

คำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง

หัวข้อ นิติกรรมทางปกครอง

เรื่องนิติกรรมทางปกครอง เราจะศึกษา 3 เรื่องด้วยกัน

1. การพิจารณาว่าอะไรเป็นนิติกรรมทางปกครอง
2. กฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง
3. ผลของการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของนิติกรรมทางปกครองนิติกรรมทางปกครอง

ทฤษฎีในเรื่องนิติกรรมทางปกครอง

เบื้องต้น สมควรทราบถึงปัญหาและแนวทางในการกำเนิดทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองก่อนว่าเกิดขึ้นมาอย่างไร

ในทางทฤษฎีช่วงยุคก่อน มีแนวคิดที่ว่า กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นมาจากการกำหนดหลักไว้โดยเฉพาะ จึงต้องให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้ตรวจสอบ ต่อมาในปัจจุบันได้มีการศึกษาค้นคว้าถึงเนื้อหาของกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เพื่อนำมาเป็นหลักหรือบรรทัดฐานในเรื่องดังกล่าว ประโยชน์ที่เห็นได้ชัดจากการพัฒนาทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง คือ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาล และทำให้ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองเปลี่ยนฐานะเป็นเจ้าของสิทธิ โดยมีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

มีปัญหาอยู่ประการหนึ่ง ในทางทฤษฎี การออกคำสั่งทางปกครอง คู่กรณีต้องให้ความร่วมมือถามว่าหากคู่กรณีไม่ให้ความร่วมมือจะผิดกฎหมายหรือไม่ หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิคู่กรณี¹ สมมุติเจ้าหน้าที่ได้ทำการออกคำสั่งใดไปแล้วโดยไม่แจ้งสิทธิที่คู่กรณีทราบก่อนถามว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ใช้บังคับได้หรือไม่ นี่เป็นตัวอย่างของกฎหมายที่ประสงค์ให้ประชาชนเป็นประธานแห่งสิทธิ มีตัวอย่างที่น่าสนใจคือ การที่ อบต.จะดำเนินการเพื่ออนุมัติเงินอุดหนุน มีระเบียบข้อหนึ่งเขียนไว้ว่า ในการที่จะอนุมัติเงินต้องเริ่มที่มีคนขอ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่า อบต.ได้เข้าไปสอบถามประชาชน ได้ข้อสรุปจากประชาชนว่า ประชาชนส่วนใหญ่ต้องการอะไร ก็ให้นำเสนอสภา อบต. เพื่อให้สภาอนุมัติเงินเพื่อให้ไปดำเนินการ ถ้าข้อเท็จจริงดังกล่าวเห็นได้ว่า ไม่มีการทำคำขอโดยประชาชนตามที่ระเบียบกำหนด การมีมติอนุมัติเงินอุดหนุนนั้นชอบด้วยกฎหมายใหม่ คำตอบคือ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่กรณีนี้วัตถุประสงค์ในการอนุมัติเงินก็เพื่อนำไปทำการบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนตามที่คนส่วนใหญ่ต้องการ แต่ขาดเพียงการทำตามระเบียบคือ ต้องมีคำขอก่อน ตัวอย่างนี้เป็นคดีที่เกิดขึ้นจริง คือ อบต.ได้ทำประชามติแล้วได้ข้อสรุปว่า ประชาชนส่วนใหญ่ต้องการให้ อบต.สร้างเมรุวัด จึงนำเรื่องเข้าที่ประชุมเพื่อขอมติเบิกเงิน ซึ่งสภาก็อนุมัติ ต่อมาคดีนี้ขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครอง

¹ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของ พ.ร.บ.วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

สูงสุดเห็นว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุผลหนึ่งคือไม่มีผู้ขอ² แต่เมื่อศาลตัดสินแล้วปรากฏว่าต่อมาอีกวันมีผู้มายื่นคำขอ อนาคตก็ดำเนินการไปตามระเบียบอีกครั้งและผลท้ายสุด ก็อนุมัติเงินอุดหนุนดังกล่าวเช่นเดียวกับคำสั่งที่ถูกเพิกถอนไป ตัวอย่างนี้สะท้อนให้เห็นว่า ในการใช้กฎหมายคำสั่งถึงรูปแบบวิธีการออกคำสั่ง หากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนเท่ากับคำสั่งนั้นไม่ชอบทันที โดยที่ไม่พิจารณาถึงเหตุผลของการออกคำสั่ง เช่นนี้จะทำให้การดำเนินการทางปกครองผิดจากความเป็นจริงได้ แต่ในทางตำราก็อธิบายว่า หากไม่มีการขอแล้วเจ้าหน้าที่ไปทำเสียก่อนก็ได้ อาจเป็นช่องในการทุจริตโดยเจ้าหน้าที่ได้ แต่อาจารย์เห็นว่า ถ้าจะทุจริตจริง ๆ ก็คงหาทางจนได้

การกระทำใด ที่จะเข้าตามหลักเกณฑ์นิติกรรมทางปกครอง มีลักษณะอย่างไร เช่น เก็บขยะของพนักงานเทศบาล การถือหนังสือไปให้ผู้บังคับบัญชาลงนามที่โต๊ะเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ การยกรถที่จอดกีดขวางการจราจรโดยตำรวจจราจร บรรดาที่ยกตัวอย่างนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่

ในทางทฤษฎีของประเทศเยอรมัน นิติกรรมทางปกครองหมายถึง **คำสั่งทางปกครองเท่านั้น** ไม่รวมถึงกฎและสัญญาทางปกครอง ส่วนทฤษฎีของ**ประเทศฝรั่งเศส**เมื่อพูดถึงนิติกรรมทางปกครอง จะหมายถึงคำสั่งทางปกครองและกฎแต่ไม่รวมสัญญาทางปกครอง ส่วนของ**ไทย** ในกฎหมายไม่มีคำว่านิติกรรมทางปกครอง มีแต่คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” และ “กฎ” ซึ่งแน่นอนว่าคำสั่งทางปกครองและกฎเป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่ในกฎหมายของไทยไม่เรียกผลของการใช้อำนาจทางปกครองทั้งสองอย่างนั้นว่านิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ กฎหมายไทยกล่าวถึงคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ โดยตรง ไม่มีกล่าวถึงนิติกรรมทางปกครอง เหตุที่เป็นเช่นนี้ อาจเป็นเพราะมีการถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการของไทย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การกระทำทางปกครอง คือการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ ไม่ใช้การทำนิติกรรม ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การกระทำทางปกครอง แยกได้เป็นการกระทำที่มุ่งผลในการผูกนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย และไม่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมาย ในส่วนที่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายนี้เอง เรียกว่านิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงนิติกรรมทางปกครองของไทย จึงเป็นการกล่าวถึงในทางตำราเป็นหลัก และมีปรากฏในคำพิพากษาบางฉบับ แต่ในตัวอย่างกฎหมายไม่ปรากฏคำนี้ สำหรับสัญญาทางปกครองนั้นในประเทศไทยถือว่า ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองคือ

1. การมีคุณสมบัติของ**นิติกรรม**
2. ต้องเป็น**นิติกรรมทางปกครอง** ซึ่งตรงนี้มีเนื้อหาค่อนข้างมากกว่าอะไรเป็นนิติกรรมทางปกครอง
3. ต้องเป็น**นิติกรรมฝ่ายเดียว** เพราะถ้ามากกว่าหนึ่งฝ่ายเขาจะเรียกว่าสัญญาทางปกครอง

² มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า

“คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว”

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

คุณสมบัติทั้ง 3 ประการบ่งบอกการเป็นนิติกรรมทางปกครอง

1. การกระทำนั้น เป็นนิติกรรม

นิติกรรมมีองค์ประกอบ คือ การมุ่งให้เกิดผลโดยตรงเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบุคคล ตัวอย่าง คำสั่งให้รื้อถอนตลาดที่สร้างโดยไม่ได้ขออนุญาต ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวของสิทธิ เจ้าหน้าที่ตำรวจมือห้ำมรทหยุด ก็ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิมุ่งผลในทางกฎหมายต่อบุคคล เป็นนิติกรรมเช่นกัน

ตัวอย่างที่ 1 การที่กฎหมายกำหนดว่า ประชาชนจะกระทำการนั้น ๆ ได้ โดยปกติแล้วต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน ซึ่งมักจะออกเป็นใบอนุญาต แต่ในบางกรณีกฎหมายบัญญัติว่า **เมื่อเจ้าพนักงานออกใบรับแจ้งก็สามารถกระทำการได้เลย** การออกใบอนุญาตหรือการออกใบรับแจ้งเป็นนิติกรรมทางปกครองใหม่ ตอบได้ว่าการออกใบอนุญาตและการออกใบรับแจ้ง เหล่านี้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 7 บัญญัติให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดให้โรงงานตามประเภทชนิดหรือขนาดใดเป็นโรงงานจำพวกที่ 1 โรงงานจำพวกที่ 2 หรือโรงงานจำพวกที่ 3 โดยโรงงานจำพวกที่ 1 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่สามารถประกอบกิจการโรงงานได้ทันทีตามความประสงค์ของผู้ประกอบกิจการโรงงาน โรงงานจำพวกที่ 2 ได้แก่ โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่เมื่อจะประกอบกิจการโรงงานต้องแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบก่อน ส่วนโรงงานจำพวกที่ ๓ ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ เป็นต้น

ตัวอย่างที่ 2 พ.ร.บ.สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 87/1 บัญญัติว่า ในกรณีที่สภาองค์การบริหารส่วนตำบลไม่รับหลักการร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ให้นายอำเภอตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่ง เพื่อพิจารณาหาข้อยุติความขัดแย้งโดยแก้ไข ปรับปรุง หรือยืนยันสาระสำคัญของข้อบัญญัติไว้ในร่างข้อบัญญัตินั้น เมื่อคณะกรรมการพิจารณาร่างข้อบัญญัติเสร็จแล้วให้รายงานต่อนายอำเภอ และให้นายอำเภอส่งร่างข้อบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการให้นายกองค์การบริหารส่วนตำบลโดยเร็ว แล้วให้นายกองค์การบริหารส่วนตำบลเสนอร่างข้อบัญญัติดังกล่าวต่อสภาองค์การบริหารส่วนตำบลภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างข้อบัญญัติจากนายอำเภอ หากนายกองค์การบริหารส่วนตำบลไม่เสนอร่างข้อบัญญัตินั้นต่อสภาองค์การบริหารส่วนตำบลภายในเวลาที่กำหนด ให้นายอำเภอรายงานต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อสั่งให้นายกองค์การบริหารส่วนตำบลพ้นจากตำแหน่ง ถ้ามว่าคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ วิธีวิเคราะห์ คือ ต้องดูก่อนว่าเป็นการเคลื่อนไหวเพื่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ของบุคคลหรือไม่ กรณีนี้เห็นแล้วว่าการเคลื่อนไหวเพื่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ของนายกองค์การบริหารส่วนตำบลแล้ว

ตัวอย่างที่สาม กรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการจัดตั้งโรงงานใดต้องขออนุญาต โดยต้องมีการจัดทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วยและเมื่อทำเสร็จแล้วต้องเสนอรายงานให้คณะกรรมการผู้ชำนาญการพิจารณาให้ความเห็นชอบ กรณีที่คณะกรรมการผู้ชำนาญการให้ความเห็นชอบหรือ

ไม่เห็นชอบเป็นนิติกรรมทางปกครองใหม่ วิธีการวิเคราะห์โดยพิจารณาว่า ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเพื่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ของบุคคลหรือไม่ บางคนจะเข้าใจว่ากรณีนี้รายงานไม่ใช่นิติกรรมทางปกครองแต่จริง ๆ แล้ว **ตัวรายงานถือว่าเป็นนิติกรรมที่มีผลต่อการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ**

ตัวอย่างที่สี่ กฎหมายกำหนดว่า ในการที่มีคำสั่งหรือมีมติใด ๆ ต้องให้หน่วยงานใดพิจารณาและให้ความเห็นก่อน ความเห็นเป็นนิติกรรมทางปกครองใหม่ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 57(1) บัญญัติว่า การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดนำเสนอกณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้วให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง เช่นนี้มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นนิติกรรมหรือไม่ ก็ตอบได้ว่าเป็นนิติกรรมเพราะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิแล้ว

หลักเกณฑ์ในการพิจารณานิติกรรมทางปกครองของต่างประเทศ

หลักเกณฑ์เบื้องต้นในทางฝรั่งเศส การพิจารณาว่า กรณีใดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่พิจารณาได้ 2 ประการคือ **หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร และหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา**

ด้านองค์กร คือ องค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ส่วนภูมิภาคท้องถิ่น องค์การมหาชน **แต่ไม่รวมถึงองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ**

ด้านเนื้อหา ต้องเป็นนิติกรรม กล่าวคือ ต้องก่อให้เกิดผลเป็นการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ

ข้อแรกด้านองค์กร เปรียบเทียบกับองค์กรอื่นของรัฐ คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ มีการกระทำเรียกว่า**นิติกรรมในทางนิติบัญญัติ**ประเภทหนึ่ง อีกประเภทหนึ่งคือ**นิติกรรมทางสภา** เป็นนิติกรรมที่ทำในสภาเดียว ซึ่งหมายถึงเรื่องอะไรก็ได้ที่ไม่เกี่ยวกับนิติบัญญัติ(ออกกฎหมาย)

นิติกรรมทางนิติบัญญัติ หมายถึง นิติกรรมที่ทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติระดับชาติ ดังนั้น **นิติกรรมทางฝ่ายนิติบัญญัติจริง ๆ แล้ว** หมายถึงการออกกฎหมายนั่นเอง การออกข้อบังคับในการประชุมสภา ไม่เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ เพราะไม่เป็นการตรากฎหมาย

นิติกรรมทางฝ่ายปกครอง ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ แม้ในบางกรณีสิ่งที่ฝ่ายปกครองได้กระทำออกไปนั้นจะมีลักษณะเหมือนกฎหมายก็ตาม ซึ่งก็ได้แก่**การออกกฎ** หรือ**อนุบัญญัติ**นั่นเอง เช่น บรรดาข้อบัญญัติท้องถิ่นทั้งหลาย กล่าวคือ พิจารณาจากตัวผู้กระทำเป็นหลัก แม้สิ่งที่กระทำออกมานั้น มีผลเป็นการทั่วไปและเป็นนามธรรมเช่นเดียวกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ผู้กระทำเป็นฝ่ายปกครอง จึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่ใช่นิติกรรมทางนิติบัญญัติ ดังนั้นหากมีคณาฟ้องว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นนิติกรรมไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถฟ้องต่อศาลปกครอง แต่ถ้าเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ฟ้องศาลปกครองไม่ได้ ส่วนจะฟ้องศาลไหน หรือกรณีใดที่ศาลจะเข้าไปตรวจสอบได้หรือไม่ ต้องพิจารณาตามรัฐธรรมนูญ แต่ที่แน่นอน นิติกรรมทางนิติบัญญัติไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

ประเด็นถัดมา ศาลทำนิติกรรมได้ไหม หากพิจารณาจากการใช้อำนาจรัฐในลักษณะที่มุ่งโดยตรงให้เกิดผล จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเป็นการสร้างความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ จึงเป็นนิติกรรม แต่เป็นประเภทไหน **นิติกรรมหลักของศาลคือทำคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถือว่าเป็นนิติกรรมทางตุลาการ** แม้จะมีลักษณะเป็นการบังคับใช้กฎหมายเหมือนนิติกรรมทางปกครอง แต่ก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

ข้อยกเว้น

1. การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครองทั้งหมด เช่น กรณีที่ **รัฐบาลเรียกทูตกลับมาเมืองไทย**ตามมาตรการในการลดระดับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กรณีนี้แม้จะเป็นการกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แต่เป็นการกระทำที่แสดงทิศทางของรัฐ อันเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในการตรวจสอบของศาล เป็นการกระทำทางรัฐบาล แม้จะมีผลกระทบต่อทูตที่ถูกเรียกตัวกลับ ก็ไม่ถือเป็นการกระทำทางปกครอง

2. การกระทำขององค์กรเอกชน แต่เป็นกรณีที่องค์กรเอกชนที่ **ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครอง** เช่นนี้ เป็นนิติกรรมทางปกครองได้

ต่อไปมาดูกฎหมายของเยอรมัน เยอรมันได้เขียนนิยามของนิติกรรมทางปกครองไว้ในกฎหมายมี 5 ลักษณะ³ ทั้งนี้ นิติกรรมทางปกครองของเยอรมันมีลักษณะเป็นการสั่งการ เป็นเรื่องเกี่ยวกับคำสั่ง จึงไม่รวมถึงกฎที่เป็นการทั่วไปและเป็นนามธรรม

1. มีลักษณะเป็นการสั่งการ (shall be any order) เป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ แต่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยแท้ เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเคลื่อนย้ายสิ่งกีดขวาง ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

2. การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครอง องค์กรฝ่ายปกครอง คือ องค์กรทุกองค์กรที่มีการจัดทำและรับผิดชอบงานปกครอง องค์กรใดก็ตามที่ไม่มีมีการกระทำทางปกครอง การกระทำนั้นก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง (by an authority in the sphere of public law)

3. ต้องมีลักษณะเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาที่มีผลทางกฎหมาย ดังนั้น การเตรียมการทางเยอรมันก็ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น การนัดผู้ที่เกี่ยวข้องมาประชุมชี้แจง การให้คะแนน เพราะยังไม่มีผลกระทบต่อภายนอก การประกาศว่าทุกวันจันทร์ต้องแต่งกายแบบนี้ การที่มีคำสั่งที่ 1 ออกมา ต่อมาก็มีการทำคำสั่งออกมาเป็นครั้งที่ 2 โดยอ้างเนื้อหาของคำสั่งที่ 1 คำสั่งที่ 2 นี้ ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรม

³ Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) May 25th 1976

Section 35 Definition of an administrative act

An **administrative act** shall be any **order, decision** or other sovereign measure taken **by an authority** to regulate an **individual case** in the **sphere of public law** and intended to have a **direct, external legal effect**. A general order shall be an administrative act directed at a group of people defined or definable on the basis of general characteristics or relating to the public law aspect of a matter or its use by the public at large.

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

4. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำในกรณีเฉพาะเท่านั้น (regulate an individual case) โดยนิติกรรมใดที่มีผลในเชิงนามธรรม และมีผลทั่วไป กรณีนี้ทางเยอรมันไม่ถือว่าเป็นนิติกรรม กรณีเฉพาะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับตัวบุคคลใด หรือ กรณีใด เรื่องใด ที่สามารถเจาะจงเรื่องนั้นหรือบุคคลนั้นโดยเฉพาะได้ กล่าวคือ (1) การกระทำนั้นต้องเป็นรูปธรรม หรือ(2) การกระทำนั้นต้องมีผลเฉพาะบุคคล เช่น คำสั่งแต่งตั้ง คำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือน เป็นต้น คำสั่งระบุจำนวนผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะเป็นนิติกรรมทางปกครอง หรือตำรวจสั่งให้รถยนต์คันหนึ่งที่วิ่งมาให้หยุดเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ประเภทคำสั่งทางปกครองเฉพาะบุคคล แต่หากเป็นกรณีป้ายปักบนเกาะกลางถนนว่า ห้ามกลับรถในจุดนี้ เป็นนิติกรรมทางปกครองเช่นกัน แต่เป็นประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป (general order)

5. การกระทำนั้นต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก (intended to have a direct external legal effect) หมายความว่า เป็นการกระทำขององค์กรที่มีผลออกสู่ภายนอกโดยตรง กรณีคำแนะนำภายใน ฝ่ายปกครอง เช่น การแนะนำวิธีการทำงานระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชา หรือการที่ผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชาปฏิบัติตามหน้าที่ กรณีนี้เป็นการกระทำภายใน แต่หากเรื่องใดที่การบังคับบัญชาเป็นการสั่งที่มีผลต่อสถานภาพ สิทธิ หน้าที่ ของผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชา กรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่มีผลออกสู่ภายนอก

นิติกรรมทางปกครองของไทย

1. คุณสมบัติประการแรก ต้องเป็นนิติกรรม

ลักษณะของนิติกรรมอย่างที่เราพูดถึงว่าเรื่องของ การตัดสินใจแสดงเจตนาให้เกิดผลต่อภายนอก ประสงค์ให้เกิดสิทธิหน้าที่

ประเด็นที่ 1 เรื่องการรับแจ้งและระบบการตรวจสอบแล้วจึงออกใบอนุญาต

หลายกรณีที่เป็นปัญหาให้พิจารณาว่า เข้าหลักของนิติกรรมหรือเปล่า อย่างเช่น การกระทำที่เป็น การรับรองสิทธิหรือการยืนยันสิทธิหน้าที่ของบุคคลเช่น กรณีของการรับแจ้ง ในระบบกฎหมายไทย มีการรับแจ้งในลักษณะที่ควบคุมการออกใบอนุญาต เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 มาตรา 7 บัญญัติแบ่งโรงงานออกเป็น 3 จำพวก โรงงานจำพวกที่ 1 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่สามารถประกอบกิจการโรงงานได้ทันทีตามความประสงค์ของผู้ประกอบกิจการโรงงาน โรงงานจำพวกที่ 2 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่เมื่อจะประกอบกิจการโรงงานต้องแจ้งให้ผู้อนุญาตทราบก่อน โรงงานจำพวกที่ 3 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้

กฎหมายควบคุมการกระทำของมนุษย์คู่กับระบบการอนุญาต บางกฎหมายจะต้องให้มีการขอ อนุญาต แต่ระบบของการรับแจ้งนั้นเกิดขึ้นเพื่อผ่อนคลายการเข้าถึงสิทธิหน้าที่ในเรื่องนั้น ๆ ให้สะดวก หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

รวดเร็วยิ่งขึ้น กฎหมายจึงสร้างระบบเป็นการรับแจ้งขึ้นมา อย่างเช่นพระราชบัญญัติโรงงานปี พ.ศ. 2535 ข้างต้น เป็นเรื่องของการรับแจ้งการประกอบโรงงาน กรณีนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง จากข้อเท็จจริงจะพบว่า **เจ้าพนักงานของรัฐมีจำนวนน้อย** หากรอให้มีการอนุญาตก่อนจึงจะทำได้ ก็จะไม่สะดวกต่อประชาชน การรับแจ้งเป็นการยืดหยุ่นเสริมระบบอนุญาต กฎหมายกำหนดว่าเมื่อแจ้งเข้ามาต้องให้มีการออกไปรับแจ้ง **แบบของใบรับแจ้งถือว่าเป็นใบอนุญาตก็ว่าได้** โดยใช้ระบบตรวจสอบในภายหลังแทนระบบตรวจสอบก่อนแล้วจึงอนุญาต อย่างไรก็ตาม ข้อสำคัญคือ ผู้แจ้ง**ต้องยื่นอะไรเพื่อประกอบการรับแจ้งหรือมีเงื่อนไขในการรับแจ้งบ้าง** ก็ต้องดำเนินการให้ถูกต้องครบถ้วนตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไข กรณีนี้กฎหมายจัดระบบขึ้นมาเพื่อช่วยอำนวยความสะดวก ไม่ใช่เพียงแต่ยื่นเรื่องอย่างเดียว แต่เอกสารไม่ครบหรือไม่เข้าเงื่อนไข การยื่นที่ครบถ้วนเป็นเรื่องที่สำคัญเพราะว่ามีกฎหมายบางฉบับเขียนชัดว่าต้องพิจารณาว่าวันไหนถือเป็นวันที่อนุญาตแล้วหรือเห็นชอบแล้ว หรือจะมีผลโดยนับวันตั้งแต่วันเรื่องออกไปก็วัน บรรดาเหล่านี้**ต้องนับขณะที่คำขอครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้** เพราะฉะนั้น หากเจ้าหน้าที่โต้แย้งว่าเอกสารยังไม่ครบ หรือยังไม่เป็นไปตามเงื่อนไข จะไปนับวันที่ยื่นไม่ถูกต้องนั้นเป็นวันยื่นไม่ได้ เรื่องที่ยื่นจะต้องครบถ้วนก่อน

ประเด็นที่ 2 การประเมินผลการสอบ

กรณีที่ 1 การให้คะแนนข้อสอบของนักศึกษา โดยธรรมชาติของมันเป็นนิติกรรมหรือไม่ กล่าวคือ คุณสมบัติหลักของนิติกรรมจะต้องมีการพิจารณาและการตัดสินใจในเรื่องนั้นมุ่งกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ การให้คะแนนสอบเป็นการที่เราพิจารณาซึ่งน้ำหนักของเรื่องหนึ่งซึ่งอยู่ในขอบเขตของการตัดสินใจ กำหนดสถานะสิทธิและหน้าที่ **เข้าลักษณะเป็นนิติกรรม** อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะเป็นนิติกรรมในทางสากล แต่การให้คะแนนแต่ละรายวิชานั้น ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบ เหตุผลส่วนหนึ่ง เพราะ**เมื่อพิจารณาจากภารกิจขององค์กรตุลาการแล้ว** การเข้าไปตรวจสอบการประเมินผลการสอบเป็นการทำให้องค์กรตุลาการได้ขยับตำแหน่งของตัวเองเข้าไปในฝ่ายปกครองหรือไม่ การเข้าไปตรวจสอบการให้คะแนนแต่ละรายวิชา ศาลค่อนข้างจะเสี่ยงต่อการขยับตำแหน่งของตัวเองเข้าไปในฝ่ายปกครองมากเกินไป ศาลจึงสงวนไม่เข้าไปตรวจสอบการให้คะแนนเป็นรายวิชา **อย่างไรก็ตาม ถ้าการให้คะแนนสอบนั้นมีผลในการสำเร็จการศึกษา** เช่น ตามหลักสูตร การสอบตกในรายวิชาใดวิชาหนึ่ง ไม่สำเร็จการศึกษา เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นนิติกรรมที่ศาลเข้าไปตรวจสอบได้ แต่หากได้ผลการเรียนในรายวิชาหนึ่งเป็น D ก็ไม่มีผลกระทบต่อการสำเร็จการศึกษา เช่นนี้ ศาลก็จะไม่เข้าไปตรวจสอบ ยกเว้นมีผลทำให้ไม่ได้เกียรตินิยม ถือว่ามีผลกระทบต่อกฎสิทธิ ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ ในกรณีคะแนนสอบที่ยกตัวอย่างนี้ มีแนวทางในการเปรียบเทียบกับอีกกรณีหนึ่ง

กรณีที่ 2 การสอบคัดเลือกเข้ารับบรรจุในระบบราชการ การโต้แย้งผลการให้คะแนนในข้อสอบย่อมมีผลใกล้เคียงมากเกี่ยวกับหน้าที่และสิทธิของผู้เข้าสอบ ศาลจะถือว่าเป็นเรื่องนิติกรรมทางปกครอง ตัวอย่างคดีที่มีการฟ้องเรื่องของการประกาศผลสอบโดยผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ตรวจสอบใหม่

ให้ผู้ตรวจแก้ไขคะแนนเพิ่มเติมใหม่กรณีแบบนี้ เคยมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 556/2550⁴ วินิจฉัยในคำฟ้องข้อหาที่ 4 ว่า สภานายความซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีใช้วิธีการสอบและวัดผลโดยมิชอบ ให้คะแนนสอบอันดับผู้ฟ้องคดีไม่เป็นธรรม ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้สภานายความเพิ่มคะแนนให้ผู้ฟ้องคดีในแต่ละข้อ และประกาศผลสอบใหม่ เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แม้ไม่มีระบุที่เป็นแน่ชัดว่าเป็นนิติกรรมประเภทกฎหมายหรือคำสั่ง อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลเห็นว่า ไม่อาจรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ เพราะเป็นการฟ้องให้ศาลออกคำสั่งบังคับให้สภานายความเพิ่มคะแนนสอบ อันมีผลเป็นคำขอมีลักษณะให้ศาลเข้าไปใช้อำนาจทางปกครองเองเสียเอง กล่าวคือ ใช้ดุลพินิจให้คะแนนเอง ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองเท่านั้น (หากขอให้เพิกถอนคะแนนแล้วตรวจข้อสอบใหม่ ศาลน่าจะสั่งได้-ผู้เขียน) โดยศาลให้เห็นผลข้อหนึ่งว่า การให้คะแนนสอบอันดับเป็นดุลพินิจโดยแท้ของกรรมการผู้ตรวจข้อสอบที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ศาลก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจของคณะกรรมการผู้ตรวจข้อสอบฯ ไม่ได้ ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องข้อหาไว้พิจารณา กรณีการประเมินผลการสอบนี้ ศาลมักจะตรวจสอบเฉพาะหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดหมายว่าผู้ตรวจประเมินให้คะแนนได้ดำเนินการโดยถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ แต่ศาลจะไม่เข้าไปดูการให้คะแนนว่า ควรจะให้คะแนนเท่าไร คะแนนที่ให้เหมาะสมหรือไม่ เนื่องจากเป็นดุลพินิจของผู้ตรวจประเมินการให้คะแนนนั้น ถือเป็นอำนาจเด็ดขาด (ดู คดีหมายเลขแดงที่ อ.536/2554 ประกอบ)

ประเด็นที่ 3 กรณีต้องมีการดำเนินการอย่างใดก่อนมีคำสั่ง

กรณีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ให้การกระทำการบางอย่าง ต้องเสนอให้องค์กรอื่นเป็นพิจารณาก่อน ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่ามีกลไกในการออกคำสั่งที่มากกว่าการออกคำสั่งเดียว กรณีนี้มีปัญหาพอสมควร ลักษณะของการกระทำดังกล่าว ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นยังไม่ครบตามกลไกที่กำหนด **เป็นเรื่องของวิธีการที่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่** เช่นกรณี การแต่งตั้งข้าราชการระดับสูงกฎหมายและรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า **จะต้องมีการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง**⁵ หากปรากฏว่ายังไม่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ จะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองแล้วหรือไม่ เช่น กรณีของคดีที่มีการสั่งแต่งตั้งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำระดับที่ 11 มีการออกคำสั่งแต่งตั้งเรียบร้อยแล้ว **แต่ยังไม่มีการกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ** กรณีนี้มีการนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้หรือไม่ กล่าวคือ เป็นนิติกรรมทางปกครองแล้วหรือไม่นั่นเอง เพราะหากยังไม่เป็นนิติกรรม ศาลปกครองก็รับไว้พิจารณาไม่ได้ ต้องรอมีคำสั่งก่อน เรื่องนี้ศาลปกครองก็วินิจฉัยว่า

⁴ ลิงค์คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/Casefile/admcase/document/signed/pdf/2550/01013-500339-2f-500827-0000045795.pdf>

⁵ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 57 บัญญัติว่า

“การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 53 มาตรา 54 มาตรา 56 มาตรา 63 มาตรา 64 มาตรา 65 และมาตรา 66 ให้ผู้มีอำนาจดังต่อไปนี้ เป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้ง

(1) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการระดับกระทรวง หัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณามติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

คำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว โดยอธิบายไว้ว่าถึงแม้ตามประเพณีทางปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ประกอบกับกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนจะต้องกราบบังคับทูลก่อนก็ตาม แต่ก็ได้ทำให้คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

ประเด็นที่ 4 การดำเนินการที่ล่วงเวลาเป็นนิติกรรมหรือไม่

การกำหนดให้แก่ง่ายปกครองที่จะทำนิติกรรมภายในเวลาเท่าไร จะต้องออกคำสั่งหรือวินิจฉัยภายในกี่วัน พันกำหนดไปแล้วยังไม่ออกคำสั่ง ถ้าคำสั่งที่ออกไปเมื่อพันกำหนดไปแล้วเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ไหม เช่น พ.ร.บ.ระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ.2547 มาตรา 61 บัญญัติว่า ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาผู้ใดถูกสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ตัดเงินเดือนหรือลดขั้นเงินเดือน มีสิทธิอุทธรณ์ต่อสภามหาวิทยาลัยได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันได้รับแจ้งคำสั่ง และมาตรา 65 วรรคสองของ พ.ร.บ.เดียวกัน บัญญัติว่า ในการพิจารณาอุทธรณ์ให้สภามหาวิทยาลัยดำเนินการให้แล้วเสร็จไม่เกิน 90 วัน ดังนั้น หากพัน 90 วันแล้ว สภามหาวิทยาลัยเพิ่งมีมติยกอุทธรณ์ เช่นนี้ มติยกอุทธรณ์ที่ล่วงเวลา 90 วันนี้ เป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่

คำตอบ คือ ถึงแม้จะพันเวลาไปแล้ว ก็ยังถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง) เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.197/2550 คำวินิจฉัยอุทธรณ์เรื่องค่าทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืนต่อรัฐมนตรี ซึ่งตามกฎหมายรัฐมนตรีต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน แต่คดีนี้ รัฐมนตรีมีคำวินิจฉัยออกมาเมื่อล่วงพันเวลาตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ก็ยังถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอยู่

ประเด็นที่ 5 คำสั่งโดยปริยาย

ตัวอย่างถัดมามีคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่เราพูดว่าเป็นคำสั่งโดยปริยาย อันที่จริงในกฎหมายไทยความหมายก็ยังไม่ชัดเจนเท่าไร ของบางประเทศนั้น มีกฎหมายกำหนดว่าเมื่อมีการยื่นเรื่องไปแล้วหากไม่มีคำสั่งใดภายในเวลาที่กำหนดถือว่ามีคำสั่งปฏิเสธ ของไทยมีบ้างแต่เป็นส่วนน้อย คำสั่งโดยปริยายอีกลักษณะหนึ่ง คือ เนื้อหาซ้อนกัน อย่างเช่นที่เคยมีมติให้แต่งตั้งบุคคลคนหนึ่ง ต่อมามติให้แต่งตั้งบุคคลใหม่ จริง ๆ แล้ว คำสั่งหลังเนื้อหามีความอยู่ 2 อย่าง คือ มุ่งที่จะแต่งตั้งคนใหม่ และมีเนื้อหาที่ซ่อนอยู่บอกว่า ยกเลิกการแต่งตั้งคนเก่า เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 114/2550⁶ คดีนี้ มหาวิทยาลัยราชภัฏแห่งหนึ่ง ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสรรหาคณบดีคณะหนึ่ง จนได้รายชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งคณบดีเสนอต่อสภามหาวิทยาลัยเพื่อเลือกเป็นคณบดีแล้ว ซึ่งมีชื่อของผู้ฟ้องคดีรวมอยู่ด้วย ต่อมาผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อด้วยนั้นได้ถอนตัว ทำให้เหลือผู้ฟ้องคดีเพียงผู้เดียว แต่ในการประชุมสภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัยได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการสรรหาชุดใหม่ เพื่อให้ดำเนินการสรรหาบุคคลที่จะเป็น

⁶ ลิงค์ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/Casefile/admcase/document/signed/pdf/2549/01013-490965-2f-500309-0000041467.pdf>

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

คณบดีใหม่ มติของสภาที่มีในการดำเนินการสรรหาคณบดีใหม่นี้ ศาลปกครองบอกว่ามีผล**เป็นการยกเลิกผลการสรรหาคณบดีที่ได้กระทำมาแล้ว** ดังนั้น จึงถือเท่ากับเป็นการปฏิเสธโดยปริยาย พูด่าง ๆ ว่ามติดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานะของผู้ฟ้องคดีคือไม่ได้รับการแต่งตั้ง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มติให้ดำเนินการสรรหาคณบดีใหม่ดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

ประเด็นที่ 6 คำสั่งเรียกเงิน/ให้ชดใช้เงิน

ตัวอย่างนี้ ลักษณะที่มีกำลังว่าจะมีการพิจารณาว่าเป็นนิติกรรมหรือไม่

กรณีที่ 1 กรณีข้าราชการได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งก็จะได้รับเงินเดือนหรือค่าตอบแทนตามกฎหมาย **ปรากฏว่าภายหลังมีการยกเลิกการแต่งตั้งนั้นก็ดี** หรือกรณีที่ข้าราชการ**ใช้สิทธิในการเบิกเงินค่าตอบแทนบางอย่างเกินจำนวนที่ควรจะได้รับ**ตามกฎหมาย หากทางราชการเรียกเงินที่ได้ไปดังกล่าวคืน เช่นนี้ คำสั่งเรียกเงินคืนนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ กรณีทำนองนี้ แนวที่วินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่บอกว่าเป็นเพียงการทวงถามให้ชำระหนี้ เช่น กรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนหนังสือของนายอำเภอท่าฉาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่เรียกให้ผู้ฟ้องคดีคืนเงินค่าตอบแทนผู้ใหญ่บ้านที่ได้รับไปโดยไม่มีสิทธิหรือเกินสิทธิ นั้น เมื่อพิจารณาหนังสือดังกล่าวซึ่งระบุข้อความว่า การที่ผู้ฟ้องคดีปกปิดข้อความจริงโดยไม่แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทราบว่าตนต้องคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยป่าไม้และประมวลกฎหมายที่ดิน อันเป็นลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งผู้ใหญ่บ้าน อีกทั้งยังคงปฏิบัติหน้าที่ผู้ใหญ่บ้านและได้รับค่าตอบแทนเรื่อยมา ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์จากทางราชการ ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสถานะเป็นผู้ใหญ่บ้านตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด และไม่มีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทนจากทางราชการอีก การที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเงินค่าตอบแทนไปจากทางราชการภายหลังจากวันที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดจนถึงวันที่อำเภอท่าฉางมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง **จึงเป็นการได้รับเงินไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ จังหวัดสุราษฎร์ธานีจึงต้องเรียกเงินค่าตอบแทนที่ผู้ฟ้องคดีได้รับไปในช่วงเวลาดังกล่าวคืน** เห็นได้ว่า หนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่เรียกให้ผู้ฟ้องคดีคืนเงินค่าตอบแทนผู้ใหญ่บ้านที่ได้รับไปโดยไม่มีสิทธิหรือเกินสิทธิดังกล่าว เป็นเพียงหนังสือทวงถามให้ชำระเงินเท่านั้น ไม่ได้มีลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีเจตนาที่จะให้หนังสือดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่อาจนำมาฟ้องต่อศาลได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร.132/2560⁷)

กรณีในลักษณะเช่นนี้ ต้องดูว่า การเรียกให้ชดใช้เงินคืนนั้น เป็นการเรียกตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด หากเป็นการออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้เงินสินไหมทดแทนอันเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2359 บัญญัติไว้ ก็เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้ออกคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่ง

⁷ ดูแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 10.

เรียกเงินคืนในฐานะลามิควรได้เช่นนี้ ก็เป็นการทวงถามให้ใช้หนี้ทั่วไป และหากมีการฟ้องคดี ก็เป็นการฟ้องคดีในเรื่องลามิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม สรุปหลัก คือ การเรียกเงินในกรณีแรกนี้ เป็นการทวงถามเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ไม่เป็นนิติกรรม แต่กรณีเป็นการออกคำสั่งเรียกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เป็นคำสั่งทางปกครอง เอาเท่านั้นก่อน จะได้ไม่่ง

กรณีที่ 2 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ตนเองเป็นนักศึกษาคณะพยาบาลศาสตร์ของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ได้ทำสัญญาการรับทุนกับเทศบาลตำบลท่าวังตาล โดยผู้ฟ้องคดีได้รับทุนตามสัญญาดังกล่าวไปแล้วบางส่วน ต่อมา เทศบาลตำบลท่าวังตาลได้มีหนังสือแจ้งผลการสอบหรือการสนับสนุนทุนการศึกษาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับทุนและเทศบาลตำบลท่าวังตาลจะดำเนินการเรียกเงินคืนจากผู้ฟ้องคดีตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป หนังสือฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นการแจ้งผลการสอบหรือที่ได้รับการตอบจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น แม้เนื้อหาของการตอบข้อหารือจะเกี่ยวกับผู้ฟ้องคดีก็ตาม แต่กรณีก็เป็น การตอบข้อหารือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันมิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในลักษณะของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือแม้กระทั่งเป็นการใช้สิทธิเพื่อบังคับการตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาแต่อย่างใด รวมทั้งหนังสือแจ้งผลการสอบดังกล่าวไม่ใช่หนังสือบอกเลิกสัญญาระหว่างคู่สัญญา หนังสือฉบับดังกล่าวจึงไม่มีผลกระทบในทางใดต่อสิทธิหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีโดยตรง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 156/2557^๑)

กรณีนี้ต้องเข้าใจก่อนว่า ทางราชการจะทำให้ทุนแก่ใครคงจะต้องมีกฎหมายหรือระเบียบสักอย่างกำหนดไว้ ดังนั้นในการพิจารณาคัดเลือกใครให้ได้รับทุน จึงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล คือ ฝ่ายปกครองกับผู้ได้รับทุนนั่นเอง เช่นนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองแล้ว แต่เมื่อมีการทำสัญญาต่อกันต่อไป รูปเรื่องก็เปลี่ยนไปเป็นสัญญา ดังนั้นการบังคับตามสัญญาจึงเป็นเรื่องของสัญญามีใช้เรื่องของกฎหมาย แต่การบังคับตามสัญญาก็ดี การเลิกสัญญาต่อกันก็ดี ก็ยังเป็นเรื่องนิติกรรมอยู่ เพียงแต่มิใช่นิติกรรมทางปกครองอีกต่อไปแล้ว สำหรับกรณีตามตัวอย่างนี้ เป็นเพียงที่เทศบาลฯ ได้มีหนังสือแจ้งผลการตอบข้อหารือที่เทศบาลได้หารือไปยังอีกหน่วยงานอื่นอันเกี่ยวกับเรื่องการให้ทุน แม้จะในหนังสือตอบข้อหารือนั้นให้เรียกทุนคืนก็ตาม ก็มีใช้หนังสือเรียกทุนคือ จึงไม่เป็นนิติกรรมอะไรทั้งสิ้น เพราะยังไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ แต่หากหนังสือนั้น เป็นการแจ้งว่าคุณสมบัติของผู้ฟ้องคดีไม่ถูกต้อง เป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติ ประสงค์จะยกเลิกสัญญา ก็เป็นเรื่องการแสดงเจตนาทำนิติกรรมบอกเลิกสัญญา มิใช่นิติกรรมทางปกครอง เพราะนิติกรรมทางปกครองมันต้องใช้อำนาจฝ่ายเดียว เรื่องนี้ ศาลบอกว่า ไม่เป็นแม้กระทั่งเป็นการใช้สิทธิเพื่อบังคับการตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาแต่อย่างใด คงเป็นเพราะเทศบาลฯ ไม่ได้ขอเลิกสัญญา แต่แจ้งผลการหารือเท่านั้น

ประเภทของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแยกเป็น 2 กลุ่ม

กลุ่มแรก นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับที่มีลักษณะเป็นกฎ

กลุ่มที่สอง นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎ

^๑ ดูแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 10.

นิติกรรมที่มีลักษณะเป็นกฎนั้น จะมีความแตกต่างจากกลุ่มที่สองอย่างเห็นได้ชัด สิ่งที่เป็นกฎจะต้องมีคุณสมบัติเป็นกฎเกณฑ์ในการบังคับทั่วไป และเป็นนามธรรม ส่วนกลุ่มที่สองนิติกรรมที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎ แยกได้อีกเป็นสองกรณี คำสั่งที่มีลักษณะเฉพาะบุคคลซึ่งอาจจะเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นกลุ่มบุคคลที่ระบุได้ กรณีที่สองคือ คำสั่งที่มีลักษณะเฉพาะกรณี

คำสั่งกรณีแรก คือ คำสั่งที่มีลักษณะเฉพาะบุคคล ไม่ว่าจะมึลักษณะเฉพาะกรณีร่วมด้วยหรือไม่ เช่น คำสั่งไล่นาย ก. ซึ่งเป็นผู้อำนวยการกองการเจ้าหน้าที่ออกจากราชการเพราะเรียกรับสินบนจากการสอบเข้ารับราชการ เป็นกรณีเฉพาะบุคคล คือ นาย ก. และเฉพาะกรณี คือ การทุจริตในครั้งนี้ มิใช่การทุจริตทุก ๆ ครั้งที่ผ่านมาหรือในอนาคต หรือคำสั่งให้เด็กชาย ข. ต้องมารายงานตัวต่อเจ้าพนักงานคุมประพฤติทุกวันจันทร์แรกของเดือน เช่นนี้ เป็นคำสั่งเฉพาะบุคคล แต่การรายงานตัวมีลักษณะเป็นนามธรรม กล่าวคือ กำหนดเฉพาะวันจันทร์แต่ไม่ได้กำหนดว่าเดือนไหน เป็นการกระทำซ้ำ ๆ ไป ไม่ใช่แค่ครั้งใดครั้งหนึ่ง

คำสั่งกรณีที่สอง ต้องมุ่งไปที่มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณี ถึงแม้ว่าไม่ใช้กับบุคคลใดแต่จะต้องรู้ได้ว่าใช้กับใครกรณีใช้เฉพาะกรณี ในภาษากฎหมายของไทยที่เขียนขึ้นมาเองเรียกว่า “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” เป็นการเอาคำสั่งทางปกครองมาบวกกับผลที่เป็นเรื่องทั่วไปกลายเป็นเรื่องทั่วไป เช่น การประกวดราคาเป็นคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับใช้เฉพาะกรณี ใช้เฉพาะการประกวดราคาครั้งนั้น แต่ในตอนประกาศนั้น ยังไม่รู้ว่าเป็นผู้อยู่ในบังคับของประกาศ หรือเช่นสมมติว่ามีคนชุมนุมกันตัวอย่างบริเวณเนินพระนางเพื่อประท้วงรัฐบาล มหาวิทยาลัยเห็นว่าก่อให้เกิดความวุ่นวาย จึงออกคำสั่งให้เลิกการชุมนุม คำสั่งนี้เป็นคำสั่งอะไร คำสั่งนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทไหน คำตอบคือ เป็นคำสั่งเฉพาะบุคคล ก็เพราะว่ามีการชุมนุมอยู่ มีคนที่กำลังชุมนุมอยู่ คำสั่งให้ยุติการชุมนุมออกไปยังผู้ชุมนุมให้ยกเลิก และเมื่อคำสั่งออกไปแล้วก็จบไปเฉพาะกรณี แต่อธิการบดีก็เกรงว่าจะมีนักศึกษาชุมนุมอีกคราวนี้จึงออกคำสั่งตามมาอีกฉบับว่า ห้ามนักศึกษาชุมนุมบริเวณเนินพระนาง คำสั่งประเภทที่สองเป็นคำสั่งประเภทไหน คำตอบ คือ ใช้กับบุคคลทั่วไป เจาะจงตัวบุคคลไม่ได้ เพราะยังไม่รู้ว่าใครจะมาชุมนุม แต่ใช้เฉพาะกรณี คือ เฉพาะการชุมนุมบริเวณเนินพระนาง เช่นนี้เป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ตัวอย่างที่เราพบเป็นประจำ เช่น กรณีที่บอกว่าตรงป้ายหัวมุมเอาป้ายไปปักไว้ห้ามกลับรถ ไฟล์สัญญาตามแยกต่าง ๆ เส้นที่ไปตามถนน ไฟจราจรตามสี่แยก (ไฟเขียวไฟแดง) ประกาศหลักเกณฑ์การรับบุคคลเข้าศึกษาต่อระดับอุดมศึกษาประจำปีนั้น ๆ ตัวอย่างเหล่านี้เอามายกซ้ำอีกทำให้เราฝึกที่จะแยกแวกานิติกรรมเข้าประเภทไหน เพื่อให้มีฐานในการพิจารณา นั่นคือตัวอย่างที่พูดมาตอนต้น ตัวอย่างตามแนววินิจฉัยของไทยที่เห็นได้ ได้แก่กรณีใดบ้าง

ประเด็นที่ 7 กรณีการกระทำที่ถือว่าไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรม

กรณีนี้ ก็อาจเหมือนประเด็นก่อนนี้ คือไม่เป็นนิติกรรมเหมือนกัน แต่แยกอธิบาย กลุ่มนี้ แบ่งเป็น 2 กลุ่มย่อย

กลุ่มย่อยแรก กระทำเป็นความเห็นหรือเป็นการแนะนำ ตอบข้อชี้แจง คำอธิบาย หรือข้อพิจารณา

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

กลุ่มย่อยที่สอง การกระทำที่เตรียมการ

ทั้งสองกลุ่มมีความแตกต่างกัน ไม่ใช่เป็นแบบเดียวกัน ยกตัวอย่าง ความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดที่ทำการสอบสวนแล้วมีความเห็นว่าความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่หรือไม่ มีผู้ใดต้องรับผิดบ้าง หรือกรณีมหาวิทยาลัยตอบข้อชี้แจงเรื่องความคิดเห็นหน่วยกิจกรรมนักศึกษา เป็นการกระทำประเภทไหน แม้ไม่เป็นนิติกรรมเหมือนกัน แต่เราไม่ควรใช้ปะปนกัน เพราะความมุ่งหมายต่างกัน

กลุ่มย่อยแรก เป็นเรื่องของความเห็นหรือคำแนะนำ หรือ **ตอบชี้แจง** กรณีนี้เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ให้เกิดผลไปสู่นอก หมายถึงความเป็นเรื่องที่มีได้อยู่ภายในฝ่ายปกครอง เพราะเป็นการตอบหรือแสดงออกไปยังภายนอก **กลุ่มนี้ช่วยปรับมาตรการภายในออกไป** อย่างเช่น ประชาชนคนหนึ่งมีข้อสงสัยจึงมีหนังสือถามหน่วยงานราชการ แล้วหน่วยงานราชการก็ตอบไป แม้จะออกไปภายนอกแล้ว **แต่ตัวของมันเป็นเรื่องความเห็น ไม่ได้มุ่งต่อการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ** เช่น มีคนสมัครเข้าเรียนถามว่า เรียนนิติศาสตร์ที่สวนสุนันทา มหาวิทยาลัยจัดการเรียนการสอนที่เขตดุสิตหรือที่นครปฐม มหาวิทยาลัยก็ตอบกลับไปว่านครปฐม เช่นนี้ไม่เป็นนิติกรรมอะไรทั้งนั้น

อย่างไรก็ตาม เรื่องจะยุ่งยากขึ้นมา หากองค์กรนั้นมีอำนาจหน้าที่ช่วยในการวินิจฉัยสั่งการใน **เรื่องที่ชอบความเห็น** ตัวอย่างเช่น สมมติว่าข้อบังคับมหาวิทยาลัยบอกว่าจะเข้าศึกษาต่อได้ต้องสำเร็จ การศึกษาระดับมัธยมปลายหรือเทียบเท่า เช่น สายอาชีวศึกษาซึ่งเทียบเท่ากับมัธยมปลาย นาย ก. สำเร็จ การศึกษาแห่งหนึ่งแต่ยังไม่เคยมีการเทียบเท่ามัธยมปลายมายังจึงทำหนังสือสอบถามมายังมหาวิทยาลัย เจ้าหน้าที่ก็ทำหนังสือตอบไปว่า ไม่อยู่บัญชีที่สภามหาวิทยาลัยเคยวินิจฉัยว่าเทียบเท่ามัธยมศึกษาตอน ปลาย หรือพระสงฆ์มีหนังสือสอบถามว่า ท่านสอบได้เปรียญธรรม เทียบได้หรือไม่ เช่นนี้ **หนังสือตอบของ มหาวิทยาลัยเป็นนิติกรรมหรือไม่** ก็ตอบว่าไม่เป็น แต่เอาจริง ๆ เพราะยังไม่ได้ปฏิเสธ หากมาสมัครจริง อาจารย์สมัครให้เข้าเรียนก็ได้ แต่เอาจริง ๆ แล้ว ถ้ามหาวิทยาลัยตอบว่าเทียบไม่ได้ ก็เท่ากับมหาวิทยาลัย แสดงเจตนาแล้ว บางท่านจึงเห็นว่า อย่างนี้เป็นนิติกรรมแล้ว

ตัวอย่างถัดไปกรณีที่เป็นเรื่องการฟ้องกรณีการให้ความเห็น กรณีนี้ผู้ฟ้องคดีเอาหนังสือแจ้งผลการตรวจสอบข้อร้องเรียนของคณะกรรมการเฉพาะกิจที่ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารให้สรุปผลในการวินิจฉัยพิจารณาแล้วแจ้งผลดังกล่าวให้ผู้ร้องเรียนทราบ มาฟ้องขอให้เพิกถอนหนังสือนี้ แต่หนังสือนี้เป็นเพียงการที่คณะกรรมการเฉพาะกิจได้ **ปฏิบัติงานที่ได้รับมอบหมาย** คือ ดำเนินการ ตรวจสอบข้อมูลข่าวสารตามข้อร้องเรียนของผู้ฟ้องคดีและแจ้งผลการตรวจสอบให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ไม่ได้มีลักษณะเป็นการสั่งการ เป็นคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 155/2551⁹

อันที่สอง **คำเตือน** ไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ ไม่เป็นนิติกรรม เช่น ความเห็น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องเสรีจที่ 531/2541¹⁰ วินิจฉัยว่า คำเตือนของพนักงาน

⁹ ลิงค์คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/Casefile/admcase/document/signed/pdf/2551/01013-510016-2f-510304-0000052185.pdf>

¹⁰ ลิงค์ความเห็น

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

ตรวจแรงงานให้นายจ้างปฏิบัติตามกฎหมายหรือกรณีปรากฏว่านายจ้างไม่ปฏิบัติตาม พนักงานตรวจแรงงานอาจให้คำเตือนเพื่อให้นายจ้างได้ปฏิบัติตามให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดเสียก่อนก็ได้ แต่โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 มิได้บัญญัติผลของการไม่ปฏิบัติตามคำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานไว้แต่อย่างใด คำเตือนนี้จึงเป็นเพียงมาตรการบอกกล่าวว่าได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายและเตือนให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น นายจ้างผู้รับคำเตือนย่อมใช้ดุลยพินิจของตนโดยอิสระที่จะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามคำเตือนดังกล่าว คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานดังกล่าวจึงไม่มีผลเป็นการก่อกวนตีสัมพันธ์หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของนายจ้างแต่อย่างใด จึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม คงต้องดูตามรูปเรื่อง หากคำเตือนนั้นมีผล ก็อาจเป็นนิติกรรมได้

กลุ่มย่อยที่สอง ที่ไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง คือ การกระทำที่เป็นการเตรียมการ หรือการเตรียมการรวบรวมหรือการกระทำเตรียมการ มีทั้งส่วนที่ **แสวงหาข้อเท็จจริง** ก่อนที่จะมีการออกคำสั่ง หรือมาตรการที่เป็นลักษณะของความเห็นขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ เพื่อประกอบการพิจารณาหรือมีคำสั่ง เช่น คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย หรือกรณีการปฏิบัติหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงรวบรวมพยานหลักฐานตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ กรณีมาฟ้องต่อศาล ศาลบอกว่าการปฏิบัติหน้าที่เป็นการเตรียมการเท่านั้น ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง คำวินิจฉัยที่ 735/2551 หรือในกรณีของการกระทำที่เป็นคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง ในเรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัย มีข้อแตกต่างกันอยู่ 2 แนว ถ้ามองว่าจริง ๆ แล้ว คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเพื่อดำเนินการสอบสวนทางวินัย โดยธรรมชาติแล้วเป็นการกระทำเรื่องอะไร คำตอบ คือ เป็นเรื่องการแสวงหาข้อเท็จจริง กรณีวินิจฉัยความผิดทางวินัยของข้าราชการไทยมีข้อแตกต่างอยู่ 2 ส่วน คือ ถูกสอบสวนกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยร้ายแรงกับผิดวินัยธรรมดา หากเป็นกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยร้ายแรง ตามกฎหมายเดิมนั้น ผู้ที่ถูกตั้งกรรมการสอบสวนนั้นจะต้องถูกงดเลื่อนขั้นเงินเดือนในระหว่างที่มีการพิจารณาเงินเดือนไว้ก่อน และให้กันเงินที่จะใช้ขึ้นเงินเดือนไว้ หากต่อมาไม่ผิดดังที่ถูกกล่าวหาและมีสิทธิได้เลื่อนขั้นเงินเดือน ก็ให้เอาเงินที่กันไว้มาเลื่อนขั้นเงินเดือนย้อนหลังไป แต่หากผิดจริงก็ไม่ได้เลื่อนขั้นเงินเดือน คำถามว่ากรณีเหล่านี้กระทบสิทธิของเขาหรือยัง แต่เดิมเรื่องนี้มีความเห็นเป็นสองแนว แนวแรกเห็นว่า โดยธรรมชาติเป็นเรื่องการแสวงหาข้อเท็จจริงเป็นการเตรียมการอยู่ แม้ว่าจะมีผลงดขั้นเงินเดือนเป็นการชั่วคราวก็ตาม แต่ต่อไปถ้าหากสอบสวนแล้วพบว่าไม่ผิดก็คืนเงินเดือนในส่วนที่กันไว้ให้ ส่วนอีกแนวหนึ่งเห็นว่า ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่แล้ว เพราะเขาไม่ได้เลื่อนเงินเดือน แต่เดิมศาลปกครองก็พิพากษาไปทั้งสองแนว แต่ปัญหานี้น่าจะหมดไปแล้ว เพราะกฎหมายในการบริหารงานบุคคลของบรรดาข้าราชการทั้งหลาย ในปัจจุบัน ได้บัญญัติห้ามเอาการถูกตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัยมากระทบต่อสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ก็รวมถึงการเลื่อนเงินเดือน กล่าวคือ กลับมาสู่พื้นฐานของคำอธิบายว่า ยังไม่รู้ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดวินัยจริงหรือไม่ ก็จะไปกระทำ

การกระทำต่อสิทธิเขาไม่ได้ ต่างจากเดิมที่ไม่ยอมเลื่อนเงินเดือนเขาจนกว่าจะแน่ชัดว่าไม่ผิด แต่ก็มีใช้ว่า ปัจจุบันศาลจะเห็นตรงกันหมด ที่ไม่เป็นปัญหาต่อไป เป็นเพราะกฎหมายปัจจุบันห้ามนำการถูกตั้งกรรมการสอบสวนไปเป็นเหตุในทางได้เสียของข้าราชการแล้ว จึงไม่มีประเด็นมาสู่ศาลเสียมากกว่า ตรงนี้ขอเตือนนักศึกษาณะครับว่า การมีผลกระทบในที่นี้ ต้องเป็นในทางกฎหมาย มิใช่ว่ากระทบต่อชื่อเสียง เพราะถูกตั้งกรรมการสอบสวน คนก็เอาไปนินทากัน อย่างนี้ไม่ใช่การกระทบต่อสิทธิในทางนิตินัย

การเตรียมการนั้น ไม่ว่าจะออกไปภายนอกหรือกระทำอยู่แต่ภายในก็ไม่เป็นนิติกรรมแน่นอน เป็นเพียงการนำไปสู่นิติกรรมอีกทอดหนึ่งเท่านั้น ซึ่งในตัวอย่างที่กล่าวมาคือเพื่อไปมีคำสั่งลงโทษหรือไม่ลงโทษทางวินัยนั่นเอง

2. คุณสมบัติประการที่สอง เป็นนิติกรรมทางปกครอง

นอกจากจะต้องเป็นนิติกรรมแล้ว ประการที่สองเนื้อหาสาระนิติกรรมในเรื่องของทางปกครอง ปัญหาที่มีอยู่ว่า อะไรเป็นเรื่องอยู่ในทางปกครองมีหลักเกณฑ์อะไรบ้าง ได้แก่ เกณฑ์ด้านเนื้อหาและเกณฑ์การกิจ

2.1 เกณฑ์ด้านเนื้อหา

รัฐนั้น ย่อมมีการใช้อำนาจเพื่อดำเนินภารกิจของรัฐ ซึ่งแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ อำนาจหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่ในทางตุลาการ และอำนาจหน้าที่ในทางปกครอง การแยกอำนาจหน้าที่ของรัฐออกเช่นนี้จะช่วยในการพิจารณาองค์การที่จะสร้างนิติกรรมที่มีเนื้อหาในทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ตามที่เคยบรรยายในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจไปแล้วว่า ในบางกรณี รัฐได้มอบอำนาจหน้าที่ให้องค์กรหนึ่งมากกว่าอำนาจหน้าที่เดียวก็ได้

การสร้างเกณฑ์เนื้อหานี้ เป็นประโยชน์เมื่อนำมาเปรียบเทียบ ดังนี้

ประการแรก คือ การเปรียบเทียบนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางนิติบัญญัติ

นิติกรรมทางนิติบัญญัติ หมายถึงพระราชบัญญัตินั่นเอง และยังมีนิติกรรมทางสภาเป็นนิติกรรมอีกอย่างหนึ่งด้วย ดังนั้น นิติกรรมทางปกครอง คือ สิ่งที่ไม่ใช่นิติกรรมทางนิติบัญญัตินั่นเอง อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางนิติบัญญัติ เราอาจกล่าวได้ว่า มี 2 เกณฑ์ คือ เกณฑ์องค์กร และเกณฑ์เนื้อหา

การเปรียบเทียบประการแรกนี้ ค่อนข้างง่าย เพราะว่ารัฐธรรมนูญไทย ได้กำหนดแล้วว่า องค์กรใดคือองค์กรนิติบัญญัติ และการกระทำทางนิติบัญญัติ หรือนิติกรรมทางนิติบัญญัตินั้น กระทำได้องค์กรเดียวคือรัฐสภา ส่วนเกณฑ์ทางเนื้อหานั้น นิติกรรมทางนิติบัญญัติ คือ นิติกรรมที่เป็นการทำทั่วไปและเป็นนามธรรมนั่นเอง ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็เกณฑ์ด้านองค์กร และเนื้อหาสาระ ถือว่าไม่ทำให้เกิดความสับสน ดังนั้น นิติกรรมทั้งหลายที่กระทำโดยรัฐสภา ซึ่งประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา หรือกรณีมีสภาเดียวคือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

ตัวอย่างของการกระทำที่เราถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองโดยใช้เกณฑ์ทางองค์กรมาใช้ในกรณีนี้ คือกรณีของวุฒิสภา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า วุฒิสภามีใช้หน่วยงานทางปกครอง อีกกรณีหมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

หนึ่ง ศาลปกครองสูงสุด อธิบายเชิงองค์การไว้เหมือนกัน ในกรณีที่น่าประกาศคณะปฏิวัติมาฟ้องศาล คณะปฏิวัติเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ประกาศของคณะปฏิวัติ **จึงมีสภาพเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ** ศาลปกครองสูงสุดไม่มีอำนาจพิจารณา โดยนัยนี้ คือไม่ใช่คดีปกครอง เพราะว่าศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิวัติมีผลเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ เป็นคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 124/2549 นอกจากนั้นศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการเอาพระราชบัญญัติมาฟ้องต่อศาลปกครองไม่ได้ เป็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ พ.4/2548 คำถามคือ แล้วพระราชบัญญัติอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลไหน รัฐธรรมนูญไทยกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่เราร่วมกันไปในวิชาก่อนแล้ว บางประเทศให้ศาลยุติธรรมหรือมีอำนาจตรวจสอบ เช่น สหรัฐอเมริกา เรื่องนี้ **เป็นการควบคุมทางความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ** ไม่ใช่ความชอบด้วยกฎหมาย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับความชอบด้วยกฎหมาย แตกต่างกันอย่างไร สมมติมีการกระทำขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นการควบคุมอะไร ระหว่างความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ในทางวิชาการยึดถือ **ตัววัตถุที่ถูกควบคุม** หากเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติถือว่าเป็นการควบคุมด้วยรัฐธรรมนูญ

ในกรณีนี้นิติกรรมทางสภาพของไทยมีหรือไม่ ตัวอย่าง เคยมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด 587/2550 กรณีผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องสมาชิกวุฒิสภา ที่ไม่นำเรื่องร้องเรียนเข้าสู่การประชุมของวุฒิสภา ผู้ฟ้องจึงมาฟ้องคดีต่อศาล กรณีแบบนี้เราพิจารณาทางวิชาการว่าเข้าข่ายนิติกรรมนิติบัญญัติหรือนิติกรรมทางสภาพ นิติกรรมทางนิติบัญญัติคือการสร้างกฎเกณฑ์ คำสั่งศาลปกครองฉบับนี้บอกว่า เป็นเรื่องการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติหรือเป็นการดำเนินกิจการทางนิติบัญญัติ ไม่อยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครองจึงไม่รับฟ้อง แต่มีได้วินิจฉัยว่าไม่ใช่เรื่องทางปกครอง คำสั่งนี้ ศาลให้เหตุผลสองส่วน ส่วนแรก วุฒิสภาไม่เป็นหน่วยงานทางปกครอง เหตุผลส่วนที่สอง ศาลเห็นว่ากรณีนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ หากเราอ่านและวิเคราะห์ เราก็จะเห็นว่า **เรื่องร้องเรียนไม่ได้เป็นนิติกรรมอะไรทั้งสิ้น** จึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่ศาลคงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นนี้ก็ได้ เพราะอย่างไรเสียวุฒิสภาก็ไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองแล้ว

ประการที่สอง เปรียบเทียบนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ

กรณีนี้เป็นการเอาการพิจารณาพิพากษาหรือการดำเนินของศาลนำมาฟ้องศาลปกครองเคยวินิจฉัยไว้พอสมควร **ในการอำนาจพิจารณาพิพากษาถือว่าไม่เป็นคดีปกครอง** การสั่งไม่คืนค่าธรรมเนียมของศาลปกครองก็ดี ปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 277/2549, 600/2549

มีการกระทำในเชิงองค์การที่อยู่ภายใต้องค์กรศาล ได้แก่ การกระทำเกี่ยวกับการบังคับคดี การนำคดีมาฟ้องการขายทอดตลาดไม่ถูกต้อง ภาพรวมถือว่าไม่ใช่เรื่องทางปกครองถือว่าเป็นเรื่องของการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ปัญหาคือว่าถ้าไม่ใช่เรื่องทางปกครอง เหตุผลจริง ๆ คืออะไร บางคดีศาลปกครองให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องดำเนินการเป็นไปตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับคำพิพากษา ในบางคดีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น คำสั่งที่ 63/2550 คำสั่งที่ 204/2550 คำสั่งที่ คพ.61/2561 และที่ คพ.55/2561 ก็วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน จะเห็นได้ว่าในคดีนี้วิธีพิจารณานี้มีลักษณะเฉพาะ **เพราะกำหนดในกฎหมายวิธีความแพ่ง** ส่วนในอีกแนวหนึ่ง ศาลปกครองสูงสุด ได้วินิจฉัยว่าไม่ใช่คดีหมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

ปกครอง เพราะเป็นการฟ้องขอให้คืนเงินมัดจำในสัญญาซื้อขายที่ผู้ฟ้องคดีทำกับเจ้าพนักงานโดยมีการระบุรายการทรัพย์สินที่ซื้อขายคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริง จึงขอคืนเงินมัดจำ คดีดังกล่าวมีเรื่องที่ต้องวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องสัญญาทางแพ่ง ไม่ใช่สัญญาทางปกครองจึงไม่ใช่เรื่องที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง 341/2550 จะเป็นได้สองแนวเนื่องจากการให้เหตุผลไม่ได้ใช้ฐานเดียวกัน

กรณีถัดมาเป็นคดีอาญา กรณีนี้กฎหมายกำหนดเรื่องกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในคำวินิจฉัยของศาลไทยได้มีการวางแนวไว้เป็นเรื่องอะไรบ้าง **ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 7 เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2544** ให้คำอธิบายความหมายหรือสิ่งที่เป็นกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ว่า การกระทำใด ๆ ที่มีการกำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สิ่งเหล่านี้เรียกรวมกันว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา อย่างไรก็ตาม **วิธีการที่ดีที่เป็นกระบวนการทางอาญาอาจจะเป็นการกระทำทางปกครองปะปนอยู่ด้วยก็ได้** เป็นเทคนิคในการให้เหตุผลเพื่อเปิดช่องไว้

นิติกรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นในกระบวนการนิติกรรมทางอาญา เช่น หมายจับ หมายค้น หมายเรียก คำสั่งฟ้อง หรือไม่ฟ้อง สิ่งเหล่านี้เป็นนิติกรรม เพราะเป็นคำสั่งเพราะอะไรศาลปกครองถึงยอมรับทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เหตุผลคืออะไร การที่ศาลปกครองเห็นว่านิติกรรมนั้นเป็นกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะกระบวนการนั้น มีการถ่วงดุลที่ตรวจสอบแล้ว จึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลปกครองจะไปควบคุม เมื่อเหตุผลเป็นเช่นนี้แล้ว ก็ย้อนกลับไปตีคำถามที่ว่า หากที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจับแจ้งความแล้วไม่ทำอะไรเลย กลไกใดควบคุมการให้อำนาจของตำรวจโดยศาลยุติธรรมมีหรือไม่ เพราะศาลยุติธรรมถูกออกแบบมาให้วินิจฉัยคดีว่าเรื่องที่ฟ้องมานั้น มีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ แต่ไม่ได้ถูกออกแบบหรือกำหนดกลไกในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจหรืออัยการไม่ทำอะไรเลย ประเด็นถัดมา คือ **กระบวนการยุติธรรมเป็นกระบวนการที่มุ่งพิสูจน์คนที่ถูกกล่าวหาว่ามีความผิดรับผิดทางอาญาหรือไม่** กระบวนการต่าง ๆ เริ่มไม่เกี่ยวกับทางปกครอง การเข้าจับกุมจึงเป็นเรื่องกระบวนการคดีทางอาญา นอกจากนี้ ศาลอาญาถูกออกแบบมาเพื่อเยียวยาความเสียหายจากความผิดทางอาญา ไม่ใช่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง กรณีจึงเป็นเรื่องของคนที่ฟ้องคดีว่าต้องการจะจัดการกับข้อพิพาทอย่างไร เช่น จะฟ้องเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยประสงค์จะให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่นั้นกระทำโดยไม่ชอบ เช่นนี้เนื้อหาสาระก็อยู่ที่เรื่องทางปกครอง ต้องฟ้องที่ศาลปกครอง ศาลปกครองก็ไม่อาจเยียวยาพิพาทภาคีอาญาให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ เพราะไม่ได้ถูกออกแบบมาในเรื่องทางอาญา แต่หากผู้เสียหายจากการที่เจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบนั้น ต้องการจะให้ศาลเยียวยาโดยการลงโทษผู้กระทำความผิด ก็ฟ้องเจ้าหน้าที่ต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา แต่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาก็ไม่อาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ เพราะไม่ได้ถูกออกแบบมาเช่นนั้น

ตัวอย่าง

1. เมื่อมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีในกรณีนี้เกิดจากการที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) โดยผู้อำนวยการเขตปทุมวัน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) มีหนังสือเชิญผู้ฟ้องคดีไปพบเจ้าหน้าที่เพื่อดำเนินคดีฐานประกอบกิจการประเภตสถานที่จำหน่ายอาหารโดยไม่หนังสือรับรองการแจ้งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามหมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

มาตรา 38 ประกอบกับมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญา และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือร้องทุกข์กล่าวโทษผู้ฟ้องคดีต่อเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีอำนาจหน้าที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หนังสือทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในขั้นตอนการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามที่กฎหมายดังกล่าวและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้เป็นการเฉพาะ การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงถือเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 320/2561)

2. กรณีฟ้องขอให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายอันเกิดจากการที่พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลหลักสองจับกุมผู้ฟ้องคดีตามหมายจับของศาลอาญา แต่ข้อเท็จจริงปรากฏในภายหลังว่าผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ต้องหาในคดีอาญาดังกล่าว เป็นการฟ้องว่าเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิด แต่กรณีก็เป็นการละเมิดอันเกิดจากขั้นตอนการใช้อำนาจจับกุมของพนักงานสอบสวนอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ.83/2560)

3. ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีรับราชการทหาร (พลอาสาสมัคร) ในสังกัดมณฑลทหารบกที่ 2 และกระทรวงกลาโหม ตามลำดับ ได้ถูกจับในข้อหาวิ่งราวทรัพย์และถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลมณฑลทหารบกที่ 41 จนถึงถูกศาลดังกล่าวพิพากษาจำคุก 3 ปี และศาลทหารกลางได้พิพากษายืน และยังถูกฟ้องอีกข้อหาหนึ่งต่อศาลจังหวัดนครศรีธรรมราช ในข้อหาทำร้ายร่างกายผู้อื่น ทำให้ผู้อื่นหวาดกลัวหรือตกใจโดยการขู่ เชื้อย มีอาวุธปืนและพาอาวุธปืนไปในเมืองโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้ฟ้องคดีได้มาฟ้องต่อศาลปกครอง 2 เรื่อง เรื่องแรกคือ การจับกุมไม่ชอบ ดำเนินการสอบสวนไม่ชอบ และเป็นการแจ้งความเท็จ เรื่องที่สอง คือ ผู้ฟ้องคดีได้ทำเรื่องทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาเพื่อขอให้รื้อฟื้นคดีอาญาทั้งสองเรื่องดังกล่าวขึ้นพิจารณาใหม่ โดยยื่นเรื่องผ่านกระทรวงกลาโหม แต่ถูกคืนเรื่องให้ไปดำเนินการถวายฎีกาในฐานะประชาชน ศาลปกครองเห็นว่า เรื่องการจับกุมชอบและดำเนินการสอบสวนหรือไม่นั้น เป็นการเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 มาตรา 80 ประกอบมาตรา 66 และมาตรา 79 ประกอบมาตรา 82 และมาตรา 121 ดังนั้นจึงเป็นเรื่องการดำเนินการเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ อันเป็นขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อยู่ในการตรวจสอบของศาลยุติธรรม หากเป็นการกระทำโดยไม่ชอบก็เป็นการละเมิดจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่สามารถฟ้องให้รับผิดชอบจากการกระทำละเมิดจากศาลยุติธรรมได้ จึงไม่ใช่ข้อหาที่ศาลปกครองจะรับฟ้องไว้ได้ ส่วนเรื่องของการไม่ทูลเกล้าถวายฎีกาต่อไปนั้น เป็นเรื่องของการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ ตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ.2526 ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถใช้สิทธิดังกล่าวตามมาตรา 6(1) ของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมชั้นต้นที่พิพากษาคดีนั้น หรือศาลอื่นที่ได้มีเขตอำนาจแทนศาลนั้น ข้อหาหลัง

ก็เป็นกระบวนการยุติธรรมในทางอาญาซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมเช่นกัน (คำสั่งศาลปกครองที่ คร. 41/2563¹¹)

ประกาศที่ 3 เปรียบเทียบนิติกรรมทางปกครอง กับนิติกรรมทางแพ่ง

กรณีนี้ ในทางเนื้อหาแล้วไม่ใช่การกระทำในทางปกครอง คือ กรณีของการกระทำซึ่งเป็นการกระทำขององค์การทางปกครอง แต่ลักษณะของการกระทำจะเป็นการจัดการอย่างเช่นเอกชน แม้กรณีจะเป็นนิติกรรม แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นแล้วเห็นว่าเป็นการจัดการอย่างเช่นที่เป็นปกติเราพบเห็นได้ในกิจกรรมของเอกชน กรณีเหล่านี้ถือว่าเรื่องนั้นไม่มีลักษณะเป็นเรื่องทางปกครอง

กรณีนี้หมายความว่า เป็นเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นเรื่องที่ปกติแล้วเป็นการดำเนินการในทางธุรกิจหรือกิจกรรมปกติของเอกชน กรณีของหน่วยงานซึ่งถึงแม้ว่าจะเป็นหน่วยงานทางปกครองแต่ได้ดำเนินการในลักษณะที่อยู่ในข่ายของอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม ตัวอย่าง กรณีของการขายห้องชุด ขายบ้าน ขายอาคาร ให้เช่าอาคาร โดยยกตัวอย่าง ดังนี้

กรณีแรก องค์การที่ดำเนินการนั้นเป็นองค์การที่ตั้งขึ้นเพื่อมุ่งหมายให้ทำกิจกรรมนั้นโดยแท้จริง

กรณีที่สอง ไม่ใช่องค์การที่ตั้งขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อทำกิจกรรมนั้น

กรณีแรกและกรณีที่สอง ยกตัวอย่างได้ดังนี้ ถ้าการเคหะแห่งชาติทำสัญญาซื้อขายห้องชุดกับเอกชนหนึ่งราย เช่นนี้เป็นการจัดการแบบเอกชนให้เช่าห้องชุด ในทางกลับกันการทำอากาศยานให้เช่าพื้นที่ภายในอาคารมีความแตกต่างกัน เพราะการเคหะแห่งชาตินั้น **ตัวองค์การโดยที่แท้จริงตั้งขึ้นมาเพื่อภารกิจของเอกชนเป็นหลัก** ต่างกับกรณีของทำอากาศยาน คือ กรณีการให้เช่าพื้นที่ของทำอากาศยานเชียงใหม่ให้ท่าลานจอดรถเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องทางปกครอง ข้อแตกต่างอยู่ที่องค์การนั้นว่าเป็นรัฐวิสาหกิจหรือองค์การที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดการอย่างเอกชนเป็นหลักหรือไม่ กรณีที่การเคหะแห่งชาติทำสัญญาซื้อขายห้องชุดกับเอกชนเข้าลักษณะเป็นการจัดการของเอกชน ไม่ใช่เรื่องทางปกครอง แต่หากเป็นเรื่องที่การเคหะแห่งชาติทำสัญญาจ้างเอกชนรายหนึ่งสร้างบ้านเอื้ออาทรเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นเรื่องทางปกครอง กล่าวคือ กรณีแรก คือ กรณีที่ทำสัญญาซื้อขายห้องชุดเป็นรายบุคคล เสมือนกับว่าบริษัทเอกชนหนึ่งก็ขายห้องชุด กรณีที่สอง หน่วยงานอื่นที่ไม่ได้ตั้งขึ้นมาเพื่อมุ่งให้มีการเช่าหรือซื้อขายการทำอากาศยานตั้งขึ้นมาเพื่อมุ่งให้มีการขนส่งทางอากาศ สัญญาที่มอบหมายให้เอกชนเข้ามาใช้ประโยชน์ในพื้นที่เป็นส่วนประกอบของการจัดทำบริการสาธารณะ ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

กรณีที่สาม ถ้าการกระทำนั้นไม่ได้เป็นการซื้อขายห้องชุดเป็นรายบุคคล แต่ได้จ้างเอกชนหนึ่งรายก่อสร้างตึกที่เป็นบ้านเอื้ออาทร เป็นสัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งจำเป็นก่อนที่มีการบริการสาธารณะ

¹¹ ลิงค์คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/Casefile/admcase/document/signed/pdf/2562/09013-620254-2f-630703-0000660422.pdf>

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

เมื่อนำสามตัวอย่างมาพิจารณาเปรียบเทียบกันจะทำให้เกิดความเข้าใจมากยิ่งขึ้น หลักก็คือ ตัวอย่างองค์การที่รัฐจัดตั้งขึ้นมา **มุ่งให้ทำการในกิจกรรมหรือในการกระทำนอกเหนือไปจากการจัดการของเอกชน** ดังนั้น การเคหะแห่งชาติ กิจการไฟฟ้า การประปา กิจการ เรือข้ามฟาก ค่าไฟฟ้า ติดตั้งมิเตอร์ก็เป็นเรื่องธุรกิจ เป็นเรื่องธุรกิจในทางเอกชน ถ้าธนาคารดำเนินการในส่วนธุรกิจทางธนาคาร ไม่ว่าจะเป็นการประกาศกำหนดดอกเบี้ยเท่าไร อนุมัติหรือไม่อนุมัติสินเชื่อไม่ใช่เรื่องของทางปกครอง ตัวอย่าง การโต้แย้งเรื่องสิทธิการบริหารจัดการอาคารชุดเคหะชุมชนร่มเกล้ากับเจ้าของร่วมอาคารชุด เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน คำสั่งที่ 616/2547 อีกเรื่องเป็นการเคหะแห่งชาติเช่นเดียวกัน เป็นคำสั่งที่ 490/2550 พ้องขอให้เพิกถอนหลักเกณฑ์ในการจะซื้อจะขายของการเคหะแห่งชาติ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการโต้แย้งแบ่งสิทธิของคู่กรณี ซึ่งมีความผูกพันตามสัญญาจะซื้อจะขาย จึงเป็นเรื่องของการดำเนินการระหว่างเอกชนกับเอกชน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.61-63/2550 กรณีการดำเนินของธนาคาร เช่น ธนาคารอาคารสงเคราะห์เป็นการดำเนินธุรกิจของธนาคารไม่ใช่การกระทำทางปกครอง คำสั่ง 77/2544 กรณีของธนาคารออมสิน ที่มีกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้สินเชื่อ แนวคำวินิจฉัยในลักษณะเดียวกัน คำสั่งที่ 626/2550 ส่วนกรณีของการประปาส่วนภูมิภาค เป็นคำสั่งที่ 62/2550 การไฟฟ้านครหลวง คำสั่งที่ 71/2546 ทุกคำสั่งเป็นเรื่องเดียวกัน คือการกระทำของเอกชน

2.2 เกณฑ์ภารกิจ

หลักเกณฑ์ทางด้านภารกิจ (Functional) เป็นหลักที่สร้างขึ้นมารับรองการใช้งานจริง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำของรัฐบาล และมาตรการที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางภายใน

การกระทำของรัฐบาล มีวิธีการอธิบายโดยใช้เกณฑ์ทางปกครอง บอกว่าฝ่ายบริหาร (Executive) มีสองวิญญูณอยู่ในร่างเดียว สวมหมวกสองใบ บางกรณีกระทำเป็นหน้าที่ฐานะ Government แต่บางกรณีทำหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง ก่อนนี้เราใช้เกณฑ์ในทางองค์การมาอธิบายเนื้อหาว่า หากเป็นการกระทำนิติกรรมของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่เป็นเรื่องทางปกครอง หากเป็นการกระทำทางตุลาการไม่เป็นเรื่องทางปกครอง แต่จะบอกว่ารัฐบาลหรือฝ่ายบริหารกระทำการใด ๆ เป็นการกระทำทางปกครองทุกเรื่องก็ไม่ได้เช่นกัน วิธีการอธิบายโดยใช้เกณฑ์ทางองค์การ จึงไม่อาจทำได้อย่างสมบูรณ์ ยกตัวอย่างเช่น คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรทางรัฐบาลใช่หรือไม่ ทุกคนก็ตอบได้ว่าใช่ คือเป็นทั้งรัฐบาลและองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองด้วย แต่การที่เราจะไปบอกว่าคณะรัฐมนตรีมี 2 รูปลักษณะอยู่ในตัวคนเดียวอธิบายได้ค่อนข้างยาก ที่สำคัญคือว่า **กรณีดังกล่าวตำราส่วนใหญ่ยอมรับว่านิติกรรมที่กระทำโดยคณะรัฐมนตรีบางเรื่องเป็นเรื่องทางปกครองแต่ไม่ถึงว่านิติกรรมเรื่องทางปกครอง** เพราะหลักเกณฑ์ทางด้านภารกิจ (Functional) ซึ่งจะมีความสำคัญมาก **รวมทั้งมาตรการภายในมีเรื่องที่เป็นนิติกรรมด้วย** แต่ด้วยภารกิจทำให้เห็นว่าถึงแม้จะเป็นเรื่องทางปกครองแต่จะไม่ใช่เรื่องนิติกรรมทางปกครอง **เมื่อไม่ถือว่าเป็นเรื่องทางปกครองแล้ว จะได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษ** เพราะไม่ว่าจะเกิดอะไรขึ้นจะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาล ไม่ว่าจะเป็คดีประเภทอะไร

การกระทำของรัฐบาลนั้น ในหลักกฎหมายของแต่ละประเทศสอดคล้องในแนวทางเดียวกันว่ามีแนวทาง 2 กลุ่ม

กลุ่มแรก คือการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับตัวสภา

กลุ่มที่สอง คือการกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล กับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ

ก่อนที่เราจะอธิบายใน 2 กลุ่ม มาอธิบายกันหลักการกันก่อนว่า หากศาลช้บังคับตำแหน่งของศาลเข้าไปควบคุมฝ่ายบริหารเมื่อใด ปัญหาจะเกิด เช่น กรณีรัฐบาลใช้อำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับต่างประเทศ หากศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมว่าแบบนี้ไม่ได้ จะเกิดอะไรขึ้น องค์กรศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ แต่ในขณะเดียวกันองค์กรศาลไม่ใช่องค์กรที่กระทำได้ทุกอย่าง เพราะการกระทำทางรัฐบาลสองเรื่องข้างต้นนี้ ถ้าศาลช้บังคับเข้าไปเกี่ยวข้องกับนิติเดิยว คนที่ปกครองประเทศหรือใช้อำนาจตัดสินใจต่าง ๆ ในการปกครองประเทศ ก็จะเป็นกลายศาลเพื่อให้องค์กรทุกองค์กรต้องทำหน้าที่อย่างสมดุล ศาลจึงต้องจำกัดตัวเองไม่เข้าไปยุ่ง จึงเกิดเกณฑ์ทางด้านภารกิจขึ้น ยกตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกาเป็นการกระทำทางปกครองใหม่ ในเชิงของรูปแบบย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครอง แล้วจะนำ พระราชกฤษฎีกาไปฟ้องกับศาลปกครองได้ไหม คำตอบคือฟ้องได้ และฟ้องโดยตรงต่อศาลปกครองสูงสุดด้วย ตามมาตรา 11 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดว่าศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของ พระราชกฤษฎีกา ซึ่งนิยามของกฎหมายฉบับนี้ คำว่า กฎ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาด้วย แต่พระราชกฤษฎีกายุบสภา นำมาฟ้องศาลปกครองได้ไหม คำตอบ คือ ไม่ได้ เพราะเนื้อหาของเรื่องเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เคยมีคนเอามาฟ้องคดีต่อศาลปกครองมากมาย ศาลให้เหตุผลว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้ไม่ใช่พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ หรือเพื่อกำหนดการจำเป็นในการดำเนินกิจการทางปกครอง แต่เป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภา จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เป็นคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.39/2549 เรื่องนี้เป็นเรื่องที่รัฐบาลจะตัดสินใจในบริบทต่าง ๆ เป็นเรื่องที่ไม่ใช่ความชอบด้วยกฎหมาย แต่เน้นเรื่องของการคว่าดำเนินการทางสภาต่อไปจะวุ่นวายไหม จะใช้มาตรการตอบโต้อย่างไร การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภายังมีอีกหลายกรณี เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดสมัยประชุม ปิดสมัยประชุมสภา ดังนั้น พระราชกฤษฎีกาทุกฉบับมิใช่การกระทำทางปกครองเสมอไป เพราะการกระทำทางรัฐบาลในบางกรณี ก็ใช้พระราชกฤษฎีกาเป็นรูปแบบของการกระทำทางรัฐบาลด้วย คำถามต่อมา เมื่อฟ้องศาลปกครองไม่ได้ แล้วจะฟ้องศาลไหน นักศึกษาอาจยกหลักนิติรัฐว่ามาถามอาจารย์ว่า การใช้อำนาจรัฐต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ แต่ในบางเรื่อง โดยเฉพาะการกระทำทางรัฐบาล ได้รับความคุ้มครองจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ดังนั้น จึงไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้ได้เลย การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลจึงต้องอาศัยกลไกทางการเมือง

อีกตัวอย่างที่ค่อนข้างใกล้เคียงกัน คือ มีการเอาเรื่องมาฟ้องเป็นคดีว่า คณะรัฐมนตรีเสนอร่างพระราชบัญญัติโดยไม่ถูกต้องหรือบางส่วนของกรเตรียมร่างพระราชบัญญัติไม่ถูกต้อง คดีพิพาทลักษณะนี้เป็นเรื่องทางปกครองใหม่ มีเรื่องทำนองนี้มาฟ้องศาลปกครอง ศาลปกครองบอกว่าไม่ใช่คดีปกครอง เหตุผลคือ การจะเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งหรือไม่และเมื่อใด ย่อมขึ้นอยู่กับนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่ได้แถลงต่อฝ่ายนิติบัญญัติและความรับผิดชอบทางการเมืองต่อองค์กรนิติบัญญัติดังกล่าว เป็นเหตุผลที่ศาลพยายามสะท้อนให้เห็นถึงทฤษฎีของการกระทำของรัฐบาล คือ ทฤษฎีที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา อีกทั้งเป็นการอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องรับผิดชอบต่อทางการเมืองต่อไป เป็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด 283/2550 ก่อนหน้านั้นมีคำสั่งฉบับหนึ่งที่ทำให้เหตุผลคล้ายคลึงกันเป็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 345/2547¹² ศาลวินิจฉัยว่าการยกร่างพระราชบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการนิติบัญญัติและอยู่ในความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะเสนอร่างนำมาสู่การพิจารณาของรัฐสภาพิจารณา ถ้ามองว่าตัวอย่างเป็นไปตามทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลในกลุ่มย่อยกลุ่มที่หนึ่งใหม่ ตอบว่า เป็น

กลุ่มที่สอง เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาล หรือองค์กรระหว่างประเทศ ถ้าดูเรื่องของไทยก็คือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลไทยในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่กระทำต่อรัฐบาลหรือองค์กรประเทศอื่น ตัวอย่าง เช่นกรณีที่มีองค์กรของฝ่ายปกครองของไทยไปทำเอ็มโอยูหรือทำบันทึกข้อตกลงความเข้าใจเพื่อร่วมมือกระทำการใดสิ่งหนึ่งกับรัฐบาลหรือองค์กรทางต่างประเทศ ก็มีกรนำมาฟ้องต่อศาล กรณีแบบนี้ถือว่าเข้าข่ายการกระทำของรัฐบาล เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล ในคดีนี้เป็นคดีที่องค์กรเอกชนไปทำเอ็มโอยูกับหน่วยงานสาธารณสุขของประเทศประเทศหนึ่ง มีการเอามาฟ้อง ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนของรัฐเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คำสั่งศาลปกครองที่ 78/2547 อีกตัวอย่างหนึ่ง ครม. มีมติให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้แทนเจรจาทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น หรือ JTEPA ดำเนินการลงนามในความตกลงกันก็คือ คณะรัฐมนตรีมีมติให้ไปลงนาม ศาลวินิจฉัยว่าเป็นกรณีนี้ที่รัฐมนตรีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่ใช่คดีปกครอง เป็นคำสั่งที่ 178/2550¹³

กลุ่มที่สองของหลักเกณฑ์ทางด้านภารกิจ คือ มาตรการที่มีสภาพเป็นเรื่องภายใน มีข้อพิจารณา

ประการแรก คือ มาตรการภายในเป็นเรื่องอะไร ตอบได้ว่า เป็นมาตรการซึ่งประสงค์จะใช้บังคับภายในหน่วยงานของฝ่ายปกครองนั้น ๆ ไม่ใช่เรื่องที่เป็นความเห็นออกไปสู่ภายนอกและไม่ใช่เรื่องของการเตรียมการเพื่อจะไปออกคำสั่งในวันหนึ่งของหน้า มาตรการภายในจึงใช้บังคับกับเอกชน

¹² ลิงค์คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/Casefile/admcase/document/signed/pdf/2546/01013-460824-2f-470518-000005211.pdf>

¹³ ลิงค์คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/Casefile/admcase/document/signed/pdf/2550/01013-500193-2f-500330-0000042684.pdf>

โดยตรง แต่มุ่งหมายเพื่อใช้ในการจัดระเบียบภายในและการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น ๆ **มาตรการภายในนั้น** ไม่ใช่แหล่งที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นจึง**ได้รับความคุ้มครอง** (แต่มีข้อยกเว้นเหมือนกัน) **ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ศาลจึงเข้าไปตรวจสอบไม่ได้**

ประการที่สอง ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลไทย เมื่อเราสำรวจดูแล้ว ยังมีการใช้คำหลากหลายเมื่ออ่านแล้วอาจทำให้สับสนว่าเรื่องนั้นเป็นมาตรการภายในหรือไม่ เช่น คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่า คณะวิชามีหนังสือไปที่อธิการบดีเกี่ยวกับการกำหนดตำแหน่งของข้าราชการ อธิการบดีก็มีหนังสือตอบมายังคณะวิชา มีการเอาหนังสือของอธิการบดีมาฟ้อง กรณีแบบนี้เป็นมาตรการที่มีสภาพเป็นเรื่องภายในดูจากถ้อยคำศาลใช้คำว่า**หนังสือภายใน** อีกกรณีหนึ่งเป็น**ความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่**ที่มีการนำความเห็นดังกล่าวมาฟ้องศาล ศาลบอกว่าไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง **ความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงฯ เป็นความเห็นที่อยู่ในกลุ่มของการเตรียมการ**เพื่อออกคำสั่งกระบวนการเตรียมการเพื่อนำไปสู่การออกคำสั่ง **แต่กรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดใช้คำที่เป็นการดำเนินการภายในของเจ้าหน้าที่** อีกกรณีหนึ่งสำนักกฎหมายของกรมศุลกากรมีหนังสือแจ้งไปที่ผู้ฟ้องคดีเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีชี้แจงข้อเท็จจริง ผู้ฟ้องคดีก็เอาหนังสือมาฟ้องต่อศาล ถือว่าหนังสือดังกล่าวไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 359/2550 แต่ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดบอกว่าหนังสือดังกล่าวไม่ใช่คำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการ หนังสือดังกล่าวเป็นเพียงขั้นตอนการดำเนินการภายในของกรมศุลกากร ยังถือไม่ได้ว่า มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ ดังนั้น เราต้องแยกให้ออกว่า เรื่องใดไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองเพราะไม่ใช่นิติกรรม เรื่องใดแม้เป็นนิติกรรมแต่ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

ลักษณะของมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง แยกออกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรก **มาตรการที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป** เช่นหนังสือเวียน และการจัดระเบียบภายในหน่วยงาน และประเภทที่สอง **ลักษณะที่เป็นมาตรการเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกรณี**

ในที่นี้จะขอแยกอธิบายเป็นมาตรการภายในที่เป็น (1) **หนังสือเวียนและแนวทางการใช้ดุลพินิจ** และ (2) **มาตรการภายในอื่น ๆ**

(1) **หนังสือเวียนและแนวทางการใช้ดุลพินิจ**

(ก) **หนังสือเวียน** : ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ส่วนใหญ่จะไม่อ่านตัวบทกฎหมาย เพราะเขาไม่ได้ศึกษากฎหมายกันทุกคน ดังนั้น หน่วยงานที่รับผิดชอบงานหลักจะออกแนวทางการปฏิบัติงานเป็นภาษาง่าย ๆ เจ้าหน้าที่ก็จะปฏิบัติงานตามแนวทางของหนังสือเวียน ซึ่งสั่งการว่าให้ทำอะไร หนังสือเวียน คือ กฎเกณฑ์หรือระเบียบปฏิบัติที่หัวหน้าหน่วยงานอาศัยอำนาจบังคับบัญชา กำหนดให้ผู้ใต้บังคับบัญชาถือปฏิบัติในแนวทางเดียวกันเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้พระราชบัญญัติและอนุบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งในทางกฎหมายปกครองเราเรียกว่า “กฎ”

สถานะทางกฎหมายของหนังสือเวียนนั้น โดยหลักแล้วถือเป็นเอกสารภายในหน่วยงานทางปกครองที่มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติ มิฉะนั้น จะมีผลทางวินัยตามมา นักศึกษาจะต้องแยกระหว่างการมีผลบังคับว่า ถ้าเป็นเรื่องระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชานั้น จะมีเรื่องอำนาจบังคับบัญชาอยู่ ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาออกกฎเกณฑ์อะไรมา ไม่ว่าจะหมายเหตุ เอกสารนี้เรียงเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ผู้ใต้บังคับบัญชาที่ต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นจะมีความผิดทางวินัย แต่กรณีกฎ ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งนั้น นิติกรรมทางปกครองจะต้องมีผลออกไปนอกฝ่าย ปกครอง คือ จะต้องใช้ยื่นไปยังบุคคลภายนอกโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประชาชนนั้น และที่สำคัญคือ สิ่งที่จะกระทบต่อประชาชนได้ผู้ออกกฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามหลักนิติรัฐที่เรา ได้ศึกษามาแล้ว ซึ่งอำนาจตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นอำนาจตามกฎหมายโดยตรง เช่น ตาม พระราชบัญญัติ หรืออาศัยอำนาจตามอนุบัญญัติ

ดังนั้น เราจะเอาหนังสือเวียนไปฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนนั้นไม่ได้ เพราะมิได้มีผลออกไปภายนอก จึงไม่อาจกระทบต่อเราได้ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสในเรื่องนี้ แบ่งออกเป็น 2 ช่วง **ในช่วงแรก** ศาลปกครองของฝรั่งเศสยอมรับว่า **เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจฟ้องคดี** ขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ขัดแย้งกับหนังสือเวียน หรือฟ้องคดีขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนได้ **แต่ประชาชนไม่อาจฟ้องคดีเกี่ยวกับหนังสือเวียนได้เลยไม่ว่ากรณีใด** เพราะว่าเป็นเรื่องภายในของ ฝ่ายปกครอง มีผลบังคับระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ไม่เกี่ยวข้องกับประชาชน ประชาชน จึงฟ้องคดีไม่ได้ แต่ต่อมาเกิดกรณีที่รัฐมนตรีฝรั่งเศสอาศัยรูปแบบของหนังสือเวียนไปออกกฎเกณฑ์ทาง กฎหมาย ทั้ง ๆ ที่ตนเองไม่มีอำนาจจะออก กลายเป็นเอาหนังสือเวียนมาวางกฎเกณฑ์ต่างๆ มากมายทั้ง ๆ ที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ ดังนี้ ถ้ายึดแนวคำวินิจฉัยเดิมของศาล ปกครองฝรั่งเศสก็กลายเป็นว่าประชาชนนำกฎเกณฑ์นี้มาฟ้องเป็นคดีไม่ได้ เพราะถือเป็นเรื่องภายในของ ฝ่ายปกครอง ทั้งที่การวางกฎเกณฑ์ดังกล่าวถ้ามีผลกระทบกระเทือนสิทธิของประชาชนไม่ว่าจะเป็นโดย อ้อมหรือโดยตรง ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1954 ศาลปกครองฝรั่งเศสในเวลาต่อมาจึงกลับแนวคำวินิจฉัยเดิมของตน โดยการแยกกรณีระหว่างหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความหรืออธิบายกฎหมาย กับ **หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์**

ถ้าเป็นหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ประชาชนย่อมมีสิทธินำไปฟ้อง คดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนได้ **ซึ่งในทางปฏิบัติศาลปกครองจะพิพากษาในเนื้อหาคดี แล้ว พิพากษาพิพากษาให้เพิกถอนหนังสือเวียนเช่นว่านั้นเสมอ** หนังสือเวียนซึ่งจริง ๆ แล้วเป็นเรื่องระหว่าง ผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา จะเอามากำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมายทั้ง ๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมาย ให้อำนาจไว้ไม่ได้ แต่ถ้านหนังสือเวียนนั้นมีลักษณะเป็นการตีความอธิบายกฎหมาย ซึ่งเป็นหนังสือเวียนโดย แท้จริง ๆ หนังสือเวียนควรจะมีลักษณะอย่างนี้ คือ ตีความกฎหมาย อธิบายกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ ของรัฐทุกคนไม่ได้เรียนกฎหมาย จึงต้องใช้หนังสือเวียนซึ่งเขียนเป็นภาษาง่าย ๆ อธิบายให้เขาทราบว่าเขา จะต้องทำอะไรอย่างไร หรือหนังสือเวียนที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรหรือการดำเนินงานของหน่วยงาน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เว้นแต่หนังสือเวียนนั้นจะกระทบต่อสิทธิของ เจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ข) **“แนวทางการออกคำสั่ง”** คือ เอกสารที่หัวหน้าหน่วยงานกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาไว้เป็นการล่วงหน้า เพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชา ในกรณี ที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจดุลพินิจเป็นของผู้ใต้บังคับบัญชาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อป้องกันมิให้ มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคนใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทาง

ปกครองที่ต่างกันในเรื่องอย่างเดียวกัน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นนโยบายของหัวหน้าหน่วยงานที่มอบให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชาว่าควรใช้ดุลพินิจไปในทิศทางใด

การออกคำสั่งในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดุลพินิจตามกฎหมาย ที่จะพิจารณาสั่งการอย่างไรก็ได้ตามที่เขาเห็นว่าเหมาะสม อำนาจดุลพินิจเป็นของพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ผู้บังคับบัญชาของพนักงานเจ้าหน้าที่เกรงว่าถ้าปล่อยให้พนักงานเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจไปตามใจก็อาจไม่เหมาะสม แต่ละคนก็จะใช้ดุลพินิจที่แตกต่างไปคนละทิศทางกันไปตามอารมณ์ของตนเอง เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่ในจังหวัดนนทบุรี เจอกรณีอย่างหนึ่งก็ออกใบอนุญาตให้ แต่ในจังหวัดปทุมธานีเจอกรณีเดียวกับกลับไม่ออกใบอนุญาตให้ หรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกัน เช่น ชาวบ้านคนแรกมาขอออกใบอนุญาตก็ออกให้ แต่พอคนที่สองมาขอออกใบอนุญาตเรื่องเดียวกันกลับไม่ออกให้ ถ้าเกิดกรณีเช่นนี้ก็จะยุ่งวุ่นวาย ผู้บังคับบัญชาจึงอาจตั้งอำนาจบังคับบัญชาออกเป็นแนวทางการออกคำสั่ง เช่น กระทรวงการคลังออกแนวทางการคิดสัดส่วนให้เจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดว่าผู้บังคับบัญชาที่ปล่อยปละละเลยให้เจ้าหน้าที่ทุจริตต้องรับผิดชอบในสัดส่วนร้อยละ 20 ของความเสียหาย เพื่อให้หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายให้หน่วยงานของรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

ในเรื่องการใช้ดุลพินิจนั้น แม้แต่ศาลหรือผู้พิพากษาเองก็มีดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ในคดีอาญา ผู้พิพากษามีดุลพินิจในการลงโทษจำเลยหนักเบาตามที่เห็นว่าเหมาะสม ซึ่งศาลเองก็มีแนวในการลงโทษเรียกว่า “ยืดออก” ว่ากรณีให้การรับสารภาพจะลงโทษอย่างไร เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้มีมาตรฐานการลงโทษเป็นอย่างเดียวกัน หรือแม้แต่ ก.พ. เองก็มีมาตรฐานในการลงโทษว่าถ้ากระทำผิดวินัยอย่างนี้จะลงโทษแค่ไหน เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจดุลพินิจใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่มีขีดจำกัด

สรุปแล้ว ไม่ว่าจะหนังสือเวียนก็ดี แนวทางการออกคำสั่งก็ดี ต่างกันในแง่ที่ว่า หนังสือเวียนนั้นผู้บังคับบัญชาใช้กำหนดวิธีการในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชา ส่วนแนวทางการออกคำสั่งนั้นผู้บังคับบัญชาใช้เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาว่าควรออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระอย่างไร

สำหรับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้นแต่เดิมไม่ยอมรับแนวทางการออกคำสั่ง เพราะเห็นว่าขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ฝ่ายปกครองไม่อาจสละการใช้อำนาจดุลพินิจของตนในการจำกัดอำนาจของตนเองในเรื่องที่ตนมีดุลพินิจได้ ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยยึดแนวทางอย่างเคร่งครัด แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1970 ศาลปกครองฝรั่งเศสก็ยอมกลับแนวเดิม โดยยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถกำหนดแนวทางการออกคำสั่ง กำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจของตนไว้เป็นการล่วงหน้าได้ โดยยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถอ้างแนวทางการออกคำสั่งเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองได้

(2) มาตรการภายในอื่น ๆ

ตัวอย่างมาตรการภายในอื่น ๆ อาจแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม

ก. คำสั่งเฉพาะของหน่วยงาน ซึ่งเป็นคำสั่งตามสายการบังคับบัญชาที่สั่งการแก่ผู้ใต้บังคับบัญชา

ข. มาตรการอันเป็นการวางระเบียบภายในของหน่วยงาน เป็นมาตรการที่ใช้กับบุคลากรของหน่วยงาน เช่น การวางระเบียบเกี่ยวกับเครื่องแบบนักศึกษา หรือการแต่งกายของบุคลากรของมหาวิทยาลัย เป็นต้น

ค. มาตรการเฉพาะอย่างที่มีลักษณะส่วนบุคคล

ตัวอย่างมาตรการภายใน

1. มติคณะรัฐมนตรีที่มีหนังสือเวียนกรณีการให้ถือปฏิบัติเกี่ยวกับการนับอายุของบุคคลที่จะเกษียณอายุในช่วงที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ช่วงปี พ.ศ. 2535 จากเดิมที่มีการนับอายุก่อนหน้านั้นให้นับวันเกษียณอายุในวันที่สิ้นสุดปีงบประมาณ แต่หลังจากนั้นไปแล้วกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้วิธีนับวันวันชนวันจริง มติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้ออกมาแจ้งเวียนวิธีการการนับอายุเป็นอย่างไร เป็นเรื่องให้คำอธิบายโดยในเนื้อหา มติคณะรัฐมนตรีตัวนี้แจ้งเวียนภายในส่วนราชการ ถือว่าเข้าข้อยกเว้นเกี่ยวกับเรื่องการวางกฎเกณฑ์ใหม่ มติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้เนื้อหาเป็นเพียงการอธิบายเพราะฉะนั้นศาลปกครองสูงสุดบอกว่า กรณีดังกล่าวไม่มีสภาพเป็นกฎ เป็นคำสั่งที่ พ.9/2549 (พ. คือ กรณีที่ฟ้องตรงต่อศาลปกครองสูงสุด)

2. คณะรัฐมนตรีได้มีมติเกี่ยวกับว่า กรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ถูกฟ้องเป็นคดีปกครอง ถ้าจะดำเนินคดีปกครองเองก็ดำเนินการได้ ถ้าไม่มีหรือเจ้าหน้าที่ไม่ประสงค์จะดำเนินการเองให้ตกลงกับพนักงานอัยการว่าจะทำอย่างไร และได้แจ้งมติไปยังฝ่ายบริหารทั้งหมด มติคณะรัฐมนตรีฉบับนี้เป็นลักษณะทั่วไป ไม่ได้ระบุว่าใช้กับบุคคลใดบุคคลคนหนึ่งเข้าข้อยกเว้นว่าเป็นการวางกฎเพิ่มหรือไม่ ศาลปกครองบอกว่ากรณีนี้ไม่มีผลบังคับว่าจะต้องทำ โดยยังคงให้เป็นดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะเลือกได้ว่า จะดำเนินการเองหรือจะมอบให้อัยการดำเนินการจึงเป็นเพียงแนวทางการปฏิบัติภายใน มติดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นกฎ เป็นคำสั่งที่ พ. 17/2550

3. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอนุมัติให้สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขอจ้างบุคคลภายนอกเป็นผู้เชี่ยวชาญในการสรุป วิเคราะห์ข้อมูลและข้อเท็จจริง จัดทำรายงานผลการตรวจสอบเรื่องราวร้องเรียนการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามที่คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนเสนอ และให้ความเห็นชอบในหลักเกณฑ์การเบิกจ่ายเงินค่าตอบแทนการจัดทำรายงานดังกล่าวตามที่สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเสนอ และการที่สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้มีหนังสือเวียนแจ้งเรื่องขออนุมัติดำเนินการจ้างจัดทำรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ถึงผู้อำนวยการสำนัก ผู้ช่วยปฏิบัติงานกรรมการสิทธิมนุษยชน เลขานุการคณะกรรมการ หนังสือแจ้งเวียนแบบนี้ เป็นเรื่องภายในเป็นเรื่องทั่วไปแน่นอน ไม่ได้ระบุว่าใช้กับบุคคลไหน ไม่ได้วางกฎเกณฑ์ไว้เพิ่มเติม แล้วก็นำมาฟ้องศาล ศาลก็บอกว่าถือว่าเป็นเพียงการดำเนินการภายในมีผลกระทบต่อสถานภาพสิทธิและหน้าที่ เป็นคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 274/2550¹⁴ อย่างไรก็ตาม แนวคิดในเรื่องของการไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ศาลจะ

¹⁴ ลิงค์คำสั่งศาลปกครองสูงสุด

<https://www.admincourt.go.th/admincourt/Casefile/admcase/document/signed/pdf/2549/01013-490854-2f-500508-0000042914.pdf>

หมายเหตุ เอกสารนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนการสอนเฉพาะภาคการศึกษาที่ 2/2564 ไปพลางก่อนเท่านั้น ยังไม่สมบูรณ์จึงยังขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง จึงไม่อนุญาตให้เผยแพร่

เข้าไปตรวจสอบได้นี้ เมื่อปรับใช้กับเงื่อนไขการฟ้องคดีแล้ว คำสั่งศาลที่ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา จะให้เหตุผลว่าผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้เดือดร้อนเสียหาย จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดี ซึ่งจริง ๆ แล้ว ฐานความคิดก็คือ มาตราการภายในไม่ใช้กับประชาชนหรือบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง

4. หนังสือกระทรวงมหาดไทย เป็นหนังสือเวียนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบข้อหารือเกี่ยวกับการบังคับใช้ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการรับเงินการเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน และการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2547 โดยมีลักษณะเป็นการอธิบายความการบังคับใช้ระเบียบให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติเป็นแนวทางเดียวกัน หนังสือเวียนดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่เป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทยเพื่อควบคุมให้ปฏิบัติตามระเบียบหรือกฎหมายเท่านั้น มิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่น ซึ่งอาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 841/2555)

5. นายกองค้การบริหารส่วนตำบลในฐานะผู้บังคับบัญชามีคำสั่งห้ามเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาเข้าห้องส่วนการคลังและห้องส่วนโยธา เนื่องจากองค์การบริหารส่วนตำบลตรวจสอบพบการปลอมแปลงลายมือชื่อและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการเงินในส่วนการคลังหลายฉบับ และได้ดำเนินคดีอาญากับเจ้าหน้าที่ดังกล่าว ข้อหาปลอมแปลงลายมือชื่อและทำลายเอกสารราชการ คำสั่งของนายกองค้การบริหารส่วนตำบลมีลักษณะเป็นการสั่งการเกี่ยวกับการให้ปฏิบัติงานในหน้าที่ราชการทั่วไป เพื่อป้องกันเจ้าหน้าที่มิให้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเอกสารหลักฐานต่าง ๆ อันถือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองในการสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานในหน้าที่ราชการ อันเป็นเรื่องของการบังคับบัญชาเพื่อบริหารงานภายในองค์กรมิให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ เจ้าหน้าที่ที่ถูกห้ามยังคงปฏิบัติงานในองค์การบริหารส่วนตำบล มีตำแหน่ง เงินเดือน และสิทธิประโยชน์สวัสดิการอื่น ๆ ตามกฎหมายเช่นเดิม คำสั่งจึงไม่ได้มีผลกระทบต่อสถานภาพสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อเป็นคำสั่งในเรื่องการบริหารงานภายในองค์กรของนายกองค้การบริหารส่วนตำบลในฐานะผู้ใช้อำนาจบังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม จึงไม่อาจถือว่าเจ้าหน้าที่ที่ถูกห้ามเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากคำสั่งดังกล่าว จึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 802/2561

6. กระทรวงมหาดไทยได้มีหนังสือฉบับหนึ่งแจ้งเวียนไป เป็นเรื่องของหลักในการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีผู้มีอาวุธปืนแจ้งเวียนไปยังนายทะเบียนทั่วประเทศ โดยเนื้อหาของหนังสือฉบับนี้ก็จะบอกรว่าในการพิจารณาอนุญาตจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีหลักเกณฑ์บางประการเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เพราะฉะนั้นหนังสือแบบนี้ถ้ามีการนำมาฟ้องต่อศาล ลักษณะของหนังสือมีสภาพเป็นกฎ เพราะวางหลักเกณฑ์ขึ้นมา เป็นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 116/2550

7. มติ ก.พ. กำหนดให้ผู้ที่ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมมีสิทธิที่จะใช้สิทธิพิเศษคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการได้ มติดังกล่าวในกฎหมายไม่มีกำหนด แต่ ก.พ. กำหนดว่ากรณีได้รับปริญญาเกียรตินิยมถือว่าเป็นเหตุพิเศษที่จะได้รับคัดเลือกโดยไม่ต้องสอบเข้ารับราชการถือว่าการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเป็นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 379/2550 หรือ ก.พ. ออกมาตรการแจ้งเวียนเรื่องมาตรการพัฒนาและบริหารกำลังพลเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงถือการแจ้งเวียนมาตรการให้มีการปรับปรุงอัตรากำลังต่าง ๆ ในภาครัฐผู้มีการแจ้งเวียนมีข้อหนึ่งที่ว่าข้าราชการที่ลาออกจะกลับเข้ารับราชการในสังกัดเดิมฝ่ายบริหารอีกไม่ได้ มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดแบบนี้ไว้ใหม่ตอบได้เลยว่า ไม่มี การที่หน่วยงานได้ออกหนังสือฉบับหนึ่งแล้วก็มีข้อความว่าคนที่เข้าโครงการนี้จะกลับเข้ารับราชการในฝ่ายบริหารอีกไม่ได้เป็นการเพิ่มหลักเกณฑ์จากหลักกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดบอกว่ามีสภาพเป็นกฎ เป็นคำสั่งที่ พ. 30/2550

8. กรณีของหัวหน้าสำนักงานคณะกรรมการรัฐมนตรี มีหนังสือแจ้งไปที่อธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์ให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วให้รายงาน กรณีที่คณะกรรมการสหกรณ์ออมทรัพย์แห่งหนึ่งมีมติให้ผู้ฟ้องคดีให้พ้นสภาพจากการเป็นสมาชิก ก็มีการเอาหนังสือดังกล่าวมาฟ้องต่อศาล หนังสือดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำประเภทไหน ก็เป็นเรื่องภายในเพราะยังอยู่ในฝ่ายปกครอง เป็นการขอจากหน่วยหนึ่งไปอีกหน่วยหนึ่งให้ดำเนินการลักษณะของมันเป็นการทำไปจากบุคคลหนึ่งไปสู่หน่วยหนึ่ง กรณีดังกล่าวเป็นมาตรการที่มียังไม่ผลกระทบท่อสิทธิหน้าที่ใด ๆ ของบุคคล กรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ายังไม่ใช้คำสั่งทางปกครอง เป็นการดำเนินการภายในทางธุรการเท่านั้น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 510/2547

9. คณะอนุกรรมการผังเมืองจังหวัดได้มีมติและแจ้งมติ ไปยังคณะอนุกรรมการที่มีส่วนเกี่ยวข้อง การพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายควบคุมการก่อสร้างอาคารว่าให้ระงับการพิจารณา กรณีผู้ประกอบกิจการการค้าปลีกค้าส่งรายใหม่ไว้ก่อน จนกว่าจะมีการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองฉบับใหม่ประกาศใช้ ใครเห็นว่าเป็นเรื่องภายใน พูด่าง ๆ ว่าห่างใหญ่ ๆ ที่จะไปขอให้ระงับไว้ก่อน มตินี้เป็นเรื่องภายในหรือไม่ ตอบว่า กรณีของหน่วยงานที่มีอำนาจสูงกว่าเจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับบัญชาหน่วยงานที่มีอำนาจโดยตรงในเรื่องนั้น ยกตัวอย่างที่ผ่านมาเมื่อเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาเข้าข้อยกเว้นที่ถือว่าไม่ใช่มาตรการที่เป็นเรื่องภายใน กรณีนี้มันไม่ใช่ลักษณะแบบนั้น ไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์อะไรขึ้นมา ขณะเดียวกันองค์กรนั้นไม่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงหรือเป็นผู้บังคับบัญชาที่จะสั่ง เราจะต้องมาวิเคราะห์ที่ละประเด็น การแจ้งมีผลกระทบท่อสิทธิหน้าที่โดยตรงหรือยัง ตอบว่ายังไม่ผลกระทบท่อโดยตรง เพราะอนุกรรมการชุดอื่นเขายังไม่ถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามและยังไม่มีกรออกเป็นรูปธรรมในเรื่องที่บอกว่า ผลของการมีมติทำให้ผู้ที่ขออนุญาตไม่ได้รับอนุญาตแน่ไม่ใช่แบบนั้นเป็นคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 43/2551 ศาลปกครองสูงสุดบอกว่าเพียงมาตรการในทางบริหาร

10. กรณีผู้ว่าราชการจังหวัดมีหนังสือแจ้งไปที่นายอำเภอให้แก้ไขทะเบียนที่สาธารณะให้ถูกต้อง หนังสือหรือการแจ้งของผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าว มีสถานะทางกฎหมายเป็นการกระทำประเภทไหน มาไต่องค์ประกอบดู คือ เป็นเรื่องที่อยู่ภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 56/2551

สองตัวอย่างหลังต้องมีหลักคือวิธีคิดวิเคราะห์ว่า จะต้องดูตรงไหน ถ้าผลมีผลโดยตรงออกไปสู่ภายนอกไม่ว่าจะมุ่งเฉพาะบุคคล เฉพาะกรณีหรือมีผลทั่วไปก็ตาม ยังต้องพิจารณาอีกว่าตัวของมันสามารถสร้างนิติสัมพันธ์หรือไม่ หากเป็นเพียงหนังสือเรียนทั่วไปแต่ส่งส่งผลไปสู่นอกก็ไม่นับเป็นนิติกรรมทางปกครอง

มีตัวอย่างอีกอันหนึ่ง ประธานธนาคารออมสิน สั่งให้ผู้อำนวยการซื้อหุ้นสามัญเพิ่มทุนของธนาคารอื่น คำสั่งของประธานธนาคารออมสิน มีการนำมาฟ้องศาลมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร **การที่ธนาคารออมสินจะไปซื้อหุ้นเพิ่มทุน ไม่ใช่เรื่องการปกครองทางปกครอง จึงยังไม่ต้องมาพิจารณาถึงมาตรการภายในภายนอก** เรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นกลไกการปฏิบัติงานภายในองค์กร ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ด้วยความเคารพ อีกเหตุผลที่ควรให้คือ เรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องทางปกครอง ตัวอย่างคำสั่งมอบหมายงานหรือมอบหมายหน้าที่ ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่มอบหมายให้ผู้ใต้บังคับบัญชารับผิดชอบสำนวนเรื่องหนึ่งและให้ดำเนินการให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว ผู้ใต้บังคับบัญชานำคดีมาฟ้องต่อศาลว่าตนเองไม่เห็นด้วยและคัดค้านการมอบหมายงาน กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคำสั่งที่ 195/2551 **โดยให้เหตุผลว่าเป็นการใช้อำนาจทางบังคับบัญชาทางบริหารมิได้มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด** จึงไม่อาจฟ้องเป็นคดีพิพาท ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลว่าเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาทางบริหารและให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าทำให้เกิดความเสียหายอาจแสดงความเห็นเป็นหนังสือให้ผู้บังคับบัญชาทบทวน เหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดให้ทั้งหลายไม่ใช่เหตุผลที่ผิด แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องให้เพราะคำสั่งที่อธิบดีสั่งให้ข้าราชการไปดำรงตำแหน่งที่ไหนย้ายไปอยู่ที่ไหน เป็นการได้ใช้อำนาจบังคับบัญชาทางบริหารหรือไม่ ตอบว่าเป็น แล้วถ้าผู้ที่ถูกสั่งย้ายไม่เห็นด้วย ก็ต้องให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนได้ ประเด็นของคดีก็คือคำสั่งโดยหน่วยงานหรือผู้บังคับบัญชาไม่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่เขาโดยตรง เป็นคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 195/2551 อย่างไรก็ดีในบางกรณีที่ศาลเห็นว่าคำสั่งที่ออกมามีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเขา ศาลก็จะยอมรับให้มีการฟ้องคดีต่อศาลได้ จะมีบรรดาคำสั่งศาลไม่ระบุได้ว่าเป็นคำสั่งแต่ระบุให้เป็นเพราะกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีตัวอย่างที่เห็นได้ชัดอย่างเช่นกรณีที่อธิบดีกรมการอุทยานแห่งชาติมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งการทำหน้าที่ผู้อำนวยการส่วนจัดการต้นน้ำ แล้วให้บุคคลอื่นมาทำหน้าที่แทน ศาลปกครองสูงสุดบอกว่ากรณีนี้เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเป็นคำสั่งที่ 215/2551 หรือกรณีที่มาฟ้องว่า นายก อบต. ปลัด อบต. ไม่มอบหมายงานในตำแหน่งหัวหน้าส่วนการคลังให้กับผู้ฟ้องคดี ตามมติของคณะกรรมการองค์การบริหารส่วนตำบลที่ให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ผ่านการคลัง กรณีนี้มีการนำมาฟ้องศาลเรื่องการมอบหมายหน้าที่ศาลก็บอกว่า เป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แต่ไม่บอกว่าเป็นการกระทำประเภทใด เป็นคำสั่งที่ 238/2551 คำสั่ง 35/2551 ที่ให้หลักไว้ชัดคดีดังกล่าวผู้บังคับบัญชาที่มีคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่อันใดอันหนึ่งมีการมาฟ้อง ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายให้เหตุผลว่าคำสั่งที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติ

ตามหน้าที่ใดเป็นคำสั่งภายในเรื่องการบริหารภายในหน่วยงานศาลบอกหลักว่าเป็นเรื่องภายใน แต่จะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบได้ด้วย ถ้ามีการโต้แย้งมาว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ ถ้ามีข้อยกเว้นว่ามีการตรวจสอบศาลก็ต้องยอมรับที่จะเป็นคดีที่ฟ้องได้ แม้ว่าศาลจะวางหลักไว้แล้วว่าฟ้องไม่ได้ กรณีของการย้ายกลุ่มของการฟ้องคดีเกี่ยวกับการโยกย้ายก็เหมือนกัน **ในประเด็นที่บอกว่าหน่วยงานหนึ่งจะแบ่งโครงสร้างขององค์กรออกเป็นอย่างไร โดยสภาพเป็นนิติกรรมใหม่ ตอบว่าเป็นนิติกรรม คือพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการในตัวมันเป็นนิติกรรม แต่เป็นเรื่องมาตรการภายใน เพราะด้วยเหตุผลในเรื่อง Functional** เพราะถ้าศาลเข้าไปบอกว่าหรือเข้าไปดูได้ว่ากรณีนี้ต้องแบ่งยังไง ศาลเปลี่ยนสถานะของตัวเองทันที กรณีการกำหนดให้ใครลงตรงไหน หรือการย้ายก็เหมือนกัน ย้ายไปดำรงตำแหน่งที่เงินเดือนเท่าเดิม เป็นนิติกรรม **เพราะสถานะของเขาเปลี่ยนไป แม้เงินเดือนไม่เปลี่ยนก็เป็นนิติกรรม** แต่อำนาจหน้าที่ที่เขารับผิดชอบเปลี่ยนไปต้องมีฐานกฎหมายมารองรับ เป็นคำถามต่อมา กรณีเรื่องอย่างนี้ศาลต้องใช้วิธีซึ่งน้ำหนักเหมือนกันเพราะว่าศาลจะจัดมาอยู่ในมาตรการภายในแล้ว ผลกระทบจะเป็นอย่างไร ศาลจะบอกว่าเป็นมาตรการภายในและเข้าไปควบคุม โดยหลักของศาลจะถือว่าไม่เป็นมาตรการภายในแต่ข้อยกเว้นก็จะเอามาใช้บังคับบ่อย ในหลายกรณี คำสั่งย้ายหรือมอบหมายงานในเนื้อคดีเห็นว่ามองเป็นเรื่องที่กระทบสิทธิของเขามีอะไรที่ไม่ชอบหน้ากัน กลั่นแกล้งกัน ก็เลยบอกว่าไม่เป็นธรรม ในอดีตเราเคยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลรวมทั้งเรื่องเสร็จของกฤษฎีกา กรณีนี้กฤษฎีกาเคยให้ความเห็นว่าเรื่องการย้ายข้าราชการเป็นเรื่องการบริหารงานภายในให้หลักเดียวกันคือ เป็นเรื่องทำเป็นมาตรการภายใน บอกว่าเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่การปฏิบัติการราชการเท่านั้น ไม่ใช่สิทธิตามกฎหมายที่พึงเรียกร้องแต่งตั้งตนให้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้สิทธิประโยชน์ในการเป็นข้าราชการของผู้นั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงจากเดิม แต่ท้ายสุดก็ต้องดูหลักกฎหมายที่แท้จริงว่าเกิดผลกระทบต่อเขาหรือไม่ ศาลก็ยอมรับว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ มีกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าแม้คำสั่งดังกล่าวจะย้ายไปดำรงตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าเดิม งานเท่าเดิมแต่ก็ทำให้มีผลกระทบบางประการมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียเคยตราในคำสั่งดังกล่าว ได้รับความเดือดร้อน เสียหายในหน้าที่การงานทางราชการ โดยศาลเอาข้อเท็จจริงที่บอกว่าระยะเวลาในการปฏิบัติงานและผลงานในหน้าที่ดังกล่าวสามารถเอามาใช้เพื่อขอเลื่อนขั้นเงินเดือนต่อไปได้ในการย้ายเขาไปทำให้การดำเนินงานขาดตอน คือ แค่นั่นเล็กๆ ศาลเห็นถึงความเดือดร้อนแล้วเหมือนกันที่แนวฝรั่งเศสเขาอธิบาย

ลักษณะประการสุดท้ายของนิติกรรมทางปกครองซึ่งได้แก่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว
ถ้านิติกรรมทางปกครองมากกว่าหนึ่งฝ่ายเรียกว่าสัญญาทางปกครอง