

## บทที่ 2

### ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่

เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทางกฎหมายซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 (2) ได้ให้ความหมายเจ้าหน้าที่ว่า หมายถึง บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ นอกจากนั้นยังต้องพิจารณาถึง หลักวิธีบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งพิจารณาเรื่องทางปกครอง และทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรม<sup>1</sup>

#### 2.1 หลักนิติรัฐและหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) ได้รับการบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน เป็นที่ยอมรับกันว่าสิทธิต่าง ๆ หรือหลักกฎหมายต่าง ๆ ทำนองเดียวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ได้แก่ หลักการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์เป็นสาระสำคัญของหลักเรื่องนิติรัฐในรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup> ลักษณะเฉพาะของความเป็นนิติรัฐก็คือในรัฐดังกล่าวการใช้อำนาจรัฐถูกผูกพันโดยกฎหมาย<sup>3</sup>

รัฐที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐจะมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง ความสัมพันธ์ดังกล่าวเปลี่ยนแปลงจากเดิม จากที่เคยเป็นความสัมพันธ์แบบเจ้าแผ่นดินกับข้าแผ่นดิน มาเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายที่มีการกำหนดสิทธิเจ้าหน้าที่ระหว่างกัน

---

<sup>1</sup>กมลชัย รัตนสกววงศ์, “สาระสำคัญและหลักกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,” วารสาร รพี 40 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (2540):100.

<sup>2</sup>กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 87.

<sup>3</sup>บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 328.

อย่างชัดเจน พลเมืองภายใต้รัฐดังกล่าวจะมีสถานภาพเป็นบุคคลและได้รับรองให้เป็นผู้ใช้สิทธิตามกฎหมาย (subject of law) ได้ มิใช่มีฐานะเป็นเพียงผู้ถูกกระทำ ดังในอดีตที่ผ่านมา<sup>4</sup>

หน้าที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของนิติรัฐก็คือการจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจและการใช้อำนาจอย่างบิดเบือนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>5</sup>

ดังนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองต้องกระทำอยู่ภายใต้ความชอบด้วยกฎหมาย มิใช่การใช้อำนาจรัฐอย่างอำเภอใจโดยการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น<sup>6</sup>

“นิติรัฐ” จึงหมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>7</sup> หลักนิติรัฐประกอบด้วย หลักการพื้นฐาน 2 ประการคือ<sup>8</sup>

1. หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน
2. หลักแบ่งแยกอำนาจ

<sup>4</sup>บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *เพ็ญอ้อ*, น. 328.

<sup>5</sup>กมลชัย รัตนสกววงศ์, *เพ็ญอ้อ*, น. 114.

<sup>6</sup>บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบและรัฐธรรมนูญเยอรมัน* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น. 157.

<sup>7</sup>สมยศ เชื้อไทย, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 159.

<sup>8</sup>สมยศ เชื้อไทย, *เพ็ญอ้อ*, น. 159.

### 2.1.1 หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน

สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิมนุษย์ซึ่งติดตัวมนุษย์แต่ละคน ซึ่งไม่มีใครสามารถพรากจากมนุษย์แต่ละคนได้ (Unalienable right) เป็นสิทธิของมนุษย์เองมิใช่สิทธิที่รัฐมอบให้<sup>9</sup>

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ในอันที่จะล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพไว้อย่างคลุมเครือก็ดี ที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การชำระไว้ ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะก็ดี ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือหลักการของนิติรัฐนั่นเอง<sup>10</sup>

จึงมีผู้กล่าวว่าผู้ปกครองที่แท้จริงในนิติรัฐ คือ กฎหมายที่รัฐตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การปกครองนิติรัฐจึงเป็นการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ ไม่ใช่คนเป็นใหญ่<sup>11</sup>

### 2.1.2 หลักแบ่งแยกอำนาจ

Montesquieu กล่าวไว้ว่าประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษย์ชาติให้บทเรียนว่า บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจ และใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ๆ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้ “อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง” การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจ นิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการมีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกัน และเป็นอิสระจากกัน โดยให้องค์กรเหล่านั้นคอยตรวจสอบ และถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (check and balance) กลไกดังกล่าวเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนानิติรัฐ ด้วยเหตุนี้การแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพื่อมิให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาดนั่นเอง<sup>12</sup>

หลักนิติรัฐ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สูงสุดทำอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรรัฐ<sup>13</sup> ก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชน 3 หลัก ดังต่อไปนี้

<sup>9</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 159.

<sup>10</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 160.

<sup>11</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 110.

<sup>12</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 161-162.

<sup>13</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 162.

1. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักนี้การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>14</sup>
2. หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามหลักนี้หมายความว่า กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>15</sup>
3. หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตามหลักนี้ หมายความว่า การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>16</sup> กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งคำบัญชาจากองค์กรฝ่ายบริหาร และฝ่ายองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และมีกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยมเป็นธรรมรับฟังคู่ความและใช้เหตุผลในคำวินิจฉัยชี้ขาด<sup>17</sup>

### 2.1.3 ความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องระหว่างหลักนิติรัฐและหลักความไม่มีส่วนได้เสีย

ความคิดในเรื่องนิติรัฐและหลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ความคิดในเรื่องนิติรัฐอยู่เบื้องหลังที่ผลักดันให้เกิดกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เป็นรูปร่าง<sup>18</sup>

ซึ่งหลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการศึกษาวิทยานิพนธ์นี้ก็คือ หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ เราจะพบข้อความในข้อเขียนต่าง ๆ เช่นว่า ความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเป็นหนทางจัดอำเภोजใจของรัฐ<sup>19</sup>

หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) เองก็มีความผูกพันกับความคิดในเรื่องความยุติธรรมเช่นกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐใช้คำว่าวิธีพิจารณาที่เป็นธรรม(fair) แทนคำว่ายุติธรรม(gerecht) หลักนิติรัฐ ประกอบด้วย หลักความไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา และหลักการรับฟังผู้ที่มีส่วนได้เสียซึ่งคำพิพากษาของศาลที่นำหลักวิธีพิจารณาดังกล่าวมาใช้มักจะไม้อ่างไกลไปถึง

<sup>14</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 162.

<sup>15</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 162.

<sup>16</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 162 -163.

<sup>17</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 7* น. 163.

<sup>18</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 2* น. 113.

<sup>19</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 2* น. 115.

หลักความยุติธรรมแต่จะอ้างหลักนิติรัฐ ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงหลักนิติรัฐไว้อย่างชัดแจ้ง<sup>20</sup>

มีข้อพิจารณาว่าถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนพิจารณาหรือเป็นเจ้าของเรื่องแล้ว ความไม่เป็นกลางดังกล่าวจะเข้าไปมีบทบาทในทุกขั้นตอนของการพิจารณา ซึ่งจะส่งผลให้ได้นิติกรรมทางปกครองอันไม่ชอบธรรมในท้ายที่สุด<sup>21</sup>

ดังนั้น ปัจจุบันนี้สถานะความเป็นคู่ความของผู้มีส่วนได้เสีย จึงมิใช่ว่าเริ่มต้นเมื่อ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครอง แต่เริ่มตั้งแต่มีการริเริ่มวิธีพิจารณา<sup>22</sup> หลักความไม่มีส่วนได้เสียจะป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนำเอาเรื่องผลประโยชน์ส่วนตัวเข้าไปปะปนกับการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตามข้อเท็จจริงปราศจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจและลำเอียง<sup>23</sup>

ด้วยเหตุดังกล่าว ฝ่ายปกครองภายใต้นิติรัฐที่เป็นประชาธิปไตยจะต้องมีวิธีพิจารณาที่เหมาะสม เพื่อเป็นหลักประกันว่า เจตจำนงของสังคมในรูปของตัวบทกฎหมายที่ผ่านสภานิติบัญญัติ นั้นจะต้องรับการปฏิบัติในกรณีเฉพาะราย วิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในรัฐประชาธิปไตยมีหน้าที่ทำเจตจำนงของสังคมในรูปตัวบทกฎหมายให้เป็นรูปธรรม และมีหน้าที่ป้องกันมิให้เจตจำนงดังกล่าวถูกใช้ไปในทางที่ผิดหรือบิดเบือนโดยฝ่ายปกครองในกรณีเฉพาะราย ด้วยการละเลยไม่สนใจโยคี หรือการไม่เข้าใจไม่ถูกต้องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบ ดังนั้นจึงต้องบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาทั้งหลายซึ่งเป็นมาตรการในการส่งเสริมให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยซึ่งหลักความไม่มีส่วนได้เสียคือ การควบคุมโดยสาธารณชนและการพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวและพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเรื่องในทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้วความปรากฏต่อ สาธารณชน โดยผ่านทางสื่อมวลชนแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะคาดหมายได้ว่าสาธารณชนต้องมีปฏิกริยาในทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน<sup>24</sup>

<sup>20</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 2 น. 106.

<sup>21</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 2 น. 85.

<sup>22</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 2 น. 86.

<sup>23</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 2 น. 87.

<sup>24</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *อ้างแล้วใน เจริญธรรม*ที่ 2 น.139.

หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลางเกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานที่ว่าหากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่บุคคลนั้นก็จะต้องเสียความเป็นกลาง และจะไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติ ในเรื่องนั้น ๆ ได้ หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรรมการในคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติ ในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ตามระบบกฎหมายไทยดังที่กล่าวมานี้บัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 13 ถึง มาตรา 20<sup>25</sup>

## 2.2 พัฒนาการหลักความไม่มีส่วนได้เสียในระบบกฎหมายไทย

หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลาง จะปรากฏในการพิจารณาของศาลยุติธรรมก่อน แล้วได้รับการขยายไปใช้ในชั้นฝ่ายปกครอง ของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในภายหลัง

### 2.2.1 พัฒนาการหลักของความไม่มีส่วนได้เสีย ในการใช้อำนาจตุลาการและชั้นเจ้าหน้าที่ที่มีคำสั่งทางปกครอง

#### 2.2.1.1 พัฒนาหลักความไม่มีส่วนได้เสียในการใช้อำนาจตุลาการ

ในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช (ปี พ.ศ. 1828-1835) ได้มีการจารึกหลักฐานที่ทำให้เราได้ทราบถึงสภาพสังคม วิถีชีวิต และกฎเกณฑ์บางประการที่ถือปฏิบัติในสมัยนั้น ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมิใช่เป็นการจารึกตัวบทกฎหมาย<sup>26</sup> แต่มีเรื่องราวเกี่ยวกับการพิจารณาคดีและการลงโทษผู้กระทำความผิด จากหลักฐานในศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงปรากฏชัดว่าในสมัยสุโขทัยมีระบบการพิจารณาคดีหรืออาจจะกล่าวได้ว่ามีกฎหมายลักษณะตราการแล้ว ดังข้อความที่ว่าเมื่อ “ลูกเจ้าลูกขุนแล ผิดแผกแตกกว้างกัน สวนดูแท้แล้ว จึงแลงความแก่ข้าด้วย ชื่อ บ่เข้าผู้ลัก มักผู้ซ่อน” คือมีเมื่อมีข้อพิพาทให้พิจารณาและตัดสินไป โดยชื่อสัตย์สุจริต นอกจากนั้น ยังมีข้อความ

<sup>25</sup>บุปผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 5 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน):14-15.

<sup>26</sup>แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2548), น. 64.

ที่กล่าวเตือนไว้ว่า “เห็นข่าวท่านบ่ใครพินเห็นสินท่านบ่ใครเดือด” หมายความว่า เห็นของเขาอย่ายินดี อย่าได้ อย่าโลภเห็นแก่ลาภสักการ ให้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีด้วยความซื่อสัตย์ ยุติธรรมไม่ว่าคู่ความฝ่ายใด จะเป็นเจ้าขุนมูลนายหรือเป็นเพียงราษฎรสามัญก็ต้องไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใด<sup>27</sup>

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งมีกฎหมายแม่บทใช้บังคับ คือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์นั้น ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความไม่มีส่วนได้เสียไว้ในกฎหมายลักษณะตระลาการตามคัมภีร์อินทภาษ ดังปรากฏเป็นสำนวนว่า อินทภาษนั้นคือ “ลักษณะแห่งผู้พิพากษาและตระลาการทั้งหลาย อันรู้สิ้นแม่โอรพาทแห่งสมเด็จพระอินทราชา ตั้งอยู่ในสัตย์และศีล มีอาการที่เที่ยงตรงดังตราฐและบันทัด มีจิตมัธยมอย่างกลางมิได้ถึงซึ่งอคติธรรม 4 ประการ”<sup>28</sup> คือ ฉันทาคติ โทสาคติ ภะยาคติ โมหาคติ โดยมีรายละเอียดดังนี้

ฉันทาคติ คือ จิตมีความรักใคร่พอใจ ผู้ที่ปราศจากอคติข้อนี้ย่อมไม่โลภ ไม่เห็นแก่สินจ้างสินบนแม้ญาติพี่น้องพวกพ้องเป็นความพิพากษาไปโดยยุติธรรม ไม่เอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใด โทสาคติ คือ จิตมีความโกรธ พยาบาท จองเวร ผู้พิพากษาต้องปราศจากอคติข้อนี้ ทำใจให้เป็นกลาง แม้แต่คู่ความฝ่ายใดจะเป็นผู้ผิดใจกันอยู่ก่อนก็ไม่แก่งัดให้เป็นฝ่ายแพ้เพราะความโกรธ ฟังพิจารณาพิพากษาไปเป็นกลางโดยยุติธรรม

ภะยาคติ คือ จิตหวั่นไหวหวาดกลัว ผู้พิพากษาปราศจากอคติข้อนี้ย่อมพิจารณาไปด้วยจิตอันมั่นคง ไม่หวั่นไหว ไม่กลัวภัยจากฝ่ายใด เช่นว่า เขาเป็นใหญ่เป็นสำคัญ ถ้าตัดสินให้แพ้จะเดือดร้อน แต่ต้องยึดสุจริตธรรมเป็นที่ตั้ง แล้วพิจารณาพิพากษาไปตามบทกฎหมาย

โมหาคติ คือ จิตหลงใหลมึตมัวไม่รู้ไม่เข้าใจ ผู้พิพากษาปราศจากอคติข้อนี้ย่อมพิจารณาพิพากษาคดีด้วยสติปัญญาพิจารณาถาถอันบริสุทธิ์ฟังฟังถึงเห็นว่าฝ่ายใดควรแพ้ ฝ่ายใดควรชนะ ไม่บังคับบัญชาอรรถคดีด้วยความมืดมนหลงใหล ถ้าเหลือสติปัญญาของตนก็ปรึกษาหารือบัณฑิต ผู้รู้แล้วใครควรปฏิบัติไปโดยรอบคอบถี่ถ้วนกระบวนความ<sup>29</sup>

อนึ่ง กฎหมายลักษณะตระลาการแผ่นดินพระเจ้าท้ายสระ มาตรา ๓๖ ว่าพระมนูสารท่านว่า “ผู้พิพากษาทระลาการทั้งหลายให้เร่งตั้งไว้เอาธรรมวาจาจงเที่ยงแท้อย่าให้เป็นบาปเป็นโทษอย่างซึ่งอย่าโกรธแก่คู่ความอย่าให้ลำเอียงอาธรรม์อิจจาริชยาแก่ราษฎรแก่ลูกความทั้งหลาย” และใน

<sup>27</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้วใน เชิงอรรถที่ 2* น. 68.

<sup>28</sup> หลวงสุทริวาทนฤพุดิ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 47.

<sup>29</sup> หลวงสุทริวาทนฤพุดิ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29* น. 47-48.

ส่วนที่เกี่ยวกับหลักความไม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินคดีคือ โจทก์ หรือจำเลย หากเป็นญาติพี่น้อง ผู้พิพากษาท่านห้ามให้ผู้พิพากษา พิจารณาเป็นอันขาดซึ่งใน มาตรา 113 โจทก์ก็ดี จำเลยก็ดี ฝ่ายข้างหนึ่งเป็นญาติพี่น้องตระกูล ท่านมิให้ตระกูลนั้น พิจารณาคดีเป็นอันขาดทีเดียว<sup>30</sup>

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ใน พ.ศ. 2348 พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก จึงได้ทรงพระบรมราชโองการตราให้อาลักษณ์ 4 คน ลูกขุน 3 คน และราชบัณฑิตอีก 3 คน รวม 11 คน ชำระพระราชกำหนดบทพระอัยการในแผ่นดินอันมีอยู่ในหอหลวง ตั้งแต่พระบรมศาสตราไป โดยจัดเป็นหมวดเป็นเหล่าและปรับปรุงบทกฎหมายให้ต้องตามครรลองแห่งความยุติธรรมซึ่งเรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งเป็นการรวบรวมพระราชกำหนดบทอัยการสมัยกรุงศรีอยุธยาให้ถูกต้องรัดกุมเที่ยงธรรมรวมทั้งหลักอินทภาษหรืออคติธรรม 4 ดังกล่าว

โดยเรื่องราวในคัมภีร์อินทภาษมีว่า “เมื่อสมเด็จพระอมรินทรเทพราชเสด็จสถิตเหนือกัมพลศิลาอาสน์พร้อมด้วยหมู่เทพนิกรเทพบุตร เห็นวิมานหนึ่ง ซึ่งมีแสงสว่างจ้าดุจดวงจันทร์ มีรัศมีอันสว่างรุ่งเรืองงามยิ่ง ตรัสว่า ผู้ปรารถนาได้วิมานนั้น จะไปบังเกิดใน โลกมนุษย์ เป็นคนบุญว่าความของมนุษย์ชาย หญิง ให้ชื่อสุจริตเป็น ความยุติธรรม เมื่อชีวิตจะบังเกิดได้วิมานนี้ ต่อมา เทพบุตรวิมานก็จุติลงมาเกิดใน โลกมนุษย์เป็นอำมาตย์ที่มีหน้าที่พิพากษาคดี แล้วจึงนึกว่าจะทำอย่างไร ให้การตัดสินคดีเป็นที่สุจริต ยุติธรรมดั่งนั้น สมเด็จพระอมรินทรราชผู้เป็นใหญ่ในสวรรค์หรือพระอินทร์ จึงเสด็จไปเฉพาะหน้าอำมาตย์นั้นแล้วมีท้าวโองการตรัสจะช่วยแต่งหลักธรรมที่มีให้ผู้พิพากษา เอนเอียงไปอคติธรรมได้ให้ชื่อว่าหลักอินทภาษ” หลักกฎหมายตราสามดวงที่บัญญัติถึงหลักความไม่มีส่วนได้เสียของผู้พิพากษาในการตัดสินพิพากษาคดี ก็คือ หลักอินทภาษ ได้แก่<sup>31</sup>

ฉันทาคติ คือ ลำเอียงเพราะชอบ                      โทสาคติ ลำเอียงเพราะชัง

ภยาคติ คือ ลำเอียงเพราะกลัว                      โมหาคติ ลำเอียงเพราะหลง

ต่อมา สมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการร่างกฎหมายวิธีสบัญขึ้นใช้บังคับไปพลางก่อน โดยมีการร่างพระราชบัญญัติกระบวนการพิจารณาความแห่ง ร.ศ. 115 โดยมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เป็นประธานกร่าง แล้วต่อมาได้ยกเลิกแล้วมีการร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 แทน ต่อมา ระหว่าง พ.ศ. 2454 ถึง พ.ศ. 2457 นายริวีแอร์ (Rivière) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสได้รับมอบหมายให้ผู้กร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และต่อมา พ.ศ. 2457 นายชาร์ลส์ เลเวส์ก (Charles L' Ev sque) ได้รับมอบหมายเป็นผู้กร่างสืบต่อมา

<sup>30</sup> หลวงสุทริวาทนฤพุดิ, *อ้างแล้ว เจริงรรถที่ 29* น. 47-48.

<sup>31</sup> กฎหมายตราสามดวงเล่ม 1 ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), น. 36-44.



นายวิริแอร์แล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2478 ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ต้นเค้ามาจากพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ซึ่งมีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงมีบทบาทสำคัญในการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว<sup>32</sup> ซึ่งประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติในเรื่องหลักความไม่มีส่วนได้เสียไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 11 ถึงมาตรา 14 ในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาไว้แล้ว

#### 2.2.1.2 พัฒนาหลักความไม่มีส่วนได้ในชั้นเจ้าหน้าที่ที่มีคำสั่งทางปกครอง

หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายไทยมีการพัฒนามาช้านานในที่นี้จะแยกศึกษาความเป็นมาหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ก่อนจะมีการใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีหนึ่ง และศึกษาถึงความเป็นมาหลักความไม่มีส่วนได้เสีย หลังมีการใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกกรณีหนึ่ง

##### 2.2.1.2.1 พัฒนาการของหลักความไม่มีส่วนได้เสียก่อนมีการใช้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ก่อนประกาศใช้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ระบบกฎหมายไทยได้มีการพัฒนาระบบคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้น เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์อันมีความเกี่ยวพันกับการปรับใช้หลักความไม่มีส่วนได้เสีย ดังที่จะได้อธิบายไปเป็นลำดับ ดังนี้

พ.ศ. 2417 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ตราพระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟสเตต คือ ที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน โดยเคาน์ซิลออฟสเตต (Council of State) นี้ ทำหน้าที่ให้คำปรึกษางานในราชการในงานราชการซึ่งรวมการตรากฎหมายและการวินิจฉัยคดีของพระมหากษัตริย์ด้วย แต่ต่อมาได้หยุดทำการไป จนเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองใน พ.ศ. 2475 ก็ได้เริ่มมีแนวคิดที่จะจัดให้มีระบบวินิจฉัยทางปกครองเพื่อให้ราษฎรฟ้องร้องรัฐได้โดยการจัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นใน พ.ศ. 2476 เพื่อให้เป็นสถาบันในลักษณะสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Council of State) เช่นอย่างในฝรั่งเศส พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2476 โดยแยกคณะกรรมการกฤษฎีกาออกเป็น 2 ประเภท (มาตรา 5) คือ

(1) กรรมการกฤษฎีกา มีหน้าที่ 3 ประการ คือ ก.) จัดทำร่างกฎหมาย ข.) ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่ทบวงการเมือง และ ค.) พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

<sup>32</sup>ชาญชัย แสงศักดิ์, วรรณชัย บุญบำรุง, สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), น. 165.

(2) กรรมการร่างกฎหมาย มีหน้าที่ 2 ประการ คือ ก.) จัดทำร่างกฎหมาย และ ข.) ให้ความเห็นร่างทางกฎหมายแก่ทบวงการเมือง

กรรมการทั้งสองประเภทนี้ เป็นตำแหน่งที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีส่วน ตำแหน่งกรรมการกฤษฎีกาสภาผู้แทนราษฎรจะต้อง ให้ความเห็นชอบด้วย (มาตรา 9)<sup>33</sup>

การจัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกานี้มีต้นแบบมาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil D' Etat) ของฝรั่งเศส ซึ่งปฏิบัติงานทั้งการให้ความเห็นทางกฎหมายและการวินิจฉัยคดีปกครอง ศ.ดร. ปรีดี พนมยงค์ ผู้นำทางแนวคิดของรัฐบาลขณะนั้นเป็นต้นความคิดที่จะตั้งสถาบันนี้ขึ้น แต่ที่ไม่เรียกว่าศาลปกครองตั้งแต่ขณะนั้นเพราะเกรงมหาอำนาจอาจเข้าแทรกแซงเพราะไทยเพิ่งได้เอกราชทางการศาล<sup>34</sup> การจัดตั้งศาลปกครองที่ทำงานคู่กับงานร่างกฎหมายและงานให้ความเห็นทางกฎหมายจากยุโรป เช่นในอเมริกากลางและอเมริกาใต้ซึ่งระบบศาลปกครองของฝรั่งเศสนี้นักกฎหมายอังกฤษก็ยอมรับว่าได้ผลดีกว่าในประเทศอังกฤษ<sup>35</sup>

ตั้งแต่ พ.ศ. 2476 เป็นต้นมา อำนาจให้คำปรึกษาทางกฎหมายเป็นทางการแก่รัฐบาลและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐจึงเป็นงานโดยตรงของกรรมการร่างกฎหมาย ส่วนงานจัดทำร่างกฎหมายนั้นความจริงเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้จัดทำมาโดยตลอด สืบเนื่องกันมาตั้งแต่เป็นกองกรรมการชำระประมวลกฎหมาย (พ.ศ.2451) ทำหน้าที่ยกร่างประมวลกฎหมายอาญาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แล้วโอนมาเป็นกรมร่างกฎหมายยุติธรรมเมื่อ พ.ศ. 2466 และโอนมาเป็นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเมื่อ พ.ศ. 2476

ในสมัยนายกรัฐมนตรียอมพลแปลก พิบูลสงคราม ก็มีแนวคิดจะตั้งศาลปกครองกันอีกและก็ไม่ยินยอมกัน คงให้มีแต่พระราชบัญญัติเรื่องราวร้องทุกข์ พ.ศ. 2492 ตั้งเป็น “คณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์” ขึ้นในสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี โดยกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์นั้นจะแต่งตั้งโดยพระบรมราชโองการด้วยความเห็นของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา9) ซึ่งหน้าที่ของคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์มีลักษณะเป็นการพิจารณาคำร้องทุกข์ในเรื่องทุกข์ทั่ว ๆ ไป และเรื่องเดือดร้อนหรือเสียหายอันเป็นคดีปกครองรวมกัน โดยเมื่อคณะกรรมการเรื่องราวร้อง

<sup>33</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 15, ตอน 2 ( สิงหาคม 2539 ):49–50.

<sup>34</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 30/2476 วันที่ 6 ธันวาคม 2476 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เพ็ญอ้าง, น. 50.

<sup>35</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33 น. 50.

ทุกซ์ได้พิจารณาเรื่องใดเป็นอย่างใดแล้ว ก็ให้แจ้งคำวินิจฉัยไปยังนายกรัฐมนตรี และเมื่อ  
นายกรัฐมนตรีได้จัดการไปประการใดแล้วให้แจ้งกลับมายัง คณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์เพื่อ  
คณะกรรมการเรื่องราว ร้องทุกข์จะได้แจ้งผลให้ผู้เสนอเรื่องราวร้องทุกข์ทราบต่อไป ( มาตรา 20 )

ในส่วนของการกำหนดคุณสมบัติของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้น กรรมการ  
วินิจฉัยร้องทุกข์จะต้องเป็นผู้มีความรู้สูงเหมาะสมที่จะวินิจฉัยคดีปกครองและมีกระบวนการแต่งตั้ง  
ที่มีการกลั่นกรองอย่างเข้มงวดที่กล่าวข้างต้น ดังนั้นเพื่อประกันอิสระในการทำงานวินิจฉัยคดี  
ปกครอง มาตรา 31 ได้บัญญัติห้ามมิให้กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรง  
ตำแหน่งทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการ  
บริหารพรรคการเมือง หรือประกอบอาชีพหรือวิชาชีพที่ขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่โดยหลักการจึงต้อง  
ไม่เกี่ยวกับการเมือง กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีวาระดำรงตำแหน่งคราวละ 3 ปี และอาจได้รับ  
แต่งตั้งอีกได้ ในระหว่างดำรงตำแหน่งผู้ใดจะให้พ้นจากตำแหน่งไม่ได้เลย เพราะเหตุให้พ้นจาก  
ตำแหน่งจะมีได้เฉพาะ (1) ตาย (2) ลาออก (3) ต้องโทษจำคุก เว้นแต่ในคดีความผิดที่กระทำโดย  
ประมาท หรือความผิดลหุโทษ (4) เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือ (5) เป็น  
บุคคลล้มละลาย เท่านั้น (มาตรา 29 วรรคสาม) กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงมีอิสระมากในขณะ  
ดำรงตำแหน่ง จริงอยู่การดำรงตำแหน่งตามวาระอาจทำให้อิสระไม่สมบูรณ์เต็มที่ เพราะอาจ  
วิจารณ์ได้ว่าบางคนอาจเกิดความอยากได้รับการแต่งตั้งซ้ำทำให้ต้องเอาใจผู้แต่งตั้ง แต่การดำรง  
ตำแหน่งเป็นวาระนั้น ก็มีเหตุจำเป็นในระยะเริ่มต้นเพราะบุคคลที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสม  
จะเป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้นั้นมีจำนวนน้อยมากและหลายท่านยังก้ำกัวยังอยู่ในราชการทั้ง  
ฝ่ายปกครอง ฝ่ายตุลาการ ฝ่ายอัยการ และฝ่ายอาจารย์มหาวิทยาลัย การเป็นตำแหน่งถาวรจะทำให้  
บุคคลเหล่านั้นต้องขาดจากตำแหน่งเดิม ซึ่งจะทำให้หากคนได้ยาก แต่เนื่องจากยังไม่เป็นศาลเต็มรูป  
จึงเข้าใจว่าน่าจะมีอิสระที่เหมาะสมพอสมควรแล้ว และในทางปฏิบัติหากเป็นไปได้ก็จะ  
แต่งตั้งข้าราชการประจำให้น้อยไม่เกินที่จำเป็น<sup>36</sup>

กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ทั้งหมด 60 คน แบ่งออกเป็น 8 คณะ ตามสาขาของ  
กฎหมายสำหรับองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยให้ประกอบด้วยหัวหน้าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์  
คนหนึ่งและกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อย่างน้อย 4 คน<sup>37</sup> รวมเป็น 5 คน แต่ปกติในแต่ละคณะจะมี  
กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อยู่ 7-8 คน กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ผู้ใดมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับ  
เรื่องใด หรือเป็นญาติของผู้ร้องทุกข์ หรือทำหรือเคยทำธุรกิจหาประโยชน์แบ่งปันกันกับผู้ร้องทุกข์

<sup>36</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33* น. 54.

<sup>37</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33* น. 56.

หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องร้องทุกข์ กรณีเหล่านี้เป็นเหตุให้ถูกคัดค้านมิให้นั่งพิจารณาเรื่องร้องทุกข์นั้นได้<sup>38</sup> หากเกิดการคัดค้านกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ขึ้น ก็จะมีการส่งคำคัดค้านให้คณะกรรมการ

วินิจฉัยร้องทุกข์องค์คณะใดพิจารณาก็ได้ ดังนั้นในกรณีกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่ยอมถอนตัวจากคดีก็จะมี การพิจารณาอย่างเป็นกลาง โดยกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์คณะอื่นพิจารณาเห็นสมควรให้กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ผู้ถูกคัดค้านปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้จะต้องเป็นมติซึ่งมีคะแนนเสียง ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของที่ประชุม มติดังกล่าวให้เป็นที่สุด<sup>39</sup>

สาระสำคัญหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ ก่อนมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ปรากฏในพระราชบัญญัติ คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 43 ซึ่งบัญญัติว่า “กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อาจถูกคัดค้านในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์เรื่องหนึ่งเรื่องใดได้เพราะเหตุที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องร้องทุกข์นั้น

การยื่นคำคัดค้าน การพิจารณาคัดค้านและการสั่งให้กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน ให้เป็นไปตามระเบียบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และมีระเบียบคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2522 ข้อ 36 ได้บัญญัติว่า “ให้มีการคัดค้านกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้” ถ้าปรากฏเหตุดังต่อไปนี้

- (1) มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกรณีที่ถูกร้องเรียนนั้น
- (2) เป็นญาติกับผู้ร้องทุกข์ หรือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่การกระทำเป็นสาเหตุแห่งการร้องทุกข์ คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาหรือเป็นลูกพี่ลูกน้องนับได้ภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเนื่องจากการสมรสนับได้ภายในสองชั้น
- (3) ทำหรือเคยทำธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการหาประโยชน์มาแบ่งปันกันกับผู้ร้องทุกข์ หรือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่การกระทำเป็นสาเหตุแห่งการร้องทุกข์เว้นแต่กรณีที่เป็นเพียงการถือหุ้นในบริษัท จำกัด หรือบริษัทมหาชน จำกัด<sup>40</sup>

เมื่อพิจารณาระเบียบคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าด้วยวิธีพิจารณา และวินิจฉัยร้องทุกข์ พ.ศ. 2522 ข้อ 36 จะพบว่า กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไว้ดังนี้ คือ

<sup>38</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33 น. 56.

<sup>39</sup>ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33 น. 56.

<sup>40</sup>ระเบียบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2522 ข้อ 36

(1) กรณีที่กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกรณีที่ถูกร้องเรียน เช่น การยื่นอนุญาตตั้งโรงงาน ในขณะที่ตนเองเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้ตั้งโรงงาน

(2) กรณีกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นญาติกับผู้ร้องทุกข์ หรือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่การกระทำเป็นสาเหตุแห่งการร้องทุกข์ คือ

- เป็น บุพการี คือ ผู้สืบสายโลหิตสายตรงขึ้นไปไม่ว่าจะกี่ชั้น นับตั้งแต่พ่อแม่ ปู่ย่า ตายาย ทวด ซึ่งการนับตามหลักบุพการีนี้จะนับทั้งหมดไม่ว่าจะกำเนิดโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

- เป็นผู้สืบสันดาน คือผู้สืบสายโลหิตสายตรงลงมาไม่ว่าจะกี่ชั้น นับตั้งแต่ลูกหลาน เหลน ลื้อ ซึ่งการนับตามหลักผู้สืบสันดานจะนับทั้งหมดไม่ว่าจะกำเนิดโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

- เป็นญาติด้านลูกพี่ลูกน้อง นับได้ภายในสามชั้น ลูกพี่ลูกน้อง คือ ลูกของผู้เป็นพี่

- เป็นญาติเนื่องจากการสมรสนับได้ภายในสองชั้น

(3) กรณีที่กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ทำหรือเคยทำธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการหาประโยชน์มาแบ่งปันกันกับผู้ร้องทุกข์ หมายถึง กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เคยทำหรือทำธุรกิจร่วมกับผู้ร้องทุกข์ และเป็นธุรกิจที่หากำไรแบ่งปันกัน แต่ไม่รวมถึงการที่กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เคยเป็นเพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ร่วมกับผู้ร้องทุกข์

#### 2.2.1.2.2 พัฒนาการของหลักความไม่มีส่วนได้เสียหลังมีการใช้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พ.ศ. 2534 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอให้นายกรัฐมนตรีในรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน จัดตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยนำเอารัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ที่มีความสมบูรณ์ในทางทฤษฎีกฎหมายและมีความกระชับที่สุดมาเป็นแนวทางในการร่าง คณะกรรมการชุดนี้ได้ทุ่มเทการทำงานและยกร่างสำเร็จภายในระยะเวลาเพียงสามเดือนเท่านั้น ซึ่งต่อมาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้มีการแก้ไขชื่อมาเป็นร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อมิให้เกิดความสับสนกับเรื่องวิธีพิจารณาความของศาล ต่อมาในรัฐบาลนายบรรหาร ศิลปอาชา ได้เสนอร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.....เสนอรัฐสภาจนได้ตราเป็นกฎหมายใช้บังคับ ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2539

ในอดีตที่ผ่านมาหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง บ้างก็บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง บ้างก็เป็นเพียงแนวปฏิบัติภายในของแต่ละส่วนราชการไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและไม่มีสภาพบังคับพอเพียงที่จะถือว่าเป็นกฎหมาย

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ว่าจะต้องเตรียมการและดำเนินการอย่างไร เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการปฏิบัติราชการของตน ขณะเดียวกันก็วางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย อันเป็นการยอมรับสถานะของประชาชนว่าเป็น ผู้ทรงสิทธิ (subject) ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน สถานะของประชาชนปกครองในระบบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้กระทำทุกอย่างของเจ้าหน้าที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายมีความถูกต้องเหมาะสมกับเรื่องในกรณีเฉพาะราย จะไม่ใช่อำนาจอย่างไรซึ่งเหตุผล หรือเกินสมควรแก่เหตุ หลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ จึงเป็นมาตรการสำคัญในการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองต่าง ๆ มีความเป็นภาวะวิสัยมากที่สุด<sup>41</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีสภาพเป็นกฎหมายกลางที่จะเข้าไปแทนที่กฎหมายต่าง ๆ ทั้งหมดเพื่อให้มีขั้นตอนเป็นเช่นเดียวกันหมด<sup>42</sup>

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรืออาจเรียกว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติราชการ ดังนั้นในกรณีที่กฎหมายเฉพาะเรื่องอื่น ๆ ได้บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการในเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ก็ให้ใช้กฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ<sup>43</sup> ซึ่งมาตรา 3 วรรคแรกของ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า“วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการ ไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่จะต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสียกับเรื่องที่พิจารณาและก่อนออกคำสั่งทางปกครอง จะต้องเปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อปกป้องสิทธิของกลุ่ม โดยที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดลักษณะต้องห้ามในเรื่องการมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ ที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองไว้อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมแล้ว ย่อมทำให้เห็นได้อยู่ใน

<sup>41</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 1 น. 96-97.

<sup>42</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรวรรดิพิมพ์, 2540), น. 167.

<sup>43</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *เพิ่งอ้าง* น. 167.

ตัวว่าในเรื่องความเป็นกลางของผู้ทำคำสั่งทางปกครองนี้ ยากที่จะมีกฎหมายอื่นกำหนดมาตรฐานไว้สูงกว่าจนเป็นเหตุต้องยกเว้นมิให้นำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไปใช้บังคับได้<sup>44</sup>

ในรัฐบาลของพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ พลเอกชวลิต ยงใจยุทธ นายกรัฐมนตรีในฐานะประธาน ก.พ. ได้ออกกฎ ก.พ. ฉบับวันที่ 18 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนพ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณา เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2540 ในข้อ 8, ข้อ 9 และข้อ 10 ซึ่งเป็นเรื่องการคัดค้านกรรมการสอบสวนมีส่วนได้เสียในเรื่องที่รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวน ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสียความเป็นกลาง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 ถึง มาตรา 16

โดยกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 ( พ.ศ. 2540 ) ออกตามความใน พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2539 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณา ข้อ 8 ถึงข้อ 10 มีรายละเอียดดังนี้

ข้อ ๘ ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวน ถ้าผู้นั้นมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (1) รู้เห็นเหตุการณ์ในขณะที่กระทำตามเรื่องที่ถูกกล่าวหา
- (2) มีประโยชน์ได้เสียในเรื่องที่สอบสวน
- (3) มีสาเหตุโกรธเคืองผู้ถูกกล่าวหา
- (4) เป็นผู้กล่าวหาหรือเป็นคู่สมรส บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมบิดามารดาของผู้กล่าวหา
- (5) มีเหตุอื่นซึ่งอาจทำให้การสอบสวนเสียความเป็นธรรม

การคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนให้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อผู้แต่งตั้งตั้งคณะกรรมการสอบสวนภายในเจ็ดวันนับแต่วันรับทราบคำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนหรือวันทราบเหตุแห่งการคัดค้าน โดยแสดงข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการคัดค้านไว้ในหนังสือคัดค้านด้วยว่าจะทำให้การสอบสวนไม่ได้ความจริงและความยุติธรรมอย่างไรในการนี้ ให้ผู้แต่งตั้งตั้งคณะกรรมการการสอบสวนส่งสำเนาหนังสือคัดค้านและแจ้งวันที่ได้รับหนังสือคัดค้านดังกล่าวให้ประธานกรรมการทราบและรวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวนด้วย

ในการพิจารณาเรื่องการคัดค้าน ผู้ซึ่งถูกคัดค้านอาจทำคำสั่งชี้แจงได้ หากผู้แต่งตั้งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเห็นว่าหนังสือคัดค้านมีเหตุผลรับฟังได้ ให้สั่งให้ผู้ซึ่งถูกคัดค้านพ้นจากการเป็นกรรมการการสอบสวน หากเห็นว่าหนังสือคัดค้าน ไม่มีเหตุผลพอที่จะรับฟังได้ ให้สั่งยก

<sup>44</sup>สุรพล นิติไกรพจน์, “ปัญหาว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,” ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), น. 13-14.

คำคัดค้านนั้น โดยให้ส่งการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือคัดค้าน ทั้งนี้ให้แสดงเหตุผลในการพิจารณาสั่งการดังกล่าวด้วย พร้อมทั้งชี้แจงให้ผู้คัดค้านทราบแล้วส่งเรื่องให้คณะกรรมการสอบสวนรวมไว้ในสำนวนการสอบสวนโดยเร็ว การสั่งยกคำคัดค้านให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่ผู้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ส่งการอย่างหนึ่งอย่างใด ภายในสิบห้าวันตามวรรคสาม ให้ถือว่าผู้ซึ่งถูกคัดค้านพ้นจากการเป็นกรรมการสอบสวนและให้เลขานุการรายงานไปยังผู้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อดำเนินการตามข้อ 10 ต่อไป

การพ้นจากการเป็นกรรมการสอบสวน ไม่กระทบถึงการสอบสวนที่ได้ดำเนินไปแล้ว

ข้อ 9 ในกรณีที่ผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนเห็นว่าตนมีเหตุอันอาจถูกคัดค้านตามข้อ ๘ วรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นรายงานต่อผู้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน และให้นำข้อ 8 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข้อ 10 ภายใต้บังคับข้อ 3 เมื่อได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนแล้ว ถ้าผู้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเห็นว่าเหตุอันควรหรือจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยน เพิ่มหรือลดจำนวนผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวน ให้ดำเนินการได้โดยให้แสดงเหตุการ์ณสิ่งนั้นไว้ด้วย และให้นำข้อ 5 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

## 2.2.2 ความเป็นมาของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13, 16, และ มาตรา 79

### 2.2.2.1 ความเป็นมาของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13

มาตรา 13 ของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ผ่านการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา บัญญัติว่า

“มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นญาติของคู่กรณี คือเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (3) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- (4) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- (5) กรณีอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในชั้นคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของ



สภาผู้แทนราษฎรมีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 13 โดยเพิ่มอนุมาตรา 1 ทวิ (หรืออนุมาตรา 2 ของมาตรา 13 ในปัจจุบัน) ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณีไม่สามารถทำการพิจารณาทางปกครองได้ และเพิ่มเติมคำว่า “ผู้พิทักษ์” ในร่างมาตรา 13 (3) ดังนี้

“มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
  - (1 ทวิ) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (2) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้นหรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน นับได้ เพียงสองชั้น
- (3) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทน ของคู่กรณี
- (4) เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่กรณี
- (5) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ในประเด็นนี้คณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎรได้อภิปรายว่าเห็นสมควรเพิ่มความในอนุมาตรา 1 ทวิ เนื่องจากเป็นเรื่องสำคัญที่ควรบัญญัติไว้เพื่อขอความถูกต้องสมบูรณ์และครอบคลุมยิ่งขึ้น<sup>45</sup>

นอกจากนี้ ในการประชุมของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎร ได้อภิปรายเกี่ยวกับร่างมาตรา 3 (13) โดยเห็นว่าควรเพิ่มคำว่า “ผู้พิทักษ์” ในร่างมาตรา 13 (3) เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งบัญญัติผู้แทนโดยชอบธรรมไม่หมายความรวมถึงผู้พิทักษ์ จึงควรเพิ่มคำว่า “ผู้พิทักษ์” เพื่อให้ความใน (3) มีความหมายชัดเจนและสมบูรณ์<sup>46</sup>

<sup>45</sup>บันทึกการประชุมคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.... ของสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 3 วันพุธที่ 1 พฤศจิกายน 2538 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 213 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

<sup>46</sup>บันทึกการประชุมคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.... ของสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 3 วันพุธที่ 1 พฤศจิกายน 2538 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 213 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

ในการพิจารณาในวาระที่ 3 ของสภาผู้แทนราษฎร ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 13 ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ของสภาผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด

ในชั้นคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... ของวุฒิสภา ที่ประชุมมีมติให้คงตามร่างมาตรา 13 ที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรไว้โดยมีประเด็นในการอภิปราย<sup>47</sup> ดังนี้

(1) ประเด็นเจตนารมณ์ของมาตรา 13 สรุปได้ว่า เจตนารมณ์ในการบัญญัติข้อห้ามของเจ้าหน้าที่ว่ากรณีใดบ้างที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ ตามความที่บัญญัติไว้ในร่างมาตรา 13 นั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี โดยได้นำหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่มาใช้ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาทางปกครองได้ จะต้องไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่เกี่ยวกับการทำคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นกลาง ความเป็นธรรม และปราศจากความลำเอียง ซึ่งเจ้าหน้าที่ในกรณีนี้หมายถึงความเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตั้งแต่ในชั้นเตรียมการดำเนินการต่าง ๆ จนกระทั่งมีคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการนำหลักเกี่ยวกับการคัดค้านคำพิพากษาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้นั่นเอง

(2) ประเด็นเจตนารมณ์ในการบัญญัติความตาม ( 6 ) สรุปได้ว่า เจตนารมณ์ในการบัญญัติความในมาตรา 13 (6) นั้นก็เพื่อเป็นการเตรียมการล่วงหน้า เพราะหากในอนาคตเกิดมีความจำเป็นต้องมีการบัญญัติหลักเกณฑ์เพิ่มเติม หรือเพื่อความเหมาะสมจำเป็น จะต้องบัญญัติหลักเกณฑ์เพิ่มเติมก็สามารถที่จะบัญญัติข้อห้ามอื่น ๆ เพิ่มเติม โดยกำหนดไว้ในกฎกระทรวงได้ ซึ่งในเรื่องตามหลักกฎหมายปกครองต่างประเทศก็ได้กำหนดไว้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาทางปกครองมีความเป็นธรรมมากที่สุด

จากการอภิปรายดังกล่าว มีกรรมการบางท่านตั้งข้อสังเกตว่าหากพิจารณาจากสภาพการณ์ในปัจจุบันแล้ว ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ควรนำหลักความไม่มีส่วนได้เสียในทางธุรกิจของเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาทางปกครองมาเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ จะก่อให้เกิดประโยชน์ยิ่งกว่าการนำหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในด้านความสัมพันธ์ส่วนตัวดังเช่นบัญญัติไว้ใน (1) - (6)

ในการพิจารณาในวาระที่ 3 ของวุฒิสภาไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 13 ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ของวุฒิสภาแต่อย่างใด

<sup>47</sup>บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.... ของวุฒิสภา ของวุฒิสภา ครั้งที่ 3 วันพฤหัสบดีที่ 20 มิถุนายน 2539 ณ ห้องรับรอง 1 ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 2).

2.2.2.2 ความเป็นมาของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 16

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 16 ที่ผ่านการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา บัญญัติว่า

“มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบแล้วแต่กรณี

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้าน ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่ง

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณี ว่าผู้นั้นที่มีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 วรรคสอง และมาตรา 15 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในชั้นคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎร ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 16 โดยในที่ประชุมอภิปรายว่าความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 16 ในที่สุดจะถูกตรวจสอบทบทวนโดยผู้บังคับบัญชา หรือประธานคณะกรรมการและเมื่อพบว่าไม่เป็นกลางจริง ก็ให้ออกจากที่ประชุมกรรมการ การใดที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นปฏิบัติไปก่อนหน้านี้ หากผิดพลาดก็จะมีกระบวนการพิจารณาทบทวนลงโทษว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่อย่างไร จึงเห็นควรให้คงไว้ตามร่างเดิม<sup>48</sup>

<sup>48</sup>บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.... ของสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 4 วันพุธที่ 1 พฤศจิกายน 2538 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการ หมายเลข 213 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2.

ในการพิจารณาในวาระที่ 3 ของสภาผู้แทนราษฎร ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 16 ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ของสภาผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด

ในชั้นคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... ของวุฒิสภา เห็นควรให้คงตามร่างมาตรา 16 ที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร โดยไม่มีการอภิปรายในประเด็นใด ๆ<sup>49</sup>

ในการพิจารณาในวาระที่ 3 ของวุฒิสภา ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 13 ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ของวุฒิสภาแต่อย่างใด

2.2.2.3 ความเป็นมาของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 79 ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... ที่ยกร่างในชั้นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 79 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือร่างมาตรา 75 ซึ่งกำหนดว่า “การประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการประชุมอย่างน้อยกึ่งหนึ่งจะเป็นองค์ประชุมเว้นแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎหรือคำสั่งที่จัดให้มีคณะกรรมการชุดนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” แต่บทบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนด เนื้อหาความที่เชื่อมโยงกับบทบัญญัติว่าด้วยความมีส่วนร่วมได้เสียของกรรมการตามมาตรา 15 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ รวมถึงเนื้อความตามมาตรา 79 วรรคสอง แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

ในชั้นการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎร ได้แต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... เพื่อทำหน้าที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับ ในชั้นนี้คณะกรรมการวิสามัญ พ.ศ. เพื่อทำหน้าที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับในชั้นนี้คณะกรรมการวิสามัญดังกล่าวได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 75 ของร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ... ดังนี้

---

<sup>49</sup>บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 4 วันพฤหัสบดีที่ 27 มิถุนายน 2539 ณ ห้องรับรอง 1 – 2 ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 2.

“มาตรา 75 ภายใต้บังคับมาตรา 15 วรรคสอง การประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมอย่างน้อยถึงหนึ่งจึงเป็นองค์ประชุม เว้นแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎคำสั่งที่ให้อำนาจคณะกรรมการชุดนั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในกรณีกรรมการครบที่จะเป็นองค์ประชุมได้แต่การพิจารณาเรื่องใดต้องเลื่อนมาเพราะไม่ครบองค์ประชุม ถ้าเป็นการประชุมของคณะกรรมการซึ่งมิใช่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หากได้มีการนัดประชุมเรื่องนั้นอีกภายในสิบวันนับแต่วันนัดประชุมที่เลื่อนมาและการประชุมครั้งนี้มีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดให้ถือว่าเป็นองค์ประชุม ทั้งนี้ต้องระบุงการประสงค์ให้เกิดผลตามบทบัญญัตินี้ไว้ในหนังสือนัดประชุมด้วย”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่กำหนดความเชื่อมโยงการประชุมคณะกรรมการกับความมีส่วนได้เสียของกรรมการตามมาตรา 15 วรรคสอง และวรรคสอง ของมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้รับการเพิ่มเติมในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญที่แต่งตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎรแก้ไขเพิ่มเติม

ในชั้นการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ..... ของวุฒิสภาบัญญัติดังกล่าวตรงกับร่างมาตรา 79 ซึ่งวุฒิสภาได้แต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.... ทำหน้าที่คณะกรรมการพิจารณาร่างดังกล่าวและคณะกรรมการวิสามัญได้แก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 75 ของสภาผู้แทนราษฎรเพียงเล็กน้อย ดังนี้

“มาตรา 75 ภายใต้บังคับมาตรา 15 วรรคสอง การประชุมของคณะกรรมการ ต้องมีกรรมการมาประชุมอย่างน้อยถึงหนึ่งจึงจะเป็นองค์ประชุม เว้นแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎหรือคำสั่งที่จัดให้มีคณะกรรมการชุดนั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในกรณีกรรมการครบที่จะเป็นองค์ประชุมได้ แต่การพิจารณาเรื่องใดถ้าต้องเลื่อนมาเพราะไม่ครบองค์ประชุม ถ้าเป็นการประชุมของคณะกรรมการซึ่งมิใช่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หากได้มีการนัดประชุมเรื่องนั้นอีกภายในสิบวันนับแต่วันนัดประชุมที่เลื่อนมา และการประชุมครั้งหลังนี้มีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด ให้ถือว่าเป็นองค์ประชุม แต่ทั้งนี้ต้องระบุงความประสงค์ให้เกิดผลตามบทบัญญัตินี้ไว้ในหนังสือนัดประชุมด้วย”

เหตุผลในการแก้ไขดังกล่าว ปรากฏในบันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 9 วันพุธที่ 20 ธันวาคม 2538 ณ ห้องประชุมคณะกรรมการหมายเลข 218 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2 สรุปความได้ว่านายพิรพันธุ์ สาโลรัฐวิภาค กรรมการท่านหนึ่งเสนอให้ที่ประชุมพิจารณาว่า การกำหนดองค์ประชุมอย่างน้อยถึงหนึ่งนั้น หากปรากฏว่ากรรมการบางส่วนมีส่วนได้เสีย ไม่สามารถ

อยู่ในห้องประชุม ได้จะดำเนินการอย่างไรจึงเสนอให้ที่ประชุมร่วมพิจารณาระบุแนวทางปฏิบัติ และหาทางแก้ไขไว้และต่อมาปรากฏในบันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 910 วันพุธที่ 2 มกราคม 2539 ณ ห้องประชุมกรมการ หมายเลข 218 ชั้น 2 อาคารรัฐสภา 2 ว่า นายปรีชา สุวรรณทัต เสนอว่า ในการแก้ไขประเด็นปัญหาที่ นายพิรพันธุ์ ยกขึ้นมานั้นจะต้องดำเนินการโดยการนำมาตรา 15 มาประกอบด้วยเพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้น ซึ่งที่ประชุมเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของนายปรีชาฯ จึงได้เพิ่มความว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 15” ในวรรคหนึ่งของร่างมาตรา 75

ในการพิจารณาร่างดังกล่าวในวาระที่ 3 ของวุฒิสภาไม่มีสมาชิกวุฒิสภาขออภิปรายร่างมาตรา 79 จึงไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากร่างที่กรมการวิสามัญของวุฒิสภาได้พิจารณา

### 2.3 แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับความไม่สนใจเสียของเจ้าหน้าที่

เพื่อให้การพิพากษาอรรถคดีดำเนินไปด้วยความยุติธรรม ผู้พิพากษาต้องไม่สนใจเสียเกี่ยวกับเรื่องที่ตนพิจารณา ไม่มีญาติเป็นคู่ความในเรื่องตนพิจารณาพิพากษาอยู่ ไม่เคยมีข้อพิพาทกับคู่ความในเรื่องที่พิจารณามาก่อน ไม่เคยเป็นเจ้าหน้าที่ ลูกหนี้ หรือ นายจ้างของคู่ความมาก่อน กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้พิพากษาไม่ควรมีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่ความหรืออรรถคดีนั้น ๆ ไม่ว่าในทางใด เพราะหากผู้พิพากษาเข้าไปมีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องกับเสียเองแล้ว โอกาสที่จะลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายนั้นฝ่ายนี้เพราะมีอคติย่อมเกิดขึ้นได้ง่าย ในกฎหมายตราสามดวงลักษณะอินทภาษเองก็ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาคุลาการทั้งหลาย ตั้งอยู่ในสัจย์และศีลมีอาการอันเที่ยงตรงดังตราฐและบรรทัด มีจิตมัธยมอย่างกลางมิได้ถือซึ่งอคติธรรม 4 ประการ นอกจากนี้ยังมีสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “ไม่มีใครสามารถพิจารณาคดีของตนเองได้” (No man can be a judge of his own case)<sup>50</sup>

การศึกษาเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาจะทำให้มองเห็นความไม่สนใจเสียซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ บทบัญญัติเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11-14<sup>51</sup> ดังที่จะได้อธิบายเป็นลำดับต่อไปดังนี้

<sup>50</sup> ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ชวนพิมพ์, 2521), น. 293.

<sup>51</sup> ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร, แพ่งอ้าง น.293.

เหตุคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มี 8 ประการ คือ

1. เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี
2. เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการเป็นญาติ
3. เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการถูกอ้างเป็นพยาน
4. เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการผู้แทน โดยการชอบธรรมหรือทนายความ
5. เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการเคยนั่งพิจารณาคดีนั้นมาแล้ว
6. เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากมีคดีพิพาทกับคู่ความฝ่ายนั้น
7. เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการเป็นเจ้าของนี้ ลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่ความ
8. เหตุคัดค้านด้วยเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือ

พิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป

อนึ่ง มีข้อพิจารณาว่ากฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการตัดผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี มีแต่บัญญัติว่าด้วยการตั้งรังเกียจผู้พิพากษา กล่าวคือ ต้องมีการคัดค้านผู้พิพากษา

ผู้ใดผู้หนึ่งขึ้นก่อน เว้นแต่ผู้พิพากษาผู้นั้นจะถอนตัวไปเอง<sup>52</sup> ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 บัญญัติว่า เมื่อคดีถึงศาลผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ ในเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้พิพากษาผู้นั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือ ผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือ เป็นพี่น้อง หรือญาติลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้นหรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ได้เห็นเหตุการณ์ หรือ โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (4) ถ้าได้เป็น หรือ เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือ ได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
- (5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้วหรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว

<sup>52</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), น. 28.

(6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมา ของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมา ของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่าย

(7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หนึ่งมีข้อพิจารณาว่า เหตุคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 นั้นหมายถึง เหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาในคดีในศาลที่กำลังพิจารณาคดีนั้นอยู่ ด้วยเหตุที่ผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียในคดี เหตุจากความเป็นญาติเกี่ยวข้องกับในคดี เหตุจากการรู้เห็นมีส่วนเกี่ยวข้องกับในคดี รวมทั้งเหตุการณ์ฝ่าฝืนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี รวมทั้งเหตุเคยเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้าง ดังนั้นคำร้องที่คัดค้านผู้พิพากษาค้นในจะต้อง ระบุผู้พิพากษาที่ตนประสงค์คัดค้าน และเหตุที่จะคัดค้านตามที่มาตรา 11<sup>53</sup> ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4459/2546ซึ่ง วินิจฉัยว่า การคัดค้านผู้พิพากษาในศาลคนใดคนหนึ่ง เป็นเรื่องเฉพาะตัวผู้ร้องจะต้องระบุไว้ในคำร้องให้ชัดเจนว่าจะประสงค์คัดค้านผู้พิพากษาค้นใด พร้อมด้วยเหตุผลในการคัดค้านอย่างไรอย่างหนึ่งที่ระบุไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 และ 12 แต่คำร้องที่ผู้ร้อง (โจทก์) อ้างเป็นเรื่องที่โจทก์ขอโอนคดีไปพิจารณาที่ศาลแพ่ง โดยอ้างเหตุว่า ข. อธิบดี ผู้พิพากษาศาล ผู้ควบคุมดูแลสำนวนใช้อำนาจหน้าที่สั่งการโดยมิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์เท่านั้น ไม่มีข้อความใดที่เป็นกรคัดค้านผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นที่รับผิดชอบคดีนี้ กรณีจึง ไม่มีเหตุที่ศาลจะต้องงดกระบวนการพิจารณาไว้ก่อน

### 2.3.1 เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับในคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(1)

ผู้พิพากษาค้นหนึ่งคนใดอาจถูกคัดค้านได้ ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับในคดีนั้น ดังนั้น คำว่า “การมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับในคดีนั้น” หมายถึง การมีผลประโยชน์ได้เสียในคดีทั้งทางตรงและทางอ้อมซึ่งคำว่า “ผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับในคดี” เป็นคำที่กว้างจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป

ผลประโยชน์เสียในคดีที่เกี่ยวข้องกับผู้พิพากษามีอยู่ในคดีนั้นต้องมากพอถึงขนาดที่จะกระทบกระเทือนกระเทือนการใช้ดุลพินิจ หรือเป็นการให้คำแนะนำให้โทษต่อการพิจารณาพิพากษาคดีได้

<sup>53</sup>สมชัย ฑิตมาตุตมากร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติง (ประเทศไทย), 2548), น. 63-64 .



ทั้งจะต้องเป็นผลประโยชน์ได้เสียโดยตรง และใกล้ชิดด้วย<sup>54</sup> เช่น ถ้าเอกชนซึ่งเป็นความกระทรวง ยุติธรรมเป็นบริษัทรับเหมาก่อสร้าง ซึ่งผู้พิพากษานายนั้นมีหุ้นอยู่ถึงร้อยละ 90 ดังนี้ กลับถือได้ว่า ผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ในคดีในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทโจทก์ หรือจำเลย<sup>55</sup> ดังนั้น คำว่า “มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ในคดีนั้น” จึงแยกได้ 2 ประเภทดังนี้<sup>56</sup>

1. ผลประโยชน์ทางการเงินในข้อพิพาท หมายความว่า

1.1 การมีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิโดยธรรม

1.2 การเกี่ยวข้องเป็นผู้จัดการ ที่ปรึกษา หรือร่วมบริหารกิจการของกลุ่มความ แต่ไม่หมายความรวมถึง การลงทุนในกองทุนต่าง ๆ ซึ่งหมายความว่า สารที่ผู้พิพากษาเป็นผู้จัดการ ที่ปรึกษาร่วมบริหารกิจการของโจทก์ จำเลยที่พิพาทคดีกันในศาล ผู้พิพากษานั้นจึงถูกคัดค้านด้วยเหตุมีผลประโยชน์ได้เสียในคดีได้ สำหรับประเทศไทยมีบัญญัติเรื่องประมวลจริยธรรมตุลาการ ข้อ 26 “ผู้พิพากษาจักต้องไม่เป็นกรรมการ ผู้จัดการ ที่ปรึกษา หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท ห้างร้านหรือธุรกิจของเอกชน เว้นแต่จะเป็นกิจกรรมที่มีได้แสวงหากำไร” ซึ่งมีได้หมายความรวมถึงการลงทุนเป็นผู้ถือหุ้น แต่ถ้าหากผู้พิพากษานั้นเข้าไปมีส่วนเป็นผู้บริหารกองทุนต่าง ๆ ของกลุ่มความ ผู้พิพากษานั้นถือว่ามีผลประโยชน์ได้เสียจึงถูกคัดค้านได้

2. ผลประโยชน์อื่น ๆ ที่อาจถูกระทบกระเทือนอย่างมากจากผลแห่งคดี

2.3.2 เหตุคัดค้านเนื่องมาจากการเป็นญาติ ตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 11 (2)

มีข้อพิจารณาถึงเหตุคัดค้าน เนื่องมาจากการเป็นญาติผู้พิพากษาดังนี้

1. กฎหมายจัดลำดับญาติที่อาจเป็นเหตุให้คัดค้าน ได้รวม 5 ประเภทด้วยกัน คือ

ก. บุพการี

ข. ผู้สืบสันดาน

ค. พี่น้อง

ง. ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น

<sup>54</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 50 น. 294.

<sup>55</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 50 น. 294.

<sup>56</sup> ศักดา โมกขมรรคกุล, “ผู้พิพากษากับความไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี” ในรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 43.

จ. ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

ซึ่งทั้งนี้ น่าจะหมายถึงการเป็นญาติกับตัวความเท่านั้นและไม่รวมถึงการเป็นญาติกับทนายความด้วย

2. คำว่า “บุพการี” มีความหมายอย่างเดียวกับใน ปพพ. มาตรา 29 กล่าวคือบิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด

คำว่า “ผู้สืบสันดาน” หมายถึง ลูก หลาน เหลน ลื้อ ซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิต โดยตรงลงมา

คำว่า “พี่น้อง” หมายถึง ญาติผู้เป็นพี่ หรือ น้องร่วมสายโลหิต ทั้งนี้จะรวมเฉพาะ บิดา หรือมารดาคนใดคนหนึ่งก็ได้<sup>57</sup>

คำว่า “ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น” นั้นความเห็นของนักนิติศาสตร์ยังเห็นต่างกัน นักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งเห็นว่า : ลูกพี่ลูกน้องคือบุตรของ ลุง ป้า น้า อา ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “cousins” และบุตรของ ลุง ป้า น้า อา เช่นนี้ เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 1 (first cousins ) ถ้า ลุง ป้า น้า อา เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้น 1 ของบิดา หรือมารดา บุตรของเขาก็เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้น 2 (second cousins) และถ้า ลุง ป้า น้า อา เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้น 2 ของบิดามารดา บุตรของเขาก็เป็น ลูกพี่ลูกน้องชั้น 3 แต่คำว่า “ชั้น” ในที่นี้เข้าใจว่าจะไม่ได้หมายความถึงชั้นของลูกพี่ลูกน้อง แต่น่าจะหมายถึงชั้นแห่งความเป็นพี่น้อง หรือความเป็นญาติ<sup>58</sup>

นักนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่ง มีความเห็นว่าเป็นพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายใน 3 ชั้น คือ พี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องเป็นชั้นที่ 1 และบุพการี หรือผู้สืบสันดาน ของตนนับต่อไปอีก 2 ชั้น คือ บิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย บุตร หรือ หลาน ของสามี หรือ ภริยา<sup>59</sup>

ผู้จัดทำวิทยานิพนธ์เห็นด้วยกับความแรกที่ว่า “ชั้น” ไม่น่าจะหมายถึงชั้นลูกพี่ลูกน้อง แต่จะหมายถึง ชั้นแห่งความเป็นพี่น้อง หรือความเป็นญาติ (cousins) และลูกพี่ลูกน้องคือบุตรของ ลุง ป้า น้า อา เช่นนี้ เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 1 ถ้า ลุง ป้า น้า อา เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 1 ของบิดามารดา บุตรของเขาก็เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 2 และถ้า ลุง ป้า น้า อา เป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 2 ของบิดามารดา บุตรของเขาก็เป็นลูกพี่ลูกน้อง ชั้นที่ 3

อนึ่งคำว่า “ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น” หมายถึง บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย บุตร หรือหลานของกลุ่มสมรสเป็นญาติชั้นที่ 1 สายตรงขึ้น โดยถือว่าบิดามารดาของกลุ่มสมรส

<sup>57</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 50* น. 300.

<sup>58</sup> สุธรรม ภัทราคม, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2513), น. 50.

<sup>59</sup> พระนิติการณ์ประสม, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทคณะช่าง จำกัด, 2512), น. 40.

เป็นญาติชั้นที่ 1 สายตรงขึ้นไป บุตรของคู่สมรส (ซึ่งเกิดมากับคู่สมรสคนก่อน) เป็นญาติชั้นที่ 1 สายตรงลงมา ปู่ย่า ตายาย ของคู่สมรสเป็นญาติชั้นที่ 2 สายตรงขึ้นไป และหลานของคู่สมรสเป็นญาติชั้นที่ 2 สายตรงลง คำว่า “หลาน” ในที่นี้หมายถึงเฉพาะหลานซึ่งเป็นบุตรของบุตรเท่านั้น ไม่หมายความไปถึง บุตรของพี่ หรือ น้อง ซึ่งเป็นหลานเช่นกัน

### 2.3.3 เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการถูกอ้างเป็นพยาน

มีข้อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านเนื่องมาจากการถูกอ้างเป็นพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (3) ดังนี้

1. กฎหมายอนุญาตให้คู่ความคัดค้านได้ ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่รู้เห็นเหตุการณ์หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้พิเศษเกี่ยว ข้องกับคดีนั้นเพราะการที่รู้เห็นเหตุการณ์ หรือ มีความรู้พิเศษอยู่แล้ว อาจทำให้เกิดอคติ ปักใจเชื่อตามที่รู้ หรือเห็นก็ได้ จนอาจกลายเป็นการรับฟังพยานนอกสำนวนคดี และบางครั้งอาจมองข้ามข้อบกพร่องของพยานหลักฐานอื่น ๆ ก็ได้

2. กฎหมายให้คัดค้านได้ เฉพาะในกรณีที่คู่ความได้อ้างผู้พิพากษาเป็นพยานในฐานะที่รู้เห็นเหตุการณ์แต่มิได้ให้คัดค้านถึงกรณีที่อ้างว่าผู้พิพากษาเห็นเหตุการณ์ด้วย ข้อแตกต่างจึงอยู่ที่ว่า คู่ความอ้างว่าอย่างไร ถ้าเป็นการอ้างผู้พิพากษาเป็นพยานในฐานะที่รู้เห็นเหตุการณ์เช่นนี้ จึงจะคัดค้านได้ กล่าวคือ ต้องยื่นบัญชีระบุพยานตามหลักในกฎหมายลักษณะพยานเสียก่อนถ้าเพียงแต่อ้างว่าผู้พิพากษานั้นรู้เห็นเหตุการณ์จะคัดค้านหาได้ไม่<sup>60</sup>

### 2.3.4 เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนหรือทนายความ

มีข้อพิจารณาเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องมาจากการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ตาม ป.วิ แห่ง มาตรา 11 (4) ดังนี้

1. ผู้พิพากษาอาจกำลังเป็น หรือได้เคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว ถ้าได้นั่งพิจารณาคดีนั้นอีกก็จะทำให้ลำเอียงเสียความยุติธรรมได้ คู่ความจึงอาจยกขึ้นเป็นเหตุคัดค้านได้

<sup>60</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50 น. 300.

ถ้อยคำที่ว่า “เป็น” หรือ “ได้เป็น” นั้น หมายความว่าไม่ว่าจะเคยเป็นมาแล้วและขณะนี้ไม่ได้เป็น หรือกำลังเป็นอยู่ ในขณะนี้ก็ตาม แต่คงไม่หมายความถึงกำลังจะเป็นภายภาคหน้าเช่น ผู้พิพากษาอยู่ระหว่างตัดสินใจว่าจะรับเป็นผู้จัดการมรดกพิทักษ์กรรมหรือไม่ (ปปพ. มาตรา 1717)<sup>61</sup>

2. คำว่า “ผู้แทน โดยชอบธรรม” หมายถึง บุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 1 (11) คำว่า “ผู้แทน” หมายถึงผู้แทนของกลุ่มความ เช่นอาจเคยเป็นผู้แทนดำเนินคดีในศาลมาแล้วประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง( มาตรา 60) แม้การเป็นผู้จัดการมรดกก็น่าจะอยู่ในความหมายของคำว่าผู้แทนเช่นกัน

คำว่า “ทนายความ” หมายถึงบุคคลตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้แก่ผู้ที่ได้จดทะเบียน และ รับใบอนุญาต จาก สภาทนายความให้มีสิทธิว่าความในศาล

### 2.3.5 เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากเคยนั่งพิจารณาคดีนั้นมาแล้ว

มีข้อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากเคยนั่งพิจารณาคดีนั้นมาแล้วตาม ป.วิ.แพ่ง มาตรา 11 (5)

1. การคัดค้านในกรณีเช่นนี้ หมายถึง การคัดค้านผู้พิพากษาที่เคยเป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกัน ในศาลอื่นมาก่อนแล้วเท่านั้น ส่วนการคัดค้านสำรองผู้พิพากษา หรือผู้พิพากษาสมทบก็เป็นไปตามบทกฎหมายในเรื่องนั้น โดยเฉพาะ (คูพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 23 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็ก และเยาวชน พ.ศ. 2492)

2. ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้าน ต้องเคยนั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นมาก่อน คำว่า “นั่งพิจารณา” มีความหมายตามมาตรา 1(9) ในกรณีที่ไม่เคยนั่งพิจารณา เพียงแต่เคยพิพากษา เช่นเคยเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าศาล ตรวจสำนวนลงลายมือชื่อในคำพิพากษาคดีนั้นมาก่อน ต่อมาได้เลื่อนขึ้นเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ เช่นนี้ น่าจะยังถูกคัดค้านได้แม้จะไม่เคยนั่งพิจารณามาก่อนโดยอาศัยหลักว่า แม้จะนั่งพิจารณาก็ไม่ได้เสียแล้ว เหตุใดที่เคยพิพากษามาก่อน จะถูกคัดค้านบ้างไม่ได้ ทั้งในการลงชื่อคำพิพากษาย่อมถือว่า ผู้พิพากษาทุกนายเป็นองค์คณะ จะแยกว่านายนั้นนั่งพิจารณานายนั้นพิพากษาหาได้ไม่ (เทียบตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 611/2489)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1111/2479 ผู้พิพากษาที่เคยนั่งศาลชั้นต้นในฐานะเป็นที่ปรึกษา กฎหมายแล้ว ต่อมาได้พิจารณาคดีนั้นในชั้นศาลอุทธรณ์ในฐานะผู้พิพากษาหาต้องด้วยข้อห้ามตาม ปพพ. มาตรา 11 (5) ไม่<sup>62</sup>

<sup>61</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50* น. 302.

<sup>62</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50* น. 304.

มีข้อสังเกตว่าคดีนี้แม้ผู้พิพากษาจะเคยนั่งในศาลชั้นต้นมาก่อนแต่ก็นั่งในฐานะที่ปรึกษา กฎหมาย หาได้นั่งพิจารณาในฐานะผู้พิพากษาไม่ จึงไม่ต้องห้าม เพราะเท่ากับว่าไม่เคยนั่ง พิจารณาในฐานะผู้พิพากษามาก่อน

3. คดีที่เคยนั่งพิจารณาในฐานะผู้พิพากษามาแล้วจะต้องเป็นคดีเดียวกันซึ่งหมายความว่าประเด็นเดียวกันนั่นเอง อนึ่ง ถ้าคดีหนึ่งเคยเป็นคดีแพ่งอีกคดีหนึ่งเป็นคดีอาญา ถือว่าเป็นคนละ คดีกัน ผู้พิพากษาที่เคยนั่งพิจารณาเมื่อจำเลยถูกฟ้องเป็นคดีอาญามาครั้งหนึ่งแล้วถ้าจำเลยถูกฟ้อง เป็นคดีแพ่ง ในกรณีเรื่องเดียวกันอีก หากต้องด้วยข้อห้ามไม่ หรือถ้าจำเลยถูกฟ้องคดีแพ่งมาครั้งหนึ่ง แล้ว เมื่อจำเลยถูกฟ้องคดีอาญาเรื่องเดียวกันอีก ก็คงไม่ต้องห้ามคู่กัน (เทียบตามนัยฎีกาที่ 938 /2472 ในกรณีที่เคยนั่งพิจารณาคดีเกี่ยวกับหนี้ประธานเช่นนี้หนี้เงินกู้มาแล้ว เมื่อนั่งพิจารณาคดีเกี่ยวกับ หนี้อุปกรณ์เช่นนี้จำนอง เช่นนี้ถือว่าคนละประเด็นกัน มิใช่คดีเดียวกัน ไม่ต้องห้าม<sup>63</sup>

หากมีเหตุที่ผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นอาจถูกคัดค้านได้ ในเหตุที่ได้เป็นผู้พิพากษา นั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้น ในศาลอื่นมาแล้ว คดีอื่นแม้เกี่ยวข้องกันก็ไม่ถือว่าเป็นคดีเดียวกัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (5)<sup>64</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 43/2538 วินิจฉัยว่า แม้ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์คนหนึ่งพิพากษาคดีนี้ เคยพิพากษาคดีแพ่งในศาลชั้นต้นแต่เมื่อคดีในศาลชั้นต้นดังกล่าว โจทก์กับผู้ร้องสอดพิพาทกัน เกี่ยวกับเรื่องขอตั้งผู้จัดการมรดก แต่เป็นคนละคดีกับคดีนี้ซึ่ง โจทก์กับผู้ร้องสอดพิพาทกันเกี่ยวกับ ทรัพย์มรดกของผู้ตาย คดีทั้งสองเรื่องเพียงแต่เกี่ยวข้องกัน มิใช่คดีเดียวกัน โจทก์จะยกขึ้นมาเป็น เหตุคัดค้านผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีนี้ในชั้นอุทธรณ์ตามมาตรา 11 (5) หาได้ไม่

4. คดีที่เคยนั่งพิจารณามาแล้วจะต้องเป็นคดีในศาลอื่น ถ้ากลับมาั่งพิจารณาคดีเดียวกัน ในศาลเดียวกันกันอีกหากต้องด้วยข้อห้ามไม่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 867/2509 ศาลฎีกาพิพากษาให้ ยกคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ให้พิพากษาใหม่ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์คณะเดิมยอมทำคำพิพากษาใหม่ ได้ ไม่มีกฎหมายบังคับให้เปลี่ยนคณะผู้พิพากษา ความจริงเรื่องนี้ไม่เกี่ยวกับการที่กฎหมายไม่ได้ บังคับว่าต้องเปลี่ยนคณะผู้พิพากษาหรือไม่หากแต่คู่ความจะคัดค้าน โดยอ้างว่าเคยนั่งพิจารณามา ก่อนแล้วหาได้ไม่ เพราะกฎหมายห้ามเฉพาะเรื่อง เคยนั่งพิจารณาในศาลอื่นมาก่อน แต่กรณีเป็นการ นั่งพิจารณาในศาลอุทธรณ์ซึ่งเป็นศาลเดิมจึงไม่คัดค้าน<sup>65</sup>

5. กฎหมายห้ามเฉพาะกรณีที่เคยนั่งพิจารณามาแล้ว จะมานั่งพิจารณาอีกไม่ได้ ซึ่ง ศาสตราจารย์ ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร เห็นว่า หมายถึง เคยพิจารณามาแล้ว จะพิพากษาอีกไม่ได้ด้วย

<sup>63</sup>ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50* น. 305-306.

<sup>64</sup>สมชัย ฑิตมาตุมากร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53* น. 64-65.

<sup>65</sup>ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50* น. 306.

แต่ไม่หมายความไปถึงกรณีจ่ายสำนวนคดีนั้น เพราะเห็นว่าเป็นอธิบดีศาลด้วย เช่น เคยเป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีนั้นมาแล้ว ต่อมาได้ดำรงตำแหน่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์มีหน้าที่จ่ายสำนวนคดีนั้นในศาลอุทธรณ์ เช่นนี้จะคัดค้านมิได้ แต่เมื่อเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์พิพากษาแล้ว อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ จะทำความเห็นแย้ง หรือตรวจสำนวนลงลายมือชื่อมิได้<sup>66</sup>

6. ในกรณีที่เคยเป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีนั้นมาแล้วในศาลล่าง ต่อมาได้เลื่อนเป็นผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ หรือ ศาลฎีกา และมีประชุมใหญ่ในคดีเดียวกันนั้นในศาลสูง เช่นนี้ ผู้พิพากษานายนั้นย่อมเข้าประชุมใหญ่ได้ แต่มีสิทธิเฉพาะออกความเห็นเท่านั้น จะลงคะแนนเสียงด้วยมิได้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการที่จะแถลงให้ที่ประชุมใหญ่ทราบด้วยเหตุใดจึงได้วินิจฉัยเช่นนั้น ในทางปฏิบัติก็ปฏิบัติกันมาเช่นนี้โดยตลอด แต่ก็มีผู้คัดค้านว่า เพราะแม้จะเป็นการอภิปรายแสดงความคิดเห็น แต่อาจมีผลจูงใจผู้พิพากษานายอื่นในที่ประชุมใหญ่ได้ จึงน่าจะถูกคัดค้านได้เช่นกัน<sup>67</sup>

### 2.3.6 เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากการมีคดีพิพาทกับคู่ความฝ่ายนั้น

มีข้อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านเนื่องมาจากการมีคดีพิพาทกับคู่ความฝ่ายนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (6) ดังนี้

1. เหตุคัดค้านข้อนี้จะต้องเป็นเรื่องที่ผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยาหรือญาติทางสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาของผู้พิพากษานายนั้นก็คือ บุพการี หรือผู้สืบสันดาน ของผู้พิพากษานั้น กำลังพิพาทกับคู่ความ อีกฝ่ายหนึ่งหรือภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาบุพการีหรือผู้สืบสันดานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง
2. คดีที่พิพาทกันจะต้องไม่อยู่ในชั้นบังคับคดี ซึ่งไม่ถือว่าอยู่ในระหว่างพิจารณาหากอยู่ในชั้นบังคับคดีจะมาคัดค้านกรณีนี้ไม่ได้

### 2.3.7 เหตุคัดค้านอันเนื่องมาจากเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่ความ

มีข้อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตาม ป.วิ แห่งมาตรา 11 (7)

<sup>66</sup>นายธานินทร์ กรัยวิเชียร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50 น. 309.

<sup>67</sup>นายธานินทร์ กรัยวิเชียร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50 น. 309.

1. การเป็นเจ้าของ หรือลูกหนี้ หมายถึงการเป็นหนี้ตาม ปพพ. ไม่ว่าในมูลหนี้อันเกิดจากนิติกรรม หรือนิติเหตุ มีปัญหาว่ากรณีที่หน่วยงานบริการสาธารณะ เช่น การไฟฟ้าฯ หรือการประปาฯ เป็นคู่ความ ผู้พิพากษาซึ่งนั่งพิจารณาคดีนั้นจะถูกคัดค้านได้หรือไม่ ในเบื้องต้นต้องยอมรับว่า ผู้ใช้บริการดังกล่าวเป็นลูกหนี้หน่วยงานนั้น ๆ อย่างแน่นอน กรณีแม้ไม่อาจปรับกับเรื่องส่วนได้เสียตามป.วิ. แห่งมาตรา 11 (1) ได้แต่มีผู้เห็นว่าน่าจะเข้าตามอนุมาตรานี้ เห็นว่ากรณีนี้เป็นเหตุคัดค้านได้ อย่างแน่นอน แต่แม้จะเป็นลูกหนี้ ก็ไม่น่ากระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมประการใด คู่ความจึงต้องพิจารณา ชั่งน้ำหนักดูว่า การคัดค้านจะเป็นการเหมาะสมหรือไม่เพียงใด ถ้าหากคัดค้านอยู่ร่ำไป ในที่สุดก็จะเป็นการประวิงเวลาและเสียความยุติธรรมไป เพราะเหตุคัดค้านนั่นเอง

ส่วนกรณีเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หมายถึง นายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ไม่ได้หมายถึง ผู้ว่าจ้างในมูลสัญญาจ้างทำของด้วย มีปัญหาว่าในกรณีที่ผู้พิพากษาเป็นลูกจ้าง จะถูกคัดค้านได้หรือไม่ ข้อนี้เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้พิพากษาซึ่งเป็นข้าราชการกับหน่วยราชการไม่ใช่ความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน ผู้พิพากษาจึงไม่ใช่ลูกจ้างของหน่วยราชการหรือรัฐบาลแน่ ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไป คือ ผู้พิพากษาจะเป็นลูกจ้างได้หรือไม่ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ผู้พิพากษาเป็นข้าราชการตุลาการ ไม่อาจเป็นลูกจ้างผู้ใดได้ จึงไม่มีกรณีพิจารณาว่า หาก ผู้พิพากษาเป็นลูกจ้างแล้วจะถูกคัดค้านได้หรือไม่ ศาสตราจารย์ ธานินทร์ กรัยวิเชียร เห็นว่า แม้ผู้พิพากษาจะเป็นข้าราชการตุลาการ แต่ก็อาจมีโอกาสมิใช่ลูกจ้างได้ เช่น การสอนหนังสือนอกเวลาราชการในวิทยาลัยเอกชนแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นต้น แต่แม้ผู้พิพากษาจะเป็นลูกจ้างได้ เมื่อกฎหมาย มิได้บัญญัติถึงจึงไม่น่าจะคัดค้านได้ เว้นแต่จะเข้ากรณีเหตุคัดค้านข้ออื่น เช่น เป็นผู้มิผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี ในเป็นต้น<sup>68</sup>

2. การเป็นเจ้าของ ลูกหนี้ หรือนายจ้าง ต้องเป็นอยู่ในขณะที่มีคดี ถ้าเคยเป็นมานานแล้ว ย่อมไม่เป็นเหตุให้คัดค้านได้

อนึ่ง เหตุคัดค้านทั้ง 7 นี้ พึงเข้าใจว่า มิใช่ข้อห้ามมิให้ผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีนั้น หากแต่เหตุให้ที่คู่ความอาจยกขึ้นคัดค้านได้ ทั้งนี้ ต่างกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งแต่เดิม ซึ่งบัญญัติห้ามผู้พิพากษานั่งพิจารณาอย่างเด็ดขาดทีเดียวถ้าผู้พิพากษานายใดฝ่าฝืน จะทำให้การพิจารณาเสียไป<sup>69</sup>

อนึ่งนอกจาก การศึกษาเรื่องการคัดค้าน ผู้พิพากษาตาม ป.วิ. แห่งมาตรา 11 จะทำให้มองเห็นหลักความไม่มีส่วนได้เสียของผู้พิพากษาแล้วยังมีประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ

<sup>68</sup>นายธานินทร์ กรัยวิเชียร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50 น. 309.

<sup>69</sup>นายธานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50 น. 308-309.

(The Code of Judicial Conduct) ซึ่งมีได้เป็นกฎหมายจึงไม่สภาพบังคับแต่เป็นแนวทางในการปฏิบัติ ตนเองของผู้พิพากษาซึ่งการไม่มีผลประโยชน์ได้เสียคดี หรือการไม่มีส่วนได้เสียในทางการเงินใน ข้อพิพาทโดยผู้พิพากษาไม่เป็นผู้จัดการที่ปรึกษาหรือร่วมบริหารกิจการของกลุ่มความซึ่งปรากฏตามประมวล จริยธรรมตุลาการข้อ 26 อีกทั้งผู้พิพากษาจะต้องไม่เคยเป็นข้าราชการที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการให้คำปรึกษาให้ความเห็นหรือเป็นพยานในกรณีพิพาทชั้นการพิจารณาฝ่ายปกครองแม้ประมวลจริยธรรมตุลาการ ข้อ 26 บัญญัติว่า “ในกรณีจำเป็นผู้พิพากษาอาจได้รับมอบหมายหรือแต่งตั้งจากหน่วยราชการรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่อันเกี่ยวกับหน่วยราชการรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานนั้นได้ ในเมื่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ไม่กระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือเกียรติศักดิ์ของผู้พิพากษา ทั้งต้องได้รับอนุญาตจากกระทรวงยุติธรรมแล้ว” ต่อมา พ.ศ. 2536 ก.ต. ได้ออกข้อกำหนดเพิ่มเติมห้ามกระทรวงยุติธรรมอนุญาตให้ผู้พิพากษาไปปฏิบัติหน้าที่กรรมการที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งอาจเป็นคดีสู่ศาลได้อย่างไรก็ดีข้อกำหนดดังกล่าวไม่ครอบคลุมกรณีผู้พิพากษาไปมีส่วนร่วมให้คำปรึกษาหรือเป็นพยานให้แก่ทางราชการ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ผู้พิพากษาต้องพยายามสำรวจตนเองในสถานการณ์ดังกล่าว<sup>70</sup>

อีกทั้งผู้พิพากษาจะต้องไม่ลำเอียงต่อสถานการณ์นั้นๆ อย่างไรก็ดีเห็นได้ว่าสถานการณ์เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายของบ้านเมืองประชาชนทุกคนทั้งผู้พิพากษามีจุดยืนและความเห็นเป็นของตนเองได้ จึงไม่ใช่เงื่อนไขของการคัดค้านผู้พิพากษา ประมวลจริยธรรมตุลาการ ข้อ 34 บัญญัติเพียงว่า “ผู้พิพากษาจำต้องไม่เป็นกรรมการ สมาชิก หรือเจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง หรือกลุ่มการเมือง และจักต้องไม่เข้าเป็นตัวกระทำการ ร่วมกระทำการ สนับสนุนในการ โฆษณา หรือชักชวนใด ๆ ในการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาหรือผู้แทนทางการเมืองใดทั้งไม่พึงกระทำการใดๆ อันเป็นการฝักฝ่ายพรรคการเมือง หรือกลุ่มการเมืองใด นอกจากการใช้สิทธิเลือกตั้ง<sup>71</sup>

### 2.3.8 เหตุคัดค้านด้วยประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป

มีข้อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาด้วยเหตุอันมีสภาพร้ายแรงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12 มีดังนี้ ซึ่งอาจทำให้การพิจารณา หรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมต่อไป

<sup>70</sup> ศักดา โมกขมรรคกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50* น. 4.

<sup>71</sup> ศักดา โมกขมรรคกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56* น. 5.



เหตุคัดค้านอันมีสภาพร้ายแรงต้องแยกเหตุดังกล่าวออกจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 เพราะถ้าเข้ามาตรา 11 แล้ว ก็ไม่ต้องพิจารณาถึงเหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรง เหตุสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไป เช่น การที่ผู้พิพากษาเคยเป็นคู่หมั้นกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเคยเป็นศัตรูวิวาทชกต่อยกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น<sup>72</sup> และอาจมีเหตุสภาพร้ายแรงใน เหตุอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดี เสียความยุติธรรมจึงต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปรวมทั้งผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีโดยมีอคติ 4 หรือมีความลำเอียงส่วนตัวด้วย

---

<sup>72</sup>ชานินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 50 น. 313.