

บทที่ 3

คำสั่งทางปกครอง

1. ความหมายของคำสั่งทางการปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของคำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 5 วรรคสามว่า

"คำสั่งทางปกครอง"หมายความว่า

1. การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2. การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ขณะนี้มี กฎกระทรวงฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ

- 1) การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ ในกรณีของ
 - ก. สั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อเช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - ข. การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - ค. การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
 - ง. การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน
- 2) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

จากนิยาม คำสั่งทางปกครองมีสาระสำคัญ 5 ประการ คือ

1. กระทำโดยเจ้าหน้าที่
2. ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย
3. ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย

4. เกิดผลเฉพาะกรณี

5. มีผลไปสู่ภายนอกโดยตรง

ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1.1 คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ "เจ้าหน้าที่" ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่บุคคลคนเดียว คณะบุคคล หรือนิติบุคคลก็ได้ แต่นิติบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีตัวตนและมีชีวิตจิตใจเหมือนบุคคลธรรมดา ดังนั้นถึงแม้ว่าจะได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดตามกฎหมาย นิติบุคคลก็ไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ต้องให้บุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งซึ่งเป็น "ผู้แทน" หรือ "ผู้มีอำนาจแทน" ของตนใช้อำนาจดังกล่าวแทนตนและในนามของตนอีกทอดหนึ่ง ในทางปฏิบัติแล้ว ผู้ซึ่งใช้หรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายมีอยู่เพียงสองประเภทเท่านั้น นั่นคือบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

และที่สำคัญ "เจ้าหน้าที่" ไม่จำเป็นต้องได้รับการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐเสมอไป แต่อาจเป็นเอกชนก็ได้ เช่น บริษัทเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้มีอำนาจตรวจสภาพรถยนต์และออกใบรับรองว่ารถยนต์คันที่มารับการตรวจผ่านการตรวจสภาพทำให้มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองกับนิติกรรมทางแพ่งโดยใช้หลักเกณฑ์ในด้านองค์กร กล่าวคือ ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองต้องเป็นการสั่งการมาจากเจ้าหน้าที่องค์กรที่มีลักษณะเป็นราชการ หรือนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนแต่เพียงลำพังไม่ได้ เนื่องจากปัจจุบันขอบเขตและปริมาณของบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำมีมากขึ้น ทำให้รัฐไม่อาจจัดทำกิจการทั้งหมดได้ด้วยตนเอง รัฐอาจมอบกิจการบางอย่างให้เอกชนไปจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ในรูปของสัมปทาน ในรูปของการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยผู้รับสัมปทาน หรือเอกชน ผู้เข้าร่วมงานหรือร่วมดำเนินการในกิจการของรัฐยังคงฐานะเป็นเอกชนไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ เช่น สภานายความมีบทบาทและความรับผิดชอบในการควบคุมการประกอบวิชาชีพทนายความ ฉะนั้นหลักเกณฑ์การพิจารณาแยกคำสั่งทางปกครองกับนิติกรรมทางแพ่งจึงต้องพิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองประกอบด้วย ฉะนั้นถ้าเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นเอกชนโดยใช้อำนาจรัฐในทางปกครอง มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของบุคคล ก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน

1.2 คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่ เจ้าหน้าที่สามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วย คำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่จึงปรากฏอยู่ในลักษณะเป็นการ

สั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำการ งดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเสียเป็นส่วนใหญ่ แต่เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐอาจเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร ในทางนิติบัญญัติหรือในทางตุลาการได้ ฉะนั้นการใช้อำนาจรัฐในที่นี้จึงหมายถึงแต่เฉพาะการใช้อำนาจรัฐในทางปกครองเท่านั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดของเจ้าหน้าที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ เป็นเรื่องค่อนข้างยาก ในทางทฤษฎีมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ ในการพิจารณา ดังนี้¹

1. หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร โดยพิจารณาว่าบุคคลที่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ และสังกัดองค์กรที่เป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหารหรือไม่ เนื่องจากโดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐต้องจัดทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เว้นแต่เป็นเรื่องที่มอบหมายให้เอกชนใช้อำนาจรัฐในการจัดทำกิจการของรัฐบางอย่าง เช่น การควบคุมการประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

2. หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา โดยพิจารณาจากเนื้อหาของงานหรือกิจการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำว่าเป็นงานหรือกิจการทางปกครองหรือไม่ โดยงานหรือกิจการดังกล่าวอาจเป็นเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะหรือการรักษาความเรียบร้อยทางปกครองก็ได้ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจสั่งการหรือทำคำสั่งทางปกครองในการปฏิบัติงานดังกล่าวหรือไม่

3. หลักเกณฑ์ทางด้านรูปแบบ ได้แก่กฎหมายที่ใช้บังคับหรืออำนาจหน้าที่พิเศษ โดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นกฎหมายปกครองหรือกฎหมายเอกชน การใช้อำนาจสั่งการหรือทำคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเป็นการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่สั่งการมีอำนาจหรือหน้าที่พิเศษแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ใน กฎหมายเอกชนหรือไม่ เช่น การใช้อำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

จากหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการไม่สามารถพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งมาพิจารณาโดยลำพังได้ เช่น หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรก็จะได้เห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติ หรือองค์กรตุลาการ อาจเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองได้ เช่น คำสั่งไล่ผู้พิพากษาออกจากราชการโดยประธานศาลฎีกา ตามมติของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมดั่งนั้น นักกฎหมายบางคนจึงให้พิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองหรือไม่² กรณี คำสั่งไล่ผู้พิพากษาออกจากราชการโดยประธานศาลฎีกาซึ่งต้องปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 70 ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองที่

¹ ฤทัย หงส์สิริ, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 207

² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 111

ทำให้อำนาจคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมมีอำนาจในการบริหารงานของบุคลากรในองค์กรตุลาการเป็นคำสั่งทางปกครอง

1.3 คำสั่งทางปกครองเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นต้องมีผลทางกฎหมายอันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดหรือก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การเรียกบุคคลให้เข้ารับราชการทหาร การให้ทุนการศึกษาแก่นักศึกษาที่ได้รับคัดเลือก การออกคำสั่งให้เงินอุดหนุนหรือเงินช่วยเหลือแก่สถานศึกษาเอกชน การสั่งแต่งตั้งให้บุคคลดำรงตำแหน่งหรือให้เลื่อนตำแหน่งทางราชการ การสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ เป็นต้น ฉะนั้นการสั่งการใดที่ไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น อยู่ในระหว่างการเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง เป็นการให้ข้อมูลข่าวสารคำแนะนำ การอธิบายความเข้าใจ หรือแม้แต่ระเบียบภายในของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ตาม เป็นต้น

ยกตัวอย่างกรณีคำเดือนของพนักงานตรวจแรงงานตามข้อ 77 ของประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 มีลักษณะเป็นเพียงมาตรการเพื่อบอกกล่าวแก่นายจ้างว่าได้มีการฝ่าฝืนประกาศฉบับนี้และเดือนให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น เมื่อประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 ที่ให้อำนาจออกประกาศกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว มิได้บัญญัติถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามคำเดือนของพนักงานตรวจแรงงานได้แต่อย่างใด นายจ้างผู้รับคำเดือนย่อมสามารถใช้ดุลยพินิจของตนโดยอิสระที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามคำเดือนดังกล่าวได้ ดังนั้นคำเดือนของพนักงานตรวจแรงงานจึงไม่มีผลเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ต่อนายจ้างแต่อย่างใด คำเดือนของพนักงานตรวจแรงงานดังกล่าวจึงมิใช่คำสั่ง ทางปกครอง³

แต่บางกรณีคำเดือนก็อาจมีผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเช่นกันและดังนั้นจึงเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น การที่เจ้าพนักงานการพิมพ์ให้คำเดือนเป็นหนังสือแก่ผู้พิมพ์และหรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์อื่นนอกจากหนังสือพิมพ์ที่ได้โฆษณาสิ่งพิมพ์ซึ่งเจ้าพนักงานการพิมพ์เห็นว่าอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คำเดือนของ เจ้าพนักงานการพิมพ์มีผลทางกฎหมายคือ หากผู้ถูกตักเตือนไม่รับฟังในคำเดือนนั้น เจ้าพนักงานการพิมพ์มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้งดการเป็นผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณา และหรือสั่งให้งดใช้เครื่องพิมพ์ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิมพ์นั้น มีกำหนดเวลาไม่เกินสามสิบวัน ตามพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 มาตรา 21(1) เจ้าพนักงานการพิมพ์จะมีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้ให้คำเดือนผู้พิมพ์

³ ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง เสร็จที่ 531/2541

และหรือผู้โฆษณาแล้ว และผู้ถูกตักเตือนไม่รับฟังในคำเตือนนั้นคำเตือนของเจ้าพนักงานจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง⁴

ในส่วนของการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ดังนั้นมาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจปกครองหากเป็นเพียงการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองในท้ายที่สุดก็ยังไม่ถือว่าเป็นมาตรการนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัย⁵ เป็นต้น

1.4 คำสั่งทางปกครองเกิดผลเฉพาะกรณี คำสั่งทางปกครองจะต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเฉพาะรายอย่างเจาะจงและมีลักษณะเป็นรูปธรรมชัดเจน ซึ่งแตกต่างจาก "กฎ" ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและมีลักษณะเป็นนามธรรม การเกิดผลเฉพาะกรณีอาจจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ แต่เป็นที่ทราบตัวบุคคลแน่นอนได้ ตัวอย่าง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดกรุงเทพมหานคร ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 ออกใบอนุญาตให้นายขาว ก่อสร้างอาคารพาณิชย์ลงบนที่ดิน โฉนดที่ดิน เลขที่ 123 แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานครเป็นข้อความที่อนุญาตให้เฉพาะเจาะจง คือ นายขาว ก่อสร้างอาคารพาณิชย์บนที่ดินดังกล่าวได้

ในประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธรัฐเยอรมันได้กำหนดให้คำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า "คำสั่งทั่วไปในทางปกครอง" (Allgemeinverfuehung) ซึ่ง รศ.ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์ อธิบายว่า

"เป็นคำสั่งที่มีลักษณะกว้าง ๆ จะเป็นคำสั่งทางปกครอง⁶ ก็ไม่ใช่ จะเป็นกฎหมายก็ไม่เชิง คือ ไม่มีการเจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า แต่เป็นกรณีเฉพาะราย เช่น ป้ายจราจร ป้ายเหล่านี้ไม่กฎหมาย (เพราะสิ่งที่เป็นกฎหมายอยู่ในตัวพระราชบัญญัติ แต่ป้ายนี้ออกมาจากพระราชบัญญัติแล้ว) เพราะไม่ได้บอกว่าจะใช้กับนายดำ นายแดง แต่เป็นการห้ามโดยทั่วไปสำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น รวมทั้งตำรวจจราจรด้วย เพราะฉะนั้นป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทั่วไปเพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่องแต่ไม่ระบุตัวบุคคล เมื่อใครมาพบต้องปฏิบัติตาม

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การกระทำทางปกครอง, อาจารย์บุชา ศาสตราจารย ์ ดร.อมร จันทรสมบุรณ์, หน้า 150 - 151

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 117 - 118

⁶ ท่านใช้คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ซึ่งมีความหมายเดียวกัน

ในทางกฎหมายปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทั่วไปในทางปกครอง ฯลฯ เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง”⁷

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยจะไม่มีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าว ซึ่งศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ ได้ให้คำอธิบายว่า “คำสั่งทางปกครองที่แจ้งชัดและใช้บังคับเฉพาะกรณีนี้อาจเป็นคำสั่งรวมหรือ คำสั่งทั่วไปที่ใช้บังคับกับกลุ่มบุคคลใดก็ได้ เช่น ตำรวจจะออกคำสั่งห้ามการชุมนุมในสถานที่แห่งหนึ่งในวันรุ่งขึ้นหรือห้ามบุคคลเข้าไปในอาคารที่มีสภาพเสี่ยงต่อการพังทลาย หรือให้ผู้อาศัยในเขตโรคระบาดจัดการมาเชื้อโรคโดยค่าใช้จ่ายของตนเองหรือห้ามขายผักบางชนิดเขตอนุรักษ์ธรรมชาติหรือป้ายสัญญาณจราจรกำหนดวิธีเดินรถ คำสั่งเหล่านี้จะเห็นได้ว่าเป็นการบังคับแก่บุคคลหลายคนคล้ายกับ “กฎ” แต่ขณะเดียวกันก็ไม่มีสภาพเป็น “กฎ” เพราะมุ่งหมายให้เกิดผลทันทีแก่กลุ่มบุคคลที่แน่นอนแล้ว”⁸

1.5 คำสั่งทางปกครองมีผลภายนอกโดยตรง ลักษณะนี้ชี้ให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ในฐานะที่รัฐเป็นผู้รักษาประโยชน์มหาชน จึงสามารถรุกร้าเสรีภาพของเอกชนได้ ข้อความคิดในเรื่องคำสั่งทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิของราษฎรดังนั้นจึงกำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อเอกชน มิใช่การกระทำระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยกันเอง (ลำพังแต่หนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวปฏิบัติและแนวการใช้ดุลพินิจที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับผู้บังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครอง จึงไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง⁹) แต่บุคคลบางประเภท เช่น ข้าราชการ นักศึกษาในมหาวิทยาลัยของรัฐ นักโทษ อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาดูแลจากรัฐเป็นพิเศษจากเอกชนทั่วไป หากพิจารณาในทางกฎหมายปกครอง บุคคลเหล่านี้มีความสัมพันธ์กับรัฐใน 2 ลักษณะ คือ ประการแรก ความสัมพันธ์พื้นฐาน (เรื่องส่วนตัว) ถ้านิติสัมพันธ์เป็นการก่อเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งความสัมพันธ์พิเศษ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลไปกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก เช่น คำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัยของผู้บังคับบัญชา กลายเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และประการที่สอง ความสัมพันธ์ในทางการงาน (เรื่องงาน) เป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงาน ซึ่งข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม ไม่ใช่ฐานะส่วนตัว ดังนั้นสถานภาพทางกฎหมาย

⁷ กมลชัย รัตนสากวงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: กองทุนสวัสดิการกองวิชาการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2542), หน้า 12 - 13

⁸ อ่างโน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, หน้า 48

⁹ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, นิตยสาร 17, 4 (2530), หน้า 67

ในฐานะส่วนตัวของข้าราชการผู้นั้นไม่ถูกกระทบกระเทือน กรณีจึงไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก ดังนั้นจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง¹⁰

ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งการย้ายข้าราชการครูไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นภายในกรมเดียวกัน ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ มีลักษณะเป็นการบริหารงานภายในหน่วยงานของรัฐเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่การปฏิบัติราชการภายในหน่วยงานนั้น การโยกย้ายดังกล่าวมีผลเป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงภารกิจในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งสิทธิและประโยชน์ในฐานะการเป็นข้าราชการผู้นั้นมิได้เปลี่ยนไปจากเดิม คำสั่งกรมการศึกษานอกโรงเรียนที่ย้าย นาย ศ. จากตำแหน่งหัวหน้าศูนย์ 2 ศูนย์บริการการศึกษานอกโรงเรียนอำเภอเขาสวนกวาง จังหวัดขอนแก่น ไปดำรงตำแหน่ง อาจารย์ 2 ระดับ 6 ศูนย์การศึกษานอกโรงเรียนจังหวัดมหาสารคาม จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง¹¹

แต่อย่างไรก็ดีนักกฎหมายบางท่าน เห็นว่าคำสั่งโยกย้ายข้าราชการที่มีผลเป็นการเปลี่ยนลักษณะงานของข้าราชการผู้นั้นอย่างสิ้นเชิง หรือเปลี่ยนสถานที่ทำงานในลักษณะที่มีผลกระทบกับข้าราชการที่ถูกโยกย้ายอย่างเห็นได้ชัดเจนเช่น ย้ายจากส่วนกลางไปส่วนภูมิภาคหรือในทางกลับกัน คำสั่งดังกล่าวควรถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง¹²

2. ความหมายของคำว่า กฎ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของ กฎ ไว้ในมาตรา 5 วรรคสี่ว่า

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดเป็นการเฉพาะ

จากบทนิยาม กฎ มีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

1. กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม (abstract)
2. มีผลบังคับแก่บุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวน

¹⁰ กมลชัย รัตนสกลวงศ์ , หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน , (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), หน้า 127

¹¹ โปรดดูความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 514/2545

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง , หน้า 120 - 121

ลักษณะของกฎ จึงเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปและใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคตถ้าจะเกิดขึ้น แต่หากไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นกฎนั้นก็ไม้อาจสร้างผลให้เกิดขึ้นได้เลย ส่วนคำว่า "มีผลบังคับเป็นการทั่วไป" ไม่ได้หมายความว่า จะต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน แม้จะมีผลบังคับแก่เฉพาะประชาชนบางประเภทก็เป็นกฎได้ เช่น ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการ พลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 เป็นต้น

ลักษณะเฉพาะของกฎ

1. กฎจะต้องมีการประกาศเสมอ เพราะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงจะเกิดแก่ผู้ใดก็ได้ จึงต้องมีการประกาศติดเอาไว้ล่วงหน้าเพื่อบุคคลทั่วไปจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามกฎหรือไม่ฝ่าฝืนกฎ

2. วิธีการออกกฎมีกระบวนการที่ซับซ้อนกว่า เพราะกฎใช้บังคับกับคนเป็นจำนวนมาก จึงมักจะมีวิธีกลั่นกรองเพื่อหาหลักการที่เหมาะสม เช่น ต้องกระทำในที่ประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็น

3. การโต้แย้งกฎมีลักษณะพิเศษ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 11 (2) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เป็นคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งคดีประเภท ดังกล่าว พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้ต้องให้มีการอุทธรณ์กฎก่อน ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองจึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรงแต่อย่างไรก็ดีขณะที่กฎออกมาใช้บังคับนั้นยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิโดยตรงแนวทางที่จะโต้แย้งว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นใดจึงไม่อาจกระทำได้ หากแต่ต้องรอให้กฎมีผลบังคับแต่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเฉพาะกรณีเกิดขึ้นเสียก่อน

4. การเพิกถอนกฎทำได้เสมอ โดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องการบริการสาธารณะที่ว่าบริการสาธารณะย่อมสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน

5. กฎอาจใช้เป็นฐานหรือเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้

3. รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองแห่งพระราชบัญญัตินี้ ได้กำหนดรูปแบบไว้ในมาตรา 34 และมาตรา 35 โดยอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ที่สำคัญคือจะต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ อย่างไรก็ตามคำว่าชัดเจนนี้จะต้องพิจารณาจากสภาพของเนื้อหาคำสั่งทางปกครองนั่นเอง มิใช่เน้นความรู้สึกหรือความเข้าใจของผู้ออกคำสั่งมาพิจารณา คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอจะต้องถือว่าเป็นโมฆะ(เสียมาตั้งแต่ต้น) ในกรณีเจ้าหน้าที่เลือกที่จะทำคำสั่งด้วยวาจา ถ้าผู้รับคำสั่งร้องขอภายใน 7 วันนับแต่วันที่มิคำสั่งดังกล่าวให้ยืนยันเป็นหนังสือ และการร้องขอได้กระทำโดยมีเหตุอันควรเจ้าหน้าที่จะต้องออกหนังสือยืนยันคำสั่งทางปกครองของตนให้ คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสืออย่างน้อยจะต้องระบุวันเดือนและปีที่ออกคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งตลอดจนลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง ตามมาตรา 36 คำสั่งทางปกครองจะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิงข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลยพินิจ

ส่วนรูปแบบคำสั่งทางปกครองโดยวิธีการอื่น เช่น สัญญาณมือของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ไฟสัญญาณจราจรก็เป็นคำสั่งให้เคลื่อนไหวหรือให้หยุด สัญญาณรอกหรือไฟกระพริบของชาวเรือ เป็นต้น ถ้าการสื่อความหมายนั้นมีความชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ตามเงื่อนไขของมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัตินี้¹³

4. การจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้วการกำหนดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการในประเทศต่าง ๆ อาจจำแนกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ ¹⁴ คือ

1. ระบบที่กำหนดไว้เป็นหลักทั่วไปให้ต้องแสดงเหตุผลแห่งการวินิจฉัยสั่งการให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทราบด้วย ส่วนกรณีที่ไม่ต้องแสดงเหตุผลถือเป็นข้อยกเว้น เช่น ประเทศไทย
2. ระบบที่ถือเป็นหลักทั่วไปว่า หากจำเป็นต้องแสดงเหตุผลแห่งการวินิจฉัยสั่งการ

¹³ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2544), หน้า 25

¹⁴ พนม เอี่ยมประยูร, "การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง(Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539", รวมบทความวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, หน้า 93

นั้นให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทราบไม่ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดว่าจะต้องกระทำเช่นนั้น เช่น ประเทศฝรั่งเศส

ประโยชน์ในการแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการ ในแง่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่าให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยสั่งการด้วยความรอบคอบ ระมัดระวัง ทั้งในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจ ส่วนในแง่ของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ก็จะได้ทราบว่า การที่ตนได้รับคำสั่งไปในทางปฏิเสธก็ดี หรือในทางที่เป็นภาระแก่ตนก็ดีเป็นเพราะเหตุผลใด ซึ่งหากมีเหตุผลที่ดีแล้ว ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ยอมรับคำสั่งนั้นได้อย่างเต็มใจและง่ายขึ้น แต่หากไม่เห็นด้วยกับเหตุผลในคำสั่ง ก็สามารถรู้ได้ว่าจะต้องโต้แย้งคัดค้านในประเด็นใด และประโยชน์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการไว้ในคำสั่งทางปกครอง ย่อมทำให้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการกระทำได้ชัดเจนและง่ายขึ้นว่าคำสั่งทางปกครอง นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เหมาะสมหรือมีเหตุมีผลหรือไม่

หลักการต้องให้เหตุผลมีความหมายว่าเป็นการกำหนดให้ผู้ออกคำสั่งต้องแสดงหรือระบุ เหตุผลที่ตนใช้ในการออกคำสั่งเอาไว้ในตัวคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารที่มีการแจ้งไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง(มิใช่หมายถึงว่าขอเพียงแต่ให้มีเหตุผลในการออกคำสั่งเท่านั้น ไม่ต้องแสดง เหตุผลให้ปรากฏหรือระบุเหตุอันไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายก็ได้)¹⁴

มาตรา 37 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ ทั้งหมดและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ต้องจัดให้มีเหตุผลด้วยและเหตุผลนั้นต้อง ประกอบด้วย

1. ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญอันได้แก่ ข้อเท็จจริงที่รับฟังได้และใช้ ประกอบการทำคำสั่งทางปกครอง
2. ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ได้แก่ บทกฎหมายต่าง ๆ ที่อ้างอิงอันทำให้เกิดมี คำสั่งทางปกครอง
3. ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ได้แก่ เหตุและมูลเหตุจูงใจ ที่ทำให้เกิดข้อยุติของคำสั่ง ทางปกครอง

ลักษณะของการให้มีเหตุผลในคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือออกเป็น 3 กรณี คือ

1. กรณีที่ยอมให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการในภายหลัง กรณี ที่ต้องมีการอุทธรณ์ จะต้องจัดให้มีเหตุผลก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ กรณีที่ไม่ ต้องมีการอุทธรณ์ จะต้องจัดให้มีเหตุผลก่อนมีคำสั่งไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณา

¹⁴ บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์ , หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง , หน้า 34

วินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองที่ละเลยไม่แสดงเหตุผล ประกอบคำวินิจฉัยสั่งการทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ (มาตรา 41 (2))

2. กรณีที่ต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ในตัวคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง (มาตรา 37 วรรคสอง) และคำสั่งทางปกครองที่มีได้มีการแสดงเหตุผลประกอบตามกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแต่แรก

3. กรณียกเว้นไม่ต้องจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 37 วรรคสามและมาตรา 38) ได้แก่กรณีต่อไปนี้

- 1.) กรณีผลของคำสั่งทางปกครองตรงตามคำขอของผู้กรณีและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของผู้อื่น
- 2.) กรณีเหตุผลนั้นรู้อยู่แล้วโดยไม่ต้องระบุอีก
- 3.) กรณีเป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับ
- 4.) กรณีการออกคำสั่งด้วยวาจาซึ่งจะระบุเหตุผลไม่ได้โดยสภาพ
- 5.) กรณีเร่งด่วน
- 6.) กรณีเป็นไปตามกฎกระทรวง

5. เงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครอง

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจกำหนด เงื่อนไขเท่าที่จำเป็นประกอบคำสั่งทางปกครองได้ ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดกับข้อการใช้อำนาจ ดุลยพินิจที่กำหนด เงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองอาจกำหนดได้ดังนี้

1. การกำหนดระยะเวลา เป็นการกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือ สิ้นผลบังคับ ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง เช่นการให้ใบอนุญาตเข้าเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็น ระยะเวลา 3 เดือน เมื่อครบกำหนดระยะเวลา คำสั่งดังกล่าวจะสิ้นผลไปโดยอัตโนมัติโดยไม่ต้อง เพิกถอนอีก คำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขเป็นการเริ่มมีผลหรือสิ้นผลที่มีการกำหนดระยะเวลาที่ แน่นนอน อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีทั้งเป็นภาระกับผู้รับคำสั่งทางปกครอง รวมถึงคำสั่งทาง ปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่น การจ่ายเงินช่วยเหลือคนพิการ คำสั่งปิดถนน เป็นต้น

2. การกำหนดเงื่อนไข เป็นการกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือ สิ้นผลอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน ดังนั้นการออกคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนไขขึ้นอยู่กับ ว่ามีเหตุการณ์ในอนาคตไม่แน่นอนเกิดขึ้นและเหตุการณ์สิ้นสุดลง ก็จะมีผลให้คำสั่งทางปกครอง

นั้นสิ้นสุดเมื่อเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนเกิดขึ้นมาแล้วในอดีต เช่น ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารมีเงื่อนไขว่าการอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารมีผลเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ก่อสร้างอาคารที่จอดรถแล้ว

3. การสงวนสิทธิในการยกเลิกหรือเพิกถอน ในการสงวนสิทธิที่จะยกเลิกสามารถกระทำได้ตั้งแต่ทั้งหมดหรือบางส่วน การสงวนสิทธิที่จะยกเลิกมิใช่เป็นเรื่องตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือระบุไว้ในคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาการบอกเลิกคำสั่งทางปกครองอาจได้แก่กรณีหนึ่งกรณีใดต่อไปนี้

ก. เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกได้ทุกเวลา โดยเอาเวลามาเป็นเงื่อนไขในการบอกเลิก

ข. สามารถบอกเลิกได้ในกรณีหนึ่งกรณีใดโดยเฉพาะ เช่น ในการก่อสร้างโรงงานบำบัดน้ำเสียเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้บอกเลิกโดยระบุไว้ว่าในการก่อสร้างกระทำฝ่าฝืนกฎหมายการก่อสร้างอาคาร ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้ทันที ฉะนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงดูเพียงว่ามีการฝ่าฝืนหรือไม่ ถ้ามีการฝ่าฝืนก็บอกเลิกได้ทันที

4. การเพิ่มภาระหรือข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์คำสั่งทางปกครองต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ ภาระการ กวดขันการ หรือยอมรับภาระอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนั้นคำสั่งที่มีข้อกำหนดจึงเป็นคำสั่งที่เป็นภาระแก่ผู้รับประโยชน์คำสั่งทางปกครอง เช่น ก. ได้รับใบอนุญาตขับชั้รถยนต์ ในใบขออนุญาตเจ้าหน้าที่เขียนไว้ในคำร้องว่า เมื่อระยะเวลา 10 ปีผ่านไปให้นาย ก. นำใบตรวจสายตาจากแพทย์มายื่น เมื่อครบกำหนดระยะเวลา 10 ปี ถ้า นาย ก. ไม่นำใบตรวจสายตาจากแพทย์มายื่น คำสั่งยังมีผลอยู่แต่เป็นเหตุให้บอกเลิกคำสั่งได้เท่านั้น

5. การสงวนสิทธิข้อกำหนดหรือข้อกำหนดเพิ่มเติม เช่น การอนุญาตให้สร้างอาคารแต่พื้นดินอ่อน ในใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารจึงให้ถมที่ดินให้แข็งแรงแน่นหนา ก่อนสร้างอาคาร

มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัตินี้วางหลักกำกับไว้ว่าให้เจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจที่จะกำหนดเงื่อนไขได้ "เท่าที่จำเป็นเพื่อให้สำเร็จวัตถุประสงค์ของกฎหมาย" มิใช่กำหนดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือกำหนดนอกวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น กิจการขนส่งผู้โดยสารต้องมีความปลอดภัยไม่ทำให้ผู้โดยสารเสียหาย การอนุญาตแต่มีเงื่อนไขให้ต้องเอาประกันชีวิตผู้โดยสารจึงมีเหตุผลตามวัตถุประสงค์ (ความเห็นกรมการร่างกฎหมาย (ที่ประชุมใหญ่) เรื่องเสรีจที่ 276/2539) แต่การอนุญาตกิจการขนส่งผู้โดยสารโดยมีเงื่อนไขให้บริจาคเงินช่วยเหลือสมาคมผู้รักสัตว์ ดังนี้

ไม่สมควรกระทำได้¹⁵ เพราะไม่มีเหตุผลใดเกี่ยวเนื่องกัน โดยมาตรา 39 วรรคสอง ได้กำหนดตัวอย่างของเงื่อนไขไว้ใน 4 กรณี คือ

- 1.) การกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือสิ้นสุดผล ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง เช่น ออกใบอนุญาตขายหนังสือพิมพ์บนทางเท้า แต่ให้เริ่มขายได้เมื่อถึงวันขึ้นปีใหม่เป็นต้นไป
- 2.) การกำหนดให้การเริ่มมีผลหรือสิ้นสุดผลหรือภาระหน้าที่ต้องขึ้นกับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน เช่น การออกใบอนุญาตให้ตั้งโรงงานแต่มีเงื่อนไขการเริ่มมีผลว่าการลงมือก่อสร้างโรงงานจะทำได้ต่อเมื่อมีผู้มาขออนุญาตดำเนินการบำบัดน้ำเสียรวมในบริเวณท้องที่นั้นแล้ว
- 3.) ข้อสงวนสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครอง กรณีนี้ผลมิได้เป็นไปโดยอัตโนมัติ แต่มีผลถ้าหากมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์ขึ้นก็จะพิจารณาว่าจะยกเลิกหรือไม่ การกำหนดข้อสงวนสิทธิย่อมใช้ในกรณีมีเหตุจำเป็นเหมาะสมเท่านั้นเพราะจะทำให้สิทธิต่าง ๆ ไม่แน่นอน เช่น อนุญาตให้ผลิตยาชนิดหนึ่งที่ใช้ได้ผลพอควรแต่มีผลข้างเคียงบางประการที่ไม่เหมาะสม แต่ทางวิชาการยังหาอีกมาแทนที่ไม่ได้ จึงควรอนุญาตให้ผลิตได้เพื่อใช้ชั่วคราวโดยอยู่ในการควบคุมของแพทย์ กรณีนี้อาจมีการกำหนดเงื่อนไขว่าเมื่อใดวิทยาการก้าวหน้าพบยาตัวใหม่ที่ใช้รักษาอาการเจ็บป่วยนั้นได้ดีกว่าโดยไม่มีผลข้างเคียงก็จะยกเลิกใบอนุญาตนั้น เป็นต้น
- 4.) การกำหนดให้ผู้ได้รับประโยชน์ต้องกระทำ หรืองดเว้นกระทำ หรือต้องมีภาระหน้าที่หรือยอมรับหน้าที่ หรือความรับผิดชอบบางประการ หรือการกำหนดข้อความในการจัดให้มีเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มข้อกำหนดดังกล่าว เช่น อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารชนิดหนึ่งได้แต่ต้องจัดสร้าง

¹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ , กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง , หน้า 272

