

# ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศรับสมัครบุคคล เพื่อเข้ารับราชการ<sup>1</sup>

## Problems On Legal Status Of The Government Officer Recruitment.

นิรัชรา พงศ์อาจารย์<sup>2</sup>

Niratchara Pong-ajarn<sup>2</sup>

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต<sup>2</sup>

Faculty of Law PRIDI BANOMYONG, Dhurakij Pundit University<sup>2</sup>

E-mail: Niratchara.won@dpu.ac.th

Received 10/08/2021 ► Revised 16/11/2021 ► Accepted 2/12/2021

### บทคัดย่อ

**น**ิติบุคคลมหาชน<sup>3</sup> ถูกจัดตั้งขึ้นมา มีหน้าที่หลักเพื่อการบริหารสาธารณะ โดยมีองค์ประกอบสำคัญคือบุคคลผู้แสดงเจตนาแทนรัฐ การรับสมัครบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นการบริการสาธารณะประเภทหนึ่งของรัฐที่เปิดโอกาสและจัดสอบให้บุคคลเพื่อเข้ารับราชการ โดยมีได้ผูกพันกับรัฐในรูปแบบของสัญญาจ้างแรงงาน แต่ผูกพันกัน

ตามกฎหมาย และต้องกระทำการตามขั้นตอนที่มีกฎหมายหรือวางระเบียบกำหนดไว้

งานวิจัยนี้ศึกษาถึงสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อเข้ารับราชการว่าประกาศนั้นมีสถานะเช่นไรในระบบกฎหมายไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากเมื่อมีการประกาศรับสมัครจนถึงประกาศรายชื่อบุคคลที่มีสิทธิ

<sup>1</sup> บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัย เรื่อง “ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อเข้ารับราชการ” ได้รับทุนจาก มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

<sup>2</sup> มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 110/1-4 ถนนประชาชื่น แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

<sup>3</sup> องค์การของรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนมีหน้าที่หลักในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยอาจถูกจัดตั้งตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา อาจมีการใช้อำนาจมหาชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ที่อยู่ในราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น เช่น กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น และยังรวมถึง องค์การของรัฐในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กฎหมายจัดตั้งกำหนด เป็นต้น

สอบหรือมีคุณสมบัติว่าผู้นั้นมีสิทธิคัดเลือกเข้าแข่งขันได้ ย่อมส่งผลให้ผู้สมัครสอบมีสิทธิสอบในขั้นตอนต่อไปเพื่อเข้ารับราชการได้ต่อไป หากมีผู้ไม่ผ่านหรือไม่มีสิทธิในการสอบคัดเลือกในขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนที่จะประกาศผลสอบคัดเลือกนั้น จะส่งผลต่อผู้นั้นเช่นไร จะเรียกร้องสิทธิเช่นไรได้บ้าง ศาลปกครองไทย ได้วินิจฉัยให้ประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อเข้ารับราชการมีฐานะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปและผู้สมัครสอบคัดเลือกสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ หากต้องการโต้แย้งประกาศฯ นั้น ซึ่ง “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ที่องค์การตุลาการศาลปกครองได้วางแนววินิจฉัยไว้ในคำพิพากษานั้น อาจเป็นที่เข้าใจในวงการนักวิชาการ แต่ทั้งนี้ในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีการให้คำนิยามศัพท์ใด ๆ หรือกำหนดลักษณะอันชัดเจนของคำสั่งทางปกครอง อีกองค์การหนึ่งคือคณะกรรมการ

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยมีคำวินิจฉัยและยึดถือแนวเดิมมาตลอดว่า สถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ ไม่มีสถานะทางกฎหมายใด ๆ เป็นเพียงขั้นตอน “การพิจารณาทางปกครอง” เท่านั้น ดังนั้นหากเป็นกรณีเช่นนี้ ตราบใดที่ยังไม่มีการประกาศผลสอบคัดเลือกย่อมส่งผลให้ผู้สมัครสอบนั้นไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องทางกฎหมายได้

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการตราบทบัญญัติกำหนดลักษณะและคำนิยามของ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” เพื่อให้มีความชัดเจนทางกฎหมายของประกาศรับสมัครของบุคคลเพื่อเข้ารับราชการ อันก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชนอย่างสูงสุดรวมถึงประโยชน์แห่งความชัดเจนในทางวิชาการ

**คำสำคัญ:** สถานะทางกฎหมาย, ประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ, คำสั่งทางปกครอง

## Abstract

**P**ublic Juristic person are established for public services. The main components are the persons who express in the government's intentions. Therefore, the government officer recruitment is a public service of the government providing opportunities and having examinations. Public officers are not obliged with the government in the form of employment contracts, but they have legal obligations. They must also

follow legal processes or regulations.

In this research study, the statuses of government officer recruitment under Thai laws were studied and compared to that of French Republic and Federal Republic of Germany. If the recruitments and qualified applicants were announced, then the applicants would have the rights to take the next examinations in order to become public officers. If there were applicants who

were not qualified or those who did not have the rights to take the examinations before the examination results were announced, then there would be the issues to be studied: the effects on the applicants and their rights to appeal. The administrative court considered that the statuses of the recruitment announcements were general orders, and the applicants could use the rights in the court if they want to oppose any announcement. The “general orders” considered by the judiciary of the administrative court might be understood by scholars, but the Thai laws did not have any definition or clear description. Another organization was the Committee on Administrative Procedure. The

committee considered and adhered to that the statuses of the recruitment announcements were not legal statuses, but the recruitment announcements were only the processes of “administrative consideration”. Hence, the applicant could not use the right to appeal as long as there was no the announcement of the examination results.

Thus, the researcher suggested that the regulation about the description and definition of an “administrative order” in order to legally clarify the recruitment announcements, to ensure the fairness for the people and to maximize the clear and academic benefits.

**Keywords:** legal status, the Government officer recruitment, administrative order

## บทนำ



### ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลักสากลในการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น (*Le principe de séparation des pouvoirs*) โดยทั่วไปมักแบ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรตุลาการ สำหรับประเทศไทยมีการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจ

อธิปไตย ตามที่มาตรา 3<sup>4</sup> แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดไว้

“ฝ่ายปกครอง” อันเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารนั้น มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ คือ การออกกฎ ออกคำสั่ง ออกระเบียบเพื่อควบคุมสังคม และ อีกประการหนึ่งคือ การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวม

<sup>4</sup> มาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

แก่ประชาชน ซึ่งหน้าที่ทั้งสองประการนี้จะสำเร็จลุล่วงได้อย่างมีประสิทธิภาพได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องมีเครื่องมือสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ เครื่องมือที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถก้าวล่วงสิทธิ เสรีภาพประชาชนได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เพราะการกระทำหลาย ๆ อย่างในเขตแดนระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนนั้น มิอาจเกิดได้จากความสมัครใจเฉกเช่นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายเอกชนเท่านั้น ยังต้องอาศัยอำนาจอันเป็นอำนาจมหาชนที่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย และจะทำงานสำเร็จได้อย่างมีประสิทธิภาพต้องมีเครื่องมือสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ เครื่องมือที่ต้องอาศัยอำนาจมหาชนตามกฎหมายที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” คำว่า “การกระทำทางปกครอง” ไม่มีการกำหนดคำนิยามศัพท์ไว้ในกฎหมายฉบับใดในระบบกฎหมายไทย มีความเห็นจากนักวิชาการ ที่อธิบายสรุปได้ว่าการกระทำทางปกครอง คือ การใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองแก่เอกชนได้ฝ่ายเดียว เป็นอำนาจพิเศษที่กฎหมายให้ไว้ ซึ่งมีได้หลายรูปแบบ อาจเกิดได้จากการใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายเขียนให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นในระบบกฎหมายไทยอาจแบ่งเป็น กฎ<sup>5</sup> คำสั่งทางปกครอง<sup>6</sup> ปฏิบัติการทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง<sup>7</sup> และเมื่อมีกฎหมายรองรับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีอำนาจพิเศษในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมต้องมีองค์การซึ่งคุ้มครองในส่วนของเอกชน

ในกรณีนี้อาจเกิดข้อพิพาทจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดขอบเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง โดยมีใจความสำคัญว่าคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง มีดังนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ คดีที่มีการฟ้องต่อศาลปกครองนั้น อาจเป็นการฟ้องในเรื่องคำสั่งต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “คำสั่งทางปกครอง” คำสั่งอื่น หรือคำสั่งทั่วไปทางปกครอง หรืออาจเป็นกรณีที่ถูกหรือการกระทำอื่นใดของทางราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

<sup>5</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>6</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>7</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับบุคคลให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ (6) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ดังนั้น คดีใดจะเป็นคดีปกครองได้นั้น หรือคดีใดจะอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครองได้นั้น อาจพิจารณาได้ 2 ประการ คือ ประการที่ 1 พิจารณาในแง่ของคู่พิพาท กล่าวคือ คู่พิพาทคดีปกครองนั้นอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองตามที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. ฉบับนี้ ประการที่ 2 คือ พิจารณาในแง่ของข้อพิพาท ซึ่งข้อพิพาทนั้นต้องเป็นข้อพิพาทในทางปกครอง เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ฉะนั้น คดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองนั้นส่วนใหญ่จึงเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการออก กฎ ออกคำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด หรือละเลย หรือล่าช้า และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนนั่นเอง

ดังนั้น จากสาระสำคัญในมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นี้ อธิบายได้ว่า คดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองนั้นจึงเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ ออกคำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด หรือละเลย หรือล่าช้า และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนนั่นเอง

ข้อพิพาทประการหนึ่งอันถูกกำหนดให้อยู่ในการพิจารณาของศาลปกครองที่สำคัญ คือ “การออกคำสั่ง” ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่เพียงแต่กำหนดถึงเขตอำนาจของศาลเท่านั้น กฎหมายต้องกำหนดให้ชัดเจนและแน่นอนในแง่ของลักษณะของ “คำสั่ง” ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย เพราะคำสั่งนั้นนอกจากจะกระทบถึงสถานภาพของผู้รับคำสั่งให้กระทำการ ห้ามกระทำการ แล้วยังส่งผลถึงการรับรองสิทธิแก่ผู้รับคำสั่งนั้นอีกด้วย เช่น ถ้าเป็นคำสั่งที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ผู้รับคำสั่งนั้นย่อมได้รับสิทธิต่าง ๆ ตั้งแต่กระบวนการก่อนเจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง เช่น<sup>8</sup> สิทธิในการได้รับแจ้งผลกระทบต่อสิทธิเพื่อให้ผู้รับคำสั่งมาโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เป็นต้น หรือสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายรับรองให้ผู้รับคำสั่ง หลังจากการได้คำสั่งนั้น ไม่ว่าจะคำสั่งนั้นจะพิจารณาในชั้นของเจ้าหน้าที่ เช่น<sup>9</sup> สิทธิในการอุทธรณ์การออกคำสั่ง<sup>10</sup> สิทธิในการขอให้พิจารณาใหม่ ฯลฯ ซึ่งเป็นกระบวนการในชั้น

<sup>8</sup> มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>9</sup> มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>10</sup> มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง และยังส่งผลถึงการใช้สิทธิทางศาลปกครองหลังจากที่ได้รับคำสั่งนั้นอีกด้วย<sup>11</sup>

ดังนั้นหากคำสั่งหรือรูปแบบของการกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะไม่ชัดเจน อาจด้วยไม่มีการกำหนดลักษณะอย่างชัดเจนด้วยกฎหมายก็ตาม ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิผู้ได้รับคำสั่งนั้นด้วยเสมอ ตัวอย่างเช่น ประกาศการรับสมัครบุคคลเพื่อสอบเข้ารับราชการ หากประกาศนั้นมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้ได้รับคำสั่งย่อมใช้สิทธิในชั้นเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายรับรองไว้ และรวมถึงสิทธิในชั้นศาล โดยฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งนั้นต่อศาลปกครองได้ แต่ถ้าหากประกาศมิใช่คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นที่ทำให้ผู้นั้นอาจได้รับความเสียหาย ผู้สมัครนั้นก็มิอาจใช้สิทธิทางศาลได้

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้ ผู้วิจัยมีความต้องการศึกษาของสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการว่า ประกาศนั้นมีสถานะทางกฎหมายหรือไม่เช่นไร จากที่ศึกษามาพบว่ามีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องในการวินิจฉัยถึงสถานะของประกาศรับสมัครดังกล่าวนี้ มี 2 องค์ประกอบ และ 2 องค์ประกอบนี้ มีความเห็นที่แตกต่างกันโดยศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาหลายคดีที่มีแนวทางพิจารณาพิพากษาว่า ประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการนั้นมีลักษณะ

เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 ประกาศคณะกรรมการดำเนินการสอบแข่งขันรับสมัครบุคคลสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานเทศบาลสามัญฯ ประกาศดังกล่าวนี้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลและเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทั่วไป และมีอีกหลายคดีพิพาทที่วินิจฉัยแนวเดียวกัน

ส่วนคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง<sup>12</sup> มีหน้าที่สำคัญประการหนึ่ง คือ<sup>13</sup> ให้คำปรึกษาแก่เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตาม พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่มีการร้องขอจากหน่วยงานทางปกครองที่ต้องการความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอันเกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง โดยคณะกรรมการฯ มีแนวทางวินิจฉัยว่า ประกาศการรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการนั้นไม่มีฐานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นเพียง “กระบวนการพิจารณาทางปกครอง”<sup>14</sup> เท่านั้น

ตัวอย่างเช่น เรื่องเสรีจที่ 1569/2560<sup>15</sup> คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

<sup>11</sup> มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>12</sup> มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>13</sup> มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>14</sup> “การพิจารณาทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง” ความหมายตามคำนิยามศัพท์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>15</sup> เรื่องเสรีจที่ 1569/2560 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

มีความเห็นว่าประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อเข้ารับราชการนั้นว่าเป็นเพียง “การพิจารณาทางปกครอง” ซึ่งมีสถานะเป็นเหมือนประกาศให้ทราบทั่ว ๆ ไปไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามที่ พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดไว้ ขั้นตอนการรับสมัครเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป เช่น กำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง เงื่อนไขการสมัครสอบ ฯลฯ การประกาศรายชื่อบุคคลผู้สอบแข่งขันได้เท่านั้นที่เป็นกระบวนการสุดท้ายของการรับสมัครและการสอบแข่งขันที่เป็นคำสั่งทางปกครอง

คำวินิจฉัยที่แตกต่างในประเด็นปัญหานี้ส่งผลให้ฐานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการนั้นแตกต่างกันในผลทางกฎหมาย ดังนั้นคือ หากประกาศฯ นั้น เป็น “การพิจารณาทางปกครอง” จะทำให้ผู้สมัครเข้ารับราชการไม่สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ เพราะถือว่ายังไม่ได้รับผลกระทบจากประกาศรับสมัครดังกล่าว<sup>16</sup> เพราะถูกยึดกับสถานะทางกฎหมายของ “ประกาศรับสมัครนั้น” และผู้รับคำสั่งหรือประกาศนั้น ย่อมไม่ได้รับสิทธิอุทธรณ์<sup>17</sup> หรือแจ้งสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามมาตรา 50 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดรับรองสิทธิไว้

ศาลปกครองและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งสององค์กรมีบทบาทหน้าที่ที่แตกต่างกัน ตามเขตอำนาจของตน

การกำหนดสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อเข้ารับราชการนั้น ย่อมส่งผลต่อผู้รับประกาศหรือผู้รับคำสั่งนั้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วด้วยเหตุผลข้างต้น แต่ทั้งนี้ประโยชน์ที่สำคัญที่สุดที่ควรพิจารณาเพื่อหาจุดสมดุลที่เหมาะสมในทางยุติธรรมและในทางวิชาการ เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน และเพื่อความยุติธรรมแก่ประชาชนเพื่อเป็นการพัฒนาการทางวิชาการของกฎหมายปกครอง

ดังนั้น ในการวางแนวทางศึกษาในการกำหนดสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการ อันส่งผลแก่สถานภาพและสิทธิของผู้ได้รับประกาศหรือคำสั่งนั้น เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างสูงสุด เพื่อให้มีความชัดเจนในทางวิชาการ เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน และยังส่งผลต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะ อันเป็นหลักกฎหมายประการหนึ่งของระบบนิติรัฐ โดยผู้วิจัยมุ่งศึกษาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นมีบทบาทซึ่งเป็นประเทศต้นแบบในการนำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันมาร่างและประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของไทย และสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ระบบกฎหมายปกครองของไทยยอมรับและเป็นกฎหมายแม่แบบในระบบกฎหมายปกครองของไทย ด้วยมีการพัฒนาระบบกฎหมายปกครอง

<sup>16</sup> มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>17</sup> มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ฝรั่งเศสอันยาวนาน ดังนั้น เพื่อเป็นการหาแนวทางที่ชัดเจนในสถานะทางกฎหมายของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการในระบบกฎหมายไทย ซึ่งอาจกำหนดให้เป็นกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรอง โดยนำมาใช้กับสถานะของประกาศรับสมัครของบุคคลเพื่อเข้ารับราชการเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพราะตราบใดที่ต้องมีการบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองที่กระทำการในนามของรัฐที่จัดทำในระบบราชการนั้น การรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการเพื่อมาทำหน้าที่บริการสาธารณะย่อมยังคงต้องมีอยู่และเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐตลอดไป

## วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึง แนวคิด ทฤษฎี และที่มา ลักษณะของคำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองทั่วไป
2. เพื่อศึกษาถึงความชัดเจนในสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ
3. เพื่อศึกษาถึงแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง และ ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่วินิจฉัยถึงสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการโดยเปรียบเทียบกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีการฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
4. เพื่อศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นของการไม่กำหนดสถานะทางกฎหมายของประกาศ

รับสมัครบุคคลเข้ารับราชการและวิเคราะห์หาแนวทางการแก้ปัญหาที่ควรจะเป็นในการกำหนดสถานะทางกฎหมายของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ

## สมมติฐานการวิจัย

คำสั่งทางปกครอง มีลักษณะเป็นการบังคับหรือก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแก่ผู้อยู่ภายใต้คำสั่งตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อเป็นการรับรองสิทธิโดยกฎหมายแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ต้องมีการชี้ชัดโดยกฎหมายของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการว่ามีสถานะทางกฎหมายหรือไม่เช่นไร เพื่อการรับรองสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายของผู้สมัครเข้ารับราชการ และยิ่งเพื่อให้สอดคล้องกับประเทศไทยที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐอีกด้วย

## ขอบเขตของการวิจัย

ต้องการศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองทั่วไป หรือไม่มีสถานะทางกฎหมายโดยมุ่งศึกษาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศึกษาจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาลปกครอง และองค์กรที่เกี่ยวข้อง เพื่อศึกษาถึงการกำหนดความชัดเจนของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ และศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาและแนวทางที่ควรจะเป็นของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการของระบบกฎหมายไทย

## ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึง ลักษณะ ความหมาย ของ “คำสั่งทางปกครอง” และ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ในระบบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

2. ทำให้ทราบถึง ความชัดเจนในสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ ในระบบกฎหมายไทย

3. ทำให้ทราบถึง แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง และ ความเห็นของคณะกรรมการปฏิบัติราชการทางปกครองอันวินิจฉัยถึงสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ ในระบบกฎหมายไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับ แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

4. ทำให้ทราบถึง ปัญหาและวิเคราะห์ แนวทางการแก้ปัญหาของสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการในระบบกฎหมายไทย

## ระเบียบวิธีวิจัย

ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากแหล่งต่าง ๆ เช่น หนังสือ บทความวิจัย รายงานผลการวิจัย บทความวิชาการ ตั๋วบทกฎหมาย ข้อมูลจากทางเว็บไซต์ของหน่วยงานต่าง ๆ ทางอินเทอร์เน็ต รายงานผลการประชุม รายงานผลการปฏิบัติงานต่าง ๆ ของไทยและของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คำพิพากษา คำสั่งของศาลปกครอง ประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเพื่อมุ่งศึกษาลักษณะของการกระทำ

ทางปกครองในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นแนวทางต่อระบบกฎหมายไทย

## ผลการวิจัย

องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร มีหน้าที่สำคัญอันเป็นหน้าที่หลักประการหนึ่งของฝ่ายปกครองที่นอกจากการออก กฎ ระเบียบเพื่อควบคุมสังคมแล้วนั้นก็คือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยอาจจัดทำในรูปแบบแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมกับภารกิจของการบริการสาธารณะนั้น ๆ การจัดทำใน “ระบบราชการ” นั้น ถือว่าเป็นรูปแบบการบริการสาธารณะที่เก่าแก่ที่สุดและมีความสำคัญสำหรับการบริการสาธารณะประเภทที่เกี่ยวข้องกับเอกภาพและความมั่นคงของรัฐ รัฐจึงไม่อาจมอบให้เอกชนไปจัดทำแทนรัฐได้ ซึ่งการจัดการบริการสาธารณะย่อมต้องอาศัยอำนาจพิเศษที่กฎหมายเขียนไว้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการปฏิบัติงานภายใต้นิติบุคคลมหาชน

ผลการวิจัยพบว่า การกระทำของฝ่ายปกครองนั้น มีทั้งกระทำที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน การกระทำที่อยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำขึ้นโดยมีจุดประสงค์เพื่อส่วนรวมฝ่ายรัฐเองย่อมมีอำนาจเหนือกว่าโดยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม ทั้งใน สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงระบบกฎหมายไทยนั้น โดยมีสาระสำคัญในเนื้อหาสาระ ดังนี้

## 1. การกระทำของฝ่ายปกครองภายใต้กฎหมายมหาชนที่เป็น “การกระทำทางปกครอง”

1.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส การกระทำทางปกครอง (l' action administrative) ในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นมีหลายลักษณะ มีการดำเนินการโดยใช้วิธีการ หรือรูปแบบที่แตกต่างกัน (Lagazett, 2021, pp.2) ฝ่ายปกครองอาจจัดทำเองหรือมอบให้เอกชนจัดทำตามกฎหมายก็ได้เพื่อให้หน้าที่ตนได้บรรลุผล เช่น การจัดทำบริการสาธารณะ การทำนิติกรรมทางปกครอง เช่น การออกกฎ ระเบียบ คำสั่งต่าง ๆ ทั้งที่มีลักษณะบังคับเฉพาะราย หรือบังคับเป็นการทั่วไป หรือจัดทำขึ้นในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง (Le contrat administratif) หรือการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหน้าที่ของตนที่มีได้มุ่งผูกพันกับคู่ได้ก็ได้ เป็นต้น

“นิติกรรมทางปกครอง” ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า decisions administratives, act administrative คือ การกระทำอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนหรือบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้กระทำการ

ในมาตรา L100-3 ประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง ค.ศ. 2017 (Code des relations entre le public et l'administration 2017) เป็นกฎหมายที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่าง

เอกชนและฝ่ายปกครอง ได้กำหนดถึงองค์กรฝ่ายปกครองอันมีอำนาจในการใช้อำนาจปกครอง อันได้แก่<sup>18</sup> องค์กรฝ่ายปกครองระดับประเทศ (les administrations de l'Etat) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (les collectivités territoriales) นิติบุคคลจัดตั้งขึ้นเพื่อกิจการมหาชน (leurs établissements publics administratifs) หรือนิติบุคคลเอกชนอันได้รับอำนาจให้ใช้อำนาจปกครองเพื่อทำการบริการสาธารณะ (personnes de droit public et de droit privé chargés d'une mission de service public administrative) เช่น วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ที่จัดทำบริการสาธารณะและรวมถึงองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำสวัสดิการและประกันสังคมประชาชน (les organismes de sécurité sociale) โดยได้กำหนดถึงความหมายของคำว่า “ประชาชน” ที่จะมาเกี่ยวข้องหรือผูกพันกับองค์กรฝ่ายปกครอง ได้แก่ ประชาชนและนิติบุคคลที่จัดตั้งภายใต้กฎหมายเอกชน ทั้งนี้ไม่รวมถึงนิติบุคคลมหาชนที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ รูปแบบการกระทำทางปกครองอาจแบ่งได้หลายรูปแบบ โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ โดยแบ่งเป็นรูปแบบของการใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เช่นการออกกฎ ระเบียบ หรือออกคำสั่ง โดยองค์กรฝ่ายปกครอง ที่เรียกว่านิติกรรมทางปกครอง หรืออาจพิจารณาจากการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่สามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวแล้วบังคับสั่งการได้ ต้องอาศัยความสมัครใจของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>18</sup> มาตรา L100-3 ประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง ค.ศ. 2017

ที่เรียกว่าสัญญาทางปกครอง โดยมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ นักวิชาการกลุ่มหนึ่งได้ให้คำนิยามของการกระทำทางปกครองว่ามีเพียง กฎ และ คำสั่งทางปกครองเท่านั้น เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดแบ่งแยกประเภทของการกระทำทางปกครองอย่างชัดเจน และนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียววันนี้ ยังถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าชอบด้วยกฎหมายจนกว่าจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอนจนสิ้นผลไป (Jean-Charles JOBART, 2006, pp.664) ซึ่งหลักการนี้สภาแห่งรัฐได้วางแนววินิจฉัยไว้มานานแล้วว่าเป็นการกระทำทางปกครองของรัฐที่เหนือกว่าเอกชน<sup>19</sup> ส่วนอีกแนวทางหนึ่งคือ การกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น นอกจากจะมี กฎ คำสั่งทางปกครอง ยังรวมถึงสัญญาทางปกครอง (Le contrat administratif) อีกด้วย ถึงแม้ว่าสัญญาทางปกครองมิได้เกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเข้าบังคับให้เอกชนทำสัญญาทางปกครองก็ตาม แต่ด้วยลักษณะและเนื้อหาของสัญญาทางปกครองนั้น แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวแม้คู่สัญญาเอกชนจะมีได้ยินยอมก็ตาม

ในปัจจุบันนี้สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีกฎหมายกลางที่นำมาบังคับใช้ในการออกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว คือ Code des relations entre le public et l'administration 2017 หรือประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2559

เป็นการรวบรวมเอารัฐบัญญัติ และรัฐกำหนดหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับ นิติกรรมทางปกครองอันได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และ คำสั่งทางปกครองทั่วไป มาแก้ไขและปรับปรุงใหม่ให้เป็นกฎหมายกลางในการดำเนินการจัดให้มีนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาสาระสำคัญเกี่ยวกับ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น สิทธิของคู่กรณี รูปแบบของนิติกรรมทางปกครอง การเริ่มต้นและการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครอง ฯลฯ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้อาจเทียบเคียงได้กับ พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของไทย กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะของนิติกรรมทางปกครองไว้อย่างชัดเจน<sup>20</sup> โดยกำหนดถึงลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองอันได้แก่ การใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ในการออกกฎ ออกระเบียบ ข้อบังคับ ที่มีลักษณะบังคับหรือไม่บังคับก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ได้มีการกำหนดสาระเนื้อหาของสัญญาทางปกครองไว้ด้วย อาจกล่าวได้ว่า สัญญาทางปกครองเป็นหนึ่งในลักษณะของการกระทำทางปกครอง แต่มิใช่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวของระบบกฎหมายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่นักวิชาการบางท่านมีมุมมองว่าสัญญาทางปกครองนั้น แม้มิใช่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวแต่ก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง เพราะรัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจที่เหนือกว่าที่มีอาจพบได้ในสัญญาทางแพ่ง เช่น การแก้ไขสัญญา การบอกเลิกสัญญา

<sup>19</sup> สภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1913

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง ค.ศ. 2017

ฝ่ายเดียวได้ แม้ไม่มีความผิดเลยก็ตาม แต่ทั้งนี้ การเหนือกว่านั้นก็เพื่อให้การบริการสาธารณะ ได้บรรลุผลนั่นเอง

มาตรา L.200-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2559 ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนดนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (L'acte administratif unilatéral-AAU) ที่มีลักษณะเป็นการบังคับเด็ดขาดหรือ มีลักษณะในการกำหนดเป็นแนวปฏิบัติก็ได้ (Les actes administratifs unilatéraux décisifs et non décisifs ) อาจแบ่งได้ 3 ประเภท คือ

1. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายบุคคล หรือ อาจเรียกเทียบกับระบบกฎหมายไทยว่า คำสั่งทางปกครอง (les actes administratifs individuels) บางตำราใช้คำว่า นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่กฎ (Les actes administratifs unilatéraux non réglementaires) คือ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายออกคำสั่งทางปกครองภายใต้ขอบเขตอำนาจของตนแก่บุคคลผู้อยู่ภายใต้คำสั่งนั้นเป็นการเฉพาะรายและกำหนดตัวรายบุคคลได้เฉพาะราย (Marie-Christine Rouault, 2007, pp.143) เช่น การอนุญาตให้ขับชั๊รยนต์ การอนุญาตให้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ประกาศผลสอบแข่งขัน การบรรจุแต่งตั้งเข้ารับราชการ เป็นต้น ซึ่งเป็นคำสั่งที่มีลักษณะของการอนุญาต อนุมัติ หรือการปฏิเสธ คำขอต่าง ๆ หรือการก่อดิสริตต่าง ๆ

2. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปหรือกฎ (les actes réglementaires)

ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงเฉพาะราย (impersonnel et de portée générale) เช่น (Nadine Poulet-Gibot, 2007, pp.81) รัฐกฎฎีกา คำสั่ง ประกาศต่าง ๆ ที่ออกโดยประธานาธิบดี คณะรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรี หรือออกโดยรัฐบาลที่ออกในนามของฝ่ายบริหาร หรือออกกฎหรือข้อกำหนดทั่วไปโดยองค์กรฝ่ายปกครอง หรือ ออกในนามขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ออกใช้บังคับภายในท้องถิ่นองค์กรปกครองที่เป็นอิสระ (Les autorités administratives indépendantes (AAI)) รวมถึงการออกกฎโดยรูปแบบของคณะกรรมการต่าง ๆ ที่กฎหมายเขียนให้อำนาจไว้ก็ได้และลักษณะของการบังคับนั้นเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะรายบุคคล

3. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไปแต่เฉพาะกรณี (les décisions individuelles et de décisions ni réglementaires ni individuelles) หรือ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” การกระทำทางปกครองลักษณะนี้จะมีลักษณะผสมผสานกันระหว่าง กฎและคำสั่งทางปกครอง คล้ายคลึงกับกฎคือมีผลบังคับทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงรายบุคคล แต่มีผลเฉพาะกรณี (Les décisions d'espèce sont des actes administratifs unilatéraux qui, bien que ne visant pas une personne ou une catégorie de personnes en particulier, ne constituent pas pour autant des actes de nature réglementaire) (Thibaut Philippon, 2018, pp.1) นักวิชาการสาธารณรัฐฝรั่งเศส มักเรียกคำสั่งทางปกครอง

ทั่วไปว่าเป็นลูกครึ่งหรือลูกผสมของกฎและคำสั่งทางปกครอง แต่เดิมนั้นภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า *les décisions d'espèces* ในกฎหมายฉบับนี้ได้รับบัญญัติศัพท์อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกของคำสั่งทางปกครองทั่วไป คือ *les décisions ni réglementaires ni individuelles* เป็นศัพท์ทางกฎหมายใหม่ที่ชัดเจน ซึ่งหมายถึงคำสั่งที่ไม่ใช่กฎและไม่ใช่คำสั่งเฉพาะราย เป็นการให้ความหมายคล้ายกับการให้ความหมายในเชิงปฏิเสธ ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองทั่วไป เช่น การออกประกาศกำหนดเขตเวนคืนที่ดินที่จะนำมาใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ขณะที่ประกาศยังไม่ทราบชัดเจนว่าที่ดินของผู้ใดที่จะถูกเวนคืนบ้าง กำหนดกรณีเฉพาะผู้ถูกเวนคืนเป็นกลุ่มคนในเขตที่ดินนั้น (Cour de droit, 2009, pp.1) หรือประกาศจังหวัดที่สั่งให้มีการขุดลอกทางน้ำโดยให้ผู้อยู่อาศัยริมฝั่งน้ำเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย (suphawat Singuwong, 2009, pp.2) เพราะมีอรรถนะตัวตนว่าผู้ใดเป็นผู้อาศัยริมฝั่งแม่น้ำ เป็นต้น

นอกจากนี้ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวยังรวมถึงมาตรการหรือข้อกำหนด หลักเกณฑ์ที่เรียกชื่อแตกต่างกันออกไป แต่อาจไม่ได้มีสถานะบังคับแบบเด็ดขาดได้ ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย (*les actes administratifs unilatéraux non décisives*) ก็ได้ เช่น แนวทางการเตรียมการต่าง ๆ หนังสือเวียน (suphawat Singuwong, 2014, pp.21) แนวทางปฏิบัติต่าง ๆ หรือ มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่อาจเรียกชื่อแตกต่างกันได้ แต่มีลักษณะคล้ายกันคือไม่มีลักษณะบังคับ

ที่ส่งผลทางกฎหมาย แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาถึงเนื้อหาและลักษณะของข้อกำหนดนั้น ว่าก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายด้วยหรือไม่เป็นแต่ละกรณีไป

สาระสำคัญหรือลักษณะของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น มีหลักเกณฑ์ทั้งทางรูปแบบ (*le critere organique*) และหลักเกณฑ์ทางเนื้อหา (*le critere materiels*) โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1. มีลักษณะเป็นนิติกรรมและเป็นการใช้อำนาจโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองโดยแท้ เช่น ข้าราชการในระบบราชการ หรือ เอกชน หรือ องค์กรอื่นก็ได้ ที่ได้รับมอบอำนาจทางกฎหมายให้กระทำการนั้น

2. ลักษณะของการใช้อำนาจต้องเป็นอำนาจทางปกครองเท่านั้น

3. ลักษณะของคำสั่งหรือข้อกำหนดนี้มีลักษณะกระทบต่อสิทธิหรือสถานภาพของผู้รับคำสั่งหรือข้อกำหนดนี้ ซึ่งต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย เช่น การก่อก่อสิทธิ การปฏิเสธสิทธิจากการยื่นคำขอ เช่น การเลื่อนชั้นของข้าราชการ การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

4. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งและข้อกำหนดนี้ได้โดยปราศจากความยินยอมของผู้อยู่ภายใต้คำสั่งหรือข้อกำหนดนั้นได้โดยกฎหมาย

สำหรับระบบราชการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จะมีลักษณะเด่นตรงที่มีสถาบัน

การเตรียมพร้อมการเป็นข้าราชการ คือ Institut régional d'administration มี 5 แห่งตาม แคว้นต่าง ๆ ได้แก่ เมืองบาเตีย (Bastia) เมืองลิล (Lille) เมืองลียง (Lyon) เมืองน็องต์ (Nantes) และเมืองเม็ทซ์ (Metz) ซึ่งการเป็น ข้าราชการนั้นจะมีการสอบแข่งขันค่อนข้างมาก เนื่องจากว่าอาชีพข้าราชการฝรั่งเศสค่อนข้าง ได้รับความนิยมสูงเพราะเป็นอาชีพที่มีความ มั่นคงมากกว่าลูกจ้างเอกชน ความสัมพันธ์ ระหว่างข้าราชการกับหน่วยงานทางปกครอง เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายที่มีการบรรจุ คำสั่งแต่งตั้ง เหมือนกับของประเทศไทย คดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องของ ข้าราชการมีประมาณร้อยละ 10 ของคดีปกครอง ทั้งหมด ซึ่งรวมถึงคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการ รับสมัครสอบบุคคลเข้ารับราชการของฝรั่งเศส ด้วย (Les Concours de Recrutement) (Conseil-Etat, 2017, pp.10) สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนววินิจฉัยว่า ประกาศ รับสมัครบุคคลเพื่อสอบแข่งขันเข้ารับราชการ มีสถานะเป็น คำสั่งทางปกครองทั่วไป เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ผู้ที่อยู่ภายใต้ ประกาศสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอน ประกาศนั้นได้ทันทีโดยมิต้องรอให้มีการ ประกาศผลสอบผู้แข่งขันได้ก่อน และข้อพิพาท นั้นย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตัวอย่างเช่น จากคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 1954 ผู้สมัครสอบแข่งขันเข้าเรียนในสถาบัน การบริหารแห่งชาติ (École nationale d'administration (ENA)) นายบาเรลและพวก รวม 5 คน ได้ยื่นฟ้องศาลปกครองให้เพิกถอน

คำสั่งที่คณะกรรมการของสถาบัน ไม่รับสมัคร ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าคน ในการสอบแข่งขันเพื่อเข้าศึกษา โดยไม่มีการแจ้งเหตุผลอย่างชัดเจน จึงถือว่าเป็นการกระทำออกคำสั่งโดยมิชอบ ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดก็มีแนวคำวินิจฉัยของ ประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการในแนว เดียวกันในคดี นาย *Mulsant* ลงวันที่ 18 พฤษภาคม 1983 ร้องต่อสภาแห่งรัฐเพื่อเพิกถอน ประกาศผู้มีสิทธิเข้าสอบแข่งขันเพื่อศึกษา ในสถาบันตุลาการแห่งชาติ หรือ สถาบัน ผู้พิพากษาแห่งชาติ l'école nationale de la magistrature คำวินิจฉัยคดี CE 6 janv 1989 *Cadiou* และ CE, Sect., 10 juin 1983 นาย *Raoult* เช่นเดียวกันที่วินิจฉัยในแนว เดียวกันตลอดมา

**1.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี** คำว่า การกระทำทางปกครอง ในระบบกฎหมาย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น มีความหมาย ค่อนข้างกว้างมาก (Kamolchai Rattanas-kawwong, 1994, pp.141) เพราะอาจรวมถึง การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้อยู่ภายใน เขตแดนของกฎหมายมหาชนด้วย การกระทำ ของฝ่ายปกครองที่อยู่ภายในเขตแดนกฎหมาย มหาชนนั้น จะเรียกว่านิติกรรมทางปกครอง คำว่า นิติกรรมทางปกครอง ที่เรียกว่า *Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechts* หรือใช้คำว่า *Verwaltungsakt* มีลักษณะ ของการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอันกระทบถึงสิทธิหรือ สถานภาพของบุคคลที่อยู่ภายใต้การกระทำ นั้น ๆ ซึ่งขณะเดียวกันย่อมกำหนดถึงอำนาจ

ของเขตศาลปกครองที่ควบคุมความชอบของนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วย นิติกรรมทางปกครองได้ถูกบัญญัติให้ความหมายไว้ในมาตรา 35 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VerwaltungsverfahrensgesetzVwVfG) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการกระทำของฝ่ายปกครองในทางกฎหมายมหาชน (Worachet Pakeerat, 2006, pp.121) ซึ่งมีความหมายว่า คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการใด ๆ ที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์ เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชนซึ่งมีผลโดยตรงสู่ภายนอก “การกระทำทางปกครอง” เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองและมีผลเฉพาะรายมีลักษณะเฉพาะเจาะจงแก่บุคคลเฉพาะรายเท่านั้น และไม่รวมถึงกฎเกณฑ์ที่มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ที่มีผลเป็นการทั่วไปและเป็นนามธรรม คือไม่เฉพาะเจาะจงแก่บุคคลใด ๆ โดยเฉพาะ แม้จะออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองก็ตาม ดังนั้น ในความหมายของการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น จัดอยู่ในคำนิยามหรือการให้ความหมายอย่างแคบ<sup>21</sup> (Somyos Chaurthai, 1989, pp.70) ซึ่งหมายถึงเฉพาะคือ “คำสั่งทางปกครอง” นั่นเอง โดยมีองค์ประกอบทางด้านบุคคล ดังนี้

1. องค์ประกอบทางด้านเจ้าหน้าที่ (Verwaltungsbehorden) คือ เจ้าหน้าที่

ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น ต้องมีบทกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่ออกคำสั่งไว้ และอาจเป็นผู้รับมอบอำนาจปกครองก็ได้ และรวมถึง การมอบอำนาจโดยกฎหมาย เจ้าหน้าที่หรือองค์กรนั้น เช่น องค์กรปกครองตนเอง องค์กรวิชาชีพ องค์กรบริการมหาชน เป็นต้น (Worachet Pakeerat, 2006, pp.56)

2. องค์ประกอบด้านคู่กรณี (Beteilite) ในมาตรา 13 อาจแบ่งออกได้ 4 กลุ่ม ได้แก่

1. ผู้ยื่นคำขอ คือ ผู้ที่ยื่นร้องขอให้หน่วยงานทางปกครองดำเนินการทางปกครอง ผู้เป็นปฏิปักษ์ตามคำขอหรือเรียกว่าเป็นผู้คัดค้านคำขอ คือ บุคคลที่ยื่นคำขอให้หน่วยงานทางปกครองสั่งการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระแก่ตนหากหน่วยงานทางปกครองอนุมัติหรืออนุญาตแก่ผู้ยื่นคำขอนั้น
2. ผู้ที่จะตกอยู่ในบังคับหรืออยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง
3. ผู้ที่หน่วยงานตกลงจะทำสัญญาทางปกครอง และ
4. ผู้ที่เข้ามาเพราะสิทธิของตนถูกผลกระทบจากการออกคำสั่งนั้น

นอกจากองค์ประกอบด้านบุคคลแล้ว สารสำคัญของลักษณะของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน 6 ประการ มีดังนี้ (Somyos Chaurthai, 1989, pp.74)

1. คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือผู้ได้รับมอบอำนาจในลักษณะที่เหนือกว่าเอกชน โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากเอกชน มีลักษณะเป็น คำสั่ง

<sup>21</sup> ความหมายอย่างแคบ หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย และการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะกระทำการโดยใช้อำนาจฝ่ายเดียว โดยนัยนี้ จึงมีความหมายเฉพาะคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

คำวินิจฉัย หรือมาตรการ หรืออาจแสดง ในรูปแบบอื่นนอกจากหนังสือก็ได้ เช่น สัญลักษณ์ ตามที่กฎหมายกำหนดในการขบชียนพาหนะ ต่าง ๆ บนท้องถนนของเจ้าพนักงาน เป็นต้น

2. ต้องมีกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ ผู้มีอำนาจนั้นอาจไม่ได้มีสถานะเป็นหน่วยงาน ราชการก็ได้ แต่ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจ ทางปกครอง เช่น สมาคมการตรวจสอบ มาตรฐานการใช้งานของรถทุกชนิดออกใบตรวจ สภาพรตให้แก่เจ้าของรถ ซึ่งคล้ายคลึงกับ สถานตรวจสภาพรถยนต์เอกชนไทย

3. นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็น กฎเกณฑ์นี้ มุ่งโดยตรงต่อผู้รับคำสั่งนั้นเป็น รายเฉพาะ โดยกำหนดมุ่งผลเฉพาะรายที่มีผลใน ทางกฎหมายในรายบุคคลเจาะจงเป็นรูปธรรม

4. นิติกรรมทางปกครองนั้น ต้องมีลักษณะ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ใช้ หรือกระทำการ ในขอบเขตกฎหมายปกครอง

5. มีลักษณะของการกระทำนั้นมีผล ทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอกองค์กร ฝ่ายปกครองมิใช่เป็นแค่การตระเตรียมการ ภายในฝ่ายปกครอง ไม่ใช่กลไกการดำเนินงาน ภายในของเจ้าหน้าที่

6. นิติกรรมทางปกครองอาจมีลักษณะเป็น กรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีได้ แม้ว่าจะมีได้ กำหนดเจาะจงเฉพาะบุคคลเป็นรายบุคคลไป เช่นการออกใบอนุญาตให้แก่กลุ่มคนเฉพาะกรณี แม้มีได้เป็นรายบุคคลเดียว หรือ อาจมีลักษณะ เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป (Allegemeinver-

fugung) เป็นการออกกฎเกณฑ์หรือข้อกำหนด ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่กำหนดเฉพาะกรณี ได้มีลักษณะเป็นรูปธรรม แต่ไม่ได้กำหนดโดยตรง แก่ใครคนใดคนหนึ่งกำหนดได้เป็นกลุ่มคน เท่านั้น

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ถูกเรียกว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ได้กำหนดไว้ ในประโยคที่สองของมาตราเดียวกัน โดยกำหนด ถึงความแตกต่างกันระหว่างคำสั่งทางปกครอง และคำสั่งทางปกครองทั่วไป ซึ่งคำสั่งทาง ปกครองทั่วไปนั้น มีลักษณะ คือ เป็นคำสั่งที่มี ผลเฉพาะกรณีที่กำหนดกลุ่มบุคคลผู้อยู่ภายใต้ คำสั่งได้ อาจเป็นกลุ่มคนและเป็นคำสั่งที่อาศัย อำนาจภายใต้กฎหมายมหาชน และเป็นคำสั่ง ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพย์สินของประชาชน ทั่ว ๆ ไป<sup>22</sup> ตัวอย่างเช่น เจ้าพนักงานอาศัย อำนาจตามกฎหมายมิให้ประชาชนเดินขบวน หรือ คำสั่งห้ามมิให้ประชาชนเข้าไปในอาคาร ที่ชำรุดทรุดโทรม (Pensri Wongsaree, 2004, pp.29) หรือ สัญญาณไฟจราจร เป็นต้น คำสั่ง ทั่วไปทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน อาจแบ่งออกได้เป็นประเภท ดังนี้

1. คำสั่งทั่วไปทางปกครองอันเกี่ยวข้องกับ ตัวบุคคลผู้รับคำสั่ง (*Die adressatenbezogene Allgemeinverfügung*) หมายถึง คำสั่งที่ เกี่ยวข้องกับบุคคลในลักษณะที่กำหนดกลุ่มคน ผู้อยู่ภายใต้คำสั่งนั้นได้ แต่มิได้กำหนดระบุเป็น รายบุคคลเฉพาะเหมือนคำสั่งทางปกครองเช่น ผู้อาศัยในอาคารโดยเกี่ยวข้องกับกรณีเฉพาะ เรื่อง ตัวอย่างเช่น ให้นักเรียนโรงเรียนรัฐบาล

<sup>22</sup> มาตรา 35 ประโยคที่ 2 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1976

ในเขตที่ 5 มารับการฉีควัคซีนในวันที่ 5 มกราคม 2565 เป็นต้น

2. คำสั่งทั่วไปทางปกครองอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน (Die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache) หมายถึง คำสั่งที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใดเป็นสำคัญ และข้อกำหนดหรือคำสั่งนี้ส่งผลกระทบต่อบุคคลที่มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น เช่น มีข้อกำหนดที่จำกัดการใช้ประโยชน์ เช่น กำหนดเวลาเปิด-ปิดร้านขายยาที่อยู่ในสถานีรถไฟ (หลายร้านหรือร้านเดียวก็ได้) (Worapot Wisarutphit, 2014, pp.57) เป็นต้น

3. คำสั่งทั่วไปทางปกครองอันเกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพย์สิน มีลักษณะของการออกข้อกำหนดหรือคำสั่งในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของรัฐหรือของส่วนรวมต่าง ๆ (*Benutzung durch die Allgemeinheit*) เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้บริการห้องสมุด พิพิธภัณฑ์ที่ออกโดยผู้บริหารขององค์กรผู้มีอำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น

ในมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดการกระทำที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องใช้กฎหมายฉบับนี้ มีการกำหนดว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองในส่วนการทดสอบความเหมาะสม (Worachet Pakeerat, 2006, pp.121) เช่น การสัมภาษณ์ในหน่วยงานราชการ การตรวจข้อสอบ เป็นต้น ดังนั้นอาจอธิบายได้ว่า ประกาศรับสมัครของบุคคลเพื่อบรรจุเข้ารับราชการในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น มิได้มีสถานะทางกฎหมายใด ๆ เป็นเพียง

การเตรียมการก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น ในเมื่อไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองและมิได้เป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ดังนั้นประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการนั้นจึงเป็นเพียงกระบวนการก่อนออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และประกาศผลการคัดเลือกผู้ผ่านผลการคัดเลือกขั้นตอนสุดท้ายเพื่อบรรจุแต่งตั้งให้เข้ารับราชการ การบรรจุ (*Einstellung*) นั้นจึงมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการก่อหรือเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นข้าราชการซึ่งจะมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้ง

ในระบบกฎหมายเยอรมันมีกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารบุคคลข้าราชการไว้ในกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ ค.ศ. 1953 และกำหนดความเป็นคำสั่งทางปกครองของคำสั่งต่าง ๆ ไว้ด้วย

มีข้อกำหนดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการ หลังจากการบรรจุแต่งตั้งเข้ารับหน้าที่แล้ว หากคำสั่งหรือข้อกำหนดนั้นมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสถานภาพของข้าราชการผู้นั้น เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย ย่อมมีผลทางกฎหมายต่อข้าราชการผู้นั้น

**1.3 ระบบกฎหมายไทย** คำว่า “การกระทำทางปกครอง” ไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้ในกฎหมายฉบับใด “คำนี้มีใช้คำในกฎหมายแต่เป็นคำในวงการวิชาการ เป็นศัพท์กฎหมายฝ่ายตำรา” (Worapot Wisarutphit, 2014, pp.53) จึงมีแต่การให้คำนิยามในเชิงวิชาการหรือในทางตำรา เช่น

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครองไว้ว่า (Worapot Wisarutphit, 2019, pp.16) เป็นผลผลิตอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครอง

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายว่า (Worachet Pakeerat, 2006, pp.72) การกระทำฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองมีหลากหลาย เช่น การกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในองค์กรฝ่ายปกครองเอง หรือ มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายนอกองค์กร หรือ มุ่งต่อผลเป็นการทั่วไป หรือมุ่งต่อผลเฉพาะราย และฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน จึงสามารถดำเนินการโดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนเว้นแต่กรณีของสัญญาทางปกครอง

สมยศ เชื้อไทย (Somyos Chaurthai, 1989, pp.61-62) อธิบายว่า “การกระทำทางปกครอง” มี 2 ลักษณะ คือ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรมที่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และในลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของตน

จากการศึกษา อาจจำแนกการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายไทยอาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม

**กลุ่มที่ 1 การกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว** คือ การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจปกครองที่เหนือกว่าเอกชนได้ฝ่ายเดียวตามที่กฎหมายได้ให้เขียนให้อำนาจไว้ โดยแบ่งออกเป็น กฎ และ คำสั่งทางปกครอง และรวมถึงคำสั่งทางปกครองทั่วไป

1. คำสั่งทางปกครอง ในมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามศัพท์ไว้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง อธิบายได้ว่า คำสั่งทางปกครองนั้นต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ และต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองหรือการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้น โดยคำสั่งนั้นต้องมีผลกระทบต่อสิทธิ หรือสถานภาพของผู้รับคำสั่งที่ต้องระบुरายคนหรือเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าจะส่งผลกระทบต่อหรือไม่ดีหรือชั่วคราวหรือตลอดไปก็ตาม ตัวอย่างของการสั่งการ เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานอาคารให้รื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างผิดแบบ ตาม พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 หรือ คำสั่งของเจ้าหน้าที่อนุญาตให้ผู้มายื่นขอประกอบกิจการโรงงาน หรือ คำสั่งอนุมัติของผู้บังคับบัญชาให้ข้าราชการลาพักร้อน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของคำนิยามศัพท์ทางกฎหมายที่กำหนดในมาตรา 5 นั้น สามารถแยกองค์ประกอบหรือลักษณะของคำสั่งทางปกครอง ได้ดังนี้

1) องค์ประกอบในด้านเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการออกโดยเจ้าหน้าที่เจ้าหน้าที่นั้นต้องมีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>23</sup> เจ้าหน้าที่นั้นอาจเป็นองค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่มก็ได้ ซึ่งอาจใช่หรือไม่ใช่เจ้าหน้าที่ขององค์กรในรูปแบบราชการก็ได้<sup>24</sup> แสดงให้เห็นว่า แม้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งมิใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามโครงสร้างหรือเป็นองค์กรฝ่ายปกครองโดยแท้ของรัฐก็ตาม แต่หากผู้นั้นหรือองค์กรนั้นได้รับมอบอำนาจจากรัฐโดยกฎหมาย ก็ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ที่เกิดจากการรวมกลุ่มของผู้ประกอบวิชาชีพที่มีบทบาทในการควบคุมและวางมาตรฐานในแต่ละวิชาชีพที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การออกใบอนุญาตการพักใช้ใบอนุญาตของผู้ประกอบวิชาชีพของสภาทนายความ แพทยสภา ตามอำนาจกฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ เช่น พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 พระราชบัญญัติสภาทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นต้น ซึ่งสถานะขององค์กรวิชาชีพเหล่านี้ในระบอบกฎหมายไทยอยู่ในฐานะของนิติบุคคลเอกชน หรือ องค์กรเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองเหนือสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ

ส่วนคำว่า มีอำนาจ ก็ต้องพิจารณาหลายประการประกอบด้วย เช่น อำนาจทางด้านเวลา อำนาจทางเขตแดน และความไม่มีส่วนได้เสีย

ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นด้วย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่ต้องมีอำนาจในขณะที่ออกคำสั่งภายในเขตแดนทางด้านพื้นที่ และต้องไม่มีส่วนได้เสียในการออกคำสั่ง มิฉะนั้นก็ถือว่าเป็นการออกคำสั่งโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจได้เช่นกัน<sup>25</sup>

2) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้นซึ่งมีลักษณะเป็นการอาศัยอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ไม่ใช่อำนาจทางตุลาการ หรืออำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ หรือ อำนาจตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อำนาจตามกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง เช่น เจ้าพนักงานตำรวจออกหมายค้นแก่ผู้ต้องหาในคดี การออกหมายค้นของเจ้าพนักงานตำรวจมิใช่อำนาจทางปกครอง แต่เป็นอำนาจตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือ การที่หน่วยงานของรัฐไม่อนุญาตให้เอกชนผู้รับจ้างขยายระยะเวลาในการก่อสร้างตามสัญญาจ้างขุดลอกคลองแก้ไขปัญหาภัยแล้งเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามสัญญาที่เป็นการใช้สิทธิตามสัญญา มิใช่อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่มีผลกระทบต่อสภาพหรือสิทธิของผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีลักษณะเป็นคำสั่งคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามคำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่อ.13/2551 เป็นต้น

3) คำสั่งนั้นต้องมีผลทางกฎหมายโดยส่งผลกระทบต่อสภาพหรือ สิทธิของผู้รับ

<sup>23</sup> มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>24</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>25</sup> มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คำสั่งนั้น ไม่ว่าจะกระทบในผลดี หรือกระทบ ก่อให้เกิดผลเสีย ผลกระทบอาจชั่วคราวหรือถาวรก็ได้ เช่น ได้รับอนุญาตให้พกพาอาวุธปืน ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาวุธปืน พ.ศ. เป็นต้น หรือการเพิกถอนการประกอบกิจการ โรงงานตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 271/2553) หากคำสั่งใดเป็นคำสั่งที่ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและ สถานภาพย่อมมิใช่เป็นคำสั่งทางปกครอง

4) คำสั่งนั้นต้องมีผลต่อผู้รับคำสั่งเฉพาะ รายเท่านั้น หมายถึงคำสั่งทางปกครองต้อง ระบุตัวตนผู้อยู่ภายใต้คำสั่งได้แน่นอนและ เฉพาะราย

5) คำสั่งทางปกครองต้องมีผลออก ภายนอกฝ่ายปกครอง ส่งผลต่อผู้อยู่นอก ฝ่ายปกครองเสมอ แต่หากเป็นคำสั่งที่กระทบ ถึงสิทธิหรือสถานภาพของข้าราชการย่อมเป็น คำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีโดยตรง เป็นคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 633/2546)

และนอกจากนี้คำสั่งทางปกครองอาจมีการ กำหนดได้เพิ่มเติมโดยมีการเปิดช่องไว้ในอนุ 2 ในมาตราเดียวกัน หากกรณีเห็นว่า ควรมีคำสั่ง ทางปกครองแบบอื่น ๆ ก็ให้ออกเป็นกฎ กระทรวง<sup>26</sup> สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ออก เป็นกฎกระทรวง ในปัจจุบันนี้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 พ.ศ. 2543 ที่ออกตามความ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มี 5 กรณีดังนี้

**กรณีที่ 1** การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่าซื้อ เช่า หรือให้สิทธิ ประโยชน์

**กรณีที่ 2** การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ หรือให้สิทธิประโยชน์

**กรณีที่ 3** การสั่งยกเลิกกระบวนการ พิจารณาคำเสนอ หรือ การดำเนินการอื่นใด ในลักษณะเดียวกัน

**กรณีที่ 4** การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

**กรณีที่ 5** การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

ตัวอย่างคำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นกฎ กระทรวง เช่น คำสั่งอนุมัติการจ้างปรับปรุง ภูมิสถาปัตยกรรมโรงพยาบาลสมเด็จพระยุพราช ตะพานหิน และ คำสั่งยกเลิกการอนุมัติจ้าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 31/2551 หรือ คำสั่งยกเลิกการประมูลจ้างเหมาก่อสร้าง ถนนลูกรัง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2551 เป็นต้น

2. กฎ คำนิยามศัพท์ของ “กฎ” นั้น ถูก กำหนดไว้ใน มาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีใจความ คือ กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติ ท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่น ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ดังนั้น จากคำนิยามศัพท์ของกฎในกฎหมาย ฉบับนี้ ได้กำหนดถึง กฎ ในรูปแบบต่าง ๆ กัน ที่สามารถออกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร หรือ องค์กร ฝ่ายปกครอง ในฐานะที่เป็นกฎหมายลำดับรอง

<sup>26</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 พ.ศ. 2543 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในรูปแบบต่าง ๆ ที่มีลำดับศักดิ์ขึ้นอยู่กับองค์กรผู้ออกกฎ และกฎ นั้น อาจเป็นบทบัญญัติอื่น ๆ ก็ได้ ที่ไม่ได้มีชื่อขึ้นต้นด้วยชื่อกฎเหล่านี้ แต่ต้องเป็น บทบัญญัติที่มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไป และไม่ได้มุ่งหมายให้แก่ใครเป็นการเฉพาะ

ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ คร. 17/2562 การที่กรมการขนส่งทางบก (ผู้ถูกฟ้องคดี) ออกระเบียบกรมการขนส่งทางบกว่าด้วยวิธีปฏิบัติในการเปิดเผย ตรวจสอบ และขอสำเนาข้อมูลข่าวสารของกรมการขนส่งทางบก พ.ศ. 2554 โดยกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีหรือประชาชนผู้ยื่นคำขอ ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของผู้ถูกฟ้องคดีต้องอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าว ต่ออธิบดีกรมการขนส่งทางบก ระเบียบข้างต้นเป็นการใช้อำนาจของอธิบดีกรมการขนส่งทางบก ในการออกระเบียบให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีสภาพเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ คร. 279/2561 ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดภูเก็ต ออกประกาศเจ้าพนักงานจราจรจังหวัดภูเก็ต ที่ 05/2560 เรื่องกำหนดจุดจอดรถสาธารณะตามพื้นที่ เรื่องการจอดรถยนต์โดยสารสาธารณะรับผู้โดยสารในเขตท้องที่จังหวัดภูเก็ต เนื่องจากเห็นว่าการกำหนดจุดจอดรถสาธารณะตามประกาศดังกล่าวมีจำนวนไม่เพียงพอ ต่อการจอดรถเพื่อ

บริการสาธารณะ การที่ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดภูเก็ต ในฐานะเจ้าพนักงานจราจรตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 529/2555 เรื่องแต่งตั้งเจ้าพนักงานจราจรตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ออกประกาศ ฉบับนี้ ตามความในมาตรา 139(9) พ.ร.บ. จราจรทางบก พ.ศ. 2522 ดังนั้น ประกาศฉบับนี้จึงมีลักษณะเป็นข้อบังคับที่มีผลบังคับ เป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะ เป็นกฎ

3. คำสั่งทางปกครองทั่วไป ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีกฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองทั่วไป ไว้ในบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ตั้งแต่คำนิยามจนถึงองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองทั่วไป ดังเช่น กฎ และ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งในปัจจุบันนี้ คำสั่งทางปกครองทั่วไป ได้มีความสำคัญในวงการวิชาการและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง เนื่องจากว่าศาลปกครองได้มีกล่าวถึงและมีคำวินิจฉัยถึง คำสั่งทางปกครองทั่วไปในหลายคดี แต่ไม่พบบทบัญญัติใด ๆ ของคำสั่งทางปกครองทั่วไป ในตัวบทกฎหมายของไทย ดังนั้นเราจึงศึกษาถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองทั่วไป ในเชิงวิชาการจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและจากการค้นคว้าของนักวิชาการ โดยเทียบเคียงจากกฎหมายของต่างประเทศ คือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี จากการศึกษาพบว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไปในระบบกฎหมายไทย มีลักษณะดังนี้

1. ข้อความหรือข้อกำหนดที่บังคับให้บุคคลโดยทั่วไปกระทำการหรือห้ามกระทำการ

หรืออนุญาตให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการหรือยืนยันสิทธิของบุคคล (Narongrit Phetcharit, 2012, pp.267)

2. ข้อความหรือข้อกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่อาจจะบุกรุกกลุ่มคนหรือนิยามจำพวกคนได้ หรือเฉพาะกลุ่มได้

3. ข้อความหรือข้อกำหนดนั้นใช้บังคับเฉพาะกรณี หรือเฉพาะเรื่องเท่านั้น

ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.482/2561 ประกาศของการรถไฟแห่งประเทศไทยที่กำหนดให้ผู้เช่าพื้นที่เพื่อค้าขายในตลาดนัดสวนจตุจักรไปลงนามและชำระค่าเช่าภายในกำหนด ซึ่งประกาศนี้ใช้บังคับเฉพาะแก่ผู้ค้าแผงในตลาดนัด โดยไม่ได้กำหนดตัวบุคคลบุคคลใดบุคคลหนึ่งผู้อยู่ในบังคับของประกาศไว้โดยเฉพาะ ประกาศนี้จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.173/2562 คำสั่งสภาทนายความให้ปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการสภาทนายความที่กำหนดให้สมาชิกสภาทนายความปฏิบัติตามมาตรา 12 แห่ง พ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นข้อบังคับที่เกี่ยวข้องมิได้มีผลใช้บังคับโดยตรงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะราย มีผลต่อกลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ และให้ปฏิบัติเฉพาะในมติครั้งนี้เท่านั้น จึงเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.1024/2561 ประกาศอำเภอธวัชบุรี เรื่อง เรียกประชุมสภาเทศบาลตำบลมะอึ สมัยวิสามัญ สมัยที่ 1 ประจำปี 2554 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยใช้บังคับกับการกำหนดสมัยประชุม สมัยที่ 1 ประจำปี 2554 เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ประกาศนี้จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป

กลุ่มที่ 2 การกระทำทางปกครองหลายฝ่าย อันได้แก่ สัญญาทางปกครอง โดยสัญญาทางปกครองนั้น เป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองมีอาจใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายเดียวสิ่งการเหมือน กฎ คำสั่งทางปกครอง และคำสั่งทางปกครองทั่วไป แต่ต้องอาศัยความสมัครจากจากคู่สัญญาเข้าทำสัญญา (Manit Jumba, 2011, pp.53) โดยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น ถูกกำหนดลักษณะและประเภทไว้ในมาตรา 3<sup>27</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ต้องพิจารณาคือ คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นอกจากนี้

<sup>27</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ยังมีสัญญาปกครองที่กำหนดโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ที่ 6/2544 โดยเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง และสัญญานั้นมีข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะได้บรรลุผล ตัวอย่างเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 619/2551 เมืองพัทยามีหน้าที่ตาม พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 เข้าทำสัญญากับคู่สัญญาเอกชนตามอำนาจหน้าที่ มาตรา 62(2) ทำสัญญาจ้างเอกชนดูแลรักษาต้นไม้ตามถนนหลวงในเขตเมืองพัทยา โดยเอกชนได้รับ **ค่าจ้าง**จาก เมืองพัทยา สัญญานี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 59/2562 อบจ. กระบี่ ทำสัญญาจ้างเอกชนให้มาพัฒนาแหล่งน้ำแช่น้ำพุร้อนเค็มเพื่อสุขภาพ อำเภอคลองท่อม จังหวัดกระบี่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาแหล่งน้ำพุเค็มเพื่อสุขภาพให้เป็นสถานที่ท่องเที่ยวของประชาชน โดยจ่ายค่าจ้างโครงการพัฒนาให้แก่เอกชนจึงเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นต้น

## สรุปและอภิปรายผลการวิจัย

1. นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนที่เป็นกรกระทำทางปกครองนั้น เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้ฝ่ายเดียว โดยปราศจาก

ความยินยอมของเอกชนโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ สถานะทางกฎหมายของกรกระทำทางปกครองในรูปแบบของ กฎ และคำสั่งทางปกครอง สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการกำหนดถึงลักษณะและการให้คำนิยามทางกฎหมายอย่างชัดเจนด้วยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ซึ่งรวมถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในระบบกฎหมายไทยด้วย สำหรับ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” หรือ “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” นั้น ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษร โดยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดถึงลักษณะทางกฎหมายไว้ ในมาตรา 35 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 (Kamolchai rattanaskawwong, 1994, pp.152) และยังกำหนดถึงกระบวนการและหลักเกณฑ์ของการใช้สิทธิทางศาลของผู้ที่ถูกกระทบสิทธิของคำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่เดิมนั้นไม่เคยมีการกำหนดคำนิยามศัพท์ถึง คำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้ โดยพิจารณาตามแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการศาลปกครองเท่านั้น ด้วยเหตุผลหลักดั้งเดิมคือ ต้องการให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทั่วไป โดยไม่ยึดติดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะอาจทำให้กฎหมายไม่มีความยืดหยุ่นเท่ากับคำวินิจฉัยของศาลปกครอง จนมีประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2559 เป็นครั้งแรกที่กำหนดถึงคำนิยามศัพท์ของคำสั่งทางปกครอง

ทั่วไป ไว้ในมาตรา L.200-1 สำหรับระบบกฎหมายของไทยไม่มีการกำหนดคำนิยามศัพท์ใด ๆ ของคำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้ จึงเป็นที่รู้จักกันในเชิงวิชาการเพื่อการศึกษาเท่านั้น จนปี พ.ศ. 2549 พบคำว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง โดยมีลักษณะสาระสำคัญเหมือนคำสั่งทางปกครองทั่วไปของระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส และ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งมีลักษณะทั่วไปและเป็นรูปธรรมอธิบายได้ คือ เป็นข้อความหรือข้อกำหนดที่บังคับให้บุคคลโดยทั่วไปกระทำการหรือห้ามกระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการหรือยืนยันสิทธิของบุคคล โดยมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ แต่อาจระบุกลุ่มคน หรือนิยามจำพวกคนได้ หรือเฉพาะกลุ่มได้และข้อความ หรือข้อกำหนดนั้นใช้บังคับเฉพาะกรณี หรือเฉพาะเรื่องเท่านั้น ดังนั้น เมื่อไม่มีการกำหนดโดยกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองไทยจึงศึกษาลักษณะของคำสั่งทางปกครองทั่วไปจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

สำหรับสถานะประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือได้ว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปและอยู่ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง มีกฎหมายกำหนดชัดเจน แต่ในสหพันธ์รัฐเยอรมนี ผู้วิจัยไม่พบคดีพิพาทของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการที่อยู่ในขั้นตอนก่อนประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกขึ้นสู่ศาลปกครอง ผู้วิจัยเห็นว่าประกาศรับสมัครบุคคล

เข้ารับราชการนี้ มีผลเพียงเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองเท่านั้นและประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการนั้น เป็นขั้นตอนหนึ่งที่น่าไปสู่การออกคำสั่งทางปกครองในอนาคต (Worachet Pakeerat, 2006, pp.8) อีกทั้งยังพบบทบัญญัติยังไม่นำกระบวนการออกคำสั่งมาใช้ในการตรวจสอบและการสัมภาษณ์เข้าทำงานในหน่วยงานราชการด้วย ดังนั้น สถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีความแตกต่างกัน

สำหรับสถานะทางกฎหมายของ “ประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ” ในระบบกฎหมายไทยนั้น มีความเห็นหรือแนววินิจฉัยจาก 2 องค์กร คือ ศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งมีความเห็นที่แตกต่างกันดังนี้

1. ศาลปกครอง มีแนวทางวินิจฉัยว่าประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ส่วนขั้นตอนการดำเนินการก่อนที่จะประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกบรรจุเป็นข้าราชการนั้น เช่น ประกาศผู้สอบข้อเขียน ขั้นตอนแรกผ่านแต่ยังต้องทดสอบในขั้นตอนต่อไป แม้ยังมีได้ประกาศรายชื่อผู้สอบแข่งขันได้ในขั้นตอนสุดท้าย พิจารณาว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” อาจแยกศึกษาได้ 2 กรณีดังนี้

ก. กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าประกาศรับสมัครหรือคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการ มีฐานะ เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.403/2551 องค์การบริหารส่วน

จังหวัดกำแพงเพชร ออกประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อสอบแข่งขันบรรจุและแต่งตั้งเป็นข้าราชการ อ.บ.จ.ระดับต่าง ๆ ลงวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2548 ศาลปกครองพิจารณาว่าประกาศรับสมัครสอบแข่งขันดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 127/2558 ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนประกาศของคณะกรรมการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับราชการคัดเลือกเป็นนายอำเภอ ประจำปีงบประมาณ 2557 ที่ประกาศยกเลิกวิธีการคัดเลือกจากการสอบข้อเขียนและสอบสัมภาษณ์โดยเหลือแต่วิธีการสอบข้อเขียนอัตราศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า ประกาศหลักเกณฑ์การสอบคัดเลือกนี้มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีได้กำหนดตัวผู้รับคำสั่งนั้นไว้เป็นการเฉพาะใช้บังคับเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกครั้งนี้เพียงครั้งเดียวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 177-178/2551 สำนักงานเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การรับสมัครสอบแข่งขันเพื่อแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานศาลยุติธรรม 6 โดยต้องมีการส่งผลงานประกอบ 3 เรื่อง เนื่องจากเป็นการสอบแข่งขันแต่กลับต้องมีการประเมินผลงานถึง 3 เรื่อง ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงตัวบุคคลใดแต่ก็มุ่งหมายใช้เฉพาะกรณี ใช้ในการสอบครั้งนี้ครั้งเดียวเท่านั้น มิได้ใช้กับการสอบครั้งต่อไป

ประกาศนี้จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป

ข. กรณีประกาศรายชื่อผู้สอบข้อเขียนขั้นตอนแรกผ่านและให้เข้าทดสอบในขั้นตอนต่อมา เช่น การตรวจสอบคุณสมบัติ การสอบสัมภาษณ์ ศาลปกครองได้มีแนววินิจฉัยว่า การประกาศรายชื่อผู้สอบข้อเขียน หรือผู้ผ่านขั้นตอนต่าง ๆ แม้ยังไม่มีมีการประกาศรายชื่อผู้สอบผ่านที่มีสิทธิได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นได้ทั้งคำสั่งทางปกครองทั่วไป และคำสั่งทางปกครอง ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะเนื้อหาของประกาศแล้วแต่กรณี ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 79/2551 ผู้ฟ้องคดีฟ้องเพื่อขอเพิกถอนประกาศ มติคณะกรรมการกลางการสอบพนักงานส่วนท้องถิ่น ที่เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การบรรจุผู้สอบผ่านการคัดเลือกพนักงานเทศบาลตำบล ประจำปี พ.ศ. 2549 โดยกำหนดให้ใช้บัญชีรายชื่อข้ามจังหวัดได้ ต่อมาออกมติใหม่ยกเลิกหลักเกณฑ์เดิมและให้มีผลย้อนหลัง โดยห้ามใช้รายชื่อข้ามจังหวัดให้ใช้บัญชีรายชื่อได้เฉพาะ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเขตจังหวัดเดียวกันเท่านั้น ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า ประกาศนี้ถึงแม้จะมีได้เจาะจงตัวบุคคลซึ่งจะอยู่ในบังคับของประกาศแต่เจาะจงกรณีที่ประกาศใช้บังคับคือการสอบในครั้งนี้จึงเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป (กรณีเป็นประกาศหลักเกณฑ์ของการใช้สอบแข่งขัน)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 29/2563 ผู้ฟ้องคดีสอบผ่านข้อเขียน

ในการรับสมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นนักเรียนนายสิบ แต่ไม่ผ่านการคัดเลือกในขั้นตอนที่ 2 เนื่องจากไม่มีคุณสมบัติ เพราะเคยเป็นผู้ต้องหามีกัญชาไว้ในครอบครอง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าให้เพิกถอนประกาศรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกฯ แต่คดีนี้มีได้บอกสถานะของประกาศว่ามีสถานะเช่นไร ศาลปกครองสูงสุดใช้คำว่า “ออกคำสั่ง” ผู้วิจัยมีความเห็นว่าประกาศรายชื่อผู้ที่สอบผ่านการคัดเลือกฯ อยู่ในสถานะของคำสั่งทางปกครอง ประกาศผลสอบจะมีลักษณะของการรวมคำสั่งทางปกครองที่ก่อสิทธิให้แก่ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกทุก ๆ คน ไว้ในประกาศเดียวกัน ซึ่งศาลปกครองได้มีแนววินิจฉัยในแนวทางเดียวกันนี้อีกหลายคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 967/2560, อบ. 231/2562 ฯลฯ (กรณีประกาศรายชื่อผู้ผ่านการคัดเลือกในแต่ละรอบของการสอบแข่งขัน)

2. คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้มีความเห็นว่าประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการหรือประกาศสอบแข่งขันบุคคลเข้าทำงานในองค์กรของรัฐเป็นเพียงกระบวนการพิจารณาทางปกครองเท่านั้น ยังไม่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตัวอย่างเช่น

เรื่องเสร็จที่ 1030/2554 บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องการคัดเลือกข้าราชการตำรวจชั้นประทวนเข้ารับการฝึกอบรมเพื่อแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร พ.ศ. 2554 กองบัญชาการศึกษานักงานตำรวจแห่งชาติ ได้ประกาศรับสมัครและคัดเลือกข้าราชการตำรวจชั้น

ประทวนรับการฝึกอบรมเพื่อแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร พ.ศ. 2554 ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2554 ประกาศกำหนดว่าจะสอบคัดเลือกด้วยวิธีสอบข้อเขียนและทดสอบความเหมาะสมกับตำแหน่ง โดยจะประกาศชื่อผู้ผ่านการทดสอบทุกขั้นตอน จึงเห็นได้ว่ากระบวนการสุดท้ายของการรับสมัครคัดเลือกคือการประกาศรายชื่อข้าราชการตำรวจชั้นประทวนผู้ได้รับการคัดเลือกเข้าอบรม จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นการประกาศรายชื่อผู้สอบผ่านข้อเขียนและให้เป็นผู้มีสิทธิเข้าทดสอบความเหมาะสมจึงเป็นเพียงกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามคำนิยามของ “กระบวนการพิจารณาทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นเพียงกระบวนการนำไปสู่ขั้นตอนสุดท้ายคือประกาศรายชื่อ ผู้ได้รับคัดเลือกเข้าอบรมเพื่อแต่งตั้งเป็นนายตำรวจสัญญาบัตร จึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง

เรื่องเสร็จที่ 1569/2560 บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องประกาศรับสมัครคัดเลือกหรือสอบแข่งขันบุคคลภายนอกเพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจ มีข้อหารื้อจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ คณะกรรมการวินิจฉัยว่าประกาศรับสมัครคัดเลือกหรือสอบแข่งขันบุคคลภายนอกเพื่อบรรจุเข้ารับราชการตำรวจนั้นเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการสอบแข่งขัน จึงยังไม่มีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิหรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของผู้เข้ารับ

การสอบแข่งขัน ต้องมีการประกาศรายชื่อผู้ผ่านการคัดเลือกทุกขั้นตอนรายชื่อผู้สอบผ่านการคัดเลือกนั้นจึงจะเป็นคำสั่งทางปกครอง

ดังนั้น ความแตกต่างของแนววินิจฉัยของทั้งสององค์กรที่มีความเห็นต่อประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการในสถานะที่ต่างกัน ย่อมส่งผลต่อสถานะของประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการดังนี้

1. ถ้าประกาศนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ตามนัยที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดถึง “สิทธิของคู่กรณี” ไว้ ซึ่งหมายความว่าคู่กรณีจะต้องได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ เช่น สิทธิในการได้รับทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงหลักฐาน<sup>28</sup> หรือการแจ้งสิทธิในกรณีและผู้สมัครไม่เห็นด้วยกับประกาศนั้น ซึ่งเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ต้องแจ้งให้แก่คู่กรณีทราบว่าเขาจะมีสิทธิในการฟ้องศาลปกครองได้ โดยต้องระบุวิธีการยื่นฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้อง ต้องมีการแจ้งสิทธิแก่ผู้สมัครเข้ารับราชการด้วย แต่หากเป็นเพียงกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ผู้สมัครก็ไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ หากจะใช้สิทธิต้องรอให้มีประกาศผลสอบขั้นสุดท้ายคือประกาศรายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกเสียก่อนจึงจะใช้สิทธิทางศาลได้เนื่องจากการปฏิเสธไม่รับสมัครถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง<sup>29</sup> จึงจะเข้าสู่กระบวนการฟ้องศาลปกครองต่อไป

2. การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและฎีกาถือเป็นกระบวนการคุ้มครองผู้อยู่ภายใต้ กฎและคำสั่งทางปกครอง และยังเป็นการควบคุมการตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองอีกด้วยว่าคำสั่ง หรือ กฎที่ออกไปนั้นมีความเหมาะสมหรือชอบด้วยกฎหมายไม่ หากประกาศรับสมัครนี้เป็น “กระบวนการพิจารณาทางปกครอง” ย่อมแน่นอนว่าไม่สามารถที่จะอุทธรณ์ในชั้นเจ้าหน้าที่ได้ และเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่ต้องกำหนดถึงสิทธิในการได้รับการแจ้งสิทธิตามที่ มาตรา 40 พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดไว้ แต่หากว่าถ้ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป กรณีเช่นนี้ก็ยังไม่มียกเว้นข้อใดที่กำหนดถึงคำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้ ไม่มีแนวปฏิบัติทางราชการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ว่าต้องแจ้งสิทธิหรือไม่เพียงไร พบในคำพิพากษาศาลปกครองได้วางแนววินิจฉัยไว้ทุกคดีพิพาทว่า คำสั่งทางปกครองทั่วไปนั้น ไม่ต้องมีการอุทธรณ์เหมือนเช่นคำสั่งทางปกครอง ผู้นั้นสามารถใช้สิทธิทางศาลได้เลย กรณีเช่นนี้พบปัญหาว่า ผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองย่อมมีทราบแนวปฏิบัติอยู่แล้ว เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ทราบสถานะที่แน่นอนของประกาศรับสมัครนั้น ปัญหาการปฏิบัติราชการในแต่ละหน่วยงานแต่ละแห่งย่อมปฏิบัติแตกต่างกันออกไป ย่อมส่งผลแก่ผู้อยู่ภายใต้ประกาศนั้น

<sup>28</sup> มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>29</sup> จากรายงานสรุปผลการสัมมนาเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายปกครองหัวข้อ “แนวทางพัฒนากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” เมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2562 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

3. การแจ้งวิธีการใช้สิทธิทางศาลปกครอง ในมาตรา 50 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ กำหนดถึงกรณีที่ว่า คำสั่งใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ ให้ผู้ออกคำสั่งระบุวิธีการยื่นคำฟ้อง และระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งไว้ ด้วย ดังนั้นเจ้าหน้าที่ต้องระบุวิธีการยื่นคำฟ้อง ต่อศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น หากสถานะของประกาศรับสมัครเป็นคำสั่ง ทางปกครองทั่วไป เจ้าหน้าที่ต้องระบุวิธีการ ยื่นฟ้องและระยะเวลาของการยื่นคำฟ้องไว้ ด้วย แต่ถ้าหากสถานะของประกาศรับสมัครเป็น กระบวนการพิจารณาที่ไม่ต้องระบุวิธีการยื่นฟ้อง และระยะเวลาการยื่นฟ้อง จะยื่นฟ้องต่อ ศาลปกครองได้ก็ต่อเมื่อประกาศผลการสอบ แข่งขันเสร็จสิ้นแล้ว

4. การขาดสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน และขาดถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองทั่วไป ส่งผลถึงปัญหาทางวิชาการที่ทำให้มีอาจทราบ ได้ว่าแท้จริงแล้วคำสั่งทางปกครองทั่วไป มีลักษณะโดยกฎหมายเช่นไร และย่อมมีปัญหา ที่เกิดจากการตีความของคำสั่งทางปกครอง ทั่วไป และนอกจากนั้นยังส่งผลถึงความไม่มั่นคง ในสิทธิของบุคคลผู้กระทบสิทธิจากประกาศ รับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ เพราะมีอาจทราบ ได้ว่า ประกาศฯ นั้นเป็นการกระทำทางปกครอง หรือไม่ ย่อมเกิดปัญหาของการทราบและเข้าถึง แนวทางและกระบวนการปฏิบัติของผู้เกี่ยวข้อง กับประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ ว่าจะมีแนวทางปฏิบัติต่อการกระทบสิทธิของตน เช่นไร

เมื่อพิจารณาถึงการให้ลักษณะของ ประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการนั้น ศาล ปกครองมีแนวทางการให้ลักษณะเหมือนระบบ กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ มีฐานะเป็น คำสั่งทางปกครองทั่วไป และวิธีการดำเนินการ ในทางศาลใช้กระบวนการเดียวกันกับกฎ โดยที่ ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่ความเห็นของคณะ กรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความ เห็นไปในแนวของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ว่าประกาศนั้นมีฐานะเพียงกระบวนการ พิจารณาทางปกครองเป็นขั้นตอนสู่การทำคำสั่ง ทางปกครองเท่านั้น

## ข้อเสนอแนะที่ได้จากการวิจัย

1. ควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนโดยกฎหมาย เพื่อกำหนดถึงสถานะของ “คำสั่งทางปกครอง ทั่วไป” เพื่อให้มีความเข้าใจถึงลักษณะสำคัญ และองค์ประกอบ หรือ คำนียามศัพท์ โดยอาจ เพิ่มไปในบทบัญญัติ แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะจาก ความเห็นที่แตกต่างของสององค์กรที่สำคัญ นั้น ส่งผลให้สถานะของประกาศรับสมัคร บุคคลเข้ารับราชการมีความแตกต่างกันมาก ทั้งสถานะทางกฎหมายและกระบวนการ ดำเนินการ ขั้นตอนในชั้นเจ้าหน้าที่ไม่มี การกำหนดแนวปฏิบัติ จนถึงขั้นตุลาการ หากการเพิ่มเติมบทบัญญัตินั้นบางกรณีมีอาจ ใช้บังคับได้เช่นเดียวกับ “คำสั่งทางปกครอง” ก็อาจมีบทบัญญัติหลักที่ใช้บังคับกับ “คำสั่ง ทางปกครองทั่วไป” และอาจกำหนดบทบัญญัติ

ยกเว้นมิให้ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองทั่วไป หรืออาจบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรอง หรืออนุบัญญัติก็ได้

2. หน่วยงานทางปกครอง ควรมีแนวปฏิบัติ ราชการไปในทางเดียวกัน ในการประกาศ หลักเกณฑ์ เช่น เรื่องการแจ้งสิทธิแก่คู่กรณี หรือสิทธิที่ผู้รับสมัครได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายการบริหารกิจการ บ้านเมืองที่ดี<sup>30</sup> เพราะกระบวนการออกคำสั่ง ทางปกครอง หรือ คำสั่งทั่วไปทางปกครอง

ซึ่งอาจเป็นเรื่องยากสำหรับประชาชนคู่กรณี ผู้ที่อยู่ใต้บังคับของกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง

3. ควรมีบทบัญญัติกำหนดกระบวนการ ของการอุทธรณ์ของคำสั่งทั่วไปทางปกครอง มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง<sup>31</sup> เหมือน คำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่สามารถอุทธรณ์ได้ ในชั้นเจ้าหน้าที่ เพราะถ้าหากคำสั่งทางปกครอง ทั่วไปสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ในชั้น เจ้าหน้าที่ ก็จะเป็นการลดปริมาณคดีพิพาท ขึ้นสู่ศาลปกครองอีกด้วย ●

<sup>30</sup> มาตรา 3/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

<sup>31</sup> มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

## บรรณานุกรม

- Conseil d'État. (2017). The administrative judge, administrative case: Paris
- Cour de Droit. (2009). The different categories of unilateral administrative acts Retrieved from [https://cours-de-droit.net/les-differentes-categories-d-actes-administratifs-unilateraux-a130952506/#google\\_vignette](https://cours-de-droit.net/les-differentes-categories-d-actes-administratifs-unilateraux-a130952506/#google_vignette)
- Jean-Charles JOBART. (2006) [Notes on validity unilateral acts in French administrative Law ]. Toulouse University, France.
- Kamolchai rattanaskawwong. ( 1994) lak kotmāi pokkhrōng Yōëraman . [ German administrative law ] Bangkok : Pimdee Publishing.
- Lagazett. (2020, June) The importante principle of the acte in French administrative law Retrieved from <https://www.lagazettedescommunes.com//fiche-n--les-grands-principes-de-laction-administrative>
- Manit Jumpa. (2011). kham'athibāi kotmāi pokkhrōng wādūai kānkratham thāng pokkhrōng læ kān khūapkhum kānkratham thāng pokkhrōng [Administrative law] Bangkok: Winyuchon publication.
- Marie - Christine Rouault. (2007), Administrative law : sources and general principles , administrative organization , administrative activity , administrative control , Gualino , DL . , Coll . Fac universit s . Paris
- Nadine Poulet – Gibot. (2007). Administrative law : Paris
- Narongrit Petcharit. (2012). lak kotmāi pokkhrōng : thritsadī læ patibat [ Rule of administrative law : Theory and practice] Bangkok : S P A Chareonpol publisher.
- Pensri Wongsaree. (2010). khamasang thāng pokkhrōng thūapai nai rabop kotmāi Yōëraman [ The Officer of Administrative Court ] , Administrative Courts Journal, 4,1,4.
- Somyos Chaurthai. (1989). kānkratham thāng pokkhrōng (Thammasat University), Thammasat Law Journal, 17,1,61 –62.
- Suppawat Singuwong. (2014). khōkhwām khīt læ lak kotmāi kīeokap nāëothāng patibat nai kān'ōk khamasang thāng pokkhrōng (Office of the Council of state), Council of State Journal , 9,21.

- Suppawat Singsuwong. (2009). k̄nbangkhap thāng pokkhr̄ng nai rabop kotmāi Farangsēt [Administrative measures Act of French law]: Bangkok
- Thibaut Philippon. (2018). The repeal of regulatory administrative actes : Paris
- Worachet Pakeerat. (2006). lakkān phūnthān kh̄ng kotmāi pokkhr̄ng læ k̄nkratham thāng pokkhr̄ng [ The principle of Administrative law and Administrative actes] Bangkok: Winyuchon publication.
- Worachet Pakeerat. (2006). withī patibat r̄tchakān thāng pokkhr̄ng nai rabop kotmāi Yōeraman . [ German administrative procedure law ] Bangkok: Winyuchon publication.
- Worapot Wisarutpith. (2019). kh̄kwām kh̄t læ lakkān phūnthān bāng prakān kh̄ng kotmāi pokkhr̄ng . [ The principle of administrative law ] Bangkok: Winyuchon publication.
- Worapot Wisarutpith. (2014, November 12). Interview. Supreme Administrative Court Judge