

บทที่ 2

แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับอำนาจทางปกครอง

การมอบอำนาจเป็นกลไกสำคัญของฝ่ายปกครองที่ใช้ในการบริหารราชการ หรือ การจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยที่การบริหารราชการของรัฐเสรีประชาธิปไตยหรือรัฐสมัยใหม่จะวางอยู่บนพื้นฐานของหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่เมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญมากขึ้นทำให้ภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายมีมากขึ้นตามไปด้วย การที่จะให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายเป็นผู้ใช้อำนาจโดยตนเองแต่เพียงคนเดียวไม่อาจจะรับผิดชอบงานต่างๆ ได้ทั้งหมด จึงจำเป็นต้องเปิดโอกาสให้มีการมอบอำนาจกันได้เพื่อแบ่งเบาภาระของผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้การบริหารราชการหรือการจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ในการศึกษาถึงหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงหลักการจัดระเบียบบริหารราชการอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในทางปกครอง แนวความคิดว่าด้วยภารกิจของรัฐซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในทางปกครอง และการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง รวมถึงหลักการที่ใช้ในการควบคุมดูแลส่วนราชการตามหลักการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งได้แก่ หลักอำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแล แล้วจึงจะได้ศึกษาถึงความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นถึงหลักการและแนวความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจของประเทศไทยและต่างประเทศ

2.1 ลักษณะของการใช้อำนาจในฝ่ายบริหาร

การที่รัฐจะดำเนินภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งหลายให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และมีประสิทธิภาพ เพื่อความมั่นคงปลอดภัย ความผาสุกในชีวิต ความเป็นอยู่ของ

ประชาชน และความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้น รัฐจำเป็นต้องมีการจัดองค์กร และกลไกของรัฐ เพื่อดำเนินภารกิจดังกล่าวให้สำเร็จลุล่วง ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครอง เรียกว่า การจัดระเบียบ บริหารราชการ อันเป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่และจัดระเบียบความสัมพันธ์ระหว่าง องค์กรของรัฐ โดยหลักในการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่างๆ มี หลักการที่สำคัญอยู่ 2 หลักการด้วยกัน คือ หลักการรวมอำนาจปกครอง (Centralization) และ หลักการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization) ซึ่งมีรายละเอียดที่สำคัญ ดังนี้¹

2.1.1 หลักการรวมอำนาจปกครอง (Centralization)

หลักการรวมอำนาจปกครองเป็นหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารราชการโดยการ มอบอำนาจในการปกครองให้แก่ราชการบริหารส่วนกลาง คือ การจัดระเบียบการปกครองภายใน รัฐ โดยให้รัฐแต่ผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชน ทั่วทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ โดยรวมอำนาจในการตัดสินใจ การวินิจฉัยสั่งการเป็นยุติเด็ดขาด อยู่ที่ผู้ปกครองรัฐหรือรัฐบาล² และกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ในฐานะเป็นศูนย์กลางในการ ปกครอง ซึ่งตามกฎหมายปกครองไทย เรียกว่า ราชการบริหารส่วนกลาง โดยเจ้าหน้าที่หรือ ข้าราชการในราชการบริหารส่วนกลางซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของหัวหน้าส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินการ ปกครองทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ³ มีการรวมอำนาจปกครองทั้งหมดไว้ที่ส่วนกลาง และการ ใช้อำนาจปกครองกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางทั้งสิ้น โดยหลักการรวมอำนาจ ปกครองจำแนกออกได้เป็น 2 หลักการย่อย ดังนี้

2.1.1.1 หลักการรวมศูนย์อำนาจปกครอง (Concentration)

เป็นหลักที่วางระเบียบราชการบริหาร โดยมอบอำนาจในการปกครองให้แก่ราชการ บริหารส่วนกลาง อันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม และมีเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางซึ่ง

¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:เอ็กซ์เปอร์เน็ท, 2550), น. 21.

² Charles Eisenmann, *Centralisation et Decentralisation Esquisse d'une Theorie Generale* (Paris: L.G.D.J., 1948), p. 70, เพ็งอ๊วง, น.22.

³ วิจารณ์ วังตาล, “วิเคราะห์กฎหมายปกครองท้องถิ่นไทยในรูปแบบสุขาภิบาล,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น. 6-11.

ขึ้นต่อกันตามลำดับชั้นการบังคับบัญชาเป็นผู้ดำเนินการปกครองตลอดทั้งอาณาเขตของประเทศ กล่าวโดยย่อก็คือ มีการรวมอำนาจปกครองทั้งหมดไว้ในส่วนกลาง และการใช้อำนาจปกครองกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางทั้งสิ้น ไม่มีการมอบอำนาจการตัดสินใจบางระดับบางเรื่องไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางที่ถูกส่งออกไปประจำอยู่ในส่วนภูมิภาค⁴

ก. ลักษณะสำคัญของหลักการรวมอำนาจปกครอง มีดังต่อไปนี้

1) มีการรวมกำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลางประเทศที่จัดระเบียบราชการบริหาร โดยถือหลักการรวมอำนาจปกครองย่อมไม่ปล่อยให้กำลังทหารส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อราชการบริหารส่วนกลาง รวมทั้งกำลังตำรวจซึ่งเป็นกำลังฝ่ายพลเรือนก็ต้องอยู่ในอำนาจควบคุมบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลางเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพราะกำลังทหารมีความสำคัญและจำเป็นต้องปกป้องคุ้มครองเอกราช และอธิปไตยของรัฐให้พ้นจากการรุกรานจากประเทศอื่น และกำลังตำรวจก็จำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยและปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้น หากปล่อยให้กองกำลังเหล่านี้ขึ้นกับท้องถิ่นต่างๆ อย่างอิสระ ย่อมเสี่ยงต่อการแตกแยกของรัฐ อีกทั้งยังไม่สะดวกในการระดมกำลังในกรณีที่ต้องใช้กำลังบังคับ ดังนั้น การที่จะรวมอำนาจปกครองไว้ที่ส่วนกลางได้จำเป็นต้องมีการรวมกำลังเหล่านี้ให้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของส่วนกลางเท่านั้น เพื่อสามารถใช้กำลังบังคับได้อย่างเด็ดขาดและฉับพลัน เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อความปลอดภัยของรัฐเอง

2) มีการรวมอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลางลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักการรวมอำนาจปกครองก็คือ การมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการขั้นที่สุดให้แก่ราชการบริหารส่วนกลาง กล่าวคือ ให้องค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งได้แก่ กระทรวง ทบวง กรมต่างๆ มีอำนาจสั่งการได้ทั่วทั้งอาณาเขตของประเทศ อำนาจวินิจฉัยสั่งการนี้ย่อมมีอยู่ทั้งส่วนกลาง และในส่วนภูมิภาคเจ้าหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ทั้งที่ประจำอยู่ในส่วนกลาง และที่ส่งไป

⁴ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), น. 174-176.

ประจำในส่วนภูมิภาคต้องปฏิบัติตามคำสั่งของราชการบริหารส่วนกลาง ทั้งนี้ เพราะผู้บังคับบัญชาสูงสุดในองค์การปกครองส่วนกลาง มีเขตอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบครอบคลุมต่อผลดี ผลเสียที่เกิดจากการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา

3) ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ เป็นไปตามระบบการบังคับบัญชา (Hierarchy) ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักการรวมอำนาจปกครองก็คือ การติดต่อสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการปกครองต่างๆ ตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา กล่าวคือ เจ้าหน้าที่รัฐมีตำแหน่งสูงต่ำขึ้นต่อกันเป็นลำดับชั้นโดยองค์การเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งสูงกว่ามีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชา และต้องรับผิดชอบการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาที่กระทำภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ที่ได้มอบหมาย ส่วนองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีตำแหน่งต่ำกว่ามีฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชา ตามลำดับชั้น ไปยุติเด็ดขาดอยู่ที่ส่วนกลาง หากมีการฝ่าฝืนคำสั่งจะต้องถูกลงโทษทางวินัย โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และตามที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่าเหมาะสมในขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั่นเอง

อำนาจของผู้บังคับบัญชานั้นอาจจำแนกได้ 4 ประการ คือ อำนาจที่จะออกคำสั่งให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ อำนาจควบคุมกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ อำนาจที่จะลงโทษทางวินัยแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา และอำนาจที่จะให้บำเหน็จความดีความชอบแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา

ส่วนผู้อยู่ใต้บังคับบัญชานั้นต้องอยู่ใต้อำนาจของผู้บังคับบัญชาอย่างเต็มที่ตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา ตั้งแต่เจ้าหน้าที่ผู้มีตำแหน่งต่ำ คือ เสมียนพนักงานขึ้นไปถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ซึ่งอยู่ในระดับสูงสุดของกระทรวง

ลำดับชั้นการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ที่มีความสำคัญมากในการรวมอำนาจการปกครองเข้าไว้ในส่วนกลาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับเจ้าหน้าที่ซึ่งส่งไปประจำปฏิบัติการตามเขตการปกครองต่างๆ ในส่วนภูมิภาค และทำให้เกิดผลสำคัญหลายประการ คือ การแต่งตั้งและการถอดถอนเจ้าหน้าที่เป็นอำนาจของราชการบริหารส่วนกลาง มิได้เป็นผู้ที่ได้รับเลือกตั้งจากราษฎร และการใช้อำนาจบังคับบัญชานั้นอาจใช้เพื่อสั่งการ อนุมัติ สั่งระงับ เพิกถอนหรือแก้ไขการกระทำต่างๆ ของเจ้าหน้าที่ขัดต่อกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนเท่านั้น แต่ยังอาจใช้ได้แม้ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชา

เห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ดีพอ ไม่เหมาะสมหรือไม่ตรงต่อนโยบายอีกด้วย นอกจากนี้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่างๆ มีส่วนลดหลั่นกันตามขีดชั้นแห่งความรับผิดชอบ จึงทำให้การสั่งการมีผู้รับช่วงไปปฏิบัติเป็นทอดๆ ไป ทำให้เกิดผลทั่วทั้งประเทศ และยังมีวินัยบังคับมิให้ผู้อยู่ได้บังคับบัญชาทำการข้ามลำดับชั้นการบังคับบัญชา

ข. ข้อดีและข้อเสียของการรวมอำนาจปกครอง⁵

1. ข้อดีของหลักการรวมอำนาจปกครอง

(1) ทำให้อำนาจของรัฐบาลมั่นคงและแผ่ขยายไปทั่วทั้งอาณาเขตประเทศ เพราะได้มีการรวมกำลังและรวมอำนาจบังคับบัญชาไว้ในส่วนกลางทั้งหมด จึงอาจบันดาลให้คำสั่งเกิดผลได้โดยง่าย เนื่องจากมีผู้รับช่วงปฏิบัติตามคำสั่งตามลำดับชั้น และมีทางที่จะใช้กำลังบังคับได้เมื่อมีการฝ่าฝืน

(2) การรวมอำนาจปกครองเป็นวิธีการปกครองที่อำนวยความสะดวกแก่ราษฎรผู้อยู่ใต้การปกครองอย่างเสมอภาคกันทั่วทั้งประเทศ เป็นหลักการปกครองที่ไม่มีอคติ เพราะราชการบริหารส่วนกลางย่อมมุ่งที่จะทำประโยชน์ให้แก่ประเทศเป็นส่วนรวม มิได้มุ่งจะทำประโยชน์ให้แก่เฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งเท่านั้น และไม่มีการขัดแย้งกันทางการเมืองในการปกครองท้องถิ่นต่างๆ

(3) หลักการรวมอำนาจปกครองเป็นหลักการปกครองที่ประหยัดกว่าการกระจายอำนาจปกครอง เพราะมีเจ้าหน้าที่และเครื่องมือเครื่องใช้ที่มีประสิทธิภาพเป็นของส่วนกลางสำหรับใช้ในการดำเนินงานใหญ่ๆ ได้ทั่วประเทศ จึงอาจโยกย้ายหมุนเวียนไปใช้ในท้องถิ่นต่างๆ ได้ โดยไม่จำเป็นต้องสร้างเครื่องมือเครื่องใช้เป็นส่วนตัวๆ แยกกันเป็นส่วนๆ เหมือนกับองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นจึงทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายได้มาก และได้ผลงานที่เหนือกว่างานที่แยกทำเป็นรายท้องถิ่น เช่น การสร้างทาง ถ้ามีหน่วยงานและมีเครื่องมือขนาดใหญ่รวมเป็นหน่วยเดียวกันย่อมจะทำงานได้ดี และประหยัดกว่าหน่วยงานและเครื่องมือย่อยๆ แยกเป็นส่วนเล็กๆ แบบองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น

(4) หลักการรวมอำนาจปกครองทำให้เกิดเอกภาพในการปกครอง เนื่องจากอำนาจในการบังคับบัญชาและการสั่งการรวมอยู่ในศูนย์กลางเดียวกัน และราชการ บริหารส่วนกลางมี

⁵ ประยูร กาญจนกุล, *เพ็ญอ้าง*, น. 176-177.

เจ้าหน้าที่คอยปฏิบัติตามคำสั่งทั่วทุกหนทุกแห่งให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน การรักษาเอกภาพในทางปกครองนี้เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับประเทศที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

2. ข้อเสียของหลักการรวมอำนาจปกครอง⁶

(1) เมื่อฝ่ายปกครองขยายอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะมากประเภทขึ้น ย่อมไม่สามารถดำเนินกิจการให้ได้ผลดี และทั่วถึงทุกท้องถิ่นพร้อมกัน ข้อเสียนี้เป็นสาเหตุที่ทำให้มีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น เพื่อให้ช่วยจัดทำกิจการบางอย่างที่เกี่ยวกับประโยชน์ส่วนได้เสียเฉพาะท้องถิ่น โดยราชการบริหารส่วนกลางไม่ต้องจัดทำเอง

(2) ทำให้เกิดความล่าช้าในการวินิจฉัยสั่งการ ความล่าช้าเกี่ยวกับระเบียบแบบแผนของราชการ เนื่องจากการใช้หลักการรวมอำนาจปกครองมีลำดับชั้นการบังคับบัญชา จึงต้องมีการเสนอและสั่งการกันตามลำดับชั้น และมักจะมึระเบียบแบบแผนยุ่งยากทำให้เกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน

(3) ไม่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย การรวมอำนาจปกครองไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนในแต่ละท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในทางปกครองซึ่งขัดต่อระบอบประชาธิปไตยที่ยึดถือเอาความคิดเห็นของประชาชนส่วนใหญ่เป็นสำคัญ

(4) ไม่อาจสนองความต้องการของแต่ละท้องถิ่นได้อย่างแท้จริง ปัญหาและความต้องการของประชาชนในแต่ละท้องถิ่นต่างกัน ประชาชนในท้องถิ่นนั้นย่อมจะทราบปัญหาและความต้องการของตนได้ดีกว่าผู้บริหารซึ่งอยู่ในส่วนกลางซึ่งมักจะคิดเอาเองว่าท้องถิ่นต้องการอย่างนั้นอย่างนี้ ไม่อาจแก้ปัญหาของแต่ละท้องถิ่นได้อย่างถูกต้อง

2.1.1.2 หลักการแบ่งอำนาจ (Deconcentration)

หลักการแบ่งอำนาจปกครอง เป็นหลักการที่ราชการบริหารส่วนกลางมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้แทนของราชการบริหารส่วนกลางซึ่งส่งไปประจำปฏิบัติราชการตามเขตการปกครองต่างๆ ของประเทศ แต่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นยังคงเป็นผู้ที่ราชการบริหารส่วนกลางแต่งตั้งทั้งสิ้น และอยู่ในบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง ทั้งนี้ หลักการแบ่งอำนาจปกครองเกิดขึ้นเนื่องจากข้อขัดข้องของการรวมอำนาจปกครองเข้าไปในส่วนกลางที่ไม่

⁶ นัยนา เกิดวิชัย, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: โรงเรียนนายร้อยตำรวจ, 2541), น.15-16.

สามารถดำเนินกิจการให้ได้ผลดี และทั่วถึงทุกท้องถิ่นพร้อมกัน ประกอบกับหลักการรวมอำนาจปกครองมีลำดับชั้นการบังคับบัญชา ซึ่งต้องมีการเสนอและสั่งการกันตามลำดับชั้น และมักจะมีระเบียบแบบแผนยุ่งยาก ทำให้เกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน⁷

ก. หลักการแบ่งอำนาจปกครองประกอบด้วยลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้⁸

1) ต้องมีราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองทั่วประเทศโดยเป็นผู้จัดแบ่งอำนาจของตนไปให้แก่ส่วนภูมิภาค โดยการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่หรือข้าราชการของรัฐ ไปประจำทำงานในเขตพื้นที่ต่างๆ แทนรัฐบาลหรือแทนกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ไปบริหาร ณ เขตพื้นที่นั้นๆ ถ้าไม่มีราชการบริหารส่วนกลางที่เป็นเสมือนหนึ่งเจ้าของอำนาจ การแบ่งอำนาจก็จะมี

2) เจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติงานในพื้นที่ต่างๆ เป็นตัวแทนของหน่วยงานปกครองส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำพื้นที่ในส่วนต่างๆ ของประเทศ เช่น จังหวัด อำเภอซึ่งหน่วยงานปกครองส่วนกลางมีอำนาจแต่งตั้ง ถอดถอนและบังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ที่ออกไปบริหารในพื้นที่นั้นๆ ได้รับอำนาจในการใช้ดุลพินิจ (Discretionary Power) เพื่อให้การบริหารเกิดผลดีมีอำนาจในการแก้ไขปัญหาเพื่อความสะดวกรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

3) หน่วยงานปกครองส่วนกลางแบ่งอำนาจให้กับเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติงานอยู่ในพื้นที่ให้ดำเนินการเฉพาะบางเรื่องหรือตามขั้นตอน โดยคำนึงถึงเพียงใดสุดแต่ส่วนกลางจะเห็นสมควร และอำนาจที่แบ่งให้นี้จะมากน้อยและกว้างขวางเมื่อใดก็ได้ ทั้งนี้เป็นการบริหารภายใต้นโยบาย กฎหมาย ระเบียบ คำสั่งของรัฐบาล เพื่อสนองตอบต่อนโยบาย และเพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของรัฐและอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของรัฐบาลในการบริหารประเทศ

ข. ข้อดีและข้อเสียของการแบ่งอำนาจปกครอง

1. ข้อดีของหลักการแบ่งอำนาจปกครอง⁹

⁷ ประยูร กาญจนกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น.179-182.

⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น.26.

⁹ ประยูร กาญจนกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น.181-182.

(1) การใช้หลักนี้เป็นก้าวแรกที่จะนำไปสู่การกระจายอำนาจปกครอง กล่าวคือ เมื่อได้มอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้แก่ส่วนภูมิภาคมากขึ้น ก็เท่ากับมอบกิจการในการบริหารให้ส่วนภูมิภาคจัดทำได้เองในบางส่วน ฉะนั้น ถ้าจะเปลี่ยนจากการจัดระเบียบราชการ บริหารส่วนภูมิภาคไปเป็นการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจปกครองก็ย่อมที่จะทำได้ง่ายขึ้น โดยเปลี่ยนเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินงานจากเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นแล้วมอบกิจการให้ท้องถิ่นรับไปจัดทำเองในรูปองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ

(2) การแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาคทำให้งานการดำเนินไปรวดเร็วขึ้น เนื่องจากเจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ และจัดทำกิจการอันเป็นเรื่องธรรมดาสามัญได้โดยไม่ต้องเสนอขอคำสั่งจากส่วนกลางทุกเรื่องไป

(3) ในท้องที่ที่มีการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนภูมิภาคย่อมทำให้มีการติดต่อประสานงาน และควบคุมดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปอย่างใกล้ชิดขึ้น เพราะราชการบริหารส่วนกลางมีผู้แทนอยู่ในส่วนภูมิภาคที่จะคอยควบคุมดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในจังหวัดของตน ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นติดต่อกับราชการบริหารส่วนกลางได้สะดวกขึ้น โดยผ่านทางผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาค

(4) การจัดระเบียบราชการบริหารส่วนภูมิภาคตามหลักการแบ่งอำนาจปกครองมีประโยชน์และความจำเป็นมากสำหรับประเทศที่ราษฎรยังหย่อนความสามารถในการที่จะปกครองตนเอง ซึ่งถ้าจะมอบอำนาจให้ราษฎรในท้องถิ่นต่างๆ อาจจะยังไม่เหมาะสม

2. ข้อเสียของหลักการแบ่งอำนาจปกครอง

(1) เป็นอุปสรรคในการพัฒนาระบบประชาธิปไตย การที่ส่วนกลางต้องจัดส่งเจ้าหน้าที่ไปบริหารงานในแต่ละท้องถิ่น ย่อมแสดงให้เห็นว่าส่วนกลางยังไม่เชื่อในความสามารถของท้องถิ่นว่า จะสามารถบริหารงานหรือปกครองตนเองได้

(2) ก่อให้เกิดความล่าช้า ถ้าส่วนกลางแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิกำน้อย การบริหารก็จะยิ่งล่าช้าเพราะต้องเสียเวลาถึง 2 ระดับ คือ ระดับภูมิภาคและระดับส่วนกลาง ทำให้เกิดมีขั้นตอนเพิ่มมากยิ่งขึ้น ผลที่ได้รับก็คือ ความล่าช้า

(3) ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ท้องถิ่น ถ้ามองในแง่ของตัวเจ้าหน้าที่ แทนที่จะให้ประชาชนในท้องถิ่นปกครองดูแลผลประโยชน์ของตนกลับได้เจ้าหน้าที่ที่ส่งไปจากที่อื่นซึ่งนับว่าไม่เป็นธรรมแก่ท้องถิ่น

2.1.2 หลักการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization)

หลักการกระจายอำนาจปกครองเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางอย่างให้องค์การอื่นนอกจากองค์การราชการบริหารส่วนกลาง ให้แก่องค์กรของรัฐบางอย่างโดยมีความอิสระตามสมควร ไม่ต้องขึ้นอยู่กับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง เพียงแต่ขึ้นอยู่กับความควบคุมดูแลเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐมอบอำนาจหน้าที่บางอย่างในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินงานอยู่ในท้องถิ่น ให้ท้องถิ่นหรือองค์การอันมิได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์การในราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินการด้วยงบประมาณ และเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นหรือองค์การนั้นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมดูแลเท่านั้น ไม่ได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ

2.1.2.1 ลักษณะสำคัญของหลักการกระจายอำนาจปกครองประกอบด้วยดังต่อไปนี้¹⁰

1. มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์การนิติบุคคลอิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนตำบล และองค์การของรัฐบาลต่างๆ ยังมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่าการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการต่างๆ เพื่อสาธารณประโยชน์มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง กับมีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายโดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่คอยควบคุมดูแล ให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้นมิได้เข้าบังคับบัญชาสั่งการหรืออำนวยการเอง

2. มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น องค์การของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วย เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากราษฎร ในท้องถิ่นทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเฉพาะองค์กร สำหรับเป็นที่ประชุมปรึกษากิจการ เช่น สภาเทศบาล สภา

¹⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น.183-185.

จังหวัด ที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้ง ทั้งนี้ เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่นับว่ามีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง องค์การที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น ย่อมมีความรับผิดชอบต่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น การตัดสินใจหรือการวินิจฉัยสั่งการจึงต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นเป็นหลัก ซึ่งมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจหรือการวินิจฉัยสั่งการที่มาจากประชาชนในท้องถิ่นมากกว่าอิทธิพลที่มาจากองค์กรปกครองส่วนกลาง ทำให้องค์กรนั้นเป็นอิสระจากองค์กรปกครองส่วนกลาง ในอันที่จะจัดทำบริการสาธารณะให้ตรงกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น

3. องค์การตามหลักการกระจายอำนาจปกครองมีเอกราช (Autonomy) กล่าวคือ มีความอิสระที่จะดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เอง โดยไม่ต้องรับคำสั่ง หรืออยู่ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณและด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเอง ซึ่งมีใช้เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ถ้าองค์การใดไม่มีความอิสระเช่นว่านี้ หรือมีแต่เพียงหน้าที่เสนอข้อแนะนำและให้คำปรึกษาแก่ราชการบริหารส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นกระจายอำนาจปกครองอย่างแท้จริง

2.1.2.2 วิธีกระจายอำนาจในทางปกครอง

การกระจายอำนาจในทางปกครองนั้นมีทั้งการกระจายอำนาจ ทางปกครองให้แก่ท้องถิ่น และกระจายอำนาจในการจัดทำกิจการ ฉะนั้น จึงอาจจำแนกวิธีกระจายอำนาจออกได้เป็น 2 วิธีคือ

(1) วิธีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น เป็นวิธีกระจายอำนาจปกครองตามอาณาเขต (Decentralisation Territoriale) โดยให้ท้องถิ่นต่างๆ ปกครองตนเอง กล่าวคือ มีการกำหนดขอบเขตอำนาจไว้เฉพาะท้องถิ่นนั้น ตามหลักทั่วไปจะทำกิจการออกไปนอกเขตไม่ได้ นอกจากกฎหมายจะบัญญัติยกเว้นไว้ วิธีกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นนั้น เป็นวิธีที่มอบบริการสาธารณะหลายๆ อย่างเกี่ยวกับการปกครองให้ท้องถิ่นจัดทำด้วยเจ้าหน้าที่ขององค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นนั่นเอง และด้วยงบประมาณขององค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นนิติบุคคล ดำเนินกิจการของท้องถิ่นได้เอง โดยมีความเป็นอิสระตามสมควรและอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับ

ของรัฐ¹¹ เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ วิธีกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นนี้ กฎหมายปกครองของไทยเรียกว่า การจัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ซึ่งการจัดระเบียบบริหารราชการแบบกระจายอำนาจตามอาณาเขตของไทย ได้แก่ ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ปัจจุบันมีองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

(2) วิธีกระจายอำนาจตามกิจการ (Decentralisation by Service) เป็นวิธีกระจายอำนาจโดยมอบบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งให้องค์การ ซึ่งมีได้อยู่ในสังกัดของราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินงานด้วยเงินทุน และเจ้าหน้าที่ขององค์การนั้นเองวิธีกระจายอำนาจตามกิจการเช่นนี้ไม่ใช่เป็นการกระจายอำนาจปกครองเหมือนกับวิธีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น แต่เป็นการมอบให้องค์การของรัฐบาลจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยคำนึงถึงประเภทของกิจการบริการสาธารณะเป็นหลัก อันไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในทางปกครอง และข้อแตกต่างอีกประการหนึ่งก็คือ การกระจายอำนาจตามกิจการนั้นไม่ถือเอาอาณาเขตเป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่เป็นหลักสำคัญเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น กล่าวคือ องค์การอาจจัดทำกิจการได้ทั่วทั้งประเทศหรือทำเฉพาะในเขตหนึ่งเขตใดก็ได้ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์การนั้น ซึ่งการจัดระเบียบบริหารราชการแบบกระจายอำนาจตามกิจการของประเทศไทย ได้แก่ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชนต่างๆ

ในการจัดทำบริการสาธารณะมีเงื่อนไขที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1) บริการสาธารณะต้องดำเนินการไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องจะเลือกดำเนินการเป็นช่วงๆ แล้วหยุดไม่ได้ เพราะบริการสาธารณะเป็นกิจการที่จำเป็นแก่การดำรงชีวิตของประชาชน ซึ่งย่อมมีความต้องการอยู่ตลอดเวลา และฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะให้ดำเนินไปอย่างปกติโดยต่อเนื่องและสม่ำเสมอ ส่วนเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะที่จัดขึ้นนั้นให้ดำเนินไปตามปกติได้ ซึ่งฝ่ายปกครองย่อมต้องรับผิดชอบในส่วนนี้

¹¹ ชาญชัย แสงศักดิ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539), น.101.

2) บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้น ต้องให้เอกชนมีสิทธิได้รับประโยชน์หรือเข้าถึงบริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกัน เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่รัฐจัดทำขึ้น โดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย เอกชนจึงต้องมีสิทธิและโอกาสได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะหรือเข้าถึงบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน รัฐจะจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้

3) การจัดทำบริการสาธารณะต้องปรับให้เหมาะสมกับความต้องการของประชาชนตลอดเวลา ฝ่ายปกครองสามารถทำการปรับปรุงได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลใด เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ฝ่ายเดียว เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ และสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ซึ่งจะต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการรักษาประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยการแก้ไขปรับปรุงการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวต้องทำโดยกฎหมายหรือมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และแม้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคล บุคคลหนึ่งก็ตาม บุคคลนั้นจะอ้างสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับการบริการสาธารณะ มาขัดขวางการเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะโดยกฎหมายไม่ได้

2.1.2.3 ข้อดีและข้อเสียของหลักการกระจายอำนาจทางการปกครอง

ก. ข้อดีของหลักการกระจายอำนาจทางการปกครอง

1) ทำให้มีการสนองความต้องการเฉพาะท้องถิ่นดีขึ้น บริการสาธารณะบางอย่างที่ไม่เกี่ยวกับส่วนได้เสียของประเทศเป็นส่วนรวม แต่เกี่ยวกับส่วนได้ส่วนเสียเฉพาะท้องถิ่น เช่น การสุขาภิบาล การทำถนนภายในเขตท้องถิ่น ถ้าได้มอบให้องค์กรส่วนท้องถิ่นจัดทำเอง ก็จะเป็นผลดีกว่าที่ราชการบริหารส่วนกลางจะจัดทำเสียเองทั้งหมด เพราะราษฎรในแต่ละท้องถิ่นย่อมรู้ความต้องการของตนดีกว่าตนต้องการอะไรมากที่สุด นอกจากนี้กิจการอันเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของท้องถิ่นแต่ละแห่งนั้น ย่อมไม่อาจที่จะวางระเบียบปฏิบัติเหมือนกันหมดทั้งประเทศได้ เพราะสภาพความจำเป็นของแต่ละท้องถิ่นและสภาพของภูมิประเทศย่อมแตกต่างกัน ถ้าให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำเองก็จะได้ผลตรงกับสภาพความต้องการและความจำเป็นดีขึ้น

2) เป็นการแบ่งเบาภาระของราชการบริหารส่วนกลางในกิจการอันเกี่ยวกับท้องถิ่น โดยเฉพาะไปได้มาก ในปัจจุบันนี้ราชการบริหารส่วนกลางของประเทศต่างๆ มีภาระหนักอยู่แล้ว ถ้าไม่ตัดกิจการเฉพาะท้องถิ่นอันเป็นกิจการเล็กๆ น้อยๆ ออกไปจากหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางแล้ว ราชการบริหารส่วนกลางก็จะมียานล้นมืออีก และทำไม่ได้ทั่วถึงทุกท้องถิ่นพร้อมๆ กัน ฉะนั้น เมื่อมีการกระจายอำนาจปกครองและมอบกิจการบางอย่างให้องค์กรส่วนท้องถิ่นรับไปทำเอง จึงเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของราชการบริหารส่วนกลาง ทำให้สามารถจัดทำกิจการใหญ่ๆ เกี่ยวกับส่วนรวมได้มากยิ่งขึ้น นอกจากนี้การกระจายอำนาจปกครองยังทำให้กิจการสำเร็จลุล่วงไปโดยรวดเร็ว เพราะเจ้าหน้าที่ส่วนท้องถิ่นมีอำนาจวินิจฉัย และดำเนินการได้เอง ไม่ต้องเสนอขอคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลางก่อน

3) การเลือกตั้งเจ้าหน้าที่จากราษฎรในท้องถิ่นนั่นเอง ทำให้ผู้ได้รับเลือกตั้งมีความสนใจในการปกครองท้องถิ่นและได้เรียนรู้วิธีการปกครองดีขึ้น เพราะการกระจายอำนาจปกครองเป็นการมอบอำนาจให้ราษฎรในท้องถิ่นปกครองตนเอง เป็นวิธีการที่ให้เสรีภาพในการปกครองแก่ราษฎร และทำให้ราษฎรเกิดความรับผิดชอบในกิจการของท้องถิ่น ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับประเทศที่ปกครองตามระบอบประชาธิปไตย เพราะเท่ากับเป็นการฝึกราษฎรในท้องถิ่นให้รู้จักปกครองตนเองอันเป็นผลให้รู้จักการปกครองในขั้นต่อไป

ข. ข้อเสียของหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

1) ถ้ากระจายอำนาจมากเกินไปอาจจะเป็นอันตรายต่อเอกภาพในการปกครองประเทศได้ กล่าวคือ การกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นนั้นถ้าขยายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นมากเกินไป อาจเป็นการทำลายเอกภาพในการปกครอง และความมั่นคงของประเทศได้ เพราะทำให้เกิดการแก่งแย่งชิงดีกันระหว่างท้องถิ่นต่างๆ และไม่มีการประสานงานกันเพียงพอทำให้เกิดความแตกแยกในการปกครองท้องถิ่นต่างๆ ฉะนั้น จึงต้องมีการควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดโดยราชการบริหารส่วนกลางเพื่อรักษาเอกภาพในการปกครองประเทศไว้เป็นส่วนรวม

2) ทำให้ราษฎรในท้องถิ่นเห็นประโยชน์ของท้องถิ่นของตนสำคัญกว่าประโยชน์ส่วนรวมของประเทศ ทั้งนี้ เพราะว่าเมื่อราษฎรมีส่วนในการปกครองท้องถิ่นมากขึ้นก็มุ่งแต่จะหาประโยชน์ให้แก่ท้องถิ่นย่อมต้องมีการเลือกตั้ง จึงทำให้เกิดการถือพรรคถือพวกผู้ได้รับเลือกตั้งที่อยู่

ในพรรคใดก็มุ่งที่จะทำประโยชน์ให้แก่พรรคของตน ยิ่งกว่าที่จะมุ่งทำประโยชน์ให้แก่ท้องถิ่นเป็นส่วนรวมของประเทศ

3) เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นอาจใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่สมควรได้ ทั้งนี้เพราะการกระจายอำนาจทางปกครองให้แก่ท้องถิ่นย่อมต้องมีการเลือกตั้ง จึงทำให้เกิดการถือพรรคถือพวกผู้ได้รับเลือกตั้งที่อยู่ในพรรคใดก็มุ่งที่จะทำประโยชน์ให้แก่พรรคของตน ยิ่งกว่าที่จะมุ่งทำประโยชน์ให้แก่ท้องถิ่นเป็นส่วนรวม

4) การจัดระเบียบการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจย่อมสิ้นเปลืองมากกว่าการจัดระเบียบการปกครองตามหลักการรวมอำนาจ ทั้งนี้ เพราะจะต้องมีการแยกงบประมาณของท้องถิ่นแต่ละท้องถิ่นออกเป็นส่วนๆ ไป จะต้องมีเจ้าหน้าที่ มีเครื่องมือเครื่องใช้โดยเฉพาะไม่อาจใช้หมุนเวียนสับเปลี่ยนกันได้ เหมือนกับการปกครองแบบรวมอำนาจ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นมักจะชอบเพิ่มรายจ่ายอยู่เสมอๆ โดยใช้จ่ายอย่างไม่ได้ผลคุ้มค่า และบางครั้งก็จ่ายไปในกิจการที่ไม่สมควรด้วยเหตุนี้ การปกครองตามวิธีการกระจายอำนาจจึงเป็นการสิ้นเปลืองมากกว่าการรวมอำนาจ

เมื่อพิจารณาถึงหลักการกระจายอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ แล้ว เห็นได้ว่ามาตรา 26 และมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 กำหนดให้สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เป็นหน่วยงานของรัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคล อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรี โดยมีเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเป็นผู้รับผิดชอบการบริหารจัดการสำนักงาน และเป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่และลูกจ้างของสำนักงาน ทุกตำแหน่ง และมาตรา 18 กำหนดให้คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีหน้าที่กำหนดกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด นโยบาย มติ และประกาศ ในการบริหารจัดการเงินกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และอนุมัติแผนงานและงบประมาณเงินบริหารจัดการสำนักงาน ดังนั้น การจัดระเบียบบริหารงานของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ จึงเป็นไปในลักษณะของหลักการรวมอำนาจปกครอง ที่อำนาจในการตัดสินใจ หรือวินิจฉัยสั่งการเป็นยุคเดียวอยู่ที่เลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ในลักษณะเช่นเดียวกับราชการบริหารส่วนกลางอื่น และการที่เลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติมอบอำนาจในการปฏิบัติงานหรือ

การดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศหรือมติของคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาปฏิบัติงานแทน(ปฏิบัติราชการแทน) แทนตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 จึงเป็นกรณีการแบ่งอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการให้กับเจ้าหน้าที่ผู้ได้บังคับบัญชาดำเนินการแทน ไม่ใช่การกระจายอำนาจ และอำนาจที่แบ่งออกไปนี้เลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สามารถจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกเมื่อใดก็ได้

2.2. หลักอำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแล

เมื่อรัฐได้จัดระเบียบราชการบริหารกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่และจัดระเบียบความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐแล้ว รัฐก็ยังคงมีหน้าที่ในการควบคุมดูแลหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการจัดทำบริการสาธารณะ ให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามหลักการจัดระเบียบบริหารราชการ ซึ่งมีวิธีการใช้อำนาจควบคุมดูแลอยู่ 2 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจควบคุมบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

2.2.1 หลักอำนาจบังคับบัญชา

อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน ซึ่งอำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจบังคับบัญชาจะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่ามีอำนาจที่จะสั่งการใดๆ ก็ได้ให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่เขาเห็นว่า เหมาะสมและมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือยกเลิกคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ ยกเว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น¹² หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งอำนาจบังคับบัญชา หมายถึง ความสัมพันธ์ภายในหน่วยงานของรัฐหนึ่งหรือหลายหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินแบบรวมอำนาจ ที่ผู้บังคับบัญชาควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติตามสิ่งที่ตนตัดสินใจ และผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือ

¹² สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น. 202.

ผู้ได้บังคับบัญชาในการลงโทษทางวินัยต่อผู้ได้บังคับบัญชาหรือมีอำนาจให้บำเหน็จความชอบแก่ผู้ได้บังคับบัญชา¹³ อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจในระบบการบริหารงานภายในของแต่ละนิติบุคคล

การใช้อำนาจบังคับบัญชาในการควบคุมดูแลผู้ได้บังคับบัญชา มี 2 ลักษณะ คือ

ก. อำนาจบังคับเหนือการกระทำ เป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาควบคุมการกระทำทางปกครองของผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งประกอบด้วยอำนาจที่สำคัญ 4 ประการ คือ

1) อำนาจสั่งการ (Pouvoir d' Instruction) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้แนะนำ หรือสั่งการให้ผู้ได้บังคับบัญชาใช้อำนาจกระทำการทางปกครองไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่งตามคำแนะนำหรือคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาออกโดยอาศัยอำนาจสั่งการนี้

2) อำนาจเพิกถอน (Pouvoir d' Annulation) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้ในกรณีได้รับคำร้องเรียนจากรายการขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครอง หรือความคิดริเริ่มของตนเอง ในการกระทำทางปกครองซึ่งผู้ได้บังคับบัญชาของตนได้กระทำลงไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

3) อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Pouvoir de Modification) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อกำหนดของการกระทำทางปกครองที่ผู้ได้บังคับบัญชากระทำลงไป เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะของผู้ได้บังคับบัญชา

4) อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ได้บังคับบัญชา (Pouvoir de Substitution) ในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วน หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาอาจสอดเข้าไปใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการแทนผู้ได้บังคับบัญชาได้

ข. อำนาจบังคับเหนือตัวบุคคล เป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาอีกลักษณะหนึ่ง โดยผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจกำหนดสถานภาพของผู้ได้บังคับบัญชาซึ่งโดยทั่วไปเป็นอำนาจภายในกรอบวัตถุประสงค์ และหลักเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลที่มีผลต่อผู้ได้บังคับบัญชาโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นผลในทางใดก็ตาม เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือน คำสั่งแต่งตั้งโยกย้าย เป็นต้น

¹³ ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), น. 125.

2.2.2 หลักอำนาจกำกับดูแล

อำนาจกำกับดูแล คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป¹⁴ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานตามหลักการบริหารราชการแบบกระจายอำนาจ ที่หน่วยงานหนึ่งมีอำนาจในการควบคุมอีกหน่วยงานหนึ่งที่อยู่ในการกำกับดูแลให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือตามอำนาจหน้าที่ การกำกับดูแลไม่สามารถควบคุมความเหมาะสมของการกระทำของหน่วยงานภายใต้การกำกับดูแลหรือไม่

สามารถสั่งการให้หน่วยงานในกำกับดูแลปฏิบัติตามที่ตนเห็นสมควร ทั้งนี้ การกำกับดูแลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องเป็นไปตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁵

การใช้อำนาจกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ มี 2 ลักษณะ คือ¹⁶

ก. การกำกับดูแลโดยตรง

1) การกำกับดูแลตัวบุคคลหรือองค์กร

(1) การกำกับดูแลตัวบุคคล วิธีการกำกับดูแลที่สำคัญ เช่น การให้อำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนบุคคลของหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล

(2) การกำกับดูแลองค์กร วิธีการกำกับดูแลที่สำคัญ เช่น การยุบสภาท้องถิ่น เพื่อให้ราษฎรเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นใหม่ได้

2) การกำกับดูแลเหนือการกระทำ

ผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลมีอำนาจควบคุมการกระทำของหน่วยงานที่อยู่ภายใต้กำกับดูแลเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น และตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ซึ่งวิธีการกำกับดูแลที่สำคัญ ได้แก่

¹⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น. 184-186.

¹⁵ ชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18, น. 125-126.

¹⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น. 72-76.

(1) อำนาจสั่งยับยั้งและเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรืออยู่นอกขอบวัตถุประสงค์

(2) การให้ความเห็นชอบการกระทำของหน่วยงานภายใต้กำกับดูแล โดยเฉพาะการดำเนินการ โครงการที่ต้องขออนุมัติงบประมาณสนับสนุนจากผู้กำกับดูแล หรือมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำบางอย่าง ต้องได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานที่กำกับดูแลก่อนประกาศใช้

(3) การดำเนินการแทนหรือออกคำสั่งแทนการที่ผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลเข้าใช้อำนาจกระทำการแทนองค์การที่ถูกกำกับดูแลในกรณีท้องถื่น การที่ถูกกำกับดูแลและเลยที่จะกระทำตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง แต่การกำกับดูแลวิธีนี้ควรมีขอบเขตที่จำกัดอย่างมาก มิฉะนั้นการกระจายอำนาจไม่สามารถที่จะเป็นไปได้

ข. การกำกับดูแลโดยอ้อม

การกำกับดูแลโดยอ้อมกระทำในกรณีการให้เงินอุดหนุน และการใช้สัญญามาตรฐาน

1) กรณีให้เงินอุดหนุน รัฐจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่หน่วยงานภายใต้การกำกับดูแลใน 2 ลักษณะ ได้แก่ เงินอุดหนุนทั่วไป (General Grant) ซึ่งเป็นเงินที่หน่วยงานภายใต้การกำกับดูแลสามารถนำไปใช้ในการดำเนินกิจกรรมตามหน้าที่โดยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของราชการ ส่วนกลางกับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจ (Selective Grant) เป็นเงินที่รัฐได้กำหนดภารกิจที่จะนำเงินไปใช้จ่าย ตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่รัดกุม และมีการตรวจสอบโดยหน่วยงานกำกับดูแลอย่างเข้มงวด

2) การใช้สัญญามาตรฐาน (L'Acte Type) หมายถึง กรณีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานกำกับดูแลทำสัญญาตามสัญญามาตรฐาน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรายละเอียดในแบบสัญญามาตรฐานจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจ

2.2.3 ความแตกต่างระหว่างอำนาจบังคับบัญชากับอำนาจกำกับดูแล

1. จำนวนนิติบุคคล อำนาจบังคับบัญชาเป็นนิติสัมพันธ์ภายในหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงาน ซึ่งเป็นหน่วยงานในการบริหารราชการแบบรวมอำนาจ เช่น ในกระทรวง ทบวง กรมหนึ่ง หรือในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือระหว่างกระทรวงกับจังหวัด แต่อำนาจกำกับดูแลเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานสองหน่วยงานขึ้นไป ซึ่งหน่วยงานหนึ่งอยู่ในการบริหาร

ราชการแบบรวมอำนาจกับอีกหน่วยงานหนึ่งในการบริหารราชการแบบกระจายอำนาจ เช่น กระทรวงมหาดไทยกับรัฐวิสาหกิจในสังกัด

2. ที่มาของอำนาจ อำนาจบังคับบัญชาเกิดจากการจัดระเบียบในฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน แต่อำนาจกำกับดูแลจะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน และจะทำให้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

3. ขอบเขตของอำนาจ อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการวินิจฉัยสั่งการ แต่อำนาจกำกับดูแลควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการวินิจฉัยสั่งการ

4. ลักษณะของการกระทำ การสั่งการโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชามีลักษณะเป็นเครื่องมือการบริหารของฝ่ายปกครอง กรณีที่ยังไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อผู้ได้บังคับบัญชาที่ได้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งย้ายตำแหน่งหน้าที่ คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนการทำความผิดวินัย หนังสือเวียนกำหนดแนวทางการปฏิบัติงาน การใช้อำนาจบังคับบัญชาในลักษณะนี้ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีการใช้อำนาจดังกล่าวมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิหน้าที่ของผู้ได้บังคับบัญชา เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือน การใช้อำนาจบังคับบัญชาดังกล่าวจึงจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อำนาจกำกับดูแลมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในการควบคุมการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำดังกล่าว ซึ่งจะมีผลกระทบต่อสถานะของสิทธิหน้าที่ของหน่วยงานภายใต้การกำกับดูแลและบุคคลภายนอกได้ การกระทำโดยอาศัยอำนาจกำกับดูแลจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

ตามที่ได้พิจารณาในเบื้องต้นว่า สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติมีการจัดระเบียบบริหารงานตามหลักการรวมอำนาจปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปฏิบัติงานในส่วนงานต่างๆ เป็นไปตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา มีเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเป็นหัวหน้าหน่วยงานที่มีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่ประจำอยู่ในส่วนกลางและที่อยู่ในส่วนภูมิภาคปฏิบัติตามคำสั่งได้ทุกคน ทั้งนี้ เพราะเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีเขตอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบต่ออำนาจหน้าที่ ผลเสียที่เกิดจากการกระทำของผู้ปฏิบัติงานภายใต้การบังคับบัญชาทุกคน ดังนั้น อำนาจที่เลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพ

แห่งชาติใช้ในการควบคุมดูแลส่วนงานหรือผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ จึงเป็นไปตามหลักอำนาจบังคับบัญชา ที่จะสั่งการใดๆ ก็ได้ให้ผู้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่เห็นว่าเหมาะสม และมีอำนาจเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิกการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบ หรือ ข้อบังคับบัญญัติไว้เป็นอย่างยิ่ง

2.3. แนวคิดว่าด้วยอำนาจทางปกครอง

อำนาจทางปกครองเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีอำนาจเหนือประชาชนและใช้อำนาจนั้นสั่งการมากระทบสิทธิและเสรีภาพ หรือทรัพย์สินของประชาชน มีมาตรการต่างๆ มีคำสั่ง หรือวางกฎเกณฑ์ต่างๆ ในสังคม เช่น การออกคำสั่ง การเก็บภาษี การออกใบอนุญาต ฯลฯ เป็นการใช้อำนาจของรัฐที่อยู่เหนือประชาชนทำให้ประชาชนผู้รับคำสั่งนั้นๆ จะต้องปฏิบัติตาม¹⁷

2.3.1 ที่มาของการใช้อำนาจทางปกครอง

1. การกระทำของฝ่ายปกครองที่รุกล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้จะกระทำมิได้ แต่แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองก็จะกระทำการรุกล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ระดับหนึ่งเท่านั้น จะเข้าทำลายสิทธิภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมดไม่ได้ หากกระทบถึงทรัพย์สินของประชาชนรัฐต้องชดเชยค่าทดแทน ซึ่งเจ้าหน้าที่ก็ต้องกระทำการตามกฎหมายและในคำสั่งนั้นๆ ของฝ่ายปกครองต้องอ้างกฎหมายที่ให้อำนาจในการกระทำนั้นด้วย

2. การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน อาจเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สิน จำนวนเงิน หรืออาจเป็นสิทธิ เช่น ให้อำนาจอนุญาตขับขี่ ลักษณะการให้คุณประโยชน์อาจแบ่งได้ 2 ประเภท

1) มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างชัดเจน ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

¹⁷ กมลชัย รัตนสภาวะ, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร:บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น. 27-28.

2) ถ้าเป็นเรื่องให้คุณประโยชน์แล้ว การที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ นั่นไม่ใช่เรื่องสำคัญซึ่งมีลักษณะยืดหยุ่นพอสมควร ถ้ารัฐต้องออกกฎหมายทุกเรื่องแม้ในเรื่องที่เป็นคุณประโยชน์ ทุกอย่างก็คงจะล่าช้าไปหมด ฉะนั้น ถ้าไม่เป็นการกระทบสิทธิของประชาชนในทางที่เป็นภาระแก่เขา หรือไม่ได้ทำให้ประชาชนเสียสิทธิแต่กลับเป็นการให้สิทธิแก่ประชาชน แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ควรให้เจ้าหน้าที่กระทำการนั้นได้ ซึ่งทำให้มีความยืดหยุ่นในการปฏิบัติราชการ แต่ถ้ามีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ กฎหมายก็ต้องมาก่อน กล่าวคือ จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

การใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ถึงจะกระทำได้ ซึ่งแตกต่างกันเอกชนทั่วไปที่มีอิสระในการกระทำการใดๆ ก็ได้ ถ้าการนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดที่ไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ เว้นแต่เป็นเรื่องให้คุณประโยชน์แก่ประชาชนโดยไม่ไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น กฎหมายที่ให้อำนาจมีอยู่หลายลำดับ เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น แต่กฎหมายลำดับรองที่ออกมาบังคับใช้ จะต้องมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับใช้เทียบเท่าพระราชบัญญัติให้อำนาจบัญญัติออกมาใช้ได้

ที่มาของการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายปกครองนอกจากจะมาจากกฎหมายส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองอาจมาจากกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไป หลักจารีตประเพณี เช่น หลักในการรับฟังคู่ความก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งไปกระทบสิทธิหรือผลประโยชน์ของประชาชน มีหลักกฎหมายทั่วไปว่า จะต้องรับฟังคู่ความเสียก่อน เป็นต้น

2.3.2 กฎหมายที่ให้อำนาจทางปกครอง¹⁸

กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้นั้น โดยปกติได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด เป็นต้น

ส่วน “กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation)” หรืออนุบัญญัติอันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับนั้น อาจให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร ได้ เช่นกัน แต่กฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัตินั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือ การกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งจะออกมาใช้บังคับได้ ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น

2.3.3 ลักษณะของอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง

อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง ที่จะดำเนินการออกคำสั่งหรือไม่ออกคำสั่งในเรื่องใดๆ นั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ อำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจ

1) อำนาจผูกพัน หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่ง และจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้¹⁹ หรืออาจกล่าวได้ว่าอำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่ไม่เต็มรูปแบบ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจพิจารณาแต่เพียงว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นข้อเท็จจริงตรงตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ถ้าเป็นข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้ องค์กรของรัฐก็ไม่มีอำนาจพิจารณาเป็นอย่างอื่นไปได้ นอกจากจะต้องออกคำสั่ง และคำสั่งที่ออกนั้นจะต้องมีเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ด้วย

¹⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18, น. 54.

¹⁹ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจการปกครองโดยองค์กรตุลาการ, รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี พนมยงค์, (กรุงเทพมหานคร:พี.เค.พรินติ้งเฮาส์, 2531), น. 17 .

2) อำนาจดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้น ตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร²⁰ อำนาจดุลพินิจถือว่าเป็นอำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจในการพิจารณาอย่างเต็มที่ กล่าวคือ ถึงแม้จะมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองก็มีดุลพินิจที่จะออกคำสั่งหรือไม่ก็ได้ และหากใช้ดุลพินิจเลือกออกคำสั่งแล้วก็ยังสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดเนื้อหาของคำสั่งที่จะออกได้ด้วย การที่กฎหมายยอมให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจได้ ก็ด้วยเหตุผล ดังต่อไปนี้

1) ความต้องการของประโยชน์สาธารณะ

วัตถุประสงค์ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก็เพื่อตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก แต่เนื่องจากความต้องการของประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ทางสังคมอยู่เสมอ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถที่จะตรากฎหมายกำหนดความแน่นอนชัดเจนให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะได้ ทุกสถานการณ์ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้

2) ความรู้และความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ย่อมที่จะสามารถใช้ความรู้และความเชี่ยวชาญของคนที่มียุ่ ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีได้ดีกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งไม่สามารถที่จะคาดการณ์เหตุการณ์ล่วงหน้าได้จึงสมควรที่จะมอบไว้วางใจให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้

3) บทบาทและหน้าที่ของรัฐสมัยใหม่

รัฐสมัยใหม่ได้ก้าวไปสู่รัฐสวัสดิการ (Welfare State) มีบทบาทและหน้าที่สำคัญที่จะต้องเข้าไปสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่สังคม (Social Justice) จึงถือว่ามีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครอง สามารถใช้อำนาจดุลพินิจดำเนินการของรัฐสมัยใหม่ให้

²⁰ เติ้งอว้าง, น.17.

สำเร็จดูลงไปได้ กล่าวกันว่า อำนาจดุลพินิจ “เป็นสาระสำคัญของรัฐสมัยใหม่” เป็น “โลหิตหล่อเลี้ยงกระบวนการทางปกครองทั้งหมด” หากปราศจากความเกื้อกูลของอำนาจนี้แล้ว กลไกการทำงานของรัฐบาลจะเป็นอำนาจที่ไร้พลังใดๆ ไร้ทั้งความมุ่งหมายและทิศทางด้วย

เมื่อพิจารณาถึงอำนาจของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทแล้วเห็นได้ว่า “อำนาจผูกพัน” ย่อมเป็นอำนาจที่มีขอบเขตเป็นหลักกฎหมายที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เพราะอำนาจผูกพันเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากไม่กระทำตามหรือกระทำไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมเห็นได้ชัดว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วน “อำนาจดุลพินิจ” เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจได้โดยอิสระ จึงเกิดปัญหาว่า ขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายอยู่ที่ไหน ปัญหาดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันว่า การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของอำนาจดุลพินิจจะต้องประกอบด้วยสองส่วน คือ ส่วนที่เป็น “ความชอบด้วยกฎหมาย” และส่วนที่เป็น “ความเหมาะสม” จุดต่อเนื่องระหว่าง “ความชอบด้วยกฎหมาย” กับ “ความเหมาะสม” อยู่ตรงไหน เส้นเขตแดนของหลักความชอบด้วยกฎหมายก็สามารถขีดลงได้ตรงนั้น แต่การหาขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณีอำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เพราะ “ความเหมาะสม” กับ “การกระทำตามอำเภอใจ” ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของความไม่ชอบด้วยกฎหมายมีความใกล้เคียงกันมาก หากข้ามเลย “ความเหมาะสม” ก็จะเป็นเรื่อง “การกระทำตามอำเภอใจ” ไปได้

2.3.4 หลักสำคัญของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

หลักการที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองมี 2 ประการ คือ

1. หลักความมาก่อนของกฎหมาย คือ การใช้อำนาจทางปกครองของรัฐจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมายกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองภายในขอบเขตเท่านั้น โดยจะใช้อำนาจขัดต่อกฎหมายไม่ได้

2. หลักเงื่อนไขของกฎหมาย คือ การที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทางปกครองได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ฝ่ายปกครองย่อมกระทำการนั้นไม่ได้ และกฎหมายที่มาของอำนาจจะต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน เว้นแต่เป็นกรณีการใช้อำนาจทางปกครอง เพื่อให้ประโยชน์แก่บุคคลโดยไม่ไปกระทบสิทธิของบุคคลอื่นฝ่ายปกครองสามารถออกได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ถ้าไปกระทบสิทธิของอีกบุคคลหนึ่งฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้

2.3.5 ข้อความคิดของการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง จำเป็นที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ใช้ในการปฏิบัติการอันเป็นประโยชน์สาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวอยู่ในรูปของการกระทำของฝ่ายปกครองในประเภทต่างๆ แต่ด้วยการกิจในทางปกครองมีหลากหลายแบบ ประเภทของการกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องมีความหลากหลายเช่นเดียวกัน²¹

ในประเทศฝรั่งเศส การกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งการกระทำทางปกครองอาจแยกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ ลักษณะที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte ad ministratif) ได้แก่การแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิของเอกชน ลักษณะที่เป็นการกระทำสองฝ่ายหรืออาจหลายฝ่าย (l'acte bi ou pluri latéral) เช่นสัญญาทางปกครอง (contrat ad ministratif) ซึ่งหมายถึงฝ่ายปกครองได้ทำสัญญากับเอกชนเพื่อบริการให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) บางประการ²² และลักษณะสุดท้ายคือการกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง ได้แก่การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีใช้การออกกฎ ออกคำสั่ง แต่เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่โดยไม่ได้มุ่งต่อผลให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย แต่เป็นต้นเหตุให้เกิดผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากการกระทำทาง

²¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546), น. 67.

²² นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร :บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 316.

ข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ การปฏิบัติการทางปกครองจึงมีบทบาทในลำดับรองเพราะสามารถก่อให้เกิดภาระหน้าที่ แต่ก็ยังเป็นผลในลักษณะอ้อม เช่น เป็นต้นเหตุของการเกิดความเสียหายเป็นเหตุให้ได้รับการเยียวยาของผู้เสียหาย เป็นต้น²³

ดังนั้น การกระทำทางปกครองนั้นสามารถแบ่งประเภทตามลักษณะของการกระทำทางปกครองได้ 2 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครอง (juristic act) และปฏิบัติการทางปกครอง (real act) โดยมีรายละเอียด ดังนี้²⁴

1. นิติกรรมทางปกครอง หมายถึง “การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่นอันมิใช่รัฐธรรมนูญ ทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลตามกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลนั้นหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

นิติกรรมทางปกครองจึงประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

1) การที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายได้แสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล (Expression of will) การแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล คือ ความตั้งใจของฝ่ายปกครองที่จะให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย ดังนั้น การกระทำใดที่มีใช่เป็นการแสดงเจตนาเพื่อให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย เช่น มาตรการบังคับทางปกครอง ไม่ถือเป็น นิติกรรมทางปกครอง ยกเว้นกรณี การกำหนดค่าปรับทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ข้อนี้จะเป็นเกณฑ์แบ่งแยก นิติกรรมทางปกครอง กับ การปฏิบัติการทางปกครอง

2) เจตนาที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนา เพื่อที่จะก่อให้เกิดผลตามกฎหมาย การก่อให้เกิดผลตามกฎหมาย คือ นิติกรรมทางปกครองจะต้องมีลักษณะที่ก่อให้เกิดผลตามกฎหมาย หากการใดที่ไม่ก่อให้เกิดผลตามกฎหมายเช่น หนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติ (Recommendation) หนังสือขอความร่วมมือ หนังสือเตือน (ยกเว้นหนังสือตักเตือน) ไม่ถือว่าเป็น นิติกรรมทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ข้อนี้จะเป็นเกณฑ์การแบ่งแยก นิติกรรมทางปกครอง กับ มาตรการภายในของฝ่าย

²³ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 17, น. 52 (กันยายน 2530)

²⁴ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, หลักกฎหมายปกครอง: ทฤษฎีและปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : หจก.เอส.พี.เอ.เจริญผล, 2558), น. 235.

ปกครอง แต่จะใช้เกณฑ์ข้อนี้แบ่งแยก นิติกรรมทางปกครองกับการปฏิบัติทางปกครองไม่ได้ เพราะการปฏิบัติการทางปกครองบางกรณีก่อให้เกิดตามกฎหมายได้เช่นกัน

3) เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกับบุคคลที่รับการแสดงเจตนานิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (Legal relation) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ผู้ทรงอำนาจหรือผู้ทรงสิทธิ กับบุคคลผู้มีหน้าที่ การสร้างนิติสัมพันธ์จึงย่อมมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หลักเกณฑ์ข้อนี้จะเป็นเกณฑ์การแบ่งแยก นิติกรรมทางปกครอง กับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เพราะมาตรการภายในของฝ่ายปกครองไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แต่จะใช้เกณฑ์ข้อนี้แบ่งแยก นิติกรรมทางปกครองกับการปฏิบัติทางปกครองไม่ได้ เพราะการปฏิบัติการทางปกครองบางกรณีก่อให้เกิดตามกฎหมายได้เช่นกัน

4) นิติสัมพันธ์ที่สร้างขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเป็นการ แสดงเจตนาแต่ฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง

นิติกรรมทางปกครอง จึงเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเสมอ แม้บุคคลจะไม่ยินยอม ก็ไม่เป็นเหตุให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่นิติกรรมทางปกครองบางประเภทจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคล (เอกชน) เสียก่อน เช่น ใบอนุญาตต่างๆ จะต้องได้รับความยินยอมโดยเอกชนเป็นผู้ยื่นคำขอ หรือการยินยอมในการแต่งตั้งโยกย้าย แต่การเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตหรือออกคำสั่งแต่งตั้ง โยกย้าย ไม่ใช่ “คำสั่ง” ยังเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ข้อนี้ เป็นเกณฑ์การแบ่งแยก นิติกรรมทางปกครอง กับ สัญญาทางปกครอง เพราะสัญญาทางปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง

2.ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การอันองค์การของรัฐฝ่ายปกครองได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ที่มีใช้เป็นนิติกรรมทางปกครอง คือ ขาดคุณลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของนิติกรรมทางปกครอง ขาดคุณลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของนิติกรรมทางปกครองของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ส่วนมากคือ การแสดงเจตนาที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย เช่น การขับรถยนต์ผู้อื่นเป็นละเมิด การละเมิดเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยมิชอบด้วยกฎหมายทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย การจงใจหรือประมาทกระทำละเมิดจึงขาดความประสงค์ที่จะแสดงเจตนาให้ผลตามกฎหมาย หรือ มาตรการบังคับทางปกครอง ก็เป็นการกระทำตามเจตนาเดิมที่ตั้งใจไว้ตามคำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นปฏิบัติการทางปกครองอย่างหนึ่ง

2.3.6 รูปแบบการใช้อำนาจทางปกครอง²⁵

การใช้อำนาจทางปกครองสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 4 รูปแบบ คือ

1. คำสั่งทางปกครอง คือ การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงกฎ ซึ่งคำสั่งทางปกครองอาจเป็นคำสั่งด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือมาตรการต่างๆ ก็ได้ การลือล่อ การสลายการชุมนุม เป็นต้น

2. ปฏิบัติการทางปกครอง โดยทั่วไป แล้วจะไม่ค่อยมีผลทางปกครอง แต่ถ้าหากเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ปฏิบัติการทางปกครองจะมีลักษณะเป็นการตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองเอง คือ จะมีลักษณะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพเข้าไปดำเนินการของฝ่ายปกครอง อันมีลักษณะการกระทำในทางข้อเท็จจริงในการเคลื่อนไหวของฝ่ายปกครอง เช่น การตรวจตราว่า มีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่

3. คำสั่งทั่วไปในทางปกครอง มีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่องเจาะจงกรณีไว้ แต่ไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลไว้เป็นการล่วงหน้า เช่น ป้ายจราจร ซึ่งเป็นคำสั่งเฉพาะเจาะจงเรื่องราวเกี่ยวกับการจราจร แต่ไม่มีการระบุว่าบุคคลใดจะเป็นผู้รับคำสั่งนี้ไม่ว่าบุคคลใดก็ตามจะต้องปฏิบัติตามป้ายจราจรดังกล่าว

4. สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ดังนั้น สัญญาทางปกครองจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการ แทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จาก

²⁵ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29, น. 236-237.

ทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงเอกลักษณ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล

2.3.7 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครอง

การกระทำทางปกครองขององค์การฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่ว่า “การกระทำทางปกครองนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย” และอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจปกครองนั้นทำได้ 2 ลักษณะ คือทางปกครองนั้น โดยผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้เอง

จะเห็นได้ว่า สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเป็นหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ทุกคนจึงมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติใช้อำนาจกระทำการใดอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นต้น จะต้องมิกฎหมายให้อำนาจไว้จึงจะสามารถกระทำได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้จะกระทำการนั้นไม่ได้ และกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ซึ่งก็คือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับ เช่น ข้อบังคับ ประกาศ ทั้งการใช้อำนาจนั้นจะต้องใช้ภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย เว้นแต่การใช้อำนาจเพื่อให้ประโยชน์แก่บุคคลใด โดยไม่กระทบสิทธิของบุคคลอื่นย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และหากมีการใช้อำนาจไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรภายในสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ได้แก่ ผู้บังคับบัญชา (ผู้อำนวยการสำนัก) ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น หรือคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ หรือเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก ได้แก่ องค์กรอิสระต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรตุลาการ เป็นต้น เพื่อตรวจสอบว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจถูกยกเลิกเพิกถอน และอาจต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นด้วย

2.4 แนวความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจ

ภายใต้บริบทของความจำเป็นที่จะต้องมีการปฏิรูประบบราชการให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้การปฏิบัติงานของส่วนราชการสามารถตอบสนองต่อการพัฒนาประเทศและการให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึง รัฐสมัยใหม่ (Modern State) ในฐานะผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการบริหารปกครองประเทศ จึงจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนรูปแบบการบริหารราชการแผ่นดินในลักษณะของการรวมศูนย์อำนาจในรูปแบบเดิม เพื่อก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจความรับผิดชอบของภาครัฐ จากเดิมที่กำหนดไว้ในลักษณะให้ฝ่ายบริหารมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจหรือเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะไปสู่รูปแบบการบริหารราชการแผ่นดินในเชิงบูรณาการ โดยเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายสามารถมี “การมอบอำนาจ (Delegation of Power)” ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้อื่นใช้อำนาจแทนตนได้²⁶

การมอบอำนาจจึงเป็นกลไกที่สำคัญในการปฏิบัติราชการของภาครัฐ เพราะงานบริหารราชการนั้นจะครอบคลุมทุกกิจการของประเทศ ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางและเป็นภารกิจที่มีความสำคัญ เพื่อเป็นพลังผลักดันให้การบริหารประเทศสามารถดำเนินการต่อไป หัวหน้าส่วนราชการเพียงคนเดียวไม่อาจปฏิบัติงานให้ครบถ้วนทุกด้านได้ ในระบบราชการจึงมีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในกระทรวง ทบวง กรม ไว้เป็นจำนวนมาก โดยมีตำแหน่งและหน้าที่รับผิดชอบต่างๆ ลดหลั่นกันไป เพื่อเป็นผู้ช่วยเหลือในการปฏิบัติงานของหัวหน้าส่วนราชการในด้านต่างๆ ตามขอบเขตภารกิจหน้าที่ของส่วนราชการนั้น ซึ่งในการที่ภาครัฐได้มีการกำหนดเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งต่างๆ ไว้นั้น เพื่อที่จะรองรับการมอบอำนาจในการบริหารราชการ โดยผู้บังคับบัญชาสามารถพิจารณาความเหมาะสมของผู้ใต้บังคับบัญชาแต่ละระดับว่า ควรมอบอำนาจให้กระทำในเรื่องใดเพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

2.4.1 ความหมายของการมอบอำนาจ

การมอบอำนาจ หรือภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Délégation” หมายถึง การมอบอำนาจหน้าที่ และการสร้างความรับผิดชอบต่อการปฏิบัติงาน มีนักวิชาการได้ให้ความหมายไว้ต่างกัันดังนี้²⁷

Groshens ได้ให้ความหมายของการมอบอำนาจไว้ 3 ประการด้วยกันคือความหมายประการแรก การมอบอำนาจ หมายถึง การที่องค์กรที่มีอำนาจทุกอำนาจอยู่ให้อำนาจกับองค์กรอื่น

²⁶ การบริหารราชการกับการมอบอำนาจ, “การมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง,” สืบค้นเมื่อ 20 กุมภาพันธ์ 2560, จาก <http://oknation.nationtv.tv/blog/print.php?id=162246>.

²⁷ J.G. Groshens, La Délégation Administrative de Compétence (Paris:Dolloz, 1958) p. 179 อ้างใน อภิรดี พงษ์คนตรี, “การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชา นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น. 17.

ในอันที่จะทำนิติกรรมทางการปกครองบางประการ โดยองค์กรผู้มีอำนาจแต่เดิมนั้นจะให้อำนาจนั้นไปโดยเด็ดขาดจากตน ด้วยวิธีการออกเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและมีลักษณะถาวร เพราะฉะนั้นในความหมายนี้การมอบอำนาจจึงได้แก่การให้อำนาจธรรมดา ซึ่งถ้ามองในแง่ของผู้มอบอำนาจก็เป็นการโอนอำนาจ ในแง่ของผู้รับมอบอำนาจ ก็คือ การรับมอบอำนาจมาโดยเด็ดขาด

ความหมายประการที่สอง เป็นการมอบอำนาจในความหมายที่แคบลงมาจะใช้เมื่อองค์กรที่เป็นเจ้าของอำนาจแต่เดิม ริเริ่ม และตัดสินใจว่าองค์กรอื่น (องค์กรผู้รับมอบอำนาจ) จะมีอำนาจใช้อำนาจนั้นในระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง โดยการใช้อำนาจโดยผู้รับมอบอำนาจนั้นไม่เปลี่ยนแปลงหลักการเดิมที่ว่า ผู้ที่มีอำนาจดั้งเดิม กล่าวคือ การมอบอำนาจในความหมายประการที่สองนี้เป็นข้อยกเว้น ในหลักอำนาจดั้งเดิม โดยไม่ได้โอนอำนาจให้ไปทั้งหมด แต่มอบอำนาจของตนให้ไปเพียงบางส่วน การมอบอำนาจอย่างนี้ในฝรั่งเศส เรียกว่า การมอบอำนาจให้ทำการแทน

ความหมายประการที่สาม เป็นการมอบอำนาจในความหมายที่แคบที่สุด ซึ่งความจริงอาจจะเป็นส่วนหนึ่งของความหมายประการที่สอง แต่เป็นเพียงกรณีเฉพาะกรณีหนึ่ง กล่าวคือ การมอบอำนาจในความหมายนี้จะใช้ต่อเมื่อมีการมอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจเตรียมเอกสาร ซึ่งจะ ทำให้คำสั่งเป็นทางการขึ้นมา แต่ทั้งนี้ไม่ได้เป็นการมอบอำนาจตัดสินใจหรืออำนาจทำคำสั่ง โดยเหตุนี้ การมอบอำนาจในความหมายอย่างนี้จึงไม่ได้เป็นการมอบอำนาจที่จะสร้างกฎเกณฑ์ ไม่ได้มอบอำนาจที่จะตัดสินใจตัดสินใจ หรือทำคำสั่ง หากแต่เป็นการมอบอำนาจให้จัดทำเอกสารอันเป็นเครื่องมือที่จะบรรจุคำสั่ง หรือการตัดสินใจนั้น ถ้าจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง การมอบอำนาจในความหมายนี้เป็นการมอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจทำการรับรองความถูกต้องแท้จริงของคำสั่ง โดยการลงนามในเอกสารที่บรรจุคำสั่งนั้นโดยผู้ได้รับมอบอำนาจมิได้มีอำนาจตัดสินใจที่จะทำคำสั่งนั้น ซึ่งถ้ามองในแง่ของผู้รับมอบอำนาจก็เป็นการรับอำนาจที่มีข้อผูกพันใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจตัวเองไม่ได้ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกการมอบอำนาจแบบนี้ว่า “การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน”

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายท่านอื่นได้ให้ความหมายของการมอบอำนาจหน้าที่ไว้ว่า หมายถึง กรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองหรือผู้ที่ทำการแทนมอบหมายอำนาจหน้าที่แก่ผู้ที่มีใช้ผู้ที่ดำรงตำแหน่งที่ว่างลงให้ปฏิบัติหน้าที่แทนในช่วงระยะเวลาที่ยังมิได้มีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ ความหมายหนึ่ง และหมายถึง การที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งในองค์กรฝ่ายปกครอง แบ่งอำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายแก่ผู้ได้บังคับบัญชาลงไปเพื่อปฏิบัติหน้าที่แทนเฉพาะกิจการใดตามที่ได้รับมอบหมายอีกความหมายหนึ่ง²⁸ หรือหมายถึง การที่ฝ่ายปกครององค์กรหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า

²⁸ ถาวร เกียรติทับทิว, คำอธิบายกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายปกครองคดีปกครอง และวิธีพิจารณา คดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530), น. 241

ผู้มอบอำนาจ มอบอำนาจของตนซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายให้กับฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ผู้รับมอบอำนาจใช้อำนาจนั้นในนามของตนเอง²⁹ กล่าวคือ เมื่อมีการมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาได้อย่างเต็มที่ในฐานะที่เป็นองค์กรผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นจนกว่าการมอบอำนาจจะสิ้นสุดลง การมอบอำนาจไม่ใช่การโอนอำนาจโดยเด็ดขาด ผู้มอบอำนาจอาจกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของการมอบอำนาจไว้ในหนังสือหรือคำสั่งมอบอำนาจ หรืออาจยกเลิกการมอบอำนาจในภายหลัง การมอบอำนาจทางปกครองนั้นเป็นการกระทำการแทนที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายยังคงปฏิบัติงานอยู่ในตำแหน่งและไม่ได้มีเหตุขัดข้องที่ทำให้ไม่อาจทำหน้าที่ได้ แต่ที่ได้มอบอำนาจไปนั้น ก็เพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2.4.2 ความจำเป็นของการมอบอำนาจ

โดยหลักแล้ว หากกฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครององค์กรใดมีอำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง องค์กรฝ่ายปกครองนั้นจำเป็นต้องใช้อำนาจหน้าที่ที่ปฏิบัติการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยตนเอง ผู้ที่กฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ไว้ย่อมไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นได้ โดยเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายปกครองที่เรียกว่า “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ”³⁰ เมื่อ ภารกิจของฝ่ายปกครองมีปริมาณมากขึ้นการที่จะให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายใช้อำนาจนั้นๆ เองทุกเรื่องย่อมทำให้การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองเกิดความล่าช้าด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องผ่อนคลายหลักการดังกล่าวข้างต้นให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายสามารถมอบอำนาจให้ผู้ได้บังคับบัญชาเป็นผู้ปฏิบัติงานแทน อันเป็นการลดขั้นตอนในการปฏิบัติงาน ทำให้การดำเนินการเป็นไปด้วยความรวดเร็ว และยังเป็นการแบ่งเบาภาระของผู้ได้บังคับบัญชาให้ไม่ต้องเสียเวลากับงานที่มีลักษณะเป็นเรื่องทั่วๆ ไปไม่ใช่เรื่องสำคัญ หรือเป็นเรื่องที่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนแล้ว เพื่อที่จะได้ใช้เวลาไปทุ่มเทให้กับงานที่มีความสำคัญหรือต้องการการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเป็นพิเศษอย่างเต็มที่ ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ได้บังคับบัญชาได้ฝึกฝนการปฏิบัติงานตลอดจนเรียนรู้การแก้ปัญหาอันจะเกิดขึ้นจากการทำงาน เพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับการดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาในอนาคตด้วย³¹

²⁹ พนม เอี่ยมประจักษ์, “การมอบอำนาจในฝ่ายปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 3 ปีที่ 18, น. 15. (กันยายน 2531).

³⁰ เพ็ญอึ้ง, น. 15.

³¹ ประทาน คงฤทธิศึกษากร, “การมอบอำนาจหน้าที่,” วารสารข้าราชการ, เล่มที่ 6, ปีที่ 20, น. 34 (มิถุนายน 2518).

2.4.3 วัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ

การมอบอำนาจต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ ที่เป็นการอำนวยความสะดวกและตอบสนองความต้องการของประชาชน เพื่อให้การปฏิบัติงานของส่วนราชการสามารถตอบสนองต่อการพัฒนาประเทศและการให้บริการแก่ประชาชนอย่างทั่วถึง

2.5 ความจำเป็นของการมอบอำนาจทางปกครอง

ความจำเป็นที่ต้องมีการมอบอำนาจในทางปกครอง มี 2 ประการหลักๆดังนี้

2.5.1 เหตุผลที่เกี่ยวกับความล่าช้าในการปฏิบัติราชการ

โดยหลักการแล้ว อำนาจเป็นสิ่งที่ไม่ควรจะมอบกันแต่เป็นสิ่งที่ต้องอยู่คู่กับตำแหน่งหรือส่วนราชการนั้นๆ³² แต่เนื่องจากภารกิจของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งส่งผลให้ปริมาณงานมีมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย ในสถานะเช่นนี้การยังคงยึดอยู่กับวิธีคิดแบบเก่าที่ว่าผู้มีอำนาจคือผู้ใช้อำนาจเสมอไป ย่อมนำมาซึ่งปัญหาความล่าช้าในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนาข้อความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจขึ้น เพื่อให้เป็นเครื่องมือของผู้บังคับบัญชาในการกระจายงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของคนบางส่วนให้ผู้ได้บังคับบัญชาเป็นผู้ปฏิบัติงานแทนอันเป็นการลดขั้นตอนในการพิจารณาทำให้การดำเนินการเป็นไปโดยรวดเร็วยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการแบ่งเบาภาระของผู้บังคับบัญชาให้ไม่ต้องเสียเวลากับงานที่มีลักษณะเป็นเรื่องทั่วๆ ไปไม่สู้จะมีความสำคัญ หรือเป็นเรื่องที่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนแล้ว เพื่อที่จะได้ใช้เวลาเหล่านั้นทุ่มเทให้กับงานที่มีความสำคัญหรือต้องการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเป็นพิเศษ อย่างเต็มที่ และอีกด้านหนึ่งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ได้บังคับบัญชาได้ฝึกฝนการปฏิบัติงานตลอดจนเรียนรู้การแก้ปัญหาอันจะเกิดขึ้นจากการทำงานทั้งนี้เพื่อเตรียมพร้อมสำหรับการดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาในอนาคตด้วย³³

2.5.2 เหตุผลเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการตัดสินใจ

นอกจากเหตุผลประการแรกแล้ว ประสิทธิภาพในการตัดสินใจก็เป็นสาเหตุอีกประการหนึ่งของการมอบอำนาจในการปกครอง กล่าวคือ ในกรณีกฎหมายกำหนดให้การตัดสินใจ ในเรื่องใดๆ เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาในระดับสูงในฝ่ายปกครอง มักปรากฏข้อเท็จจริงอยู่เสมอว่าผู้มีอำนาจเหล่านั้นไม่มีโอกาสได้สัมผัสกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเรื่องเหล่านั้นจริงๆ ด้วยสภาพเช่นนี้อาจจะนำมาซึ่งการตัดสินใจที่ผิดพลาดได้ นอกจากนี้ยังปรากฏอีกว่า เพื่อป้องกันความรับผิดชอบ

³² ศิระ ชวนะวิรัช, “กฎหมายปกครองว่าด้วยการปฏิบัติราชการแทน รักษาราชการแทน รักษาการในตำแหน่ง,” วารสารมหาดไทย, ฉบับที่ 53, ปีที่ 5, น. 32 (2524).

³³ ประทาน คงฤทธิศึกษากร, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 36, น. 34.

อันเกิดจากการตัดสินใจผิดพลาด บุคคลเหล่านี้จึงมักตัดสินใจวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ไปโดยอ้างแนวบรรทัดฐานในอดีตของตนโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีที่แปรเปลี่ยนไป การกระทำเช่นนี้ย่อมนำมาซึ่งผลเสียหายแก่การปฏิบัติราชการ ปัญหาดังกล่าวอาจถูกแก้ไขได้ด้วยการมอบอำนาจทางปกครอง กล่าวคือผู้บังคับบัญชาในระดับสูงซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายสามารถมอบอำนาจในเรื่องนั้นๆ ให้แก่องค์กรผู้ปฏิบัติงานระดับล่างที่มีความใกล้ชิดกับข้อเท็จจริงมากกว่า ให้เป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ ไปเอง ด้วยวิธีการเช่นนี้จะทำให้ปัญหาต่างๆ ได้รับการตัดสินใจโดยผู้ที่ทราบและเข้าใจสิ่งที่เกิดขึ้นจริงเป็นอย่างดี ไม่ใช่ตัดสินใจไปโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงอย่างถ่องแท้ ซึ่งย่อมส่งผลในทางเพิ่มประสิทธิภาพในการตัดสินใจให้เป็นไปโดยถูกต้องมากยิ่งขึ้น

ในประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุผลความจำเป็นในการดำเนินภารกิจทางปกครองทำให้เกิดการพัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจทางปกครองขึ้น โดยในระบบกฎหมายอังกฤษมีหลักอยู่ว่า องค์กรประกอบที่จำเป็นของการใช้อำนาจอย่างถูกต้องตามกฎหมายคือ อำนาจนั้นต้องใช้โดยเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งได้รับอำนาจจากรัฐสภาผ่านบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และเจ้าหน้าที่ผู้นั้นย่อมไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นเป็นผู้ใช้แทน เว้นแต่จะมีบทกฎหมายกำหนดไว้แจ้งชัดหรือโดยปริยายให้มีการมอบอำนาจต่อไปได้ หลักการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในชื่อ *delegatus non potest delegare*³⁴

แต่เดิมนั้น หลักนี้ถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดจนทำให้เกิดภาวะไม่เหมาะสมของการบริหารราชการ ซึ่งในทางปฏิบัติโดยปกติแล้วศาลจะยึดถืออย่างเคร่งครัดว่าอำนาจควรใช้โดยองค์กรที่ระบุไว้ในกฎหมาย แม้จะมีการมอบหมายโดยชัดแจ้งจากเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ แต่ศาลก็ยังเห็นว่าสิ่งที่ได้กระทำการโดยผู้รับมอบเป็นการไม่เหมาะสม เสมือนเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ (*ultra vires*) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐสภาย่อมมีเจตนาให้อำนาจถูกใช้โดยเจ้าหน้าที่ซึ่งกฎหมายระบุให้เป็นผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ เท่านั้น³⁵ คำพิพากษาของศาลได้ยืนยันถึงหลักการดังกล่าวในหลายคดี เช่น ในคดี *Ellis v. Dubowski*, (1921) 3 K.B.621 คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์ของเทศบาลได้กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาอนุญาตว่า จะไม่มีการอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์ หากไม่มีใบรับรองของคณะกรรมการเซ็นเซอร์ภาพยนตร์ของประเทศไทย ศาลเห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นไม่มีผลในกฎหมาย เพราะเป็นการมอบอำนาจของตนไปให้แก่ผู้อื่น³⁶ หรือในคดี *Allingham v.*

³⁴ H.W.R. Wade and C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8th edition (New York : Oxford University Press, 2000), pp.315-316. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น.19

³⁵ อภิรติ พงษ์คนตรี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32, น. 55

³⁶ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ มหบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 133-142.

Minister of Agriculture,(1948) 1 All E.R.780 ที่ในระหว่างสงคราม กฎหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรมีอำนาจกำหนดการเพาะปลูกพืชชนิดต่างๆ ในที่ดินของเกษตรกรได้ ศาลเห็นว่า รัฐมนตรีจะมอบอำนาจในการพิจารณากำหนดประเภทพืชที่จะปลูกเช่นนั้นให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้อื่นเป็นผู้พิจารณาแทนไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวนี้จะไม่นำมาใช้ในกรณีมีเหตุผลอันสมควรว่า อำนาจนั้นควรจะมีการมอบออกไปเพราะเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องการความช่วยเหลือในปัญหาทางกฎหมายจากผู้ช่วยของเขา

ข้อรังเกียจของศาลเกี่ยวกับการมอบอำนาจยังคงมีอยู่เป็นเวลานาน จนกระทั่งนำความยุ่งยากมาให้ฝ่ายปกครองจากคำตัดสินในคดีต่างๆ ของศาล อาจสรุปได้ว่า ไม่มีหลักทั่วไปว่า หน้าที่ทางปกครองสามารถมอบอำนาจกันได้และโดยปกติศาลจะไม่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้ หากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ แต่ด้วยเหตุผลความจำเป็นในการดำเนินการทางปกครองในบางกรณีศาลก็อนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้และกรณีดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องทางปกครองแท้ๆ เท่านั้น³⁷ อนึ่ง ในกรณีของอำนาจหน้าที่วินิจัยชี้ขาด (Judicial actions)³⁸ หลัก delegatus non potest delegare จะถูกปรับใช้อย่างเคร่งครัด³⁹ คดีตัวอย่างที่แสดงถึงทัศนคติที่เคร่งครัดดังกล่าวของศาลได้แก่คดี Deneral Medical Council v. U.K.Dental Board, (1936) c.h.14 ซึ่งศาลวินิจัยว่า The General Medical Council ต้องใช้อำนาจในการควบคุมทางวินัยเหนือทันตแพทย์นั้นด้วยตนเอง และไม่สามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการฝ่ายบริหารได้ทั้งๆ ที่ภายใต้

³⁷ Bridge v. R (1953) 1 D.L.R. 305 และ Hooking v. Director of civil Aviation(1957) N. ZLB 929 อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นกรณีของอำนาจหน้าที่ในทางปกครอง การมอบอำนาจก็อาจถูกห้ามอย่างชัดเจนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสม (ความเห็นของ Lord Somervell ในคดี Vine v. National Dock Labour Board(1957)) เพิ่งอ้าง.

³⁸ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการวินิจัยชี้ขาด (Admonostrative Tribunals) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างๆ โดยมีหน้าที่ในการพิจารณาบททวนปัญหาทางกฎหมายของการกระทำทางปกครองว่าได้ดำเนินมาโดยถูกต้องหรือไม่ การวินิจัยคดีปกครองตามกฎหมายนั้นๆ จะต้องเสนอตรงต่อองค์กรนี้จะข้ามขั้นตอนไปฟ้องยังศาลมิได้ ส่วนคำวินิจัยของคณะกรรมการจะสามารถอุทธรณ์ ไปยังศาลปกติได้หรือไม่ก็แล้วแต่กฎหมายนั้นๆ จะกำหนด (ซึ่งในบางกรณีกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจัยของคณะกรรมการเป็นที่สุด) และการใช้อำนาจของคณะกรรมการดังกล่าว มีลักษณะเป็นการวินิจัยชี้ขาดคล้ายกับการดำเนินการของศาล อนึ่ง องค์กรคณะกรรมการวินิจัยชี้ขาด (Administrative Tribunals) อาจมีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน เช่น Board, Court, Committee, Commissionner เป็นต้น. อ้างใน ภูริชญา วัฒนรุ่ง, ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) น. 148-150.

³⁹ Neil Hawke and Neil Parpworth, Introduction to Admonostrative Law, (Great Britain : Brddles Ltd, Guildford and king's Lynn, 1966), p.198. อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 32, น. 63.

The Dentists Act กำหนดไว้แจ้งชัดว่า the council สามารถทำหน้าที่ในการควบคุมทางวินัยโดยผ่านคณะกรรมการดังกล่าวได้ หรือในคดี Barnard v. National Dock Labour Board, (1953) 2 QB 18 ศาลได้วินิจฉัยถึงหลักการเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ภายใต้ The Dock Workers (Regulations) Orders 1947 โดยคณะกรรมการแรงงานท่าเรือแห่งชาติ (Nation Dock Labour Board) ได้มอบอำนาจหน้าที่ในหลายๆ ด้าน ให้แก่คณะกรรมการท้องถิ่น (Local Board) ตามที่ตนมีอำนาจ หนึ่งในอำนาจที่มอบหมายคือ อำนาจตามกฎหมายที่เป็นบทลงโทษ คนงานท่าเรือในลอนดอนกลุ่มหนึ่ง ซึ่งถูกเพิกถอนข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการบรรทุกน้ำตาลดิบ ร้องขอต่อศาลให้แสดงว่าการเพิกถอนดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณะกรรมการท้องถิ่นได้มอบอำนาจในการเพิกถอนข้อโต้แย้งดังกล่าวไปยังผู้จัดการท่าเรือ ศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) วินิจฉัยว่า อำนาจหน้าที่ในการลงโทษเป็นอำนาจหน้าที่ที่วินิจฉัยชี้ขาดโดยเนื้อหา เพราะอำนาจดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล จึงไม่อาจมอบอำนาจได้ โดย Lord Denning MR ผู้พิพากษาในคดีนี้ กล่าวว่า “ในขณะที่อำนาจหน้าที่การปกครอง (โดยแท้) นั้นสามารถมอบอำนาจไปได้ อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดกลับไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ ไม่มีผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวคนใด ที่สามารถมอบอำนาจหน้าที่ของตนได้ เว้นแต่จะสามารถกระทำได้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามที่จำเป็น”⁴⁰

ในประเทศฝรั่งเศส ด้วยเหตุผลจำเป็นอันเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นของภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะ องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายทั้งหมดได้ด้วยตนเอง ดังนั้น กฎหมายปกครองจึงกำหนดความเป็นไปได้สำหรับองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆ ในการมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้ช่วยหรือผู้ใต้บังคับบัญชา ระบบของการมอบอำนาจจึงมีความสำคัญอย่างมากในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ดี การดำเนินการดังกล่าวจะต้องกำหนดได้อย่างชัดเจนในส่วนเกี่ยวกับเงื่อนไข ในกรณีที่สามารถมีการมอบอำนาจได้

2.6 แนวคิดเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ

การให้บริการสาธารณะ (Public Services Delivery) ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้พยายามให้ความหมายไว้ในช่วงแรกของการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะนั้น โดยศาสตราจารย์ ดร.Léon DUGUIT ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ⁴¹ ศาสตราจารย์ Maurice Hauriou นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศสได้ให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะเป็นบริการทางเทคนิค

⁴⁰ เพิ่งอ้าง, น. 83.

⁴¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 32-35.

(le service technique) เพื่อสาธารณะ เป็นบริการที่สมำเสมอและต่อเนื่องเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมโดยองค์กรของรัฐที่มีได้มุ่งหาทำ⁴² ศาสตราจารย์ ชาปู ได้ให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะว่า กิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ให้หรือดูแล และกิจการนั้นเป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์⁴³ จากความหมายของนักวิชาการหลายท่านที่ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะ จึงพอสรุปได้ว่า คำว่า “บริการสาธารณะ” จึงหมายถึงองค์กรที่มีขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน หรือทำให้เกิดความสะดวกสบายในการอยู่ร่วมกันในชุมชน โดยองค์กรดังกล่าวมุ่งเน้นถึงภาระของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการในฐานะรัฐสวัสดิการ (Welfare State) และมีรูปแบบในการจัดทำแตกต่างกันไปตามลักษณะของงานที่องค์กรฝ่ายปกครองนั้นๆ รับผิดชอบ โดยมีกฎหมายรองรับเพื่อประโยชน์ของมหาชน

2.6.1 หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ⁴⁴

โดยทั่วไปกิจกรรมที่จัดว่าเป็นบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะประเภทใดหรือรูปแบบใด ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์เดียวกัน

โดยทางทฤษฎี ไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภท แต่มีหลักเกณฑ์บางประการที่พอจะถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบริการสาธารณะแต่ละประเภทที่แม้จะมีบางอย่างแตกต่างกันแต่ก็มีหลักดังกล่าวแทรกอยู่ภายในหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ Louis Rolland แห่งสำนักกฎหมายเมือง Bordeaux พัฒนาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ 3 ประการ ซึ่งในแวดวงนักกฎหมายมหาชนพากันเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า “กฎหมายของบริการสาธารณะ” หรือ “กฎหมายของ Rolland” ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนำมาใช้กับบริการสาธารณะทุกประเภท

กฎหมายของการบริการสาธารณะ หรือหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยหลัก 3 ประการ ดังนี้⁴⁵

⁴² รังสิกร อุปพงษ์, “ทฤษฎีบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 18, ฉบับที่ 3, น.55 (กันยายน 2531).

⁴³ ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง,” เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โครงการอบรมนิติกรหลักสูตรสัญญาทางปกครอง, (28 กันยายน 2531), น. 58.

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 46, น. 43-54.

⁴⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร :บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555) , น. 85.

1. หลักว่าด้วยความเสมอภาค⁴⁶ (le principe d'égalité) หลักนี้มีผลต่อการบริการสาธารณะเป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยมิได้มุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะเป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน

2. หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง⁴⁷ (le principe de continuité) ของบริการสาธารณะเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (le principe de la continuité de l'Etat) เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ ความต่อเนื่องดังกล่าวไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนตายตัวว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไรอยู่ที่การบริการสาธารณะแต่ละประเภทว่า จะต้องมีการจัดทำอย่างไร เช่น การจัดทำบริการสาธารณะอย่างถาวร การรักษาพยาบาล

3. หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง⁴⁸ (le principe d'adaptation หรือ le principe de mutabilité) การบริการสาธารณะที่ดีจะต้องปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

2.6.2 องค์การผู้จัดทำบริการสาธารณะ⁴⁹

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส บริการสาธารณะส่วนใหญ่รัฐเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำโดยใช้อำนาจภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมารัฐได้เพิ่มวิธีการจัดทำบริการสาธารณะขึ้นโดยจัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐประเภทพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะประเภท และต่อมาเมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่นแบบเต็มรูปแบบ รัฐได้มอบการจัดทำบริการสาธารณะหลายๆ ประเภทให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ และในระยะหลังๆ เมื่อบริการสาธารณะมีมากประเภทขึ้น บางประเภทต้องใช้กำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งเทคโนโลยีระดับสูงมาดำเนินการจัดทำ แต่ด้วยการจัดบริการสาธารณะประเภทดังกล่าว โดยสภาพรัฐไม่

⁴⁶ เพิ่งอ้าง, น. 86.

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น. 89.

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น. 93.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, น. 53-71.

จำเป็นต้องทำเอง จึงเกิดการ “มอบ” จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้แก่เอกชนไปดำเนินการจัดทำ ดังนั้นองค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะจึงแบ่งได้ 2 ประเภท คือ

1. บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ⁵⁰ เป็นการจัดบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐ จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่เมื่อพิจารณาจากสภาพของบริการสาธารณะนั้นแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้ทำ หรือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและมีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั่วประเทศอย่างทั่วถึง

2. บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน⁵¹ เป็นบริการสาธารณะบางอย่างที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ แม้บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำ แต่เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะอย่างสูงสุด หากรัฐพิจารณาเห็นว่าบริการสาธารณะใดเอกชนสามารถจัดทำได้ รัฐก็สามารถมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นได้ เช่น การเข้ามารับสัมปทาน โดยฝ่ายปกครองเป็นผู้มอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเองโดยเอกชนสามารถเก็บค่าใช้บริการจากผู้ใช้บริการกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐนั้นไป

⁵⁰ เพิ่งอ้าง, น. 97.

⁵¹ เพิ่งอ้าง, น. 107.