

บทที่ 3

ปัญหาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการมอบอำนาจ

3.1 การกำหนดให้มอบอำนาจโดย “กฎ”

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้ให้คำนิยามของ“กฎ”ไว้ว่าหมายถึง“พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” โดยกฎหรือในทางทฤษฎีเรียกว่ากฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) เป็นกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครอง โดยได้รับมอบอำนาจจากองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ เพื่อบังคับใช้ในรายละเอียดของการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การตรากฎหมายลำดับรองจึงต้องอ้างถึงอำนาจของกฎหมายแม่บทที่มอบอำนาจฉบับนั้นๆ เสมอ

3.1.1 เหตุผลที่ให้ฝ่ายบริหารสามารถออก“กฎ”ได้

เหตุผลของการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎขึ้นใช้บังคับ สามารถอธิบายโดยพิจารณาจากสภาวะการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมได้ดังนี้¹

3.1.1.1 การเปลี่ยนแปลงความคิดว่าด้วยภารกิจของรัฐ

ในสมัยดั้งเดิมบทบาทและภาระหน้าที่ของรัฐจำกัดอยู่เพียงภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) ซึ่งได้แก่ การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อย และการอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น ทั้งนี้ข้อความคิดแบบเสรีนิยมในศตวรรษที่ 17-18 เห็นว่ารัฐควรจำกัดบทบาทและหน้าที่ของตนแต่เพียงภารกิจพื้นฐานเหล่านี้เท่านั้น รัฐไม่ควรแทรกแซงวิถีชีวิตทางเศรษฐกิจและสังคมของเอกชนแต่

¹โปรดดูรายละเอียดใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สื่อปัญญา, 2540) น. 122-123, กมลชัย รัตนสภาวะ, “กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย”, วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 1 ปีที่ 16, น. 66 (ตุลาคม 2538), รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ, “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.9-14.

ควรลวงล้าเข้าไปให้น้อยที่สุด โดยปล่อยให้เอกชนมีสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการต่างๆอย่างกว้างขวาง การแข่งขันโดยเสรีของบรรดาเอกชนทั้งหลายจะเป็นผลดีต่อสังคมส่วนรวม ความคิดนี้ตั้งอยู่บนรากฐานความเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของทรัพย์สินเอกชนว่าเป็นสิทธิพื้นฐานของเอกชนที่จะละเมิดมิได้ เอกชนย่อมมีเสรีภาพในการแสวงหาทรัพย์สินดังนั้นการแทรกแซงของรัฐซึ่งมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของเอกชนย่อมเป็นสิ่งที่ขัดต่อภาวะตามธรรมชาติของการดำเนินชีวิตในสังคม² อย่างไรก็ตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจะทำให้เศรษฐกิจขยายตัวมาก แต่ในอีกด้านหนึ่งระบบเศรษฐกิจแบบนี้ก็นำมาซึ่งปัญหาต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวางและก่อให้เกิดปัญหาสังคมตามมา ฉะนั้นจึงมีการทบทวนระบบดังกล่าว³ และในเวลาต่อมาสังคมได้เรียกร้องให้รัฐเข้ามาแทรกแซงวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคมเพื่อปรับปรุงสวัสดิภาพของประชาชนให้ดีขึ้นตลอดจนกระจายความมั่งคั่งของชาติไปยังประชาชนเพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) ซึ่งอาจเรียกภารกิจของรัฐเช่นนี้ว่าภารกิจลำดับรอง (Secondary Function) ทั้งนี้ การดำเนินการแทรกแซงวิถีการดำรงชีวิตของประชาชนเช่นนี้ ตามหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ต้องอาศัยกฎหมายเป็นฐานให้อำนาจในการกระทำ การดังนั้นก็มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเป็นจำนวนที่มากขึ้นกว่าในอดีตที่ภารกิจของรัฐจำกัดวงอยู่เฉพาะแต่ภารกิจพื้นฐานเท่านั้น ด้วยสภาพเช่นนี้จึงเป็นไปได้ที่จะให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาจัดทำกฎหมายทั้งหมดรวมไปถึงส่วนที่เป็นรายละเอียดของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เพราะนอกจากภาระหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายแล้วฝ่ายนิติบัญญัติยังมีภาระหน้าที่ในด้านอื่นๆ อีกมากมาย อาทิเช่น การควบคุมการบริหารราชการของรัฐบาล การอนุมัติงบประมาณ การดูแลทุกข์สุขของประชาชนภายในรัฐ ซึ่งล้วนแต่มีรายละเอียดและขอบเขตกว้างขวางมาก ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องไปออกกฎเกณฑ์เพื่อบังคับใช้ในรายละเอียด

3.1.1.2 การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี

ภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม ได้ก่อให้เกิดความเจริญก้าวหน้าในทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว เป็นผลให้มีการปรับเปลี่ยนสภาพของสังคมอันนำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมายใหม่ๆ ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนเป็นจำนวนมาก ปัญหาเหล่านี้เป็นปัญหาทางเทคนิคที่ยึดโยงอยู่กับความรู้ในศาสตร์เฉพาะซึ่งผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขานั้นๆ จะมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าว ความรู้เช่นนี้อาจ

²ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543) น.167.

³บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538) น.64 – 65.

มีไม่เพียงพอถึงขนาดสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การนำรายละเอียดของปัญหาเหล่านี้มาพิจารณาจะทำให้เสียเวลาเป็นอย่างมากในการทำความเข้าใจและในหลายกรณีก็เกินที่จะทำความเข้าใจได้ เพราะมีความเป็นเทคนิคมากจนเกินไป⁴ การให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรผู้ตรากฎหมายกำหนดเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวจึงย่อมส่งผลถึงประสิทธิภาพของกฎหมาย การตรากฎเกณฑ์เหล่านี้ฝ่ายนิติบัญญัติจึงทำโดยกำหนดกรอบกว้างๆ แล้วมอบหมายให้เป็นภาระของฝ่ายปกครองในการออกกฎเกณฑ์กำหนดรายละเอียดให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีในฐานะผู้เชี่ยวชาญในทางปฏิบัติเกี่ยวกับเทคโนโลยีเช่นนั้น

อนึ่ง ปัญหาอันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีย่อมเกิดขึ้นและผันแปรไปอย่างรวดเร็วตามสภาพของข้อเท็จจริงที่แปรเปลี่ยนไป กระบวนการในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนและกินเวลานาน จึงอาจส่งผลให้ไม่สามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับแก่กรณีได้อย่างทันทั่วถึงที่ สภาพการณ์เช่นนี้เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้องมอบอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ส่วนรายละเอียดให้อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

3.1.2 “กฎ”ที่กำหนดให้สามารถมอบอำนาจได้

จากการศึกษาพบว่าในระบบกฎหมายไทยมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครองจำนวนไม่น้อยที่อยู่ในรูปของกฎ ซึ่งสามารถจำแนกประเภทได้ดังนี้

3.1.2.1 กรณีที่อำนาจมาจาก“กฎ”นั่นเอง

ในกรณีนี้หมายความว่าบทบัญญัติในระดับกฎดังกล่าวได้กำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้⁵ และโดยตัวกฎนั่นเองได้อนุญาตให้ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจสามารถ

⁴ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, “การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.11.

⁵ การกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยกฎเช่นนี้ อาจตั้งเป็นข้อสังเกตได้ถึงความชอบด้วยหลักนิติรัฐ กล่าวคือในประเทศที่ยึดถือหลักการดังกล่าว กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการอันอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้จะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นวัตถุประสงค์สุดท้าย (Ultimate aim) ของนิติรัฐ ย่อมไม่อาจเป็นจริงได้ หากฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายสามารถออกกฎเกณฑ์อันเป็นบ่อเกิดของอำนาจกระทำการในกรณีต่างๆ ได้เอง เนื่องจากด้วยสภาพ

มอบอำนาจในเรื่องนั้นไปให้ผู้อื่นปฏิบัติแทนได้ ตัวอย่างของกฎที่มีลักษณะเช่นนี้ เช่น ระเบียบคณะกรรมการพัฒนาสหกรณ์แห่งชาติว่าด้วยการรับเงิน การจ่ายเงิน การเก็บรักษาเงิน และการจัดหาผลประโยชน์ของกองทุนพัฒนาสหกรณ์ (กพส.) พ.ศ.2542 ในข้อ 16 บัญญัติว่า ให้คณะกรรมการบริหาร กพส.ตามข้อ 15 แต่งตั้งข้าราชการในกรมส่งเสริมสหกรณ์ ให้มีอำนาจอนุมัติการจ่ายเงินตามข้อ 13⁶ และข้อ 14⁷ ดังต่อไปนี้

(1) ส่วนราชการส่วนกลางให้เป็นอำนาจของอธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย⁸

(2) หน่วยงานสังกัดส่วนกลาง แต่มีสำนักงานอยู่ในส่วนภูมิภาค ให้อธิบดีมอบหมายให้หัวหน้าหน่วยงานนั้น เป็นผู้อนุมัติการจ่ายเงินของหน่วยงานนั้น เป็นต้น

เช่นนี้ย่อมทำให้อำนาจของฝ่ายปกครองขยายออกไปได้อย่างไม่มีขอบเขต จนอาจมีผลเป็นการทำลายแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ประสงค์จะคุ้มครองลงในที่สุด.

⁶ข้อ 13 เงิน กพส. ให้จ่ายได้ดังต่อไปนี้

- (1) จ่ายเป็นเงินกู้ให้สหกรณ์
- (2) จ่ายเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของ กพส.
- (3) จ่ายเป็นเงินอุดหนุนจ่ายขาดให้สหกรณ์
- (4) จ่ายเป็นค่าใช้จ่ายในการส่งเสริมการศึกษาอบรมทางสหกรณ์ ค่าใช้จ่ายตาม (3) และ (4) ให้จ่ายจากดอกผลของ กพส.

⁷ข้อ 14 การจ่ายเงินกองทุนนี้ให้จ่ายจากบัญชี “เงินกองทุนพัฒนาสหกรณ์”.

⁸อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในภาคที่ 1 ว่า กรณีที่จะถือว่ากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้โดยเฉพาะซึ่งทำให้การมอบอำนาจในกรณีดังกล่าว ไม่ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการมอบอำนาจของกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไป นั้น จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายนั้นบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจครบถ้วนตามเงื่อนไขของการมอบอำนาจด้วย กล่าวคือ 1.กฎหมายนั้นจะต้องอนุญาตไว้โดยชัดแจ้งให้สามารถมอบอำนาจได้ 2.การมอบอำนาจจะต้องมอบแก่ผู้ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผู้รับมอบอำนาจ และ 3. การมอบอำนาจต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หากกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจกำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เฉพาะบางเงื่อนไข เช่น เพียงแต่บัญญัติโดยชัดแจ้งให้สามารถมอบอำนาจได้ดังเช่นกรณีนี้ การดำเนินการตามเงื่อนไขประการอื่นก็จะต้องยึดถือตามหลักเกณฑ์การมอบอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจ คือจะมอบอำนาจให้ได้เฉพาะแก่บุคคลตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้เท่านั้น และแบบในการมอบอำนาจย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายนี้กำหนดไว้ด้วย.

3.1.2.2 กรณีที่อำนาจมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

มีกฎบางฉบับที่บัญญัติถึงการมอบอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ตัวอย่าง เช่น กฎกระทรวงว่าด้วยกลุ่มภารกิจ⁹ พ.ศ. 2545 ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ในข้อ 29 ของกฎกระทรวงฉบับนี้กำหนดให้ในกรณีที่รัฐมนตรีจะมอบอำนาจให้ปลัดกระทรวงปฏิบัติราชการแทน ถ้าเป็นราชการของส่วนราชการในกลุ่มภารกิจใด รัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจนั้นให้แก่หัวหน้ากลุ่มภารกิจนั้นปฏิบัติราชการแทนก็ได้ และในข้อ 30 ของกฎกระทรวงฉบับเดียวกัน กำหนดให้หัวหน้ากลุ่มภารกิจซึ่งได้รับมอบอำนาจมาสามารถมอบอำนาจต่อให้อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าซึ่งอยู่ในกลุ่มภารกิจเดียวกัน หรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ จากบทบัญญัติดังกล่าวที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไปย่อมทำให้รัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจของตนที่มีอยู่ตามพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ให้แก่หัวหน้ากลุ่มภารกิจในกระทรวง และหัวหน้ากลุ่มภารกิจสามารถอาศัยข้อกฎหมายตามกฎกระทรวงฉบับเดียวกันมอบอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐมนตรีต่อให้แก่อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าซึ่งอยู่ในกลุ่มภารกิจเดียวกัน หรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้

ต่อกรณีดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า โดยหลักแล้วเมื่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในเรื่องใดแล้ว องค์กรนั้นจะต้องเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง การมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำการแทนถือเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น ซึ่งหากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำการแทน บทบัญญัติที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้ก็ควรเป็นกฎหมายในระดับเดียวกันกับกฎหมายอันเป็นที่มาของอำนาจนั้นๆ ในกรณีของอำนาจอันมีที่มาจากบทบัญญัติที่เป็นกฎ การที่กฎนั้นเองกำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจสามารถมอบอำนาจในเรื่องนั้นได้ ย่อมเป็นเรื่องที่สมเหตุผลดีแล้ว เนื่องจากบทบัญญัติที่อนุญาตให้มอบอำนาจซึ่งบัญญัติถึงการดำเนินการที่สามารถก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงขององค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าว ย่อมได้รับการพิจารณาจากองค์กรผู้ตราฎหมายกำหนดอำนาจในเรื่องนั้นขึ้นแล้ว กรณีย่อมมีความแตกต่างกับการที่บทบัญญัติ

⁹“กลุ่มภารกิจ”(Cluster) คือการจัดกลุ่มงานสำหรับส่วนราชการระดับกรมที่มีภาระหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันไว้รวมกัน เพื่อให้สามารถวางแผนกำหนดทิศทางการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพและการปฏิบัติงานเป็นไปโดยมีเป้าหมายสอดคล้องกัน โดยจะมีผู้รับผิดชอบบริหารงานกลุ่มภารกิจนั้นเป็นการเฉพาะเรียกว่า“หัวหน้ากลุ่มภารกิจ”(ปกติได้แก่รองปลัดกระทรวง) ทั้งนี้เพื่อกำกับดูแลงานอย่างใกล้ชิดและลดขั้นตอนการปฏิบัติงาน (โปรดดูรายละเอียดใน มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปฏิรูประบบราชการ (พ.ศ.2545), (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2545) น.75).

ในรูปของกฎกำหนดถึงการมอบอำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ในการนี้ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรใด ย่อมจะต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติความเหมาะสมของตำแหน่งหรือองค์กรผู้จะมาใช้อำนาจดังกล่าวไปในคราวเดียวกันด้วยแล้ว ดังนั้น การกำหนดบทบัญญัติให้สามารถเปลี่ยนแปลงผู้ใช้อำนาจโดยกระบวนการมอบอำนาจ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ควรผ่านการพิจารณาตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นเดียวกัน

อนึ่ง ในประเด็นของการมอบอำนาจโดยกฎหมายมีผู้เสนอว่า¹⁰ นอกจากกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นแล้ว พระราชกฤษฎีกาก็ควรเป็นกฎหมายที่สามารถกำหนดถึงการมอบอำนาจ (อันมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ) ให้แตกต่างไปจากการมอบอำนาจที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินได้ โดยยกเหตุผลสนับสนุนว่า การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องที่กระทำได้ยาก มีขั้นตอนมากทำให้ไม่ทันต่อความจำเป็นในการปฏิบัติราชการ จึงจำต้องเลียงโดยกำหนดไว้ในกฎหมายสูงสุดของฝ่ายบริหารแทน ซึ่งมีผลดีที่ตามมาคือ เพื่อเป็นการผูกพันรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหารในอันที่จะรับผิดชอบต่อรัฐสภา และเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ เนื่องจากตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินวางหลักเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้ว่า ในกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ก็ให้ใช้หลักการมอบอำนาจในกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น เมื่อพระราชกฤษฎีกาถือเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง ก็สามารถให้รูปแบบกฎหมายแบบพระราชกฤษฎีกาวางหลักเกณฑ์การมอบอำนาจให้ต่างไปจากกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งทำให้การมอบอำนาจในกรณีนั้นไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายดังกล่าวได้ ความเห็นของผู้เสนอน่าจะเทียบเคียงมาจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่หลักเกณฑ์การมอบอำนาจสามารถทำในรูปของรัฐกฤษฎีกา(decret) ได้¹¹ การทำความเข้าใจกรณีดังกล่าวในฝรั่งเศสจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวความคิดของการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งจะพบว่ามีการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารอย่างมากในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ในประเทศ ทั้งนี้ในประเทศฝรั่งเศสฝ่ายบริหารเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นหลัก ส่วนรัฐสภาก็ยังคงมีอำนาจนิติบัญญัติอยู่แต่ถูกจำกัดอำนาจว่าจะตรารัฐธรรมนูญ (loi) ในเรื่องใดบ้าง ซึ่งทำให้

¹⁰ อภิรดี พงษ์ดนตรี, “การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น.174-175.

¹¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.1.1.2.

อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภากลายเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น¹² โดยในรัฐธรรมนูญฉบับปี 1958 ซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ในมาตรา 34¹³ ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่าย

¹²บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชาญชัย แสงศักดิ์, การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540) น.33, นันทวัฒน์ บรมานันท์, “กระบวนการนิติบัญญัติของประเทศฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 2, ปีที่ 20, น.196 (พฤศจิกายน 2543).

¹³มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตรารัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิพลเมืองและหลักประกันขั้นมูลฐานของพลเมืองในการใช้เสรีภาพ รวมถึงการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินของพลเมืองในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะ และความสามารถของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส มรดก และการให้

- การกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดอาญาประเภทอุกฤษฏโทษ (Crime) มัชฌิมโทษ (delits) และการกำหนดโทษซึ่งผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะต้องได้รับ วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลใหม่ สิทธิและหน้าที่ของผู้พิพากษา

- ฐานะ อัตรา และวิธีการเก็บภาษีอากร และระบบการผลิตเงินตรา รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

- ระบบเลือกตั้งของรัฐสภาและสภาท้องถิ่น

- การเพิ่มประเภทองค์การของรัฐ

- หลักประกันขั้นมูลฐานของข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

- การโอนกิจการของเอกชนเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจเป็นของเอกชน

- รัฐบัญญัติวางหลักใหญ่ๆ ในเรื่อง ดังต่อไปนี้

- การจัดระเบียบการป้องกันประเทศ

- การปกครองตนเอง อำนาจอำนาจที่ และรายได้ขององค์กรส่วนท้องถิ่น

- การศึกษา

- ระบบกฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน และหนี้ตามกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์

- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสหภาพแรงงาน และการประกันสังคม

(นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548) น.35 – 37).

นิติบัญญัติ และในมาตรา 37¹⁴ กำหนดให้เรื่องใดๆที่ไม่อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จากมาตรานี้ทำให้เกิดกฎ (reglement) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสขึ้น 2 ประเภท คือ

1.กฎอิสระของฝ่ายบริหาร (les reglements autonomes) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารสามารถออกเพื่อใช้ในการบริหารราชการในส่วนที่รัฐสภาไม่สามารถตราบัญญัติได้ กฎประเภทนี้จึงอยู่ในอำนาจที่ฝ่ายบริหารสามารถออกได้แม้ไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ กฎนี้จึงไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญใดๆ ซึ่งเนื้อหาในส่วนนี้อยู่นอกเหนืออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตราบัญญัติอีกด้วย¹⁵

2.กฎที่ออกตามรัฐธรรมนูญ (les reglement d'application) ได้แก่กฎที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตราบัญญัติกำหนดหลักการขั้นพื้นฐานไว้ตามมาตรา 34 วรรคสาม กฎประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไว้ไม่ได้

อนึ่ง ฝ่ายบริหารยังอาจตราข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐสภาตราขึ้นตามมาตรา 34 วรรคหนึ่งและวรรคสองได้ด้วย รัฐธรรมนูญปี 1958 มิได้บัญญัติให้อำนาจรัฐบาลในการตรากฎดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นที่ยอมรับกันในทางทฤษฎีว่า การที่มาตรา 21¹⁶ ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญย่อมเป็นปริยายว่า ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญใดๆ รัฐบาลย่อมมี

¹⁴ มาตรา 37 เรื่องใดไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจการตราบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (เพ็งอ้าง, น.38).

¹⁵ อย่างไรก็ตามก็ดี ในทางทฤษฎีกฎดังกล่าวยังอยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ โปรดดู สุรพล นิติไกรพจน์ และ คณะ, “รายงานวิจัยเรื่องหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แปลและเรียบเรียงจาก Droit Administratif 17e EDITION Dalloz, 1998 Jean Riverro et Jean Waline”, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, น.77.

¹⁶ มาตรา 21 นายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินการของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันประเทศ ดูแลการบังคับใช้กฎหมาย ภายใต้บังคับมาตรา 13 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร.... . (นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 10 น.30 – 31).

อำนาจตรากฎเพื่อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ แต่กฎเช่นนี้จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ กฎซึ่งตราขึ้นในกรณีนี้จึงจัดว่าเป็นกฎที่ออกตามรัฐธรรมนูญอีกประเภทหนึ่ง¹⁷

จากที่อธิบายมาข้างต้น รัฐกฤษฎีกา(decret) ซึ่งถือเป็นกฎ (reglement) ชนิดหนึ่งจึงสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภทคือ รัฐกฤษฎีกาอิสระของฝ่ายบริหารและรัฐกฤษฎีกาที่ออกตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีของรัฐกฤษฎีกาอิสระของฝ่ายบริหารที่กระบวนการตราบทบัญญัติดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอาศัยรัฐธรรมนูญแม่บทเป็นฐานอำนาจ หากแต่เกิดจากการริเริ่มโดยอิสระของฝ่ายบริหารภายในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องประหลาดแต่อย่างใด หากในตัวรัฐกฤษฎีกาที่บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองในเรื่องต่างๆนั้นเองจะมีบทบัญญัติอนุญาตให้ผู้มีอำนาจที่กฎหมายกำหนด สามารถมอบอำนาจนั้นให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแทนได้ คงมีปัญหาให้พิจารณาเฉพาะเพียงกรณีรัฐกฤษฎีกาที่ออกตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น การที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยินยอมให้มีการมอบอำนาจตามรัฐธรรมนูญสามารถทำในรูปของรัฐกฤษฎีกาที่ออกตามรัฐธรรมนูญได้นั้น สภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) ในคำวินิจฉัยที่ C.E., 22 janvier 1892, Ville de Pointe-a-Pitre, p.30 ได้ให้เหตุผลว่า การมอบอำนาจเป็นการแบ่งหน้าที่ภายในระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ดังนั้นจึงสามารถทำในรูปรัฐกฤษฎีกาได้ แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวน่าจะเป็นผลิตผลหนึ่งของความพยายามในการลดทอนอำนาจของรัฐสภาที่มีต่อฝ่ายบริหาร โดยหากพิจารณาจากปีที่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยคือปี 1892 ซึ่งเป็นปีที่ฝรั่งเศสอยู่ในสาธารณรัฐที่ 3 (ปี ค.ศ.1870 - 1940) เวลาดังกล่าวเป็นช่วงที่ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลขาดเสถียรภาพและอ่อนแอไม่สามารถบริหารบ้านเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นให้อำนาจแก่ฝ่ายรัฐสภามากเกินไป¹⁸ จึงมีความคิดที่จะจำกัดอำนาจของรัฐสภาลงและเพิ่มอำนาจของฝ่ายบริหารให้มากขึ้น ซึ่งเห็นได้จากพัฒนาการที่เกิดขึ้นในช่วงสาธารณรัฐที่ 4 (ปี ค.ศ.1944 – 1958) และปรากฏอย่างชัดเจนที่สุดในสมัยสาธารณรัฐ

¹⁷อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523) น.71, สุธีรัตน์ พิตยาภรณ์, “การตรารัฐธรรมนูญและการออกกฎหมายลำดับรองตามรัฐธรรมนูญปี 1958”, ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535): 215.

¹⁸โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน รุจิรา เตชางกูร และคณะ, การเมืองยุโรป, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521, น.25 – 29, จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2523) น.68 – 69.

ที่ 5 (ปี ค.ศ. 1958 – ปัจจุบัน) โดยสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ที่ปรากฏวิธีการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจของรัฐสภาและเพิ่มอำนาจแก่ฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดให้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้อยู่ที่ฝ่ายบริหารเป็นหลักดังที่ได้อธิบายมาแล้ว

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า เหตุที่บทกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจอยู่ในรูปของรัฐกฤษฎีกาได้นั้น เป็นเพราะเอกลักษณ์อันเป็นแบบฉบับเฉพาะของฝรั่งเศส ซึ่งเกิดจากข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวความคิดเช่นนี้ไม่อาจนำมาใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยนั้นยังคงยึดถือกับแนวความคิดที่มุ่งเน้นการจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหาร กล่าวคือฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจดำเนินการใดๆ เพียงเท่าที่กฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติกำหนด ในอีกแง่หนึ่งย่อมหมายถึงหากกฎหมายกำหนดให้อำนาจต้องถูกใช้โดยผู้ดำรงตำแหน่งใด โดยหลักแล้วเฉพาะแต่ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นเท่านั้น จึงจะสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ เนื่องจากตัวองค์กรผู้ใช้อำนาจย่อมถือเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของอำนาจนั้นๆ และในกรณีที่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนองค์กรผู้ใช้อำนาจไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม อย่างน้อยที่สุดหลักเกณฑ์ที่กำหนดถึงการเปลี่ยนองค์กรผู้ใช้อำนาจซึ่งจะต้องกำหนดถึงตัวบุคคลผู้จะมาใช้อำนาจแทนไว้ด้วย ควรจะได้ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ตรากฎหมายกำหนดอำนาจในเรื่องนั้น การจะยินยอมให้ฝ่ายบริหารตรากฎเกณฑ์ใดๆ ขึ้นมาเพื่อกำหนดให้สามารถเปลี่ยนแปลงองค์กรผู้ใช้อำนาจในกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจึงเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง แนวคิดเกี่ยวกับการยินยอมให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์กำหนดถึงการมอบอำนาจตามกฎหมายระดับรัฐบัญญัติได้ของฝรั่งเศสจึงไม่สามารถใช้ได้กับระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้ด้วยมุมมองที่มีต่อฝ่ายบริหารซึ่งมีความแตกต่างกันของทั้งสองประเทศนั่นเอง

3.2 การมอบอำนาจขององค์กรกลุ่ม

ในระบบกฎหมายไทย ไม่เพียงปรากฏการมอบอำนาจขององค์กรทางปกครองที่เป็นองค์กรเดียวซึ่งประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งคนเดียวเท่านั้น หากแต่ยังปรากฏการมอบอำนาจขององค์กรทางปกครองที่เป็นองค์กรกลุ่ม อันประกอบด้วยสมาชิกหลายคนและการตัดสินใจในเรื่องใดๆ จะต้องกระทำโดยมติร่วมกันของสมาชิกอีกด้วย ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงความเป็นไปได้ในทางกฎหมายของการมอบอำนาจขององค์กรกลุ่ม โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

3.2.1 ลักษณะทั่วไปขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินการกิจทางปกครองของรัฐ นั้น จะต้องทำโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ส่วนจะเป็นกฎหมายในลำดับใด ก็ขึ้นอยู่กับความสำคัญของภารกิจที่องค์กรดังกล่าวจะต้องดำเนินการแทนรัฐ หากเป็นภารกิจที่มีความสำคัญมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์กรผู้ใช้อำนาจดำเนินการนี้ย่อมต้องถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่ถ้าเป็นภารกิจเกี่ยวกับการปฏิบัติงานภายในหน่วยงานเอง การจัดตั้งองค์กรนั้นๆ ก็ไม่จำเป็นต้องตราเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแต่อาจจัดตั้งในรูปของกฎหรือระเบียบภายในขอฝ่ายบริหารได้¹⁹

การจัดองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1. องค์กรเดี่ยว ซึ่งประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งคนเดียว ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรียกว่า “ผู้ดำรงตำแหน่ง” การจัดรูปแบบองค์กรผู้จัดทำภารกิจของรัฐในรูปองค์กรเดี่ยวนั้นมีมาช้านานแล้วและถือเป็นรูปแบบดั้งเดิมขององค์กรของรัฐ โดยมีข้อดีคือ มีการตัดสินใจดำเนินการในเรื่องต่างๆ ได้อย่างรวดเร็ว และมีผู้รับผิดชอบในการตัดสินใจโดยตรงแต่มีข้อเสียคือการขาดความรอบคอบและการรวบรวมประสบการณ์ที่หลากหลายในการตัดสินใจ งานที่มักจัดตั้งองค์กรผู้ปฏิบัติเป็นองค์กรเดี่ยวจึงเป็นงานที่ต้องการความรวดเร็วในการปฏิบัติการ

สำหรับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจขององค์กรเดี่ยว คือ

1. คุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด
2. การแต่งตั้งเป็นไปโดยชอบ
3. การใช้อำนาจเป็นไปในกรอบของกฎหมาย

ซึ่งการจะพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจภายในกรอบของกฎหมายหรือไม่ สามารถพิจารณาได้ใน 3 มิติคือ²⁰

¹⁹ สมยศ เชื้อไทย, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 14-15.

²⁰ สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539, (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2549) น.65 -67, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2544) น.19.

ประการที่หนึ่งพิจารณาในด้านเนื้อหาว่า องค์กรนั้นมีอำนาจพิจารณาในเรื่องนั้นๆ หรือไม่ ประการที่สองพิจารณาในด้านพื้นที่ว่า องค์กรนั้นได้ใช้อำนาจในเขตพื้นที่ที่ตนเองมีอำนาจหรือไม่ และประการที่สามพิจารณาในด้านเวลาว่า องค์กรนั้นใช้อำนาจในวาระการดำรงตำแหน่งหรือไม่ การพิจารณาทางปกครองที่องค์กรผู้ใช้อำนาจได้กระทำลงก่อนที่จะเข้ารับตำแหน่งหรือไม่ การพิจารณาทางปกครองที่องค์กรผู้ใช้อำนาจได้กระทำลงก่อนที่จะเข้ารับตำแหน่งหรือไม่ ภายหลังจากที่ตนพ้นจากตำแหน่งแล้ว เช่น เกษียณอายุ หรือพ้นวาระการดำรงตำแหน่ง ย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย

2. องค์กรกลุ่ม ซึ่งประกอบด้วยบุคคลธรรมดาหลายๆ คนมารวมกันทำหน้าที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจ ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรียกว่า “คณะกรรมการ” เทคนิคการจัดองค์กรในลักษณะเช่นนี้มีขึ้นหลังองค์กรเดี่ยวโดยภารกิจที่ให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรกลุ่ม มักเป็นเรื่องที่ต้องการความละเอียดรอบคอบ ต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือต้องการให้มีการปรึกษาหารือระหว่างสมาชิกในองค์กรเพื่อการตัดสินใจร่วมกันและต้องมีความรับผิดชอบร่วมกันในการตัดสินใจ (collective responsibility)

จากลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงข้อดีขององค์กรกลุ่มคือ การตัดสินใจในแต่ละเรื่องไม่ได้เกิดจากการวินิจฉัยของบุคคลเพียงคนเดียวซึ่งอาจมีความผิดพลาดในการมองปัญหาได้ หากแต่เกิดจากการประชุมถกเถียงปรึกษาหารือของบรรดาสมาชิกทั้งหลายในองค์กร แต่ก็มีข้อเสียคือ ด้วยการใช้เวลาที่ไม่อาจตัดสินใจโดยบุคคลคนเดียวได้นี้ ย่อมนำมาซึ่งค่าใช้จ่ายที่สูง ความล่าช้าในการปฏิบัติงานตลอดจนอาจเป็นการตัดสินใจที่อ่อนแอขาดความเฉียบขาด และนอกจากนี้ในแง่ความรับผิดชอบในการตัดสินใจที่เป็นการต้องร่วมกันรับผิดชอบจึงทำให้ขาดผู้รับผิดชอบในการกระทำการโดยตรง ความรับผิดชอบในงานจึงไม่ชัดเจนเหมือนการตัดสินใจโดยบุคคลคนเดียว²¹

สำหรับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจขององค์กรกลุ่มนั้น นอกจากจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการเช่นเดียวกับองค์กรเดี่ยวแล้ว องค์กรกลุ่มยังมีเงื่อนไขอันเป็นลักษณะพิเศษที่จะต้องพิจารณาอีกดังนี้

1. องค์กรกลุ่มนั้นต้องมีองค์ประกอบครบถ้วนตามที่กฎหมายระบุไว้

องค์กรกลุ่มจะเริ่มต้นใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีสมาชิกครบตามจำนวนที่กฎหมายที่จัดตั้งองค์กรกลุ่มกำหนดไว้ การใช้อำนาจที่ทำการโดยองค์กรกลุ่มที่ยังไม่มีองค์ประกอบครบตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมไม่สมบูรณ์ แม้ว่าจะมีการแต่งตั้งสมาชิกจนมีจำนวนมากพอที่จะเป็นองค์

²¹ ธรรมนิติย์ สุมนต์กุล, “แบบกฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการ” เผยแพร่ใน www.krisdika.go.th

ประชุมได้แล้วก็ตาม²² แต่หากเป็นกรณีที่องค์กรกลุ่มนั้นประกอบด้วยสมาชิกครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดแล้ว ต่อมาสมาชิกขององค์กรกลุ่มต้องพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ เช่น ลาออก ตาย หรือขาดคุณสมบัติ ฯลฯ และยังมีได้มีการแต่งตั้งผู้ใดแทนเพื่อให้มีองค์ประกอบครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด องค์กรกลุ่มนั้นจะสามารถใช้อำนาจได้หรือไม่ หรือต้องรอให้มีการแต่งตั้งผู้ใดแทนเพื่อให้มีองค์ประกอบครบตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดเสียก่อนจึงจะใช้อำนาจได้ ในเรื่องนี้เห็นว่าองค์กรกลุ่มนั้นก็สามารถใช้อำนาจต่อไปได้ หากสมาชิกที่เหลืออยู่ยังมีจำนวนมากพอที่จะเป็นองค์ประชุมได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่องค์กรกลุ่มนั้นยังไม่มีเคยมีสมาชิกครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดที่ถือว่าองค์กรกลุ่มนั้นยังไม่ได้เกิดขึ้นเลย²³

2. การใช้อำนาจขององค์กรกลุ่มต้องทำโดยที่ประชุมขององค์กรกลุ่มนั้น

การที่กฎหมายกำหนดให้เรื่องใดๆ อยู่ในการพิจารณาขององค์กรกลุ่มนั้นเนื่องด้วยมุ่งหมายให้การตัดสินใจใช้อำนาจในเรื่องนั้นๆ ตกผลึกจากการประชุมปรึกษาหารือ ถกเถียงแสดงความคิดเห็นอย่างกว้างขวางจากสมาชิกขององค์กร เพราะฉะนั้น การตัดสินใจใช้อำนาจขององค์กรกลุ่มจึงต้องเกิดจากการประชุมแลกเปลี่ยนเหตุผลในระหว่างสมาชิกเสมอ และจากการที่ต้องประชุมเพื่อตัดสินใจร่วมกันนี้เองจึงนำมาซึ่งความรับผิดชอบร่วมกัน (collective responsibility) ของสมาชิกองค์กรกลุ่ม กล่าวคือในการประชุม สมาชิกขององค์กรกลุ่มย่อมมีอิสระอย่างเต็มที่ในการแสดงความคิดเห็นของตนตลอดจนอภิปรายถกเถียง วิพากษ์วิจารณ์ต่อความเห็นที่เสนอโดยสมาชิกผู้อื่น แต่เมื่อได้มีการลงมติในเรื่องนั้นเรียบร้อยแล้ว มติดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันสมาชิกทุกคนให้ต้องร่วมรับผิดชอบไม่ว่าสมาชิกผู้นั้นจะเห็นด้วยกับมตินั้นหรือไม่ก็ตาม

เมื่อการใช้อำนาจขององค์กรกลุ่มต้องทำโดยการประชุมแล้ว ย่อมจะต้องมีการกำหนดถึงองค์ประชุมซึ่งหมายถึงจำนวนสมาชิกขั้นต่ำที่ต้องเข้าร่วมประชุมเพื่อมีมติหรือแสดงเจตนาให้มีผลตามกฎหมายได้²⁴ หรืออีกนัยหนึ่งคือจำนวนบุคคลที่สามารถใช้อำนาจในเรื่องนั้นได้อย่างสมบูรณ์ โดยทั่วไปกฎเกณฑ์ที่จัดตั้งองค์กรกลุ่มจะกำหนดองค์ประชุมไว้ว่ามีจำนวนเท่าใด เช่น 2 ใน 3 หรือ 3 ใน 4 ของสมาชิกทั้งหมด แต่หากกฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่กำหนดองค์ประชุมไว้ ทำให้มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าองค์กรกลุ่มนั้นจะมีองค์ประชุมหรือไม่ และหากมี จำนวนองค์ประชุมจะเป็นเท่าใด

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง”, ใน รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2541):53.

²³ เพิ่งอ้าง, น.74.

²⁴ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 16 น. 16.

ในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายมหาชนคือ ต้องใช้จำนวนสมาชิกฝ่ายข้างมากเป็นองค์ประชุม²⁵

3. การลงมติขององค์กรกลุ่มต้องครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด

โดยปกติจะกำหนดโดยใช้คะแนนเสียงข้างมาก ซึ่งยังแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือมติธรรมดา หมายถึง คะแนนเกินกึ่งหนึ่งของผู้ร่วมประชุมหรือเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดและมติพิเศษ ซึ่งเป็นกรณีเสียงข้างมากที่เกินกว่ากึ่งหนึ่งอีกจำนวนหนึ่งเช่น 2 ใน 3 หรือ 3 ใน 4 ของผู้เข้าร่วมประชุมหรือของสมาชิกทั้งหมด เป็นต้น

นอกจากนี้บางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้ใช้มติเอกฉันท์คือ คะแนนเสียงสอดคล้องกันทั้งหมดในกรณีที่เป็นเรื่องที่สำคัญ

3.2.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการมอบอำนาจขององค์กรกลุ่ม

ในประเด็นนี้ สามารถแบ่งการพิจารณาตามประเภทขององค์กรผู้รับมอบอำนาจได้ดังนี้

3.2.2.1 การมอบอำนาจขององค์กรกลุ่มให้แก่องค์กรเดียว

จากการศึกษาพบว่า ในระบบกฎหมายไทยปรากฏกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจในเรื่องหนึ่งๆเป็นขององค์กรทางปกครองชนิดองค์กรกลุ่มและองค์กรกลุ่มนั้นเองได้มอบอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ตามกฎหมายนั้นให้แก่องค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจในเรื่องนั้นแทน ตัวอย่างเช่น มาตรา 7 ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ.2548²⁶ ซึ่งบัญญัติว่า“เรื่องที่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 4 (1) (4) (7) (9) (10) หรือ (11)”²⁷ และเรื่องที่ผ่านมาการกลั่นกรอง

²⁵ กิจนา ตริอนุรักษ์ และคณะ, บทสรุปทางวิชาการ องค์ประชุมในกฎหมายมหาชน เผยแพร่ใน www.krisdika.go.th, น.3.

²⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 122 ตอน 22 ก ลงวันที่ 11 มีนาคม 2548.

²⁷ มาตรา 4 การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้เฉพาะเรื่องต่อไปนี้
(1) เรื่องที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีหรือให้ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี

ฯลฯ

ฯลฯ

(4) ร่างพระราชกฤษฎีกา

ฯลฯ

ฯลฯ

ของคนบุคคลตามมาตรา 5²⁸ แล้ว ถ้าคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นเรื่องที่เป็นภารกิจปกติหรือมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนแล้ว คณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายเป็นการทั่วไปให้นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติ ให้ความเห็นชอบหรือมีคำสั่งแทนคณะรัฐมนตรีก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ให้ถือว่าการอนุมัติให้ความเห็นชอบ หรือคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นมติของคณะรัฐมนตรี

ให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีสรุปเรื่องที่นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งเพื่อแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเป็นระยะๆ”

จากกรณีที่ยกมาข้างต้น ทำให้มีประเด็นต้องพิจารณาว่า โดยหลักแล้วองค์กรกลุ่มจะสามารถมอบอำนาจให้แก่องค์กรเดียวได้หรือไม่ หากพิจารณาตามหลักในทางกฎหมายมหาชน เรื่องลักษณะทั่วไปขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้เรื่องใดๆ อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรกลุ่มนั้น ก็เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์ให้การตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ ผ่านขั้นตอนกระบวนการปรึกษาหารือระดมความคิดระหว่างสมาชิกขององค์กรกลุ่มก่อนจะชี้ขาดไปในทางหนึ่งทางใดแล้วรับผิดชอบต่อผลการตัดสินใจนั้นร่วมกัน²⁹ ซึ่งกระบวนการเช่นนี้ไม่ปรากฏในวิธีการใช้อำนาจขององค์กรเดียว ทั้งนี้อาจเป็นด้วยเรื่องนั้นมีความ

(7) เรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย

ฯลฯ

ฯลฯ

(9) เรื่องที่ขอทบทวนหรือยกเว้นการปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรี ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตาม (6)

(10) ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นระเบียบปฏิบัติราชการทั่วไป หรือจะมีผลเป็นแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการ

(11) เรื่องที่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดินนอกเหนือจากที่ได้รับอนุมัติไว้แล้วตามกฎหมาย ว่าด้วยงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรืองบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม

ฯลฯ

ฯลฯ .

²⁸ มาตรา 5 คณะรัฐมนตรีจะแต่งตั้งคณะบุคคลประกอบด้วยรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องและบุคคลอื่นที่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องที่จะพิจารณา เพื่อพิจารณาก่อนการลงเรื่องใดก่อนเสนอคณะรัฐมนตรีก็ได้.

²⁹ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, “พ.ร.ฎ.กึ่งประธานาธิบดี”, แทบลอยด์ไทยโพสต์ (6 มีนาคม 2548) :น.2 – 8.

สำคัญและต้องการความรอบคอบในการพิจารณา ดังนั้น องค์กรกลุ่มย่อมไม่อาจมอบอำนาจในการวินิจฉัยที่กฎหมายกำหนดให้เป็นของตนให้องค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแทนตนได้³⁰

อย่างไรก็ตาม หากกรณีเป็นเรื่องที่องค์กรกลุ่มเพียงแต่มอบหมายให้องค์กรเดียวเป็นผู้พิจารณากลับกรองเรื่องนั้นในชั้นแรกแล้วสรุปเรื่องเสนอต่อองค์กรกลุ่มเพื่อวินิจฉัยตามอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ในชั้นสุดท้ายแล้ว ย่อมสามารถกระทำได้และไม่ถือเป็นเรื่องที่องค์กรกลุ่มมอบอำนาจให้องค์กรเดียวกระทำการแทน หากเป็นแต่เพียงการกระจายงานเพื่อแบ่งเบาภาระขององค์กรกลุ่ม ซึ่งจะทำให้การพิจารณาในเรื่องนั้นมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น เช่น การที่คณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มมอบหมายให้เลขาธิการของคณะกรรมการเป็นผู้ตรวจสอบข้อเท็จจริงในชั้นแรกแล้วสรุปเรื่องนำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณา โดยคณะกรรมการย่อมมีโอกาสที่จะทักท้วง ตั้งข้อสังเกต หรือพิจารณาสั่งการใดๆ ตามที่เห็นสมควร และเช่นเดียวกัน การที่องค์กรกลุ่มจะมอบหมายให้องค์กรเดียวเป็นผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามมติขององค์กรกลุ่มภายหลังการพิจารณาโดยไม่มีอำนาจตัดสินใจใดๆ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่อาจจะกระทำได้³¹ และในกรณีเหล่านี้

³⁰เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ.2548 นั้น หลักเกณฑ์ที่กำหนดถึงการมอบอำนาจตามมาตรา 7 นอกจากจะไม่สอดคล้องกับหลักว่าด้วยการจัดองค์กรของรัฐแล้ว ยังมีประเด็นในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายอีกด้วย กล่าวคือ การที่ มาตรา 7 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจมอบหมายให้นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีอนุมัติ ให้ความเห็นชอบ หรือมีคำสั่งแทนคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีหรือให้ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี ตาม มาตรา 4(1) ในกรณีที่เห็นว่าเป็นเรื่องที่เป็นภารกิจปกติหรือมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนแล้ว โดยให้ถือว่า การอนุมัติความเห็นชอบหรือคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นมติของคณะรัฐมนตรี กรณีย่อมมีผลเท่ากับกระบวนการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้สามารถแก้ไขบทกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ ซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของกฎหมาย .

³¹ตัวอย่างในทางปฏิบัติสำหรับกรณีเช่นนี้ เช่น การที่สภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์มีมติมอบหมายให้ เลขาธิการสภามหาวิทยาลัยดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมร่างระเบียบมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยการจ่ายเงินค่าตอบแทนเพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพของบุคลากรสำนักงานอธิการบดี พ.ศ.2549 ที่เสนอให้สภามหาวิทยาลัยพิจารณาอนุมัติ โดยให้แก้ไขตามมติของที่ประชุมสภาก่อน นำเสนอนายกสภามหาวิทยาลัยลงนามต่อไป (รายงานการประชุมสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 9/2549 วันจันทร์ที่ 25 กันยายน 2549).

องค์กรกลุ่มอาจให้แนวปฏิบัติในการดำเนินการแก่องค์กรเดียวเพื่อให้การลั่นกรงเรื่องในเบื้องต้น หรือการดำเนินการให้เป็นไปตามมติเป็นไปในแนวทางที่องค์กรกลุ่มประสงค์ก็ได้

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นว่า หากในการมอบอำนาจขององค์กรกลุ่มให้แก่องค์กรเดียวนั้น มีการกำหนดให้เมื่อองค์กรเดียวได้ตัดสินใจใช้อำนาจในเรื่องนั้นแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวต้องมีการทบทวนโดยองค์กรกลุ่มผู้มอบอำนาจอีก การมอบอำนาจในลักษณะเช่นนี้ จะสามารถทำได้ โดยไม่เป็นการทำลายหลักของการพิจารณาโดยองค์กรกลุ่มหรือไม่ ต่อกรณีดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อองค์กรเดียวได้ใช้อำนาจตามที่ได้รับมอบมาแล้วย่อมเกิดผลในทางกฎหมายได้ในทันที การกำหนดกลไกให้มีการทบทวน (review) โดยองค์กรกลุ่มผู้มอบอำนาจก็เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นภายหลังจากการใช้อำนาจนั้นมีผลแล้ว กรณีจึงยังคงไม่สอดคล้องกับหลักการใช้อำนาจโดยองค์กรกลุ่มอยู่นั่นเอง โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับเนื้อหาพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ.2548 ซึ่งมาตรา 7 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้คณะรัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจให้กับนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้กระทำการแทนได้และในวรรคสองของบทบัญญัตินี้ กำหนดให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีสรุปเรื่องที่นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีผู้รับมอบอำนาจ ได้ใช้อำนาจไปตามวาระหนึ่งแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเป็นระยะๆ ซึ่งมีผู้เห็นว่า³² กรณีดังกล่าวเป็นการกำหนดให้การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีผู้รับมอบอำนาจ ได้รับการทบทวนโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจ แต่จากถ้อยคำของบทบัญญัติจะเห็นว่าเป็นการแจ้งให้ทราบเท่านั้นมิได้มีการบัญญัติให้ชัดเจนถึงอำนาจในการทบทวนขององค์กรผู้มอบอำนาจแต่อย่างใด แม้จะให้เกิดผลว่าวาระเพื่อทราบก็มีการโต้แย้งได้หากคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับการที่นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีได้ดำเนินการ เหตุผลดังกล่าวก็ดูจะไม่มีน้ำหนักมากนักเพราะโดยปกติเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าวาระเพื่อทราบก็คือรับทราบเท่านั้น³³ อนึ่งระยะเวลาในการนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณายังถูกกำหนดให้เป็นดุลพินิจของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีอีกด้วย

³² คำอธิบายของ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ในการเสวนาเรื่อง “พระราชกฤษฎีกาประชุม ครม.ฯ : เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพหรือเพื่อเพิ่มอำนาจ?” จัดโดยภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันศุกร์ที่ 4 มีนาคม 2548 ณ ห้องประชุม จิตติ ดิงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³³ เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรีฯ”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 34, น.402 (กันยายน 2547).

ประเด็นล่าสุดเกี่ยวกับการมอบอำนาจขององค์กรกลุ่มให้แก่องค์กรเดียว ซึ่งกำลังอยู่ในความสนใจของสาธารณชนในขณะนี้คือ กรณีที่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอาหาร ในฐานะที่ได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค³⁴ ในส่วนการควบคุมฉลากและโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ได้ออกประกาศควบคุมฉลากเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ และคำสั่งห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ทั้งนี้เป็นไปตามนโยบายของกระทรวงสาธารณสุขโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข (นายแพทย์มงคล ณ สงขลา) ที่ประสงค์ให้มีการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มประเภทดังกล่าวอย่างเด็ดขาด การมอบอำนาจของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้แก่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาในกรณีนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งบัญญัติว่า“ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว” วรรคสอง“ในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ผู้มิอำนาจตามกฎหมายออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคตามที่บัญญัติในหมวดนี้ ให้คณะกรรมการเฉพาะเรื่อง³⁵มีอำนาจออกคำสั่งตามความในหมวดนี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวมีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายอยู่แล้ว คณะกรรมการ³⁶อาจมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ผู้มิอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัตินี้แทนคณะกรรมการเฉพาะเรื่องได้”

³⁴เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เรื่อง การมอบอำนาจในการคุ้มครองผู้บริโภคให้เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 ลงวันที่ 29 มิถุนายน 2549 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 79 ง วันที่ 21 กรกฎาคม 2549.

³⁵ตามมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 กำหนดให้มีคณะกรรมการเฉพาะเรื่องตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว 3 คณะคือ คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา คณะกรรมการว่าด้วยฉลาก และคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องประกอบด้วยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องที่เกี่ยวข้องตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคแต่งตั้งขึ้น มีจำนวนไม่น้อยกว่าเจ็ดคนแต่ไม่เกินสิบสามคน มีอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้และตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมาย ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นให้พิจารณาอยู่นี้ เป็นกรณีเกี่ยวกับคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาและคณะกรรมการว่าด้วยฉลาก.

³⁶หมายถึงคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค.

เมื่อพิจารณาการมอบอำนาจในกรณีดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าเป็นกรณีของการมอบอำนาจที่องค์กรกลุ่มมีอยู่ตามกฎหมายให้แก่องค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแทนซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยหลักการว่าด้วยองค์กรของรัฐที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น³⁷

3.2.2.2 การมอบอำนาจขององค์กรกลุ่มให้แก่องค์กรกลุ่มด้วยตนเอง

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วเกี่ยวกับการมอบอำนาจขององค์กรกลุ่มให้แก่องค์กรเดียวว่า องค์กรกลุ่มย่อมไม่อาจมอบอำนาจการวินิจฉัยสั่งการตามกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แก่องค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจแทนได้ เนื่องจากการกระทำเช่นนั้นจะเป็นการบั่นทอนหรือทำลายกระบวนการตัดสินใจขององค์กรกลุ่มที่ประกอบด้วยวิธีการปรึกษาหารือระหว่างสมาชิกในองค์กรก่อนการลงมติชี้ขาดในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง มีประเด็นให้พิจารณาต่อไปว่าหากเป็นกรณีองค์กรกลุ่มมอบอำนาจให้องค์กรกลุ่มด้วยตนเองให้เป็นผู้ใช้อำนาจในเรื่องใดๆ แทนองค์กรกลุ่มผู้มอบอำนาจ เช่นนี้จะสามารถกระทำได้โดยชอบหรือไม่ เนื่องจากการมอบอำนาจลักษณะนี้ย่อมไม่เป็นการทำลายกระบวนการตัดสินใจที่มาจากฐานของการปรึกษาหารือระหว่างสมาชิก เพราะเมื่อองค์กรผู้รับมอบอำนาจเป็นองค์กรกลุ่มเช่นเดียวกับผู้มอบอำนาจ การวินิจฉัยในเรื่องใดๆ ของผู้รับมอบอำนาจก็ต้องผ่านกระบวนการของการปรึกษาหารือก่อนมีมติเช่นเดียวกัน

จากการศึกษาพบว่า บทกฎหมายที่บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรกลุ่มในหลายกรณี ได้ให้อำนาจองค์กรกลุ่มในการมอบให้องค์กรกลุ่มอีกองค์กรหนึ่งดำเนินการในเรื่องต่างๆ แทนได้ ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ซึ่งบัญญัติว่าคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ อาจแต่งตั้งคณะกรรมการผู้ชำนาญการ หรืออนุกรรมการ เพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติจะมอบหมายก็ได้ ซึ่งคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้ใช้อำนาจตามมาตรา 18

³⁷ ในส่วนเนื้อหาของประกาศคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่มอบอำนาจ จะพบว่าการใช้อำนาจของเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาในฐานะผู้รับมอบอำนาจจะต้องอยู่ภายใต้ความเห็นชอบของคณะกรรมการอาหาร กรณีนี้นี้จึงมีข้อควรสังเกตเกี่ยวกับความอิสระในการใช้อำนาจตามที่ได้รับมอบหมายของเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาด้วย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ด้วยการมอบอำนาจที่มีเงื่อนไขเช่นนี้ย่อมส่งผลให้เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาไม่อาจใช้ดุลพินิจได้อย่างแท้จริงในการกระทำการใดๆ ตามอำนาจที่ได้รับมอบมาได้เลย เพราะการใช้อำนาจในกรณีต่างๆ จะต้องผูกพันอย่างเคร่งครัดอยู่กับความเห็นชอบหรือข้อเสนอแนะขององค์กรทางปกครองอีกองค์กรหนึ่งคือคณะกรรมการอาหาร.

แต่งตั้งคณะกรรมการให้ปฏิบัติหน้าที่ในด้านต่างๆ เช่น คณะอนุกรรมการการจัดการทรัพยากร
 ลุ่มน้ำ ตามคำสั่งคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ที่ 6/2539 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2539
 คณะอนุกรรมการประสานการจัดการสิ่งแวดล้อมและอุตสาหกรรม ตามคำสั่งคณะกรรมการ
 สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ที่ 7/2547 ลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2547 หรือตามพระราชบัญญัติ
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2531 มาตรา 18 (12) ที่กำหนดให้สภามหาวิทยาลัยมีอำนาจ
 แต่งตั้งคณะกรรมการ อนุกรรมการ หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อกะทำการใดๆ อันอยู่ในอำนาจ
 และหน้าที่ของสภามหาวิทยาลัย ซึ่งในทางปฏิบัติสภามหาวิทยาลัยได้ใช้อำนาจตามมาตรา
 ดังกล่าว แต่งตั้งอนุกรรมการสภามหาวิทยาลัยด้านต่างๆ เช่น อนุกรรมการสภามหาวิทยาลัยด้าน
 กฎหมาย/ระเบียบ/ข้อบังคับ ตามคำสั่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ 1900/2549 ลงวันที่ 18 ตุลาคม
 2549 อนุกรรมการสภามหาวิทยาลัยด้านการคลังและทรัพย์สิน ตามคำสั่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 ที่ 711/2550 ลงวันที่ 20 เมษายน 2550 เป็นต้น

เกี่ยวกับกรณีที่คณะกรรมการมอบให้คณะกรรมการกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนี้
 คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นไว้ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง
 การสั่งปิดชั่วคราวหรือการพักใช้ใบอนุญาตประกอบการของสถานประกอบการตามพระราชบัญญัติ
 ป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 ซึ่งมีประเด็นให้ต้องวินิจฉัยว่าหากคณะกรรมการ
 ป้องกันและปราบปรามยาเสพติดมีความประสงค์จะมอบอำนาจในการสั่งปิดชั่วคราวหรือการสั่งพัก
 ใช้ใบอนุญาตประกอบการ ตามมาตรา 13 ตริ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด
 พ.ศ.2519 ให้แก่คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามมาตรา 10³⁸ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เป็นผู้ใช้อำนาจ
 ดังกล่าวนั้นแทนคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดจะกระทำได้อหรือไม่ ซึ่ง
 คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดอาจมอบหมาย
 ให้คณะกรรมการมีหน้าที่ช่วยเหลือการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตามที่คณะกรรมการ
 กำหนดเป็นเรื่องๆ ไปเท่านั้น เช่น การพิจารณาข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดในเบื้องต้นและเสนอ
 ความเห็นต่อคณะกรรมการ ไม่อาจมอบอำนาจในการสั่งปิดและพักใช้ใบอนุญาต อันเป็นอำนาจ
 เฉพาะของคณะกรรมการซึ่งอาจมีผลกระทบถึงสิทธิและประโยชน์ของเจ้าของหรือผู้ดำเนินกิจการ
 สถานประกอบการ ให้คณะกรรมการเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวแทนได้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการ
 กฤษฎีกาได้ให้ข้อสังเกตว่า กรณีที่มีความจำเป็นเพื่อให้การปฏิบัติงานของคณะกรรมการป้องกัน
 และปราบปรามยาเสพติดเป็นไปโดยสะดวกและคล่องตัวอาจจะต้องดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติ

³⁸ มาตรา 10 คณะกรรมการจะตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาหรือคณะกรรมการ เพื่อ
 พิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมายก็ได้.

ป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 เพื่อให้คณะกรรมการสามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งปิดสถานประกอบการเป็นการชั่วคราวหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตได้ (เรื่องเสรีที่ 223/2544)

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวสรุปได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ามีอำนาจในการสั่งปิดและสั่งพักใช้ใบอนุญาตเป็นอำนาจเฉพาะของคณะกรรมการและเป็นอำนาจที่กระทบกับสิทธิประโยชน์ของประชาชน จึงไม่อาจมอบอำนาจให้คณะกรรมการเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวแทนได้ ทั้งยังได้วินิจฉัยวางหลักว่า การมอบหมายให้คณะกรรมการกระทำการนั้น คือกรณีของการมอบหมายเพื่อให้ช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ข้อสังเกตเป็นแนวทางว่า หากประสงค์ให้คณะกรรมการสามารถมอบอำนาจให้แก่คณะกรรมการได้ อาจมีการดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ.2519 เพื่อให้มีผลเช่นนั้นโดยตรง ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า หากพิจารณาจากองค์ประกอบขององค์กรกลุ่มแล้วจะพบว่า องค์ประกอบขององค์กรกลุ่มหรือคณะกรรมการนั้น ส่วนหนึ่งจะประกอบด้วยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ³⁹ ซึ่งการแต่งตั้งกรรมการเหล่านี้ย่อมเพ่งเล็งถึงคุณสมบัติความสามารถของบุคคลผู้ได้รับการแต่งตั้งเป็นการเฉพาะตัว ว่าเป็นผู้มีผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ⁴⁰ ซึ่งการมีผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเช่นนี้ร่วมอยู่

³⁹ ตัวอย่างเช่น มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติด พ.ศ. 2519 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่า “ให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด เรียกโดยย่อว่า ป.ป.ส. ประกอบด้วย....กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งไม่เกินหกคน

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งตามวรรคหนึ่ง ให้พิจารณาแต่งตั้งบุคคลจากภาคเอกชนที่มีผลงานเป็นที่ประจักษ์เกี่ยวกับการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติดไม่เกินสองคน”.

⁴⁰ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน เช่น ในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้กำหนดถึงคุณลักษณะของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิไว้ว่า “ให้มีคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ประกอบด้วย....กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไม่เกินแปดคน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นกรรมการ ในจำนวนนี้จะต้องมีผู้แทนภาคเอกชนร่วมอยู่ด้วยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง....

การแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิให้พิจารณาแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ มีผลงานและประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม”.

ในคณะกรรมการย่อมส่งผลให้การวินิจฉัยเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพถูกต้องตามแนวทางที่ควรเป็น อย่างไรก็ตามหากมีการมอบอำนาจให้กระทำการแทน ด้วยกระบวนการมอบอำนาจย่อมทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงองค์กรผู้ใช้อำนาจซึ่งเป็นผลให้การวินิจฉัยอาจไม่ได้กระทำโดยคณะกรรมการที่ประกอบด้วยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามที่กฎหมายมีเจตนารมณ์มุ่งหมายไว้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การมอบอำนาจของคณะกรรมการให้คณะอนุกรรมการเป็นผู้ใช้อำนาจแทนจึงไม่อาจกระทำได้ คณะกรรมการอาจมอบหมายให้คณะอนุกรรมการปฏิบัติหน้าที่เฉพาะแต่การชวยกลั่นกรองข้อเท็จจริงในเบื้องต้น ก่อนนำเสนอคณะกรรมการเพื่อใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยสั่งการต่อไปเท่านั้น

โดยสรุป ผู้เขียนมีความเห็นว่า การมอบอำนาจขององค์กรกลุ่มไม่ว่าจะเป็นกรณีที่องค์กรกลุ่มมอบอำนาจให้แก่ผู้รับมอบอำนาจที่เป็นองค์กรเดียวหรือองค์กรกลุ่ม ล้วนไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากการกระทำได้กล่าวว่าย่อมเป็นการทำลายกระบวนการตัดสินใจขององค์กรกลุ่ม กล่าวคือในกรณีของการมอบอำนาจให้แก่องค์กรเดียวนั้น กระบวนการมอบอำนาจย่อมทำให้การใช้อำนาจในเรื่องนั้นๆ ไม่ผ่านขั้นตอนของการปรึกษาหารือก่อนตัดสินใจใช้อำนาจอันเป็นลักษณะสำคัญขององค์กรทางปกครองที่เป็นองค์กรกลุ่ม และในกรณีของการมอบอำนาจขององค์กรกลุ่มให้แก่องค์กรกลุ่มด้วยตนเอง แม้กระบวนการปรึกษาหารือจะไม่ถูกทำลายไปเช่นเดียวกับกรณีของการมอบอำนาจให้แก่องค์กรเดียว แต่องค์ประกอบขององค์กรกลุ่มหรือคณะกรรมการนั้น ส่วนหนึ่งจะประกอบด้วยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการสรรหามาด้วยคุณสมบัติเกี่ยวกับความรู้ความสามารถในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจขององค์กรกลุ่มนั้นโดยเฉพาะ การเปลี่ยนแปลงองค์กรผู้ใช้อำนาจโดยกระบวนการมอบอำนาจอันมีผลทำให้การใช้อำนาจไม่ผ่านการพิจารณาขององค์กรดังกล่าวย่อมไม่ใช่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจจะมุ่งหมายให้เป็นเช่นนั้น ตลอดจนไม่สอดคล้องกับเหตุผลของเรื่องแต่อย่างใด และดังที่ได้อธิบายมาแล้วว่า โดยหลักองค์กรผู้ใช้อำนาจในทางปกครองจะต้องใช้อำนาจนั้นโดยตนเอง การมอบอำนาจให้องค์กรอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนเป็นเพียงข้อยกเว้น ทั้งนี้เป็นการดำเนินการบนวัตถุประสงค์เพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน⁴¹ เมื่อการมอบอำนาจมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ดังกล่าว หากด้วยการมอบอำนาจนั้นได้ทำลายกระบวนการใช้อำนาจซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจวางไว้ การย่อมไม่บรรลุถึงการเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน ในทางตรงกันข้ามย่อมเป็นการลดทอนประสิทธิภาพเช่นนั้นอีกด้วย การมอบอำนาจจึงเป็นสิ่งที่สามารถปรับใช้ได้กับกรณีที่องค์กรผู้มอบอำนาจเป็นองค์กรทางปกครองชนิดองค์กรเดียวเท่านั้น ไม่อาจนำมาปรับใช้กับกรณีที่ผู้มอบอำนาจเป็นองค์กรกลุ่มได้ ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นขององค์กรกลุ่ม ผู้ร่างกฎหมายย่อม

⁴¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 1.2.2.

เพ่งเล็งถึงการตัดสินใจใช้อำนาจที่ผ่านการปรึกษาหารือซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะขององค์กรกลุ่มที่มีความแตกต่างกับกระบวนการใช้อำนาจขององค์กรเดี่ยว โดยในการสร้างกระบวนการปรึกษาหารือซึ่งเป็นขั้นตอนของการตัดสินใจใช้อำนาจนั้น ผู้เขียนเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายจะพิจารณาถึงตัวบุคคลที่จะเป็นผู้ร่วมปรึกษาหารือด้วยในขณะเดียวกัน และย่อมประสงค์ให้การอภิปรายถกเถียงแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตัดสินใจถูกกระทำโดยบุคคลที่ตนจะได้ระบุในบทบัญญัติของกฎหมาย อันเป็นฐานที่มาของอำนาจในเรื่องนั้นเท่านั้น ดังนั้นการมอบอำนาจตามกฎหมายในเรื่องใดๆขององค์กรกลุ่มให้องค์กรทางปกครององค์กรอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนจึงไม่อาจกระทำได้

3.3 การบังคับให้มอบอำนาจ : ปัญหาเรื่องอิสระในการตัดสินใจมอบอำนาจ

ในกระบวนการมอบอำนาจ หากปรากฏว่าบทกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจบัญญัติในลักษณะบังคับให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทน มีปัญหาว่าบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้จะดำรงอยู่โดยสอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานของการมอบอำนาจหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้โดยลำดับได้ดังนี้

3.3.1 การมีอิสระในการ ตัดสินใจมอบอำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย

จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจพบว่า บทบัญญัติที่กำหนดให้มีการมอบอำนาจตามกฎหมายฉบับต่างๆ ในบางกรณีปรากฏถ้อยคำที่แสดงถึงการมีอิสระในการ ตัดสินใจมอบอำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 38⁴² แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มาตรา 81⁴³ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ

⁴² มาตรา 38 อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่น ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใด หรือมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด...ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้....

⁴³ มาตรา 81...อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด...ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครจะมอบ

กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 หรือตามมาตรา 58⁴⁴ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมือง
พัทยา พ.ศ.2542 อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจตามกฎหมายบางฉบับก็ไม่ได้
ปรากฏถ้อยคำอันแสดงถึงอิสระในการตัดสินใจมอบอำนาจของผู้มอบอำนาจโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด
เช่น มาตรา 77⁴⁵ แห่งพระราชบัญญัติแะ พ.ศ.2510

จากบทกฎหมายทั้งสองประเภทข้างต้น ไม่มีความแตกต่างกันแต่อย่างใดเกี่ยวกับลักษณะ
ของการใช้อำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย กล่าวคือในกรณีของบทบัญญัติในประเภทที่
สอง ผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายก็ยังคงมีอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นปฏิบัติ
ราชการแทน เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติที่ปรากฏถ้อยคำอันแสดงถึงอิสระดังกล่าวโดยชัดแจ้ง ทั้งนี้
ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาว่าในกรณีนั้นฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะกระทำการหรือไม่ ไม่อาจพิจารณา
จากถ้อยคำในบทกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวได้ สิ่งที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้นคือความตามตัวอักษรคือ
เจตนารมณ์ของกฎหมายบทนั้นๆ ซึ่งสำหรับบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจแล้ว ไม่ว่าจะ
จะเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในกฎหมายฉบับใดก็ย่อมมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายให้การดำเนินการ

อำนาจโดยทำเป็นหนังสือ ให้รองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนผู้ว่าราชการ
กรุงเทพมหานคร ก็ได้....

⁴⁴ มาตรา 58...อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ หรือการปฏิบัติราชการที่นายก
เมืองพัทยาจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ หรือคำสั่ง
ใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด...นายกเมืองพัทยาอาจมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือ ให้รอง
นายกเมืองพัทยาเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนนายกเมืองพัทยาก็ได้....

⁴⁵ มาตรา 77 เมื่อผู้ถือประธานบัตรประสงค์จะให้ผู้อื่นรับช่วงการทำเหมือง ให้ยื่นคำขอ
ต่อเจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ประจำท้องที่ ระบุบุคคลผู้จะรับช่วงการทำเหมืองในระยะเวลาใด
เวลาหนึ่งภายในอายุของประธานบัตรและส่วนของเขตเหมืองแร่ที่จะให้รับช่วงการทำเหมือง

รัฐมนตรีหรือผู้ที่รัฐมนตรีมอบหมายเป็นผู้ออกใบอนุญาตให้มีการรับช่วงการทำเหมือง
ได้ตามที่จะพิจารณาเห็นสมควร... อย่างไรก็ตามบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจใน
ลักษณะเช่นนี้ เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีความสมบูรณ์ในตัวเองและต้องนำหลักเกณฑ์การมอบอำนาจ
ให้ปฏิบัติราชการแทนตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 อันเป็น
กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไปสำหรับราชการบริหารส่วนกลาง มาพิจารณา
ประกอบด้วย กล่าวคือรัฐมนตรีจะมอบอำนาจให้ได้แต่เฉพาะบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 38 (2)
เท่านั้นและการมอบอำนาจดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือตามมาตรา 38 วรรคสาม (โปรดดู
รายละเอียดในหัวข้อ 2.1.1.1).

มอบอำนาจเป็นเรื่องที่อยู่ในารตัดสินใจโดยอิสระ ของผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ทั้งสิ้น⁴⁶ ข้อสรุปเช่นนี้สามารถอธิบายได้ด้วยตรรกะง่ายๆว่า หากเจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์จะบังคับให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายต้องมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนในทุกๆกรณีแล้ว การบัญญัติกฎหมายให้บุคคลที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจในกรณีดังกล่าวเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจในเรื่องนั้นเสียเองในชั้นแรกก็ย่อมทำได้และจะเป็นการดีกว่า เนื่องจากการมีอำนาจเช่นนั้นไม่ต้องดำเนินการด้วยกระบวนการมอบอำนาจให้เกิดความยุ่งยากหรือเสียเวลาอีก หากแต่เป็นอำนาจที่ได้รับจากบทกฎหมายโดยตรง

อนึ่ง ในทางรัฐศาสตร์มีผู้กล่าวว่า⁴⁷ การมอบอำนาจเป็นศิลปะของการทำงานชนิดหนึ่ง และอาจพิจารณาความสามารถของผู้บังคับบัญชาว่ามีแค่ไหนได้จากการมอบอำนาจให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปปฏิบัติ ดังที่มีคำกล่าวในภาษาอังกฤษว่า “How will he delegates determines how will he can manages” คือถ้าผู้บังคับบัญชามอบอำนาจได้ดีแค่ไหนก็เป็นผู้บังคับบัญชาได้ดีแค่นั้น สิ่งนี้จึงเสมือนเป็นกระจกเงาส่องความสามารถในการทำงานของผู้บังคับบัญชาว่าเป็นผู้ทำงาน“เป็น”หรือไม่เพียงใด⁴⁸ จากคำกล่าวนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงอิสระในการตัดสินใจมอบอำนาจได้ประการหนึ่ง กล่าวคือการที่องค์กรฝ่ายปกครองผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย จะมอบอำนาจให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทน ก็จะต้องพิจารณาและตัดสินใจว่า อำนาจในเรื่องนั้นมีความสำคัญเพียงใดและจะมอบหมายให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแทน อีกนัยหนึ่งคือ การพิจารณาเลือกใช้คนให้ถูกกับงานนั่นเอง⁴⁹ ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรกระทำด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง เพราะมิเช่นนั้นการมอบอำนาจ

⁴⁶ อย่างไรก็ดี บทบัญญัติในมาตรา 21 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ที่กำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคสามารถมอบอำนาจของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องให้เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนได้ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 3.2.2.1 ข. นั้น มีข้อสังเกตว่า การมอบอำนาจตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแม้จะเป็นเรื่องของการตัดสินใจโดยอิสระ แต่องค์กรที่จะเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจมอบอำนาจกลับเป็นคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ใช่คณะกรรมการเฉพาะเรื่องซึ่งเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจในกรณีนั้นแต่อย่างใด.

⁴⁷ ผุสดี สัตยมานะ, การบริหารรัฐกิจ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2521), น.49 – 50.

⁴⁸ สนิทศักดิ์ สนิทศักดิ์ดี, “การมอบอำนาจ”, ท้องถิ่น, ฉบับที่ 6, ปีที่36, น.73(มิถุนายน 2539).

⁴⁹ ประทาน คงฤทธิศึกษากร, “การมอบอำนาจหน้าที่”, วารสารข้าราชการ, ฉบับที่ 6, ปีที่20, น.31 (มิถุนายน 2518).

แทนที่จะเป็นผลดีต่อการปฏิบัติงาน อาจกลับกลายเป็นเรื่องยุ่งยากขึ้นได้ อีสาระในการตัดสินใจของผู้มอบอำนาจดังกล่าวนี้จะนำมาซึ่งความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจด้วย ดังจะอธิบายให้เห็นต่อไปในหัวข้อ 4.2.1

3.3.2 กรณีที่องค์กรผู้มีอำนาจตามกฎหมายถูกบังคับให้มอบอำนาจ

ในปัจจุบันมีกฎหมายบางฉบับปรากฏถ้อยคำในบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการบังคับให้องค์กรผู้มีอำนาจตามกฎหมายมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำการแทนซึ่งสามารถหยิบยกมาเป็นกรณีศึกษาได้ดังต่อไปนี้

3.3.2.1 กรณีตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ.2546

ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 บัญญัติว่า"...ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ ปลัดกระทรวง เลขาธิการสภาการศึกษา เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา เลขาธิการคณะกรรมการการอาชีวศึกษาไว้เป็นการเฉพาะ ให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมอบอำนาจให้แก่ผู้อำนวยการเขตพื้นที่การศึกษาหรือผู้อำนวยการสถานศึกษา แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงความเป็นอิสระ และการบริหารงานที่คล่องตัวในการจัดการศึกษาของสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาและสถานศึกษา..." วัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ก็เพื่อกระจายอำนาจด้านวิชาการ งบประมาณ การบริหารงานบุคคล และการบริหารทั่วไป ไปยังสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาและสถานศึกษาโดยตรง เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ.2542 โดยมีเป้าหมายให้มีสายการบังคับบัญชาที่สั้นที่สุดเพื่อลดขั้นตอนการปฏิบัติงานให้มากที่สุดซึ่งกระทำโดยใช้วิธีบังคับให้ราชการส่วนกลางมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทนแก่เขตพื้นที่การศึกษา⁵⁰ อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่สอดคล้องกับพื้นฐานความคิดในเรื่องการมอบอำนาจตามที่ได้อธิบายมาแล้ว

3.3.2.2 กรณีตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 เป็นระเบียบที่คณะรัฐมนตรีได้กำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 38(13) มาตรา 38 วรรคสี่ มาตรา 50/2 และ

⁵⁰ คำชี้แจงของผู้แทนสำนักงานปฏิรูปการศึกษา (ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์) ต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 2 ในการประชุมเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. ครั้งที่ 1 (61/2545) วันที่ 11 มิถุนายน 2545 (เรื่องเสร็จที่ 383/2545).

มาตรา 50/5 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เพื่อวางหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในรายละเอียดของการมอบอำนาจ โดยมีวัตถุประสงค์ให้เกิดความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ เกิดความคล่องตัวและกระจายงาน โดยไม่ต้องทำให้การปฏิบัติราชการในเรื่องหนึ่งเรื่องใด ต้องผ่านการพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ มากเกินความจำเป็น ตลอดจนคำนึงถึงประสิทธิภาพของงานและความรับผิดชอบที่สามารถตรวจสอบได้ เพื่อให้สอดคล้องกับการบริหารงานแบบบูรณาการ⁵¹

ในระเบียบฉบับนี้มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการบังคับให้มอบอำนาจคือ ในข้อ 5 ของระเบียบฉบับนี้กำหนดว่า“ให้ผู้มอบอำนาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่รับผิดชอบ ดำเนินการเรื่องนั้นโดยตรง และในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจในเขตจังหวัดใด นอกจากกรุงเทพมหานคร ให้มอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดของจังหวัดนั้น” และข้อ 14 กำหนดว่า“เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัด ได้รับมอบอำนาจจากส่วนราชการ ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการประจำ จังหวัดที่เกี่ยวข้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในระเบียบนี้” และในข้อ 17 ของระเบียบฉบับเดียวกัน กำหนดว่า“ส่วนราชการใดมีภารกิจที่ต้องดำเนินการในต่างประเทศ ให้หัวหน้าส่วนราชการนั้นมอบ อำนาจทั้งปวงที่จะต้องดำเนินการในต่างประเทศนั้นให้แก่หัวหน้าคณะผู้แทน และให้หัวหน้าคณะ ผู้แทนมอบอำนาจให้รองหัวหน้าคณะผู้แทนหรือบุคคลในคณะผู้แทน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ไว้ในระเบียบนี้”

บทบัญญัติทั้งสามข้อในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ.2546 มีลักษณะไม่สอดคล้องกับพื้นฐานความคิดเรื่องการมอบอำนาจ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีฐานที่มา สำคัญจากมาตรา 38 วรรคท้าย⁵² อันเป็นเนื้อหาส่วนที่เพิ่มเติมเข้ามาโดยพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 อนึ่ง เนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 38 วรรคท้ายในส่วนที่ ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ นอกจากจะมีลักษณะไม่ สอดคล้องกับพื้นฐานความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจแล้ว เมื่อพิจารณาในแง่ความเป็นเอกภาพของ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎเกณฑ์ดังกล่าวยังอาจถูกตั้งคำถามได้ถึงความสอดคล้องกับบทบัญญัติ ส่วนอื่นๆ ในมาตราเดียวกันด้วย เนื่องจากเนื้อหาของมาตรา 38 วรรคหนึ่งบัญญัติในลักษณะให้

⁵¹หลักการของร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ.ในบันทึกเรื่อง เสร็จที่ 548/2546 ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁵²มาตรา 38 วรรคท้าย คณะรัฐมนตรีอาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ตลอดจนการมอบอำนาจให้ทำนิติกรรม ฟ้องคดีและดำเนินคดีแทนกระทรวง ทบวง กรม หรือกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจให้ผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจตามวรรคหนึ่ง ต้องปฏิบัติก็ได้.

อิสระแก่องค์กรผู้มิอำนาจที่จะพิจารณามอบอำนาจในกรณีต่างๆ ตามความจำเป็นแก่การปฏิบัติราชการ แต่บทบัญญัติในมาตรา 38 วรรคท้ายที่เพิ่มเติมเข้ามา กลับให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีที่จะกำหนดบังคับให้องค์กรผู้มิอำนาจมอบอำนาจให้ผู้อื่นกระทำการแทน จึงเป็นการทำลายอิสระในการตัดสินใจมอบอำนาจขององค์กรผู้มิอำนาจ ตามที่มาตรา 38 วรรคหนึ่งให้ไว้

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว จากศึกษาความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาพบว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยมีความเห็นตอบข้อหารือของกระทรวงมหาดไทย ในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะบังคับให้ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งได้รับมอบอำนาจจากกระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ ในราชการส่วนกลาง ต้องมอบอำนาจดังกล่าวต่อไปให้แก่หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดของกระทรวง ทบวง กรม เหล่านั้นปฏิบัติราชการแทนอีกทอดหนึ่ง ว่าไม่อาจกระทำได้นี้เนื่องจากการมอบอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด ตามมาตรา 38(9) นั้น กฎหมายได้บัญญัติในลักษณะให้อยู่ในดุลพินิจของผู้ว่าราชการจังหวัดโดยเฉพาะ เพราะผู้ว่าราชการจังหวัดยังต้องรับผิดชอบในการมอบอำนาจนั้นต่อไปตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ทั้งนี้ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมอบอำนาจจากราชการส่วนกลางไปยังราชการส่วนภูมิภาค (เรื่องเสร็จที่121 /2536)

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับการอ้างมาตรา 38(13) เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 โดยที่เนื้อหาของมาตรา 38(13)บัญญัติว่า“ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นนอกจาก (1) ถึง (12) อาจมอบอำนาจให้บุคคลอื่นได้ ตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนด” ซึ่งเป็นการเปิดช่องให้คณะรัฐมนตรีสามารถออกระเบียบกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นนอกจากที่กำหนดไว้แล้วตาม มาตรา 38 สามารถมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนได้ แต่เมื่อพิจารณาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับนี้แล้วจะเห็นได้ว่ามิได้มีเนื้อหาเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจของตำแหน่งใดเพิ่มเติม แต่เป็นการวางหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมอบอำนาจให้ผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติ ดังนั้น การที่ระเบียบฉบับนี้อ้างมาตรา 38(13) เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกระเบียบด้วยมาตราหนึ่ง จึงไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนัก นอกจากนี้เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับเดิม มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่ 1 การจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง หมวด 2 การจัดระเบียบบริหารราชการในกระทรวงหรือทบวง โดยในมาตรา 21 บัญญัติให้ภายในกระทรวงหนึ่งสามารถออกกฎกระทรวงกำหนดโครงสร้างของหน่วยงานเป็นกลุ่มภารกิจ ซึ่งประกอบด้วยส่วนราชการระดับกรมตั้งแต่สองส่วนราชการขึ้นไปที่มีลักษณะงานที่ต้อง

ปฏิบัติคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้ได้มีการอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 วรรคสาม และวรรคหก ออกกฎกระทรวงว่าด้วยกลุ่มภารกิจ พ.ศ. 2545 ซึ่งในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวหมวด 5 การปฏิบัติราชการแทน ข้อ 29 และข้อ 30 ได้กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจของรัฐมนตรีให้หัวหน้ากลุ่มภารกิจปฏิบัติราชการแทน และการมอบอำนาจของหัวหน้ากลุ่มภารกิจให้อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าซึ่งอยู่ในกลุ่มภารกิจเดียวกันหรือผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทน ในการแก้ไขครั้งเดียวกันยังมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่ 1 การจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง เป็นหมวดที่ 7 ว่าด้วยการบริหารราชการในต่างประเทศ โดยในมาตรา 50/2 มาตรา 50/5 และมาตรา 50/6 บัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวง ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า ให้หัวหน้าคณะผู้แทน⁵³ ปฏิบัติราชการแทน และการมอบอำนาจของหัวหน้าคณะผู้แทนให้กับบุคคลในคณะผู้แทนปฏิบัติราชการแทน ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับมอบอำนาจทั้งกรณีของหัวหน้ากลุ่มภารกิจ และหัวหน้าคณะผู้แทนมิได้อาศัยช่องทางตามมาตรา 38(13) แต่อย่างใด

โดยสรุป จากที่อธิบายมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การมอบอำนาจทางปกครองเป็นการกระทำที่มีพื้นฐานเกี่ยวกับอิสระในการตัดสินใจของผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายเป็นสาระสำคัญ การที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 กำหนดในลักษณะบังคับให้องค์กรผู้มีอำนาจตามกฎหมายต้องมอบอำนาจให้บุคคลอื่นกระทำการแทน บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงถือเป็นสิ่งประดิษฐ์ทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นโดยมุ่งถึงสัมฤทธิ์ผลทางนโยบายเพียงอย่างเดียว หากแต่มีได้ไยดีต่อหลักการอันเป็นเหตุผลของเรื่องแต่อย่างใด

⁵³ ความหมายของ “หัวหน้าคณะผู้แทน” ดูเชิงอรรถที่ 17 ของบทที่ 2.