

ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง: วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมัน

นางสาววนารีย์ สิงห์โต*

ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางของผู้มีอำนาจพิจารณาตัดสินใจ เช่น ความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่กำหนดไว้ในหมวด ๒ การคัดค้านผู้พิพากษา (มาตรา ๑๑ ถึงมาตรา ๑๔) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือความเป็นกลางของกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๖^๑ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. ๒๕๑๘ หรือกรณีกรรมการกฤษฎีกาตามมาตรา ๑๗^๒ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นกลางเป็นแนวคิดทั่วไปทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มาจากหลัก *nemo iudex in re sua* โดยในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองนั้น หลักความเป็นกลางเป็นองค์ประกอบหลักของการพิจารณาทางปกครองในเชิงนิติรัฐที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาอย่างเป็นธรรม เป็นกลาง และเป็นไปตามกฎหมายและหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย^๓ ในระบบกฎหมายเยอรมันหลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏในคำพิพากษาและคำอธิบายทางวิชาการก่อนที่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) จะมีผลใช้บังคับ^๔ และต่อมาบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองได้นำมากำหนดไว้ในมาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑ แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวด้วย โดยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งดำเนินการแทนหน่วยงานของรัฐดำเนินการพิจารณาทางปกครองโดยปราศจากอคติและความเป็นกลางเพื่อคุ้มครองประชาชนให้ได้รับการพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมาย และเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้ง

* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ มาตรา ๑๖ ในกรณีที่กรรมการหรืออนุกรรมการเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องใด ๆ ห้ามมิให้กรรมการหรืออนุกรรมการผู้นั้นร่วมในการสืบสวนหรือสอบสวนเรื่องดังกล่าว

^๒ มาตรา ๑๗ กรรมการร่างกฎหมายผู้ใดมีส่วนได้เสียเป็นการส่วนตัวในเรื่องที่ปรึกษาหารือหรือเรื่องหนึ่งเรื่องใด ห้ามมิให้เข้าร่วมปรึกษาหารือในเรื่องนั้น

ประธานคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจวางระเบียบให้กรรมการร่างกฎหมายที่ประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพอื่นเป็นการขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการร่างกฎหมาย งดการเข้าร่วมปรึกษาหารือในกิจการของกรรมการร่างกฎหมายเป็นการชั่วคราวตลอดระยะเวลาที่ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นอยู่ได้

^๓ Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 1.

^๔ BVerwGE 16, 150 (152) = NJW 1963, 1640; BVerwGE 29, 70 = MDR 1968, 524; BVerwGE 38, 150 = NJW 1971, 1957; Haueisen, DVBl 1950, 774; Kirchhof, VerwArch 66 (1975), 370 ff.

กันของผลประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงความขัดแย้งในผลประโยชน์ระหว่างเจ้าหน้าที่ด้วยกันเอง

ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันได้ยอมรับแล้วว่าหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”^๕ ดังนั้น แม้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ยังคงอยู่ภายใต้หลักความเป็นกลางในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า การย้ายข้าราชการที่ไม่กระทบต่อตำแหน่งและสิทธิประโยชน์ของผู้ถูกย้ายย่อมทำให้การย้ายดังกล่าวมิใช่การออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่จะต้องพิจารณาหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการพิจารณาทางปกครองด้วยในฐานะ “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” แต่เฉพาะกรณีของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจในการออกคำสั่งย้ายเท่านั้น^๖

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดไว้ในมาตรา ๑๓ ถึงมาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) ดังนี้

๑. เหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางในเชิงภาวะวิสัย (objektiv) และเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางในเชิงอัตวิสัย (subjektiv)

บทบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดไว้ในมาตรา ๒๐ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) โดยกำหนดเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองในเชิงภาวะวิสัย (objektiv) เช่น (๑) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็น “คู่กรณี” เอง ซึ่งมีความมุ่งหมายในการหลีกเลี่ยงการพิจารณาทางปกครองโดยบุคคลที่มีผลประโยชน์ทับซ้อน^๗ (๒) ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือญาติของคู่กรณี (Angehöriger eines Beteiligten) ซึ่งได้แก่ คู่หมั้น (Verlobte) คู่สมรส (Ehegatte) หรือคูชีวิต (Lebenspartner) ญาติและญาติทางการสมรสสายตรง พี่น้อง บุตรของ พี่น้อง คู่สมรสของพี่น้อง หรือพี่น้องของคู่สมรส เป็นต้น หรือ (๓) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนของคู่กรณี เพราะอาจเกิดความขัดแย้งของการให้ความไว้วางใจในการกระทำการแทน (aufgrund eines möglichen Loyalitätskonfliktes der Vertretung)

สำหรับในระบบกฎหมายไทยกำหนดไว้ในมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งกำหนดไว้ในลักษณะเดียวกับมาตรา ๒๐ VwVfG โดยมาตรา ๑๓ กำหนดเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองในเชิงภาวะวิสัย (objektiv) เช่น การที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง คู่หมั้นหรือคู่สมรส หรือเป็นญาติของคู่กรณี ซึ่งการจัดลำดับของญาติ

^๕ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่กรณีการบรรจุแต่งตั้งพนักงานของสถาบันการบินพลเรือนที่ไม่ชอบด้วยระเบียบข้อบังคับ (เรื่องเสร็จที่ ๘๗๘/๒๕๕๖)

^๖ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๗๓๑/๒๕๕๕

^๗ Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 29.

คำนึงถึงความใกล้ชิดในครอบครัวเป็นสำคัญ ทำให้บทบัญญัติในส่วนนี้จะแตกต่างจากกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากวัฒนธรรมครอบครัวที่แตกต่างกัน เช่น ญาติทางการสมรสตามมาตรา ๒๐ วรรคห้า ข้อ ๓ VwVfG นับสายตรง แต่ตามมาตรา ๑๓ (๓) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน เหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองในเชิงภาวะวิสัย (objektiv) ต้องมีอยู่เมื่อเริ่มการพิจารณาและก่อนสิ้นสุดการพิจารณาทางปกครอง (nach Beginn und vor Abschluss des Verfahrens)^{๘๔} ยกเว้นในบางกรณี เช่น แม้ว่าการสมรสจะสิ้นสุดลงแล้ว แต่ก็ถือว่าคู่สมรสเก่า ญาติทางการสมรสเดิม และคู่สมรสเก่าของพี่น้องหรือพี่น้องของคู่สมรสเก่า ยังคงเป็นญาติของคู่กรณี (Angehöriger eines Beteiligten) ตามมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง ข้อ ๒ VwVfG ด้วย ซึ่งคล้ายกับกรณีตามมาตรา ๑๓ (๓) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่กำหนดเหตุต้องห้ามสำหรับผู้ที่เคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์ หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณีด้วย

นอกจากเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองในเชิงภาวะวิสัย (objektiv) แล้ว บทบัญญัติของกฎหมายยังยอมรับเหตุร้ายแรงอื่น ๆ ที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางด้วย ในระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดไว้ในมาตรา ๒๑ VwVfG หรือที่เรียกว่า **ข้อกังวล** เกี่ยวกับความไม่เป็นกลาง (Besorgnis der Befangenheit) ซึ่งข้อกังวลดังกล่าวต้องเป็นสาเหตุที่เป็นรูปธรรมและสมเหตุสมผลที่อาจทำให้เชื่อได้ว่าเจ้าหน้าที่ดำเนินการพิจารณาทางปกครองอย่างไม่เป็นกลางโดยอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ได้^{๘๕} โดยเป็นเหตุอื่น ๆ เช่น ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์ส่วนบุคคล^{๘๖} หรือความเป็นญาติที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๒๐ VwVfG อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า เหตุที่ทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางในเชิงอัตวิสัย (subjektiv) เช่น ความเป็นมิตรหรือความเป็นศัตรู^{๘๗} ความกลัว ความรู้สึกไม่พอใจหรือความโกรธระหว่างบุคคล ลำพังความคิดหรือความรู้สึกดังกล่าวแต่เพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง^{๘๘} แต่จะต้องมีการแสดงออกในเชิงภาวะวิสัย (objektiv) ด้วยจึงจะทำให้การพิจารณาทางปกครองเสียไป

ในระบบกฎหมายไทยได้กำหนด**เหตุร้ายแรงอื่น ๆ** ที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางไว้ในมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งในการพิจารณาเหตุที่ทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางในเชิงอัตวิสัย (subjektiv) ใช้หลักการเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมัน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๓๐/๒๕๕๐ กรณีนาย ก. (ผู้บังคับบัญชา) ถูกนางสาว ข. (ผู้ใต้บังคับบัญชา) ร้องเรียนกล่าวหาว่าแสดงพฤติกรรมลวนลามซึ่งทำให้นาย ก. ไม่พอใจ และแม้จะมีการไกล่เกลี่ยยุติปัญหาแล้ว แต่ก็ยังแสดงกริยาดูหมิ่นนางสาว ข. ตลอดมาจนมีการร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัด อีกทั้ง นาย ก. ยังได้เสนอความเห็นต่อนายกเทศมนตรีว่าไม่ควรเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้นางสาว ข. ด้วย เห็นได้ว่า นาย ก. มีอคติในการประเมินผลการปฏิบัติ

^{๘๔} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 22.

^{๘๕} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 21, Rn. 10.

^{๘๖} BVerwGE 16, 150 = NJW 1963, 1640.

^{๘๗} HessVGH JZ 1971, 257.

^{๘๘} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 21, Rn. 10.

ราชการดังกล่าวเพราะความโกรธเคืองหรือความขัดแย้งส่วนบุคคลจึงมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นกรณีที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๑๔๖/๒๕๕๔ กรณีที่นาย ค. (ผู้บังคับบัญชา) และนาง ง. (ผู้ใต้บังคับบัญชา) มีปัญหาความขัดแย้งกันอย่างรุนแรงในเรื่องส่วนตัวและหน้าที่ราชการถึงขั้นร้องทุกข์กล่าวโทษซึ่งกันและกัน ต่อพนักงานสอบสวน ต่อมา นาย ค. ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนพิจารณาความผิดนาง ง. ซึ่งนาย ค. ได้ร่วมเป็นกรรมการสอบสวนอยู่ด้วยและได้พิจารณามีคำสั่งลงโทษตัดเงินเดือนนาง ง. กรณีถือได้ว่ามีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การดำเนินการทางวินัยไม่เป็นกลาง นอกจากนี้ ยังหมายถึง เหตุที่ทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ด้วย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๖๘/๒๕๕๕ ที่วินิจฉัยกรณีนาย ก. (นายกเทศมนตรี) ได้อนุมัติจ้างห้างหุ้นส่วนจำกัด ข. ซึ่งมีนาย ค. บุตรชายของตน เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ให้ดำเนินโครงการซ่อมแซมถนนลูกรังและหินคลุกในเขตเทศบาล ถือเป็นกรณีที่ นาย ก. มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางและจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนี้ไม่ได้ตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

๒. ความเป็นบทสำรองของมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

โดยที่มาตรา ๒๐ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) กำหนดเหตุเฉพาะเจาะจงที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครอง (Ausschlussgründe) ไว้เข้มงวดมากกว่ามาตรา ๒๑ VwVfG ที่กำหนดเกี่ยวกับข้อกังวลเกี่ยวกับความไม่เป็นกลาง ดังนั้น การใช้บังคับบทบัญญัติทั้งสองกรณีในระบบกฎหมายเยอรมัน จึงต้องพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา ๒๐ VwVfG ในลำดับแรก หากไม่ปรากฏเหตุตามมาตรา ๒๐ VwVfG จึงจะพิจารณาต่อไปว่าปรากฏข้อกังวลเกี่ยวกับความไม่เป็นกลางตามมาตรา ๒๑ VwVfG หรือไม่ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา ๒๑ VwVfG เป็น “บทสำรอง (Subsidiarität)” โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจที่จะเลือกพิจารณามาตรา ๒๐ VwVfG หรือมาตรา ๒๑ VwVfG ก่อนหลัง แต่จะต้องพิจารณามาตรา ๒๐ VwVfG ในลำดับแรก (Vorrang) ก่อน^{๑๓} ส่วนมาตรา ๒๑ VwVfG มีสถานะเป็นบทบัญญัติที่ใช้อุดช่องว่างของกฎหมาย^{๑๔}

ในทำนองเดียวกัน ในระบบกฎหมายไทยควรต้องคำนึงถึงลำดับการใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ด้วย โดยมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ อยู่ในฐานะบทสำรองที่จะนำมาพิจารณาเมื่อไม่ปรากฏเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในบางกรณีไม่สอดคล้องกับ “ความเป็นบทสำรอง” ของมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๑๕๓/๒๕๕๔ ที่วินิจฉัยกรณีนาง อ. ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล ทำงานนอกเวลาราชการประจำคลินิกส่วนตัวของผู้อำนวยการโรงพยาบาลเดียวกันซึ่งเป็นกรรมการในคณะกรรมการพิจารณา

^{๑๓} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 9; § 21, Rn. 2; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 21, Rn. 1, Rn. 8.

^{๑๔} BVerwG NZA-RR 2003, 205 in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 21 Rn. 3.

ความเหมาะสมและคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาลด้วย ดังนั้น บุคคลทั้งสองจึงเป็นผู้ร่วมงานกันในฐานะผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้าง โดยผู้อำนวยการโรงพยาบาลมีฐานะเป็นนายจ้าง จึงเป็นกรณีที่กรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองมีเหตุอันมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงต้องห้ามมิให้พิจารณาทางปกครองในเรื่องดังกล่าว เมื่อผู้อำนวยการโรงพยาบาลมิได้หยุดการพิจารณาและแจ้งให้ประธานกรรมการทราบตามที่กำหนดในมาตรา ๑๖ วรรคสอง (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงทำให้มติของคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมและคัดเลือกฯ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองเป็นนายจ้างของคู่กรณีตามมาตรา ๑๓ (๕) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่คำพิพากษาดังกล่าวอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการพิจารณาทางปกครอง เนื่องจากปรากฏเหตุร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งไม่น่าจะถูกต้อง เพราะเป็นการละเลยความสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามลำดับก่อนหลัง อาจทำให้มาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่มีกรณีที่จะใช้บังคับอีกต่อไป เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดไว้อย่างกว้างและเป็นบทกวาดที่ครอบคลุมเหตุร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้พิจารณาเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในลำดับแรก เหตุดังกล่าวก็จะถูกพิจารณาเป็น “เหตุร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง” ตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ในทุกกรณี

นอกจากนี้ ลำดับก่อนหลังในการบังคับใช้มาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มีบทบาทสำคัญต่อประสิทธิภาพในการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อปรากฏเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวต้องดำเนินการตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง ที่กำหนดว่า “เมื่อมีกรณีตามมาตรา ๑๓ หรือคู่กรณีคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดเป็นบุคคลตามมาตรา ๑๓ ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อน และแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบเพื่อที่ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะได้มีคำสั่งต่อไป” การดำเนินการในส่วนนี้ยังไม่มีความชัดเจนว่าผู้บังคับบัญชาจะมีคำสั่งอย่างไร ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายและไม่ขัดแย้งกับการดำเนินการตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ผู้บังคับบัญชาจึงควรมีอำนาจเพียงพิจารณาว่า มีเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่ อันเป็นการพิจารณาการมีอยู่ของข้อเท็จจริงว่ามีเหตุการณ์ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น แต่จะไม่มีอำนาจดุลพินิจสั่งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนดังกล่าวดำเนินการพิจารณาทางปกครองต่อไป เพราะฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไว้อย่างเข้มงวดซึ่งเป็นข้อเท็จจริงในเชิงภาวะวิสัย

(objektiv) ที่ปรากฏอย่างชัดเจน นอกจากนี้ การดำเนินการเมื่อปรากฏเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๓ หรือมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดไว้แตกต่างกัน เพราะหากผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว บทบัญญัติของกฎหมายก็จะกำหนดไว้ชัดเจนดังเช่นมาตรา ๑๖ วรรคสอง (๓) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ^{๑๕} ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งโดยไม่ชักช้าว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่ และเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) เห็นได้ว่า การห้ามเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองเมื่อปรากฏเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๒๐ VwVfG ย่อมเป็นไปโดย “อัตโนมัติ”^{๑๖}

โดยที่การดำเนินการเมื่อปรากฏเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แตกต่างจากกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพบเหตุร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ (มาตรา ๑๖ วรรคสอง (๑)) และให้ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งโดยไม่ชักช้าว่า ผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่ (มาตรา ๑๖ วรรคสอง (๓)) ดังนั้น หากไม่มีการบังคับใช้เหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ทั้งที่เป็นกรณีที่เข้าข่ายตามมาตราดังกล่าว แต่ถือว่าเป็นเหตุร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ทุกกรณี ซึ่งผู้บังคับบัญชาต้องพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่ ทำให้การพิจารณาทางปกครองล่าช้าโดยไม่จำเป็นอันเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

๓. การฝ่าฝืนหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องแจ้งเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง (Mitteilungspflicht eines Amtswalters)

ในระบบกฎหมายเยอรมัน บทบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองมิได้มุ่งหมายที่จะกำหนดให้มีการคัดค้านเจ้าหน้าที่เป็นรายบุคคล แต่จะพิจารณาความเป็นกลางของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในนามของหน่วยงานของรัฐ คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ในที่นี้จึงมิได้จำกัดเฉพาะเจ้าหน้าที่ที่ดำเนินการพิจารณา

^{๑๕} มาตรา ๑๖ ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓ เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการ ดังนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(๓) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

๑.ล๑

๑.ล๑

^{๑๖} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 9; Rn. 20 ff.

ทางปกครอง^{๑๗} แต่หมายรวมถึงบุคคลอื่น ๆ ที่การเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาทางปกครองจะมีผลต่อการตัดสินใจของหน่วยงานของรัฐด้วย เช่น ผู้เชี่ยวชาญ เมื่อการตัดสินใจของหน่วยงานของรัฐอยู่บนพื้นฐานการให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญคนนั้น^{๑๘} นอกจากนี้ การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองต้องแจ้งถึงความมีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ทับซ้อนของตนเองเป็นไปตามหน้าที่ความไว้วางใจตามกฎหมายข้าราชการหรือหน้าที่ตามสัญญา (nach den beamtenrechtlichen Treue- oder seinen Vertragspflichten)^{๑๙} และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๑๖ วรรคสอง (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่กำหนดให้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พบว่าตนเองมีเหตุที่ห้ามเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครอง (มาตรา ๑๓) หรือเหตุร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง (มาตรา ๑๖) แจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เห็นได้ว่า การแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบเป็น “หน้าที่” ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่แจ้งเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง นอกจากจะทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจนำไปสู่การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้ว^{๒๐} เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นอาจถูกดำเนินการทางวินัยได้ เนื่องจากมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย^{๒๑}

๔. สิทธิในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจไม่มีความเป็นกลาง (Ablehnungsrecht des Beteiligten)

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในระบบกฎหมายเยอรมันยังไม่มีข้อความชัดเจนว่า คู่กรณีมีสิทธิในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องสงสัยว่าอาจมีเหตุที่ทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางหรือไม่^{๒๒}

^{๑๗} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 4.

^{๑๘} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 26.

^{๑๙} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 6.

^{๒๐} มีข้อสังเกตว่า ความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาแก้ไขกระบวนการที่บกพร่อง (Heilung von Verfahrensfehlern) เอาไว้

^{๒๑} มาตรา ๘๒ ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องกระทำการอันเป็นข้อปฏิบัติดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(๒) ต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบของทางราชการ มติของคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐบาล และปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ

๑.ล๑

๑.ล๑

มาตรา ๘๕ การกระทำผิดวินัยในลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

๑.ล๑

๑.ล๑

(๓) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๘๒ หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา ๘๓ อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

๑.ล๑

๑.ล๑

^{๒๒} Marré, Befangenheit im Verwaltungsverfahren (1960), S. 101.

Haueisen และ *Ule* เห็นว่าคู่กรณีมีสิทธิดังกล่าว^{๒๓} แต่ในทางตำราฝ่ายกฎหมายปกครองโดยส่วนใหญ่ปฏิเสธสิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจไม่มีความเป็นกลาง แต่ไม่ถึงกับตัดสิทธิคู่กรณีที่จะยกเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางในชั้นการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว^{๒๔} เมื่อรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) มีผลใช้บังคับแล้ว บทบัญญัติมาตรา ๒๐ VwVfG และมาตรา ๒๑ VwVfG ก็ได้กำหนดรับรองสิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจไม่มีความเป็นกลางไว้อย่างเป็นทางการ^{๒๕} รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลก็ได้รับรองสิทธิดังกล่าวไว้^{๒๖} เนื่องจากเกรงว่าการให้สิทธิดังกล่าวอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองล่าช้า^{๒๗} แต่แม้กระนั้น คู่กรณีอาจมีหนังสือร้องเรียนหรือร้องทุกข์อย่างไม่เป็นทางการเกี่ยวกับการเพิกเฉยต่อเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางได้^{๒๘} อย่างไรก็ตาม ในภายหลังมีความเห็นในทางวิชาการของ *Pünder* ที่สนับสนุนให้มีการกำหนดสิทธิในการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและข้อจำกัดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย (*de lege ferenda*)^{๒๙} สำหรับในระบบกฎหมายไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดให้คู่กรณีสามารถคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง (มาตรา ๑๔ และมาตรา ๑๖ วรรคสอง (๒)) ซึ่งสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ฝ่ายปกครองสมัยใหม่ควรสนับสนุนการมีส่วนร่วมในการพิจารณาทางปกครอง เพื่อส่งเสริมบทบาทของคู่กรณีในการคุ้มครองสิทธิของตนเองในการพิจารณาทางปกครองมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันการทำให้การพิจารณาทางปกครองล่าช้า สมควรที่ผู้รับคำคัดค้านของคู่กรณีจะต้องพิจารณาถึงเหตุแห่งการคัดค้านอย่างรอบคอบด้วย

๕. ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลาง

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางอันเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติมาตรา ๒๐ และมาตรา ๒๑ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) นั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของกระบวนการพิจารณาทางปกครอง^{๓๐} และมาตรา ๔๔ วรรคสาม ข้อ ๒ VwVfG กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นไปตามมาตรา ๒๐ ข้อ ๒ ถึงข้อ ๖ VwVfG ไม่ถึงกับเป็นโมฆะ (Nichtig) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กล่าวถึงผลทางกฎหมายกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้ตนเองอันเป็นการละเมิดมาตรา ๒๐ ข้อ (๑) VwVfG แต่อย่างใด

^{๒๓} Haueisen, DVBl 1950, 774 (776); Ule, DVBl 1957, 597 (602).

^{๒๔} BVerwGE 90, 287 = DVBl 1992, 1490; Kopp, BayVBl 1994, 109; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 3a, § 21, Rn. 4.

^{๒๕} Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 5; Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 3, 56.

^{๒๖} BVerwGE 29, 70.

^{๒๗} Begr. zu § 17 Entwurf 73 in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 5; Pünder in: Ehlers/Pünder, AllgVerwR, 15. Aufl. (2016), § 14, Rn. 8.

^{๒๘} Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 56.

^{๒๙} Pünder in: Ehlers/Pünder, AllgVerwR, 15. Aufl. (2016), § 14 Rn. 8.

^{๓๐} Pünder in: Ehlers/Pünder, AllgVerwR, 15. Aufl. (2016), § 14, Rn. 9.

แต่ก็ไม่อาจแปลความได้ว่า เมื่อไม่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของมาตรา ๔๔ วรรคสาม ข้อ ๒ VwVfG แล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะเป็นโมฆะ “โดยอัตโนมัติ” หากแต่จะต้องพิจารณาด้วยว่า ถ้าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีข้อบกพร่องตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของมาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง VwVfG^{๓๑} กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ “อาจจะ” เป็นโมฆะได้^{๓๒}

ในระบบกฎหมายไทยยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกให้ตนเอง แต่มีเพียงความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีดังกล่าวว่า คำสั่งที่ทําขึ้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้แต่ไม่ถึงกับไม่มีคำสั่งดังกล่าวอยู่เลย เช่น กรณีนายกเทศมนตรีนครสมุทรปราการซึ่งเป็นผู้ร่วมกระทำละเมิดออกคำสั่งให้ตนเองชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ย่อมทำให้ “คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรปราการในฐานะผู้กำกับดูแลจึงต้องแนะนำให้นายกเทศมนตรีนครสมุทรปราการ “ดำเนินการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”^{๓๓} หรือกรณีปลัด อบต. ปฏิบัติหน้าที่แทนนายก อบต. ได้ออกคำสั่งยุติเรื่องการดำเนินการทางวินัย กรณีที่ตนถูกสอบสวนว่าทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการในขณะดำรงตำแหน่งใน อบต. อีกแห่งหนึ่งถือเป็นกรณีตามมาตรา ๑๓ (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่ห้ามเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นคู่กรณีทำการพิจารณาทางปกครอง “จึงมีผลให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้แต่ไม่ถึงกับไม่มีคำสั่งดังกล่าวอยู่เลย”^{๓๔} อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง แต่หากเป็นการพิจารณาทางปกครองเพื่อออก “คำสั่งทางปกครองที่มีดุลพินิจลดลงจนเป็นศูนย์หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีดุลพินิจ” เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนดังกล่าวก็ยังสามารรถดำเนินการพิจารณาทางปกครองต่อไปได้ เพราะการเข้าร่วมในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่มีผลกระทบต่อการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในสาระสำคัญ ซึ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยพิจารณาให้ความเห็นไว้ในบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การคัดค้านผู้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัย (เรื่องเสรีจที่ ๔๘๓/๒๕๕๑) กรณีผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษทางวินัยในกรณีตามข้อ ๔๐ (๓) แห่ง กฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณา พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งต้องออกคำสั่งตามมติ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ไม่อาจมีคำสั่งให้แตกต่างกันไปได้ ย่อมไม่มีประเด็นว่าผู้อำนวยการฯ เป็นผู้มีส่วนที่ทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางหรือไม่

^{๓๑} § 44 Abs. 1 VwVfG: (1) Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. (คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ เมื่อปรากฏความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง)

^{๓๒} Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 66b.

^{๓๓} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและการพิจารณาอุทธรณ์ของเทศบาลนครสมุทรปราการ (เรื่องเสรีจที่ ๕๒๓/๒๕๕๐)

^{๓๔} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเพิกถอนคำสั่งยุติเรื่องการดำเนินการทางวินัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา ๘๐ พรรษา พ.ศ. ๒๕๕๐ (เรื่องเสรีจที่ ๖๓๔/๒๕๕๒)

แต่หากเป็นกรณีอื่นที่ผู้อำนวยการฯ สามารถพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรได้ อันเป็นกรณีที่สามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่งการได้ ก็อาจมีเหตุที่ทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้ตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่ทั้งนี้ แนวความเห็นดังกล่าวไม่ใช่บังคับแก่กรณีที่ปรากฏเหตุที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าร่วมการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ดังปรากฏตัวอย่างของคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙^{๓๕} โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยมีความเห็นว่า เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดในกรณีเดียวกันกับเจ้าหน้าที่รายอื่น ๆ ด้วย จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นคู่กรณีเอง เพราะหัวหน้าหน่วยงานของรัฐก็เป็นเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด และต้องรับผิดชอบย่อมเป็นการพิจารณาทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจึงไม่สามารถทำการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา ๑๓ (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ดังนั้น หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจึงต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบตามมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งนั้นมีการสั่งต่อไป^{๓๖} หรือตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๔๔/๒๕๕๓ ก็วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ในกรณีหัวหน้าหน่วยงานของรัฐผู้กระทำละเมิดเป็น “ผู้บริหารองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น” และต้องออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน นั้น ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวแตกต่างออกไปเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๖๙๔/๒๕๕๔ วินิจฉัยว่า กรณีที่ประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ออกคำสั่งให้ตนเองและเจ้าหน้าที่อีกสามคนที่กระทำละเมิดชดใช้เงินแก่ อบต. และเมื่อปรากฏเหตุสืบประการดังต่อไปนี้ ได้แก่ (๑) นายอำเภอในฐานะผู้กำกับดูแล อบต. ตามมาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะต้องเป็นผู้ออกคำสั่ง แต่คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของนายอำเภอก็จะมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกันกับคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของประธานกรรมการบริหาร อบต.

^{๓๕} คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ออกโดยหัวหน้าหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีดุลพินิจเนื่องจากข้อ ๑๘ วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ อย่างไรก็ตาม กรณีจะแตกต่างออกไปหากหน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งกำหนดให้ ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยหัวหน้าหน่วยงานของรัฐดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีดุลพินิจ

^{๓๖} บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนและการใช้มาตรการบังคับเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙: กรณีกระทรวงการคลังเห็นว่าเจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบเพิ่มเติมและจำนวนเงินที่ต้องชำระเพิ่มขึ้นหรือลดลง (เรื่องเสรีจที่ ๔๗๑/๒๕๔๙) และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและการพิจารณาอุทธรณ์ของเทศบาลนครสมุทรปราการ (เรื่องเสรีจที่ ๕๒๓/๒๕๕๐)

เช่นกัน (๒) คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวสร้างภาระต่อประธานกรรมการบริหาร อปต.เองในทางที่เป็นผลร้ายหรือเป็นลบ และ (๓) ในส่วนของเจ้าหน้าที่อีกสามคนมิได้โต้แย้งคำสั่งว่าแบ่งสัดส่วนความรับผิดชอบในการชดใช้เงินโดยไม่เป็นธรรม ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย หรือแบ่งสัดส่วนที่เป็นประโยชน์ต่อตนมากกว่า รวมทั้ง (๔) คำสั่งเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวออกตามความเห็นของกรมบัญชีกลาง ดังนั้น กรณีจึงเป็น “การกระทำที่ยังถือไม่ได้ว่ามีส่วนได้เสียและไม่เป็นกลาง” นอกจากนี้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๙๓๘/๒๕๕๘ วินิจฉัยยืนยันว่ากรณีที่ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกคำสั่งให้ตนเองและเจ้าหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดชดใช้เงินเป็นการออกคำสั่งตามที่ผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้กำกับดูแลสั่งการตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จึงถือเป็นการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัดเท่านั้น มิได้ใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว จึงไม่ขัดต่อหลักความเป็นกลางตามมาตรา ๑๓ (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นอกจากนี้ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๕ ซึ่งปรับปรุงข้อ ๑๘ วรรคหนึ่ง^{๓๗} ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดว่า หัวหน้าหน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ รวมทั้งราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้หัวหน้าของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสั่งการไปตามความเห็นของกระทรวงการคลัง จึงมีความชัดเจนว่า คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฯ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีดุลพินิจที่จะออกคำสั่งเป็นอย่างอื่น แต่จะต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังเท่านั้น

๖. การเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลาง

บทบัญญัติเกี่ยวกับการเยียวยาความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๔๕ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (VwVfG) มิได้กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางได้รับการเยียวยาดังเช่นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการยื่นคำขอหรือคำสั่งทางปกครองที่ต้องรับฟังคู่กรณี ซึ่งมาตรา ๔๕ VwVfG กำหนดให้มีการเยียวยากระบวนการพิจารณาทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวได้โดยให้มีการยื่นคำขอในภายหลังหรือรับฟังคู่กรณีในภายหลังได้ อย่างไรก็ตาม กรณีกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่บกพร่องเนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีความเป็นกลาง ในทางปฏิบัติกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวอาจมีการเยียวยาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนอื่นที่ไม่มีเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็น

^{๓๗} ข้อ ๑๘ เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ รวมทั้งราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้แต่งตั้งของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสั่งการไปตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

กลาง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนดังกล่าวดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปหรือรับรองกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ผิดพลาดนั้นก็ได้ แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองใหม่นั้นจะต้องมีขึ้นก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง^{๓๘} ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองจนกระทั่งออกคำสั่งทางปกครองแล้วย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในระบบกฎหมายไทยกำหนดไว้ในมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพื่อรองรับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเป็นกลางก่อนที่จะหยุดการพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เสียไป เว้นแต่เจ้าหน้าที่ผู้เข้าปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ถูกคัดค้านจะเห็นสมควรดำเนินการส่วนหนึ่งส่วนใดเสียใหม่ก็ได้

อนึ่ง มีประเด็นพิจารณาต่อไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะต้องถูกเพิกถอนหรือไม่ นั้น ในระบบกฎหมายเยอรมันจะต้องพิจารณาด้วยว่า หากความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ปรากฏอย่างชัดแจ้งว่ามีผลกระทบต่อผลของคำสั่งทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ได้ ตามมาตรา ๔๖ VwVfG^{๓๙} ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดพลาดที่ไม่ชัดแจ้งนี้ยังไม่มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

^{๓๘} Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 68.

^{๓๙} Kopp/Ramsauer, VwVfG Kommentar, § 20, Rn. 69; Pünder in: Ehlers/Pünder, AllgVerwR, 15. Aufl. (2016), § 14, Rn. 9.