

เหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง
กรณีเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนร่วมในการพิจารณาทางปกครองเรื่องเดียวกันในหลายขั้นตอน
ก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครอง
(Vorbefassung des Sachverhalts als Befangenheitsgrund)

นายณัฐพล สุกุลเมฆา^๑

สืบเนื่องจากกรอบอัตรากำลังของบุคลากรภาครัฐที่มีอยู่อย่างจำกัดในปัจจุบัน ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคนเดียวกัน อาจต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่งในหลายขั้นตอน ก่อนที่จะได้ข้อสรุปอันเป็นที่ยุติในผลการดำเนินการของเรื่องนั้น ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นกรณี “การแบ่งงานกันทำภายใต้ขอบเขตภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย”^๒ อันจะทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล ทั้งรัฐยังได้รับประโยชน์จากความรู้และประสบการณ์ของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รู้เห็นเหตุการณ์และข้อเท็จจริงอันเป็นเนื้อหาสาระหลักของเรื่องมาก่อน การพิจารณาทางปกครองจึงสามารถดำเนินไปได้ด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ในมุมมองของคู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์อันชอบธรรมจากมาตรการของฝ่ายปกครอง อาจเกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่า การที่เจ้าหน้าที่ที่เคยพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องใดมาก่อน และต้องทำการพิจารณาเรื่องเดิมซ้ำอีก “การพิจารณาโดยใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นย่อมมีความโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมที่ตนได้เคยพิจารณาวินิจฉัยไปแล้ว กรณีจึงถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง”^๓ ดังนั้น บทความนี้จึงมีความมุ่งหมายที่จะศึกษาประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลปกครองและคำอธิบายที่ปรากฏในตำราทางวิชาการเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางในระบบกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้บทบัญญัติในมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่ประสงค์จะกำหนดหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี โดยไม่สร้างภาระหรืออุปสรรคแก่การบริหารงานภาครัฐจนเกินสมควร

^๑นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติกร ฝ่ายวิเคราะห์และคดีปกครอง กองกฎหมายปกครอง

^๒ตัวอย่างเช่น บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การประเมินวิทยฐานะครูชำนาญการ : กรณี อ.ก.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาลพบุรี เขต ๒ (เรื่องเสร็จที่ ๕๖๖/๒๕๕๕), บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (เรื่องเสร็จที่ ๑๔๓๓/๒๕๕๖), บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครเป็นเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (เรื่องเสร็จที่ ๗๘๑/๒๕๕๙)

^๓ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๔๗/๒๕๕๒, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๔๕ - ๒๔๖/๒๕๕๒, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๓๓/๒๕๕๓, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๒๑/๒๕๕๔

๑. เหตุผลและความจำเป็นในการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันโดยสังเขป

โดยที่องค์กรฝ่ายปกครอง (Behörde) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผลเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ไม่อาจดำเนินการกิจต่าง ๆ ที่อยู่ในความรับผิดชอบได้ด้วยตนเอง แต่ต้องกระทำผ่านทางเจ้าหน้าที่ (Amtswalter) ในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้ง (Amt) หรือตามที่ได้รับมอบหมายจากผู้บังคับบัญชา (dienstliche Anweisung) นั้น กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนของเยอรมัน (Dienstrecht) มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการรักษาวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐประการหนึ่ง โดย**เจ้าหน้าที่ของรัฐพึงต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม ปราศจากอคติหรือความลำเอียง** รวมทั้งไม่คำนึงถึงแต่เฉพาะประโยชน์ส่วนตน (Verpflichtung zu einer uneigenützigen und unparteiischen Ausübung) แต่เนื่องจากวินัยและการดำรงไว้ซึ่งวินัยนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความมุ่งหมายในการจัดระบบความสัมพันธ์ของบุคลากรภาครัฐและระบบการปกครองบังคับบัญชาภายในหน่วยงานเท่านั้น กล่าวคือ การดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการเป็นมาตรการในการควบคุมความประพฤติของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นผู้เหมาะสม และสมควรแก่ความไว้วางใจของสาธารณชนที่จะใช้อำนาจรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว อาจทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษ แต่ก็มีได้มีผลก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่บุคคลภายนอกที่ได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีพฤติการณ์อันชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่า อาจปฏิบัติหน้าที่โดยนำผลประโยชน์ส่วนตัวมาปะปนกับผลประโยชน์ส่วนรวม (Verquickung von Amtsführung und eigenen Interessen) ในอันที่จะคัดค้านการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น (Ablehnungsrecht) หรือโต้แย้งในผลของการดำเนินการที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้เกิดการเพิกถอนการกระทำนั้นให้สิ้นผลลง (Aufhebungsanspruch) แต่อย่างไร^๔ ดังนั้น จึงมี

^๔Hufeld, Die Vertretung der Behörde (อำนาจกระทำการแทนหน่วยงานทางปกครอง), 2003 “ในอดีตที่ผ่านมา การที่เจ้าหน้าที่ใช้หรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองแทนรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ถือเป็นเรื่องภายในเกี่ยวกับการจัดบุคลากรให้เหมาะสมตำแหน่ง อันเป็นการบริหารงานบุคคล (reines Verwaltungsinternum) ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คู่กรณีไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ ทั้งสิ้น แม้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะอยู่ในภาวะที่ขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวและประโยชน์ส่วนรวม จนทำให้ไม่อาจพิจารณาเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของคู่กรณีได้อย่างเป็นกลางและไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคก็ตาม” แปลโดยสรุปความจาก “Die personelle Vertretung wurde lange Zeit als reines Verwaltungsinternum behandelt, auf oder gegen die der Bürger keinerlei subjektiven Anspruch habe” และด้วยอิทธิพลของแนวคิดที่ว่าคู่กรณีไม่มีสิทธิเลือกเจ้าหน้าที่ที่จะใช้อำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องของตนเอง เพราะการที่เจ้าหน้าที่ผู้ใดจะได้รับคำสั่งหรือมอบหมายให้ดำเนินการเรื่องใดนั้น ย่อมอยู่ภายใต้ระบบการปกครองบังคับบัญชาตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ส่งผลให้ แม้ต่อมาจะได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) ก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดรองรับสิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ (formelles Ablehnungsrecht) ที่มีเหตุแห่งความไม่เป็นกลาง ดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๔ และมาตรา ๑๖ (๒) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งตระหนักถึงความมีส่วนได้เสีย ในอันที่จะต้องรายงานเหตุดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชาทราบ (Mitteilungspflicht) เพื่อพิจารณาและมีคำสั่งต่อไป โดยถือเป็นขั้นตอนการตรวจสอบการปฏิบัติงานภายในฝ่ายปกครอง (behördeninternes Prüfungsverfahren) ด้วยเหตุนี้ **คำสั่งของผู้บังคับบัญชา** (มีต่อหน้าถัดไป)

ความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเป็นหลักประกันให้แก่คู่กรณี ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกว่า เรื่องของตนจะได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลาง^๔ อันสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่า “nemo iudex in re sua” (Nobody is the judge in his own matter)

๒. บทบังคับเด็ดขาดในมาตรา ๒๐ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน

ทั้งนี้ ในเชิงกระบวนการพิจารณา (verfahrensrechtliche Absicherung) หลักความเป็นกลางถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่วางหลักเกณฑ์เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดปัญหาในเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน (Interessenkonflikt) อันจะส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปโดยถูกต้องตามข้อเท็จจริง บริสุทธิ์ยุติธรรม ปราศจากการใช้อำนาจโดยมีอคติลำเอียง^๕ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz) ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนี้ มาบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑ โดยมีขอบเขตความมุ่งหมายที่จะใช้บังคับกับบรรดาเจ้าหน้าที่ผู้ใช้หรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจในการพิจารณาทางปกครองแทนรัฐ (Tätigwerden für eine Behörde) ในส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระหลักของเรื่อง (Sachentscheidung) ซึ่งผลการพิจารณาจะนำไปสู่การวินิจฉัยสั่งการที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของคู่กรณีได้^๖ โดยบทบัญญัติมาตรา ๒๐ (“ausgeschlossene Person” หรือ “บุคคลผู้มีลักษณะ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๔)

ที่ให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ทั้งที่ได้มีการร้องเรียนจากคู่กรณีว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาขาดความเป็นกลางหรือเสียความเป็นธรรม จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่คู่กรณีจะนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมันได้ (Verwaltungsgerichtsordnung) ได้ แต่เป็นคำสั่งในกระบวนการพิจารณาที่ต้องนำมาโต้แย้งพร้อมกับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นผลสุดท้ายของการพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๔ a แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน (Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen) สำหรับปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของคำสั่งผู้ขอบังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลที่ปฏิเสธการคัดค้านของคู่กรณีในเรื่องความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (Verwaltungsaktsqualität der Anordnung des Behördenleiters) ดูเพิ่มเติมได้ใน Kopp/Ramsauer คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรียงมาตรา § 21 Rn. 21

^๔Scheuing, NVwZ 1982 S. 478 ff “บทบัญญัติเกี่ยวกับวินัยข้าราชการที่กำหนดให้ข้าราชการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ อาจไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักประกันให้แก่คู่กรณี จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ในเชิงกระบวนการเพื่อสนับสนุนและสร้างเสริมให้การบังคับใช้กฎหมายสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้น” แพลโดยสรุปความจาก “Die dienstrechtlichen Bestimmungen reichen jedoch nicht aus, sondern müssen durch verfahrensrechtliche Vorschriften ergänzt werden”

^๕คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüter) ที่บทบัญญัติในเรื่องความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายเยอรมัน มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง ได้แก่ (๑) ความเที่ยงธรรมและความเสมอภาคโดยคู่กรณีมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่อย่างเท่าเทียมกันในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง (Grundsatz der Neutralität und Chancengleichheit im Verwaltungsverfahren) (๒) ความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนโดยทั่วไปที่มีต่อการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ (das Vertrauen in die Objektivität der Amtsführung) และ (๓) ความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (Rechtssicherheit)

^๖คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BVerwGE 52, 47, 49 “การกระทำที่ต้องห้ามได้แก่ ...

(มีต่อหน้าถัดไป)

ต้องห้าม”) เป็นบทบังคับเด็ดขาด (absoluter Befangenheitsgrund) ที่กฎหมายสันนิษฐาน โดยไม่อาจนำพยานหลักฐานมาสู้หักล้างได้ว่า บุคคลที่เข้าข่ายตามที่กำหนดไว้ ย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และต้องห้ามในการพิจารณาทางปกครอง (unwiderlegliche Vermutung für Interessenkollision) เนื่องจากมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดโดยสถานะส่วนตัวในทางใดทางหนึ่งกับคู่กรณี อันถือเป็นความไม่เป็นกลาง ด้วยเหตุสภาพภายนอก (äußere Befangenheit) ซึ่งในทางวิชาการเรียกกรณีเช่นนี้ว่า ความไม่เป็นกลาง ทางภาวะวิสัย (objektiv) ตัวอย่างเช่น มาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง (๑) ซึ่งกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นคู่กรณี (Beteiligte) ทำการพิจารณาทางปกครอง อันหมายความถึง การที่บุคคลมีสองฐานะ ในขณะเดียว (eine Doppelfunktion auf beiden Seiten) กล่าวคือ ฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ผู้ใช้ อำนาจพิจารณาทางปกครอง และฐานะที่เป็นคู่กรณีที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในกรณีที่ เจ้าหน้าที่พิจารณาออกคำสั่งทางปกครองที่ลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนเองโดยมิชอบ ด้วยกฎหมาย (Selbstbegünstigung) ย่อมถือได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้น ต้องด้วย ข้อบกพร่องที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน ส่งผลให้การใดที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีลักษณะต้องห้าม ดังกล่าวได้กระทำไป รวมถึงการอื่นใดที่สืบเนื่องจากการกระทำนั้นย่อมเสียไปและไม่อาจใช้บังคับได้^๔ (Nichtigkeitgrund) ส่วนกรณีอื่น ๆ ตามมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง นั้น ไม่ว่าจะป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ เป็นญาติกับคู่กรณี (Angehöriger eines Beteiligten) ซึ่งได้แก่ คู่หมั้น (Verlobte) คู่สมรส (Ehegatte) คู่ชีวิต (der Lebenspartner) ญาติทางการสมรสสายตรง (Verwandte und Verschwägte gerader Linie) หรือเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนคู่กรณี (Vertreter kraft Gesetzes oder Vollmacht) เป็นลูกจ้าง โดยได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้าง (bei einem Beteiligten gegen Entgelt Beschäftigte) กรรมการบริหาร ในบริษัทของคู่กรณี (Mitglied des Vorstands) หรือการที่เจ้าหน้าที่เคยเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็น ในเรื่องที่จะทำการพิจารณาวินิจฉัย เว้นแต่ได้กระทำในตำแหน่งหน้าที่ (außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist) ผลของการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีลักษณะต้องห้ามข้างต้นจะเป็นเช่นไรนั้น ย่อมต้องพิจารณาว่า การฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา ๒๐ ถือได้ว่าเป็นข้อบกพร่องที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน จนถึงขนาดทำให้คำสั่งที่เป็นผลผลิตของกระบวนการที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีลักษณะต้องห้ามได้มีส่วนร่วม ตกโมฆะหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณี อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ถ้าการดำเนินการหรือการมีส่วนร่วมในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่กระทบ ต่อสาระสำคัญในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ มีพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้อย่างเป็น รูปธรรม (konkrete Möglichkeiten) ว่า ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดที่อยู่ในวิสัยหรือพฤติการณ์ โดยได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ดังเช่นเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามนั้น ก็คงจะทำพิจารณา

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๗)

การกระทำอื่นใดที่จะมีผลโดยตรงต่อการแสดงเจตนาที่ผูกพันต่อหน่วยงานของรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้นั้นดำเนินการแทน” แปลโดยสรุปความจาก “Untersagt sind ... sonstige Handlungen, die zur Meinungsbildung der zuständige Behörde über das Verfahren oder über die Sachentscheidung beitragen sollen”

^๔คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BVerwGE PersV 2016, 137 ในคดีที่กรรมการ ในคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของหน่วยงาน (Personalrat) ซึ่งมีหน้าที่คัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรง ตำแหน่งที่สูงขึ้น ได้สมัครเป็นผู้เข้ารับการคัดเลือก โดยมีส่วนร่วมในการพิจารณาทางปกครองด้วย (Mitwirkung eines Personalratsmitglieds an einer Entscheidung über Stellenbezug, auf die er sich selbst beworben hatte)

ทางปกครองไปในแนวทางที่ทำให้ได้ข้อยุติในผลลักษณะเดียวกัน เช่นนี้ คู่กรณีย่อมไม่อาจยกเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเพื่อเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสียร่วมทำการพิจารณาได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๔๖ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน (Ausschluss des Aufhebungsanspruchs) โดยหน่วยงานทางปกครองมีภาระในการพิสูจน์นำสืบเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในกรณีพิพาทว่า มีความสัมพันธ์หรือมีอิทธิพลกับการพิจารณาทางปกครองถึงระดับที่ทำให้ผลการพิจารณาเสียความเป็นธรรมหรือไม่^๙ (Ursächlichkeit für die Entscheidung)

๓. “บทกวาดทอง” ในมาตรา ๒๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน

นอกจากเหตุต้องห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ทำการพิจารณาทางปกครองโดยสิ้นเชิงตามที่กำหนดในมาตรา ๒๐ แล้ว มาตรา ๒๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันยังได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง (Besorgnis der Befangenheit) โดยมีลักษณะเป็น “บทกวาดทอง” (allgemeiner Auffangtatbestand) สำหรับกรณีอื่นใดที่มีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่า เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองโดยมือคดหรือปราศจากความเป็นธรรม อันเป็นผลมาจากสภาพภายในจิตใจ (innere Befangenheit) **เชิงอัตวิสัย** (subjektiv) โดยต้องปรากฏ**ข้อพิสูจน์ที่มีพยานหลักฐานสนับสนุนและเหตุผลรองรับ** (aufgrund feststellbarer Tatsachen begründete Besorgnis) ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่ากรณีใดจะถือว่าเจ้าหน้าที่มีเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางหรือไม่นั้น อาจแยกพิจารณาตามถ้อยคำในกฎหมายออกได้เป็น ๒ ขั้นตอน คือ ขั้นตอนในการพิจารณาเกี่ยวกับ**ปัจจัยหรือเหตุ**ที่อาจกระทบต่อความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ (objektive Grundlage der Besorgnis) ซึ่งคู่กรณีที่ยกประเด็นดังกล่าวเป็นขึ้นเป็นข้อต่อสู้ มีหน้าที่ต้องระบุปัจจัยหรือพฤติการณ์แห่งการมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ให้ชัดเจนและพิสูจน์ให้เห็นได้อย่างเป็นรูปธรรมและเข้าใจได้ (substantiiert dargelegt) เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (einer Nachprüfung zugänglich) โดยจะกล่าวอ้างเลื่อนลอยไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ ลำพังความรู้สึกว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Das subjektive Empfinden)^{๑๐} หรือการอ้างเหตุโดยทั่วไปที่มีได้เกี่ยวข้องกับสภาพภายใน เช่น

^๙คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BVerwGE 69, 269 “เมื่อผลการพิสูจน์พยานหลักฐานไม่อาจยืนยันได้อย่างชัดเจนถึงอิทธิพลของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีลักษณะต้องห้าม อันมีต่อกระบวนการพิจารณาหรือเนื้อหาของคำสั่งการ กรณีจึงไม่ขัดต่อหลักความเป็นกลางตามมาตรา ๒๐” แปลโดยสรุปความจาก “Sollte nach der Ergebnis der Beweisaufnahme eine konkrete – und auch beabsichtigte – Einflussnahme auf das Verfahren oder Inhalt der zutreffenden Sachentscheidung nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen sein, könnte ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayVwVfG nicht angenommen werden” อย่างไรก็ตาม ความเห็นทางวิชาการอีกมุมมองหนึ่งมองว่า โดยที่มาตรา ๒๐ เป็นบทบังคับเด็ดขาดที่กฎหมายสันนิษฐานว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งมีลักษณะต้องห้าม จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ กรณีจึงไม่น่านำมาตรา ๔๖ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รองรับผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีเหตุบกพร่องในเชิงกระบวนการแต่ไม่กระทบต่อเนื้อหาของมาตรการในสาระสำคัญ โดยให้การกระทำนั้นยังคงมีผลอยู่ต่อไปและคู่กรณีไม่อาจยกข้อบกพร่องดังกล่าวมาเป็นเหตุให้เพิกถอนผลของการกระทำนั้นมาใช้บังคับได้

^{๑๐}Kopp/Ramsauer § 21 Rn. 14 “Das subjektive Empfinden, ungerecht behandelt zu werden oder behandelt worden zu sein reicht nicht aus”

เชื้อชาติ การนับถือศาสนา การเป็นสมาชิกของสมาคม พรรคการเมือง หรือองค์กรหนึ่งองค์กรใด^{๑๑} จึงไม่เพียงพอที่จะคัดค้านการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป นอกจากนี้ระยะเวลาในการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่ล่าช้า แม้จะทำให้คู่กรณีเดือดร้อนเสียหาย แต่ถ้าไม่มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่จะประวิงเวลาในการวินิจฉัยสั่งการ เพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ก็ไม่อาจนำมาเป็นข้อบ่งชี้ (Indizien) ถึงสภาพภายในของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่เป็นกลางได้ สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่เคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายในทางใดทางหนึ่งมาก่อน แม้จะเป็นแนวคิดที่มีจุดยืนในทางตรงกันข้ามหรือเป็นปฏิปักษ์กับคู่กรณี และต่อมาต้องทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องที่เกี่ยวข้องข้อกฎหมายนั้น หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงอื่นใดที่ทำให้เชื่อได้ว่า การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะขาดความเป็นกลางหรือเสียความเป็นธรรม เช่น การยึดติดกับความเห็นเดิมที่ได้วินิจฉัยสั่งการไปแล้ว (vorzeitige Festlegung auf eine bestimmte Rechtsauffassung)^{๑๒} การรวบรัดการพิจารณาโดยไม่รับฟังคำชี้แจงจากคู่กรณี หรือมิได้มีการสอบสวนพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง^{๑๓} ก็ไม่อาจถือได้ว่า เหตุดังกล่าวจะกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่

^{๑๑}OLG Karlsruhe NJW-RR 1988 1354 การที่เจ้าหน้าที่เป็นสมาชิกสโมสรโรดาร์เดียวกันกับคู่กรณี ยังไม่ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะทำการพิจารณา เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความใกล้ชิดสนิทสนมเป็นการส่วนตัว (enge Freundschaft) จะทำให้การพิจารณามีความโน้มเอียงไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณี

^{๑๒}ศาลปกครองสูงสุดแห่งมลรัฐบาเดิน วิทเทินแบร์ก VGH Mannheim NVwZ 2000 235 ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเข้าสอบสัมภาษณ์ โดยกรรมการสอบสัมภาษณ์ท่านหนึ่งเคยลงพิมพ์บทความทางวิชาการที่แสดงความเห็นขัดหรือแย้งกับความเห็นของผู้ฟ้องคดี จึงได้กล่าวในขณะสัมภาษณ์ว่า “คงไม่มีประโยชน์ที่จะดำเนินการสอบต่อไป” (“Die Fortsetzung der mündlichen Prüfung sei an sich sinnlos”) อันถือเป็นกรณีที่เกิดอันควรสงสัยว่ากรรมการสอบดังกล่าวจะทำการพิจารณาโดยมีอคติ เพราะได้กำหนดจุดยืนในทางความคิดไปก่อนที่กระบวนการสอบจะเสร็จสิ้น โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้ชี้แจงข้อเท็จจริงเพื่อหักล้างความเห็นของกรรมการสอบที่มีอยู่เดิม (Äußerung, die für eine einseitige Festlegung in der Sache, noch ehe der Sachverhalt hinreichend geklärt und die Beteiligten angehört worden sind)

^{๑๓}พฤติการณ์อื่น ๆ ที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ถือเป็นข้อบ่งชี้ถึงสภาพภายในจิตใจที่เป็นปฏิปักษ์กับคู่กรณี เช่น การกล่าววาจาดูหมิ่นเหยียดหยามในระหว่างการพิจารณาทางปกครอง (“verletzende Äußerungen innerhalb eines Verfahrens” “beleidigende Bemerkung” (VGH Kassel MedR 2010, 48)) การพูดชักชวนให้คู่กรณีถอนคำร้องโดยไม่เหมาะสม (unangemessenes Bedrängen des Antragsstellers mit dem Ziel der Antragsrücknahme) นอกจากนี้ ในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเข้าสอบเพื่อขอรับใบอนุญาตเป็นผู้ตรวจสอบบัญชี แต่ไม่ได้รับการประกาศรายชื่อให้เป็นผู้สอบได้ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนหนังสือแจ้งผลการสอบ และให้สั่งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบได้ หรือให้คณะกรรมการตรวจข้อสอบดำเนินการตรวจข้อสอบใหม่ตามหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนด ซึ่งมีประเด็นข้อโต้แย้งประการหนึ่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองแห่งสหพันธ์ว่าเป็นขั้นตอนการพิจารณาทบทวนผลการสอบตามคำร้องของผู้ฟ้องคดี (Überdenkungsverfahren หมายเหตุ เทียบได้กับการอุทธรณ์ผลการสอบแข่งขัน) ซึ่งต้องมีการตรวจข้อสอบใหม่ การประเมินผลการสอบข้อเขียนสมควรที่จะกระทำโดยกรรมการตรวจสอบข้อสอบที่ไม่เคยพิจารณาผลการสอบข้อเขียนของผู้ฟ้องคดีมาก่อน เนื่องจากไม่อาจตัดโอกาสที่กรรมการชุดเดิมจะได้รับอิทธิพลจากผลการตรวจข้อสอบในครั้งที่แล้ว ซึ่งไม่เป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดีได้ ไม่ว่าจะโดยรู้สำนึกในผลแห่งการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตาม “die erneute Bewertung der Arbeit müsse von zwei Prüfern vorgenommen werden, die an der angegriffenen Bewertung nicht beteiligt gewesen seien. Bei einer (völligen) Neubewertung der Aufsichtsarbeit durch die bisherigen Prüfer sei nicht auszuschließen, daß sie sich - sei es bewußt oder unbewußt - nicht doch vom negativen Ergebnis ihrer früheren Bewertung beeinflussen ließen” ในประเด็นนี้ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ลำพังพฤติการณ์ที่กรรมการ (มีต่อหน้าถัดไป)

โดยสุจริตเที่ยงธรรมแต่อย่างใด ดังนี้ การที่เจ้าหน้าที่เคยพิจารณาเรื่องที่จะทำการพิจารณามาก่อนแล้ว โดยเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือตามที่ได้รับมอบหมาย แม้จะถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนรู้เห็นในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วแต่เมื่อเป็นการรู้เห็นเหตุการณ์ในหน้าที่ (innerhalb seiner amtlichen Eigenschaft) และไม่ปรากฏชัดเจนโดยมีพยานหลักฐานสนับสนุนว่า การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะมีอิทธิพลต่อเรื่องที่จะทำการพิจารณาหรือต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด จึงไม่อาจถือได้ว่า เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีเหตุที่จะทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางได้ (Kopp/Ramsauer § 21 Rn. 18 “Grundsätzlich kein Ablehnungsgrund liegt vor, wenn ein Amtsträger in der Sache bereits vorher tätig war und er nunmehr nochmals in der Sache zu entscheiden hat) สำหรับเหตุหรือปัจจัยที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า มีผลกระทบต่อการปฏิบัติโดยบริสุทธิ์ยุติธรรมของเจ้าหน้าที่ เช่น ความผูกพันฉันมิตร (freundschaftliche Verbundenheit) ความเป็นศัตรูหรือความโกรธเคืองกันอย่างรุนแรง (Abneigung oder Feindschaft) ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (wirtschaftliches Interesse) เป็นต้น และเมื่อพิจารณาจนได้ข้อยุติแล้วว่า เจ้าหน้าที่มีพฤติการณ์อันชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ก็ต้องพิจารณาในขั้นตอนต่อไปว่า ปัจจัยหรือเหตุข้างต้นมีความสัมพันธ์หรือแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่มากน้อยเพียงใด โดยพิจารณาจากมุมมองของคู่กรณีที่เป็นวิญญูชนเป็นสำคัญ (Perspektive des vernünftigen Beteiligten) เนื่องจากมาตรา ๒๑ มีวัตถุประสงค์ประการหนึ่งเพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อครหาว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือผู้อื่น โดยเบียดบังหรือคุกคามประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นหากเหตุหรือปัจจัยที่ทำให้เกิดภาวะการมีส่วนได้เสีย ซึ่งตามลักษณะโดยสภาพแล้ว “อาจ” ทำให้การใช้ดุลพินิจ “ส่อ” (böser Schein) ไปในทางที่มีอคติหรือความลำเอียง ก็เพียงพอที่จะถือได้ว่าเจ้าหน้าที่มีลักษณะต้องห้ามในการพิจารณาทางปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว แต่ทั้งนี้ลำพัง “ความคาดหมาย” หรือ “ความเกรงกลัว” ที่เป็นลักษณะภายในจิตใจ ซึ่งไม่มีหลักฐานสนับสนุนก็ไม่อาจนำมาในการพิสูจน์ความสัมพันธ์หรือแนวโน้มที่เจ้าหน้าที่จะพิจารณาเรื่องในทางที่เป็นคุณและเป็นโทษแก่คู่กรณีได้เช่นกัน^{๑๔}

๔. ข้อสรุป

กล่าวโดยสรุป ตามแนวทางคำพิพากษาศาลปกครองและความเห็นในทางวิชาการของเยอรมัน การที่เจ้าหน้าที่มีส่วนร่วมในการพิจารณาทางปกครองเรื่องเดียวกันในหลายขั้นตอนก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครอง (Vorbefassung des Sachverhalts als Befangenheitsgrund)

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๑๓)

ตรวจข้อสอบคนเดิมต้องตรวจข้อสอบใหม่อีกครั้ง เนื่องจากผลการตรวจข้อสอบในครั้งก่อนถูกศาลพิพากษาว่ามีข้อบกพร่อง ไม่อาจรับฟังเป็นที่ยุติได้ว่า ในการดำเนินการตรวจข้อสอบครั้งใหม่กรรมการดังกล่าวจะพิจารณาโดยมีอคติ “Der Umstand allein, daß Prüfer eine Prüfungsleistung erneut beurteilen müssen, etwa weil ihre erste Entscheidung durch gerichtliche Entscheidung als fehlerhaft beanstandet worden ist, rechtfertigt nicht den Schluß, sie seien nunmehr voreingenommen (คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ BVerwGE 91, 262 – 276)

^{๑๔}สำหรับผลของการมีส่วนร่วมในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางโปรดดูข้อ ๒ ตอนท้าย

ไม่อาจถือเป็นหลักการได้ว่า เหตุตามข้อเท็จจริงดังกล่าวจะมีผลทำให้การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นขาดความเป็นกลางหรือไม่สุจริตเที่ยงธรรม หากแต่ต้องปรากฏพฤติการณ์เพิ่มเติมที่บ่งชี้ถึงสภาพภายในจิตใจของเจ้าหน้าที่ที่ยังผูกติดหรือยึดมั่นถือนั่นกับความเห็นเดิมที่ได้วินิจฉัยสั่งการไปแล้ว (einseitige Festlegung bestimmter Ansicht) ทำให้ไม่อาจรักษาระยะห่างที่เหมาะสมระหว่างความเห็นส่วนตัวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ (Wahrung der gebotenen Distanz zur Sachentscheidung)
