

บทที่ 3

กระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

จากการศึกษาในบทที่ 1 และ 2 ที่ผ่านมานั้นเป็นการศึกษาเปรียบเทียบถึงข้อพิจารณาในเบื้องต้นเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง โดยในบทที่ 1 เป็นบทนำที่ได้กล่าวถึงภาพรวมของการศึกษาเปรียบเทียบหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในวิทยานิพนธ์นี้ ส่วนบทที่ 2 เป็นการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับการพัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังคู่กรณีในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน , สหรัฐอเมริกา และไทย ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง คือ ความหมายของคำสั่งทางปกครอง , องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง , การใช้อำนาจปกครอง , การสร้างนิติสัมพันธ์ , การมีผลเฉพาะกรณี และการมีผลออกไปภายนอกโดยตรง ประเภทของคำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ , คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ และคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง และหลักการของกฎหมายที่ใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อนำมาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้ทราบถึงพัฒนาการของหลักการรับฟังคู่กรณี แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง และหลักการของกฎหมายที่ใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเยอรมัน , สหรัฐอเมริกา และไทย เพื่อนำไปสู่การศึกษาเปรียบเทียบในบทที่ 3 ต่อไป ซึ่งเป็นการศึกษาถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนออกคำสั่งทางปกครองของเยอรมัน , สหรัฐอเมริกา และไทย ว่ามีกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เหมือน หรือแตกต่างกันอย่างไร หรือมีลักษณะที่คล้ายกัน แต่มีขอบเขตในการบังคับใช้แตกต่างกันแค่ไหนอย่างไร

3.1 กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 10 ที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ผูกพันกับรูปแบบใด ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้บังคับใช้ตามรูปแบบของวิธีพิจารณาความใดที่กฎหมายกำหนดโดยเฉพาะแล้ว มาตรา 10 บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองแบบเรียบง่าย เหมาะสม และไม่ทำให้เกิดความล่าช้าที่ไม่เหมาะสมต่อการ

พิจารณา ในกรณีของการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 28 ที่เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการรับฟังความจากผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ โดย (1) เป็นหลักทั่วไปของหลักการรับฟังคู่กรณี (2) เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังคู่กรณี เมื่อเกิดกรณีตาม ข้อ 1 ถึง 5 และ (3) เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณี เมื่อขัดกับประโยชน์สาธารณะโดยชัดแจ้ง และกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่จัดให้มีการรับฟังความจากผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 28 ดังกล่าวนั้น เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองแบบเรียบง่าย เหมาะสม และไม่ให้เกิดความล่าช้าที่ไม่เหมาะสม โดยใช้หลักการไต่สวน (inquisitorial principle) ตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 24 ในการแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานได้ทุกทาง และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องผูกพันกับพยานหลักฐานของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีบทบาทในการควบคุมการแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพียงเท่าที่จำเป็นในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง เพื่อนำข้อเท็จจริงที่แสวงหามาได้นั้นมาปรับเข้าบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง และการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 28 นี้ การชี้แจงข้อเท็จจริงเป็นลายลักษณ์อักษรถือว่าเป็นการพอเพียงสำหรับการรับฟังแล้ว¹

การดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น หากได้มีบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. บัญญัติไว้แต่อย่างใด และในบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกาก็มิได้ให้คำนิยามใดๆไว้ในกฎหมายว่า การดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการหมายความว่าอย่างไร และมีลักษณะเช่นใด แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 555 ของ A.P.A. จะปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาขององค์กร

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหมด ก็ได้ปรากฏความหมายที่ชัดเจนในบทบัญญัติมาตรา 555 ว่าจะมีความหมายเช่นใด มาตรา 555 ส่วนใหญ่เป็นเนื้อหาในเรื่องของการมีทนายความในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองทั้งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และการให้เหตุผลประกอบการปฏิเสธคำขอ คำร้อง และคำร้องขอเท่านั้น ต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 10 ที่ได้บัญญัติ

¹ Mahendra P. Singh , German Administrative Law in Common Law Perspective ,

2nd ed. (Berlin Heidelberg New York : Springer-Verlag , 2001) , p. 76.

ให้เห็นความหมายที่ชัดเจนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ที่บัญญัติให้เน้นความเรียบง่าย เหมาะสม และไม่ให้เกิดความล่าช้าที่ไม่เหมาะสม โดยไม่ยึดติดกับรูปแบบ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติบังคับใช้รูปแบบของวิธีพิจารณาความไต่ทักฎหมายกำหนดโดยเฉพาะ

ดังตัวอย่างของการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) คือ กรณีตามรัฐบัญญัติเรื่องน้ำสะอาด (Clean Water Act) ที่มีโทษปรับทางปกครองจะต้องถูกกำหนดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ซึ่งจะต้องจัดให้มีการแจ้งให้ทราบและให้โอกาสสำหรับการรับฟังคู่กรณี ซึ่งผู้นั้นมีสิทธิที่จะมีโอกาสได้รับการรับฟังและนำเสนอพยานหลักฐาน ตาม 42 U.S.C. มาตรา 1319 (g) (2) (A)²

แนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลสูงสุด (Supreme court) นั้น ใช้หลัก due process มาปรับใช้กับการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ เช่น ในคดี *Goldberg v. Kelly* , 397 U.S. 254 (1970) ที่ใช้หลัก due process ในการวินิจฉัยให้มีการรับฟังความก่อนยกเลิกการให้เงินสวัสดิการ และคดี *Marcello v. Bonds* , 349 U.S. 302 (1955) ที่ศาลสูงสุดวินิจฉัยให้นำหลัก due process มาปรับใช้ในคดีเนรเทศคนต่างด้าว โดยต้องรับฟังคู่กรณีก่อนเนรเทศ

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

ฝ่ายที่หนึ่ง ให้ความเห็นว่า due process ใช้บังคับทั้ง การรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal and informal adjudication)³

ฝ่ายที่สอง ให้ความเห็นว่า due process และบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง A.P.A. ทำหน้าที่อิสระจากกัน (function independently)⁴

ส่วนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

² William F. Funk and Richard H. Seamon , Administrative Law : Examples and Explanations , (New York : Aspen law & business , 2001) , p. 97.

³ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 98.

⁴ Edward Rubin , "It's Time To Make the Administrative Procedure Act Administrative" , Cornell Law Review Vol. 89 (November 2003) : p. 174.

ทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 30 โดยวรรคแรกเป็นกรณีของสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริง และสิทธิที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนของบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนวรรคสองเป็นข้อยกเว้นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก็ได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

ต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 นายกรัฐมนตรีโดย คำเสนอแนะของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน

(2) การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่อใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ⁵

สิทธิตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นสิทธิตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยคู่กรณีได้รับสิทธิที่จะได้รับแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ฝ่าย

⁵ ราชกิจจานุเบกษา , เล่ม 114 , ตอนที่ 17 ก , 22 พฤษภาคม 2540.

ปกครองอ้างเป็นเหตุในการออกคำสั่งทางปกครอง อันอาจกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี และให้คู่กรณีได้มีสิทธิที่จะโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของตน ส่วนกรณีตามวรรคสองเป็นข้อยกเว้นตาม (1) ถึง (6) และตามกฎหมายแพ่ง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ดังกล่าวข้างต้น ตาม(1) ถึง (6) ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่ให้โอกาสที่จะให้ทราบข้อเท็จจริง และให้มีโอกาสที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้ ส่วนวรรคสามเป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้โอกาสในการรับฟังความถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องถือหลักประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชน และการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นแบบเรียบง่าย ไม่ยึดตามรูปแบบพิธี ใช้หลักการได้ส่วนในการแสวงหาความจริงจากพยานหลักฐานทุกทาง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการวินิจฉัยพยานหลักฐานทั้งปวง ที่เจ้าหน้าที่แสวงหามาเอง หรือ คู่กรณีนำเสนอเข้ามาต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ผูกพันตาม

คำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง

3.1.1 เจ้าหน้าที่

เจ้าหน้าที่ในที่นี้จะหมายถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการกิจทางปกครองให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองก็เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่จะนำมาใช้ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 1 (4) หมายถึง หน่วยงานใดๆ ซึ่งปฏิบัติภารกิจทางปกครอง (...any body which performs the tasks of public administration.)⁶ แม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่มิได้ปฏิบัติภารกิจทางปกครองแล้ว ก็ไม่ถือเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ในความหมายของเจ้าหน้าที่ (authorities) ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 1 (4) และยังรวมไปถึงองค์กรใดๆ ที่ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติภารกิจทางปกครอง ดังนั้นองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมาจกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เรียกว่า Beliehene ให้ใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น สมาคมผู้ตรวจสอบความปลอดภัยของเครื่องจักรกล และรถยนต์ (Technischer Überwachungsverein (TÜV))⁷ เป็นต้น ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเหมือนกัน

⁶ Mahendra P. Singh , *supra note 1* , p. 65.

⁷ Nigel Foster and Satish Sule , German Legal System and Law , 3rded. (New York : Oxford , 2002) , p. 254.

ส่วนคำว่า “เจ้าหน้าที่” ตามความหมายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

จากความหมายของคำว่าเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 จึงไม่แตกต่างจากมาตรา 1 (4) ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG และการมอบอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนใช้อำนาจมหาชนแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็มี เช่น ในกรณีของสถานที่ตรวจสอบสภาพรถยนต์ของเอกชนที่ได้รับใบอนุญาตจากกรมการขนส่งทางบกให้ตรวจสอบสภาพรถยนต์ที่จะนำมาจดทะเบียนและเสียภาษีต้องผ่านการตรวจสอบสภาพจากพนักงานตรวจสอบสภาพ หรือจากสถานตรวจสอบสภาพที่ได้รับอนุญาต และสถานตรวจสอบสภาพที่ได้รับอนุญาตสามารถออกใบรับรองให้ได้⁸ จึงถือว่าเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจแทนกรมการขนส่งทางบกในการตรวจสอบสภาพรถยนต์ 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 ไม่ว่าจะอยู่ภายในหรือภายใต้การทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น และหากตีความตามตัวอักษรแล้ว ประธานาธิบดีจะถือเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย เพราะไม่เข้าเกณฑ์ตามข้อยกเว้น 8 ประการตาม มาตรา 551 (เอ) ถึง (เอช) โดย (เอ) สภาของเกรส , (บี) ศาลของสหรัฐ , (ซี) รัฐบาลของดินแดน หรือ รัฐบาลของดินแดนที่เป็นของสหรัฐ , (ดี) รัฐบาลของมลฑลโคลัมเบีย หรือข้อยกเว้นเกี่ยวกับการเรียกร้องของมาตรา 552 ของลักษณะนี้ , (อี) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ร่วมเป็นตัวแทนของคู่กรณี หรือเป็นตัวแทนขององค์กรของคู่กรณีเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ได้รับการตัดสินโดยพวกเขา , (เอฟ) ศาลทหาร และคณะกรรมการทหาร , (จี) เจ้าหน้าที่ทหารที่ปฏิบัติหน้าที่ในภาคสนามในเวลาสงคราม หรือในพื้นที่ยึดครอง หรือ , (เอช) ภาระหน้าที่ที่ให้อำนาจโดยมาตรา 1738 , 1739 , 1743 , และ 1744 ของลักษณะ 12 ; บทที่ 2 ของลักษณะ 41 ; หรือ มาตรา 1622 , 1884 , 1891-1902 , และรูปแบบตามมาตรา 1641 (บี) (2) , ของลักษณะ 50 , ภาคผนวก;

นอกจากนี้แล้ว ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Franklin v. Massachusetts , 505 U.S. 788 (1992) ตีความว่า บทบัญญัติของ A.P.A. ไม่รวมประธานาธิบดีอยู่ในความหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่าย

⁸โปรดดู พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 72 วรรคสอง และ 74

ปกครอง (agency)⁹ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลไม่บังคับใช้บทบัญญัติของ A.P.A. ต่อประธานาธิบดี โดยการวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) รวมถึงสำนักงานบริหารของประธานาธิบดี (the Executive Office of the President) คำนิยามใหม่จึงมีนัยชัดเจนว่าประธานาธิบดี ไม่รวมอยู่ในความหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) และศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยในคดี *Soucie v. Davis*, 448 F. 2d 1067 (D.C. Cir. 1971) ว่าสำนักงานวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ในสำนักงานบริหารของประธานาธิบดี เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency)¹⁰

นอกจากนี้คณะกรรมการการวุฒิสภาได้พูดถึงเจตนารมณ์ว่า “ถ้อยคำจะไม่ถูกตีความในฐานที่รวมเจ้าหน้าที่ส่วนตัวของประธานาธิบดีโดยตรง หรือหน่วยงานในสำนักงานบริหาร ซึ่งมีหน้าที่เพียงการให้คำแนะนำและช่วยเหลือประธานาธิบดี”¹¹

จึงสรุปได้ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) หมายถึง เจ้าหน้าที่แต่ละคนของรัฐบาลสหรัฐ (each authority of the Government of the United States) เจ้าหน้าที่ของมลรัฐต่างๆ (states) ไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติของ A.P.A. เพราะว่า เจ้าหน้าที่ของมลรัฐ (states) ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลสหรัฐ¹² ยิ่งกว่านั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) ยังไม่รวมประธานาธิบดี และทีมงานที่ปรึกษาส่วนตัว หรือผู้ช่วยส่วนตัวของประธานาธิบดี

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

3.1.2 คู่กรณี

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 13 คู่กรณีหมายถึงบุคคลดังต่อไปนี้

1. ผู้ยื่นคำขอ และผู้คัดค้านคำขอ ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 13 (1) ข้อ 1 ผู้ยื่นคำขอหมายถึง ผู้ที่ยื่นคำขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ดำเนินการตามที่ตนประสงค์ เช่น การยื่นคำขออนุญาตปลูกสร้างอาคาร เป็นต้น ตามความเห็นข้างมากในทาง

⁹ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 5.

¹⁰ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *Administrative Law Treatise* , 2nd ed. Vol.1 (San Diego : K.C. Davis Pub. Co. , 1978) , p. 8.

¹¹ *Ibid.*

¹² William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 5.

วิชาการ เห็นว่าผู้ยื่นคำขอย่อมมิได้เฉพาะในกรณีที่มีการยื่นคำขอ (Antragsverfahren)¹³ ส่วนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องดำเนินการตามหน้าที่ (Amtsverfahren) ผู้ที่ยื่นเรื่องให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาที่เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการตามหน้าที่จึงไม่ใช่ผู้ยื่นคำขอตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน

VwVfG มาตรา 13 (1) ข้อ 1¹⁴ และผู้ยื่นคำขอก็ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีสิทธิในเรื่องที่ยื่นนั้นจริง¹⁵ ส่วนผู้ที่คัดค้านคำขอ หรือผู้ที่เป็นปฏิปักษ์ตามคำขอ (Antragsgegner) หมายถึง ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้ยื่นคำขอ แต่ในเวลาเดียวกันได้สร้างภาระแก่ผู้คัดค้านคำขอ หรือผู้ที่เป็นปฏิปักษ์ตามคำขอ ปกติจะเกิดกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)¹⁶ เช่น การออกใบอนุญาตให้ปลูกสร้างบ้านพัก หรือโรงงาน ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของเพื่อนบ้าน¹⁷

2. ผู้ซึ่งเจ้าหน้าที่ประสงค์ที่จะออกคำสั่งทางปกครองหรือได้ออกคำสั่งทางปกครองไปบังคับตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 13 (1) ข้อ 2 บุคคลที่เป็นคู่กรณีประเภทนี้มักจะเป็นบุคคลประเภทที่เจ้าหน้าที่จะต้องกระทำตามหน้าที่ (Amtsverfahren)¹⁸ ในกรณีสำหรับผู้ซึ่งเจ้าหน้าที่ประสงค์ที่จะออกคำสั่งทางปกครอง จะถือเอาเวลาใดที่จะถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นคู่กรณี นักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่าควรจะต้องถือเอาเวลาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งนำหนักแล้ว ตั้งใจที่จะออกคำสั่งทางปกครองให้บุคคลดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บังคับ¹⁹ สำหรับกรณีของคนผู้ซึ่งเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองไปบังคับ แม้ว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ยุติลงแล้วก็ตาม แต่ความเห็นทางตำราเห็นว่าการที่ถือว่าบุคคลดังกล่าวยังเป็นคู่กรณีอยู่นั้น ย่อมเป็นประโยชน์เพราะสิทธิบางประการยังคงมีอยู่ เช่น สิทธิในการตรวจดูเอกสารตามมาตรา 29 ซึ่งยังเป็นที่เกี่ยวข้องกันอยู่ในทางตำรา²⁰

¹³ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”, (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พฤษภาคม 2548), น. 53.

¹⁴ เพิ่งอ้าง.

¹⁵ เพิ่งอ้าง.

¹⁶ เพิ่งอ้าง.

¹⁷ Mahendra P. Singh, *supra* note 1, p. 71.

¹⁸ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 13*, น. 53.

¹⁹ เพิ่งอ้าง.

²⁰ เพิ่งอ้าง, น. 54.

3. ผู้ซึ่งเจ้าหน้าที่ประสงค์ที่จะทำ หรือได้ทำสัญญาทางปกครอง หมายถึง บุคคลที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะทำสัญญาทางปกครอง หรือ ได้ทำสัญญาทางปกครองแล้ว กรณีมีข้อสงสัยตรงที่ ผู้ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะทำสัญญาทางปกครองด้วยจะมีความหมายอย่างไร ในกรณีนี้ ได้มีผู้ให้ความเห็นว่า บุคคลดังกล่าวจะเป็นคู่กรณีก็ต่อเมื่อ หน่วยงานได้ชั่งน้ำหนักแล้ว คิดว่าจะตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองด้วย²¹ หรือหน่วยงานได้เริ่มกระบวนการพิจารณาเจรจาทำสัญญา²²

4. บุคคลผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยการเรียกของเจ้าหน้าที่ภายใต้วรรคสอง หมายถึง กรณีที่ประโยชน์ตามกฎหมายของบุคคลดังกล่าวอาจจะได้รับผลกระทบจากผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งยังอยู่ในขั้นตอนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าต้องเรียกบุคคลที่สามที่ประโยชน์ตามกฎหมายของเขาอาจจะได้รับผลกระทบจากผลของการพิจารณาที่จะออกคำสั่งทางปกครอง โดยมีได้หมายถึงการได้รับผลกระทบจากการตรวจสอบพยานหลักฐาน แต่เป็นการคาดหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบนพื้นฐานของพยานหลักฐานที่ใช้พิจารณาในการที่จะออกคำสั่งทางปกครองว่าอาจจะกระทบต่อส่วนได้เสียหรือประโยชน์ตามกฎหมายของบุคคลที่สาม ไม่ว่าจะเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับสิทธิก็ตาม และในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะริเริ่มการเรียกให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคู่กรณีได้ด้วยตนเอง (ex officio) หรือคู่กรณีมีคำขอยื่นเข้ามา ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองควรอนุญาตให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองต่อไป

ส่วนในกรณีที่ผลของกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองได้มีผลตามกฎหมายไปกระทบต่อบุคคลที่สามแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับสิทธิของบุคคลที่สาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเรียกให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยตนเอง

(ex officio) หรือคู่กรณีมีคำขอยื่นเข้ามา โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งให้บุคคลที่สามทราบว่าได้เริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้ว และหากบุคคลที่สามทราบด้วยตนเอง และได้ยื่นคำร้องขอเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเขาแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องอนุญาตให้เขาเข้ามาเป็นคู่กรณี เพราะสิทธิตามกฎหมายของเขาได้รับผลกระทบจากผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้ว กรณีจึงมีความจำเป็นต้องเรียกให้บุคคลที่สามให้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เรียกให้บุคคลที่สามเข้ามาเป็นคู่กรณีแล้ว อาจส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

²¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงบรรทัดที่ 13, น. 54.

²² เพ็งฮ้าง.

อาจโต้แย้ง ให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ และถ้าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเกิดจากความบกพร่องอย่างรุนแรงที่ไม่เรียกบุคคลที่สามเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ²³

5. บุคคลที่จะถูกเรียกให้มารับฟัง แต่ไม่ใช่เป็นคู่กรณีตามความหมายของวรรค 1 จึงไม่ถือว่าเป็นคู่กรณี เพราะสิทธิประโยชน์ใดๆตามกฎหมายของตนไม่ได้รับผลกระทบจากกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เช่น พยานผู้เชี่ยวชาญ²⁴

ดังนั้นบุคคลที่จะเป็นคู่กรณีตามนัยของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG จึงมีอยู่ 4 ประเภทดังกล่าวแล้ว

ส่วนบุคคลที่จะเป็นคู่กรณีตามระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกานั้น ต้องพิจารณาจากคำนิยามที่ให้ความหมายของคำว่าคู่กรณีไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. มาตรา 551(3) ที่มีบัญญัติว่า “คู่กรณี” รวมถึง บุคคล หรือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ระบุชื่อไว้ หรือได้รับการยอมรับในฐานะคู่กรณี หรือ การแสวงหาอย่างเหมาะสม และให้สิทธิที่จะได้รับการยอมรับในฐานะคู่กรณี ในกระบวนการพิจารณาใดๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และบุคคล หรือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการยอมรับโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในฐานะคู่กรณี สำหรับความมุ่งหมายที่จำกัด (“party” includes a person or agency named or admitted as a party , or properly seeking and entitled as of right to be admitted as a party , in an agency proceeding , and a person or agency admitted by an agency as a party for limited purposes;” และบทบัญญัติของ A.P.A. ยังให้คำนิยามของคำว่า “บุคคล” ว่ารวมถึง บัณฑิตบุคคล , หุ่นยนต์ , บริษัท , สมาคม , หรือ องค์การมหาชน หรือ เอกชน ที่มีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง”

ดังนั้นคู่กรณีตามความหมายของบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. มาตรา 551 (3) คือ บุคคลที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งบังคับต่อเขาโดยเฉพาะ (a person to whom the agency action is specifically directed)²⁵ หรือ บุคคลที่ถูกระบุชื่อให้เป็นคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือได้รับอนุญาตที่จะร้องขอเข้ามา หรือเข้ามามีส่วนร่วมในฐานะคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่าย

²³ เพิ่งอ้าง , น. 56.

²⁴ เพิ่งอ้าง.

²⁵ <http://www.mrsc.org/mc/courts/appellate/093wnapp0066.htm> and <http://www.mrsc.org/mc/courts/supreme/127wn2d/127wn2d0614.htm>

ปกครอง (a person named as a party to the agency proceeding or allowed to intervene or participate as a party in the agency proceeding)²⁶

การเป็นคู่กรณีที่ 1 คือ บุคคลที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งบังคับต่อเขา โดยเฉพาะนั้น กรณีนี้พิจารณาได้อย่างชัดเจนว่าต้องเป็นบุคคลที่จะต้องได้รับผลกระทบโดยตรงจากการออกคำสั่งทางปกครองที่มุ่งออกไปบังคับต่อเขาโดยเฉพาะเพราะลักษณะสำคัญประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครองคือ การมุ่งบังคับโดยตรงต่อคู่กรณีเฉพาะราย (In sum , since administrative orders are supposed to be directed toward particular parties involved in a controversy...)²⁷

การเป็นคู่กรณีในกรณีที่ 2 คือ บุคคลที่ถูกระบุชื่อให้เป็นคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือได้รับอนุญาตที่จะร้องสอดเข้ามา หรือเข้ามามีส่วนร่วมในฐานะคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นกรณีที่ผู้ที่ได้รับผลกระทบของคำสั่งทางปกครองร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือ เป็นคู่กรณีฝ่ายที่สามที่ร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

บทบัญญัติของ A.P.A. เปิดกว้างให้บุคคลภายนอกที่ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้เช่นกัน โดยพิจารณาจากมาตรา 554 ที่มีได้บัญญัติให้สิทธิในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเฉพาะคู่กรณีที่เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น 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...)และ มาตรา 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." และ ตามคู่มือการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของอัยการในการปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติของ A.P.A. (1974) ที่พูดว่า "ประโยชน์พิจารณาได้ว่า บุคคลที่มีส่วนได้เสียอาจจะปรากฏตัว ไม่เพียงแต่ในเรื่องเกี่ยวกับการออกกฎ , คำสั่งทางปกครอง และการออกใบอนุญาต แต่ยังรวมถึงในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่อื่นๆ ของ

²⁶ Ibid.

²⁷ Kenneth F. Warren , Administrative Law in the political System , 3rd ed. (New Jersey : Prentice Hall , 1996) , p. 297.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง บทบัญญัตินี้ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการตีความว่าเป็นการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้การแจ้งให้ทราบถึงความมุ่งหมายของการกระทำ...โอกาสสำหรับการได้รับการพิจารณาอย่างไม่เป็นรูปแบบพิธี... หมายความว่าบุคคลใดๆก็ตาม ควรที่จะได้รับโอกาสที่จะประชุม หรือ ถกเถียงกับเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ หรือ พนักงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องที่เขามีส่วนได้เสียอย่างถูกต้อง โอกาสนี้ควรขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบ หรือ พนักงาน ผู้ซึ่งสามารถตัดสินเรื่องราวได้ หรือ ภาระหน้าที่ของเขาเป็นการทำคำแนะนำในเรื่องเช่นนั้น มิใช่เจ้าหน้าที่หรือพนักงาน ซึ่งมีหน้าที่เพียงแต่ทำตามระเบียบแบบแผน...การปรากฏตัวควรได้รับอนุญาต เว้นแต่ในกรณีที่มันจะขัดแย้งกับการปฏิบัติตามระเบียบของหน่วยงานสาธารณะ....”²⁸ ในคดี *Easton Utilities Commission v. Atomic Energy Commission* , 424 F.2d 847 , 852 (D.C. Cir. 1970) ศาลอุทธรณ์(D.C.Cir.) วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ “มองไม่เห็นเลย” (blindly absolute) เพราะว่ามันถูกจำกัดโดยประโยคแรกที่ว่า ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย การร้องสอด (intervention) อาจจะยังคงได้รับการปฏิเสธ²⁹

กรณีนี้เท่ากับว่ากรณีตามมาตรา 555 (b) เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียในคำสั่งทางปกครองเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยพิจารณาจากคำว่า “the orderly conduct of public business permit” และจากการตีความของศาลแสดงว่าหลักทั่วไปในการเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองคือไม่อนุญาต เว้นแต่ การปฏิบัติตามกฎระเบียบของหน่วยงานสาธารณะปกติจะเปิดช่องอนุญาต และตามรัฐบัญญัติคณะกรรมการการค้าของสหรัฐ (the Federal Trade Commission Act) 15 U.S.C. มาตรา 45 (b) บัญญัติว่า “บุคคลใดๆ... อาจจะทำคำขอ และแสดงผลที่ดีอาจจะได้รับอนุญาตโดยคณะกรรมการที่จะร้องสอด...”³⁰

อย่างไรก็ตามในทางตำราจะเรียกว่า “intervenor” หรือ “party of interest”³¹ ซึ่งคู่กรณีฝ่ายที่สาม(private outside parties)ที่ร้องสอดเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพราะเขาจะต้องได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งหรือจะต้องถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งเช่น สถานีโทรทัศน์สองสถานีที่อยู่ในเครือข่ายที่เรียกร้องหลักเกณฑ์ใหม่หรือนโยบายที่กระทบต่ออุตสาหกรรมของเขา หรือ กลุ่มสิ่งแวดล้อม เช่น สหภาพนักวิทยาศาสตร์ที่แทรกแซงในกระบวนการรับฟังความในการออก

²⁸ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *Administrative Law Treatise* 2nd ed.

Vol. 3 (San Diego : K.C. Davis Pub. Co. , 1980) , p. 64.

²⁹ *Ibid.* p. 65.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Kenneth F. Warren , *supra* note 27 , p. 296.

ใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการควบคุมพลังงานนิวเคลียร์และบริษัทที่ให้บริการสาธารณูปโภค³² เป็นต้น

ในกรณีของการร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของบุคคลภายนอกที่มีใช้ คู่กรณีนั้น สามารถกระทำได้แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล (judicial standing) หรือ อำนาจที่จะได้รับการทบทวนโดยศาล โดยพิจารณาจากคดี *Envirocare of Utah, Inc. v. Nuclear Regulatory Commission*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1999. ที่วินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาจะ และบางครั้ง อนุญาตให้บุคคลที่จะร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง แม้ว่าบุคคลเหล่านี้จะไม่มีอำนาจ (standing) ที่จะโต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเมื่อถึงที่สุดในศาลของสหรัฐ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เน้นอนว่าไม่ได้ถูกบังคับโดยหมวด 3 (Article III) ของรัฐธรรมนูญ ทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ถูกบังคับโดยหลักการที่สร้างอำนาจฟ้องคดีต่อศาลที่จำกัดการเข้าถึงศาลของสหรัฐ เกณฑ์สำหรับการจัดตั้งอำนาจฟ้องในทางปกครอง (administrative standing) ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะเรียกร้องน้อยกว่าเกณฑ์สำหรับอำนาจฟ้องคดีต่อศาล (judicial standing)³³

แสดงว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องอำนาจฟ้องในทางปกครองมีความเข้มงวดน้อยกว่าอำนาจฟ้องคดีต่อศาล โดยอำนาจฟ้องในทางปกครอง (administrative standing) หาได้เป็นเอกภาพกับอำนาจฟ้องคดีต่อศาล (judicial standing) การที่ผู้ร้องขอเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้วในที่สุด อาจจะไม่สามารถใช้สิทธิในการที่จะได้รับการทบทวนโดยศาลเพราะการจัดตั้งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องอำนาจฟ้องที่ศาลมีความเข้มงวดมากกว่า ซึ่งรัฐบัญญัติบางฉบับที่จัดตั้งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะบัญญัติแบบเปิดกว้าง เช่น

42 U.S.C. § 2239 (a) (1) (A) ที่บัญญัติว่า คณะกรรมการจะให้การรับฟังความตามคำร้องขอของบุคคลใดๆ ที่ประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสีย (interest) อาจจะได้รับผลกระทบโดยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และจะยอมรับบุคคลเช่นนั้นในฐานะคู่กรณี (party) ในกระบวนการพิจารณาดังกล่าว³⁴ ซึ่งพอที่จะพิจารณาได้ว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจฟ้องคดีต่อศาล (judicial standing doctrines) นั้น หาได้นำมาใช้ในการควบคุมเนื้อหาในทางปกครอง (administrative context)³⁵

³² *Ibid.*

³³ Peter L. Strauss, Todd D. Rakoff and Cynthia R. Farina, *Gellhorn and Bye's Administrative Law Cases and Comments*, 10th ed. (New York: Foundation Press, 2003), p. 339.

³⁴ *Ibid.* p. 340.

³⁵ *Ibid.*

ปัญหาคือ คำว่า ประโยชน์ หรือส่วนได้ส่วนเสีย (interest) นั้น มิได้มีบัญญัติให้ความหมายไว้ในบทบัญญัติในกฎหมายฉบับใด และแนวคิดของศาลในอดีตที่ดีความแบบเคร่งครัด มากกว่าปัจจุบัน เช่น ประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียในทรัพย์สิน (property) , ประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียที่เกิดจากสัญญา (contract) , ประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียที่ป้องกันการบุกรุกโดยละเมิด (tortious invasion) หรือ สิทธิพิเศษตามกฎหมาย (privilege) ที่วินิจฉัยในคดี Tennessee Elec. Power Co. v. TVA , 306 U.S. 118 , 137-38 , (1939)³⁶ ซึ่งแนวคิดแบบเดิมจะเป็นแนวคิดแบบแคบ (narrow conception) ที่ถือว่า ประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียจะเป็นประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียในเรื่องเสรีภาพ และทรัพย์สิน(liberty or property interests)ตามประเพณีดั้งเดิมของคอมมอนลอว์³⁷

สำหรับประเด็นเรื่องการร้องขอชดเชยในประโยชน์สาธารณะนั้น ศาลสูงสุดเคยตีความให้บุคคลภายนอกร้องขอเข้าไปในคดีเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ในคดี Fcc v. Sanders Bros. Radio Station , 309 U.S. 470 (1940) ศาลวินิจฉัยสนับสนุนอำนาจฟ้องของสถานีวิทยุที่มีอยู่แล้วในการโต้แย้งการให้การอนุญาตก่อสร้างสถานีแห่งใหม่ แม้ว่าความเสียหายทางเศรษฐกิจต่อสถานีวิทยุที่มีอยู่ไม่ใช่องค์ประกอบของคณะกรรมการที่ต้องชั่งน้ำหนักก็ตาม คนผู้ซึ่งขาดสิทธิตามกฎหมายมีอำนาจที่จะได้รับการทบทวน และความมุ่งหมายจะเป็นการที่จะปกป้องประโยชน์สาธารณะ(to vindicate the public interest)³⁸

ในปี ค.ศ.1960 ศาลมีแนวคิดที่สนับสนุนการร้องขอชดเชยในเรื่องประโยชน์สาธารณะเช่นในคดี Scenic Hudson Preservation Conference v. FPC , 354 F.2d 608 (2d Cir. 1965) , cert.denied 384 U.S. 941 (1966) , and Office of Communication of United Church of Christ v. FCC , 359 F.2d 994 (D.C. Cir. 1966) ศาลสนับสนุนอำนาจขององค์กรอนุรักษ์ในคดี Scenic Hudson ในการที่จะทำให้มั่นใจว่า คณะกรรมการพลังงานของสหรัฐ (the Federal Power Commission) จะปกป้องประโยชน์สาธารณะอย่างพอเพียงในเรื่องความงดงาม , เรื่องการอนุรักษ์ และเรื่องการพักผ่อนของการพัฒนาพลังงาน³⁹

แต่บางคดีก็ไม่เปิดกว้างให้ผู้ร้องที่จะร้องขอได้ ในคดี In Action on Safety and Health v. FTC , 498 F.2d 757 (D.C. Cir. 1974) ศาลสนับสนุนการปฏิเสธในการร้องขอต่อองค์กรในการเจรจาต่อรองการร้องเรียน และคณะกรรมการได้ประกาศการร้องเรียนต่อ วอลโว่ อิงค์ สำหรับการการกระทำผิดและมีการโฆษณาหลอกลวง และการเจรจา(negotiations) ได้เริ่มขึ้นระหว่างคณะกรรมการ

³⁶ *Ibid.* p. 341.

³⁷ *Ibid.* p. 345.

³⁸ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 28 , pp. 68-69.

³⁹ *Ibid.*

และวอลโว่ ในประเด็นที่องค์กรต้องการที่จะร้องสอด แต่คำร้องได้ถูกศาลปฏิเสธ แม้ว่าศาลที่ทบทวนได้พูดว่าองค์กรไม่มีสิทธิที่จะร้องสอดในการเจรจาต่อรองด้วยความยินยอม ศาลยังได้วินิจฉัยอีกด้วยว่าการปฏิเสธเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ผูกพันดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเป็นข้อยกเว้นโดยเฉพาะการทบทวนของศาล⁴⁰ และเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะอนุญาตให้บุคคลภายนอกร้องสอดเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

สำหรับคู่กรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ให้ความหมายของคำว่า “คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับ หรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้ นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อสิทธิของบุคคลใดถูกกระทบกระเทือน หรืออาจถูกกระทบกระเทือนโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ บุคคลนั้นอาจเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ และไม่ว่าจะจะเป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ก็อาจเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ คำว่า “สิทธิ” คือ ประโยชน์ใดๆ ของบุคคลที่กฎหมายรับรู้และให้ความคุ้มครองประโยชน์ดังกล่าว

โดยสภาพจึงต้องเป็นกรณีที่ไม่ขัดต่อกฎหมายใด⁴¹ โดยอาจเป็นผู้ริเริ่มให้เกิดกระบวนการพิจารณาทางปกครองขึ้น หรือเข้ามาภายหลังเมื่อเกิดกระบวนการพิจารณาทางปกครองขึ้นแล้ว เนื่องจากสิทธิของผู้ นั้นถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง เช่น

เมื่อผู้ฟ้องคดีขอให้เจ้าพนักงานที่ดินออกเอกสารสิทธิในที่ดิน เจ้าพนักงานที่ดินชอบที่จะให้ผู้ยื่นคำขอและดำเนินการตามขั้นตอนเกี่ยวกับการออกเอกสารสิทธิ การที่เจ้าพนักงานที่ดินปฏิเสธไม่ดำเนินการให้โดยอ้างว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีเอกสารหลักฐานใดๆ เกี่ยวกับที่ดิน ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง⁴²

ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องเทศบาลเมืองกำแพงเพชรต่อศาลปกครองชั้นต้นกล่าวหาว่า ได้รับความเสียหายอันเกิดจากนายกเทศมนตรีเมืองกำแพงเพชรที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารพาณิชย์ ซึ่งเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอัน

⁴⁰ Ibid. p. 72.

⁴¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จริยการพิมพ์, 2540) น. 250.

⁴² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 54/2545

เกิดจากคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ...⁴³

ตามตัวอย่างทั้งสองคดีเป็นกรณีตัวอย่างของการเป็นคู่กรณีในฐานะที่เป็นผู้ยื่นคำขอ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ใกล้กับสถานที่กำจัดขยะมูลฝอยในพื้นที่ตำบลราชาเทวะ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (ผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรปราการและประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะ) อนุญาตให้เอกชนนำขยะมาฝังกลบในพื้นที่ดังกล่าว และก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญเนื่องจากการกำจัดขยะมูลฝอยที่ไม่ถูกสุขลักษณะ ส่งกลิ่นเหม็น และเกิดมลพิษทางอากาศและแหล่งน้ำใกล้เคียง ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ⁴⁴

เป็นกรณีตัวอย่างของการเป็นคู่กรณีในฐานะเป็นผู้คัดค้านคำขอ

คำสั่งให้ชดใช้เงินตามความรับผิดชอบละเมิดของข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครอง⁴⁵ ที่ผู้ที่เป็นข้าราชการที่ถูกสั่งให้ชดใช้เงินตามความรับผิดชอบละเมิด เป็นผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นคู่กรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

กรณีตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีความเห็นว่า การสอบสวนวินัยเป็นการพิจารณาทางปกครอง และผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยเป็นผู้ที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นคู่กรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539⁴⁶

3.1.3 สิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณี

การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือในการกระทำทางปกครอง เพื่อให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการที่สำคัญที่สุดในการออกคำสั่งทางปกครองคือ การออกคำสั่งทางปกครองโดยการใช้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องที่สุดเพื่อนำมาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองออกไปมีผลภายนอกองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจควบคุมในการแสวงหาข้อเท็จจริงจากทุกทาง เพื่อนำมาพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง ในการแสวงหาข้อเท็จจริงจากทุกทางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ข้อเท็จจริงจาก

⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 548/2546

⁴⁴ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 296/2546

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2546

⁴⁶ เรื่องเสรีที่ 205/2541

ฝ่ายผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจึงเป็นช่องทางในการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึง และให้ความเคารพต่อสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของผู้ที่อาจได้รับผลกระทบของคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองไปบังคับเขา หรือไปกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของเขา

ซึ่งหลักการรับฟังคู่กรณี (audi alteram partem) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle) ที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศตน โดยเฉพาะกฎหมายปกครองที่เป็นเรื่องของการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจของรัฐต่อประชาชน ยังจะต้องนำหลักการรับฟังคู่กรณีมาบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศตน และบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นการประกันสิทธิของประชาชนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเปรียบเทียบในหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมัน , สหรัฐอเมริกา และไทย ทั้งกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal procedure) และ กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure)

โดยระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น ศึกษาจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG 1976 , ของสหรัฐอเมริกานั้น ศึกษาจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐ (the Federal Administrative Procedure Act 1964) (A.P.A.) ที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐ (federal agencies) ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของแต่ละมลรัฐ (states) ก็มีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง A.P.A. ต่างหากของแต่ละมลรัฐไป และส่วนของไทย ศึกษาจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ดังจะได้กล่าวถึงรายละเอียดของหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในกฎหมายแต่ละฉบับต่อไป

3.1.3.1 สิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริง

สิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงนั้น เป็นสิทธิของคู่กรณีที่อาจจะได้ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้บุคคลที่อาจจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสที่จะโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนได้ถูกต้อง และเป็นธรรม ซึ่งสิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 28 (1) ที่บัญญัติว่า Before an administrative act affecting the rights of a participant

may be executed , the latter must be given the opportunity of commenting on the facts relevant to the decision.⁴⁷

สิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงก่อนการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น หาได้มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. โดยในบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. คงมีบัญญัติแต่ในเรื่องสิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงก่อนการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) ไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 554 (b) ส่วนการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น สิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติที่จัดตั้งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแต่ละเรื่องที่มีการบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ เช่น รัฐบัญญัติเรื่องน้ำสะอาด (the Clean Water Act) ตาม 42 U.S.C. § 1319 (g) (2) (A) ที่กำหนดให้มีโทษปรับทางปกครองบางอย่างที่จะต้องถูกประเมินโดยคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และได้รับอนุญาตให้มีการเรียกร้องสิทธิที่จะมีการแจ้งให้ทราบ และให้โอกาสสำหรับการรับฟังต่อบุคคลที่ได้รับสิทธิที่จะมีโอกาสพอสมควรที่จะได้รับการรับฟังความและนำเสนอพยานหลักฐาน⁴⁸

แต่อย่างไรก็ตามตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. ก็ได้มีเพียงมาตราเดียวที่นำมาปรับใช้ได้ทั้งการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) และการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) มาตรา 555 และในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริง แต่ไม่ใช่เป็นกรณีของการแจ้งข้อเท็จจริงให้ทราบก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นกรณีที่แจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุผลที่ปฏิเสธคำขอ คำร้อง หรือคำร้องขออื่นๆ ตามมาตรา 555 (e) เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการที่จะนำประเด็นปัญหาไปสู่การทบทวนโดยศาล (judicial review) ต่อไป

สรุปก็คือมาตรา 555 (e) นี้คุ้มครองคู่กรณีผู้ที่ยื่นคำขอ คำร้อง และคำร้องขออื่นๆ แล้วถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งให้ทราบทันทีเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือ

⁴⁷ Heinrich Siedentopf , Christoph Hauschild and Karl-Peter Sommermann , The Rule of Law in Public Administration and the Administrative Jurisdiction , (FORSCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG BEI DER HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNGSWISSENSCHAFTEN SPEYER, 1997) , p. 22.

⁴⁸ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 97.

ข้อกฎหมายที่ใช้อ้างในการปฏิเสธแบบสรุป เว้นแต่เป็นการยืนยันก่อนการปฏิเสธ หรือ คำปฏิเสธนั้นได้มีคำอธิบายในตัวเองแล้ว

สำหรับสิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 30 ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ สิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นสิทธิที่คู่กรณีได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้คู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่

ฝ่ายปกครองใช้เป็นเหตุในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่กรณี และในขณะเดียวกันช่วยให้เกิดความถูกต้องแท้จริงแก่คำสั่งทางปกครองที่จะออกมาในภายหลังด้วย และถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเลยมิได้แจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบก่อนออกคำสั่งทางปกครองแล้ว กรณีย่อมส่งผลให้กระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แต่ในกรณีดังกล่าวนี้กฎหมายยังเปิดช่องให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 (3) หากเจ้าหน้าที่ได้จัดให้มีการแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองให้คู่กรณีทราบ และจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลัง ก็ถือว่าความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้รับการแก้ไขให้สมบูรณ์แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม หากปรากฏมีกรณีเข้าข่ายยกเว้นตามวรรคสองของมาตรา 30 (1) ถึง (6) แล้ว ถือเป็นข้อยกเว้น ที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งข้อเท็จจริงใดๆ ให้คู่กรณีทราบ และหากปรากฏกรณีตามวรรคท้ายของมาตรา 30 ด้วยแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจแจ้งข้อเท็จจริงใดๆ ให้คู่กรณีทราบเลยถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

3.1.3.2 สิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน

สิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานนั้น ถือว่าเป็นหลักทั่วไปที่ถูกต้องความโดยศาลและนักนิติศาสตร์ของเยอรมันที่เรียกร้องว่าคู่กรณีต้องสามารถที่จะอ้างสิทธิของเขาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ในขอบเขตที่เขามีโอกาสที่เป็นไปได้ในการที่จะแสดงออกโดยตัวเขาเองในกระบวนการพิจารณา , เรื่องราวในกระบวนการพิจารณา , คำตัดสินที่น่าจะเป็น , หลักเกณฑ์ของข้อเท็จจริง , ประเด็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ที่ถูกพิจารณาในการใช้ดุลพินิจโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁴⁹ สิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น คู่กรณีมีสิทธิที่จะแสดงออกโดยการชี้แจงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่

⁴⁹ Mahendra P. Singh , *supra* note 1 , pp. 75-76.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งทางปกครองมากระทบต่อสิทธิของคู่กรณี รวมถึงการแสดงออกเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง และคู่กรณียังสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่น่าจะเป็น และแสดงพยานหลักฐาน อันเป็นการให้หลักประกันสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และสิทธิในการมีโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานนั้น มีความสำคัญมากที่สุด ส่วนกระบวนการอื่นที่ถูกเรียกร้องในการจัดให้มีการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองมีดังนี้

1) การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการจัดให้มีการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นกระบวนการที่ไม่ยึดติดกับรูปแบบ โดยเน้นความเรียบง่าย และเหมาะสม และจะต้องไม่ให้เกิดความล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 10 VwVfG

2) การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองใช้หลักไต่สวน (inquisitorial principle) ในการแสวงหาความจริงจากทุกทาง เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องที่สุดในการออกคำสั่งทางปกครอง และนอกจากนี้ คู่กรณียังต้องให้ความร่วมมือต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับพยานหลักฐาน หรือข้อมูลต่างๆ ตามมาตรา 24 และ 26 VwVfG

3) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผูกพันที่จะให้ข้อมูลและคำแนะนำทั้งหมดที่จำเป็นที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ตามมาตรา 25 VwVfG

4) คู่กรณีมีสิทธิที่จะตรวจสอบเอกสารในสำนวน ตามมาตรา 29 VwVfG⁵⁰

เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาบังคับใช้นั้น ได้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ต้องถูกยกเลิกเพิกถอนในภายหลังและความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องชอบด้วยกฎหมายทั้งรูปแบบ และเนื้อหา (formell und materiell rechtmässig) (formally and substantially lawful)⁵¹

นอกจากพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 28 VwVfG แล้ว จะเห็นว่ากฎหมายใช้คำว่า "Before an administrative act affecting the right of a participant may be executed..."⁵² หมายความว่า ก่อนที่คำสั่งทางปกครองจะมีผลกระทบสิทธิของคู่กรณีที่อาจจะถูกบังคับ แสดงว่าคำสั่งทางปกครองที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังความนั้น จะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น⁵³ หรือกล่าวอีกอย่างได้ว่าคำสั่งทางปกครอง

⁵⁰ Nigel Foster and Satish Sule , *supra* note 9 , p. 261.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Heinrich Siedentopf , Christoph Hauschild and Karl-Peter Sommermann , *supra* note 47.

⁵³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 13 , น. 62.

ที่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะได้รับการรับฟังความตามมาตรา 28 VwVG นั้น จะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ เช่น การไล่ข้าราชการออก การห้ามใช้อาคารที่อันตราย การสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นลักษณะของการแทรกแซงสิทธิของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว⁵⁴

ส่วนคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี (ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Beteiligten eingreift) ที่ยอมรับตรงกันคือ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการละเว้นกระทำการ หรือยอมให้กระทำการหรือคำสั่งทางปกครองที่ตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิของคู่กรณี⁵⁵ ที่จะก่อให้เกิดสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง

คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระ หรือแม้แต่คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี แล้วต่อมาถูกยกเลิกหรือเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิของคู่กรณีให้แย่ลง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี ที่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะได้รับการรับฟังความจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง⁵⁶ และคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี อันก่อให้เกิดสิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁵⁷

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่ขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์นั้น จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีหรือไม่ มีความเห็นของนักวิชาการและศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นแตกต่างกันอยู่ในเรื่องนี้

กล่าวคือ ฝ่ายศาลปกครองแห่งสหพันธ์และนักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธคำขอของคู่กรณีที่ขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ ไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่ต้องจัดให้มีการรับฟังความจากคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง⁵⁸

ส่วนฝ่ายที่เป็นความเห็นข้างมากในทางตำราเห็นว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้โอกาสในการรับฟังความจากคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ตาม⁵⁹

⁵⁴ Mahendra P. Singh, *supra* note 1, p. 71.

⁵⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เิงวรกที่ 13, น.62.

⁵⁶ เพิ่งอ้าง, น. 63.

⁵⁷ เพิ่งอ้าง.

⁵⁸ เพิ่งอ้าง.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง.

สำหรับสิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน หรือสิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณี (right to be heard) ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) นั้น หาได้มีบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 555 ที่ใช้ได้ทั้งกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และมีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal and formal procedure) ที่เนื้อหาส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการมีทนายความในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และบทบัญญัติใน (e) ที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสีย (interested person) ทราบทันถึงเหตุผลในการปฏิเสธคำขอ คำร้อง และคำร้องขออื่นๆ

กล่าวโดยสรุปก็คือ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธคำขอ คำร้อง และคำร้องขอของบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในการปฏิเสธ เช่นตัวอย่างในคดี *Roelofs v. Secretary of The Air Force* , 628 F.2d 594 , 599-601 (D.C. Cir. 1980)⁶⁰ ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยให้ต้องให้เหตุผลประกอบการปฏิเสธตามมาตรา 555 (e)

สำหรับสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น แม้จะมีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เหมือนการรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) หรือบางครั้งก็เรียกว่า A.P.A. adjudication ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 554 , 556 และ 557. ที่จะต้องมีถ้อยคำที่เรียกกร้องให้มีการรับฟังและตัดสินในสำนวน (hearing on the record) ...required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing...ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 554 (a) จึงจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติ A.P.A.

สำหรับสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น แม้จะมีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เหมือนการรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) แต่กรณีของการออกคำสั่งทางปกครองของสหรัฐอเมริกาที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ประชาชนก็ยังได้รับความคุ้มครองโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในเรื่องสิทธิตาม due process ตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 (Amendment V [1791]) และครั้งที่ 14 (Amendment XIV [1868]) ที่บัญญัติให้ due process มีผล

⁶⁰ Peter L. Strauss , Todd D. Rakoff and Cynthia R. Farina , *supra* note 33 , p. 475.

บังคับไปถึงมลรัฐด้วย ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐมาลิดรอนสิทธิของประชาชนในการกระทำทางปกครอง เพื่อมุ่งให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติออกมา โดยมีศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครอง (judicial review)

ตัวอย่างของการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีที่ไม่มีความเป็นพิธีการ (informal adjudication) คือ รัฐบัญญัติในเรื่องน้ำสะอาด (Clean Water Act) ที่โทษปรับทางปกครองจะต้องถูกกำหนดโดยการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีความเป็นพิธีการ ซึ่งจะต้องจัดให้มีการแจ้งให้ทราบและให้โอกาสสำหรับการรับฟัง ซึ่งผู้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับโอกาสสำหรับการแจ้งให้ทราบและนำเสนอพยานหลักฐาน ตาม 42 U.S.C. มาตรา 1319 (g) (2) (A)⁶¹

ส่วนคนต่างด้าวที่ถูกรัฐบาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธวีซ่า (visa) มีสิทธิพิเศษ (privilege) โดยกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบและตอบแบบไม่เป็นทางการหรือไม่มีความเป็นพิธีการ (notice and informal response) ตาม 22 CFR § 42.130.⁶²

แนวทางการวินิจฉัยของศาลสูงสุด (Supreme court) ที่ใช้หลัก due process มาปรับใช้กับการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีความเป็นพิธีการ เช่น

ในคดี *Goldberg v. Kelly* , 397 U.S. 254 (1970) คดีนี้ศาลสูงสุด (Supreme court) วินิจฉัยโดยใช้หลัก due process ในการวินิจฉัยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนบอกเลิกการให้เงินสวัสดิการแก่ผู้รับประโยชน์ และคดีนี้ศาลยังได้วินิจฉัยอีกว่าต้องจัด

ให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการรับฟังคู่กรณีที่เต็มรูปแบบ (a full trial-type hearing) รวมทั้งต้องให้โอกาสอย่างแท้จริงที่จะต่อสู้คดีโดยการเผชิญหน้ากับพยานฝ่ายตรงข้าม (an effective opportunity to defend by confronting any adverse witnesses...)⁶³

ในคดี *Mathews v. Eldridge* , 424 U.S. 319 (1976) ศาลสูงวินิจฉัยว่า คดี *Goldberg* ไม่นำมาปรับใช้กับการบอกเลิกการจ่ายเงินให้กับคนพิการ โดยศาลได้พูดว่า คดีคนพิการไม่ขึ้นอยู่กับความจำเป็นทางการเงิน (not based on financial need.)⁶⁴

ในคดีทั้งสองคดีเป็นคดีที่เกี่ยวกับการให้เงินช่วยเหลือสวัสดิการ แต่ในคดี *Eldridge* ศาลหาได้ตีความให้คนพิการมีการพิจารณาคดีในการรับฟังคู่กรณีแบบเต็มรูปแบบเหมือนคดี *Goldberg* โดย

⁶¹ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 97.

⁶² Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *Administrative Law Treatise* , 2nd ed. Vol.2 (San Diego : K.C. Davis.Pub. Co. , 1979) , p. 352.

⁶³ *Ibid* , pp. 444-445.

⁶⁴ *Ibid* , p. 498.

คดี Eldridge ซึ่งเป็นคดีที่ยกเลิกเงินสวัสดิการคนงานพิการ แต่ศาลให้การรับฟังในความหมายใหม่แก่คดีคนพิการคือ ให้เขามีโอกาสที่จะทราบเหตุผลสำหรับการบอกเลิก และโอกาสที่จะตอบเป็นลายลักษณ์อักษร (a chance to respond in writing) แต่เขาถูกปฏิเสธโอกาสที่จะนำเสนอพยานหลักฐานหรือโต้แย้งด้วยวาจา หรือเผชิญหน้าและถามค้านพยานอีกฝ่าย⁶⁵ ทั้งสองคดีเรียกร่องหลัก due process ในการให้ความคุ้มครองสิทธิ แม้ระยะเวลาห่างกันแค่ 6 ปี แต่กระบวนการพิจารณากลับแตกต่างกัน โดยคดี Goldberg ได้รับ full trial-type hearing ที่เป็นการพิจารณาคดีเต็มรูปแบบ ส่วนคดียกเลิกเงินสวัสดิการคนงานพิการ กลับได้รับโอกาสเพียงแค่การตอบเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งทำให้เห็นได้ว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการของสหรัฐอเมริกาที่ขาดกฎหมายวิธีพิจารณาที่เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองขาดความแน่นอน

ในคดี Air Line Pilots Ass'n v. Quesada , 276 F. 2d 892 (2d Cir. 1960) ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ไบรรับรองนักบินพาณิชย์อาจจะถูกพัก หรือถูกถอน หลังจากมีการแจ้งให้ทราบ และให้มีการรับฟัง (notice and hearing) ตาม 49 U.S.C. มาตรา 1429 (a) ผู้ถือไบรรับรองมีผลประโยชน์ในไบรรับรองและได้รับการปกป้องโดย due process แต่โดยกฎทั่วไปแล้ว ใช้วิธีพิจารณาแบบที่มีการแจ้งให้ทราบ และให้อธิบายเป็นลายลักษณ์อักษร (notice and written comments) ที่อาจจะยกเลิกไบรรับรองดังกล่าวเมื่อนักบินมีอายุถึง 60 ปี⁶⁶

ในคดี Goss v. Lopez , 419 U.S. 565 (1975) เป็นคดีที่วินิจฉัยโดยศาลสูงสุด ที่เป็นเรื่องของนักเรียนมัธยมของรัฐถูกพักการเรียนเป็นเวลาถึง 10 วัน โดยปราศจากการรับฟังใดๆ ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า ประโยชน์หรือส่วนได้เสียของเขาจะต้องถูกปกป้องโดย due process แล้ววินิจฉัยว่า due process เรียกร้องอย่างน้อย การเตือนให้ทราบในเบื้องต้นว่า นักเรียนได้รับการแจ้งให้ทราบด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับข้อกล่าวหาต่อเขา และถ้าเขาปฏิเสธข้อกล่าวหา การอธิบายพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่มี และให้โอกาสที่จะนำเสนอเรื่องราวในด้านของเขา⁶⁷

โดยคดีนี้ทำให้เกิดหลัก Goss Principle ที่อธิบายว่า due process ไม่ได้เรียกร่องวิธีพิจารณาความในการพิจารณาคดี (trial procedure) แต่ห้ามมิให้ตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องมีการวินิจฉัย (adjudicative fact) ต่อคู่กรณี โดยปราศจากการอนุญาตให้เขาตอบอย่างที่ไม่มียุทธวิธีในการตั้งแตแรกต่อการสรุปพยานอีกฝ่ายหนึ่ง และเป็นหลักที่นำไปปรับใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองที่

⁶⁵ Ibid , p. 500.

⁶⁶ Ibid , p. 468.

⁶⁷ Ibid , pp. 474-475.

ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการมากที่สุด และรวมถึงการกระทำอื่นที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ที่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง⁶⁸

คดีที่เกี่ยวข้องกับนักเรียนอีกคดีหนึ่งคือ คดี *Ingraham v. Wright* , 430 U.S. 651 , 672 (1977) เป็นคดีที่นักเรียนในโรงเรียนของรัฐไม่มีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังก่อนที่จะถูกลงโทษด้วยไม้พาย จนแพทย์ต้องให้หยุดเรียนเป็นเวลา 11 วัน⁶⁹

คดี *Goss v. Lopez* กับคดี *Goldberg* ทั้งสองคดีต่างก็เป็นคดีที่อ้างหลักความคุ้มครองตามหลัก due process เหมือนกัน แต่ศาลสูง (Supreme court) กลับนำเอาวิธีพิจารณาที่แตกต่างกันมาบังคับใช้ โดยคดี *Goldberg* ให้มีการพิจารณาทางปกครองที่เต็มรูปแบบ (full trial-type hearing) แต่คดี *Goss v. Lopez* กลับอนุญาตให้ตอบแบบที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการต่อข้อเท็จจริงของพยานอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งไม่ใช่เป็นกระบวนการพิจารณาในระบบกล่าวหา (trial procedure) ยิ่งกว่านั้นเมื่อพิจารณาถึงคดี *Ingraham* ด้วยแล้ว จะเห็นว่าสิทธิที่จะได้รับการรับฟังตามรัฐธรรมนูญไม่มีเลย แต่หลัก *Goss principle* ก็ก่อให้เกิดหลักการพิจารณาคดีปกครองแบบเรียบง่าย สะดวก และไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายของคู่กรณี และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยทั้งคดี *Goss* และคดี *Eldridge* ทั้งสองคดีนั้น ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่ใช่กระบวนการพิจารณาในระบบกล่าวหา (adversary process) แต่เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เน้นความเรียบง่าย สะดวก และไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย และโดยเฉพาะการถามค้านพยานอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลจะไม่อนุญาตในสองคดีดังกล่าว โดยคดี *Goss* นั้น ใช้สำหรับในคดีที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องมีการวินิจฉัย (adjudicative fact) โดยให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริง และให้มีโอกาสตอบแบบไม่เป็นพิธีการ (notice and opportunity for informal response) สำหรับคดี *Eldridge* ได้รับโอกาสที่จะทราบเหตุผล และตอบเป็นลายลักษณ์อักษร (a chance to respond in writing) และกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการทั้งสองคดี คือ คดี *Goss* และคดี *Eldridge* นั้น ถือว่าเป็นวิธีพิจารณาความที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการที่เป็นธรรม (fair informal procedure)⁷⁰

นอกจากนี้การออกคำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่แล้ว โดยมีมากกว่า 90 เปอร์เซนต์ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ⁷¹ และบางคดีก็มีการรับฟังพยานเหมือนการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระบบกล่าวหา (trial) ซึ่งเป็นรูปแบบที่เหมือนการสืบพยานในชั้นศาล ที่ต้องมีการเผชิญหน้ากับพยานและถามค้านพยานอีกฝ่าย โดยบางครั้งก็มีการเรียกการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการรับ

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid* , pp. 380-381.

⁷⁰ *Ibid* , p. 474.

⁷¹ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 10 , p. 14.

ฟังพยานเหมือนในระบบกล่าวหา (Adjudication without a trial is informal...) ว่าเป็นแบบไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และเรียกการออกคำสั่งทางปกครองที่มีการรับฟังพยานเหมือนในระบบกล่าวหา (adjudication with a trial is formal.) ว่าเป็นแบบที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ⁷² แต่ในบางคดีศาลก็สนับสนุนให้มีการรับฟังพยานเหมือนในระบบกล่าวหา (trial) เช่น คดี Goldberg ส่วนคดี goss และ Eldridge ศาลให้สิทธิในการต่อสู้โดยใช้กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ หรือการมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงให้ทราบ และให้มีสิทธิตอบข้อกล่าวหาเป็นหลัก (notice and response) แต่ตามคำพยานอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ เมื่อพิจารณาในแต่ละรูปแบบที่ศาลใช้ในการพิจารณาในคดีที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการแล้ว เห็นได้ว่าขึ้นอยู่กับดุลพินิจอย่างกว้างของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาลที่ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน (objective measure)

สำหรับสิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 30 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่คู่กรณีที่จะอาจได้รับผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกไปภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อบังคับการให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจตามมาตรา 28 ที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ โดยไม่ผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจที่จะแสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงมาพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองได้อย่างถูกต้องที่สุด แต่ในขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องคำนึงสิทธิสิทธิตามกฎหมายของคู่กรณีที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองด้วย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องรับฟังคู่กรณีประกอบพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่แสวงหามาเอง และข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่รู้เอง เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่จะออกไปนั้น ถูกต้องตรงตามข้อเท็จจริงมากที่สุด เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ตรวจพบว่ามีการต่อเติมอาคารผิดไปจากแบบที่ได้รับอนุญาต ก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองให้รื้อถอนส่วนต่อเติมอาคารที่ไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งให้เจ้าของอาคารได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว และให้เขามีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน หรือ การลงโทษไล่ข้าราชการออกฐานทุจริตต่อหน้าที่ ก็จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้ลงโทษให้ทราบ และให้เขามีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนลงโทษเขา

หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกเฉยไม่จัดให้คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้รับโอกาสในการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็จะมีผลทำให้

⁷² Ibid, p. 13.

คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนหลักการรับฟังคู่กรณีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถึงที่สุดแล้ว อาจจะถูศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

แต่อย่างไรก็ตามหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพบเห็นเหตุบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวด้วยตนเอง หรือคู่กรณีร้องขอให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการรับฟังความคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลัง แต่ต้องก่อนที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วน 5 ตามที่ปรากฏในมาตรา 41 แล้ว ก็ถือว่าไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

กรณีตัวอย่างของสิทธิในการมีโอกาสดำเนินการได้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน เช่นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้พิจารณาแล้วเห็นว่า โดยเหตุที่การจดทะเบียนเครื่องหมายรับรองเป็นคำสั่งทางปกครอง และการเพิกถอนการจดทะเบียนดังกล่าวนายทะเบียนจะต้องดำเนินการโดยการออกคำสั่งเพิกถอนการจดทะเบียน ซึ่งถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลเป็นการระงับสิทธิของบุคคลที่มีอยู่ตามคำสั่งทางปกครองเดิม ดังนั้นการดำเนินการจึงต้องเป็นไปตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาและการจัดทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งต้องให้สิทธิคู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีโอกาสดำเนินการได้แย้งก่อนตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง⁷³

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด โดยศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิด ตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 139/2541 ให้ผู้บังคับบัญชาชดใช้เงิน กรณีที่ไม่ได้มอบหมายงานให้นิติกรไปยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จนล่วงเลยกำหนดเวลา ทำให้ทางราชการเสียหาย ซึ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองกระทบถึงสิทธิของผู้ได้รับคำสั่ง เจ้าหน้าที่ต้องให้ผู้ได้รับคำสั่งนั้นมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง สำหรับคดีนี้ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องที่ 1 มีคำสั่งที่ 113/2543 ให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามข้อเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน กรณีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ตาม

⁷³ เรื่องเสรีที่ 415/2542

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁷⁴

การที่จำเลยที่ 1 ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยผู้รักษาการตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฯ ใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ตามมาตรา 16 ไม่อนุญาตให้โจทก์เข้ามาในราชอาณาจักร จึงไม่ใช่การปฏิบัติงานทางนโยบายโดยตรงตาม พ.ร.บ.วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 4 (3) อีกทั้งไม่ใช่งานเกี่ยวกับราชการทหาร หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศตามมาตรา 4 (7) แต่เป็นการพิจารณาและออกคำสั่งทางปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ซึ่งไม่ต้องด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (3) และ (7) ของ พ.ร.บ. ดังกล่าว และต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 30 เมื่อจำเลยที่ 1 พิจารณาและออกคำสั่งไม่อนุญาตให้โจทก์ซึ่งเป็นต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้พำนักอยู่ในประเทศไทยเข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่ได้ให้โอกาสโจทก์ทราบ

ข้อเท็จจริงก่อนและไม่ให้โอกาสโจทก์ได้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เพื่อหักล้างข้อมูลที่จำเลยที่ 1 อาศัยเป็นเหตุในการออกคำสั่งดังกล่าว การพิจารณาและออกคำสั่งของจำเลยที่ 1 จึงไม่เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนเสียได้ตาม พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 50⁷⁵

กรณีของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ที่มีคำสั่งอนุมัติเพิ่มชื่อให้กลุ่มบุคคล ผู้ยื่นคำร้องขอแก้ไขสัญชาติให้เป็นสัญชาติไทย ขอเพิ่มชื่อในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) และขอมีบัตรประจำตัวประชาชนโดยรวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วยนั้น เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีและกลุ่มบุคคลดังกล่าวแสดงเจตนาต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในขณะนั้นเพื่อให้พิจารณาและมีคำสั่งให้เพิ่มชื่อในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) โดยอ้างว่าเป็นบุคคลที่เคยมีสัญชาติไทยอยู่ก่อนแล้ว แต่ได้ย้ายที่ทำกินไปที่แห่งอื่น เมื่อกลับมาที่อำเภอแม่เฒ่าแล้ว ไม่สามารถมาขอเพิ่มชื่อในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) หรือขอมีบัตรประจำตัวประชาชนได้ จึงได้มายื่นคำร้องต่อผู้ถูกฟ้องที่ 3 ให้ดำเนินการอนุมัติให้เพิ่มชื่อในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) และออกบัตรประจำตัวประชาชนให้ ผู้ถูกฟ้องที่ 3 จึงได้พิจารณาคำร้องขอดังกล่าวและใช้อำนาจตามมาตรา 7 (1) แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 และข้อ 94 ข้อ 97 ข้อ 103 และข้อ 115 (3) ของระเบียบสำนักทะเบียนกลาง ว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ.2535 ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของนายอำเภอที่จะสามารถอนุมัติเพิ่มชื่อและรายการบุคคลในทะเบียนบ้านได้ หากได้มีการสอบสวนเจ้าบ้านบิดามารดาหรือญาติพี่น้องหรือบุคคลที่น่าเชื่อถือประกอบการพิจารณา และมีคำสั่งอนุมัติตามคำร้องขอดังกล่าว ทำให้สัญชาติและสถานะในทางทะเบียนราษฎร สถานภาพ

⁷⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2546

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2755/2545 (สงเสริม)

ของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลต้องเปลี่ยนแปลงไปเป็นการถาวร คำสั่งอนุมัติของผู้ถูกฟ้องที่ 3 ดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อันมีผลให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวและผู้ฟ้องคดีได้รับการแก้ไขสัญชาติให้เป็นผู้มีสัญชาติไทย และเป็นผู้มีชื่อในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) แล้ว สามารถขอมีบัตรประจำตัวประชาชนได้

ต่อมาเมื่อผู้ถูกฟ้องที่ 3 ได้รับการสั่งการจากอธิบดีกรมการปกครองให้ดำเนินการจำหน่ายรายการที่ไม่ถูกต้องออกจากทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) โดยเห็นว่า การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 คนเดิมที่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีได้รับการเพิ่มชื่อในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) ดังกล่าวนั้น กระทำไปโดยไม่ถูกต้องและได้มีประกาศให้จำหน่ายชื่อและรายการบุคคลรวม 1,243 คน ซึ่งรวมทั้งผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้าน ตามประกาศอำเภอแม่สาย ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545

การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าว จึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งอันมีผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลเป็นการถาวร ทำให้บุคคลดังกล่าวซึ่งเดิมเคยมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) ไม่มีสัญชาติไทยและต้องคืนบัตรประจำตัวประชาชนให้กับทางราชการ คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งออกมาลงคำสั่งแรกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งออกคนละช่วงเวลากันทั้งหมด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยบัญญัติให้ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเสียก่อน ดังนั้น ในการออกประกาศลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าว จึงต้องดำเนินการแจ้งข้อเท็จจริงให้บุคคลทุกคนที่จะได้รับผลกระทบจากประกาศดังกล่าวได้ทราบ เพื่อจะได้มีโอกาสได้รับทราบความเป็นมาของการออกประกาศดังกล่าวและสามารถโต้แย้งคัดค้านหรือแสดงพยานหลักฐานใดๆ ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เพื่อให้พิจารณาทบทวนหรือตรวจสอบข้อโต้แย้งคัดค้านนั้นได้ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติแล้วว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มิได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหมด ซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากประกาศดังกล่าวได้ทราบว่าจะต้องถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) จะต้องเปลี่ยนสถานะจากสัญชาติไทยไปเป็นชนกลุ่มน้อย ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสโต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐานใดๆ โดยอ้างเหตุผลเพียงว่าการดำเนินการดังกล่าวมิใช่การเพิกถอนรายการสัญชาติของผู้ฟ้องคดีและกลุ่มบุคคลผู้ถูกถอนดังกล่าวแต่อย่างใด จึงมิได้เป็นการดำเนินการที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีและกลุ่มบุคคลดังกล่าวประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏก็เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีได้ให้ไว้ในคำขอ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีเคยทราบแล้ว ประกอบกับมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้อำนาจไว้ จึงไม่

จำต้องเรียกผู้ฟ้องคดีกับพวกมาชี้แจงนั้น เห็นว่า ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าวยังไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะรับฟังได้ เนื่องจากในการมีประกาศลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าว เป็นการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ โดยคำสั่งดังกล่าวเกิดจากดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงควรต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ได้รับผลกระทบทุกคนได้ทราบก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 จะอ้างว่าข้อเท็จจริงดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีทุกคนเคยทราบอยู่แล้วมิได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มิได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนดังกล่าว อันถือเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครอง ประกาศลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อประกาศลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงมีผลให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวรวม 1,243 คน กลับคืนสู่สถานะเช่นเดิมตามสถานะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้เคยมีคำสั่งอนุมัติไว้ทั้งหมด และเมื่อเห็นว่าประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการมีคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นเนื้อหาในรายละเอียดตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีแต่ละรายต่อไป...

จึงพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้เพิกถอนประกาศ เรื่อง การจำหน่าย ยกเลิก เพิกถอนรายการบุคคล กรณีการขอแก้ไขสัญชาติไทยและเพิ่มชื่อลงในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) ในพื้นที่อำเภอแม่สาย ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ทั้งฉบับ และให้มีผลต่อผู้ถูกกระทบจากประกาศดังกล่าวทุกคน นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น⁷⁶

ตามคดีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกเฉยในการที่จะดำเนินการแจ้งให้คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่จะออก ได้มีโอกาสที่จะทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนแล้วในที่สุดศาลอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

3.1.3.3 ข้อยกเว้นในการรับฟังความ

โดยหลักทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอีกว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเปรียบเหมือนผู้พิทักษ์ประโยชน์สาธารณะในการที่จะออกคำสั่งทางปกครอง

⁷⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.117/2548

ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็เป็นไปเพื่อให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกัน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย

อย่างไรก็ตามเมื่อมีความจำเป็นต้องพิจารณาระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลแล้ว ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หลักในเรื่องการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองของเยอรมัน VwVG มาตรา 28 จึงมีข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้ใน (2) ข้อ 1 ถึง 5 ให้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวต่อไปนี้

1. มีความจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองโดยทันทีเพราะเหตุที่หากปล่อยให้ล่าช้าจะเกิดความเสียหาย หรือเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ (1. an immediate decision appears necessary because of the risk involved in delay or in the public interest;)⁷⁷ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นที่จะต้องรับออกคำสั่งทางปกครองโดยทันที หากปล่อยให้ล่าช้าจะเกิดความเสียหายได้ หรือเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องประเมินข้อเท็จจริงของสถานการณ์แวดล้อมว่ามีความจำเป็นที่จะต้องรับออกคำสั่งทางปกครองโดยทันทีหรือไม่ แต่หากไม่ปรากฏเหตุจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองโดยทันทีตามข้อ 1 นี้แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือเป็นไปตามหลักทั่วไปที่จะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

2. เมื่อการรับฟังคู่กรณีจะทำให้เกิดความเสียหายต่อการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่กำหนดที่มีผลสำคัญต่อการออกคำสั่งทางปกครอง (2. the hearing would jeopardize the observance of a time limit vital to the decision;)⁷⁸ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะชี้แนะหนักของสถานการณ์แวดล้อมว่า หากจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองแล้ว จะมีความเสียหายเกิดขึ้นในระยะเวลาที่กำหนดหรือไม่ หรือถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแต่มาจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อน แต่ไม่คำนึงถึงความเสียหายที่กำลังจะเกิดขึ้นในระยะเวลาที่กำหนด

3. เมื่อคำสั่งทางปกครองที่มุ่งหมายจะออกนั้นไม่แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่ได้แถลงไว้โดยคู่กรณีในคำขอหรือคำแถลง และไม่เป็นไปในทางเสียหายต่อคู่กรณี (3. it is intended not to diverge , to his disadvantage , from the actual statements made by a participant in an application or

⁷⁷ Heinrich Siedentopf , Christoph Hauschild and Karl-Peter Sommermann , *supra* note 47 .

⁷⁸ *Ibid.*

statement);⁷⁹ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะอนุญาตตามคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครองของคู่กรณีโดยพิจารณาข้อเท็จจริงที่คู่กรณีให้มาในคำขอหรือคำแถลงแล้ว เห็นว่าสามารถออกคำสั่งทางปกครองอนุญาตให้ตามคำขอได้และข้อเท็จจริงก็พอเพียงที่จะตัดสินใจออก

คำสั่งทางปกครองได้ แต่ถ้าจะพิจารณาให้ผิดแผกแตกต่างออกไปจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในคำขอหรือคำแถลงแล้ว จะทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

4. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะออกคำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองที่เหมือนกันที่ให้กับคนจำนวนมาก หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการใช้เครื่องจักรอัตโนมัติ (4. the authority wishes to issue a general order or similar administrative acts in considerable numbers or administrative acts using automatic equipment);⁸⁰ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะออกคำสั่งทั่วไปทางปกครองตามที่มาตรา 35 ประโยคที่สอง (VwVfG) บัญญัติเรื่องของการออกคำสั่งทั่วไปทางปกครองที่ออกไปยังกลุ่มบุคคลจำนวนมาก โดยใช้เกณฑ์ของข้อเท็จจริงเดียวกัน โดยใช้เครื่องจักรอัตโนมัติเป็นเครื่องมือในการออกคำสั่งทั่วไปทางปกครอง จึงเป็นการยากที่จะมาจัดให้รับฟังความจากกลุ่มบุคคลที่เป็นผู้ได้รับคำสั่งทั่วไปทางปกครอง และยังแทบจะไม่สามารถที่จะทราบได้แน่ชัดว่าใครจะเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผ่านเครื่องจักรอัตโนมัติดังกล่าว บทบัญญัติในข้อนี้จึงบัญญัติยกเว้นให้

5. การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง (5. measures of administrative enforcement are to be taken.)⁸¹ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่ต้องรับฟังความก่อนลงมือใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพราะหากต้องมาจัดให้มีการรับฟังความก่อนลงมือใช้มาตรการบังคับทางปกครองแล้ว ผู้ที่จะต้องถูกบังคับทางปกครองอาจจะดำเนินการด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกบังคับทางปกครองได้

สำหรับข้อยกเว้นในการรับฟังความในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ยึดรูปแบบพิธีนั้น หากได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด คงมีแต่แนวทางในการวินิจฉัยคดีที่ศาลวินิจฉัยไม่ให้โอกาสในการรับฟังคู่กรณีหรือวินิจฉัยว่าหลัก Due process ไม่ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิดังกล่าว เช่น

หลักสิทธิพิเศษ (The Privilege Doctrine)

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

ประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายก็คือ สิทธิ (rights) และในระบบกฎหมายก็มีใช้จะมีแต่คำว่า สิทธิ (rights) กับคำว่า ไม่มีสิทธิ (no rights) แต่มีประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียบางอย่างที่โดยปกติไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ในบางสถานการณ์กฎหมายอาจให้ความคุ้มครองในบางระดับ ซึ่งประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียดังกล่าวจะอยู่ระหว่าง การมีสิทธิ (rights) กับ ไม่มีสิทธิ (no rights) ซึ่งประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียดังกล่าวถูกเรียกว่า สิทธิพิเศษ (privilege)⁸² และในบางคดีที่ศาลจะปฏิเสธการให้ความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายแล้ว ศาลก็จะวินิจฉัยว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิพิเศษ (privilege) ซึ่ง due process ไม่ให้ความคุ้มครอง เช่น

ในคดี United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy , 338 U.S. 537 (1950) เป็นคดีที่ทหารอเมริกันแต่งงานกับสตรีชาวเยอรมันและต้องการที่จะนำภรรยาของเขามาอยู่ที่สหรัฐอเมริกา ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองปฏิเสธไม่ให้ภรรยาเข้าสหรัฐอเมริกา โดยไม่ให้อโอกาสในการที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบและมีโอกาสโต้แย้งพยานหลักฐาน โดยศาลสูงสุดวินิจฉัยว่าประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียของเขาไม่ได้รับการปกป้องโดย due process และศาลวินิจฉัยต่อไปอีกว่า เธอมีเพียงสิทธิพิเศษ (privilege) เธอไม่มีสิทธิ (rights)ที่จะได้รับการปกป้องตาม due process⁸³

อย่างไรก็ตามต่อมาคนต่างด้าวที่ถูกรัฐบาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธวีซ่า (visa) มีสิทธิพิเศษ (privilege) ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกระบวนการพิจารณาที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบและตอบแบบไม่เป็นทางการหรือไม่เป็นแบบพิธีการ (notice and informal response) ตาม 22 CFR § 42.130.

ในคดีลูกจ้างของรัฐ (public employees)

คดี Bailey v. Richardson , 182 f. 2d 46 (D.C. Cir. 1950) มีสไบเลย์เป็นลูกจ้างของรัฐบาลถูกไล่ออกจากงานโดยไม่ให้สิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังความ โดยศาลวินิจฉัยว่า due process ไม่ได้ปรับใช้กับเรื่องนี้ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นกรณีการลิดรอนสิทธิของเธอ (right)⁸⁴

ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายการเมือง (cabinet officer) ที่ทำงานรับใช้ประธานาธิบดีตามความพอใจของประธานาธิบดี (serves at the pleasure of the President) ไม่มีสิทธิ (right) ในตำแหน่งของเขา เขาสามารถถูกปลดโดยไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อน เช่น กรณีนายเฮนรี วอลเลซ (Henry Wallace) รัฐมนตรีการค้า (Secretary of Commerce) ที่ถูกปลดออกโดยประธานาธิบดีรูสเวลต์ในกรณีทำสุนทรพจน์เกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศผิดพลาด โดยปราศจากการรับฟัง⁸⁵

⁸² Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 60 , p. 350.

⁸³ *Ibid* , pp. 343-344.

⁸⁴ *Ibid* , p. 361.

⁸⁵ *Ibid* , p. 351.

ในคดี Bishop v. wood , 426 U.S. 341 (1976) ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า ตำรวจที่ทำงานทดลองงาน 6 เดือน และต่อมาได้กลายเป็นลูกจ้างประจำสามารถถูกปลดออกโดยปราศจากการรับฟังคู่กรณี เพราะว่ากฎหมายของรัฐไม่ได้คุ้มครองการถูกปลดออกโดยต้องรับฟังคู่กรณี ประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียของตำรวจไม่ได้รับความคุ้มครองโดย due process⁸⁶

ในคดีที่เกี่ยวกับการยึดทรัพย์

ในคดี Ewing v. Mytinger & Casselberry , 339 U.S. 594 , 598 (1950) ในการยึดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่อาหารและยาไม่ต้องจัดให้มีการรับฟังความก่อน⁸⁷

นอกจากนี้การกระทำชั่วคราวระหว่างการรับฟังคู่กรณี โดยทั่วไปแล้วปราศการรับฟังคู่กรณี โดยศาลสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Ewing v. Mytinger & Casselberry , Inc., 339 U.S. 594 , 599 (1950) ว่า ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่อาจจะถูกบิดเบือน แต่กระนั้นก็ไม่เป็นการเรียกเรื่อง due process ที่ศาลต้องไต่สวนก่อนการใช้ดุลพินิจ⁸⁸

ในคดี North American Cold Storage Co. v. Chicago , 211 U.S. 306 (1908) อาหารที่ไม่เหมาะสมสำหรับการบริโภค อาจจะถูกทำลายโดยปราศจากการรับฟังความก่อน⁸⁹

ในคดี Fahey v. Mallonee , 332 U.S. 245 , 253 (1947) ผู้ดูแล (conservator) อาจเข้าครอบครองธนาคารโดยปราศจากการรับฟังคู่กรณีก่อน โดยศาลวินิจฉัยว่าการรับฟังคู่กรณีจะเกิดภายหลังการเข้าครอบครองธนาคารมิใช่ก่อน⁹⁰

ตามตัวอย่างของคดีดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา สำหรับกรณีการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) นั้น นอกจากจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนแล้ว แนวคำพิพากษาของศาลเองก็ไม่แน่นอนในหลักการและแนวคำวินิจฉัย (some fluctuating principles)

สำหรับข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ปรากฏตามมาตรา 30 วรรคสอง ข้อ 1 ถึง 6 เป็นข้อยกเว้นของวรรคแรกที่ให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจที่จะไม่รับฟังความจากผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้

⁸⁶ Ibid , p. 349.

⁸⁷ Ibid, pp. 459-460.

⁸⁸ Ibid , pp. 462-463.

⁸⁹ Ibid , p. 505.

⁹⁰ Ibid.

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้นิ่งช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การ หรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่า การให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

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) การสั่งให้เนรเทศ

สิทธิตามบทบัญญัติมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนี้ เป็นสิทธิตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจก่อความเสียหายต่อเขา ให้เขาได้รับสิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอ้างเป็นเหตุที่จะออกคำสั่งทางปกครองอันอาจไปก่อความเสียหายต่อเขา และให้เขามีสิทธิได้สิทธิได้โต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของตน ส่วนกรณีตามข้อยกเว้นตามวรรคสอง (1) ถึง (6) เป็นข้อยกเว้นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะไม่ให้โอกาสตามวรรคแรกคือ ไม่แจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุในการออกคำสั่งทางปกครอง และไม่ให้อีกโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง เมื่อเกิดมีข้อเท็จจริงตาม (1) ถึง (6) ดังกล่าว โดยกรณีตามข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ข้อ 1 เป็นกรณีเมื่อมี

ความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าออกไปจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น

ในกรณีที่อาคารซึ่งก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายโดยได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มีสภาพ หรือมีการใช้ที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม และเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นเองว่า อาคารดังกล่าว มีสภาพ หรือมีการใช้อาคาร หรือระบบความปลอดภัยเกี่ยวกับอัคคีภัย ที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกาย หรือได้รับรายงานจากนายช่าง และเจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินไม่อาจรอช้าไว้ได้ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของ หรือผู้ครอบครองอาคารดำเนินการ เพื่อบรรเทาเหตุที่อาจก่อให้เกิดภัยอันตรายดังกล่าวได้ทันที ตามวิธีการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นกำหนด...⁹¹

กรณีตามข้อ 2 เป็นกรณีที่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการออกคำสั่งทางปกครอง หากแม้มาจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีแล้ว จะไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ตามกำหนดเวลาที่กฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้

กรณีตามข้อ 3 เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ข้อเท็จจริงที่คู่กรณีให้ไว้ในคำขอ คำให้การ หรือคำแถลง เป็นเหตุที่จะอนุญาตให้ตามที่ขอแล้ว ก็ไม่ต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีอีก แต่หากจะพิจารณาให้เป็นโทษแก่คู่กรณีคือปฏิเสธตามคำขอ คำให้การ หรือคำแถลงของคู่กรณีแล้ว เช่น การขอใบอนุญาตปลูกสร้างอาคาร ผู้ขอได้แนบสำเนาบัตรประจำตัวประชาชน , สำเนาทะเบียนบ้าน , สำเนาโฉนดที่ดิน หรือ คำยินยอมจากเจ้าของที่ดิน และแบบของอาคาร ประกอบการยื่นขออนุญาตปลูกสร้างอาคาร หากเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าหลักฐานดังกล่าวพอเพียงแล้ว ก็ออกใบอนุญาตปลูกสร้างอาคารให้ เจ้าหน้าที่ไม่ต้องมาจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีอีก

กรณีตามข้อ 4 เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้สามารถเปรียบเทียบกับกรณีของมาตรา 28 (2) ข้อ 4 vvvfG ที่เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะออกคำสั่งทั่วไปทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ใช้เกณฑ์ของข้อเท็จจริงเดียวกันออกไปยังกลุ่มบุคคลจำนวนมาก อาจจะใช้เครื่องจักรอัตโนมัติเป็นเครื่องมือในการออกคำสั่ง และมีได้เจาะจงตัวบุคคลผู้รับคำสั่งไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง จึงเป็นการยากที่จะจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

กรณีตามข้อ 5 เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง โดยสภาพของข้อยกเว้นข้อนี้ หากจะต้องมีการรับฟังผู้ที่จะต้องถูกบังคับทางปกครองก่อนแล้ว กรณีอาจจะทำให้ไม่สามารถที่จะใช้

⁹¹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 47 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ข้อ 7.

มาตรการบังคับทางปกครองให้บรรลุผลได้ เช่น การยึดทรัพย์สินโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลังจากที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีหนังสือเตือนให้ผู้ที่จะถูกบังคับชำระเงิน หากผู้นั้นเพิกเฉย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะใช้มาตรการยึด อาศัยทรัพย์สิน ออกขายทอดตลาดตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยก่อนยึด อาศัยทรัพย์เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อน

3.1.3.4 ข้อห้ามมิให้โอกาสในการรับฟังคู่กรณี

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 28 วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจที่จะให้โอกาสในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อการรับฟังคู่กรณีจะขัดกับประโยชน์สาธารณะโดยชัดแจ้ง ((3) A hearing shall not be granted when this is grossly against the public interest.)⁹² การห้ามมิให้ใช้ดุลพินิจรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองตาม (3) ของมาตรา 28 นี้ เป็นคนละกรณีกับประโยชน์สาธารณะตาม (2) ข้อ 1 ที่เป็นกรณีฉุกเฉิน จึงยกเว้นจากการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

ส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองทันที เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ตาม (3) เป็นกรณีห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจรับฟังคู่กรณีเลย หากปรากฏว่าเป็นการขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะโดยชัดแจ้ง หรือ ที่ท่านรองศาสตราจารย์ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ให้คำแปลประโยชน์สาธารณะตาม (3) นี้ ว่า“ประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นอย่างยิ่ง” (zwingendes öffentliches Interesse)⁹³ และในการตีความว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นอย่างยิ่ง จะต้องตีความในความหมายอย่างแคบ⁹⁴ และจะต้องเป็นประโยชน์สาธารณะที่เลยไปจากประโยชน์สาธารณะที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 28 (2) ข้อ 1⁹⁵ และประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นอย่างยิ่งตามบทบัญญัตินี้ได้มีการให้ตัวอย่างไว้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ (Imperative public interests conflict) เช่น ในกรณีที่เป็นการอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ (in case of a danger to national security)⁹⁶

⁹²Heinrich Siedentopf , Christoph Hauschild and Karl-Peter Sommermann , *supranote 47*.

⁹³วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 13* , น. 67.

⁹⁴ เพิ่งอ้าง.

⁹⁵ เพิ่งอ้าง.

⁹⁶Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin , *Introduction to German Law* , (The Hague : Kluwer Law International , 1996) , p. 99.

ดังนั้นประโยชน์สาธารณะตาม (3) จึงเป็นประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญ และมีความจำเป็นต่อความมั่นคงของประเทศชาติไม่ว่าจะเป็นด้านสังคม , เศรษฐกิจ และการเมือง มากกว่าประโยชน์สาธารณะตาม (2) ข้อ 1 ที่เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นรีบด่วนเป็นกรณีฉุกเฉิน ต้องรีบออกคำสั่งทางปกครอง หากล่าช้าจะเกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะที่มีอยู่เพื่อส่วนรวมทั่วไป

สำหรับบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจจัดให้มีการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองในกรณีที่มีการขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะโดยขัดแย้งในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น หากได้มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาใช้ดุลพินิจดังกล่าวแต่อย่างใด คงมีแต่เพียงแนวคำพิพากษาของศาลที่ตีความว่ากรณีใดรับฟัง กรณีใดยกเว้นไม่ต้องรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้นแล้วเท่านั้น ส่วนคดีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะนั้นปรากฏในคดี *Martin v. Mott* , 25 U.S. (12 Wheat.) 19 (1827) ศาลสูงสุดปฏิเสธการทบทวนปัญหาเกี่ยวกับดุลพินิจของประธานาธิบดีในการตัดสินใจว่าจะใช้กำลังทหารเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่⁹⁷ ยิ่งกว่านั้นในความเห็นของนักวิชาการเห็นว่าศาลในระบบคอมมอนลอว์นั้นจะไม่ให้มีการรับฟังความ เพียงแค่ในคดีที่เป็นข้อยกเว้นอย่างแท้จริงและแทบจะไม่ค่อยพบคดีดังกล่าว ในบางประเทศ เช่น ในอินเดียสิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังความนั้นได้รับการพิจารณาให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจที่จะถูกลิดรอนได้ แม้แต่ฝ่ายนิติบัญญัติ⁹⁸ คำว่าประโยชน์สาธารณะ (public interests) ในทางคำร่าถือว่าเป็นถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง (margin of appreciation) (Beurteilungsspielraum) ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้เขียนถ้อยคำของกฎหมายที่ไม่จำกัด (indefinite legal terms) (unbestimmte Rechtsbegriffe) เพื่อเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะประเมินข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นปรับเข้ากับถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงดังกล่าว เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ และถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงนี้จะตรงข้ามกับหลักการของดุลพินิจที่มีดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย (the legal consequences) แต่ถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงปรับข้อเท็จจริงกับองค์ประกอบส่วนที่เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดองค์ประกอบในส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย และความมุ่งหมายที่ให้ฝ่ายปกครองประเมินข้อเท็จจริงกับถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงจะถูกบันทึกและบันทึกให้ศาลเข้ามาทบทวน

แต่อย่างไรก็ตามศาลปกครองของสหพันธ์และศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินว่าศาลปกครองมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ที่จะทบทวนได้ มิฉะนั้นอาจจะเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่ก็มีข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปที่ยกเว้นจากการทบทวนได้อยู่บางประการ เช่น คำตัดสิน

⁹⁷ Kenneth F. Warren, *supra* note 27 , p. 428.

⁹⁸ Mahendra P. Singh , *supra* note 1 , p. 77.

เกี่ยวกับการสอบ , การประเมินผลของข้าราชการพลเรือน , คำตัดสินของคณะกรรมการอิสระในการจัดอันดับ หรือคำทำนายความเสี่ยง ซึ่งเป็นเรื่องยุ่งยากและเป็นไปไม่ได้ที่ศาลจะไปเข้าใจได้อย่างสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามศาลสามารถทบทวนคำสั่งทางปกครองที่ขึ้นอยู่กับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอิสระได้⁹⁹ เช่น คณะกรรมการจัดอันดับคุณภาพของไวน์

3.1.3.5 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักการรับฟังคู่กรณี

โดยหลักที่ว่าคำสั่งทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นหลักการที่ทำให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันอยู่กับความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมิได้มีการรับฟังคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อาจจะถูกเพิกถอนในภายหลังได้ ไม่ว่าจะเป็นโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง หรือองค์กรตุลาการแต่ในระหว่างที่คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวยังมิได้ถูกเพิกถอนอยู่ตราบใด คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมมีผลผูกพันตามกฎหมายอยู่โดยมีผลตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้ง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน มาตรา 43 (1) และ (2) VwVfG และความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนนั้น ถือว่าเป็นความบกพร่องในเรื่องของวิธีพิจารณา ที่สามารถแก้ไขให้สมบูรณ์ได้ หากจัดให้มีการแก้ไขความบกพร่องดังกล่าว แต่กรณียังไม่ถึงกับทำให้เป็นโมฆะตามมาตรา 44 (1) VwVfG และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมายตามมาตรา 43 (3) VwVfG ส่วนเหตุที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันนั้นเป็นไปตามมาตรา 44 (2) ข้อ 1 ถึง 6 VwVfG คือ

1. คำสั่งทางปกครองได้ออกเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ไม่แสดงให้เห็นปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ใดเป็นผู้ออก
2. ตามบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้ปฏิบัติตาม
3. คำสั่งทางปกครองได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำการเกินกว่าอำนาจของตน ดังที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 1¹⁰⁰ และปราศจากการให้อำนาจในภายหลัง
4. เป็นการพันวิสัยที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง
5. คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษปรับ หรือโทษ
6. คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี

⁹⁹ Nigel Foster and Satish Sule , *supra* note 7 , pp. 256-258.

¹⁰⁰ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 3 วรรคหนึ่ง

สำหรับผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักการรับฟังคู่กรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 42 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองมีผลตั้งแต่ขณะได้รับแจ้ง และคำสั่งทางปกครองจะมีผลตามกฎหมายอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอน และคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีนั้น ถือว่าเป็นความบกพร่องในวิธีพิจารณาที่ไม่ถึงขนาดที่จะมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ ถ้าได้จัดให้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง ตามมาตรา 41 (3) อนึ่ง คำว่า การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินมาโดยไม่สมบูรณ์นี้ หมายถึง การไม่รับฟังคู่กรณีเลยด้วย ไม่ใช่หมายถึงต้องรับฟังมาบ้างเท่านั้น¹⁰¹ และถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกเฉย ไม่จัดให้มีการเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับท้องที่ที่มีอำนาจ ข้อ 1 เป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้หรือสิทธิตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคือ เจ้าหน้าที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่รับฟังคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลังจนล่วงเลยระยะเวลาตาม มาตรา 41 วรรคท้าย คือ ล่วงเลยกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่ การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น หากล่วงเลยระยะเวลาดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกเฉยที่จะแก้ไขข้อบกพร่องในวิธีพิจารณาโดยไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลังแล้ว คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว สามารถฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มียุทธผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ เช่น

ในคดีที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนประกาศ เรื่อง การจำหน่าย ยกเลิก เพิกถอนรายการบุคคล กรณีการขอแก้ไขสัญชาติเป็นสัญชาติไทยและเพิ่มชื่อลงในทะเบียนบ้าน (ท.ร. 14) ในพื้นที่อำเภอแม่สาย ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ทั้งฉบับ และให้มีผลต่อผู้ถูกกระทบจากประกาศดังกล่าวทุกคน นอกจากที่แก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น โดยคดีนี้เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองคือประกาศดังกล่าว ทำให้คู่กรณีได้รับผลกระทบถูกถอนสัญชาติไทย ถูกลบชื่อออกจากทะเบียนบ้าน และต้องคืนบัตรประจำตัวประชาชนต่อทางราชการและในคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวของศาลปกครองสูงสุดตอนหนึ่งที่วินิจฉัยให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวรวม 1,243 คน กลับคืนสู่

¹⁰¹ โปรตตุรายละเอียดใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน) 2549, น. 50.

ฐานะเช่นเดิมตามสถานะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้เคยมีคำสั่งอนุมัติไว้ทั้งหมด เท่ากับเพิกถอนแล้วให้มีผลย้อนหลังกลับคืนสู่ฐานะเช่นเดิมเหมือนขณะที่เคยออกคำสั่งทางปกครองอนุมัติไว้ก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จะเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และออกคำสั่งทางปกครองใหม่จนเป็นเหตุพิพาทในคดีดังกล่าว¹⁰²

ซึ่งหลักกฎหมายปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ของไทย มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเหมือนกัน เพียงแต่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 หาได้มีส่วนที่บัญญัติถึงเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เท่านั้น

สำหรับระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายผิดต่อหลักการรับฟังคู่กรณี ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ถือว่าสิทธิที่จะได้รับการรับฟังก่อนออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้รับความคุ้มครองตามหลัก due process ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญตาม บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 และ 14 ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่รับฟังคู่กรณีก่อนแล้ว ถือว่าจะผิดต่อหลัก due process และจะได้รับความคุ้มครองโดยการทบทวนของศาล (judicial review) โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาน่าได้มีการบัญญัติถึงหลักการทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลแต่อย่างใด

แต่หลักการดังกล่าวเกิดจากการตีความของอดีตประธานศาลสูงสุด นายจอห์น มาร์แชล (Chief Justice John Marshall) ในคดี *Mabury v. Madison* , 1 Cranch 137 (1803) โดยการโต้แย้งในคดีนี้ว่าศาลควรมีสิทธิที่จะลบล้างการกระทำของสาขาอื่นของรัฐบาลที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยเขาได้เป็นผู้สร้างอำนาจการทบทวนโดยศาล (judicial review) ซึ่งจอห์น มาร์แชล ได้แย้งว่าเป็นสิทธินี้เป็นความตั้งใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ และยังสอดคล้องหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁰³

การตีความของจอห์น มาร์แชล จึงเป็นที่มาของหลักการทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาล ทำให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้การทบทวนโดยศาล โดยคดีที่ทำให้แนวโน้มของศาลเริ่มทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองมากขึ้นคือ คดี *Goldberg v. Kelly* , 397 U.S. 254 (1970) ที่ศาลวินิจฉัยว่าเงินช่วยเหลือหรือเงินสวัสดิการของรัฐบาลเป็นสิทธิ (rights) หรือ ส่วนได้ส่วนเสียหรือประโยชน์ทางทรัพย์สิน (property interests) มิใช่ สิทธิพิเศษ (privileges)¹⁰⁴ และในคดีนี้ที่ศาลสูงวินิจฉัยให้มีการรับฟังคู่กรณีแบบเต็มที (trial-type hearing) นอกจากนี้หลักการทบทวนของศาลนั้น ศาลจะต้องไม่ทำตัวเป็นผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในคดี Federal

¹⁰² โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 117/2548.

¹⁰³ Kenneth F. Warren , *supra* note 27 , p. 417.

¹⁰⁴ *Ibid* , p. 429.

Radio Commission v. General Electric Co., 281 U.S. 464 (1930) และ ในคดี Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough , 253 U.S. 287 (1920) เป็นคดีที่สร้างหลักว่าศาลมีความจำเป็นต้อง ทบทวนเต็มที่เมื่อมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเป็นข้อเท็จจริงตามรัฐธรรมนูญ โดยในคำวินิจฉัยในคดีนี้ ศาลวินิจฉัยว่า ถ้าเจ้าของอ้างว่าการริบทรัพย์สินของเขาเป็นผลให้เกิดประเด็นโต้แย้ง รัฐจะต้องจัดให้ โอกาสที่เป็นธรรมสำหรับการเสนอประเด็นดังกล่าวต่อศาลที่จะตัดสินด้วยคำพิพากษาที่เป็นอิสระทั้ง ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย มิฉะนั้นคำสั่งนั้นมีผลเป็นโมฆะเพราะว่าเป็นการขัดแย้งกับคุณค่าของ due process¹⁰⁵

แม้ว่าการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการของสหรัฐอเมริกาจะไม่ได้มี บทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ดังเช่น บทบัญญัติของ A.P.A. ในกรณีของการออกคำสั่งทาง ปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) แต่ศาลก็ให้ความสำคัญคุ้มครองต่อสิทธิของปัจเจก บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ละเมิดต่อหลัก due process ดังกล่าว

3.1.3.6 การแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากการรับฟังคู่กรณีก่อนหาก ต่อมาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลัง ก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองที่ บกพร่องนั้นจะไม่ต้องถูกเพิกถอนแต่อย่างใด โดยกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 45 (1) ข้อ 3 เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการ พิจารณาทางปกครอง โดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลัง และการแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการ พิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากการรับฟังคู่กรณีก่อนนั้น สามารถ แก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้แม้คดีจะได้ดำเนินการจนถึงขั้นพิจารณาคดีของศาลปกครองแล้วก็ตาม แต่ต้องก่อนที่ศาลตัดสินคดี ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 45 (2)

สำหรับการแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของไทยเป็นไปตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 (3) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวก็เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการ พิจารณาดังกล่าว โดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลังได้

¹⁰⁵ Ibid , p. 450.

โดยคำว่า การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้นั้นมาโดยไม่สมบูรณ์นี้ หมายถึง การไม่รับฟังคู่กรณีเลยด้วย ไม่ใช่หมายถึงต้องรับฟังมาบ้างเท่านั้น¹⁰⁶

เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลังแล้ว หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความประสงค์จะให้มีผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นจะต้องบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิม และต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ดังกล่าวของตนให้คู่กรณีทราบด้วย ตามมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

นอกจากนี้การแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยการจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลังนั้น จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าว ก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ตามมาตรา 44 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

ดังตัวอย่างของคดีที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 โดยข้อเท็จจริงโดยสรุปมีว่า อธิบดีกรมป่าไม้ได้รับรายงานข้อเท็จจริงว่ามีการลักลอบตัดไม้โดยผิดกฎหมาย อธิบดีกรมป่าไม้ได้ตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นเพราะเป็นกรณีกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามมาตรา 102 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 เพื่อทำการสอบสวนโดยต้องแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาเท่าที่มีให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ โดยจะระบุหรือไม่ระบุชื่อพยานก็ได้ เพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา เมื่อดำเนินการแล้วถ้าฟังได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดวินัยก็ให้ดำเนินการตามมาตรา 104 ถ้ายังฟังไม่ได้ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดก็ให้ยุติเรื่อง ซึ่งเป็นการจัดให้มีการรับฟังความ และถ้าฟังได้ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงในกรณีเป็นข้าราชการตั้งแต่ระดับ 11 ลงมาถึงระดับ 8 ให้ส่งเรื่องให้ อ.ก.พ.กระทรวงซึ่งผู้ถูกกล่าวหาสังกัดอยู่พิจารณาตามมาตรา 104 (1)

แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้อธิบดีได้ส่งเรื่องให้ อ.ก.พ.กรมป่าไม้พิจารณา ซึ่งเป็นการผิดขั้นตอนของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการระดับ 8 ที่ได้กระทำความผิดร่วมกับข้าราชการที่อยู่ในระดับต่ำกว่าระดับ 8 แต่อธิบดีกลับดำเนินการตามมาตรา 104 (2) ที่ส่งเรื่องให้ อ.ก.พ.กรมป่าไม้พิจารณา อ.ก.พ.กรมป่าไม้ ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มจึงมีมติให้ลงโทษปลดออกจากราชการ ส่งให้อธิบดีกรมป่าไม้ออกคำสั่งตามมติ อ.ก.พ.กรมป่าไม้ ผู้ถูกกล่าวหาได้อุทธรณ์ต่อ ก.พ. ตามมาตรา 126 ก.พ.พิจารณาอุทธรณ์แล้วเห็นว่า ผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการระดับ

¹⁰⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95.

8 ที่กระทำผิดร่วมกับข้าราชการระดับต่ำกว่าจะต้องส่งเรื่องให้ อ.ก.พ.กระทรวงเป็นผู้พิจารณา จึงมีมติให้รายงานนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา นายกรัฐมนตรีได้สั่งการให้ส่งเรื่องไปให้ อ.ก.พ.กระทรวงที่ผู้ถูกกล่าวหาสังกัดอยู่เป็นผู้พิจารณา เมื่อมีมติเป็นประการใดแล้ว ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม (ที่ออกตามมติของ อ.ก.พ.กรม) และมีคำสั่งใหม่ตามที่ อ.ก.พ.กระทรวงมีมติต่อไป ระหว่างการพิจารณาของ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกกล่าวได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้เพิกถอนคำสั่งให้ปลดออกจากราชการดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการที่ได้ออกโดยคำสั่งของอธิบดีกรมป่าไม้ตามมติของ อ.ก.พ.กรมป่าไม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุด เห็นพ้องด้วย

โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (อธิบดีกรมป่าไม้) ออกคำสั่งทางปกครองปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการตามมติของ อ.ก.พ.กรมป่าไม้ ซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ในเรื่องนั้น จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะต้องมีการเพิกถอน หากไม่เพิกถอนแล้วจะกระทบต่อสิทธิประโยชน์ต่างๆของผู้ฟ้องคดี อธิบดีกรมป่าไม้ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งจึงต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการก่อน จึงจะมีผลให้ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญที่อาจถูกดำเนินการทางวินัยได้ และเมื่อ อ.ก.พ. กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พิจารณาและมีมติเป็นประการใดแล้ว อธิบดีกรมป่าไม้จึงมีหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองตามมติดังกล่าว โดยออกคำสั่งลงโทษทางวินัยให้มีผลไม่ก่อนวันที่ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ มีมติเท่านั้น

นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยอีกว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ได้อุทธรณ์ว่า คำสั่งลงโทษให้ปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ แม้จะออกตามมติ อ.ก.พ.กรมป่าไม้ ซึ่งไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้คำสั่งดังกล่าวไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เมื่อ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงมติเห็นชอบกับความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (อธิบดีกรมป่าไม้) แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องรับผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการ เพื่อให้มีสถานะเป็นข้าราชการพลเรือนก่อน

ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ มิใช่องค์กรที่จะให้ความเห็นชอบตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แต่เป็นองค์กรที่มีหน้าที่พิจารณาความผิดและกำหนดโทษข้าราชการที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง และคณะกรรมการสอบสวนหรือผู้มีอำนาจตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 เห็นว่า ผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ซึ่งการพิจารณาดังกล่าว อ.ก.พ.กระทรวง มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างใดก็ได้ภายในกรอบของกฎหมาย ซึ่งอาจจะเห็นแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนหรือผู้มีอำนาจตามมาตรา 102 แห่ง

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ก็ได้ กรณีจึงมิใช่กรณีตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ตามข้ออ้างในอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง เนื่องจากผู้พิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองไม่มีอำนาจหน้าที่พิจารณา ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และไม่มีกรณีเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จึงต้องเพิกถอนคำสั่งลงโทษปลดออก เพื่อคืนสภาพความเป็นข้าราชการให้แก่ผู้ฟ้องคดี เสมือนว่าไม่มีการลงโทษ หลังจากนั้นเมื่อมีการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ วิธีการของทางราชการ โดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว ผลการพิจารณาเป็นประการใด ผู้มีอำนาจจึงออกคำสั่งทางปกครองใหม่¹⁰⁷ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนขออนุญาตแสดงความคิดเห็นตามความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ในประเด็นของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 12 และประเด็นเรื่อง คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดตาม (1) ถึง (4) ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

โดยในประเด็นเรื่อง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในคดีดังกล่าวนั้น ผู้เขียนเห็นว่า อ.ก.พ.กรมป่าไม้ มีสถานะเป็นองค์กรกลุ่มที่พิจารณาข้อเท็จจริงที่คณะกรรมการสอบสวนได้พิจารณาแล้วมีมติให้ปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เนื่องจากกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง อันเป็นการทบทวนภายในองค์กรฝ่ายปกครองแล้วมีมติอีกครั้งแล้วจึงส่งมติขององค์กรกลุ่ม ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม เพราะยังมิได้ส่งต่อผู้รับคำสั่งเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นรูปธรรมและเฉพาะเจาะจงต่อผู้ใด แต่องค์กรเดียวคือ อธิบดีกรมป่าไม้เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองตามมติของ อ.ก.พ.กรมป่าไม้ ตามมาตรา 104 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ต่อผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ดังนั้นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ก็คือ อธิบดีกรมป่าไม้ หาใช่ อ.ก.พ.กรมป่าไม้แต่อย่างใด

ส่วนประเด็นเรื่อง คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการที่กฎหมายกำหนดนั้น ผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักทั่วไปแล้ว คำสั่งทางปกครองใดที่ได้ออกมาแล้ว แม้จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ยังมีผลบังคับอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่ได้ถูกเพิกถอน หรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น เพื่อให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นมีความมั่นคงแน่นอน เมื่อคำสั่งของอธิบดีกรมป่าไม้ที่ให้ปลดผู้ถูกกล่าวหาออกจากราชการยังมีผลบังคับอยู่ในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ของ ก.พ. ตามมาตรา 126 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพล

¹⁰⁷ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.316/2547 คดีหมายเลขแดงที่ อ.133/2548.

เรือน พ.ศ.2535 ต่อมา ก.พ. พิจารณาเห็นว่า ผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการระดับ 8 ที่กระทำผิดร่วมกับ ข้าราชการระดับที่ต่ำกว่า จะต้องให้ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พิจารณาและมีมติ มิใช่ อ.ก.พ. กรมป่าไม้ จึงเสนอนายกรัฐมนตรีให้สั่งการ นายกรัฐมนตรีจึงสั่งให้ส่งเรื่องให้ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและ สหกรณ์พิจารณาเมื่อ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พิจารณาและมีมติเป็นประการใดแล้ว ให้ อธิบดีกรมป่าไม้ออกคำสั่งตามนั้น ดังนั้นกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีของคณะกรรมการ สอบสวน ตามมาตรา 102 วรรคสอง และการจัดให้มีการทบทวนการรับฟังคู่กรณี (rehearing or reconsideration) ไม่ว่าจะโดย อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ หรือ อ.ก.พ.กรมป่าไม้ ตามมาตรา 104 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ถือเป็นกระบวนการในการ รับฟังคู่กรณี หากการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีได้ดำเนินการมาโดยบกพร่อง ถ้า ได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลังแล้ว กรณีย่อมถือได้ว่าไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครอง นั้นไม่สมบูรณ์ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 (3) หาใช่เป็น กรณีของมาตรา 41 (4) ที่ต้องขอความเห็นชอบจากเจ้านายฝ่ายปกครองอื่นก่อนเพราะมิใช่กรณีของการ ปริกษาแล้ว ขอความเห็นชอบจากการปรึกษาจากอีกองค์กรหนึ่ง

การที่ ก.พ.ได้พิจารณาอุทธรณ์แล้ว มีมติเสนอนายกรัฐมนตรีให้ส่งเรื่องการพิจารณาลงโทษ ทางวินัยดังกล่าวกลับมาให้องค์กรกลุ่มคือ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พิจารณาทบทวนและมี มติใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 มาตรา 104 (1) และนายกรัฐมนตรีได้สั่งการให้ดำเนินการตามมติ ก.พ.ดังกล่าว จึงถือว่า กรณีดังกล่าวยังอยู่ในขั้นตอนของการเยียวยาภายในองค์กรฝ่ายปกครองที่ยังอยู่ระหว่างการจัดให้มีการ พิจารณาทบทวนการรับฟังคู่กรณีใหม่โดยองค์กรที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการที่ กฎหมายกำหนดนั้น ยังไม่เสร็จสิ้นผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวก็นำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้เพิก ถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกตามมติของ อ.ก.พ.กรมป่าไม้เสียก่อน ซึ่งเป็นการผิดพลาดในขั้นตอนของ องค์กรกลุ่มที่ทบทวนการรับฟังคู่กรณีของคณะกรรมการสอบสวนที่มีอำนาจบกพร่องเท่านั้น ที่สามารถ แก้ไขเยียวยาโดยจัดให้มีการทบทวนใหม่โดยองค์กรกลุ่มที่มีอำนาจหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และ วิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ถือว่าพอเพียงที่จะไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยบกพร่อง ดังกล่าวนั้นไม่สมบูรณ์ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 (3) และนอกจากนี้การที่กรณีพิพาทดังกล่าวยังอยู่ในขั้นตอนของการส่งกลับมาแก้ไขเยียวยาใหม่ตามคำสั่ง นายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการใช้อำนาจในการควบคุมดูแลสั่งการให้การ พิจารณาลงโทษทางวินัยดังกล่าวถูกต้องตามกฎหมายนั้น ย่อมถือว่าการเยียวยาในชั้นเจ้านายที่ฝ่าย ปกครองยังไม่เสร็จสิ้น ผู้ฟ้องคดีนี้จึงยังไม่มีอำนาจฟ้องตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

กรณีตัวอย่างอีกตัวอย่างหนึ่งของการเยียวยาแก้ไขข้อบกพร่องในหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการที่กฎหมายกำหนดที่องค์กรพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาและมีมติให้นำเรื่องกลับมาดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งข้อเท็จจริงโดยสรุปนั้นเป็นลักษณะเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นกล่าวคือ เป็นกรณีที่ข้าราชการกรมป่าไม้ระดับ 8 กระทำความผิดร่วมกันกับข้าราชการระดับที่ต่ำกว่าในกรณีที่มีมติวินัยอย่างร้ายแรง เมื่อได้ตั้งคณะกรรมการสอบสวนทำการสอบสวนจนมีมติแล้ว จะต้องส่งเรื่องให้ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พิจารณาแล้วมีมติในคราวเดียวกัน

แต่ในกรณีนี้ได้มีการแยกโดยนำกรณีของข้าราชการระดับ 8 ให้ อ.ก.พ.กระทรวงพิจารณาและมีมติไปแล้ว แต่ข้าราชการระดับ 7 ที่กระทำความผิดร่วมกับข้าราชการระดับ 8 แยกไปให้ อ.ก.พ.กรมป่าไม้พิจารณาและมีมติ จนกระทั่งข้าราชการระดับ 7 ดังกล่าวได้อุทธรณ์ต่อ ก.พ. เมื่อ ก.พ.โดย อ.ก.พ.วิสามัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ได้พิจารณาแล้ว มีมติให้ส่งเรื่องของข้าราชการระดับ 7 ดังกล่าวให้ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พิจารณาแล้วมีมติประการใด จึงให้อธิบดีกรมป่าไม้ออกคำสั่งไปตามนั้น¹⁰⁸

สำหรับการแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น นอกจากจะไม่มีกฎหมายวิธีพิจารณาความที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เท่าที่ผู้เขียนได้ศึกษาจากตำราคงพบเพียงหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่เป็นกฎของหลักคอมมอนลอว์¹⁰⁹ ที่เป็นหลักทั่วไปกำหนดให้คู่กรณีต้องใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองให้หมดสิ้นเสียก่อนที่จะไปยื่นข้อพิพาททางปกครองต่อศาล เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือระงับข้อพิพาท เพื่อเป็นการช่วยลดข้อพิพาททางปกครองให้ไปสู่ศาลน้อยลง เช่น

ในคดี *McCarthy v. Madigan* , 112 S.Ct. 1081 (1992) เป็นคดีที่ศาลสูงวินิจฉัยอย่างละเอียดถึงหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีโอกาสแก้ไขข้อผิดพลาดทางปกครอง และ คดี *Bowen v. City of New York* , 106 S.Ct.2022 (1986) ที่ทำให้หลัก Exhaustion มีผลในทางปฏิบัติมากขึ้น¹¹⁰ กรณีจึงเป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะแก้ไข

¹⁰⁸ โปรดดูรายละเอียดในรายงานการประชุม อ.ก.พ.วิสามัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ครั้งที่ 11/2547 วันศุกร์ที่ 26 มีนาคม 2547 ณ ห้องประชุม 2 สำนักงาน ก.พ.

¹⁰⁹ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 238.

¹¹⁰ Kenneth F. Warren , *supra* note 27 , p. 439.

ข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็น
เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอง หรือผู้บังคับบัญชาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency head)

อย่างไรก็ตาม หลัก Exhaustion of Administrative Remedies ถือว่าเป็นหลักทั่วไป แต่ก็มี
ข้อยกเว้น 3 ประการ ที่ศาลสูงสุดได้ให้ไว้ในคดี McCarthy v. Madigan , 503 U.S. 140 (1992) คือ

1. การเยียวยาโดยฝ่ายปกครองนั้นอาจจะทำให้การเยียวยาโดยศาลในภายหลังนั้น ไร้
ประโยชน์ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับการทูลเกล้าและจะเกิดความเสียหายที่ไม่สามารถจะเยียวยา
ได้ แต่บางกรณีศาลอุทธรณ์ได้ตีความว่าไม่เข้าข้อยกเว้นและต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปของหลัก
Exhaustion of Administrative Remedies เช่น

ในคดี Portela-Gonzalez v. Secretary of the Navy , 109 F.3d 74 (1st Cir. 1997) ที่
ลูกจ้างของร้านค้าของกองทัพเรือถูกไล่ออกจากงาน ตามกฎระเบียบของกองทัพเรือ ลูกจ้างอาจจะต้อง

1. ขอให้มีการพิจารณาใหม่โดยเจ้าหน้าที่ที่ตัดสิน
2. ขอให้รับฟังพยานให้สมบูรณ์โดยผู้บัญชาการท้องถิ่น (local commander)
3. อุทธรณ์คำตัดสินต่อผู้บัญชาการสำนักงานสนับสนุนการขายปลีกและบริการของ
กองทัพเรือ (commander of the Navy Resale and Services Support Office) และ
4. อุทธรณ์คำตัดสินต่อผู้แทนผู้ช่วยเลขาธิการกองทัพอากาศฝ่ายนโยบายบุคคลพลเรือน (the
Deputy Assistant Secretary of the Navy for Civilian Personnel Policy)

ลูกจ้างได้ดำเนินการขอให้มีการเยียวยาภายในองค์กรฝ่ายปกครองมาแล้ว 3 ขั้นตอน แต่
ไม่ได้รับการตัดสินให้ชนะหรือได้รับประโยชน์ตามที่ร้องขอ จนเหลือการเยียวยาในขั้นตอนสุดท้ายที่
จะต้องอุทธรณ์เป็นขั้นตอนสุดท้าย ลูกจ้างแทนที่จะอุทธรณ์ในขั้นตอนสุดท้ายให้เสร็จสิ้นเสียก่อนกลับ
นำคดีไปฟ้องต่อศาล ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า การที่ลูกจ้างอ้างว่าไร้ประโยชน์ที่จะอุทธรณ์ในขั้นตอน
สุดท้ายและลูกจ้างไม่น่าจะชนะคดีได้เพราะลูกจ้างดังกล่าวได้แพ้มา 3 ขั้นตอนแล้ว ศาลเห็นว่า เป็น
การคาดเดาในแง่ร้ายว่าการอุทธรณ์ในขั้นตอนสุดท้ายจะไร้ประโยชน์นั้น ยังไม่พอเพียงที่จะหลีกเลี่ยง
หลัก Exhaustion of Administrative Remedies ได้¹¹¹

2. การเยียวยาโดยฝ่ายปกครองอาจจะไม่เพียงพอเพราะว่าองค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถ
ที่จะเยียวยาได้ เช่น การเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน (money damages) ที่ฝ่ายปกครองเยียวยา
ให้ไม่ได้ หรือ มีการโต้แย้งเรื่องของการชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutionality) แต่องค์กรฝ่าย
ปกครองไม่สามารถที่จะตัดสินให้กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองว่าขัดกับ
รัฐธรรมนูญ (unconstitutional) ได้¹¹²

¹¹¹ See William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , pp. 238-239.

¹¹² *Ibid.*

3. การเหยียดยาโดยฝ่ายปกครองจะไม่เหมาะสมเพราะเหตุที่ถูกกล่าวหาว่ามีอคติ (bias or prejudice)¹¹³

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น การเหยียดยาภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนไปสู่การดำเนินคดีในชั้นศาล ตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies นั้น ถือว่าเป็นหลักทั่วไปที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติให้เสร็จสิ้นเสียก่อนไปฟ้องคดีต่อศาล เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวมาแล้ว คู่กรณีสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้เลย

3.2 กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

หลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVG นั้น เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบของกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการรับฟังคู่กรณี มีลักษณะใกล้เคียงกับการพิจารณาคดีของศาล เพราะมีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่รับฟังคำให้การด้วยวาจา (oral hearing) ของคู่กรณี และคู่กรณีร่วมรับฟังพยานบุคคล หรือผู้เชี่ยวชาญ และร่วมตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง กระบวนการพิจารณาทางปกครองมีความซับซ้อนมากกว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้

กระบวนการพิจารณาเน้นการกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น คำขอ หรือถ้าไม่มีคำขอเป็นลายลักษณ์อักษร ก็ต้องให้เจ้าหน้าที่บันทึกให้เป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 64 VwVG และพยานต้องให้ความร่วมมือในกระบวนการพิจารณาโดยให้พยานหลักฐาน หรือในกรณีของพยานผู้เชี่ยวชาญต้องให้ความเห็น ถ้าพยาน หรือ ผู้เชี่ยวชาญปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือแก่กระบวนการพิจารณาดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถร้องขอให้ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจอยู่เหนือภูมิอำนาจของพยาน เรียกพยาน หรือ ผู้เชี่ยวชาญมาสอบถามได้ ส่วนการปฏิเสธการให้พยานหลักฐาน หรือให้ความเห็นนั้น ศาลปกครองจะเป็นผู้ตัดสินความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิเสธคู่กรณีจะได้รับสิทธิที่จะทำคำแถลงก่อนการตัดสิน และยังมีสิทธิที่จะเข้ารับฟังพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือ ตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง และยังมีโอกาสที่จะถามคำถามที่เกี่ยวข้องด้วย และนอกจากนี้ เจ้าหน้าที่จะต้องมีหนังสือแจ้งให้คู่กรณีมาให้การด้วยวาจาก่อนตัดสินอีกด้วย

¹¹³ Ibid.

กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนี้เป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่เปิดเผย ผู้รับฟังความอาจจะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยอาจจะเป็นตัวแทนของหัวหน้าเจ้าหน้าที่ และ บุคคลผู้ทำงานกับเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการอบรมมา ผู้รับฟังความอาจอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ารับฟังถ้าผู้กรณีไม่คัดค้าน และคำตัดสินก็ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และการโต้แย้งคำตัดสินไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย

การรับฟังผู้กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการของสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง (A.P.A.) มาตรา 554 , 556 และ 557 กล่าวคือ ในบทบัญญัติของรัฐบัญญัติ (statute) ที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติ ต่างๆ นั้น ได้มีเนื้อหาของถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 554 ที่บัญญัติว่า "...required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing..." ไว้ในกฎหมายที่ต้องเป็นระดับรัฐบัญญัติ (statute) เท่านั้น บัญญัติไว้หรือไม่ ถ้ามีจึงจะต้องด้วยนัยของการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) ส่วนบทบัญญัติมาตรา 556 และ 557 นั้น เป็นเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และ การมีคำวินิจฉัยทางปกครองคือการออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง เช่น

ตัวอย่างของรัฐบัญญัติที่ยกไว้ในตำรา "รัฐบัญญัติในเรื่องน้ำสะอาด (Clean Water Act) การขอใบอนุญาตจะเรียกร้องโดยรัฐบัญญัติที่จะต้องรับฟังและตัดสินในสำนวนหลังจากให้โอกาสสำหรับเจ้าหน้าที่ในการรับฟังความว่ามีเนื้อหาดังกล่าวบัญญัติไว้หรือไม่ อีกตัวอย่างในเรื่องรัฐบัญญัติเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Product Safety Act) ในกรณีที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ผลิตสินค้าที่เป็นอันตรายกลับคืนมาจากท้องตลาด หลังจากให้โอกาสในการรับฟังความตามตามมาตรา 554 ลักษณะ 5 ดู 15 U.S.C. มาตรา 2064 (f) หรือ หน่วยงานบริจาคแห่งชาติสำหรับงานศิลปะ (the National Endowment for the Arts) สามารถออกคำสั่งทางปกครองให้คืนเงิน ถ้าพบว่าเคยผลิตผลงานลามก แต่ต้องหลังจากการแจ้งให้ทราบพอสมควรและให้โอกาสให้คืนเงิน ถ้าพบว่าเคยผลิตผลงานลามก แต่ต้องหลังจากการแจ้งให้ทราบพอสมควรและให้โอกาสสำหรับการรับฟังความในสำนวน ดู 20 U.S.C. มาตรา 954 (I)(1)"¹¹⁴

ซึ่งลักษณะของกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) มีลักษณะคล้ายการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ที่ฝ่ายนิติบัญญัติพยายามทำให้เกิดความชอบธรรมในกระบวนการพิจารณา จึงทำให้มีลักษณะคล้ายศาล (judicialization) แต่ในทางปฏิบัติแล้ว แนวทางวินิจฉัยของศาลสูง (Supreme Court) มักเกิดปัญหาในการตีความเรื่องนี้อยู่มากโดย

¹¹⁴William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 75.

กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาในการรับฟังความจะคล้ายกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาลในเรื่องของการสืบพยาน (trial-type hearing) และการมีคำวินิจฉัย ตามมาตรา 557 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A.

สำหรับกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบพิธีการ (formal procedure) ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองของไทยนั้น หากได้มีกระบวนการพิจารณาดังกล่าวแต่อย่างใด โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 คงบัญญัติไว้แต่เพียงในส่วน of กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal procedure)

3.2.1 ขอบเขตการบังคับใช้

สำหรับขอบเขตของการบังคับใช้กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 63 (1) ที่บัญญัติว่า กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal administrative procedure) ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีกฎหมาย (law) บัญญัติไว้ คำว่ากฎหมายในมาตรานี้ของเยอรมัน ต่างจากมาตรา 554 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) ที่ใช้คำว่ารัฐบัญญัติ (statute) ที่จะต้องออกโดยสภาองเกรสเท่านั้น

ส่วนคำว่ากฎหมาย (law) ของมาตรา 63 (1) ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG นั้น มีความหมายกว้างกว่าของสหรัฐอเมริกาโดยอาจจะเป็นกฎหมายลำดับรองก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติโดยตรง กล่าวคือเนื้อหาในบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เป็นสารบัญญัติในเรื่องนั้นๆ จะบัญญัติไว้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายในเรื่องนั้น ให้ใช้กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal administrative procedure) โดยกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามมาตรา 64 ถึง 71 เป็นกฎหมายในส่วนสบัญญัติ

ในส่วน of กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา สำหรับกรณีของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เป็นตามมาตรา 554 (a) ที่จะต้องมีข้อความว่า required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing คือให้มีการรับฟังและตัดสินใจในสำนวนบัญญัติไว้ในกฎหมายสารบัญญัติที่เรียกว่าร่างให้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) เป็นกฎหมาย

วิธีพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น หากไม่มีข้อความดังกล่าวแล้ว จะถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal adjudication) เช่น

รัฐบัญญัติเรื่องผู้บริโภคสินค้าปลอดภัย (the Consumer Product Safety Act) คณะกรรมการผู้บริโภคสินค้าปลอดภัยสามารถออกคำสั่งให้เจ้าของโรงงานที่จะเรียกสินค้าที่เป็นอันตราย เพียงแค่หลังจากให้โอกาสสำหรับการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 554 ของลักษณะ 5 (only after an opportunity for a hearing in accordance with section 554 of Title 5) ตาม 15 U.S.C. § 2064 (f)¹¹⁵

หน่วยงานบริจาคแห่งชาติสำหรับงานศิลปะ (the National Endowment for the Arts) สามารถออกคำสั่งทางปกครองให้คืนเงิน ถ้าพบว่าเคยผลิตผลงานลามกอนาจาร แต่ต้องหลังจากแจ้งให้ทราบพอสมควรและให้โอกาสสำหรับการรับฟังคู่กรณีในสำนวน (after reasonable notice and opportunity for a hearing on the record) ตาม 20 U.S.C. § 954 (l) (1)¹¹⁶

รัฐบัญญัติในเรื่องน้ำสะอาด (Clean Water Act) การขอใบอนุญาตจะเรียกร้องโดยรัฐบัญญัติที่จะต้องตัดสินในสำนวนหลังจากให้โอกาสสำหรับหน่วยงานในการรับฟังคู่กรณี¹¹⁷ เป็นการเขียนไว้ชัดเจนว่าให้จัดให้มีการรับฟังความในสำนวนในคดี Seacoast Anti-Pollution League v. Costle , 572 F. 2d 872 (1st Cir. 1978) ในคดีนี้กลุ่มสิ่งแวดล้อมได้แย้งใบอนุญาตตามรัฐบัญญัติเรื่องน้ำสะอาดที่ออกโดย หน่วยงานป้องกันสิ่งแวดล้อม (EPA) ให้แก่โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ โดยกลุ่มดังกล่าวได้แย้งว่ากระบวนการพิจารณาในการออกใบอนุญาตดังกล่าวนั้นผิดเพราะว่าไม่ได้ปฏิบัติตาม มาตรา 554 , 556 และ 557 โดยรัฐบัญญัติในเรื่องน้ำสะอาดบัญญัติว่าใบอนุญาตจะถูกออกหลังจากให้โอกาสสำหรับการรับฟังประชาชน (public hearing) แต่ไม่ได้ระบุว่า การรับฟังคู่กรณีต้องอยู่ในสำนวนหรือไม่

ในคดีดังกล่าวข้างต้นศาลอุทธรณ์วินิจัยว่า แม้ว่ารัฐบัญญัติเรียกร้องการรับฟังคู่กรณีอย่างง่าย ๆ ถ้าลักษณะของกระบวนการพิจารณาเป็นการตัดสินข้อเท็จจริงและปรับข้อกำหนด ภาษาในมาตรา 554 มีผลบังคับ (the language in section 554 is triggered) และการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการถูกเรียกร้อง (a formal adjudication is required)¹¹⁸ เท่ากับต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ หรือตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. นั้นเอง

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid , pp. 76-77.

3.2.2 ผู้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 68 (1) กระบวนการรับฟังด้วยวาจา (the oral hearing) จะไม่เป็นกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผย (shall not be public) การรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาอาจจะได้รับการรับฟังโดยตัวแทนของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมดูแล และโดยบุคคลผู้ทำงานกับเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการอบรม และผู้ที่ควบคุมดูแลกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาอาจอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ารับฟัง ถ้าคู่กรณีไม่คัดค้าน นอกจากนี้ผู้รับฟังคู่กรณีดังกล่าวที่เป็นผู้ควบคุมดูแลการรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาจะถกเถียงกับคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง และยังมีหน้าที่ควบคุมดูแลการรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาให้อยู่ในความสงบเรียบร้อย ผู้รับฟังคู่กรณีอาจจะสั่งให้บุคคลที่ไม่เชื่อฟังคำสั่งของเขาออกไปจากห้องพิจารณา และสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีต่อไปลับหลังบุคคลดังกล่าว

คำให้การด้วยวาจาของคู่กรณีจะถูกบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรและมีข้อความดังนี้

- 1) สถานที่และวันที่รับฟัง
- 2) ชื่อของบุคคลผู้ควบคุมดูแลการรับฟังความ , คู่กรณี , พยาน และพยานผู้เชี่ยวชาญที่มาในวันนั้น
- 3) เรื่องที่โต้สวนและคำร้องขอที่ยื่นเข้ามา
- 4)สาระสำคัญของคำให้การของพยานและพยานผู้เชี่ยวชาญ
- 5) ผลการตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง

บันทึกคำให้การจะได้รับการลงลายมือชื่อโดยผู้ควบคุมดูแลการรับฟัง, ผู้เก็บรักษานบันทึกดังกล่าว

สำหรับผู้รับฟังความตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ หรือการออกคำสั่งทางปกครองตามบทบัญญัติของ A.P.A. เป็นไปตามมาตรา 556 (b) ที่บัญญัติเกี่ยวกับการนั่งรับฟังพยานโดย

- 1) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
- 2) สมาชิกคนใดคนหนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งคนที่อยู่ในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
- 3) เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judge) คนหนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งคนที่

ได้รับแต่งตั้งภายใต้มาตรา 3105 ของลักษณะนี้

การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judge) ตามมาตรา 3105 ตามบทบัญญัติของ A.P.A. บัญญัติว่า แต่ละองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความได้มากเท่าที่จำเป็น สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ถูกเรียกร้องตามมาตรา 556 และ 557 ของบทบัญญัตินี้ ผู้ที่จะนั่งรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็คือบุคคลทั้งสามดังกล่าวข้างต้น แต่ในทางปฏิบัติเกือบทั้งหมดจะใช้เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความเป็นผู้นั่งรับฟังความจากทั้งสองฝ่ายคือ ฝ่ายเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agencies) และ คู่กรณีผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในคดี (interested parties) โดยกระบวนการพิจารณาดังกล่าวจะเป็นกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) ซึ่งกระบวนการพิจารณามีลักษณะใกล้เคียงกับการพิจารณาคดีของศาล

เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความที่นั่งรับฟังพยานในกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 554 (d) ของบทบัญญัติ A.P.A. ก็จะทำคำวินิจฉัยเบื้องต้น (recommended decision or initial decision) ตามมาตรา 557 และเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความต้องวางตัวเป็นกลาง (impartial manner) และมาตรา 556 (d) ได้กำหนดให้ผู้ที่ได้แย้งคำสั่งทางปกครองมีการพิสูจน์ ส่วนพยานหลักฐานนั้น พยานหลักฐานอะไรก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ สามารถนำเสนอได้หมด และไม่มีบทตัดพยานมาใช้บังคับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว

ตามมาตรา 557 (b) ของบทบัญญัติ A.P.A. ได้บัญญัติให้คำวินิจฉัยเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความมีผลกลายเป็นคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดต่อไปอีก เว้นแต่จะมีการอุทธรณ์ต่อหัวหน้าของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือมีการทบทวนตามคำร้องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และผลของการอุทธรณ์ หรือทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นประการใดก็ตาม ผู้ที่ไม่พอใจต่อผลของการตัดสินใจ ย่อมอยู่ภายใต้บังคับของการทบทวนโดยองค์กรตุลาการ (judicial review)

แม้ว่าผู้รับฟังความในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น จะเป็นบุคคลภายนอกที่มีชื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ที่จะออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ในที่สุดแล้ว ผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อเท็จจริง เพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่แท้จริงก็คือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง แม้ในระบอบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาจะใช้เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) ก็ตาม แต่คำวินิจฉัยเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความก็ยังอยู่ภายใต้การทบทวนของหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency heads) อยู่ดี และในส่วนของเยอรมันนั้น ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็คือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน

3.2.3 สิทธิในการที่จะได้รับฟังของคู่กรณี

ในการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น นอกจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ที่เน้นกระบวนการพิจารณาที่เรียบง่าย ไม่ยึดติดกับรูปแบบในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังมีกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มุ่งเน้นให้เกิดความชอบธรรมในกระบวนการพิจารณามากยิ่งขึ้น มีกระบวนการพิจารณาใกล้เคียงกับการพิจารณาคดีของศาล เพื่อให้กระบวนการในการแสวงหาข้อเท็จจริงมาพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองมีความถูกต้องชอบธรรมมากยิ่งขึ้น โดยในการปฏิบัติงานบางประการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่ามีความกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ (statute) หรือในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อกำหนดให้ภารกิจทางปกครองบางประการที่จะต้องใช้อำนาจทางปกครองเป็นเครื่องมือในการดำเนินการให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น จะต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

นอกจากจะมีผลทำให้การแสวงหาข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นแล้ว ยังเป็นการประกันสิทธิให้แก่คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองอีกด้วย แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานได้ทุกทางก็ตาม กฎหมายก็ยังเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เสนอข้อเท็จจริงของตนเข้าสู่การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวประกอบด้วย และไม่ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองเป็นประการใดก็ตาม คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ก็สามารถที่จะพัฒนาข้อเท็จจริงของตนดังกล่าวไปสู่องค์กรตุลาการ เพื่อให้บทวนข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อไปได้

3.2.3.1 สิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริง

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 67 (1) ที่คู่กรณีจะได้รับการแจ้งให้ทราบเป็นลายลักษณ์อักษร และการแจ้งดังกล่าวนั้นจะต้องบอกด้วยว่าถ้าคู่กรณีเพิกเฉยที่จะไม่ไปร่วมในการพิจารณา กระบวนการพิจารณาและคำตัดสินสามารถดำเนินต่อไปโดยปราศจากคู่กรณีได้ และถ้าคู่กรณีมีมากกว่า 50 คนที่จะต้องได้รับการแจ้งให้ทราบ การแจ้งให้ทราบอาจจะทำโดยการประกาศสาธารณะ ประกาศสาธารณะจะมีผล เมื่อได้มีการประกาศวันที่จัดให้มีการรับฟังล่วงหน้าอย่างน้อยสองสัปดาห์ ในหนังสือของทางราชการของเจ้าหน้าที่ และในหนังสือพิมพ์รายวันท้องถิ่นที่แพร่หลายในท้องถิ่นที่คาดว่าจะคำสั่งทางปกครองจะมีผลกระทบ

เพื่อให้คู่กรณีทราบและเตรียมตัวที่จะให้การด้วยวาจา (oral hearing) ในการทำคำแถลงตามมาตรา 66 (1) ในการร่วมรับฟังพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ และตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังรวมถึงการถามคำถามที่เกี่ยวข้องได้ด้วย ตามมาตรา 66 (2) เพื่อให้เกิดข้อเท็จจริงที่ถูกต้องได้เข้าสู่การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการที่จะนำไปพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการได้ถูกต้องมากที่สุด

สำหรับสิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เป็นไปตามมาตรา 554 (b) ที่บัญญัติว่าบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับการรับฟังคู่กรณีของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องแจ้งให้ทราบตามที่ A.P.A เรียกร้อง โดยจะต้องแจ้งให้ทราบ

- (1) เกี่ยวกับ เวลา , สถานที่ , และลักษณะของการรับฟัง
- (2) อำนาจ และเขตอำนาจตามกฎหมายภายใต้การรับฟังความที่จะถูกจัดขึ้น
- (3) ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่อ้าง และในความเป็นจริงแล้วในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในหลายหน่วยงานแล้ว การแจ้งให้ทราบนั้นจะทำลงในเอกสารที่เรียกว่า “คำร้องทุกข์” (complain)¹¹⁹

เพื่อให้บุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองจะได้มีข้อมูลที่พอเพียงในการปกป้องสิทธิของตนได้ถูกต้องและเป็นธรรม บทบัญญัติของ A.P.A. จึงเรียกร้องกระบวนการพิจารณาดังกล่าวในเบื้องต้น

ในส่วนของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ของไทยนั้น หากได้มีบทบัญญัติในส่วนของการกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการแต่อย่างใด

3.2.3.2 สิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน

สิทธิของคู่กรณีในการที่จะได้รับสิทธิในการมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เริ่มต้นจะต้องพิจารณาว่ามีบทบัญญัติของกฎหมาย (law) บัญญัติไว้หรือไม่ ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 63 (1) เสียก่อน หากมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ว่าให้กรณีตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น ในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการแล้ว การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

¹¹⁹ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 82.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความผูกพันต้องรับฟังคู่กรณี ตามมาตรา 66 VwVfG (1) ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ คู่กรณีจะมีโอกาสในการยื่นคำแถลงก่อนตัดสินใจ (2) คู่กรณีจะมีโอกาสในการรับฟังพยาน และพยานผู้เชี่ยวชาญ และตรวจสอบสถานที่ที่เกี่ยวข้อง และถามคำถามที่เกี่ยวข้อง คู่กรณีจะได้รับสำเนาความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษร

นอกจากนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง หากจะต้องทำคำขอแล้ว จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรให้ ตามมาตรา 64 VwVfG พยานมีความผูกพันที่จะต้องให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

หากพยานปฏิเสธที่จะให้พยานหลักฐาน หรือผู้เชี่ยวชาญปฏิเสธที่จะให้ความเห็นแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะร้องขอให้ศาลปกครองที่พยานหรือผู้เชี่ยวชาญมีภูมิลำเนาอยู่ สอบถามพยานดังกล่าว ในกรณีที่ภูมิลำเนาหรือที่อยู่ปกติของพยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญไม่มีศาลปกครองอยู่ในเขตอำนาจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะร้องขอให้ศาลท้องถิ่นทำการสอบถามพยาน และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจร้องขอต่อศาลปกครองที่มีอำนาจจัดให้พยานหรือพยานผู้เชี่ยวชาญสาบานก็ได้ ศาลปกครองจะเป็นผู้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในการปฏิเสธที่จะให้พยานหลักฐานหรือความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะทำคำขอต่อศาลปกครองได้จะต้องเป็นระดับหัวหน้าของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ผู้ช่วยของหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือสมาชิกของข้าราชการพลเรือนที่ได้รับการรับรองสำหรับตำแหน่งเจ้าหน้าที่ทางตุลาการ หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรา 110 ประโยคแรกของรัฐธรรมนูญคดีตุลาการของเยอรมัน ตามมาตรา 65 VwVfG

ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองการรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาเป็นเรื่องจำเป็น ตามมาตรา 67 (1) VwVfG โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะแจ้งให้คู่กรณีทราบเป็นลายลักษณ์อักษร และในการแจ้งให้ทราบนั้นจะต้องบอกด้วยว่าหากคู่กรณีเพิกเฉยที่จะมาร่วมในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวแล้ว กระบวนการพิจารณาทางปกครองก็จะดำเนินต่อไปโดยปราศจากคู่กรณี และถ้าคู่กรณีมีมากกว่า 50 คนแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะประกาศให้ทราบโดยประกาศสาธารณะ และประกาศดังกล่าวจะมีผล

เมื่อได้มีการประกาศวันที่จะให้มีการรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาอย่างน้อยสองสัปดาห์ล่วงหน้า ในประกาศของทางราชการ และรวมทั้งในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นที่แพร่หลายในท้องถิ่นที่คำสั่งทางปกครองจะมีผลกระทบ และระยะเวลาที่ประกาศเกี่ยวกับการรับฟังด้วยวาจาให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าอย่างน้อยสองสัปดาห์นั้น จะนับจากวันที่ประกาศในหนังสือของทางราชการ

คู่กรณีจะถกเถียงกับบุคคลผู้รับฟังคู่กรณี ตามมาตรา 68 (1) เพื่อให้เกิดความชัดเจนในคำขอ และอธิบายเพิ่มเติมที่จำเป็น เพื่อให้ข้อเท็จจริงที่ให้กับผู้รับฟังคู่กรณีนั้นมีความถูกต้องและชัดเจนเพื่อนำไปพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการต่อไป

สำหรับกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นไปบทบัญญัติมาตรา 554 , 556 และ 557 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) และการออกคำสั่งทางปกครองที่จะปรับเข้ากับกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ จะปรับใช้เมื่อปรากฏว่าการออกคำสั่งทางปกครองนั้นถูกร้องโดยรัฐบัญญัติที่จะให้ได้รับการรับฟังและตัดสินในสำนวนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (...in every case of adjudication required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing...) ซึ่งถ้อยคำดังกล่าว นั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 554 (a) ของบทบัญญัติ A.P.A. ถ้ารัฐบัญญัติได้บัญญัติในส่วนของการออกคำสั่งทางปกครองว่า ให้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในสำนวน (hearing on the record) การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นไปตามบทบัญญัติของ A.P.A.¹²⁰ แต่ในบางครั้งการเขียนกฎหมายมีความกำกวม รัฐบัญญัติบางฉบับบัญญัติว่าให้มีการรับฟังคู่กรณี (hearing) แต่ไม่มีคำว่า ในสำนวน (on the record) ศาลก็ตีความว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของ A.P.A. ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั่นเอง แต่บางครั้งแม้ไม่มีถ้อยคำว่าให้มีการรับฟังคู่กรณีในสำนวน ศาลก็กลับตีความว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามบทบัญญัติของ A.P.A. เช่น

ในคดี *Railroad Commission of Texas v. United States* (D.C.Cir. 1985) ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติทางรถไฟที่เหลื่อมกัน ปี 1980 (Staggers Rail Act of 1980) ถ้อยคำในรัฐบัญญัติดังกล่าวที่บัญญัติคำว่า "เพียงหลังจากการรับฟังคู่กรณีเต็มที่" (only after a full hearing) ไม่เหมือนกับ การรับฟังคู่กรณีในสำนวน (hearing on the record)¹²¹

ในคดี *Seacoast Anti-Pollution League v. Costle* , 572 F. 2d 872 (1st Cir.) , cert. denied 99 S. Ct.94 (1978) ในคดีนี้รัฐบัญญัติ (statute) เรียกร้องให้มีการทำประชาพิจารณ์ (opportunity for public hearing) และไม่ได้เรียกร้องให้มีการรับฟังคู่กรณีในสำนวน (hearing on the record) ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของ A.P.A. เรียกร้อง การรับฟังในสำนวน (hearing on the record) ในประเด็นเรื่องผลกระทบของสิ่งมีชีวิตในทะเล¹²²

¹²⁰ [http://www : abanet. org/adminlaw /apa/chapter 3. doc](http://www.abanet.org/adminlaw/apa/chapter3.doc)

¹²¹ <http://www.spea.indiana.edu/lbingham/v540/FORMAL%20ADJUDICATION02>

¹²² Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , *supra* note 60 , pp. 430-431.

ในคดี Taylor v. District Engineer , U.S. Army Corps of Engineers , 567 F. 2d 1332 (5th Cir. 1978) เป็นคดีที่เกี่ยวกับการสร้างถนนเข้าไปในเกาะ รัฐบัญญัติเรียกร้องให้มีการทำประชาพิจารณ์ (opportunity for public hearing) และตามระเบียบขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ทำได้ ดังนั้นเหมือนกัน โดยไม่มีการเรียกร้องให้รับฟังคู่กรณีในสำนวน ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า การรับฟังเช่นนั้นไม่ได้ถูกเรียกร้องโดยบทบัญญัติของ A.P.A. หรือโดยหลัก due process ในประเด็นเรื่องผลกระทบต่อสิ่งมีชีวิตในทะเล¹²³ ซึ่งตรงกันข้ามกับคดี Seacoast ดังกล่าวข้างต้น

ในคดี Seacoast เป็นคดีที่ขออนุญาตปล่อยน้ำร้อนลงในปากแม่น้ำ ต่อ EPA (Environment Protection Agency) ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการขอใบอนุญาตเบื้องต้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของ A.P.A. ซึ่งตามรัฐบัญญัติควบคุมน้ำเสียของสหรัฐ (the Federal Water Pollution Control Act) บัญญัติว่า ให้มีโอกาสสำหรับประชาพิจารณ์ (opportunity for public hearing) แต่ไม่มีคำว่า ในสำนวน (on the record) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยในคดีดังกล่าวว่า “เราเต็มใจที่จะสันนิษฐานว่า เว้นเสียแต่รัฐบัญญัติจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น กระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีที่อยู่ภายใต้การทบทวนโดยศาลต้องอยู่ในสำนวน”¹²⁴

ในกรณีที่มีปัญหาในการตีความศาลจะปฏิบัติตามแนวของคดี Chevron v. NRDC , ที่อนุโลมตามการตีความรัฐบัญญัติที่สมเหตุสมผลของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่เรียกร้องรูปแบบเป็นพิธีการตามบทบัญญัติของ A.P.A.¹²⁵ กล่าวคือยึดถือการตีความของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นหลักนั่นเอง

3.2.3.3 ข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณี

สำหรับข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีในกรณีของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น หากได้มีข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีเช่นเดียวกันกับกรณีของการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามมาตรา 28 (2) ข้อ 1 ถึง 5 VwVfG ที่บัญญัติข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้และนอกจากนี้กระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการของเยอรมัน ก็มีได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะที่จำเป็นอย่างยิ่งตามมาตรา 28 (3)

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 2 , p. 79.

สิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ จึงมีมากกว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และได้ดำเนินการแจ้งให้คู่กรณีทราบเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้มาให้การด้วยวาจา (oral hearing) ตามมาตรา 67 (1) VwVfG และในเอกสารที่แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้คู่กรณีทราบดังกล่าวนั้น ได้มีการระบุไว้ด้วยว่าหากคู่กรณีเพิกเฉยไม่มาให้การด้วยวาจาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวและการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะดำเนินการไปหลังคู่กรณี กล่าวคือผู้รับฟังคู่กรณี ตามมาตรา 68 VwVfG และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 69 จะดำเนินกระบวนการพิจารณาในรับฟังคู่กรณี และออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ต้องรับฟังความจากคู่กรณี ผู้ที่เพิกเฉยไม่มาร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากการรับฟังความด้วยวาจาจากคู่กรณี ตามมาตรา 67 (2) VwVfG เมื่อ

- 1) คำขอได้รับการปฏิบัติตามอย่างเต็มที่โดยการตกลงกันระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด
- 2) ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้มีการรับฟังความ ไม่มีคู่กรณีได้เข้ามาคัดค้านในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามความมุ่งหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
- 3) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แจ้งให้คู่กรณีทราบว่าออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากการรับฟังด้วยวาจา และไม่มีคู่กรณีคัดค้านการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยปราศจากการรับฟังด้วยวาจา ภายในระยะเวลาที่กำหนด
- 4) คู่กรณีทั้งหมดได้ตกลงกันที่จะสละการรับฟังความ
- 5) มีความจำเป็นรีบด่วนที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองทันที หากล่าช้าจะเกิดความเสียหาย

ข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG นั้น นอกจากจะเป็นกรณีของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีด้วยวาจาหลังคู่กรณี เพราะที่คู่กรณีเพิกเฉยไม่มา (ขาดนัด) ในการมาให้การด้วยวาจา ตามมาตรา 67 (1) VwVfG ที่เป็นผลทำให้ผู้รับฟังคู่กรณีสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาในการรับฟังคู่กรณีต่อไป และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ต้องรับฟังคู่กรณีที่เพิกเฉย (ขาดนัด) ต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวได้ และข้อยกเว้นตามมาตรา 67 (2) ข้อ 1 ถึง 5 VwVfG ที่บัญญัติข้อยกเว้นให้

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการโดยปราศจากการรับฟังคู่กรณี

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงตาม ข้อ 1 ถึง 5 ซึ่งหากพิจารณาจากข้อ 1 ถึง 4 จะเป็นข้อเท็จจริงจากกรณีที่คู่กรณีแสดงเจตนาตกลงกันเองได้ , คู่กรณีเพิกเฉย (ขาดนัด) ไม่ยอมมาร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวเอง หรือกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แจ้งให้ทราบว่าจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่รับฟังด้วยวาจา และคู่กรณีเพิกเฉยไม่มาคัดค้านภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือคู่กรณีทุกฝ่ายตกลงกันเองว่าให้ผลการรับฟังคู่กรณีเสีย คงมีเพียงข้อเท็จจริงตามข้อ 5 กรณีเดียวที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจประเมินข้อเท็จจริงตามสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นมาแล้วพิจารณาเห็นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความจำเป็นรีบด่วนต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการทันที เพราะหากปล่อยให้ล่าช้าออกไปจะเกิดความเสียหายได้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับมาตรา 28 (2) ข้อ 1 VwVfG แล้ว จะเห็นว่ามีถ้อยคำที่ไม่แตกต่างกัน คงต่างกันเฉพาะถ้อยคำของคำว่า เพื่อประโยชน์สาธารณะ (...or in the public interest) ที่ไม่มีปรากฏอยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 67 (2)

สำหรับข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เพื่อออกคำสั่งทางปกครองตามบทบัญญัติของ A.P.A. ของสหรัฐอเมริกา โดยการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 554 , 556 และ 557 และจะต้องพิจารณาที่เนื้อหาของรัฐบัญญัติในเรื่องที่เรียกว่าให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้นด้วยว่าได้มีถ้อยคำของคำว่าให้มีการรับฟังและตัดสินในสำนวนหรือไม่ (...required by statute to be determined on the record after opportunity for an agency hearing...) ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อเรื่องสิทธิในการมีโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐาน หากต้องด้วยนัยดังกล่าวแล้ว การรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็จะเป็นไปตามมาตรา 554 , 556 และ 557

สำหรับข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองตามบทบัญญัติของ A.P.A. นั้น เป็นไปตามมาตรา 554 (a) ข้อ 1 ถึง 6 ดังนี้

1) ในกรณีที่อยู่ภายใต้บังคับการพิจารณาคดีใหม่ทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงในศาล

2) การสรรหา และการดำรงตำแหน่งของลูกจ้าง ยกเว้น เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) ที่ได้รับแต่งตั้งภายใต้มาตรา 3105 ของลักษณะนี้

3) กระบวนการพิจารณาซึ่งคำตัดสินอาศัยเพียงแค่เรื่อง การตรวจสอบ , การทดสอบ หรือการเลือกตั้ง

4) การดำเนินงานของทหาร หรือการปฏิบัติหน้าที่ราชการเกี่ยวกับการต่างประเทศ

5) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำลังกระทำการในฐานะตัวแทนของศาล หรือ

6) การให้การรับรองผู้แทนลูกจ้าง

สำหรับข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีตามข้อยกเว้นข้อที่ 1 เป็นกรณีที่คู่กรณีได้รับสิทธิตามกฎหมายที่จะให้มีการพิจารณาคดีใหม่ ทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงในศาล เพราะเหตุว่าคำตัดสินของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีผลเพียงในเบื้องต้นเท่านั้น คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบที่ได้รับสิทธิที่จะให้มีการพิจารณาคดีใหม่ที่สมบูรณ์โดยศาล จึงเข้าข้อยกเว้นข้อนี้ คือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองเลย โดยไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เช่น

กรณีที่คณะกรรมการการค้าระหว่างรัฐ (the Interstate Commerce Commission) ได้ออกคำสั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย ตาม 49 U.S.C. 16 ¹²⁶ เพราะว่าคำสั่งดังกล่าวอยู่ภายใต้การพิจารณาคดีใหม่โดยศาล จึงไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อน

สำหรับข้อยกเว้นในข้อที่ 2 เป็นเรื่องการบริหารและการดำรงตำแหน่งหน้าที่ของลูกจ้างที่ไม่ใช่ผู้พิพากษากฎหมายปกครอง เพราะว่าการสรรหาและการควบคุมของหน่วยงานฝ่ายบุคคลของทางราชการ (public personnel) โดยตามธรรมเนียมแล้ว ถือว่ามีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (selection and control of public personnel has been traditionally regarded as a largely discretionary function) ¹²⁷ จึงไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง แต่ข้อยกเว้นข้อนี้ก็มีข้อยกเว้นข้ออื่น ข้อยกเว้นดังกล่าวอีกข้อหนึ่ง คือในกรณีของเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) ที่ได้รับการแต่งตั้งตามมาตรา 3105 ของลักษณะนี้ ที่อาจจะถูกถอดถอนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ด้วยสาเหตุที่ดีพอ และตัดสินโดยคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน หลังจากให้อีกโอกาสในการรับฟังคู่กรณีในจำนวน ¹²⁸

สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองซึ่งคำตัดสินอาศัยเพียงแค่ (rest solely) เรื่อง การตรวจสอบ , การทดสอบ หรือการเลือกตั้ง นั้น โดยลักษณะและวิธีการของกระบวนการตัดสินดังกล่าวแล้ว ไม่ต้องใช้กระบวนการรับฟังความ และนอกจากนี้ข้อยกเว้นข้อนี้ยังสามารถปรับใช้ได้แม้ว่ารัฐบัญญัติจะบัญญัติให้มีการรับฟังความของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนก็ตาม โดยต้องพิจารณาจากคำว่า อาศัยเพียงแค่ (rest solely) ไม่ได้หมายความว่าคำตัดสินนั้นจะต้องขึ้นอยู่กับกระบวนการ

¹²⁶ <http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947iv.html> , pp. 4-5.

¹²⁷ <http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947iv.html> , pp. 4-5.

¹²⁸ *Ibid* , p. 5.

พิจารณาเพียงแค่ การตรวจสอบ , การทดสอบ หรือการเลือกตั้ง โดยปราศจากการรับฟังความ หรือ กระบวนการพิจารณาอื่นๆ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็หมายความว่า คำว่า อาศัยเพียงแค่ว่า (rest solely) ที่จะทำให้บังคับตามนัยของข้อยกเว้นข้อนี้แล้ว จะต้องเป็นกรณีที่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคำตัดสินที่จะถูกตัดสินส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับลักษณะของ การตรวจสอบ , การทดสอบ หรือ การเลือกตั้ง เป็นสำคัญ¹²⁹ เช่น การทดสอบการมองเห็นของนักบิน หรือลูกเรือเดินทะเล¹³⁰ เป็นต้น

สำหรับข้อยกเว้นในกรณีของการดำเนินงานของทหาร หรือการปฏิบัติหน้าที่ราชการ เกี่ยวกับการต่างประเทศเป็นเหตุผลเช่นเดียวกันกับข้อยกเว้นมาตรานี้ และแทบจะไม่ค่อยมีรัฐบัญญัติใดที่เรียกร้องให้การดำเนินงานของทหารและการปฏิบัติหน้าที่ราชการเกี่ยวกับการต่างประเทศจะต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณี¹³¹

สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำลังกระทำการในฐานะตัวแทนของศาล เป็นประโยชน์ที่สามารถอธิบายให้เข้าใจได้ด้วยตัวเองอยู่แล้ว¹³² เพราะเป็นตัวแทนของศาล และทำตามคำสั่งศาล และปัญหาในเรื่องนี้ศาลจะเป็นผู้พิจารณาคดี¹³³ การรับฟังความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่จำเป็น

สำหรับข้อยกเว้นในเรื่องการให้การรับรองผู้แทนลูกจ้าง เช่น การดำเนินของคณะกรรมการแรงงานภายใต้มาตรา 9 (c) ของ รัฐบัญญัติว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ (the National Labor Relations Act) ซึ่งคำตัดสินส่วนใหญ่อาศัยเพียงแค่การเลือกตั้ง หรือการจัดให้มีการเลือกตั้ง ซึ่งการรับฟังคู่กรณีไม่เหมาะสม¹³⁴

3.2.4 การออกคำสั่งทางปกครอง

สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG เป็นไปตามมาตรา 69 (1) ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานทั้งหมดที่ได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณา และคำสั่งทาง

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ See *Ibid* , p. 6 , the rationale for exempting such adjudications was well stated by the Attorney General's Committee on Administrative Procedure in the following passage.

¹³¹ *Ibid* , p. 7.

¹³² *Ibid.*

¹³³ <http://www.abanet.org/adminlaw/apa/chapter 3.doc> , p. 8.

¹³⁴ *Ibid.*

ปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาตรา 69 (2) และต้องระบุเหตุผลที่ใช้พิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง ส่งให้กับคู่กรณี ยกเว้นกรณีตามมาตรา 39 (2) ข้อ 1 และ 3 คือ เมื่อเจ้าหน้าที่กำลังให้ตามคำขอ หรือกำลังประกาศสิทธิ และคำสั่งทางปกครองนั้น มิได้ละเมิดสิทธิของผู้ใด และเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทั่วไปทางปกครองที่ใช้กับคนจำนวนมาก หรือโดยอาศัยเครื่องจักรอัตโนมัติ และแต่ละคดีไม่มีเนื้อหาของเหตุผลที่จะระบุเมื่อจะต้องส่งคำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้กับคู่กรณีมากกว่า 50 คนแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจทำการประกาศสาธารณะแทน ประกาศสาธารณะดังกล่าวจะมีผลโดยการประกาศส่วนที่มีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองลงในหนังสือของทางราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นที่แพร่หลายในท้องถิ่นที่คาดหวังว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลกระทบ

คำสั่งทางปกครองที่ประกาศดังกล่าวจะถือว่าได้ส่งให้กับคู่กรณีเมื่อครบสองสัปดาห์นับจากวันที่ประกาศในหนังสือของทางราชการ หลังจากที่ได้ทำการประกาศดังกล่าวข้างต้นแล้ว และครบกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว คู่กรณีอาจร้องขอคำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้

ถ้าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการถูกตัดสินในลักษณะอื่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกคนทราบ ถ้ามีมากกว่า 50 คน การแจ้งให้ทราบอาจจะใช้การประกาศสาธารณะให้ทราบแทน

สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือ บทบัญญัติของ A.P.A. ของสหรัฐอเมริกานั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 554 (d) เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความได้นั่งรับฟังพยาน หลักฐานตามมาตรา 556 ที่ได้นำเสนอในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความก็จะทำคำวินิจฉัยเบื้องต้น (the recommended decision or initial decision) ตามมาตรา 557 และมาตรา 557 ของบทบัญญัติ A.P.A. นั้น ในเบื้องต้นจะถือเป็นคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยปราศจากการดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไปอีก (When the presiding employee makes an initial decision , that decision then becomes the decision of the agency without further proceeding...) เว้นแต่จะมีการอุทธรณ์ต่อหัวหน้าของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency heads) หรือมีคำร้องขอให้ทบทวนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยกฎ

กล่าวคือ แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความจะทำคำวินิจฉัยเบื้องต้น และมาตรา 557 (b) ให้กลายเป็นคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยที่ไม่ต้องดำเนินการพิจารณาใดต่อไปอีกก็ตาม แต่ก็ยังต้องอยู่ภายใต้การทบทวนโดยหัวหน้าของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency heads) ซึ่งหากหัวหน้าของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าคำวินิจฉัยเบื้องต้นขัดกับนโยบายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่าย

ปกครองแล้ว หัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะกลับคำวินิจฉัยเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) ก็ได้

ดังนั้นหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency heads) จึงเป็นผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (institutional decisions)¹³⁵

3.2.5 การโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

ในการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่เกิดจากการดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG นั้น เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 70 ที่บัญญัติให้สามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย โดยไม่ต้องอุทธรณ์ภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อน ส่วนการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการทบทวนโดยศาล ซึ่งก่อนที่บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจะใช้สิทธิดังกล่าว บุคคลผู้นั้นจะต้องดำเนินการตามมาตรการเยียวยาภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ครบถ้วนเสียก่อน ตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่เป็นหลักการที่กำหนดให้คู่กรณีต้องใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองให้หมดสิ้นเสียก่อนที่จะไปยื่นข้อพิพาททางปกครองต่อศาล ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. มาตรา 704 เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือระงับข้อพิพาท เพื่อเป็นการช่วยลดข้อพิพาททางปกครองให้ไปสู่ศาลน้อยลง เช่น ในคดี *McCarthy v. Madigan* , 112 S.Ct. 1081 (1992) เป็นคดีที่ศาลสูงวินิจฉัยอย่างละเอียดถึงหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสแก้ไขข้อผิดพลาด และ คดี *Bowen v. City of New York* , 106 S.Ct.2022 (1986) ที่ทำให้หลัก Exhaustion มีผลในทางปฏิบัติมากขึ้น¹³⁶ กรณีจึงเป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอง หรือผู้บังคับบัญชาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency heads) เช่น กรณีที่ได้มีการอุทธรณ์ต่อหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว หัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยืนตามคำวินิจฉัยเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ ตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 704 ที่บัญญัติว่า การ

¹³⁵ Kenneth F. Warren , *supra* note 27 , p. 348.

¹³⁶ *Ibid* , p. 439.

กระทำอันเป็นที่สุดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่มีการเยียวยาที่พอเพียงอื่นใดในศาลอยู่ภายใต้การ ทบทวนโดยศาล (...and final agency action for which there is no other adequate remedy in a court are subject to judicial review...)

การโต้แย้งคำสั่งทางปกครองในกรณีของสหรัฐอเมริกา นั้น คงเป็นไปตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่จะต้องดำเนินการอุทธรณ์ต่อหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเสียก่อน หากหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยืนตามคำวินิจฉัยเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ คำวินิจฉัย ของหัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงเป็นคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่คู่กรณี จึงจะมีสิทธิที่จะนำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาขอให้ศาลทบทวนได้ ตรงกันข้ามกับกรณีของเยอรมัน ที่ไม่ต้องอุทธรณ์ภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อน สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย

3.2.6 กระบวนพิจารณาทางปกครองในการให้การอนุญาต

สำหรับกระบวนพิจารณาทางปกครองในการให้การอนุญาตในระบบกฎหมายปกครองของ เยอรมันนั้น หากเป็นการขอใบอนุญาตในเรื่องทั่วไป เช่น การขอใบอนุญาตปลูกสร้างอาคาร ใบอนุญาตขับขี หรือใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์ ทนายความ เป็นต้น กรณีดังกล่าวก็ จะเป็นเรื่องของการออกคำสั่งทางปกครอง ในกระบวนพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ให้ประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่ง แต่อาจจะเป็นการระต่อบุคคลที่สามที่ ได้รับผลกระทบก็ได้

ส่วนในกรณีของการขออนุญาตในกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เป็นไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 71a ถึง 71e ซึ่งเป็ นกรณีการขออนุญาตประกอบธุรกิจไม่ว่าจะเป็นธุรกิจเอกชน หรือธุรกิจที่เป็นกิจการที่กระทบต่อบุคคล จำนวนมากเช่นการทำธุรกิจบำบัดน้ำเสีย หรือเตาเผาขยะ และธุรกิจดังกล่าวจะต้องเป็นธุรกิจที่มุ่ง แสวงหากำไร นอกจากนี้กระบวนพิจารณาทางปกครองดังกล่าวก็เน้นความรวดเร็วในการพิจารณาให้ การอนุญาต และลดความซับซ้อนของกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการลงกว่า กระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามปกติ แต่คงไว้ซึ่งความมีประสิทธิภาพในการ พิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง

ในส่วนของการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ หรือการ พิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการให้การอนุญาตตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) ในเรื่องของการออกใบอนุญาต (licensing) ถือเป็น คำสั่งทางปกครอง เพราะตามบทบัญญัติมาตรา 551(6) ที่ให้คำจำกัดความของคำว่า คำสั่ง นั้น ให้

รวมถึงกระบวนการพิจารณาในการออกใบอนุญาต และคำสั่งก็คือ กระบวนการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 551(7) และตามมาตรา 551 (9) การออกใบอนุญาต (licensing) รวมถึงกระบวนการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องการให้ , การต่ออายุ , การปฏิเสธ , การยกเลิก , การพักใช้ , การเพิกถอน , การเรียกคืน , การจำกัด , การแก้ไข , การเปลี่ยนแปลง , หรือการกำหนดเงื่อนไขของใบอนุญาต และการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกใบอนุญาต (licensing) เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 558 ของ A.P.A.

3.2.6.1 ขอบเขตการบังคับใช้

สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการพิจารณาให้การอนุญาตตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG นั้น มีขอบเขตการบังคับใช้ตามบทบัญญัติมาตรา 71a ที่มุ่งหมายที่จะให้เกิดความสะดวก ในการพิจารณาการขออนุญาตเกี่ยวกับธุรกิจของผู้ยื่นคำขอ ซึ่งบทบัญญัติของมาตรา 71a มุ่งเน้นขอบเขตการบังคับใช้อยู่ที่กิจการที่เป็นรูปแบบในทางธุรกิจ ที่มีผลให้บทบัญญัติมาตรา 71b ถึง 71e จะนำมาบังคับใช้ และการประกอบธุรกิจดังกล่าวนั้น จะต้องมีความมุ่งแสวงหากำไร โดยไม่คำนึงถึงขนาดของธุรกิจ¹³⁷ แต่ไม่รวมถึงการขออนุญาตที่เป็นเรื่องส่วนตัว เช่น ใบขับขี่ ใบอนุญาตปลูกสร้างอาคารอยู่อาศัยเอง หรือการขออนุญาตในการประกอบวิชาชีพ เช่น แพทย์ หนายความ หรือการขออนุญาตดำเนินการค้นคว้าวิจัยทางวิชาการ ที่ไม่ได้มุ่งแสวงหากำไร¹³⁸

สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในเรื่องของการพิจารณาให้การอนุญาตนั้น เริ่มต้นต้องพิจารณาว่าการให้การอนุญาต หรือการออกใบอนุญาตเป็นอะไร โดยพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 551(6) ที่ให้คำจำกัดความของคำว่า คำสั่ง นั้น ให้รวมถึงกระบวนการพิจารณาในการออกใบอนุญาต และคำสั่งก็คือ กระบวนการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 551(7) และตามมาตรา 551 (9) การออกใบอนุญาต (licensing) รวมถึง กระบวนการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องการให้ , การต่ออายุ , การปฏิเสธ , การยกเลิก , การพักใช้ , การเพิกถอน , การเรียกคืน , การจำกัด , การแก้ไข , การเปลี่ยนแปลง , หรือการกำหนดเงื่อนไขของใบอนุญาต ทำให้พิจารณาได้ว่าการออกใบอนุญาต (licensing) เป็นคำสั่งทางปกครอง

ขอบเขตบังคับการบังคับใช้เป็นไปตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 558 (a) ที่บัญญัติว่าการบังคับใช้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 558 (This section applies , according to the provisions thereof , to the exercise of a power or authority.) และตามมาตรา 558 ของบทบัญญัติ

¹³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 13 , น. 90.

¹³⁸ เฝิงอ้าง , น. 90-91.

A.P.A. ก็ได้บัญญัติขอบเขตของการบังคับใช้ว่าจำกัดเฉพาะเรื่องอะไร เหมือนดังมาตรา 71a VwVG ของเยอรมัน การพิจารณาออกใบอนุญาต (licensing) คงมีเพียงมาตรา 558 (c) ที่บัญญัติว่า เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้คำขอที่ยื่นขอออกใบอนุญาต (When application is made for a license required by law...) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงจะดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 558 หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องมีกฎหมาย (law) บัญญัติให้การขอออกใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 558 และคำว่ากฎหมาย (law) กว้างกว่าคำว่า รัฐบัญญัติ (statute) ที่ต้องออกโดยสภาของเกรสเท่านั้น ต่างจากกฎหมายที่อาจจะเป็นกฎหมายลำดับรองก็ได้

ขอบเขตการบังคับใช้จึงต้องพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายที่บัญญัติให้การขอออกใบอนุญาตในเรื่องนั้นๆ ว่าให้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 558 ของ A.P.A. ในส่วนของสหรัฐอเมริกาจึงครอบคลุมกิจการไปทั่วไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขออนุญาตเรื่องอะไร โดยมีได้จำกัดเฉพาะเรื่องทางธุรกิจ

3.2.6.2 สิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังของผู้ขออนุญาต

สิทธิในการที่จะได้รับการรับฟังของผู้ขออนุญาตในการพิจารณาเรื่องที่ขออนุญาตตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVG เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 71c เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะให้คำแนะนำและข้อมูลต่อผู้ยื่นคำขอเกี่ยวกับเอกสารต่างๆ ที่จะต้องนำมายื่นประกอบการขออนุญาต การเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของบุคคลที่สามในการพิจารณาออกใบอนุญาต หรือการขอให้ศาลตรวจสอบข้อเท็จจริงที่จำเป็นบางประการให้ชัดเจนก่อนเพื่อให้ได้พยานหลักฐานที่ครบถ้วน อันก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณาทางปกครอง

สำหรับการพิจารณาออกใบอนุญาต (licensing) ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา ตามบทบัญญัติ A.P.A. เป็นไปตามมาตรา 558 (c) ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 556 และ 557 ภายในเวลาที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงสิทธิ และสิทธิพิเศษ ของคู่กรณีที่มีส่วนได้ส่วนเสีย หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบในการพิจารณาออกใบอนุญาต

3.2.6.2.1 สิทธิในการที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริง

สิทธิในการที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริงในการพิจารณาให้การอนุญาตตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVG ตามมาตรา 71c (1) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ที่พิจารณาให้การอนุญาตนั้น จะให้ข้อมูลที่ได้รับการร้องขอ เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในกระบวนการพิจารณาทาง

ปกครอง รวมถึงการแจ้งให้ทราบถึงข้อดีและข้อเสีย และในกรณีที่เป็นเรื่องที่สำคัญและซับซ้อน ถ้ามีการร้องขอเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่ผู้ยื่นคำขอ

สำหรับสิทธิในการที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริง ตามบทบัญญัติของ A.P.A. ของสหรัฐอเมริกา นั้น ต้องพิจารณาจากมาตรา 558 (c) ประโยคแรก ที่บัญญัติว่า เมื่อมีการยื่นคำขอให้ออกใบอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยการคำนึงถึงสิทธิ และสิทธิพิเศษของคู่กรณีที่มีส่วนได้ส่วนเสีย หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบทั้งหมด ภายในระยะเวลาที่เหมาะสมจะจัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ถูกเรียกร้องให้ปฏิบัติตามมาตรา 556 และ 557 ของลักษณะนี้ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นที่ถูกเรียกร้องโดยกฎหมาย และจะตัดสิน

สำหรับคำอธิบายของมาตรา 558 (c) ประโยคแรกนี้ ตามคู่มือของอธิบดีด้านการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act) ได้ให้คำอธิบายมาตรา 558 (c) ประโยคแรกว่า ความหมายของประโยคนี้คือว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะรับฟังความและตัดสินในการดำเนินการพิจารณาออกใบอนุญาตให้เร็วเท่าที่เป็นไปได้ (The import of this sentence is that an agency shall hear and decide licensing proceedings as quickly as possible.)¹³⁹ จะเห็นว่ามีได้มีการบัญญัติถึงสิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริงไว้ เพราะกระบวนการพิจารณาในการออกใบอนุญาตตามคำอธิบายดังกล่าว นั้น ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการยื่นคำขอให้ออกใบอนุญาต คู่กรณีย่อมมีข้อเท็จจริงที่ตนเองเตรียมมาประกอบคำขออยู่แล้ว โดยสภาพของตัวผู้ยื่นคำขอเองย่อมทราบข้อเท็จจริงของตนเองดีอยู่แล้ว

แต่ตรงกันข้ามกับการถอน , การพักใช้ , การยกเลิก หรือการเพิกถอนใบอนุญาต ตามมาตรา 558 (c) ประโยคที่สอง ซึ่งเป็นเรื่องของข้อยกเว้นจากประโยคแรกดังกล่าวมาแล้ว ที่จะต้องแจ้งให้ผู้ขอใบอนุญาตดังนี้

1) แจ้งให้ทราบโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือการกระทำซึ่งอาจจะเป็นเหตุให้ใบอนุญาตถูกถอน , ถูกพักใช้ , ถูกยกเลิก หรือถูกเพิกถอน และ

2) ให้มีโอกาสที่จะได้รับการอธิบาย หรือ ได้รับทราบข้อเรียกร้องที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด กล่าวคือ ก่อนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะถอน , พักใช้ , ยกเลิก หรือเพิกถอนใบอนุญาต เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งให้ผู้รับอนุญาตได้ทราบข้อเท็จจริงเป็นลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับเหตุที่จะถูกถอน , ถูกพักใช้ , ถูกยกเลิก หรือถูกเพิกถอน ได้ทราบก่อนล่วงหน้า เพื่อให้เขาได้มีโอกาสแก้ไขข้อบกพร่องที่จะเป็นเหตุให้ใบอนุญาตถูกถอน , ถูกพักใช้ , ถูกยกเลิก หรือถูกเพิกถอนได้¹⁴⁰

¹³⁹ <http://www.law.fsu.edu/library/admin/1947viii.html> , p. 3.

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 4.

3.2.6.2.2 สิทธิในการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน

สำหรับในเรื่องของสิทธิในการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาในการขออนุญาต ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 71c (2) โดยที่กระบวนการพิจารณาในการให้การอนุญาตนี้เป็นกระบวนการที่เน้นความสะดวกรวดเร็ว แม้จะจัดอยู่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการก็ตาม โดยมาตรา 71 c (2) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะถกเถียงหาข้อยุติกับผู้ยื่นคำขอเกี่ยวกับ

1) พยานหลักฐานและเอกสารที่ผู้ยื่นคำขอจะต้องนำมาเสนอ

2) รายงานความเห็น และการสำรวจของผู้เชี่ยวชาญที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะยอมรับ

3) การเข้ามามีส่วนร่วมของบุคคลที่สามและสาธารณชน เพื่อที่จะช่วยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้การอนุญาต

4) ความเหมาะสมของที่จะนำข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่จะต้องใช้พิจารณาในการให้การอนุญาตส่งให้ศาลตรวจสอบความชัดเจนก่อนในเบื้องต้น

เมื่อผู้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะแจ้งให้ทราบทันทีว่าข้อมูลและเอกสารที่ยื่นเข้ามานั้นครบถ้วนหรือไม่ และจะใช้เวลาในการพิจารณานานเท่าไร

สำหรับสิทธิในการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในเรื่องของการขออนุญาตใบอนุญาต (licensing) ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา ตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 558 (c) เมื่อมีการยื่นขออนุญาตแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงสิทธิและสิทธิพิเศษของผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย และผู้ที่ได้รับผลกระทบ และภายในระยะเวลาที่เหมาะสม จะจัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 556 และ 557

โดยหากพิจารณาจากความหมายที่ได้ให้ไว้ในคู่มือของอธิบดีอัยการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act) ได้ให้คำอธิบายมาตรา 558 (c) ประโยคแรกว่า ความหมายของประโยคนี้คือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะรับฟังความและตัดสินใจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาออกใบอนุญาตให้เร็วเท่าที่เป็นไปได้ (The import of this sentence is that an agency shall hear and decide licensing proceedings as quickly as possible.)¹⁴¹ และได้ให้ความเห็นที่ตรงกันข้ามกับตัวบทกล่าวคือ ให้ความเห็นในทางที่ไม่สนับสนุนให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 556 ในการรับฟังพยานหลักฐานก่อนให้ใบอนุญาต¹⁴² แต่

¹⁴¹ Ibid , p. 3.

¹⁴² Ibid

ตามบทบัญญัติมาตรา 556 (d) คู่กรณีมีสิทธิที่จะนำเสนอคดีของตน หรือต่อสู้คดีโดยพยานบุคคลหรือพยานเอกสาร , ยื่นพยานหลักฐานโต้แย้ง และถามค้าน เพื่อให้ข้อเท็จจริงเปิดเผยเต็มที่ และถ้าเป็นการขอออกใบอนุญาตเบื้องต้นแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดจะทำการเป็นลายลักษณ์อักษร

3.2.6.2.3 สิทธิในการได้รับแจ้งความถูกต้องครบถ้วนของเอกสารและระยะเวลาในการพิจารณา

สิทธิในการได้รับแจ้งความถูกต้องครบถ้วนของเอกสารและระยะเวลาในการพิจารณา ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 71c (3) กล่าวคือเมื่อผู้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว ผู้ยื่นคำขอจะได้รับคำแนะนำอย่างทันทีทันใดว่าข้อมูลและเอกสารที่ยื่นเข้ามาพร้อมกับคำขอนั้น สมบูรณ์ครบถ้วนหรือไม่ และจะใช้เวลานานเท่าไรในการพิจารณาให้การอนุญาต

สำหรับสิทธิในการได้รับแจ้งความถูกต้องครบถ้วนของเอกสารและระยะเวลาในการพิจารณาตามบทบัญญัติของ A.P.A. ของสหรัฐอเมริกา นั้น หาได้มีการบัญญัติไว้แต่อย่างใด เพียงแต่ในบทบัญญัติของมาตรา 558 (c) ประโยคแรก ที่ใช้เพียงคำว่า ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (...within a reasonable time...) จะจัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 556 และ 557 ของลักษณะนี้ เท่านั้น

แต่หากเป็นกรณีของการถอน , ยกเลิก หรือเพิกถอนใบอนุญาต ตามมาตรา 558 (c) ประโยคที่สอง ที่เป็นส่วนของข้อยกเว้นแล้ว ผู้ที่ได้รับอนุญาตจะต้องได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงเป็นลายลักษณ์อักษร ถึงเหตุที่ทำให้เขาจะถูกถอน , ยกเลิก หรือเพิกถอนใบอนุญาต เพื่อให้ผู้รับอนุญาตได้มีโอกาสที่จะแก้ไขข้อบกพร่องให้ถูกต้อง จนเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะไม่ยกเลิกใบอนุญาตเขาก็ได้

3.2.6.3 การรวบรวมความเห็นของหน่วยงานอื่น

การรวบรวมความเห็นของหน่วยงานอื่นในการพิจารณาในการให้การอนุญาตตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 71d (1) ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องเกี่ยวข้องกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ดูแลประสานสาระณะในการพิจารณาให้การอนุญาต เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจจะรวบรวมความเห็นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าว และในกรณีที่ได้รับการร้องขอโดยผู้ยื่นคำขอให้ดำเนินการรวบรวมความเห็นดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดระยะเวลาสำหรับการรายงานความเห็นดังกล่าว เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น โดยไม่ต้องรอให้แต่ละหน่วยงานพิจารณาให้ความเห็น

ตามมาตรา 71d (2) หากความเห็นดังกล่าวส่งมาล่าช้าจนล่วงเลยกำหนดระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พิจารณาให้การอนุญาตไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความเห็นดังกล่าวอีก เว้นแต่เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รู้อยู่แล้ว หรือควรรู้ หรือเกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พิจารณาให้การอนุญาตต้องคำนึงถึงในการพิจารณาให้การอนุญาต

สำหรับกรณีการรวบรวมความเห็นของหน่วยงานอื่นตามบทบัญญัติของ A.P.A. ของสหรัฐอเมริกา นั้น หากได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกันกับมาตรา 71d VwVfG ของเยอรมัน ที่บัญญัติให้มีการรวบรวมความเห็นของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องให้นำมาพิจารณาพร้อมกันได้ เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณา

3.2.6.4 การประชุมพร้อมกัน

การประชุมพร้อมกันตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG เป็นไปตามมาตรา 71e เมื่อผู้ยื่นคำขอร้องขอ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะจัดให้มีการประชุมรวมกันกับคู่กรณีอื่นที่ได้รับผลกระทบโดยคำขอพร้อมกันกับผู้ยื่นคำขอ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องมากยิ่งขึ้น และไม่ต้องเสียเวลาฟังความหลายครั้งหลายหน

สำหรับกรณีของการจัดให้มีการประชุมพร้อมกันดังกล่าว หากได้มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา หรือบทบัญญัติของ A.P.A. แต่อย่างใด แต่ในบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 558 (c) ที่บัญญัติว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงสิทธิและสิทธิพิเศษของคู่กรณีที่มีส่วนได้ส่วนเสียทั้งหมด หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบ (...the agency , with due regard for the rights and privileges of all the interested parties or adversely affected persons...) ซึ่งหมายถึงว่า บุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจะมีสิทธิที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้ อาจจะเข้ามาคัดค้านการพิจารณาออกใบอนุญาต เพราะหากออกใบอนุญาตไปแล้วจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้นั้น ซึ่งในทางปฏิบัติศาลมักเรียกว่า ผู้ร้องสอด (intervenor) ร้องเข้ามาในคดีในชั้นพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง