



**การนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) มาใช้
ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบ
: ประสพการณ์จากระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายไทย**

วิชา เนตรหัตถ์สนั่น*

บทคัดย่อ

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) เป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้คุ้มครองสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองในกระบวนการสอบและการตรวจสอบได้ แต่มาตรการดังกล่าวกลับยังไม่ได้มีการนำมาใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบของไทยเท่าที่ควร ด้วยเหตุนี้ บทความฉบับนี้จึงจะได้นำเสนอเกี่ยวกับเงื่อนไข ขั้นตอน และวิธีการในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันผ่านตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบ 8 รูปแบบ ได้แก่ 1. การอนุญาตให้เข้าสอบชั่วคราว 2. การกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้กับผู้ที่มีความบกพร่องบางประการอันเป็นอุปสรรคต่อการสอบ 3. การปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากภาระบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการสอบ 4. สิทธิในการสอบซ่อม 5. การดำเนินการศึกษาตามหลักสูตรไปพลางก่อนในกรณีที่สอบไม่ผ่านบางรายวิชา 6. การออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราว 7. การให้เหตุผลประกอบการประเมินผลการสอบปากเปล่า และ 8. การประเมินผลคะแนนใหม่เป็นการชั่วคราว เพื่อเป็นแนวทางสำหรับศาลปกครองไทยในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบต่อไป

คำสำคัญ : บรรเทาทุกข์ชั่วคราว, วิธีการชั่วคราว, ข้อสอบ, คำขอที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์ (Vorwegnahme der Hauptsache), ดุลพินิจ, การป้องกันโรคระบาด

* Master of Laws “Deutsches Recht” (LL.M.) Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ความเบื้องต้น

ในสภาพสังคมปัจจุบัน เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการสอบเป็นหนึ่งในปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อความสำเร็จในชีวิตของปัจเจกบุคคลเป็นอย่างยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นการสอบเพื่อเข้าเรียนหรือศึกษาต่อ การสอบตามหลักสูตรของสถานศึกษา หรือการสอบเพื่อเข้าสู่วิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งก็ตาม โดยในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น สิทธิในกระบวนการสอบที่เป็นธรรมเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz, GG) ในฐานะที่เป็น “เสรีภาพในทางอาชีพ” (Berufsfreiheit) ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการสอบ ดูแลกระบวนการสอบ ตรวจสอบข้อสอบ หรือหน้าที่อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบ จะต้องใช้อำนาจของตนโดยคำนึงถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบเสมอ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในทางอาชีพเป็นเสรีภาพที่อาจจำกัดได้ด้วยคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญประการอื่นภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ¹ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิของบุคคลอื่นในชีวิตและร่างกายของตน สิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งในทางราชการ หรือแม้กระทั่งความเสมอภาคกันระหว่างผู้เข้าสอบ อันเป็นความเสมอภาคที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน และมักเป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาโต้แย้งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบมากที่สุด และเป็นสาเหตุให้มีคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบข้อสอบขึ้นสู่ศาลปกครองเป็นจำนวนมากในประเทศเยอรมัน

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมัน การกิจของรัฐในการประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ (Pflicht zur Gewährleistung effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes) ตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของกฎหมายพื้นฐาน นั้น ไม่ได้เป็นการประกันประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีเท่านั้น แต่ต้องคุ้มครองการต้องเป็นที่พึ่งของประชาชนได้ในระดับที่ว่า เมื่อการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองส่งผลกระทบต่อประชาชนแล้ว ประชาชนย่อมร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ตนในระหว่างที่รอผลของกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีได้ ซึ่งรวมไปถึงการขอคุ้มครองชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับ

¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบข้อสอบที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่วิชาชีพต่าง ๆ เช่น แพทย์ นักกฎหมาย หรือในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ ซึ่งศาลปกครองมักต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้สอบไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ (ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความเสมอภาคระหว่างผู้เข้าสอบ) และการเสรีภาพในการเข้าสู่วิชาชีพของผู้เข้าสอบ ด้วยเหตุนี้ การปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการสอบ จึงมิใช่เหตุที่ผู้ตรวจสอบข้อสอบจะต้องปฏิเสธการตรวจสอบข้อสอบทั้งฉบับเสมอไป แต่ต้องพิจารณาปัจจัยแวดล้อมประกอบด้วยว่าพฤติการณ์เช่นนั้น ร้ายแรงถึงขนาดที่จะปฏิเสธการตรวจให้คะแนนข้อสอบฉบับดังกล่าวทั้งหมดหรือไม่

กระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ เนื่องจากกระบวนการสอบนั้น โดยหลักแล้วเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเพียงครั้งเดียว เมื่อเกิดข้อผิดพลาดอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วก็ย่อมยากต่อการเยียวยาให้กลับมาสู่สภาพเดิมได้ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่ประสงค์จะให้ตนได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยศาลปกครองจึงมักจะมีคำขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของตนในระหว่างที่รอผลการพิจารณาคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีมาด้วยเสมอ และรูปแบบของวิธีการชั่วคราวที่มักจะใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบก็คือ “มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” (einstweilige Anordnung) อันเป็นมาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในสถานะที่เป็นอยู่ หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของผู้ยื่นคำขอเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี อันเป็นกระบวนการพิจารณาที่แยกออกมาจากกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี (selbstständiges Verfahren) ผู้ยื่นคำขอจึงสามารถยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ แม้จะยังไม่ได้ยื่นคำฟ้องก็ตาม²

สาเหตุที่ “มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” ถูกนำมาใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบหรือการตรวจข้อสอบมากกว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง” (aufschiebende Wirkung) ก็เนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของการฟ้องในคดีเกี่ยวกับการสอบมักจะเป็นการกำหนดภาระให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์จะเป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม การทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธ (เช่น คำสั่งปฏิเสธไม่ให้เข้าศึกษา) ก็มักจะไม่ก่อประโยชน์อันใดให้แก่ผู้ฟ้องคดีในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากการทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธนั้นมีผลเป็นเพียงการหน่วงผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนเท่านั้น แต่มิได้มีผลในเชิงบวกให้ผู้ยื่นคำขอได้รับอนุญาตให้เข้าศึกษาเป็นการชั่วคราว ได้รับการประเมินผลคะแนนใหม่ หรือได้รับการกำหนดมาตรการอื่นใดเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะของผู้ยื่นคำขอไปพลางก่อนแต่อย่างใด³

ด้วยเหตุนี้ ในบทความฉบับนี้จะได้กล่าวถึงกลไกในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ในระบบกฎหมายเยอรมัน (หัวข้อที่ 1.) พร้อมทั้งตัวอย่างการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ใน 8 รูปแบบเพื่อนำมาใช้คุ้มครองผู้สอบในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี (หัวข้อที่ 2.) เพื่อสุดท้ายจะได้นำหลักการที่ได้ไปใช้ในการเปรียบเทียบและวิเคราะห์ถึงแนวทางที่ศาลปกครองของไทยจะนำกลไกในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ไปใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการประเมินผลสอบ (หัวข้อที่ 3.)

² รายละเอียดโปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 1.1

³ ตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมของการนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไปใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ โปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 2.

1. มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) ในระบบกฎหมายเยอรมัน

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันปรากฏอยู่ในมาตรา 123 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO) ซึ่งบัญญัติว่า

“(1)⁴ เมื่อมีการยื่นคำขอ [ให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว] แม้ยังมิได้มีการยื่นคำฟ้องต่อศาลก็ตาม ศาลสามารถกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวอันเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทได้ หากสภาพแห่งข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปอาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ผู้ยื่นคำขอจะไม่สามารถบังคับตามสิทธิของตนตามกฎหมายได้ หรือการใช้สิทธิตามกฎหมายของผู้ยื่นคำขอจะเป็นไปได้อย่างยั่งยืน ทั้งนี้ ศาลสามารถกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ (Regelung) ที่มีผลเป็นการยืนยันสถานะบางประการไว้เป็นการชั่วคราว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของนิติสัมพันธ์ที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่อง เพื่อป้องกันผลกระทบที่ร้ายแรงต่อผู้ยื่นคำขอ เพื่อป้องกันอันตรายที่ใกล้จะถึง หรือเพื่อเหตุจำเป็นอื่นใด

(2) ให้ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักแห่งคดีเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณา กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักแห่งคดี หมายถึง ศาลปกครองซึ่งเป็นผู้พิจารณาตัดสินเป็นศาลแรก และในกรณีที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์ หมายถึง ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ทั้งนี้ ให้นำมาตรา 80 วรรคแปด มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(3) ในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้นำมาตรา 920 มาตรา 921 มาตรา 923 มาตรา 926 มาตรา 928 ถึงมาตรา 932 มาตรา 938 มาตรา 939 มาตรา 941 และมาตรา 945 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(4) ให้ศาลวินิจฉัยคำขอในรูปของคำสั่ง (Beschluss)

(5) ความตามวรรคหนึ่งถึงวรรคสาม มิให้นำมาใช้กับกรณีของการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายตามมาตรา 80 และมาตรา 80a”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถพิจารณาลักษณะและการใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้จาก 3 ประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้ ได้แก่ สถานะทางกฎหมายของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (หัวข้อที่ 1.1) ประเภทของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (หัวข้อที่ 1.2) และหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (หัวข้อที่ 1.3)

1.1 สถานะทางกฎหมายของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) เป็นเครื่องมือที่ช่วยให้ศาลสามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ยื่นคำขอ (ผู้ฟ้องคดี) ในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี โดยการพิจารณาคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้น เป็นกระบวนการ

⁴ วงเล็บในที่นี้แสดงถึงวรรค มิใช่เลขมาตราเหมือนในระบบกฎหมายไทยแต่อย่างใด



พิจารณาที่แยกออกมาจากกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี (selbstständiges Verfahren) ผู้ยื่นคำขอจึงสามารถยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ แม้จะยังไม่ได้ยื่นคำฟ้องก็ตาม

อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำมาตราการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไปใช้เป็นเครื่องมือในการกดดัน (Druckmittel) ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมิได้มีความประสงค์ที่จะยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีหลักต่อไป⁵ มาตรา 123 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง จึงได้กำหนดให้นำมาตรา 926 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม ผลของการนำมาตรา 926 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้กับกระบวนการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครอง ก็คือ ในกรณีที่ศาลได้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอ โดยที่ผู้ยื่นคำขอยังมิได้ยื่นคำฟ้องต่อศาล (คดียังมีไต่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล) หากผู้ถูกฟ้องคดียื่นคำร้องต่อศาล **ศาลจะต้องกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด**⁶ หากผู้ยื่นคำขอมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไม่ได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถยื่นคำขอให้ศาลเพิกถอนมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ศาลกำหนดไว้ได้⁷

นอกจากนี้ มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวยังทำหน้าที่เป็นส่วนเติมเต็มมิให้เกิดช่องว่างในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างการพิจารณา ในส่วนที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการชั่วคราวระหว่างการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามมาตรา 123 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง จะไม่นำไปใช้กับกรณีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 80 และมาตรา 80a หรือกรณีการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ใช้สำหรับกฎโดยเฉพาะตามมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ด้วยเหตุนี้ มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามมาตรา 123 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง จึงสามารถนำไปใช้กับกรณีอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวไว้ข้างต้นได้เท่านั้น กล่าวคือ สามารถนำไปใช้ได้กับการฟ้องเพื่อกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) การฟ้องทั่วไปเพื่อกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (allgemeine Leistungsklage) หรือการฟ้องเพื่อยืนยันนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน (Feststellungsklage) เท่านั้น โดยข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองและมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก็คือ การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเป็นกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่ซับซ้อน (kompliziertes Wechselspiel) ระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณา

⁵ เทียบเคียงกับ Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, Zivilprozessordnung, 78. Aufl., München 2020, § 926 Rn. 2.

⁶ มาตรา 926 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

⁷ มาตรา 926 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อุทธรณ์ฝ่ายหนึ่งกับศาลอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับผู้มีส่วนได้เสียในคดีเท่านั้น⁸

1.2 ประเภทของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

มาตรา 123 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง บัญญัติให้ศาลสามารถกำหนดคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้ 2 รูปแบบ ได้แก่

รูปแบบที่หนึ่ง มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงป้องกัน (Sicherungsanordnung)

กล่าวคือ เป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเปลี่ยนแปลงสถานะที่มีอยู่เดิม (Bewahrung des status quo)⁹ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองงดเว้นกระทำการประการใดประการหนึ่ง (Unterlassungsgebot) อันเป็นการกระทำที่ขัดขวางมิให้ผู้ยื่นคำขอบังคับตามสิทธิที่ตนมีอยู่ได้ (Verwirklichung des Rechts) หรือทำให้ผู้ยื่นคำขอเกิดอุปสรรคในการใช้สิทธิของตนเกินสมควร¹⁰ เช่น การขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อมิให้มีการเวนคืนที่ดินของผู้ยื่นคำขอไปใช้ในการสร้างถนน อันเป็นกรณีที่ศาลใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงป้องกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทางทรัพย์สินของผู้ยื่นคำขอตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน หรือการขอให้ศาลงดการบรรจุตำแหน่งราชการให้แก่ผู้สมัครรายอื่นไว้ชั่วคราวในระหว่างที่ยังมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิได้รับการบรรจุในตำแหน่งดังกล่าว อันเป็นกรณีที่ศาลใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงป้องกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ยื่นคำขอในการเข้าสู่ตำแหน่งทางราชการตามมาตรา 33 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน¹¹

รูปแบบที่สอง มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงกำหนดกฎเกณฑ์ (Regelungsanordnung)

เป็นการกำหนดมาตรการเพื่อให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการชั่วคราว อันมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะที่มีอยู่เดิม (Veränderung des status quo)¹² เพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหายต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ยื่นคำขอ อันเป็นผลกระทบที่ร้ายแรงและยากที่จะเยียวยาแก้ไขในภายหลังได้ โดยมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในเชิงกำหนดกฎเกณฑ์เป็นรูปแบบของมาตรการที่ถูกนำมาใช้ในการกำหนดวิธีการชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบหรือการตรวจสอบมากที่สุด เนื่องจากในคดีประเภทดังกล่าวผู้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวระหว่างการพิจารณามักจะไม่ได้ประสงค์เพียงระงับผลของคำสั่งทางปกครองหรือกฎ

⁸ Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., § 33 Rn. 1.

⁹ Happ, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München 2018, § 123 Rn. 21.

¹⁰ Happ, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München 2018, § 123 Rn. 18.

¹¹ ตัวอย่างจาก Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, Rn. 1528.

¹² Happ, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, § 123 Rn. 21.



หรือระงับการกระทำของฝ่ายปกครองบางประการเท่านั้น แต่ยังประสงค์จะให้ฝ่ายปกครอง “กระทำการ” อย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้ตนได้เข้าสอบได้โดยปราศจากอุปสรรค เพื่อให้ตนได้เข้าศึกษาหรือดำเนินการศึกษาต่อเป็นการชั่วคราว หรือเพื่อให้มีการประเมินผลคะแนนของตนใหม่อีกครั้ง เป็นต้น¹³

1.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

มาตรา 123 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความพิพาทปกครอง ประกอบ มาตรา 920 วรรคสอง และมาตรา 924 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้ ผู้ที่ยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้น จะต้องยืนยันข้อเท็จจริงในเบื้องต้น (Glaubhaftmachung)¹⁴ ให้ศาลเห็นว่า ตนมีโอกาสชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลัก แห่งคดี¹⁵ โดยการแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่า ตนเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอ และมาตรการบรรเทาทุกข์ ชั่วคราวตามคำขอนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของตน ทั้งคำขอของผู้ยื่นคำขอจะต้อง ไม่เป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีเสร็จสิ้นไปก่อน ด้วยเหตุนี้ การพิจารณา ออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจึงมีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการที่ศาลต้องพิจารณา ได้แก่ สิทธิในการยื่นคำขอ (Anordnungsanspruch) (หัวข้อที่ 1.3.1) เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsgrund) (หัวข้อที่ 1.3.2) และไม่มีลักษณะที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี ไร้ประโยชน์ (Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache) (หัวข้อที่ 1.3.3)

¹³ ตัวอย่างของรูปแบบการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 2.

¹⁴ การยืนยันข้อเท็จจริงเบื้องต้นต่อศาล (Glaubhaftmachung) เป็นมาตรฐานในการเสนอพยานหลักฐาน ขั้นต่ำที่สุดที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมัน โดยในกระบวนการดังกล่าวผู้ยื่นคำขอให้ศาล กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจะต้องเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ต่อศาล อันเป็นพยานหลักฐานที่ศาลสามารถ ตรวจสอบได้ทันที และอาจสาบานตนเพิ่มเติมได้ว่าถ้อยคำที่ตนได้ให้แก่ศาลทั้งหมดนั้นเป็นความจริง (Versicherung an Eides statt) Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, Zivilprozessordnung, 78. Aufl., München 2020, § 294, Rn. 1-11.

¹⁵ ในทางวิชาการได้มีความพยายามในการนิยามระดับของความเป็นไปได้ที่จะชนะคดีด้วยคำสำคัญต่าง ๆ เช่น “มีความเป็นไปได้สูงยิ่งที่จะชนะคดี” (sehr hohe Wahrscheinlichkeit) “มีความเป็นไปได้สูงที่จะชนะคดี” (hohe Wahrscheinlichkeit) “มีโอกาที่จะชนะคดีมากกว่าโอกาที่จะแพ้คดี” (überwiegende Erfolgsaussicht) “มีข้อบ่งชี้ สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงโอกาสที่จะชนะคดี” (gewichtige Anhaltspunkte) “มีความน่าจะเป็นที่เพียงพอต่อการชนะคดี” (hinreichende Wahrscheinlichkeit) อย่างไรก็ตาม ได้มีนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่า การนำเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับโอกาส ในการชนะคดีมาประกอบการพิจารณานั้น ไม่ถูกต้อง เพราะหลักการสำคัญไม่ได้อยู่ที่ว่าผู้ยื่นคำขอจะมีโอกาสชนะคดี มากน้อยเพียงใด แต่ขึ้นอยู่กับว่าเกิดข้อสงสัยในความชอบด้วยกฎหมายของคำฟ้องในส่วนที่เป็นเนื้อหาของคำฟ้อง (Begründetheit) มากน้อยเพียงใด รายละเอียดเกี่ยวกับข้อโต้แย้งต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยืนยันข้อเท็จจริง ต่อศาล เพื่อขอให้ศาลคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวระหว่างพิจารณา โปรดดู Zimmerling, Brehm, Die vorläufige Rechtsschutz im Prüfungsrecht, NVwZ 2004, 651 (651).

1.3.1 สิทธิในการยื่นคำขอ (Anordnungsanspruch)

การจะพิจารณาว่าผู้ยื่นคำขอเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอหรือไม่นั้น ศาลจะต้องพิจารณาสิทธิของผู้ฟ้องคดีในเชิงเนื้อหา (Begründetheit) ตามเงื่อนไขของการยื่นฟ้องคดีหลัก¹⁶ ซึ่งในกรณีของสิทธิในการยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการสอบและการตรวจสอบนั้นก็คือ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสอบ หรือความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบนั่นเอง

1.3.2 เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsgrund)

ในลำดับถัดไปศาลจะต้องตรวจสอบว่า การกำหนดคำสั่งบรรเทาทุกข์ให้แก่ ผู้ฟ้องคดีนั้น มีความจำเป็นหรือไม่ กล่าวคือ ต้องตรวจสอบว่าการปล่อยให้ผู้ยื่นคำขอต้องรอคำวินิจฉัย หรือคำสั่งในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีนั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของ ผู้ฟ้องคดีเกินสมควรหรือไม่ โดยต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ในการใช้สิทธิของผู้ฟ้องคดี ผลกระทบ ต่อบุคคลภายนอก และผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ (Interessenabwägung) โดยนำ สถานการณ์ในกรณีที่ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ผู้ยื่นคำขอมาเปรียบเทียบกับสถานการณ์ ในกรณีที่ศาลไม่ได้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ผู้ยื่นคำขอ¹⁷ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าว โดยสรุปได้ว่า การตรวจสอบเหตุจำเป็นก็คือ การตรวจสอบ “ความจำเป็นเร่งด่วนในการกำหนดมาตรการ บรรเทาทุกข์ชั่วคราว” (Eilbedürftigkeit)¹⁸ นั่นเอง

1.3.3 ไม่มีลักษณะที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลัก แห่งคดีไร้ประโยชน์ (Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache)

กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการขอบรรเทาทุกข์มีลักษณะเป็นกระบวนการ พิจารณาที่ต้องดำเนินการไปชั่วคราวในระหว่างที่รอคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาในกระบวนการพิจารณาของศาล ในประเด็นหลักแห่งคดี ด้วยเหตุนี้ โดยทั่วไปแล้วกระบวนการพิจารณาดังกล่าวจึงต้องไม่มีลักษณะเป็นการดำเนิน กระบวนการพิจารณาที่เสร็จสิ้นในตัว เช่น หากผู้ยื่นคำขอต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราว เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งว่า ให้ตนเข้าไปใช้พื้นที่ตั้งแผงลอยในเทศบาลประจำปี เช่นนี้แล้วหากศาล อนุญาตตามคำขอก็ย่อมทำให้ผู้ยื่นคำขอไม่จำเป็นต้องยื่นคำฟ้องเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล

¹⁶ Funke-Kaiser, in: Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, Baden-Baden 2008, § 4 Rn. 458.

¹⁷ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. München 2019, Rn. 1534.

¹⁸ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. München 2019, Rn. 1531.



ในประเด็นหลักแห่งคดีต่อไป เป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีเสร็จสิ้นไปก่อน ในทางข้อเท็จจริง (faktische Vorwegnahme der Hauptsache) ในกรณีเช่นนี้ศาลจึงอาจสั่งไม่อนุญาตตามคำขอได้

อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการประกันประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (Effektivität des Rechtsschutzes) ในกรณีศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า หากไม่มีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวแล้ว จะก่อให้เกิด**ความเสียหายต่อผู้ยื่นคำขออย่างยิ่งยวดเกินสมควร** (schlechthin unzumutbar) และเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า **มีความเป็นไปได้ที่สูงยิ่งที่ผู้ยื่นคำขอจะชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี** (eindeutig überwiegende Erfolgsaussichten)¹⁹ ศาลสามารถกำหนดวิธีการชั่วคราวให้เป็นไปตามคำขอได้ เช่น ในกรณีที่นักเรียนที่ต้องเรียนข้ามชั้นแล้วยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อให้ตนไปเข้าเรียนในชั้นเรียนถัดไปก่อนที่จะกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีจะเริ่มต้น หากศาลผู้พิจารณาคำขอเห็นว่า การปล่อยระยะเวลาให้ผ่านไปเนิ่นนานจะทำให้นักเรียนได้รับความเสียหายเกินสมควร และเห็นว่าโอกาสที่ผู้ยื่นคำขอจะชนะคดีในคดีหลักมีสูงอย่างยิ่ง ศาลก็สามารถออกคำสั่งให้มีมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามคำขอไปพลางก่อนได้²⁰

2. ตัวอย่างการนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไปใช้ในการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการสอบที่เป็นธรรม

เนื่องจากการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้นสามารถทำได้อย่างหลากหลาย ในส่วนที่ 2 นี้ จึงได้รวบรวมตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการนำมาตรการบรรเทาทุกข์ใน 8 รูปแบบ ได้แก่ 1. การอนุญาตให้เข้าสอบชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.1) 2. การกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้แก่ผู้ที่มีความบกพร่องบางประการอันเป็นอุปสรรคต่อการสอบ (หัวข้อที่ 2.2) 3. การปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากภาระบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการสอบ (หัวข้อที่ 2.3) 4. สิทธิในการสอบซ่อม (หัวข้อที่ 2.4) 5. การดำเนินการศึกษาตามหลักสูตรไปพลางก่อนในกรณีที่สอบไม่ผ่านบางรายวิชา (หัวข้อที่ 2.5) 6. การออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.6) 7. การให้เหตุผลประกอบการประเมินผลการสอบปากเปล่า (หัวข้อที่ 2.7) และ 8. การประเมินผลคะแนนใหม่เป็นการชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.8)

2.1 การอนุญาตให้เข้าสอบชั่วคราว (vorläufige Zulassung zu einer Prüfung)

ตัวอย่างของคำขอในรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมสธ บาดิน-เวือร์ทเทิมแบร์ค ฉบับลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 2017 ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าในข้อสอบวิชากฎหมายของรัฐเป็นการชั่วคราว (หัวข้อที่ 2.1.1) และคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองชตุทท์การ์ท ฉบับลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2010 ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าเป็นการชั่วคราวสำหรับนักเรียนในระดับชั้นมัธยมศึกษา (หัวข้อที่ 2.1.2)

¹⁹ Schenke, Wolf-Rüdeger, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2012, § 25 Rn. 1036.

²⁰ BVerwG, NVwZ 2011, 358 (361).

2.1.1 การขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าในข้อสอบวิชากฎหมายของรัฐ (คำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์ค (OVG Baden-Württemberg) ฉบับลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 2017)²¹

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ที่สอบไม่ผ่าน “ข้อสอบวิชากฎหมายของรัฐ ภาคหนึ่ง” (Staatsprüfung in der Ersten juristischen Prüfung) ในส่วนข้อเขียน จึงได้ฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบ และเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ตนในกรณีที่ดินชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี ผู้ยื่นคำขอจึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการให้ตนได้เข้าสอบวิชากฎหมายของรัฐ ในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่าไปก่อนระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์คพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้ยื่นคำขอในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความยากง่ายของข้อสอบนั้น ไม่อาจทำให้ผู้ยื่นคำขอชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีได้ เพราะการกำหนดความยากง่ายของข้อสอบ (Schwierigkeitsgrad) และการให้คะแนนโดยประเมินจากภาพรวมของการตอบข้อสอบ (Gesamteindruck) นั้น เป็นดุลพินิจโดยแท้ของผู้ออกข้อสอบและผู้ตรวจข้อสอบในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลปกครองไม่อาจตรวจสอบได้²² ผู้ยื่นคำขอจึงไม่มีสิทธิในการยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) และด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีคำสั่งให้ยกคำขอดังกล่าว

2.1.2 การขออนุญาตเข้าสอบปากเปล่าสำหรับนักเรียนในระดับชั้นมัธยมศึกษา (คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองชตุทท์การ์ท (VG Stuttgart) ฉบับลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2010)²³

²¹ VGH Bad.-Wttbg. Beschl. v. 19.4.2017 – 9 S 673/17, BeckRS 2017, 109291.

²² ศาลปกครองของเยอรมันได้แบ่งประเภทของการใช้ดุลพินิจของผู้ตรวจข้อสอบออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง “การประเมินผลที่เกี่ยวข้องกับความรู้ทั่วไปในทางหลักวิชา” (fachliche Wertung) ซึ่งหมายถึง การประเมินว่าคำตอบของผู้ตอบข้อสอบนั้น เป็นคำตอบที่ถูกต้องตามเฉลย (richtig) หรือเป็นคำตอบที่เทียบเคียงได้กับคำตอบตามเฉลย (vertretbar) หรือไม่ อันเป็นการใช้ดุลพินิจที่ศาลปกครองสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ และประการที่สอง “การประเมินผลที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของผู้ตรวจข้อสอบโดยแท้” เช่น การออกแบบความยากง่ายของข้อสอบให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการประเมิน การประเมินคุณภาพของการเรียบเรียงภาษาที่ใช้ในการตอบข้อสอบหรือวิธีการให้เหตุผลในการตอบข้อสอบ การประเมินผลโดยมองภาพรวมของการตอบข้อสอบ (Gesamteindruck) การกำหนดระดับคะแนน อันเป็นการใช้ดุลพินิจที่ศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ รายละเอียดโปรดดู วิชา เนตรหัตถ์, บทวิเคราะห์คดี เรื่อง อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ (แดนอิสระในการวินิจฉัย) ในการตรวจข้อสอบอัตรีย์ของเนติบัณฑิตยสภา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 2153/2559), สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2562, หน้า 9.

²³ VG Stuttgart Beschl. v. 19.7.2010 – 12 K 2441/10, BeckRS 2010, 51286.

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักเรียนระดับชั้นมัธยมศึกษาในสถานศึกษารูปแบบ Gymnasium²⁴ มีผลการสอบในวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศ (Informatik) เพียง 2 คะแนน ซึ่งยังไม่ถึง 5 คะแนน อันเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำที่จะผ่านการทดสอบในรายวิชาดังกล่าว และการสอบผ่านในรายวิชาดังกล่าวก็เป็นเงื่อนไขในการที่จะเป็นผู้มีสิทธิเข้าสอบประมวลความรู้ในระดับชั้นมัธยมศึกษาในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่า (mündliche Abiturprüfung) ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงมีคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบประมวลความรู้ในระดับชั้นมัธยมศึกษาในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่าไปพลางก่อนในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี โดยกล่าวอ้างว่า การจัดสอบวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศในวันเดียวกันกับวิชาเคมีนั้น เป็นการจัดการสอบที่ขัดต่อมาตรา 8 วรรคสาม ของประกาศกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการให้คะแนน (Verordnung des Kultusministeriums über die Notenbildung) ซึ่งกำหนดว่าผู้จัดการสอบ “ไม่ควร”²⁵ จัดให้มีการสอบมากกว่าหนึ่งวิชาในวันเดียวกัน

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองชตุท์การ์ทพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การจัดสอบวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศในวันเดียวกันกับวิชาเคมีจะขัดต่อระเบียบฉบับดังกล่าวหรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่ศาลยังไม่อาจตัดสินได้ แต่ถึงแม้การจัดสอบในวันเดียวกันจะขัดต่อระเบียบดังกล่าวจริง ผู้ยื่นคำขอก็ไม่อาจยื่นคำขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ตรวจข้อสอบประเมินผลการสอบในวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศใหม่อีกครั้งได้ เพราะถึงแม้ความจะปรากฏต่อศาลในภายหลังว่าการจัดสอบขัดต่อประกาศกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการให้คะแนนจริง ก็มีผลเพียงทำให้การสอบในครั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้มีผลทำให้ดุลพินิจของผู้ตรวจข้อสอบไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วยแต่อย่างใด

สิ่งที่ทำได้ก็คือ การยื่นคำขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้มีการจัดสอบในรายวิชาดังกล่าวใหม่อีกครั้ง และนำผลคะแนนที่ได้จากการสอบในครั้งใหม่นี้มาเป็นผลคะแนนของวิชาเทคโนโลยีและสารสนเทศแทนที่ผลคะแนนเดิมที่ผู้ยื่นคำขอได้รับเท่านั้น เมื่อยังไม่มีมีการประเมินคะแนนใหม่ในรายวิชาดังกล่าว ศาลจึงไม่อาจกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบประมวลความรู้ในระดับชั้นมัธยมศึกษาในส่วนที่เป็นข้อสอบปากเปล่าไปพลางก่อนได้ และด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องมีคำสั่งยกคำขอดังกล่าว

²⁴ การศึกษาในระดับชั้นมัธยมศึกษาในสถานศึกษารูปแบบ Gymnasium นั้น เป็นการศึกษาเพื่อเตรียมพร้อมนักเรียนเข้าสู่การศึกษาในระดับวิทยาลัย หลักสูตรของสถานศึกษารูปแบบดังกล่าวจึงเน้นหนักในการเรียนการสอนที่เป็นวิชาการมากกว่าสถานศึกษาในรูปแบบอื่น เช่น สถานศึกษาในรูปแบบ Realschule และสถานศึกษาในรูปแบบ Hauptschule ซึ่งเน้นหนักไปในการเรียนการสอนเพื่อเตรียมพร้อมนักเรียนเข้าสู่การประกอบอาชีพโดยตรงมากกว่า

²⁵ มาจากคำว่า “soll” ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายในลักษณะที่แม้จะเป็นการให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ก็ตาม แต่การที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจที่แตกต่างไปจากองค์ประกอบของกฎหมายก็เป็นเพียงกรณียกเว้นที่เจ้าหน้าที่ต้องให้เหตุผลประกอบเป็นพิเศษเท่านั้น

2.2 การกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้แก่ผู้ที่มีความบกพร่องบางประการอันเป็นอุปสรรคต่อการสอบ (Gewährung eines Nachteilsausgleichs)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนีเดอร์ซัคเซิน (OVG Niedersachsen) ฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 2008²⁶ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการเพื่อชดเชยให้แก่ผู้ที่มี “ภาวะเสียการอ่านรู้ความ” (Legastheniker, dyslexia)

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้ที่มี “ภาวะเสียการอ่านรู้ความ” หรือ “ภาวะอ่านไม่เข้าใจ” (Legastheniker, dyslexia)²⁷ จึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวด้วยการเพิ่มเวลาในการทำข้อสอบ (Schreibzeitverlängerung) ในอัตราส่วนร้อยละ 25 จากระยะเวลาในการทำข้อสอบเดิม และกำหนดมาตรการในการคุ้มครองคะแนน (Notenschutz) อันเป็นมาตรการคุ้มครองไม่ให้ผู้ตรวจข้อสอบนำข้อผิดพลาดต่าง ๆ ที่เกิดจากความบกพร่องในการอ่านเขียนมาเป็นปัจจัยในการประเมินผลคะแนน

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนีเดอร์ซัคเซินพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเพิ่มเวลาในการทำข้อสอบ (Schreibzeitverlängerung) นั้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนีเดอร์ซัคเซินเห็นว่า ความสามารถในการอ่านเป็นสิ่งจำเป็นต่อวิชาใด ๆ ก็ตามที่ไม่ใช่วิชาคณิตศาสตร์หรือวิชาวิทยาศาสตร์ (nichtmathematisch-naturwissenschaftliche Fächer) เท่านั้น การเพิ่มระยะเวลาให้แก่ผู้ที่มีภาวะเสียการอ่านรู้ความในวิชาคณิตศาสตร์หรือวิทยาศาสตร์จะเป็นการสร้างข้อได้เปรียบให้แก่ผู้ยื่นคำขอเหนือผู้เข้าสอบรายอื่นโดยไม่จำเป็น ศาลจึงจำกัดการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยการขยายเวลาในการทำข้อสอบให้เฉพาะวิชาอื่น ๆ ที่ไม่ใช่วิชาคณิตศาสตร์และวิชาวิทยาศาสตร์ และกำหนดให้มีการขยายเวลาให้เพียงร้อยละ 10 จากระยะเวลาในการทำข้อสอบเดิมเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองคะแนน (Notenschutz) นั้น ศาลปกครองฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า การกำหนดมาตรการในลักษณะดังกล่าวเป็นการกำหนดมาตรการ

²⁶ OVG Nds. Bschr. v. 10.7.2008 – 2 ME 309/08, NVwZ-RR 2009, 68.

²⁷ ภาวะเสียการอ่านรู้ความ (Legastheniker ในภาษาเยอรมัน หรือ dyslexia ในภาษาอังกฤษ) เป็น “ความบกพร่องในการทำงานของสมองในทางประสาทวิทยา” (neurobiologische Hirnfunktionsstörung) ประเภทหนึ่ง ที่ส่งผลทำให้ผู้ที่มีภาวะดังกล่าว ไม่สามารถเชื่อมโยงเสียงตัวอักษรกับรูปตัวอักษรที่ปรากฏได้ อันส่งผลให้ไม่สามารถอ่านหนังสือได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าบุคคลทั่วไป โดยภาวะดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับความบกพร่องในทางเชาวน์ปัญญาแต่อย่างใด ซึ่งในระบกกฏหมายเยอรมัน ภาวะเสียการอ่านรู้ความเป็น “ความพิการ” (Behinderung) ตามความหมายของมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยสวัสดิการสังคม ฉบับที่ 9 (Neuntes Buch Sozialgesetzbuch, SGB IX) ซึ่งกำหนดให้ผู้พิการหมายถึง ผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกาย ทางประสาทวิทยา หรือทางจิตใจ โดยเป็นความบกพร่องที่เกิดขึ้นนานกว่าที่ควร จะเกิดขึ้นในแต่ละช่วงอายุมากกว่า 6 เดือนขึ้นไป อันเป็นความบกพร่องที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้ชีวิตประจำวัน

บรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างผู้สอบ เนื่องจากการเพิ่มคะแนนให้แก่ผู้ที่มีภาวะเสียการอ่านรู้ความไม่ได้มีผลเป็นเพียงการกำหนดเครื่องมือเพื่อชดเชยความบกพร่องในด้านการอ่านเขียนให้แก่ผู้ยื่นคำขอเท่านั้น แต่เป็นการปลดปล่อยผู้ยื่นคำขอออกจากเกณฑ์การประเมินผล (Prüfungs anforderung) ในด้านความสามารถในการอ่านเขียน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสามารถในการใช้ไวยากรณ์ที่ถูกต้อง (Rechtschreibkenntnisse) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์การประเมินผลที่สำคัญต่อการประเมินผลในหลายวิชา และเป็นเกณฑ์การประเมินผลโดยตรงในวิชาที่เกี่ยวข้องกับการใช้ภาษา ศาลจึงสั่งยกคำขอในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวด้วยการคุ้มครองคะแนน

2.3 การปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากภาระบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการสอบ (Befreiung von einer Verpflichtung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองโคโลญจน์ (VG Köln) ฉบับลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2020²⁸ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการปลดปล่อยผู้เข้าสอบจากหน้าที่ในการสวมหน้ากากอนามัยระหว่างทำข้อสอบ

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยโคโลญจน์ (Universität zu Köln) โดยผู้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการให้ตนได้เข้าสอบในรายวิชาต่าง ๆ ได้โดยไม่ต้องสวมหน้ากากอนามัยโดยอ้างว่า การบังคับให้ผู้ยื่นคำขอต้องสวมหน้ากากอนามัยระหว่างทำข้อสอบเป็นการกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เข้าสอบที่เกินสมควรแก่เหตุ เนื่องจากผู้เข้าสอบสามารถใช้มาตรการอื่น ๆ เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาที่กระทบสิทธิของผู้เข้าสอบน้อยกว่า แต่มีประสิทธิภาพเท่ากับการบังคับให้สวมหน้ากากอนามัยได้ (milderes Mittel) นั่นก็คือ การจัดห้องสอบในลักษณะที่มีการเว้นระยะห่างระหว่างผู้เข้าสอบกับผู้คุมสอบ และระหว่างผู้เข้าสอบด้วยกันเองอย่างน้อย 1.5 เมตร²⁹

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองโคโลญจน์พิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรการการเว้นระยะห่างทางสังคมในระยะ 1.5 เมตร นั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิของผู้ยื่นคำขอน้อยกว่าการบังคับให้สวมหน้ากากอนามัย แต่จากรายงานการวิจัยของสถาบันต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถาบัน Robert-Koch-Institut ซึ่งเป็นหน่วยงานรับผิดชอบหลักในการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา นั้น ยังไม่สามารถยืนยันได้ว่าการเว้นระยะห่างทางสังคมจะป้องกันการฟุ้งกระจายของไวรัสจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่งได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาพบรรยากาศแบบปิดดังเช่นห้องสอบ ด้วยเหตุนี้ การเว้นระยะห่างทางสังคมจึงไม่ใช่มาตรการ

²⁸ VG Köln Bschl. v. 17.07.2020 – 6 L 1246/20, BeckRS 2020, 16703.

²⁹ ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการต่าง ๆ ของประเทศเยอรมันที่ใช้ในการป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา โปรดดู วิชา เนตรหัสันย์, มาตรการทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อป้องกันและเยียวยาผลกระทบที่เกิดจาก COVID-19, 2563 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 1-12.

ที่สามารถนำมาใช้ป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่ากับการบังคับให้สวมหน้ากากอนามัย การบังคับให้ผู้เข้าสอบต้องสวมหน้ากากอนามัยจึงเป็นมาตรการที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองสุขภาพพลานามัยของผู้เข้าสอบรายอื่นโดยชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ศาลจึงสั่งยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวดังกล่าว

2.4 สิทธิในการสอบซ่อม (Wiederholung einer Prüfung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (OVG Nordrhein-Westfalen) ฉบับลงวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 2008³⁰ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอเข้าสอบซ่อมในการสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง เป็นการชั่วคราว

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นนักศึกษาคณะแพทยศาสตร์ซึ่งเข้าศึกษาในขณะที่ “ระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์” (Approbationsordnung für die Ärzte หรือ ÄApprO) ฉบับลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 มีผลใช้บังคับ โดยมาตรา 43 วรรคหนึ่งของระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์ฉบับปัจจุบัน (ฉบับลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2002) กำหนดให้นักศึกษาวิชาแพทย์ที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์ฉบับก่อนหน้า (ฉบับลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1987) ต้องเข้าร่วมการสอบข้อสอบของรัฐสำหรับนักศึกษาวิชาแพทย์ ระดับเบื้องต้น (Ärztliche Vorprüfung)³¹ ภายในวันที่ 30 เมษายน ค.ศ. 2006 และดำเนินการศึกษาวิชาแพทย์ภายใต้ระเบียบว่าด้วยการศึกษาวิชาแพทย์และการเข้าสู่วิชาชีพแพทย์ฉบับปัจจุบันต่อไป อย่างไรก็ตาม มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปในกระบวนการพิจารณาของศาล ในประเด็นหลักแห่งคดีว่า การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวมีผลถึงขนาดที่จะทำให้ผู้ยื่นคำขอหมดสิทธิเข้าสอบตลอดไปหรือไม่ ผู้ยื่นคำขอจึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อให้ตนได้มีสิทธิสอบซ่อมในการสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง (Erster Abschnitt der Ärztlichen Prüfung) เป็นการชั่วคราวในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไปพลางก่อน

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลินพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ฟ้องคดีในการยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) นั้น มีแนวโน้มสูงที่ผู้ยื่นคำขอจะเป็นผู้อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบดังกล่าว ผู้ยื่นคำขอจึงเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

นอกจากนี้ ผู้ยื่นคำขอยังสามารถยืนยันข้อเท็จจริงให้เห็นถึงเหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsgrund) ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ เนื่องจากการสอบครั้งที่ถึงนี้เป็นการสอบซ่อมครั้งสุดท้ายที่จะเป็นไปได้สำหรับผู้ยื่นคำขอ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงสามารถกำหนดมาตรการ

³⁰ OVG NRW Beschl. v. 2.4.2008 – 14 B 1929/07, BeckRS 2008, 35620.

³¹ ปัจจุบัน คือ ข้อสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง (Erster Abschnitt der ärztlichen Prüfung)

บรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อให้ผู้ยื่นคำขอมีสถานีเข้าสอบซ่อมในการสอบข้อเขียนวิชาแพทย์ของรัฐ ภาคหนึ่ง เป็นการชั่วคราวระหว่างการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไปพลางก่อนได้

2.5 การดำเนินการศึกษาตามหลักสูตรไปพลางก่อนในกรณีที่สอบไม่ผ่านบางรายวิชา (Fortsetzung der Ausbildung nach einer Nichtbestehen Modulprüfung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน (OVG Sachsen) ฉบับลงวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 2013³² ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้ศาลรับรองสิทธิในการดำเนินการศึกษาในหลักสูตรปริญญาตรีสำหรับข้าราชการตำรวจไปพลางก่อน

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นข้าราชการตำรวจ ประเภท “ข้าราชการฝึกงาน” (Beamte auf Widerruf) กล่าวคือ เป็นข้าราชการที่ได้รับการบรรจุเพื่อเข้าศึกษาในหลักสูตรเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูง (gehobener Polizeivollzugsdienst) เพื่อเปลี่ยนสถานะมาเป็น “ข้าราชการทดลองงาน” (Beamte auf Probe) เมื่อจบหลักสูตรดังกล่าว และอาจถูกเพิกถอนสถานะความเป็นข้าราชการได้ หากไม่ผ่านการทดสอบในหลักสูตรเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูง

เนื่องจากผู้ยื่นคำขอสอบไม่ผ่านในรายวิชา “หลักการพื้นฐานว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและติดตามผู้กระทำความผิด” (Grundlagen der Kriminalitätskontrolle und Strafverfolgung) และไม่มีสิทธิที่จะสอบซ่อมในรายวิชาดังกล่าวอีกต่อไป จึงทำให้ผู้ยื่นคำขอถูกสั่งให้ออกจากราชการ ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงยื่นคำฟ้องเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบการศึกษา ซึ่งกำหนดให้นักศึกษาสามารถลงทะเบียนสอบซ่อมในแต่ละรายวิชาได้เพียงครั้งเดียวตลอดทั้งหลักสูตร ในการนี้ผู้ยื่นคำขอจึงได้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการขอให้ศาลรับรองสิทธิในการศึกษาเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงต่อไปพลางก่อน ในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของคดีหลัก แม้ตนจะไม่มีสถานะเป็นข้าราชการตำรวจแล้วก็ตาม

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซินพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ข้าราชการเฉพาะกิจที่สอบไม่ผ่านเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงออกจากราชการนั้น เป็นการให้ออกจากราชการโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย (Entlassung kraft Gesetzes) ซึ่งมีผลนับแต่วันที่ข้าราชการรายนั้นสอบไม่ผ่านในรายวิชาที่มีผลต่อการประเมินการจบหลักสูตร และข้าราชการผู้นั้นไม่มีสิทธิสอบซ่อมในรายวิชาดังกล่าวได้อีกต่อไป ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจประเมินผลการสอบแต่อย่างใด ทั้งลักษณะของหลักสูตรเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงนั้น ก็เป็นหลักสูตรที่เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องสวมเครื่องแบบและพกอาวุธในการฝึกปฏิบัติงานจริง หลักสูตรดังกล่าวจึงสงวนไว้สำหรับผู้ที่มิมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ

³² Sächs. OVG Beschl. v. 4.4.2013 – 2 B 503/12, BeckRS 2013, 49517.

เท่านั้น ศาลจึงไม่อาจกำหนดวิธีการชั่วคราวตามคำขอให้แก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งไม่มีสถานะเป็นข้าราชการได้ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงไม่มีสิทธิขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) ศาลจึงสั่งยกคำขอของผู้ฟ้องคดี

2.6 การออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราว (Erteilung eines vorläufigen Zeugnisses oder Leistungsnachweises)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน ฉบับลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2017 ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้รับรองผลการศึกษาในรายวิชาที่ผู้ยื่นคำขอสอบไม่ผ่านไปพลางก่อน (หัวข้อที่ 2.7.1) และคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบราน์ชไวค์ ฉบับลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2020 ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้ออกประกาศนียบัตรขั้นพื้นฐานระหว่างที่รอการพิจารณาในคดีหลักว่าการจัดการสอบในช่วงที่เกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (หัวข้อที่ 2.7.2)

2.6.1 การขอให้รับรองผลการศึกษาในรายวิชาที่ผู้ยื่นคำขอสอบไม่ผ่านไปพลางก่อน (คำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน ฉบับลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2017)³³

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักศึกษาคณะแพทยศาสตร์ ซึ่งสอบไม่ผ่านการประเมินวิชาสัมมนาในหัวข้อ “ชีวเคมีและชีววิทยาระดับโมเลกุล” (Biochemie/Molekularbiologie) เนื่องจากผู้ยื่นคำขอทำแบบทดสอบความเข้าใจในเนื้อหาของการสัมมนาซึ่งเป็นข้อสอบในรูปแบบปรนัยได้คะแนนต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงมีความประสงค์ที่จะให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการให้ผู้มีหน้าที่ในการตรวจข้อสอบตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าวใหม่อีกครั้งภายใต้หลักกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาล และให้คะแนนที่ได้จากการประเมินในครั้งใหม่นี้มีผลใช้บังคับไปพลางจนกว่ากระบวนการพิจารณาในคดีหลักจะเสร็จสิ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ยื่นคำขอมีสถานะเป็นผู้ที่สอบผ่านในรายวิชาดังกล่าว และมีสิทธิเข้าสอบวิชาแพทย์ของรัฐภาคหนึ่ง (Erster Abschnitt der Ärztlichen Prüfung) ต่อไป

ในประเด็นปัญหาที่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) หรือไม่นั้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซิน พิเคราะห์แล้วเห็นว่า โดยหลักทั่วไปแล้วถึงแม้ว่าผู้ตอบข้อสอบจะตอบข้อสอบไม่ตรงกับคำตอบของผู้ออกข้อสอบก็ตาม แต่ผู้ตรวจข้อสอบก็ไม่สามารถประเมินผลการตอบข้อสอบดังกล่าวว่าเป็นการตอบข้อสอบที่ผิดได้ หากผู้ตอบข้อสอบสามารถพิสูจน์ได้ว่าคำตอบของตนเป็นคำตอบที่เทียบเคียงได้ (vertretbar) กับคำตอบของผู้ออกข้อสอบ กล่าวคือ เป็นคำตอบอันมาจากแนวความคิดเห็นในทางวิชาการและเป็น

³³ Sächs. OVG Beschl. v. 9.3.2017 – 5 B 50/17, NJW 2017, 2850.

แนวความเห็นที่ปรากฏอยู่ในเอกสารทางวิชาการที่เข้าถึงได้โดยทั่วไป³⁴ อย่างไรก็ตาม ในกรณีตามข้อเท็จจริงนี้ผู้ยื่นคำขอไม่สามารถให้เหตุผลประกอบให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่า คำตอบของผู้ยื่นคำขอเป็นคำตอบที่เทียบเคียงกันได้กับคำตอบของผู้ออกข้อสอบได้เช่นใด กล่าวคือ ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีจะมีโอกาสชนะในคดีหลักได้เช่นใด ผู้ยื่นคำขอจึงมิใช่ผู้มีสิทธิในการยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ส่วนประเด็นปัญหาที่ว่า มีเหตุจำเป็นในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอ (Anordnungsgrund) หรือไม่นั้น ศาลปกครองฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ยื่นคำขอสามารถสอบซ่อมได้ภายในภาคการศึกษาถัดไป (ภายในระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน) ซึ่งเป็นระยะเวลาปกติสำหรับผู้สอบไม่ผ่านที่ต้องรอเพื่อลงทะเบียนสอบซ่อมในครั้งถัดไป จึงไม่มีเหตุจำเป็นในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ให้แก่ผู้ยื่นคำขอแต่อย่างใด

และประเด็นปัญหาที่ว่า คำขอของผู้ยื่นคำขอมีลักษณะที่ทำให้การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์ (Vorwegnahme der Hauptsache) หรือไม่นั้น ศาลปกครองฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า เนื่องจากการกำหนดคำขอให้มีการประเมินคะแนนใหม่อีกครั้งภายใต้หลักกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลนั้น ไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของกระบวนการประเมินผล (Bewertungsvorgang) ไว้ชั่วคราวเท่านั้น แต่ส่งผลถึงคะแนนที่ผู้ยื่นคำขอจะได้รับอย่างถาวร แม้กระบวนการพิจารณาหลักจะสิ้นสุดลงไปแล้วก็ตาม คำขอของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำขอที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐซัคเซินจึงมีคำสั่งยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของผู้ยื่นคำขอ

2.6.2 การขอให้ออกประกาศนียบัตรขั้นพื้นฐานระหว่างที่รอการพิจารณาในคดีหลักว่า การจัดสอบในช่วงที่เกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบราน์ชไวค์ ฉบับลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 2020)³⁵

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาในสถานศึกษาประเภท Realschule แห่งหนึ่ง (ผู้คัดค้านคำขอ) โดยเมื่อผู้ยื่นคำขอสำเร็จการศึกษาในหลักสูตร ผู้คัดค้านคำขอได้ออกใบประกาศนียบัตรประเภท “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานระดับต้น” (Sekundarabschluss I) ให้แก่ผู้ยื่นคำขอ แทนที่จะเป็น “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน

³⁴ รายละเอียด โปรดดู วิชา เนตรหัตถ์, บทวิเคราะห์คดี เรื่อง อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ (แดนอิสระในการวินิจฉัย) ในการตรวจสอบอัตราของเนติบัณฑิตยสภา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 2153/2559), สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง 2562, หน้า 6-11.

³⁵ VG Braunschweig Beschl. v. 07.10.2020 – 6 B 160/20, BeckRS 2020, 26415.

เต็มรูปแบบ ระดับต้น” (*Erweiterten Sekundarabschluss I*) ซึ่งเป็นประกาศนียบัตรที่สถานศึกษาออกให้แก่ผู้จบการศึกษาที่ได้ในระดับคะแนนตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของสถานศึกษานั้น ๆ ดังเช่นกรณีสถานศึกษาของผู้คัดค้านคำขอนั้น ได้กำหนดให้มีการออกประกาศนียบัตรในรูปแบบดังกล่าวให้แก่ผู้ที่ได้คะแนนวิชาบังคับและวิชาบังคับเลือกทุกวิชาตั้งแต่ระดับ “เป็นที่น่าพึงพอใจ” (*befriedigend*) ขึ้นไป โดยผู้คัดค้านคำขอได้ออก “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน ระดับต้น” ให้แก่ผู้ยื่นคำขอ เนื่องจากผู้ยื่นคำขอได้คะแนนในวิชาภาษาเยอรมันและภาษาอังกฤษในระดับ “เพียงพอ” (*ausreichend*) เท่านั้น ซึ่งไม่เพียงพอต่อการเป็นผู้มีคุณสมบัติที่จะได้รับ “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานเต็มรูปแบบ ระดับต้น”

อย่างไรก็ตาม ผู้ยื่นคำขอได้กล่าวอ้างว่า การที่ตนได้คะแนนในวิชาภาษาเยอรมันและภาษาอังกฤษในระดับ “เพียงพอ” นั้น เนื่องจากความยากลำบากในการเตรียมตัวสอบในช่วงที่ต้องกักตัวระหว่างการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ซึ่งทำให้ผู้ยื่นคำขอไม่สามารถเข้าร่วมชั้นเรียนเพื่อซักถามปัญหากับครูประจำวิชาโดยตรงได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดสอบในช่วงที่เกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา และขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการให้สถานศึกษาออก “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานเต็มรูปแบบ ระดับต้น” ให้แก่ตนไปพลางก่อนในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบอร์นชไวค์พิเคราะห์แล้วเห็นว่า เพื่อเป็นหลักประกันความเท่าเทียมกันระหว่างผู้เข้าสอบ (*Gewährleistung der Chancengleichheit*) เมื่อเกิดข้อขัดข้องอันเป็นอุปสรรคต่อการเตรียมสอบ ผู้เข้าสอบมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือแก่ผู้จัดการสอบ (*Mitwirkungspflicht*) โดยการแจ้งให้ผู้จัดการสอบทราบถึงเหตุขัดข้องดังกล่าวก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น (*Rügepflicht*) หากผู้เข้าสอบมิได้แจ้งให้ผู้จัดการสอบทราบถึงข้อขัดข้องดังกล่าวให้ทันก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น สิทธิของผู้เข้าสอบในการอ้างเหตุขัดข้องดังกล่าวเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนก็ย่อมสิ้นไป ซึ่งในกรณีนี้เมื่อผู้ยื่นคำขอได้ทราบถึงเหตุขัดข้องอันเกิดจากการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา ก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น และมีเวลาพอสมควรในการพิจารณาว่าข้อขัดข้องดังกล่าวมีผลกระทบต่อการเตรียมตัวสอบหรือไม่ แต่ก็มีได้แจ้งข้อขัดข้องดังกล่าวให้เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ในการจัดการสอบทราบก่อนที่การสอบจะเริ่มต้นขึ้น

นอกจากนี้ ในระหว่างการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา นักเรียนทุกคนย่อมได้รับผลกระทบอย่างเท่าเทียมกัน และเมื่อเกิดข้อขัดข้องต่าง ๆ นักเรียนก็ยังสามารถติดต่อสถานศึกษาหรือครูประจำวิชาได้ตามหมายเลขโทรศัพท์ อีเมล หรือผ่านช่องทางการสื่อสารอื่น ๆ ที่ครูประจำวิชาได้แจ้งไว้ ความยากลำบากที่เกิดขึ้นดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่สามารถยอมรับได้และไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการสอบแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำขอจึงไม่ใช่ผู้ที่มีสิทธิในการยื่นคำขอ (*Anordnungsanspruch*)

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่ว่า คำขอของผู้ยื่นคำขอนั้นเป็นการทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในคดีหลักไร้ประโยชน์ (*Vorwegnahme der Hauptsache*) หรือไม่นั้น ศาลปกครองฯ



ได้วินิจฉัยว่า เมื่อศาลปกครองกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวตามคำขอของผู้ยื่นคำขอ ผู้ยื่นคำขอ ก็ย่อมได้รับ “ประกาศนียบัตรการศึกษาขั้นพื้นฐานเต็มรูปแบบ ระดับต้น” ไปโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสอบต่อในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี คำขอของผู้ยื่นคำขอจึงเป็นคำขอที่ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในคดีหลักไร้ประโยชน์อีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองเบราน์ชไวค์จึงสั่งยกคำขอดังกล่าว

2.7 การให้เหตุผลประกอบการประเมินผลการสอบปากเปล่า (Begründung für die Bewertung einer mündlichen Prüfungsleistung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองคาร์ลส์รูเออ (VG Karlsruhe) ฉบับลงวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 2014³⁶ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดภาระให้แก่ผู้ตรวจข้อสอบในการให้เหตุผลประกอบการให้คะแนนในการสอบปากเปล่า

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอได้เข้าสอบปากเปล่าในกลุ่มวิชา “กฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจและกฎหมายภาษีอากร เน้นกฎหมายภาษีอากร” (Schwerpunktbereich Unternehmens- und Steuerrecht mit dem Teilbereich Steuerrecht) โดยได้คะแนนในกลุ่มวิชาดังกล่าวเพียง 9 คะแนน ผู้ยื่นคำขอจึงขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการออกคำสั่งเพื่อกำหนดภาระให้แก่ผู้ตรวจข้อสอบในการให้เหตุผลประกอบการให้คะแนนในการสอบปากเปล่าในครั้งดังกล่าว

ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองคาร์ลส์รูเออพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในการสอบปากเปล่า นั้น การปล่อยระยะเวลาให้นั่งเข้าไปเรื่อย ๆ ย่อมทำให้ความทรงจำของผู้ประเมินผลการสอบปากเปล่า นั้น เลื่อนหายตามไปด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีตามข้อเท็จจริงซึ่งมีผู้เข้าสอบพร้อมกัน 3 คน การปล่อยระยะเวลาให้ผ่านไปถึงสองเดือน ย่อมทำให้ผู้ประเมินผลการสอบสับสนและไม่อาจให้เหตุผลในการประเมินผลของตนได้อย่างเป็นธรรม และถึงแม้จะมีทางแก้ไขโดยการเปิดโอกาสให้ผู้ยื่นคำขอได้เข้าสอบปากเปล่าอีกครั้งหนึ่งก็ตาม การให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบปากเปล่าอีกครั้งหนึ่งย่อมทำให้ผู้ยื่นคำขอต้องเตรียมตัวสอบใหม่ ซึ่งเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ยื่นคำขอเกินสมควรแก่เหตุ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีคำสั่งให้ผู้ตรวจข้อสอบให้เหตุผลประกอบการให้คะแนนในการสอบปากเปล่าในครั้งดังกล่าวตามคำขอของผู้ยื่นคำขอ

2.8 การประเมินผลคะแนนใหม่เป็นการชั่วคราว (vorläufige Neubewertung)

ตัวอย่างของคำขอรูปแบบดังกล่าวปรากฏในคำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (OVG Nordrhein-Westfalen) ฉบับลงวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 2013³⁷ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขอให้ผู้ตรวจข้อสอบประเมินผลคะแนนใหม่ในรายวิชาที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการ และการใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบ

³⁶ VG Karlsruhe, Beschl. v. 2.9.2014 – 7 K 2013/14.

³⁷ OVG NRW Beschl. v. 21.1.2009 – 14 B 1888/08, BeckRS 2010, 51542.

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นนักศึกษาปริญญาตรีในหลักสูตร “การบริหารจัดการธุรกิจด้านเครื่องแต่งกายและสิ่งทอ” (Textile and Clothing Management) ซึ่งสอบไม่ผ่านในรายวิชา “กระบวนการผลิตในอุตสาหกรรมสิ่งทอ” (Textile Werkstoffe) จึงมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยให้ผู้ตรวจข้อสอบประเมินผลให้ผู้ยื่นคำขอสอบผ่านในรายวิชาดังกล่าว หรือกรณีที่ไม้อาจปฏิบัติตามคำขอดังกล่าวได้ ก็ให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอเข้าสอบแก้ตัวในรายวิชาดังกล่าวในระหว่างที่รอผลการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดี

ในการนี้ผู้ยื่นคำขอกล่าวอ้างว่าตนเป็นผู้มีสิทธิให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว (Anordnungsanspruch) เนื่องจากอาจารย์ผู้ตรวจข้อสอบทั้งสองคนไม่ได้ประชุมปรึกษาร่วมกัน ในระหว่างที่ตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าว ซึ่งขัดต่อระเบียบการสอบที่กำหนดให้ผู้ตรวจข้อสอบร่วมกันสองคน และการสอบดังกล่าวก็เป็นแค่เพียงการลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ (Freiversuch)³⁸ จึงเป็นการสอบที่ไม่มีผลต่อการประเมินผลเพื่อจบหลักสูตรแต่อย่างใด ทั้งการตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าวยังเกิดจาก “อำเภอใจของผู้ตรวจข้อสอบอย่างชัดแจ้ง” อีกด้วย

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไรน์ เวสต์ฟาเลนพิเคราะห์แล้วเห็นว่า หน้าที่ในการศึกษาซึ่งกันและกัน (Pflicht zur gemeinsamen Bewertung) ระหว่างผู้ตรวจข้อสอบนั้น ไม่ได้หมายความว่าผู้ตรวจข้อสอบจะต้องนั่งในห้องเดียวกันเพื่อประชุมปรึกษาในการตรวจข้อสอบ แต่หมายความว่าผู้ตรวจข้อสอบต้องหาข้อสรุปร่วมกันในการตรวจข้อสอบ หากเกิดความเห็นที่แตกต่างกัน ผู้ตรวจข้อสอบทั้งสองคนก็ต้องปรึกษากันจนหาข้อสรุปร่วมกันให้ได้ และเนื่องจากตามข้อเท็จจริงปรากฏว่าการตรวจข้อสอบฉบับดังกล่าวได้กระทำโดยอาจารย์ทั้งสองคน โดยผู้ตรวจข้อสอบทั้งสองคนได้ให้คะแนนในระดับ 5 (“ไม่เพียงพอ”) เท่ากัน กระบวนการตรวจข้อสอบจึงเป็นไปโดยชอบด้วยระเบียบการสอบแล้ว

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่ว่า การลงทะเบียนสอบในรายวิชา “กระบวนการผลิตในอุตสาหกรรมสิ่งทอ” ในครั้งนี้เป็นการลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจหรือเป็นการลงทะเบียนสอบที่มีผลต่อการประเมินผลตามหลักสูตรนั้น เมื่อพิจารณาหลักฐานของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งมีการประเมินผลในรายวิชาดังกล่าวในระบบ โดยใช้อักษรย่อว่า “NB” ซึ่งย่อมาจาก “nicht bestanden” (ไม่ผ่าน) แทนที่จะเป็น

³⁸ “การลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ” (Freiversuch) เป็นการลงทะเบียนสอบครั้งแรก หากผู้สอบไม่ผ่านการสอบครั้งนี้ จะไม่นับว่าผู้สอบได้เข้าสอบ และระเบียบการสอบมิให้ถือว่าการสอบในครั้งถัดไปเป็นการสอบซ่อม (Wiederholungsprüfung) หากผู้เข้าสอบได้ลงทะเบียนสอบแบบสมัครใจภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่สถานศึกษา กำหนด ด้วยเหตุนี้ การสอบโดยสมัครใจจึงไม่อาจนำไปนับรวมกับจำนวนครั้งในการสอบได้ ในกรณีที่สถานศึกษาได้กำหนดให้การสอบในรายวิชาใดรายวิชาหนึ่งสามารถกระทำได้โดยจำกัดเท่านั้น (เช่น กำหนดให้นักศึกษาสามารถลงทะเบียนสอบซ่อมในรายวิชาใดรายวิชาหนึ่งได้เพียงหนึ่งครั้งหรือสองครั้งตลอดทั้งหลักสูตรเท่านั้น) รายละเอียด โปรดดู Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, München 2018, Rn. 781.



อักษรย่อ “FNB” ซึ่งย่อมาจาก “Freiversuch nicht bestanden” (ไม่ผ่านในรายวิชาที่ลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ) ทั้งผู้ยื่นคำขอก็รับรู้ว่าการสอบดังกล่าวไม่ใช่เพียงการลงทะเบียนสอบโดยสมัครใจ (Freiversuch) แต่เป็นการสอบที่มีผลต่อการประเมินผลตามหลักสูตร ดังจะเห็นได้จากคำขอร้องของผู้ยื่นคำขอที่เขียนไว้บนหัวกระดาษคำตอบว่า “นี่เป็นการสอบแก้ตัวรอบสุดท้ายของฉันแล้ว ... ได้โปรด ... ฉันหวังว่าฉันจะสอบผ่าน [วิชานี้] เสียที” (This is the last attempt ..., I hope I can pass please) ศาลจึงรับฟังข้อเท็จจริงได้ว่าการลงทะเบียนสอบของผู้ยื่นคำขอเป็นการลงทะเบียนสอบที่มีผลต่อการประเมินผลตามหลักสูตร

และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในการตรวจข้อสอบนั้น ผู้ยื่นคำขอไม่สามารถแสดงให้เห็นว่า คำตอบของตนเป็นคำตอบที่ทดแทนกันได้กับคำตอบของผู้ตรวจข้อสอบในทางวิชาการได้อย่างไรบ้าง ข้อกล่าวอ้างที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของผู้ตรวจข้อสอบโดยอำเภอใจจึงไม่มีมูล

เมื่อผู้ยื่นคำขอไม่อาจแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นให้ศาลเชื่อได้ว่า ผู้ยื่นคำขอจะมีโอกาสชนะคดีในกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีได้เช่นใดบ้าง ผู้ยื่นคำขอจึงไม่ใช่ผู้มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งมลรัฐนอร์ทไอร์แลนด์ เวสต์ฟาเลน จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

3. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการประเมินผลข้อสอบ

มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยปรากฏอยู่ในมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี โดยรายละเอียดของหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวปรากฏอยู่ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หมวด 5 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ข้อ 75 ถึงข้อ 77 อย่างไรก็ตาม การกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองยังคงอ้างอิงไปยังหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นสำคัญ จึงทำให้เกิดลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ซึ่งทำให้กลไกในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยต่างจากระบบกฎหมายเยอรมัน ดังนี้

3.1 ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างคำฟ้องกับคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

ในระบบกฎหมายไทย การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจำเป็นต้องมีพื้นฐานมาจากคำฟ้องเสมอ ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวสามารถกระทำได้เลยแม้ผู้ยื่นคำขอจะยังไม่ได้ยื่นคำฟ้องก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีความยืดหยุ่นและตอบสนองต่อการคุ้มครองของผู้ยื่นคำขอได้มากกว่าการยื่นคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทย ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยนั้น การกำหนดให้ต้องมีการยื่นคำฟ้องก่อนหรือพร้อมกับ

การยื่นคำขอบรรเทาทุกข์นั้น เป็นกลไกที่ป้องกันผู้ฟ้องคดีแสวงหาประโยชน์จากมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ได้ดีกว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากผู้กรณีได้เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลแล้วก่อนหรือ ในขณะที่มีการยื่นคำขอมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

3.2 ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

เมื่อพิจารณามาตรา 255 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบข้อ 77 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ แล้ว จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยมี 3 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** คดีของผู้ฟ้องคดีมีมูลหรือไม่ กล่าวคือ มีความเป็นไปได้ที่การกระทำของฝ่ายปกครองอันเป็น วัตถุแห่งคดี จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ **ประการที่สอง** คดีมีเหตุอันสมควรที่ศาลจะมี คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และ**ประการที่สาม** ประโยชน์ในการกำหนดมาตรการ บรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีนั้น มีค่าเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งสามารถเปรียบเทียบกับ หลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายเยอรมันได้ ดังนี้

3.2.1 ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในองค์ประกอบ “สิทธิในการยื่นคำขอ” (Anordnungsanspruch)

องค์ประกอบ “สิทธิในการยื่นคำขอ” ในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นองค์ประกอบ ที่เทียบเคียงได้กับองค์ประกอบ “คดีมีมูล” ในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองเยอรมัน มักจะตรวจสอบสิทธิในการยื่นคำขอของผู้ยื่นคำขออย่างละเอียด ทั้งในทางกฎหมายและในทางความเป็นจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจของผู้ตรวจสอบข้อสอบชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงทำให้ ในทางปฏิบัติศาลมักจะยกคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวด้วยเหตุผลที่ว่า ผู้ยื่นคำขอไม่มีสิทธิในการยื่นคำขอ ให้ศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว

3.2.2 ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในองค์ประกอบ “เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” (Anordnungsgrund)

องค์ประกอบ “เหตุจำเป็นในการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” ในระบบกฎหมาย เยอรมันเป็นองค์ประกอบที่เทียบเคียงได้กับองค์ประกอบ “คดีมีเหตุอันสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว” และองค์ประกอบ “ประโยชน์ในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีมีค่าเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะ” ในระบบกฎหมายไทย โดยศาลปกครองเยอรมันมักจะวินิจฉัยว่า การกำหนด มาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้แก่ผู้ฟ้องคดีมีเหตุจำเป็น หากผู้ยื่นคำขอไม่สามารถลงทะเบียนสอบซ่อม ในรายวิชาที่เป็นประเด็นปัญหาได้ภายใน 1 ภาคการศึกษา (หรือประมาณ 6 เดือน) เพราะระยะเวลาดังกล่าว เป็นระยะเวลาปกติที่นักเรียนหรือนักศึกษาย่อมคาดหมายได้ (ว่าจะดำเนินการตามสิทธิของตนได้ตามเวลา



ที่กำหนด)³⁹ แต่หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการสอบปากเปล่า ศาลมักจะกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอ แม้ผู้ยื่นคำขอจะมีสิทธิในการลงทะเบียนสอบซ่อมได้ภายใน 1 ภาคการศึกษา ก็ตาม เพราะในการสอบปากเปล่านั้น หากปล่อยระยะเวลาผ่านไปยาวนานเกินสมควร ก็ย่อมทำให้ความทรงจำของผู้ประเมินผลสอบเลื่อนหายไปตามกาลเวลา จนไม่อาจประเมินผลสอบปากเปล่าให้เป็นธรรมได้อีกต่อไป

3.2.3 ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในองค์ประกอบ “ไม่มีลักษณะที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์” (Vorwegnahme der Hauptsache)

ข้อห้ามในการกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลในประเด็นหลักแห่งคดีไร้ประโยชน์นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองของไทยนำมาใช้ในบางกรณี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 1/2557⁴⁰ แต่ยังไม่พบการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบหรือการตอบข้อสอบโดยตรง

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอมีคำขอให้มีการประเมินผลคะแนนสอบใหม่โดยตรงหรือโดยอ้อมด้วยการมีคำขอให้มีการออกใบรับรองวุฒิการศึกษาหรือผลการศึกษาชั่วคราวก็ตาม

³⁹ Niehues/Fischer/Jeremias, Prüfungsrecht, 7. Aufl., München 2018, Rn. 908.

⁴⁰ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีที่ 1 นำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม (สภามหาวิทยาลัยบูรพา ที่ 1 นายกสภามหาวิทยาลัยบูรพา ที่ 2 และเลขาธิการสภามหาวิทยาลัยบูรพา ที่ 3) กำหนดวาระการประชุมผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อดำเนินการคัดเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยบูรพาจากรายชื่อที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหาอธิการบดี ทั้งนี้ ตามข้อบังคับสภามหาวิทยาลัยบูรพา ว่าด้วยคุณสมบัติ และการสรรหาอธิการบดี พ.ศ. 2552 ข้อ 20 โดยเร็วและเร่งด่วน และมีคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้มีการประชุมผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อสรรหาอธิการบดีมหาวิทยาลัยบูรพาเป็นวาระพิเศษสำคัญโดยเร่งด่วน เห็นได้ว่า คำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา เป็นคำขอให้ศาลมีคำสั่งอย่างเดียวกันกับคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาและกำหนดคำสั่งบังคับตามคำขอท้ายฟ้อง ซึ่งหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษตามที่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 มีคำขอ ย่อมมีผลเป็นการตัดสินชี้ขาดคดีนี้เสียแล้วตั้งแต่ในชั้นการพิจารณาคำขอเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา และหากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามปฏิบัติตามคำสั่งเกี่ยวกับคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาเช่นว่านี้แล้วเสร็จ การพิจารณาคดีตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ก็จะไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป กรณีจึงเห็นได้ชัดว่าแม้คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ 1 มีมูล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 3 จะไม่จัดประชุมผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อดำเนินการคัดเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยบูรพาจากรายชื่อที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหาอธิการบดีตามที่ผู้ฟ้องร้อง และผู้ฟ้องคดีที่ 1 จะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อเนื่องจากการงดเว้นการกระทำดังกล่าว แต่ก็ยังไม่มีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองตามที่ขอนั้นมาใช้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อ 75 และข้อ 77 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ประกอบกับมาตรา 254 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 255 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ศาลจะไม่สามารถกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ได้⁴¹ เนื่องจากในกลุ่มคดีลักษณะดังกล่าวนี้ หากศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวแล้ว ผู้ยื่นคำขอก็ย่อมได้รับการประเมินคะแนนใหม่หรือ ได้วุฒิการศึกษาตามที่ตนประสงค์ โดยไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเด็นหลักแห่งคดีอีกต่อไป

4. ตัวอย่างของคดีที่ศาลปกครองไทยนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบ

ถึงแม้ในกฎหมายไทยและกฎหมายเยอรมันจะได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณา มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่แตกต่างกันในรายละเอียดก็ตาม แต่หลักการโดยทั่วไปของระบบกฎหมาย เยอรมันนั้น สามารถนำมาใช้กับคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจข้อสอบของไทยได้ เช่นเดียวกัน โดยตัวอย่างคดีที่ศาลปกครองไทยนำมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมาใช้ ก็คือ คดีตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 994/2561 โดยข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ฟ้องคดี เป็นผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อเข้าศึกษาในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตซึ่งจัดขึ้นโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กลุ่มสถาบันแพทยศาสตร์แห่งประเทศไทย (กสพท.)) ณ สนามสอบคณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทั้งนี้ ในระเบียบการสอบได้ระบุไว้ว่า อุปกรณ์ที่อนุญาตให้นำเข้าห้องสอบมีเพียงดินสอดำ 2B กบเหลาดินสอ ยางลบ ปากกา น้ำยาลบคำผิด และนาฬิกาข้อมือแบบเข็มเท่านั้น โดยผู้เข้าสอบห้ามพกกระดาด ไม้บรรทัด เครื่องคิดเลข นาฬิกาดิจิตอล เครื่องบันทึกภาพ โทรศัพท์มือถือ และเครื่องมือสื่อสารทุกชนิด หากมีอุปกรณ์ ในลักษณะดังกล่าว ผู้เข้าสอบจะต้องปิดเครื่องและวางไว้ในจุดที่คณะกรรมการกำหนด หากตรวจพบว่ามีเสียง หรือพบสัญญาณติดต่อ หรือไม่เป็นไปตามที่ระบุไว้ จะถือว่าเจตนาทุจริตและจะไม่พิจารณาให้คะแนน นอกจากนี้ ข้อ 2 ของข้อกำหนดที่ระบุไว้ที่ปกข้อสอบยังระบุไว้อีกว่า ผู้เข้าสอบห้ามพกเครื่องมือสื่อสาร ทุกชนิด หากนำติดตัวมาขอให้ปิดเครื่อง ถอดแบตเตอรี่ และวางไว้ในจุดที่คณะกรรมการกำหนด หากพบ ภายหลังว่ามีเสียงหรือสัญญาณติดต่อมา จะถือว่าเจตนาทุจริต อย่างไรก็ตาม ในการเข้าสอบครั้งดังกล่าว ระหว่างเวลา 15 นาฬิกา ถึง 17 นาฬิกา ของวันสอบ ผู้ฟ้องคดีได้เข้าสอบในห้องสอบปรับอากาศที่มีกระจกกัน และได้ใส่โทรศัพท์มือถือไว้ในกระเป๋าที่วางอยู่นอกห้องสอบในจุดที่คณะกรรมการสอบกำหนด ต่อมา ในเวลา ประมาณ 16 นาฬิกา เจ้าหน้าที่ผู้คุมสอบได้ยินเสียงนาฬิกาปลุกโทรศัพท์มือถือจากบริเวณที่วางกระเป๋า ของผู้เข้าสอบซึ่งวางอยู่ห่างจากประตูห้องสอบประมาณ 25 เมตร ผู้คุมสอบจึงได้แจ้งให้กรรมการที่ กองอำนวยการกลางทราบ จากนั้น กรรมการอำนวยการกลางได้ค้นหาที่มาของสัญญาณเสียงพบว่าเสียงดัง มาจากกระเป๋าของผู้ฟ้องคดี เมื่อคณะกรรมการอำนวยการกลางได้เข้ามาตรวจสอบโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดี ก็พบว่า เสียงนาฬิกาปลุกของโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดีเป็นเสียงเดียวกันกับที่เจ้าหน้าที่ผู้คุมสอบได้ยิน แต่ไม่พบว่ามีการแจ้งเตือนสายที่ไม่ได้รับ (missed call) ที่โทรศัพท์มือถือเครื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

⁴¹ ตัวอย่างกลุ่มคดีในลักษณะดังกล่าวโปรดดูหัวข้อที่ 2.6 ข้างต้น



ต่อมา คณะอนุกรรมการจัดการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิต ในการประชุม ครั้งที่ 2/2554 เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2554 ได้มีมติไม่พิจารณาคะแนนสอบของผู้ฟ้องคดี ในรายวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา โดยให้เหตุผลประกอบว่า ผู้เข้าสอบได้ฝ่าฝืนระเบียบข้อปฏิบัติ ในการสอบคัดเลือก โดยการไม่ปิดโทรศัพท์และทำให้มีเสียงโทรศัพท์ดังระหว่างการสอบ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือ ถึงเลขาธิการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ขอให้พิจารณาทบทวนการไม่พิจารณาคะแนนวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา ของผู้ฟ้องคดี แต่ก็ไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น พร้อมกับมีคำขอให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ไม่พิจารณา คะแนนสอบวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษาของผู้ฟ้องคดีไว้เป็นการชั่วคราว และขอให้ผู้ฟ้องคดีเข้าสัมภาษณ์ และตรวจร่างกายโดยคณะหรือวิทยาลัยที่ผู้ฟ้องคดีมีคะแนนสอบติด ระหว่างวันที่ 2 ถึงวันที่ 10 มีนาคม 2554 ต่อไปด้วย

ศาลปกครองชั้นต้นในคดีนี้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นำแต่ข้อเท็จจริง ที่ว่าเกิดเสียงดังจากโทรศัพท์มือถือของผู้ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาบริบทแวดล้อมว่าผู้ฟ้องคดีได้ใช้ประโยชน์ จากโทรศัพท์มือถือเครื่องนั้นในการทุจริตการสอบหรือไม่ การออกคำสั่งตามใบรายงานผลการสอบจึงน่าจะ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งการกำหนดให้มีการทุเลาการบังคับตามคำสั่งตามใบรายงานผลการสอบนั้น มีผล เพียงแต่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต้องพิจารณารวมคะแนนในรายวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษาเข้ากับรายวิชาอื่นให้ ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่านั้น การให้ทุเลาการบังคับตามใบรายงานผลการสอบจึงไม่น่าจะเป็นปัญหาและ อุปสรรคต่อการบริหารงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นอกจากนี้ การจัดการสอบคัดเลือกเพื่อเข้าศึกษาต่อในหลักสูตร แพทยศาสตรบัณฑิตยังเป็นการสอบที่จัดขึ้นปีละครั้งเท่านั้น หากไม่ได้รับการตรวจให้คะแนนในรายวิชา ภาษาไทยและสังคมศึกษา ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าร่วมการพิจารณาคัดเลือกในรอบการสอบสัมภาษณ์ และการตรวจร่างกายต่อไปได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการที่ได้จะรับคัดเลือกในปดังกกล่าวได้ อันเป็นความเสียหายที่ร้ายแรงและยากแก่การที่จะเยียวยาแก้ไขในภายหลัง เมื่อคำขอของผู้ฟ้องคดี ครบองค์ประกอบตามที่มาตรา 72 วรรคสาม แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดไว้ ศาลปกครองชั้นต้นจึงได้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตาม คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตรวจพิจารณาคะแนนวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา ให้แก่ผู้ฟ้องคดีและนำคะแนนที่ได้มาพิจารณารวมกับคะแนนวิชาวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ เพื่อประกอบการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาในหลักสูตรแพทยศาสตรบัณฑิตและทันตแพทยศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา 2554 ตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต่อไป

เมื่อพิจารณาจากคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 994/2561 แล้ว จะพบว่า แม้ศาลปกครองจะได้พิจารณาคำขอโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการทุเลาการบังคับตาม คำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากคำขอของผู้ฟ้องคดีนี้เป็นการขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีเข้าสัมภาษณ์และตรวจร่างกาย ลำพังแต่การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง จึงไม่สามารถทำให้ผู้ฟ้องคดีสามารถเข้าร่วมการสอบสัมภาษณ์และตรวจร่างกายได้ตามคำขอ ศาลจึงจำเป็น

ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาตรวจสอบคะแนนวิชาภาษาไทยและสังคมศึกษา และนำคะแนนในวิชาดังกล่าวไปรวมกับวิชาอื่นให้ถูกต้องตามความเป็นจริงด้วย ในกรณีเช่นนี้การพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวจึงน่าจะสอดคล้องกับรูปเรื่องมากกว่า

สรุป

การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเป็นกลไกที่สำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลในกระบวนการสอบที่เป็นธรรม ถึงแม้ว่าลักษณะและองค์ประกอบของการออกคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในระบบกฎหมายไทยและในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีความแตกต่างกันในบางส่วน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคำฟ้องกับคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราว หรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ทางทฤษฎีและการวินิจฉัยของศาลปกครองเยอรมันในทางปฏิบัติ ก็ย่อมทำให้ศาลปกครองไทยสามารถเห็นภาพของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบและการตรวจสอบได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น และสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคำขอในลักษณะดังกล่าวได้ ซึ่งการใช้มาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวมักเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับคำขอในคดีที่เกี่ยวข้องกับการสอบและการตรวจสอบมากกว่าการทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง และจะทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับการคุ้มครองสิทธิได้อย่างครอบคลุมมากยิ่งขึ้น