

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครองในระบบกฎหมายโดยสรุป

แม้จะเป็นที่เข้าใจกันว่า โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในกรณีต่างๆตามกฎหมายพึงใช้อำนาจที่กฎหมายมอบให้ด้วยตนเอง แต่อย่างไรก็ตามด้วยเหตุผลความจำเป็นในแง่มุมต่างๆทำให้มีการพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งโอนอำนาจของตนที่มีอยู่ตามกฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแทน

ในระบบกฎหมายไทยมีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครองไว้ปรากฏทั้งตามกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจในเรื่องต่างๆ และยังมีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการทั่วไป ทั้งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจสำหรับราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และตามบทบัญญัติว่าด้วยการมอบอำนาจในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ อันถือเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจสำหรับราชการบริหารส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท ซึ่งในกรณีเช่นนี้การปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงก็ยังคงยึดถือตามหลักเกณฑ์ในการใช้และการตีความกฎหมายที่ว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมมาก่อนกฎหมายทั่วไป” (lex specialis derogat legi generali) อย่างไรก็ตามหากปรากฏว่ากฎหมายฉบับที่ให้อำนาจซึ่งบัญญัติถึงการมอบอำนาจไว้โดยเฉพาะไม่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการมอบอำนาจในทางปกครอง กล่าวคือเพียงแต่กำหนดให้สามารถมอบอำนาจได้ไว้โดยชัดแจ้งแต่กฎหมายดังกล่าวมิได้ระบุถึงบุคคลที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจ พร้อมทั้งมิได้กำหนดแบบของการมอบอำนาจไว้ด้วย ในกรณีเช่นนี้การปรับใช้กฎหมายย่อมต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจเป็นการทั่วไปมาพิจารณาประกอบด้วย คือย่อมสามารถมอบอำนาจให้ได้แต่เฉพาะบุคคลตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้เท่านั้นและแบบในการมอบอำนาจต้องเป็นไปตามที่กฎหมายนี้กำหนดไว้ด้วย

แม้การมอบอำนาจทางปกครองจะเป็นเทคนิคทางกฎหมายที่มีการนำมาใช้อย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายไทย แต่จากการศึกษาพบว่า การมอบอำนาจทางปกครองในระบบกฎหมายไทยยังคงดำเนินไปพร้อมกับปัญหาในทางกฎหมายมากมายหลายประการ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้หยิบยกปัญหาเหล่านั้นบางปัญหามาเป็นวัตถุในการศึกษา ซึ่งได้จัดกลุ่มประเภทของปัญหาโดยอาศัยการมอบอำนาจทางปกครองที่เสร็จสมบูรณ์เป็นเกณฑ์ในการจำแนก เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการมอบอำนาจและปัญหาเกี่ยวกับผลของการมอบอำนาจ ดังนี้

ปัญหาในขั้นตอนของการมอบอำนาจปัญหาแรกคือปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดให้มอบอำนาจโดย“กฎ” ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจต้องเป็นกฎเกณฑ์ในลำดับศักดิ์เดียวกับกฎเกณฑ์อันเป็นที่มาของอำนาจ เนื่องจากบทบัญญัติที่อนุญาตให้มอบอำนาจซึ่งบัญญัติถึงการดำเนินการที่สามารถก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงขององค์กรผู้ใช้อำนาจสมควรได้รับการพิจารณาจากองค์กรผู้ตรากฎเกณฑ์อันเป็นบ่อเกิดของอำนาจในเรื่องนั้น ดังนั้นในกรณีที่กฎเกณฑ์ในรูปของกฎกำหนดถึงการมอบอำนาจอันมีที่มาจากกฎนั่นเอง ย่อมเป็นเรื่องที่มีความเหมาะสมดีแล้ว แต่จากการศึกษาพบว่าในระบบกฎหมายไทยมีบางกรณีที่บทบัญญัติในรูปของกฎกำหนดถึงการมอบอำนาจอันมีบ่อเกิดมาจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยหลักการตามที่ได้อธิบายมา

ในระบบกฎหมายไทยนั้น เทคนิคทางกฎหมายเรื่องการมอบอำนาจทางปกครองนอกจากจะถูกนำมาใช้ในการกระจ่ายงานขององค์กรทางปกครองที่เป็นองค์กรเดี่ยวแล้ว ในหลายกรณีเทคนิคดังกล่าวถูกนำมาใช้กับองค์กรกลุ่มด้วย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการมอบอำนาจเป็นสิ่งที่สามารถปรับใช้ได้กับกรณีที่องค์กรผู้มอบอำนาจเป็นองค์กรทางปกครองชนิดองค์กรเดี่ยวเท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้กับกรณีที่ผู้มอบอำนาจเป็นองค์กรกลุ่มได้ ทั้งนี้ด้วยเมื่อกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นขององค์กรกลุ่ม ผู้ร่างกฎหมายย่อมพึงเล็งถึงการตัดสินใจใช้อำนาจที่ผ่านการปรึกษาหารือซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะขององค์กรกลุ่มที่มีความแตกต่างกับกระบวนการใช้อำนาจขององค์กรเดี่ยว โดยในการสร้างกระบวนการปรึกษาหารือซึ่งเป็นฐานของการตัดสินใจใช้อำนาจนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะพิจารณาถึงตัวบุคคลหรือตำแหน่งที่จะเป็นผู้ร่วมปรึกษาหารือด้วยในขณะเดียวกัน และย่อมประสงค์ให้การอภิปรายถกเถียงแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตัดสินใจถูกกระทำโดยบุคคลหรือตำแหน่งที่ตนได้ระบุในบทบัญญัติอันเป็นฐานที่มาของอำนาจในเรื่องนั้นเท่านั้น ดังนั้นการมอบอำนาจตามกฎหมายในเรื่องใดๆขององค์กรกลุ่มให้องค์กรทางปกครององค์กรอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนจึงไม่อาจกระทำได้ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้รับมอบอำนาจนั้นจะเป็นองค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่มก็ตาม ยิ่งกว่านั้นเมื่อศึกษาถึงองค์ประกอบขององค์กรกลุ่มหรือตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539เรียกว่า“คณะกรรมการ” ตามกฎหมายฉบับต่างๆ แล้วพบว่าส่วนหนึ่งขององค์ประกอบจะประกอบด้วยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งการแต่งตั้งกรรมการประเภทนี้เป็นการพิจารณาจากความรู้ความสามารถเฉพาะตัวของบุคคลนั้นๆว่ามีความเชี่ยวชาญในศาสตร์ที่เกี่ยวพันกับการใช้อำนาจในเรื่องนั้น ด้วยกระบวนการมอบอำนาจย่อมทำให้การใช้อำนาจไม่ได้ผ่านการพิจารณาของบุคคลหรือตำแหน่งดังกล่าว อันไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและเหตุผลของเรื่องแต่อย่างใด

ในกรณีเกี่ยวกับการบังคับให้มอบอำนาจ บทบัญญัติที่มีลักษณะเช่นนี้ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลใดก็ตาม ย่อมไม่สอดคล้องกับพื้นฐานความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจทางปกครองที่จะต้องเป็นเรื่องที่องค์กรผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นๆจะพิจารณาตัดสินใจนำกระบวนการทางกฎหมายนี้มาใช้ตามความเหมาะสมของแต่ละกรณี อีสาระในการตัดสินใจของผู้มอบอำนาจในลักษณะเช่นนี้เกี่ยวโยงถึงฐานะของผู้มอบอำนาจซึ่งโดยหลักเป็นผู้บังคับบัญชา ที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกระจายงานให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนรับมอบไปปฏิบัติในแต่ละกรณีด้วย นอกจากนี้การบังคับให้มอบอำนาจยังเป็นสิ่งที่ขาดเหตุผล เนื่องจากหากกฎหมายประสงค์จะบังคับให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายต้องมอบอำนาจให้บุคคลอื่นใช้อำนาจแทนในทุกกรณีแล้ว การบัญญัติให้บุคคลที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจในกรณีดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจเสียเองในชั้นแรกก็เป็นสิ่งที่สามารถทำได้ ทั้งยังก่อให้เกิดความสะดวกยิ่งกว่าด้วย เพราะในทันทีที่กฎหมายประกาศใช้บังคับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวย่อมอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจสามารถใช้อำนาจในเรื่องนั้นกระทำการตามกฎหมายได้ทันที ไม่จำเป็นต้องรอให้มีการมอบอำนาจแก่ตนอีกชั้นหนึ่งแต่อย่างใด

ปัญหาในกลุ่มที่สองคือปัญหาเกี่ยวกับผลจากการมอบอำนาจ ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อการมอบอำนาจให้กระทำการแทนได้กระทำลงโดยสมบูรณ์แล้ว โดยปัญหาประการแรกได้แก่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของผู้มอบอำนาจภายหลังการมอบอำนาจ ซึ่งสรุปได้ว่าเมื่อมีการมอบอำนาจโดยสมบูรณ์ ผลที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายคือผู้มอบอำนาจไม่อาจใช้อำนาจในเรื่องนั้นควบคู่ไปกับผู้รับมอบอำนาจได้ โดยผู้มอบอำนาจจะสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้อีกต่อเมื่อการมอบอำนาจนั้นสิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ การยึดถือแนวทางเช่นนี้ย่อมป้องกันความสับสนคลั่งงุนที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจซ้ำซ้อนกันระหว่างผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ ส่งผลให้เกิดเอกภาพในระบบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามก็ดีด้วยฐานะความเป็นผู้บังคับบัญชาผู้มอบอำนาจยังคงสามารถใช้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาที่มีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชา ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนความเหมาะสมของการกระทำทางปกครองที่กระทำโดยผู้รับมอบอำนาจซึ่งอาศัยอำนาจที่ได้มีการมอบกันเป็นฐานของการกระทำก็ได้

ในเรื่องความรับผิดชอบที่เกิดจากการใช้อำนาจ ในส่วนความรับผิดชอบของผู้มอบอำนาจนั้นเนื่องจากผลจากการมอบอำนาจทางปกครองย่อมทำให้ผู้รับมอบอำนาจได้ไปซึ่งอำนาจของผู้มอบอำนาจและทำการพิจารณาใช้อำนาจนั้นในนามของตนเองมิได้กระทำการในฐานะเป็นตัวแทนหรือในนามของผู้มอบอำนาจ ด้วยลักษณะเช่นนี้ย่อมส่งผลให้ความรับผิดชอบของผู้มอบอำนาจทางปกครองมีลักษณะที่แตกต่างกับความรับผิดชอบของตัวการหรือผู้มอบอำนาจทางแพ่งที่ต้องผูกพันรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับมอบอำนาจหรือตัวแทนต่อบุคคลภายนอก กล่าวคือองค์กรผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เป็นผู้มอบอำนาจ ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้รับมอบอำนาจด้วยฐานะความเป็นผู้มอบ

อำนาจแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในฐานะผู้บังคับบัญชาของบุคคลดังกล่าวผู้มอบอำนาจอาจต้องรับผิดชอบปรากฏว่าตนตัดสินใจผิดพลาดในการพิจารณามอบอำนาจ และยังคงต้องรับผิดชอบต่อผลจากการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งตนสามารถอาศัยอำนาจควบคุมบังคับบัญชาที่มีอยู่เข้าแทรกแซงเพื่อถ่วงดุลการกระทำทางปกครองของผู้รับมอบอำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายได้ การรับผิดชอบในทั้งสองกรณีของผู้มอบอำนาจเป็นการรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง มิใช่การรับผิดชอบในการกระทำของผู้รับมอบอำนาจแต่อย่างใด สำหรับความรับผิดชอบของผู้รับมอบอำนาจนั้น ผู้รับมอบอำนาจย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนได้ใช้อำนาจนั้นเพราะการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการกระทำในนามของตัวผู้รับมอบอำนาจเอง และในแง่ของความสมเหตุสมผลหากผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาโดยที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ย่อมทำให้เกิดสภาพของการใช้อำนาจที่ขาดการเอาใจใส่และการพิถีพิถันหรืออย่างถ้อยอื่นจะส่งผลเสียต่อระบบบริการสาธารณะได้ อนึ่ง การพิจารณาถึงความรับผิดชอบของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจเหล่านี้เป็นเพียงการวิเคราะห์ถึงโอกาสในการที่บุคคลดังกล่าวจะมีความรับผิดชอบในระบบกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ถึงที่สุดการจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ย่อมต้องอาศัยหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองมาพิจารณาควบคู่ไปด้วย

ปัญหาประการสุดท้ายในเรื่องการอุทธรณ์กรณีมีการมอบอำนาจให้กระทำการแทนนั้น บุคคลที่สมควรเป็น“เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง” ที่จะต้องรับคำอุทธรณ์จากคู่กรณีและทำการพิจารณาในขั้นแรกคือผู้รับมอบอำนาจ ด้วยเหตุผลสำคัญคือดังได้กล่าวมาแล้วว่าการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจเป็นการใช้ในนามตนเองมิใช่การกระทำในฐานะแทนผู้มอบอำนาจ นอกจากนี้เมื่อผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้ออกคำสั่งเอง ก็ย่อมมีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานในการออกคำสั่งดีกว่าผู้มอบอำนาจ จึงเหมาะสมที่จะเป็นผู้พิจารณามากกว่า ส่วน“ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์” ซึ่งเป็นองค์กรผู้พิจารณาในขั้นที่สองนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังคงเป็นองค์กรเดียวกับการอุทธรณ์ในกรณีปกติที่ไม่มีการมอบอำนาจให้กระทำการแทน เนื่องจากการที่บทกฎหมายกำหนดให้อำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นขององค์กรใด ย่อมมีผลเป็นการกำหนดผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องนั้นด้วยโดยปริยาย การมอบอำนาจซึ่งเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นระหว่างผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจเท่านั้นไม่ควรจะมีผลเปลี่ยนแปลงบุคคลผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วได้

2. ข้อเสนอแนะบางประการ

มีข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวกับปัญหาการมอบอำนาจทางปกครองแต่ละกรณีดังต่อไปนี้ ในส่วนของปัญหาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการมอบอำนาจซึ่งประกอบด้วยปัญหาเรื่องการกำหนดให้มอบอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติโดย“กฎ” การมอบอำนาจขององค์กรกลุ่ม และการบังคับให้มอบอำนาจ ซึ่งล้วนแต่เป็นปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย จึงสมควรดำเนินการยกเลิกบทบัญญัติเหล่านี้ เนื่องจากมีลักษณะไม่สอดคล้องกับหลักการในทางกฎหมายตามที่ได้อธิบายมาแล้วในส่วนสรุป อนึ่ง มีข้อสังเกตด้วยว่าการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีต่างๆ นั้น แม้จะมีความมุ่งหมายให้เกิดผลสำเร็จต่อวัตถุประสงค์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง องค์กรผู้บัญญัติก็ไม่ควรละเลยต่อทฤษฎีที่เป็นรากฐาน เป็นความคิดที่ผิดที่คิดว่าทฤษฎีเป็นของไม่จำเป็น เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายโดยละเลยต่อทฤษฎีจะทำให้ผู้ปฏิบัติที่ต้องปรับใช้กฎหมายปราศจากสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักคิดในการตีความกรณีที่เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับผลจากการมอบอำนาจไม่ว่าจะเป็นเรื่องอำนาจของผู้มอบอำนาจ ภายหลังจากที่ได้มอบอำนาจแล้ว ความรับผิดชอบของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจอันเกิดจากกระบวนการใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยมิชอบ ตลอดจนประเด็นเรื่ององค์กรผู้พิจารณาอุทธรณ์เมื่อมีการมอบอำนาจให้กระทำการแทนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นปัญหาเหล่านี้มิใช่ปัญหาอันเกิดจากตัวบทบัญญัติ แต่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้และตีความกฎหมายซึ่งในระบบกฎหมายไทย บางกรณียังคงเป็นไปโดยขาดความเชื่อมโยงกับทฤษฎีทางกฎหมายมหาชน การแก้ไขสามารถทำได้ด้วยการพัฒนาเสริมสร้างองค์ความรู้ด้านกฎหมายมหาชนแก่องค์กรฝ่ายปกครองในภาคส่วนต่างๆ ให้มีมากเพียงพอที่จะปรับใช้และตีความบทบัญญัติให้เป็นไปโดยถูกต้องสอดคล้องกับแนวความคิดในกฎหมายดังกล่าวซึ่งมีความแตกต่างกับแนวความคิดของกฎหมายเอกชน

หมายเหตุ : เนื่องจากปัจจุบันได้มีการออกพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550¹ แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 โดยในมาตรา 4 และมาตรา 5 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้ยกเลิกความในมาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และให้ใช้ความตามกฎหมายฉบับนี้แทน จึงสมควรกล่าวถึงกฎหมายที่แก้ไขใหม่พอสังเขป ดังนี้

“มาตรา 38 อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือ

¹ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 55 ก วันที่ 15 กันยายน 2550.

คำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกัน หรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งอาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ตลอดจนการมอบอำนาจให้ทำนิติกรรมสัญญา ฟ้องคดีและดำเนินคดี หรือกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ หรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจหรือที่ผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติก็ได้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีเช่นนั้นให้ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวมีอำนาจมอบอำนาจให้ข้าราชการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาและผู้ว่าราชการจังหวัดได้ตามที่เห็นสมควร หรือตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดในกรณีมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจมอบอำนาจได้ต่อไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ผู้มอบอำนาจกำหนด

ในกรณีตามวรรคสาม เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนจะตราพระราชกฤษฎีกากำหนดรายชื่อกฎหมายที่ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวอาจมอบอำนาจตามวรรคหนึ่งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็ได้

การมอบอำนาจให้ทำเป็นหนังสือ”

ในส่วนของมาตรา 38 ที่แก้ไขใหม่นั้น ได้ลดความเคร่งครัดของหลักเกณฑ์การมอบอำนาจตามบทบัญญัติในมาตรา 38 เดิมลงอย่างมาก กล่าวคือ ถ้อยคำในบทบัญญัติใหม่ระบุถึงตัวผู้รับมอบอำนาจไว้แต่เพียงกว้างๆว่า “...อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้...” ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในส่วนรายละเอียดให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกา ซึ่งขณะนี้ (13 ตุลาคม 2550) ยังไม่มีการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวออกมาบังคับใช้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในเบื้องต้นหากพิจารณาเฉพาะเนื้อหาของกฎหมายแม่บท ผู้เขียนเห็นว่าอาจตั้งข้อสังเกตต่อบทบัญญัติดังกล่าวในกรณีของการมอบอำนาจข้ามส่วนราชการซึ่งเป็นแนวคิดที่เพิ่มเข้ามาในกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ โดยมีประเด็นเกี่ยวกับฐานะของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจที่มีได้มีความสัมพันธ์ระหว่างกันในรูปแบบผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา อันจะส่งผลให้ผู้มอบอำนาจไม่อาจใช้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาแทรกแซงกระบวนการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจได้ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้จึงขาดความเชื่อมโยงกับหลักในทางทฤษฎีของการมอบอำนาจทางปกครองที่เป็นเครื่องมือในการ

กระจายงานของผู้บังคับบัญชาให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นปัญหาเช่นเดียวกับการมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งในราชการบริหารส่วนกลางให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดตามที่อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 4.1.2

ในส่วนของความในวรรคสองที่ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ซึ่งมีเนื้อหาทำนองเดียวกับบทบัญญัติในมาตรา 38 เดิม วรรคท้ายที่มีการบัญญัติเพิ่มเติมเข้ามาโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 เพียงแต่มีการปรับเปลี่ยนจากเดิมที่ให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะกำหนดมาเป็นการกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกานั้น บทบัญญัติในส่วนนี้ย่อมขัดกับพื้นฐานของการมอบอำนาจทางปกครองที่ต้องเป็นเรื่องอิสระในการตัดสินใจมอบอำนาจขององค์กรผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย เช่นเดียวกันกับวรรคท้ายของมาตรา 38 เดิม

“มาตรา 39 เมื่อมีการมอบอำนาจแล้ว ผู้รับมอบอำนาจมีหน้าที่ต้องรับมอบอำนาจนั้น โดยผู้มอบอำนาจจะกำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนต่อไป โดยจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจนั้นไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่ในกรณีการมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดคณะรัฐมนตรีจะกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องมอบอำนาจต่อไปให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัดหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในจังหวัดก็ได้”

บทบัญญัติในมาตรา 39 ที่แก้ไขใหม่ มีการเปลี่ยนแปลงหลักการที่สำคัญในเรื่องการมอบอำนาจต่อ จากเดิมที่กำหนดให้เฉพาะผู้ว่าราชการจังหวัดเท่านั้น ที่สามารถมอบอำนาจที่ได้รับมอบมาจากผู้ดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปได้ ซึ่งตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่มีผลให้ผู้รับมอบอำนาจในทุกกรณีอาจมอบอำนาจที่ได้รับมอบมานั้นต่อไปได้ โดยกฎหมายให้เป็นอำนาจของผู้มอบอำนาจหรือคณะรัฐมนตรีในกรณีผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะกำหนดให้ทำเช่นนั้น ทั้งนี้คงเป็นด้วยเหตุที่ต้องการให้การบริการประชาชนมีความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น และดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 2.2.2 ว่าเมื่อผู้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจในเรื่องใดมา โดยหลักบุคคลดังกล่าวไม่สามารถมอบอำนาจนั้นต่อไปให้บุคคลอื่นได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายอนุญาตไว้ให้กระทำเช่นนั้นได้ ดังนั้นเมื่อกฎหมายที่แก้ไขระบุให้สามารถมอบอำนาจต่อไปได้โดยชัดแจ้งเช่นนี้แล้ว การมอบอำนาจต่อย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่มีปัญหา อย่างไรก็ตาม การบัญญัติให้ผู้มอบอำนาจชั้นต้นหรือคณะรัฐมนตรีกรณีผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้ว่าราชการจังหวัด มีอำนาจกำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจมอบอำนาจต่อไปให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ขัดกับหลักพื้นฐานของการมอบอำนาจทางปกครองที่ผู้มอบอำนาจสามารถพิจารณาตัดสินใจมอบอำนาจในกรณีใดกรณีหนึ่งได้อย่างอิสระ ถึงแม้การบังคับให้มอบอำนาจจะเป็นการกำหนดโดยผู้มอบอำนาจชั้นต้น ซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจ

ดั้งเดิมตามกฎหมาย (เว้นแต่กรณีผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้ว่าราชการจังหวัดที่เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี) แต่เมื่อมีการมอบอำนาจแล้วผู้รับมอบอำนาจย่อมใช้อำนาจนั้นในนามของตนเองคือมีดุลพินิจตัดสินใจใช้อำนาจโดยอิสระซึ่งย่อมจะต้องรวมถึงการมีอิสระที่จะพิจารณามอบอำนาจให้ผู้อื่นต่อไปด้วย

“มาตรา 40 ในการมอบอำนาจ ให้ผู้มอบอำนาจพิจารณาถึงการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ การกระจายความรับผิดชอบตามสภาพของตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจดังกล่าว

เมื่อได้มอบอำนาจแล้ว ผู้มอบอำนาจมีหน้าที่กำกับดูแลและติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ และให้มีอำนาจแนะนำหรือแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจได้”

บทบัญญัติมาตรา 40 ที่แก้ไขใหม่ เป็นการแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 38 และมาตรา 39 ที่แก้ไขใหม่เท่านั้น โดยภาพรวมไม่มีการเปลี่ยนแปลงสาระของมาตรา 40 เดิม แต่ประการใด