บทที่ 1

ความหมายและลักษณะสำคัญของการมอบอำนาจทางปกครอง

เมื่อภารกิจของฝ่ายปกครองมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งทำให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย มีภารกิจที่จะต้องใช้อำนาจในปริมาณและคุณภาพที่มากเกินไปกำลังจะกระทำได้เพียงคนเดียว การจะให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายใช้อำนาจนั้นๆ เองไปเสียทุกอย่างย่อมนำมาซึ่งข้อขัดข้องในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุผลความจำเป็นบางประการ ข้อความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจทางปกครองจึงถูกพัฒนาขึ้น เพื่อเยียวยาข้อขัดข้องในการปฏิบัติงานซึ่งเกิดจากความซับซ้อนของภารกิจทางปกครองที่มีมากขึ้นทุกขณะ อันจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยลุล่วงและมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง การมอบอำนาจทางปกครองจึงเป็นการกระทำการแทนที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายยังคงปฏิบัติงานอยู่ในตำแหน่งและไม่ได้มีเหตุขัดข้องที่ทำให้ไม่อาจทำหน้าที่ได้ โดยการที่ได้มอบอำนาจไปนั้น ก็เพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.1 ความหมายของการมอบอำนาจทางปกครอง

การมอบอำนาจทางปกครองคือ การที่ผู้มีอำนาจมอบอำนาจอันตนมีอยู่ให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ โดยผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้อำนาจนั้นได้ในนามของตนเอง¹ กล่าวคือ เมื่อมีการมอบอำนาจโดยสมบูรณ์แล้ว ผู้มอบอำนาจสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจในการใช้อำนาจได้อย่างเต็มที่ในฐานที่เป็นองค์กรผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นจนกว่าการมอบอำนาจนั้นจะสิ้นสุดลง ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจทางปกครองก็เพื่อเป็นการแบ่งเบางานขององค์กรผู้มีอำนาจซึ่งมีภาระหน้าที่จำนวนมากอันส่งผลให้การใช้อำนาจในเรื่องนั้นๆ เป็นไปโดยล่าช้าไม่ทันต่อสถานการณ์ ตลอดจนอาจเป็นไปเพื่อให้การตัดสินใจใช้อำนาจมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการมอบอำนาจทางปกครองมิใช่การโอนอำนาจไปโดยเด็ดขาด ผู้มอบอำนาจอาจกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของการมอบอำนาจไว้ในคำสั่งมอบอำนาจนั่นเอง หรืออาจยกเลิกการมอบอำนาจที่ได้กระทำไปนั้นเสียได้ อาจกล่าวได้ว่า ในกรณีเช่นนี้ผู้มอบอำนาจไม่ได้มอบอำนาจไปให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ

¹พนม เอี่ยมประยูร, “การมอบอำนาจในฝ่ายบริหาร”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่3,ปีที่ 18,น.16 (กันยายน 2531).

ทั้งหมดแต่เป็นการมอบอำนาจของตนให้ไปแต่เพียงบางส่วนหรือชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น อำนาจในเรื่องนั้นๆ ย่อมกลับมาเป็นของผู้มอบอำนาจอีกครั้ง หากสิ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่งมอบอำนาจหรือมีการยกเลิกการมอบอำนาจนั้น การมอบอำนาจในลักษณะเช่นนี้ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า *delegation de competence* หรือ *delegation de pouvoir*

1.2 ความจำเป็นของการมอบอำนาจทางปกครอง

ความจำเป็นที่ต้องมีการมอบอำนาจในทางปกครอง มี 2 ประการหลักๆ ดังนี้

1.2.1 เหตุผลที่เกี่ยวกับความล่าช้าในการปฏิบัติราชการ

โดยหลักการแล้ว อำนาจเป็นสิ่งที่ไม่ควรจะมอบกันแต่เป็นสิ่งที่ต้องอยู่กับตำแหน่งหรือส่วนราชการนั้นๆ² แต่เนื่องจากภารกิจของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งส่งผลให้ปริมาณงานมีมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย ในสภาวะเช่นนี้การยังคงยึดอยู่กับวิถีคิดแบบเก่าที่ว่าผู้มีอำนาจคือผู้ใช้อำนาจเสมอไป ย่อมนำมาซึ่งปัญหาความล่าช้าในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนาข้อความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจขึ้น เพื่อให้เป็นเครื่องมือของผู้บังคับบัญชาในการกระจายงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนบางส่วนให้ผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นผู้ปฏิบัติงานแทนอันเป็นการลดขั้นตอนในการพิจารณา ทำให้การดำเนินการเป็นไปโดยรวดเร็วยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการแบ่งเบาภาระของผู้บังคับบัญชาให้ไม่ต้องเสียเวลากับงานที่มีลักษณะเป็นเรื่องทั่วๆ ไปไม่สู้จะมีความสำคัญ หรือเป็นเรื่องที่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนแล้ว เพื่อที่จะได้ใช้เวลาเหล่านั้นทุ่มเทให้กับงานที่มีความสำคัญหรือต้องการการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเป็นพิเศษอย่างเต็มที่ และอีกด้านหนึ่งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ใต้บังคับบัญชาได้ฝึกฝนการปฏิบัติงานตลอดจนเรียนรู้การแก้ปัญหาอันจะเกิดขึ้นจากการทำงาน ทั้งนี้เพื่อเตรียมพร้อมสำหรับการดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาในอนาคตด้วย³

² ศีระ ชวนะวิรัช, “กฎหมายปกครองว่าด้วยการปฏิบัติราชการแทน รักษาราชการแทน รักษาการในตำแหน่ง”, มหาดไทย, ฉบับที่ 53, ปีที่ 5, น. 32 (2524).

³ ประทาน คงฤทธิศึกษากร, “การมอบอำนาจหน้าที่”, วารสารข้าราชการ, ฉบับที่ 6, ปีที่ 20, น. 34 (มิถุนายน 2518).

1.2.2 เหตุผลเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการตัดสินใจ

นอกจากเหตุผลประการแรกแล้ว ประสิทธิภาพในการตัดสินใจก็เป็นสาเหตุอีกประการหนึ่งของการมอบอำนาจในทางปกครอง กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การตัดสินใจในเรื่องใดๆ เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาระดับสูงในฝ่ายปกครอง มักปรากฏข้อเท็จจริงอยู่เสมอว่าผู้มีอำนาจเหล่านี้ไม่มีโอกาสได้สัมผัสกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเรื่องเหล่านั้นจริงๆ ด้วยสภาพเช่นนี้อาจนำมาซึ่งการตัดสินใจที่ผิดพลาดได้ นอกจากนี้ยังปรากฏอีกว่า เพื่อป้องกันความรับผิดชอบอันเกิดจากการตัดสินใจผิดพลาด บุคคลเหล่านี้จึงมักตัดสินใจวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ไปโดยอ้างแนวบรรทัดฐานในอดีตของตนโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่แปรเปลี่ยนไป การกระทำเช่นนี้ย่อมนำมาซึ่งผลเสียหายแก่การปฏิบัติราชการ ปัญหาดังกล่าวอาจถูกแก้ไขได้ด้วยการมอบอำนาจในทางปกครอง กล่าวคือผู้บังคับบัญชาระดับสูงซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายสามารถมอบอำนาจในเรื่องนั้นๆ ให้แก่องค์กรผู้ปฏิบัติงานระดับล่างที่มีความใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากกว่า ให้เป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ ไปเอง ด้วยวิธีการเช่นนี้จะทำให้ปัญหาต่างๆ ได้รับการตัดสินใจโดย ผู้ที่ทราบและเข้าใจเรื่องราวที่เกิดขึ้นจริงเป็นอย่างดี ไม่ใช่ตัดสินใจไปโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงอย่างถ่องแท้ ซึ่งย่อมส่งผลในทางเพิ่มประสิทธิภาพในการตัดสินใจให้เป็นไปโดยถูกต้องมากยิ่งขึ้น

ในประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุผลความจำเป็นในการดำเนินภารกิจทางปกครองทำให้เกิดการพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครองขึ้น โดยในระบบกฎหมายอังกฤษมีหลักอยู่ว่า องค์ประกอบที่จำเป็นของการใช้อำนาจอย่างถูกต้องตามกฎหมาย คือ อำนาจนั้นต้องใช้โดยเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งได้รับอำนาจจากรัฐสภาผ่านบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และเจ้าหน้าที่ผู้นั้นย่อมไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นเป็นผู้ใช้แทน เว้นแต่จะมีบทกฎหมายกำหนดไว้แจ้งชัดหรือโดยปริยายให้มีการมอบอำนาจต่อไปได้ หลักการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในชื่อ *delegatus non potest delegare*⁴

แต่เดิมนั้น หลักนี้ถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดจนทำให้เกิดภาวะไม่เหมาะสมของการบริหารราชการ ซึ่งในทางปฏิบัติโดยปกติแล้วศาลจะยึดถืออย่างเคร่งครัดว่าอำนาจควรใช้โดยองค์กรที่ระบุไว้ในกฎหมาย แม้จะมีการมอบหมายโดยชัดแจ้งจากเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ แต่ศาลก็ยังเห็นว่าสิ่งที่ได้กระทำลงโดยผู้รับมอบอำนาจเป็นการไม่เหมาะสม เสมือนเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ (*ultra vires*) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐสภาย่อมมีเจตนาให้อำนาจถูกใช้โดยเจ้าหน้าที่ซึ่งกฎหมาย

⁴H.W.R. Wade and C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8th edition (New York : Oxford University press, 2000), pp.315-316.

ระบุให้เป็นผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ เท่านั้น⁵ คำพิพากษาของศาลได้ยืนยันถึงหลักการดังกล่าวในหลายคดี เช่นในคดี *Ellis v. Dubowski*, (1921) 3 K.B.621 คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์ของเทศบาลได้กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาอนุญาตว่า จะไม่มีการอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์ หากไม่มีใบรับรองของคณะกรรมการเซ็นเซอร์ภาพยนตร์ของประเทศอังกฤษ ศาลเห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นไม่มีผลในกฎหมาย เพราะเป็นการมอบอำนาจของตนไปให้แก่ผู้อื่น⁶ หรือในคดี *Allingham v. Minister of Agriculture*, (1948) 1 All E.R.780 ที่ในระหว่างสงคราม กฎหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรมีอำนาจกำหนดการเพาะปลูกพืชชนิดต่างๆ ในที่ดินของเกษตรกรได้ ศาลเห็นว่ารัฐมนตรีจะมอบอำนาจในการพิจารณากำหนดประเภทพืชที่จะปลูกเช่นนั้นให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้อื่นเป็นผู้พิจารณาแทนไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวนี้จะไม่นำมาใช้ในกรณีมีเหตุผลอันสมควรว่าอำนาจนั้นควรจะมีการมอบออกไปเพราะเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจต้องการความช่วยเหลือในปัญหาทางกฎหมายจากผู้ช่วยของเขา (*Ward v. Bradford Corporation*, (1971) 70 L.G.R. 27)

⁵Mark Elliott, *Administrative Law*, Third Edition (New York : Oxford university Prss, 2005), p.154.

⁶อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาไม่ใช่เรื่องการมอบอำนาจแต่อย่างใด หากแต่เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ ใช้อำนาจดุลพินิจของตนโดยผูกพันอย่างเคร่งครัดกับคำปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะขององค์กรอื่น ซึ่งถือได้ว่าฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจด้วยตนเองอย่างแท้จริง ศาลอังกฤษได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Lavender v. Minister of Housing and Local Government* (1970) W.L.R. 1231 ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐมนตรีเคหะมีคำสั่งยืนตามคำวินิจฉัยของราชการส่วนท้องถิ่น (Local Government) ที่ปฏิเสธไม่อนุญาตให้ผู้ร้องขอขุดกรวดและทรายจากแม่น้ำขึ้นมาใช้ในการก่อสร้างโดยมีเหตุผลว่า พื้นที่ที่จะขุดกรวดและทรายขึ้นมา นั้นเป็นส่วนหนึ่งของพื้นที่ที่ใช้เพื่อเกษตรกรรม โดยในกรณีนี้รัฐมนตรีเคหะได้วางนโยบายไว้ว่า ตนจะปฏิเสธไม่ออกไปอนุญาตเมื่อรัฐมนตรีเกษตรได้แย้ง เมื่อผู้ร้องอุทธรณ์ รัฐมนตรีเคหะได้มีหนังสือสอบถามไปถึงรัฐมนตรีเกษตร และเมื่อรัฐมนตรีเกษตรตอบแย้งมา รัฐมนตรีเคหะก็วินิจฉัยอุทธรณ์ตาม ซึ่งศาลได้พิพากษาว่า คำวินิจฉัยยกอุทธรณ์นี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะในกรณีดังกล่าว รัฐมนตรีเคหะยกอุทธรณ์โดยไม่ได้ใช้อัตตวินิจฉัยของตนเองซึ่งเท่ากับรัฐมนตรีเคหะไม่ได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอุทธรณ์อย่างแท้จริง โปรดดูรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงได้ใน เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.133 - 142.

ข้อรังเกียจของศาลเกี่ยวกับการมอบอำนาจยังคงมีอยู่เป็นเวลานานจนกระทั่งนำความยุ่งยากมาให้ฝ่ายปกครอง จากคำตัดสินในคดีต่างๆ ของศาลอาจสรุปได้ว่า ไม่มีหลักทั่วไปว่า หน้าที่ทางปกครองสามารถมอบอำนาจกันได้และโดยปกติศาลจะไม่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้หากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ แต่ด้วยเหตุผลความจำเป็นในการดำเนินภารกิจทางปกครองในบางกรณีศาลก็อนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้และกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องทางปกครองแท้ๆ เท่านั้น⁷ หนึ่ง ในกรณีของอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด (Judicial Functions)⁸ หลัก delegatus non potest delegare จะถูกปรับใช้อย่างเคร่งครัด⁹ คดีตัวอย่างที่แสดงถึงทัศนคติที่เคร่งครัดดังกล่าวของศาลได้แก่คดี General Medical Council v. U.K.Dental Board, (1936) c.h.14 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า The General Medical Council ต้องใช้อำนาจในการควบคุมทางวินัยเหนือทันตแพทย์นั้นด้วยตนเอง และไม่สามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการฝ่ายบริหารได้ ทั้ทั้งที่ภายใต้ The Dentists Act กำหนดไว้แจ้งชัดว่า the council สามารถทำหน้าที่ในการควบคุมทาง

⁷Bridge v. R (1953) 1 D.L.R. 305 และ Hookings v. Director of civil Aviation (1957) N. ZLB 929 อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นกรณีของอำนาจหน้าที่ในทางปกครอง การมอบอำนาจก็อาจถูกห้ามอย่างชัดแจ้งโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสม (ความเห็นของ Lord Somervell ในคดี Vine v. National Dock Labour Board (1957)).

⁸อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด (Administrative Tribunals) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างๆโดยมีหน้าที่ในการพิจารณาบททวนปัญหาทางกฎหมายของการกระทำทางปกครองว่าได้ดำเนินมาโดยถูกต้องหรือไม่ การวินิจฉัยคดีปกครองตามกฎหมายนั้นๆ จะต้องเสนอตรงต่อองค์กรนี้จะข้ามขั้นตอนไปฟ้องยังศาลมิได้ ส่วนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจะสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลปกติได้หรือไม่ก็แล้วแต่กฎหมายนั้นๆจะกำหนด (ซึ่งในบางกรณีกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเป็นที่สุด) และการใช้อำนาจของคณะกรรมการดังกล่าว มีลักษณะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคล้ายกับการดำเนินการของศาล หนึ่ง องค์กรคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด (Administrative Tribunals) อาจมีชื่อเรียกต่างๆกัน เช่น Board, Court, Committee, Commissioner เป็นต้น (โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม2, ตอน 3, น.507-509, ภาววิชา วัฒนรุ่ง, ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544) น.148 - 150).

⁹Neil Hawke and Neil Parpworth, Introduction to Administrative Law, (Great Britain : Biddles Ltd, Guildford and king's Lynn, 1966), p.138.

วินัยโดยผ่านคณะกรรมการดังกล่าวได้ หรือในคดี Barnard v. National Dock Labour Board,(1953) 2 QB 18 ศาลได้วินิจฉัยถึงหลักการเกี่ยวกับการมอบอำนาจภายใต้ The Dock Workers (Regulations) Orders 1947 โดยคณะกรรมการแรงงานท่าเรือแห่งชาติ (Nation Dock Labour Board) ได้มอบอำนาจหน้าที่ในหลายๆด้านให้แก่คณะกรรมการท้องถิ่น (Local board)ตามที่ดินมีอำนาจ หนึ่งในอำนาจที่มอบหมายคืออำนาจตามกฎหมายที่เป็นบทลงโทษ คนงานท่าเรือในลอนดอนกลุ่มหนึ่ง ซึ่งถูกเพิกถอนข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการบรรจุหน้าตาลดیب ร้องขอต่อศาลให้แสดงว่าการเพิกถอนดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคณะกรรมการท้องถิ่นได้มอบอำนาจในการเพิกถอนข้อโต้แย้งดังกล่าวไปยังผู้จัดการท่าเรือ ศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) วินิจฉัยว่า อำนาจหน้าที่ในการลงโทษเป็นอำนาจหน้าที่ที่วินิจฉัยชี้ขาดโดยเนื้อหา เพราะอำนาจดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล จึงไม่อาจมอบอำนาจได้ โดย Lord Denning MR ผู้พิพากษาในคดีนี้กล่าวว่า“ในขณะที่อำนาจหน้าที่ทางปกครอง (โดยแท้) นั้นสามารถมอบอำนาจไปได้ อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดกลับไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ ไม่มีผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวคนใด ที่สามารถมอบอำนาจหน้าที่ของตนได้ เว้นแต่จะสามารถกระทำได้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามที่จำเป็น”

ในประเทศฝรั่งเศส ด้วยเหตุผลความจำเป็นอันเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นของภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ องค์การฝ่ายปกครองจึงไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายทั้งหมดได้ด้วยตนเอง ดังนั้น กฎหมายปกครองจึงกำหนดความเป็นไปได้สำหรับองค์การฝ่ายปกครองต่างๆ ในการมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้ช่วยหรือผู้ใต้บังคับบัญชา ระบบของการมอบอำนาจจึงมีความสำคัญอย่างมากในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวจะต้องกำหนดได้อย่างชัดเจนในส่วนเกี่ยวกับเงื่อนไขในกรณีที่สามารถมอบอำนาจได้¹⁰

1.3 ความแตกต่างระหว่างการมอบอำนาจทางปกครอง กับการกระทำอย่างอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน

มีการกระทำในทางกฎหมายหลายประการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการมอบอำนาจทางปกครอง ซึ่งหากไม่พิจารณาให้ถ่องแท้แล้วอาจก่อให้เกิดความสับสนในการทำความเข้าใจได้ ดังนั้น การอธิบายถึงการกระทำอย่างอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับการมอบอำนาจทางปกครองตลอดจนชี้ให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างการมอบอำนาจทางปกครองกับบรรดาการกระทำอื่นๆ ย่อมทำให้

¹⁰Rene Chapus, DROIT ADMINISTRATIF GENERAL, 4 edition (Paris : Montchrestien ,1988), p.687.

สามารถทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อความคิดและหลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจทางปกครองได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

1.3.1 การมอบอำนาจทางปกครองกับการมอบหมายให้ลงนามแทน¹¹

การมอบหมายให้ลงนามแทนคือ การที่องค์กรผู้มีอำนาจซึ่งใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายทำนิติกรรมทางปกครองบางอย่าง ได้มอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ลงนามในนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแทนตน การมอบหมายในลักษณะนี้ ผู้มีอำนาจยังคงมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในเรื่องที่มอบหมายนั้น¹² กล่าวคือ มิได้เป็นการมอบอำนาจในการตัดสินใจ (decision) ให้แก่ผู้รับมอบหมายไปด้วย หากแต่อำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองยังคงอยู่ที่องค์กรผู้มีอำนาจ และการใช้อำนาจในการลงนามของเจ้าหน้าที่ผู้รับมอบหมายดังกล่าวเป็นการกระทำในนามของผู้มีอำนาจ มิใช่เป็นการใช้อำนาจในนามตนเองเหมือนการมอบอำนาจทางปกครองแต่อย่างใด ทั้งนี้ การมอบหมายดังกล่าวจะทำได้ก็ต่อเมื่อบทบัญญัติซึ่งกำหนดเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรผู้มีอำนาจยินยอมให้กระทำเช่นนั้นได้¹³ ซึ่งในฝรั่งเศสเรียกการมอบหมายเช่นนี้ว่า *delegation de signature*

¹¹ ข้อความคิดเกี่ยวกับการมอบหมายให้ลงนามแทนปรากฏชัดเจนในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาค้นคว้าตำรากฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ (อาทิ เช่น David Feildman and others, *English Public Law*, (New york : Oxford University Press, 2004), pp.728 – 735, John alder, *Constitutional Law and Administrative Law*, 5th edition (New York : Palgrave Macmillan, 2005), p.387, H.W.R. Wade and C.F. Forsyth, *supra note 4*, pp.315 – 325) ไม่ปรากฏคำอธิบายเกี่ยวกับการมอบหมายให้ลงนามแทนแต่อย่างใด.

¹² โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส (ตอนที่ 46)”, *วารสารอัยการ*, ฉบับที่ 110, ปีที่ 10, น.28 (กุมภาพันธ์ 2530).

¹³ หนึ่ง ในระบบกฎหมายปกครองของกรีซ ก็มีเงื่อนไขของการมอบหมายให้ลงนามแทนในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ด้วย โปรดดู Jean RIVERO, *DROIT ADMINISTRATIF HELLENIQUE*, (Paris : Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1991), p.111.

สำหรับความแตกต่างของการมอบอำนาจ ทางปกครองกับการมอบหมายให้ลงนามแทน มีหลายประการ เช่น¹⁴ การมอบอำนาจมีผลทำให้ผู้มอบอำนาจหมดอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ ไป อำนาจการวินิจฉัยสั่งการตกอยู่กับผู้รับมอบอำนาจโดยสมบูรณ์ จนกว่าการมอบอำนาจนั้นจะสิ้นไป ตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่งมอบอำนาจหรือมีการยกเลิกการมอบอำนาจนั้น แต่การมอบหมายให้ลงนามแทน อำนาจในการตัดสินใจยังคงอยู่ที่องค์กรผู้มีอำนาจ ผู้รับมอบหมายเป็น แต่เพียงลงนามแทนผู้มีอำนาจเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองนั้นมีความสมบูรณ์ถูกต้องตามรูปแบบที่ กฎหมายกำหนดเท่านั้น มิได้มีอำนาจตัดสินใจอย่างใดๆ ผลที่ตามมาคือ การมอบหมายให้ลงนาม แทนนั้นถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ได้กระทำลงเป็นการกระทำโดยองค์กรผู้มีความอำนาจเอง แต่ใน กรณีการมอบอำนาจทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองที่ได้กระทำลงเป็นการกระทำโดยผู้รับมอบ อำนาจ การมอบอำนาจทางปกครองจึงเป็นการมอบให้กระทำการอย่างแท้จริง เนื่องจากด้วยการ มอบอำนาจนี้ ผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้อำนาจนั้นได้ในนามของตนเอง ตราบเท่าที่การมอบ อำนาจยังมีผลอยู่¹⁵

อนึ่ง ในกรณีการมอบหมายให้ลงนามแทนนั้น เนื่องจากว่าอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการ ยังคงอยู่ที่องค์กรผู้มีความอำนาจ ดังนั้น บุคคลดังกล่าวอาจหวนกลับมาลงชื่อด้วยตนเองควบคู่ไปกับผู้รับ มอบหมายก็ได้ (C.E., 30 juin 1961, Procureur general pres de la Cern des Compter, R.D.P., 1961, P.863) ส่วนกรณีการมอบอำนาจทางปกครองนั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยึดถือ เป็นแนวทางว่า เมื่อมีการมอบอำนาจโดยชอบแล้วผู้มอบอำนาจย่อมไม่อาจใช้อำนาจในเรื่องนั้น คู่ขนานไปกับผู้รับมอบอำนาจได้ อย่างไรก็ดี เรื่องการใช้อำนาจของผู้มอบอำนาจควบคู่ไปกับผู้รับ มอบอำนาจนี้ ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ในแต่ละระบบกฎหมาย ซึ่งจะได้พิจารณาโดย ละเอียดต่อไปในภาคที่ 2

อีกประการหนึ่ง การมอบอำนาจทางปกครองเป็นเรื่องระหว่างตำแหน่งกับตำแหน่ง กล่าวคือ แม้ผู้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจเปลี่ยนแปลงไป การ มอบอำนาจนั้นก็ยังคงอยู่ แต่การมอบหมายให้ลงนามแทนนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องเฉพาะบุคคล (intuitu personae) เพราะเมื่อตัวผู้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าในฝ่ายองค์กรผู้มีความอำนาจหรือผู้รับมอบหมาย เปลี่ยนแปลงไป การมอบหมายนั้นสิ้นสุดลงทันที อำนาจในการลงนามจะกลับคืนไปยังผู้มีความอำนาจ

¹⁴ โภคิน พลกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12 น.28-30 และ โภคิน พลกุล, “คดีปกครองใน ฝรั่งเศส (ตอนที่ 47)”, วารสารอัยการ, ฉบับที่ 111, ปีที่ 10, น.43-44 (มีนาคม 2530).

¹⁵ Philippe Georges, *notions essentielles droit public*, 6 edition (Bordeaux : Presses des Imprimeries, 1986), p.321.

จนกว่าจะมีการมอบหมายกันใหม่ อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ยอมรับว่าการมอบหมายของรัฐมนตรีให้แก่ข้าราชการในหน่วยงานที่ตนรับผิดชอบเป็นผู้ลงนามแทนไม่สิ้นสุดลงหลังจากรัฐบาลพ้นจากหน้าที่ ถ้ารัฐมนตรีผู้นั้นได้เข้าร่วมรัฐบาลใหม่และดำรงตำแหน่งเดิม (C.E., 18 fevrier 1953, Societe des Ambassadeurs, p.600)

ผลที่แตกต่างกันนี้ ทำให้วิธีการในการมอบให้กระทำการแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ ในกรณีของการมอบอำนาจให้กระทำการแทนนั้นโดยที่เป็นเรื่องระหว่างตำแหน่ง ดังนั้นในการมอบอำนาจจึงต้องระบุแต่เพียงองค์กรหรือตำแหน่งที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจเท่านั้น แต่หากเป็นการมอบหมายให้ลงนามอันเป็นเรื่องที่เพิ่งถึงถึงคุณสมบัติของตัวบุคคลแล้ว ในการมอบหมายต้องระบุทั้งตำแหน่งและชื่อของบุคคลที่จะต้องเป็นผู้รับมอบด้วย¹⁶

อนึ่ง ในประเทศฝรั่งเศสนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการมอบให้กระทำการที่เกิดขึ้นภายในฝ่ายปกครองจะเป็นการมอบหมายให้ลงนามแทน (delegation de signature) มากกว่าการมอบอำนาจให้กระทำการแทน (delegation de competence หรือ delegation de pouvoir)¹⁷

สำหรับในระบบกฎหมายไทย ไม่มีการแบ่งแยกการมอบอำนาจทางปกครองและการมอบหมายให้ลงนามแทนออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยจากการศึกษาพบว่า ในระบบกฎหมายไทยมีการมอบหมายให้ลงนามแทนโดยอาศัยบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการแทนเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการดำเนินการ เช่นเดียวกันกับกรณีการมอบอำนาจทางปกครอง โดยตัวอย่างของการมอบหมายให้ลงนามแทน เช่น การมอบอำนาจของอธิบดีกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ ให้รองอธิบดีมีอำนาจลงนามสั่งจ่ายเช็คของกรม ตามคำสั่งกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ ที่ 157/2549 เรื่อง มอบอำนาจให้รองอธิบดีปฏิบัติราชการแทน ลงวันที่ 28 กันยายน 2549 หรือกรณีที่อธิการบดีมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ มอบอำนาจให้คณบดี ผู้อำนวยการสถาบัน ผู้อำนวยการสำนัก หรือหัวหน้าหน่วยงานที่เทียบเท่าเป็นผู้มีอำนาจลงนามในสัญญาจ้างทำงานพนักงานเงินรายได้ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ของแต่ละหน่วยงานแทนอธิการบดี ตามคำสั่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ที่ 1640/2546 เรื่อง มอบอำนาจให้ลงนามสัญญาจ้างทำงานพนักงานเงินรายได้ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ลงวันที่ 6 มิถุนายน 2546

¹⁶ อภิวิทย์ พงษ์คนตรี, "การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทย", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น. 83.

¹⁷ JEAN – MICHEL DE FORGES, *Droit administratif*, (Paris : Presses Universitaires de France, 1991), p.54.

เป็นต้น¹⁸ ซึ่งทั้งการมอบอำนาจให้ลงนามสั่งจ่ายเช็คและการมอบอำนาจให้ลงนามในสัญญาจ้างทำงาน เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจและการมอบหมายให้ลงนามแทนตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ได้อธิบายมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีต่างเป็นการมอบหมายให้ลงนามแทนหรือ *delegation de signature* เนื่องจากเป็นเพียงการมอบหมายให้ผู้รับมอบหมายสามารถลงนามในนิติกรรมทางปกครองแทนองค์กรผู้มอำนาจได้เท่านั้น มิใช่เป็นการมอบดุลพินิจตัดสินใจแก่ผู้รับมอบหมายในลักษณะเดียวกับการมอบอำนาจหรือ *delegation de pouvoir* ทั้งนี้ กรณีศึกษาทั้งสอง ต่างเป็นเรื่องที่ผู้มอำนาจเพียงแต่มอบหมายให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นสามารถลงนามเพื่อให้การกระทำที่ได้อนุมัติแล้วสมบูรณ์ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

1.3.2 การมอบอำนาจทางปกครองกับการมอบอำนาจอย่างอื่น

การมอบอำนาจทางปกครองอาจพิจารณาเปรียบเทียบกับการมอบอำนาจอย่างอื่นได้ดังนี้

1.3.2.1 การมอบอำนาจทางปกครองกับการมอบอำนาจทางแพ่ง

การมอบอำนาจทางแพ่งหรืออีกนัยหนึ่ง คือ การตั้งตัวแทนซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง คู่สัญญาย่อมสามารถก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันได้บนพื้นฐานของหลักแดนอำนาจของเอกชน (*Private Autonomy*)¹⁹ ซึ่งกฎหมายรับรองให้ปัจเจกชนทั้งหลายสามารถที่จะกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนเองอย่างไรก็ได้ตามต้องการหรือเห็นสมควร ภายใต้กรอบของกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยภายใต้กรอบดังกล่าวคู่สัญญาย่อมสามารถทำสัญญาก่อตั้งความสัมพันธ์เป็นตัวการตัวแทนกันได้เสมอ และคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการเลือกตัวบุคคลที่จะมาเป็นคู่สัญญาของตน ตลอดจนกำหนดวัตถุประสงค์ของสัญญาซึ่งเป็นไปเพื่อสนองประโยชน์ของเอกชนผู้เป็นคู่สัญญานั้นเอง กรณีย่อมแตกต่างกับการ

¹⁸ แม้คำสั่งทั้งสองจะใช้คำว่า “มอบอำนาจ” ก็เป็นเพียงการล้อถ้อยคำมาจากบทบัญญัติซึ่งได้อ้างเป็นแหล่งที่มาของการมอบหมาย (คือมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ พ.ศ.2541 ตามลำดับ) เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งแล้วย่อมเห็นได้ว่า “อำนาจ” (ในการตัดสินใจ) เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวมิได้ถูกมอบไปแต่อย่างใด.

¹⁹ หนึ่งมีบางท่านแปล “Private Autonomy” ว่า “หลักอิสระในทางแพ่ง” เช่น จำปี ไสตติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542) น.21.

มอบอำนาจทางปกครอง ที่จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายอนุญาตไว้โดยชัดแจ้ง และจะมอบอำนาจให้ได้แต่เฉพาะผู้ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผู้รับมอบอำนาจเท่านั้น และการมอบอำนาจดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการจัดทำภารกิจของฝ่ายปกครองชั้นมุ่งหมายถึงประโยชน์สาธารณะ ข้อแตกต่างที่สำคัญอีกประการระหว่างการมอบอำนาจทั้งสองประเภทคือ ในขณะที่การมอบอำนาจทางแพ่ง ตัวแทนหรือผู้รับมอบอำนาจกระทำการที่ได้รับมอบในนามของตัวการนั้น การมอบอำนาจทางปกครองกลับมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกล่าวคือการมอบอำนาจดังกล่าว เป็นการโอนอำนาจในเรื่องนั้นจากผู้มอบอำนาจไปยังผู้รับมอบอำนาจ ดังนั้นเมื่อมีการมอบอำนาจโดยชอบแล้ว ผู้รับมอบอำนาจย่อมมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการในกิจการที่รับมอบมานั้นได้ในนามของตนเองในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในเรื่องนั้น การใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจมิใช่การใช้อำนาจในฐานะที่เป็นตัวแทนของผู้มอบอำนาจแต่อย่างใด²⁰

ปัญหาที่น่าพิจารณาประการหนึ่งคือ กรณีการมอบอำนาจให้ฟ้องคดีในหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครองนั้น การมอบอำนาจในกรณีดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจทางปกครองที่การดำเนินการจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้หรือเป็นการมอบอำนาจทางแพ่งที่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากตามบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 อันเป็นมาตราที่บัญญัติถึงการปฏิบัติราชการแทนหรือการมอบอำนาจทางปกครอง ในวรรคสี่ ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 ได้บัญญัติถึงการที่คณะรัฐมนตรีสามารถกำหนดให้มีการมอบอำนาจให้ฟ้องคดีและดำเนินคดีแทนกระทรวง ทบวง กรมได้ ต่อกรณีดังกล่าวเคยมีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่า

²⁰พนม เขี่ยมประยูร, อ้างแล้ว เขิงอรรถที่ 1 น.22.

การมอบอำนาจให้ฟ้องคดีไม่ใช่การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทน²¹ และนักกฎหมายบางท่าน²² ก็มีความเห็นในทำนองเดียวกัน และยังเห็นต่อไปด้วยว่าการมอบอำนาจให้ฟ้องและดำเนินคดีเป็นการมอบอำนาจในลักษณะตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²³ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นในทางตรงกันข้าม โดยเห็นว่าการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีแทนในหน่วยงานของรัฐถือเป็นการมอบอำนาจในทางบริหารที่การดำเนินการต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534²⁴

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า การมอบอำนาจให้ฟ้องและดำเนินคดีเป็นการมอบอำนาจทางแพ่งหรืออีกนัยหนึ่งคือการตั้งตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเมื่อพิจารณาโดยพิเคราะห์กิจการที่มีการมอบอำนาจกันแล้ว จะเห็นได้ว่าการมอบอำนาจให้ฟ้องและ

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 596/2536 (เนติ.) น.976 ระหว่าง กรมสรรพากร โจทก์ บริษัท สุรนารีทำไม้ จำกัด จำเลย ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "...การที่อธิบดีกรมสรรพากรโจทก์มอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดฟ้องคดีและดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่นๆ ในศาล มิใช่การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนอันจะต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและทำเป็นคำสั่งและประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตามที่บัญญัติไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ข้อ 42 ฉะนั้นเมื่ออธิบดีกรมสรรพากรมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดฟ้องและดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่นๆแทนโจทก์ โดยปฏิบัติถูกต้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 60 แล้ว ผู้รับมอบอำนาจขอที่จะฟ้องและดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่นๆแทนโจทก์ได้..."

²² ราชฎ เจริญฉ่ำ, "หมายเหตุท้ายคำวินิจฉัยตอบข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 90/2537", ใน บันทึกของท้ายข้อหารือของสำนักงานอัยการสูงสุด, เล่ม4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอัยการสูงสุด, 2540) น.266.

²³ เพิ่งอ้าง, น.269-271.

²⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอรื้อหรือเรื่องการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีแพ่งและอาญา (ในกรณีของผู้ว่าราชการจังหวัดนครนายก) คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ได้ความว่ามอเตอร์เครื่องสูบน้ำที่ติดตั้งอยู่ที่โรงสูบน้ำที่ 1 บริเวณอ่างเก็บน้ำบ้านคลอง 30 ตำบลทองหลาง อำเภอบ้านนา จังหวัดนครนายก ได้หายไป เมื่อมอเตอร์เครื่องสูบน้ำดังกล่าวเป็นทรัพย์สินของ ส.ป.ก. ฉะนั้น ส.ป.ก. จึงขอที่จะดำเนินการให้มีการร้องทุกข์และดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดต่อทรัพย์สินของทางราชการต่อไปได้ กรณีจึงเป็นการดำเนินการปฏิบัติราชการซึ่งหากจะมีการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนแล้วย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ฯ... (เรื่องเสร็จที่ 41/2542).

ดำเนินคดีแทนแม้จะเกิดขึ้นภายในฝ่ายปกครอง แต่กิจการดังกล่าวมิได้มีลักษณะของการมอบหมายเพื่อให้องค์กรหนึ่งใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่งแทนแต่อย่างใด แต่เป็นการมอบหมายเพื่อให้ผู้ที่ได้รับมอบหมายไปดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ต่อศาลแทนผู้มอบอำนาจซึ่งกรณีมิใช่เรื่องที่ต้องดำเนินการในลักษณะของการใช้อำนาจในทางปกครอง ดังนั้นการมอบอำนาจให้ฟ้องและดำเนินคดีแทนของหน่วยราชการ จึงไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการมอบอำนาจทางปกครอง อาทิเช่น การดำเนินการยอมไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ว่า จะต้องมีความหมายอนุญาตไว้โดยชัดแจ้งจึงจะสามารถมอบอำนาจได้ ตรงกันข้ามการมอบอำนาจดังกล่าวยอมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาตัวการตัวแทนตามกฎหมายแพ่ง

อนึ่ง ในประเทศอังกฤษ ปัญหาเรื่องการมอบอำนาจ (delegation) ในบางครั้งมีการนำมาใช้ปะปนกับหลักเรื่องตัวแทน (agency) แต่นักกฎหมายอังกฤษก็มีความเห็นว่าเรื่องทั้งสองนี้แท้จริงแล้วมีความแตกต่างกัน โดยในเรื่องการมอบอำนาจนั้นหากไม่มีอำนาจมอบเสียแล้ว การจะให้สัตยาบันภายหลังก็ไม่อาจกระทำได้นอกจากนี้ในส่วนของลักษณะการกระทำก็มีความแตกต่างกันโดยตัวแทนกระทำในนามของตัวการ แต่ผู้รับมอบอำนาจกระทำการในนามของตนเองตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา²⁵

1.3.2.2 การมอบอำนาจทางปกครองกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออก “กฎ”²⁶

โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นเครื่องมือของการสถาปนากฎการปกครองแบบนิติรัฐ (The Rule of Law) อำนาจในการบัญญัติกฎหมายเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงถือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในระบอบประชาธิปไตยที่จะทำหน้าที่ตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในสังคม ด้วยลักษณะที่เป็นองค์กรที่ได้รับอำนาจมาจากประชาชนอย่างแท้จริง²⁷

²⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 4, ตอน 3, น. 471 (ธันวาคม 2528).

²⁶ ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “กฎ” ในการอธิบายถึงกฎหมายที่มีค่าบังคับรองจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากเป็นถ้อยคำตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (โปรดดูนิยามของ “กฎ” ในมาตรา 5 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว).

²⁷ นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 11.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งมีการจัดแบ่งองค์กรที่เข้ามาใช้อำนาจแยกต่างหากจากกัน การแยกองค์กรดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าอำนาจของแต่ละองค์กรจะแยกเด็ดขาดออกจากกันด้วย ในทางตรงกันข้ามกลับปรากฏว่าในบางกรณีด้วยเหตุผลอันจำเป็นขององค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งอาจมีหรือใช้อำนาจขององค์กรของรัฐองค์กรอื่นได้²⁸ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎ อันเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจในการตรากฎหมายบางส่วนให้แก่ฝ่ายบริหารด้วยเหตุผลความจำเป็นบางประการ²⁹ อันเกี่ยวเนื่องกับการเปลี่ยนแปลงปรัชญาสังคมว่าด้วยภารกิจของรัฐตลอดจนความเจริญก้าวหน้าของวิทยาการสมัยใหม่ สาเหตุเหล่านี้ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมักใช้วิธีออกกฎหมายกำหนดกรอบกว้างๆ แล้วมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎเกณฑ์กำหนดรายละเอียด การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทและกำหนดเนื้อหาสาระภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทมอบหมาย โดยจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎซึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ฝ่ายบริหาร จึงแตกต่างจากการมอบอำนาจทางปกครองที่เป็นเรื่องภายในฝ่ายบริหารด้วยกันเอง

1.3.3 การมอบอำนาจทางปกครองกับการรักษาราชการแทนและการรักษาการในตำแหน่ง³⁰

การมอบอำนาจทางปกครองกับการรักษาราชการแทนและการรักษาการในตำแหน่ง มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันเนื่องจากการกระทำทั้งสามประเภทต่างเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งเข้าไปใช้อำนาจแทนฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วจะพบว่าการกระทำการแทนทั้งสามประเภทมีเงื่อนไขในการกระทำที่แตกต่างกันดังนี้

1.3.3.1 ความหมายของการรักษาราชการแทนและการรักษาการในตำแหน่ง

การรักษาราชการแทน คือการกระทำการแทนในทางปกครองกรณีที่ผู้เป็นเจ้าของอำนาจไม่สามารถใช้อำนาจได้ เพราะไม่อยู่หรือมีอุปสรรคอื่นใดขัดขวาง และด้วยเหตุผลเกี่ยวกับ

²⁸ เฝิงอ๋าง, น.11.

²⁹ ดังจะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.1.1

³⁰ ผู้เขียนมุ่งหมายให้คำทั้งสองนี้สื่อถึงการกระทำการแทนในทางปกครองสองประเภทที่มีเงื่อนไขในการกระทำที่แตกต่างกัน ซึ่งการจำแนกเช่นนี้ไม่ตรงกับความหมายของคำทั้งสองที่ปรากฏในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (Positive Law) ดังจะได้อธิบายให้เห็นต่อไปในหัวข้อ 1.3.3.2.

ความต่อเนื่องของงานทางปกครอง จึงต้องมีบุคคลอื่นมาปฏิบัติงานราชการของผู้ดำรงตำแหน่ง ผู้ประสบเหตุขัดข้องนั้นแทนในระหว่างที่เหตุดังกล่าวยังคงมีอยู่ ทั้งนี้อาจเป็นกรณีที่กฎหมาย กำหนดถึงบุคคลผู้รักษาราชการแทนไว้แล้ว หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจผู้บังคับบัญชา ของผู้ดำรงตำแหน่งที่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ แต่งตั้งบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดมาเป็นผู้รักษาราชการแทนก็ได้

การรักษาราชการในตำแหน่ง คือการกระทำการแทนในทางปกครองกรณีที่ตำแหน่งว่างลง ด้วยเหตุต่างๆ เช่นผู้ดำรงตำแหน่งตาย ครบวาระ หรือลาออก ซึ่งมีทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดถึง บุคคลผู้รักษาราชการในตำแหน่งไว้แล้วและกรณีกำหนดให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาของผู้ดำรง ตำแหน่งที่ว่างลง แต่งตั้งบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดมาเป็นผู้รักษาราชการปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างนั้น เช่นเดียวกับการรักษาราชการแทน

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การกระทำการแทนในทางปกครองประเภทรักษาราชการ แทนและรักษาราชการในตำแหน่ง มีเงื่อนไขของการกระทำที่แตกต่างกัน ในแง่การรักษาราชการใน ตำแหน่งจึงไม่ใช่มาตรการเสริมของการรักษาราชการแทนแต่อย่างใด และทั้งสองกรณีก็มีความ แตกต่างกับการมอบอำนาจทางปกครอง ซึ่งเงื่อนไขในการกระทำมิได้ขึ้นอยู่กับการว่างลงของ ตำแหน่ง หรือการที่ผู้ดำรงตำแหน่งไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ หากแต่ในกรณีของการ มอบอำนาจทางปกครองนั้น เพื่อความคล่องตัวและประสิทธิภาพของการปฏิบัติราชการ จึงได้มอบ อำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นเป็นผู้ปฏิบัติราชการในเรื่องนั้นแทน

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีการกระทำการแทนซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับ กรณีดังกล่าวอยู่สองประเภทคือ Supplance และ Interim โดยทั้งสองถูกแบ่งแยกด้วยเงื่อนไขใน การกระทำที่แตกต่างกัน กล่าวคือ³¹ Supplance ใช้ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งไม่อยู่หรือไม่อาจ ปฏิบัติหน้าที่ได้ (Absence ou Empechement) และ Interim ใช้ในกรณีที่การดำรงตำแหน่งของ ผู้ดำรงตำแหน่งคนเดิมสิ้นสุดลงและจะมีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้ามาแทน ในกรณีนี้ผู้บังคับบัญชา ของผู้ดำรงตำแหน่งจะแต่งตั้งผู้รักษาราชการชั่วคราวขึ้น เพื่อทำหน้าที่รักษาราชการจนกว่าเหตุชั่วคราวนั้น จะสิ้นสุดลง³²

³¹โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส (ตอนที่45)”, วารสาร อัยการ, ฉบับที่ 109, ปีที่10, น.32 – 33 (มกราคม 2530) และ โภคิน พลกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 น.27 – 28.

³²การแบ่งประเภทในลักษณะเดียวกันนี้ยังปรากฏในระบบกฎหมายของประเทศอื่นๆ เช่นตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐ North Carolina ประเทศสหรัฐอเมริกา ในหมวด 3 ว่าด้วยฝ่าย

1.3.3.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาราชการแทนและการรักษาการในตำแหน่งในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน

ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ยังไม่ปรากฏการแบ่งแยกที่ชัดเจน ระหว่างการกระทำการแทนในทางปกครองกรณีตำแหน่งว่างลง กับกรณีผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติราชการในตำแหน่งนั้นได้เนื่องจากมีอุปสรรคหรือข้อขัดข้อง โดยกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังคงบัญญัติถึงสองเรื่องนี้ปะปนกัน เช่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ต่างบัญญัติถึงเรื่องทั้งสองไว้ด้วยกันโดยเรียกว่า “รักษาราชการแทน” (ดูพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 41-มาตรา 50 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 82-มาตรา 87 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 59 และ มาตรา 60) ในขณะที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 บัญญัติทั้งสองกรณีไว้ในมาตราเดียวกัน แต่กลับเรียกว่า “รักษาการในตำแหน่ง” (ดูพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 68 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 มาตรา 57)

ด้วยเหตุที่การกระทำการแทนในทางปกครองทั้งสองประเภทมีเงื่อนไขในการกระทำการที่แตกต่างกันดังนั้นจึงควรมีการทบทวนถึงความเหมาะสมของบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว โดยควรแยกการกระทำการแทนทั้งสองออกจากกันอย่างชัดเจน กล่าวคือควรใช้คำว่า “การรักษาการในตำแหน่ง” สำหรับการกระทำการแทนกรณีตำแหน่งว่างลง และ “การรักษาราชการแทน” สำหรับการกระทำการแทนกรณีผู้ดำรงตำแหน่งไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจาก

บริหาร มาตรา 7 ซึ่งเป็นกรบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้มาจากการเลือกตั้ง (Elective officers) โดยตาม (4) กำหนดเกี่ยวกับ “Interim officers” ว่าเมื่อเกิดกรณีตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งในหน่วยงานว่างลง (vacancy) ด้วยสาเหตุตามที่ได้อธิบายมาแล้วในวรรคก่อน ผู้ว่าราชการรัฐ (The Governor) อาจแต่งตั้ง Interim officers เพื่อทำหน้าที่ในหน่วยงานจนกระทั่งมีการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติถูกต้องตามกฎหมายเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งที่ว่างลงนั้น และใน (5) กำหนดเกี่ยวกับ “Acting officers” ว่าในระหว่างที่เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดไม่สามารถปฏิบัติงานได้ (incapacity) ด้วยเหตุเกี่ยวกับร่างกายหรือจิตใจ ในการปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงาน...อำนาจหน้าที่ดังกล่าวจะถูกใช้โดย Acting officers ซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งโดยผู้ว่าราชการรัฐ.

ถ้อยคำจะเห็นได้ว่าคำทั้งสองสามารถสื่อถึงเงื่อนไขในการกระทำการของแต่ละกรณีได้อย่างชัดเจนเพียงพอแล้ว

อนึ่ง จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายฉบับต่างๆ ที่บัญญัติถึงการกระทำการแทนในทางปกครองกรณีตำแหน่งว่างลงพบว่า ในกฎหมายบางฉบับได้บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวด้วยถ้อยคำอื่นที่มีใช้ “การรักษาราชการแทน” หรือ “การรักษาการในตำแหน่ง” เช่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 30 วรรคสี่ ซึ่งเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีมอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง “ปฏิบัติหน้าที่แทน” นายกรัฐมนตรี เพราะนายกรัฐมนตรีตายหรือขาดคุณสมบัติและคณะรัฐมนตรีต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อดำเนินงานต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ และถ้าไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรีหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้คณะรัฐมนตรีมอบหมายให้รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน หรือตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 54 ที่บัญญัติถึงกรณีที่ผู้ว่าราชการและรองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครพ้นจากตำแหน่งในกรณีที่มิใช่การออกตามวาระ เช่น ตาย ลาออก ขาดคุณสมบัติ หรือมีการยุบสภากรุงเทพมหานคร ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ปลัดกรุงเทพมหานครเป็นผู้ “ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง” ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และถ้าไม่มีปลัดกรุงเทพมหานคร หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจแต่งตั้งรองปลัดกรุงเทพมหานครหรือข้าราชการกรุงเทพมหานครผู้มีอาวุโสตามระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร

ทั้งสองกรณี เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขการกระทำการแล้วจะเห็นได้ว่า ต่างเป็นการกระทำการแทนกรณีไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ อยู่ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรเรียกการกระทำการแทนดังกล่าวว่า “การรักษาการในตำแหน่ง” เนื่องจากเป็นถ้อยคำที่สื่อความหมายถึงเงื่อนไขการกระทำการได้อย่างชัดเจนมากกว่า กล่าวคือ การเข้าไปรักษาการ “ในตำแหน่ง” ใดๆ ได้ ก็แสดงว่าในเวลานั้นตำแหน่งดังกล่าวได้ว่างจากผู้ดำรงตำแหน่ง และคำว่า “รักษาการ” ย่อมแสดงให้เห็นว่าเป็นการเข้าไปทำหน้าที่เพียงชั่วคราวมิใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้นๆ อย่างถาวร นอกจากนี้ การใช้ถ้อยคำเดียวกันสำหรับการกระทำการแทนที่มีเงื่อนไขเช่นเดียวกันจะทำให้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพและลดความสับสนในทางปฏิบัติด้วย

ประเด็นที่น่าสนใจอีกประการหนึ่ง ของการรักษาราชการแทนและการรักษาการในตำแหน่ง คือการแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนและผู้รักษาการในตำแหน่งไว้เป็นการล่วงหน้าจะสามารถกระทำหรือไม่ กรณีของการรักษาราชการแทนนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยว่า

การแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนไว้เป็นการล่วงหน้าสามารถกระทำได้³³ อย่างไรก็ตาม สำหรับการรักษาราชการในตำแหน่ง ปราบกฏคำวินิจฉัยของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนว่า การแต่งตั้งผู้กระทำการแทนกรณีดังกล่าวไว้เป็นการล่วงหน้าไม่อาจกระทำได้³⁴ มีผู้วิเคราะห์ว่า³⁵ เหตุที่การวินิจฉัยของคณะกรรมการทั้งสองคณะดังกล่าวมีแนวทางที่แตกต่างกัน เป็นเพราะบทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาราชการแทนกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาราชการในตำแหน่ง นั้น มีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การรักษาราชการแทนเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติจะเห็นว่าเป็นการกำหนดสำหรับข้าราชการที่มีตำแหน่งระดับสูง ซึ่งควรที่การปฏิบัติงานของตำแหน่งเหล่านั้นจะต้องมีความต่อเนื่อง เพราะฉะนั้นการแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนไว้เป็นการล่วงหน้าได้จึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องตรงกันข้ามกับเรื่องการรักษาราชการในตำแหน่ง ซึ่งเป็นกรณีของข้าราชการในตำแหน่งระดับต่ำลงมา อันเป็นเรื่องที่กฎหมายประสงค์ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งการได้เป็นครั้งคราว การสั่งแต่งตั้งผู้รักษาราชการในตำแหน่งไว้เป็นการล่วงหน้าจึงเป็นเรื่องไม่ถูกต้อง ซึ่งก็มีข้อโต้แย้งได้ว่า เฉพาะแต่ตำแหน่งระดับสูงเท่านั้นหรือไม่ ที่ต้องการความต่อเนื่องในการปฏิบัติงานอันเป็นการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ นอกจากนี้การแบ่งตำแหน่งหน้าที่ราชการเป็นตำแหน่งระดับสูงและตำแหน่งระดับล่าง ยังเป็นการแบ่งที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับ โดยจากการศึกษาไม่พบการจำแนกในลักษณะเช่นนี้ในกฎหมายฉบับใดๆที่ใช้บังคับอยู่ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองคำวินิจฉัยเป็นการพิจารณา

³³โปรดดูบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบหมายให้ทำการแทนศึกษาธิการเขต โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า “...ปลัดกระทรวงศึกษาธิการย่อมมีอำนาจแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนไว้ล่วงหน้าได้ เพราะการออกคำสั่งแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนในกรณีเช่นนี้ ก็มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายห้ามไว้ว่าจะแต่งตั้งไว้ล่วงหน้าไม่ได้ แต่คำสั่งนั้นจะต้องระบุไว้เป็นเงื่อนไขด้วยว่า ในกรณีที่ศึกษาธิการเขตไม่อาจปฏิบัติราชการได้ก็ให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งนั้นเป็นผู้รักษาราชการแทน...” (เรื่องเสรีจที่ 68/2518).

³⁴โปรดดูหนังสือสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ที่ สร. 710/7309 ลงวันที่ 14 มกราคม พ.ศ. 2523 โดยคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนวินิจฉัยว่า “...การสั่งให้ข้าราชการพลเรือนรักษาราชการในตำแหน่งตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 นั้น กฎหมายมีเจตนารมณ์ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งได้เมื่อตำแหน่งข้าราชการพลเรือนว่างลงหรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้เป็นครั้งคราว การที่อธิบดีกรมอาชีวศึกษาสั่งให้ข้าราชการพลเรือนรักษาราชการในตำแหน่งผู้อำนวยการวิทยาลัยไว้เป็นการล่วงหน้านั้นไม่เป็นการถูกต้อง...”.

³⁵อภิรดี พงษ์คนตรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16 น.50-51.

บนพื้นฐานที่ยังไม่มีการแบ่งแยกที่ชัดเจนระหว่างการกระทำการแทนกรณีที่ตำแหน่งว่างลงกับกรณี
ที่ผู้ดำรงตำแหน่งไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติราชการได้ โดย“การรักษาราชการแทน” และ “การ
รักษาการในตำแหน่ง” ตามคำวินิจฉัยทั้งสอง หมายรวมทั้งกรณีตำแหน่งว่างลงและกรณีที่ผู้ดำรง
ตำแหน่งไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ตามความหมายที่ใช้กันอยู่ในระบบกฎหมายไทย
ปัจจุบัน

หากตั้งต้นการพิจารณาว่า การรักษาราชการแทนคือการกระทำการแทนกรณีที่ผู้ดำรง
ตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติราชการได้เนื่องจากมีเหตุขัดข้องบางประการและการรักษาการในตำแหน่ง
คือการกระทำการแทนกรณีตำแหน่งว่างลงตามที่เสนอแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นการรักษา
ราชการแทนหรือการรักษาการในตำแหน่ง ล้วนตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความต่อเนื่องของบริการ
สาธารณะ³⁶ ทั้งสิ้น กล่าวคือบริการสาธารณะย่อมต้องตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ และการ
ตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะไม่ควรหยุดชะงักลงหรือขาดความต่อเนื่อง ซึ่งการแต่งตั้งผู้กระทำ
การแทนไว้เป็นการล่วงหน้าสำหรับทั้งกรณีการรักษาราชการแทนและการรักษาการในตำแหน่ง ต่าง
เป็นการส่งเสริมต่อหลักดังกล่าว เพราะเมื่อเกิดกรณีผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจปฏิบัติราชการได้หรือ
ตำแหน่งว่างลง อันเป็นเงื่อนไขของการกระทำการแทนทั้งสอง บุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งไว้ล่วงหน้า
นั้นย่อมเข้าปฏิบัติงานแทนผู้ดำรงตำแหน่งได้ทันที ซึ่งย่อมส่งผลให้งานทางปกครองดำเนินไปได้
อย่างต่อเนื่องไม่สะดุดหยุดลงเพราะเหตุไม่มีเจ้าหน้าที่ผู้สามารถใช้อำนาจตามกฎหมาย นอกจากนี้
บุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้กระทำการแทนไว้เป็นการล่วงหน้าจะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้น
ได้ ก็ต่อเมื่อเงื่อนไขในการกระทำการแทนสำหรับแต่ละกรณีเกิดขึ้น จึงย่อมไม่เกิดกรณีการใช้
อำนาจซ้ำซ้อนกันระหว่างผู้ดำรงตำแหน่งกับผู้กระทำการแทนที่ได้รับการแต่งตั้งไว้ล่วงหน้าอันจะทำให้
เกิดความสับสนในการปฏิบัติราชการแต่อย่างใด

³⁶หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principe de la continuité des services publics) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Principe general du droit) ที่สำคัญประการหนึ่งในทางกฎหมายปกครอง ผู้สนใจสามารถศึกษารายละเอียดได้ใน บุปผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป”,วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่1, ปีที่5, น. 22-24 (มกราคม – เมษายน 2548).

1.3.4 การมอบอำนาจทางปกครองกับการกระจายอำนาจปกครอง

การกระจายอำนาจปกครอง³⁷ เป็นวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่รัฐโอนอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์กรอื่นนอกจากราชการบริหารส่วนกลาง จัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยให้อิสระ (Autonomy) ในการดำเนินงานและไม่อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ในความควบคุมแบบกำกับดูแล (Controle de tutelle) เท่านั้น ทั้งนี้ การกระจายอำนาจปกครองอาจทำได้สองลักษณะคือ

1. การกระจายอำนาจตามพื้นที่ คือการที่รัฐโอนอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำ โดยการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดโดยขอบเขตพื้นที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อตอบสนองประชาชนในท้องถิ่นนั้น การจัดระเบียบการปกครองในลักษณะนี้เรียกว่า “ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น”

2. การกระจายอำนาจตามบริการ คือการที่รัฐโอนอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องให้แก่องค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเป็นผู้จัดทำด้วยเงินทุนและเจ้าหน้าที่ขององค์กรนั่นเอง ซึ่งอาจดำเนินการได้ในสองรูปแบบคือรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน ข้อแตกต่างของการกระจายอำนาจประเภทนี้กับการกระจายอำนาจตามพื้นที่คือ เป็นกรณีของการโอนบริการสาธารณะของรัฐแต่เพียงอย่างเดียวหนึ่งไปให้องค์กรกระจายอำนาจดังกล่าวเป็นผู้จัดทำ ในขณะที่การกระจายอำนาจตามพื้นที่เป็นการโอนบริการสาธารณะหลายๆอย่างให้ไปจัดทำอย่างไรก็ตาม การดำเนินการขององค์กรกระจายอำนาจตามบริการจะไม่ถูกจำกัดด้วยอาณาเขตของพื้นที่การปกครองเหมือนกรณีขององค์กรกระจายอำนาจตามพื้นที่ แต่องค์กรดังกล่าวสามารถจะจัดทำกิจการได้ทั่วทั้งประเทศหรือทำเฉพาะในเขตหนึ่งเขตใดก็ได้ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์กรนั้น เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่จัดการเดินรถไฟทั่วทั้งประเทศ การไฟฟ้านครหลวงมีอำนาจหน้าที่จำหน่ายกระแสไฟฟ้าเฉพาะในเขตนครหลวงและในเขตจังหวัดใกล้เคียง เป็นต้น

³⁷ ผู้สนใจโปรดศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540), พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549) น.21 – 22, ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538) น.183 – 191, สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547) น.17 – 22.

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการกระจายอำนาจปกครองไม่ว่าจะเป็นประเภทใด ล้วนเป็นการกระจายงานไปให้องค์กรอื่นทำเช่นเดียวกับการมอบอำนาจทางปกครอง แต่ทั้งสองอย่างนี้มีความแตกต่างกันอย่างมาก ในขณะที่การมอบอำนาจทางปกครองเป็นเพียงเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการเพิ่มประสิทธิภาพและความรวดเร็วในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจยังเป็นแบบบังคับบัญชา³⁸ การกระจายอำนาจปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระจายอำนาจตามพื้นที่หรือการกระจายอำนาจตามบริการ ต่างเป็นข้อความคิดพื้นฐานในการจัดองค์กรของฝ่ายปกครอง ซึ่งเน้นความเป็นเอกเทศในรูปของนิติบุคคลมหาชนและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและองค์กรกระจายอำนาจดังกล่าว เป็นไปในลักษณะการควบคุมแบบกำกับดูแล อย่างไรก็ตาม ภายในองค์กรกระจายอำนาจแต่ละประเภทก็สามารถใช้การมอบอำนาจทางปกครองเป็นเครื่องช่วยในการดำเนินภารกิจทางปกครองได้ ตัวอย่างที่ยืนยันคำอธิบายข้างต้นได้เป็นอย่างดีเป็นรูปธรรมคือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในกฎหมายจัดตั้งองค์กรกระจายอำนาจเหล่านั้น ดังที่จะได้อธิบายให้เห็นต่อไปในหัวข้อ 2.1.1.2 (2) สำหรับองค์กรกระจายอำนาจตามพื้นที่ ในส่วนขององค์กรกระจายอำนาจตามบริการ เช่น ตาม มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2511 บัญญัติว่า “ในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก...ผู้ว่าการจะมอบอำนาจให้ตัวแทน³⁹หรือบุคคลใดกระทำการเฉพาะอย่างแทนก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามระเบียบหรือข้อบังคับของคณะกรรมการ⁴⁰...” โดยตามข้อบังคับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 3 ว่าด้วยการมอบอำนาจให้ปฏิบัติกิจการเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกแทนผู้ว่าการ ข้อ 4 กำหนดว่า “ผู้ว่าการมีอำนาจมอบอำนาจให้พนักงานตั้งแต่ชั้นประจำแผนกหรือเทียบเท่าขึ้นไป หรือตัวแทน ปฏิบัติกิจการเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกแทนได้...” และข้อ 10 ของข้อบังคับฉบับเดียวกัน กำหนดว่า “การมอบอำนาจตามความในข้อ 4...ให้ทำเป็นหนังสือ...”

³⁸พนม เขียมประยูร, อ้างแล้ว เิงอรธที่ 11 น. 17.

³⁹ในที่นี้จะหมายถึงหน่วยงานย่อยทำนองเดียวกับสาขา สังกัดได้จากบทบัญญัติมาตรา 8 ที่ว่า “ให้ กฟผ.(การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย) ตั้งสำนักงานใหญ่ในจังหวัดพระนครหรือจังหวัดใกล้เคียงและจะตั้งสาขาหรือตัวแทนขึ้น ณ ที่อื่นใดก็ได้”.

⁴⁰หมายถึง คณะกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย.