

## การเยียวยาความบกพร่องและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่รับฟังมาโดยไม่สมบูรณ์

หลักการรับฟังคู่กรณีถือเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และในขณะเดียวกันก็เป็นหลักที่ก่อให้เกิดความถูกต้องชอบธรรมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเวลาเดียวกันด้วย หลักการรับฟังคู่กรณีจึงได้รับการยอมรับและนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เพื่อกำหนดเป็นรูปแบบ หรือขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาทางปกครอง หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญก่อนที่จะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการพิจารณาทางปกครองให้ถูกต้องตามรูปแบบ และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้กระทำ เพื่อให้คำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของแต่ละประเทศจึงได้นำหลักการรับฟังคู่กรณีมาบัญญัติไว้เป็นรูปแบบขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามถูกต้องก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ทั้งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และมีรูปแบบเป็นพิธีการ ในกรณีของสหรัฐอเมริกา นั้น หลักการรับฟังคู่กรณีได้รับการยอมรับ และนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง A.P.A. ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal procedure) ส่วนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เกิดจากการตีความของศาลสูงสุด ที่ตีความหลัก due process of law ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 และ 14 ว่าให้รวมถึงสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีด้วย

ส่วนกรณีของไทยนั้น หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองได้มีการปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เช่นเดียวกัน

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อน ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อาจถูกเพิกถอนได้ โดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง หรือองค์กรตุลาการ

ดังนั้นกระบวนการในการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงมีความจำเป็นเพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่สัมผัสใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากที่สุด หากให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีแล้ว ให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลัง ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทาง

ปกครองนั้นไม่บกพร่องอีกต่อไป อันเป็นการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองและก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดินของทางราชการ

#### 4.1 การเยียวยาความบกพร่องและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครอง

การเยียวยาโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง ถือว่าเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลดีต่อการปฏิบัติราชการ เนื่องจากหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี และอาจจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีภายหลังได้ กรณียอมถือได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีความบกพร่องอยู่อีก โดยจะได้กล่าวถึงการเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวทั้งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และมีรูปแบบเป็นพิธีการดังต่อไปนี้

##### 4.1.1 การเยียวยาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

สำหรับในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ได้มีบทบัญญัติให้มีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำก่อน หากต่อมาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลังแล้ว ก็จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องนั้นจะไม่ต้องถูกเพิกถอนแต่อย่างใด ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 45 (1) ข้อ 3 และการแก้ไขข้อบกพร่องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากการรับฟังคู่กรณีก่อนนั้น สามารถแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้ แม้คดีจะได้ดำเนินการจนถึงขั้นพิจารณาคดีของศาลปกครองแล้วก็ตาม แต่ต้องก่อนที่ศาลปกครองตัดสินคดี ตามมาตรา 45 (2) VwVfG

กรณีดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นการเยียวยาแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมีความบกพร่องในเรื่องของการมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณี ในกรณีที่จำเป็นต้องกระทำ ตามที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าความบกพร่องดังกล่าวนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะพบเห็นเอง หรือคู่กรณีได้อุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านเข้ามาภายในองค์กรฝ่ายปกครองเกี่ยวกับเหตุที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องดังกล่าว โดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีที่

จำเป็นต้องกระทำในภายหลังแล้ว ก็ถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ต้องถูกเพิกถอน

นอกจากนี้การแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวยังสามารถแก้ไขได้ แม้คู่กรณีจะได้นำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองแล้วก็ตาม แต่ต้องก่อนที่ศาลปกครองจะตัดสินคดีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน มาตรา 45 (2) VwVfG

การที่คู่กรณีผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ยังไม่สามารถที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ทันที แต่คู่กรณีจะต้องยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อน เพื่อให้โอกาสแก่องค์กรฝ่ายปกครองได้มีโอกาสแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว โดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลังให้สมบูรณ์

โดยในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น เป็นไปตามประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO มาตรา 68 ที่บัญญัติให้ต้องมีการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาล และเป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) รวมทั้งคดีฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage)<sup>1</sup> เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบการกระทำของตนเองไม่ว่าจะเป็นเรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Zweckmaessigkeit) และความชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmässigkeit) ของคำสั่งทางปกครอง<sup>2</sup> ซึ่งการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองนั้น ถือเป็นกระบวนการโต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครอง และเป็นเงื่อนไขที่จะนำไปสู่การพิจารณาคดี (Sachentscheidungs voraussetzung)<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน มาตรา 68 (1) VwGO นั้น ถือเป็นหลักทั่วไปที่บัญญัติให้ต้องมีการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านต่อองค์กรฝ่ายปกครองก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่ถ้าได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้อง คู่กรณีก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้เลย เช่น กรณีของการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน มาตรา 70 VwVfG คู่กรณีสามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้

<sup>1</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547) น. 87.

<sup>2</sup>เพ็งอ้าง.

<sup>3</sup>เพ็งอ้าง.

เลย ไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ส่วนข้อยกเว้นตามมาตรา 68 (1) VwGO มี 2 กรณี ที่ไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนคือ

1. คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่สูงสุดของสหพันธ์ หรือ เจ้าหน้าที่สูงสุดของรัฐ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการอุทธรณ์ได้แย่งคัดค้าน

2. คำตัดสินในเรื่องของการเยียวยา หรือ ในเรื่องของคำคัดค้านที่ได้คัดค้านเข้ามาแล้ว ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเป็นครั้งแรก

ข้อยกเว้นข้อที่ 1. เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ชั้นสูงสุดที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมาทบทวนคำสั่งจึงไม่ต้องอุทธรณ์สามารถฟ้องศาลปกครองได้เลย เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องมีการอุทธรณ์ก็ต้องอุทธรณ์ ซึ่งจะต้องพิจารณาที่ตัวบทกฎหมายในแต่ละเรื่อง ส่วนข้อยกเว้นข้อที่ 2. เป็นกรณีที่เป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น มีการโต้แย้งใบอนุญาตในการก่อสร้างโดยเพื่อนบ้านทำให้ผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ยกเลิกใบอนุญาตดังกล่าว ในกรณีนี้ผู้ได้รับใบอนุญาตได้รับผลกระทบครั้งแรกจากการวินิจฉัยอันเนื่องมาจากการโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างดังกล่าว ในกรณีนี้ผู้ได้รับใบอนุญาตไม่จำต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองอีก<sup>4</sup>

การอุทธรณ์นั้นผู้อุทธรณ์ต้องยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านเป็นลายลักษณ์อักษร หรือให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรให้ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 70 (1) VwGO ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกเฉยที่จะแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์และระยะเวลาอุทธรณ์ให้คู่กรณีทราบแล้ว คู่กรณีหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองสามารถที่จะอุทธรณ์ได้ภายใน 1 ปี เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัย ตามมาตรา 70 , 58 และ 60 VwGO<sup>5</sup>

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นด้วยกับอุทธรณ์ การอุทธรณ์ดังกล่าวก็จะได้รับการเยียวยา แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกลับ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองจนเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อผู้ใดเป็นครั้งแรก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีผู้นั้นก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์แล้ว การอุทธรณ์นั้นมิได้มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งคัดค้าน ตามมาตรา 80 (1) VwGO ที่เป็นหลักทั่วไป ยกเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 80 (2) VwGO เช่น การเรียกร้องเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายสาธารณะ(public charges and costs) , คำสั่งหรือมาตรการของ

<sup>4</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 88.

<sup>5</sup> Mahendra P. Singh , German Administrative Law in Common Law Perspective , 2<sup>nd</sup> ed. (Berlin Heidelberg New York : Springer-Verlag , 2001) , p. 220.

เจ้าหน้าที่ตำรวจ , ในกรณีอื่นๆ ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายของสหพันธ์ หรือในกฎหมายของมลรัฐ โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับคำคัดค้าน (อุทธรณ์) และคำฟ้องโดยบุคคลที่สามต่อการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน หรือการการก่อให้เกิดการจ้างงาน และในกรณีที่ต้องมีการบังคับโดยทันทีที่ออกคำสั่งบังคับโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งออกคำสั่งทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ที่ตัดสินอุทธรณ์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ หรือการยกเลิกประโยชน์ของคู่กรณี เป็นต้น

สำหรับการอุทธรณ์ได้แย่งคัดค้านตามกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นไปตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่ถือว่าเป็นหลักคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ใช้บังคับได้กับคดีปกครองแม้ไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของ A.P.A. ก็ตาม<sup>6</sup> ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และมิได้มีรัฐบัญญัติ (statute) บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ก็ต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปคือต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีไปสู่ศาล เพื่อเปิดโอกาสให้มีการเยียวยาแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องโดยองค์กรฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาล

แต่หลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่ถือว่าเป็นหลักทั่วไป ก็ยังมีข้อยกเว้น 3 ประการ ที่ศาลสูงสุดได้ให้ไว้ในคดี *McCarthy v. Madigan* , 503 U.S. 140 (1992) คือ

1. การเยียวยาโดยฝ่ายปกครองนั้นอาจจะทำให้การเยียวยาโดยศาลในภายหลังนั้นไร้ประโยชน์ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับการทูลเกล้าและจะเกิดความเสียหายที่ไม่สามารถจะเยียวยาได้ แต่บางกรณีศาลอุทธรณ์ได้ตีความว่าไม่เข้าข้อยกเว้นและต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปของหลัก Exhaustion of Administrative Remedies คือต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ให้ครบถ้วน เช่น

ในคดี *Portela-Gonzalez v. Secretary of the Navy* , 109 F.3d 74 (1<sup>st</sup> Cir. 1997) ที่ลูกจ้างของร้านค้าของกองทัพเรือถูกไล่ออกจากงาน ตามกฎระเบียบของกองทัพเรือ ลูกจ้างอาจจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนต่อไปนี้

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

<sup>6</sup> William F. Funk and Richard H. Seamon , Administrative Law : Examples and Explanations, (New York : Aspen law & business , 2001) , p. 238.

ลูกจ้างได้ดำเนินการขอให้มีการเยียวยาภายในองค์กรฝ่ายปกครองมาแล้ว 3 ขั้นตอน แต่ไม่ได้รับการตัดสินใจให้ชนะหรือได้รับประโยชน์ตามที่ร้องขอ จนเหลือการเยียวยาในขั้นตอนสุดท้ายที่จะต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านเป็นขั้นตอนสุดท้าย ลูกจ้างแทนที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านในขั้นตอนสุดท้ายให้เสร็จสิ้นเสียก่อน กลับนำคดีไปฟ้องต่อศาล

ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า การที่ลูกจ้างอ้างว่าไร้ประโยชน์ที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านในขั้นตอนสุดท้ายและลูกจ้างไม่น่าจะชนะคดีได้เพราะลูกจ้างดังกล่าวได้แพ้มา 3 ขั้นตอนแล้ว ศาลเห็นว่าเป็นการคาดเดาในแง่ร้ายว่าการอุทธรณ์ในขั้นตอนสุดท้ายจะไร้ประโยชน์นั้น ยังไม่พอเพียงที่จะหลีกเลี่ยงในการปฏิบัติตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ได้<sup>7</sup>

2. การเยียวยาโดยฝ่ายปกครองอาจจะไม่เพียงพอเพราะว่าองค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะเยียวยาได้ เช่น การเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน (money damages) ที่ฝ่ายปกครองเยียวยาให้ไม่ได้ หรือมีการโต้แย้งเรื่องของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutionality) แต่องค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะตัดสินให้กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) ได้<sup>8</sup>

3. การเยียวยาโดยฝ่ายปกครองจะไม่เหมาะสมเพราะเหตุที่ถูกกล่าวหาว่ามีอคติ (bias or prejudice)<sup>9</sup>

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา การเยียวยาภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนไปสู่การดำเนินคดีในชั้นศาลตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies นั้น ถือว่าเป็นหลักทั่วไปที่คู่กรณีจะต้องปฏิบัติให้เสร็จสิ้นเสียก่อนไปฟ้องคดีต่อศาล เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวมาแล้ว คู่กรณีสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้เลย ส่วนในระหว่างอุทธรณ์สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ต้องพิจารณาที่รัฐบัญญัติ (statute) ที่เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องในแต่ละเรื่องไปว่าได้บัญญัติไว้อย่างไรเพราะไม่มีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการที่เป็นกฎหมายกลางเหมือนที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติ A.P.A. มาตรา 704

สำหรับการเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อน ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 (3) ที่บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อน หากต่อมาได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลังแล้ว ก็มีผลทางกฎหมายทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์ ไม่ต้องถูกเพิกถอน

<sup>7</sup> Ibid , pp. 238-239.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

นอกจากนี้คำว่า การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้นั้นมาโดยไม่สมบูรณ์นี้ หมายถึง การไม่รับฟังคู่กรณีเลยด้วย ไม่ใช่หมายถึงต้องรับฟังมาบ้างเท่านั้น<sup>10</sup>

การไม่รับฟังคู่กรณีที่จะเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องได้นั้น จะต้องเป็นสาระสำคัญที่มีผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าการรับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการของกระบวนการพิจารณาทางปกครองไม่ได้เป็นสาระสำคัญต่อคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายและไม่อาจถูกเพิกถอนเพราะเหตุดังกล่าวได้ แม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะได้ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการนั้น<sup>11</sup>

นอกจากนี้การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนนั้น ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า ต้องอนุโลมไปใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิเสธสิทธิของคู่กรณี ในการที่จะนำพยานความ หรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครอง ที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่<sup>12</sup> หรือในกรณีอื่นที่เกี่ยวข้องกรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการรับฟังคู่กรณีโดยบกพร่องด้วย<sup>13</sup>

ในกรณีของการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวโดยจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลัง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 (3) นั้น จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือในกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็ได้กระทำให้เสร็จสิ้นก่อนที่จะมีการนำคำสั่งทางปกครองนั้นไปฟ้องต่อศาลปกครอง<sup>14</sup>

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเยียวยาแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องอันเนื่องมาจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ต่อมาจึงจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีให้สมบูรณ์ในภายหลังนั้น ในกรณีดังกล่าวท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อีกเมื่อคำสั่งทางปกครองยังไม่มีผลบังคับผูกพันเท่านั้น หลังจากที่คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับผูกพัน กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองนั้นได้กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งได้ต่อไปแล้ว การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.

<sup>10</sup>โปรดดูรายละเอียดใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2549).

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, น. 45.

<sup>12</sup> โปรดดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 23

<sup>13</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10.

<sup>14</sup> เพิ่งอ้าง.

2539 มาตรา 45 ย่อมไม่อาจเป็นไปได้อีก (และไม่จำเป็นที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำด้วย)"<sup>15</sup>

#### 4.1.2 การเยียวยาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

การเยียวยาโดยองค์กรฝ่ายปกครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ นั้น ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 70 ได้บัญญัติให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง กล่าวคือสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย โดยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น เป็นไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 64 ถึง 71 ซึ่งในส่วนของการรับฟังคู่กรณีนั้น ตามมาตรา 66 จะให้โอกาสคู่กรณีได้มีโอกาสร่วมรับฟังพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ และร่วมตรวจสอบสถานที่ รวมทั้งถามพยานดังกล่าวได้ด้วย ซึ่งต่างจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ที่คู่กรณีไม่มีสิทธิร่วมรับฟังพยานกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยิ่งกว่านั้นคู่กรณียังจะได้รับสิทธิที่จะให้การด้วยวาจา (oral hearing) ตามมาตรา 67 VwVfG อีกด้วย ประกอบทั้งในส่วนของการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG หาได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้มีการเยียวยาแก้ไขข้อบกพร่องของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองเหมือนดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 45 VwVfG แต่อย่างใด

ดังนั้นกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ แล้วเกิดข้อบกพร่องในการรับฟังคู่กรณี หรือไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีเลยจึงไม่ค่อยจะเกิดขึ้น และหากเกิดข้อบกพร่องในการรับฟังคู่กรณีในการออกคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการแล้ว คู่กรณีคงต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวต่อไป

สำหรับการเยียวยาแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A) มาตรา 704 ที่กำหนดให้คู่กรณีจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำคดีไปสู่ศาลตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ใน 2 กรณี คือ

<sup>15</sup>เพ็งอึ้ง , น. 51.

1. ในกรณีที่รัฐบัญญัติ (statute) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ต้องมีการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาล

2. ในกรณีที่กฎหมายของหน่วยงานฝ่ายปกครองได้กำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาล<sup>16</sup>

คู่กรณีที่ประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลจะต้องดำเนินการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองเสียก่อน เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบ และแก้ไขความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกไป และในระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์นั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าว ยังไม่มีผลบังคับ (...the action meanwhile is inoperative, for an appeal to superior agency authority.) เท่ากับมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างอุทธรณ์นั่นเอง

ซึ่งรายละเอียดปรากฏในมาตรา 704 ที่บัญญัติว่า Agency action made reviewable by statute and final agency for which there is no other adequate remedy in a court are subject to judicial review. Preliminary , procedural , or intermediate agency action or ruling not directly reviewable is subject to review on the review of the final agency action. Except as otherwise expressly required by statute , agency action otherwise final is final for the purposes of this section whether or not there has been presented or determined an application for a declaratory order , for any form of reconsiderations , or , unless the agency otherwise requires by rule and provides that the action meanwhile is inoperative , for an appeal to superior agency authority.

โดยศาลสูงสุดได้ตัดสินไว้ในคดี Darby v. Cisneros , 509 U.S. 137 (1993). โดยศาลได้วินิจฉัยว่า ประโยคที่สามของมาตรา 704 (จากคำว่า...Except as otherwise expressly...เป็นต้นไป) ของบทบัญญัติ A.P.A. นั้น ได้สร้างหลัก Exhaustion ตามรัฐธรรมนูญขึ้นมาแทนที่หลัก Exhaustion of Administrative Remedies ของหลักคอมมอนลอว์ (Common Law) ในกรณีที่ต้องดำเนินคดีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.)<sup>17</sup>

ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักการอุทธรณ์ของประเทศเยอรมัน และไทย ที่จะต้องให้โอกาสแก่องค์กรฝ่ายปกครองได้มีโอกาสเยียวยาแก้ไขข้อบกพร่องให้เสร็จสิ้นในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเสียก่อน จึงจะมีอำนาจนำคดีไปฟ้องต่อศาล เพื่อให้ฝ่ายปกครองที่มีความ

<sup>16</sup> William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 6 , p. 237.

<sup>17</sup> *Ibid.*

เชี่ยวชาญและสัมผัสใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงได้แก้ไขข้อบกพร่องต่างๆในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ครบถ้วนเสียก่อน

ซึ่งบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย จากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือได้รับผลกระทบ หรือเดือดร้อนเสียหาย โดยการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการทบทวนโดยศาล ซึ่งบุคคลที่มีสิทธิที่จะได้รับการทบทวนตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A มาตรา 702 จะต้องดำเนินการตามมาตรการเยียวยาโดยการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ครบทุกขั้นตอนก่อน จึงจะใช้สิทธิขอให้ศาลทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองได้

ส่วนการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ของไทยนั้น หาได้มีกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการเหมือนกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 64 ถึง 71 บัญญัติไว้แต่อย่างใด

ซึ่งหลักการดังกล่าวข้างต้นนั้นโดยหลักทั่วไปแล้วหาได้แตกต่างกันทั้งในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย ที่โดยหลักทั่วไปแล้วจะกำหนดให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองต้องยื่นอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อน เว้นแต่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน มาตรา 70 VwVfG หรือในกรณีที่มิมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ที่บัญญัติให้ไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อน คู่กรณีจึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย

ในส่วนของสหรัฐอเมริกาหากกรณีเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือเข้าข่ายกเว้นที่หากจะอุทธรณ์ต่อไปก็ไม่เกิดประโยชน์ หรือมีอคติ เป็นต้น คู่กรณีสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้เลย ไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อน

อย่างไรก็ตามการเยียวยาโดยองค์กรฝ่ายปกครอง นอกจากจะเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรฝ่ายปกครองได้มีโอกาสแก้ไขข้อบกพร่องของตนแล้ว ยังก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง อันเป็นประโยชน์แก่สังคมโดยรวม และยังเป็นการลดภาระทางคดีต่อศาลอีกทางหนึ่งด้วย

#### 4.2 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

แม้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะเรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ของตนภายในขอบเขตอำนาจของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ตน เพื่อดำเนินภารกิจทางปกครองให้เกิดผลในทางรูปธรรมแก่ประชาชนและสังคมโดยรวมตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ แต่การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบ ว่าได้ใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ และกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น เริ่มที่ตัวเจ้าหน้าที่เองจนถึงผู้บังคับบัญชาที่จะทบทวนการใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้อำนาจมาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

กฎหมายจึงได้บัญญัติให้มีการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนมอบคดีปกครองต่อศาล เพื่อให้ให้องค์กรฝ่ายปกครองได้ทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนเองว่ามีข้อบกพร่องประการใดหรือไม่ และมีเหตุผลอย่างไร จึงได้มีคำสั่งเช่นนั้น จนเป็นเหตุให้เอกชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวโต้แย้งคำสั่ง ซึ่งผู้บังคับบัญชาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะทบทวนการทำงานของผู้อยู่บังคับบัญชาของตน และหากพบเห็นข้อบกพร่องก็จะวินิจฉัยสั่งการแก้ไขคำสั่งให้ถูกต้อง อันก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน และเป็นการลดภาระทางคดีที่จะไปสู่ศาลอีกทางหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตามในระบบนิติรัฐนั้น องค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรที่ตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ตนหรือไม่ หรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ซึ่งองค์กรตุลาการที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในแต่ละประเทศจะแตกต่างกันไปบางประเทศใช้ระบบศาลเดี่ยว ก็ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น สหรัฐอเมริกา ส่วนบางประเทศใช้ระบบศาลคู่ที่แยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรมมาตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน และไทย เป็นต้น โดยในเค้าโครงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวเปรียบเทียบถึงองค์กรตุลาการที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพียงสามประเทศ คือ เยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย ซึ่งแต่ละประเทศอาจจะมีรายละเอียดของกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป แต่วัตถุประสงค์หลักนั้นคือการมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และประโยชน์สาธารณะในเวลาเดียว โดยให้เกิดดุลยภาพมากที่สุด

#### 4.2.1 กรณียของเยอรมัน

ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น รัฐธรรมนูญของเยอรมัน (The Basic Law) มาตรา 20 (2) บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยทั้งหมดมาจากประชาชน อำนาจดังกล่าวจะถูกใช้โดยประชาชน โดยวิธีการเลือกตั้งและออกเสียงลงคะแนน และโดยผ่านองค์กรนิติบัญญัติ , องค์กรบริหาร , และองค์กรตุลาการ และ (3) บัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญ และฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Gesetz) และกฎหมาย (Recht)<sup>18</sup>

ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวใน (3) ที่บัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องผูกพันต่อความชอบด้วยกฎหมาย เท่ากับมีผลให้ฝ่ายบริหารซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครองด้วยจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง องค์กรตุลาการจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและกฎหมาย ซึ่งรวมถึงความถูกต้องและความยุติธรรมในทางเนื้อหา และเมื่อฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อดำเนินการทางปกครองให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ในกรณีที่เกิดผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของประชาชน องค์กรตุลาการจะต้องตรวจสอบการใช้ อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองว่าเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่มอบอำนาจให้แก่ตนหรือไม่ โดยฝ่ายตุลาการเองก็ผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และกฎหมาย ซึ่งรวมถึงความถูกต้องและความยุติธรรมในทางเนื้อหาด้วย อันเป็นการประกันสิทธิของประชาชนให้ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปที่เกี่ยวกับข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนทั้งหมด (all public law disputes) ที่มีข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 40 (1) แห่งประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO ซึ่งถือเป็นภารกิจของศาลปกครองที่จะต้องตรวจสอบให้การกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่สุดในการดำเนินการทางปกครองหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งก่อน และมีได้แก้ไขกระบวนการพิจารณาที่บกพร่องดังกล่าวในชั้นเจ้าหน้าที่ให้ถูกต้องแล้ว ถือว่า

<sup>18</sup> Gesetz เป็นรัฐบัญญัติที่ออกโดยสภา ส่วนคำว่า กฎหมาย (Recht) หมายถึง ความถูกต้อง และความยุติธรรมในทางเนื้อหา (substantial rightness and justice) รายละเอียดโปรดดูใน Nigel Foster and Satish Sule , German Legal System and Law , 3<sup>rd</sup> ed. (New York : Oxford , 2002), p. 163.

คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองดังกล่าวถือว่าเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาให้เพิกถอนได้

ดังนั้นหากข้อพิพาทดังกล่าวได้อุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองแล้ว ยังมิได้รับการแก้ไขให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบ หรือในกรณีที่มิมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้กรณีดังกล่าวไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 70 ในส่วนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ

กรณีดังกล่าวผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวสามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวต่อศาลปกครองได้ โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO มาตรา 42 (1) ที่กำหนดเรื่องอำนาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) รวมทั้งคดีฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) โดยการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำฟ้องที่มุ่งหมายให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการฟ้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้ปฏิเสธที่จะออกตามคำขอของตน

นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO มาตรา 42 (2) ผู้ฟ้องจะต้องกล่าวอ้างว่าสิทธิของตนได้ถูกละเมิดโดยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว หรือโดยการปฏิเสธที่จะออกคำสั่งดังกล่าว

สำหรับระยะเวลาในการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองในการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นไปตามประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO มาตรา 74 (1) ที่บัญญัติว่า คำฟ้องขอให้ลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องยื่นภายในหนึ่ง เดือนนับแต่ส่งคำตัดสินที่ตัดสินอุทธรณ์ในกรณีที่ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อนฟ้องให้ทราบ

ในกรณีที่อยู่ภายใต้มาตรา 68 VwGO ในกรณีที่ไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองก่อน ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง คำฟ้องนั้นต้องยื่นภายในหนึ่งเดือนนับแต่แจ้งคำสั่งทางปกครองให้ทราบ เพราะคำสั่งทางปกครองเริ่มมีผลเมื่อแจ้งให้ทราบ ตามประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO มาตรา 74 (1) ประโยคที่สอง

เมื่อศาลปกครองได้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีจนศาลสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้ครบถ้วนแล้ว ศาลก็จะมีคำพิพากษา ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ในชั้นเจ้าหน้าที่ ถ้าคำสั่งทางปกครองได้ถูกบังคับแล้ว ศาลอาจพิพากษาให้เพิกถอนการบังคับตามคำสั่ง และถ้าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอยู่แล้วก่อนมีคำพิพากษา ศาลจะแถลงว่าคำสั่งทาง

ปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้ฟ้องคดีมีประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียที่ชอบด้วยกฎหมายในการประกาศเช่นนั้น ตามประมวลกฎหมายของศาลปกครองเยอรมัน VwGO มาตรา 113 (1)

#### 4.2.2 กรณีของสหรัฐอเมริกา

กรณีของสหรัฐอเมริกานั้น องค์การตุลาการที่ทำหน้าที่ทบทวนการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคือศาลยุติธรรม เพราะสหรัฐอเมริกาใช้ระบบศาลเดี่ยว ที่ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาทั้ง คดีธรรมดาและคดีปกครอง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) มาตรา 701 (a) ที่บัญญัติข้อยกเว้นไว้ 2 กรณีคือ

- 1) กรณีมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะไม่ให้มีการทบทวนโดยศาล หรือ
- 2) การกระทำที่เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้มีการทบทวนโดยศาล และกรณีไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจแล้ว บุคคลตามมาตรา 702 ของบทบัญญัติ A.P.A. คือ บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย อันมีสาเหตุมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือได้รับผลกระทบ หรือเดือดร้อนเสียหาย โดยการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีสิทธิที่จะได้รับการทบทวนโดยศาล

อย่างไรก็ตามสิทธิที่จะได้รับการทบทวนโดยศาลตามนัยของบทบัญญัติ A.P.A. นั้น จะต้องเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ หรือ เป็นการออกคำสั่งทางปกครองตามนัยของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. เท่านั้น จึงจะได้รับการทบทวนโดยศาล เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่ากรณีใดที่การทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ถูกกล่าวหาว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการสืบพยานในชั้นศาลคือศาลชั้นต้นที่ต้องมีการสืบพยาน (trial court) เพราะการสืบพยานได้ทำมาในสำนวนทางปกครองของฝ่ายปกครองแล้ว และเห็นว่าการทบทวนสำนวนทางปกครองเป็นสิ่งจำเป็น ก็จะออกกฎหมายกำหนดให้มีการทบทวนข้อพิพาททางปกครองโดยศาลอุทธรณ์เลย ไม่ต้องไปฟ้องที่ศาลชั้นต้นก่อน (federal district courts) เช่น ภายใต้ the Hobbs Act , 28 U.S.C. § 2342 ที่บัญญัติให้คำสั่งส่วนใหญ่ของคณะกรรมการการสื่อสารของสหรัฐ (the Federal Communications Commission) ได้รับการทบทวนโดยตรงโดยศาลอุทธรณ์เลย

ส่วนการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น การฟ้องคดีดังกล่าวจะต้องฟ้องต่อศาลชั้นของสหรัฐ (federal district court) ซึ่งเป็นศาลที่จะต้องมีการสืบพยาน (trial court) มิใช่การทบทวนเฉพาะสำนวน

(record) ศาลชั้นต้นดังกล่าวจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ มิใช่ศาลอุทธรณ์ ซึ่งเป็นไปตาม 28 U.S.C. § 1331 นั่นเอง<sup>19</sup>

สำหรับข้อยกเว้นตามมาตรา 701 (a) ดังกล่าว ในกรณีของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ศาลสูงได้วินิจฉัยไว้ดังนี้คือ คดี *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* , 401 U.S. 402 (1971) คดีนี้กฎหมายสหรัษฎบัญญัติห้ามเลขาธิการการขนส่งจากการใช้เงินของกองทุนก่อสร้างถนนและสวนสาธารณะ ถ้ามีทางเลือกที่เป็นไปได้และสุ่มรอบคอบ เมื่อเลขาธิการดังกล่าวอนุมัติใช้เงินกองทุน และถูกโต้แย้ง เขาอ้างว่าการกระทำของเขาไม่ถูกทบทวนโดยศาล เพราะเป็นการใช้ดุลพินิจของเขา ศาลสูงไม่เห็นด้วย และวินิจฉัยว่าสิ่งนี้เป็นข้อยกเว้นที่แคบมาก คือต้องตีความในความหมายอย่างแคบนั่นเอง

อย่างไรก็ตามในคดี *Webster v. Doe* , 486 U.S. 592 (1988) คดีนี้หน่วยงาน ซี.ไอ.เอ. ได้ไล่พนักงานออกจากงาน เมื่อทราบว่าเป็นพวกรักร่วมเพศ (homosexual) พนักงานได้ฟ้องว่าไล่ออกโดยผิดกฎหมายภายใต้รัษฎบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงของชาติ (the National Security Act of 1947) และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รัษฎบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า ผู้อำนวยการ ซี.ไอ.เอ. อาจจะใช้ดุลพินิจของเขา บอกเลิกการจ้างพนักงานคนใดของหน่วยงาน เมื่อเขาเห็นว่าการบอกเลิกเช่นนั้นจำเป็นและเหมาะสมแก่ประโยชน์ของสหรัฐ ศาลเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นดุลพินิจของเขา และเป็นการบอกเลิกการจ้างที่เป็นดุลพินิจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นการทบทวนในประเด็นที่อ้างว่าการบอกเลิกการจ้างโดยผิดกฎหมายนั้น ไม่ได้รับการพิจารณา แต่ข้ออ้างตามรัฐธรรมนูญได้รับการพิจารณา

ข้อยกเว้นการทบทวนโดยศาลดังกล่าวจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และการตีความในการบังคับใช้นั้น จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดในความหมายอย่างแคบ

นอกจากนี้บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมายจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) มาตรา 702 ดังกล่าวนั้น จะต้องดำเนินการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองให้ครบทุกขั้นตอนก่อน จึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (A.P.A.) มาตรา 704 ซึ่งเป็นไปตามหลัก Exhaustion of Administrative Remedies ที่บัญญัติว่า Agency action made reviewable by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in a court are subject to judicial review...

อนึ่ง การใช้สิทธิให้มีการทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลนั้น จะต้องเป็นการแสวงหาการเยียวยาในทางปกครอง มิใช่เรียกค่าเสียหายอันเป็นตัวเงิน ตามมาตรา 702 ดังกล่าว ที่

<sup>19</sup> William F. Funk and Richard H. Seamon , *supra* note 6 , pp. 200-201.

บัญญัติไว้ว่า ...seeking relief other than money damage... การฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน ต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งที่มีการพิจารณาคดี (trial) มิใช่การทบทวน (review)

ศาลที่ทบทวนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีขอบเขตของการทบทวน (Scope of review) เป็นไปตามมาตรา 706 ของบทบัญญัติ A.P.A. ซึ่งศาลที่ทบทวนจะตัดสินปัญหาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมาย, ตีความรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย, และกำหนดความหมาย หรือความสามารถในการบังคับใช้ของข้อกำหนดของการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ศาลที่ทบทวนจะ

(1) บังคับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการไม่อนุมัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือล่าช้าโดยไม่มีเหตุผล

(2) วินิจฉัยการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และยกเลิกการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง, ทำการวินิจฉัย และทำการสรุป พบว่าเป็น

(ก) อ้าเภอใจ, ไม่แน่นอน, บิดเบือนการใช้ดุลพินิจ, หรือ มิฉะนั้นไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

(ข) ขัดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ, อำนาจ, สิทธิพิเศษ, หรือความคุ้มกัน

(ค) เกินขอบอำนาจตามกฎหมาย, อำนาจ, หรือการจำกัด, หรือขาดสิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมาย

(ง) ปราศจากการปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่กฎหมายบัญญัติไว้

(จ) ขาดการสนับสนุนโดย เนื้อหาสาระของพยานหลักฐานในคดีภายใต้บังคับมาตรา 556 และ 557 ของลักษณะนี้ หรือมิฉะนั้น ถูกทบทวนในสำนวนของการรับฟังความของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้บัญญัติไว้โดยรัฐธรรมนูญ หรือ

(ฉ) ไม่มีข้อเท็จจริงรองรับถึงขนาดที่ว่าข้อเท็จจริงนั้นอยู่ภายใต้บังคับในการพิจารณาคดีใหม่โดยศาลที่ทบทวน

การทบทวนโดยศาลจะถูกจำกัดเฉพาะในสำนวนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำมาในชั้นเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นไปตามถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 554 (a) ที่บัญญัติว่าจะต้องเป็นการรับฟังและตัดสินในสำนวนเท่านั้น จึงจะบังคับตามบทบัญญัติของ A.P.A. สาระสำคัญของการทบทวนคือสำนวนทางปกครองที่ได้จัดทำเรียบร้อยแล้ว ไม่ใช่เพิ่มมาทำในชั้นพิจารณาคดีของศาล ศาลที่ทบทวนจะไม่รับฟังการสืบพยาน (trial)

การทบทวนจำกัดปัญหาข้อเท็จจริง ที่ถือว่าการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีเป็นความรับผิดชอบเบื้องต้นของผู้เชี่ยวชาญฝ่ายปกครอง คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง ศาลอาจจะทบทวนวิธีพิจารณาทางปกครองในข้อเท็จจริงเพียงแค่ว่าในการตัดสินว่า การกระทำของฝ่ายปกครองได้รับการสนับสนุนโดยเนื้อหาสาระของพยานหลักฐานหรือไม่ ศาลสูงเคยตีความคำว่า เนื้อหาสาระของ

พยานหลักฐาน (substantial evidence) หมายถึง พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีเท่าที่จิตใจที่มีเหตุผลอาจจะยอมรับว่าพอเพียงในการสนับสนุนข้อสรุป<sup>20</sup>

อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ตามรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อเท็จจริงตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะได้รับการวินิจฉัย มิได้จำกัดเฉพาะข้อกฎหมายเท่านั้น โดยศาลจะวินิจฉัยทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เช่น คดี Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough , 253 U.S. 287 (1920)<sup>21</sup>

#### 4.2.3 กรณีของไทย

กรณีของไทยนั้นการเยียวยาโดยองค์การตุลาการให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้แก่ศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 42 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนนั้น มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนในภายหลังได้ ตามมาตรา 9 (1) บัญญัติว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น... เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

โดยผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากได้มีการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองแล้ว ยังมิได้รับการเยียวยาโดยการ

<sup>20</sup> Bernard Schwartz , Administrative Law a Casebook , (Boston and Toronto : Little, Brown and Company , 1977) , p. 146.

<sup>21</sup> Kenneth F. Warren , Administrative Law in the Political System , 3<sup>rd</sup> ed. (New Jersey : Prentice Hall , 1996) , p. 450.

วินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว ผู้นั้นสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ตามมาตรา 9 , 42 และขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ ตามมาตรา 72 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

สำหรับระยะเวลาในการยื่นฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นไปตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่บัญญัติให้การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เช่น การได้รับแจ้งผลการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หากไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว ก็ต้องรีบยื่นฟ้องต่อศาลปกครองภายใน 90 วัน และในกรณีที่เป็นการยื่นฟ้องคดีปกครองของกรรมการหรือรัฐมนตรี กฎหมายบังคับว่าผู้ออกคำสั่งนั้น ต้องระบุนระยะเวลาและวิธีการยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วย มิฉะนั้นระยะเวลาในการฟ้องคดี จะขยายออกไปจาก 90 วัน เป็น 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งนั้น

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันและไทยนั้น เหมือนกันกล่าวคือ ศาลปกครองจะเป็นองค์กรตุลาการที่ทบทวนการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง หรือ คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยองค์กรฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกรณีของการที่องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไปโดยมิได้จัดให้มีการรับฟังคู่กรณีผู้ที่ได้รับผลกระทบก่อน หากองค์กรฝ่ายปกครองมิได้เยียวยาแก้ไขให้สมบูรณ์ในภายหลังแล้ว และข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติจากการแสวงหาของศาล พิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็จะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

ส่วนในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลยุติธรรมจะเป็นองค์กรตุลาการที่ทบทวนการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ระบบศาลเดี่ยว ในกรณีของการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นกรณีที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. หรือเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น คู่กรณีจะต้องเริ่มฟ้องคดีที่ศาลชั้นของสหรัฐ (federal district court) ซึ่งเป็นศาลที่จะต้องมีการสืบพยาน (trial court) มิใช่การทบทวนเฉพาะสำนวน (record) ศาลชั้นต้นดังกล่าวจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ มิใช่ศาลอุทธรณ์ ซึ่ง เป็นไปตาม 28 U.S.C. § 1331

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ข้อพิพาททางปกครองได้อยู่ในบังคับตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. แล้ว การทบทวนของศาลจะเป็นการทบทวนจากสำนวน (record) ทางปกครอง ที่เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) ได้จัดทำสรุปไว้ในสำนวนแล้ว ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย จึงไม่ต้องมีการสืบพยานกันอีก เหมือนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ โดยในเนื้อหาของรัฐบัญญัติก็จะบัญญัติให้การทบทวนข้อพิพาททางปกครองที่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติ A.P.A. ได้รับการทบทวนโดยตรงโดยศาลอุทธรณ์เลย ไม่ต้องไปเริ่มคดีที่ศาลชั้นต้นก่อนแต่อย่างใด

## บทที่ 5

### บทสรุป

หลักการรับฟังคู่กรณี (audi alteram partem) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศให้การยอมรับ และนำมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศของตน โดยเฉพาะในกฎหมายวิธีพิจารณา นั้น หลักการรับฟังคู่กรณีถือว่ามีความจำเป็นที่ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว เพื่อเป็นหลักประกัน สิทธิเสรีภาพของประชาชน จากการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน , สหรัฐอเมริกา และไทย นั้น ปรากฏว่า หลักการรับฟังคู่กรณีได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายทั้ง ในรัฐธรรมนูญ และรัฐบัญญัติ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลัก due process of law ที่ปรากฏอยู่ใน บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 และ 14 ที่บัญญัติให้การคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนจากการใช้อำนาจอรัฐ รวมถึงการมีสิทธิที่จะได้รับการรับฟังของคู่กรณีด้วย ซึ่งเป็นผล เนื่องมาจากการตีความของศาล

ส่วนในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น หลักการรับฟังคู่กรณีได้รับการบัญญัติไว้ใน กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ทั้งในส่วนของการดำเนินกระบวนการ พิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และ กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธี การ ซึ่งรวมทั้งกระบวนการพิจารณาในการให้การอนุญาตด้วย

ส่วนในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้นปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 30 และคงมีเพียงกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มี รูปแบบเป็นพิธีการเท่านั้น

ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกานั้น มีทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (informal procedure) และกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธี การ (formal procedure) หรือ เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่บังคับตามบทบัญญัติของ The Federal Administrative Procedure Act 1946 หรือ A.P.A. ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองของสหรัฐอเมริกา ที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาทั้งหมด ส่วนในแต่ ละมลรัฐจะมีการบัญญัติกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของแต่ละมลรัฐเอง และหลักการรับ ฟังความคู่กรณีได้ปรากฏในบทบัญญัติของ A.P.A. ทั้งในส่วนของการออกคำสั่งทางปกครอง (adjudication) และการออกกฎ (rulemaking) วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะกรณีการออกคำสั่ง ทางปกครองเท่านั้น ซึ่งนัยของการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีความหมายรวมถึงการออกใบอนุญาต ด้วย (licensing) กระบวนการพิจารณาทางปกครองตามบทบัญญัติของ A.P.A. ในกระบวนการพิจารณาออก

คำสั่งทางปกครอง จึงเป็นกระบวนการพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ (formal adjudication) ซึ่งตามมาตรา 554 (a) ที่ระบุให้มีการรับฟังคู่กรณีของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองในสำนวน (hearing on the record) ซึ่งต้องพิจารณาที่เนื้อหาของกฎหมายในส่วนสารบัญญัติในแต่ละเรื่อง หากมีถ้อยคำของกฎหมายบัญญัติให้มีการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองในสำนวนแล้ว จึงอยู่ภายใต้บังคับตามบทบัญญัติของ A.P.A. ซึ่งมีกระบวนการพิจารณาใกล้เคียงกับศาล การสืบพยานเป็นไปตามมาตรา 556 และตัดสิน หรือออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 557 มีเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความ (administrative law judges) เป็นผู้รับฟังคู่กรณี ซึ่งเมื่อรับฟังคู่กรณีแล้วจะออกคำวินิจฉัยเบื้องต้น

โดยคำวินิจฉัยเบื้องต้นจะอยู่ภายใต้บังคับการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency) ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว หัวหน้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสูงสุดขององค์กรจะเป็นผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ หรืออาจเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเองขอให้มีการทบทวนคำวินิจฉัยเบื้องต้นของเจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความก็ได้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้รับฟังความได้มีคำวินิจฉัยเบื้องต้นขัดแย้งกับนโยบายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หัวหน้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (agency heads) ก็จะเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่แท้จริง แม้ว่าในดวบทมาตรา 557 จะบัญญัติว่า ให้คำวินิจฉัยเบื้องต้นนั้นกลายเป็นคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดต่อไปอีกก็ตาม

ส่วนกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น หาได้บังคับตามบทบัญญัติของ A.P.A. คงมีเพียงมาตรา 555 มาตราเดียวที่ใช้บังคับทั้งการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการและไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ซึ่งเป็นกรณีที่ และใน (e) ที่เป็นกรณีของการให้เหตุผลประกอบการปฏิเสธคำขอ คำร้อง หรือคำร้องขออื่นๆ เพื่อให้เขาได้มีโอกาสนำเอาเหตุผลที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไปสู่การทบทวนโดยองค์กรตุลาการต่อไป

ในทางปฏิบัติแล้วคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ใช้บังคับในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกามากกว่าคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น หาได้มีกฎหมายวิธีพิจารณาความใช้บังคับแต่อย่างคง คงยึดหลัก due process เป็นหลักในการตีความของศาล ซึ่งกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน บางคดีก็รับฟังคู่กรณี บางคดีก็ตีความว่ามีสิทธิ (right) แต่เป็นสิทธิพิเศษ (privilege) ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจาก due process คือไม่ให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง จนหลังจากที่ศาลสูงได้วินิจฉัยในคดี Goss v. Lopez ในปี 1975 แล้ว ก็เกิดหลัก Goss principle ที่คู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อเท็จจริงให้ทราบ และให้เขามีโอกาสตอบแบบไม่เป็นทางการ หรือไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั่นเอง

(notice and opportunity for informal response) แต่ไม่อนุญาตให้เผชิญหน้าพยานอีกฝ่ายหรือถามค้านพยาน หลัก Goss principle ดังกล่าวได้รับการนำไปบัญญัติในกฎหมายหรือกฎขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่างๆ ที่ให้โอกาสในการรับฟังความก่อนออกคำสั่งทางปกครองแบบเรียบง่ายและรวดเร็ว ไม่มีการรับฟังพยานที่คล้ายกับกระบวนการพิจารณาที่ใช้ในระบบกล่าวหา (trial) และไม่เหมือนกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามบทบัญญัติของ A.P.A. มาตรา 556

ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันนั้น กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG เป็นกฎหมายที่มีทั้งบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ และ กระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ที่รวมถึงกระบวนการพิจารณาในการพิจารณาให้การอนุญาตในการประกอบธุรกิจ ที่รวมอยู่ในกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ โดยมีกฎหมายซึ่งรวมทั้งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหาร โดยในแต่ละเรื่องจะบัญญัติให้การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการหรือไม่ ต่างจากของสหรัฐอเมริกาที่ต้องพิจารณาถึงรัฐบัญญัติ (statute) ว่ารัฐบัญญัติในเรื่องนั้นๆ บัญญัติว่าให้มีการรับฟังคู่กรณีในสำนวน (on the record) ก่อนออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากมีจึงต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามบทบัญญัติของ A.P.A.

ในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น พิจารณาจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แล้ว จะมีเพียงกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการเท่านั้น ในการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองคงเป็นไปตามมาตรา 30 ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่แล้วไม่ต่างจากมาตรา 28 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ส่วนกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น ในระบบกฎหมายปกครองของไทยยังไม่มี ซึ่งกระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นกระบวนการที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการ เน้นความเรียบง่าย ใช้หลักการไต่สวนในการแสวงหาความจริงมาใช้พิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเหมือนกันกับระบบของเยอรมัน และแม้แต่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองของสหรัฐอเมริกาเององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้วใช้หลักการไต่สวนในการแสวงหาความจริงเป็นส่วนใหญ่เช่นกัน

ส่วนข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีนั้น ตามบทบัญญัติของ A.P.A. นั้น ตามมาตรา 554 (a) ข้อ 1 ถึง 6 นั้น ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่โดยเนื้อหาของกระบวนการพิจารณาแล้วไม่เหมาะที่จะจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อน ซึ่งต่างจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG ตามมาตรา 67 (2) ข้อ 1 ถึง 5 ที่มีเพียงข้อ 5 ข้อเดียวที่เป็นข้อยกเว้นการรับฟังคู่กรณีเพราะเหตุที่เป็นกรณีฉุกเฉิน

จำเป็นที่ส่วนต้องออกคำสั่งทางปกครอง หากล่าช้าจะเกิดความเสียหาย นอกนั้นคงเป็นข้อยกเว้นที่เกิดจากการตกลงกันเอง

ส่วนข้อยกเว้นในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 28 นั้น ข้อยกเว้น และบทห้ามในการใช้ดุลพินิจในการรับฟังความนั้น ส่วนใหญ่แทบจะไม่แตกต่างกัน คงต่างตรงที่(6) ของมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2540) ที่กำหนดข้อยกเว้นในการรับฟังคู่กรณีเพิ่มเติมเข้ามาตาม (1) ถึง (6)

ส่วนข้อยกเว้นในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีรูปแบบเป็นพิธีการของสหรัฐอเมริกา นั้น หากได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้แต่อย่างใด คงเป็นไปตามหลักคอมมอนลอว์ (Common law) ที่ศาลจะตีความว่ากรณีใดได้รับความคุ้มครองจาก due process กรณีใดไม่ได้รับความคุ้มครองจาก due process ซึ่งกรณีที่ไม่ได้รับความคุ้มครองจะไม่มีโอกาสได้รับการรับฟังก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของสิทธิ (right) ที่จะได้รับความคุ้มครองตาม due process กับสิทธิพิเศษ (privilege) ที่ due process ไม่คุ้มครอง ซึ่งหากศาลตีความว่าเป็นสิทธิพิเศษแล้ว จะไม่ได้รับโอกาสในการรับฟังก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนบทห้ามมิให้ใช้ดุลพินิจในการให้โอกาสในการรับฟังคู่กรณีนั้น หากได้มีอยู่ในระบบกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกา คงมีปรากฏอยู่มาตรา 30 วรรคท้าย ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และมาตรา 28 (3) ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG เท่านั้น

#### ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทยแล้ว จะเห็นได้ว่ากระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการในระบบกฎหมายของเยอรมัน ซึ่งมีกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่มุ่งให้เกิดความรวดเร็วในการพิจารณา เพื่อให้กระบวนการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองมีประสิทธิภาพ และได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องมาพิจารณาปรับเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของคำสั่งทางปกครองในอันที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นชอบด้วยกฎหมาย และยังช่วยแบ่งเบาภาระทางคดีแก่ศาลอีกทางหนึ่ง เพราะกระบวนการพิจารณาทาง

ปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการนั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสวงหามาในชั้นเจ้าหน้าที่นั้น แทบจะสมบูรณ์มากแล้ว ข้อพิพาททางปกครองที่จะเกิดก็จะมีน้อยลง หากจะมีก็จะทำให้ศาลวินิจฉัยคดีได้สะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น

เช่นเดียวกันกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา A.P.A. ที่มุ่งเน้นให้กระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองมีลักษณะใกล้เคียงกับศาล (judicialization) เพื่อให้การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงได้ยุติในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความเชี่ยวชาญในข้อเท็จจริงนั้นๆ มากกว่าศาล เป็นผู้วินิจฉัย ส่วนคดีที่จะมาสู่การทบทวนของศาลนั้นจะเป็นการทบทวนในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น ศาลจะไม่รับฟังพยานอีก เพราะการทบทวน (review) มิใช่การพิจารณาคดี (trial) ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีผลกระทบต่อคนจำนวนมาก

หากได้มีการนำเอากระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ เช่นที่ปรากฏในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาบังคับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของไทยแล้ว น่าจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินการกิจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มากยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ และในขณะเดียวกันก็เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังมีส่วนช่วยให้ข้อพิพาททางคดีที่จะไปสู่ศาลปกครองก็จะลดน้อยลงอีกทางหนึ่งด้วย เช่น กรณีตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 มาตรา 37 ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่พบว่า ผู้ประกอบกิจการโรงงานผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือการประกอบกิจการโรงงานมีสภาพที่อาจก่อให้เกิด อันตราย ความเสียหายหรือความเดือดร้อนแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงงานหรือที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือแก้ไขหรือปรับปรุงหรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดได้

ในกรณีที่เห็นสมควร เมื่อได้รับอนุมัติจากปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจผูกมัดประทับตราเครื่องจักร เพื่อมิให้เครื่องจักรทำงานได้ในระหว่างการปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง

กรณีตามพระราชบัญญัติโรงงานดังกล่าว นั้น จะเห็นได้ว่าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแสวงหาข้อเท็จจริงได้ไม่ถูกต้องไม่ว่าจะเป็นการรับฟังพยาน หรือการตรวจสอบสถานที่ก็ตาม แล้วได้เสนอขออนุมัติจากปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย ออกคำสั่งทางปกครองโดยการผูกมัดประทับตราเครื่องจักร เพื่อมิให้เครื่องจักรทำงานได้ในระหว่างการปฏิบัติตามคำสั่งให้แก้ไข , ปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องเหมาะสม แล้ว ความเสียหายก็จะเกิดกับผู้ประกอบการโรงงาน แต่ถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVfG มาตรา 64 ถึง 71 แล้ว

ย่อมจะทำให้เกิดความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายที่จะทำให้ประชาชนไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการเอง หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากโรงงานสามารถคาดหวังได้ว่าจะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้ในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองไประงับสิทธิของผู้ที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันผู้ประกอบการโรงงานเองก็มั่นใจได้ว่าตนเองจะได้มีส่วนร่วมในการรับฟังพยานหลักฐาน และร่วมรับฟังพยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองมาระงับสิทธิของตน

ส่วนกรณีตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 คงบัญญัติเพียงให้มีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีสิทธิที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไปแสวงหาพยานหลักฐานที่จะนำมาพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองมาระงับสิทธิของผู้ประกอบการอย่างนั้น ผู้ประกอบการไม่มีสิทธิเข้าไปรับรู้

อย่างไรก็ตามในกรณีที่โรงงานที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายได้ก่อเหตุเดือดร้อน หรือสร้างความเสียหายต่อผู้ที่อยู่อาศัยใกล้เคียงอย่างมาก กรณีอาจจะเป็นเรื่องของความจำเป็นรีบด่วนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองมาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายดังกล่าว นอกจากจะเป็นการให้หลักประกันสิทธิของประชาชนแล้ว ยังมีส่วนช่วยให้เกิดความมั่นใจในการลงทุน อันจะเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจ และสังคมโดยรวมของประเทศ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน VwVG ที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ตามมาตรา 64 ถึง 71 มาบังคับใช้ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของไทย โดยพิจารณาที่เนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องๆ ไป เช่น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ หรือ สิ่งแวดล้อม เป็นต้น