

บทที่ 2

เงื่อนไขและผลทางกฎหมายของการมอบอำนาจ ทางปกครอง

2.1 เงื่อนไขของการมอบอำนาจทางปกครอง

การมอบอำนาจทางปกครองโดยทั่วไปมีเงื่อนไขที่ต้องคำนึงถึงดังต่อไปนี้

2.1.1 การมอบอำนาจจะกระทำได้เมื่อมีกฎหมายอนุญาตไว้โดยชัดแจ้ง

การมอบอำนาจทางปกครองจะกระทำต่อเมื่อกฎหมายอนุญาตไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น เพราะโดยหลักแล้วองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้องใช้อำนาจนั้นโดยตนเอง ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยในแนวทางนี้เช่นกัน เช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดจะมอบอำนาจให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัด ปฏิบัติราชการแทนได้หรือไม่ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า กรณีของผู้ที่ดำรงตำแหน่ง ผู้อำนวยการกอง หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่เทียบเท่าผู้อำนวยการกองนั้น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 บัญญัติไว้เพียงเรื่องการรักษาราชการแทนเท่านั้นมิได้บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมา มอบอำนาจให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทนได้ นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการการประถมศึกษาและกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการครู ซึ่งตราขึ้นภายหลังประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 218 ฯ ก็มีได้บัญญัติยกเว้นไว้เป็นพิเศษให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดมอบอำนาจให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัด ปฏิบัติราชการแทนได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงเห็นว่าผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดไม่อาจมอบอำนาจให้ผู้ช่วยผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดปฏิบัติราชการแทนได้ (เรื่องเสร็จที่ 341/2535) ทั้งนี้ กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจอาจจำแนกได้เป็น

2.1.1.1 การมอบอำนาจโดยกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ

ในกรณีที่กฎหมายอื่นเป็นที่มาของอำนาจกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้โดยเฉพาะแล้ว การมอบอำนาจย่อมจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายนั้นไม่อาจมอบอำนาจตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจเป็นการทั่วไป¹ได้

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยมีความเห็นยืนยันถึงหลักการดังกล่าว ตัวอย่างเช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องปัญหาการมอบอำนาจบริหารงานงบประมาณในระดับจังหวัด โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า การมอบอำนาจของอัยการสูงสุดให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในกรณีนี้เป็นกรณีที่มีระเบียบกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้โดยเฉพาะแล้ว อันเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 38 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินมาใช้บังคับไม่ได้ และในเมื่อไม่ใช่กรณีมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติเรื่องการมอบอำนาจช่วงตามมาตรา 39 มาใช้บังคับได้ เพราะมาตรา 39 วรรคหนึ่งบัญญัติว่ากรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะมอบอำนาจต่อไปมาตรา 38(9) ได้ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดได้รับมอบอำนาจตามมาตรา 38 (2) (3) (4) (5) (6) หรือ (7) เท่านั้น (เรื่องเสร็จที่ 133/2537)

บทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้โดยเฉพาะอาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะ ดังนี้

(1) กรณีที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจบัญญัติถึงองค์กรผู้รับมอบอำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

บทกฎหมายที่มีลักษณะเช่นนี้ เช่น พระราชบัญญัติจัดระเบียบกิจการแพปลา พ.ศ. 2496 มาตรา 24 ซึ่งบัญญัติให้คณะกรรมการองค์การสะพานปลาเป็นผู้แทนองค์การสะพานปลาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก และในการนี้คณะกรรมการองค์การสะพานปลาจะมอบหมายให้ผู้อำนวยความสะดวกการสะพานปลาเป็นผู้แทนก็ได้²

พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542 มาตรา 6 ซึ่งได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ว่า ในกรณีเพื่อประโยชน์

¹โปรดดูรายละเอียดของกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจเป็นการทั่วไปในหัวข้อ 2.1.1.2.

²การมอบอำนาจของคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มเช่นนี้ยังมีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าจะสามารถดำเนินการได้หรือไม่ ดังจะได้อธิบายโดยละเอียดในหัวข้อ 3.2.

ในการผลิตยาง การค้ายาง การนำยางเข้าและการส่งยางออก ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมยางตามพระราชบัญญัตินี้ มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนด

1. ดันยางชนิดอื่นเป็นดันยางที่อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัตินี้
2. ดันยางพันธุ์ดี
3. เขตทำสวนยาง
4. การแจ้งเนื้อที่สวนยาง จำนวนดันยางและพันธุ์ของดันยางที่ปลูกในสวนยางรวมทั้งประมาณเนื้อยางที่ผู้ทำสวนยางทำได้ในแต่ละปี

ฯลฯ

ฯลฯ

โดยการประกาศตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะมอบอำนาจให้อธิบดีกรมวิชาการเกษตรเป็นผู้ประกาศแทนก็ได้

พระราชบัญญัติกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยาง พ.ศ. 2503 มาตรา 13 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับคณะกรรมการสงเคราะห์การทำสวนยาง มีอำนาจและหน้าที่ควบคุมดูแลทั่วไปซึ่งกิจการกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยางและโดยเฉพาะให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. ดำเนินกิจการสงเคราะห์การทำสวนยาง
2. วางข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานหรือการเงิน เพื่อดำเนินการสงเคราะห์การทำสวนยาง
3. วางข้อบังคับว่าด้วยการบรรจุ การแต่งตั้ง การถอดถอน การเลื่อนขั้นเงินเดือน การตัดเงินเดือน การลดขั้นเงินเดือน วินัยของพนักงาน ตลอดจนกำหนดอัตราตำแหน่ง เงินเดือน ค่าจ้าง ค่าพาหนะ เบี้ยเลี้ยง ค่าเช่าบ้านหรือที่พัก ค่าทดแทน และเงินที่ควรจ่ายอย่างอื่น
4. วางข้อบังคับว่าด้วยระเบียบแบบพนักงาน

ในการนี้คณะกรรมการสงเคราะห์การทำสวนยางจะมอบอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสงเคราะห์อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างให้ผู้อำนวยการสำนักงานกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยางดำเนินการก็ได้ ทั้งนี้ อำนาจและหน้าที่ที่จะมอบดังกล่าวให้กำหนดไว้ในข้อบังคับหรือระเบียบตามมาตรา 13 (2) คือในข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานหรือการเงิน

(2) กรณีที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจบัญญัติถึงองค์กรผู้รับมอบอำนาจไว้โดยไม่ชัดแจ้ง

บทกฎหมายที่มีลักษณะเช่นนี้ เช่น พระราชบัญญัติแรม พ.ศ.2510 มาตรา 77 ซึ่งได้กล่าวถึงอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ ในการออกใบอนุญาตรับช่วงการทำเหมืองว่า เมื่อผู้ถือประทานบัตรประสงค์จะให้ผู้อื่นรับช่วงการทำเหมืองให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ประจำท้องที่ ระบุบุคคลผู้จะรับช่วงการทำเหมืองในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งภายในอายุของประทานบัตรและส่วนของเขตเหมืองแร่ที่จะให้รับช่วงการทำเหมือง

รัฐมนตรีหรือผู้ที่รัฐมนตรีมอบหมายเป็นผู้ออกใบอนุญาตให้มีการรับช่วงการทำเหมืองได้ตามที่จะพิจารณาเห็นสมควร

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า³ การที่กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจบัญญัติไว้อย่างลอยๆ ว่า “หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย” โดยมีได้ระบุว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดไว้เลย ถือมิได้ว่ากฎหมายดังกล่าวกำหนดการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หากจะมอบอำนาจก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไป แต่โดยทั่วไปมักเห็นกันว่า เพียงแต่กฎหมายที่บัญญัติถึงอำนาจในเรื่องนั้น กำหนดให้องค์กรผู้มีอำนาจสามารถมอบอำนาจสั่งการในเรื่องนั้นให้แก่บุคคลอื่นใช้อำนาจแทนตนได้ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะถือว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดถึงการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งในกรณีเช่นนี้องค์กรผู้มีอำนาจย่อมสามารถมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวแทนตนก็ได้ ไม่มีการจำกัดตัวบุคคลเพราะเท่ากับกฎหมายไว้วางใจผู้มีอำนาจเป็นหลักว่าคงมอบอำนาจไปยังผู้ที่เหมาะสมแก่การใช้อำนาจนั้น⁴

คณะกรรมการกฤษฎีกาเองก็มีความเห็นในแนวทางดังกล่าว ตัวอย่างเช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องปัญหาการมอบอำนาจของปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมในการออกใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 ให้แก่อุตสาหกรรมจังหวัด โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า อำนาจในการออกใบอนุญาตตั้งโรงงานเป็นของปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมที่มีอยู่ตามกฎหมาย เมื่อมาตรา 8⁵ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้อำนาจปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมที่

³นิพนธ์ บุญญฤทธิ์, “การมอบอำนาจระหว่างราชการบริหารส่วนกลางกับราชการบริหารส่วนภูมิภาค : ปัญหาของกรมสรรพสามิตกับจังหวัด”, วารสารพัฒนบริหารศาสตร์, ปีที่ 16, น. 205-208 (เมษายน 2519).

⁴นพดล เกร็ดฤกษ์, “การมอบอำนาจทางปกครอง”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 23, ตอน 3, น.38 (2549).

⁵พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 มาตรา 8 การตั้งโรงงานจะกระทำต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตตั้งโรงงานจากปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายให้ออกใบอนุญาต... อนึ่ง ตามกฎหมายปัจจุบันคือพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ มาตรา 12 บัญญัติว่าผู้ประกอบกิจการโรงงานจำพวกที่ 3 (ซึ่งหมายถึงโรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้ตามมาตรา 7 (3)) ต้องได้รับใบอนุญาตจากผู้อนุญาต ซึ่งตามมาตรา 15 บัญญัติให้หมายถึงปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายตามความเหมาะสม.

จะมอบหมายให้ผู้อื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนได้ ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมจึงมีอำนาจมอบหมายให้ อุตสาหกรรมจังหวัดเป็นผู้ออกใบอนุญาตตั้งโรงงานได้ กรณีการมอบอำนาจดังกล่าวไม่ขัดกับมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เพราะเป็นอำนาจที่ปลัดกระทรวง อุตสาหกรรมมีอยู่ตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 อันเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเรื่อง การมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะแล้ว (เรื่องเสรีที่ 408/2538)

หรือในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบอำนาจของอธิบดีกรม ประชาสงเคราะห์ให้ประชาสงเคราะห์จังหวัดปฏิบัติราชการแทน ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัย วางหลักถึงกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นว่า ในกรณีที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นนั้น กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว จะต้องกำหนดอำนาจหน้าที่และผู้มี อำนาจ และกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจนด้วย รวมทั้งต้องเป็นการบัญญัติหรือกำหนด ขึ้นจากหน่วยงานที่มีอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวหรือได้รับความเห็นชอบหรืออนุญาตจาก หน่วยงานนั้น มิใช่กรณีที่กำหนดขึ้นเองเพื่อเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางการปฏิบัติภายในของหน่วยงาน ที่ต้องปฏิบัติ จึงจะถือได้ว่าเป็นกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีที่กำหนด เรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนเป็นอย่างอื่น ซึ่งกรณีตามข้อหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า ระเบียบกรมประชาสงเคราะห์ว่าด้วยการสงเคราะห์ครอบครัวผู้มีรายได้น้อยและผู้ไร้ที่พึ่ง พ.ศ.2529 ข้อ 6 ซึ่งบัญญัติว่า “วิธีดำเนินการสงเคราะห์ ให้ดำเนินการตามหลักการสงคมสงเคราะห์ เฉพาะราย โดยนักสังคมสงเคราะห์ หรือเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายเป็นผู้ดำเนินการศึกษา พิจารณา วินิจฉัยปัญหาและติดตามผลกับให้เรียกหลักฐานต่างๆ ได้แก่ ใบมรณบัตร หรือสำเนา ทะเบียนบ้าน หรือใบรับรองแพทย์หรือหนังสือรับรองจากเรือนจำหรือสารวัตรใหญ่ หรือเอกสารอื่นใด อย่างใดอย่างหนึ่งมาประกอบการพิจารณาและเสนอความเห็นเพื่ออนุมัติ

การอนุมัติเบิกจ่ายเงิน หรือสิ่งของหรือกรณีอื่นๆในการสงเคราะห์ครอบครัว ผู้ที่ประสบ ความเดือดร้อน ให้เสนอต่ออธิบดีกรมประชาสงเคราะห์ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายเป็นผู้อนุมัติ” เป็น กรณีที่มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นอันเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 38 แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แล้ว (เรื่องเสรีที่ 197/2542)

ต่อกรณีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากเงื่อนไขของการมอบอำนาจทางปกครองนั้น นอกจากจะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถมอบอำนาจแก่กันได้โดยชัดแจ้งแล้ว ยัง จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสำคัญประการอื่นดังจะได้ทำการศึกษาต่อไปอีกคือ ต้องมอบอำนาจแก่ ผู้ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผู้รับมอบอำนาจเท่านั้นและการดำเนินการมอบอำนาจต้องทำตามแบบ

ที่กฎหมายกำหนด^๖ เมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้แต่เพียงว่าให้ผู้มีอำนาจสามารถมอบอำนาจนั้นได้ แต่ไม่ได้ระบุว่าจะสามารถมอบให้แก่บุคคลใดได้บ้างและมีได้กำหนดถึงแบบของการมอบอำนาจไว้ในกรณีเช่นนี้หากจะมอบอำนาจก็ต้องดำเนินการโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจ คือ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ในกรณีราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และบรรดาบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ในกรณีของราชการบริหารส่วนท้องถิ่น มาพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือ ย่อมสามารถมอบอำนาจให้ได้แต่เฉพาะบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ซึ่งแนวทางเช่นนี้เป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักการในการตีความกฎหมาย ที่จะต้องใช้กฎหมายเฉพาะปรับกับข้อเท็จจริงก่อน และหากเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้บัญญัติไว้ก็ต้องนำกฎหมายทั่วไปมาปรับบทใช้บังคับ

อนึ่ง ต่อความเห็นที่ว่า แม้กฎหมายที่ให้อำนาจจะบัญญัติไว้แต่เพียงว่าให้ผู้มีอำนาจสามารถมอบอำนาจได้แต่ไม่ได้กำหนดถึงตัวบุคคลผู้รับมอบอำนาจไว้ องค์กรผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ก็คงมอบอำนาจไปยังผู้ที่เหมาะสมในการใช้อำนาจ ผู้เขียนเห็นว่าการกล่าวเช่นนั้นยังขาดน้ำหนักอยู่มาก เพราะในกรณีนี้การพิจารณากำหนดตัวบุคคลผู้รับมอบอำนาจย่อมเป็นอำนาจของผู้มอบอำนาจโดยปราศจากการออบทางกฎหมายใดๆ เป็นตัวจำกัดการใช้อำนาจดังกล่าว ถึงที่สุดแล้วผู้มอบอำนาจอาจพิจารณามอบอำนาจซึ่งอาจถูกใช้ให้มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้แก่บุคคลใดๆ เป็นผู้ใช้ก็ได้ อันเป็นสภาพที่ให้ผู้พิทักษ์แก่ผู้มอบอำนาจมากจนอาจเกิดการใช้อำนาจในลักษณะที่บิดเบือนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

2.1.1.2 การมอบอำนาจโดยกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจเป็นการทั่วไป

กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจเป็นการทั่วไป สามารถจำแนกตามเกณฑ์การจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินได้ดังนี้

(1) ราชการบริหารส่วนกลางและราชการบริหารส่วนภูมิภาค : กฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

ในระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ประกาศใช้ต่อเนื่องมาหลายฉบับ ดังนั้นก่อนการศึกษารายละเอียดของกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับปัจจุบัน เห็นสมควรกล่าวถึงวิวัฒนาการของกฎหมายดังกล่าวพอสังเขปดังนี้

^๖โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.1.2 และ 2.1.3.

ก. วิวัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

ในประวัติศาสตร์การปกครองของประเทศไทย มีกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินตราขึ้นใช้บังคับมาแล้ว 5 ฉบับ (ไม่รวมฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) คือ

1. พระราชบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญราชการฝ่ายพลเรือน พ.ศ.2476
2. พระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2476
3. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495
4. ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515
5. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธรรมนูญราชการฝ่ายพลเรือน พ.ศ.2476 ยังมิได้มีการนำเอาบทบัญญัติในเรื่องการมอบอำนาจมาบัญญัติไว้ มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดตำแหน่งผู้บังคับบัญชาของส่วนราชการในระดับต่างๆ และในพระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2476 ก็ยังมิได้มีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจเช่นเดียวกัน ข้อความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจทางปกครองได้รับการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เมื่อ พ.ศ.2477 อย่างไรก็ตามการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้ ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้แต่เฉพาะกรณีการมอบอำนาจของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงเท่านั้น และกำหนดแบบของการมอบอำนาจให้ต้องทำในรูปของพระราชกฤษฎีกา ต่อมาในปี พ.ศ.2495 ได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495 ขึ้นใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2476 ซึ่งในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้การมอบอำนาจทางปกครองสามารถกระทำได้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น โดยมีการบัญญัติถึงการมอบอำนาจทางปกครองทั้งของนายกรัฐมนตรี ในฐานะผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบงานของสำนักนายกรัฐมนตรี และทั้งกรณีการมอบอำนาจของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวง อย่างไรก็ตามในการมอบอำนาจยังอยู่ในรูปของพระราชกฤษฎีกาเช่นเดียวกับกฎหมายเดิม ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495 โดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2499 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจขึ้นอีกกรณีหนึ่งคือการมอบอำนาจของอธิบดี ตลอดจนแก้ไขปรับปรุงให้องค์กรผู้รับมอบอำนาจในกรณีการมอบอำนาจของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมีหลากหลายมากขึ้น นอกจากนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวยังยอมรับแบบของการมอบอำนาจในลักษณะการทำให้เป็นหนังสือเป็นครั้งแรกควบคู่กันไปกับแบบของการมอบอำนาจที่มีอยู่เดิมในรูปการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้แบบทั้งสองมีที่ใช้อย่างแตกต่างกันไปตามประเภทขององค์กรผู้รับมอบอำนาจ เช่น ในกรณีที่อธิบดีมอบอำนาจให้แก่รองอธิบดีหรือผู้ช่วยอธิบดี การมอบอำนาจ

จะต้องทำเป็นหนังสือ แต่ถ้าอธิบดีประสงค์จะมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการภาคหรือผู้ว่าราชการจังหวัด การมอบอำนาจในกรณีเช่นนี้จะต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา⁷ เป็นต้น ต่อมาพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2499 ได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดและนายอำเภอ เข้าไปในกฎหมายฉบับเดิมด้วย จนกระทั่งมาถึงประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 ได้บัญญัติยกเลิกกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับก่อน ซึ่งในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจ ได้บัญญัติถึงการมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด และนายอำเภอ ทั้งนี้ ยังมีการบัญญัติถึงการมอบอำนาจของตำแหน่งปลัดกระทรวงขึ้นเป็นครั้งแรกอีกด้วย นอกจากนี้ ในเรื่องแบบของการมอบอำนาจนั้น ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 218 ๔ กำหนดแบบในการมอบอำนาจไว้ 2 ลักษณะคือ การทำเป็นหนังสือ และการทำเป็นคำสั่งและประกาศในราชกิจจานุเบกษา กรณีไม่ปรากฏแบบของการมอบอำนาจในลักษณะให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาเหมือนในกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับก่อนแต่อย่างใด ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 218 ๔ ใช้บังคับเรื่อยมา จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 อันเป็นกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งในส่วนบทบัญญัติว่าด้วยการมอบอำนาจหรือการปฏิบัติราชการแทนนั้น ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการกำหนดให้กระทำได้อย่างกว้างขวางและคล่องตัวมากกว่ากฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับก่อนๆ โดยมีการบัญญัติถึงการมอบอำนาจของ ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งไม่เคยมีการอนุญาตให้สามารถมอบอำนาจได้ในกฎหมายที่ใช้บังคับมาก่อนหน้านี้ เช่น ตำแหน่งผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง ตามมาตรา 38(8) หรือตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด ตามมาตรา 38(12) เป็นต้น นอกจากนี้ ในมาตรา 38(13) ยังระบุให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจออกระเบียบกำหนดถึงการมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งอื่นๆ นอกเหนือจากผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการมอบอำนาจไว้แล้วตาม

⁷ มาตรา 22 วรรคเจ็ด แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495 แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2499 ซึ่งบัญญัติว่า “...อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การให้อนุมัติหรือการปฏิบัติราชการ ที่อธิบดีจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมายใด ถ้ากฎหมายนั้นมีได้บัญญัติในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น จะมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รองอธิบดี หรือผู้ช่วยอธิบดีทำการแทนในนามอธิบดีก็ได้ แต่ถ้าจะมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการภาค หรือผู้ว่าราชการจังหวัด ทำการแทนในนามอธิบดี ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”.

มาตรา 38(1) – (12) และในเรื่องแบบของการมอบอำนาจ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดแบบของการมอบอำนาจไว้เพียงประการเดียวเท่านั้นคือ ให้ทำเป็นหนังสือ (มาตรา 38 วรรคสาม)

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครองในกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับต่างๆโดยลำดับแล้ว ย่อมสังเกตเห็นได้ว่าแต่เดิมกฎหมายอนุญาตให้มอบอำนาจได้อย่างจำกัด และในการปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินแต่ละครั้ง บทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในทางปกครองได้ถูกพัฒนาให้มีลักษณะที่กว้างขวางและยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้น กล่าวคือจะมีการเพิ่มประเภทของตำแหน่งที่สามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ให้มากยิ่งขึ้น และในขณะเดียวกันในเรื่องแบบของการมอบอำนาจก็ได้มีการปรับแก้ให้มีความยืดหยุ่นขึ้นโดยลำดับ จนกระทั่งตามกฎหมายฉบับปัจจุบันแบบของการมอบอำนาจไม่ว่าของผู้ดำรงตำแหน่งใด มีเพียงประการเดียวเท่านั้นคือการทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้เพื่อรองรับภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นตามความสลับซับซ้อนของสังคม⁸

ในเรื่องเกี่ยวกับแบบของการมอบอำนาจโดยการทำเป็นหนังสือซึ่งปรากฏเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2499 และเป็นแบบของการมอบอำนาจในกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับปัจจุบัน นั้น เคยมีผู้ตั้งข้อสงสัยว่า การกำหนดแบบในลักษณะเช่นนี้ประชาชนไม่มีโอกาสรับรู้ ซึ่งแตกต่างกับการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือการเป็นคำสั่งและประกาศ

อย่างไรก็ตาม ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นหลายกรณี ยังคงปรากฏแบบของการมอบอำนาจที่มีขั้นตอนให้ต้องประกาศต่อสาธารณะด้วย เช่น กรณีการมอบอำนาจของนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดให้ปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัดปฏิบัติราชการแทนตามมาตรา 39/1 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540 ที่ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศให้ประชาชนทราบ หรือกรณีการมอบอำนาจของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครให้ปลัดกรุงเทพมหานคร รองปลัดกรุงเทพมหานคร ผู้อำนวยการสำนัก หัวหน้าส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีฐานะเป็นสำนัก หรือผู้อำนวยการเขตปฏิบัติราชการแทน ตามมาตรา 81 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ที่ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.1.1.2 (2).

ในราชกิจจานุเบกษา⁹ และรูปแบบการมอบอำนาจโดยการทำเป็นหนังสือนั้น แม้ว่าจะเป็นรูปแบบที่สะดวก รวดเร็ว สร้างความคล่องตัวในการปฏิบัติราชการ แต่น่าพิจารณารูปแบบดังกล่าวจะเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในฐานะผู้รับบริการสาธารณะได้เพียงพอหรือไม่¹⁰ ทั้งนี้ผู้ตั้งข้อสังเกตมีความเห็นเพิ่มเติมว่า¹¹ แม้ว่ารูปแบบของการมอบอำนาจควรต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจในการสร้างความราบรื่นและคล่องตัวในการปฏิบัติราชการ แต่สิ่งที่จะลืมไม่ได้คือรูปแบบดังกล่าวจะต้องเอื้อต่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนทั่วไปด้วย โดยต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนได้รับรู้ถึงการมอบอำนาจที่มากขึ้นในระหว่างฝ่ายบริหารได้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นต่อกรณีดังกล่าวว่า ด้วยเหตุที่การมอบอำนาจในทางปกครองเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองและโดยลักษณะของการมอบอำนาจนั้นเองไม่ได้ส่งผลเป็นการ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ รับ หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนภายนอกฝ่ายปกครอง¹² ต่อเมื่อผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับมอบอำนาจได้ใช้อำนาจนั้นกระทำการใดๆ การกระทำนั้นจึงอาจก่อผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนได้ ซึ่งประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเช่นนั้น ย่อมมีสิทธิได้รับการแก้ไขเยียวยาทั้งโดยกระบวนการภายในฝ่ายปกครองและกระบวนการภายนอกซึ่งดำเนินการโดยองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีต่อไป ด้วยเหตุผลที่อธิบายมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดแบบของการมอบอำนาจโดยให้ทำเป็นหนังสือจึงมิใช่การกระทำอันมีลักษณะเป็นการลดทอนการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในฐานะผู้รับบริการสาธารณะลงแต่อย่างใด

อนึ่ง แม้จากการศึกษาวิวัฒนาการของการมอบอำนาจทางปกครองตามกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน จะทำให้สรุปได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้มีการมอบอำนาจอย่างกว้างขวางและยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้นโดยลำดับ ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปโดยคล่องตัว สามารถตอบสนองต่อการดำเนินนโยบายในการบริหารประเทศ แต่การดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ย่อมมีโอกาสเป็นไปถึงขนาดละเลยต่อลักษณะสำคัญของการมอบอำนาจในทางปกครองได้ เช่น การบังคับให้มอบอำนาจตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ

⁹ ศิระ ชวนะวิรัช, “กฎหมายปกครองว่าด้วยการปฏิบัติราชการแทน รักษาราชการแทน รักษาการในตำแหน่ง”, *มหาดไทย*, ฉบับที่ 53, ปีที่ 5, น. 40 (2524).

¹⁰ อภิรดี พงษ์ดนตรี, “การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น.124 – 125.

¹¹ *เพ็ญอึ้ง*, น.116 – 117.

¹² ด้วยเหตุนี้ สถานะทางกฎหมายของการมอบอำนาจทางปกครองจึงมิใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” ดังที่จะได้อธิบายให้เห็นต่อไปในเชิงอรรถที่ 25.

พ.ศ.2546 ที่คณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 38(13) มาตรา 38 วรรคสี่ มาตรา 50/2 และมาตรา 50/5 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับกับนโยบายการบริหารงานแบบบูรณาการที่เน้นความรวดเร็วและคล่องตัวในการปฏิบัติราชการ นั้น บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีปัญหาในเรื่องความสอดคล้องกับพื้นฐานความคิดของการมอบอำนาจที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในดุลพินิจตัดสินใจของผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ในชั้นแรก ดังจะได้นำเสนอโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.3.2

ข. ข้อสังเกตเกี่ยวกับถ้อยคำที่ใช้แทนการมอบอำนาจในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534

ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ปรากฏบทมาตราที่แสดงถึงการมอบอำนาจทางปกครองอยู่หลายมาตราดังต่อไปนี้

(1) การมอบหมายให้กำกับการบริหารราชการ

คือกรณีนายกรัฐมนตรีมอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรีกำกับการบริหารราชการของกระทรวงหรือทบวงหนึ่งหรือหลายกระทรวงหรือทบวง (มาตรา 11 (2))

(2) การช่วยสั่งและปฏิบัติราชการ

คือกรณีผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานมอบหมายให้ผู้ดำรงตำแหน่งรองลงไปเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการแทน ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีขบัญญัติที่กำหนดถึงกรณีช่วยสั่งและปฏิบัติราชการอยู่หลายมาตรา ตัวอย่างเช่น

-นายกรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีช่วยสั่งและปฏิบัติราชการในกิจการของสำนักนายกรัฐมนตรีได้ (มาตรา 10 วรรคสอง)

-เลขาธิการคณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้รองเลขาธิการคณะรัฐมนตรีหรือผู้ช่วยเลขาธิการคณะรัฐมนตรีช่วยสั่งและปฏิบัติราชการในกิจการของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้ (มาตรา 14)

-ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้รองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือผู้ช่วยปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีช่วยสั่งและปฏิบัติราชการในกิจการของสำนักนายกรัฐมนตรีและสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้ (มาตรา 16 วรรคสอง)

-รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอาจมอบหมายให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงช่วยสั่งและปฏิบัติราชการในกิจการของกระทรวงได้ (มาตรา 20 วรรคหนึ่ง)

-ปลัดกระทรวงอาจมอบหมายให้รองปลัดกระทรวงหรือผู้ช่วยปลัดกระทรวงช่วยสั่งและปฏิบัติราชการในกิจการของกระทรวงและสำนักงานปลัดกระทรวงได้ (มาตรา 21 วรรคสอง)

-อธิบดีอาจมอบหมายให้รองอธิบดีหรือผู้ช่วยอธิบดีช่วยปฏิบัติราชการในกิจการของกรมได้ (มาตรา 32 วรรคสาม)

-ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมอบหมายให้รองผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัดช่วยสั่งและปฏิบัติราชการในกิจการของจังหวัดได้ (มาตรา 54 วรรคหนึ่ง)

(3) การปฏิบัติราชการแทน

เป็นบทบัญญัติหลักว่าด้วยเรื่องการมอบอำนาจทางปกครองตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 38 ซึ่งมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่กฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งมิได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งรองลงไปหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการได้ ตัวอย่างเช่น

-นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจให้รองนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี

-รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง อธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

-ปลัดกระทรวงอาจมอบอำนาจให้รองปลัดกระทรวง ผู้ช่วยปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

-อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าอาจมอบอำนาจให้รองอธิบดี ผู้ช่วยอธิบดี ผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

-ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมอบอำนาจให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด นายอำเภอ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ

-หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดอาจมอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำกิ่งอำเภอ

นอกจากนี้ มาตรา 38 ยังบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีสามารถวางระเบียบกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น นอกเหนือจากตำแหน่งที่ระบุไว้โดยชัดแจ้งตามมาตรา 31 สามารถมอบอำนาจให้บุคคลอื่นปฏิบัติราชการแทนได้

มีข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับตำแหน่ง“หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง” ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นองค์กรผู้รับมอบอำนาจจาก“อธิบดี”องค์กรหนึ่งว่า ตำแหน่งดังกล่าวมีความหมายเพียงใด ทั้งนี้ บทบัญญัติในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า “กรมซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง อาจแบ่งส่วนราชการดังนี้

(1) สำนักงานเลขาธิการกรม

(2) กองหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบกอง เว้นแต่บางกรมเห็นว่าไม่มีความจำเป็นจะไม่แยกส่วนราชการตั้งขึ้นเป็นกองก็ได้

กรมใดมีความจำเป็น จะแบ่งส่วนราชการโดยให้มีส่วนราชการอื่นนอกจาก (1) หรือ (2) ก็ได้..."

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 31 อยู่ในหมวด 4 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการในกรม ซึ่งอยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนกลาง ดังนั้น“หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง”จึงน่าจะหมายถึงหัวหน้าส่วนราชการในราชการบริหารส่วนกลางเท่านั้น ไม่รวมถึงหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดซึ่งเป็นตำแหน่งในราชการบริหารส่วนภูมิภาคด้วย ในแง่ของบุคคลผู้รับมอบอำนาจ ย่อมหมายความว่า หากอธิบดีประสงค์จะมอบอำนาจในการสั่ง อนุมัติ อนุญาต หรือการปฏิบัติราชการอย่างหนึ่งอย่างใดอันตนมีอยู่ตามกฎหมายให้แก่องค์กรผู้มีอำนาจในราชการบริหารส่วนภูมิภาค โดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 38 แล้ว อธิบดีสามารถมอบอำนาจให้ได้เฉพาะแต่ผู้ว่าราชการจังหวัดเท่านั้น ไม่สามารถมอบอำนาจให้แก่หัวหน้าส่วนราชการของกรมซึ่งประจำอยู่ในจังหวัดได้โดยตรง

ความเห็นดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันจากคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมอบอำนาจจากราชการส่วนกลางไปยังราชการส่วนภูมิภาค คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นสรุปได้ว่า การมอบอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 เป็นการมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการ โดยผู้บังคับบัญชาซึ่งเป็นหัวหน้าของส่วนราชการจะเป็นผู้มอบอำนาจให้ผู้ช่วยของตน หรือผู้ได้บังคับบัญชาปฏิบัติราชการแทน กรณีของข้าราชการที่ปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาค จึงมีผู้บังคับบัญชาทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค คือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี และผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหารซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัดตามมาตรา 54¹³ ด้วยเหตุนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ฯ จึงได้วางระบบเรื่องการมอบอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง หรืออธิบดีไปยังส่วนราชการในราชการส่วนภูมิภาคว่า ให้มอบอำนาจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัด ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดในจังหวัด และเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการ กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ว่า

¹³มาตรา 54 ในจังหวัดหนึ่ง ให้มีผู้ว่าราชการจังหวัดคนหนึ่ง....เป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหาร ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัด....

ราชการจังหวัดอาจมอบอำนาจต่อไปให้หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง และอธิบดี ได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากผู้มอบอำนาจดังกล่าว (มาตรา 39 วรรคสอง) จากกระบวนการมอบอำนาจดังกล่าวมา การมอบอำนาจของอธิบดีที่มอบอำนาจให้แก่หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดโดยตรง จึงเป็นการมอบอำนาจที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 38 และสำหรับเนื้อความในมาตรา 38(7) ที่บัญญัติให้อธิบดีอาจมอบอำนาจให้แก่หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ คำว่า“หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง” หมายถึง หัวหน้าส่วนราชการต่างๆในราชการส่วนกลางเท่านั้น ส่วนคำว่า “หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด” หมายถึง หัวหน้าส่วนราชการซึ่งปฏิบัติราชการประจำอยู่ในจังหวัด และได้มีพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกำหนดให้เป็นราชการส่วนภูมิภาค อย่างไรก็ตามก็ดี ส่วนราชการของกรมต่างๆที่มีข้าราชการปฏิบัติราชการประจำอยู่ในจังหวัดต่างๆ มิได้มีฐานะเป็นส่วนราชการส่วนภูมิภาคเสียทั้งหมด แม้ว่าส่วนราชการนั้นๆจะไปตั้งอยู่ในจังหวัดต่างๆ แต่หากพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการมิได้กำหนดให้เป็นราชการส่วนภูมิภาคแล้ว ย่อมถือว่าส่วนราชการนั้นเป็นหน่วยงานในราชการส่วนกลาง และหัวหน้าของหน่วยงานดังกล่าวก็จะมีสถานะเป็น“หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง”ซึ่งสามารถเป็นผู้รับมอบอำนาจจากอธิบดีได้ (เรื่องเสรีที่ 121 /2536)

อนึ่ง ถ้อยคำ“การปฏิบัติราชการแทน”นั้น นอกจากปรากฏในมาตรา 38 แล้ว ยังปรากฏในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กรณีอื่นๆ อีกดังนี้

-กรณีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม แต่มิได้สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือทบวง นายกรัฐมนตรีจะมอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีปฏิบัติราชการแทนก็ได้ (มาตรา 12)

-กรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมแต่มิได้สังกัดกระทรวง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะมอบหมายให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงปฏิบัติราชการแทนก็ได้ (มาตรา 20 วรรคสาม)

-รัฐมนตรีว่าการกระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวง ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า อาจมอบอำนาจให้หัวหน้าคณะผู้แทน¹⁴ปฏิบัติราชการแทนได้ โดยให้นำความในมาตรา 38 มาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา 50/5)

¹⁴หัวหน้าคณะผู้แทน หมายความว่า ข้าราชการสังกัดกระทรวงการต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะผู้แทนตามระเบียบพิธีการทูต หรือระเบียบพิธีการกงสุล ในกรณีของคณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การระหว่างประเทศนั้น ให้หมายความว่าข้าราชการสังกัดส่วน

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ากรมอบหมายให้กำกับการบริหารราชการ การช่วยสั่งและปฏิบัติราชการ ตลอดจนการปฏิบัติราชการแทนที่ปรากฏอยู่ในมาตราอื่นๆ นอกเหนือจากมาตรา 38 ล้วนเป็นกรณีที่กำหนดถึงการจัดระเบียบบริหารราชการภายในองค์กรตามสายการบังคับบัญชาอย่างกว้างๆ ซึ่งการดำเนินการมอบอำนาจตลอดจนผลการมอบอำนาจในกรณีเหล่านี้ยังต้องอาศัยอำนาจและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 หมวด 5 การปฏิบัติราชการแทน ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 38 ถึงมาตรา 40 อันเป็นบทบัญญัติหลักของเรื่องการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

อนึ่ง เนื่องจากหน่วยงานบางหน่วยงานมีโครงสร้างและวิธีปฏิบัติงาน ตลอดจนการบริหารงานบุคคลที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากการปฏิบัติราชการในกระทรวงอื่นๆ จึงจำเป็นต้องมีการตราพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารราชการแยกต่างหาก ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวจะมีการบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ตัวอย่างเช่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ.2546 อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงการจัดระเบียบบริหารราชการภายในกระทรวงศึกษาธิการ ได้กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจภายในกระทรวงดังกล่าวไว้ ตามหมวด 4 การปฏิบัติราชการแทน มาตรา 44 - มาตรา 47 โดยมีมาตราหลักคือ มาตรา 45 ที่กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ อาจมอบอำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่น ที่จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใด หรือมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องใดให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ ถ้ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งนั้น หรือมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น ตัวอย่างเช่น

- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการอาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ปลัดกระทรวง เลขาธิการ หรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า อธิการบดีในสถานศึกษาของรัฐที่จัดการศึกษาระดับปริญญาในสังกัด หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

- ปลัดกระทรวงอาจมอบอำนาจให้รองปลัดกระทรวง ผู้ช่วยปลัดกระทรวง หรือเลขาธิการ อธิการบดีในสถานศึกษาของรัฐที่จัดการศึกษาระดับปริญญาในสังกัด หรือผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา หรือผู้อำนวยการสถานศึกษา หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

ราชการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การระหว่างประเทศ (มาตรา 50/1).

- เลขานุการ¹⁵ อาจมอบอำนาจให้รองเลขานุการ ผู้ช่วยเลขานุการ อธิการบดีในสถานศึกษาของรัฐที่จัดการศึกษาระดับปริญญาในสังกัด ผู้อำนวยการสำนัก ผู้อำนวยการสำนักบริหารงานหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา หรือผู้อำนวยการสถานศึกษา หรือผู้ว่าราชการจังหวัด ทั้งนี้ แบบของการมอบอำนาจตามมาตรานี้กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติ¹⁶ ซึ่งมีเนื้อหากำหนดให้ ปลัดกระทรวง และผู้ดำรงตำแหน่งเลขานุการต้องมอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของตนไว้เป็นการเฉพาะให้แก่ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา หรือผู้อำนวยการสถานศึกษาแล้วแต่กรณี โดยให้คำนึงถึงความเป็นอิสระ และการบริหารงานที่คล่องตัวในการจัดการศึกษา เป็นกฎหมายที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับให้มอบอำนาจ ซึ่งจะพิจารณาต่อไปในหัวข้อ 3.3.3.1

ตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ.2503 อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงการจัดระเบียบราชการภายในกระทรวงกลาโหม ได้กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจในกระทรวงดังกล่าวไว้ตามมาตรา 6 วรรคห้าและมาตรา 6 ทวิ กล่าวคือ ในมาตรา 6 วรรคห้า บัญญัติว่า “... อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการปฏิบัติหน้าที่ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใดๆ หรือมติของสภากลาโหม หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมจะมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงกลาโหม ปลัดกระทรวงกลาโหม สมุหราชองครักษ์ ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ หรือผู้บัญชาการทหารอากาศ ทำการแทนในนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม¹⁶ ก็ได้” และในมาตรา 6 ทวิ บัญญัติว่า “อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การให้อนุมัติ การปฏิบัติราชการประจำ ที่ผู้บังคับบัญชาทหารไม่ว่าจะเป็นชั้นใด ซึ่งรองลงมาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการ

¹⁵ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ.2546 ผู้ดำรงตำแหน่ง “เลขานุการ” ประกอบด้วยเลขานุการสภามหาวิทยาลัย เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา และเลขาธิการคณะกรรมการการอาชีวศึกษา.

¹⁶การบัญญัติให้ผู้รับมอบอำนาจทำการแทนในนามของผู้มอบอำนาจเช่นนี้ แสดงให้เห็นถึงการขาดความเข้าใจในทฤษฎีเกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครอง ที่เมื่อมีการมอบอำนาจโดยสมบูรณ์แล้วการกระทำของผู้รับมอบอำนาจจะเป็นการกระทำในนามของบุคคลนั่นเอง มิใช่การกระทำในนามของผู้มอบอำนาจแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับการมอบอำนาจทางแพ่งหรือการตั้งตัวแทน ที่ตัวแทนกระทำการในนามของตัวการ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 1.3.2.1.

ตามกฎหมายใดๆ จะมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้ผู้บังคับบัญชาทหารตำแหน่งอื่นทำการแทน ในนามของผู้บังคับบัญชาทหารผู้มอบอำนาจก็ได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ กระทรวงกลาโหมกำหนด”

(2) ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

ในส่วนของบทบัญญัติที่กำหนดถึงการมอบอำนาจในราชการบริหารส่วนท้องถิ่นนั้น สามารถจำแนกตามลักษณะของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นได้ดังนี้

ก. ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป

ก.1 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540

การมอบอำนาจในองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 39/1 วรรคสี่และวรรคห้า ของพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540 ดังนี้

“... อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติหรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติหรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น ไม่ได้กำหนดในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดอาจมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รองนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดก็ได้ แต่ถ้ามอบให้ปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือรองปลัดองค์การบริหารส่วนจังหวัดปฏิบัติราชการแทน ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศให้ประชาชนทราบ

การปฏิบัติราชการแทนนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดตามวรรคสี่ต้องกระทำภายใต้การกำกับดูแล และกรอบนโยบายที่นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดกำหนดไว้”

ก.2 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496

การมอบอำนาจในเทศบาลเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 48 วิสติ วรรคสามและวรรคสี่ ของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 ดังนี้

“...อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่นายกเทศมนตรีจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ เทศบัญญัติ หรือคำสั่งใดหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ เทศบัญญัติหรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นไม่ได้กำหนดในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น นายกเทศมนตรีอาจมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รองนายกเทศมนตรีเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนนายกเทศมนตรีก็ได้ แต่ถ้ามอบให้ปลัดเทศบาลหรือรองปลัดเทศบาลปฏิบัติราชการแทน ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศให้ประชาชนทราบ

การปฏิบัติราชการแทนนายกเทศมนตรีตามวรรคสาม ต้องกระทำภายใต้การกำกับดูแล และกรอบนโยบายที่นายกเทศมนตรีกำหนดไว้”

ก.3 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537

การมอบอำนาจในองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 60 วรรคห้าและวรรคหก แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537 ดังนี้

“...อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งใดหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น ไม่ได้กำหนดในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น นายกองค์การบริหารส่วนตำบลอาจมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รองนายกองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนนายกองค์การบริหารส่วนตำบลก็ได้ แต่ถ้ามอบให้ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลหรือรองปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลปฏิบัติราชการแทน ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศให้ประชาชนทราบ

การปฏิบัติราชการแทนนายกองค์การบริหารส่วนตำบลตามวรรคห้า ต้องกระทำภายใต้การกำกับดูแลและกรอบนโยบายที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลกำหนดไว้”

ข. ราชอาณาจักรราชบริหารส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ

ข.1 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528

การมอบอำนาจในกรุงเทพมหานคร เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติในหมวด 4 การรักษาราชการแทนและการปฏิบัติราชการแทน ในมาตรา 81 - 84 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ดังนี้

การมอบอำนาจของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร บัญญัติไว้ใน มาตรา 81 วรรคสอง ความว่า “...อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครจะพึงปฏิบัติหรือ ดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งใดหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติหรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครจะมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครก็ได้ แต่ถ้าจะมอบให้ปลัดกรุงเทพมหานคร รองปลัดกรุงเทพมหานคร ผู้อำนวยการสำนัก หัวหน้าส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีฐานะเป็นสำนัก หรือผู้อำนวยการเขตปฏิบัติราชการแทน ให้ทำเป็นคำสั่ง และ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

นอกจากนี้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ยังได้บัญญัติถึงการมอบอำนาจของปลัดกรุงเทพมหานคร ผู้อำนวยการสำนัก และผู้อำนวยการเขต ไว้ใน มาตรา 82 มาตรา 83 และมาตรา 84 ตามลำดับ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครตามมาตรา 81

ข.2 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542

การมอบอำนาจในเมืองพัทยา เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ใน หมวด 3 ระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา มาตรา 58 – 60 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ดังนี้

การมอบอำนาจของนายกเมืองพัทยา บัญญัติไว้ใน มาตรา 58 วรรคสามและวรรคสี่ ระบุว่า “....อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่นายกเมืองพัทยา จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งใด หรือมติของ คณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของ คณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นไม่ได้กำหนดในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น นายกเมืองพัทยาอาจมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รองนายกเมืองพัทยาเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนนายกเมืองพัทยา ก็ได้ แต่ห้ามมอบให้ปลัดเมืองพัทยาหรือรองปลัดเมืองพัทยาปฏิบัติราชการแทน ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศให้ประชาชนทราบ

การปฏิบัติราชการแทนนายกเมืองพัทยาตามวรรคสาม ต้องกระทำภายใต้การกำกับดูแลและกรอบนโยบายที่นายกเมืองพัทยากำหนดไว้”

นอกจากนี้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542 ยังได้บัญญัติถึงการมอบอำนาจของปลัดเมืองพัทยา และหัวหน้าส่วนราชการของเมืองพัทยาหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า ไว้ในมาตรา 59 และมาตรา 60 ตามลำดับ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจของนายกเมืองพัทยาตามมาตรา 58

ในประเทศอังกฤษ หลักการเกี่ยวกับการมอบอำนาจก็เป็นเช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ คือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อการใช้อำนาจในเรื่องใด ไม่สามารถมอบอำนาจนั้นโดยปราศจากการอนุญาตตามกฎหมายได้¹⁷ แต่การอนุญาตดังกล่าวอาจเป็นการ

¹⁷Neil Hawke and Neil Parpworth, Introduction to Administrative Law, (Great Britain : Biddles Ltd, Guildford and king' s Lynn, 1966), p.138.

อนุญาตโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้¹⁸ ซึ่งถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นเอกลักษณ์ของระบบกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากโดยหลักแล้ว การมอบอำนาจจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายอนุญาตไว้โดยชัดแจ้งเพราะเรื่องดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในคดี R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Oladehinde (1990) 3 WLR 797 ซึ่งผู้ยื่นคำขอถูกสั่งเนรเทศโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง อันเป็นการกระทำภายใต้คำสั่งแนะของผู้ตรวจการตรวจคนเข้าเมืองซึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Secretary of State) ในการตัดสินใจที่จะเนรเทศบุคคลใดๆ ผู้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอต่อศาลภายหลังจากได้ยื่นอุทธรณ์ไปยังผู้ทำคำวินิจฉัยและคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ ซึ่งองค์กรผู้พิจารณาได้ยกอุทธรณ์ของผู้ยื่นคำขอ ในคำขอของผู้ยื่นคำขอที่ยื่นต่อศาลอ้างว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการมอบอำนาจในการเนรเทศตามมาตรา 3(5)(a) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการอพยพ ปี 1971 (Immigration Act 1971) ให้แก่ผู้ตรวจการตรวจคนเข้าเมือง ศาลแผนกคดี(The Divisional Court) เพิกถอนคำสั่งเนรเทศดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า เป็นเจตจำนงของรัฐสภาที่ต้องการให้เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองมีอำนาจในการควบคุมคนเข้าเมืองแยกต่างหากจากอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการตัดสินใจเกี่ยวกับสิทธิในการอยู่หรือถูกเนรเทศ ศาลสภาขุนนาง (The House of Lord) ได้พิพากษาเพิกถอนคำพิพากษาของศาลแผนกคดีโดยวินิจฉัยว่า ไม่มีที่ใดในมาตรา 3(5)(a) อันปรากฏโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายอันเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่จะมอบอำนาจในการสั่งเนรเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว จะพบว่าคำตัดสินดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักที่ว่า การมอบอำนาจจะกระทำได้อาจต้องมีกฎหมายอนุญาตโดยชัดแจ้ง เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนี้บ่งบ่งชัดในมาตรา 3(5)(a) ของ Immigration Act 1971 ไม่ได้กำหนดให้สามารถมอบอำนาจได้แต่อย่างใด โดยเหตุผลที่ศาลอ้างเพื่อสนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายของการมอบอำนาจที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้กระทำการคือในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายห้ามอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายมิให้รัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจได้เท่านั้น ในอีกนัยหนึ่งย่อมแสดงถึงความเห็นของศาลในคดีนี้ได้ว่า ศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตโดยปริยายให้สามารถมอบอำนาจได้

อย่างไรก็ตาม กรณีของราชการส่วนท้องถิ่น (Local Government) ของประเทศอังกฤษนั้น ในพระราชบัญญัติการปกครองส่วนท้องถิ่น ปี 1972 (Local Government Act 1972) มาตรา

¹⁸David Feildman and others, English Public Law, (New York : Oxford University Press, 2004), p.728, ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, “นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายอังกฤษ”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 4, ตอน 3, น.470 (ธันวาคม 2528).

101 ได้บัญญัติถึงการมอบอำนาจขององค์กรในราชการส่วนท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน โดยในมาตรา 101(1)(a) กำหนดว่าองค์กรในราชการส่วนท้องถิ่นอาจมอบอำนาจหน้าที่ของตนในรูปของการจัดตั้ง คณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ หรืออาจมอบให้แก่เจ้าหน้าที่ขององค์กรนั้น และใน (b) ซึ่งกำหนดให้องค์กรในราชการส่วนท้องถิ่นสามารถมอบอำนาจหน้าที่ของตนให้แก่องค์กรในราชการส่วนท้องถิ่นอื่นได้ นอกจากนี้ในมาตรา 101(2) ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้อนุญาตอย่างชัดเจนให้คณะกรรมการสามารถมอบอำนาจให้แก่คณะอนุกรรมการ และคณะอนุกรรมการผู้รับมอบอำนาจแต่ละคณะสามารถมอบอำนาจต่อไปให้แก่เจ้าหน้าที่ได้

ในมาตรา 101(6) ได้กล่าวถึงข้อจำกัดที่สำคัญของการมอบอำนาจคือ ในกรณีอำนาจหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษี หรือการออกกฎเกณฑ์สำหรับการดำเนินการดังกล่าว ตลอดจนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอัตราภาษีและการกู้ยืมเงิน เป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการโดยองค์กรในราชการส่วนท้องถิ่นผู้มีอำนาจในเรื่องนั่นเอง

อนึ่ง จากแนวคำพิพากษาของศาลพบว่า ศาลเห็นว่ามาตรา 101 ของพระราชบัญญัติการปกครองส่วนท้องถิ่น ปี 1972 ไม่อนุญาตให้มอบอำนาจในกิจการที่มีใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรในราชการส่วนท้องถิ่นองค์กรนั้น และไม่อนุญาตให้มอบอำนาจแก่บุคคลผู้ซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในงานนั้น

ในประเทศฝรั่งเศส การมอบอำนาจจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร อนุญาตให้สามารถกระทำได้โดยชัดแจ้ง¹⁹ เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นของการกำหนดอำนาจหน้าที่ตามปกติของกฎหมายมหาชน โดยหากมีปัญหาในการตีความเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ศาลจะตีความอย่างเคร่งครัด (C.E., 8 janvier 1959, Dury, p.811) ทั้งนี้ หากการมอบอำนาจดำเนินไปในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถือว่าองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจไม่มีอำนาจกระทำการในเรื่องดังกล่าว และมีผลให้การกระทำทางปกครองที่ทำโดยองค์กรนั้นตกเป็นอันเสียเปล่าหรือไม่มีผลบังคับ (nullite) และกรณีเช่นนี้จะถูกตรวจสอบจากศาลโดยไม่ชักช้า อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไป ในลักษณะเดียวกับระบบกฎหมายไทย แต่หลักเกณฑ์การมอบอำนาจจะเป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ เช่น มาตรา 21 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติถึงการมอบอำนาจของนายกรัฐมนตรีให้แก่รัฐมนตรี ความเป็นว่า “...นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจบางประการของนายกรัฐมนตรีให้แก่รัฐมนตรีได้....หรือรัฐบัญญัติเกี่ยวกับเทศบาล มาตรา L.122-11 ซึ่งบัญญัติถึงการมอบอำนาจของนายกเทศมนตรีให้แก่ผู้ช่วย เป็นต้น

¹⁹Philippe Georges, *notions essentielles droit public*, 6 edition (Bordeaux : Presses des Imprimerie,1986), p.321.

อนึ่ง สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในคำวินิจฉัยที่ C.E., 22 janvier 189, Ville de Pointe-a-Pilre, p.30 ได้วินิจฉัยตามความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี (Commissaire du gouvernement) โรมิเออ (Romieu) ว่า การมอบอำนาจเป็นการแบ่งหน้าที่ภายในระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ดังนั้นจึงสามารถทำในรูปของรัฐกฤษฎีกา (decret) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารได้ และหลักเกณฑ์นี้ใช้กับทั้งการมอบอำนาจให้กระทำการแทนและการมอบหมายให้ลงนามแทน ตัวอย่างของบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจที่อยู่ในรูปของรัฐกฤษฎีกา เช่น รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 มิถุนายน 1987 ที่บัญญัติถึงการมอบอำนาจของรัฐมนตรีให้แก่สมาชิกของคณะรัฐมนตรีและข้าราชการในสังกัด รัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 389 และ 390 ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 1982 ที่บัญญัติถึงการมอบอำนาจของรัฐมนตรีให้แก่ผู้ว่าการจังหวัด (Prefets de departement) และผู้ว่าการภาค (Prefets de region) หรือรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 1982 ที่กำหนดให้ผู้ว่าการจังหวัดสามารถมอบอำนาจให้ผู้ช่วยการสำนักงานจังหวัด เลขานุการสำนักงานจังหวัด รองเลขานุการสำนักงานจังหวัดและหัวหน้าหน่วยงานภายนอกได้ เป็นต้น นอกจากนี้ ในกรณีที่รัฐบัญญัติกำหนดให้สามารถมอบอำนาจได้ แต่มิได้ระบุแน่ชัดว่าให้ใครมอบอำนาจแก่ใคร ศาลยอมรับว่ากรณีดังกล่าวสามารถกำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจในรูปของรัฐกฤษฎีกาได้ (C.E., 29 juin 1951, Confederation nationale des locataires, p.382) ดังนั้น กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจในระบบกฎหมายฝรั่งเศส จึงไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายในรูปรัฐบัญญัติแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รัฐบัญญัติห้ามการมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจน หรือการมอบอำนาจนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะมีการมอบอำนาจดังกล่าวไม่ได้ (C.E., 28 fevrier 1964, Federation de l'Education nationale, p.150)

2.1.2 การมอบอำนาจต้องมอบแก่ผู้ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผู้รับมอบอำนาจ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ข้อแตกต่างสำคัญประการหนึ่งของการมอบอำนาจทางปกครองกับการมอบอำนาจทางแพ่งคือ การมอบอำนาจทางแพ่งหรือการตั้งตัวแทนนั้น ตัวการมีอิสระในการจะตั้งใครให้เป็นตัวแทนไปประกอบการใดๆ แทนตนได้ตามหลักแดนอำนาจของเอกชน (Private Autonomy) แต่ในทางตรงกันข้าม การมอบอำนาจทางปกครอง ผู้มอบอำนาจจะมอบอำนาจให้ได้ก็ต่อเฉพาะบุคคลที่กฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้นไม่อาจมอบอำนาจให้บุคคลใดนอกเหนือไปจากนี้อีกได้ ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจทางมหาชนที่มอบให้ไปอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากยอมให้ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสามารถมอบอำนาจของตนให้แก่ใครก็ได้

ก็อาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อระบบราชการและทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครองตามที่ควรจะเป็น

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นยืนยันถึงหลักการนี้ไว้ ตัวอย่างเช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องปัญหาการออกบัตรประจำตัวพนักงานองค์การของรัฐ (ปลัดกระทรวงหรือปลัดทบวงจะมอบหมายหรือมอบอำนาจให้ผู้อื่นออกบัตรแทนได้หรือไม่) โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า อำนาจในการออกบัตรประจำตัวตาม พ.ร.บ. ข้าราชการ พล.ศ. 2498 กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของปลัดกระทรวง เมื่อมีได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจเป็นอย่างอื่น ปลัดกระทรวงจึงมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่รองปลัดกระทรวงทำการแทนได้ตามข้อ 40 วรรค 4 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 แต่ไม่อาจมอบอำนาจให้ผู้ช่วยปลัดกระทรวงทำการแทนได้ เพราะไม่ใช่ตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผู้รับมอบอำนาจได้ (เรื่องเสร็จที่ 381/2526)

อนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจกำหนดให้สามารถมอบอำนาจในเรื่องใดๆไว้โดยเฉพาะ แต่ไม่ได้กำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจไว้ กรณีย่อมต้องนำบทบัญญัติเรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนตามกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไปมาพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือย่อมสามารถมอบอำนาจให้ได้แต่เฉพาะบุคคลตามที่กฎหมายดังกล่าวระบุไว้เท่านั้น ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 2.1.1.1

อย่างไรก็ดี ตามร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับใหม่ ซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ในมาตรา 33²⁰ ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการมอบอำนาจไว้ บัญญัติแต่เพียงว่าผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนได้ โดยไม่ได้กำหนดตัวผู้มอบอำนาจไว้ชัดเจนเหมือนกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ในด้านหนึ่งย่อมสร้างความคล่องตัวให้การบริหารราชการแผ่นดินมากยิ่งขึ้น แต่ในอีกด้านหนึ่งอาจทำให้เกิดการมอบอำนาจกันอย่างไม่มีการขอบเขตจำกัด อันจะนำมาซึ่งความเสียหายแก่ประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนได้ในที่สุด

²⁰ มาตรา 33 อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับหรือคำสั่งใด หรือมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งนั้นหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมีได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้.... .

2.1.3 การมอบอำนาจต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

การมอบอำนาจทางปกครองต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 อันเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไปสำหรับราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาค กำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ (มาตรา 38 วรรค 3) หรือตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไปสำหรับกรุงเทพมหานคร ในมาตรา 81 วรรคสาม ของพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้การมอบอำนาจของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครให้รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครปฏิบัติราชการแทนต้องทำเป็นหนังสือ และกรณีที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมอบอำนาจให้ปลัดกรุงเทพมหานคร รองปลัดกรุงเทพมหานคร ผู้อำนวยการสำนัก หัวหน้าส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีฐานะเป็นสำนัก หรือผู้อำนวยการเขต ปฏิบัติราชการแทนให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น หนึ่ง แบบของการมอบอำนาจดังกล่าวย่อมนำไปใช้กับกรณีที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ กำหนดถึงการมอบอำนาจไว้ โดยเฉพาะแต่มีได้กำหนดแบบของการมอบอำนาจไว้ด้วย ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 2.1.1.1

เมื่อทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้วการมอบอำนาจนั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับมอบอำนาจ เพราะการมอบอำนาจทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว แตกต่างกับการมอบอำนาจทางแพ่งที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในรูปของสัญญา ซึ่งต้องอาศัยความยินยอมจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นรากฐาน²¹

²¹ มีข้อพิจารณาว่าการมอบอำนาจดังกล่าวจะถือเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” หรือไม่ เพราะองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของนิติกรรมทางปกครองคือ จะต้องเป็นการสั่งการหรือแสดงเจตนาฝ่ายเดียว แต่โดยแท้จริงนอกจากองค์ประกอบในเรื่องการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวแล้ว องค์ประกอบสำคัญอีกประการหนึ่งที่ขาดเสียไม่ได้สำหรับนิติกรรมทางปกครองคือ การนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือ มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชน เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบข้อนี้แล้วจึงกล่าวได้ว่า การมอบอำนาจไม่ว่านิติกรรมทางปกครอง แม้จะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองก็ตาม เพราะการมอบอำนาจเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองและโดยลักษณะการมอบอำนาจนั้นเองไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อนิติสิทธิและหน้าที่ของประชาชนภายนอกฝ่ายปกครองแต่อย่างใด และสรุปได้ว่าการมอบอำนาจทางปกครองนั้นถือเป็นมาตรการภายในฝ่ายปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น (โปรดดูรายละเอียดใน ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง,” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร :

ในประเทศอังกฤษนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงของราชการส่วนกลางสามารถมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ในกระทรวงกระทำการแทนได้โดยปราศจากการมอบอำนาจอย่างเป็นทางการแม้แต่ในกรณีที่บทกฎหมายในเรื่องนั้นปรากฏโดยชัดแจ้งให้รัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ในกระทรวงได้ก็ตาม ซึ่งถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของอังกฤษโดยเฉพาะ คดีที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ของหลักดังกล่าวคือคดี *Carltona Ltd. v. Commissioners of Work* (1943) 2 All E.R. 560 โดย Lord Greene M.R. ผู้พิพากษาในคดีนี้กล่าวว่า “อำนาจหน้าที่ที่กำหนดให้อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐมนตรีมีมากมายหลายอย่าง และไม่มีรัฐมนตรีคนใดจะสามารถใช้อำนาจนั้นด้วยตนเองได้ทั้งหมด หน้าที่ที่กำหนดสำหรับรัฐมนตรีและอำนาจที่ให้แก่รัฐมนตรีนั้น โดยปกติถูกใช้โดยเจ้าหน้าที่ของกระทรวง โดยการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ในลักษณะนี้ถือเป็นคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี ที่รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบด้วยการตอบข้อซักถามของรัฐสภา หากเขาเลือกบุคคลที่ไม่มีความสามารถและประสิทธิภาพอย่างเพียงพอให้กระทำการดังกล่าวแทนเขา” การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ในราชการส่วนกลางในกรณีนี้จึงมิใช่การกระทำในฐานะผู้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรี แต่เป็นการกระทำของตัวรัฐมนตรีเอง²² (alter ego)²³ และศาลยังคงสามารถตรวจสอบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของรัฐมนตรีโดยเจ้าหน้าที่ของกระทรวงในกรณีดังกล่าวได้²⁴

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น. 250 – 293) อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ในวงวิชาการด้านกฎหมายมหาชนของไทย นักวิชาการได้ให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครองไว้แตกต่างกันกล่าวคือ บางท่านใช้คำว่า “การกระทำ” นี้ในความหมายที่รวมถึง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ตามแนวคิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (เช่น ฤทัย หงส์ศิริ, เพ็ญอ้าง น. 296-307, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “หลักความชอบด้านกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น. 16) แต่บางท่านอธิบายว่านิติกรรมทางปกครองหมายถึงเฉพาะ “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น ตามแนวความคิดของเยอรมัน (เช่น กมลชัย รัตนสภาวะ, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548) น. 37-39) นอกจากนี้ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายไทยฉบับใดให้นิยามของนิติกรรมทางปกครองไว้ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะอธิบายตามแนวทางใดนิติกรรมทางปกครองก็ยังคงเป็นการสั่งการหรือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวอยู่นั่นเอง

²²J F Garner and B L Jones, *Administrative Law*, Sixth Edition, (London : Butterworths, 1985), p.125.

²³หลัก alter ego คือหลักที่ศาลใช้อธิบายถึงความรับผิดชอบของบุคคลผู้อาศัยบุคคลอื่นกระทำการเพื่อประโยชน์ของตนเอง ในกฎหมายเอกชนศาลใช้หลักดังกล่าวตัดสินให้จำเลยผู้เป็น

อย่างไรก็ดีหลักนี้มีที่ใช้อย่างจำกัดคือโดยหลักใช้เฉพาะกับกระทรวงของราชการส่วนกลางเท่านั้น ทั้งไม่นำไปใช้กับงานที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย นอกจากนี้ ถ้ากรณีเป็นเรื่องอำนาจพิเศษที่รัฐสภามุ่งหมายจะให้ใช้อำนาจของรัฐมนตรีโดยเฉพาะ รัฐมนตรีที่ได้รับการระบุไว้นั้นจึงจะเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นได้ เจ้าหน้าที่ในกระทรวงไม่อาจใช้อำนาจแทนรัฐมนตรีนั้นได้แต่อย่างใด²⁵

ยิ่งกว่านั้น ในประเทศอังกฤษมีข้อความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจโดยปริยาย (Implied Authority) ซึ่งศาลใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีการกระทำนอกขอบอำนาจของเจ้าหน้าที่ (ultra vires)²⁶ โดยในกรณีดังกล่าวในความเป็นจริงย่อมไม่มีการดำเนินการมอบอำนาจกันแต่อย่างใด ในคดี *Nelms v. Roe* (1969) ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการจราจร ปี 1960 (The Road Traffic Act 1960) ซึ่งภายใต้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัตินี้ ข้อมูลที่ใช้ในการกล่าวโทษตามความผิดเกี่ยวกับการจราจรสามารถถูกค้นหาโดย chief officer of police หรือโดยการมอบหมายของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ศาลพบว่าในคดีนี้ไม่ปรากฏการมอบอำนาจอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรอันใดอันหนึ่งจาก The Commissioner of Metropolitan Police แก่ Inspector เกี่ยวกับคดีที่เขาเป็นผู้ดูแล โดยศาลตัดสินว่าหลัก alter ego ไม่ครอบคลุมถึงกรณีนี้ แต่มีการมอบอำนาจโดยปริยายแก่ผู้ควบคุมดูแล อนึ่ง ในราชการส่วนท้องถิ่น (Local Government) ซึ่งพระราชบัญญัติการปกครองส่วนท้องถิ่น ปี 1972 (Local Government Act 1972) มาตรา 101 บัญญัติให้การมอบอำนาจจะต้องกระทำโดยแจ้งชัด ดังนั้น จึงไม่มีกรณีของการมอบอำนาจโดยปริยายเหมือนในราชการส่วนกลาง (Central Government) อย่างไรก็ดี ในราชการส่วนท้องถิ่นก่อนการปรากฏอย่างชัดแจ้งของหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจในพระราชบัญญัติปี 1972 ในบางกรณีข้อความคิดเกี่ยวกับการ

หุ้นส่วน ซึ่งใช้ห้วงหุ้นส่วนกระทำการอันเป็นการฉ้อโกงรับผิดชอบโดยตรง โดยไม่ต้องพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของหุ้นส่วนก่อน เพราะในกรณีนี้ถือว่าหุ้นส่วนเป็นแต่เพียงอีกร่างหนึ่งของจำเลย (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, *รวมศัพท์และภาศิตกกฎหมายลาติน – ไทย*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.56, Bryan A. Garner and others, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition (United States of America : West Group, 1999), p.78).

²⁴Michael T Molan, *Administrative Law*, Third Edition (London : Old Bailey Press, 2001), p.211.

²⁵Jackson Stansfield and Sons v. Butterworth (1948) 2 ALL E.R. 558, *Liversidge v. Anderson* (1942) A.C. 206 .

²⁶Neil Hawake and Neil Parpworth, *supra* note 18, p.141.

มอบอำนาจโดยปริยายถูกรับรองโดยศาลและอาจถูกปรับใช้ในฐานะเป็นวิธีการในการป้องกันมิให้การกระทำทางปกครองที่ได้กระทำลงโดยไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจ ถูกชี้ว่าเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ และในกรณีดังกล่าวศาลย่อมสามารถสรุปได้ถึงเจตนาของรัฐสภาที่เห็นว่า อำนาจตามกฎหมายในเรื่องนั้นสามารถขยายได้โดยปริยาย

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า รูปแบบของการมอบอำนาจในประเทศอังกฤษนั้น ไม่เป็นที่ยึดถือกันเคร่งครัดนักเห็นได้จากกรณีการมอบอำนาจอย่างไม่เป็นทางการของรัฐมนตรีในราชการส่วนกลาง และกรณีของการมอบอำนาจโดยปริยายตามที่นำเสนอข้างต้น ซึ่งในความเป็นจริงไม่มีการกระทำในรูปแบบใดๆ อันเป็นการมอบอำนาจแต่อย่างใด

ในประเทศฝรั่งเศส กรณีของแบบในการมอบอำนาจ หากกฎหมายกำหนดแบบของการมอบอำนาจไว้อย่างไร การมอบอำนาจก็จะต้องปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดจึงจะมีผลในทางกฎหมาย เช่นหากกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือก็ต้องทำเป็นหนังสือ แต่ถ้าไม่มีการกำหนดไว้ ศาลปกครองยอมรับการมอบอำนาจในทุกรูปแบบ เช่น การมอบอำนาจทางโทรศัพท์ (C.E., 11 juin 1948, Societe Sabarot, p.260) หรือการมอบอำนาจทางโทรเลข (C.E., 20 mars 1953, Ibray, p.139)

อนึ่ง จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลพบว่า ศาลฝรั่งเศสไม่ยอมรับกรณีของการมอบอำนาจโดยปริยายเช่นเดียวกับที่ยอมรับในประเทศอังกฤษ ในคำวินิจฉัยที่ C.E., 8 fevrier 1950, Chauvet, p.85 สภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) วินิจฉัยว่า การมอบอำนาจต้องกระทำโดยชัดแจ้งในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดข้อกังขาในเรื่องการมีอยู่ของการมอบอำนาจ

2.2 ผลทางกฎหมายของการมอบอำนาจทางปกครอง

เมื่อมีการมอบอำนาจกันโดยถูกต้องแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายดังต่อไปนี้

2.2.1 การมอบอำนาจเป็นเรื่องระหว่างตำแหน่งกับตำแหน่ง

การมอบอำนาจให้กระทำการแทนเป็นเรื่องระหว่างตำแหน่งกับตำแหน่ง ดังนั้น แม้ผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจจะต้องพ้นจากตำแหน่งไป การมอบอำนาจนั้นก็ยังคงดำรงอยู่ ซึ่งย่อมแตกต่างกับการมอบอำนาจทางแพ่งที่ความตายของผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจมีผลให้การมอบอำนาจสิ้นสุดลง (มาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ศาลฎีกาเองก็มีความเห็นในแนวทางดังกล่าวเช่นกัน เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1426/2545 (เนติ.) น.614 ระหว่างบริษัทยูนิแพ็บ อีคิวเมนต์ จำกัด โจทก์ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม กับพวก จำเลย ซึ่ง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ว. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมมีคำสั่งมอบหมายให้ จำเลยที่ 3 มีอำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่น เกี่ยวกับราชการของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน และสำนักงานประกันสังคม ซึ่งเป็นการ มอบหมายที่ชอบด้วยมาตรา 20 และมาตรา 38 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ แผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงมีผลใช้บังคับจนกว่าจะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง แม้ต่อมา ว. ลาออก จากตำแหน่งและมีการแต่งตั้ง ป. เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแทน ก็ไม่ทำให้คำสั่งเดิมสิ้นผลบังคับและ นอกจากนี้สำนักงานอัยการสูงสุดก็เคยมีคำวินิจฉัยตอบข้อหารือของกระทรวงการคลังในแนวทางเดียว กันกล่าวคือ ในคำวินิจฉัยตอบข้อหารือปัญหากฎหมายและสัญญาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่ 111/2540 สำนักงานอัยการสูงสุดวินิจฉัยว่า ถ้าผู้มอบอำนาจเป็นส่วนราชการหรือผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ ราชการตามกฎหมาย และผู้รับมอบอำนาจเป็นส่วนราชการหรือผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการตาม กฎหมาย หากภายหลังมีการเปลี่ยนตัวผู้แทนส่วนราชการหรือผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว การมอบอำนาจ นั้นก็ยังมีผลสมบูรณ์ ไม่ต้องมอบอำนาจใหม่

อนึ่ง ในกรณีของการมอบหมายให้ลงนามแทน นั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการ มอบหมายดังกล่าวเป็นเรื่องของความไว้วางใจระหว่างตัวผู้มอบและผู้รับมอบ ดังนั้น โดยหลักการ มอบหมายจึงสิ้นสุดลงเมื่อผู้มอบหรือผู้รับมอบพ้นจากตำแหน่ง²⁷

2.2.2 การห้ามมอบอำนาจต่อ

โดยหลักแล้วเมื่อผู้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจในเรื่องใดๆ มา ผู้รับมอบจะต้องใช้ อำนาจนั้นโดยตนเองไม่อาจมอบให้บุคคลอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นต่อไปอีกได้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีบท กฎหมายกำหนดไว้ให้สามารถมอบอำนาจต่อได้ ในระบบกฎหมายไทยหลักการดังกล่าวได้รับการ บัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 39 กำหนดห้ามมิให้ผู้รับมอบอำนาจมอบอำนาจต่อไปให้แก่ผู้อื่น เว้นแต่กรณี ของผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเขียนยกเว้นไว้โดยเฉพาะเท่านั้น ทั้งนี้ คณะกรรมการ กฤษฎีกาได้เคยมีความเห็นยืนยันถึงหลักการดังกล่าวเช่นกัน ตัวอย่างเช่นในบันทึกสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องปัญหาการมอบอำนาจที่รองปลัดกระทรวงสาธารณสุข ได้รับมอบ อำนาจจากปลัดกระทรวงฯ ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทน โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา วินิจฉัยว่า “เมื่อได้รับมอบอำนาจจากปลัดกระทรวงสาธารณสุขแล้ว รองปลัดกระทรวงฯ ก็จะต้อง

²⁷โปรดดูรายละเอียดดูรายละเอียดในหัวข้อ 1.3.1.

เป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง จะมอบอำนาจต่อไปให้ผู้อื่นปฏิบัติแทนไม่ได้ ฉะนั้น การที่รองปลัดกระทรวงฯ มอบอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการรื้อถอนอาคาร หรือสิ่งปลูกสร้างในที่ราชพัสดุของส่วนราชการในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนต่อไป จึงไม่อาจกระทำได้เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ (เรื่องเสร็จที่ 221/2542)

ในประเทศฝรั่งเศส เมื่อมีการมอบอำนาจให้กระทำการแทนแล้ว โดยหลักผู้รับมอบอำนาจไม่สามารถมอบอำนาจที่ได้รับมอบมาให้กับบุคคลอื่นต่อไปได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายอนุญาตไว้โดยชัดแจ้ง นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังใช้กับการมอบหมายให้ลงนามแทนด้วย (C.E., 26 octobre 1949, Ste Comptoir des viands, p.792 และ C.E., 6 janvier 1954, Angeras, p.8) อย่างไรก็ตามผู้รับมอบอำนาจสามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้ลงนามแทนในเรื่องที่ได้รับมอบอำนาจมาต่อไปได้ (C.E., 2 mars 1962, Union nationale des Chambres syndicales de miroitiers, p.141)

อนึ่ง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำอธิบายเรื่องการมอบอำนาจต่อ (subdelegation) ในระบบกฎหมายอังกฤษบางประการกล่าวคือ ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 1.2 ว่า การมอบอำนาจในระบบกฎหมายอังกฤษอยู่บนพื้นฐานของหลักการสำคัญประการหนึ่งคือ delegatus non potest delegare ซึ่งหมายความว่าบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจ ไม่อาจมอบอำนาจนั้นต่อให้แก่บุคคลอื่นได้ เว้นแต่จะมีบทกฎหมายกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้ทำเช่นนั้นได้ อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจต่อในระบบกฎหมายอังกฤษมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากในระบบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส ซึ่งการทำความเข้าใจเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงรากฐานอำนาจของฝ่ายปกครองอังกฤษเสียก่อนในเบื้องต้น กล่าวคือในทางทฤษฎีถือหลักว่า ฝ่ายปกครองของอังกฤษจะไม่มีอำนาจโดยอยู่เลย นอกจากจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา²⁸ ทั้งนี้ มีพื้นฐานมาจากหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (The Supremacy of the Parliament) ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองมอบอำนาจในระหว่างกันเองแม้เพียงชั้นแรกก็ถือเป็นการมอบอำนาจต่อแล้ว²⁹ กรณีย่อมมีความแตกต่างกับการมอบอำนาจต่อตามที่เข้าใจกันอยู่ในระบบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส ที่หมายถึงการมอบอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในชั้นที่สอง ภายหลังจากที่ได้รับมอบอำนาจนั้นมาจากฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่ง

²⁸ มีข้อยกเว้นเฉพาะอำนาจที่มีมาแต่เดิม (prerogative power) ที่ได้รับการยอมรับจาก common law .

²⁹ อภิรดี พงษ์คนตรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13 น.96 -97 .

2.2.3 การใช้อำนาจของผู้มอบอำนาจภายหลังการมอบอำนาจ

เมื่อมีการมอบอำนาจโดยสมบูรณ์แล้ว ในส่วนสถานะความเป็นผู้ทรงอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองที่ได้มอบอำนาจไปนั้นจะเป็นเช่นไร กรณีดังกล่าวในประเทศอังกฤษ ศาลเคยวินิจฉัยว่า แม้จะได้มอบอำนาจไปแล้ว ผู้มอบอำนาจก็ยังคงใช้อำนาจนั้นกระทำการใดๆ ได้เช่นเดิม โดยในคดี Huth v. Clarke, (1980) 25 Q.B.D.391 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า กฎหมายให้เทศบาลอาจจัดตั้งคณะกรรมการทำการแทนได้โดยให้คณะกรรมการนั้นอาจแต่งตั้งคณะกรรมการได้ คณะกรรมการของเทศบาลแห่งหนึ่งแต่งตั้งคณะกรรมการและมอบหมายให้มีอำนาจออกกฎข้อบังคับบางอย่าง แต่ไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการได้ใช้อำนาจดังกล่าว ระหว่างนั้นคณะกรรมการได้ใช้อำนาจออกกฎข้อบังคับในเรื่องนั้น จึงทำให้มีผู้โต้แย้งว่าอำนาจได้มีการมอบไปแล้วจะมีการใช้อำนาจนั้นเองอีกไม่ได้ ซึ่งศาลเห็นว่าการมอบอำนาจมิใช่การสละอำนาจ ผู้มอบอำนาจจึงอาจใช้อำนาจด้วยตนเองเมื่อใดอีกก็ได้ ด้วยเหตุนี้ในระบบกฎหมายอังกฤษ การใช้ดุลพินิจตัดสินใจของผู้รับมอบอำนาจอาจไม่มีผลในทางกฎหมาย หากการกระทำดังกล่าวได้กระทำลงภายหลังการตัดสินใจที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกันที่ได้กระทำโดยผู้มอบอำนาจ กรณีมีความแตกต่างกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) มีแนววินิจฉัยว่า เมื่อมีการมอบอำนาจให้กระทำการแทนแล้ว ผู้มอบอำนาจย่อมหมดอำนาจลงทันทีที่มอบอำนาจและจะหวนกลับมาใช้อำนาจนั้นอีกไม่ได้ (C.E., 5, mai 1950, Buisson, p. 258) จนกว่าการมอบอำนาจนั้นจะสิ้นสุดลงไม่ว่าโดยการยกเลิกการมอบอำนาจหรือสิ้นสุดระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามแม้การมอบอำนาจให้กระทำการแทนจะทำให้ผู้มอบอำนาจไม่มีอำนาจในเรื่องที่มอบหมายอีกต่อไป แต่ผู้มอบอำนาจยังคงอาจให้คำแนะนำ ชี้แนะ ตลอดจนให้แนวปฏิบัติในการวินิจฉัยสั่งการแก่ผู้รับมอบอำนาจได้ ภายในกรอบของอำนาจควบคุมบังคับบัญชา³⁰

2.2.4 การดำรงอยู่ของการมอบอำนาจ

เมื่อการมอบอำนาจให้กระทำการแทนเป็นเรื่องระหว่างตำแหน่งกับตำแหน่ง จึงไม่สิ้นสุดไปเพราะเหตุการณ์เปลี่ยนตัวผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจ แต่การมอบอำนาจที่สมบูรณ์นั้นจะดำรงอยู่จนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้หรือเมื่อมีการยกเลิกการ

³⁰ โฌาคิน ฟลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส ตอนที่ 47”, วารสารอัยการ, ฉบับที่ 111, ปีที่ 10, น.43 (มีนาคม 2530).

มอบอำนาจดังกล่าว ซึ่งหลักการเช่นนี้ได้รับการยอมรับโดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของฝรั่งเศส³¹ หนึ่ง การยกเลิกการมอบอำนาจนั้นต้องกระทำด้วยรูปแบบเดียวกับการมอบอำนาจด้วย³²

สำหรับในประเทศอังกฤษ ศาลวางหลักเกี่ยวกับการยกเลิกหรือลบล้างการมอบอำนาจไว้ในคดี Manton v. Brighton Corporation (1951) ว่า ผู้มอบอำนาจสามารถลบล้างการมอบอำนาจที่ได้มอบให้แก่ผู้รับมอบอำนาจในเวลาใดๆก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มี การลบล้างการมอบอำนาจดังกล่าว ผู้มอบอำนาจย่อมต้องผูกพันต่อการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของผู้รับมอบอำนาจอันได้กระทำลงภายในขอบเขตของการมอบอำนาจ ตัวอย่างเช่น ในราชการส่วนท้องถิ่น หากคณะผู้บริหารของราชการส่วนท้องถิ่นได้มอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ระดับหัวหน้างาน (chief officer) คนหนึ่ง การตัดสินใจใดๆของเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำลงภายในขอบเขตของอำนาจที่ได้รับมอบและไม่ปรากฏการลบล้างการมอบอำนาจดังกล่าวโดยคณะผู้บริหารของราชการส่วนท้องถิ่น ย่อมมีผลผูกพันคณะบุคคลอื่นเป็นผู้มอบอำนาจนั้น³³

³¹C.E., 28 juin 1957, Societe X, p.425, R.D.P.1957.1072.

³²พนม เอี่ยมประยูร, “การมอบอำนาจในฝ่ายปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 18, น. 24 (กันยายน 2531).

³³Lever (Finance) v. Westminster London Borough Council (1970) .