75-76.

### (3.2) การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เป็นคณะบุคคล

#### (3.2.1) กรณีที่มีการออกนิตินิยมทางปกครองแล้ว

ในส่วนของหลักหลักความเป็นกลาง ของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้น กรณีที่กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองเป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ (เจ้าหน้าที่มีสถานสภาพหรือความสัมพันธ์กับคู่กรณี ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้) กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ ได้กำหนดผลไว้อย่างชัดเจนใน 2 กรณี คือ

ก) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1

ข้อ 1)

ข) เห็นประจักษ์ชัดว่า การกระทำดังกล่าวบกพร่องอย่างรุนแรง

คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่า ส่วนกรณีอื่น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ อันหมายความว่า กรณีที่กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตนเอง (กรณีต้องห้ามตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 1) นิตินิยมทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เสียเปล่า (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 44 วรรคหนึ่ง) ส่วนกรณีที่กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้ที่มีสถานะหรือความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (กรณีต้องห้ามตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 2 ถึง ข้อ 6) ไม่ถือว่าเป็นเหตุร้ายแรงที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลบังคับถึงระดับ โมฆะกรรม ซึ่งหมายความว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เสียเปล่าหรือคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกโต้แย้งคัดค้านได้ (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 44 วรรคสาม)

สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลาง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 20) นั้น เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดผลไว้อย่างชัดเจนใน 2 กรณี คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 1) และเห็นประจักษ์ชัดว่า การกระทำดังกล่าวบกพร่องอย่างรุนแรง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เสียเปล่า ส่วนกรณีอื่น

คำสั่งทางการปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางการปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้<sup>97</sup> ดังนั้น คำสั่งทางการปกครองที่เป็นผลมาจากการพิจารณาทางปกครองโดยคณะกรรมการซึ่งมีกรรมการที่มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลาง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 20) ย่อมเป็นคำสั่งทางการปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งทางการปกครองที่อาจถูกโต้แย้งคัดค้านได้ เว้นแต่ กรณีที่การพิจารณาทางปกครองโดยคณะกรรมการซึ่งมีกรรมการที่มีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลาง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 20) เห็นประจักษ์ชัดว่า การกระทำความผิดกล่าวบกพร่องอย่างรุนแรง คำสั่งทางการปกครองที่เกิดขึ้นจึงจะเป็น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เสียเปล่า ดังนั้นกรณีที่กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลาง และได้เข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครอง โดยมีได้ดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อความเป็นกลางคำสั่งทางการปกครองที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางการปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจมีผลเป็นเสียเปล่าแล้วแต่กรณี เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง เข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครอง เพื่อป้องกันมิให้เกิดการพิจารณาทางปกครองที่ไม่เป็นกลาง อันจะทำให้คำสั่งทางการปกครองที่เกิดจากการพิจารณาทางปกครองเป็นคำสั่งทางการปกครองที่ไม่เป็นธรรม การที่กรรมการบางรายที่เหตุกระทบต่อหลักความเป็นกลาง ได้เข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง จึงอาจก่อให้เกิดอิทธิพลต่อกรรมการรายอื่น หรืออาจก่อให้เกิดแนวโน้ม ที่จะทำให้การพิจารณาทางปกครองเกิดความไม่เป็นกลางขึ้นตามลักษณะที่กรรมการบางรายนั้นมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง

### (3.2.2) กรณีที่ยังไม่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง

ในส่วนของหลักหลักความเป็นกลาง ของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางการปกครองนั้น กรณีที่กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ (เจ้าหน้าที่มีสถานภาพหรือความสัมพันธ์กับคู่กรณี ซึ่งกฎหมายกำหนดห้ามไว้) ได้ดำเนินการพิจารณาทางปกครองแล้ว แต่ยังมีได้มีการออกคำสั่งทางการปกครอง เจ้าหน้าที่และคู่กรณีย่อมสามารถดำเนินการตามมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไข กรณีอาจมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง ของเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครอง ทั้งนี้ โดยไม่ถือว่าเป็นกรณีที่คู่กรณีมีสิทธิคัดค้านเจ้าหน้าที่ แต่ต้องดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและต้องดำเนินการก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางการปกครอง อันเกิดจากการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว (ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิคัดค้านเจ้าหน้าที่

<sup>97</sup> วรเจตน์ ภาศิริคณ. (2549). อ้างแล้ว. หน้า 75-76.



จะมีเฉพาะการพิจารณาทางปกครองที่ทำโดยคณะกรรมการในบางกรณีเท่านั้น โดยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ กำหนดให้เฉพาะกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการซึ่งดำเนินการ โดยคณะกรรมการเท่านั้นที่คู่กรณีมีสิทธิคัดค้านกรรมการที่คู่กรณีเห็นว่าเป็นบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองได้ โดยคู่กรณีจะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีเหตุที่กรรมการต้องห้ามมิให้ดำเนินการพิจารณาก่อนการดำเนินการพิจารณาด้วยวาจา หรือแถลงด้วยวาจาในวันดำเนินการพิจารณาด้วยวาจาว่ามีเหตุเช่นนั้น มิฉะนั้นถือว่า สิทธิคัดค้านกรรมการเป็นอันระงับไป ทั้งนี้ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 71 วรรคสาม ประโยคที่ 3)<sup>88</sup>

#### (4) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (Recknahme) คือ การทำให้ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ในขณะออก) สิ้นสุดลง โดยนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่ถึงระดับเสียเปล่าหรือเรียกได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ย่อมทำให้นิติกรรมทางปกครองนี้มีผลบังคับต่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น อันจะขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากหลักกฎหมายเรื่องการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองมีหลักกฎหมายสำคัญที่ต้องพิจารณาอีก 2 ส่วน ได้แก่ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิถือว่า ผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้น ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้อีก เมื่อมีการออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับแล้ว จึงไม่อาจเรียกสิทธิที่ได้ให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกลับคืนมาหรือย้อนหลังได้ เนื่องจากเมื่อประชาชนได้สิทธิตามกฎหมายแล้ว ประชาชนแต่ละคนย่อมวางแผนการใช้สิทธิของตนในระบบกฎหมายได้ การเรียกสิทธิกลับคืนหรือย้อนหลังจากประชาชนจึงอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยเกิดขึ้นในสังคมได้<sup>89</sup> ส่วนหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง เมื่อมีการออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับแล้ว ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมเชื่อถือไว้วางใจว่านิติกรรมทางปกครองชอบด้วยกฎหมายและมีสภาพบังคับ ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมใช้สิทธิที่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวของตนเป็นพื้นฐานในการดำเนินการต่างๆ ในสังคม ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีความมั่นคงใช้สิทธิตาม

<sup>88</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). อ้างแล้ว. หน้า 79.

<sup>89</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 218-219.

กฎหมายความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องได้รับความคุ้มครอง ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองต้องไม่กระทบต่อความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น ในการทำให้ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุด จึงต้องนำความเชื่อถือไว้วางใจดังกล่าวมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่า ควรจะยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ ซึ่งหากไม่ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนี้แล้ว จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนมากกว่า จึงจะยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้ได้<sup>100</sup> แต่หากยกเลิกเพิกถอนแล้ว นิติกรรมทางปกครองแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองมากกว่าประโยชน์มหาชน ก็ไม่อาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนี้ได้ เป็นกรณีที่จะต้องปล่อยให้นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะมีสภาพบังคับอยู่ต่อไป

เมื่อพิจารณาถึงหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว กรณีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง จึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาเป็นพิเศษ เนื่องจากการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมิได้กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์ของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง แต่กลับส่งผลดีต่อผู้รับนิติกรรมทางการปกครองมากกว่า เพราะได้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง แต่สำหรับกรณีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะและเป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ได้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้น เนื่องจากการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์ของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง เพราะเป็นการทำให้นิติกรรมทางปกครองที่มีคุณประโยชน์ต่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลง การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้จึงต้องให้ความสำคัญกับการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองด้วย เว้นแต่กฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนี้ได้

อย่างไรก็ดี หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ จึงต้องพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เมื่อพิจารณาแล้วว่า ประโยชน์ของเอกชนหรือการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองมีความสำคัญหรือถูกกระทบมากกว่าประโยชน์มหาชน ในกรณีนี้<sup>101</sup> ศาลได้กำหนดขอบเขตการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองว่า ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไม่อาจอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือ

<sup>100</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 219.

<sup>101</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 221-222.

ไว้วางใจ หากต้นเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ.1976 ได้บัญญัติเรื่องการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองไว้ใน มาตรา 48<sup>102</sup> โดยอาจสรุปสาระพอสั่งเขป ดังต่อไปนี้

<sup>102</sup> กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976. มาตรา 48 บัญญัติว่า

“(1) การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองสามารถยกเลิกได้ทั้งนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณหรือเป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองก็ได้ และอาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะทั้งหมดหรือยกเลิกบางส่วนก็ได้ โดยสามารถกำหนดให้การยกเลิกมีผลนับตั้งแต่วันที่มิคำสั่งยกเลิกเป็นต้นไป หรือให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต นับตั้งแต่วันที่ออกนิติกรรมทางปกครอง หรือนับแต่ระยะเวลาหนึ่งระยะเวลาใดในอดีต นิติกรรมทางปกครองที่ให้สิทธิหรือประโยชน์หรือเป็นการยืนยันสิทธิหรือประโยชน์จะถูกยกเลิกได้โดยมีข้อจำกัดตามความในวรรคสองถึงวรรคสี่

(2) ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเพียงครั้งเดียว เมื่อปฏิบัติตามแล้วนิติกรรมทางปกครองนั้นจะสิ้นผลไป ไม่มีผลบังคับต่อเนื่อง หรือในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับต่อเนื่อง และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวกับการเงินหรือการได้รับประโยชน์ต่างๆ หากผู้ได้รับประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ มีความเชื่อถือไว้วางใจในนิติกรรมทางปกครองแล้ว ย่อมไม่อาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ได้ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจดังกล่าวกับประโยชน์มหาชนด้วย ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองประเภทอื่นๆ ย่อมยกเลิกได้โดยผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะได้รับค่าสินไหมทดแทน ความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะได้รับการคุ้มครองเมื่อผู้รับประโยชน์มีความเชื่อถือไว้วางใจต่อนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์มหาชนแล้ว ควรคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจยิ่งกว่า หากผู้รับประโยชน์ไม่ทราบถึงความมิชอบของนิติกรรมทางปกครองย่อมไม่อาจถือได้ว่า มีความเชื่อถือไว้วางใจต่อนิติกรรมทางปกครอง ผู้รับประโยชน์ไม่อาจอ้างความเชื่อถือไว้วางใจต่อนิติกรรมทางปกครองได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองนั้นเกิดการหลอกลวง ช่มชู้ หรือให้สินบน

(2) มีการให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งการให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

(3) ผู้รับนิติกรรมทางปกครองรู้ถึงความมิชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง เพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

(3) นิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายที่จะถูกยกเลิกซึ่งมิได้รวมอยู่ในวรรคสอง เมื่อมีการร้องขอเจ้าหน้าที่ต้องพยายามให้ผู้ได้รับความเสียหายจากการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ให้นำความในวรรคสองประโยชน์ที่ 3 มาบังคับใช้กับกรณีที่ความเสียหายทางการเงิน ซึ่งไม่เกินกว่าจำนวนที่บุคคลนั้นได้รับหากนิติกรรมทางปกครองยังคงมีอยู่ การเยียวยาความเสียหายทางการเงินจะดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ และการอ้างสิทธิดังกล่าวต้องกระทำภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ได้แจ้งต่อผู้ได้รับความเสียหายนั้น

(4.1) การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองมีหลักการว่า สามารถยกเลิกได้ทั้งนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณหรือเป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองก็ได้ และอาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะทั้งหมดหรือยกเลิกบางส่วนก็ได้ โดยยกเลิกคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลตั้งแต่ปัจจุบัน (Ex nonce) หรือให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต นับตั้งแต่วันที่ออกนิติกรรมทางปกครอง หรือนับแต่ระยะเวลาหนึ่งเวลาใดในอดีต

(4.2) ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเพียงครั้งเดียว เมื่อปฏิบัติตามแล้วนิติกรรมทางปกครองนั้นจะสิ้นผลไป ไม่มีผลบังคับต่อเนื่อง หรือในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับต่อเนื่อง และเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวกับการเงินหรือการได้รับประโยชน์ต่างๆ หากผู้ได้รับประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ มีความเชื่อถือไว้วางใจในนิติกรรมทางปกครองแล้ว ย่อมไม่อาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ได้ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจดังกล่าวกับประโยชน์มหาชนด้วย ในกรณีของนิติกรรมทางปกครองประเภทอื่นๆ ย่อมยกเลิกได้โดยผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะได้รับค่าสินไหมทดแทน

(4.3) ความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองจะได้รับการคุ้มครองเมื่อผู้รับประโยชน์มีความเชื่อถือไว้วางใจต่อนิติกรรมทางปกครองซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์มหาชนแล้ว ควรคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจยิ่งกว่า หากผู้รับประโยชน์ไม่ทราบถึงความมิชอบของนิติกรรมทางปกครองย่อมไม่อาจถือได้ว่า มีความเชื่อถือไว้วางใจต่อนิติกรรมทางปกครอง

(4.4) ผู้รับประโยชน์ไม่อาจอ้างความเชื่อถือไว้วางใจต่อนิติกรรมทางปกครองได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(4.4.1) นิติกรรมทางปกครองนั้นเกิดจากการหลอกลวง ช่มชู้ หรือให้สินบน

(4.4.2) มีการให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งการให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

(4) เมื่อเจ้าหน้าที่ได้ทราบข้อเท็จจริงที่ทำให้ต้องมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง การยกเลิกจะกระทำได้ภายในหนึ่งปี นับตั้งแต่วันที่รู้ถึงเหตุแห่งการยกเลิก กรณีนี้ให้นำมาใช้กับกรณีตามวรรคสอง ประโยคที่ 3 ข้อ 1

(5) กรณีที่นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านได้ ให้เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 3 เป็นผู้อำนาจในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้น กรณีนี้ให้นำมาใช้เมื่อมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ได้ออกโดยเจ้าหน้าที่คนอื่นด้วย”.

(4.4.3) ผู้รับนิติกรรมทางปกครองรู้ถึงความมิชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง เพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

(4.5) ในการพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนกับความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง อาจพิจารณาได้จากการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นว่า ถ้ากฎหมายกำหนดวิธีพิจารณาไว้อย่างเคร่งครัดมีขั้นตอนมาก ความเชื่อถือไว้วางใจที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองนี้ย่อมมีมากขึ้น

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักกฎหมายเรื่องการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองหรือประโยชน์เอกชนด้วย การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง ในกรณีที่เป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จึงต้องพิจารณาถึงการชั่งน้ำหนักดังกล่าวด้วย

กรณีที่คำสั่งทางการปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง และมีผลเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้ที่มีสถานะหรือความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้ นั้น (กรณีต้องห้ามตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 ข้อ 2 ถึงข้อ 6) และกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองมีเหตุที่ก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลาง (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 21) แต่มิได้ออกโดยมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้อย่างแจ่มชัด คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางเหล่านี้ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆียะ ซึ่งอาจถูกยกเลิกได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 20 (เหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง ของเจ้าหน้าที่ในกรณีผู้ที่มีสถานะหรือความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้) มาตรา 21 (เหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลาง) มาตรา 44<sup>103</sup> (ความเป็นเสียเปล่าของนิติกรรมทางปกครอง) และมาตรา 48 (การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง) จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณายกเลิกคำสั่งทางปกครองอันเกิดจากการพิจารณาทางปกครองที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้ที่มีสถานะหรือความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้น และกรณีที่

<sup>103</sup> กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976. มาตรา 44 แปลจากบทบัญญัติที่ได้รับการแปลเป็นภาษาอังกฤษใน Singh, Mahendra P, German Administrative Law in Common Law Perspective, pp.297-299.

เจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองมีเหตุที่อาจก่อให้เกิดความสงสัยในหลักความเป็นกลาง แต่ไม่ได้ออก โดยมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็น ได้อย่างชัดเจน เมื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักถึง ผลกระทบที่เกิดขึ้นแล้ว ประโยชน์มหาชนจะถูกกระทบมากกว่าความเชื่อถือไว้วางใจของ ประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง เหล่านี้ ย่อมต้องถูกยกเลิก แต่หากความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะถูก กระทบมากกว่าประโยชน์มหาชน คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง เหล่านี้ ย่อมไม่อาจถูกยกเลิก แต่ระบบกฎหมายจะยอมรับให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหล่านี้มีสภาพบังคับตามกฎหมายต่อไป

อย่างไรก็ตาม กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆียะเท่านั้น กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดให้นิติกรรมทางปกครองที่เป็น โมฆียะหรืออาจโต้แย้งคัดค้าน ได้นั้น อาจเยียวยาแก้ไขให้กลับมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้ (กฎหมายวิธีพิจารณา เรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 45) แต่ในกรณีที่ไม้อาจใช้วิธีการเยียวยาแก้ไข กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ยังกำหนดให้สามารถใช้หลักเกณฑ์ เรื่องการแยกความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาได้ (หลักเกณฑ์เรื่องผลทางกฎหมายของ ข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาและแบบ) ซึ่งจะถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นกลับมามีผลเป็นการ ชอบด้วยกฎหมาย (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 46)<sup>104</sup>

3) กรณีที่สามารถทำให้คำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง กลับมามีผล ชอบด้วยกฎหมาย

ในเรื่องของการเยียวยาแก้ไขความผิดพลาดทางวิธีพิจารณานั้น กฎหมายวิธีพิจารณา เรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ใน มาตรา 45<sup>105</sup> โดยกำหนดเงื่อนไขไว้

<sup>104</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 181-183.

<sup>105</sup> กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976. มาตรา 45 วรรคแรก บัญญัติว่า

“(1) ความผิดพลาดทางวิธีพิจารณาและรูปแบบดังต่อไปนี้ ไม่ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นเป็น โมฆะ ตามมาตรา 44

- (1) นิติกรรมทางปกครองที่ต้องมีคำร้องขอ ซึ่งได้จัดให้มีคำร้องขอในภายหลังแล้ว
- (2) การให้เหตุผลในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นในภายหลังแล้ว
- (3) การรับฟังความคิดเห็นของคู่กรณี ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นภายหลังแล้ว
- (4) การขอความเห็นหรือคำปรึกษาจากคณะกรรมการ ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นในภายหลังแล้ว
- (5) ความร่วมมือที่จำเป็นระหว่างเจ้าหน้าที่ ซึ่งได้จัดให้มีขึ้นในภายหลังแล้ว ฯลฯ

2 เรื่อง คือ กรณีที่อาจเยียวยาได้และกำหนดระยะเวลาในการเยียวยา ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขในเรื่องของกรณีที่อาจเยียวยาได้ ปรากฏว่า ไม่มีการบัญญัติถึงนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากเหตุที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง กรณีจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขในการกำหนดระยะเวลาในการเยียวยา ดังนั้น คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากเหตุที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง จึงไม่อาจกลับมามีผลชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยวิธีการเยียวยาความผิดพลาดทางวิธีพิจารณาได้ตามมาตรา 45 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976

จากบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 45 ในกรณีที่การเยียวยาความผิดพลาดทางวิธีพิจารณาไม่อาจกระทำได้ หรือไม่ได้กระทำภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 46 กำหนดให้แยกพิจารณาความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาหรือทางรูปแบบของนิติกรรมทางปกครองว่ามีส่วนกระทบต่อความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติของนิติกรรมทางปกครองนั้นหรือไม่ ถึงแม้ว่าจะได้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบหรือวิธีพิจารณาแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ยังคงต้องวินิจฉัยสั่งการเช่นเดิม โดยไม่มีทางที่จะวินิจฉัยสั่งการเป็นอย่างอื่นได้แล้ว บทบัญญัติมาตรา 46 ของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ห้ามมิให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านในประเด็นความผิดพลาดทางวิธีพิจารณาโดยลำพัง

จากข้อห้ามอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนี้ ความเห็นในทางตำราของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้วิเคราะห์ว่า ผลของข้อห้ามดังกล่าวแสดงว่ากฎหมายปกครองเยอรมันให้ความสำคัญกับข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาน้อยกว่าความสำคัญของข้อผิดพลาดทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติ และวิเคราะห์ว่า ข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาที่จะมีผลไปกระทบต่อความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติของนิติกรรมทางปกครองนั้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจด้วย ไม่ว่าจะเป็นดุลพินิจที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบหรือในส่วนของผลทางกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีที่เป็นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจแล้ว ผู้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวอาจอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านเฉพาะประเด็นข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาได้ โดยไม่ได้แย้งข้อผิดพลาดทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติก็ได้<sup>106</sup>

---

แปลจากบทบัญญัติที่ได้รับการแปลเป็นภาษาอังกฤษ Singh, Mahendra P, German Administrative Law Perspective, pp.296-297.

<sup>106</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องการแยกพิจารณาความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณา ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองนั้นออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางแล้ว จะเห็นได้ว่า กรณีที่นิติกรรมทางปกครองนั้นออกให้แก่ผู้ที่เป็นเครือญาติกับเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่อง ซึ่งมีผลเป็น โมฆะนี้ อาจจะไม่จำเป็นต้องเยียวยาให้ถูกต้องก็ได้ หากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ และถ้าให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้อื่นเป็นผู้ออก ก็ยังคงต้องกระทำเช่นนั้นเช่นกัน<sup>107</sup>

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์เรื่องการเยียวยาความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณา ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 45 และการแยกพิจารณาความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณา ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 46 ได้แสดงให้เห็นถึงหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองเยอรมันที่ให้ความสำคัญกับกฎหมายวิธีสบัญญัติต่างๆ ไป น้อยกว่าการให้ความสำคัญกับกฎหมายสารบัญญัติ เนื่องจากหลักเกณฑ์เรื่องการเยียวยาความผิดพลาดในทางวิธีและการแยกพิจารณาความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีได้แสดงให้เห็นว่า นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติมีผลเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ แต่ให้ความสำคัญกับนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติน้อยกว่านิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายจึงกำหนดให้มีวิธีที่สามารถทำให้นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้นกลับมามีผลชอบด้วยกฎหมายได้

ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองมีวิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ซึ่งได้วางหลักมาเป็นเวลานานแล้วว่า ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีความเป็นกลางไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในรูปขององค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่ม หลังจากนั้น จึงมีการบัญญัติรับรองในกฎหมายลำดับรองซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองต้องมีความเป็นกลาง ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง จากการศึกษาถึงหลักความเป็นกลางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสพบว่า ได้กำหนดถึงหลักความเป็นกลาง ในการพิจารณาทางปกครองไว้อย่างครบถ้วน ตั้งแต่เหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง จนถึงผลของการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง โดยได้กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีสถานะหรือความสัมพันธ์กับคู่กรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้เข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครอง รวมถึงกรณีที่ความเป็นกลาง มีเหตุมาจากสภาพภายในความคิดจิตใจของตัวเจ้าหน้าที่ ที่ไม่ใช่เรื่องของสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่ด้วย กฎหมายได้กำหนดถึงข้อยกเว้นที่จะไม่นำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการพิจารณาทางปกครองไว้ 2 กรณี ภายใต้เหตุผล

<sup>107</sup> Singh, Mahendra P, German Administrative Law Perspective, หน้า 172.



ของเรื่อง (หรือ “โดยสภาพ” ของสิ่งนั้นๆ) ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชน คือ กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน และกรณีที่มีเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเพียงผู้เดียว หากเจ้าหน้าที่ที่อาจมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางได้เข้าร่วมทำการพิจารณาทางปกครอง กฎหมายได้กำหนดมาตรการในการป้องกันหรือแก้ไขเหตุดังกล่าวไว้ด้วย แต่สภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ด้วยว่า เมื่อมีการนำหลักความเป็นกลางมาใช้บังคับกับการพิจารณาทางปกครอง ก็ต้องมีกระบวนการโต้แย้งคัดค้านเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองที่อาจมีความไม่เป็นกลาง<sup>108</sup> ซึ่งต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองให้มีกระบวนการโต้แย้งคัดค้านไว้ด้วย แต่ไม่จำเป็นต้องไปที่จะต้องมีบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ การจะโต้แย้งเจ้าหน้าที่ที่มีความไม่เป็นกลางก็ต้องโต้แย้งเฉพาะพฤติการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น<sup>109</sup> และเป็นเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดให้มีกระบวนการโต้แย้งคัดค้าน แต่เป็นสิทธิของคู่กรณีที่จะโต้แย้งคัดค้าน ทั้งนี้ ถ้าคู่กรณีมิได้ยกข้อกล่าวอ้างดังกล่าวขึ้นในชั้นการพิจารณาทางปกครอง คู่กรณีจะไม่สามารถอ้างเหตุที่เจ้าหน้าที่อาจมีความไม่เป็นกลาง ในการพิจารณาทางปกครอง มาใช้เป็นเหตุเพิกถอนในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองถือเป็นผู้มีความไม่เป็นกลาง<sup>110</sup> ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม สภาแห่งรัฐจะวินิจฉัยให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สภาแห่งรัฐจะถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง จนทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียเปล่าก็ต่อเมื่อความเป็นกลางนั้นถึงขั้นมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำทำการพิจารณาทางปกครอง

ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน กฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดถึงหลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองไว้อย่างครบถ้วน ตั้งแต่เหตุที่กระทบต่อความเป็นกลาง จนถึงผลของการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง โดยได้กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีสถานะหรือความสัมพันธ์กับคู่กรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครอง รวมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่มีเหตุที่อาจสงสัยในความเป็นกลางด้วย อีกทั้ง กฎหมายได้กำหนดถึงข้อยกเว้นที่จะไม่นำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการพิจารณาทางปกครองไว้ 3 กรณี ภายใต้การคำนึงถึงความจำเป็นของสถานการณ์

- (1) กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน
- (2) กรณีที่มีเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งเพียงผู้เดียว

<sup>108</sup> CE 22 mai 19935, Dame Teissier, Rec., p.579. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 68.

<sup>109</sup> CE 5 mai 1959, Seitz, R.P.D.A., 1959, n 230. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 68.

<sup>110</sup> CE 20 mai 1960, 2 arret: Levy et Bensimon, Leb., pp.346-346. อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 68.

## (3) กรณีของการแต่งตั้งหรือปลดเจ้าหน้าที่เฉพาะตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดไว้

หากเจ้าหน้าที่ที่อาจมีเหตุกระทบต่อความเป็นกลาง ได้เข้าร่วมทำการพิจารณาทางปกครอง กฎหมายได้กำหนดมาตรการในการป้องกันหรือแก้ไขเหตุดังกล่าวไว้ด้วย ซึ่งทั้งเจ้าหน้าที่และคู่กรณีอาจเป็นผู้ดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดไว้ว่าการคัดค้านเจ้าหน้าที่ที่ทำการพิจารณาทางปกครองจะมีได้เฉพาะกรณีที่การพิจารณาทางปกครองได้กระทำโดยคณะกรรมการในการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการเท่านั้น แต่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองเป็นผู้มีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง ได้เข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครอง จนมีการออกคำสั่งทางปกครองจากการพิจารณาดังกล่าวออกมาแล้ว กฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลาง มีผลเป็นเสียเปล่าไว้อย่างชัดเจนเพียงกรณีเดียว คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง ส่วนในกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์หรือมีสถานะกับคู่กรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และกรณีที่เจ้าหน้าที่มีเหตุที่ต้องสงสัยในหลักความเป็นกลาง แต่มิได้บกพร่องอย่างร้ายแรงและชัดเจน กฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นโมฆียะหรืออาจถูกโต้แย้งคัดค้านได้ ซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกยกเลิกได้ในกรณีที่ประโยชน์มหาชนถูกกระทบมากกว่าความเชื่อถือว่าไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งนี้ กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆียะเท่านั้น กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ ได้กำหนดให้นิติกรรมทางปกครองที่เป็น โมฆียะหรืออาจโต้แย้งคัดค้านได้นั้น อาจเยียวยาแก้ไขให้กลับมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้ (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 45) แต่ในกรณีที่ไม้อาจใช้วิธีการเยียวยาแก้ไขได้ กฎหมายดังกล่าวยังกำหนดให้สามารถใช้วิธีการแยกความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาได้ ซึ่งจะถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นกลับมาเป็นชอบด้วยกฎหมาย (กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฯ มาตรา 46)<sup>111</sup>

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน หลักความเป็นกลาง ในการพิจารณาทางปกครอง จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ห้ามมิให้บุคคลอื่นที่มีแนวโน้มว่าจะทำการพิจารณาทางปกครองได้เข้าทำการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจมิได้มีส่วนได้เสียหรือทำการพิจารณาที่ไม่เป็นกลางก็เป็นได้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองมีเหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง ได้เข้าทำการพิจารณาทางปกครอง จึงมิได้ทำให้คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามหลักความเป็นกลางต้องสิ้นผลทางกฎหมายในทุกกรณี นั่นเอง

<sup>111</sup> อ้างถึงใน จักรพันธ์ เชื้อพานิช. อ้างแล้ว. หน้า 181-183.

### 2.4.3 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ<sup>112</sup> หลักความเป็นกลางหรือไม่มีอคตินี้เป็นหลักการหนึ่งในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิที่จะขอให้คดีของเขาได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่มีความเป็นธรรมที่มีความเป็นกลาง ในคดีที่จะพิพากษาและไม่มี ความลำเอียง

หลักที่ผู้พิพากษาจะต้อง ไม่มีความลำเอียงหรือมีอคตินั้น ได้พิจารณาในระบอบกฎหมายอังกฤษโดยอาศัยอำนาจการควบคุมของศาล High Court ที่มีเหนือศาลชั้นต้น แต่ในปัจจุบันนี้หลักดังกล่าวได้นำมาใช้กับคณะกรรมการกึ่งตุลาการหรือเจ้าหน้าที่องค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ทางตุลาการด้วยคดีแรกๆ ที่ได้ยอมรับหลักการดังกล่าว คือ คดีของ Dr. Bonham ค.ศ. 1610 ในคดีนี้ นายแพทย์ผู้หนึ่งถูกเรียกตัวให้ไปปรากฏตัวต่อหน้าคณะกรรมการ แพทย์สภา และถูกปรับและจำคุกเพราะเขามีได้ร้องขอใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะจากแพทย์สภา เมื่อคดีไปสู่ศาลผู้พิพากษา Coke วินิจฉัยว่าคณะกรรมการ ไม่มีอำนาจที่สั่งปรับนายแพทย์ผู้นั้น ได้เพราะคณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาในคดีที่ตนเองไม่มีความเป็นกลางซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิและเหตุผล เป็นที่พึงรังเกียจและเป็นไปไม่ได้ที่จะปฏิบัติเช่นนั้น ระบบ Common Law จะต้องควบคุมการปฏิบัติเช่นนั้นและวินิจฉัยว่าการกระทำเช่นนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เสียเปล่า

การจะพิจารณาว่าอะไรเป็นหลักความเป็นกลาง นั้น มีความแตกต่างกันออกไปในหลายๆ คดี เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจในเรื่องที่วินิจฉัยในคดี *Dimes V. Grand Junction Canal Proprietors* ปี ค.ศ. 1852 ศาลสูงได้พิพากษาว่า คำพิพากษาที่ประธานศาลฎีกามีส่วนร่วมพิจารณาอยู่ด้วยเป็นการไม่ชอบเพราะประธานศาลฎีกาดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่เป็นคู่ความในคดี

ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามิพพฤติการณ์ที่จะก่อให้เกิดถึงความลำเอียงเท่ากับมีความลำเอียงเกิดขึ้นจริงๆ แม้ผู้พิพากษาที่มีความไม่เป็นกลาง หรือถูกเข้าใจว่ามีความไม่เป็นกลางจะมีเหตุผลที่ดีและถูกต้อง และ ไม่มีความเป็นกลาง ของตัวผู้พิพากษาเองเข้ามามีอิทธิพลต่อคำตัดสินของตนเองก็ตาม ศาลถือว่าเป็นการละเมิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น ในคดี *R. V. Hendon R.D.C., ex parte Chorley* 1933 ในคดีนี้ในการพิจารณาคำขอปลูกสร้างอาคารรายหนึ่ง กรรมการงานผังเมืองคนหนึ่งเป็นเจ้าของที่ดินดังกล่าว แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่ากรรมการผังเมืองผู้นั้นได้เข้าร่วมการประชุมด้วยหรือไม่ ศาลเห็นว่าไม่ทำให้หลุดพ้นจากกรณีมีความลำเอียงไปได้เพราะองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดความลำเอียงมีอยู่โดยชัดเจน การพิจารณาดังกล่าวจึงเสียไป หรือในกรณีที่หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษานั้น ทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติ เช่น ในคดี *R. V. Altrincham Justices, ex parte Pennington* ปี 1975 ได้มีการฟ้องคดีผู้ขายส่งผักให้แก่โรงเรียนตามกฎหมาย *Weight and*

<sup>112</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้ว. หน้า 171-174.

Measure Act 1963 โดยคำฟ้องอ้างว่าผู้ขายโกนน้ำหนักร ผู้พิพากษาคนหนึ่งซึ่งพิจารณาคดีนี้เป็นผู้อำนวยการโรงเรียนแห่งหนึ่งซึ่งจำเลยได้ส่งผักให้ แต่ไม่ใช่โรงเรียนที่ผู้ขายได้กระทำความผิด ศาลวินิจฉัยว่ามีการละเมิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเพราะผู้พิพากษาคคนนั้น ได้ร่วมพิพากษาคดีด้วย จึงเพิกถอนคำพิพากษาที่ลงโทษผู้ขายนั้นเสีย

นอกจากนี้ ในกรณีความเป็นปฏิปักษ์ ความมีสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้ยื่นคำร้อง หน้าที่การงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตั้งแต่สองหน้าที่ขึ้นไปขัดกัน ยกเว้นแต่ในกรณีที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้เหล่านี้ศาลอังกฤษได้กล่าวถึงว่าอยู่ในขอบข่ายของหลักความเป็นกลาง ต่อไปนี้เป็นกรณีที่ไม่นำหลักความเป็นกลางมาบังคับ

1) ในกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติว่าให้มีการกระทำบางอย่างถ้ามีการล่าเอียงเกิดขึ้นเช่นผู้พิพากษา Justice of the peace ไม่อาจยุ่งเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขายสุราได้ ถ้ามีความไม่เป็นกลางทางการเงิน แต่ถ้าไม่ได้เคารพกฎดังกล่าวก็ไม่ทำให้การกระทำที่ผู้พิพากษาที่มีความไม่เป็นกลางได้ทำไปนั้นต้องเสียไป ในกรณีที่กฎหมายมีบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายก็จะกำหนดห้ามนำหลักการล่าเอียงมาใช้บังคับ

2) ในกรณีที่กฎหมายไม่ให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบฝ่ายปกครอง ในคดี *Wilkinson V. Barking Corporation* ปี ค.ศ. 1948 พระราชบัญญัติ Local Government Super annuation Acts บัญญัติว่า ปัญหาที่ว่าพนักงานขององค์การส่วนท้องถิ่นจะมีสิทธิได้รับเงินบำนาญหรือไม่ขึ้นอยู่กับองค์การส่วนท้องถิ่นเป็นผู้วินิจฉัยและให้อุทธรณ์เงินต่อรัฐมนตรีสาธารณสุขได้ ได้มีผู้ฟ้องศาลว่า คำวินิจฉัยขององค์การส่วนท้องถิ่นและของรัฐมนตรีเป็น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะทั้งคู่เป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเองเนื่องจากตามพระราชบัญญัติดังกล่าวองค์การส่วนท้องถิ่นและรัฐมนตรีจะต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนสำหรับจ่ายเงินบำนาญให้แก่พนักงาน ศาลอุทธรณ์เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าวแต่วินิจฉัยว่าเนื่องจากพระราชบัญญัติได้กำหนดวิธีการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาไว้แล้ว ศาลจึงไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงในคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีได้อีก

3) ในกรณีที่คำวินิจฉัยนั้นเกี่ยวกับเรื่องนโยบายแล้ว หลักความเป็นกลางไม่ใช้บังคับ เช่น ในคดี *Franklin V. Minister of Town and Country Planning* 1947 ได้มีผู้ร้องขอต่อศาลให้ตั้งเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีที่ให้จัดตั้งเมืองใหม่ขึ้นที่ Steven age ตามกฎหมาย New Town Act 1946 เพราะรัฐมนตรีได้กระทำตัวเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเองโดยการยืนยันคำสั่งของตนเอง ซึ่งรัฐมนตรีได้ส่งไปตามมาตรา 1 แห่งกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ สถานการณ์ได้แบ่งแยกอำนาจระหว่างหน้าที่ทางตุลาการและทางปกครองของรัฐมนตรี โดยวินิจฉัยว่าการที่รัฐมนตรีมีคำสั่งยืนยันคำสั่งของตนเองหลังจากที่ได้รับรายงานการสอบสวนในท้องถิ่นแล้วนั้น

เป็นการกระทำในทางปกครองไม่ใช่การกระทำทางตุลาการ และคำสั่งนั้นเป็นเรื่องนโยบาย ดังนั้น รัฐมนตรีจึงไม่ต้องเคารพหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการกระทำเช่นนั้น

4) ในกรณีที่มีผลประโยชน์มหาชนขัดกับผลประโยชน์ของเอกชนในขอบเขตของ กฎหมายปกครองนั้น การชั่งน้ำหนักความสำคัญของเรื่องผลประโยชน์ของมหาชนย่อมมาก่อน เอกชนและเอกชนจำต้องยอมรับในการเสียประโยชน์ หรือสิทธิของตนเพื่อรักษาผลประโยชน์ของ มหาชนไว้การที่ต้องรักษาผลประโยชน์ของมหาชนไว้ นั่น เพราะไม่อาจหาวิธีการอื่นมาแทนได้ จึงยอมอยู่เหนือหลักความเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่นำหลักหลักความเป็นกลางมาใช้บังคับ