

บทที่ ๕

นิติกรรมทางปกครอง

ฝ่ายปกครองมีกิจกรรมที่เรียกว่านิติกรรมทางปกครอง ๒ ประเภท คือ (๑) คำสั่งทางปกครอง (๒) กฎ คำสั่งเป็นนิติกรรมที่มีผลต่อเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกลุ่ม ส่วนกฎเป็นนิติกรรมที่มีผลต่อบุคคลทั่วไป เมื่อนิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมที่อาศัยอำนาจกฎหมายมหาชน กระทำในฐานะที่มีอำนาจเหนือเอกชน ฝ่ายปกครองทำนิติกรรมทางปกครองไปแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถบังคับตามนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วย แต่มาตรการบังคับมีทั้งมาตรการทางปกครองและมาตรการทางอาญา ต้นร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่ามาตรการทางอาญาไปขึ้นศาลยุติธรรม แต่ถ้ามีประเด็นว่านิติกรรมทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลยุติธรรมจะต้องส่งมาให้ศาลปกครองตัดสินเสียก่อน แล้วส่งกลับไปให้ศาลยุติธรรมกำหนดโทษทางอาญา แต่ในที่สุดรัฐสภาเห็นว่าจะทำให้คดีล่าช้า ลักษณะองค์ประกอบความผิดทางอาญาก็ต่างจากเงื่อนไขในทางปกครอง และคดีของศาลยุติธรรมมีผลเฉพาะบุคคล หลักการนี้จึงตกไป แยกคดีเด็ดขาดกันไปว่ามาตรการบังคับทางอาญาไปขึ้นศาลยุติธรรม มาตรการบังคับทางปกครองไปขึ้นศาลปกครอง

กิจกรรมของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมในด้านควบคุมกิติ หรือด้านบริการกิติ มีการกระทำ ๒ ลักษณะ คือ

๑. กิจกรรมทางกายภาพ คือ มีการเคลื่อนไหวร่างกาย เช่น ตำรวจยกมือห้ามรถเล่นเป็นกิจกรรมทางกายภาพ เจ้าหน้าที่เคลื่อนไหวร่างกาย

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๕๖/๒๕๕๕ ดาบตำรวจ ส. ได้ให้สัญญาอนุญาตและสัญญาอนุญาตอื่นเป็นสัญญาอนุญาตตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ เพื่อสื่อความหมายให้ผู้ขับขี่ปฏิบัติตาม และมีผลให้ผู้ขับขี่ที่ได้รับสัญญาอนุญาตในบริเวณดังกล่าวมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามการให้สัญญาอนุญาตดังกล่าว จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ อันเป็นคำสั่งทางปกครอง

๒. กิจกรรมที่เป็นนามธรรม ได้แก่ คำสั่งหรือกฎที่ออกมาโดยไม่ต้องเคลื่อนไหวร่างกาย เรียกว่านิติกรรมทางปกครอง และสัญญาของฝ่ายปกครอง เช่น สัญญาสัมปทานเหมืองแร่ สัญญาทางด่วนที่ให้แก่บริษัทที่สร้างทางด่วนเก็บค่าทางด่วน การเก็บค่าทางด่วนไม่ใช่ว่าผู้รับสัมปทานจะเก็บตามชอบใจ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐจะยินยอมให้หรือไม่

ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง ในทางวิชาการคล้ายกับความหมายของนิติกรรมทางแพ่ง คือ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการแสดงเจตนาออกสู่ภายนอกมุ่งก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่หรือสถานภาพของบุคคล เพราะฉะนั้นนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องเป็นนิติกรรมที่ใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งมีองค์ประกอบ ดังนี้

๑. การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว และการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวนั้นสามารถก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่และสถานภาพได้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ยกตัวอย่างไว้มี คำสั่ง คำวินิจฉัย การอนุมัติ การอนุญาต การรับจดทะเบียน การวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่นิติกรรมทางปกครองอาจจะแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น การรับจดทะเบียน อาจแสดงด้วยวาจา เช่น การปฏิเสธคำขอโดยวาจา หรืออาจแสดงเจตนาสื่อสัญลักษณ์อย่างอื่น เช่น การยกมือเป่านกหวีดห้ามรถแล่น

ในหลักกฎหมายปกครองการนิ่งเฉย ไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา เช่น รับคำร้องมาแล้วไม่สั่งไม่ถือว่าเป็นการปฏิเสธ เว้นแต่จะมีกฎหมายเขียนว่าการนิ่งคือการปฏิเสธ กล่าวคือ กฎหมายจะเขียนว่าถ้าไม่สั่งภายในระยะเวลาเท่านั้นเท่านั้นถือว่าปฏิเสธหรือบางทีกฎหมายเขียนอีกทางหนึ่งว่าถ้าไม่สั่งภายในระยะเวลาเท่านั้นเท่านั้นถือว่าอนุญาต

การแสดงเจตนานี้อาจจะทำโดยเจ้าหน้าที่หนึ่งคน หรือกระทำโดยเจ้าหน้าที่หลายคน หรือกระทำโดยองค์กรหนึ่งหรือหลายองค์กรก็ได้ แล้วแต่ว่ากฎหมายเขียนให้อำนาจใครที่จะแสดงเจตนา นั้น เช่น กฎหมายเขียนว่าการอนุญาตหรือไม่อนุญาตเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารให้กระทำโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็เป็นเจ้าหน้าที่หนึ่งคนที่กฎหมายกำหนด

รัฐกำหนดฝ่ายเดียวไม่ต้องรอความยินยอมจากเอกชนแม้แต่คู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง เพราะว่าส่วนนี้เป็นการใช้อำนาจเหนือนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงที่เยอรมนีว่าตอนนี้ประชาชนมากขึ้น รัฐสั่งได้ฝ่ายเดียวให้เพิ่มเที่ยวรถ เพราะเป็นการใช้อำนาจเหนือ แต่ถ้าเป็นเรื่องอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ กรณีเป็นสัญญา ก็ต้องเจรจากันระหว่างรัฐกับผู้เข้ามารับสัมปทานเพื่อแก้ไขสัญญา ผู้ใช้บริการสัมปทานบริการสาธารณะจะนำคดีในส่วนที่เป็นสัญญาไปฟ้องไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องของคู่สัญญาระหว่างรัฐกับผู้รับสัมปทานจะฟ้องไม่ได้ว่ารัฐไปตกลงเอาค่าสัมปทานน้อย แต่ผู้ใช้บริการฟ้องส่วนที่เป็นนิติกรรมทางปกครองได้ว่าขณะนี้สภาพเปลี่ยนแปลง รัฐควรจะต้องกำหนดเที่ยวรถเพิ่มขึ้น รัฐไม่กำหนดเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ฟ้องขอให้รัฐดำเนินการตามหน้าที่คือกำหนดเที่ยวรถเพิ่มขึ้น อย่างนี้ฟ้องได้

๒. การแสดงเจตนาออกสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง เหมือนกับการแสดงเจตนาของเอกชนที่เป็นนิติบุคคล ขั้นตอนเจ้าหน้าที่ทำเรื่องเสนอขึ้นมายังไม่เป็นการแสดงเจตนาออกนอกนิติบุคคล จนกว่าผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อของนิติบุคคลจะลงลายมือชื่อก่อให้เกิดผลผูกพันเกิดนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกแล้ว จึงเป็นการทำนิติกรรมในทางเอกชนในทางปกครองก็เช่นเดียวกันต้องเป็นการแสดงเจตนาออกสู่ภายนอก ต้องก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิหน้าที่หรือสถานภาพของบุคคลภายนอกองค์กรหรือภายนอกฝ่ายปกครองนั่นเอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๓๖/๒๕๔๗ จำเลยที่ ๑ และที่ ๒ มีอำนาจหน้าที่ในการจัดสรรที่ดินมอบให้แก่เกษตรกรสำหรับใช้ในการประกอบอาชีพเกษตรกรรม การดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าวของจำเลย ที่ ๑ และที่ ๒ ภายใต้นโยบาย มาตรการ ข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติงานการปฏิรูปที่ดินที่กำหนดของเอกชน เป็นไปตามระเบียบ คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขในการคัดเลือกเกษตรกรที่กำหนดคุณสมบัติของเกษตรกรที่มีสิทธิยื่นคำขอร้องเข้าทำประโยชน์ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินหลายประการ ทั้งคุณสมบัติส่วนบุคคลตามข้อ ๖ และหลักเกณฑ์การคัดเลือกตามข้อ ๗ ซึ่งแตกต่างจากการได้สิทธิใน

ที่ดินของเอกชน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ทั้งกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองที่ก่อตั้งขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๔ ทรัพย์สืบทอด ส่วนการสิ้นสิทธิเข้าทำประโยชน์ในที่ดินเขตปฏิรูปที่ดินเป็นไปตามระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่คณะกรรมการฯ กำหนด และพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ฯ มาตรา ๓๙ ยังบัญญัติห้ามมิให้บุคคลที่รับสิทธิโดยการปฏิรูปที่ดินแบ่งแยกหรือโอนสิทธิในที่ดินไปยังบุคคลอื่น เว้นแต่เป็นการตกทอดทางมรดกแก่ทายาทหรือโอนไปยังสถาบันเกษตรกร หรือ ส.ป.ก. ประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ฉะนั้น การออกหนังสืออนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก. ๔-๐๑ ก.) จึงเป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองเพื่อปรับปรุงเกี่ยวกับสิทธิและถือครองในที่ดินของรัฐเพื่อการเกษตรกรรม เมื่อการออกหนังสืออนุญาตดังกล่าวเป็นการกระทบสิทธิของเอกชน ทำให้ไม่สามารถเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดินได้ และได้มาฟ้องเป็นคดีนี้ขอให้เพิกถอนหนังสืออนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก. ๔-๐๑ก.) ที่ออกให้แก่เอกชนรายอื่น และดำเนินการออกหนังสืออนุญาตให้แก่โจทก์ เป็นผู้มีสิทธิเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก. ๔-๐๑ ก.) นั้น จึงมีประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งออกหนังสืออนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดิน (ส.ป.ก. ๔-๐๑ ก.) แก่เอกชนรายอื่น เป็นคำสั่งที่ขัดด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

อย่างไรก็ดี คดีสิทธิในที่ดินตามกฎหมายเอกชน คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลวางหลักว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมมาโดยตลอด

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑๙/๒๕๔๘ คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่าเป็นผู้ถือสิทธิครอบครองที่ดินตามหนังสือรับรองการเข้าทำประโยชน์ (น.ส.๓ ก.) โดยได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินมาตลอด แต่กรมที่ดินมีคำสั่งให้เพิกถอน น.ส.๓ ก. ดังกล่าว เนื่องจากที่ดินพิพาทอยู่ในเขตป่าไม้ถาวร ตามมติคณะรัฐมนตรี และการออก น.ส.๓ ก. เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งต่อผู้ถูกคดีที่ ๑ ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีคำสั่งให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่าคำสั่งเพิกถอน น.ส.๓ ก. คำสั่งให้ยกอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย และข้อเท็จจริงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงขอให้ศาลกำหนดค่าบังคับให้เพิกถอน น.ส.๓ ก. ของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้มีสิทธิครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินพิพาท ให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองให้การว่า ที่ดินพิพาทตาม น.ส.๓ ก. ได้ออกในเขตป่าไม้ถาวร ตามมติคณะรัฐมนตรี เต็มทั้งแปลงตั้งแต่แรกจนถึงปัจจุบันและการออก น.ส.๓ ก. ดังกล่าวเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายคำสั่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ให้เพิกถอน น.ส. ๓ ก. ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองและคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงเป็นการปฏิบัติราชการตามกฎหมายที่กระทำโดยสุจริตที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ดังนั้น แม้เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องมาจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมี

คำสั่งเพิกถอน น.ส. ๓ ก. ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองก็ตามแต่การที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวหรือให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้มีสิทธิครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทต่อไป หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้นั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาในปัญหาว่าที่ดินพิพาทเป็นของผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามที่กล่าวอ้างหรืออยู่ในเขตป่าไม้ถาวรเป็นสำคัญ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินระหว่างคู่กรณีอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑๖/๒๕๕๐ คำฟ้องอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ออก ส.ป.ก. ๔-๐๑ รวม ๓ ฉบับ ทับที่ดินตาม น.ส.๓ ก. ของผู้ฟ้องคดี และจัดที่ดินดังกล่าวให้กับเกษตรกรรายอื่นเข้าทำประโยชน์และการได้มาซึ่ง น.ส.๓ ก. ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือขอให้เพิกถอน ส.ป.ก. ๔-๐๑ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เป็นกรณีโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน การที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยกเลิกการจัดที่ดินและเพิกถอน ส.ป.ก. ๔-๐๑ ดังกล่าว รวมทั้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองร่วมกันชดเชยค่าเสียหายตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้นั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาให้ได้ความเสียก่อนว่า ที่ดินพิพาทเป็นของผู้ฟ้องคดีตามที่กล่าวอ้างหรือไม่เป็นสำคัญแล้วจึงจะพิจารณาประเด็นอื่นต่อไปได้ คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

การปฏิเสธคำขอถือว่าเป็นการกระทบสิทธิทุกกรณี เช่น ขอดจดทะเบียนสมรส การรับจดทะเบียนสมรสเป็นนิติกรรมทางปกครอง การปฏิเสธไม่จดทะเบียนสมรสเป็นการกระทบสิทธิก็เป็นนิติกรรมทางปกครอง การขอใบอนุญาตตั้งโรงงาน หากอนุญาตให้ตั้งโรงงานเป็นนิติกรรมทางปกครอง การปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ตั้งโรงงานก็เป็นนิติกรรมทางปกครองเพราะกระทบสิทธิเหมือนกัน โดยปกติเมื่อมีคำขอจากฝ่ายเอกชนมาสู่ฝ่ายปกครอง การอนุญาตตามคำขอเป็นนิติกรรมทางปกครอง การปฏิเสธเป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่คำขอบางอย่างการให้ตามคำขอยังไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่ถ้าปฏิเสธเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น นำเอกสารลงทะเบียนวิชาเรียนไปให้อาจารย์ที่ปรึกษาเซ็นเพื่อที่จะนำไปลงทะเบียนเรียนในเทอมต่อไป อาจารย์ที่ปรึกษาดูแล้วเซ็นเห็นชอบในคำขอลงทะเบียน ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะตัวนิติกรรมทางปกครองคือการรับลงทะเบียนวิชาเรียนนั้นลายเซ็นของอาจารย์ที่ปรึกษาเป็นเพียงเงื่อนไขของการลงทะเบียน แต่ถ้าอาจารย์ที่ปรึกษาไม่เซ็นเห็นชอบเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะกระทบสิทธิแล้วเขานำไปลงทะเบียนต่อไปไม่ได้ จึงมีคำกล่าวว่า การปฏิเสธคำขอเป็นการกระทบสิทธิทุกกรณี แต่การอนุญาตตามคำขอบางอย่างเป็นนิติกรรม บางอย่างไม่เป็นนิติกรรม

การยืนยันรับรองสิทธิ สิทธิมีอยู่แล้วไปยืนยันหรือรับรองเพื่อให้สิทธิประจักษ์แจ้งต่อคนอื่น ๆ เป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ เช่น สภามหาวิทยาลัยอนุมัติให้สำเร็จปริญญาตรีแล้ว สิทธิหรือสถานภาพเป็นบัณฑิตแล้ว ต่อมามหาวิทยาลัยไม่ออกใบปริญญาบัตร ย่อมกระทบสิทธิทั้ง ๆ ที่ใบปริญญาบัตรเป็นเพียงการยืนยันสิทธิยืนยันสถานภาพเท่านั้น แต่ใบปริญญาบัตรต้องใช้ในการสมัครเข้าทำงาน เพราะฉะนั้นการยืนยันสิทธิที่มีอยู่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

การให้คำปรึกษา ของฝ่ายปกครองเป็นการกระหิทธิแล้วหรือไม่ เช่น มีหนังสือสอบถามกรมศุลกากรว่าจะสั่งสินค้าเข้ามาจำหน่ายต้องเสียภาษีศุลกากรเท่าใด กรมศุลกากรบอกว่าสินค้าประเภทนี้มีพิกัศุลกากรเท่านี้เป็นการตอบข้อปรึกษาหารือยังไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะฉะนั้น คำปรึกษาหรือความเห็นต่าง ๆ ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง แต่มีข้อยกเว้นว่าถ้าออกความเห็นไปแล้วผู้มีอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองต้องปฏิบัติตามความเห็นด้วย ความเห็นจะกลายเป็นนิติกรรมทางปกครองด้วย เช่น ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชา กฎหมายว่าต้องส่งคำสั่งลงโทษนี้ไปให้ ก.พ. ซึ่ง ก.พ. มอบอำนาจให้ออกพ. ที่ประจำอยู่ตามกฎกระทรวงต่าง ๆ พิจารณา ออกพ. มีความเห็นอย่างไรส่งกลับไปให้ผู้บังคับบัญชาผู้บังคับบัญชาต้องเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามที่ ออกพ. มีความเห็น อย่างนี้ ความเห็นของ ออกพ. กลายเป็นนิติกรรมทางปกครองเพราะกระหิทธิเขาแล้ว

การแจ้งให้ทราบซึ่งสิทธิและหน้าที่ เป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ เช่น เจ้าพนักงานการพิมพ์มีหนังสือแจ้งโจทก์ว่าหนังสือพิมพ์ของโจทก์ไม่ได้พิมพ์โฆษณาจำหน่ายมาแล้วติดต่อกัน ๓๐ วัน ใบอนุญาตสิ้นสุดลงแล้ว เป็นการแจ้งเท่านั้น ส่วนการสิ้นสุดเป็นผลของกฎหมาย ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา ๖๙ มีเรื่องการแจ้งคำสั่งปกครองให้ทราบ การแจ้งไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เป็นเพียงเงื่อนไขที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นใช้บังคับได้บุคคลได้ การแจ้งนิติกรรมทางปกครองมีอยู่สองแบบ คือ ถ้านิติกรรมที่เป็นกฎหมายส่วนใหญ่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือปิดประกาศให้ทราบทั่วกัน แต่นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคำสั่งก็แจ้งเฉพาะตัวเป็นรายกรณี

คำเตือน ยังไม่ก่อให้เกิดการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนระงับ ซึ่งสิทธิไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เช่น เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองแจ้งให้โจทก์ทราบว่าโจทก์ ซึ่งเป็นคนต่างด้าว จะต้องเดินทางออกนอกประเทศไปภายในระยะเวลาที่กำหนด ยังไม่ถึงว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิ ไม่กระหิทธิของโจทก์ สิทธิของเขาเป็นไปตามกฎหมายเพียงแต่แจ้งให้ทราบว่า เมื่อครบกำหนดแล้วคุณต้องออกไป คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างก็ยังไม่ใช่คำวินิจฉัยชี้ขาดว่าจะต้องจ่ายค่าจ้าง มีลักษณะเป็นเพียงมาตรการบอกกล่าวว่ามีผลทางกฎหมายเท่านั้น ยังไม่ได้กระหิทธิหน้าที่ของนายจ้างใด ๆ

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๖๕/๒๕๔๗ โจทก์เป็นนิติบุคคลจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการฌาปนกิจสงเคราะห์ พ.ศ. ๒๕๔๕ ยื่นฟ้องจำเลยทั้งสองโดยอ้างว่าได้รับความเดือดร้อนเสียหายกรณีจำเลยที่ ๑ มีหนังสือแจ้งผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดโดยมีข้อความว่าการดำเนินการของโจทก์มีลักษณะเข้าข่ายการประกันชีวิต ไม่เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการฌาปนกิจสงเคราะห์ และแจ้งให้สหกรณ์จังหวัดเตือนสหกรณ์ที่เข้าร่วมโครงการ หรือจะตัดสินใจเข้าร่วมโครงการใช้ความระมัดระวังหรือหลีกเลี่ยงการเข้าร่วมโครงการกับโจทก์ อันเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการใส่ความโจทก์ต่อบุคคลที่สาม ทำให้โจทก์เสียหาย การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของจำเลยทั้งสองในการมี **หนังสือแจ้งเตือนสหกรณ์ที่เข้าร่วมโครงการหรือจะตัดสินใจเข้าร่วมโครงการใช้ความระมัดระวังหรือหลีกเลี่ยงการเข้าร่วมโครงการกับโจทก์ มิได้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย** แต่เป็นการ**ปฏิบัติหน้าที่ธรรมดาทั่วไป** ข้อพิพาทในคดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

เมื่อใดเป็นการแสดงเจตนาออกสู่ภายนอก ปัญหาคือ (๑) การเตรียมการยังไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง (๒) มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลอยู่ในระบบราชการ ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง (๓) หนังสือเวียนที่กำหนดมาตรฐานการใช้ดุลพินิจภายในฝ่ายปกครองไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง (๔) มาตรการหรือคำสั่งภายในฝ่ายปกครองเพื่อเป็นการจัดระเบียบการทำงาน ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

การเตรียมการ คือ การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่เพื่อมีคำสั่งทางปกครองต่อไปยังไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง แม้จะไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดแล้วว่าจะต้องมีขั้นตอนอย่างไร เช่น เจ้าหน้าที่ต้องไม่มีส่วนได้เสีย ต้องมีการแจ้งสิทธิ ต้องมีการรับฟังคำโต้แย้ง ต้องให้สิทธิโต้แย้ง ต้องให้สิทธิในการตรวจเอกสาร เป็นต้น เพราะฉะนั้นถ้าเจ้าหน้าที่ดำเนินการกระบวนการไม่ถูกต้อง ยังมีข้อโต้แย้งว่าไม่แจ้งสิทธิ ไม่ฟังพยานหลักฐานของฉันทัน ไม่ให้ฉันทันตรวจเอกสาร เป็นต้น ยังถือว่าเป็นขั้นเตรียมการ ยังไม่มีนิติกรรมทางปกครอง ยังขึ้นศาลปกครองไม่ได้เหมือนกับคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ยังอุทธรณ์ไม่ได้ต้องรอจนกระทั่งมีคำสั่งทางปกครองขึ้นจึงจะโต้แย้งคำสั่งทางปกครองว่า คำสั่งทางปกครองนี้ดำเนินการกระบวนพิจารณาไม่ถูกต้อง เช่น มีการสอบสวนความผิดทางวินัยระหว่างการทำงานของคณะกรรมการสอบสวน อาจจะมีข้อต่อสู้ว่ายังไม่แจ้งสิทธิ ไม่ฟังพยานหลักฐาน ไม่ให้โอกาสพยานายเข้ามาด้วย ไม่ให้โอกาสตรวจเอกสารของทางฝ่ายรัฐ โต้แย้งว่าคณะกรรมการสอบสวนทำผิดแต่ยังไม่ไปสู่ศาลปกครองไม่ได้ ถ้าให้ไปสู่ศาลปกครองได้ในขั้นนี้ การสอบสวนจะไม่มีวันเสร็จ พอคณะกรรมการสอบสวนขยับตัวที่ก็ฟ้องศาลปกครองที่ไม่ให้ตรวจพยานเอกสารก็ไปศาลปกครอง การสอบสวนจะไม่มีวันเสร็จ ต้องรอจนกระทั่งมีคำสั่งลงโทษแล้วคำสั่งลงโทษเป็นนิติกรรมทางปกครอง จึงโต้แย้งได้ว่านิติกรรมทางปกครองนี้ไม่ชอบเพราะผ่านกระบวนการมาไม่ชอบ กระบวนการในชั้นกรรมการสอบสวนยังเป็นขั้นเตรียมยังไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอก ตัวที่จะออกไปกระทบสิทธิของบุคคลภายนอกคือนิติกรรมทางปกครอง

คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๕๒/๒๕๕๔ โจทก์เป็นลูกจ้างชั่วคราวโรงพยาบาลพระมงกุฎเกล้า ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นหัวหน้าสำนักงานงานผู้บังคับบัญชาว่าจำเลยเสนอความเห็นไม่ต่อสัญญาจ้างโจทก์ เป็นเหตุให้ผู้อำนวยการโรงพยาบาลมีคำสั่งไม่ต่อสัญญาจ้างโจทก์ ทำให้โจทก์เสียหาย การกระทำของจำเลย เป็นเพียงการเตรียมการหรือดำเนินการและเป็นการปฏิบัติหน้าที่ธรรมดาทั่ว ๆ ไป ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ข้อพิพาทในคดีจึงมิใช่การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

มติคณะรัฐมนตรี พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา ๑๑ เรื่องศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษา “กฎ” ว่า (๒) คดีที่พิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี สิ่งที่เป็นนิติกรรมทางปกครองคือตัวกฎ แต่วิธีการได้มาซึ่งกฎคือมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบในการออกกฎ ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เพราะมติคณะรัฐมนตรียังไม่ออกกระทบบุคคลภายนอกตัวกฎต่างหากที่ออกไปบังคับบุคคลภายนอก ดังนั้นจะนำมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบต่อกฎไปฟ้องศาลปกครองสูงสุดยังไม่ได้

มติคณะรัฐมนตรี มีสองประเภท

๑) มติคณะรัฐมนตรีที่ไม่ได้มุ่งที่จะให้เป็นกฎหมาย แต่วางแนวทางในการปฏิบัติราชการแผ่นดิน เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่วางแนวทางในการพัฒนาชนบท มติคณะรัฐมนตรีที่วางแนวทางในการพัฒนาเศรษฐกิจ เป็นแนวทางที่มอบให้แก่ฝ่ายข้าราชการประจำในการปฏิบัติงาน มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้ไม่ไปกระทบบุคคลภายนอก

๒) มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดแบบแผนภายในระบบราชการ ยังไม่กระทบออกสู่บุคคลภายนอกเช่นกัน มติทั้งสองประเภทยังไม่ได้เป็นนิติกรรมทางปกครอง

จากหลักเกณฑ์นี้ไปสู่วิธีการดำเนินคดีทางปกครองต่อตัวกฎหมายหรือต่อตัวคำสั่งทางปกครองว่าคำฟ้องเป็นการฟ้องตัวกฎหมายหรือฟ้องตัวคำสั่ง ไม่ได้ฟ้องคนออกกฎหมาย หรือไม่ได้ฟ้องคนออกคำสั่ง นิติกรรมทางปกครองจึงจะเป็นวัตถุแห่งคดีปกครองได้ ไม่ใช่ตัวคน มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายเรื่องวางบรรทัดฐานไว้ว่า มติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับหลักที่ว่า มติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๓/๒๕๑๐ ระเบียบกระทรวงการคลังโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรี กำหนดว่าถ้าลูกจ้างต้องคดีอาญา และถูกควบคุมตัวไว้ในระหว่างสอบสวนกรมกองเจ้าสังกัดต้องแจ้งลูกจ้างคนนั้นไว้ก่อนจะไล่ออกทันทีไม่ได้ แต่กรมชลประทานให้ลูกจ้างออกไปก่อน ไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ศาลฎีกาพิพากษาว่าคำสั่งที่ให้ออกไปก่อนนั้นฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี ผลของมติคณะรัฐมนตรีย่อมผูกพันภายในองค์กร คือ ผูกพันข้าราชการประจำ ถึงแม้ว่าจะไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองแต่บังคับได้ภายในองค์กร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๓๘/๒๕๒๕ มติคณะรัฐมนตรีห้ามรัฐวิสาหกิจปรับปรุงเงินเดือนให้แก่นักงาน ปรากฏว่ามีรัฐวิสาหกิจไปทำข้อตกลงกับลูกจ้าง ปรับปรุงเงินเดือนให้ลูกจ้างเป็นการฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรี ข้อตกลงนั้นใช้ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๕๒/๒๕๑๘ มีมติคณะรัฐมนตรีว่า ห้ามข้าราชการเล่นแชร์ปรากฏว่ามีข้าราชการเล่นแชร์ แล้วไม่จ่ายเงินก็ฟ้องร้องคดีกัน ฝ่ายจำเลยต่อสู้ว่า สัญญาเข้าเล่นแชร์เป็นโมฆะ เพราะว่ามีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากมีมติคณะรัฐมนตรีว่า ห้ามข้าราชการเล่นแชร์ ศาลฎีกาว่า แม้จะมีมติคณะรัฐมนตรีไว้อย่างนั้นจริงแต่ก็เป็นข้อบังคับภายในองค์กร ถ้าข้าราชการฝ่าฝืนเท่ากับขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชาเป็นเรื่องทางวินัยภายในองค์กรของฝ่ายปกครอง แต่มติคณะรัฐมนตรีไม่ได้ออกกระทบบุคคลภายนอก เพราะฉะนั้นการเล่นแชร์ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ประชาชนเล่นแชร์ได้ สัญญาอย่างนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีไม่เป็นโมฆะ คู่สัญญาต้องผูกพันที่จะจ่ายเงินตามสัญญาการเล่นแชร์ซึ่งกันและกัน ส่วนผู้เล่นที่เป็นข้าราชการจะถูกลงโทษทางวินัยภายในองค์กรฝ่ายปกครองก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๘๓/๒๕๒๖ มีมติคณะรัฐมนตรีว่าให้นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทอย่าเพ่งจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทให้หุ้นส่วนบริษัทที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจคอมโมดี้ (การซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า) เพราะต้องการออกกฎหมายวางหลักเกณฑ์เสียก่อน โจทก์มายื่นคำขอจด

ทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจคอมพิวเตอร์ นายทะเบียนไม่จัดให้ โจทก์ก็เลยมาฟ้อง ศาลตัดสินว่า มติ ครม. ที่กำหนดว่าให้ชะลอการรับจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทเป็นคำสั่งภายในองค์กรทางปกครอง กฎที่จะออกมากระทบสิทธิของบุคคลภายนอกได้จะต้องเป็นไปตามกฎหมายเมื่อยังไม่มีกฎหมาย การปฏิเสธไม่จดทะเบียนโดยอ้างมติ ครม. จึงกระทำไปเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจ ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการไม่รับจดทะเบียนนั้น

ถ้ามติคณะรัฐมนตรีก้าวล่วงไปออกกฎที่กระทบบุคคลภายนอกโดยตรง ถือว่ามติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองแล้ว เช่น มติคณะรัฐมนตรีออกมาห้ามประชาชนยื่น คำขอจดทะเบียนตั้งหุ้นส่วนที่มีวัตถุประสงค์ประกอบกิจการคอมพิวเตอร์ แสดงว่าไปกระทบสิทธิของประชาชน ไม่ใช่เป็นการสั่งอยู่ภายใต้บังคับแล้วอย่างนี้มติคณะรัฐมนตรี เป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง ไปฟ้องศาลปกครองได้

หนังสือเวียน ที่ออกโดยผู้บังคับบัญชา เป็นการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งโดยปกติเป็นการกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจว่าในองค์กรควรที่จะมีดุลพินิจที่ใกล้เคียงกัน เพื่อให้ความยุติธรรมเหมือน ๆ กัน หนังสือเวียนเป็นการบังคับบัญชาภายในองค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้ออกไปกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลภายนอก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๐/๒๕๒๗ กระทรวงมหาดไทยมีหนังสือเวียนห้ามนายทะเบียนราษฎรจดทะเบียนสมรสให้กับคนไทยที่จะแต่งงานกับคนญวนอพยพ โจทก์จะแต่งงานกับญวนอพยพมาขอจดทะเบียน นายทะเบียนไม่จัดให้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทยเป็นระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่ได้มีผลเป็นกฎหมาย หนังสือเวียนไม่เป็นการไปเพิ่มเติมเงื่อนไขของกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรส พิพากษาเพิกถอนการปฏิเสธจดทะเบียนสมรสของนายทะเบียนราษฎร

ตัวคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้คือการปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนกระทบสิทธิของประชาชนที่อยู่นอกองค์กร ตัวหนังสือเวียนยังไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอกองค์กรแต่มีข้อยกเว้น หนังสือเวียนบางประเภทมีสภาพเป็นกฎคือบังคับออกมาสู่คนภายนอก จึงจะใช้หนังสือเวียนอย่างเป็นกฎโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจฟ้องศาลปกครองให้เพิกถอนหนังสือเวียนในลักษณะนั้นได้ เช่น ออกหนังสือเวียนว่าห้ามคนต่างด้าวยื่น คำขอจดทะเบียนสมรส

คำสั่งของผู้บังคับบัญชา เกี่ยวกับการจัดมาตรการภายในฝ่ายปกครองมี ๓ ลักษณะ คือ

๑) คำสั่งของผู้บังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชาให้ทำหรือไม่ทำการใด เป็นคำสั่งภายในองค์กรฝ่ายปกครอง เช่น ให้ผู้ใต้บังคับบัญชาเข้าโครงการ ๕ ส. แต่มีข้อยกเว้นว่า ถ้าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชากระทบต่อสิทธิหน้าที่หรือสถานภาพของผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้ใต้บังคับบัญชาจะกลายเป็นบุคคลภายนอกองค์กรไปทันที คำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็กลายเป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น การสั่งสอบสวนทางวินัยเป็นขั้นเตรียมการแต่คำสั่งที่ให้พักราชการผู้ถูกสอบสวน กระทบสิทธิหน้าที่สถานภาพของข้าราชการ ตัวคำสั่งพักราชการเป็นนิติกรรมทางปกครอง

๒) คำสั่งเพื่อจัดระเบียบภายในองค์กร เช่น สำนักอบรม ฯ มีคำสั่งว่านักศึกษาจะต้องแต่งขาวดำมาเรียนหนังสือ คุณมาจดทะเบียนเป็นนักศึกษาที่สำนักอบรม ฯ คือ คุณยอมเข้ามาสู่องค์กร การจัดการศึกษาการเรียนการสอนเป็นเรื่องภายในองค์กรเท่ากับว่า ในเรื่องการเรียนการสอนการสอบคุณเป็นส่วนหนึ่งภายในองค์กร

๓) คำสั่งที่เป็นการจัดบริการสาธารณะให้เป็นไปโดยเรียบร้อย เช่น พนักงานเก็บเงินรถโดยสาร ชสมก. ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ มีคำสั่งว่าห้ามขึ้นเพราะรถเต็มแล้วห้ามไหนที่ประตูอย่างนี้เป็นคำสั่ง เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการให้บริการจะได้แย้งว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบไม่ได้ ยังไม่ได้กระทบสิทธิของประชาชน เพราะสิทธิที่จะใช้บริการรถเมล์ก็ยังมีอยู่เพียงแต่จะขึ้นคันนี้ไม่ได้ต้องขึ้นคันถัดไปที่ว่าง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๗๔/๒๕๕๐ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีมติในการประชุมครั้งที่ ๒๒/๒๕๔๘ วันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๔๘ และในการประชุมครั้งที่ ๓๐/๒๕๔๘ วันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๔๘ ให้ความเห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จำคุกคนภายนอกที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการสรุปวิเคราะห์ข้อมูลและข้อเท็จจริง จัดทำรายงานผลการตรวจสอบเรื่องร้องเรียนการละเมิดสิทธิมนุษยชน ตามมติคณะอนุกรรมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเสนอคณะอนุกรรมการดังกล่าวเพื่อพิจารณาเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และให้ความเห็นชอบหลักเกณฑ์ การเบิกจ่ายเงินค่าตอบแทนการจัดทำรายงานดังกล่าวตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เสนอและการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือ ที่ สม ๐๐๑/ว. ๘๙๑ เรื่อง แจ้งเวียนเรื่องขออนุมัติดำเนินการจ้างทำรายงานผลการตรวจสอบและละเมิดสิทธิมนุษยชน ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๘ แจ้งให้ทราบถึงแบบฟอร์มการขออนุมัติดำเนินการจ้าง ทำรายงาน ฯ ขอบเขตโดยละเอียดของงานที่จะจ้างเพื่อใช้เป็นแนวทางการปฏิบัติงานให้เป็นรูปแบบเดียวกัน การกระทำดังกล่าวก็เป็นเพียงการดำเนินงานภายในของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเพื่อให้การจัดทำรายงานผลการตรวจสอบเรื่องร้องเรียนการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามมติของคณะอนุกรรมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนคณะ ต่าง ๆ ที่ยังคงค้างอยู่เป็นจำนวนมากสำเร็จลุล่วงไปได้ภายในเวลาอันสมควร ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีและข้าราชการอื่นในสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ หรือก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและข้าราชการเหล่านั้นโดยตรงและเป็นการเฉพาะตัวดังที่อ้างแต่อย่างใด

เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง

จากหลักที่ว่ากระทำการทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นนิติกรรมทางปกครองจะสมบูรณ์ต่อเมื่อส่วนต่าง ๆ ของนิติกรรมต้องถูกต้องชอบด้วยกฎหมายด้วยการทำความเข้าใจความหมายของนิติกรรมทางปกครอง อ้างอิงจากกฎหมายแพ่งที่ว่าจะต้องเป็นการแสดงเจตนาออกสู่ภายนอก เพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ ซึ่งสิทธิหน้าที่หรือสถานภาพของบุคคล ดังนั้นการทำความเข้าใจเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองก็เช่นเดียวกัน อ้างอิงเปรียบเทียบจากกฎหมายแพ่งได้

นิติกรรมในกฎหมายแพ่งจะสมบูรณ์ได้มีเงื่อนไขว่า

๑) ผู้กระทำได้มีความสามารถ

๒) ถูกต้องตามแบบ

๓) วัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่พ้นวิสัย

๔) ต้องไม่มีความบกพร่องในเรื่องเจตนา หรือเงื่อนไขอื่น ๆ เช่น สำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล ถูกข่มขู่ เป็นต้น

นิติกรรมทางปกครองเปรียบเทียบกับกันได้ว่า

๑) ทางแพ่งพูดถึงความสามารถ ทางปกครองพูดถึงอำนาจ คือผู้กระทำได้ มีอำนาจกระทำ

๒) ทางแพ่งพูดถึงแบบของนิติกรรม ทางปกครองพูดถึงแบบเหมือนกันแต่ผนวก ขั้นตอนด้วย แบบและขั้นตอนที่เป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองจำกัด เฉพาะแบบและขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ

๓) ทางแพ่งพูดถึงวัตถุประสงค์ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดี ไม่พ้นวิสัย ทางปกครองพูดถึงวัตถุประสงค์ว่าจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ สาธารณะหรือวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนด

๔) เงื่อนไขอื่น ๆ ทางแพ่งพูดถึงกลฉ้อฉล สำคัญผิด ข่มขู่ ทางปกครองก็มีเหมือนกันว่าจะต้องไม่บกพร่องเจตนา และยังมีเงื่อนไขอื่น เช่น เงื่อนไขที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนด และการใช้ดุลพินิจต้องเป็นดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

๑. อำนาจ เจ้าหน้าที่ที่ทำนิติกรรมต้องมีอำนาจ อำนาจได้มาโดยกฎหมาย ในทางแพ่งพูดถึงเรื่องสิทธิ ในทางปกครองพูดถึงเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ เหตุที่กฎหมายมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งเพราะกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง พอมีหน้าที่ก็มีอำนาจผนวกเข้ามาด้วย ทั้งอำนาจหน้าที่แยกออกจากตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่ง อำนาจหน้าที่อยู่กับตำแหน่ง ไม่ได้อยู่กับตัวคน อำนาจหน้าที่มีลักษณะถาวรอยู่ตรงนั้น แต่คนไม่ถาวร ย้ายไปย้ายมาได้ ผู้ดำรงตำแหน่งจึงไม่ใช่เจ้าของอำนาจ อำนาจย่อมเป็นไปตามกฎหมาย

ลักษณะของอำนาจประการหนึ่ง คือ ต้องใช้อำนาจและต้องใช้เอง กฎหมายกำหนดให้อำนาจนี้แก่เจ้าพนักงานตำแหน่งใดก็ต้องเจ้าพนักงานตำแหน่งนั้นใช้อำนาจ เช่น ให้ผู้ว่า กทม. เป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายควบคุมอาคารก็ต้องผู้ว่า กทม. ใช้อำนาจ ถ้าไม่ใช้อำนาจคือไม่ทำหน้าที่ด้วย พอไม่ทำหน้าที่ก็มีความรับผิดชอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มีคดีประเภทหนึ่งคือคดีที่ฟ้องบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามหน้าที่ และมีความรับผิดชอบทางอาญาด้วย ตาม ป.อาญา มาตรา ๑๕๗ ฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต

การใช้อำนาจต้องใช้เอง มีข้อยกเว้นคือมีการมอบอำนาจได้ โดยมีหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้แก่ การมอบอำนาจให้ปฏิบัติ

ราชการแทนต้องทำเป็นหนังสือ ต้องระบุตัวบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจ และผู้ที่ได้รับมอบอำนาจต้องรับมอบ และเมื่อรับมอบมาแล้วต้องทำเองเช่นเดียวกันจะมอบช่วงให้คนอื่นไม่ได้

ลักษณะประการที่สองของอำนาจคือ อำนาจถูกเปลี่ยนแปลงได้เสมอ เนื่องจากอำนาจไม่ได้เป็นของบุคคลเพราะฉะนั้นกฎหมายที่มอบอำนาจย่อมเปลี่ยนแปลงอำนาจได้เสมอ หรือกรณีการมอบอำนาจผู้มอบอำนาจสามารถเปลี่ยนแปลงการมอบหรือเงื่อนไขได้เสมอ ต่างจากเรื่องสิทธิในกฎหมายแพ่ง รัฐจะถอนสิทธิในกฎหมายแพ่งไม่ได้ เว้นแต่ตราเป็นกฎหมายเท่านั้น

ลักษณะประการที่ ๓ คือ อำนาจคู่กับหน้าที่เสมอ สิทธิกับหน้าที่อาจไม่ได้อยู่ในตัวคนเดียวกัน คนหนึ่งมีสิทธิ อีกคนมีหน้าที่ เช่น ผู้ขายมีสิทธิได้รับชำระราคา ผู้ซื้อมีหน้าที่ชำระราคา เป็นต้น แต่อำนาจหน้าที่อยู่ที่คนคนเดียวกัน เพราะมีหน้าที่จึงมีอำนาจ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๓๔๙/๒๕๔๙ ข้อสัญญาที่ผู้คัดค้านขอเพิ่มเติมภายหลัง จากที่ได้รับคัดเลือกแล้วจะเห็นได้ว่า เป็นข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากหลักการที่คณะกรรมการได้ให้ความเห็นไว้แล้วในสาระสำคัญ ซึ่งนอกจากจะเป็นการขอเพิ่มเติมข้อสัญญาภายหลังจากที่ได้รับคัดเลือก อันไม่เป็นธรรมเนียมแก่เอกชนรายอื่นที่เสนอตัวเข้าร่วมงานหรือดำเนินการดังกล่าวแล้วยังเป็นการกำหนดให้ผู้ร้องซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นคู่สัญญาแทนรัฐ ต้องผูกพันตนและรับผิดชอบแทนหน่วยงานอื่นของรัฐในอันที่จะไม่ให้สัมปทานอนุญาตหรือทำสัญญาใด ๆ กับบุคคลอื่นเข้าดำเนินการให้บริการส่งวิทยุโทรทัศน์โดยมีการโฆษณาหรืออนุญาตให้โทรทัศน์ระบบบอกรับเป็นสมาชิกทำการโฆษณาได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การเพิ่มเติมข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการเกินอำนาจของผู้ร้องซึ่งเป็นเพียงหน่วยงานเจ้าของโครงการที่ไม่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐ ซึ่งหากจะให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลผูกพันหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย ก็จะต้องให้คณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจเหนือหน่วยงานอื่นของรัฐเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ลงนามในสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ ระบบ ยู เอช เอฟ ที่ได้มีการเพิ่มเติมข้อ ๕ วรรคสี่ ไว้แล้ว โดยมิได้มีการเสนอการขอเพิ่มเติมข้อ ๕ วรรคสี่ ของสัญญาเข้าร่วมงาน ๑ ให้คณะกรรมการพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้น การเพิ่มเติมข้อ ๕ วรรคสี่ เข้าไว้ในสัญญาเข้าร่วมงานฯ โดยมิได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ จึงขัดต่อมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ สัญญาเข้าร่วมงาน ๑ ข้อ ๕ วรรคสี่ จึงไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย ส่วนสัญญาเข้าร่วมงาน ๑ ในข้ออื่น ๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่คณะกรรมการได้มีมติให้ความเห็นชอบไว้แล้ว ย่อมมีผลผูกพันรัฐได้ตามกฎหมาย

เงื่อนไขการใช้อำนาจ จะต้องพิจารณา

๑) **เขตอำนาจ** คืออำนาจมีเขตด้วย จะสั่งการนอกเขตไม่ได้ คล้าย ๆ กับเขตอำนาจของศาล เช่น ภูวราชกรจังหวัดสั่งการได้ในเขตจังหวัดที่ตนเองรับผิดชอบ

๒) **ต้องยังดำรงตำแหน่งอยู่**ถึงจะมีอำนาจ มีข้อยกเว้นคือในกรณีที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วกฎหมายยังให้ปฏิบัติหน้าที่หรือยังรักษาการอยู่จนกว่าจะมีคนใหม่มาแทน ถือว่ายังใช้อำนาจได้เท่าที่จำเป็นแต่ต้องไม่ใช้อำนาจก้าวล่วงไปเรื่องนโยบายและการบริหารงานบุคคล

๓) **เจ้าหน้าที่คนหนึ่งอาจจะมีอำนาจหน้าที่หลาย ๆ อย่างรวมอยู่ในตัวได้ และในขณะเดียวกันอำนาจหน้าที่อย่างหนึ่งก็อาจจะมอบให้เจ้าหน้าที่หลายคนได้** ประการแรก เจ้าหน้าที่คนหนึ่งอาจจะมีอำนาจหลาย ๆ อย่าง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ เป็นทั้งเจ้าพนักงานปกครองและเจ้าพนักงานทางอาญา ผู้ว่า กทม. เป็นทั้งผู้บังคับบัญชา กทม. และเจ้าพนักงานท้องถิ่นในเขต กทม. ตาม พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร ฯ ผู้บังคับบัญชาการตำรวจนครบาลเป็นทั้งเจ้าพนักงานทางอาญาและพนักงานเจ้าหน้าที่ในเขต กทม. ตาม พ.ร.บ. สถานบริการ ในทางกลับกันอำนาจอันหนึ่งอาจจะมีเจ้าหน้าที่หลายคนร่วมกันใช้ได้ เช่น พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย ฯ มีทั้งกระทรวงมหาดไทย กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงวิทยาศาสตร์ และกระทรวงอุตสาหกรรม มาร่วมกันปฏิบัติหน้าที่ในส่วนของตน

๔) เมื่อคนที่ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ได้ กฎหมายให้มี**ผู้รักษาราชการแทน** ผู้รักษาราชการแทนจะมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลที่ตนแทนเต็มที่ เช่น คนที่ดำรงตำแหน่งอยู่ไม่สามารถทำงานได้ ไปต่างประเทศหรือป่วยเข้าโรงพยาบาล มีการรักษาราชการแทน กฎหมายกำหนดว่าใครต้องรักษาราชการแทน เช่น รองอธิบดีที่มีอาวุโสสูงสุดต้องรักษาราชการแทนอธิบดี เขามีอำนาจเต็มเท่ากับคนที่ไปแทน และมีอำนาจที่จะมอบให้คนอื่นปฏิบัติราชการแทนได้อีกด้วย

๒. แบบและขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ กฎหมายปกครองไม่เคร่งครัดเรื่องแบบมากจึงเขียนไว้ว่าต้องเป็นแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ เพราะฉะนั้นถ้าเป็นแบบหรือขั้นตอนที่ไม่สำคัญก็จะไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง การกำหนดแบบและขั้นตอนมีวัตถุประสงค์ ๒ ประการ คือ

๑) เพื่อเป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น กำหนดหน้าที่ว่าจะต้องสั่งการภายในระยะเวลาเท่าใด กำหนดว่าจะต้องสั่งการโดยรอบคอบโดยไม่มีอคติ ผู้สั่งการหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในคำสั่งของตัวเอง ต้องมีการรับฟังทุกฝ่าย มีการให้เหตุผลในคำสั่ง

๒) เพื่อให้ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่สามารถพิจารณาสั่งการได้เป็นอย่างดี เช่น กำหนดแบบขึ้นมามีว่า จะต้องรับฟังข้อโต้แย้งและพยานหลักฐานของผู้ถูกระทบสิทธิ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ประกันสิทธิของบุคคลภายนอกที่ถูกกระทบสิทธิเท่านั้น แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสที่จะรับทราบข้อเท็จจริงทั้งหมดก่อนการตัดสินใจด้วย หรือในกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของภาครัฐถ้ามีมูลค่าเกินกว่าหนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปต้องศึกษาวิเคราะห์โครงการโดยการจ้างบริษัทที่ปรึกษา ต้องศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม ต้องให้คณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติให้ความเห็นก่อนที่จะส่งมาให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ เป็นแบบและขั้นตอนเพื่อให้ฝ่ายปกครองรอบคอบในการตัดสินใจ รู้ผลดีผลเสียมาอย่างละเอียดแล้วตัดสินใจ

กฎหมายที่กำหนดเรื่องแบบนอกจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๓๔ ถึงมาตรา ๓๘ ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะด้วย หากมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๑๕/๒๕๔๘ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการเลือกตั้ง พ.ศ. ๒๕๔๑ มาตรา ๑๙ วรรคสาม บัญญัติว่าการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่พิจารณาวินิจฉัยทุกคน จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงว่าการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลหนึ่งบุคคลใด คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องทำเป็นคำสั่งเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่พิจารณาวินิจฉัยทุกคน แต่ข้อเท็จจริงได้ความจากผู้คัดค้านแต่เพียงว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมีมติให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ร้องผู้สมัครสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดขอนแก่น อำเภอเมืองจตุรพักตรพิมาน จังหวัดขอนแก่น เป็นเวลา ๑ ปี ตามมาตรา ๑๔๕ (๓) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๑๐ (๖) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. ๒๕๔๑ ประกอบมาตรา ๙๖ แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๕ แต่ไม่ปรากฏว่าภายหลังจากคณะกรรมการการเลือกตั้งมีมติดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ร้องเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่พิจารณาวินิจฉัยทุกคน มติของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ร้องเป็นเพียงกระบวนการเพื่อนำไปสู่การออกคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ร้องตราบใดที่คณะกรรมการการเลือกตั้งยังไม่มีคำสั่งดังกล่าว มติของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ร้องยังไม่มีผลทางกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าผู้ร้องเป็นบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา ๑๐๙ (๓) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๕/๒๕๔๙ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๕ มีมติให้โอนอสังหาริมทรัพย์อื่นที่ได้มาเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านพลังงานไฟฟ้าให้แก่กระทรวงการคลังแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๕ มิได้อนุมัติให้โอนที่ดินที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยที่ได้มาด้วยการเวนคืนที่ดิน ตามมาตรา ๓๖ แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ อันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ รวมทั้งสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้า รวมถึงสายส่งและทรัพย์สินอื่นที่ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มาตามมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้กระทรวงการคลังด้วย นอกจากนั้นยังปรากฏข้อเท็จจริงว่าในการโอนทรัพย์สินให้กระทรวงการคลังตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๕ นั้น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย มีหนังสือลงวันที่ ๒๓ มิถุนายน ๒๕๔๘ ถึงปลัดกระทรวงการคลัง แจ้งรายการทรัพย์สินที่จะโอนให้แก่กระทรวงการคลังโดยแจ้งว่าจะจัดส่งข้อมูลรายละเอียดให้กระทรวงการคลัง ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๔๘ บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) กับกรมธนารักษ์ได้จัดทำบันทึกความเข้าใจเกี่ยวกับการเช่า หรือการใช้ที่ราชพัสดุที่โอนให้แก่กระทรวงการคลัง โดยมีข้อตกลงว่าจะทำสัญญาเช่าภายใน ๓ ปี นับแต่วันจดทะเบียนอันแสดงให้เห็นว่า การดำเนินการเตรียมโอนทรัพย์สินดังกล่าวยังไม่แล้วเสร็จ เป็นการโอนกันเพียงอาศัยข้อมูลทางบัญชี ซึ่งถือไม่ได้ว่ามีการดำเนินการเสร็จสมบูรณ์ก่อนที่จะดำเนินการออกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ การที่ผู้

ถูกฟ้องคดีที่ ๕ มีมติให้โอนเฉพาะเขื่อนและอ่างเก็บน้ำจำนวน ๒๑ แห่ง และที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อนอ่างเก็บน้ำ และพลังงานให้แก่กระทรวงการคลัง โดยมีได้โอนที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้ากังหันก๊าซ และโรงไฟฟ้าพลังน้ำในท้องที่อำเภอบางปะกง และสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้า รวมถึงสายส่งและทรัพย์สินอื่นที่ทำให้เกิดสิทธิดังกล่าว จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญก่อนการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจสิทธิและประโยชน์ของบริษัท กฟผ.จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๘ เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นนั้น ย่อมมีผลไปถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๘ ด้วย เพราะการตราพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้เพื่อใช้บังคับทำให้สถานะทางกฎหมายของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ ถูกยกเลิกไป ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๘ ขึ้นใช้บังคับจึงไม่อาจกระทำได้

ข้อที่ว่าเป็นแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น จึงจะกระทบต่อความสมบูรณ์ ถ้าไม่เป็นสาระสำคัญก็ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๖๑๘/๒๕๓๕ พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร ฯ มาตรา ๕๒ วรรคสองและวรรคสาม บัญญัติว่า ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายใน ๖๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ แล้วแจ้งคำวินิจฉัยพร้อมด้วยเหตุผลเป็นหนังสือไปยังผู้อุทธรณ์และเจ้าพนักงานท้องถิ่น ถ้าผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสนอคดีต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีคำสั่งห้ามก่อสร้างอาคารของโจทก์ มีการอุทธรณ์ กฎหมายเขียนว่าต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จภายใน ๖๐ วัน ปรากฏว่าคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยไม่เสร็จภายใน ๖๐ วัน มีคำวินิจฉัยหลังจากนั้นโจทก์ฟ้องว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์ไม่ชอบ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเรื่องจะอนุญาตให้ก่อสร้างหรือไม่เงื่อนไขสำคัญอยู่ที่ความมั่นคงแข็งแรงและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของอาคาร ส่วนเรื่องระยะเวลากลายเป็นเรื่องไม่สำคัญ แม้จะวินิจฉัยหลังจากพ้น ๖๐ วันไปแล้วก็ไม่ทำให้คำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นเสียไป

เรื่องระยะเวลานี้ถ้ากฎหมายต้องการให้ระยะเวลาเป็นสาระสำคัญกฎหมายจะเขียนลงมาให้ชัด เช่น ถ้าไม่วินิจฉัยภายใน ๖๐ วัน ให้ถือว่ายืนตามความเห็นหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ชั้นต้น คดีมรยาทนายความตาม พ.ร.บ. ทนายความ ฯ มาตรา ๖๗ วรรคสอง คณะกรรมการมรยาทวินิจฉัยแล้วให้ส่งคณะกรรมการสภาทนายความ คณะกรรมการสภาทนายความต้องวินิจฉัยให้เสร็จภายใน ๖๐ วัน ถ้าไม่เสร็จภายใน ๖๐ วันถือว่ายืนตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการมรยาท เมื่อคณะกรรมการสภาวินิจฉัยเสร็จทนายมีสิทธิอุทธรณ์ไปที่สภานายกพิเศษคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ตามมาตรา ๖๘ รัฐมนตรีต้องวินิจฉัยให้เสร็จภายใน ๖๐

วัน ถ้าไม่วินิจฉัยให้เสร็จภายใน ๖๐ วัน ถือว่ายื่นตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสภาพนาย ถ้าเขียนไว้อย่างนี้แสดงว่ากฎหมายประสงค์ให้ระยะเวลาเป็นขั้นตอนสำคัญเพราะมี sanction อยู่

ข้อยกเว้นประการที่หนึ่งคือในกรณีเร่งด่วน ฝ่ายปกครองอาจจะไม่ดำเนินการตามขั้นตอนได้ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็เขียนผ่อนผันในเรื่องแบบและขั้นตอนเอาไว้หลายประการ เช่น การรับฟังข้อโต้แย้งและพยานหลักฐาน ถ้าเป็นกรณีด่วนก็อาจจะส่งไปก่อนได้ ตามมาตรา ๓๐ ประการที่สอง ถ้าฝ่ายเอกชนเองสร้างเงื่อนไขเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติตามแบบได้ เช่น กำหนดว่าฝ่ายปกครองดูในฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์ทะเบียนราษฎร์ทราบว่าอยู่บ้านเลขที่นี้ เขาแจ้งไปตามที่อยู่นี้ ปรากฏว่าไม่ได้อยู่ตามบ้านเลขที่นั้นโดยไม่มาแจ้งย้ายถือว่าเป็นเรื่องที่เอกชนบกพร่องทำให้ไม่สามารถที่จะดำเนินการตามแบบหรือขั้นตอนได้

๓. วัตถุประสงค์ ในขณะที่กฎหมายแพ่งพูดถึงเรื่องไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ไม่ขัดต่อศีลธรรม ไม่เป็นพันวิสัย กฎหมายปกครองพูดว่ารัฐเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน เพราะฉะนั้นการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การกระทำของฝ่ายปกครองต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นวัตถุประสงค์ทั่วไป แต่กฎหมายเฉพาะยังอาจจะกำหนดวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่องได้อีก การกระทำของฝ่ายปกครองต้องไม่ไปขัดต่อวัตถุประสงค์ที่กฎหมายเฉพาะกำหนดด้วย ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าคนที่เข้ามาอยู่ในตำแหน่งเอาเหตุผลส่วนตัวเข้ามาสู่การใช้อำนาจในตำแหน่ง การใช้อำนาจนั้นจะไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะย่อมขัดต่อวัตถุประสงค์ทันที เช่น นายกเทศมนตรีมีคำสั่งห้ามจอดรถริมถนนทุกแห่งยกเว้นบริเวณหน้าร้านของตัวเองให้จอดได้เป็นการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์สิ่งนั้นก็ห้าม หรือคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๗๗/๒๕๔๘ และคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๑๐/๒๕๑๒ เทศบาลอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร สั่งห้ามนำสุกรมี่ชีวิตจากข้างนอกเข้ามาในเขตเทศบาล วัตถุประสงค์คือถ้าเอาสุกรเข้ามาแข่งกับสุกรในเขตจะทำให้ราคาถูกลง เห็นชัดว่าพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควรมีวัตถุประสงค์ป้องกันไม่ให้ราคาแพง แต่การห้ามสุกรภายนอกเข้ามาก็เพราะว่าถ้าเข้ามาราคาจะถูก การห้ามเข้ามาจึงทำให้ราคาแพง ซึ่งตรงข้ามกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติศาลฎีกาวินิจฉัยว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๕๐/๒๕๐๙ ตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร โจทก์สร้างอาคารขึ้นโดยไม่ได้อุญาต เจ้าพนักงานมีคำสั่งซื้อ ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงแข็งแรง การอนามัย การสุขาภิบาล การป้องกันอัคคีภัยและการผังเมือง ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ว่าถ้าไม่ได้ขออนุญาตแล้วต้องรื้ออย่างเดียว เพราะฉะนั้นถ้าอาคารโจทก์มั่นคงแข็งแรง มีการรักษอนามัย สุขาภิบาล ป้องกันอัคคีภัย สอดคล้องกับระบบผังเมืองดี แม้ไม่ได้ขออนุญาตก่อสร้างไว้ก็ไม่ใช่ว่าจะต้องรื้อเท่านั้น ทางที่จะต้องทำคือให้มาขออนุญาตเสียให้ถูกต้อง

๔. ไม่บกพร่องในเรื่องเจตนา ไม่ถูกกลฉ้อฉล ไม่สำคัญผิด ไม่ถูกข่มขู่ ถ้าเอาปืนจี้หัวบอกว่าเซ็นอนุมัติสัมปทานนี้ โบนัสให้สัมปทานก็เป็นโมฆะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเกิดจากการข่มขู่ หรืออาจจะเกิดจาก

ความสำคัญผิดก็ได้ เช่น ผู้ขอสัมปทานร่วมกับเจ้าหน้าที่ระดับล่างบิดเบือนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพพื้นที่
ผู้บังคับบัญชาหลงเชื่อสั่งการไปก็เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบ

เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการมาตรา ๒๑ วรรคสอง ว่าการสั่งพักใช้
ใบอนุญาตสั่งได้ครั้งละ ๓๐ วัน เพราะฉะนั้นจะสั่งพักใบอนุญาตในระยะเวลาที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้