

บทที่ 2

พัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

หลักการรับฟังคู่กรณี (audi alteram partem) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับ และบทบัญญัติของประเทศต่างๆ ก็นำเอาหลักการรับฟังคู่กรณีไปบังคับใช้ และบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศตน โดยหลักการรับฟังคู่กรณีเป็นหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการประกันสิทธิของประชาชน หลักการรับฟังคู่กรณีจึงต้องประกอบด้วยสิทธิจะได้รับแจ้งข้อเท็จจริง เพื่อให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้ทราบข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้าง และมีสิทธิที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน นอกจากนี้ได้มีนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนได้ให้คำอธิบาย หรือให้ความหมายของหลักการรับฟังคู่กรณีไว้ว่าเป็นหลักการที่จะต้องให้โอกาสแก่ผู้ที่จะต้องถูกลงโทษ ให้มีโอกาสดำเนินการแก้ตัวก่อนลงโทษเขา¹

ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันได้นำเอาหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง มาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน [Verwaltungsverfahrensgesetz VwVfG] โดยในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ปรากฏในมาตรา 28 ส่วนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ปรากฏในมาตรา 66 ถึง 68.

ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาได้นำเอาหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง มาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (the Federal Administrative Procedure Act) หรือ A.P.A. โดยในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ปรากฏตามมาตรา 554 , 556 และ 557 ส่วนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เกิดจากการตีความของศาลสูงสุด ในการตีความเกี่ยวกับหลัก due process of law ให้มีความหมายถึงสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณี

¹ Jürgen Schwarze ได้กล่าวไว้ในหนังสือของเขาว่า หลักการที่ไม่มีใครอาจจะถูกลงโทษก่อนที่จะได้รับโอกาสแก้ตัวนั้น เป็นประเพณีที่เก่าแก่ที่ยอมรับกันทั่วทั้งยุโรป หลักการนี้เก่าแก่เท่ากับคัมภีร์ไบเบิล ดังที่ได้กล่าวอ้างในคดีที่มีชื่อเสียงของอังกฤษในคดี ดร. เบนท์ลี แสดงไว้ให้เห็นได้อย่างชัดเจน : “แม้แต่พระเจ้าเองก็ไม่ตัดสินลงโทษอดัม ก่อนที่เขาจะถูกเรียกมาให้ทำการแก้ตัว” ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Jürgen Schwarze , European Administrative Law 2 (London : Sweet and Maxwell, 1992), p. 1244.

รวมถึงระบบกฎหมายของไทยก็ให้การยอมรับและนำเอาหลักการรับฟังคู่กรณีดังกล่าวมาบัญญัติบังคับใช้ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะในระบบกฎหมายปกครองของไทย ดังปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 30 วรรคแรก ซึ่งเป็นกรณีที่หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้เป็นเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองไปกระทบสิทธิของคู่กรณี และให้คู่กรณีได้มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เพื่อปกป้องสิทธิของคู่กรณี และการฝ่าฝืนหลักการรับฟังคู่กรณีดังกล่าวย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหลักการรับฟังคู่กรณีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังที่นักวิชาการทางกฎหมายมหาชนได้ให้คำอธิบายถึงหลักดังกล่าวไว้²

เครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ในการกระทำทางปกครองมากที่สุด คือ คำสั่งทางปกครอง ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เป็นเครื่องมือ เพื่อให้การกระทำทางปกครองนั้น บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมุ่งบรรลุผลทางปกครองโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง

² ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้คำอธิบายหลักการรับฟังคู่กรณีไว้ว่า “หลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (audi alteram partem) ให้สิทธิแก่บุคคลในอันที่จะปกป้องนิติฐานะของตนจากการใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง ผลบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปข้อนี้มีอยู่ว่า ก่อนที่จะตัดสินใจใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใด หากการออกคำวินิจฉัยสั่งการเช่นว่านี้ มีมูลเหตุจูงใจมาจากการกระทำ หรือพฤติกรรมของบุคคลนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่ตนจะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำวินิจฉัยสั่งการให้บุคคลนั้นทราบ และให้เขามีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้น และแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน อนึ่ง เพื่อให้บุคคลอยู่ในวิสัยที่จะปกป้องนิติฐานะของตนได้อย่างแท้จริง ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่ตนจะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำวินิจฉัยสั่งการให้บุคคลที่จะได้รับความเสียหายจากคำวินิจฉัยสั่งการนั้นทราบล่วงหน้าเป็นเวลานานพอที่จะให้เขามีเวลาทำความเข้าใจข้อเท็จจริงนั้น และจัดเตรียมข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นได้เต็มที่ การใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการไปโดยไม่เคารพและปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปข้อนี้ ย่อมทำให้คำวินิจฉัยสั่งการไม่ชอบด้วยกฎหมาย โปรดดูรายละเอียดใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น. 179.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่ไปกับการดำเนินงานทางปกครองของตนให้เกิดประสิทธิภาพบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยให้เกิดดุลภาพทั้งประโยชน์สาธารณะ และสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง

หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนต่อหลักการรับฟังคู่กรณี หรือ ไม่แจ้งข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการที่จะกระทำการใดๆในทางปกครองที่ไปกระทบสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบ เพื่อที่จะทำให้ผู้ได้รับผลกระทบไม่มีข้อเท็จจริงที่จะมาโต้แย้งคัดค้านได้ หรือไม่ให้โอกาสที่จะแสดงพยานหลักฐานประกอบข้อต่อสู้ของผู้ได้รับผลกระทบแล้ว ย่อมมีผลให้การกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจจะถูกเพิกถอนได้ในที่สุด

โดยองค์การตุลาการจะเป็นองค์กรที่มาประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน มิให้ถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองล่วงละเมิดสิทธิโดยไม่ชอบ และองค์การตุลาการเป็นองค์กรที่เป็นอิสระและเป็นกลาง มิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงสร้างความเชื่อมั่นในความเป็นกลางขององค์การตุลาการให้เกิดกับประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยอำเภอใจ หรือ ไม่คำนึงถึงหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองแล้ว หากผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้ใช้กระบวนการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองจนครบถ้วนแล้ว ก็ยังมีได้รับความเป็นธรรมอยู่ ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ย่อมมีสิทธิโดยชอบที่จะนำคดีมาขอความเป็นธรรมต่อองค์กรตุลาการได้ ไม่ว่าประเทศนั้นจะใช้ระบบศาลเดี่ยว หรือ ศาลคู่ หรือไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม หรือ ศาลปกครองก็ตาม เพื่อให้้องค์การตุลาการทบทวนการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หากข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าการละเมิดต่อหลักการรับฟังคู่กรณีแล้ว องค์การตุลาการก็จะพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

2.1 พัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครอง เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย

พัฒนาการของหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีมานานมากจนสังคมโลกได้ยอมรับหลักการดังกล่าวว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle) ซึ่งมีผลบังคับผูกพันคู่ต่างกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นมาบังคับใช้กับประชาชน และรัฐแทบจะทุกรัฐก็ยอมรับหลักการของหลักการรับฟังคู่กรณีให้มีค่าบังคับคู่ต่างกฎหมาย และนำเอาหลักการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของตน ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอเปรียบเทียบพัฒนาการของหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองเพียง 3 ประเทศ คือ เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย

2.1.1 พัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน

พัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันนั้น ด้วยเหตุที่เยอรมันได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันมาแต่อดีต หลักการของกฎหมายโรมันที่สำคัญจึงปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักการรับฟังคู่กรณี (audi alteram partem) เป็นหลักกฎหมายโรมันที่สำคัญ และระบบกฎหมายของเยอรมันได้รับเอาหลักการรับฟังคู่กรณีมาใช้บังคับในรูปแบบของกฎหมายทั่วไปของวิธีพิจารณาคำขอของเยอรมัน โดยเริ่มแรกได้นำเอามาใช้บังคับในวิธีพิจารณาคำขอของศาลก่อน แต่พอหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 และช่วงที่ระบบการปกครองและกฎหมายอยู่ภายใต้การปกครองแบบเผด็จการของฮิตเลอร์ การเยียวยาต่างๆ โดยองค์กรตุลาการไม่สามารถให้ความคุ้มครองและให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนได้ กฎหมายและความยุติธรรมถูกบิดเบือนโดยอำเภอใจของฮิตเลอร์³

แต่ต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 หลักการรับฟังคู่กรณีได้รับอิทธิพลของทางความคิดจากอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทในการฟื้นฟูเยอรมันตะวันตกหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 อิทธิพลทางความคิดในเรื่องของการให้ความยุติธรรมแก่ประชาชน เกี่ยวกับเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจึงได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (basic law) หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949

หลักการรับฟังคู่กรณีเป็นหลักการสำคัญที่ประเทศต่างๆ ให้การยอมรับ โดยเฉพาะประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตย ซึ่งอิทธิพลทางความคิดนี้ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน มาตรา 103 ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในศาลของประชาชน (basic rights in the courts) ซึ่งขณะนั้นยังใช้บังคับเฉพาะการพิจารณาคดีในชั้นศาลเท่านั้น สำหรับกระบวนการพิจารณาทางปกครองในเยอรมันในขณะนั้น คงมีเพียงสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง (right to be heard) ที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายปกครองแต่ละฉบับ แต่ยังมีได้มีการออกกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองให้เป็นกฎหมายกลาง หลักการรับฟังคู่กรณีคงอยู่ในระบบวิธีพิจารณาทางปกครองในฐานะที่เป็นหลักการทั่วไปของหลักนิติธรรม (the rule of law) และหลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามศาลปกครองก็ให้การรับรองหลักการรับฟังคู่กรณี แม้จะมีได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะก็ตาม จนกระทั่งเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน [Verwaltungsverfahrensgesetz VwVfG]⁴

³ Nigel Foster and Satish Sule , German Legal System and Law , 3rded. (New York : Oxford , 2002), p. 31.

⁴ Jürgen Schwarze , *supra* note 1 , p. 1256.

หลักการรับฟังคู่กรณีจึงได้ปรากฏในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 28 (1) ที่เป็นหลักทั่วไปของการหลักการรับฟังคู่กรณี (2) เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟัง เมื่อเกิดกรณีตาม ข้อ 1 ถึง 5 และ (3) เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้จัดให้มีการรับฟังเมื่อขัดกับประโยชน์สาธารณะโดยชัดแจ้ง และกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 28 VwVfG นั้น เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบไม่เป็นพิธีการ (informal procedure)

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในการรับฟังความที่เรียบง่าย เหมาะสม และไม่ให้เกิดความล่าช้า ตามมาตรา 10 VwVfG และการค้นหาความจริงนั้น ใช้หลักการไต่สวนโดยในการแสวงหาความจริงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการแสวงหาได้ทุกทาง ไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริง หรือพยานหลักฐานจากคู่กรณี หรือ จากการแสวงหาด้วยตนเองของเจ้าหน้าที่ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินข้อเท็จจริงของคดีที่แสวงหามาด้วยตนเอง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน มาตรา 24 VwVfG (1)

อนึ่ง การรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 28 VwVfG นี้ การชี้แจงข้อเท็จจริงเป็นลายลักษณ์อักษร ถือว่าเป็นการพอเพียงสำหรับการรับฟังคู่กรณีแล้ว⁵

หลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบพิธีการ ซึ่งกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีมีลักษณะใกล้เคียงกับการพิจารณาคดีของศาล เพราะมีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่รับฟังคำให้การด้วยวาจา (oral hearing) ของคู่กรณี และคู่กรณีมีโอกาสร่วมรับฟังพยานบุคคล หรือ ผู้เชี่ยวชาญ และร่วมตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง กระบวนการพิจารณาทางปกครองมีรูปแบบ ขั้นตอนมากกว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ กระบวนการพิจารณาเน้นการกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 64 และพยานต้องให้ความร่วมมือในกระบวนการพิจารณาโดยให้พยานหลักฐาน หรือในกรณีของพยานผู้เชี่ยวชาญก็ต้องให้ความเห็น ถ้าพยาน หรือ ผู้เชี่ยวชาญปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือแก่กระบวนการพิจารณาดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถร้องขอให้ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจอยู่เหนือภูมิลำเนาของพยาน เรียกพยาน หรือ ผู้เชี่ยวชาญมาสอบถามได้ ส่วนการปฏิเสธการให้พยานหลักฐาน หรือให้ความเห็นนั้น ศาลปกครองจะเป็นผู้ตัดสินความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิเสธ คู่กรณีจะได้รับสิทธิที่จะทำคำแถลงก่อนการตัดสิน และยังมีสิทธิที่จะเข้ารับฟังพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือ ตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง และ

⁵ Mahendra P. Singh , German Administrative Law in Common Law Perspective , 2nded. (Berlin Heidelberg New York : Springer-Verlag, 2001), p. 76.

ยังมีโอกาสที่จะถามคำถามที่เกี่ยวข้องด้วย และนอกจากนี้ เจ้าหน้าที่จะต้องมีหนังสือแจ้งให้คู่กรณีมาให้การด้วยวาก่อนตัดสินอีกด้วย

ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนี้เป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่เปิดเผย ผู้รับฟังความอาจจะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยอาจจะเป็นตัวแทนของหัวหน้าเจ้าหน้าที่ และ บุคคลผู้ที่ทำงานกับเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการอบรมมา ผู้รับฟังความอาจอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ารับฟังถ้าคู่กรณีไม่คัดค้าน และคำตัดสินก็ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และการโต้แย้งคำตัดสินไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย นอกจากนี้ยังมีกระบวนการพิจารณาอนุมัติแผน ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการของเยอรมันเช่นกัน แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีได้นำมากล่าวไว้⁶

อนึ่ง กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้นมีความแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ตามมาตรา 28 VwVfG ในเรื่องของรูปแบบแล้ว ยังต่างกับกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการในเรื่องของข้อยกเว้นในการรับฟังความที่มาตรา 28 (2) VwVfG เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังความตาม ข้อ 1 ถึง 5 ซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือ ความจำเป็นรีบด่วนของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องรีบออกคำสั่งทางปกครอง แต่ข้อยกเว้นในการที่จะไม่รับฟังความในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ส่วนใหญ่เกิดจากความเพิกเฉยที่จะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาของคู่กรณีเอง หรือ คู่กรณียินยอมที่จะไม่ต้องจัดให้มีการให้การด้วยวาจา หรือ เจ้าหน้าที่ได้แจ้งให้ทราบแล้วว่าจะตัดสินโดยไม่จัดให้มีการให้การด้วยวาจาและคู่กรณีมิได้คัดค้านภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือ คู่กรณีทุกฝ่ายได้ตกลงกันให้ระงับการรับฟังคำให้การด้วยวาจา เจ้าหน้าที่ที่มีความจำเป็นรีบด่วนต้องออกคำสั่งทางปกครอง หากล่าช้าจะเกิดความเสียหาย หรือ เป็นกรณีที่รับฟังความลับหลังคู่กรณีเนื่องจากประพฤติดนไม่เหมาะสม แล้วถูกเชิญออกจากห้องพิจารณา ส่วนข้อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่รับฟังความเช่นเดียวกันกับมาตรา 28 (3) VwVfG นั้น หากได้มีการบัญญัติไว้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการแต่อย่างใด

⁶กระบวนการพิจารณาในการอนุมัติแผน (planning approval proceeding) เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีผลกระทบต่อคนจำนวนมาก กระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณี จึงมุ่งให้เกิดความรวดเร็วในการอนุมัติแผนและ ขณะเดียวกันก็คุ้มครองสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีในเวลาเดียวกัน ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 72 ถึง 78.

2.1.2 พัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา

ก่อนที่จะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันนี้นั้น เดิมผู้ที่อพยพมาตั้งรกรากส่วนใหญ่มาจากประเทศอังกฤษโดยมาตั้งเมืองท่าทางการค้า ต่อมาในปี ค.ศ.1602 ได้มีชาวอังกฤษมาตั้งอาณานิคม ซึ่งผู้ที่อพยพมาเป็นผู้แสวงบุญ (pilgrims) ที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ (protestants) ซึ่งเดินทางมาโดยเรือเมย์ฟลาวเวอร์ (Mayflower) มาตั้งรกรากที่เมืองฟรีเมาท์ ปัจจุบันอยู่ในมลรัฐแมสซาชูเซต (Massachusetts) มีการตั้งกฎระเบียบในสังคมของตนเองขึ้นมาบังคับใช้ในสังคมของตน ต่อมา มีการตั้งบริษัทการค้าของอังกฤษที่เมืองนิวอิงค์แลนด์ ในปี ค.ศ.1630 จนเป็นเหตุให้นักแสวงบุญบางส่วนรู้สึกว่าการถูกตามรบกวนโดย การอพยพมาเพิ่มขึ้นของพวกที่มาอยู่ภายหลัง จึงได้พากันอพยพมาอยู่ที่รัฐคอนเนคติกัต (Connecticut) จากกฎระเบียบที่ออกมาบังคับใช้กันเองในสังคมผู้อพยพมาตั้งถิ่นของพวกนักแสวงบุญ (pilgrims) จนได้พัฒนามาเป็น “กฎระเบียบพื้นฐานของคอนเนคติกัต” (Fundamental Orders of Connecticut) เพราะออกโดยสภาของพวกเขา ที่เลือกตัวแทนเข้ามาออกกฎระเบียบ และรัฐอื่นก็ปฏิบัติตาม มีสภาของตนเองในแต่ละรัฐ และใช้สภาเป็นที่ยกกฎระเบียบที่จะใช้บังคับในรัฐของตนเอง มรดกทางความคิดเกี่ยวกับการปกครองที่ชาวอาณานิคมในอเมริกาได้รับมาจากประเทศอังกฤษ นำมาประยุกต์ใช้ในพื้นที่ดินแดนอาณานิคม เนื้อหาของกฎระเบียบต่างๆ ที่ชาวอาณานิคมในอเมริกานำมาออกเป็นกฎระเบียบต่างๆ ส่วนใหญ่ก็มาจากหลักกฎหมายของอังกฤษ⁷

เมื่ออังกฤษปกครองอาณานิคมอเมริกาแบบกดขี่ และบังคับเอกราชกลับไปประเทศอังกฤษมากขึ้น พวกชาวอาณานิคมเริ่มไม่พอใจจนนำไปสู่การทำสงครามกับอังกฤษและต่อมา มีการประกาศอิสรภาพไม่ขึ้นกับอังกฤษ มีการรวมตัวกันก่อตั้งสหพันธรัฐ (Confederation) แต่รัฐบาลกลางอ่อนแอทำอะไรไม่ได้ จึงมีการจัดตั้งเป็นสหรัฐโดยส่งตัวแทนมาจาก 13 มลรัฐมาร่วมกันร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐ และประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 17 กันยายน ค.ศ.1787 ต่อมา รัฐต่างๆทยอยให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญของสหรัฐ และต่อมาก็มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendments) ในแต่ละครั้ง เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป หลักการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (the Bill of Rights) ได้รับการให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ.1791 และได้นำมาเป็นบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 ถึง 10 (the first ten)

บทบัญญัติหนึ่งที่มีมุ่งปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม หรือ โดยใช้อำนาจจากอำนาจรัฐ คือ บทบัญญัติเรื่อง due process of law ที่บัญญัติไว้ใน

⁷ Beth Henschen and Edward Sidlow , America at Odds : an Introduction to American Government : the Essentials, (Belmont : Wadsworth , 1999) , p. 33.

บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 (1971) และ บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 (1868) โดยรัฐบาลของสหรัฐ (Federal State) อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 ส่วนรัฐบาลของมลรัฐอยู่ภายใต้บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 คดีที่เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายภายใต้ข้อความ due process clauses ของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 และ ครั้งที่ 14 นั้น สามารถใช้ร่วมกันและเรียกร้องให้บังคับใช้ได้เสมอภาคกันทั้งสหรัฐ มลรัฐ และรัฐบาลท้องถิ่น⁸

โดยที่หน้าที่แท้จริงของหลัก due process มีที่มาจากมาตรา 39 ของ Magna Carta 1215 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งเนื้อหาที่บัญญัติไว้ใน Magna Carta 1215 ที่มีความหมายเดียวกันกับคำว่า due process ก็คือ คำว่า the law of the land⁹ ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 มีคดีหนึ่งที่ได้นำคำจำกัดความที่ชัดเจนพอสมควรที่จะทำให้เกิดความเข้าใจต่อความหมายของคำว่า due process นั่นคือ คดี *Londoner v. Denver* , 210 U.S. 373 (1908), ได้ให้ความหมายว่า

Due process of law requires that, at some stage of the proceedings, the [person]

shall have an opportunity to be heard, of which he must have notice, either personal or by publication, or by a law fixing the time and place of the hearing... Many requirements essential in strictly judicial proceedings may be dispensed with in proceedings of this nature. But even here a hearing, in its very essence, demands that he who is entitled to it shall have the right to support his allegations

*by argument, however brief, and, if need be by proof, however informal.*¹⁰

ซึ่งแปลความได้ว่า due process of law เรียกร้องบางขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา ให้บุคคลจะมีโอกาสที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบ ซึ่งเขาต้องได้รับการแจ้งให้ทราบไม่ว่าโดยส่วนตัว หรือโดยประกาศ หรือโดยกฎหมาย กำหนดเวลา และสถานที่ที่จัดให้มีการพิจารณารับฟังความ สำคัญที่เคร่งครัดในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลอาจจะจัดให้มีกระบวนการพิจารณาคดีในลักษณะนี้ แต่แม้ว่าการรับฟังความโดยสำคัญเรียกร้องว่า เขาผู้ซึ่งได้รับสิทธิที่จะได้รับการรับฟังความจะมี

⁸William F. Funk and Richard H. Seamon , Administrative Law : Examples and Explanations. (New York : Aspen law & business , 2001) , p. 103.

⁹ James V. Calvi and Susan Coleman , American Law and Legal System ,4th ed. (New Jersey : Prentice-Hall , 2000) , p. 34.

¹⁰ *Ibid.* p. 116.

สิทธิที่จะสนับสนุนข้อกล่าวหาของเขาโดยการโต้แย้ง อย่างไรก็ตามในลักษณะสรุป และถ้าจำเป็นโดยการพิสูจน์ อย่างไรก็ตามในลักษณะที่ไม่เป็นรูปแบบพิธีการ

สิทธิที่จะได้รับการรับฟังความ (right to be heard) และ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณา (right to a hearing) เป็นสาระสำคัญของหลัก due process of law ที่จะขาดเสียมิได้ และยังสามารถบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังนั้นสิทธิตาม due process of law ที่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดย due process ที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 นั้น เป็นเนื้อหาที่มาจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (the Bill of Rights) ส่วน due process ที่ปรากฏในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 นั้น เกิดขึ้นหลังสิ้นสุดสงครามกลางเมือง (the Civil War) แล้ว 3 ปี โดยเกรงว่าประชาชนของมลรัฐต่างๆ จะไม่ได้รับความคุ้มครองจาก due process ที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 จึงได้นำมาบัญญัติไว้ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 ความหมายของ due process ของทั้งสองมาตราดังกล่าวนั้น หาได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด

การนำหลัก due process มาให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของประชาชนในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาในเบื้องต้นนั้น ยังคงอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นหลักในการให้ความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การจัดบริการสาธารณะโดยรัฐให้แก่ประชาชนนั้น ในตัวของรัฐเองไม่สามารถที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดการให้บริการสาธารณะต่างๆของรัฐได้เกิดเป็นรูปธรรม และจัดบริการให้ถึงประชาชนได้อย่างทั่วถึง และเป็นธรรมได้ รัฐจึงต้องสร้างเครื่องมือของรัฐขึ้นมา เพื่อนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐได้วางนโยบาย และจัดเตรียมงบประมาณไว้แล้ว มาแปลงให้เป็นรูปธรรม เพื่อให้ประชาชนของประเทศได้รับบริการสาธารณะโดยทั่วถึง และเป็นธรรม โดยสภาออกเกรสได้ออกกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (statute) เพื่อจัดตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agencies) ขึ้นมารองรับการพัฒนาของสังคม บางครั้งก็ถูกเรียกว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agencies) , กระทรวง (Departments) , คณะกรรมการที่ปรึกษา (boards) หรือ คณะกรรมการ (commissions) และทั้งหมดคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agencies)¹¹

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น มีความเก่าแก่พอกับรัฐธรรมนูญ เหตุที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญเหมือนสภาออกเกรส , ประธานาธิบดี และศาลสูง ก็เพราะว่า

¹¹ Peter L. Strauss , Todd D. Rakoff ,and Cynthia R. Farina , Gellhorn and Byse's Administrative Law Cases and Comments , 10th ed. (New York : Foundation Press, 2003) , p.

รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สภาองเกรสมีอำนาจที่จะออกกฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสม (necessary and proper clause) ในการจัดตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขึ้นมาได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา หมวด 1 , มาตรา 8 , ประโยคที่ 18 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหากว้างขวาง โดยชาวอเมริกันในช่วงแรกๆ เรียกบทบัญญัตินี้ว่า "sweeping clause" เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สภาองเกรสได้สร้างขึ้นในสมัยแรกคือ

กระทรวงการต่างประเทศ (Departments of Foreign Affairs) , กระทรวงสงคราม (Departments of War) และกระทรวงการคลัง (Department of the Treasury) ต่อมาอีก 2 ถึง 3 ปี ได้สร้างสำนักงานไปรษณีย์ และกระทรวงทหารเรือ (Department of the Navy)¹²

ปัจจุบันมีกระทรวงที่เป็นระดับคณะรัฐมนตรี (Cabinet-level Departments) คือ กระทรวงเกษตร (Departments of Agriculture) , กระทรวงพาณิชย์ (Departments of Commerce), กระทรวงศึกษาธิการ (Departments of Education), กระทรวงพลังงาน (Departments of Energy), กระทรวงสุขภาพและการบริการมนุษย์ (Departments of Health and Human Service), กระทรวงที่อยู่อาศัยและการพัฒนาชนบท (Departments of Housing and Urban Development), กระทรวงมหาดไทย (Departments of Interior) , กระทรวงแรงงาน (Departments of Labor), กระทรวงการต่างประเทศ (Departments of State) , กระทรวงกิจการทหารผ่านศึก (Departments of Veterans Affairs) , กระทรวงการคลัง (Departments of Treasury) และกระทรวงความมั่นคงภายในประเทศ (Departments of Homeland Security) ที่เพิ่งจัดตั้งในปี ค.ศ.2002 และเพิ่งเริ่มดำเนินงานในปี ค.ศ.2003 ซึ่งควบคุมดูแลโดยสมาชิกที่อยู่ในคณะรัฐมนตรีของประธานาธิบดีก็คือ รัฐมนตรีส่วน กระทรวงกลาโหม (Departments of Defense) , กระทรวงยุติธรรม (Departments of Justice) , กระทรวงขนส่ง (Departments of Transportation) และอื่นๆ หัวหน้าหน่วยงาน (agencies head) ,มิใช่รัฐมนตรีแต่เป็นแผนกหนึ่งของฝ่ายบริหารสหรัฐ (the federal executive division)¹³

ในแต่ละกระทรวงจะมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกหลายหน่วยงาน เช่น กระทรวงสุขภาพและการบริการมนุษย์มี หน่วยงานอาหารและยา (the Food and Drug Administration) , หน่วยงานให้บริการเกี่ยวกับปลาและสัตว์ป่า (the Fish and Wildlife Service) อยู่ในกระทรวงมหาดไทย, หน่วยงานสอบสวนกลาง (the Federal Bureau of Investigation) อยู่ในกระทรวงยุติธรรม , หน่วยงาน

¹² *Ibid.* p. 35.

¹³ Bryan A. Garner , Black's Law Dictionary , 8th ed. (St.Paul : West,a Thomson business , 2004) , pp. 468 – 469.

การบิน(the Federal Aviation) อยู่ในกระทรวงขนส่ง และหน่วยงานสรรพากร (the Internal Revenue Service) อยู่ในกระทรวงการคลัง เป็นต้น

หัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง และไม่อยู่ภายใต้การเรียกร้องการรับรองโดยวุฒิสภา¹⁴

อีกชนิดหนึ่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ภายนอกฝ่ายบริหารคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอิสระ (Independent Regulatory Agencies) เช่น คณะกรรมการการค้าระหว่างรัฐ (Interstate Commerce Commission) ซึ่งถือเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอิสระที่สร้างขึ้นเป็นหน่วยงานแรกในปี ค.ศ.1887 ประมาณ 100 ปี หลังตั้งประเทศ คณะกรรมการโทรคมนาคมของสหรัฐ (the Federal Communications Commission) , คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ (the Securities and Exchange Commission) , คณะกรรมการการค้าของสหรัฐ (the Federal Trade Commission), คณะกรรมการที่ปรึกษาแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ (the National Labor Relations Board), คณะกรรมการพลังงานนิวเคลียร์ (the Nuclear Regulatory Commission) คณะกรรมการพลังงานสหรัฐ (the Federal Power Commission) , คณะกรรมการกิจการทะเล (the Federal Maritime Commission) คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (the Consumer Product Safety Commission)¹⁵ และคณะกรรมการทุนสำรองเงินตรา (the Federal Reserve Board) เป็นต้น ความเป็นอิสระขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอิสระนั้น มีลักษณะดังนี้

1. ถูกควบคุมโดยองค์กรกลุ่ม มิใช่หัวหน้าฝ่ายปกครองคนเดียว
2. ส่วนใหญ่ของสมาชิกขององค์กรไม่ได้มาจากพรรคการเมืองพรรคเดียว
3. สมาชิกของกลุ่มมีกำหนดระยะเวลาแน่นอนที่เหลื่อมล้ำกัน สมาชิกจึงมิได้ครบกำหนดระยะเวลาพร้อมกัน
4. สามารถถูกถอดถอนจากตำแหน่งด้วยเหตุที่ต่างจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ภายในฝ่ายบริหาร ผู้ที่ต้องทำงานรับใช้ตามความพอใจของประธานาธิบดี¹⁶

เพื่อป้องกันการแทรกแซงทางการเมือง การเข้าสู่ตำแหน่งของคณะกรรมการมาโดยการแต่งตั้งของประธานาธิบดี และผ่านการแนะนำและยินยอมโดยวุฒิสภา (advice and consent) แต่

¹⁴William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 8 , p. 6.

¹⁵ Kenneth F. Warren , Administrative Law in the Political System , 3rd ed. (New Jersey : Prentice Hall , 1996) , p. 28.

¹⁶William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 8 , p. 7.

อย่างไรก็ตามประธานาธิบดีจะถอดถอนคณะกรรมการคนใดคนหนึ่งโดยเหตุผลทางการเมืองไม่ได้ เว้นแต่มีการกระทำโดยมิชอบต่อตำแหน่งหน้าที่¹⁷

เมื่อสภาองเกรสได้จัดตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขึ้นมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ภายในฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอิสระก็ตาม สภาองเกรสก็ยังได้มอบอำนาจ (delegates) ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจรัฐในการดำเนินงาน หรือภารกิจทางปกครองให้บรรลุผลด้วยดี ซึ่งศาลได้แบ่งลักษณะของคดีที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจออกเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางที่ 1 เป็นการใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi - legislative) ที่สภาองเกรสมอบให้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้มีอำนาจออกกฎ (rulemaking) เพื่อให้มีผลบังคับกับประชาชนทั่วไป ตามที่สภาองเกรสได้รับมาตามรัฐธรรมนูญ หมวด 1 , มาตรา 1 ส่วนแนวทางที่ 2 เป็นการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (quasi - Judicial) ที่สภาองเกรสมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบังคับใช้กฎหมายในแต่ละกรณีและออกคำสั่งให้มีผลเฉพาะราย (adjudication)¹⁸

การใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติก็คือ การออกกฎ เพื่อให้มีผลบังคับใช้ทั่วไปกับประชาชน เพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะลงไปในรายละเอียดของปัญหาที่เกี่ยวกับชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนได้ ประกอบกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป หากจะต้องมาแก้ไขกฎหมายอยู่บ่อยคงจะไม่เหมาะสมและทันกับเหตุการณ์ของปัญหาที่เกิดขึ้น สภาองเกรสจึงต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับประชาชน และเมื่อฝ่ายปกครองได้ออกกฎมาบังคับใช้เป็น การทั่วไปแล้ว หากฝ่ายปกครองพบเห็นการละเมิดต่อกฎ หรือกฎหมาย หรือฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการออกคำสั่งให้มีผลบังคับเฉพาะรายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้ว ฝ่ายปกครองก็จะออกคำสั่งทางปกครอง ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ในช่วงก่อนที่จะมีการออกกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1946 (the Federal Administrative Procedure Act 1946) นั้น ในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองยังคงมีการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่อง due process of law อยู่ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เป็นกฎหมายกลางยังไม่มี และการใช้อำนาจกึ่งตุลาการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การทบทวนของศาลยุติธรรม (judicial review)

อนึ่ง ศาลสูงสุดมิได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ทบทวนการกระทำของฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองอย่างชัดเจน จนกระทั่งเกิดคดี Marbury v. Madison , 1 Cranch 137 (1803) ที่ประธานผู้พิพากษาศาลสูงสุด จอห์น มาร์แชล ได้อ้างหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัยให้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (the Judiciary Act 1789) ใช้บังคับไม่ได้ และวินิจฉัยว่า

¹⁷ Kenneth F. Warren , *supra* note 16 , p. 29.

¹⁸ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 9 , p. 28.

ศาลมีอำนาจทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไปละเมิดต่อประชาชน แต่นำเสียดายที่จอห์น มาร์แชล หลีกเลี่ยงกับการเผชิญหน้าทางการเมืองกับประธานาธิบดีเจฟเฟอร์สัน โดยอ้างในประเด็นสุดท้ายว่าศาลสูงสุดไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีนี้เพราะตามรัฐธรรมนูญศาลสูงสุดมีอำนาจรับพิจารณา คดีอุทธรณ์เฉพาะในคดีที่รัฐเป็นคู่ความเท่านั้น คดีนี้เมดิสัน ถูกฟ้องเป็นส่วนตัว แม้เขาจะเป็น รัฐมนตรีว่าการต่างประเทศในขณะนั้นก็ตาม ตามรัฐธรรมนูญ หมวด 3 , มาตรา 2 , ววรรค 2 ตั้งแต่เกิด คดีนี้หลักการทบทวนในทางตุลาการ (judicial review) ได้รับการยอมรับเป็นต้นมา

ต่อมาเมื่อเกิดวิกฤตเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลกในช่วงประมาณปี ค.ศ.1930 ธุรกิจเอกชน ล้มละลาย ประชาชนตกงานจำนวนมาก หากรัฐจะแก้ปัญหาด้วยวิธีแบบเดิมที่รัฐจะแทรกแซง เฉพาะ การดูแลปัจจัยพื้นฐานของประชาชนเท่านั้น ย่อมไม่สามารถแก้ปัญหาได้ ซึ่งหน่วยงานทางปกครอง เท่าที่มีอยู่ในช่วงเวลาดังกล่าว ก็จะมีหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะประเภทที่เป็นเฉพาะ ปัจจัยพื้นฐานแก่ประชาชน

จนกระทั่งเมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ.1933 ประธานาธิบดี แฟรงคลิน ดีลาโน รูสเวลท์ (Franklin Delano Roosevelt) ได้เข้ารับตำแหน่งเป็นประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา¹⁹ ซึ่งหาเสียงด้วยการชูโครงการ New Deal ซึ่งเป็นโครงการที่ใช้นโยบายรัฐสวัสดิการ(welfare state) แทรกแซงระบบ เศรษฐกิจแทบทุกอย่าง เพื่อที่จะกระตุ้นเศรษฐกิจภายในประเทศ เพื่อแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจในช่วงเวลาดังกล่าว ผลของการแทรกแซงเศรษฐกิจตามโครงการ New Deal เพื่อจัดการให้เป็นไป

ตามนโยบายประชานิยมของประธานาธิบดีแฟรงคลิน ดี. รูสเวลท์ จึงทำให้เกิดเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง(agencies) เกิดขึ้นมากมาย การกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นใหม่ได้รับการโต้แย้งคัดค้านจากประชาชนผู้ได้รับผลกระทบที่เห็นว่าไม่เป็นธรรมอยู่บ้าง

เนติบัณฑิตยสภาของชาวอเมริกัน (The American Bar Association) ในปี ค.ศ.1933 ได้ แต่งตั้งคณะกรรมการพิเศษเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง ซึ่งในปี ค.ศ.1934 เริ่มรายงานประจำปี ที่พยายามที่จะดึงอำนาจการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองให้กลับไปอยู่ที่ระบบศาลยุติธรรม และ สนับสนุนให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น²⁰ ต่อมาในปี ค.ศ.1939 ประธานาธิบดี รูสเวลท์ ได้ขอให้อัยการ (Attorney General) หาข้อเท็จจริงในการปฏิรูปกฎหมายปกครอง จนกระทั่งถึงปี ค.ศ.1941เกิด สงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้หยุดการปฏิรูปกฎหมายปกครองไป จนถึงปี ค.ศ.1944 เมื่อร่างกฎหมายได้มีการเสนอต่อสภา และฝ่ายปกครองได้มีการประนีประนอมกับเนติบัณฑิตยสภาของชาวอเมริกัน จนทั้ง

¹⁹ George Donelson , America in the Twentieth Century , 5th ed. (New Jersey : Prentice-Hall, 2004) , p. 181.

²⁰ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , Administrative Law Treatise , 2nd ed. Vol. 1 , (San Diego : K.C.Davis Pub. Co. , 1978) , p. 21.

สองสภาได้เห็นพ้องต้องกันให้ออกกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในปี ค.ศ. 1946 (the Administrative Procedure Act (A.P.A.)) ปัจจุบันคือ 5 U.S.C.²¹ มาตรา 551 ถึง 559 , 701 ถึง 706, 1305 , 3105 , 3344 , 6362 และ 7562 ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่จะปฏิรูปและปรับปรุงกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้เป็นธรรมยิ่งขึ้นโดยอยู่ภายใต้การทบทวนโดยศาลยุติธรรม²²

ซึ่งหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มีทั้งการรับฟังคู่กรณีที่ไม้อยู่ในระบบกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. และที่อยู่ในระบบกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. หรือที่เรียกกันว่า กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal procedure) และ กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) หรือ นักวิชาการที่เขียนตำราบางเล่มก็เรียก กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการว่า A.P.A. adjudication หรือ การออกคำสั่งทางปกครองตามบทบัญญัติของ A.P.A. และเรียกกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการว่า Non A.P.A. adjudication²³

การรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) มาตรา 554 , 556 และ 557 กล่าวคือ ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (statute) ที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ ต่างๆ นั้น ได้มีเนื้อหาของถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 554 ที่บัญญัติว่า “...required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing...” ไว้ในกฎหมายที่ต้องเป็นระดับรัฐธรรมนูญ (statute) เท่านั้น บัญญัติไว้หรือไม่ ถ้ามีจึงจะต้องด้วยนัยของการรับฟังและตัดสินในสำนวน (hearing on the record) ของการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) ส่วนบทบัญญัติ มาตรา 556 และ 557 นั้น เป็นเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และ การมีคำวินิจฉัยทางปกครองคือการออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง เช่น

ตัวอย่างของรัฐธรรมนูญที่ยกไว้ในตำรา “รัฐธรรมนูญในเรื่องน้ำสะอาด (Clean Water Act) การขอใบอนุญาตจะเรียกร้องโดยรัฐธรรมนูญที่จะต้องตัดสินในสำนวนหลังจากให้โอกาสสำหรับเจ้าหน้าที่ในการรับฟังความว่ามีเนื้อหาดังกล่าวบัญญัติไว้หรือไม่ อีกตัวอย่างในเรื่องรัฐธรรมนูญเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Product Safety Act) ในกรณีที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคออก

²¹ U.S.C. ย่อมาจาก United States Code โปรดดูรายละเอียดใน Bryan A. Garner , *supra* note 13 , p. 1577.

²² Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 20 , p. 24.

²³ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 8 , p. 75.

คำสั่งทางปกครองให้ผู้ผลิตสินค้าเรียกสินค้าที่เป็นอันตรายกลับคืนมาจากท้องตลาด หลังจากให้โอกาสในการรับฟังความตามมาตรา 554 ลักษณะ 5 ดู 15 U.S.C. มาตรา 2064 (f) หรือหน่วยงานบริจาคแห่งชาติสำหรับงานศิลปะ (the National Endowment for the Arts) สามารถออกคำสั่งทางปกครองให้คืนเงิน ถ้าพบว่าเคยผลิตผลงานลามก แต่ต้องหลังจากการแจ้งให้ทราบพอสมควร และให้โอกาสสำหรับการรับฟังความในจำนวน ดู 20 U.S.C. มาตรา 954 (l)(1)²⁴

ซึ่งลักษณะของกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) มีลักษณะคล้ายการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ที่ฝ่ายนิติบัญญัติพยายามทำให้เกิดความชอบธรรมในกระบวนการพิจารณา จึงทำให้มีลักษณะคล้ายกระบวนการพิจารณาคดีของศาล (judicialization) แต่ในทางปฏิบัติแล้ว แนวทางวินิจัยของศาลสูงสุด (Supreme Court) มักเกิดปัญหาในการตีความเรื่องนี้อยู่มาก โดยกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการรับฟังคู่กรณีจะคล้ายกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาลในเรื่องของการสืบพยาน (trial-type hearing) ตามมาตรา 556 และ 557 เป็นการตัดสินหรือการออกคำสั่งทางปกครอง

ส่วนการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. มาตรา 554 หรือ ที่เรียกว่าการรับฟังคู่กรณีตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal procedure) นั้น หากได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. แต่อย่างใด และในบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. ก็มิได้ให้นิยามใดๆ ไว้ในกฎหมายว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการหมายความว่าอย่างไร และมีลักษณะเช่นใด แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 555 จะปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครองทั้งหมด ก็ได้ปรากฏความหมายที่ชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 555 ว่าจะมีความหมายเช่นใด มาตรา 555 ส่วนใหญ่เป็นเนื้อหาในเรื่องของการมีทนายความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองทั้งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และการให้เหตุผลประกอบการปฏิเสธคำขอ คำร้อง และคำร้องขอเท่านั้น

ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) คือ รัฐบัญญัติในเรื่องน้ำสะอาด (Clean Water Act) ที่โทษปรับทางปกครองจะต้องถูกกำหนดโดยการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ซึ่งจะต้อง

²⁴ Ibid.

จัดให้มีการแจ้งให้ทราบและให้โอกาสสำหรับการรับฟัง ซึ่งผู้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับโอกาสสำหรับการแจ้งให้ทราบและนำเสนอพยานหลักฐาน ตาม 42 U.S.C. มาตรา 1319 (g) (2) (A)²⁵

แนวทางการวินิจฉัยของศาลสูงสุด (Supreme Court) ให้นำหลัก due process มาปรับใช้กับการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ เช่น ในคดี *Goldberg v. Kelly* , 397 U.S. 254 (1970) ที่ให้นำหลัก due process ในการวินิจฉัยให้ต้องมีการรับฟังความก่อนยกเลิกสวัสดิการ

คดี *Marcello v. Bonds* , 349 U.S. 302 (1955) ที่ศาลสูงวินิจฉัยให้นำหลัก due process มาปรับใช้ในคดีเนรเทศคนต่างด้าว โดยต้องรับฟังความก่อนเนรเทศ ซึ่งบรรทัดฐานของคดีนี้ได้กลับแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Wong Yang Sung v. McGrath* , 339 U.S. 33 (1950) ที่ศาลสูงเคยวินิจฉัยให้การเนรเทศคนต่างด้าวนั้น ต้องให้คนต่างด้าวมียสิทธิได้รับการรับฟังความก่อนออกคำสั่งเนรเทศเขา โดยจัดให้มีการรับฟังคนต่างด้าวตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. นั้นเอง ซึ่งต้องมีการสืบพยานตามมาตรา 556 และตัดสิน หรือออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 557 ซึ่งเป็นปัญหาต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต่อมาสภาองค์กรได้ออกกฎหมายยกเลิกในเรื่องนี้ ให้การรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวจะต้องไม่ละเมิดหลัก due process²⁶ คือให้รับฟังคู่กรณีตามกระบวนการพิจารณาที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการก็พอ

อนึ่ง มีความเห็นของนักวิชาการที่มีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องของการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองว่าหลัก due process นั้น ใช้บังคับทั้ง การรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) ตาม A.P.A. และการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) ด้วยหรือไม่

ฝ่ายที่หนึ่ง ให้ความเห็นว่า due process ใช้บังคับทั้ง การรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการและ ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal and informal adjudication)²⁷

ฝ่ายที่สอง ให้ความเห็นว่า หลัก due process และบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (A.P.A.) ทำหน้าที่อิสระจากกัน(function independently)²⁸

²⁵ *Ibid.* p. 97.

²⁶ Find Law , "Case Law , Federal and State Resources" < [http : // caselaw.lp.findlaw.com](http://caselaw.lp.findlaw.com)>

²⁷ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 9 , p. 98.

²⁸ Edward Rubin , "It's Time To Make the Administrative Procedure Act Administrative" , *Cornell Law Review* Vol. 89 (November 2003) : p. 174.

ข้อยกเว้นของหลักการรับฟังคู่กรณีตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 554 (a) คือ

- (1) เรื่องการพิจารณาคดีใหม่ในข้อกฎหมาย และ ข้อเท็จจริงในศาล
- (2) การสรรหา หรือ การดำรงตำแหน่งของลูกจ้าง ยกเว้นเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) ที่ได้รับการแต่งตั้งตามมาตรา 3105 ของบทบัญญัตินี้
- (3) กระบวนพิจารณาซึ่งคำตัดสินอาศัยเพียงแค่เรื่องของการตรวจสอบ , ทดสอบ , หรือ การเลือกตั้ง
- (4) การดำเนินงานของทหาร หรือ การปฏิบัติหน้าที่ราชการเกี่ยวกับการต่างประเทศ
- (5) กรณีซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำลังปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนของศาล หรือ
- (6) การรับรองผู้แทนลูกจ้าง

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 554 (c) (1) เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะให้คู่กรณีที่มีส่วนได้เสียมีโอกาสสำหรับการเสนอ และการพิจารณาข้อเท็จจริง , ข้อโต้แย้ง , ข้อเสนอให้มีการระงับข้อพิพาท , หรือ ข้อเสนอของการแก้ไขข้อพิพาท เมื่อเวลา , ลักษณะของกระบวนพิจารณา และ ประโยชน์สาธารณะ เปิดโอกาสให้กระทำได้ และ (2) ถึงขนาดที่คู่กรณี ไม่สามารถกระทำการดังกล่าวในการที่จะกำหนดข้อโต้แย้งด้วยความยินยอมได้ , การรับฟังคู่กรณี และ การตัดสินในเรื่องการแจ้งให้ทราบ และตามบทบัญญัติมาตรา 556 และ 557 ของลักษณะนี้

ส่วนข้อยกเว้นของกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น หาได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้แต่อย่างใดไม่ คงเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และอยู่ภายใต้การทบทวนของศาล ซึ่งมีลักษณะเป็นแบบอัตวิสัย (subjective) ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนแบบหลักเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัย (objective measure)

อนึ่ง ในส่วนของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) นั้น ยังรวมไปถึงเรื่องของกระบวนพิจารณาทางปกครองในการออกใบอนุญาต (licensing) ด้วย เพราะตามบทบัญญัติมาตรา 551(6) ที่ให้คำจำกัดความของคำว่า คำสั่ง นั้น ให้รวมถึงกระบวนพิจารณาในการออกใบอนุญาต และคำสั่งก็คือ กระบวนการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 551(7) และตามมาตรา 551 (9) การออกใบอนุญาต (licensing) รวมถึงกระบวนพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องการให้ , การต่ออายุ , การปฏิเสธ , การยกเลิก , การพักใช้ , การเพิกถอน , การเรียกคืน , การจำกัด , การแก้ไข , การเปลี่ยนแปลง , หรือการกำหนดเงื่อนไขของใบอนุญาต ตัวอย่างเช่น “...ใบอนุญาตจากคณะกรรมการโทรคมนาคมของสหรัฐ (FCC)”²⁹ ว่าเป็นใบอนุญาตสำหรับแพร่ภาพโทรทัศน์ หรือ คลื่นวิทยุสมัครเล่น , ใบอนุญาตจากหน่วยงานป้องกัน

²⁹FCC ย่อมาจาก Federal Communications Commission

สิ่งแวดล้อม (EPA)³⁰ ในการที่จะปล่อยมลพิษ (pollutants) ลงในแม่น้ำของสหรัฐ , การได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมพลังงานนิวเคลียร์ (the Nuclear Regulatory Commission) ในการที่จะปิดโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ , การได้รับอนุญาตจากหน่วยงานให้บริการสวนสาธารณะแห่งชาติในการที่จะจัดการชุมนุมบนทางเดินในกรุงวอชิงตัน ดีซี และอื่นๆ"³¹

กระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกใบอนุญาตนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 558 ของ A.P.A. ในการพิจารณาออกใบอนุญาตต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 558 (c) กล่าวคือ เมื่อมีผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงสิทธิ และเอกสิทธิของผู้มีส่วนได้เสีย และผู้ที่ได้รับผลกระทบทั้งหมด ภายในระยะเวลาที่เหมาะสมต้องจัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 556 และ 557 ของลักษณะนี้ หรือ ตามกระบวนการพิจารณาอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และจะทำคำตัดสิน เว้นแต่ในกรณีของความตั้งใจ , หรือ สุขอนามัยของสาธารณะ , ประโยชน์สาธารณะ , ความปลอดภัยสาธารณะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น , การถอน , การพักใช้ , การยกเลิก , หรือ การเพิกถอน จะชอบด้วยกฎหมาย ถ้าก่อนจัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว ผู้ขอใบอนุญาตได้รับ (1) การแจ้งโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือ การกระทำที่อาจใช้เป็นหลักฐาน และ (2) โอกาสที่จะอธิบาย หรือ ได้รับตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกระบวนการพิจารณาในการให้ใบอนุญาตตามมาตรา 558 และตามคำจำกัดความดังกล่าวแล้ว การให้ใบอนุญาต (licensing) ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง (adjudication) ด้วย

ในส่วนของผู้รับฟังความนั้น เดิมกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) 1946 ได้เรียกเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความว่า ผู้สอบสวน (hearing examiners) ซึ่งมีภาระหน้าที่โดยทั่วไปในการนั่งรับฟังพยานหลักฐานและรวบรวมเข้าไว้ในสำนวน ต่อมาแนวโน้มของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองมีการพัฒนาไปในลักษณะที่ใกล้เคียงกับศาลมากขึ้น

โดยต่อมาในปีค.ศ.1978 สภาคองเกรสได้ออกกฎหมายมาแก้บทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (A.P.A.) เปลี่ยนชื่อเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความจากเดิม ผู้สอบสวน (hearing examiners) มาเป็น เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (Administrative Law Judges)³²

³⁰ EPA ย่อมาจาก Environmental Protection Agency

³¹ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 8 , p. 100.

³² ท่านอาจารย์วิชัย วิวิตเสวี ได้ให้คำแปล administrative law judges ว่า ผู้พิพากษากฎหมายปกครองโปรดดูรายละเอียดใน วิชัย วิวิตเสวี , "ผู้พิพากษากฎหมายปกครอง" , วารสารกฎหมายปกครอง , เล่ม 2 ตอน 3 (ธันวาคม 2526) , น. 523.

การเข้าสู่ตำแหน่งของ Administrative Law Judges ดำเนินการโดยสำนักงานข้าราชการพลเรือน (office of personnel management) มิได้เข้าสู่ตำแหน่งโดยการแต่งตั้งของฝ่ายบริหาร เหมือนระบบผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ที่ประธานาธิบดีแต่งตั้ง แล้วให้วุฒิสภาให้คำแนะนำและยินยอม (advice and consent)

ส่วนการให้ออกจากตำแหน่งหน้าที่ของ Administrative Law Judges จะต้องได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการป้องกันระบบคุณธรรม (merit system protection board) และสถานะของ Administrative Law Judges เป็นเพียงข้าราชการพลเรือน มิใช่ข้าราชการตุลาการ

ตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 3105 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะแต่งตั้ง Administrative Law Judges ได้มากเท่าที่จำเป็น เพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 556 และ 557 ของลักษณะนี้ Administrative Law Judges จะได้รับมอบหมายให้พิจารณาคดีในลักษณะหมุนเวียนกันไปเพียงเท่าที่สามารถปฏิบัติได้ และ Administrative Law Judges ไม่อาจจะปฏิบัติหน้าที่ขัดแย้งกับหน้าที่ และความรับผิดชอบในฐานะ Administrative Law Judges ได้

2.1.3 พัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีในระบบกฎหมายปกครองไทย

หลักการรับฟังคู่กรณี (audi alteram partem) ในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น ได้มีการยอมรับมาเป็นเวลานานแล้ว ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle) เพียงแต่หลักการรับฟังคู่กรณีถูกนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายสารบัญญัติเฉพาะเรื่อง เป็นเรื่องๆ ไป จึงทำให้ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการบังคับใช้ ผลที่ตามมาคือ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับผลกระทบ และในที่สุดก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อประสิทธิภาพ และการพัฒนาระบบราชการของประเทศเสียหายไปด้วย

ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 ในระเบียบคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าด้วยวิธีพิจารณา และวินิจฉัยร้องทุกข์ พ.ศ.2522 ข้อ 24 , 25 , 27 , 28 และ 29 ในการที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ รับฟังคำชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษร และชี้แจงด้วยวาจา รวมถึงการสืบพยานบุคคล พยานผู้เชี่ยวชาญ และตรวจสถานที่ หรือฟังคำชี้แจงจากผู้แทนหน่วยงานทางปกครอง

ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง สำหรับวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย

ซึ่งผลจากการมีคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ดังกล่าวนี้ ส่งผลให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบทันทีที่ออก

คำสั่งออกไปสู่ประชาชน แต่เดิมประชาชนไม่สามารถที่จะหาที่พึ่งจากที่ไหน ที่จะเยียวยาผลจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้

นอกจากการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชา หรือถึงที่สุดก็ฟ้องศาลยุติธรรมว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งวิธีการดังกล่าวมีข้อจำกัดอยู่มาก และเป็นภาระหนักแก่ประชาชน ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองอยู่แล้ว ยังจะต้องมาดิ้นรนหาพยานหลักฐานไปพิสูจน์ความผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีก ซึ่งเป็นเรื่องยากมากที่จะแสวงหาพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของทางราชการในช่วงเวลาที่กล่าวมาแล้ว ประชาชนจึงเปรียบเสมือนเป็นผู้ที่ถูกกระทำ (object of law) จากฝ่ายปกครอง ประชาชนไม่มีสิทธิใดๆ ที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการตัดสินใจที่จะกระทำการใดๆ ทางปกครองของฝ่ายปกครอง

จนกระทั่งเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2534 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีหนังสือที่ นว 0604 /542 เรื่อง กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง เพื่อเรียนต่อท่านรองนายกรัฐมนตรี

(นายมีชัย ฤชุพันธุ์) ขอเสนอตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 51 ในการเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อมีมติในการวางระเบียบปฏิบัติราชการ โดยอาศัยบทกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของ ประเทศออสเตรเลีย (ค.ศ.1925) , สหรัฐอเมริกา (ค.ศ.1946) , สวีเดน (ค.ศ.1971) และ เยอรมัน (ค.ศ.1976) มาเป็นแนวทางในการพิจารณายกร่าง

ต่อมาเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม 2534 ได้มีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 194/2534 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองโดยที่รัฐบาลเห็นด้วยตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอมาในการยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของไทยให้เป็นมาตรฐานทัดเทียมนานาประเทศ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อประชาชน และประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งจะส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องได้รับการรับรองและเคารพจากฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นประธานแห่งสิทธิ (subject of law)

โดยคำสั่งของสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวได้กำหนดให้คณะกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งให้ยกร่างกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของไทย เลือกกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นหลักในการพิจารณา เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ.1976 แล้วนำมาปรับปรุงให้ใช้เป็นกฎหมายในระยะหนึ่งก่อน ซึ่งกำหนดให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง ส่วนระยะหลังจากนั้น คณะกรรมการจะพิจารณาเสนอแนะให้ออกกฎหมายเพิ่มเติม หรือ ข้อเสนอแนะอื่น เพื่อวางรากฐานของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยต่อไป³³

³³ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี , เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง ที่ 194 / 2534 สั่ง ณ วันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ.2534

โดยหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองดังกล่าว ได้นำเอาบทบัญญัติมาตรา 28 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาเป็นหลักในการร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย กล่าวคือ

(1) ก่อนที่คำสั่งทางปกครองจะมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีที่อาจจะถูกบังคับ คู่กรณีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง

(2) เป็นข้อยกเว้นของหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้ เมื่อปรากฏว่า

1. มีความจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองทันที เพราะเหตุที่หากปล่อยให้ล่าช้าจะเกิดความเสียหาย หรือเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ

2. การรับฟังความจะทำให้เกิดความเสียหายต่อการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่กำหนดที่มีผลสำคัญต่อการออกคำสั่งทางปกครอง

3. เมื่อคำสั่งทางปกครองที่มุ่งหมายจะออกไปนั้นไม่ แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่ได้ให้ไว้โดยคู่กรณีในคำขอ หรือคำแถลง และไม่เป็นที่เสียหายแก่คู่กรณี

4. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความประสงค์ที่จะออกคำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองที่สามารถใช้บังคับกับคนจำนวนมาก หรือ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการใช้เครื่องจักรอัตโนมัติ

5. การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

(3) การรับฟังคู่กรณีจะไม่ได้รับอนุญาต เมื่อขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะโดยชัดแจ้ง

ต่อมาได้มีการออกพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ประกาศราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2539³⁴ ตามมาตรา 2 บัญญัติให้พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป และเหตุที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มิได้ใช้ชื่อว่าวิธีพิจารณาทางปกครองเหมือนตอนยกอ้าง

เนื่องจากเพื่อต้องการมิให้เกิดความสับสนกับเรื่องวิธีพิจารณาความของศาล³⁵ ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้บัญญัติให้มีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ หมายความว่าถ้ามีกฎหมายอื่นใดที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการประกันความเป็นธรรมต่ำกว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว กรณีต้องบังคับตาม

³⁴ราชกิจจานุเบกษา , เล่ม 113 , ตอนที่ 60 ก , วันที่ 14 พฤศจิกายน 2539.

³⁵ กมลชัย รัตนสากวรงค์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2548) น. 303.

พระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่ถ้าสูงกว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ เป็นกรณีไป

หลักการรับฟังคู่กรณีได้นำมาบัญญัติให้เป็นธรรมแก่คู่กรณีที่อาจได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องให้อีกฝ่ายมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ตามมาตรา 30 วรรคแรก ส่วนวรรคสองเป็นข้อยกเว้นของวรรคแรกที่ให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณีจากผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การ หรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่า การให้อีกฝ่ายมีโอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ส่วนวรรคท้ายเป็นกรณีที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้อีกฝ่ายตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์

ต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 นายกรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้ ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

(2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ³⁶

³⁶ราชกิจจานุเบกษา , เล่ม 114 , ตอนที่ 17 ก , วันที่ 22 พฤษภาคม 2540.

สิทธิตามบทบัญญัติมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนี้ เป็นสิทธิตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจก่อความเสียหายต่อเขา ให้เขาได้รับสิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริงของเหตุที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอ้างเป็นเหตุที่จะออกคำสั่งทางปกครองอันอาจไปก่อความเสียหายต่อเขา และให้เขามีสิทธิได้สิทธิได้โต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของตน ส่วนกรณีตามข้อยกเว้นตามวรรคสอง (1) ถึง (6) เป็นข้อยกเว้นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่ให้โอกาสตามวรรคแรกคือ ไม่แจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุในการออกคำสั่งทางปกครอง และไม่ให้อีกโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง เมื่อเกิดมีข้อเท็จจริงตาม (1) ถึง (6) ดังกล่าว ส่วนวรรคท้ายของมาตรา 30 นั้น เป็นบทห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการที่จะรับฟังคู่กรณีผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้เลย หากการให้โอกาสในการที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริงให้ทราบ และให้โอกาสในการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานแล้ว จะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่ว่าประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชน และกระบวนการพิจารณาทางปกครองเป็นแบบเรียบง่ายไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

โดยใช้หลักการไต่สวนในการแสวงหาความจริง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการวินิจฉัยจากพยานหลักฐานทั้งปวงที่เจ้าหน้าที่แสวงหาและที่คู่กรณีนำเสนอเข้ามาต่อเจ้าหน้าที่ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ผูกพันตามคำขอและพยานหลักฐานของคู่กรณีในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง

ภารกิจดั้งเดิมของรัฐที่จะต้องจัดบริการให้กับประชาชนส่วนใหญ่แล้ว จะเป็นภารกิจในการจัดบริการสาธารณะขั้นพื้นฐาน เช่น ไฟฟ้า ประปา ถนน การรักษาความปลอดภัย การป้องกันประเทศ การติดต่อสัมพันธ์กับต่างประเทศ และการอำนวยความสะดวก และระบบเศรษฐกิจก็เป็นแบบเสรีนิยม กล่าวคือ รัฐจะไม่แทรกแซงกิจการที่เอกชนสามารถทำได้ เว้นแต่เป็นการจัดบริการสาธารณะขั้นพื้นฐาน แต่ต่อมาเมื่อเกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลกใน ปี ค.ศ.1930 และเมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 บทบาทของรัฐเริ่มเปลี่ยนจากการให้บริการสาธารณะขั้นพื้นฐานมาเป็นการให้บริการในด้านอื่นเพิ่มมากขึ้น เช่น รัฐสวัสดิการ สวัสดิการทางสังคม การดูแลสุขภาพอนามัย การศึกษา รวมถึงการแทรกแซงในระบบเศรษฐกิจ การเงิน การคลัง การประกันราคาพืชผล เป็นต้น และองค์กรที่จะเป็นผู้รับนโยบายที่ฝ่ายรัฐบาลนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย มาแปลงให้เป็นรูปธรรมเพื่อให้เกิดผลต่อประชาชนก็คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเครื่องมือหนึ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้มากที่สุดในการดำเนินกิจกรรม

ทางปกครองก็คือ คำสั่งทางปกครอง ที่มีผลบังคับเฉพาะรายต่อบุคคลที่ได้รับคำสั่ง และมีลักษณะเป็นรูปธรรม เช่น การออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ปลูกสร้าง ซึ่งลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย และมีลักษณะเป็นรูปธรรม มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายออกไปภายนอกองค์กรนั้น มีปรากฏในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และของไทยเช่นเดียวกัน

2.2.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้ให้ความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือ มีผลกระทบต่องานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎหมาย

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ความหมายของคำสั่งทางปกครองจึงมีนัยถึง 2 ความหมาย โดยความหมายแรกเป็นความหมายตามเนื้อหาที่กฎหมายบัญญัติไว้ใน (1) ส่วน (2) นั้นเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎกระทรวงให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ ในการที่จะกำหนดลักษณะของคำสั่งทางปกครองลงไป และฝ่ายปกครองได้ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีของ

ก. สั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ข. การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ค. การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

ง. การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

(2) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

ความหมายของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เรียกว่า "Verwaltungsakt" มีแนวคิดมาจาก "acte administratif" ของฝรั่งเศส³⁷ และได้ให้ความหมายของคำว่า คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) หรือ ที่แปลมาเป็นภาษาอังกฤษว่า "administrative act" มาตรา 35 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน (VwVfG) บัญญัติว่า "An administrative act shall be any order, decision or other sovereign measure taken by an authority to regulate an individual case in the sphere of public law and which is intended to have a direct, external legal effect. A general order shall be an administrative act directed at a group of people defined or definable on the basis of general characteristics or relating to the public law aspect of a matter or its use by the public at large."³⁸

ซึ่งมีความหมายว่า คำสั่งทางปกครองจะเป็นคำสั่งใดๆ, คำตัดสิน, หรือการใช้อำนาจอธิปไตยอื่นใดที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่จะบังคับในแต่ละกรณี ในแดนของกฎหมายมหาชน และซึ่งถูกมุ่งหมายที่จะให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงออกไปภายนอก คำสั่งทั่วไปทางปกครองจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มุ่งบังคับต่อกลุ่มบุคคลที่ถูกกำหนด หรือ สามารถกำหนดได้ ในหลักเกณฑ์ของลักษณะทั่วไป หรือ เรื่องเกี่ยวกับปัญหากฎหมายมหาชน หรือ การใช้ประโยชน์โดยสาธารณชนส่วนใหญ่

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบแล้ว จะเห็นได้ว่าความหมายของคำสั่งทางปกครองของไทยและเยอรมันมีความหมายเหมือนกัน เพียงแต่คำสั่งทางปกครองของเยอรมัน ในประโยคที่สองได้ขยายความของคำสั่งทั่วไปทางปกครองให้รวมเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่มุ่งบังคับต่อคนทั่วไป เช่น สัญญาอนุญาตไฟจราจร ที่มุ่งบังคับต่อคนที่ขับรถผ่านมา เมื่อเห็นสัญญาอนุญาตไฟจราจรจะต้องปฏิบัติตาม แม้จะมีได้ระบุเฉพาะเจาะจงว่าเป็นผู้ใด แต่บังคับกับคนทั่วไปที่ผ่านทาง กรณีของสัญญาอนุญาตไฟจึงมีลักษณะเป็นรูปธรรม แม้จะต้องบังคับต่อคนทั่วไปก็ตาม ก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองด้วย

กรณีตามนัยดังกล่าวคำสั่งทั่วไปทางปกครองมิได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ของไทย โดยกรณีนี้ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความเห็นว่า "...แต่เราอาจเรียกกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมแต่มีผลบังคับทั่วไปนี้ได้ว่า "คำสั่งทั่วไปทางปกครอง" และอนุโลมเอาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ฯ ที่ได้รับการ

³⁷ Mahendra P. Singh, *supra* note 6, p. 63.

³⁸ Heinrich Siedentopf, Christoph Hauschild and Karl-Peter Sommermann, The Rule of Law in Public Administration and the Administrative Jurisdiction (FORCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICH VERWALTUNG BEI DER HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNGSWISSENSCHAFTEN SPEYER, 1997), p. 26.

บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับได้..."³⁹ ซึ่งเป็นความเห็นทางวิชาการที่เห็นว่าควรนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาใช้บังคับในเรื่องของคำสั่งทั่วไปทางปกครองได้เท่าที่ไม่ขัดกับสภาพของเรื่อง

สำหรับคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. มาตรา 551 ให้ความหมายของคำว่า คำสั่งทางปกครอง (adjudication) โดยต้องพิจารณาความตั้งแต่ความหมายของคำว่าคำสั่งใน (6) "order" means the whole or a part of a final disposition , whether affirmative , negative , injunctive , or declaratory in form , of an agency in a matter other than rule making but including licensing; แปลได้ว่า คำสั่ง หมายความว่า ทั้งหมด หรือ ส่วนหนึ่งของการตัดสินใจขั้นสุดท้าย ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการรับรอง , การปฏิเสธ, การห้าม ,หรือ การประกาศ, ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องอื่นที่มีใช้การออกกฎ แต่รวมถึงการออกใบอนุญาตด้วย

"adjudication" means agency process for the formulation of an order; แปลได้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองหมายความว่า กระบวนการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสำหรับการออกคำสั่ง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความหมายของคำสั่งทางปกครองของเยอรมัน และของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองของเยอรมันและของไถยนั้น บัญญัติได้ความชัดเจนมากกว่าของสหรัฐอเมริกา โดยมาตรา 35 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVG ได้บ่งบอกถึงลักษณะเด่นของคำสั่งทางปกครองว่า "...an authority to regulate an individual case in the sphere of public law and which is intended to have a direct , external legal effect..." ที่เจ้าหน้าที่จะบังคับในแต่ละกรณีคือมีลักษณะเฉพาะเจาะจง ในแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งถูกมุ่งหมายที่จะให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงออกไปภายนอก

ส่วนตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ในส่วนของความหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ตามนัยของคำสั่งทางปกครองของเยอรมันแล้ว ของไทยยังไม่ชัดเจนเท่ากับของเยอรมัน แต่ก็ทำให้เห็นลักษณะเด่นของคำสั่งทางปกครองได้ในส่วนที่บัญญัติถึงการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่องานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล อันเป็น

³⁹วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) , น. 123.

ลักษณะที่บ่งบอกถึงความเป็นรูปธรรม และเฉพาะเจาะจง ที่จะบังคับกับผู้ใดในเรื่องอะไร ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองจะทราบได้ทันที และคำสั่งทางปกครองก็มีผลบังคับทันที

ส่วนกรณีของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. นั้น แม้ตามบทบัญญัติมาตรา 551 (6) ในเรื่องของคำสั่งจะให้ความหมายไว้ว่าไม่รวมถึงการออกกฎอยู่ในความหมายของคำสั่งก็ตาม แต่ในทางวิชาการหรือทางตำราแล้ว มีการระบุลักษณะของคำสั่งทางปกครองกับกฎไว้ในลักษณะที่ค่อนข้างไปในทางเดียวกันกับแนวคิดของระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ในส่วนของคำสั่งทางปกครองนั้น ได้ถูกเรียกว่าเป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ (a quasi-judicial process) และเรียกกฎว่าเป็นกระบวนการกึ่งนิติบัญญัติ (a quasi-legislative process)⁴⁰ ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายวิชาการได้มีการพัฒนาไปในแนวทางเดียวกันกับระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน และมีการนำไปใช้ในทางปฏิบัติกันจนเป็นที่ยอมรับคือ ลักษณะที่ว่าคำสั่งทางปกครองเน้นเรื่องราวในอดีต (retrospective in focus) ที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องวินิจฉัยถึงข้อพิพาทในอดีต (past conflicts) ที่ได้ระบุดูกรณีไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง (specific parties) ในการที่จะออกคำสั่งทางปกครองไปกระทบเขา และคำสั่งทางปกครองมิได้มีลักษณะที่จะคาดหวังให้นำมาใช้ในการพัฒนานโยบายสาธารณะที่มีผลบังคับทั่วไปในอนาคต (broad public policies for the future) คำสั่งทางปกครองได้ถูกออกแบบมาให้มีหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองที่มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการวินิจฉัย (adjudicative fact) ไม่ใช่ ข้อเท็จจริงในทางนิติบัญญัติ (legislative fact)⁴¹

ด้วยความแตกต่างกันในระบบกฎหมายและนิติวิธีทางความคิดของระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน , ไทย และสหรัฐอเมริกานั้น แม้ว่าเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองจะไม่แตกต่างกันในทางปฏิบัติและการบังคับใช้ แต่ในเรื่องของการบัญญัติกฎหมายนั้น ค่อนข้างจะแตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมายและนิติวิธีของแต่ละประเทศ โดยระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันและของไทย เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (civil law) ที่เน้นความชัดเจนของกฎหมายในลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย (objective measure) มากกว่าการร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน แล้วอาศัยการตีความของศาลสูงเป็นแนวทางในการพัฒนาทางนิติวิธีและการบังคับใช้ อันเป็นลักษณะที่เน้นความเป็นอัตวิสัย (subjective measure) นั่นเอง

⁴⁰ Kenneth F. Warren , *supra* note 15 , p. 295.

⁴¹ *Ibid.* p. 296.

2.2.2 องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

2.2.2.1 เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (authority) , (Behörde)

องค์ประกอบสำคัญมากขององค์ประกอบหนึ่ง ซึ่งผู้ที่จะเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการกิจทางปกครองให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองก็เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่จะนำมาใช้ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (4) ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG และยังรวมไปถึงองค์กรใดๆ ที่ปฏิบัติการกิจเกี่ยวกับภารกิจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น องค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมาจกจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เรียกว่า *Beliehene* ให้ใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น สมาคมผู้ตรวจสอบความปลอดภัยของเครื่องจักรกล และรดยนต์ (Technischer Überwachungsverein (TÜV))⁴²

ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองตามนัยของกฎหมายปกครองของเยอรมันและของไทย ไม่แตกต่างกันกล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

จากคำจำกัดความดังกล่าว ในระบบกฎหมายปกครองของไทย จึงไม่แตกต่างจากระบบของเยอรมัน และการมอบอำนาจของฝ่ายปกครองให้เอกชนใช้อำนาจแทนฝ่ายปกครองก็มีในกรณีของสถานที่ตรวจสภาพรถยนต์ของเอกชนที่ได้รับใบอนุญาตจากกรมการขนส่งทางบกให้ตรวจสภาพรถยนต์ที่จะนำมาจดทะเบียนและเสียภาษี ต้องผ่านการตรวจสภาพรถจากพนักงานตรวจสภาพหรือสถานตรวจสภาพรถที่ได้รับอนุญาต⁴³ จึงถือว่าเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจแทนกรมการขนส่งทางบกในการตรวจสภาพรถยนต์ เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 551 (1) “agency” means each authority of the Government of the United States , whether or not it is within or subject to review by another agency , but not include... จากคำนิยามของคำว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามมาตรานี้ หมายถึง เจ้าหน้าที่แต่ละคนของรัฐบาลสหรัฐเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะอยู่ภายใน

⁴² Nigel Foster and Satish Sule , *supra* note 3 , p. 254.

⁴³โปรดดู พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 72 วรรคสอง และ 74

หรือ ภายใต้การทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น และคำสั่งทางปกครอง (adjudication) หรือ (order making) ตามบทบัญญัติของ A.P.A. ถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาจากมาตรา 551 (7) คำสั่งทางปกครอง หมายถึง กระบวนการสำหรับการออกคำสั่ง (9) การออกใบอนุญาต (licensing) รวมถึงกระบวนการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในเรื่อง การให้ , การต่ออายุ , การปฏิเสธ... (12) กระบวนพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หมายถึง กระบวนการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (13) การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง รวมถึง ทั้งหมด หรือ ส่วนหนึ่งของ กฎของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง , คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น

ดังนั้นผู้ออกคำสั่งทางปกครองตามนัยของบทบัญญัติ A.P.A. คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) เพราะตามบทบัญญัติ A.P.A. มาตรา 551 (1) ให้ความหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) ว่าหมายถึง เจ้าหน้าที่แต่ละคนของรัฐบาลสหรัฐ หากติดตามตัวอักษรแล้วก็จะตีความได้ว่าประธานาธิบดีเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย เพราะประธานาธิบดีก็เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลสหรัฐ เหมือนกัน และไม่เข้าเกณฑ์ข้อยกเว้น 8 ประการตามมาตรา 551 (1) (เอ) ถึง (เอช)

แต่อย่างไรก็ตามศาลไม่บังคับใช้บทบัญญัติของ A.P.A. ต่อประธานาธิบดี โดยวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) รวมถึงสำนักงานบริหารของประธานาธิบดี (the Executive Office of the President) ดังนั้นการตีความคำว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงตีความได้ว่าประธานาธิบดี ไม่รวมอยู่ในความหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง(agency)

นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยในคดี *Soucie v. David* , 448 F.2d 1067 (D.C. Cir. 1971) ว่าสำนักงานวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ในสำนักงานบริหารของประธานาธิบดี เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency)⁴⁴ และคณะกรรมการการรูดิสสภาได้พูดถึงเจตนารมณ์ว่า “ถ้อยคำจะไม่ถูกตีความในฐานะที่รวมเจ้าหน้าที่ส่วนตัวของประธานาธิบดีโดยตรงหรือหน่วยงานในสำนักงานบริหาร ซึ่งมีหน้าที่เพียงการให้คำแนะนำและช่วยเหลือประธานาธิบดี”⁴⁵

สรุปได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) ไม่รวมประธานาธิบดีและทีมงานที่ปรึกษาส่วนตัวหรือผู้ช่วยส่วนตัว ดังนั้นในองค์ประกอบของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และ ไทย จึงไม่แตกต่างกันมาก

อนึ่ง ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาในขอบเขตบังคับตามบทบัญญัติของ A.P.A. นั้น หากได้มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึง กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) จะมอบอำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองให้เอกชนกระทำการใดแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้เลย

⁴⁴ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 21 , p. 8.

⁴⁵ *Ibid.*

2.2.2.2 การใช้อำนาจปกครอง

การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นการใช้อำนาจมหาชนที่เป็นอำนาจปกครอง ส่วนอำนาจมหาชนอื่น เช่น อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และอำนาจนิติบัญญัติ ไม่ใช่อำนาจปกครอง ซึ่งอำนาจปกครองเป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐในการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองให้บรรลุผลตามกฎหมาย และอำนาจปกครองเป็นอำนาจเหนือที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิเหนือเอกชนผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องขอความยินยอมใดๆ ก่อน เว้นแต่กรณีตามบทบัญญัติของกฎหมายในการให้สิทธิคุ้มครองกรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง

แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมทรงไว้ซึ่งเอกสิทธิของฝ่ายปกครองในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากทุกฝ่ายมาประกอบการออกคำสั่ง และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดสิทธิของฝ่ายปกครอง ไปแสดงเจตนาทำนิติกรรมทางแพ่งต่อเอกชนในการซื้อขายแลกเปลี่ยนให้เช่า หรืออื่นใดก็ตาม ผลของกฎหมายจะต้องเป็นไปตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชน ฝ่ายปกครองจะใช้เอกสิทธิของฝ่ายปกครองมาใช้ในกรณีนี้ไม่ได้ เว้นแต่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อจัดให้มีบริการสาธารณะ กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของสัญญาทางปกครอง

ในกรณีที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมมีมติให้ไต่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมออกเนื่องจากมีความผิดร้ายแรงต่อตำแหน่งหน้าที่ และประธานศาลฎีกาได้ปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการตุลาการดังกล่าวถือเป็นการใช้อำนาจปกครอง ในเรื่องของการบริหารงานบุคคล และโดยเนื้อหาแล้ว ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของการตรวจสอบโดยศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายยกเว้นกรณีนี้ไว้ ไม่ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง⁴⁶ กรณีใดจะเป็นการใช้อำนาจปกครอง ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายว่า “ให้พิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญว่าเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในขอบเขตของกฎหมายปกครองหรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาจากองค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจ”⁴⁷

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน (VwVfG) มาตรา 35 ได้บัญญัติคำว่า ...in the sphere of public law... และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ที่ให้ความหมายของคำว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือ นิติบุคคล ซึ่งใช้

⁴⁶ โปรดดู พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคสอง (2)

⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2546) , น. 111.

อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด... นั้น ถ้าจะพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) ตามมาตรา 551 (1) ที่ให้ความหมายของคำว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) ว่าหมายถึงเจ้าหน้าที่แต่ละคนของรัฐบาลสหรัฐ ไม่ว่าจะอยู่ภายใน หรือ ภายใต้การทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น แต่ไม่รวมถึง

(เอ) สภาองเกรส (the Congress)

(บี) ศาลของสหรัฐ (the Courts of the United States)

(ซี) รัฐบาลของแคว้น หรือ ที่อยู่ในการครอบครองของสหรัฐ (the government of the territories or possession of the United States)

(ดี) รัฐบาลของมณฑลโคลัมเบีย หรือยกเว้นในเรื่องที่เรียกร้องตามมาตรา 552 ของลักษณะนี้ (the government of the District of Columbia; or except as to the requirement of section 552 of this title)

(อี) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รวมเป็นตัวแทนของคู่กรณี หรือเป็นตัวแทนของตัวแทนขององค์กรของคู่กรณีที่จะต้องตัดสินข้อพิพาทโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น (agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them)

(เอฟ) ศาลทหาร และคณะกรรมการทหาร (courts martial and military commissions)

(จี) เจ้าหน้าที่ทหารที่ปฏิบัติหน้าที่ในพื้นที่ในช่วงเวลาสงคราม หรือในพื้นที่ที่ถูกยึดครอง (military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory) หรือ

(เอช) หน้าที่ที่กำหนดให้โดย มาตรา 1738 , 1739 , 1743 และ 1744 ของลักษณะ 12 ; บทที่ 2 ของลักษณะ 41 ; หรือ มาตรา 1622, 1884 , 1891- 1902 , และ ก่อนมาตรา 1641 (b)(2) , ของลักษณะ 50 , ภาควงก (functions conferred by sections 1738 , 1739 , 1743 , and 1744 of title 12 ; chapter 2 of title 41 ; or sections 1622 , 1884 , 1891 – 1902 , and former section 1641 (b)(2) , of title 50 , appendix;)

สำหรับประเด็นเรื่องการใช้อำนาจปกครองนั้น สามารถเปรียบเทียบระบบกฎหมายปกครองของทั้งสามระบบได้ว่า มีการบัญญัติให้เห็นถึงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองค่อนข้างจะชัดเจนสำหรับกรณีของเยอรมันที่บัญญัติว่าต้องเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายมหาชน (...in the sphere of public law...) ส่วนของไทยตามคำนิยามของคำว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือ นิติบุคคล ผู้ใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามกฎหมาย ส่วนกรณีตามบทบัญญัติของ A.P.A. ของสหรัฐอเมริกานั้น ตามมาตรา 551 (1) ที่ให้

ความหมายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) หมายถึง เจ้าหน้าที่แต่ละคนของรัฐบาลสหรัฐ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ถึงการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของรัฐบาลสหรัฐ โดยพิจารณาประกอบกับกฎหมายในส่วนสารบัญญัติที่บัญญัติถึงการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในเรื่องนั้นๆ ด้วย

โดยกรณีนี้ศาสตราจารย์ เคนเนท คัลป์ เดวิส (Kenneth Culp Davis) ให้ข้อสังเกตว่าในความหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนหน้าที่ตีความประธานาธิบดีเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย เพราะเจ้าหน้าที่ส่วนตัวและหน่วยงานส่วนตัวของประธานาธิบดีอาจจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลเมื่อใดก็ตามที่เขาใช้อำนาจที่ได้รับมอบมา (whenever they exercised delegated power)⁴⁸ ซึ่งมีลักษณะของอำนาจอรัฐที่เป็นอำนาจที่เหนือกว่าเอกชน จึงเป็นลักษณะของอำนาจอมาฆาตเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายของเยอรมันและของไทย

2.2.2.3 การสร้างนิติสัมพันธ์

การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจต่อบุคคลใดๆ ก็ตาม ให้อำนาจทุกการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น แต่จะต้องเป็นการกระทำที่มีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่จะให้เกิดผลในทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เช่น

การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมวินิจฉัยอุทธรณ์เงินค่าทดแทนการเวนคืนที่ดิน และแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ถือว่าการวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ อันเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นใหม่ กระทบสิทธิต่อผู้ฟ้องคดีทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยมิชอบ⁴⁹

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และจำนวนเงินชดเชยพิเศษ แทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพจังหวัดลพบุรีที่ได้วินิจฉัยสิทธิการขอรับเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพของผู้ฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำในรูปของคณะกรรมการ อันเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ จึงไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนนำคดีมาฟ้อง⁵⁰

⁴⁸ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 21 , p. 8.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 13/2545

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 38/2546

คำสั่งให้ผู้ใดชำระเงินตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มาตรา 12 ประกอบมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นคำสั่งทางปกครอง⁵¹

1. การออกโฉนดที่ดิน เป็นคำสั่งทางปกครอง
2. คำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่สร้างโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นคำสั่งทางปกครอง
3. หนังสือปฏิเสธการออกใบอนุญาตส่งออกข้าว ที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี หนังสือปฏิเสธดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง⁵²

4. คำสั่งไม่รับคำกล่าวหาว่าทนายความประพฤติผิดมารยาททนายความของประธานกรรมการมารยาททนายความเป็นการระงับสิทธิในการกล่าวหาว่าทนายความประพฤติผิดมารยาททนายความ คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539⁵³

อย่างไรก็ตามการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย หรือมิได้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ใด ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น

การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (เจ้าหน้าที่) มีหนังสือถึงผู้ฟ้องคดีให้แก้ไขหลักฐานประกอบคำขอรับใบอนุญาตประกอบการฯ เป็นขั้นตอนการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อนำมาพิจารณาประกอบการออกใบอนุญาตประกอบการฯ ต่อไป มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่จะมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี อันจะมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี อันมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง⁵⁴

การทำรายงานข้อเท็จจริงและความเห็นเสนอนายอำเภอ เป็นเพียงการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเป็นการเตรียมการและดำเนินการ เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง การกระทำดังกล่าวมิใช่คำสั่งทางปกครอง⁵⁵

การให้ความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาเงินเดือนแห่งชาติเป็นเพียงขั้นตอนการพิจารณาทางปกครอง มิใช่คำสั่งทางปกครอง⁵⁶

⁵¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 86/254

⁵³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 119/2546

⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 4/2546

⁵⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2546

⁵⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 128/2546

การออกคำสั่งตั้งกรรมการสอบสวนวินัย เป็นเพียงขั้นตอนภายในเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงในการที่ผู้มีอำนาจจะวินิจฉัยหรือออกคำสั่งตามความเห็น การออกคำสั่งตั้งกรรมการสอบสวนวินัยจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง⁵⁷ และ

การกระทำที่มีได้มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย แต่มุ่งให้เกิดผลในทางข้อเท็จจริง เช่น ปฏิบัติการทางปกครอง หรือ การให้คำแนะนำ ความเห็น หรือ คำปรึกษา ดังตัวอย่างข้างต้น ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง⁵⁸

ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐของประเทศเยอรมันนี้ ได้กล่าวเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นลักษณะของการประกาศไว้⁵⁹ ว่าลักษณะของการประกาศนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ในสิทธิตามกฎหมายในเฉพาะกรณี การประกาศแต่งตั้งหรือไล่ออก หรือปลดออกข้าราชการพลเรือนเป็นคำสั่งทางปกครอง

แต่มาตรการทางปกครองที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริง เช่น ปฏิบัติการทางปกครอง , ให้คำแนะนำ , ให้ข้อมูล , สืบสวน , ตระเตรียม , หรือ การแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากการมุ่งที่จะให้เกิดผลตามกฎหมาย เช่น การให้ความกระจ่างเกี่ยวกับการจ่ายเงิน หรือเวลาที่กำหนดไม่ใช่เป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลตามกฎหมาย⁶⁰ จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

ในส่วนของกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. นั้น ความชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะที่เป็นเกณฑ์ในเชิงภาวะวิสัย (objective measure) หาได้มีเท่าเทียมกันกับบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แต่อย่างใดไม่ แต่บทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 551 (6) ที่ให้ความหมายของคำว่า คำสั่ง หมายความว่า ทั้งหมด หรือ ส่วนหนึ่งของการตัดสินใจขั้นสุดท้าย ไม่ว่าจะในรูปแบบของการรับรอง การปฏิเสธ การห้าม หรือ การประกาศของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องอื่นที่ไม่ใช่การออกกฎ แต่รวมถึงการออกใบอนุญาต และ คำสั่งทางปกครองหมายความว่ากระบวนกรของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสำหรับการออกคำสั่ง

โดยนัยของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจ (delegates) ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจรัฐที่จะใช้มาตรการทางปกครอง เช่นการออกกฎ หรือ คำสั่งทางปกครอง ในการ

⁵⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 177/2546

⁵⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จีรรัชการพิมพ์ , 2540) น. 106.

⁵⁹ 14 BVerwGE 151,152, and 34 BVerwGE 353,354, quoting Mahendra P. Singh , *supra* note 5 , p. 66.

⁶⁰ *Ibid.*

กระทำการใดให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) ได้ออกคำสั่งทางปกครอง ในลักษณะของการตัดสินใจขั้นสุดท้าย ในรูปแบบของการรับรอง การปฏิเสธ การห้าม หรือ การประกาศ และการออกใบอนุญาตนั้น นัยของการออกคำสั่งดังกล่าวได้มุ่งที่จะให้เกิดผลตามกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจมา และคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นการวางนโยบายและจัดตั้งบรรทัดฐานที่โดยปกติแล้วมีผลกระทบทางกฎหมาย (the impact of law)⁶¹ เช่น คณะกรรมการโทรคมนาคมสหรัฐ (the Federal Communication Commission) ได้ออกคำสั่งทางปกครองห้ามสถานีโทรทัศน์แพร่ภาพในเวลาที่กำหนด เป็นต้น

2.2.2.4 การมีผลเฉพาะกรณี

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ที่ให้ความหมายของคำว่า คำสั่งทางปกครองว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระับ หรือ มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ โดยลักษณะของกฎมีลักษณะที่เป็นนามธรรม และมีผลบังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ กรณีที่มีการวางหลักไว้แต่ยังไม่ใช้กับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดโดยเฉพาะ⁶²

ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้น มีลักษณะเป็นรูปธรรม และมีผลเฉพาะกรณี กล่าวคือ เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาแล้วว่าใครทำอะไร ที่ไหน อย่างไร เช่น

เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองให้นาย ก รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่ไม่ได้ขออนุญาต หรือ อาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ระบุชื่อใครไว้ก็ได้ เช่น การพบว่ามิได้ขออนุญาตเข้าไปปลูกสร้างอาคารในที่สาธารณะโดยผู้กระทำไม่อยู่ การประกาศคำสั่งทางปกครองอาจกระทำได้โดยการประกาศโดยไม่ระบุชื่อผู้ที่จะถูกบังคับตามคำสั่ง⁶³ และตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 35 ก็มีบัญญัติเกี่ยวกับคำว่า เฉพาะกรณี (an individual case) ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะออกคำสั่งทางปกครองบังคับในแต่ละกรณีใดกับผู้ใด ซึ่งมีลักษณะที่เป็นรูปธรรม (concrete) และ เฉพาะเจาะจง (specific) นอกจากนี้ ในกรณีของคำสั่งทั่วไปทางปกครองตามประโยคที่สองของมาตรา 35 VwVfG ที่ใช้บังคับกับกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดที่สามารถกำหนดได้ ของหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไป เช่น การออกคำสั่งห้ามประชาชนมิให้ใช้ถนนสายใดสายหนึ่งเพราะ

⁶¹ Kenneth F. Warren , *supra* note 15 , p. 296.

⁶² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58 , น. 112.

⁶³ เพิ่งอ้าง.

อันตรายจากระเบิด หรือ ห้ามขายสลัดชนิดใดชนิดหนึ่งในบริเวณที่กำหนดในที่ซึ่งสลัดได้เป็นสาเหตุของการติดเชื้อและแพร่ระบาดในบริเวณนั้น⁶⁴

คำสั่งทางปกครองตามนัยของระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น จะมีลักษณะตรงข้ามกับกฎ ตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 551 (4) "rule" means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement , interpret , or prescribe law or policy or describing the organization , procedure , or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates , wages , corporate or financial structures or reorganizations thereof , prices , facilities , appliances , services or allowances therefore or of valuations , costs , or accounting , or practices bearing on any of the foregoing ;

(5) "rule making" means agency process for formulating , amending , or repealing a rule;

กล่าวคือ กฎมีลักษณะที่มุ่งให้เกิดผลบังคับในอนาคต (future effect) และบังคับใช้กับคนทั่วไป (general) และรวมถึงลักษณะที่เป็นนามธรรม เช่นการออกกฎ การตีความกฎหมาย หรือนโยบาย เป็นต้น

ตรงข้ามกับลักษณะของคำสั่งที่เน้นเรื่องเหตุการณ์ในอดีต มุ่งบังคับเฉพาะกรณี และมีลักษณะเป็นรูปธรรม คำสั่งทางปกครองไม่มีลักษณะที่จะมุ่งให้เกิดผลในอนาคต แต่มุ่งที่จะออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต (past conflicts) ระหว่างคู่กรณีเฉพาะราย (specific parties) และจำกัดการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองใน

การออกคำสั่งทางปกครองเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

นอกจากนี้ข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองก็ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการวินิจฉัย (adjudicative fact) มิใช่ legislative fact โดยข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการวินิจฉัย (adjudicative fact) เป็นเรื่องที่ใครทำอะไรกับใคร และสำหรับเหตุผลอะไร เพื่อที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเฉพาะราย (specific parties)⁶⁵

ส่วนข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการวินิจฉัย (adjudicative fact) เป็นข้อเท็จจริงที่โดยปกติตอบคำถามว่าใครทำอะไร ที่ไหน เมื่อไร อย่างไร ทำไม ด้วยเจตนาอะไร ข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการวินิจฉัยนั้น ถ้าพิจารณาอย่างหยาบๆ แล้ว จะเป็นคดีประเภทที่จะต้องได้รับการพิจารณาโดยลูกขุนในคดีที่ใช้

⁶⁴ Mahendra P. Singh , *supra* note 5 , p. 67.

⁶⁵ Kenneth F. Warren , *supra* note 15 , p. 296.

ลูกขุน⁶⁶ ยิ่งกว่านั้นแล้ว ข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการวินิจฉัยยังเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับธุรกิจ และกิจกรรมของเขา ที่โดยแท้จริงแล้วเป็นข้อเท็จจริงประเภทที่ไม่ควรที่จะถูกตัดสินโดยปราศจากการให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะทราบและที่จะพบกับพยานหลักฐานที่จะตัดสินเขา นั่นคือปราศจากการให้คู่กรณีมีโอกาสสำหรับการสืบพยาน⁶⁷

คำสั่งทางปกครองจึงเป็นลักษณะที่มุ่งที่จะบังคับโดยตรงต่อคู่กรณีเฉพาะราย ไม่ใช่สาธารณชนทั่วไป และใช้ข้อเท็จจริงที่จะต้องมีการวินิจฉัยในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ในเรื่องนี้มีผู้เชี่ยวชาญกฎหมายปกครองที่สำคัญ เช่น Kenneth C. Davis , Henry J. Friendly , Davis Shapiro , J. Skelly Wright , Richard K. Berg and Cornelius M. Kerwin เชื่อว่าจะเป็นการไม่ฉลาดที่จะที่จะประกาศใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปโดยกระบวนการออกคำสั่ง⁶⁸ และคำว่า “case-by-case approach”⁶⁹ หรือ คำที่เปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนของกฎ และคำสั่งทางปกครอง คือ “future-general” และ “past-specific”⁷⁰

2.2.2.5 การมีผลออกไปภายนอกโดยตรง

ถ้าพิจารณาจากมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่ว่าคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่าคำสั่งทางปกครองจะเริ่มมีผลบังคับเมื่อได้แจ้งให้บุคคลภายนอกฝ่ายปกครองที่เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทราบสิทธิและหน้าที่ที่ตนจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ตราบใดที่ยังไม่แจ้งคำสั่งทางปกครองให้บุคคลภายนอกรับทราบ เพื่อที่จะปฏิบัติตามคำสั่งแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังไม่เกิดสภาพบังคับ และองค์ประกอบในส่วนนี้ทำให้เห็นความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองกับคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ที่ผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปกระทำการทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น

⁶⁶ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , Administrative Law Treatise 2nd ed. Vol. 2 (San Diego : K.C. Davis Pub. Co. , 1979) , p. 413.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Kenneth F. Warren , *supra* note 15 , p. 297.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, p. 298.

การทำรายงานข้อเท็จจริงและความเห็นเสนอนายอำเภอ เป็นเพียงการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเป็นการเตรียมการและดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง ยังไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง⁷¹

หนังสือรายงานเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีการร้องเรียนต่อนายกรัฐมนตรีเรื่องที่ดินทำกินถึงเลขาธิการนายกรัฐมนตรี มิได้มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นมาตรการภายในของหน่วยงานทางปกครอง⁷²

ความเห็นอนุกรรมการสำรวจตรวจสอบความต้องการของราษฎรผู้ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างโครงการพัฒนาลุ่มน้ำปาลักษ์ ได้มีความเห็นในการประชุม ว่าราษฎรผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิและไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพ และผู้ว่าราชการจังหวัด ได้ประกาศแจ้งรายชื่อผู้มีสิทธิและไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชยพิเศษดังกล่าว โดยอ้างความเห็น

คณะอนุกรรมการฯ ความเห็นอนุกรรมการฯ และประกาศดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะมีผลเป็นการกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี รายชื่อและประกาศดังกล่าวจะต้องมีการนำเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาต่อไปอีก⁷³

ตัวอย่างคดีของศาลปกครองสหพันธ์ ข้อเท็จจริงเป็นการย้ายเจ้าหน้าที่จากตำแหน่งหนึ่งหรือ สถานที่หนึ่งไปอีกที่หนึ่ง เป็นการกระทำภายในองค์กรฝ่ายปกครอง⁷⁴

สำหรับคำสั่งทางปกครอง (adjudication) ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. หาได้มีการบัญญัติองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองที่ให้มีผลทางกฎหมายออกไปภายนอกแต่อย่างใดไม่ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 35 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ที่บัญญัติว่า "...external legal effect..." เพียงแต่เมื่อพิจารณาตามเนื้อหาของคำสั่ง (order) ตามมาตรา 551 (6) ของ A.P.A. ที่หมายถึง การตัดสินใจขั้นสุดท้าย ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของการรับรอง การปฏิเสธ การห้าม หรือ การประกาศ ประกอบกับมาตรา 554 ที่บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองถูกเรียกร้องโดยรัฐบัญญัติที่จะถูกตัดสินในจำนวน หลังจากให้โอกาสสำหรับการรับฟังคู่กรณีของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (c) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะให้คู่กรณีที่มีส่วนได้เสียมีโอกาสสำหรับ... แสดงนัยในตัวเองว่า ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกมากระทบสิทธิของผู้มีส่วนได้เสีย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) ในการออกคำสั่งทางปกครองมา

⁷¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2546

⁷² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 71/2546

⁷³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 375/2546

⁷⁴ 60 BVerwGE 144. quoting Mahendra P. Singh , *supra* note 5 , p. 69.

บังคับใช้กับบุคคลเป็นกรณีเฉพาะราย (specific parties) โดยระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาเป็นวิธีที่ต่างจากระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน ที่พัฒนาการทางกฎหมายนั้น เริ่มจากแนวทางของ Due process ที่เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัย (subjective) แล้วปล่อยให้ศาลเป็นผู้พัฒนาจากคดีต่างๆ ที่ถือว่าเป็นบรรทัดฐาน (precedents) จนนำมาสู่การร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่างจากระบบกฎหมายของเยอรมัน และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (civil law) ดำเนินการร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น โดยพัฒนาการมาจากหลักกฎหมายทั่วไป ทฤษฎี และจารีตประเพณีที่ยอมรับปฏิบัติกันในสังคมจนนำมาสู่การร่างเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และหลังจากบัญญัติใช้แล้ว หากเกิดช่องว่างของกฎหมาย หรือ มีความจำเป็นในการตีความกฎหมาย ศาลจะเป็นผู้ตีความกฎหมาย และทำให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงเป็นแนวการพัฒนาที่เริ่มจากกฎเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัย (objective) ไปสู่กฎเกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัย (subjective) ส่วนระบบของสหรัฐอเมริกา เป็นการพัฒนาไปในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ เป็นการพัฒนาจากกฎเกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัย (subjective) ไปสู่กฎเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัย (objective)

2.2.3 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

2.2.3.1 คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์

คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกรรณนั้น มีลักษณะเป็นคำสั่งที่ให้คุณประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง เช่น

1. การให้ใบอนุญาตปลูกสร้างบ้าน⁷⁵
2. คำสั่งเลื่อนชั้นเงินเดือนประจำปี คำสั่งอนุมัติปริญญาบัตร คำสั่งให้ทุนการศึกษา คำสั่ง

อนุมัติเงินอุดหนุนเกษตรกร⁷⁶

3. คำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เสมอ⁷⁷

นอกจากนี้ภายใต้บังคับของหลักความคุ้มครองความคาดหวังโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมมีผลทำให้การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกรณีนี้ ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ทำได้อย่างจำกัด

⁷⁵ Mahendra P. Singh , *supra* note 5 , p. 71.

⁷⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 47 , น. 124.

⁷⁷ เพิ่งอ้าง.

คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 551 (6) ที่ออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบของการรับรอง (affirmative) การประกาศในทางที่ให้ประโยชน์ (declaratory) และรวมถึง การออกใบอนุญาต (licensing) ตาม (9) ที่เป็นการให้ (grant) และ การต่ออายุ (renewal)

2.2.3.2 คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ

คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระนั้น มีลักษณะตรงข้ามกับคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ผลทางร้ายแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งปฏิเสธการให้ใบอนุญาตปลูกสร้างอาคาร คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ คำสั่งเรียกเก็บภาษีเพิ่ม⁷⁸ การไล่ข้าราชการออก การห้ามใช้อาคารที่อันตราย การสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นลักษณะของการแทรกแซงสิทธิของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว⁷⁹

ตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 551 (6) (7) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระเป็น คำสั่งในรูปแบบปฏิเสธ (negative) ห้าม (injunctive) การประกาศในทางที่เป็นโทษ (declaratory) และรวมถึงการออกใบอนุญาต (licensing) ตาม (9) ที่เป็นการปฏิเสธ (denial)

การยกเลิก (revocation) การพักใบอนุญาต (suspension) การเพิกถอน (annulment) การถอน (withdrawal) การจำกัด (limitation) การแก้ไขในทางที่เป็นโทษ (amending) การเปลี่ยนแปลงในทางที่เป็นโทษ (modification) หรือกำหนดเงื่อนไขในทางที่เป็นโทษ (conditioning) ของใบอนุญาต (license)

2.2.3.3 คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลที่สามได้ ซึ่งส่งผลให้บุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มีสิทธิที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อให้เกิดการเยียวยาต่อความเสียหายที่บุคคลที่สามได้รับ เช่น การออกใบอนุญาตให้ปลูกสร้างบ้านพัก หรือ โรงงาน ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของเพื่อนบ้าน⁸⁰

⁷⁸ เพิ่งอ้าง .

⁷⁹ Mahendra P. Singh , *supra* note 5 , p. 71.

⁸⁰ *Ibid.*

ดังนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนอกจากจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะ สิทธิของผู้ยื่นคำขออนุญาตแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีดังกล่าวว่าเกิดผลกระทบในทางเป็นโทษกับผู้ใดบ้างหรือไม่ เรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางนี้ยังไม่มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย⁸¹

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 551 (3) คู่กรณี รวมถึง บุคคล หรือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ระบุชื่อไว้ หรือ ได้รับการยอมรับในฐานะคู่กรณี หรือ การแสวงหา และได้รับอย่างถูกต้องเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการยอมรับในฐานะคู่กรณี ในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และบุคคล หรือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการยอมรับโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในฐานะคู่กรณี สำหรับความมุ่งหมายที่จำกัด

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. เปิดกว้างให้บุคคลภายนอกที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้เช่นกัน โดยพิจารณาจากมาตรา 554 ที่มีได้บัญญัติให้สิทธิในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเฉพาะคู่กรณีที่รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น มาตรา 554 ใช้เพียงคำว่า บุคคลได้รับสิทธิที่จะได้รับการแจ้งการรับฟังของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Persons entitled to notice of an agency hearing ...) ตาม (b) และตาม (c) ที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะให้ผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมดมีโอกาสสำหรับการ...(The agency shall give all interested parties opportunity for -) และ (d)(1) ที่เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) ให้โอกาสคู่กรณีทั้งหมดที่จะมีส่วนร่วม (...opportunity for all parties to participate...)และมาตรา 555 (b) "...So far as the orderly conduct of public business permits, an interested person may appear before an agency or its responsible employees for the presentation , adjustment , or determination of an issue , request , or controversy in a proceeding , whether interlocutory , summary , or otherwise , or in connection with an agency function." และตามคู่มือการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของอัยการในการปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติของ A.P.A. (1974) ที่พูดว่า "ประโยชน์พิจารณาได้ว่า บุคคลที่มีส่วนได้เสียอาจจะปรากฏตัว ไม่เพียงแต่ในเรื่องเกี่ยวกับการออกกฎ , คำสั่งทางปกครอง และการออกใบอนุญาต แต่ยังรวมถึงในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่อื่นๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง บทบัญญัตินี้ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการตีความว่าเป็นการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้การแจ้งให้ทราบถึงความมุ่งหมายของการกระทำ...โอกาสสำหรับการได้รับการพิจารณาอย่างไม่เป็นรูปแบบพิธีการ...ซึ่งหมายความว่าบุคคลใดๆก็ตาม ควรที่จะได้รับโอกาสที่จะประชุม หรือ ถกเถียงกับเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ หรือ พนักงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องที่เขามี

⁸¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47 , น. 125.

ส่วนได้เสียอย่างถูกต้อง โอกาสนี้ควรขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ หรือ พนักงาน ผู้ซึ่งสามารถตัดสินเรื่องราวได้ หรือ ภาระหน้าที่ของเขาเป็นการทำคำแนะนำในเรื่องเช่นนั้น มิใช่เจ้าหน้าที่หรือพนักงาน ซึ่งมีหน้าที่เพียงแต่ทำตามระเบียบแบบแผน...การปรากฏตัวควรได้รับอนุญาต เว้นแต่ในกรณีที่จะขัดแย้งกับการปฏิบัติตามระเบียบของหน่วยงานสาธารณะ...."⁸² Easton Utilities Commission v. Atomic Energy Commission , 424 F.2d 847 , 852 (D.C. Cir. 1970)

ศาลอุทธรณ์(D.C.Cir.) พูดว่าบทบัญญัติไม่ได้ "มองไม่เห็นอย่างชัดเจน" เพราะว่ามันถูกจำกัดโดยประโยคแรกที่ว่า ภายใต้บทบัญญัติ การร้องสอด (intervention) อาจจะยังคงได้รับการปฏิเสธ⁸³ กรณีนี้เท่ากับว่ากรณีตามมาตรา 555 (b) เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียในคำสั่งทางปกครองเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยพิจารณาจากคำว่า "the orderly conduct of public business permit" และจากการตีความของศาลแสดงว่าหลักทั่วไปในการเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองคือไม่อนุญาต เว้นแต่ การปฏิบัติตามกฎระเบียบของหน่วยงานสาธาณูปโภคจะเปิดช่องอนุญาต และตามรัฐบัญญัติคณะกรรมการการค้าของสหรัฐ (the Federal Trade Commission Act) 15

U.S.C. มาตรา 45 (b) บัญญัติว่า "บุคคลใดๆ... อาจจะทำคำขอ และแสดงเหตุผลที่ดี อาจจะได้รับอนุญาตโดยคณะกรรมการที่จะร้องสอด..."⁸⁴

อย่างไรก็ตามในทางตำราจะเรียกว่า "intervenor" หรือ "party of interest"⁸⁵ ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่สาม(private outside parties)ที่ร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพราะเขาจะต้องได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งหรือจะต้องถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งเช่น สถานีโทรทัศน์สองสถานีที่อยู่ในเครือข่ายที่เรียกร้องหลักเกณฑ์ใหม่หรือนโยบายที่กระทบต่ออุตสาหกรรมของเขา หรือ กลุ่มสิ่งแวดล้อม เช่นสหภาพนักวิทยาศาสตร์ที่แทรกแซงในกระบวนการรับฟังความในการออกใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องคณะกรรมการควบคุมพลังงานนิวเคลียร์และบริษัทที่ให้บริการสาธาณูปโภค⁸⁶

⁸² Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , Administrative Law Treatise 2nd ed. Vol. 3 (San Diego : K.C. Davis Pub. Co. , 1980) , p. 64.

⁸³ *Ibid.* p. 65.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Kenneth F. Warren , *supra* note 15 , p. 296.

⁸⁶ *Ibid.*

2.2.4 หลักการที่ใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริงในการออกคำสั่งทางปกครอง

เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อดำเนินการกิจทางปกครองให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย สิ่งสำคัญที่สุดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงก็คือ ข้อเท็จจริงที่จะนำมาปรับเข้ากับข้อกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เพื่อให้เกิดความถูกต้องแก่คำสั่งทางปกครอง อันเป็นเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั่นเอง คำสั่งทางปกครองใดที่ออกไปโดยไม่มีข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแล้ว ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง หรือไม่สมบูรณ์ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่ออกคำสั่งทางปกครองออกไปโดยมิได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุในการออกคำสั่ง ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง หรือแม้แต่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก็เสียหายด้วย เพราะผลกระทบที่ตามมาจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามข้อเท็จจริงดังกล่าว นอกจากจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังเป็นการทำลายประสิทธิภาพของระบบราชการโดยรวมให้เสียหายอีกด้วย

ดังนั้นก่อนที่จะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองให้สมบูรณ์ถูกต้องที่สุด และในฐานะที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็หาใช่จะผูกพันแต่ประโยชน์ของรัฐโดยไม่คำนึงถึงความถูกต้องชอบธรรม แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักก็จริง แต่ในขณะเดียวกันประโยชน์ของเอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองก็ต้องได้รับการคำนึงถึงด้วย แต่อย่างไรก็ตามประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชน แต่เอกชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจะต้องได้รับการเยียวยาจากรัฐเช่นกัน และหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งแต่ประโยชน์ส่วนรวม โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์เอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเลย ผลที่ตามมาก็จะทำให้ระบบราชการขาดความเชื่อถือและไว้วางใจจากประชาชน ประชาชนที่สุจริตไม่สามารถที่จะคาดหวังในความมั่นคงแน่นอนของระบบกฎหมายได้แล้ว เมื่อนั้นสังคมโดยรวมก็จะขาดเสถียรภาพ ระบบกฎหมายก็จะขาดการยอมรับนับถือจากประชาชนอีกต่อไป

ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องจึงเป็นสิ่งสำคัญสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะนำมาเป็นเหตุในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง แต่ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและชอบธรรมนั้น จะต้องอาศัยหลักการของกฎหมายที่จะใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริงมาเพื่อนำมาพิสูจน์ความจริงให้ได้ ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เพื่อนำไปใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อันก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวม และในขณะเดียวกันก็ให้ความเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง หลักการของกฎหมายที่จะใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อนำมาพิสูจน์ความจริงจึงเป็นสิ่งสำคัญ และหลักการของกฎหมายที่ใช้ใน

การแสวงหาความจริง หรือ นำความจริงเข้าสู่การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ ศาล นั้น ที่ใช้กันแพร่หลายในระบบสากลก็มีหลักการไต่สวน (inquisitorial principle) ที่นิยมใช้กันในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป หรือ ประเทศที่ใช้ระบบ civil law ส่วนอีกระบบคือ หลักการกล่าวหา (adversary principle) เป็นระบบที่นิยมใช้กันในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ common law อันมีประเทศอังกฤษ และ สหรัฐอเมริกา เป็นหลัก รวมถึงประเทศที่อยู่ในเครือจักรภพของสหราชอาณาจักรด้วย อย่างไรก็ตาม กระบวนพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะแตกต่างจากกระบวนพิจารณาคดีของศาล

ระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน และของไทยเป็นระบบ civil law ที่ความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายลายลักษณ์จะบัญญัติไว้ให้เห็นได้ชัดเจน โดยตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 24 และ 26 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 28 และ 29 จะบัญญัติให้เห็นชัดเจนได้เลยว่า เป็นหลักการไต่สวน

ส่วนหลักของกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่จะใช้ในการแสวงหาความจริงนั้น ตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. นั้น หาได้มีมาตราใดบัญญัติไว้ชัดเจนเช่นเดียวกันกับของเยอรมัน และของไทย คงต้องพิจารณากันในเชิงเนื้อหาของกฎหมายว่าในกระบวนพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นหลักใดใดกันแน่ โดยอาจแยกพิจารณาทั้งสองหลักได้ดังต่อไปนี้

2.2.4.1 กรณีการออกคำสั่งทางปกครองของเยอรมัน

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ได้บัญญัติหลักการไต่สวนไว้ในมาตรา 24 และ 26 โดยหลักการของมาตรา 24 นั้น จะถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ควบคุมกระบวนพิจารณาทางปกครองในการแสวงหาข้อเท็จจริง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ตัดสินใจข้อเท็จจริงด้วยตนเอง และจะกำหนดชนิดและขอบเขตของวิธีการแสวงหาข้อเท็จจริง และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ผูกพันกับพยานหลักฐานของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงทุกด้านของแต่ละเรื่อง รวมทั้งการคำนึงถึงประโยชน์ต่อคู่กรณีด้วย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่ปฏิเสธการรับคำแถลง หรือคำร้องที่ยื่นเข้ามาภายในขอบอำนาจหน้าที่ที่จะพิจารณาว่า คำแถลงหรือคำร้องนั้นไม่สามารถรับได้ หรือ ไม่ชอบธรรม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับข้อเท็จจริงจากทุกทาง ส่วนข้อเท็จจริงที่รับเข้ามาแล้วจะตัดสินใจอย่างไร เป็นการใช้ดุลพินิจในการประเมินข้อเท็จจริงของตัวเจ้าหน้าที่เอง

ในกรณีที่จำเป็น เพื่อให้เกิดความแน่นอนของข้อเท็จจริงในคดี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะรวบรวมข้อมูลจากทุกทาง , รับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณี , พยานบุคคล และพยาน

ผู้เชี่ยวชาญ หรือรวบรวมคำแถลงที่เป็นลายลักษณ์จากคู่กรณี , พยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ รวมทั้งการเรียกเอกสารและบันทึก และตรวจพื้นที่ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อเท็จจริงจากทุกทางเข้าสู่การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 26 (1) VwVfG รวมทั้งการใช้ข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่รู้เอง (take judicial notice of any fact)⁸⁷

นอกจากนี้คู่กรณีจะต้องช่วยในการทำให้ข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองให้เกิดความชัดเจนแน่นอน โดยการแจ้งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบ ในกรณีที่กฎหมายเรียกร้องโดยเฉพาะคู่กรณีมีหน้าที่ต้องมาพบเจ้าหน้าที่ด้วยตนเอง หรือทำแถลง ตามมาตรา 26 (2) VwVfG

เมื่อมีกฎหมายเรียกร้องโดยเฉพาะหน้าที่ของพยาน และพยานผู้เชี่ยวชาญในการที่จะทำคำแถลง หรือให้ความเห็น เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองร้องขอ และพยาน หรือ พยานผู้เชี่ยวชาญจะได้รับค่าตอบแทน ตามมาตรา 26 (3) VwVfG

ดังนั้นกระบวนการพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันในการออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นหลักการไต่สวน (inquisitorial principle) หรือ หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuehungsgrundsatz)⁸⁸ ที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาในการแสวงหาข้อเท็จจริงจากทุกทาง รวมทั้งใช้ข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่รู้เอง โดยคู่กรณีมีหน้าที่ให้ความร่วมมือช่วยทำให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในข้อเท็จจริงที่เข้าสู่การพิจารณา ในกรณีของกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal procedure) นั้น จะต้องใช้กระบวนการพิจารณาที่เรียบง่าย เหมาะสม ไม่ยึดติดกับรูปแบบ และไม่ให้เกิดความล่าช้าที่ไม่เหมาะสมในกระบวนการพิจารณา ตามมาตรา 10 VwVfG

ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) กระบวนการพิจารณาทางปกครองก็จะมีขั้นตอนเพิ่มขึ้น และรูปแบบของกระบวนการพิจารณาจะมีความใกล้เคียงกับการพิจารณาคดีของศาล ตามบทบัญญัติมาตรา 64 ถึง 71 โดย คู่กรณีจะได้รับโอกาสในการมาให้การด้วยวาจา (oral hearing) ตามมาตรา 67 (1) และคู่กรณียังมีโอกาสในการร่วมรับฟังพยาน , พยานผู้เชี่ยวชาญ และตรวจพื้นที่ที่เกี่ยวข้อง และยังมีโอกาสถามคำถามพยานได้อีกด้วย ตามมาตรา 66 (2) ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ส่วนเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความอาจจะเป็นคนละคนกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 68 (1) VwVfG และรูปแบบของกระบวนการพิจารณาทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร

⁸⁷ Mahendra P. Singh , *supra* note 5 , p. 75.

⁸⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน , (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2547) , น 227.

โดยเจ้าหน้าที่จะนำข้อเท็จจริงทั้งหมดที่ได้รับมาจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองมาพิจารณา เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องมาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายต่อไป และคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 69 (1) และ (2) VwVfG

ส่วนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เกี่ยวกับการขออนุญาต กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 71a ถึง 71e เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) เป็นการพิจารณาคำขออนุญาตที่มีขอบเขตบังคับใช้ในการประกอบธุรกิจ ซึ่งต้องเป็นธุรกิจการค้าเท่านั้น ไม่รวมถึงการขออนุญาตในเรื่องส่วนตัว และเป็นกระบวนการพิจารณาที่ทำให้มั่นใจได้ว่าการขออนุญาตจะได้รับการพิจารณาข้อเท็จจริงเพื่อปรับเข้ากับข้อกฎหมายภายในระยะเวลาที่เหมาะสมและรวดเร็วยิ่งขึ้น ในการให้การอนุญาต ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 71c VwVfG ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะให้คำแนะนำ และข้อมูลต่อผู้ยื่นคำขอเกี่ยวกับเอกสารต่างๆ ที่จะต้องนำมายื่นประกอบการขออนุญาต การเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของบุคคลที่สามในการพิจารณาออกใบอนุญาต หรือการขอให้ศาลตรวจสอบข้อเท็จจริงที่จำเป็นบางประการให้ชัดเจนเสียก่อน เพื่อให้ได้พยานหลักฐานที่ครบถ้วน

โดยเมื่อพิจารณาจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 68 และ มาตรา 71c ประกอบกันแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการใช้หลักการไต่สวน หรือ หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuchungsgrundsatz) ในการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ถูกต้องมาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง

2.2.4.2 กรณีการออกคำสั่งทางปกครองของสหรัฐอเมริกา

เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเปรียบได้ตั้งแขนของสภาองเกรส (arms of Congress) ที่จะทำให้นโยบายที่นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายนั้น เกิดผลเป็นรูปธรรมตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายปกครองในการดำเนินภารกิจทางปกครองให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครอง

ดังนั้นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องใช้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องมาปรับเข้ากับข้อกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแสวงหามานั้น คำสั่งทางปกครองก็อาจจะถือว่าเป็นการออกไปโดยมีข้อบกพร่อง หรือไม่สมบูรณ์ และวิธีการแสวงหาข้อเท็จจริงดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายมารองรับการกระทำ ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่ม Common law ที่ใช้วิธีพิจารณาตามระบบกล่าวหา (Adversary procedure) ในการค้นหาความจริงในคดี ที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นเพียงคนกลางที่

ควบคุมให้คู่ความนำเสนอพยานหลักฐานตามกฎหมายวิธีพิจารณาที่กำหนด เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเข้าสู่การรับรู้ของคณะลูกขุน

ซึ่งต่างจากหลักการไต่สวน (Inquisitorial principle) ที่เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในกลุ่มประเทศ Civil law หรือ ประเทศที่อยู่ในภาคพื้นยุโรป เป็นระบบที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ ศาลเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมกระบวนการพิจารณา มิใช่เป็นเพียงผู้ที่ทำหน้าที่เหมือนกรรมการ (umpire) การนำเสนอพยานหลักฐานของคู่ความในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวจึงเป็นระบบที่ควบคุมโดยคู่ความ แต่ในหลักการไต่สวนนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือ ศาล จะเป็นผู้ควบคุมการแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานทุกทาง แม้แต่ใช้ข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ หรือศาลรู้เอง

เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง (Accuracy) มาใช้เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือ ตัดสินข้อพิพาททางปกครอง ต่างวิธีพิจารณาตามระบบกล่าวหาที่เน้นให้เกิดกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (fair procedure) ต่อคู่ความ โดยมีบทคัดพยานที่เคร่งครัดในการตัดมิให้พยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เข้าสู่การรับรู้ของคณะลูกขุน ในคดีแพ่งและคดีอาญา

แต่อย่างไรก็ตามในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น หากได้ใช้วิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาเป็นเครื่องมือในการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเหมือนกับการพิจารณาคดีของศาลในคดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไปๆ ที่ชาวอเมริกันคุ้นเคยว่าในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น จะต้องมีการสืบพยาน (trial) ที่มีขั้นตอนยุ่งยาก

หลักการไต่สวนจึงเป็นหลักที่นำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกา มิใช่ใช้วิธีพิจารณาในระบบกล่าวหา⁸⁹ และหากพิจารณาในเนื้อหาของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. และเนื้อหาของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในส่วนของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 และ 14 ที่บัญญัติในเรื่องของรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตาม Due process แล้ว หากได้มีข้อเรียกร้องตรงไหนที่บัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาแต่อย่างใด⁹⁰ เช่น ในคดี Wong Yang Sung v. McGrath , 339 U.S. 33. (1950) ใช้หลักการไต่สวนในการแสวงหาความจริงในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองในการเนรเทศคนต่างด้าวออกไปจากประเทศ⁹¹ และองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นๆ ก็ใช้หลักการไต่สวนในการแสวงหาความจริงในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยผู้พิจารณา (trier) (อาจจะ เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ) โดยปกติจะรับผิดชอบในการรวบรวมและ

⁸⁹Peter L. Strauss , Todd D. Rakoff , and Cynthia R. Farina , *supra* note 11 , p.323.

⁹⁰See *Ibid*

⁹¹See *Ibid* , p. 254.

นำเสนอสำนวน และถามคำถามพยาน พร้อมทั้งตัดสิน โดยไม่มีอัยการของรัฐมาคัดค้านผู้ที่เรียกร้อง และไม่ว่าผู้เรียกร้องจะมีทนายหรือไม่⁹²

ตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 556 (c) (3) (5) ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะออกกฎที่ใช้ในการนำสืบพยานหลักฐาน และระเบียบในระหว่างการรับฟังความได้ และในกระบวนการพิจารณาทางปกครองไม่นำบทบัญญัติของกฎของพยานหลักฐานของสหรัฐ(the Federal Rule of Evidence) มาปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agencies)⁹³ มีการศึกษาในช่วงกลางปี ค.ศ.1980 รายงานว่า กฎของวิธีพิจารณาในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองส่วนใหญ่ใช้บทบัญญัติที่เรียบง่ายตามที่บัญญัติไว้ใน A.P.A. มี 280 กฎระเบียบที่ใช้ตัดสินพยานหลักฐานโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐ ส่วนใหญ่ถึง 243 ของ 280 ไม่ได้อ้างถึงกฎของพยานหลักฐานของสหรัฐ (FRE) และปรากฏว่าไม่ได้กำหนดบังคับให้เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (ALJs)⁹⁴ ใช้ดุลพินิจในการที่จะยอมรับพยาน⁹⁵

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (ALJs) ต้องรับผิดชอบในการพัฒนาข้อเท็จจริงทั้งสองด้าน และราวๆ 70% ของคดีผู้เรียกร้องไม่มีทนายมาช่วยในคดี⁹⁶ และเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (ALJs) ไม่ได้อยู่เฉยๆ (passive) แต่เขาเป็นผู้นำเสนอพยานหลักฐานต่อผู้เรียกร้อง (claimant) และเขายังต้องรับผิดชอบในการรับประกันว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่นั้นจะได้รับการคำนึงเพื่อประโยชน์แก่ผู้เรียกร้องด้วย⁹⁷ เท่ากับเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงทั้งสองด้านทั้งข้อเท็จจริงฝ่ายรัฐ และข้อเท็จจริงฝ่ายประชาชนผู้ได้รับผลกระทบ

กรณีดังกล่าวข้างต้นเท่ากับเป็นลักษณะที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (ALJs) เป็นผู้กำหนดกระบวนการพิจารณาในการแสวงหาความจริง อันเป็นลักษณะของหลักการไต่สวน ซึ่งต่างจากวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาที่ให้ความสำคัญกับผู้กำหนดกระบวนการพิจารณา และหลักการไต่สวนได้เข้ามาแทนที่มากกว่าครึ่งหนึ่งในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความทั้งหมด 56% ใช้กระบวนการที่ไม่ใช่วิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาในหน่วยงานบริหารสวัสดิการสังคม (the Social Security Administration) อีก 44% ใช้

⁹² *Ibid* , p. 323.

⁹³ *Ibid* , p. 363.

⁹⁴ เป็นคำย่อของ administrative law judges

⁹⁵ Peter L. Strauss , Todd D. Rakoff , and Cynthia R. Farina , *supra* note 11 , p. 363.

⁹⁶ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 81 , p. 199.

⁹⁷ *Ibid* . , p. 200.

กระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น⁹⁸ โดยแต่ละองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐสามารถที่จะไปออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการแสวงหาข้อเท็จจริงที่นำมาพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองให้เกิดความถูกต้อง แต่ส่วนใหญ่แล้วนิยมใช้หลักการไต่สวนในการแสวงหาความจริงในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองขององค์กร และแม้ว่ากฎที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกมานั้นจะมาตัดโอกาสในการที่จะได้รับการรับฟังเต็มที่ของคู่กรณี (full hearing) ก็ตาม โดยศาลสูงได้วินิจฉัยไว้ในคดี *United States v. Storer Broadcasting Co.*, 351 U.S. 192 (1956) กล่าวโดยสรุปคือว่า สิทธิที่จะได้รับการรับฟังอาจจะถูกลบล้างโดยอำนาจในการออกกฎ (A right to hearing thus may be defeated by a rulemaking power.)⁹⁹ เพื่อให้เกิดกระบวนการที่เรียบง่ายและไม่เสียค่าใช้จ่ายมากเกินไปสำหรับคู่กรณี และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่ากฎของพยานหลักฐานของสหรัฐ (FRE) ไม่นำมาบังคับใช้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นพยานทุกชนิดสามารถที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางปกครองได้หมด ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะประเมินข้อเท็จจริงที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาอย่างไร และจะให้น้ำหนักพยานหลักฐานอย่างไรนั้น เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กล่าวอย่างสรุปคือพยานหลักฐานทุกชนิดเข้าสู่การรับรู้ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หมด แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะชั่งน้ำหนักพยานอย่างไรเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต่างจากวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาที่มีบทตัดพยานอย่างเคร่งครัด คอยตัดพยานที่ได้มาโดยไม่ชอบมิให้เข้าสู่การรับรู้ของผู้ประเมินข้อเท็จจริง เช่น กรณีของพยานบอกเล่า (hearsay) ในคดี *Richardson v. Perales*, 402 U.S. 389 (1971) ที่ศาลยอมรับพยานบอกเล่า (hearsay) เป็นพยานในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ในกรณีที่รายงานของแพทย์ที่ตรวจคนพิการ 5 คนแรกมิได้มาเบิกความ และมีได้ถูกถามค้าน แต่ได้นำแพทย์อีกคนหนึ่งที่ตรวจคนพิการมาเบิกความประกอบรายงานแพทย์ 5 คนแรก ศาลวินิจฉัยว่ารับฟังพยานบอกเล่าได้¹⁰⁰ นอกจากนี้ในคดี *Immigration and Naturalization Service v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984) ที่ศาลสูงตัดสินวินิจฉัยว่า บทตัดพยาน (exclusionary rule) ไม่นำมาปรับใช้ในการรับฟังความในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการที่จะตัดสินว่าคนต่างด้าวสมควรถูกเนรเทศหรือไม่¹⁰¹ พยานทุกชนิดจึงเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางปกครองได้

⁹⁸ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson, *supra* note 68, p. 320.

⁹⁹ *Ibid*, p. 467.

¹⁰⁰ Peter L. Strauss, Todd D. Rakoff, and Cynthia R. Farina, *supra* note 11, p.

368.

¹⁰¹ Bernard Schwartz, "Administrative Law", *Fundamentals of American Law*, (New York : Oxford, 1996), p. 141.

หมด หนึ่ง ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) ตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 556 (d) พยานบุคคล หรือพยานเอกสารใดๆ อาจจะได้รับการยอมรับ (Any oral or documentary evidence may be received) ก็บัญญัติไว้เป็นแนวทางสนับสนุนให้มีการใช้ดุลพินิจรับพยานดังกล่าวได้

อาศัยข้อเท็จจริงดังกล่าวมาแล้ว สามารถกล่าวได้ว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้ว ใช้หลักการได้ส่วนในการแสวงหาความจริง เพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง หาได้นำเอาวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหามาใช้เหมือนศาลยุติธรรมที่ใช้ในการพิจารณาคดีแพ่ง และคดีอาญาทั่วไป ถึงแม้ตามบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น บทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. จะมีได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เหมือนตั้ง มาตรา 24 และมาตรา 26 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ก็ตาม แต่เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) มาตรา 556 (c) (3) , (5) ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะออกกฎระเบียบในการพิจารณารับฟังความได้ ซึ่งส่วนใหญ่ก็นำเอาหลักการได้ส่วนของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปไปใช้ เพื่อให้เกิดกระบวนการพิจารณาที่เรียบง่าย สะดวก รวดเร็ว และไม่มีค่าใช้จ่ายมากมาย มิได้ใช้วิธีพิจารณาในระบบกล่าวหา ที่เน้นการสืบพยาน (trial procedure) ที่ยุ่งยาก ใช้เวลานาน และมีค่าใช้จ่ายสูง ยิ่งเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการรับฟังความของหน่วยงานบริหารสวัสดิการสังคม (the Social Security Administration) เรียกอักษรย่อว่า SSA นั้น เป็นองค์กรที่พิจารณาในเรื่องของโครงการการเกษียณอายุ โครงการประกันภัยคนพิการ จัดตั้งขึ้นตาม the Social Security Act of 1935 เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ขึ้นอยู่กับฝ่ายบริหาร แต่ในปี ค.ศ.1995 ได้กลายเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอิสระ (Independent agency)¹⁰² ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (ALJs) ของหน่วยงาน SSA ใช้ระบบได้ส่วนในการรับฟังความมิใช่ระบบกล่าวหา¹⁰³ ยังเป็นข้อยืนยันถึงการหยั่งรากลึกลงไปในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาของหลักการได้ส่วนนั่นเอง

¹⁰² Bryan A. Garner , Black's Law Dictionary , 8thed. (St. Paul : Thomson West , 2004) , p. 1424.

¹⁰³ Peter L. Strauss , Todd D. Rakoff , and Cynthia R. Farina , *supra note 11* , p. 384.

2.2.4.3 กรณีการออกคำสั่งทางปกครองของไทย

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 นั้น มีที่มาจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน [Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)] of Mai 25th 1976 (as amended until 1996) ซึ่งตามมาตรา 24 และ 26 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการใช้หลักการไต่สวน หรือ หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuehungsgrundsatz) ในการแสวงหาความจริงจากพยานหลักฐานจากทุกทาง เพื่อนำมาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

ดังนั้นหลักการไต่สวนจึงมาปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 28 และ 29 ของไทย โดยบทบัญญัติมาตรา 28 บัญญัติว่า ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี

กรณีตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะตรวจสอบพยานหลักฐานได้ตามความเหมาะสม ซึ่งกฎหมายมาตรานี้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจเท่าที่ตนเห็นเหมาะสมในการตรวจสอบพยานหลักฐาน เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เพื่อนำมาพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่คำนึงถึงความเหมาะสม ใช้เวลานานในการตรวจสอบพยานหลักฐาน ก็อาจจะเกิดความเสียหายต่อฝ่ายผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง หรือทางราชการเองได้ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาพยานหลักฐานจากทุกทาง แม้แต่การไปแสวงหามาด้วยตนเอง โดยไม่ต้องผูกพันตามข้อเท็จจริงที่ได้จากพยานหลักฐานของคู่กรณี แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องคำนึงข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีด้วย และการตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้นจะต้องให้เกิดความเหมาะสมจะตรวจสอบจนยึดเยื้อก็ได้

เมื่อได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแล้ว ก็นำมาพิจารณาปรับเข้ากับข้อกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ความสำคัญจึงอยู่ที่ความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมาในหลักการไต่สวนนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ควบคุมกระบวนการพิจารณาในการแสวงหาความจริงจากพยานหลักฐานทุกทาง และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ยังไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่กับข้อเท็จจริงที่ได้รับมาจากพยานหลักฐานของคู่กรณี โดยบทบัญญัตินี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมเป็นเรื่อยๆ ไป และมาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาพยานหลักฐานได้เพียงเท่าที่ตนเห็นว่าจำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงก็พอ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดประเด็นข้อเท็จจริงของเรื่องทางปกครองให้ได้ว่าเป็นเรื่องอะไร เช่น เป็นกรณีพิพาททางปกครองในเรื่องการรื้อถอนอาคารที่

ปลูกสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาต การพิจารณาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคงจำกัดประเด็นอยู่เพียงแค่ว่าเจ้าของอาคารที่ผิดกฎหมายดังกล่าวได้ขออนุญาตปลูกสร้างต่อเจ้าหน้าที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ ส่วนประเด็นว่าเจ้าของอาคารจะซื้อที่ดินมาจากใครหรือเสียภาษีถูกต้องหรือไม่ นั้น เห็นว่าเกินความจำเป็นที่จะพิจารณาแล้ว

นอกจากนี้ มาตรา 29 (1) ถึง (5) ยังบัญญัติขยายวิธีการที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสวงหาข้อเท็จจริงได้อย่างกว้างขวางใน (1) ที่แสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง (2) รับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจง หรือความเห็นของคู่กรณีหรือของพยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีกล่าวอ้าง อันเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาจากทางฝ่ายคู่กรณีเอง แต่ทางเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็หาจำต้องผูกพันต่อข้อเท็จจริงฝ่ายคู่กรณีแต่อย่างใด นอกจากนี้เจ้าหน้าที่อาจขอให้ผู้ครอบครองเอกสารส่งเอกสารที่เกี่ยวข้อง แต่กรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกหมายเรียกเหมือนดังศาลได้เว้นแต่บทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่องจะให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ¹⁰⁴ และ (5) ออกไปตรวจสถานที่ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะต้องกระทำเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องว่าความจริงเป็นเช่นไร แล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจนำข้อเท็จจริงที่ไปเห็นมาด้วยตนเอง มาประกอบกับพยานหลักฐานที่ได้มาจากทางด้านอื่นประกอบกันแล้วปรับกับข้อกฎหมาย เพื่อให้ได้คำสั่งทางปกครองที่ถูกต้อง และคู่กรณีมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการแสวงหาความจริง โดยให้ข้อมูลเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ตนทราบแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ส่วนเมื่อได้ข้อเท็จจริงมาแล้ว เจ้าหน้าที่จะพิจารณาอย่างไร จะประเมินข้อเท็จจริงอย่างไรนั้น เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อนึ่งข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณานั้น หากมีข้อเท็จจริงใดที่เป็นคุณแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงและนำมาพิจารณาด้วย เพื่อให้ความจริงดังกล่าวที่จะนำมาพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนั้นถูกต้องที่สุด

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 28 และ 29 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ควบคุมกระบวนการพิจารณาในการแสวงหาข้อเท็จจริงเข้าสู่การพิจารณา หากคู่กรณีแต่อย่างใด คู่กรณีมีหน้าที่เพียงให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง และแจ้งพยานหลักฐานที่ตนทราบแก่เจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของหลักการไต่สวน หรือ หลักการแสวงหาความจริงโดยศาล (Untersuehungsgrundsatz) นั่นเอง

¹⁰⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58 , น. 260.