

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจตามกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย

ในการศึกษาในบทนี้ จะเป็นการศึกษาในเรื่องการบริหารกิจการแผ่นดินของต่างประเทศ และของประเทศไทย ที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจ เพื่อให้เข้าใจถึงการบริหารราชการในต่างประเทศทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) และในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) มีหลักการในเรื่องการมอบอำนาจทางปกครองในลักษณะใด และในประเทศไทยมีหลักการมอบอำนาจในการบริหารราชการอย่างไร เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การมอบอำนาจของหน่วยงานที่จัดตั้งโดยกฎหมาย ไม่อยู่ในการบริหารราชการแผ่นดิน ดังเช่นสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

3.1 มาตรการทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจตามกฎหมายต่างประเทศ

หลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจในต่างประเทศ ทั้งที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) และที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) จะพบว่าหลักการมอบอำนาจโดยทั่วไปจะอยู่ในรูปแบบการบริหารราชการของประเทศนั้นๆ โดยในแต่ละประเทศจะวางแนวทางการมอบอำนาจในรูปแบบต่างๆ ที่แตกต่างกันอยู่ที่หลักการบริหารของแต่ละประเทศ โดยในการศึกษาวิจัยจะนำหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ในเรื่องการมอบอำนาจว่าประเทศที่ใช้ทั้งระบบกฎหมายให้อำนาจ หรือในประเทศที่ใช้แนวทางคำพิพากษาเป็นแบบในการมอบอำนาจของรัฐ มีรูปแบบอย่างไรในเรื่องการมอบอำนาจ

3.1.1 หลักการมอบอำนาจในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ภาพรวมโดยทั่วไปการจัดบริหารกิจการแผ่นดินของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่ใช่เป็นการจัดระเบียบบริหารโดยลำพังคนเดียว การปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ทั่วไปจัดเป็นการแบ่งหน้าที่กันทำระหว่างรัฐซึ่งเป็นองค์กร

ส่วนกลาง กับองค์กรส่วนท้องถิ่นซึ่งอยู่ในรูปนิติบุคคลทำหน้าที่จัดการเกี่ยวกับผลประโยชน์ท้องถิ่นหรือกิจการอื่นที่ฝ่ายนิติบัญญัติถือว่าเป็นผลประโยชน์ระดับท้องถิ่น¹

การรวมอำนาจและการกระจายอำนาจถือเป็นแนวทางเพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองกล่าวคือ การรวมอำนาจ (Centralisation) เป็นการรวมศูนย์การปฏิบัติหน้าที่ทั้งหมดของฝ่ายปกครองที่กระจายอยู่ทั่วพื้นที่ของประเทศมาไว้ในมือของรัฐส่วนกลางครั้งนี้บรรดาหน่วยงานทางปกครองที่กระจายอยู่ตามพื้นที่ที่จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาโดยหน่วยงานกลาง ในทางตรงกันข้ามการกระจายอำนาจ (Décentralisation) ถือว่าขัดแย้งกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของหลักการรวมอำนาจต่างๆ โดยสงวนภาระหน้าที่ในการใช้อำนาจอย่างเป็นอิสระตามความจำเป็นให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฉะนั้นจึงต้องมาคู่กันถึงลักษณะทางกฎหมายของหลักการทั้ง 2 ประเภทนี้ก่อนแล้วจึงจะไปดูความหมายทางนโยบายทางการเมืองการปกครองของหลักการทั้งสองและท้ายที่สุดจึงจะไปดูสถานการณ์ปัจจุบันของฝรั่งเศสเกี่ยวกับการใช้หลักการแต่ละประเภทนั้น²

3.1.1.1 หลักทั่วไปของการรวมอำนาจและการกระจายอำนาจ

หลักการแต่ละหลักการนี้ไม่ได้เกิดขึ้นจากการกฎหมายแต่เกิดจากการดำเนินนโยบายของฝ่ายปกครองมากกว่า หลักการเหล่านี้เป็นแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์การปกครองโดยรัฐธรรมนูญและเกี่ยวข้องกับความจำเป็นในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ หลักการทั้งสองประการนี้ไม่ได้มีการแบ่งแยกกันอย่างชัดเจนและเด็ดขาดหากแต่มีลักษณะเป็น “แนวทาง” สองแนวทางที่มีพัฒนาการทั้งในทางเนื้อหาและวิธีดำเนินการของตนเอง อย่างไรก็ตามเนื่องจากหลักการแต่ละประเภทมีรูปแบบการปรากฏตัวในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องแยกประเภทของหลักการดังกล่าวในแง่มุมทางกฎหมายให้ชัดเจน

1. หลักการรวมอำนาจ (La centralisation)

หลักการรวมอำนาจมีนัย 2 นัย คือ นัยแรก หมายถึงแนวทางการจัดการกับปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรส่วนกลางกับบรรดาองค์กรท้องถิ่น ส่วนนัยที่สอง หมายถึงวิธีการจัดระเบียบการบริหารกิจการของรัฐ

ก.หลักการรวมอำนาจที่ใช้บังคับกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ภายใต้รูปแบบที่เคร่งครัดในทางกฎหมายแล้ว หลักการรวมอำนาจไม่ยอมรับการปกครองโดยองค์กรส่วนท้องถิ่น

¹ สุรพล นิธิไกรพนธ์, ประสาท พงษ์สุวรรณ, นันทกุล พันธุ์คำ, นพรัตน์ อุดมโชคมงคล, ยศศักดิ์ เมนะทัต, สุริย์ เผ่าสุชาวาร์, และตรีทศ นิโครธางกูร, “หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส,” (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.296.

² เพิ่งอ้าง, น. 297.

และถือเป็นนิติบุคคลมหาชนเพียงองค์กรเดียวที่สามารถมีงบประมาณและบุคลากรเป็นของตนเอง เพื่อตอบสนองความต้องการที่เป็นประโยชน์ระดับชาติ ทั้งนี้ไม่รวมถึงกรณีการจัดการปกครองส่วนภูมิภาคที่มีการขยายตัวมากขึ้นในระยะหลัง อย่างไรก็ตาม จะต้องไม่สับสนระหว่างการปกครองส่วนภูมิภาคซึ่งเป็นเพียงการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐส่วนกลางในพื้นที่ต่างๆ ทั่วประเทศโดยมีการแบ่งหน้าที่กันทำระหว่างเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางนั้นเอง กับการปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นเรื่องของบุคลากรในท้องถิ่นที่มีอยู่ก่อนแล้วนั้นบริหารงานกันเองและมีสถานะทางกฎหมายโดยตัวเอง ฉะนั้น ระบบการรวมอำนาจส่วนๆ จะประกอบด้วยเขตพื้นที่ทางภูมิภาคต่างๆ แต่จะไม่รวมถึงบรรดาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายด้วย

ในทางปฏิบัติการรวมอำนาจต้องประสบกับอุปสรรคในความเป็นจริง เช่น จากการมีอยู่ระบบเทศบาล (Commune) ซึ่งเกิดจากประวัติศาสตร์ที่ยาวนานตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ก่อนการปฏิวัติครั้งใหญ่ของฝรั่งเศสในปี 1789 และเป็นระบบการปกครองที่ไม่อาจปฏิเสธการมีอยู่ได้ รัฐส่วนกลางจึงยอมให้เมืองปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับเทศบาลในรูปนิติบุคคลที่มีความต้องการเป็นของตนเองและมีแหล่งทรัพยากรเฉพาะเป็นพิเศษ แต่รัฐจะเป็นผู้เลือกและสั่งการบรรดาเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบบริหารเทศบาลนั้นเองอันเป็นปรากฏการณ์ของระบบการปกครองในสมัย Louis XVIII ซึ่งถือหรือเป็นระบบการปกครองที่เป็นการรวมศูนย์อำนาจมากที่สุดของฝรั่งเศสกล่าวคือ เทศบาลในสมัยนั้นได้รับการยอมรับให้เป็นนิติบุคคลอิสระแต่บริหารงานโดยเจ้าหน้าที่ในเทศบาล ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากอำนาจส่วนกลางซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจของส่วนกลางอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้บรรดามาตรการต่างๆ ที่ไปขยายขอบเขตภารกิจของรัฐส่วนกลางเมื่อเทียบกับกิจการขององค์กรส่วนท้องถิ่นและบรรดามาตรการต่างๆ ที่เพิ่มอำนาจสั่งการของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรส่วนท้องถิ่นได้ทำให้ระบบการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลางมีความเข้มแข็งขึ้นโดยตลอด³

ข. การรวมอำนาจถือเป็นระบบการจัดระเบียบบริหารกิจการส่วนกลาง ทั้งนี้ ถือเป็นมุมมองอีกแง่หนึ่งเพิ่มเติมจากมุมมองแรกที่เห็นว่าการรวมอำนาจเป็นหนทางในการจัดการปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรส่วนกลางกับบรรดาองค์กรส่วนท้องถิ่น การปกครองส่วนกลางมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามสายการบังคับบัญชาโดยเคร่งครัด อำนาจการตัดสินใจจะรวมศูนย์อยู่ในชั้นสูงสุดของสายการบังคับบัญชา นั่นคือ อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีชั้นการบังคับบัญชาลำดับรองลงมาจะเป็นเรื่องของการสั่งการต่อและการปฏิบัติการ กล่าวคือเป็นการสั่งการต่อไปยังเขตพื้นที่ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การปฏิบัติการตามคำสั่ง หรือในทางกลับกันคือ การนำเสนอปัญหาของแต่

³ เฟิ่งอ๊าง, น. 298.

ละพื้นที่ไปยังรัฐมนตรีเพื่อตัดสินใจสั่งการ ดังนั้น โดยหลักการรวมอำนาจนั้นเจตนารมณ์ของรัฐส่วนกลางที่ตัดสินใจโดยองค์กรสูงสุดก็สามารถนำไปสู่การปฏิบัติการในทุกพื้นที่ของประเทศได้⁴

ค.รูปแบบของการรวมอำนาจที่เรียกว่า “การแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาค (déconcentration)” โครงสร้างที่เพิ่งกล่าวถึงดังกล่าวข้างต้นไม่ได้มาจากเป็นหลักการทฤษฎีและระบบการปกครองที่สร้างขึ้นมาในช่วง I'am VIII โดยนโปเลียน โบนาปาร์ตมีลักษณะเช่นที่กล่าวมาอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมักมีความยืดหยุ่นในการนำเอาหลักการดังกล่าวมาใช้เสมอ โดยการให้อำนาจบางประการแก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่จัดพิจารณาตัดสินใจปัญหาที่ไม่จำเป็นต้องส่งไปให้รัฐมนตรีตัดสินใจ การถ่ายโอนอำนาจการตัดสินใจจากผู้บังคับบัญชาสูงสุดไปให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในแต่ละเขตพื้นที่นี้เรียกว่า การแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาค (déconcentration) ซึ่งยังคงเป็นกรณีที่รัฐเป็นผู้ตัดสินใจ เพียงแต่ผู้ที่ตัดสินใจนั้นอยู่ในท้องถิ่นไม่ใช่อยู่ที่เมืองหลวงซึ่ง Odilon Barrot เคยกล่าวไว้ว่า “เป็นหมอนอันเดียวกันที่หุบ เพียงแต่เราตัดด้ามค้อนให้สั้นลง”

อย่างไรก็ตาม จะต้องไม่เข้าใจความหมายของคำว่า “การแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาค (déconcentration)” ปะปนกับคำว่า “การกระจายที่ตั้งของหน่วยงาน (délocalisation)” ซึ่งเพิ่งจะปรากฏขึ้นมาในคำศัพท์ทางปกครอง คำว่า “การกระจายที่ตั้งของหน่วยงาน” จะประกอบด้วยการโยกย้ายหน่วยงานจำนวนหนึ่งที่มีอำนาจปกครองส่วนกลางไปไว้ในนอกเมืองหลวง ไม่ว่ากิจกรรมของรัฐบาลจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ระดับชาติหรือระดับท้องถิ่นหรือไม่ก็ตาม ก็ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องตั้งหน่วยงานกลางไว้ในเมืองหลวงเท่านั้น ตัวอย่างที่รู้จักกันดีสำหรับแนวปฏิบัติดังกล่าวก็คือการย้ายวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ(L'E.N.A.) บางส่วนไปไว้ที่เมืองสตาร์สบูร์ก ซึ่งแนวทางการปฏิบัติดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับแนวนโยบายในการกระจายความเจริญไม่เกี่ยวกับเนื้อหาทางกฎหมายแต่อย่างใด

2. หลักการกระจายอำนาจ (La décentralisation)

คำว่า “การกระจายอำนาจ(décentralisation)” มีนัยที่คลุมเครือกว่าคำในภาษาต่างประเทศที่มีความหมายนัยเดียวกัน (เช่น คำว่า “selbstverwaltung” ตามกฎหมายเยอรมัน ที่มีความหมายตามตัวอักษรว่า “อำนาจในการปกครองตนเอง” หรือคำว่า “local government” ในประเทศแองโกลแซกซอน) คำว่า “การกระจายอำนาจ” มีเหตุผลเพียงการไม่ให้อำนาจตกอยู่กับองค์กรปกครองส่วนกลางของรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงเนื้อหาที่แท้จริงของคำคำนี้⁵

⁴ เพิ่งอ้าง.

⁵ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57, น. 298.

ก.การกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

1.เนื้อหาของการกระจายอำนาจ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ

(1) ก่อนอื่นต้องแบ่งแยกให้ได้ว่าการสนองตอบความต้องการขั้นพื้นฐานของประชาชนฝ่ายปกครองนั้น อาจแยกความต้องการของประชาชนทั้งหมดของประเทศ (เช่น ประชาชนทุกคนต้องการได้รับการปกป้องเมื่อเกิดสงคราม) ออกจากความต้องการเฉพาะเจาะจงของชุมชนใดชุมชนหนึ่ง (เช่น การต่อท่อส่งน้ำเข้าหมู่บ้าน หรือการจัดรถประจำทางขนส่งคนระหว่างสถานีรถไฟกับใจกลางเมืองนั้นๆ เป็นต้น) ฉะนั้น การแบ่งแยกระหว่างเรื่องต่างๆ ที่อยู่ในประเภท “กิจกรรมระดับท้องถิ่น” และ “กิจกรรมระดับชาติ” เป็นความจำเป็นเบื้องต้นในการกระจายอำนาจ

(2) เงื่อนไขประการที่สอง คือ การยอมรับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นนิติบุคคลจะทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระทางการเงิน ทั้งนี้ หากปราศจากอิสรภาพทางการเงิน (การไม่มีงบประมาณเป็นของตนเอง หรือการไม่มีเสรีภาพในการใช้จ่ายงบประมาณ) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะไม่สามารถบริหารกิจการของตนเองได้เลย

แม้เงื่อนไขทั้ง 2 ประการดังกล่าวจะมีความจำเป็น แต่ก็ยังไม่เพียงพอดังที่กล่าวมาแล้วว่า รัฐสามารถที่จะเข้าไปจัดการกิจการท้องถิ่นได้โดยใช้อำนาจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเข้าไปดูแลและให้บุคคลในองค์กรนี้ขึ้นโดยตรงต่อรัฐ ซึ่งในกรณีนี้ก็ยังคงถือว่าการจัดกิจการระดับท้องถิ่นแบบรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง การกระจายอำนาจที่แท้จริงจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อองค์กรที่จัดการกิจการท้องถิ่นนั้นถือกำเนิดมาจากชุมชนไม่ใช่จากรัฐ และองค์กรนั้นมีอิสระในการบริหารงานโดยไม่ขึ้นตรงต่อรัฐ ในทางปฏิบัติในยุคปัจจุบัน การกระจายอำนาจจะต้องประกอบด้วยการเลือกตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยชุมชนนั้นๆ เองแทนที่จะเป็นการแต่งตั้งจากอำนาจส่วนกลาง

2. นิยาม จะถือได้ว่าการกระจายอำนาจเมื่อกฎหมายบัญญัติให้องค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งจากชุมชนใดชุมชนหนึ่งมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับกิจการของท้องถิ่นทั้งหมดหรือบางส่วน ดังนั้น จึงเห็นความแตกต่างระหว่างการกระจายอำนาจกับการลดการกระจุกตัวของอำนาจ (หรือการแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาค) ในระบบการแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาคนั้น การทำคำสั่งยังคงอยู่ในนามของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐคนใดคนหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในพื้นที่ (เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือ préfet) กระทำการแทนผู้บังคับบัญชาสูงสุด (ซึ่งปกติก็คือรัฐมนตรี) แต่ในการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นนั้น คำสั่งดังกล่าวไม่ได้ออกในนามของรัฐ และมีได้กระทำเพื่อประโยชน์ระดับชาติโดยเจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่ง และคำสั่งนั้นจะออกในนามและเพื่อประโยชน์ของชุมชนท้องถิ่นหนึ่งและโดยองค์กรที่ถึงกำเนิดมาจากชุมชนนั้นๆเอง แต่กระบวนการปกครองทั้ง 2 ประเภท ที่กล่าวมานั้น แม้จะมีวิถีทางที่ต่างกันแต่ก็มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน คือการให้ฝ่ายปกครองได้ใกล้ชิดกับประชาชนด้วยเหตุนี้เองรัฐบัญญัติลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1992 จึงได้พยายาม

ทำให้กระบวนการทั้ง 2 กระบวนการนี้มีความใกล้เคียงกันยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ในแง่ของกฎหมายแล้ว ความแตกต่างระบบระหว่างกระบวนการทั้ง 2 ประเภทนี้ก็ยังคงมีอยู่อย่างมาก

3. รูปแบบ มาตรการทุกชนิดอาจมีความแตกต่างกันในแง่ของระดับความสามารถมากน้อยของการกระจายอำนาจ ระบบการเลือกตั้งอาจนำมาใช้แก่ทุกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือใช้เพียงกับบางองค์กรก็ได้ กิจกรรมที่อยู่ในอำนาจรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจมีขอบเขตกว้างแคบมากน้อยต่างกันออกไป องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจได้รับหรือมีเครื่องมือในการบริหารให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้มากน้อยต่างกันออกไป และท้ายที่สุด การควบคุมของรัฐที่ยังคงมีอยู่เหนือองค์กรเหล่านี้อาจมีความความเข้มงวดหรือยืดหยุ่นมากน้อยแตกต่างกัน

4. ข้อจำกัด อย่างไรก็ตาม หลักการกระจายอำนาจก็มีข้อจำกัดบางประการภาพชุมชนท้องถิ่นมีอิสระเกินขอบเขต อาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนท้องถิ่นและรัฐอาจจะไม่ได้จัดอยู่ในลักษณะของการกระจายอำนาจ ซึ่งเป็นระบบการปกครองของรัฐเดี่ยวอีกต่อไป หากแต่อาจกลายเป็นรูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐไปก็ได้ ในระบบสหพันธรัฐชุมชนที่ประกอบด้วยรัฐจะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ชุมชนเหล่านั้นจะเป็นผู้กำหนดรูปแบบของการจัดองค์กรภายในของตนด้วยตนเอง แต่ในระบบรัฐเดี่ยวที่มีการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นนั้น สถานะของชุมชนดังกล่าวจะถูกกำหนดในกฎหมายและชุมชนจะไม่มีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการจัดองค์กรที่กำหนดไว้ในกฎหมายหนึ่ง ดังเช่นได้เคยมีกรณีที่สภาแห่งรัฐได้เพิกถอนมติของเทศบาลที่ได้จัดตั้งองค์กรหนึ่งชื่อว่า “คณะมนตรีปกครอง” อันเป็นองค์กรที่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย⁶ และได้ยกเลิกมติเทศบาลที่ได้จัดการให้มีการทำประชามติเรื่องใดเรื่องหนึ่งอันอยู่ในอำนาจของคณะเทศมนตรี⁷ แต่ในทางตรงกันข้าม สถานะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยอำนาจส่วนกลางได้เสมอ อีกประการหนึ่งในสหพันธรัฐนั้นชุมชนที่เป็นส่วนประกอบของสหพันธรัฐเป็นผู้ร่วมใช้อำนาจส่วนกลางโดยแท้จริง ซึ่งตรงกันข้ามกับรัฐเดี่ยวที่ใช้ระบบการกระจายอำนาจ ประการต่อมา ก็คือ อำนาจของชุมชนในสหพันธรัฐอาจรวมไปถึงเรื่องทางนิติบัญญัติและตุลาการ แต่ในรัฐเดี่ยวแบบกระจายอำนาจนั้น ชุมชนจะมีความเป็นเอกเทศก็เฉพาะเท่าที่เกี่ยวกับการปกครองเท่านั้น และประการสุดท้ายในสหพันธรัฐต้องถือว่าสมาชิกของสหพันธรัฐยังคงมีอำนาจอธิปไตยอยู่เต็มเปี่ยมในเรื่องที่รัฐธรรมนูญถือว่าอยู่ในอำนาจของเขา ตรงกันข้ามกับในรัฐเดี่ยวแบบกระจายอำนาจซึ่ง

⁶ อ้างในปี 28 Oct.1932, Lafitte, D.1933, III, p.65.

⁷ อ้างในปี 7 avril 1905, C^{ne} d'Aigra, Rec.p.345.

ชุมชนที่ได้รับอำนาจปกครองท้องถิ่นยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ รัฐยังคงตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของชุมชนอยู่เสมอ⁸

การนำเอาระบบการปกครองทั้งสองมาเปรียบเทียบกันนี้ จะต้องไม่ลืมว่ายังคงมีสถานการณ์ที่อยู่ในระยะเปลี่ยนผ่าน ซึ่งยากจะบอกได้ว่าเป็นการกระจายอำนาจ หรือเป็นระบบสหพันธรัฐกันแน่ยกตัวอย่าง เช่น สถานะของท้องถิ่นบางท้องถิ่นในอิตาลีและสเปน และต้องไม่ลืมอีกเช่นกันว่าทั้ง 2 ระบบนี้มีแนวคิดที่สอดคล้องกันอยู่ประการหนึ่งก็คือแนวคิดที่จะไม่ยอมให้อำนาจไปกระจุกตัวรวมศูนย์กลางอยู่ที่ส่วนกลางทั้งหมด ทั้ง 2 รูปแบบมุ่งหมายที่จะประนีประนอมความจำเป็นของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของชาติกับการเคารพในความเป็นอิสระชุมชนที่เป็นส่วนประกอบของรัฐ

ข. การกระจายอำนาจที่นำมาใช้กับการปกครองของรัฐ

โดยหลักแล้ว คำว่าการกระจายอำนาจนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับชุมชนท้องถิ่นเป็นส่วนใหญ่ แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่ามีมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการกระจายอำนาจได้ถูกนำมาใช้เพื่อลดการกระจุกตัวของอำนาจปกครองของรัฐเช่นเดียวกัน กล่าวคือ มีงานบริการบางประเภทที่มีลักษณะจำเพาะ เนื่องมาจากวัตถุประสงค์หรือเนื่องมาจากโครงสร้างทำให้งานบริการนี้ไม่ค่อยอยู่ภายใต้สายการบังคับบัญชา หน่วยงานเหล่านี้จะมีความเป็นนิติบุคคลและมีกองทรัพย์สินรวมไปถึงมีหน่วยงานที่จะทำหน้าที่กำกับดูแลการกระทำของตนเอง หน่วยงานที่กำกับดูแลเหล่านี้จะมีความเป็นเอกเทศในบางประการ เช่น หน่วยงานชั้นสูงขึ้นไปจะควบคุมดูแลเฉพาะการกำกับดูแลเหมือนกับการควบคุมการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยปกติแล้วหน่วยงานบริการเหล่านี้จะมีสถานะเป็น องค์กรมหาชน (établissement public) วิธีการนี้มักจะรู้จักกันในชื่อว่า “การกระจายอำนาจตามชนิดของงานบริการ” ซึ่งเป็นการให้ชื่อที่มีวัตถุประสงค์ทั้งในแง่ถึงความใกล้เคียงและความแตกต่างกับ “การกระจายอำนาจตามขอบเขตพื้นที่” กล่าวคือแล้วความคล้ายคลึงจะมีอยู่ แต่ต้องไม่ลืมว่าหลักการทั้งสองชนิดนี้มีลักษณะแตกต่างกัน เช่น ระบบการเลือกตั้งนั้น แม้จะมีความสำคัญและเป็นหลักในการปกครองแบบกระจายอำนาจตามเขตพื้นที่ แต่ระบบการเลือกตั้งกลับนำมาใช้ไม่มากและถือว่าเป็นข้อยกเว้น หากจะนำมาใช้ในการหาผู้บริหาร “องค์กรมหาชน” ทั้งนี้ เป็นเพราะหน่วยงานของรัฐไม่ค่อยจะมีสถานะเหมือนกับชุมชนท้องถิ่นที่เคยมีอยู่ก่อนการเกิดขึ้นขององค์กรมหาชน ก็เป็นเพียงความจำเป็นที่จะต้องมีกระบวนการทางกฎหมายที่สามารถนำมาใช้เพื่อให้การบริหารงานบริการสาธารณะนั้นสามารถปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเท่านั้น

⁸ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57, น. 300.

3.1.1.2 การควบคุมทางปกครองในระบบการปกครองแบบรวมอำนาจสู่ส่วนกลางและในระบบการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น

การควบคุม (contrôle) และการกำกับดูแล (tutelle) การปกครองแบบรวมอำนาจสู่ส่วนกลางและการปกครองแบบกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นจะต้องมีการควบคุมจากผู้บังคับบัญชาต่อการกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบเสมอแต่รูปแบบและวิธีการในการควบคุมซึ่งยังแตกต่างกันอยู่ทำให้การปกครองทั้งสองระบบมีความแตกต่างกันไปด้วย การปกครองแบบรวมอำนาจนั้นมีการควบคุมที่เรียกว่า “การควบคุมตามสายบังคับบัญชา” แต่การปกครองแบบกระจายอำนาจเป็น “การควบคุมแบบกำกับดูแล” ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะยกเลิกคำศัพท์คำว่า “การกำกับดูแลทางปกครอง” ทั้งนี้ ก็จะเห็นได้ว่าเป็นการไม่ถูกต้องที่จะถึงว่ามีการกำกับดูแลทางแพ่ง (หรือการอภิบาลผู้ไร้ความสามารถ) ด้วย (la tutelle de droit civil) หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกำกับดูแลทางปกครองกับการกำกับดูแลทางแพ่งนั้นไม่เกี่ยวข้องกันเลย เพียงแต่ชื่อคล้ายกันเท่านั้น การกำกับดูแลทางปกครองไม่ใช่การนำเอาการกำกับดูแลทางแพ่งมาใช้ในทางกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด องค์กรส่วนท้องถิ่นไม่ใช่ผู้ไร้ความสามารถไม่เหมือนกับบุคคลที่ไร้ความสามารถที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลทางแพ่ง (ระบบการอุปการ) ดังนั้นรัฐธรรมนูญปี 1946 มาตรา 88 จึงเลือกที่จะใช้คำว่า “การควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยวิธีทางปกครอง (contrôle administrative des collectivités locales)” โดยนัยเดียวกันรัฐธรรมนูญลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 มาตรา 72 ก็ใช้คำว่าให้เจ้าหน้าที่ตัวแทนของรัฐบาลในแต่ละจังหวัดมีอำนาจใน “การควบคุมโดยวิธีทางปกครอง” และรัฐบัญญัติลงวันที่ 2 มีนาคม 1982 ได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ 2 บท คือ “การยกเลิกการกำกับดูแลทางปกครอง” และ “การยกเลิกการกำกับดูแลทางการเงิน” ดังนั้น คำว่าการกำกับดูแลทางปกครองจึงหายไปจากคำศัพท์ทางการอย่างไรก็ดียังต้องรักษาไว้ซึ่งแนวคิดหรือแม้กระทั่งคำศัพท์ที่เคยใช้มาทั้งนี้เพราะคำว่า “การควบคุม” เฉยๆ นั้นเป็นคำที่ไม่ชัดเจนและกว้างจนกระทั่งไม่มีความหมายใดๆ ในทางกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องใช้คำศัพท์ที่เคยใช้มาในอดีต คือการแยกระหว่างการควบคุมสายการบังคับบัญชาและการควบคุมแบบกำกับดูแล ซึ่งทั้ง 2 คำนี้จะหมายถึงกลุ่มความประพฤติ 2 กลุ่มที่แตกต่างกันในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนอื่นๆ⁹

1. การควบคุมตามสายบังคับบัญชา

ในการปกครองแบบรวมศูนย์ ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือนิติกรรมที่ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำอย่างมาก ผู้บังคับบัญชาสามารถมีอิทธิพลเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาผ่านทางกำหนัดแนวทางปฏิบัติ (instructions) หรือแม้แต่การออกเป็นคำสั่งโดยตรง ผู้บังคับบัญชามีอำนาจแก้ไข

⁹ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, *อ้าวแล้ว เจริญรอต* ที่ 57, น. 301.

เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคำสั่งของผู้ได้บังคับบัญชาไม่ใช่แต่เฉพาะเมื่อเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ยังรวมไปถึงเมื่อผู้บังคับบัญชาเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ควรทำขึ้นด้วย อย่างไรก็ตามอำนาจดังกล่าวอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหลายประการเช่นกัน นอกจากนี้ผู้บังคับบัญชายังมีอำนาจดังกล่าวข้างต้นโดยอัตโนมัติโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้อำนาจไว้ทั้งนี้เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ได้มาพร้อมกับสถานะและการดำรงตำแหน่งผู้บังคับบัญชาในสายบังคับบัญชา และแม้แต่การจัดระบบการปกครองส่วนภูมิภาคก็กระทบต่ออำนาจบังคับบัญชาดังกล่าวเพียงเล็กน้อยเท่านั้น เพราะแม้จะมีการใช้ระบบที่มุ่งลดการกระจุกตัวของอำนาจก็ตามแต่ผู้ได้บังคับบัญชาในระบบการกระจายรวมการรวมศูนย์อำนาจก็ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจและการควบคุมของผู้บังคับบัญชาในส่วนกลางอยู่นั่นเอง¹⁰

2. การควบคุมโดยการกำกับดูแล

ก. ลักษณะทั่วไป เป็นการควบคุมโดยรัฐเหนือองค์กรส่วนท้องถิ่นภายใต้ขอบเขตกฎหมายบางประการ

(1) เป็นการควบคุมประเภทหนึ่งเป็นที่ทราบแล้วว่าการกระจายอำนาจไม่ได้ทำให้รัฐหมดอำนาจควบคุมลง ซึ่งเป็นข้อแตกต่างจากระบบสหพันธรัฐที่รัฐต้องรักษาความเป็นหนึ่งเดียวทางการเมืองและสอดคล้องการเคารพกฎหมายเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ขององค์กรส่วนท้องถิ่นเพื่อไม่ให้องค์กรส่วนท้องถิ่นได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ผิดพลาดของผู้บริหารท้องถิ่น และคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชน ก็คือในบางกรณีเอกชนต้องการการปกป้องจากรัฐต่อการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

(2) เป็นการควบคุมกำกับดูแล ซึ่งโดยปกติก็เป็นหน้าที่เฉพาะของรัฐเท่านั้นดังเช่นที่รัฐบัญญัติลงวันที่ 2 มีนาคม 1982 ได้ห้ามมิให้มีการให้ท้องถิ่นหนึ่งไปกำกับดูแลอีกท้องถิ่นหนึ่ง แต่ก็อาจจะพบว่าการกำกับดูแลเช่นนี้อยู่บ้างในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้แก่เทศบาล จังหวัด และท้องถิ่น หรือภูมิภาค กับบรรดาองค์การมหาชนที่รับผิดชอบในการบริการสาธารณะที่จัดตั้งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหล่านั้น

(3) โดยปกติการควบคุมกำกับดูแลจะเป็นการควบคุมนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นอย่างไรก็ดีได้มีการนำคำจากเดียวกันนี้ไปใช้ในความหมายความหมายว่าเป็นการควบคุมนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่รับผิดชอบในงานบริการสาธารณะด้วย (เช่นกันเช่นสำนักงานกองทุนเพื่อสวัสดิการสังคมหรือ CAFF และอื่นๆ)

(4) อย่างไรก็ตาม การควบคุมประเภทนี้จะต้องมีความสอดคล้องกลมกลืนกับเสรีภาพของท้องถิ่นด้วย มิฉะนั้นการควบคุมนี้ก็จะเป็นการทำลายเสรีภาพที่รัฐยอมรับต่อองค์กรปกครอง

¹⁰ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 57*, น. 302.

ส่วนท้องถิ่น ดังนั้น การควบคุมชนิดนี้จึงต่างไปจากการควบคุมตามสายบังคับบัญชาอย่างสิ้นเชิงเลยทีเดียว เพราะในระบบรวมศูนย์อำนาจหลักก็คือว่า องค์กรที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาต้องอยู่ภายใต้การควบคุมเสมอและการควบคุมนี้ย่อมมีอยู่แม้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดไว้ก็ตาม และยิ่งไปกว่านั้นการควบคุมจะเป็นแบบเต็มรูปแบบ คือระดับควบคุมนิติกรรมขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ใต้บังคับบัญชาในทุกแง่มุมและสามารถจะยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้เต็มที่ ในทางตรงกันข้ามกรณีที่จะใช้ระบบการกระจายอำนาจนั้น หลักก็คือองค์กรส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระส่วนการควบคุมถึงเป็นข้อยกเว้น ฉะนั้นในการควบคุมจึงต้องมีบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจไว้ และระบบขององค์กรที่จะมาใช้อำนาจควบคุมในนามของรัฐ และจะต้องระบุขอบเขตของการควบคุมว่าจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายหรือจะควบคุมการใช้ดุลพินิจ และจะต้องระบุกระบวนการในการควบคุมด้วย การควบคุมแบบกำกับดูแลและไม่มีทางเกินเลยไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ และหากกรณีใดเป็นเรื่องนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติแล้วองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีเสรีภาพในส่วนนั้น แนวคิดนี้เป็นที่มาของวลีที่รู้จักกันมานานแล้วว่า “ไม่มีการกำกับดูแลโดยปราศจากตัวบทกฎหมายและ ไม่มีการกำกับดูแลที่เกินเลยไปจากตัวบทกฎหมาย”¹¹ (Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes)

ข. องค์กรกำกับดูแล โดยหลักแล้วอำนาจในการกำกับดูแลเป็นอำนาจของรัฐเสมอโดยปกติการควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นตัวแทนของรัฐในการบริหารงานส่วนภูมิภาค กล่าวคือโดยปกติการควบคุมจะมอบให้เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรองผู้ว่าราชการจังหวัด นอกจากนี้ รัฐบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 2 มีนาคม 1982 ได้ให้บทบาทอย่างมากแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดและรองผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับองค์กรมหานชนั้น การกำกับดูแลจัดเป็นอำนาจของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องซึ่งมักจะเรียกกันว่ารัฐมนตรีผู้กำกับดูแลแต่ในบางครั้งรัฐมนตรีการคลังจะต้องมีส่วนร่วมด้วย หรือในบางกรณีเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งสูงกว่าอาจจะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น บางมาตรการต้องออกเป็นรัฐกฤษฎีกาซึ่งออกโดยคณะรัฐมนตรี จะเห็นต่อไปว่าการปกครองอาจต้องมีบทบาทเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยในบางกรณีก็ได้ ในบางครั้งกฎหมายยังมอบอำนาจในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้แก่องค์กรหนึ่งที่เป็นหน่วยงานทางปกครองเอง เพื่อให้ไปควบคุมองค์กรปกครองตนเองอีกองค์กรหนึ่งที่อยู่ในระดับรองลงมา แต่ทั้งนี้วิธีการนี้เป็นเพียงข้อยกเว้นของหลักทั่วไปเท่านั้น

ค. กระบวนการในการควบคุมแบบกำกับดูแล อาจใช้อำนาจกำกับดูแล อาจทำได้โดยใช้มาตรการควบคุมหลายหลายชนิด ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่เหมาะสมที่สุดมาใช้ โดยคำนึงถึงระดับความเป็นเอกภาพในการปกครองตนเองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมุ่ง

¹¹ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 57*, น. 303.

จะมอบให้แก่นิติบุคคลที่เกี่ยวข้อง มาตรการเหล่านี้อาจเป็นการกำกับดูแล หรือบุคคลที่อาจเป็นเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองตนเองหรืออาจเป็นการกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวกับการทำคำสั่ง หรือเป็นการกำกับดูแลเกี่ยวกับวิธีการบังคับให้เป็นไปตามการสั่งการก็ได้

(1) การกำกับดูแลเนื้อตัวบุคคล แม้ว่าบุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้รับ การเลือกตั้งมาก็ตามแต่รัฐย่อมมีสิทธิที่จะสงวนอำนาจในการควบคุมทางวินัยไม่ว่าจะเป็นการออก มาตรการชั่วคราว (การสั่งให้พักหน้าที่) หรือเป็นมาตรการถาวร (การถอดถอนนายกเทศมนตรีหรือ การยุบสภาเทศบาล) แปลอำนาจนี้จะมีขอบเขตจำกัดเสมอ กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวจะต้องทำ ตามกระบวนการวิธีที่ระบุไว้อย่างละเอียด และบางครั้งเป็นกระบวนการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด (เช่น การออกกฎหมายโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อยุบสภาเทศบาลเป็นต้น) และการออกมาตรการดังกล่าวก็ จะถูกควบคุม ในแง่เนื้อหาสาระ ด้วยกฎหมายจะบัญญัติว่ามาตรการดังกล่าวจะออกได้โดยเหตุใด และประการสุดท้าย จะต้องมีการป้องกันการมีวัตถุประสงค์ให้ผู้เข้ามารับตำแหน่งแทนอย่าง รวดเร็ว และเพื่อให้ในระหว่างที่มีการผลัดเปลี่ยนตำแหน่งการบริหารงานของนิติบุคคลนั้นยังคง ดำเนินไปได้ด้วยดี

(2) การกำกับดูแลเนื้อหาสิ่งต่างๆ การกำกับดูแลประเภทนี้มีความสำคัญมานานและ ย่อมเป็นการกำกับดูแลทั้งในด้านดุลยพินิจตามความเหมาะสมในการออกคำสั่ง (*contrôle d'opportunité*) และในแง่ของความชอบด้วยกฎหมาย (*contrôle de légalité*) ในส่วนที่เกี่ยวกับการ ควบคุมรูปแบบนั้น อาจจัดแบ่งประเภทกระบวนการในการควบคุมตามลำดับแห่งความเข้มงวดได้ ดังต่อไปนี้

- คำสั่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อได้รับการยอมรับ ยืนยันจากองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแล ทั้งนี้ อาจเป็นการยอมรับโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย คำสั่ง ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีผลบังคับเมื่อองค์กรผู้กำกับดูแลนิ่งเฉยอยู่ภายในระยะเวลา ที่กำหนดไว้

- คำสั่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่มีผลบังคับใช้ทันทีอาจถูกยกเลิกโดยองค์กรผู้ กำกับดูแลโดยอาจเป็นการยกเลิกที่ทำได้ตลอดเวลาหรือทำได้เฉพาะภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ และ อาจเป็นการยกเลิกโดยเหตุผลใดก็ได้โดยไม่ได้ระบุไว้เฉพาะเจาะจงหรืออาจเป็นการยกเลิกที่ต้องมี เหตุผลตามที่ระบุไว้ก็ได้

- โดยหลักแล้ว คำสั่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะถูกยกเลิกไปเฉพาะ โดยเหตุที่มี ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นเท่านั้น และคำสั่งดังกล่าวอาจถูกยกเลิกโดยองค์กรผู้กำกับดูแล หรือโดยศาลปกครองที่องค์กรผู้กำกับดูแลได้ร้องขอ การให้ศาลปกครองยกเลิกคำสั่งขององค์กร

ปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นวิธีที่รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม 1982 ได้เลือกนำมาใช้สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายฉบับต่างๆ เรียกวิธีนี้ว่าการยกเลิกการกำกับดูแล

- ในการกำกับดูแล อาจจะมีการใช้การตอบโต้ตอบการไม่เคารพหลักการกำกับดูแลอย่างเข้มงวดโดยการใช้อำนาจทำคำสั่งแทน (pouvoir de substitution) หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ทำตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการปฏิเสธไม่ยอมออกมาตรการใดๆ ที่จะต้องออกตามกฎหมาย หรืออาจเป็นกรณีที่ฝ่าฝืนสารบัญญัติแห่งตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับในการทำคำสั่ง (เช่น การไม่ใช้จ่ายให้พอเหมาะกับงบประมาณที่ได้รับ) เจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลอาจได้รับอนุญาตให้ทำการแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ กล่าวคือหลังจากที่ได้แจ้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทราบแล้วเจ้าหน้าที่นั้นอาจออกคำสั่งแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในนามและเพื่อประโยชน์ของท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องได้¹²

(1) การกำกับดูแลการปฏิบัติตามคำสั่งหรืออาจเรียกว่าการกำกับดูแลโดยทางอ้อม คำศัพท์คำนี้หมายถึงการควบคุมที่รัฐยังคงสงวนไว้ ทั้งนี้เนื่องจากว่าหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งของตน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงต้องพึ่งพาบรรดาปัจจัยต่างๆ ของรัฐ ปัจจัยดังกล่าวนี้หมายถึงงบประมาณสำหรับกิจการนั้นๆ ที่ได้จากรัฐนั่นเอง เนื่องจากการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีงบประมาณสนับสนุนอย่างพอเพียงและหากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้หยิบยืมเงินก็ต้องทำสัญญากับองค์กรของรัฐหรือองค์กรที่ควบคุมโดยรัฐ สภาพความเป็นจริงนี้เองที่ทำให้รัฐสามารถควบคุมกิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้อย่างดีที่สุด หรือในกรณีที่กิจการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำเป็นต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีดังกล่าวอำนาจในการเวนคืนทรัพย์สินก็อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ บางครั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำต้องยืมบุคลากรที่จำเป็นมาจากรัฐ เราอาจยกตัวอย่างที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำต้องพึ่งพารัฐได้อีกมากมาย ด้วยเหตุที่ยังคงมีการใช้อำนาจนี้ไปเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ทางอ้อมในการควบคุมการปกครองส่วนท้องถิ่น จึงอาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการทำคำสั่ง หรือการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเสี่ยงที่จะเป็นแค่เสรีภาพในทางทฤษฎีมากกว่าเสรีภาพที่เป็นอยู่ตามจริง

ก. การฟ้องโต้แย้งการใช้อำนาจกำกับดูแลในระบบรวมศูนย์อำนาจ ผู้ได้บังคับบัญชาไม่อาจจะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อโต้แย้งการใช้อำนาจตามสายบังคับบัญชาได้เลย ในทางตรงกันข้ามเนื่องจากว่าอำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยกฎหมาย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องให้มีการฟ้องร้องต่อศาลได้ หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยที่

¹² สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 57*, น. 304.

มาตรการกำกับดูแลเป็นคำสั่งทางปกครองชนิดหนึ่ง ดังนั้นมาตรการดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

(1) สภาแห่งรัฐยอมรับว่า เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นสามารถฟ้องศาลเพื่อโต้แย้งมาตรการกำกับดูแลเพื่อต้องการคำสั่งของคนที่ถูกเจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลตรวจสอบได้ ทั้งนี้ โดยการใช้การฟ้องร้องต่อศาลโดยเหตุที่มีการกระทำเกินอำนาจ (CE ,6 juin 1902 ,Maire de Nérès-les-Bains,Gr.Ar.n 10 ในกรณีนี้เป็นการที่นายกเทศมนตรีเป็นโจทก์ฟ้องโต้แย้งคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ออกคำสั่งยกเลิกกฎที่ออกโดยนายกเทศมนตรี) ผู้มีสิทธิฟ้องร้องอาจเป็นผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายของนิติบุคคลหรืออาจเป็นสมาชิกของสภาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องหรืออาจเป็นเอกชนที่มีส่วนได้เสียในคำสั่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ถูกเจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลตรวจสอบไป (เช่นกรณีที่คำจัดการเทศบาลได้รับเงินล่วงหน้าแต่คำสั่งดังกล่าวกลับถูกยกเลิกโดยเจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลเป็นต้น) การที่ศาลยกเลิกมาตรการกำกับดูแลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีผลทำให้คำสั่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีผลบังคับทันที¹³

(2) สภาแห่งรัฐยอมรับว่า เจ้าหน้าที่ผู้กำกับดูแลต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบในความเสียหาย กล่าวคือ การกระทำความผิดในการใช้อำนาจกำกับดูแลย่อมทำให้รัฐเกิดความรับผิดชอบในความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลผู้เสียหาย หลักการนี้ได้นำมาใช้ต่อบุคคลที่สามที่ได้รับความเสียหาย (CE 29 mars 1946,Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle,Gr.AR.n 66) และศาลก็ได้ขยายการนำหลักนี้ไปใช้ต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย กล่าวคือ รัฐต้องรับผิดชอบต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลนั้นได้ละเลยต่อหน้าที่ทำให้องค์กรภายในของตนก่อความเสียหายแก่ผลประโยชน์ท้องถิ่น (CE,27 déc.1948,Commune de Champigny-sur-Mame,D.,1949,p.408,concl.Guionin) หลักการนี้ใช้บังคับไม่ใช่แต่เฉพาะเมื่อเป็นกรณีทำผิดกฎหมาย แต่รวมไปถึงกรณีที่เป็นความประมาทเลินเล่อด้วย ในคดีทั้งสองที่กล่าวมาแล้วข้างต้นการที่เจ้าหน้าที่ที่กำกับดูแลไม่ทำการควบคุมให้เพียงพอทำให้เกิดการนำเงินกองทุนไปใช้ในวัตถุประสงค์อื่นก่อให้เกิดผลเสียหายแก่บุคคลที่สามหรือแก่เทศบาลนั่นเองด้วย อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่เป็นความผิดอย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่ผู้กำกับดูแล

โดยสรุป แม้ว่าโดยทางทฤษฎีแล้วการกำกับดูแลนั้นสอดคล้องกับความจำเป็นในการจะต้องกระจายอำนาจ แต่วิธีการกำกับดูแลนั้นก็จำกัดความเป็นอิสระของนิติบุคคลมหาชนอย่างมากเช่นกัน อันที่จริงแล้ว การกำกับดูแลโดยทางอ้อมเหนือบุคคลหรือนิติกรรมยังมีปัญหาน้อยกว่าการกำกับดูแลทางอ้อมซึ่งจะส่งผลทำให้การให้ท้องถิ่นมีอำนาจปกครองตนเองได้เป็นเพียงฉาก

¹³ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น. 305.

หน้าในการให้อิสระภาพเท่านั้น หากแต่ที่จริงแล้วองค์กรท้องถิ่นเหล่านี้กลับไม่มีปัจจัยต่างๆ ในการดำเนินการตามที่ตนต้องการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งงบประมาณในการบริหารงานของตนเอง ซึ่งปัจจัยเหล่านี้เป็นสิ่งสำคัญในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองทุกองค์กร ดังนั้น โดยอาศัยการควบคุมโดยทางอ้อมโดยฝ่ายการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในการใช้เงินอุดหนุน ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐอาจใช้อำนาจควบคุมเหนือท้องถิ่นได้เป็นอย่างมากตามความเป็นจริง

3.1.2 หลักการมอบอำนาจในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The Federal Republic of Germany) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law)” ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ.1949 ได้กำหนดโครงสร้างการบริหารราชการของประเทศด้วยหลักการ เบื้องต้น 3 ประการ คือ¹⁴

- หลักการปกครองระดับมลรัฐ (Federal State) เป็นหน่วยการปกครองที่รับผิดชอบและมีอำนาจหน้าที่ในเขตพื้นที่มลรัฐ

- หลักการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Self - Government for local authorities) คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับการรับรองอำนาจอิสระในการ บริหารจัดการภายในท้องถิ่น

- หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) คือ การแบ่งแยกระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

ด้วยหลักการดังกล่าว ทำให้การปกครองของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีแบ่งออกเป็น 3 ระดับคือ การปกครองระดับสหพันธ์รัฐ การปกครองระดับมลรัฐ และการปกครองส่วนท้องถิ่น

ด้วยรูปแบบการปกครองของสหพันธ์รัฐเยอรมนี มีลักษณะกระจายอำนาจการบริหารประเทศเพื่อให้เกิดความคล่องตัว โดยมีจุดเด่นของการกระจายอำนาจการบริหารจัดการที่มีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ

การปกครองระดับมลรัฐ (Lander) แต่ละมลรัฐมีรัฐธรรมนูญสภาและฝ่ายบริหารเป็นของตนเอง สมาชิกของสภามลรัฐมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนภายใต้ระบบการเลือกตั้งที่แตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ทั้งนี้มลรัฐเป็นระดับที่เกี่ยวข้องกับหน่วยการปกครองท้องถิ่นเป็นหลัก คือมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายท้องถิ่นใช้ในมลรัฐของตนเอง ซึ่งอำนาจนี้รวมไปถึงการกำหนดพื้นที่ของหน่วยงานนั้นๆ ด้วย นอกเหนือจากนั้นบางมลรัฐยังแบ่งพื้นที่ของตนออกเป็นจังหวัด (Regierungsbezirke) ต่างๆ ซึ่งระดับนี้จัดตั้งเฉพาะในมลรัฐที่มีอาณาเขตและจำนวนประชากรมากพอสมควร การแบ่งระดับนี้เกิดจาก หลักการแบ่งอำนาจ ภายในมลรัฐ มีผู้บริหาร

¹⁴ สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2560, จาก <http://www.local.moi.go.th/document%203.pdf>

สูงสุดคือ Regierungspräsident ซึ่งอาจจะเทียบเท่ากับผู้ว่าราชการจังหวัดของไทย หากแต่มีอำนาจที่แตกต่างกันมาก เนื่องจากข้าราชการและเจ้าหน้าที่ไม่ได้เป็นตัวแทนจากกระทรวงต่างๆ หากอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของ Regierungspräsident โดยตรง¹⁵

การปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นการปกครองแบบ 2 ชั้น (two-tier system) คือ อำเภอ (Kreise) ซึ่งมี 2 ลักษณะคือ อำเภอในเขตชนบท (Landkreise) และอำเภอซึ่งเป็นนคร (Stadtkreis) และชั้นที่ 2 คือเทศบาล (Gemeinden) การปกครองท้องถิ่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้รับการรับรองหลักแห่งการปกครองตนเองไว้ในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์รัฐโดยในมาตรา 28 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน ได้บัญญัติไว้ว่า “ประชาชนต้องมีสภา ซึ่งมาจากการเลือกตั้งทั่วไป เลือกตั้งโดยตรงอย่างเสรี เสมอภาค และเป็นการลงคะแนนลับ” ซึ่งหมายความว่าประชาชนมีสิทธิในการเลือกผู้แทนของตนเพื่อมาบริหารจัดการภารกิจในท้องถิ่น นอกเหนือจากนั้นกฎหมายพื้นฐานยังได้รับประกันอำนาจอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดย “ให้สิทธิและความรับผิดชอบในการจัดการภารกิจหน้าที่ของตนเองที่อยู่ภายใต้กรอบกฎหมายบัญญัติ” ทั้งนี้อำนาจหน้าที่ที่เป็นสิทธิความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งรัฐบาลสหพันธ์รัฐ และมลรัฐ ไม่สามารถล่วงละเมิดได้ ได้แก่¹⁶

1) ความเป็นอิสระหรืออธิปไตยด้านอำนาจในการบริหารงานบุคคล (Personal Sovereignty) คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิในการเลือกการบรรจุการส่งเสริมความก้าวหน้า และการถอดถอนให้พ้นจากตำแหน่ง

2) ความเป็นอิสระหรืออธิปไตยด้านองค์กร (Organizational Sovereignty) หมายถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีสิทธิในการจัดองค์การบริหารของตนเอง

3) ความเป็นอิสระหรืออธิปไตยด้านการวางแผน (Planning Sovereignty) หมายถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการจัดและวางแผนพื้นที่ของตนเองได้ โดยรับผิดชอบในการวางแผนผังพัฒนาเมืองผังการใช้ประโยชน์จากที่ดินและผังงานการก่อสร้าง

4) ความเป็นอิสระหรืออธิปไตยด้านนิติบัญญัติ (Legislative Sovereignty) คือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิในการออกระเบียบของตน

5) ความเป็นอิสระหรืออธิปไตยด้านการเงิน (Financial Sovereignty) หมายถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดการรายได้และรายจ่ายของตนเอง

¹⁵ สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2560, จาก <http://www.local.moi.go.th/document%203.pdf>

¹⁶ สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2560, จาก <http://www.local.moi.go.th/document%203.pdf>

6) ความเป็นอิสระหรืออธิปไตยด้านการภาษีอากร (Tax Sovereignty) หมายถึง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิในการขึ้นภาษี (หากสิทธินี้ไม่ถูกยกเลิกมาก่อนโดยกฎหมายที่สูงกว่า)

3.1.2.1 โครงสร้างขององค์กรการปกครองของสหพันธรัฐหรือฝ่ายปกครอง

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นสหพันธรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย และเป็นสังคมนิยม เป็นรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตย และมีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างกว้างของประชาชนและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชน ผู้แทนราษฎรในสภาของสหพันธรัฐ (Bundestag) เลือกตั้งขึ้นโดยอาศัยหลักเลือกตั้งโดยทั่วไปโดยเสรีเสมอภาคและโดยลับ ถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งประเทศ สภาสหพันธรัฐเป็นองค์กรที่ออกกฎหมายที่สำคัญที่สุด¹⁷

มลรัฐที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสหพันธรัฐมีส่วนร่วมในการปกครองและออกกฎหมายของสหพันธรัฐโดยสภาที่ปรึกษา (Bundesrat) คือ กลุ่มผู้แทนจากมลรัฐประกอบด้วยสมาชิกที่รัฐบาลมลรัฐเลือกสรรและส่งมา รัฐบาลสหพันธรัฐจะต้องแจ้งการดำเนินงานให้สภาที่ปรึกษาทราบ

เพื่อให้อำนาจรัฐมาอยู่ในมือของคนคนเดียวหรือองค์กรเดียวกัน กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจ John Locke (ค.ศ.1632-1704) นักปรัชญาชาวอังกฤษ พัฒนาการแยกอำนาจบริหารออกจากอำนาจนิติบัญญัติว่าเป็นสิ่งจำเป็น ต่อมา Montesquieu (1689-1775) มีความเห็นทำนองเดียวกันว่าควรแบ่งการใช้อำนาจรัฐออกเป็น 3 ส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ อำนาจรัฐมาจากประชาชนและใช้โดยองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติผูกพันตามรัฐธรรมนูญส่วนฝ่ายบริหารและตุลาการผูกพันตามกฎหมายและด้วยบทบัญญัติ

กฎหมายสหพันธรัฐออกโดยสภาสหพันธรัฐและจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาที่ปรึกษา ทั้งนี้ ได้แก่การแก้ไขรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของมลรัฐ ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาที่ปรึกษาสภาที่ปรึกษาชอบที่จะคัดค้านได้¹⁸

ในขอบเขตการปกครองตนเอง มลรัฐชอบที่จะออกกฎหมายเองได้ การใช้อำนาจรัฐและการปฏิบัติตามหน้าที่ของรัฐอยู่ในเขตอำนาจของมลรัฐ หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในขณะที่กฎหมายของสหพันธรัฐมีผลบังคับกับประชาชนทุกคน กฎหมายของมลรัฐมีผล

¹⁷ กฤษณะ นิยมไพศาลสุข, “หลักความเหมาะสมในการมอบอำนาจรัฐให้เอกชนดำเนินการออกคำสั่งทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), น. 77.

¹⁸ เพิ่งอ้าง, น. 78.

เฉพาะประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตของมลรัฐนั้น ๆ และกฎหมายของสหพันธรัฐมีลำดับชั้นที่สูงหรือเหนือกว่ากฎหมายของมลรัฐ (Bundesrecht bricht Landesrecht)¹⁹

1) กฎหมายที่จำกัดไม่ให้มลรัฐออก กล่าวคือ ออกได้เฉพาะสหพันธรัฐเท่านั้น ตัวอย่างเช่น กิจการต่างประเทศ รวมถึงการป้องกันประเทศ ระบบเงินตราและการกำหนดเวลา ความเป็นเอกภาพของเขตภาษี และเขตการค้า การรถไฟและการจราจรทางอากาศ การสื่อสารทางไปรษณีย์ และการโทรศัพท์ ซึ่งกิจการดังกล่าวนี้มลรัฐจะมีอำนาจออกกฎหมายก็ต่อเมื่อปรากฏว่าสหพันธรัฐมอบหมายให้ไว้เป็นพิเศษ

2) กฎหมายที่ออกได้ทั้งมลรัฐและสหพันธรัฐ (Konkurrierende Gesetzgebung) บัญญัติไว้ในมาตรา 74 ตัวอย่างเช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความ การทนายความ กฎหมายเกี่ยวกับการสมาคมและการชุมนุม กฎหมายว่าด้วยผู้ลี้ภัยและการเนรเทศ การสังคมสงเคราะห์ กฎหมายแรงงาน เศรษฐกิจ การเดินเรือ เคนรถ ตลอดจนการสร้างและดูแลทางหลวง เป็นต้น กิจการดังกล่าวนี้มลรัฐมีอำนาจที่จะออกกฎหมายได้ ตราบใดที่สหพันธรัฐยังไม่ได้เนิ่นการออกกฎหมายในเรื่องดังกล่าวและสหพันธรัฐจะบัญญัติกฎหมายเหล่านี้ เมื่อเล็งเห็นว่าประสงค์จะให้ทุกมลรัฐมีกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ อย่างเดียวกัน

นอกจากกิจการดังกล่าว สหพันธรัฐจะออกกฎหมายอย่างกว้าง ๆ ได้ และมลรัฐจะต้องพิจารณาขอบเขตนโยบายดังกล่าวในการออกกฎหมายของตนเอง ตัวอย่างเช่น การออกกฎหมายขององค์การปกครองตนเอง

องค์การปกครองตนเอง (Gemeinde) ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวในการออกกฎหมายซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของตนเองตามมาตรา 28 ซึ่ง รัฐธรรมนูญประกันหลักการปกครองตนเองให้แก่องค์การปกครองตนเอง²⁰

อำนาจในการบริหาร คือ การปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมายเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐบาล และฝ่ายปกครองของสหพันธรัฐ มลรัฐ และองค์การปกครองตนเองเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายบริหารไม่เฉพาะแต่กระทำการตามกฎหมายเท่านั้น แต่ภายในขอบเขตของกฎหมายฝ่ายบริหารยังกระทำการริเริ่ม สร้างสรรค์ได้ในกรอบดุลพินิจของตนเอง การกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งหมด คือ มาตรการต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่รวมเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt)” ในทางปฏิบัติจะอยู่ในรูปของข้อกำหนด คำสั่งต่าง ๆ ใบอนุญาต เป็นต้น

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 79.

²⁰ กฤษณะ นิยมไพศาลสุข, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77, น.79.

แต่อย่างไรก็ตาม งานของสหพันธรัฐอาจมอบให้มลรัฐทำหรือดำเนินการได้ตามมาตรา 85 แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน ในกรณีดังกล่าวเจ้าพนักงานของมลรัฐจะต้องฟังคำสั่งจากเจ้าพนักงานของสหพันธรัฐซึ่งอยู่ในลำดับอำนาจปกครองที่สูงกว่า และมีอำนาจหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว มลรัฐไม่ได้กระทำการหรือปฏิบัติงานในขอบเขตอำนาจและกฎหมายของตน แต่เป็นการใช้อำนาจปกครองของสหพันธรัฐ

กรณีที่มลรัฐมีอำนาจในการออกกฎหมายเอง มลรัฐก็เป็นฝ่ายปกครองเองโดยอิสระตามมาตรา 83 แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน

3.1.2.2 สารสำคัญของการใช้อำนาจรัฐในการออกคำสั่งทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองเป็นภาพรวมที่พิจารณาจาก มาตรการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีลักษณะและอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ร่วมกัน เช่น เครื่องหมายจราจร ใบอนุญาตสร้างอาคารบ้านเรือน คำสั่งห้ามมิให้ประกอบกิจการ ใบอนุญาตสร้างโรงงานไฟฟ้าปริมาณหนึ่งสือเรียกเก็บเงิน ค่าเช่าธรรมเนียม การอนุมัติให้ทุนการศึกษา การออกประกาศนียบัตรชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายของกระทรวงศึกษาธิการ การเรียกระดมทหารเกณฑ์ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เพื่อสร้างถนน การเพิกถอนสมาคมที่ตั้งขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น มาตรการต่าง ๆ เหล่านี้ มีเนื้อหาแตกต่างกัน แต่ มีลักษณะร่วมทั่วไปที่เหมือนกัน กล่าวคือเป็นคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจาะจงเรื่องเฉพาะรายต่อประชาชนผู้อยู่ภายใต้การกระทำของฝ่ายปกครอง²¹

ลักษณะสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชน ในกรณีเฉพาะรายอันชอบด้วยกฎหมายในทางตำราและในทางปฏิบัติ มีความเข้าใจและยึดถือนิยามดังกล่าวเป็นอย่างเดียวกันตลอดมาจนปัจจุบันนี้มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 มาตรา 35 วรรคแรก นิยามนิติกรรมทางปกครองว่า คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก โดยการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นจะต้องออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Behörde) คือ ส่วนราชการที่รับผิดชอบและปฏิบัติกิจการงานปกครองของอำนาจบริหาร ทั้งนี้พิจารณาจากกฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งส่วนราชการประกอบกับเนื้อหาของงานปกครองตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับ องค์กรของรัฐ และส่วนราชการที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ๆ ด้วย อนึ่ง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจบริหารนั้นรวมถึงการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจนิติ

²¹ กฎชนะ นิยมไพศาลสุข, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 77, น. 80.

บัญญัติ และอำนาจตุลาการ ตลอดจนองค์กรปกครองตนเองและคณะกรรมการ ต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐด้วย

งานปฏิบัติการปกครองขององค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้อาจมอบหมายให้บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่งกระทำการแทนในนามของรัฐได้ในบางเรื่อง การกระทำของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลดังกล่าวนี้เป็นการใช้อำนาจรัฐ เช่น สมาคมการตรวจสอบมาตรฐานการใช้งานของรถทุกชนิด โดยออกใบตรวจสอบสภาพรถ (prufplakette) ให้แก่เจ้าของรถ อันมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยองค์กรอื่นซึ่งมิใช่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเรียกการมอบอำนาจรัฐดังกล่าวนี้ว่า “Beleihung”²²

การออกนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบของคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรอื่นซึ่งมิใช่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจรัฐนั้นจะต้องพิจารณาการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นพื้นฐานเบื้องต้น โดยจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐที่ยึดหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติกรรมทางปกครองทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบของคำสั่ง (befehlende Verwaltungsakte) จะต้องออกโดยถูกต้องตามกระบวนการในการออกนิติกรรมทางปกครองและเป็นไปตามสารบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่อง นั้น ๆ ตลอดจนสอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญด้วย นิติกรรมทางปกครองใดมีข้อบกพร่องไม่ว่าจะเป็นข้อบกพร่องที่มีชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือกฎหมายสารบัญญัติ จัดว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น²³

ก. ความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ

เป็นเรื่องเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเข้าใจกันในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันว่า นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมาย จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบของการออกนิติกรรมทางปกครองแต่ละประเภทด้วย

1) เขตอำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเนื้อหาของเรื่องนั้น และมีอำนาจในเขตท้องที่หรือพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบ

2) วิธีพิจารณา กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการตามความเหมาะสมอย่างยืดหยุ่นและไม่เคร่งครัด แต่ก็มีบทบังคับที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงและปฏิบัติให้ถูกต้อง

²² กฎณะ นิยมไพศาลสุข, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 77, น. 80.

²³ เพิ่งอ้าง, น. 81.

เพราะถือเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ และชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง เช่น การยื่นคำร้อง การรับฟังข้อเท็จจริงหรือความเห็นของผู้ถูกระทบสิทธิ เป็นต้น

3) แบบ (Form) นิติกรรมทางปกครองอาจจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือเพียงแต่กระทำด้วยวาจา หรืออาจกระทำด้วยวิธีการอื่นก็ได้แล้วแต่กรณี แต่จะต้องทำให้ถูกต้อง

4) การฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และประเมินข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในการออกนิติกรรมทางปกครองอย่างถูกต้อง

5) การให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัย นิติกรรมทางปกครองที่สมบูรณ์ในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติโดยหลักแล้วจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการ

ข. ความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ

1) เงื่อนไขในการใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ มาตรา 20 วรรคสามบัญญัติว่า อำนาจบริหารจะต้องผูกพันตามด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และกฎหมายบทบัญญัตินี้จึงเป็นการยืนยันหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะอยู่ในรูปของนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น หากกิจการเกี่ยวกับการออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องใดมีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้ การออกนิติกรรมทางปกครองเกี่ยวกับกิจการในเรื่องนั้นก็ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามบทกฎหมายนั้นเสมอ และจะขัดแย้งกับตัวบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับอยู่ในขณะนั้นไม่ได้ และในกรณีเป็นกฎหมายลำดับรองได้แก่กฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติขององค์การปกครองตนเอง (Rechtsverordnung oder Satzung) การตรากฎหมายลำดับรองและเนื้อหากฎหมายลำดับรองนั้น จะต้องมีที่มาและอยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่ผ่านสภานิติบัญญัติด้วย ดังนั้นกฎหมายปกครองเยอรมันจึงมิได้ยึดหลักว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทุกอย่าง ทุกเรื่องจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจจึงกระทำได้แต่หลักสำคัญอยู่ที่ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ ด้วย

2) นิติกรรมทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยส่วนใหญ่จะเป็นการทำตัวบทกฎหมายที่เป็นนามธรรมให้เป็นรูปธรรม ดังนั้นนิติกรรมทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะเรื่อง

3) นิติกรรมทางปกครองที่มีอำนาจดุลพินิจด้วย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจภายในขอบเขต และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจปฏิบัติการนั้น ๆ และไม่ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างบิดเบือน

4) การวินิจฉัยสั่งการในการออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำการอย่างสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่ใช้กับเป้าหมายหรือผลที่ฝ่ายปกครองต้องการด้วย และจะต้องมีความเหมาะสมด้วย

5) นิติกรรมทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนกระจ่าง กล่าวคือ จะต้องมีความเนื้อหาที่ชัดเจนอย่างเพียงพอที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอ่านแล้วมีความเข้าใจอยู่ในวิสัยที่จะกระทำหรือปฏิบัติตามหรือไม่

ดังนั้น หากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมอบอำนาจรัฐให้กับองค์กรอื่น ซึ่งมีชื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง เช่น สมาคมการตรวจสอบมาตรฐานการใช้งานของรถ ในการออกใบตรวจสภาพรถยนต์ให้แก่เจ้าของรถยนต์นั้นจะต้องปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติเช่นกัน มิฉะนั้นแล้วนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน²⁴

3.1.3 หลักการมอบอำนาจตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

โดยข้อเท็จจริงแล้ว แนวคิดในเรื่องการมอบอำนาจของสหรัฐอเมริกาก็กำหนดเป็นรากฐานไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แต่เป็นการมอบอำนาจในลักษณะการตรากฎหมายเป็นหลัก การตรากฎหมายโดยหลักการแล้วก็ถือเป็นกระบวนการที่ต้องดำเนินการในรัฐสภา ต่อมาเมื่อมีการถ่ายโอนอำนาจในการตรากฎหมายบางส่วนไปให้ฝ่ายบริหารเท่าที่การตรากฎหมายไม่ขัดข้องต่อผลประโยชน์ของประเทศชาติโดยรวม

ในคดี J.W. Hampton Jr. & Co. v United States (276 U.S. 394 (1928)) เป็นคดีที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงมากเนื่องจากได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า รัฐสภาจะต้องรับผิดชอบกฎหมายหากมีการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายและมีการนำไปใช้บังคับในทางที่ผิดและเกิดความเสียหาย²⁵

อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันว่า คดีหลักของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับมอบอำนาจ คือ คดี Minnesota ex rel. Railroad & Warehouse Commission & Chicago Milwaukee & St. Paul Railway Co. (1888) โดยประเด็นหลักอยู่ที่ว่าการที่คณะกรรมการที่ได้รับมอบอำนาจหรือได้รับการแต่งตั้งให้พิจารณากำหนดอัตราค่าบรรทุกที่ต่างกันอันถือว่าไม่เท่าเทียมกัน และไม่เหตุผลเป็นผลนั้นจนเกิดข้อโต้แย้ง ปัญหาก็คือการได้รับการแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการดังกล่าวนี้ คณะกรรมการมีอำนาจ (ที่ถือว่าได้รับมอบมา) ที่จะกำหนดอัตราบรรทุกหรือไม่ ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่ามีอำนาจที่มอบหมายให้นั้นปกติถือเป็นอำนาจกระทำการตามปกติทั่วไปเท่าที่ผู้มอบให้มิและใช้อยู่ การจะขยาย (Extend) การใช้อำนาจนั้นขึ้นอยู่กับว่าผู้มอบอำนาจนั้นได้ระบุหรือมี

²⁴ กฎณะ นิยมไพศาลสุข, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 77, น. 82-83.

²⁵ หัตถชัย จันทร์ปลั่ง, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจศึกษากรณีการปฏิบัติราชการแทน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), น. 65.

ความหมายโดยนัยในการขยายและใช้ดุลยพินิจได้หรือไม่ หากมีหลักฐานชัดในตัวเอง (แบบ *prima facie evidence*) ก็สามารถกระทำได้ ส่วนข้ออ้างในเรื่องของที่ว่าเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่สุจริตนั้น ศาลไม่รับพิจารณาให้เพราะ ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดี²⁶

ในสหรัฐอเมริกานั้นมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจอยู่ 3 หลักเกณฑ์ที่น่าสนใจคือ

- (1) หลักการห้ามมอบอำนาจต่อ (Non Delegation Doctrine)
- (2) หลักตัวแทนของฝ่ายบริหาร (Administrative Agency)
- (3) หลักความชอบธรรมของการมอบอำนาจ (Legitimacy of Delegation)

3.1.3.1 หลักการห้ามมอบอำนาจต่อ (Non Delegation Doctrine)

ในสหรัฐอเมริกานั้น หลักการห้ามมอบอำนาจต่อนั้นเป็นหลักการที่ใช้เพื่อแก้ไขการมอบอำนาจเดิม ซึ่งเกิดปัญหา 2 ประการ คือ ปัญหาการจัดสรรอำนาจหน้าที่กับปัญหาเรื่องภารกิจของผู้บริหารต้องกระทำโดยผู้บริหารเท่านั้น (Executive by Executive) ในปัญหาแรกนั้นมีสาเหตุเนื่องมาจากการมอบอำนาจเป็นการจัดสรรและโอนอำนาจ หน้าที่ และรับผิดชอบไปให้ผู้ที่อยู่ได้บังคับบัญชาในระดับถัดไปแล้ว จึงไม่มีอำนาจที่จะจัดสรรต่อไปในภารกิจเรื่องนั้นๆ อีก ผู้รับมอบอำนาจจะต้องกระทำการตามสิ่งที่ได้รับมอบอำนาจมา ต่อมาเมื่อหลักการนี้ไม่ได้ถูกยึดถืออย่างเคร่งครัดนัก มีการมอบอำนาจในการปฏิบัติงานหรือภารกิจต่อๆ เนื่องในระดับล่างลงไปทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของการจัดสรรหน้าที่ ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ที่มีอำนาจเท่านั้นที่เป็นผู้จัดสรรหรือโอนอำนาจให้บุคคลใด หากบุคคลนั้นรับมอบอำนาจแล้วต้องปฏิบัติตามไม่สามารถที่จะไปมอบอำนาจให้ผู้อื่นต่อไปได้ เพราะไม่ได้เป็นแหล่งอำนาจ²⁷

ปัญหาที่สองนั้น มีรากฐานมาจากหลักการที่ว่าผู้บริหารเมื่อได้รับอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบใดๆ แล้วภารกิจด้านการบริหารนั้นมีสาเหตุเนื่องมาจากการมอบอำนาจเป็นการจัดสรรและโอนอำนาจหน้าที่และรับผิดชอบไปให้ผู้ที่อยู่ได้บังคับบัญชาในระดับถัดไปแล้ว จึงไม่มีอำนาจที่จะจัดสรรต่อไปในภารกิจต่อๆ เนื่องในระดับล่างลงไปทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของการจัดสรรหน้าที่ ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ที่มีอำนาจเท่านั้นที่เป็นผู้จัดสรรหรือโอนอำนาจให้บุคคลใด หากบุคคลนั้นรับมอบอำนาจแล้วต้องปฏิบัติตามไม่สามารถที่จะไปมอบอำนาจให้ผู้อื่นต่อไปได้ เพราะไม่ได้เป็นแหล่งอำนาจ

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือหลักการนี้มา โดยเฉพาะกับการมอบอำนาจให้คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้ง (Board/ Commission) มาตลอด (เช่น คดี *People & Harper*,

²⁶ เพิ่งอ้าง, น. 69.

²⁷ หัตถชัย จันทร์ปลั่ง, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 79*, น.70.

Georgia R. Co. & Smith, Tilley & Savannah, State & State Board of Medical Examiners หรือ Hildreth & Crawford เป็นต้น)²⁸

3.1.3.2 หลักตัวตนของฝ่ายบริหาร (Administrative Agency)

ในคดี Panama Refining Co & Ryan 293 US.(1935) ซึ่งเป็นเรื่องที่อุตสาหกรรมน้ำมันใช้เอกสารที่ไม่ใช่เป็นเอกสารของทางราชการ แต่เป็นเอกสารที่เกิดจากการจัดทำขึ้นของตัวแทนฝ่ายบริหาร ซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่กระทำหน้าที่แทนหรือได้รับมอบอำนาจมาจากฝ่ายบริหาร ผู้พิพากษา Cardozo ได้ชี้ว่า ประธานาธิบดี ซึ่งถือเป็นประมุขฝ่ายบริหารนั้นสามารถตั้งตัวแทนและกระจายอำนาจให้กระทำได้ และหากการกระทำนั้นได้เป็นไปตามมาตรฐานที่ประธานาธิบดีได้ใช้ในการบริหารอยู่แล้วก็สามารถยอมรับและใช้อ้างอิงได้

หลักตัวตนของฝ่ายบริหารนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา มีอำนาจในการตัวแทน ซึ่งให้อำนาจกว้างมากโดยผู้ที่ประธานาธิบดีตั้งเป็นตัวแทนนั้นอาจจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือลูกจ้างก็ได้ อย่างไรก็ตามการแต่งตั้งดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยความยินยอมของผู้รับมอบอำนาจที่ได้รับการแต่งตั้งด้วย เนื่องจากเป็นผู้รับมอบอำนาจ หน้าที่ ความรับผิดชอบอื่นๆ²⁹

ดังนั้น การสิ้นสุดการมอบอำนาจจึงอาจอยู่ที่การดำเนินการตามที่ได้รับมอบหมายนั้นเสร็จสิ้นตามภารกิจ หรือครบกำหนดเวลาที่ได้แต่งตั้งโดยอาจจะยังไม่เสร็จสิ้นภารกิจที่มอบหมายก็ได้ ความสำคัญของหลักการนี้อยู่ที่ว่า อำนาจของประธานาธิบดีนั้นมีอยู่หลายหลายโดยไม่ได้มีการระบุถึงทางเลือกในการตัดสินใจใดๆ เนื่องจากเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจที่ให้ไปปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กำหนด หากประธานาธิบดีได้มอบอำนาจให้บุคคลใดไปบริหารอำนาจแล้วใช้ดุลพินิจแทนในทิศทางความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ในทางเดียวกัน ก็ถือว่าเป็นการใช้อำนาจในลักษณะเดียวกัน (Significant) กับอำนาจที่มีอยู่ในลักษณะของการเปรียบเทียบได้

คดี L.A. Schechter Poultry Corp & State (1935) ได้ให้หลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจตามหลักตัวตนของฝ่ายบริหารว่า การดำเนินการในลักษณะนี้จะต้องประกอบด้วยการที่มีเงื่อนไขในการมอบอำนาจ และการใช้อำนาจนั้นได้เป็นไปตามเงื่อนไข และเงื่อนไขหรือการใช้อำนาจนั้นไม่เป็นการขยายบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญอีกทั้งการใช้อำนาจนั้นยังต้องเป็นสิ่งที่สามารถตรวจสอบได้³⁰

ศาลสหรัฐอเมริกายอมรับหลักการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายเอกชนในการดำเนินการต่างๆ ในนามหรือการเป็นที่เกี่ยวกับกิจการในด้านการสาธารณสุข โภค

²⁸ เพิ่งอ้าง.

²⁹ หัตถชัย จันทร์ปลั่ง, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 79, น.71.

³⁰ เพิ่งอ้าง.

3.1.3.3 หลักความชอบธรรมของการมอบอำนาจ (Legitimacy of Delegation)

โดยข้อเท็จจริงหลักความชอบธรรมของการมอบอำนาจก็มีที่มาจากหลักกฎหมายปกครองที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องการกระทำการดังกล่าวภายในกรอบกฎหมาย

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดีและวางหลักเรื่องความชอบธรรมของการมอบอำนาจไว้ในคดี Saginaw & Budd 381, Mich (1968) เป็นคดีแรกซึ่งให้หลักการไว้อยู่ 4 เรื่อง

(1) หากเป็นการมอบอำนาจในเชิงนิติบัญญัติ หรืออำนาจในการออกกฎหมายแล้วไม่สามารถจะมอบอำนาจได้

(2) การมอบอำนาจนั้นจะต้องไม่มีการกำหนดให้รายละเอียดเกี่ยวกับการใช้อำนาจในเชิงการออกกฎหมาย แม้จะเป็นกฎในเชิงปกครองก็ตาม

(3) หากในอำนาจนิติบัญญัติได้ระบุหรือกำหนดไว้ในกฎหมายให้ใช้อำนาจไว้แต่การพิจารณาในการออกกฎหมายผู้รับมอบอำนาจไม่สามารถใช้อำนาจได้

(4) การใช้อำนาจที่รับมอบมาในลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจที่คลุมเครือขาดความชัดเจนไม่เป็นไปในลักษณะเพื่อผลประโยชน์สาธารณะ หรือขาดเหตุผลและความชอบธรรมถือเป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาในทางที่ผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ตามแนววินิจฉัยของศาลสูงดังกล่าวมีผู้โต้แย้งว่า ขาดความยืดหยุ่นและก่อให้เกิดปัญหาและความสับสนในทางปฏิบัติในคดีต่อ ๆ มาหลายคดี เช่น คดี State Compensation Fund & De La Fuente (1972) หรือคดี Barry & Department of Motor Vehicle (1972) ศาลจึงได้พิจารณาและวางบรรทัดฐานใหม่ 7 ประการ คือ³¹

(1) การมอบอำนาจ (ทางปกครอง) ในทางนิติบัญญัติหรือการออกกฎหมายผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้อำนาจไปในเชิงการออกกฎหมายที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายได้เฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย

(2) ผลในทางปฏิบัติเป็นตัวชี้ว่า ผู้รับมอบอำนาจสมควรที่จะใช้อำนาจในเชิงการออกกฎหมายหรือไม่

(3) หากกฎหมายไม่เปิดช่องว่างหรือโอกาสให้ใช้อำนาจที่ได้รับมาโดยไม่เกิดผลประโยชน์ในทางปฏิบัติมีผลเท่ากับว่ากฎหมายไม่ได้ให้อำนาจในเรื่องนั้นๆ ไว้

³¹ หัตถชัย จันทร์ปลั่ง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 79, น.73.

(4) การดำเนินการในทางปกครองนั้นมักจะถูกกำหนดไว้โดยนโยบายของรัฐหากมีข้อเท็จจริงที่สามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติการทางปกครอง โดยมีความมุ่งหมายไปในทางที่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ ผู้รับมอบอำนาจก็สามารถที่จะกระทำได้

(5) ผู้รับมอบอำนาจสามารถกระทำการได้ในความต้องการที่จะปกครองคุ้มครองความยุติธรรม หรือการต่อต้านการกระทำที่ผิดหรือความไม่ชอบธรรม

(6) การกระทำทางปกครองของผู้รับมอบอำนาจนั้น หากเป็นกรณีการใช้อำนาจที่ได้รับมอบมานอกเหนือจากกฎหมายเกณฑ์ที่วางไว้ ต้องเป็นสิ่งที่ศาลหรือฝ่ายปกครองเองสามารถที่จะตรวจสอบได้

(7) หากเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเอื้อต่อการออกกฎหมาย หรือนิติบัญญัติไม่เข้าไปก้าวก่ายต่อกระบวนการนิติบัญญัติโดยตรง ผู้รับมอบอำนาจสามารถที่จะกระทำได้

หลักการดังกล่าวของศาลได้รับการยอมรับในเรื่องความชอบธรรมของการมอบอำนาจ มีข้อสังเกตว่าในสหรัฐอเมริกานั้น มีการเน้นอย่างมากในเรื่องของการมอบอำนาจที่เป็นจะเป็นลักษณะของการก้าวก่ายกระบวนการยุติธรรมในเชิงนิติบัญญัติหรือการออกกฎหมาย ซึ่งอาจจะเป็นเพราะว่าพิจารณาเห็นว่า โดยหลักการแล้วฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายหรือกระทำการใดๆ ในกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้เป็นหลักมิฉะนั้นจะกลายเป็นฝ่ายบริหารเป็นผู้วางหลักกฎหมายเพื่อใช้ประโยชน์ต่อฝ่ายบริหารเอง ซึ่งผิดกับหลักการแยกอำนาจและระบบการตรวจสอบและการถ่วงดุล

หากเราพิจารณาในเชิงการปรับแนวคิดเรื่องการมอบอำนาจแล้วทำให้พอเห็นได้ว่า แม้ว่าในเรื่องการมอบอำนาจในกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกานั้น จะไม่ได้แบ่งแยกประเภทออกเป็นการรักษาการแทน หรือการปฏิบัติราชการแทนเหมือนของไทยก็ตาม แต่ก็สามารถนำหลักการมอบอำนาจดังกล่าวมาใช้ได้ว่าหากมีการมอบหมายให้มีการปฏิบัติราชการแทนแล้ว ผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติราชการ (ทางปกครอง) แทน ไม่สามารถที่จะไปมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนต่อไปได้ ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจให้ทางปฏิบัติราชการแทนได้นั้นถือเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหาร ซึ่งจะเน้นที่การไม่เข้าไปก้ำกายในเรื่องของการตรากฎหมาย หรือการออกกฎหมายเป็นหลักด้วย

หลักของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการมอบอำนาจนั้น แทบจะไม่ได้หยิบยืมหลักในกฎหมายแพ่งในเรื่องตัวการตัวแทนมาใช้เลย ฝ่ายบริหารสามารถมอบอำนาจและใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่เข้าไปก้ำกายกับงานด้านนิติบัญญัติ³²

³² หัตถชัย จันทร์ปลั่ง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 79, น.74.

3.1.4 หลักการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของประเทศไทย³³

ในกฎหมายปกครองอังกฤษนั้นมีหลักอยู่ว่าองค์ประกอบที่จำเป็นของการใช้อำนาจอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ก็คือ อำนาจนั้นต้องใช้โดยเจ้าพนักงานผู้ซึ่งได้รับอำนาจมาเอง และ ทั้งนี้ได้ใช้อย่างเคร่งครัดจนกระทั่งกลายเป็นสาเหตุทำให้เกิดภาวะที่ไม่เหมาะสมของการปกครอง ซึ่งทางปฏิบัติในทางศาลนั้น โดยปรกติแล้วศาลจะเร่งรัดในการที่จะถือว่าอำนาจควรใช้โดยบุคคลหรือองค์กรที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติ แม้ว่าจะมีการอนุญาตโดยชัดแจ้งจากพนักงานผู้ได้รับอำนาจมาก็ตาม แต่ศาลก็ยังพิจารณาว่าสิ่งที่ได้กระทำการโดยผู้รับมอบอำนาจ คณะอนุกรรมการ เป็นการไม่เหมาะสมเหมือนกับเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ แต่อย่างไรก็ดีหลักนี้จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่มีการแสดงอย่างสมเหตุสมผลว่าอำนาจนั้นควรที่จะมีการมอบอำนาจออกไป ซึ่งการยอมรับข้อยกเว้น ดังนี้ถือเป็นสิทธิของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองที่จะได้รับความช่วยเหลือในปัญหาทางกฎหมายจากผู้ช่วยของเขา

ในการปฏิบัติงานของรัฐบาลจำเป็นต้องอาศัยการมอบอำนาจอย่างกว้างขวาง ซึ่งการมอบอำนาจนั้นจะมอบอำนาจกันได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายโดยกฎหมายที่ให้อำนาจในการมอบอำนาจนั้นแยกพิจารณาเป็น 2 ประการ กล่าวคือ

ถ้าเป็นระบบคณะกรรมการทำหน้าที่จะทำให้มีการมอบอำนาจกันได้จะกำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติ แต่ถ้าเป็นกรณีของเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นเพราะจะกำหนดไว้โดย The Local Government Act 1972³⁴ เงื่อนไขต่อไปของการมอบอำนาจนั้น มีว่า การมอบอำนาจนั้นจะต้องไม่กระทำเกินขอบอำนาจที่ได้รับมา และเป็นไปไม่ได้ที่อำนาจซึ่งได้รับมอบมาจะมีขอบเขตกว้างกว่าอำนาจของผู้มอบในเรื่องที่มอบนั้น (Cook V.Ward (1877) 2 C.P.D. 225 และคดี Blackpool Corporation V.Locker (1948) 1 K.B.349) ในกรณีที่เป็นคดีที่มีความสำคัญและเกี่ยวกับหน้าที่

³³ H.W.R. Wade, ADMINISTRATIVE LAW, (Oxford; clarendon. Press), 4th ed, 1977, pp.305-317; DAVID FOULKES, ADMINISTRATIVE LAW, 5th edition, (London; Butterworths), 1982, pp.174-181; O.HOOD PHILLIPS, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW, 5th edition, (London; Sweet & Maxwell), 1973, p.524; DAVID FOULKES, INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE LAW, 3rd edition, (London; Butterworths), 1972, pp.125-129, p.142; J.F. Garner, ADMINISTRATIVE LAW, 4th edition, (London; Butterworths), 1974, p.370-371. อภิรดี พงษ์มนตรี, *อ้าวแล้ว เจริญรทที่ 32*, น. 92.

³⁴ ปรากฏอยู่ในมาตรา 101 Local Government Act 1972 ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นที่จะจัดการปฏิบัติหน้าที่ของเขาให้สำเร็จลุล่วงไปโดยผ่านคณะกรรมการ, คณะอนุกรรมการ หรือเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ แต่ได้บัญญัติยกเว้นมิให้นำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้ (1) การเก็บภาษีหรือการออกกฎเกี่ยวกับภาษีหรือการกู้ยืมเงิน (2) หน้าที่ภายใต้ The Diseases of Animals Act, 1950 และ (3) หน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นแต่งตั้งคณะกรรมการ, *เพ็งอ้าว*, น. 93.

ในทางวินัย ศาลมักจะมีการวินิจฉัยไปทางจำกัดการมอบอำนาจ ดังเช่น ในคดี General Medical Council V. U.K.Dental Board (1936) C.h.14 ซึ่งในคดีนี้ถือว่า the General Medical Council ต้องใช้อำนาจในการควบคุมทางด้านวินัยเหนือทันตแพทย์นั้นด้วยตนเอง และไม่สามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการฝ่ายบริหารได้ ทั้ง ๆ ที่ภายใต้ The Dentists Acts กำหนดไว้โดยแจ้งชัดว่า the council สามารถกระทำหน้าที่ในการควบคุมทางวินัยโดยผ่านคณะกรรมการดังกล่าวได้

การมอบอำนาจตามกฎหมายนั้นโดยปกติจะมีความหมายรวมถึงการเพิกถอนการมอบอำนาจนั้นด้วย (Manton V. Brighton Corporation (1951) 2 K.B.393) แต่การเพิกถอนการมอบอำนาจนั้นจะไม่มีผลย้อนหลัง ดังจะเห็นได้จากคดี Batteley V. Finsbury Borough Council (1958) 56 L.G.R. 165 ซึ่งวินิจฉัยว่า the Finsbury Borough Council ไม่สามารถปฏิเสธการที่คณะกรรมการได้แต่งตั้งลูกจ้าง โดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบอำนาจมา มีปัญหาถกเถียงกันว่า ในขณะที่มีการมอบอำนาจกันอยู่นั้น เจ้าพนักงานผู้มอบจะสูญเสียอำนาจในเรื่องที่มอบไปทั้งหมด หรือยังสามารถใช้อำนาจนั้นได้อยู่? ในปัญหานี้แต่เดิมได้มีการวางหลักไว้ในคดี Huth V. Clarke (1890) 25 Q.B.D. 391 ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า ภายใต้อำนาจตามกฎหมาย คณะกรรมการฝ่ายบริหารของสภาเขต (county council) ได้มอบอำนาจให้คณะอนุกรรมการในการที่จะออกกฎข้อบังคับสำหรับควบคุมโรคพิษสุนัขบ้า แต่ก่อนที่คณะอนุกรรมการจะได้ดำเนินการอย่างใด และยังไม่มีการเพิกถอนการมอบอำนาจ คณะกรรมการฝ่ายบริหารก็ได้ออกกฎระเบียบกับการใช้ตะกร้อสวมปากสุนัขด้วยตนเอง ศาลตัดสินคดีนี้ว่า อำนาจนั้นไม่เคยแบ่งแยกออกจากกัน เมื่อมอบอำนาจไปแล้ว ผู้มอบอำนาจก็ไม่มีอำนาจนั้นอยู่อีก ผู้มอบอำนาจไม่สามารถเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องที่ตนมอบอำนาจไปแล้ว แต่อย่างไรก็ดีในคดีนี้ได้มีความเห็นแย้งของผู้พิพากษาท่านหนึ่ง ซึ่งอ้างว่า คณะกรรมการฝ่ายบริหารยังคงมีอำนาจนั้นอยู่ ต่อมาคำวินิจฉัยในคดีนี้ได้ถูกกลับแนวบรรทัดฐานโดยในคดี Manton V. Brighton Corporation ได้วางหลักที่แพร่หลายโดยทั่วไปว่า "บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่สามารถปลดเปลื้องตนเองให้พ้นไปจากหน้าที่ตามกฎหมายของตนได้" และหลักนี้ได้ถูกนำมาบรรจุไว้ใน Local Government Act 1972 ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยแจ้งชัดให้เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่น สามารถมอบอำนาจของตนให้กับคณะกรรมการ ฯลฯ และในขณะเดียวกันก็สงวนไว้ซึ่งอำนาจของเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นนั้นไปพร้อม ๆ กันด้วย

น่าพิจารณาว่า การมอบอำนาจโดยปริยายมิใช่เป็นเรื่องธรรมดาที่จะนำมาใช้ในทางนิติบัญญัติในภาวะปกติ แต่ภายใต้อำนาจในภาวะสงคราม จำต้องมีการมอบอำนาจและการมอบอำนาจต่ออย่างกว้างขวาง การมอบอำนาจโดยปริยายเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ เห็นได้จาก the Defence of the Realm legislation ที่ออกในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 มิได้มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งในการที่จะให้มีการมอบอำนาจ แต่ก็ไม่ได้มีการฟ้องร้องคัดค้านการกระทำของรัฐบาลด้วยเหตุผลนี้ การออก

กฎหมายในลักษณะเดียวกันในอังกฤษ ภายใต้กฎหมายซึ่งบังคับให้เจ้าของรถยนต์จะต้องพิสูจน์ว่าคนขับรถของเขาเป็นใคร เมื่อได้รับคำสั่งจากหรือในนามของพนักงานตำรวจชั้นผู้ใหญ่ (chief constable) แต่ในทางปฏิบัติถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการจราจรโดยทั่วไปได้รับมอบอำนาจโดยปริยายที่จะเซ็นใบสั่งในนามของพนักงานตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับสถานการณ์ (Nelms V. Roe (1970) 1 W.L.R.4)³⁵

การมอบอำนาจต่อ (subdelegation) นั้น มีหลักอยู่ว่าบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจนั้นให้แก่บุคคลอื่นได้ (delegatus non potest delegare) เว้นแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้มีผลเช่นนั้น แต่ก่อนที่จะศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจต่อควรจะต้องทำความเข้าใจกับหลักประการหนึ่งอันเป็นหลักที่มีผลสืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ของอังกฤษ ที่ว่า ฝ่ายบริหารของอังกฤษจะไม่มีอำนาจโดยอยู่เลย (มีข้อยกเว้นเพียงตาม royal prerogative ที่ได้รับการยอมรับจาก common law) นอกเสียจากได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นพื้นฐานของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) อำนาจบริหารจึงตกอยู่กับฝ่ายบริหารได้เมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ดังนั้นการที่ฝ่ายบริหารมอบอำนาจในระหว่างกันเองต่อจากนั้น จึงเรียกว่า Subdelegation³⁶

เกี่ยวกับหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) นั้น H.W.R. Wade³⁷ ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสือ ADMINISTRATIVE LAW ของเขาว่า บางครั้งหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) ซึ่งเคยใช้อย่างเหมาะสมในกฎหมายแพ่งเรื่องตัวการตัวแทน โดยขยายความได้ว่า "ตัวการผู้ซึ่งต้องยอมรับผิดในการกระทำของตัวแทนของตนนั้น ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวแทนช่วงซึ่งแต่งตั้งโดยตัวแทน" ถูกอ้างประหนึ่งว่าเป็นหลักทั่วไป ซึ่งสร้างความเป็นไปได้ในทางกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจที่มีการกำหนดไว้โดยพระราชบัญญัติแต่ในความเป็นจริงแล้วไม่มีหลักนี้อยู่ ในกรณีที่เกี่ยวกับอำนาจซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติปัญหาสำคัญก็คือว่า ตามพระราชบัญญัติมีเจตนารมณ์หรือไม่ที่จะให้อำนาจที่ให้กับ A อาจจะถูกใช้ไปโดย B หลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) นี้เพียงแต่ชี้ให้เห็นว่า ไม่ใช่เป็นการอนุญาตให้มีการมอบอำนาจต่อได้โดยทั่วไปจากสมมุติฐานดังกล่าวนี้ไม่มีความแตกต่างที่จำต้องแยกแยะระหว่างการมอบอำนาจและเรื่องตัวการตัวแทน ไม่ว่าจะเป็นใช้ถ้อยคำใดก็ตาม ปัญหาเกี่ยวกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายก็ยังอยู่เป็นการแน่นอนว่าศาลจะเห็นพ้องอย่างเต็มที่กับการให้บุคคลอื่นทำการ

³⁵ อภิรดี พงษ์มนตรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 93-95.

³⁶ *เพ็งอ้าง*, น. 95-96.

³⁷ H.W.R. Wade, op.cit, p.306, *เพ็งอ้าง*, น. 97.

แทนในฐานะเพียงเป็นตัวแทนมากกว่าที่จะให้มีการมอบอำนาจ สภาพเช่นนี้ไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความแตกต่างทางวิชาการระหว่าง “ตัวแทน” และ “การมอบอำนาจ” แต่เกิดขึ้นจากความแตกต่างของระดับการให้อำนาจในแต่ละกรณีของถ้อยคำทั้งสอง ปัญหาที่จำเป็นที่สุดในคดีส่วนใหญ่ก็คือว่าอำนาจใช้ดุลพินิจที่กำหนดไว้โดยพระราชบัญญัตินั้น ยังคงอยู่ในอำนาจของบุคคลที่ถูกกำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติหรือว่าอยู่ที่บุคคลผู้รับมอบอำนาจ ด้วยเหตุนี้ในคดี *inspector of nuisances* มีหน้าที่ “จัดหาตัวอย่างต่าง ๆ ของสินค้ามาเพื่อการวิเคราะห์” ศาลถือว่า *inspector of nuisance* อาจส่งผู้ช่วยของเขาไปซื้อตัวอย่างของกาแฟได้โดยถูกต้อง กรณีอย่างนี้เรียกว่าเป็นเพียงตัวแทน ไม่ใช่การมอบอำนาจ ทั้งนี้เนื่องจากว่า การมอบอำนาจนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ *inspector of nuisances* มอบให้ผู้ช่วยของเค้าใช้อำนาจอันเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจทางกฎหมายที่เขาถืออยู่

ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของการมอบอำนาจที่ถูกถือว่าเกินขอบอำนาจ เพราะว่าผลของคำวินิจฉัยได้รับการทำขึ้นโดยบุคคลหรือองค์กรที่ไม่มีอำนาจ

- คดี *Allingham V. Minister of Agriculture and Fisheries* (1948) 1 All E.R. 780 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและการประมงมีอำนาจในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการกำหนดเนื้อที่ในการทำการเพาะปลูกไป ภายใต้ *defense regulation* และ รัฐมนตรีได้มอบอำนาจในการนี้ให้แก่ *Country war agricultural committee* อย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยอาศัยกฎระเบียบดังกล่าว คณะกรรมการชุดนี้ได้ออกคำสั่งให้ *Allingham* ปลูกหัวผักกาดหวานลงในเนื้อที่ 8 เอเคอร์ แต่ปล่อยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดว่าควรจะปลูกลงใน 8 เอเคอร์ไหน *Allingham* จึงได้ดำเนินการฟ้องร้องเพื่อการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว โดยยกข้อต่อสู้ว่า คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุว่าคณะกรรมการได้ปล่อยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารทำหน้าที่ตัดสินปัญหา ซึ่งคณะกรรมการมีหน้าที่ต้องตัดสินด้วยตนเอง *Lord Goddard LCJ*. กล่าวว่า ข้อต่อสู้ที่แท้จริงของ *Allingham* ก็คือว่า เขามีสิทธิที่จะได้รับคำวินิจฉัยจากคณะกรรมการเท่านั้นและจะให้ใครมาวินิจฉัยในปัญหานี้แทนไม่ได้ ซึ่งข้าพเจ้าคิดว่าข้อต่อสู้ดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ในคดีนี้คณะกรรมการไม่มีอำนาจที่จะมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร กระบวนการที่ถูกต้องควรจะเป็นว่าคณะกรรมการควรจะเพียงรับเอาคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร และทำการตัดสินในปัญหานี้ด้วยตนเอง

- คดี *Betnard V. National Dock Labour Board* (1935) 2 Q.B. 18 ภายใต้ the statutory dock labour scheme อำนาจในการสั่งพนักงานคนงานในสังกัดของการท่าเรือ นั้น เป็นอำนาจของ the local dock labour board แต่ข้อเท็จจริงในกรณีนี้ปรากฏว่า คนงานในสังกัดของการท่าเรือ (registered dock workers) ถูกสั่งพนักงานหลังจากที่พวกเขาทำการประท้วง ซึ่งคำสั่งพนักงานนี้ทำขึ้นโดย the port manager โดยที่เขาได้รับมอบอำนาจเกี่ยวกับเรื่องวินัยจาก the board คนงานใน

สังกัดของการทำเรืออ้างว่า การสั่งพนักงานนั้นเป็นการไม่ชอบกฎหมาย เนื่องจาก the board ไม่มีอำนาจที่จะมอบอำนาจในหน้าที่ของตนไป และควรที่จะวินิจฉัยในเรื่องนี้ด้วยตนเอง และ อีกคดีหนึ่งที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคดีนี้ คือคดี Vine V. National Dock Labour Board (1975) A.C. 488 ซึ่งในคดีนี้ the board ได้มอบอำนาจในการควบคุมทางด้านวินัยเหนือคนงานในสังกัดท่าเรือให้กับ the local board และ the local board ได้มอบอำนาจดังกล่าวนี้ต่อให้กับคณะกรรมการควบคุมทางวินัยโดยอนุมัติจาก the national dock labour board ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า Vine ถูกสั่งพนักงานโดยคำสั่งที่ออกโดยคณะกรรมการ

จากคดีทั้งสองดังกล่าวข้างต้นนั้น มีปัญหาอยู่ว่า การมอบอำนาจต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ภายใต้สมมุติฐานว่าการสั่งพนักงานนั้นไม่เป็นการเกินขอบอำนาจศาลสภาขุนนาง (the House of Lords) วินิจฉัยว่า การสั่งพนักงานเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการที่ the board แทนที่จะวินิจฉัยเรื่องนี้ด้วยตนเอง แต่กลับมอบอำนาจให้กับคณะกรรมการควบคุมทางวินัย โดยให้เหตุผลว่า การจะพิจารณาว่าการมอบอำนาจจะต้องตามกฎหมายหรือไม่ เราต้องพิจารณาใน 2 ประการ คือ ลักษณะของหน้าที่ที่มอบอำนาจนั้น และลักษณะของบุคคลซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจ ในประการแรก ศาลสภาขุนนาง (the House of Lords) เห็นว่าอำนาจเกี่ยวกับวินัยไม่สามารถจะมอบอำนาจกันได้ (R. V. Gateshead JJ, ex p. Tescos Stores Ltd (1981) 1 All E.R. 1027) และในประการที่สอง เห็นว่า the board ได้ถูกตั้งขึ้นเพื่อที่จะก่อให้เกิดความไว้วางใจ และถ่วงดุลผลประโยชน์ของนายจ้างและลูกจ้างอย่างเป็นธรรม³⁸

จากคดีตัวอย่างเหล่านี้ทำให้เห็นว่า เกิดข้อสันนิษฐานที่ว่ามีปัญหาเบื้องต้นเกี่ยวกับรูปแบบความเหมาะสมและความจำเป็นเรียกร้องให้เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่บริการสาธารณะ ต้องทำงานโดยผ่านคณะกรรมการฯ เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและอื่นๆ ในลักษณะของการเป็นตัวแทน ศาลให้วางหลักไว้ว่า "ไม่มีข้อคัดค้านใด ๆ ในทางกฎหมายที่หน่วยงานบริการ สาธารณะจะได้รับคำแนะนำหรือคำปรึกษาจากบุคคลอื่นๆ แต่เป็นการจำเป็นที่สุดที่หน่วยงานนั้นจะต้องรักษาอำนาจในการวินิจฉัยไว้เป็นของตนเอง" (คดี Mills V. London County Council (1925) 1 K.B. 213 และคดี R V. Greater London Council ex p. Blackburn (1976) 1 W.L.R. 550) และจากคดีที่น่าสนใจคดีหนึ่งเราได้เห็นว่า "ถ้าศาลสร้างสิ่งที่เป็นไปไม่ได้สำหรับเงื่อนไขในการปฏิบัติ ฝ่ายปกครองที่ดีควรที่จะได้แยแสเหตุผลที่ยึดถือแต่หลักโดยไม่มองดูสภาพความเป็นจริง และมันปรากฏชัดว่าอำนาจในการให้อนุญาตนั้น บ่อยครั้งมีความจำเป็นที่จะต้องมอบให้เจ้าพนักงานในตำแหน่งรอง ๆ ลงไป" (คดี Re Davies & Village of Forest Hills (1964) 47 D.L.R. (2d) 392) จากคำตัดสินในคดีต่างๆ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ไม่มีหลักทั่วไปว่าหน้าที่ทางการปกครองสามารถจะมอบอำนาจกันได้ และโดย

³⁸ อภิรดี พงษ์มนตรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32, น. 98-99.

ปกติศาลจะไม่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจถ้าหน้าที่ทางการปกครองนั้นเกี่ยวพันถึงการใช้ดุลพินิจ นั่นก็หมายความว่า คำวินิจฉัยจะต้องทำขึ้นโดยเจ้าพนักงานที่ได้รับแต่งตั้งจากรัฐสภาเท่านั้น แต่บางครั้งศาลอาจอนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้ ในบางระดับชั้น และต้องในกรณีที่เป็นเรื่องในทางปกครองแท้ ๆ (Bridge V.R (1953) 1 D.L.R. 305 และคดี Hookings V Director of Civil Aviation (1957) N.Z.L.B 929)³⁹

จากแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารของอังกฤษ นั้น จะเห็นว่าสืบเนื่องจากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐสภา อันเป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่เป็นลักษณะเฉพาะตัวของอังกฤษ โดยการก่อตัวมาจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ที่ว่านอกจากอำนาจตาม royal prerogative ที่ได้รับการยอมรับจาก common law แล้ว ฝ่ายบริหารของอังกฤษจะมีอำนาจใดได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาเท่านั้น และเมื่อนำเอาหลักของทฤษฎีนี้ไปประกอบกับหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) แล้ว จึงได้นำมาซึ่งข้อรังเกียจของศาลเกี่ยวกับการมอบอำนาจและอีกทั้งอาจจะกล่าวได้ว่า แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องนี้ของอังกฤษนั้น บางครั้งศาลจะนำเอาไปใช้ปะปนกับหลักในเรื่องตัวแทน (Agency) ซึ่งเป็นเรื่องไม่ถูกต้อง และ ด้วยเหตุปัจจัยทั้งสองประการนี้เอง ได้กลายเป็นอุปสรรคอย่างใหญ่หลวงในการดำเนินการให้บริการสาธารณะ ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ในสังคมรัฐสวัสดิการปัจจุบัน ที่จำเป็นต้องอาศัยการมอบอำนาจกันเองในฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม หลักนี้ไม่ถือเคร่งครัดเลยในกรณีที่รัฐมนตรีให้ข้าราชการในราชการส่วนกลางทำการแทนตน เพราะศาลถือว่ามีการควบคุมทางการเมืองอยู่ดังกล่าวแล้วข้างต้นนั่นเอง

3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของประเทศไทย

จากการที่ได้ศึกษาแนวความคิดการมอบอำนาจของต่างประเทศมาแล้ว ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการศึกษาถึงการกลไกการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทย เพื่อเป็นแนวทางในการเปรียบเทียบการมอบอำนาจของหน่วยงานของรัฐที่ไม่ได้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ.2546

ในการจัดระเบียบบริหารราชการของประเทศต่างๆ ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 เกี่ยวกับต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันมีหลักการจัดระเบียบบริหารราชการของประเทศต่างๆ มีใช้กันอยู่ 3 หลัก คือ

³⁹ อภิรดี พงษ์มนตรี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น.100.

- หลักการรวมอำนาจ
- หลักการแบ่งอำนาจ
- หลักกระจายอำนาจ

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้ยึดหลักการรวมอำนาจไว้ที่ส่วนกลางและหลักการแบ่งอำนาจนำไปให้ส่วนภูมิภาค กล่าวคือรัฐบาลได้ใช้หลักการรวมอำนาจและการแบ่งอำนาจผสมผสานกันไป ทำให้เกิดการควบคุมได้ทุกส่วนของประเทศโดยผ่านตัวแทนของตนในส่วนภูมิภาค มีผลทำให้การบริหารประเทศมีเอกภาพ และมีความมั่นคง ส่วนหลักกระจายอำนาจให้ประชาชนในท้องถิ่นปกครองกันเองเป็นหลักใหม่ตามอุดมการณ์ประชาธิปไตยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475

ในการบริหารราชการของรัฐบาลนั้นประกอบ ด้วยกลไก 3 ประการ คือ

- 1) องค์การ อันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ฯลฯ
- 2) วิธีปฏิบัติ อันได้แก่ การบังคับบัญชา การรักษาราชการแทน มอบหมาย มอบอำนาจ
- 3) เจ้าหน้าที่ของรัฐ อันได้แก่ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ พนักงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งอยู่ภายใต้

กฎหมายเกี่ยวกับบุคคล อาทิเช่น พระราชบัญญัติระเบียบราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ซึ่งกลไกทั้ง 3 ประการนี้ จะต้องดำเนินไปโดยสอดคล้องเกี่ยวพันกัน เมื่อเป็นดังนี้ก็จะเห็นว่า สำหรับการบริหารราชการของไทยนั้น การมอบอำนาจ นับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญไม่น้อยต่อประสิทธิภาพของการบริหารราชการ เพราะเป็นส่วนหนึ่งในกลไก 3 ประการ แห่งการบริหารราชการของรัฐบาล และเป็นข้อเท็จจริงที่ปฏิเสธไม่ได้ว่า ในวงราชการไทยยอมรับเอาหลักการในเรื่องการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารมาใช้ในการบริหารราชการมาช้านานแล้ว กับทั้งยังเห็นความจำเป็นในการนำหลักการนี้มาใช้ให้เกิดประโยชน์แก่งานราชการมากขึ้นทุกขณะก็ตาม แต่อาจจะกล่าวได้ว่า เนื่องจากการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารนั้นเป็นเรื่องในทางปฏิบัติของข้าราชการ จึงหาได้มีการนำมาศึกษากันอย่างกว้างขวาง เพื่อให้เข้าใจหลักการที่ถูกต้องแท้จริงของเรื่องนี้ ประกอบกับการที่ข้าราชการส่วนใหญ่เอาการปฏิบัติราชการซึ่งอยู่ภายใต้เนื้อหาสาระของกฎหมายปกครองไปปะปนกับแนวความคิดทางกฎหมายเอกชน และการเคร่งครัดในลายลักษณ์อักษรของตัวบทกฎหมาย โดยหาได้เข้าใจในหลักการของการมอบอำนาจ ผลที่ตามมาก็คือ ความยุ่งยาก สับสน ในการปฏิบัติราชการอันสืบเนื่องมาจากการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารในวงราชการที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งพอจะสรุปแนวความคิด หลักกฎหมาย และปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของประเทศไทยได้ดังนี้

เงื่อนไขการมอบอำนาจ

1) การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของประเทศไทย ก็เช่นเดียวกับของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ ที่จะมอบอำนาจกันได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้ ให้ อำนาจไว้ แต่น่าสังเกตว่าในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้อยู่ในรูป ของรัฐบัญญัติ (Loi) หรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร คือรัฐกฤษฎีกา (décret) เท่านั้น กฎหมายของฝ่าย บริหารอื่นๆ เช่น กฎกระทรวง (arrêté ministériel) จะกำหนดให้ มีการมอบอำนาจได้ก็ต่อเมื่อ กฎหมายแม่บทให้อำนาจในเรื่องนี้ไว้ ส่วนในประเทศไทยนั้น สิ่งกำหนดอนุญาตให้มอบอำนาจได้ นอกจากจะเป็นกฎหมายแล้ว ยังอยู่ในรูปของระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่ง หรือมติของ คณะรัฐมนตรีด้วย⁴⁰

2) คำสั่งมอบอำนาจนั้น ต้องมาจากบุคคลผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจเดิมอยู่ตามปกติ ก็จัด เป็น เงื่อนไขการมอบอำนาจที่ประเทศไทยใช้อยู่ เช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่ประเทศไทยไม่มี ข้อยกเว้นของหลักนี้สองประการที่ว่า

- การมอบอำนาจให้ทำการแทนที่มีที่มาจากบทกฎหมายโดยตรง
- การมอบอำนาจให้ทำการแทนโดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ไทยเรานำเอาแต่การโอนอำนาจซึ่งเป็นการมอบอำนาจในอีกความหมายหนึ่ง อัน ได้แก่การที่หน่วยงานที่มีอำนาจทุกอำนาจอยู่ให้อำนาจกับหน่วยงานอื่น ในอันที่จะทำนิติกรรมทาง ปกครองและหน่วยงานผู้มีอำนาจแต่เดิมนั้นจะให้อำนาจนั้นไปโดยเด็ดขาดจากการโอนอำนาจจะ ทำได้ด้วยวิธีการออกเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและมีลักษณะถาวร มาใช้ในการบริหารราชการ ไทย

3) การมอบอำนาจต่อ (subdelegation) นั้น ในฝรั่งเศสมีหลักอยู่ว่าบุคคลผู้ได้รับมอบ อำนาจไม้อาจมอบอำนาจนั้นให้แก่บุคคลอื่นได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ให้มอบอำนาจต่อได้ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากหลัก DELEGATUS NON POTEST DELEGARE อันเป็นหลักกฎหมาย ทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องมอบอำนาจ ตอนนี้แม้กระทั่งในประเทศที่มีหลักดังกล่าวอยู่ อย่างแน่นอนอันมี ผลให้การมอบอำนาจต่อจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ และเงื่อนไขทั้งหมด ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้มอบอำนาจต่อได้นั้น ครอบคลุมทุกเงื่อนไขเท่านั้น

4) เงื่อนไขประการหนึ่งในการมอบอำนาจ ซึ่งทางฝรั่งเศสและไทยมีเหมือนกันก็คือ เนื้อหาสาระของการมอบอำนาจจะต้องตรงหรือสอดคล้องกับกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้⁴¹

⁴⁰ อภิรดี พงษ์มนตรี, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 32, น.107.

⁴¹ J.G.GROSHENS, "La délégation administrative de compétence,"

p. 197. อภิรดี พงษ์มนตรี, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 32, น.107.

ภายใต้บริบทของความจำเป็นที่จะต้องมีการปฏิรูประบบราชการให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้การปฏิบัติงานของส่วนราชการสามารถตอบสนองต่อการพัฒนาประเทศและการให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึงก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อการกิจความรับผิดชอบของภาครัฐในฐานะผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการบริหารปกครองประเทศ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องผ่อนคลายหลักการบริหารราชการแผ่นดินในลักษณะของการรวมศูนย์อำนาจในรูปแบบเดิม จากที่กำหนดไว้ในลักษณะให้ฝ่ายบริหารมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจหรือเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะไปสู่รูปแบบการบริหารราชการแผ่นดินในเชิงบูรณาการโดยเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายสามารถมี “การมอบอำนาจ” (Delegation of Power) ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้อื่นใช้อำนาจแทนตนได้ การมอบอำนาจจึงเป็นกลไกที่สำคัญในการปฏิบัติราชการของภาครัฐ เพราะงานบริหารราชการนั้นจะครอบคลุมทุกกิจการของประเทศ ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางและเป็นภารกิจที่มีความสำคัญ เพื่อเป็นพลังผลักดันให้การบริหารประเทศสามารถดำเนินการต่อไป หัวหน้าส่วนราชการเพียงคนเดียวไม่อาจปฏิบัติงานให้ครบถ้วนทุกด้านได้ ในระบบราชการจึงมีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้บริหารงานในกระทรวง ทบวง กรม ไว้เป็นจำนวนมาก โดยมีตำแหน่งและหน้าที่รับผิดชอบต่าง ๆ ลดหลั่นกันไป เพื่อเป็นผู้ช่วยเหลือในการปฏิบัติงานของหัวหน้าส่วนราชการในด้านต่าง ๆ ไว้นั้น เพื่อที่จะรองรับการมอบอำนาจในการบริหารราชการ โดยบังคับบัญชาสามารถพิจารณาความเหมาะสมของผู้ใดบังคับบัญชาแต่ละระดับว่าควรมอบอำนาจให้กระทำในเรื่องใดเพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁴²

การมอบอำนาจในการบริหารราชการเป็นเรื่องของการปฏิบัติราชการมิใช่เป็นเรื่องของตัวการและตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องของความสมัครใจตกลงกันระหว่างตัวการและตัวแทน โดยตัวแทนมีหน้าที่ดำเนินการโดยมุ่งประโยชน์ของตัวการเป็นสำคัญ แต่การมอบอำนาจในการบริหารราชการเป็นเรื่องการกระจายความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นกรณีของการร่วมมือกันปฏิบัติราชการให้เกิดประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) การมอบอำนาจจึงเป็นเรื่องการมอบหน้าที่ในการปฏิบัติงานตามกฎหมายผู้รับมอบอำนาจไม่อาจปฏิเสธไม่ยอมรับมอบงานไปปฏิบัติได้ และในการปฏิบัติงานของผู้รับมอบอำนาจมิใช่ดำเนินการโดยมุ่งถึงประโยชน์ของผู้มอบอำนาจ แต่ผู้รับมอบอำนาจมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎระเบียบของทางราชการเช่นเดียวกับอำนาจหน้าที่ของผู้มอบอำนาจ ผลที่เกิดจากการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจจึงผูกพันรัฐหากมีความเสียหายเกิดขึ้นรัฐต้องแก้ไขเยียวยาความเสียหายนั้นเพราะการมอบอำนาจมิใช่เป็นเรื่องผูกพันตัวบุคคลแต่ผูกพันถึงตำแหน่งหน้าที่ราชการ⁴³

⁴² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง,” (2550). น. 1.

⁴³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 96*, น. 2

การมอบอำนาจมิใช่เป็นเรื่องการปิดการระดมความคิดชอบในตำแหน่งหน้าที่ของตน แต่เป็นเรื่องการกระจายการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้งานของทางราชการมีความคล่องตัว สามารถให้บริการแก่ประชาชนโดยรวดเร็วลดขั้นตอนการปฏิบัติงาน ทำให้งานมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และมีส่วนรับผิดชอบในผลของงานที่ชัดเจน ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 ได้กำหนดกลไกใหม่ในการบริหารราชการแผ่นดินไว้หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดให้มีการบริหารงานโดยเน้นเป้าหมายและผลสัมฤทธิ์ของงานในส่วนราชการ ซึ่งจะมีการกำหนดผู้รับผิดชอบและขอบเขตความรับผิดชอบในแต่ละระดับให้ชัดเจน ตั้งแต่ปลัดกระทรวง หัวหน้ากลุ่มภารกิจ และอธิบดี โดยผู้รับผิดชอบแต่ละระดับต้องสามารถกำหนด กลยุทธ์และตัวชี้วัดในผลของงานได้ การบริหารในรูปแบบนี้หัวหน้าส่วนราชการจะมีบทบาทอย่างยิ่งในการกำหนดนโยบายและกำกับดูแลการปฏิบัติราชการให้บรรลุเป้าหมาย ด้วยเหตุนี้ การบริหารในรูปแบบใหม่จึงจำเป็นที่จะต้องมีการมอบอำนาจไปสู่ผู้ปฏิบัติงานให้ได้มากที่สุด เพื่อให้งานในภาคปฏิบัติได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบในงานนั้นโดยตรงและหัวหน้าส่วนราชการจะเป็นผู้กำกับดูแลการปฏิบัติงานนั้น ซึ่งโดยลักษณะการทำงานเช่นนี้จะทำให้สามารถกระจายการให้บริการถึงประชาชนได้โดยตรงและหัวหน้าส่วนราชการจะเป็นผู้วางแผนพัฒนาการปฏิบัติราชการให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 มีความประสงค์ที่จะจัดระบบการมอบอำนาจให้มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนแน่นอนและให้ทุกส่วนราชการสามารถดำเนินการในเรื่องการมอบอำนาจให้เป็นไปตามหลักการของการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้ โดยมุ่งลดขั้นตอนในการปฏิบัติราชการ ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 38 วรยศี่แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 กำหนดระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมอบอำนาจขึ้นไว้เป็นแนวทางปฏิบัติของทุกส่วนราชการ⁴⁴

3.2.1 ความเป็นมาของการมอบอำนาจ

แม้ในอดีตที่ผ่านมาจะปรากฏแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินในลักษณะของการรวมอำนาจ (Centralization) ไว้ที่ราชการส่วนกลาง แต่การบริหารราชการก็มิได้ดำเนินการโดยราชการส่วนกลางซึ่งเป็นศูนย์กลางอำนาจในทุกกรณี ในทางตรงกันข้าม หากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การบริหารราชการภายใต้กฎหมายหลายฉบับ จะพบว่าราชการส่วนกลางได้แบ่งอำนาจการบริหารราชการจากราชการส่วนกลางไปสู่ราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งเป็นการบริหารปกครองโดยนำเอาระบบ

⁴⁴ เพิ่งอ้าง.

การบริหารราชการแบบรวมอำนาจผสมผสานเข้ากับหลักการบริหารราชการแบบกระจายอำนาจ (Decentralization) โดยมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการไปปฏิบัติราชการแทนราชการส่วนกลาง โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งรัฐได้ประกาศใช้บังคับเป็นครั้งแรกเมื่อ ปี พ.ศ. 2476 ทั้งนี้ เนื่องจากการบริหารราชการแผ่นดินโดยรูปแบบการรวมอำนาจนั้นก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคต่อการบริหารราชการหลายประการ เช่น การบริหารราชการไม่เอื้อประโยชน์ต่อการจัดทำกิจการ “บริการสาธารณะ” (Public Service) ของรัฐ ซึ่งเกิดการขยายตัวเพิ่มขึ้นทั้งในด้านปริมาณ รูปแบบ และขนาดของกิจการในการให้บริการภาคประชาชน การบริหารราชการในรูปแบบการรวมอำนาจจะมีระเบียบแบบแผนของระบบราชการที่ยู่ยากและจะต้องรายงานผลตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อขอความเห็นชอบในการตัดสินใจจากราชการส่วนกลางแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ทำให้เกิดการบริหารราชการขาดความคล่องตัวจนไม่สามารถรองรับต่อกิจการบริการสาธารณะขนาดใหญ่ ซึ่งต้องร่วมลงทุนกับภาคเอกชนทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติ ทั้งนี้ การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินในต่างประเทศนั้นย่อมจะต้องใช้ความรวดเร็วและลดขั้นตอนที่ยู่ยากซับซ้อนในการดำเนินการ⁴⁵

หากพิจารณาถึงลักษณะของการบริหารราชการแผ่นดินในช่วงเวลาหลังจากที่ประเทศไทยประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2435 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินนั้น³ อาจกล่าวได้ว่า การบริหารราชการแผ่นดินให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องประกอบด้วยปัจจัย 2 ส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง แผนงานนโยบายในการบริหารปกครองประเทศ โดยมีคณะรัฐมนตรีในฐานะรัฐบาลเป็นผู้ดำเนินการ และส่วนที่สอง การนำแผนงานนโยบายในการบริหารปกครองประเทศลงสู่ภาคปฏิบัติ โดยมีข้าราชการหรือฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ อัตรากำลัง และเครื่องมืออุปกรณ์เป็นผู้ดำเนินการเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ” จากกรณีเช่นว่านี้ จึงทำให้จำแนกอำนาจของรัฐบาลออกเป็น 2 ลักษณะ ดังต่อไปนี้⁴⁶

(ก) อำนาจหน้าที่ในฐานะรัฐบาลหรือฝ่ายบริหาร (The Government) เพื่อดำเนินการภารกิจที่สำคัญในการบริหารปกครองประเทศเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจ การเงิน การคลังความมั่นคงปลอดภัยแห่งรัฐ หรือเรื่องอื่นใดที่อาจกระทบต่อประโยชน์ได้เสียของประเทศหรือของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนด เช่น อำนาจในการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ อำนาจในการจัดทำรายงานผลการพิจารณาหรือผลการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติให้คำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะหรือให้ความเห็นเพื่อเสนอต่อ

⁴⁵ เพิ่งอ้าง, น. 3.

⁴⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น. 3.

สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และเปิดเผยเหตุผลให้สาธารณะชนทราบด้วย เป็นต้น ซึ่งกิจการประเภทนี้รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารไม่สามารถมอบอำนาจให้แก่องค์กรอื่นใดเพื่อดำเนินการได้ แต่ประการใด⁴⁷

(ข) อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง (The Administration) เป็นอำนาจการบริหารราชการในกระทรวง ทบวง กรม ในฐานะผู้บังคับบัญชาของข้าราชการประจำตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อให้กิจการงานราชการของฝ่ายปกครองเป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับหรือเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของแนวนโยบายหรือแผนงานของรัฐบาล กิจการประเภทนี้จึงมักเป็นการปฏิบัติตามแผนงานภาครัฐ การนำนโยบายของรัฐบาลลงสู่ภาคปฏิบัติ หรือการบังคับการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นประการสำคัญ เช่น อำนาจการรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ การสาธารณสุข การคุ้มครองผู้บริโภค การคมนาคม การเกษตร การอุตสาหกรรม และการเศรษฐกิจ เป็นต้น ดังนั้น กิจการประเภทนี้นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือข้าราชการระดับสูง จึงอาจมอบอำนาจการบริหารราชการให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด⁴⁸

3.2.2 ความหมายของการมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง

โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานเพื่อการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจผูกพัน⁴⁹ (Mandatory Power – Competence liée) ก็ดี หรือเป็นอำนาจดุลพินิจ⁵⁰ (Discretionary Power – Competence discretionnaire) ก็ดี ส่วนจะต้องใช้อำนาจนั้นด้วยตนเองเพราะการที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ระบุให้อำนาจในการวินิจฉัยสั่งการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นของฝ่ายปกครองตำแหน่งใด ๆ ย่อมหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ตำแหน่งนั้น ๆ มีคุณสมบัติเหมาะสม กล่าวคือ มีความรู้ความสามารถถึงระดับที่จะวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้น ๆ ได้โดยไม่สร้างความเสียหายแก่ส่วนราชการ ซึ่งผู้ไม่มีอำนาจหน้าที่ย่อมไม่มีความชอบด้วยกฎหมายที่จะเข้ามาใช้อำนาจดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครอง จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเฉพาะและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำตามปกครอง (Principe de la légalité des actes administratifs) อย่างไรก็ดีตามเพื่อประโยชน์

⁴⁷ เพิ่งอ้าง.

⁴⁸ เพิ่งอ้าง.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, ใน 2.3.3

⁵⁰ เพิ่งอ้าง, ใน 2.3.3

มหาชนในทางการบริหารราชการแผ่นดิน การมอบอำนาจจึงอาจเกิดขึ้นได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแบ่งเบาภารกิจของผู้บังคับบัญชาและการลดขั้นตอนการวินิจฉัยสั่งการของการบริหารราชการรูปแบบเดิมให้มีการกระจายอำนาจของฝ่ายบริหารเพิ่มมากขึ้น แต่จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนเท่านั้นว่าให้มีการมอบอำนาจให้แก่บุคคลใด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องหรืออาจเป็นกฎหมายทั่วไปก็ได้ ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า การมอบอำนาจ (Delegation of Power – Délégation de Pouvoir) หมายถึง การที่ฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้มอบอำนาจ” มอบอำนาจของคนที่มิอยู่ตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องหรือกฎหมายทั่วไปให้กับฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้รับมอบอำนาจ” เพื่อให้ใช้อำนาจนั้นในนามของตนเอง⁵¹

3.2.3 เงื่อนไขความสมบูรณ์ของการมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง

การมอบอำนาจของฝ่ายปกครองจะถือว่าสมบูรณ์ได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายอนุญาตไว้โดยแจ้งชัดเจนว่าจะต้องมอบอำนาจนั้นให้แก่บุคคลใดและจะต้องดำเนินการตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้จึงจะมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมาย ซึ่งเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการมอบอำนาจของฝ่ายปกครองนั้น ประกอบด้วยเงื่อนไขที่สำคัญดังต่อไปนี้

3.2.3.1 ต้องมีกฎหมายอนุญาตโดยชัดแจ้ง

การมอบอำนาจในฝ่ายปกครองนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายระบุอนุญาตให้มอบอำนาจได้ไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งต่างกับการมอบอำนาจในทางกฎหมายแพ่งซึ่งสามารถกระทำได้เสมอเว้นแต่จะเป็นเรื่องเฉพาะตัว หรือ วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย หรือเป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น

การพิจารณากฎหมายที่มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้ สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้⁵²

(1) กฎหมายเฉพาะเรื่องฉบับใดฉบับหนึ่ง ถ้ากฎหมายเฉพาะเรื่องบัญญัติถึงการมอบอำนาจไว้อย่างไรก็ต้องถือปฏิบัติตามนั้น ส่วนในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจไว้ จึงจะต้องไปพิจารณาจากกฎหมายทั่วไป

(2) กฎหมายทั่วไป โดยกฎหมายทั่วไปที่วางหลักในเรื่องการมอบอำนาจของฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 ซึ่งสาระสำคัญของการมอบอำนาจของฝ่าย

⁵¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น. 5

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น. 6

ปกครองตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญกำหนดไว้ในมาตรา 38 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่น ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้” โดยความหมายของมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงหมายความว่า ผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ซึ่งมีอำนาจในการสั่งการ หรือดำเนินการใด ๆ ตามกฎหมายหรือตามระเบียบปฏิบัติของส่วนราชการในเรื่องใด ๆ สามารถมอบอำนาจต่อไปให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ทั้งสิ้น โดยไม่มีข้อจำกัดว่าเป็นอำนาจเฉพาะตัวหรือเป็นอำนาจทั่วไปอีก ฉะนั้น โดยหลักกฎหมายในมาตรานี้ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ ย่อมมีดุลพินิจที่จะมอบอำนาจต่อไปให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทนได้เสมอตามความเหมาะสมของการปฏิบัติราชการในแต่ละเรื่องที่เหมาะสมให้มีการกระจายอำนาจต่อไป เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าวยังมีข้อจำกัดในการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ดังต่อไปนี้⁵³

ข้อจำกัดประการที่ 1 ในกรณีที่มีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติ คณะรัฐมนตรีได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นที่แตกต่างจากมาตรา 38 ได้บัญญัติไว้ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติเหล่านั้นประสงค์จะกำหนดหลักเกณฑ์การมอบอำนาจในเรื่องนั้นเป็นกรณีเฉพาะ ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติในเรื่องนั้น โดยยกเว้นจากการปฏิบัติในเรื่องมอบอำนาจตามกฎหมายนี้ เช่น

(1) การมอบอำนาจของปลัดกระทรวงให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทน ตามมาตรา 38 (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นั้น เป็นกรณีที่ปลัดกระทรวงอาจมอบอำนาจให้บุคคลอื่นปฏิบัติราชการแทน ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับราชการทั่วไป แต่มีข้อยกเว้น คือ ปลัดกระทรวงอาจมอบอำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่ปลัดกระทรวงจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นได้ เมื่อกฎหมายหรือระเบียบ ฯ มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 (ปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว) บัญญัติ

⁵³ เพิ่งอ้าง.

ว่า การอนุญาตตั้งโรงงานต้องได้รับใบอนุญาตตั้งโรงงานจากปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย จึงถือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นเป็นการเฉพาะ ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมจึงสามารถมอบอำนาจให้อุตสาหกรรมจังหวัดเป็นผู้ออกใบอนุญาตตั้งโรงงานได้ โดยไม่ต้องนำบทบัญญัติเรื่องการมอบอำนาจของปลัดกระทรวงตามมาตรา 38 (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาใช้บังคับ⁵⁴

(2) การที่มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดเรื่องการมอบอำนาจเป็นอย่างอื่น หมายถึง กรณีดังกล่าวจะต้องกำหนดอำนาจหน้าที่ผู้มีอำนาจและกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจนด้วย รวมทั้งต้องเป็นการบัญญัติหรือกำหนดขึ้นโดยหน่วยงานที่มีอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวหรือได้รับความเห็นชอบหรืออนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจในเรื่องนั้น มิใช่กรณีที่กำหนดขึ้นเองเพื่อเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติภายในของหน่วยงานที่ต้องปฏิบัติ⁵⁵

อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของกฎหมายในประการนี้มีขึ้นโดยวัตถุประสงค์ให้การมอบอำนาจกระทำได้กว้างขวางมากขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับผู้รับมอบอำนาจไว้เฉพาะบุคคลตามมาตรา 37 (1) ถึง (12) เท่านั้น แต่ในส่วนหลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจยังคงอยู่ภายใต้บังคับของระเบียบปฏิบัติของส่วนราชการที่กำหนดขึ้น ดังนั้น เมื่อคณะรัฐมนตรีได้กำหนดระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 ขึ้นไว้เป็นการทั่วไป การมอบอำนาจตามกฎหมายเฉพาะเหล่านี้ก็ยังคงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของระเบียบดังกล่าวด้วย⁵⁶

ข้อจำกัดประการที่ 2 ในกรณีที่มีกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติของส่วนราชการกำหนดข้อจำกัดหรือข้อห้ามในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้ ผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัตินั้นจะอาศัยอำนาจตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มอบอำนาจต่อไปให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นมิได้แต่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติของส่วนราชการนั้น โดยต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเอง ซึ่งข้อจำกัดหรือข้อห้ามในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจดังกล่าว กฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติของส่วนราชการจะต้องกำหนดให้เห็นโดยชัด

⁵⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบอำนาจให้อุตสาหกรรมจังหวัดเป็นผู้ออกใบอนุญาตต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน (เรื่องเสร็จที่ 262/2529)

⁵⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบอำนาจอธิบดีกรมประมงกระทรวงมหาดไทยให้ประมงกระทรวงมหาดไทยปฏิบัติราชการแทน (เรื่องเสร็จที่ 197/2542)

⁵⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น. 7.

แจ้งว่าห้ามมิให้มีการมอบอำนาจ จึงจะเป็นกรณีตามข้อจำกัดนี้ หากไม่มีข้อความเขียนไว้เช่นนั้นก็ย่อมจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ปกติที่สามารถมอบอำนาจได้เสมอ⁵⁷

3.2.3.2 ผู้รับมอบอำนาจนั้นจะต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผู้รับมอบอำนาจ

เป็นเงื่อนไขที่มีความเกี่ยวเนื่องกับความรู้ความสามารถในการวินิจฉัยสั่งการ หากยอมให้ผู้เป็นเจ้าของอำนาจมอบอำนาจของตนให้ฝ่ายปกครองใด ๆ ได้ ก็อาจเป็นผลเสียหายแก่ส่วนราชการ จึงจำเป็นต้องระบุตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจไว้ด้วย โดยปกติมักจะเป็นตำแหน่งถัดลงมาจากผู้มอบอำนาจหรือเป็นตำแหน่งหัวหน้างานสำคัญ ๆ ซึ่งตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้การมอบอำนาจของฝ่ายปกครองจะกระทำได้เฉพาะตามตำแหน่งที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะตามมาตรา 38 (1) ถึง (12) เท่านั้น ได้แก่⁵⁸

(1) นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจให้รองนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี

(2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง อธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(3) รัฐมนตรีว่าการทบวงอาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการทบวง ปลัดทบวง อธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(4) ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจให้รองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ช่วยปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(5) ปลัดกระทรวงอาจมอบอำนาจให้รองปลัดกระทรวง ผู้ช่วยปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(6) ปลัดทบวงอาจมอบอำนาจให้รองปลัดทบวง ผู้ช่วยปลัดทบวง อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(7) อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าอาจมอบอำนาจให้รองอธิบดี ผู้ช่วยอธิบดี ผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(8) ผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า อาจมอบ

⁵⁷ เพิ่งอ้าง.

⁵⁸ เพิ่งอ้าง, น. 8.

อำนาจให้ข้าราชการในกองหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบเท่ากอง หรือส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้ตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด

(9) ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมอบอำนาจให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด นายอำเภอ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ

(10) นายอำเภอผู้มอบอำนาจให้ปลัดอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ

(11) ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภออาจมอบอำนาจให้ปลัดอำเภอหรือหัวหน้าส่วนราชการประจำกิ่งอำเภอ

(12) หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดอาจมอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำกิ่งอำเภอ

อย่างไรก็ตาม สำหรับผู้ดำรงตำแหน่งอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 (1) ถึง (12) อาจมอบอำนาจให้บุคคลอื่นได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนด นอกจากนี้ การมอบอำนาจของปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง หรือปลัดทบวง ในฐานะหัวหน้าส่วนราชการ สำนักงานปลัด สำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงานปลัดกระทรวง หรือสำนักงานปลัดทบวง หรือการมอบอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการซึ่งขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 การมอบอำนาจในฐานะดังกล่าวสามารถมอบอำนาจได้ เช่นเดียวกับอธิบดีตามมาตรา 38 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เนื่องจากมาตรา 38 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัตินี้ ได้บัญญัติให้นำมาตรา 38 วรรคหนึ่ง (7) มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁵⁹

3.2.3.3 การมอบอำนาจต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

โดยทั่วไปเพื่อให้การมอบอำนาจบรรลุผล ผู้มอบอำนาจจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายระบุไว้ โดยจะต้องทำเป็นหนังสือดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 บัญญัติให้ “การมอบอำนาจตามมาตรา 38 ให้ทำเป็นหนังสือ” ซึ่งหมายถึง การมอบอำนาจที่จะเกิดผลในทางกฎหมายแก่ผู้รับมอบอำนาจที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการตามที่ได้รับมอบอำนาจนั้นต่อไปได้ จะต้องทำหนังสือแสดงการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนในเรื่องใดจากผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจ เพราะการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนเป็นการมอบอำนาจเพื่อให้สั่งการ อนุญาต อนุมัติ หรือดำเนินการใด ๆ ที่มีผลผูกพันตามกฎหมายการดำเนินการของผู้รับมอบอำนาจต่อไปจึงถือเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ที่ผล

⁵⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96, น. 9.

ตามกฎหมายไปด้วย ซึ่งกรณีจะเป็นเช่นนั้นได้ก็ต่อเมื่อมีหลักฐานชัดเจนว่า เป็นผู้ได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายในเรื่องนั้น โดยมีการทำคำสั่งเรื่องมอบอำนาจไว้เป็นหนังสือที่ชัดเจน

อนึ่ง การมอบอำนาจในฝ่ายปกครองนี้ถือเป็นคำสั่งฝ่ายเดียวของผู้มอบอำนาจเมื่อได้กระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วย่อมมีผลสมบูรณ์ ผู้รับมอบอำนาจไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนายินยอมแต่ประการใด ซึ่งแตกต่างจากการมอบอำนาจในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจจะต้องแสดงเจตนาทั้งสองฝ่ายให้ถูกต้องตรงกันเสียก่อน ทั้งนี้ โดยนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 975/2529 วินิจฉัยไว้ว่า การมอบอำนาจในฝ่ายปกครองนั้น เป็นการมอบอำนาจตามกฎหมาย ดังนั้นจึงหาจำเป็นต้องเปิดเผยตามประมวลรัษฎากรและต้องมีพยานมาอย่างน้อย 2 คน ลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อผู้รับมอบอำนาจนั้นแต่อย่างใดไม่⁶⁰

3.2.4 ผลของการมอบอำนาจของฝ่ายปกครอง

ผลของการมอบอำนาจของฝ่ายปกครองย่อมจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองทั่วไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำการปกครอง (Principe de la légalité des actes administratifs) อย่างไรก็ดีเมื่อการมอบอำนาจของฝ่ายปกครองนั้นได้กระทำตามเงื่อนไขในทางกฎหมายโดยสมบูรณ์แล้วย่อมมีผลในทางกฎหมายดังต่อไปนี้⁶¹

(1) เมื่อมีการมอบอำนาจโดยชอบ ผู้รับมอบอำนาจย่อมมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการในกิจการที่รับมอบมานั้นได้ในนามของตน กล่าวคือ ผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้ดุลพินิจของตนเองได้อย่างอิสระและผู้มอบอำนาจย่อมไม่มีอำนาจที่จะมาก้าวท้าวหรือแทรกแซงการใช้อำนาจดังกล่าวแต่ประการใด

อนึ่ง ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น เมื่อมีความเสียหายอย่างใด ๆ เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจย่อมไม่มีผลผูกพันใด ๆ ต่อผู้มอบอำนาจ ส่วนความเสียหายนั้นจะมีผลผูกพันองค์กรของรัฐ หรือผู้รับมอบอำนาจเป็นการส่วนตัวหรือไม่เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าการกระทำนั้นอยู่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจที่ได้รับมอบมาหรือไม่ อย่างไร

(2) โดยที่การมอบอำนาจนั้นเป็นเรื่องของตำแหน่งต่อตำแหน่ง ไม่ใช่เรื่องของบุคคลต่อบุคคล ดังนั้นแม้ตัวบุคคลดำรงตำแหน่งจะพ้นจากตำแหน่งไปไม่ว่าด้วยประการใด ๆ การมอบอำนาจก็ยังมีผลสมบูรณ์อยู่ตลอดไปซึ่งผิดกับการมอบอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶⁰ เพิ่งอ้าง.

⁶¹ เพิ่งอ้าง, น. 10.

ซึ่งมีเงื่อนไขกำหนดให้ความตายของผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจจะมีผลให้การมอบอำนาจนั้นสิ้นสุดลง⁶²

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่นายกรัฐมนตรียมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้แก่รองนายกรัฐมนตรีเมื่อเปลี่ยนแปลงคณะรัฐมนตรีการมอบอำนาจจะยังคงอยู่หรือไม่

ในประเด็นที่เห็นว่า การมอบอำนาจดังกล่าวย่อมสิ้นสุดตามไปด้วย เพราะแม้ว่าตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรีจะเป็นตำแหน่งที่สำคัญและมีปรากฏอยู่ในคณะรัฐมนตรีทุกยุคทุกสมัย แต่ก็จะมีจำนวนที่ไม่แน่นอน ดังนั้น ในคณะรัฐมนตรีชุดใหม่อาจมีจำนวนรองนายกรัฐมนตรีมากหรือว่าเดิมาก็ได้ ซึ่งจะ ไม่สอดคล้องกับการมอบอำนาจที่กระทำไว้โดยนายกรัฐมนตรีคนเดิม การมอบอำนาจดังกล่าวจึงคงสิ้นสุดไปโดยปริยายเมื่อคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลง

(3) การมอบอำนาจช่วง โดยหลักทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองผู้รับมอบอำนาจจะมอบอำนาจที่ตนได้รับมาให้แก่ฝ่ายปกครองอื่นซึ่งเป็นบุคคลที่สามหาได้ไม่ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยแสดงความเห็นไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ผู้ว่าราชการจังหวัดจะมอบอำนาจต่อให้ผู้อื่นกระทำการแทนไม่ได้ เพราะข้อ 42 วรรค 4 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 218 ให้อำนาจอธิบดีที่จะมอบให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด โดยเฉพาะเท่านั้น ไม่ได้ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัด โดยเฉพาะเท่านั้น ไม่ได้ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะมอบอำนาจให้ผู้อื่นกระทำการแทนต่อไปอีก”⁶³

(4) การมอบอำนาจที่สมบูรณ์นั้นจะดำรงอยู่นานกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้หรือเมื่อมีการยกเลิกการมอบอำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ การยกเลิกการมอบอำนาจนั้นจะต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นเดียวกันกับการมอบอำนาจที่กล่าวมาข้างต้นด้วย

3.2.5 ประเภทของการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครอง

พิจารณาจากฐานที่มาของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจเกี่ยวกับการมอบอำนาจแต่ละประเภทไว้ ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้⁶⁴

3.2.5.1 การปฏิบัติราชการแทน

⁶² ป.พ.พ. มาตรา 826 บัญญัติว่า “อันสัญญาตัวแทนย่อมระงับสิ้นไปด้วยตัวการถอนตัวแทน หรือด้วยตัวแทนบอกเลิกเป็นตัวแทน

อนึ่ง สัญญาตัวแทนย่อมระงับสิ้นไป เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือล้มละลาย เว้นแต่จะปรากฏว่าขัดกับข้อสัญญาหรือสภาพแห่งกิจการนั้น”

⁶³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หาหรือปัญหากฎหมาย (กรณีกรมสามัญศึกษาหรือปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการมอบอำนาจ) เรื่องเสร็จที่ 447/2522

⁶⁴ กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง, กฎหมายและระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการ, น. 18-21.

มีปรากฏอยู่ในหมวด 5 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในกฎหมายทั่วไปที่จะต้องถือปฏิบัติ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะได้บัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจนั้นไว้เป็นอย่างอื่น

ก. หลักการมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทน

ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ ในตอนต้น ซึ่งกำหนดว่า “อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการแทน หรือ การดำเนินการอื่น ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งนั้น หรือ มติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้” สามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้มอบอำนาจยังคงเป็นผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอยู่ แต่ได้มอบอำนาจของตนให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทน

(2) การมอบอำนาจในกรณีปฏิบัติราชการแทนตามบทบัญญัติมาตรานี้ต้องเป็นกรณีที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ เพราะถ้ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือห้ามมิให้มีการมอบอำนาจไว้ ก็ไม่สามารถดำเนินการตามบทบัญญัตินี้ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มอบอำนาจได้ไว้เป็นการทั่วไปได้ ซึ่งในกรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ได้โดยเฉพาะแล้ว อันเป็นการเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินมาใช้บังคับไม่ได้⁶⁵ และกรณีที่กฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไม่ได้บัญญัติห้ามการมอบอำนาจไว้และไม่ได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น ปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า ซึ่งเป็นกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นไปปฏิบัติหน้าที่ในคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินได้โดยอาศัยอำนาจมาตรา 38⁶⁶

⁶⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบอำนาจบริหารงานงบประมาณในระดับจังหวัด (เรื่องเสร็จที่ 133/2537)

⁶⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนกรรมการที่กฎหมายแต่งตั้งโดยระบุตำแหน่ง (เรื่องเสร็จที่ 425/2535)

(3) ผู้มอบอำนาจต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 (1) ถึง (12) เพราะถ้าผู้มอบอำนาจมิได้เป็นผู้ดำรงตำแหน่งตามที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้แล้วย่อมไม่สามารถดำเนินการได้ ในกรณีนี้ที่ประชุมร่วมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1 และคณะที่ 2) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ตำแหน่งรองปลัดกระทรวงผู้เป็นหัวหน้ากลุ่มภารกิจมิใช่ตำแหน่งที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 38 (1) ถึง (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ การที่รองปลัดกระทรวงผู้เป็นหัวหน้ากลุ่มภารกิจจะมอบอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนจึงไม่สามารถดำเนินการได้ตามบัญญัติมาตราดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามคณะรัฐมนตรีอาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 38 (13) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดระเบียบให้รองปลัดกระทรวงผู้เป็นหัวหน้ากลุ่มภารกิจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้⁶⁷

(4) ผู้รับมอบอำนาจต้องเป็นตำแหน่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 (1) ถึง (12) เพราะถ้าผู้รับมอบอำนาจมิได้เป็นตำแหน่งตามที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้แล้ว ย่อมไม่สามารถดำเนินการได้เช่นเดียวกัน ในกรณีนี้ที่ประชุมร่วมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1 และคณะที่ 2) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ในกรณีการรับมอบอำนาจนั้นจะดำเนินการตามบทบัญญัติมาตรา 38 (2) โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมอบอำนาจให้ย่อมไม่สามารถกระทำได้ เพราะรองปลัดกระทรวงมิได้เป็นตำแหน่งที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 (2) และการที่จะให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมอบอำนาจให้ปลัดกระทรวงแล้วให้ปลัดกระทรวงมอบอำนาจต่อให้รองปลัดกระทรวงก็ไม่สามารถกระทำได้ เพราะจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 39 ที่กำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจมีหน้าที่ต้องรับมอบอำนาจนั้น และจะมอบอำนาจนั้นให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปไม่ได้ กรณีนี้จะอาศัยอำนาจตามมาตรา 38 (13) เพื่อดำเนินการเฉพาะก็กระทำการไม่ได้เพราะมาตรา 38 (13) ให้อำนาจในการออกระเบียบเพื่อการมอบอำนาจเท่านั้น มิใช่เป็นอำนาจในการออกระเบียบเพื่อการรับมอบอำนาจแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ที่ประชุมร่วมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1 และคณะที่ 2) ได้ให้คำแนะนำในกรณีนี้ไว้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนในกรณีดังกล่าวนี้สามารถกระทำได้โดยให้ ก.พ.ร. กำหนดแนวทางปฏิบัติและเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้วย่อมใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 71/10 (8)⁶⁸ ซึ่งก็จะเป็นการสอดคล้องกับหลักความชอบด้วย

⁶⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การปฏิบัติหน้าที่ของรองปลัดกระทรวงผู้เป็นหัวหน้ากลุ่มภารกิจ การปฏิบัติราชการแทนและการรักษาราชการแทนปลัดกระทรวง (เรื่องเสร็จที่ 709/2545)

⁶⁸ มาตรา 77/10 ก.พ.ร. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

กฎหมายของการกระทำทางปกครองที่จะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12⁶⁹ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

(5) การมอบอำนาจต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ การมอบอำนาจตามมาตรา 38 ให้ทำเป็นหนังสือ

(6) เมื่อมีการมอบอำนาจโดยชอบแล้ว ผู้รับมอบอำนาจหน้าที่ต้องรับมอบอำนาจนั้น ทั้งนี้ตามที่บัญญัติมาตรา 39⁷⁰ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ กำหนดไว้อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะได้มีการมอบอำนาจแล้วก็ตาม แต่ผู้มอบอำนาจก็ยังมีหน้าที่กำกับติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ และมีอำนาจแนะนำและแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 40⁷¹ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะเมื่อผู้มอบอำนาจได้มอบอำนาจของตนให้แก่ผู้รับมอบอำนาจไปปฏิบัติราชการซึ่งส่วนใหญ่เป็นการมอบตามสายการบังคับบัญชาย่อมทำให้ผู้มอบอำนาจยังคงมีหน้าที่ในการกำกับติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจได้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ ที่มุ่งเน้นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ การกระจายความรับผิดชอบตามสภาพของตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจ และเป็นการติดตามผลว่าผู้รับมอบอำนาจได้ปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจหรือไม่ด้วย

๑๗๑ ๑๗๑

(8) ติความและวินิจฉัยปัญหาที่เกิดจากการใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุง กระทรวงทบวง กรม รวมตลอดทั้งกำหนดแนวทางปฏิบัติ ในกรณีที่เป็นปัญหา มติของคณะกรรมการตามข้อนี้ เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้วให้ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

๑๗๑ ๑๗๑

⁶⁹ มาตรา 12 คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

⁷⁰ มาตรา 39 เมื่อมีการมอบอำนาจตามมาตรา 38 โดยชอบแล้ว ผู้รับมอบอำนาจมีหน้าที่ต้องรับมอบ อำนาจนั้น และจะมอบอำนาจนั้นให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปไม่ได้ เว้นแต่กรณีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่า ราชการจังหวัดตามมาตรา 38 (2) (3) (4) (5) (6) หรือ (7) ผู้ว่าราชการจังหวัดจะมอบอำนาจนั้นต่อไปตามมาตรา 39 (9) ก็ได้

⁷¹ มาตรา 40 ในการมอบอำนาจตามมาตรา 38 (4) ถึง (11) ให้ผู้มอบอำนาจพิจารณาถึงการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ การกระจายความรับผิดชอบตามสภาพของตำแหน่งของ ผู้รับมอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ ดังกล่าว

เมื่อได้มอบอำนาจแล้ว ผู้มอบอำนาจมีหน้าที่กำกับติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ และให้มีอำนาจแนะนำและแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจได้

อนึ่ง โดยที่ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ ได้ใช้ถ้อยคำ “ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า” ไว้สองลักษณะกล่าวคือ *กรณีที่หนึ่ง* ใช้ “หรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า” ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 38 (2) และ (3) และ*กรณีที่สอง* ใช้ “หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า” ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 38 (4) (5) (6) (7) และ (8) ซึ่งในกรณีนี้ที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ว่า ผู้ตรวจราชการกระทรวง ระดับ 10 เป็นผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่ารองปลัดกระทรวงหรืออธิบดี และผู้ตรวจราชการ ระดับ 9 เป็นผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่าผู้ช่วยปลัดกระทรวง ซึ่งปลัดกระทรวงอาจมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนได้ตามมาตรา 38 (5) และนายช่างใหญ่หรือสถาปนิกใหญ่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่ารองอธิบดีซึ่งอธิบดีกรมโยธาธิการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนได้ตามมาตรา 38 (7)⁷²

ข. ข้อยกเว้นการมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทน

(1) เมื่อมีการมอบอำนาจโดยชอบแล้ว ผู้รับมอบอำนาจจะมอบอำนาจนั้นให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปไม่ได้ อันเป็นหลักทั่วไปที่ “การมอบอำนาจช่วง” (Sub-Delegation) จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่กรณีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดตามมาตรา 38 (2) (3) (4) (5) (6) หรือ (7) ผู้ว่าราชการจังหวัดจะมอบอำนาจนั้นต่อไปตามมาตรา 38 (9) ได้ โดยผู้ว่าราชการจังหวัดต้องแจ้งให้ผู้มอบอำนาจขึ้นต้น (ซึ่งมีตำแหน่งที่เหนือกว่าผู้ว่าราชการจังหวัด) ได้รับทราบ ส่วนการมอบอำนาจให้แก่บุคคลอื่นนอกจากรองผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัดจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากผู้มอบอำนาจขึ้นต้น (ซึ่งมีตำแหน่งที่เหนือกว่าผู้ว่าราชการจังหวัด) นั้นแล้ว ซึ่งในกรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา(คณะที่ 4) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เมื่อได้รับมอบอำนาจจากปลัดกระทรวงสาธารณสุขแล้ว รองปลัดกระทรวงก็จะต้องเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง จะมอบอำนาจต่อไปให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทนไม่ได้ ฉะนั้น การที่รองปลัดกระทรวงมอบอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างในที่ราชพัสดุของส่วนราชการในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนต่อไปจึงไม่อาจกระทำได้เพราะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 39⁷³

⁷² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนตามมาตรา 38 (5) และ (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 (เรื่องเสร็จที่ 471 472/2536 ประชุมใหญ่)

⁷³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบอำนาจเกี่ยวกับการรื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้าง (เรื่องเสร็จที่ 221/2542)

(2) เมื่อมีการมอบอำนาจโดยชอบแล้ว ผลการของมอบอำนาจนั้นยังคงอยู่จนกว่าจะมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการมอบอำนาจนั้น และการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงการมอบอำนาจก็จะต้องกระทำตามแบบเช่นเดียวกับการมอบอำนาจ กล่าวคือ จะต้องกระทำเป็นหนังสือด้วยเช่นกัน

เนื่องจากมีข้อจำกัดบางประการในการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการตามมาตรา 38 คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติให้วางหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการเพื่อให้เกิดความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และมีความรับผิดชอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถตรวจสอบได้ โดยกำหนดให้มี “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546” ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขข้อจำกัดบางประการดังกล่าวข้างต้นให้บรรลุผล ยกตัวอย่าง เช่น กรณีรองปลัดกระทรวงผู้เป็นหัวหน้ากลุ่มภารกิจซึ่งมีปัญหาในการมอบอำนาจและการรับมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการดังกล่าวว่ามาข้างต้นนั้น ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีนี้ได้กำหนดไว้ในข้อ 12⁷⁴ ในกระทรวงที่มีการแบ่ง กลุ่มภารกิจซึ่งหัวหน้ากลุ่มภารกิจมีอำนาจเช่นเดียวกับปลัดกระทรวงตามมาตรา 21 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 ให้หัวหน้ากลุ่มภารกิจดำเนินการมอบอำนาจตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้โดยให้ถือเสมือนหนึ่งเป็นปลัดกระทรวงของส่วนราชการในกลุ่มภารกิจนั้นซึ่งมีผลเท่ากับว่า นับจากนี้ไปรองปลัดกระทรวงผู้เป็นหัวหน้ากลุ่มภารกิจย่อมดำเนินการมอบอำนาจได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้ โดยให้ถือเสมือนหนึ่งเป็นปลัดกระทรวงกลุ่มภารกิจนั้น นอกจากนี้ข้อ 13⁷⁵ ยังกำหนดให้อธิบดีดำเนินการวางระเบียบเกี่ยวกับการเมืองมอบอำนาจของผู้อำนวยการกองให้ข้าราชการในกองหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบกองหรือส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคสองปฏิบัติราชการแทนได้ ซึ่งในกรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ได้ให้ความเห็นไว้ว่าการที่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาจะสั่งให้ข้าราชการในกองคนใดปฏิบัติราชการและไม่เป็นการกระทบต่ออำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายของผู้อำนวยการกองต้องเป็นกรณีที่ผู้อำนวยการกองมอบอำนาจให้ข้าราชการในกองหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบกองให้ปฏิบัติราชการตามที่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา

⁷⁴ ข้อ 12 ในกระทรวงที่มีการแบ่งกลุ่มภารกิจซึ่งหัวหน้าแบ่งกลุ่มภารกิจมีอำนาจเช่นเดียวกับปลัดกระทรวงตามมาตรา 21 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 ให้หัวหน้ากลุ่มภารกิจดำเนินการมอบอำนาจตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้โดยให้ถือเสมือนหนึ่งเป็นปลัดกระทรวงของส่วนราชการในกลุ่มภารกิจนั้น

⁷⁵ ข้อ 13 ให้อธิบดีดำเนินการวางระเบียบการมอบอำนาจตามมาตรา 38 (8) หก แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามระเบียบนี้

กำหนดซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 38 (8) ดังนั้น เลขานุการคณะกรรมการอาหารและยาต้องออกระเบียบตามมาตราดังกล่าวเพื่อกำหนดให้ผู้อำนวยความสะดวกมอบอำนาจให้ข้าราชการในกองหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบกองรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการ⁷⁶ รวมทั้งได้กำหนดกรณีการมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนในการบริหารราชการในต่างประเทศไว้ในข้อ 17⁷⁷ ให้หัวหน้าส่วนราชการนั้นมอบอำนาจทั้งปวงที่จะต้องดำเนินการในต่างประเทศนั้นให้แก่หัวหน้าคณะผู้แทนและให้หัวหน้าผู้แทนมอบอำนาจให้รองหัวหน้าคณะผู้แทนหรือบุคคลในคณะผู้แทนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้

3.2.5.2 การรักษาราชการแทน

มีปรากฏอยู่ในหมวด 6 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า เนื้อหาของบทบัญญัติในหมวด 6 นี้ ยังไม่เคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมนับแต่ประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ฯ เป็นต้นมา โดยสาระสำคัญของการรักษาราชการแทน คือ กรณีที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจไม่สามารถใช้อำนาจนั้นได้เพราะไม่อยู่ เช่น ไปปฏิบัติราชการในต่างประเทศหรือเกิดการเจ็บป่วยทำให้ไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติไว้ได้ ซึ่งแตกต่างจากการปฏิบัติราชการแทน เพราะการปฏิบัติราชการแทนนั้นเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจยังอยู่ในตำแหน่งหน้าที่และปฏิบัติราชการได้ แต่เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่และให้การวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้น ๆ เป็นไปด้วยความรวดเร็ว จึงได้มอบอำนาจของตนให้อีกบุคคลหนึ่งเพื่อให้ปฏิบัติราชการนั้นแทน

ก. หลักการมอบอำนาจในการรักษาราชการแทน

ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติในหมวด 6 การรักษาราชการแทน มาตรา 41 ถึงมาตรา 47 แล้วจะเห็นได้ว่า มีหลักการมอบอำนาจในการรักษาราชการแทน ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งนั้นหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้
- (2) ให้ผู้ดำรงตำแหน่งรองลงมาเป็นผู้รักษาราชการแทน โดยการมีคำสั่งแต่งตั้งให้รักษา

ราชการแทน

การรักษาราชการแทน สามารถแบ่งแยกเป็นกรณีต่างๆ ได้ ดังต่อไปนี้

1) การรักษาราชการแทนนายกรัฐมนตรี

⁷⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบหมายให้ข้าราชการในกองปฏิบัติงานตามที่เลขานุการคณะกรรมการอาหารและยา มอบหมาย (เรื่องเสร็จที่ 577/2547)

⁷⁷ ข้อ 17 ส่วนราชการใดมีภารกิจที่ต้องดำเนินการในต่างประเทศ ให้หัวหน้าส่วนราชการนั้นมอบอำนาจทั้งปวงที่จะต้องดำเนินการในต่างประเทศนั้น ให้แก่หัวหน้าคณะผู้แทน และให้หัวหน้าคณะผู้แทนมอบอำนาจให้รองหัวหน้าคณะผู้แทนหรือบุคคลในคณะผู้แทน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้

แต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนปลัดกระทรวงเป็นไปตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง โดยจะแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนปลัดกระทรวงได้แต่เฉพาะจากผู้ดำรงตำแหน่งรองปลัดกระทรวงเท่านั้น ไม่อาจแต่งตั้งอธิบดีให้รักษาราชการแทนปลัดกระทรวงได้ เว้นแต่จะไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งรองปลัดกระทรวงหรือผู้ดำรงตำแหน่งรองปลัดกระทรวงไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ส่วนการที่จะให้รองปลัดกระทรวงคนใดเป็นผู้รักษาราชการแทนปลัดกระทรวงในระดับใดย่อมเป็นอำนาจของรัฐมนตรีที่จะเป็นผู้แต่งตั้ง

4) การรักษาราชการแทนอธิบดี

ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดี หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้รองอธิบดีเป็นผู้รักษาราชการแทน ถ้ามีรองอธิบดีหลายคนให้ปลัดกระทรวงแต่งตั้งรองอธิบดีคนใดคนหนึ่งเป็นผู้รักษาราชการแทนถ้าไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้ปลัดกระทรวงแต่งตั้งข้าราชการในกรมซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่ารองอธิบดี หรือข้าราชการตั้งแต่ตำแหน่งหัวหน้ากองหรือเทียบเท่าขึ้นไปคนใดคนหนึ่งเป็นผู้รักษาราชการแทน แต่ถ้านายกรัฐมนตรีสำหรับสำนักนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเห็นสมควร เพื่อความเหมาะสมแก่การรับผิดชอบการปฏิบัติราชการในกรมนั้น นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะแต่งตั้งข้าราชการคนใดคนหนึ่งซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอธิบดีหรือเทียบเท่าเป็นผู้รักษาราชการแทนได้ (มาตรา 46)⁸¹ ซึ่งในกรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ได้ให้

ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งรองปลัดกระทรวง หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้นายกรัฐมนตรีสำหรับสำนักนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแต่งตั้งข้าราชการในกระทรวงซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่าเป็นผู้รักษาราชการแทน

ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งรองปลัดกระทรวง หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ปลัดกระทรวงจะแต่งตั้งข้าราชการในกระทรวงซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าเป็นผู้รักษาราชการแทนก็ได้

⁸¹ มาตรา 46 ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดี หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้รองอธิบดีเป็นผู้รักษาราชการแทน ถ้ามีรองอธิบดีหลายคน ให้ปลัดกระทรวงแต่งตั้งรองอธิบดีคนใดคนหนึ่งเป็นผู้รักษาราชการแทน ถ้าไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้ปลัดกระทรวงแต่งตั้งข้าราชการในกรมซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่ารองอธิบดี หรือข้าราชการตั้งแต่ตำแหน่งหัวหน้ากองหรือเทียบเท่าขึ้นไปคนใดคนหนึ่งเป็นผู้รักษาราชการแทน แต่ถ้านายกรัฐมนตรีสำหรับสำนักนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเห็นสมควรเพื่อความเหมาะสมแก่การรับผิดชอบการปฏิบัติราชการในกรมนั้น นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะแต่งตั้งข้าราชการคนใดคนหนึ่งซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอธิบดีหรือเทียบเท่า เป็นผู้รักษาราชการแทนก็ได้

ความเห็นไว้ว่า การที่ผู้รักษาราชการแทนอธิบดีได้รายงานต่อปลัดกระทรวงว่าตนต้องเดินทางไปราชการต่างจังหวัดในช่วงระยะเวลาระหว่างวันที่ 28 พฤศจิกายน ถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2535 และได้เสนอให้แต่งตั้งรองอธิบดีคนอื่นเป็นผู้รักษาราชการแทนในระหว่างเวลาดังกล่าว ปลัดกระทรวงจึงได้มีคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีคนอื่นรักษาราชการแทนอธิบดีจนกว่าผู้รักษาราชการแทนอธิบดีคนเดิมจะกลับมาปฏิบัติราชการได้ตามคำสั่งเดิม ดังนั้น การที่ผู้รักษาราชการแทนอธิบดีคนเดิมได้กลับมาปฏิบัติราชการที่กรมก่อนกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ผู้รักษาราชการแทนอธิบดีคนเดิมจึงมีหน้าที่ต้องรายงานการกลับมาปฏิบัติราชการก่อนกำหนดระยะเวลาให้ปลัดกระทรวงทราบด้วย⁸²

5) การรักษาราชการแทนเลขานุการกรมหรือหัวหน้าส่วนราชการอย่างอื่น

ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งเลขานุการกรมตามมาตรา 31 วรรคหนึ่ง หรือหัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 33 วรรคสอง หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการในกรมคนใดคนหนึ่งซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าหัวหน้ากองหรือเทียบเท่า เป็นผู้รักษาราชการแทน ทั้งนี้ ตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และการแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทน หากอธิบดีเห็นว่าเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการให้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง จะออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการในกรมซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าหัวหน้ากองหรือเทียบเท่าเป็นผู้รักษาราชการแทนไว้ล่วงหน้าย่อมกระทำได้ ส่วนการแต่งตั้งไว้หลายคนในคำสั่งเดียวกันนั้น ถ้าเป็นการแต่งตั้งโดยมีเงื่อนไขว่า เมื่อหัวหน้าส่วนราชการตามมาตรา 31 วรรคหนึ่ง (2) และผู้ได้รับแต่งตั้งในลำดับแรกไม่อยู่ให้ผู้ได้รับแต่งตั้งในลำดับรองลงไปเป็นผู้รักษาราชการแทนย่อมกระทำได้เพราะเป็นคำสั่งที่มีผลอย่างเดียวกันกับการออกคำสั่งคราวละหนึ่งคนนั่นเอง⁸³ และปลัดกระทรวงในฐานะอธิบดีของสำนักงานปลัดกระทรวงจะแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนพาณิชย์จังหวัดก็ต้องแต่งตั้งจาก

ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้อธิบดีจะแต่งตั้งข้าราชการในกรมซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่ารองอธิบดี หรือข้าราชการตั้งแต่ตำแหน่งหัวหน้ากองหรือเทียบเท่าขึ้นไปเป็นผู้รักษาราชการแทนก็ได้

ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับแก่กรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งเลขานุการ รองเลขานุการ ผู้อำนวยการ รองผู้อำนวยการ หรือตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งเทียบเท่าปลัดกระทรวงหรืออธิบดีในส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรมด้วยโดยอนุโลม

⁸² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การรักษาราชการแทนของข้าราชการพลเรือนสามัญ (กรณีรักษาราชการแทนอธิบดีกรมป่าไม้) (เรื่องเสร็จที่ 207/2538)

⁸³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนไว้เป็นการล่วงหน้าและแต่งตั้งไว้หลายคน ตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 (เรื่องเสร็จที่ 29/2537)

ข้าราชการในสำนักงานปลัดกระทรวงซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าหัวหน้ากองหรือเทียบเท่า ทั้งนี้ จะแต่งตั้งจากข้าราชการสังกัดกรมอื่นนอกจากสำนักงานปลัดกระทรวงหาได้ไม่⁸⁴

6) ผู้รักษาราชการแทนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินนี้จะมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ซึ่งดูแลแทน (มาตรา 48 วรรคหนึ่ง)⁸⁵

7) ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นแต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดเป็นกรรมการหรือให้มีอำนาจหน้าที่อย่างใด ให้ผู้รักษาราชการแทนหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนมีอำนาจหน้าที่เป็นกรรมการหรือมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ดำรงตำแหน่งนั้นในการรักษาราชการแทนหรือปฏิบัติราชการแทนด้วย (มาตรา 48 วรรคสาม)

3.2.5.3 การรักษาราชการในตำแหน่ง

มีปรากฏอยู่ในมาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น แตกต่างจากการปฏิบัติราชการแทนและการรักษาราชการแทนซึ่งจะอยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และแยกเป็นหมวดไว้เป็นการเฉพาะ การรักษาราชการในตำแหน่งมักจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ (ผู้ดำรงตำแหน่ง) ในตำแหน่งนั้นๆ ได้ว่างลง เพราะเหตุถึงแก่ความตาย ครบวาระการดำรงตำแหน่ง หรือลาออกจากตำแหน่ง แตกต่างจากการรักษาราชการแทนซึ่งจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจไม่สามารถใช้อำนาจของตนได้ เพราะไม่อยู่หรือมีอุปสรรคขัดขวาง เช่น ไปปฏิบัติราชการในต่างประเทศหรือเกิดการเจ็บป่วย เป็นต้น

ก. หลักการมอบอำนาจในการรักษาราชการในตำแหน่ง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 68⁸⁶ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 แล้ว จะเห็นได้ว่า หลักการมอบอำนาจในการรักษาราชการตำแหน่ง สามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

⁸⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนพาณิชย์จังหวัด (เรื่องเสร็จที่ 492/2537 ประชุมใหญ่)

⁸⁵ มาตรา 48 ให้ผู้รักษาราชการแทนตามความในพระราชบัญญัตินี้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ซึ่งดูแลแทน

ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดหรือผู้รักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งนั้นมอบหมายหรือมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทน ให้ผู้ปฏิบัติราชการแทนมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ซึ่งมอบหมายหรือมอบอำนาจ

ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นแต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดเป็นกรรมการหรือให้มีอำนาจหน้าที่อย่างใด ให้ผู้รักษาราชการแทนหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนมีอำนาจหน้าที่เป็นกรรมการหรือมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ดำรงตำแหน่งนั้นในการรักษาราชการแทนหรือปฏิบัติราชการแทนด้วย แล้วแต่กรณี

- (1) ในกรณีที่ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญว่างลงหรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่สามารถปฏิบัติราชการได้
- (2) เป็นกรณีที่มีได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน
- (3) ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการพลเรือนที่เห็นสมควรรักษาการในตำแหน่งได้
- (4) ผู้รักษาการในตำแหน่งให้มีอำนาจหน้าที่ตามตำแหน่งที่รักษาการนั้น

โดยหลักการแล้ว การใช้อำนาจตามมาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะต้องเป็นกรณีที่มีได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน กล่าวคือ หากในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินได้กำหนดการแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนไว้แล้วก็ย่อมบังคับตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ แต่ในกรณีที่มีการกำหนดเกี่ยวกับการรักษาการในตำแหน่งไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนนั้น ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า ต้องการให้การมอบอำนาจทางปกครองมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เนื่องจากถ้าเป็นตำแหน่งที่มีได้กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน และตำแหน่งนั้นว่างลงหรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้จะดำเนินการอย่างไร ในกรณีเช่นนี้ก็จะต้องใช้หลักการในเรื่องการรักษาการในตำแหน่งเข้ามาดำเนินการแทน

3.3 โครงสร้างการมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

ก่อนที่จะพูดถึงปัญหาการมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ผู้วิจัยเห็นว่าจากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีการมอบอำนาจทั้งของต่างประเทศ และของระบบราชการไทย ในฐานะที่สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เป็นหน่วยงานรัฐในรูปแบบพิเศษ มีหน้าที่ให้บริการสาธารณะ (จัดระบบบริการสาธารณสุขให้แก่ประชาชน) จัดตั้งขึ้นภายใต้หลักเกณฑ์การบริหารราชการแบบการกระจายอำนาจของรัฐ โดยแยกส่วนออกมาเป็นหน่วยงานเอกเทศ มีวิธีการบริหารจัดการโดยตัวเองเพื่อความคล่องตัวไม่ยึดกับระเบียบที่ใช้ในส่วนราชการ มีรูปแบบการ

⁸⁶ ในกรณีที่ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญว่างลง หรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ และเป็นกรณีที่มีได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการพลเรือนที่เห็นสมควรรักษาการในตำแหน่งนั้นได้

ผู้รักษาการในตำแหน่งตามวรรคหนึ่ง ให้มีอำนาจหน้าที่ตามตำแหน่งที่รักษาการนั้น ในกรณีที่มีกฎหมายอื่น กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี มติคณะกรรมการตามกฎหมายหรือคำสั่งผู้บังคับบัญชาแต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ เป็นกรรมการหรือให้มีอำนาจหน้าที่อย่างใดก็ให้ผู้รักษาการในตำแหน่งหน้าที่กรรมการ หรือมีอำนาจหน้าที่อย่างนั้นในระหว่างที่รักษาการในตำแหน่งแล้วแต่กรณี

บริหารดำเนินการในรูปแบบคณะกรรมการ มีการตรากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง เองของหน่วยงาน⁸⁷ จึงควรอธิบายถึงโครงสร้างการบริหารจัดการหน่วยงานและการมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เพื่อจะได้เข้าใจและทราบถึงปัญหาของการมอบอำนาจของสำนักงาน

สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) เป็นหน่วยงานของรัฐ จัดตั้งตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ในฐานะประธานคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ โดย สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข ซึ่งมีการกิจหลักในการบริหารจัดการเงินกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด รวมทั้งพัฒนาระบบบริการสาธารณสุขเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงบริการที่มีคุณภาพได้มาตรฐาน ส่งเสริมและพัฒนาให้เกิดระบบบริการสุขภาพที่มีคุณภาพมาตรฐาน ประชาชนมั่นใจ ส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชน องค์กรประชาชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทในการพัฒนาระบบหลักประกันสุขภาพ คู่ມครองสิทธิและส่งเสริมกระบวนการเรียนรู้ให้ประชาชนเข้าใจสิทธิและหน้าที่ในระบบหลักประกันสุขภาพ และบริหารจัดการเงินกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชน⁸⁸

3.3.1 โครงสร้างสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

โครงสร้างในการจัดการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ประกอบด้วย

1. คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่นำมาให้กับการบริหารจัดการเงินกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ และเงินบริหารจัดการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ รวมถึงมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลสำนักงานให้ดำเนินกิจการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ อำนาจหน้าที่ที่ว่่านี้ให้รวมถึง กำหนดนโยบายบริหารงาน ให้ความเห็นชอบแผนการดำเนินงาน อนุมัติแผนการเงินของสำนักงาน รวมถึงควบคุมดูแลการดำเนินงานและการบริหารงานทั่วไป จนถึงออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ

⁸⁷ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, การจัดโครงสร้างหน่วยงานของรัฐในกำกับของฝ่ายบริหาร, (กรุงเทพมหานคร:บริษัทเลกแอนด์ฟาวด์เท่น พรินต์ติ้ง จำกัด, 2551), น. 85-94.

⁸⁸ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไป การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน ติดตามประเมินผลการดำเนินการอื่นของ⁸⁹

2. คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานของหน่วยบริการและเครือข่ายหน่วยบริการ กำกับดูแลการให้บริการของหน่วยบริการ กำหนดมาตรฐานการควบคุมและส่งเสริมคุณภาพและมาตรฐานหน่วยบริการและเครือข่ายหน่วยบริการ กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ สนับสนุนและพัฒนาการให้บริการ หรือปฏิบัติหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ⁹⁰

3. เลขาธิการ เป็นผู้รับผิดชอบการบริหารกิจการของสำนักงานให้เป็นไปตามกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด นโยบาย มติ และประกาศของคณะกรรมการและเป็นผู้บังคับบัญชาเจ้าหน้าที่และลูกจ้างของสำนักงานทุกตำแหน่ง⁹¹

3.3.2 การมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เป็นหน่วยงานรัฐที่มีการบริหารจัดการโดยไม่อยู่ภายใต้การบริหารราชการในระบบ มีลักษณะเป็นกึ่งอิสระไม่ขึ้นตรงต่อกระทรวงสาธารณสุข มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้กำกับดูแล จากการศึกษาหลักการบริหารราชการที่ผ่านมา จะพบว่าสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติมีการบริหารงานโดยใช้หลักการแบ่งอำนาจ (Decentralization) จากส่วนกลางไปยังสำนักงานสาขาเขต โดยจัดตั้งสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สาขาเขต ขึ้นทั้ง 13 สาขาในส่วนภูมิภาคและกรุงเทพมหานคร เพื่อให้มีหน่วยงานดำเนินการสร้างหลักประกันสุขภาพในระดับพื้นที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและทั่วถึง⁹²

เมื่อโครงสร้างการบริหารจัดการของสำนักงานมีคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เป็นผู้ควบคุมดูแลการบริหารกิจการสำนักงาน โดยการออกกฎ ระเบียบข้อบังคับ ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการรวมถึงการอนุมัติแผนการปฏิบัติงานและแผนการใช้งบประมาณ ในการบริหารจัดการเพื่อให้เกิดความคล่องตัวจึงจำเป็นต้องมีการมอบอำนาจในแต่ละภารกิจให้ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งได้แก่เลขาธิการ ในการบริหารจัดการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเพื่อให้เกิดความคล่องตัว และเป็นอย่างรวดเร็วตอบหลักการจัดตั้งหน่วยงาน จึงจำเป็นที่เลขาธิการ ต้องมีการมอบอำนาจของตนให้กับผู้ได้บังคับบัญชาในการรับมอบการบริหารกิจการของสำนักงาน

⁸⁹ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 .มาตรา 18 ,มาตรา19

⁹⁰ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 .มาตรา 50

⁹¹ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 .มาตรา 31

⁹² ประกาศสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง การจัดตั้งสำนักงานสาขา ของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549

ดังนั้น ในการมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติจึงมีขั้นตอนการมอบอำนาจเป็นลำดับขั้นดังต่อไปนี้

1. คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ในฐานะเป็นผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลการดำเนินงานของสำนักงานให้ดำเนินกิจการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ทั้งด้านการบริหารทั่วไป การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงิน เหล่านี้ คณะกรรมการจะใช้อำนาจในการควบคุมดูแลโดยการออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆที่เกี่ยวข้อง และใช้อำนาจการกำกับดูแลของตนผ่านเลขาธิการ โดยการมอบอำนาจของตนให้เลขาธิการเป็นผู้ทำหน้าที่หรือมอบอำนาจให้เลขาธิการสามารถมอบอำนาจที่ตนได้รับในบางเรื่องมอบต่อผู้บริหารระดับสูง หรือผู้บริหารในระดับต้น โดยออกเป็นข้อบังคับเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้เลขาธิการ⁹³ หรือการที่คณะกรรมการอาจมอบอำนาจให้เลขาธิการกระทำการแทนตนเป็นการเฉพาะเรื่องเช่น การออกระเบียบการใช้งบประมาณกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ โดยในระเบียบกำหนดให้เลขาธิการเป็นผู้รักษาการตามระเบียบ และมีอำนาจตีความวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ระเบียบนี้ ซึ่งในระเบียบดังกล่าวได้ให้อำนาจเลขาธิการออกหลักเกณฑ์และวิธีการในกรณีมีความจำเป็นไม่สามารถใช้จ่ายเงินกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้ทันภายในปีงบประมาณ⁹⁴ หรือการมอบอำนาจของตนให้กับบุคคลเป็นการเฉพาะนอกจากการมอบให้เลขาธิการแล้วยังมอบให้ประธานคณะกรรมการกระทำการแทนคณะกรรมการ เช่น ในเรื่องการดำเนินการจัดหาพัสดุของสำนักงานได้ออกข้อบังคับสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2546 มอบอำนาจให้เลขาธิการมีอำนาจจัดหาพัสดุและการจ้างในครั้งหนึ่งไม่เกินวงเงิน 100,000,000 บาท (หนึ่งร้อยล้านบาท) หากเกินกว่าเป็นอำนาจการพิจารณาอนุมัติของประธานกรรมการ และในกรณีจัดซื้อพัสดุประเภทตามโครงการพิเศษให้เลขาธิการมีอำนาจจัดหาในครั้งหนึ่งไม่เกิน 1,000,000,000 บาท (หนึ่งพันล้านบาท)⁹⁵

นอกจากการมอบอำนาจของคณะกรรมการมอบในลักษณะออกเป็นข้อบังคับ หรือระเบียบ ที่ออกในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การมอบอำนาจของคณะกรรมการ ยังมีการมอบในลักษณะที่เป็นการเฉพาะตัวบุคคล เฉพาะเรื่อง โดยอาศัยมติคณะกรรมการในการมอบอำนาจเป็นครั้งคราว เช่น การมอบอำนาจให้เลขาธิการเป็นผู้ลงนามในเอกสารเกี่ยวกับการ

⁹³ ข้อบังคับคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยการมอบอำนาจของเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2549

⁹⁴ ระเบียบคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยการงบประมาณกองทุนหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2558 .ข้อ 7(1)

⁹⁵ ข้อบังคับสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ว่าด้วยพัสดุ พ.ศ.2546

ดำเนินคดีที่คณะกรรมการถูกฟ้องเป็นการเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือมอบให้พนักงานอัยการ เป็นผู้แก้ต่างในคดี ในการทำคำให้การ การดำเนินกระบวนการทางคดีจนเสร็จสิ้น เช่นนี้ เป็นการมอบอำนาจที่มียศของการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดไว้คือเมื่อคดีที่ได้รับมอบสิ้นสุด เว้นแต่ในบางเรื่องของการดำเนินคดีเป็นการมอบอำนาจโดยหลักการว่าหากมีการฟ้องร้องให้เลขาธิการสามารถดำเนินการอะไรได้บ้างแทนตนโดยไม่ต้องนำเข้าไปประชุมเพื่อขอความเห็นชอบ เช่นการมอบอำนาจให้ลงนามในหนังสือขอขยายระยะเวลายื่นคำให้การ เป็นต้น เนื่องจากเป็นเรื่องที่ไม่ต้องใช้ความเห็นของที่ประชุมเป็นการเฉพาะ

2. คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข โดยหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมฯ มีหน้าที่ในการควบคุมดูแลหน่วยบริการและเครือข่ายหน่วยบริการ ดังนั้น โดยหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมฯ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับใช้กับหน่วยงานภายนอกคือหน่วยบริการและเครือข่ายหน่วยบริการ รวมถึงสถานบริการที่เป็นคู่สัญญาตามโครงการเฉพาะต่างๆ การใช้อำนาจของคณะกรรมการควบคุมฯ จึงเป็นการใช้อำนาจที่มีสภาพบังคับตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 ในหมวดที่ 8 การกำกับมาตรฐานหน่วยบริการ⁹⁶ เมื่ออำนาจของคณะกรรมการควบคุมฯเป็นการใช้อำนาจโดยตรง

⁹⁶ มาตรา 57 ในกรณีที่สำนักงานตรวจสอบพบว่าหน่วยบริการใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานการให้บริการสาธารณสุขที่กำหนด ให้รายงานต่อคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานเพื่อแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนพิจารณา

คณะกรรมการสอบสวนตามวรรคหนึ่ง ให้มีจำนวนตามความเหมาะสมประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานของรัฐที่ปฏิบัติงานในด้านการแพทย์ การสาธารณสุข และกฎหมาย ผู้แทนองค์กรเอกชนหรือผู้ทรงคุณวุฒิอื่นซึ่งไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะพิจารณามีหน้าที่สอบสวนและเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐาน

ในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานอาจแต่งตั้งไว้ล่วงหน้าเป็นจำนวนหลายคณะเพื่อให้ดำเนินการสอบสวนโดยเร็วได้

การสอบสวนต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันถ้ายังดำเนินการไม่แล้วเสร็จให้ขยายเวลาออกไปได้อีกไม่เกินสามสิบวัน และถ้ายังดำเนินการไม่แล้วเสร็จอีก ให้รายงานคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานเพื่อพิจารณามีคำสั่งให้ขยายเวลาได้เท่าที่จำเป็น

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ให้คณะกรรมการสอบสวนเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และให้มีอำนาจขอให้หน่วยบริการเครือข่ายหน่วยบริการ ผู้ร้องเรียน หรือบุคคลใดที่เกี่ยวข้องมีหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงมาให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้

เมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนแล้วเสร็จ ให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานเพื่อพิจารณาต่อไป

ให้คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานพิจารณาออกคำสั่งตามมาตรา 58 หรือมาตรา 59 แล้วแต่กรณี ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการสอบสวน

มาตรา 58 ในกรณีที่ผลการสอบสวนตามมาตรา 57 ปรากฏว่าหน่วยบริการใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานที่กำหนด ให้คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานดำเนินการ ดังต่อไปนี้

- (1) ในกรณีที่เป็นการกระทำโดยไม่เจตนาให้มีคำสั่งเตือนให้ปฏิบัติโดยถูกต้อง
- (2) ในกรณีที่มีเจตนากระทำผิด ให้มีคำสั่งให้หน่วยบริการนั้นชำระค่าปรับทางปกครองเป็นจำนวนไม่เกินหนึ่งแสนบาท สำหรับการทำความผิดแต่ละครั้ง และให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ และในกรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับตามคำสั่ง ให้เลขาธิการมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ ในการนี้ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งให้ชำระค่าปรับนั้นชอบด้วยกฎหมายก็ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา และบังคับคดีให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าปรับได้

(3) แจ้งต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการสอบสวนและวินิจฉัยชี้ขาดข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านสาธารณสุขซึ่งอาจมีส่วนรับผิดชอบในการกระทำผิดของหน่วยบริการ และให้มีการดำเนินการทางวินัยในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

มาตรา 59 ในกรณีที่ผู้รับบริการผู้ใดไม่ได้รับความสะดวกตามสมควรหรือตามสิทธิที่จะได้รับบริการสาธารณสุขที่กำหนดตามพระราชบัญญัตินี้จากหน่วยบริการหรือหน่วยบริการเรียกเก็บค่าบริการจากตนโดยไม่มีสิทธิที่จะเก็บหรือเรียกเก็บเกินกว่าอัตราที่คณะกรรมการกำหนด หรือไม่ได้รับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการภายในระยะเวลาอันสมควร ให้ผู้นั้นมีสิทธิร้องเรียนต่อสำนักงานเพื่อให้มีการสอบสวน และให้นำความในมาตรา 57 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าผลการสอบสวนปรากฏว่า หน่วยบริการไม่ได้กระทำตามที่ถูกร้องเรียนให้เลขาธิการแจ้งให้ผู้ร้องเรียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ผลการสอบสวนดังกล่าว

ในกรณีที่ผลการสอบสวนปรากฏว่า หน่วยบริการมีการกระทำตามที่ถูกร้องเรียนให้คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานมีอำนาจดำเนินการ ดังต่อไปนี้

- (1) ตักเตือนเป็นหนังสือให้หน่วยบริการนั้นปฏิบัติต่อผู้ร้องเรียนให้เหมาะสมหรือถูกต้องตามสิทธิประโยชน์ของผู้ร้องเรียนนั้น สำหรับกรณีร้องเรียนว่าหน่วยบริการไม่อำนวยความสะดวกหรือไม่ปฏิบัติตามสิทธิประโยชน์ของผู้ร้องเรียน
- (2) ออกคำสั่งเป็นหนังสือให้หน่วยบริการนั้นคืนเงินค่าบริการส่วนเกินหรือที่ไม่มีสิทธิเรียกเก็บให้แก่ผู้ร้องเรียนพร้อมดอกเบี้ยร้อยละสิบห้าต่อปีนับแต่วันที่เก็บค่าบริการนั้นจนถึงวันที่จ่ายเงินคืนและในกรณีที่ไม่มีกรปฏิบัติตามคำสั่งให้นำความในมาตรา 58 (2) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 60 ในกรณีที่การกระทำผิดของหน่วยบริการตามมาตรา 58 หรือมาตรา 59 เป็นการกระทำผิดร้ายแรงหรือเกิดซ้ำหลายครั้ง ให้เลขาธิการรายงานต่อคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานเพื่อพิจารณาดำเนินการ ดังต่อไปนี้

- (1) สั่งเพิกถอนการขึ้นทะเบียนของหน่วยบริการนั้น

เช่นการออกคำสั่งให้หน่วยบริการคืนเงินที่ไม่มีสิทธิเรียกเก็บ โดยมีสำนักงานเป็นเพียงฝ่ายธุรการในการดำเนินการให้แล้วเสร็จตามคำสั่ง ดังนั้นเมื่อมีข้อพิพาทจากการออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นการฟ้องคณะกรรมการควบคุมฯ ผู้ใช้อำนาจ การมอบอำนาจของคณะกรรมการควบคุมฯ จึงเป็นการมอบอำนาจในลักษณะให้ทำแทนเป็นการเฉพาะเรื่อง เช่น คณะกรรมการควบคุมฯ ถูกหน่วยบริการฟ้องเป็นคดีปกครองกรณีการออกคำสั่ง การมอบอำนาจจึงเป็นการใช้มติที่ประชุมมอบพนักงานอัยการในการดำเนินกระบวนการแก้ต่างในคดีให้เป็นการเฉพาะคดีที่ถูกฟ้อง ไม่มีการมอบอำนาจในลักษณะการมอบโดยบทบัญญัติของกฎหมายเหมือนดังเช่นคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

3. การมอบอำนาจของเลขาธิการให้ผู้บริหารระดับสูงของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ โดยโครงสร้างการบริหารงานภายในสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีการแบ่งโครงสร้างอำนาจเพื่อแบ่งเบาภารกิจของเลขาธิการและเพื่อให้การบริหารจัดการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีการบริหารจัดการที่รวดเร็วมีประสิทธิภาพจึงได้มีการกำหนดรูปแบบการบริหารจัดการสำนักงานโดยแบ่งโครงสร้างการบริหารออกเป็น 5 กลุ่ม โดยแต่ละกลุ่มมีภารกิจหน้าที่แยกออกจากกัน โดยการจัดกลุ่มแต่ละภารกิจประกอบด้วยสำนักหรือแผนงานที่สอดคล้องหรือเกี่ยวกับกลุ่มภารกิจเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปอย่างสอดคล้องและบรรลุ

(2) แจ้งต่อรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลเพื่อพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

(3) แจ้งต่อรัฐมนตรีผู้กำกับดูแลเพื่อให้มีการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้บริหารของหน่วยบริการในกรณีที่เป็นสถานบริการสาธารณสุขของรัฐ

(4) แจ้งต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการสอบสวนและวินิจฉัยชี้ขาดข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษผู้ประกอบวิชาชีพทางด้านสาธารณสุขซึ่งมีส่วนรับผิดชอบในการกระทำผิดของหน่วยบริการ และให้มีการดำเนินการทางวินัยในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

มาตรา 61 ผู้ร้องเรียนหรือหน่วยบริการที่ได้รับคำสั่งจากคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานตามหมวดนี้ ให้มีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งหรือวันที่ได้รับทราบคำสั่ง แล้วแต่กรณี

คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

หลักเกณฑ์และวิธีการอุทธรณ์และวิธีพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด

มาตรา 62 เมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 61 ผลเป็นประการใดแล้วให้เลขาธิการรายงานผลการดำเนินการหรือคำวินิจฉัยต่อคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานเพื่อทราบ

วัตถุประสงค์⁹⁷ และในการบริหารจัดการมีผู้กำกับดูแลในแต่ละส่วนงาน ประกอบด้วย รองเลขาธิการ ผู้ช่วยเลขาธิการ ประธานกลุ่มภารกิจ ผู้อำนวยการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สาขาเขตพื้นที่ ผู้อำนวยการสำนัก ผู้อำนวยการแผนงาน รวมถึงรองผู้อำนวยการ หรือ ผู้ช่วยผู้อำนวยการ โดยเลขาธิการได้มอบหมายหน้าที่ในการบริหารจัดการรวมถึงการมอบอำนาจในการบริหารจัดการ โดยแยกเป็นระดับชั้นดังนี้

ก. ระดับรองเลขาธิการ และ ผู้ช่วยเลขาธิการ

สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มีรองเลขาธิการตามโครงสร้างของสำนักงานจำนวน 4 คน และมีผู้ช่วยเลขาธิการ 2 คน โดยทั้งรองเลขาธิการและผู้ช่วยเลขาธิการ จะมีหน้าที่ในการควบคุมดูแลแต่ละกลุ่มภารกิจ เป็นลำดับรองจากเลขาธิการ โดยมีอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบตามที่เลขาธิการมอบอำนาจให้ไว้⁹⁸

ข. ระดับประธานกลุ่มภารกิจ

ในการการจัดแบ่งโครงสร้างสำนักงานออกเป็นกลุ่มภารกิจต่างๆเพื่อความคล่องตัวในการบริหารจัดการภารกิจของสำนักงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ และสะดวกรวดเร็ว ในกลุ่มภารกิจของสำนักงานแต่ละกลุ่มภารกิจจะประกอบไปด้วยสำนักหรือแผนงานย่อยตามแต่ภารกิจของแต่ละสำนักหรือแต่ละแผนงาน ในการควบคุมกำกับดูแลแต่ละภารกิจจึงจำเป็นต้องมีหัวหน้าส่วนที่ควบคุมกำกับซึ่งสำนักงานเรียกว่าประธานกลุ่มภารกิจ แต่ประธานกลุ่มภารกิจจะมีอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจจากเลขาธิการได้ให้อำนาจไว้⁹⁹

ค. ระดับผู้อำนวยการสำนักงานหลักประกันสุขภาพสาขาเขตพื้นที่ และรองผู้อำนวยการ

เมื่อสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติมีการจัดโครงสร้างโดยใช้หลักการแบ่งอำนาจไปยังพื้นที่เพื่อให้การบริหารจัดการเข้าถึงประชาชนได้รับความสะดวกรวดเร็ว จึงทำให้สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สาขาเขตพื้นที่ ทั้ง 13 เขต มีลักษณะโครงสร้างการบริหารจัดการเหมือนกับสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติในส่วนกลาง เพื่อเป็นการรองรับนโยบายจากส่วนกลางไปยังพื้นที่เกิดความคล่องตัว ดังนั้นเลขาธิการจึงจำเป็นต้องมอบอำนาจการบริหารจัดการ

⁹⁷ ประกาศสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง การแบ่งส่วนงาน การกำหนดตำแหน่งงาน การจัดระบบงานและการมอบอำนาจ ภายในสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2557 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

⁹⁸ คำสั่งสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ที่ 141/2559 เรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติงานแทนเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

⁹⁹ คำสั่งสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ที่ 182/2559 เรื่องการมอบอำนาจให้ปฏิบัติงานแทนเลขาธิการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

ของตนตามโครงสร้างในส่วนกลางไปยังสำนักงานในสาขาเขตพื้นที่ ให้สามารถดำเนินการตามนโยบายได้อย่างทั่วถึงและสอดคล้องกับนโยบายของส่วนกลาง โดยการมอบอำนาจไปยังผู้บริหารของสำนักงานสาขาเขตพื้นที่ ดังเช่นที่ตนได้อำนาจมาแต่มีการกำหนดขอบเขตของอำนาจไว้ว่าผู้บริหารของสำนักงานสาขาเขตพื้นที่มีอำนาจได้เพียงไร เช่น การมอบอำนาจในการอนุมัติเงินหรือโครงการที่ต้องดำเนินการกับบุคคลหรือหน่วยงานภายนอก หากเป็นการใช้เงินงบบริหารจัดการสำนักงานให้มีอำนาจอนุมัติหรือผูกพันได้ไม่เกิน 2,000,000 บาท (สองล้านบาท) แต่หากเป็นการอนุมัติเงินกองทุนหลักประกันสุขภาพ ซึ่งเป็นภารกิจของสำนักงานที่ต้องส่งเสริมให้ประชาชนได้เข้าถึงการบริการสาธารณสุขแล้ว ให้มีอำนาจอนุมัติหรือผูกพันไม่เกิน 10,000,000 บาท (สิบล้านบาท)¹⁰⁰

ง. ระดับผู้อำนวยการสำนัก รองผู้อำนวยการสำนัก ในสำนักงานส่วนกลาง

ภายใต้โครงสร้างการบริหารจัดการตามกลุ่มภารกิจ แม้ในแต่ละกลุ่มภารกิจจะมีประธานกลุ่มภารกิจเป็นผู้ควบคุมกำกับดูแล มีอำนาจสั่งการอนุมัติตามที่ได้รับมอบอำนาจมาก็ตาม แต่ด้วยแต่ละกลุ่มภารกิจมีสำนักหรือแผนงานภายใต้กลุ่มภารกิจที่จะต้องรับผิดชอบหน้าที่ตามบทบาทของตน หากให้ทุกสำนักหรือแผนงานภายใต้กลุ่มภารกิจเสนอแผนการดำเนินงานให้ประธานกลุ่มภารกิจเป็นผู้พิจารณาแต่เพียงคนเดียว อาจทำให้เกิดความล่าช้าไม่ทันต่อความต้องการของผู้บริหาร หรือคณะกรรมการ ที่ต้องการให้เกิดความรวดเร็ว ดังนั้นเลขาธิการจึงได้มอบอำนาจในการบังคับบัญชา สั่งการหรืออนุมัติให้กับผู้อำนวยการสำนักหรือแผนงาน มีอำนาจในการสั่งการในหน้าที่ภารกิจความรับผิดชอบของตนรวมถึงผู้ใต้บังคับบัญชา โดยกำหนดขอบเขตการมอบอำนาจให้สามารถกระทำการแทนได้ภายในขอบเขตที่เลขาธิการกำหนด เช่น การอนุมัติในการจัดหาพัสดุ หรือการใช้เงินบริหารจัดการในการดำเนินงานในวงเงินไม่เกิน 200,000 บาท (สองแสนบาทถ้วน) เป็นต้น¹⁰¹

3.3.3 รูปแบบการมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

จากหลักเกณฑ์การมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติในแต่ละส่วนของระดับชั้นการมอบอำนาจ หากเปรียบเทียบกับหลักการแล้วแนวคิดการมอบอำนาจสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ จะมีหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจของแต่ละระดับชั้นคล้ายกับระบบบริหารราชการแผ่นดิน เพียงแต่อาจใช้การเรียกตำแหน่งที่แตกต่าง โดยในขั้นตอนของการใช้

¹⁰⁰ คำสั่งสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ที่ 246/2555 เรื่องการมอบอำนาจให้ผู้อำนวยการ รองผู้อำนวยการ ผู้ช่วยผู้อำนวยการ สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติเขต ปฏิบัติงานแทน และที่แก้ไขเพิ่มเติม

¹⁰¹ คำสั่งสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ที่ 182/2559 , เพิ่งอ้าง.

อำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ประกอบด้วยลักษณะขั้นตอนการใช้อำนาจด้วยกัน 3 ประเภทคือ

1.การปฏิบัติงานแทนเลขาธิการฯ ในรูปแบบการใช้อำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เมื่อเปรียบเทียบกับระบบราชการ คือการปฏิบัติราชการแทน โดยในรูปแบบการใช้ อำนาจนี้ เป็นการมอบอำนาจของเลขาธิการให้กับผู้รับมอบอำนาจ เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระความรับผิดชอบของเลขาธิการในภาระงานที่สามารถมอบให้ผู้อื่นใช้ดุลพินิจแทนตน เช่นการมอบอำนาจ ในการอนุมัติ สั่งการ แทนโดยกำหนดขอบเขตอำนาจไว้

2.รักษาการแทน ในสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ จะใช้คำว่ารักษาการแทน ในกรณีที่ผู้มีอำนาจไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติงานงาน โดยจะใช้กับกรณีตำแหน่งเลขาธิการว่างลง หรือเลขาธิการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ได้มีคำสั่ง คณะกรรมการในการแต่งตั้งผู้รักษาการแทนเลขาธิการไว้ด้วยกัน 4 คน และกำหนดระดับของการ รักษาการไว้¹⁰² ซึ่งหากเปรียบเทียบกับระบบราชการ คือการรักษาการแทนตามระเบียบบริหาร ราชการแผ่นดิน

3.รักษาการในตำแหน่ง โดยประกาศสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เลขาธิการ ได้ออกประกาศกรณีที่มีผู้อำนวยการสำนักไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือไม่มีผู้ดำรงตำแหน่ง ให้ผู้บริหารระดับรองในสำนักตามลำดับ เป็นผู้รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการแทน¹⁰³ ซึ่งในทาง ระบบบริหารราชการจะใช้คำว่ารักษาการในตำแหน่ง ก็ต่อเมื่อไม่มีผู้ดำรงตำแหน่ง หรือมีแต่ไม่อาจ ปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ โดยใช้คำนี้ในกรณีผู้ได้รับการแต่งตั้งให้ใช้ตำแหน่งนี้ต้องเป็นข้าราชการ ระดับ 10 ลงมา เช่น การแต่งตั้งข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใดไปรักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการส่วนเป็น ต้น ตามความในพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535¹⁰⁴

จากโครงสร้างการบริหารจัดการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ตามที่ผู้วิจัยได้ กล่าวมา จะเห็นได้ว่าแนวทางการมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ไม่ได้นำ ระเบียบบริหารราชการแผ่นดินมาใช้ และไม่ได้มีการบริหารจัดการตามพระราชบัญญัติระเบียบ

¹⁰² คำสั่งคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ที่ 3/2560 เรื่องแต่งตั้งผู้รักษาการแทนเลขาธิการ สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ

¹⁰³ ประกาศสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เรื่องการแบ่งส่วนงาน การกำหนดตำแหน่งงาน การ จัดระบบงานและการมอบอำนาจ ภายในสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2557 ข้อ 11

¹⁰⁴ มาตรา 68 ในกรณีตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญว่างลง หรือผู้ดำรงตำแหน่งไม่สามารถปฏิบัติ หน้าที่ราชการได้ และเป็นกรณีที่มิได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ให้ผู้มีอำนาจสั่ง บรรจุตามมาตรา 52 มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการพลเรือนที่เห็นสมควรรักษาการในตำแหน่งนั้นได้...

บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และไม่ได้นําระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 มาใช้ในเรื่องการมอบอำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ แต่ในการบริหารจัดการสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติในเรื่องการมอบอำนาจนั้น สำนักงานได้มอบอำนาจโดยใช้หลักการแบ่งอำนาจมาใช้ในการบริหารจัดการสำนักงาน ซึ่งจะพบว่าในการมอบอำนาจมีการมอบอำนาจตามลำดับชั้นคล้ายคลึงกับการมอบอำนาจตามระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินของระบบราชการ โดยในการมอบอำนาจสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติได้ยึดเอาแนวทางการมอบอำนาจและการบริหารงานภายในสำนักงานโดยเทียบเคียงจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงการมอบอำนาจที่บัญญัติไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ.2546 และในการมอบอำนาจของเลขาธิการจะเป็นการมอบอำนาจโดยกำหนดเงื่อนไขไว้ เช่น วงเงินเท่าไรเป็นอำนาจของใคร เพื่อเป็นการลดทอนการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจไม่ให้มีอำนาจตัดสินใจแบบเบ็ดเสร็จ และหากสังเกตจะพบว่าการมอบอำนาจของเลขาธิการให้กับผู้บริหารในระดับรองผู้อำนวยการ หรือผู้ช่วยผู้อำนวยการ สำนักในส่วนกลาง กับ สำนักงานสาขาเขตพื้นที่ จะแตกต่างกัน กล่าวคือในส่วนของสำนักงานสาขาเขตพื้นที่ จะมีการมอบอำนาจให้เป็นการเฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด แต่ในสำนักงานส่วนกลางจะไม่มอบอำนาจให้เป็นการเฉพาะ รองผู้อำนวยการ หรือผู้ช่วยผู้อำนวยการ ในสำนักส่วนกลางจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อผู้อำนวยการไม่อาจปฏิบัติงานได้หรือกระทำไม่ได้แต่เพียงงานที่ผู้อำนวยการมอบหมายหรือผู้บังคับบัญชาสูงกว่ามอบหมาย แต่ไม่มีอำนาจที่ได้รับมอบจากเลขาธิการ ซึ่งในความแตกต่างในเรื่องนี้ก็ส่งผลถึงปัญหาการใช้อำนาจที่ได้รับมอบอำนาจมาเช่นกัน โดยปัญหาในเรื่องนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงในบทต่อไป