

การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทนตามพระราชบัญญัติ  
ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550

นางสาวศรินันท์ โต๊ะนาค

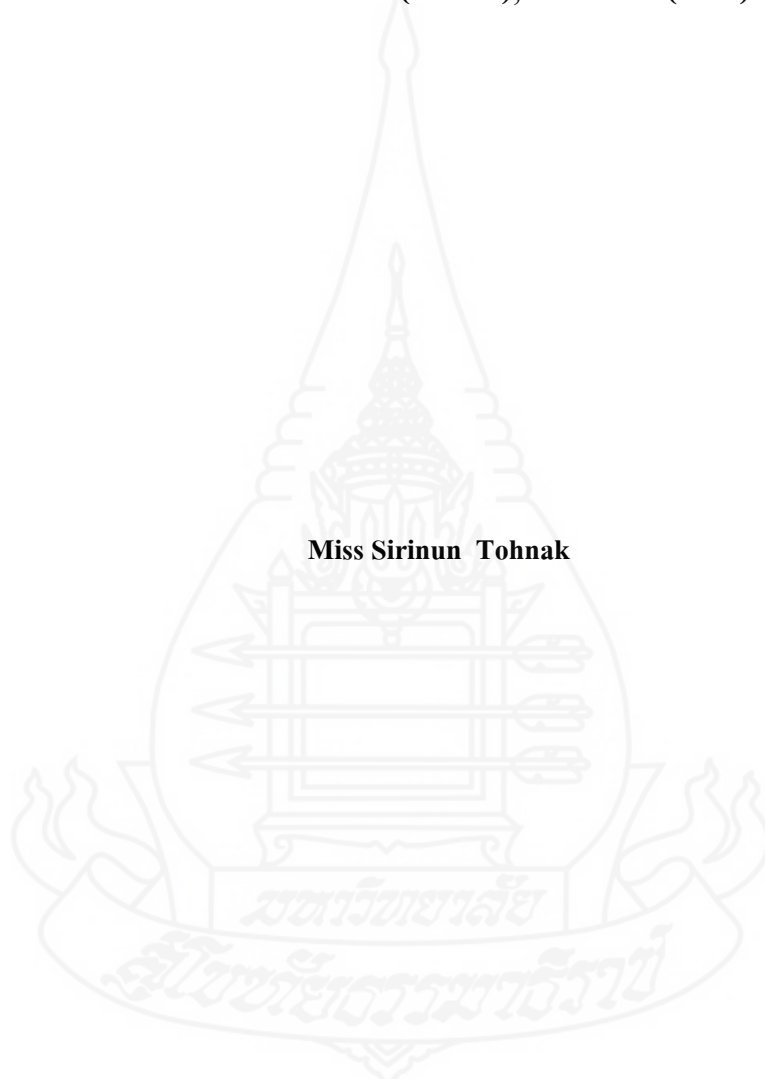


การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2560

**Delegation of Acting Authority According to the State  
Administration Act (Issue 7), B.E. 2550 (2007)**

**Miss Sirinun Tohnak**



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2017

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทนตามพระราชบัญญัติ  
ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550  
ชื่อและนามสกุล นางสาวศิรินันท์ ไต้ะนาค  
วิชาเอก กฎหมายมหาชน  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช  
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2559

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์สรวิพันธ์ พลรบ)



กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ภาณุมาศ ขัดเงางาม)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

**ข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ** การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทนตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550

**ผู้ศึกษา** นางสาวศิรินันท์ โต้ะนาค **รหัสนักศึกษา** 2564001127 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

**อาจารย์ที่ปรึกษา** ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. กมลชัช รัตนสากววงศ์ **ปีการศึกษา** 2560

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจ เพื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์และปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทนตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 และเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยวิธีวิจัยเอกสารซึ่งได้มาจากการศึกษาค้นคว้าจากตัวบทกฎหมาย ตำรา ผลงานทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน และเอกสารเผยแพร่อื่นที่เกี่ยวข้องของหน่วยงานหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ผลการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 มิได้มีการกำหนดระบุเจาะจงตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งผู้มอบอำนาจยังสามารถมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่นได้ จึงทำให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมาย ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาของผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น อีกทั้งเมื่อพิจารณาลักษณะของอำนาจที่จะมอบก็เห็นว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดประเภทของการมอบอำนาจไว้เป็นสองประเภท ได้แก่ การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทั่วไป และการมอบอำนาจการอนุญาตตามกฎหมาย แต่มิได้มีการวางหลักเกณฑ์การแยกประเภทในเรื่องที่มอบอำนาจ ทำให้บทบัญญัติเกิดความไม่ชัดเจนและการแบ่งประเภทดังกล่าวก็ไม่สอดคล้องกับประเภทของการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จนสร้างความสับสนให้แก่ผู้อยู่ใต้อำนาจบังคับกฎหมายฉบับดังกล่าว ดังนั้น จึงสมควรวางหลักเกณฑ์ ในการมอบอำนาจโดยแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ..... การมอบอำนาจให้สอดคล้องกับกฎหมายปกครองด้วย 2534 โดยกำหนดตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจให้ชัดเจน รวมทั้งกำหนดประเภทของการมอบอำนาจให้สอดคล้องกับกฎหมายปกครองด้วย

**คำสำคัญ** การมอบอำนาจ การปฏิบัติราชการแทน ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

**Independent Study title:** Delegation of Acting Authority According to the State Administration Act (Issue 7), B.E. 2550 (2007).

**Author:** Miss Sirinun Tohnak; **ID:** 2564001127; **Degree:** Master of Laws;

**Independent Study advisor:** Dr. Kamolchai Rat tanasakalwong, Professor;

**Academic year:** 2017

### **Abstract**

The independent study on delegation of acting authority according to the State Administration Act (Issue 7), B.E. 2550 (2007) aims to study concepts and theories of legality of administrative acts, and authorization criteria in order to analyze criteria and problems on authorization according to Section 38 of the State Administration Act (Issue 7), B.E. 2550 (2007) and propose a guideline to amend this act.

This independent study is a qualitative research based on documentary research including laws, textbooks, academic articles, theses, dissertations, legal comments from the Council of State and the Public Sector Development Subcommission on decision and comment on legal problems in the government administrative laws, and other related publications or electronic media.

The study revealed that the State Administration Act (Issue 7), B.E. 2550 (2007) did not specify positions of grantors and recipients of authority. Also, the authority grantors can designate power to government officials in the same division or in other divisions. This is in contrast with principles of government administration, legality of administrative act and does not meet the intention of the legislative branch who is the legislator. This may affect discretion of the person of authority. In considering the delegated authority in such act, delegated authority is categorized in two groups: authorization to general action and an authorization to legality permission. However, the Act does not prescribe any categorization criteria of the authorization which causes the unclarity. In addition, the categorization is not in accordance with that of the administrative act according to the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996) and the Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999), which causes confusion to the subjection under this Act. Thus, the authorization criteria should be prescribed through an amendment of the State Administration Act (Issue 7), B.E. 2550 (2007): positions of grantors and recipients of authority should be clearly specified, and types of delegation of authority should be categorized in accordance with the administrative laws.

**Keywords:** Delegation, acting authority, State administration.

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระ เรื่อง การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทนตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้หากปราศจากความรู้ณาจากท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร. กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ศิริพันธ์ พลรบ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ ซึ่งคณาจารย์ทุกท่านได้สละเวลาอันมีค่าในการอบรม สั่งสอน ชี้แนะ และให้ข้อคิดเห็นต่างๆ ตลอดจนทำให้การเขียนการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้เป็นไปด้วยความถูกต้องด้วยหลักการและเหตุผล

ผู้เขียนขอขอบพระคุณข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการทุกท่านที่กรุณาให้คำปรึกษา ช่วยเหลือ และเป็นกำลังใจให้ ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้นำความรู้มาใช้ให้เกิดประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการต่อไป

อนึ่ง หากการศึกษาค้นคว้าฉบับนี้ได้ทำประโยชน์ต่อผู้ศึกษาค้นคว้าหรือผู้ที่สนใจ ผู้เขียนขอขอบผลแห่งคุณประโยชน์นี้ให้แก่ผู้มีพระคุณทุกท่านและบิดามารดาซึ่งคอยดูแลและห่วงใยเสมอมา ทำให้ผู้เขียนมีความมานะพยายาม และทุ่มเทจนทำให้การศึกษาค้นคว้าอิสระประสบความสำเร็จดังความมุ่งหวัง

ศรินทร์ โต้ะนาค

เมษายน 2559

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
3. ขอบเขตการศึกษา.....	4
4. ระเบียบวิธีวิจัย.....	4
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองและการมอบอำนาจในทางปกครองของ ต่างประเทศ.....	5
1. แนวคิดและทฤษฎีของหลักการแบ่งแยกอำนาจ.....	6
2. หลักพื้นฐานที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครอง.....	7
2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.....	7
2.2 การกระทำทางปกครอง.....	8
3. การมอบอำนาจในทางปกครอง.....	18
3.1 ความหมายของการมอบอำนาจ.....	18
3.2 แนวคิดทฤษฎีและหลักการมอบอำนาจของต่างประเทศ.....	20
บทที่ 3 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำในทางปกครองและการมอบอำนาจทางปกครอง ในประเทศไทย.....	37
1. การดำเนินงานของรัฐและการกระทำทางปกครองของประเทศไทย.....	38
1.1 การกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.....	39
1.2 การกระทำทางปกครองที่มีได้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ.....	51

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2. การมอบอำนาจทางปกครองในประเทศไทย.....	53
2.1 ความหมายของ “การมอบอำนาจทางปกครอง” “การรักษาราชการแทน” และ “การรักษาการในตำแหน่ง”.....	53
2.2 การมอบอำนาจทางปกครอง.....	56
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง.....	82
1. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักการมอบอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินกับ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและเจตนารมณ์ ของฝ่ายนิติบัญญัติ.....	82
2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กับประเภทของการกระทำทาง ปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.....	86
3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับกรณีที่ผู้มีอำนาจตีความกฎหมายได้กำหนดข้อห้ามในการมอบ อำนาจเพิ่มเติมจากข้อห้ามตามที่บทบัญญัติมาตรา 38 กำหนดจะใช้บังคับ ได้หรือไม่ อย่างไร.....	92
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	104
1. บทสรุป.....	104
2. ข้อเสนอแนะ.....	107
บรรณานุกรม.....	109
ประวัติผู้ศึกษา.....	113



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

โดยที่ภาครัฐมีภารกิจอยู่อย่างหลากหลายที่จะต้องดำเนินการ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้ ได้แก่ การบริหารราชการแผ่นดินในเรื่องต่างๆ ไป ที่จะต้องให้บริการแก่ประชาชน การออกคำสั่งทางปกครองเพื่ออนุมัติอนุญาตให้ประชาชนดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง รวมทั้งการกำหนดกฎหมายให้ประชาชนภายในรัฐต้องปฏิบัติตาม หรือเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อบริหารงานภายในของส่วนราชการเอง ฉะนั้น เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ระบบราชการสามารถเดินหน้าได้ตลอดเวลา ภาครัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติ จึงได้มีการออกกฎหมายขึ้นมาหลายฉบับ เพื่อกำหนดอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนไว้ให้ชัดเจน แต่โดยที่ในกฎหมายแต่ละฉบับได้มีการกำหนดให้ผู้บริหารระดับสูงของหน่วยงานภาครัฐ ได้แก่ นายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งมีเพียงคนเดียวในแต่ละหน่วยงานเป็นผู้ที่มีอำนาจในการดำเนินการต่างๆ ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ แต่เมื่อพิจารณาการแบ่งโครงสร้างระบบราชการของไทย ก็จะพบว่าได้มีการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินออกเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่น เพื่อรองรับภารกิจภาครัฐในแต่ละด้าน ไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการระดับกระทรวง ทบวง กรม จังหวัด นอกจากนั้น ยังได้มีการแบ่งส่วนงานภายในของส่วนราชการลงไปในพื้นที่ต่างๆ ของประเทศอีกด้วย การที่ภาครัฐต้องบริหารราชการให้ครอบคลุมทุกภารกิจที่มีขอบเขตงานที่ค่อนข้างกว้างขวางของประเทศ อีกทั้งในแต่ละภารกิจ ก็จะมีการปฏิบัติราชการเพื่อให้บริการแก่ประชาชนในเรื่องเดียวกันอยู่เป็นจำนวนมาก จึงทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติราชการหลายประการ เนื่องจากหัวหน้าส่วนราชการมีเพียงคนเดียว จึงไม่อาจปฏิบัติราชการได้ด้วยความรวดเร็วและรอบคอบ การปฏิบัติราชการไม่มีความคล่องตัว การทำงานไม่สามารถลดขั้นตอนการปฏิบัติงานเพื่อให้บริการแก่ประชาชนได้ อีกทั้งอำนาจในการตัดสินใจขึ้นอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียว ฉะนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นภาครัฐ จึงได้มีแนวความคิดที่จะให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมาย สามารถมอบอำนาจของตนในภารกิจที่มีเป็นจำนวนมากให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น ให้เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการช่วยเหลือหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมาย

ในการปฏิบัติราชการแผ่นดินในด้านต่างๆ ให้เกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติราชการเพื่อให้บริการแก่ประชาชน ฉะนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวประเทศไทย จึงได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทนเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองไว้ในมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยในบทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจนว่า “ในกรณีที่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรี มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ให้ผู้ดำรงตำแหน่งต้องมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น นายกรัฐมนตรี สามารถมอบอำนาจให้แก่รองนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง สามารถมอบอำนาจให้แก่รองปลัดกระทรวง ผู้ช่วยปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัด หรืออธิบดีสามารถมอบอำนาจให้แก่รองอธิบดี ผู้ช่วยอธิบดี ผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการ” ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดเป็นการตายตัวว่า ผู้มอบอำนาจจะต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดบ้าง และจะสามารถมอบอำนาจให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดบ้างเท่านั้น

ต่อมา ในปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยในบทบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้กำหนดประเภทของการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง มีเพียง 2 ประเภท ได้แก่ (1) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทั่วไป และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องการอนุญาต รวมทั้งได้มีการยกเลิกการระบุตำแหน่งเฉพาะเจาะจงของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ที่ได้เคยบัญญัติไว้เดิม ทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดที่มีอำนาจสามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งระดับอื่นในส่วนราชการเดียวกัน หรือต่างส่วนราชการกัน ให้เป็นผู้รับมอบอำนาจได้ ซึ่งภายหลังจากที่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บังคับใช้มาระยะหนึ่งแล้วปรากฏว่าเกิดความสงสัยที่อาจเป็นปัญหาในอนาคต เกี่ยวกับการมอบอำนาจในทางปกครองตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอยู่หลายประการ กล่าวคือ โดยที่หลักความชอบด้วยกฎหมายกำหนดว่าการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทางปกครองกระทำการในเรื่องใดได้นั้น ต้องมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการในเรื่องนั้นได้ อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนได้มีการพิจารณาก่อนที่จะตรากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครอง ซึ่งดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง เป็นผู้มียอำนาจกระทำการในทางปกครองในบางเรื่องโดยเฉพาะ ฉะนั้น การที่บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 มิได้กำหนดตำแหน่งเฉพาะของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจไว้ดังเช่นบทบัญญัติเดิม และให้ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจสามารถใช้ดุลพินิจของตนมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ผู้รับมอบอำนาจที่มีระดับเท่ากัน หรือระดับต่ำ

กว่าได้ตามอำเภอใจ จึงอาจส่งผลให้บทบัญญัติดังกล่าว ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้การมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง มีเพียง 2 ประเภท ในขณะที่การกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีหลายประเภท เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน และการทำสัญญาทางปกครอง จึงทำให้เกิดปัญหาว่าการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าว มีความสอดคล้องกับการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือไม่ และผู้อยู่ได้บังคับกฎหมายฉบับดังกล่าว มีความสับสนและมีปัญหาในการแบ่งแยกประเภทของการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง เพื่อปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว หรือไม่ อย่างไร และในประเด็นปัญหาสุดท้าย การที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ได้มีคำวินิจฉัยเป็นข้อห้ามเกี่ยวกับการมอบอำนาจ นอกเหนือจากข้อห้ามตามที่บทบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดไว้ จึงมีประเด็นปัญหาว่า คำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่กำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับการมอบอำนาจนั้นสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ ดังนั้น จึงควรมีการพิจารณาศึกษาในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ดังกล่าว เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป

## 2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการมอบอำนาจในการบริหารราชการและการมอบอำนาจทางปกครองของต่างประเทศ
- 2.2 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์การมอบอำนาจทางปกครองของประเทศไทย โดยเฉพาะการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38
- 2.3 เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม
- 2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา ในการปฏิบัติราชการแทน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

### 3. ขอบเขตการศึกษาวิจัย

การทำรายงานศึกษาเรื่องนี้ มุ่งศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และรูปแบบของการกระทำการทางปกครองในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส และการมอบอำนาจทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน และประเทศอังกฤษ รวมทั้งศึกษาพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เฉพาะเรื่องการปฏิบัติราชการแทนในมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยกฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่วินิจฉัย ตีความ ในเรื่องการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

### 4. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษานี้ เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ในเชิงคุณภาพ โดยวิจัยทางเอกสาร โดยรวบรวมข้อมูลและเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) โดยคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน และบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ และนำมาศึกษาวิเคราะห์อย่างเป็นระบบ

### 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการมอบอำนาจในการบริหารราชการและการมอบอำนาจทางปกครองของต่างประเทศ

5.2 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์การมอบอำนาจทางปกครองของประเทศไทย โดยเฉพาะการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38

5.3 ทำให้ทราบและเข้าใจถึงปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

5.4 ทำให้ได้ข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาในการปฏิบัติราชการแทน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

## บทที่ 2

# แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง และการมอบอำนาจในทางปกครองของต่างประเทศ

โดยที่หลักของการแบ่งแยกอำนาจ ได้แบ่งอำนาจอธิปไตยที่เป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ ออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และโดยที่ฝ่ายรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารในการปกครองประเทศ ให้เป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ โดยในการบริหารเพื่อปกครองประเทศนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้ฝ่ายปกครอง มีภารกิจที่จะต้องดำเนินการหลายประการ โดยในรายงานการศึกษานี้ ได้แบ่งประเภทภารกิจของรัฐออกเป็น 2 กลุ่ม

*กลุ่มแรก* เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ให้บริการประชาชน โดยการใช้อำนาจเหนือประชาชน หรือการสั่งการ โดยมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนตามอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการนั้นๆ อันเป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้ ได้แก่ การดำเนินการกิจของหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ (Regulate) กำหนดไว้ เช่น (1) การออกกฎหมายลำดับรอง (2) การกระทำของรัฐที่เป็นเรื่องที่ต้องออกคำสั่งทางปกครอง เช่น เรื่องการอนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน (3) เรื่องการทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งภารกิจดังกล่าวเป็นการให้บริการสาธารณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

*กลุ่มที่สอง* เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อบริหารงานภายในส่วนราชการนั้น ได้แก่ การบริหารงานบุคคลภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น การแต่งตั้ง การโยกย้าย หรือการดำเนินการทางวินัย เป็นต้น และรวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้ใช้อำนาจเหนือประชาชน หรือมิได้กระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชน แต่เป็นการสนับสนุนให้วัตถุประสงค์ของส่วนราชการนั้นๆ บรรลุสมดังเจตนารมณ์ที่ได้มีการตั้งขึ้น ได้แก่ การดำเนินงานธุรกรรม ซึ่งมีทั้งภารกิจในการทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การเกิดนิติเหตุ และการละเมิด แต่โดยที่การทำภารกิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น เป็นการกระทำทางปกครอง ฉะนั้นเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจและมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย การกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย อย่างไรก็ดี จากที่กล่าวจะเห็นได้ว่าองค์กรทางปกครองนั้น มีภารกิจ

ที่จะต้องดำเนินการเป็นจำนวนมาก และฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็มิได้อยู่อย่างจำกัด ดังนั้น การที่จะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถให้บริการประชาชน โดยบุคคลเพียงกลุ่มเดียวนั้น จึงอาจจะทำได้อย่างล่าช้า จากปัญหาดังกล่าว จึงได้มีแนวความคิดที่จะให้มีการมอบอำนาจการกระทำทางปกครองในเรื่องต่างๆ ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น เพื่อใช้อำนาจทางปกครองแทนตนขึ้นได้ แต่การมอบอำนาจดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครอง ฉะนั้น ในบทนี้ จึงเห็นควรที่จะศึกษาเพื่อให้ทราบถึงหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครอง และการมอบอำนาจทางปกครองของประเทศต่างๆ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

## 1. แนวคิด และทฤษฎีของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

มองเตสกีเออ (Montesquieu) ได้มีแนวความคิดในการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยไว้ว่า การใช้อำนาจอธิปไตยชนิดต่างๆ นั้น ต้องใช้โดยบุคคลต่างกันและโดยอิสระ เพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิของเอกชนต่อการใช้อำนาจอย่างเด็ดขาดของรัฐ ทั้งนี้ ในรัฐหนึ่งนั้น สามารถแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเป็น 3 ชนิด<sup>1</sup> ได้แก่

1.1 อำนาจตรากฎหมาย (อำนาจนิติบัญญัติ) เป็นอำนาจในการตรากฎหมาย การแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายที่ได้ตราขึ้นแล้ว เพื่อนำกฎหมายที่ตราขึ้นมานั้น ไปใช้บังคับแก่การดำเนินชีวิตของประชาชน

1.2 อำนาจบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายมหาชน (อำนาจบริหาร) เป็นอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ การดูแลความปลอดภัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ การใช้จ่ายเงินเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย

1.3 อำนาจบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายแพ่ง (อำนาจตุลาการ) เป็นอำนาจที่รัฐสามารถลงโทษผู้กระทำความผิด หรือตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชนได้

---

<sup>1</sup> สงขลา วิชัยทัตตะ และคณะ, “แนวทางการศึกษาชุดวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง ชั้นสูง หน่วยที่ 1 - 15”, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554, หน้า 1

## 2. หลักพื้นฐานที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครอง

### 2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น มีที่มาจากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ที่ต้องการแยกรัฐตำรวจออกจากนิติรัฐ เนื่องจากในระบบรัฐ ตำรวจได้กำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการดำเนินการได้ทุกอย่าง หากเห็นว่าจำเป็น โดยฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการตามระบบกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ โดยกฎหมายอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ หากรัฐนั้นต้องการ ฉะนั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองในระบบรัฐ ตำรวจจึงมักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ สำหรับระบบนิติรัฐนั้น เป็นระบบที่สร้างความสัมพันธ์กันระหว่างรัฐกับพลเมือง โดยมีการวางหลักกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องใช้กฎหมายภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด และไม่อาจใช้อำนาจของตนได้ หากไม่มีกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจไว้ และการที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จึงมีผลทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองตามระบบนิติรัฐ จึงคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากกว่า ระบบรัฐตำรวจ จึงเป็นที่มาของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง<sup>2</sup>

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในเรื่องใดได้ จะต้องมียุทธศาสตร์กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการในเรื่องนั้นได้ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำการภายในขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น หลักดังกล่าว จึงเป็นหลักที่มีความสำคัญที่สุดในกฎหมายปกครอง ทั้งนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จะประกอบด้วยหลักสำคัญอยู่ 2 ประการ<sup>3</sup> ได้แก่

#### 2.1.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

เป็นหลักการที่มีผลบังคับเด็ดขาดในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าว เป็นการกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง โดยอาจมีได้ใน 2 กรณี คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กร

<sup>2</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (ครั้งที่ 2), หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง”, 16 มิถุนายน 2551, จาก [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net).

<sup>3</sup> สุนทร มณีสวัสดิ์ และคณะ, “แนวทางการศึกษาชุดวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองชั้นสูง หน่วยที่ 1-15”, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554, หน้า 4

ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ แต่เป็นเรื่องที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือ การดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ การละเว้นไม่กระทำการใดที่ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้อยู่ การไม่ใช้หรือตีความกฎหมายเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจ ทั้งนี้ เหตุผลที่การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ และความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้น เพื่อใช้บังคับในรัฐ ก็จะไม่มีการใช้บังคับ

### 2.1.2 หลักฝ่ายปกครองจะกระทำการอันใดต้องมีกฎหมายให้อำนาจ

เรียกอีกอย่างว่า หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการใดๆ หากการกระทำนั้นกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะกระทำการในเรื่องนั้น ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติที่กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่นั้น มีอำนาจ ในการดำเนินการในเรื่องนั้นอย่างชัดแจ้งเท่านั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นฐานแห่งอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการไม่ได้ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดรายละเอียดของกฎเกณฑ์นั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงกระทำการออกกฎเกณฑ์นั้นได้ นอกจากนั้น การตีความกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตีความขยายอำนาจ นอกเหนือที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ ฉะนั้น หลักนี้ จึงมีความสำคัญมากในการใช้และตีความกฎหมายปกครอง

## 2.2 การกระทำทางปกครอง

### 2.2.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีเครื่องมือที่ใช้ในการปฏิบัติภารกิจอันเป็นประโยชน์สาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งเครื่องมือดังกล่าว ปรากฏเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทต่างๆ แต่เนื่องด้วยภารกิจในทางปกครองมีลักษณะหลากหลาย ฝ่ายปกครองจึงมีความสามารถที่จะเลือกเครื่องมือในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ไม่แต่เฉพาะในแดนของกฎหมายมหาชนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนเท่านั้น แต่ฝ่ายปกครองยังอาจกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชน ในฐานะที่เท่าเทียมกับ



เอกชนคนอื่นได้ด้วยเช่นกัน ฉะนั้น การกระทำในทางปกครอง จึงอาจเป็นการกระทำทางแพ่งหรือทางปกครองก็ได้ การกระทำทางปกครองจึงมีความหมาย ดังนี้

1) การนิยามเชิงปฏิเสธของการกระทำทางปกครอง<sup>4</sup>

คือ การกระทำของรัฐมิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นกระทำของ “ฝ่ายบริหาร” นั่นเอง ซึ่งมีทั้ง (1) ฝ่ายการเมือง (คณะรัฐมนตรี) ในฐานะที่เป็นหัวหน้ากระทรวง ทบวง กรม หรือในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการในกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ โดยฝ่ายการเมืองถือเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารเช่นเดียวกับฝ่ายปกครอง แต่จะต้องดำเนินการให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ แต่หากฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการนำเอาเรื่องใดไปบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และไม่มีกฎหมายให้ดุลยพินิจไว้แล้ว ฝ่ายการเมืองจะเข้าไปแทรกแซงข้าราชการประจำ ซึ่งเป็นฝ่ายปฏิบัติการไม่ได้ และ (2) ฝ่ายปฏิบัติการ (ข้าราชการประจำ) ซึ่งเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้

2) การนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง โดยจะต้องทำการศึกษาจากลักษณะของการกระทำทางปกครอง ดังนี้<sup>5</sup>

(1) การกระทำในทางปกครองโดยแท้ คือ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือประชาชน และใช้อำนาจนั้น สั่งการมากระทบสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชน ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายมหาชน เช่น การออกคำสั่ง การเก็บภาษี การออกใบอนุญาต และการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการรื้อถอนอาคาร เป็นต้น สำหรับการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งโดยไม่มีอำนาจเหนือประชาชนแล้ว การดำเนินการดังกล่าว ก็มีใช้การกระทำในทางปกครอง แต่จะเป็นเพียง “การกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง” เท่านั้น เช่น การผิดสัญญา เป็นต้น

(2) การกระทำในทางปกครองที่อาจมีส่วนร่วมกันกับการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง เช่น การให้เงินช่วยเหลือ โดยพิจารณาเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้ได้สิทธิ การดำเนินการดังกล่าว ถือเป็นกระทำในทางปกครอง เช่น การสอบชิงทุน ก.พ. ซึ่งมีวัตถุประสงค์คัดเลือกบุคคลไปศึกษาต่อ ต้องมีการคัดเลือกบุคคล การกระทำความดังกล่าว จึงเป็นการกระทำโดยมีลักษณะในทางปกครอง ซึ่งมีการใช้อำนาจเหนือในการกำหนดข้อสอบ วันสอบ แต่หลังจากสอบได้ก็ต้องมีการทำสัญญา (ทางแพ่ง) คือ เมื่อไปศึกษาสำเร็จกลับมาแล้ว ก็ต้องมีการทำงานชดใช้

<sup>4</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “กฎหมายปกครอง”, (พิมพ์ครั้งที่ 8), บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด มิถุนายน 2545, น. 26

<sup>5</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “กฎหมายปกครอง”, (พิมพ์ครั้งที่ 8), บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด มิถุนายน 2545, น. 27

ทุนและต้องมีผู้ค้ำประกัน กิจกรรมดังกล่าวของฝ่ายปกครอง จึงประกอบด้วย การกระทำในทางปกครอง และการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง

(3) การกระทำทางปกครองในลักษณะการวางแผน เช่น การตัดถนน สร้างสนามบิน คลองส่งน้ำ สร้างทางด่วน ซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งการกระทบสิทธิและให้คุณประโยชน์แก่ประชาชนเป็นลักษณะของการวางแผน แต่เมื่อนำแผนดังกล่าวไปปฏิบัติ ก็จะอยู่ในลักษณะของข้อ (1)

ฉะนั้น โดยสรุปการกระทำทางปกครอง จึงหมายถึง การกระทำของรัฐ มิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นการกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภท โดยการใช้อำนาจผ่านฝ่ายบริหารหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครอง การกระทำทางปกครอง อาจเป็นเสมือนนิติกรรมอย่างหนึ่ง คือ เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการ โอน เปลี่ยนแปลง สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิโดยเฉพาะต่อเอกชน อาทิเช่น เป็นการดำเนินการออกคำสั่งโดยตรง ในเชิงบริหาร หรืออาจเป็นการออกคำสั่งในเชิงตุลาการ หรืออาจเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางปกครอง มาบังคับใช้ หรือในบางกรณีก็อาจเป็นการทำสัญญา แต่ในบางกรณีองค์กรทางปกครองอาจกระทำ การต่อเอกชน โดยไม่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน แต่อาจใช้ความยินยอมพร้อมใจ ตามหลัก กฎหมายเอกชนก็ได้ เช่น ทำสัญญา หรืออาจเป็นการใช้อำนาจ แต่มิใช่มุ่งก่อให้เกิดผลในกฎหมาย อย่างนิติกรรม หากแต่เป็นการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในหน้าที่ของตน เช่น เข้าไปรื้อถอนขนย้ายสิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ การกระทำทางปกครอง จึงมิได้หลายรูปแบบ

### 2.2.2 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

จากความหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวข้างต้น ก็จะพบว่า การกระทำทางปกครองนั้น มีหลายรูปแบบ ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึงรูปแบบของการกระทำทาง ปกครอง ผู้ศึกษา จึงได้เลือกศึกษารูปแบบของการกระทำทางปกครองจากประเทศต้นแบบของ ระบบศาลคู่ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งจากการศึกษา ก็พบว่ารูปแบบการกระทำ ทางปกครอง อาจแบ่งได้ 4 รูปแบบ ดังนี้

#### 1) ปฏิบัติการทางปกครอง<sup>6</sup>

ในประเทศเยอรมัน การปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำทั่วไป ทางปกครองและไม่มีบทบาทในกฎหมายปกครองเท่าใดนัก แต่อาจมีผลทางแพ่งในลักษณะนิติกรรม หรือนิติเหตุก็ได้ ส่วนในประเทศฝรั่งเศส เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรอื่น ของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มี

<sup>6</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *กฎหมายปกครอง*, (พิมพ์ครั้งที่ 8), วิญญูชน, 2545, หน้า 36

คำบังคับ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ โดยกระทำในนามขององค์กรดังกล่าว แต่การกระทำนั้นไม่ใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” เนื่องจากการกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของ “นิติกรรมทางปกครอง” ฉะนั้น กล่าวโดยสรุป คำว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” จึงหมายถึง การปฏิบัติการต่างๆ ไป ของฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่ค่อยมีผลในทางปกครองเท่าใดนัก แต่การกระทำดังกล่าว อาจเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของประชาชนอันอาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง อาทิเช่น การกระทำในกระบวนการพิจารณา เพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัยอย่างร้ายแรง แจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบ และให้โอกาสข้าราชการผู้นั้น ในการแก้ข้อกล่าวหาหรือการตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ อาทิเช่น การตรวจโรงงาน การตรวจอาคาร หรือเป็นการกระทำที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อให้ภารกิจของฝ่ายปกครองเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านั้นแล้ว เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้าง โดยฝ่าฝืนกฎหมายหลังจากที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าว ไม่มีผลไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง เพราะฉะนั้น การปฏิบัติการในทางปกครอง มักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลเพราะยังไม่มีข้อพิพาท แต่ประชาชนอาจร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาได้ แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิของประชาชน ก็จะเป็นการกระทำทางปกครองในรูปแบบอื่น

## 2) นิติกรรมทางปกครอง

คือ สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองผู้กระทำการ จะต้องกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งจะมีการแสดงเจตนาคล้ายกับกฎหมายแพ่ง และจะมีต้ององค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบด้วยว่านิติกรรมนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ ในประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดความหมายของคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้แตกต่างกัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### (1) ในประเทศเยอรมัน

ในมาตรา 35 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 ได้กำหนดนิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง บรรดาคำสั่ง คำวินิจฉัย คำอนุญาต หรือมาตรการอื่นๆ ที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องเฉพาะราย ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนและมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก ทั้งนี้ ในกรณีที่ถูกเกณฑ์นั้น เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมที่เกี่ยวข้อกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง

แต่ไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้ ให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เรียกว่า “กฎ” จากบทบัญญัติดังกล่าว นิติกรรมทางปกครอง จึงเป็นนิติกรรมที่มีลักษณะฝ่ายเดียวเฉพาะรายและเป็นรูปธรรม จึงอาจกำหนดสาระสำคัญของการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองได้ 6 ประการ<sup>7</sup> ดังนี้

ก. คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวกระทำการ โดยแสดงออกด้วยวิธีการใด ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแสดงท่าทางเคลื่อนไหว ร่างกาย หรือวิธีการอื่นๆ เช่น การโบกมือให้สัญญาณของเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการจราจรบนท้องถนนให้เกิดความคล่องตัวเป็นระเบียบเรียบร้อย การวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยใช้เครื่องจักรเครื่องกล เป็นต้น เพื่อออกคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือการกระทำมาตรการอย่างใดๆ โดยมีวัตถุประสงค์ในการกระทำ แต่อย่างไรก็ดี การกระทำนิติกรรมทางปกครอง ในบางเรื่องได้กำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาเรื่องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ เช่น สิทธิในการรับฟังและโอกาสที่จะแสดงข้อเท็จจริง หรือในการออกนิติกรรมทางปกครองบางอย่าง ได้มีการกำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถูกกระทบสิทธิ เช่น การแต่งตั้งข้าราชการ การลงทะเบียนเป็นนักศึกษาในมหาวิทยาลัยของรัฐ เป็นต้น

ข. นิติกรรมทางปกครองนั้น จะต้องออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ส่วนราชการที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งส่วนราชการ หรือกฎหมายอื่นๆ ได้ให้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการในเรื่องใดไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องเป็นผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ รวมถึงการใช้อำนาจปกครองขององค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ องค์กรปกครองตนเองคณะกรรมการต่างๆ และรวมถึงงานปฏิบัติการปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้มีการมอบหมายให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ตามกฎหมายแพ่ง กระทำการแทนในนามของรัฐและใช้อำนาจของรัฐได้ในบางเรื่องด้วย

ค. กฎเกณฑ์ นิติกรรมทางปกครอง มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นข้อกำหนดเฉพาะราย อันมุ่งต่อผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนา กล่าวคือ การก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ การเปลี่ยนแปลง หรือการพิสูจน์ถึงสิทธิและหน้าที่ การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชนเป็นไปในรูปของนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะรายเจาะจงตัวบุคคล และเป็นรูปธรรม ฉะนั้น นิติกรรมทางปกครอง จึงหมายถึงกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวเท่านั้น

<sup>7</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537, หน้า 120.

ง. *อำนาจปกครอง* กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่จะเป็นนิติกรรมทางปกครองได้นั้น จะต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง

จ. *ความมีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก* องค์ประกอบข้อนี้เป็นการกำหนดขอบเขตระหว่างเสรีภาพของเอกชนและรัฐว่า กรณีใด เป็นการก้าวไปสู่ขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของเอกชน เช่น ข้อเสนอให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ภายในองค์การส่วนราชการฝ่ายปกครองของรัฐ หรือกรณีที่มีผู้บังคับบัญชาสั่งให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นในความรับผิดชอบของตนกระทำการตามที่สั่งภายในขอบเขตของงาน ซึ่งอาจอยู่ในรูปของหนังสือเวียนคำสั่งภายในอันไม่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก จึงยังไม่ใช่การออกนิติกรรมทางปกครองแต่เป็นเพียงเรื่องภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น และการกระทำได้กล่าว จะเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องนั้น

ฉ. *กรณีเฉพาะเรื่อง* เป็นการออกคำสั่งใบอนุญาตให้แก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง และเฉพาะข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

ฉะนั้น จากที่กล่าวมาในข้างต้น จึงสรุปได้ว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การทำนิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะหรือมีผลเป็นการทั่วไปการออกกฎหมายลำดับรอง และรวมถึงการแสดงออก ซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างบุคคลหรือมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน ประเทศเยอรมัน จึงไม่มีการจัดประเภทของการกระทำทางปกครอง ดังเช่น ประเทศฝรั่งเศส แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำทางปกครองดังกล่าว จึงอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทย่อย<sup>8</sup> ดังนี้

ก. *กฎ (general command)* หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งจะเป็นบุคคลโดยทั่วไป ไม่เจาะจงตัวบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด และการกระทำที่บังคับ หรืออนุญาตให้ผู้รับคำสั่งกระทำการ หรือเว้นกระทำการจะต้องมีลักษณะที่เป็น “นามธรรม”<sup>9</sup> กล่าวคือ ต้องเป็นการบังคับหรืออนุญาตให้กระทำการหรือเว้นกระทำการนั้นๆ ทุกครั้งที่มีข้อเท็จจริงที่กำหนดไว้เกิดขึ้น

ข. *คำสั่งทางปกครอง (individual command)* หรือนิติกรรมที่มีผลเฉพาะบุคคล หมายความว่า นิติกรรมทางปกครองที่ขาดลักษณะสำคัญข้อหนึ่งข้อใดของนิติ

<sup>8</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2*, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537, หน้า 36

<sup>9</sup> กมลชัย รัตนสาววงศ์, “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” *วารสารนิติศาสตร์*, 3(17), (กันยายน 2530), หน้า 43

กรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปหรือกฎ แต่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่องและเฉพาะบุคคล คือ คำสั่งที่บังคับ หรืออนุญาตให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงกระทำการ หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่องแต่ไม่เฉพาะบุคคล หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะบุคคล แต่ไม่เฉพาะเรื่อง

นอกจากการแบ่งนิติกรรมทางปกครองเป็น 2 ประเภท ดังกล่าวแล้ว แต่ยังมีคำสั่งทั่วไปในทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นคำสั่งในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง แต่คำสั่งดังกล่าว กลับไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งไว้ล่วงหน้า คำสั่งนั้น จึงมีลักษณะกำลังที่จะเป็นนิติกรรมในทางปกครอง หรือไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น ป้ายจราจร<sup>10</sup> ป้ายเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมาย (เพราะเป็นสิ่งที่เป็นการหมายอยู่ในตัวพระราชบัญญัติ แต่ป้ายนี้ออกมาจากพระราชบัญญัติแล้ว และป้ายดังกล่าว ก็ไม่ได้บอกว่าจะใช้กับบุคคลใด แต่เป็นการห้ามโดยทั่วไป สำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น เพราะฉะนั้น ป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทั่วไป เพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่อง แต่ไม่ระบุตัวบุคคล เมื่อใครมาพบก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว นั้น กฎหมายให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทั่วไปในทางปกครอง ฯลฯ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง

## (2) ประเทศฝรั่งเศส

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง นิติกรรมที่ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวได้แสดงเจตนาขึ้น เพื่อก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ซึ่งองค์ประกอบสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง มีสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ<sup>11</sup> ได้แก่ (1) นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้มีหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น กรณีหากออกโดยองค์กรอื่น ซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่น เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ การกระทำนั้นๆ ก็ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง<sup>12</sup> (2) นิติกรรมทางปกครอง จะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลก็ตาม (3) นิติกรรมทางปกครอง จะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง และ (4) นิติกรรมทางปกครอง อาจอยู่ในรูปของนิติกรรมประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือนิติกรรม

<sup>10</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *กฎหมายปกครอง*, (พิมพ์ครั้งที่ 8), วิญญูชน, มิถุนายน 2545, หน้า 40.

<sup>11</sup> อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์กุล, *การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลไทย*, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533, หน้า 14

<sup>12</sup> โภคิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส”, *วารสารอัยการ*, 9 (97), (มกราคม 2529), หน้า 44

ประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะก็ได้ จากองค์ประกอบดังกล่าว จึงสามารถแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส ออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

ก. *นิติกรรมทางปกครองที่มีผลทั่วไป หรือ กฎ* หมายถึง การที่ฝ่ายบริหาร ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้ไว้ เพื่อวางกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น<sup>13</sup>

ข. *นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล หรือคำสั่งทางปกครอง* หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง อาจปรากฏได้ในลักษณะของคำสั่งห้าม คำสั่งให้ทำการอนุมัติ การอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งนิติกรรมทางปกครองนี้ ถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่สำคัญที่สุดที่ฝ่ายปกครองจะนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของตนทุกประเภท<sup>14</sup> เช่น คำสั่งไม่รับจดทะเบียนสมาคมที่มีผลกระทบต่อผู้ยื่นคำขอจดทะเบียน คำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่มีผลกระทบต่อเจ้าของอาคาร คำสั่งไล่ข้าราชการออกจากราชการที่มีผลต่อข้าราชการที่ถูกไล่ออก เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงคำสั่งทางปกครองอีกสองประเภท ได้แก่ คำสั่งเฉพาะกลุ่ม หรือคำสั่งต่อกลุ่มบุคคล หรือคำสั่งทางปกครองรวม ซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะรายที่ออกรวมกันมาในคราวเดียว เช่น การประกาศบัญชีรายชื่อผู้ผ่านการสอบแข่งขัน บัญชีเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการ<sup>15</sup> และคำสั่งทางปกครองพิเศษหรือคำสั่งเฉพาะกรณี เช่น ประกาศการใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการยุบสภาเทศบาลด้วย

### 3) คำสั่งทางปกครอง

ในประเทศเยอรมัน ยังมีคำสั่งในทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะก้ำกึ่งจะว่าเป็นนิติกรรมในทางปกครองก็ไม่ใช่ จะว่าเป็นกฎหมายก็ไม่เชิง ก็เพราะว่ามีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า เช่น ป้ายจราจร ป้ายเหล่านี้ ไม่ใช่กฎหมาย และป้ายดังกล่าว ก็ไม่ได้บอกไว้ใช้กับนายดำหรือนายแดง แต่เป็นการห้ามโดยทั่วไป สำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น รวมทั้งตำรวจจราจรด้วย เพราะฉะนั้นป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทั่วไป เพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่อง แต่ไม่ระบุตัวบุคคล เมื่อใครมาพบก็ต้องปฏิบัติตามในทาง

<sup>13</sup> ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง” เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2, วิชา LA 634 คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540, หน้า 3

<sup>14</sup> สิทธิเดช สิงห์บูรณะอุดม, *ปัญหาของนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยแพทยสภา*, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543, หน้า 35

<sup>15</sup> สำนักงานศาลปกครอง, “รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง 2547, หน้า 24

กฎหมายปกครอง คำสั่งทั่วไป จึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองในตัวเองแต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทั่วไปในทางปกครอง ฯลฯ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง<sup>16</sup>

#### 4) สัญญาทางปกครอง

คือ การที่ฝ่ายปกครองได้ใช้สัญญาเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยฝ่ายปกครองจะใช้สัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองเห็นว่ากิจกรรมต่างๆ นั้นไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการบังคับ หรือ ไม่มีกฎหมายให้บังคับเอาแต่ฝ่ายเดียว จึงต้องใช้รูปแบบของสัญญาแทน เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าสัญญาดังกล่าวจะต้องบังคับใช้ตามหลักว่าด้วยเรื่องของสัญญาตามกฎหมายแพ่งทั้งหมด เช่นเดียวกับสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันแต่อย่างใด โดยในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส ได้มีการให้ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ดังนี้

##### (1) ประเทศเยอรมัน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 54 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่มีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน สัญญาทางปกครองจึงเป็นสัญญาที่ต้องนำหลักกฎหมายทั่วไป ในเรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่องการแสดงเจตนาในการทำสัญญาและหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้น เมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอและคำสนอง เป็นต้น นอกจากนี้ เนื้อหาสาระของสัญญาทางปกครองดังกล่าวจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ได้แก่ มีลักษณะเป็นการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืน ตามกฎหมาย หรือมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

##### (2) ประเทศฝรั่งเศส

แบ่งสัญญาทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง โดยสัญญาทางปกครองเท่านั้นที่จะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครองนั้น

<sup>16</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, *กฎหมายปกครอง*, (พิมพ์ครั้งที่ 8), วิญญูชน, มิถุนายน 2545, หน้า 40



ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสถานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมาย เดียวกับกฎหมายเอกชน ซึ่งก็คือ หลักกฎหมายแพ่งนั่นเอง

สำหรับเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่าง “สัญญาทางปกครอง” กับ “สัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง” นั้น จะใช้หลักเกณฑ์ ดังนี้<sup>17</sup>

ก. สัญญาจะต้องที่มีกฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ในกฎหมายบางฉบับ ได้มีการกำหนดไว้ว่าสัญญาใด อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง สัญญานั้น ก็จะเป็น “สัญญาทางปกครอง” หรือในบางกรณีศาลปกครอง จะเป็นผู้กำหนดให้สัญญาทางแพ่ง บางประเภทอยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นพิเศษ ก็จะถือว่าสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาทางปกครอง โดยการกำหนดของกฎหมายด้วย เช่น สัญญาเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง สัญญาของรัฐ เป็นต้น

ข. กรณีที่กฎหมายมิได้มีการกำหนดว่าเป็นสัญญาประเภทใด ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภทใด

กล่าวโดยสรุป การพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญานั้น ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือส่วนรวมหรือไม่ และสัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยจะต้องเป็นส่วนราชการ (ฝ่ายปกครอง) โดยสัญญาทางปกครอง อาจแบ่งได้ 2 แบบ ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครอง ทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และสัญญาที่ส่วนราชการด้วยกันทำ กันเอง เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่ถ้าส่วนราชการทำกับเอกชนมิใช่เพื่อประโยชน์ของรัฐ ดังนี้ ก็ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง

### 2.2.3 นิติเหตุ

โดยที่การกระทำของฝ่ายปกครอง มิได้มีแต่เพียงการกระทำทางปกครอง ที่กล่าวข้างต้นเท่านั้น แต่การกระทำของฝ่ายปกครอง อาจเป็นการกระทำที่เกิดจากความตั้งใจ แต่มิได้ตั้งใจจะให้เกิดผลทางกฎหมายด้วย ซึ่งเราเรียกว่า “นิติเหตุ” มาจากคำว่า “นิติ” หมายถึง กฎหมาย ส่วน “เหตุ” หมายถึง สาเหตุ หรือที่มา ดังนั้น นิติเหตุ จึงหมายถึงความถึงเหตุการ์ณที่มีผล ตามกฎหมาย ทั้งนี้ นิติเหตุ นั้น เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากเหตุการ์ณธรรมชาติ เช่น การเกิด การเจริญเติบโตต่อมาโดยธรรมชาติและความตาย หรือเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ของบุคคลที่ตั้งใจกระทำโดยบุคคลดังกล่าว ไม่ได้ตั้งใจให้ผลในทางกฎหมายเกิดขึ้นแต่ผลในทาง

<sup>17</sup> บุนผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2545, หน้า 23

กฎหมายก็เกิดขึ้นอยู่ดี เพราะว่ามีกฎหมายกำหนดรองรับไว้ เช่น ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง หรือ ลากมิควรถูกได้ แต่ในครั้งนี้นักศึกษาก็จะทำการศึกษาเฉพาะความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลที่เฉพาะการละเมิดเท่านั้น

### 1) ประเทศเยอรมัน

หลักกฎหมายละเมิดของประเทศเยอรมัน มีหลักสำคัญ คือ เป็นการกระทำที่ล่วงสิทธิของผู้อื่น โดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจ ทั้งนี้ ในมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไป สำหรับความรับผิดชอบทางละเมิดไว้ว่า “บุคคลโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย ทำให้เข้าเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน สำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น ทั้งนี้ หน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว ย่อมใช้กับกรณีที่บุคคลได้ฝ่าฝืนกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลอื่น ในกรณีที่การฝ่าฝืนกฎหมายเป็นไปได้แม้ไม่มีความผิด ให้ผู้นั้น มีหน้าที่ ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเฉพาะกรณีที่ได้อำนาจผิด”

### 2) ประเทศฝรั่งเศส

หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิด ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยกำหนดว่า “การกระทำใดๆ ของมนุษย์ อันเป็นเหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่น ไซ้ร้ ย่อมบังคับบุคคลผู้กระทำความเสียหาย โดยความผิดของเขานั้น ให้ทดแทนความเสียหาย”

## 3. การมอบอำนาจในทางปกครอง

จากการกระทำทางปกครองที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองนั้น มีภารกิจที่จะต้องกระทำทางปกครองในหลายเรื่อง ซึ่งหากจะให้ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจที่จะต้องกระทำการตามกฎหมายในหลายเรื่องดำเนินการในเรื่องนั้นแต่เพียงผู้เดียวแล้ว การดำเนินการตามภารกิจดังกล่าว ก็จะล่าช้า ไม่ทันต่อความต้องการของประชาชนที่เป็นผู้มารับบริการได้ และโดยที่ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้ จึงได้ทำการศึกษาลักษณะดังกล่าว เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การมอบอำนาจของประเทศไทยในบทต่อไป โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### 3.1 ความหมายของการมอบอำนาจ

โดยที่การมอบอำนาจในฝ่ายปกครองนั้น มี 3 กรณี คือ

*ประการแรก* เป็นกรณีที่องค์กรซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจได้ให้อำนาจของตนกับองค์กรอื่น ในอันที่จะทำนิติกรรมทางปกครองบางประการแทนองค์กรผู้มอบอำนาจ โดยองค์กรผู้ให้อำนาจแต่เดิมนั้น จะให้อำนาจนั้นไป โดยเด็ดขาดจากตน ด้วยวิธีการออกเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปถาวร การมอบอำนาจในลักษณะดังกล่าวจึงคล้ายๆ กับผู้มอบอำนาจได้โอนอำนาจ (investiture) ให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ และผู้รับมอบอำนาจนั้น ก็จะรับมอบอำนาจนั้นมาโดยเด็ดขาด

*ประการที่สอง* เป็นกรณีที่องค์กรซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจแต่เดิม ได้ริเริ่มและตัดสินใจว่าจะให้องค์กรอื่น (องค์กรผู้รับมอบอำนาจ) สามารถใช้อำนาจนั้นได้ ในระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ซึ่งผู้รับมอบอำนาจจะเป็นผู้ใช้อำนาจที่รับมอบมาโดยไม่เปลี่ยนแปลงหลักการเดิม ที่ผู้มีอำนาจดั้งเดิมได้กำหนดไว้ โดยผู้มอบอำนาจก็มีได้โอนอำนาจให้ไปทั้งหมด แต่มอบอำนาจของตนให้ไปเพียงบางส่วน การมอบอำนาจเช่นนี้ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “*delegation de competence*” ซึ่งการมอบอำนาจในลักษณะดังกล่าว ก็จะมีผลที่แคบลงจากประการแรก

*ประการที่สาม* เป็นกรณีที่เจ้าของอำนาจได้มอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจจัดทำเอกสาร อันเป็นเครื่องมือที่จะออกคำสั่งหรือการตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ โดยผู้รับมอบอำนาจจะเป็นผู้ให้การรับรองความถูกต้องแท้จริงของคำสั่ง โดยการลงนามในเอกสารคำสั่งนั้น แต่ผู้มอบอำนาจมิได้มอบอำนาจการตัดสินใจ หรืออำนาจในการทำคำสั่งให้แก่ผู้รับมอบอำนาจแต่อย่างใด ผู้รับมอบอำนาจ จึงมิได้มีอำนาจตัดสินใจที่จะทำคำสั่งใดๆ ฉะนั้น การที่ผู้รับมอบอำนาจดังกล่าวได้รับมอบอำนาจ จึงเป็นการรับมอบอำนาจที่มีข้อผูกพันในการใช้ดุลพินิจ โดยจะใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจตัวเองไม่ได้ แต่จะต้องใช้ดุลพินิจตามที่ผู้มอบอำนาจได้มอบอำนาจเท่านั้น ซึ่งในประเทศฝรั่งเศส เรียกการมอบอำนาจ แบบนี้ว่า “*delegation de signature*” อันเป็นการมอบอำนาจที่มีความหมายที่แคบที่สุดแล้ว

กล่าวโดยสรุปแล้ว การมอบอำนาจทางปกครอง จึงหมายถึง การที่ผู้มีอำนาจได้มอบอำนาจทั้งหมด หรือแต่เพียงบางส่วน ที่ตนมีอยู่ตามที่ได้กล่าวข้างต้นให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งการมอบอำนาจนั้น อาจมีการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของการมอบอำนาจ หรืออาจมีการกำหนดเหตุในการยกเลิกการมอบอำนาจที่ได้มีการมอบอำนาจไป เมื่อใดก็ได้ และเมื่อผู้มอบอำนาจได้มอบอำนาจที่ตนมีตามกฎหมายให้แก่บุคคลใดโดยสมบูรณ์แล้ว ผู้รับมอบอำนาจ ก็สามารถใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจเอง เพื่อตัดสินใจใช้อำนาจได้อย่างเต็มที่ในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ให้อำนาจในเรื่องนั้น จนกว่าการมอบอำนาจนั้นจะสิ้นสุดลงไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ และเมื่อการมอบอำนาจได้สิ้นสุดไปแล้ว อำนาจย่อมกลับคืนไปยังผู้มอบอำนาจ ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงอีกครั้งหนึ่ง

### 3.2 แนวคิดทฤษฎี และหลักการการมอบอำนาจของต่างประเทศ

โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ได้มีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติภารกิจเพื่อบริหารราชการแผ่นดิน แต่เนื่องจากในปัจจุบันนี้ประชาชนมีจำนวนมากขึ้น ภาครัฐ จึงย่อมมีภารกิจที่จะต้องดำเนินการจำนวนเพิ่มขึ้นเป็นเงาตามตัว ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มีอยู่อย่างจำกัด ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามภารกิจที่ได้รับมอบหมายได้อย่างรวดเร็ว และตอบสนองให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาวการณ์ต่างๆ ได้ ฉะนั้น ประเทศต่างๆ จึงได้กำหนดให้มีการมอบอำนาจขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว แต่โดยที่การวิจัยฉบับนี้ จะเป็นการศึกษาวิธีการมอบอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเปรียบเทียบกับกระทำทางปกครอง ทั้งที่เป็นและมิได้เป็นไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งประเทศเยอรมัน เป็นประเทศที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายปกครองในประเทศไทยเป็นอย่างมาก ส่วนประเทศฝรั่งเศส ก็เป็นประเทศที่มีอิทธิพลต่อประเทศไทย เกี่ยวกับแนวทางการมอบอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน ประกอบกับประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่ใช้ระบบศาลคู่ ดังนั้น จึงเห็นควรศึกษาแนวคิด และระบบการมอบอำนาจของประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ดี เพื่อให้ทราบแนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงเห็นควรศึกษาการมอบอำนาจของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบของระบบกฎหมายดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงระบบกฎหมายมอบอำนาจของประเทศไทย ให้มีความเหมาะสมต่อไป โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 3.2.1 แนวคิดทฤษฎี และหลักการมอบอำนาจของประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมัน มิได้มีการตรากฎหมายกำหนด เรื่อง การมอบอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน<sup>18</sup> ไว้อย่างชัดเจน และเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด มีแต่เพียงการกำหนดกระบวนการดำเนินการตัดสินใจของหน่วยงาน ไว้ในรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง แห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 เท่านั้น โดยในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ได้กำหนดความหมายของคำว่า “หน่วยงาน” หมายถึง หน่วยใดๆ ที่ทำหน้าที่ปฏิบัติภารกิจในงานทางปกครอง ซึ่งได้แก่ หน่วยงานทางปกครอง องค์กรของรัฐ หรือองค์กรของผู้ทรงอำนาจปกครองอื่นที่ได้รับจัดตั้งขึ้น และมีหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรนั้นกำหนดไว้ ประกอบกับรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ได้บัญญัติ การแบ่งแยกภารกิจของรัฐเอาไว้ในมาตรา 30 มาตรา 70 มาตรา 83 และมาตรา 87

<sup>18</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548, หน้า 33

โดยกำหนดว่า ในการพิจารณาและสั่งการในทางปกครองเฉพาะหน่วยที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ที่จะสามารถพิจารณาสั่งการได้ ในกรณีที่ราษฎรยื่นคำร้องมาที่หน่วยงานของรัฐที่ไม่มีอำนาจในเรื่องนั้น หน่วยงานที่รับเรื่องมีหน้าที่จะต้องส่งเรื่องดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจ หรือแจ้งปฏิเสธการรับเรื่องไว้พิจารณาไปยังผู้ยื่นคำร้อง ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนด จากบทบัญญัติดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองจะมีอำนาจดำเนินการในเรื่องใด ก็ต้องเป็นไปตามที่ได้รับมอบหมายจากกฎหมาย และหน่วยงานนั้น ก็สามารถที่จะใช้อำนาจสั่งการตามที่กฎหมายกำหนดต่อราษฎรในฐานะที่ราษฎร เป็นผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครองได้ ส่วนหน่วยงานใดที่ไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบไว้ หน่วยงานนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นหน่วยงานตามความหมายของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 หน่วยงานเหล่านี้ จึงไม่เป็นหน่วยงานทางปกครอง อย่างไรก็ตาม องค์กรของรัฐในฝ่ายบริหาร เช่น รัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐ องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น สมาชิกวุฒิสภาแห่งสหพันธ์ ตลอดจนองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ เช่น ศาลอาจมีภารกิจในทางปกครองด้วย หากองค์กรเหล่านี้ ปฏิบัติภารกิจในทางปกครองก็ถือว่าเป็นองค์กรดังกล่าว เป็นหน่วยงานทางปกครองตามความหมายแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ด้วย

แต่โดยที่หน่วยงานตามระบบกฎหมายเยอรมัน ได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) หน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรเดี่ยว การตัดสินใจออกไปในนามของหน่วยงานนั้น จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดแห่งหน่วยงานเพียงคนเดียว (2) หน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่ม การตัดสินใจในเรื่องทางปกครองที่กระทบต่อราษฎรจะต้องกระทำในรูปของคณะกรรมการ แต่การบังคับการตามมติของคณะกรรมการ และการดำเนินการในความสัมพันธ์ภายนอก กฎหมายจะกำหนดให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง แต่หน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มนั้น จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาสั่งการโดยองค์กรอื่น<sup>19</sup> ซึ่งในกรณีที่หน่วยงานองค์กรเดี่ยวนั้น หลายกรณีฝ่ายปกครองก็อาจที่จะผ่อนคลายความเคร่งครัดของความผูกพันลงได้ หากปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจไว้ให้ หรือปรากฏความจำเป็นทางปกครอง เช่น การขอให้หน่วยงานทางปกครองอื่นที่ไม่มีอำนาจช่วยเหลือการปฏิบัติราชการ การที่หน่วยงานบังคับบัญชาเข้าใช้อำนาจแทนหน่วยงานได้บังคับบัญชา หรือการมอบอำนาจเป็นต้น ซึ่งแต่ละหน่วยงาน ก็จะต้องไปกำหนดระเบียบภายในเองว่าจะให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดมีอำนาจ

<sup>19</sup> หัทธรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์, การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552, หน้า 30

กระทำการแทนหน่วยงานในเรื่องใด โดยในบางกรณีอาจมีการกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใด ในหน่วยงานใดจะมีอำนาจกระทำการใด

ทั้งนี้ ความรับผิดชอบของผู้มีอำนาจ ผู้มอบอำนาจ และผู้รับมอบอำนาจนั้น ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้แก่ตำแหน่งใดอย่างชัดเจนแล้ว จะมีผลต่างจากกรณีฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ภายใน เพราะจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองออกมาโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่ได้สวมตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่เจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ตำแหน่งอื่นที่มีอำนาจกระทำการแทน หรือได้รับมอบหมาย ให้ปฏิบัติราชการแทนหัวหน้าหน่วยงานได้ตัดสินใจทางปกครองออกไป ในนามของหน่วยงานนั้น หัวหน้าหน่วยงานในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินการเอง หรือในฐานะที่เป็นผู้มอบอำนาจนั้น ย่อมรับผิดชอบในฐานะที่ตนเป็นผู้มีอำนาจด้วย สำหรับในกรณีหน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มนั้น คณะกรรมการจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจพิจารณาเรื่องทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของตนนั้นเอง ถึงแม้ว่าจะมีองค์กรอื่นเป็นผู้แสดงเจตนาออกไปภายนอกฝ่ายปกครองแทนก็ตาม แต่ถ้าคณะกรรมการมีหน้าที่ เพียงแต่พิจารณาให้คำแนะนำแก่หน่วยงานทางปกครอง ไม่มีการตัดสินใจ ทำคำสั่งทางปกครอง หรือสัญญาทางปกครอง คณะกรรมการดังกล่าว ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ

สำหรับการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐในฝ่ายบริหารตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว หน่วยงานของรัฐอาจได้รับมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายลำดับรองได้ โดยมาตรา 80 (1) ของรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ค.ศ. 1961<sup>20</sup> กำหนดว่า “รัฐบาลสหพันธ์ รัฐมนตรีสหพันธ์ หรือรัฐบาลมลรัฐ (the government of the Lander) อาจได้รับอำนาจตามกฎหมายให้ออกกฎหมายลำดับรอง โดยกฎหมายลำดับรองที่ได้ตราขึ้นมานั้น จะต้องมีเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตให้ถูกต้องตามที่กฎหมายที่มอบอำนาจได้กำหนดไว้ และกฎหมายลำดับรองนั้น ต้องอ้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองนั้นไว้ด้วย หากกฎหมายที่ให้อำนาจบัญญัติให้มีการมอบอำนาจต่อไปได้อีก ให้ออกกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับ เช่น กฎหมายเพื่อมอบอำนาจดังกล่าว” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้องค์กร

<sup>20</sup> The Basic Law

“Article 80. Issue of ordinance.

(1) The Federal Government, a Federal Minister or the Land governments may be authorized by law to issue ordinances. The content, purpose, and scope of the authorization so conferred must be set forth in such law. This legal basis must be stated in the ordinance. If a law provides that such authorization may be delegate, such delegation shall require another ordinance.

ของรัฐฝ่ายบริหาร มีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง ฝ่ายบริหารจะสามารถออกกฎหมายมา เพื่อใช้บังคับได้ก็แต่เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภากำหนดให้สามารถทำได้ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และขอบเขตในการตรากฎหมายลำดับรอง ตามมาตรา 80 (1) ของรัฐธรรมนูญมี ดังนี้

1) กฎหมายลำดับรองนั้น จะตราขึ้นได้ก็เฉพาะแต่เพียงผู้ที่กฎหมายให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้น ได้แก่ รัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ หรือรัฐบาลของมลรัฐ ซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรอง โดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าว จะต้องกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย และกฎหมายลำดับรองนั้นจะต้องมีการอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นๆ ด้วย ดังนั้น กฎหมายลำดับรองจึงไม่สามารถที่จะตราขึ้นโดยอ้างอิงฐานที่มาของอำนาจจากกฎหมายประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นมานั้น จะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ให้สิทธิ หรือจำกัดสิทธิ

2) รัฐสภาไม่สามารถที่จะตรากฎหมายมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองให้แก่องค์กรอื่นได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญจำกัดไว้ว่า อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนี้เป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คือ รัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ และการตรากฎหมายลำดับรองให้แก่องค์กรที่เกี่ยวข้องได้ แต่หากกฎหมายที่ให้อำนาจนิติบัญญัติให้มีการมอบอำนาจต่อไปได้อีก ก็ต้องมีการออกกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับ เช่น กฎหมายเพื่อมอบอำนาจดังกล่าวด้วย

3) รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายแม่บท จะต้องกำหนดเนื้อหาวัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองไว้ให้ชัดเจน ดังนั้น จึงเกิดเงื่อนไขในการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารที่สำคัญ คือ ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายลำดับรองโดยฝ่าฝืนเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามอธิบายว่า การที่จะถือว่ากฎหมายแม่บทให้อำนาจ มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขต ที่เพียงพอนั้นมีข้อพิจารณา ดังนี้ *ประการแรก* บุคคลที่จะได้รับผลกระทบต้องสามารถทราบล่วงหน้าได้ว่าในกรณีใด หรือสถานการณ์เช่นไร ฝ่ายบริหารจึงจะใช้ อำนาจ อีกทั้ง ต้องสามารถทราบได้ว่าเนื้อหาของกฎหมายลำดับรองมีผลในทางกฎหมายอย่างไร *ประการที่สอง* ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตัดสินใจในขอบเขตที่แน่นอน และ*ประการสุดท้าย* ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดให้ทราบว่าเรื่องใด เป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการจะทำให้สำเร็จ ซึ่งข้อพิจารณาทั้งสามประการนี้ ไม่สามารถแยกพิจารณาออกจากกันได้ และบ่อยครั้งที่ต้องนำมาพิจารณาร่วมกัน

### 3.2.2 แนวคิดทฤษฎีและหลักการมอบอำนาจของประเทศฝรั่งเศส

ในกฎหมายประเทศฝรั่งเศส ถือหลักว่า นิติกรรมทางปกครองจะกระทำได้ก็แต่โดยผู้มีอำนาจเท่านั้น ผู้อื่น ซึ่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจจะมาใช้อำนาจ หรือมาทำนิติกรรมทางปกครองในเรื่องนั้น จึงไม่อาจกระทำได้ แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส ได้มีการกำหนดให้หัวหน้าฝ่ายบริหาร สามารถอนุญาตให้ผู้มีอำนาจดำเนินการมอบอำนาจในเรื่องที่ตนมีอำนาจให้แก่ผู้อื่นได้ หากการมอบอำนาจนั้น รัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติ มิได้มีการกำหนดว่าเป็นอำนาจเฉพาะของผู้ใด ซึ่งหลักนี้ ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ชื่อ Mogambury ซึ่งวินิจฉัยตามข้อสรุปที่เสนอโดย Romieu พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน Romieu ให้เหตุผลว่า การมอบอำนาจก็คือ การเปลี่ยนแปลงการจัดสรรปันส่วน โดยการแบ่งอำนาจในระบบราชการนั่นเอง และเมื่ออำนาจในการจัดองค์กรและแบ่งอำนาจในระหว่างหน่วยงานของรัฐในระบบราชการ เป็นสาระสำคัญแห่งอำนาจของประมุขของประเทศแล้ว ประมุขของรัฐ จึงอาจสั่งให้มีการมอบอำนาจต่อได้ เว้นแต่ในกรณีที่อำนาจนั้น ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือรัฐบัญญัติว่าเป็นอำนาจเฉพาะของประมุขหรือของรัฐ และประมุขของรัฐ ไม่มีสิทธิที่จะให้อำนาจนั้นด้วยตนเอง ดังนั้น นอกเหนือจากข้อจำกัดดังกล่าวแล้วประมุขของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่ง ก็คือ ประมุขของฝ่ายบริหารจึงอาจสั่ง หรืออนุญาตให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองมอบอำนาจของเจ้าพนักงานเหล่านั้นให้เจ้าพนักงานอื่นได้ จาก การมอบอำนาจดังกล่าว นักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส จึงได้แบ่งการมอบอำนาจ (delegation) ออกเป็น 2 จำพวก คือ

#### 1) การมอบอำนาจให้ลงนามแทน (delegation de signature)

คือ การที่องค์กรผู้มีอำนาจใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายทำนิติกรรมทางปกครองบางอย่าง แต่ได้มีการมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่น เป็นผู้ลงนามในนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแทนตน การมอบหมายในลักษณะนี้ ผู้มีอำนาจยังคงมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในเรื่องที่มอบหมายนั้น กล่าวคือ ผู้มอบอำนาจมิได้มอบอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับมอบหมาย ฉะนั้น อำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง จึงยังคงอยู่ที่องค์กรผู้มีอำนาจ ผู้รับมอบหมายเป็นแต่เพียงเป็นผู้ลงนามแทนผู้มีอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองนั้น มีความสมบูรณ์ ถูกต้อง ตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ผู้รับมอบหมายดังกล่าว จึงมิได้เป็นผู้ใช้อำนาจในนามของตนเองเหมือนการมอบอำนาจทางปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น องค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการ จึงอาจหวนกลับมาลงชื่อด้วยตนเอง ควบคู่ไปกับผู้รับมอบหมายก็ได้ ทั้งนี้ การมอบหมายดังกล่าวจะทำได้ก็ต่อเมื่อบทบัญญัติได้กำหนดไว้



ว่าอำนาจขององค์กรในเรื่องดังกล่าว ผู้มีอำนาจสามารถยินยอมให้มีการมอบหมายเช่นว่านั้นได้ แต่อย่างไรก็ดี การมอบหมายให้ลงนามแทนดังกล่าวนั้น เป็นเรื่องเฉพาะบุคคล เมื่อตัวผู้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าในฝ่ายองค์กร ผู้มีอำนาจหรือผู้รับมอบหมายมีการเปลี่ยนแปลงไป การมอบหมายนั้นย่อมสิ้นสุดลงทันที อำนาจในการลงนามจะกลับคืนไปยังผู้มีอำนาจจนกว่าจะมีการมอบหมายกันใหม่ อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่าการมอบหมายของรัฐมนตรีให้แก่ข้าราชการในหน่วยงานที่ตนรับผิดชอบ เป็นผู้ลงนามแทน ย่อมไม่สิ้นสุดลงหลังจากรัฐบาลพ้นจากหน้าที่ ถ้าวรมมนตรีผู้นั้นได้เข้าร่วมรัฐบาลใหม่ และดำรงตำแหน่งเดิม<sup>21</sup>

## 2) การมอบอำนาจให้ทำการแทน (*delegation de pouvoir*)

การมอบอำนาจให้ทำการแทนนั้น มีผลทำให้ผู้มอบอำนาจหมดอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ ไป อำนาจการวินิจฉัยสั่งการจะตกอยู่กับผู้รับมอบอำนาจโดยสมบูรณ์ จนกว่าการมอบอำนาจนั้น จะสิ้นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งมอบอำนาจ หรือมีการยกเลิกการมอบอำนาจนั้น ผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้อำนาจนั้นได้ ในนามของตนเองตราใบที่การมอบอำนาจยังมีผลอยู่ ทั้งนี้ เมื่อมีการมอบอำนาจไปโดยชอบแล้ว ผู้มอบอำนาจย่อมไม่อาจใช้อำนาจในเรื่องนั้น คู่ขนานไปกับผู้รับมอบอำนาจได้ อีกทั้งการมอบอำนาจทางปกครองดังกล่าว เป็นเรื่องของผู้ดำรงตำแหน่งหนึ่งให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอีกตำแหน่งหนึ่งในการมอบอำนาจ จึงต้องระบุแต่เพียงองค์กร หรือตำแหน่งที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจเท่านั้น ผู้มอบอำนาจไม่จำเป็นต้องระบุทั้งตำแหน่งและชื่อของบุคคลที่จะต้องเป็นผู้รับมอบอำนาจแต่อย่างใด ฉะนั้น แม้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะเป็นผู้มอบอำนาจ หรือผู้รับมอบอำนาจได้มีการเปลี่ยนแปลงไป การมอบอำนาจนั้นก็ยังคงอยู่<sup>22</sup>

ซึ่งการมอบอำนาจทั้งสองจำพวกดังกล่าว ได้มีหลักเกณฑ์และแนวทางการมอบอำนาจ ดังนี้

(1) *วิธีการมอบอำนาจ* การมอบอำนาจเป็นการแบ่งหน้าที่ ภายในระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐด้วยกัน โดยผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมาย จะสามารถมอบอำนาจของตนได้ ก็ต่อเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือรัฐกฤษฎีกาได้กำหนดอนุญาตให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายนั้น สามารถมอบอำนาจในเรื่องใดไว้เป็นการชัดแจ้ง การมอบอำนาจจึงสามารถกระทำได้ และ โดยที่ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์

<sup>21</sup> กริช ภูณิยามา, *การมอบอำนาจทางปกครองในระบบราชการ*, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, หน้า 13

<sup>22</sup> “เพ็งอ้าง”, หน้า 17

และวิธีการในการมอบอำนาจไว้เป็นการทั่วไปเหมือนในประเทศไทย แต่ประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การมอบอำนาจไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น เช่น มาตรา 21 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดถึงการมอบอำนาจของนายกรัฐมนตรีให้แก่รัฐมนตรี ความว่า “... นายกรัฐมนตรี อาจมอบอำนาจบางประการของนายกรัฐมนตรีให้แก่รัฐมนตรีได้” หรือรัฐบัญญัติเกี่ยวกับเทศบาล มาตรา L.122-11 ซึ่งกำหนดถึงการมอบอำนาจของนายกเทศมนตรีให้แก่ผู้ช่วยนายกเทศมนตรี รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1974 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 มิถุนายน 1978 ที่กำหนดถึงการมอบอำนาจของรัฐมนตรีให้แก่สมาชิกของคณะรัฐมนตรี และข้าราชการในสังกัด รัฐกฤษฎีกาฉบับที่ 389 และ 390 ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 1982 ที่กำหนดถึงการมอบอำนาจของรัฐมนตรีให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด และผู้ว่าการภาค เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณี บทกฎหมายมิได้ให้อำนาจแก่ผู้มีอำนาจในการที่จะมอบอำนาจต่อไปให้แก่ผู้อื่นได้ และหากผู้มีอำนาจได้ดำเนินการมอบอำนาจในเรื่องนั้น ก็จะมีผลให้การกระทำนั้นตกเป็นโมฆะ เช่น ในคดี *Ministre des Anciens Combattants et Victimes de la guerre Allotte de la Fuye* ลงวันที่ 23 มกราคม 1959 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า: เมื่อได้ความว่า Henri Ribiere ซึ่งเป็นผู้อำนวยการของสำนักงานทหารผ่านศึก และผู้ได้รับภัยจากสงครามแห่งชาติ ซึ่งเป็นผู้ฎีกาคดีนี้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรี ตามคำสั่งของรัฐมนตรี ลงวันที่ 1 มีนาคม 1955 ให้ลงชื่อในคำสั่งในนามของรัฐมนตรีได้ ยกเว้นการลงนามในคำสั่ง หรือกฎกระทรวงที่ออกตามความในรัฐบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับการปกครองสำนักงานแห่งชาติดังกล่าว แต่ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐบัญญัติ หรือรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่มีผลให้อำนาจรัฐมนตรีในการมอบอำนาจให้ผู้อำนวยการของสำนักงานทหารผ่านศึก และผู้ได้รับภัยจากสงครามแห่งชาติเพื่อให้มีอำนาจลงนามแทนตนได้แต่อย่างใด และยิ่งกว่านั้น ไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจผู้อำนวยการดังกล่าว เป็นผู้แทนรัฐมนตรีในการดำเนินคดี ด้วยเหตุนี้ ฎีกาของผู้บัญชาการ จึงไม่อาจรับไว้พิจารณาได้

สำหรับผู้ที่สามารถรับมอบอำนาจได้นั้น กฎหมายได้กำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจไว้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ โดยอาจจะระบุแต่เพียงองค์กรหรือตำแหน่งที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจ กรณีที่สอง กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ โดยอาจจะต้องระบุชื่อผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งสองกรณีนี้ ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ในกรณีแรก กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้นั้น กำหนดแต่เพียงองค์กรหรือตำแหน่งที่จะรับมอบอำนาจ โดยไม่ต้องระบุตัวบุคคล หรือชื่อบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้น เพราะฉะนั้น จึงมีการกล่าวกันว่า การมอบอำนาจประเภทนี้ เป็นการมอบอำนาจโดยไม่ระบุตัวบุคคล เพราะฉะนั้น ผลก็คือว่า การมอบอำนาจอย่างนี้ จะไม่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลผู้รับมอบอำนาจเลย หากไม่มีบทบัญญัติหรือข้อความในกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันไว้เป็นอย่างอื่น การมอบอำนาจอย่างนี้ ก็จะมีผลอยู่ตลอดไปตรา

เท่าที่องค์กรผู้รับมอบอำนาจยังมีอยู่ ส่วนในกรณีที่สอง กฎหมายที่อนุญาตได้กำหนดให้มอบอำนาจกัน ได้ โดยไม่เพียงแต่กำหนดองค์กรที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจ แต่ต้องระบุชื่อของผู้ที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจนั้นด้วย การกำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจ โดยระบุทั้งตำแหน่งและชื่อ ก่อให้เกิดผลว่าการมอบอำนาจจะสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อผู้รับมอบอำนาจจะต้องดำรงตำแหน่งนั้นอยู่ด้วย ในทางกลับกัน ถ้าหากมีการเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้นเป็นคนอื่น การมอบอำนาจนั้นก็สิ้นผลไปเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากว่ารัฐมนตรีผู้มอบอำนาจพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว และกลับมาดำรงตำแหน่งเดิม สภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐยอมรับว่าอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งของรัฐมนตรี ซึ่งน่าจะหมดลงแล้วก็ไม่หมดลง และการมอบอำนาจที่รัฐมนตรีได้ทำลงไว้ก็ไม่สิ้นผลไป การมอบอำนาจก็มีต้องกระทำกันใหม่ เพราะการดำรงตำแหน่งของข้าราชการประจำในฝ่ายปกครองนั้น ไม่เกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ของรัฐมนตรี แต่ถ้าข้าราชการการเมืองเป็นผู้รับมอบอำนาจ หากรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งบุคคลเหล่านี้ ก็ต้องพ้นจากตำแหน่งไปด้วยโดยอัตโนมัติ และการมอบอำนาจที่มอบไว้แต่เดิมก็จะสิ้นผลไป ส่งผลให้ต้องมีการมอบอำนาจกันใหม่

ทั้งนี้ การมอบอำนาจตามที่กล่าว จะต้องอยู่ภายใต้ทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติ กล่าวคือ ในกรณีที่มีสถานการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้นและจะต้องดำเนินการโดยรีบด่วน เจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจดำเนินการในเรื่องนั้น จะต้องสามารถใช้อำนาจดำเนินการได้ฉับพลันทันทีเพื่อประโยชน์สูงสุดแห่งรัฐ กรณีนี้ พนักงานฝ่ายปกครองอาจจะมอบอำนาจของตนให้แก่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอื่น เพื่อดำเนินการ โดยเร่งด่วนต่างๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติ หรือรัฐกฤษฎีกาใดขอมให้มีการมอบอำนาจดังกล่าวก็ได้ แต่ถ้ากฎหมายฉบับใดรัฐบัญญัติได้มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่าไม่ประสงค์จะให้มีการมอบอำนาจในเรื่องนั้นแล้ว อำนาจดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นอำนาจส่วนตัวโดยเฉพาะ และไม่สามารถมอบอำนาจดังกล่าวได้ ตัวอย่างเช่น คดี C.E., 30 juin 1961, Procureur General pres La Cour des Comptes, p.451 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อ้างถึงน่าจะจะต้องพิจารณาว่า มีจุดมุ่งหมายที่จะมิให้เจ้าพนักงาน ผู้มีอำนาจมอบอำนาจให้เจ้าพนักงานผู้อื่นลงชื่อแทนหรือไม่ ทั้งนี้ ก็โดยพิเคราะห์ถึงความร้ายแรงเป็นพิเศษของการดำเนินคดีดังกล่าวในศาลสูงที่ว่านั่นเอง หรือ คดี C.E., 2 fevr 1955, Magloire, p.62 ที่วินิจฉัยว่า กรณีการลงนามกำกับการลงนามของผู้มีอำนาจนั้น ในรัฐกฤษฎีกากำหนดห้ามมิให้รัฐมนตรีมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ผู้อื่นกระทำการแทนได้ไม่ อำนาจในการลงชื่อในคำสั่งตั้งผู้อื่น เป็นผู้กระทำการแทนจึง ไม่อาจกระทำไม่ได้ แต่ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นอยู่ 2 ประการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ทำการแทน ได้แก่

*ประการแรก* การมอบอำนาจให้ทำการแทนนี้ อาจมีที่มาจากบทกฎหมายโดยตรง ผู้ทรงอำนาจอยู่เดิมหาได้มีคำสั่งอย่างใดไม่ กรณีเช่นว่านี้ ใกล้เคียงกับเรื่องการโอนอำนาจไปโดยเด็ดขาด แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นว่าการโอนอำนาจไปโดยเด็ดขาดมีลักษณะถาวร แต่การมอบอำนาจ

ให้ทำการแทนโดยผลของกฎหมายเป็นการให้อำนาจกระทำการแทนเป็นการชั่วคราว และการมอบอำนาจแบบนี้ มักนิยมนำมาใช้ในการปรับปรุงการแบ่งอำนาจในการบริหารราชการส่วนภูมิภาคของประเทศฝรั่งเศส เช่น การที่รัฐกฤษฎีกาที่ 64-2205 ลงวันที่ 14 มีนาคม 1964 มาตรา 3 วรรคสาม กำหนดว่า “การโอนอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการพลเรือนประจำจังหวัด ซึ่งมีที่มาจากบทบัญญัติในกฎหมายฝ่ายบริหาร หรือมาจากการมอบอำนาจโดยตรงของรัฐมนตรีไปให้ผู้ว่าราชการจังหวัด...” ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดนั่นเอง เป็นผู้กำกับนโยบายทั่วไปของรัฐบาลในภาคจังหวัด และระงับยับยั้งข้อขัดแย้งของฝ่ายปกครองส่วนจังหวัดด้วยกัน ในทางปฏิบัติจริงๆ แล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดจะไปใช้อำนาจของหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดจริงๆ ทั้งหมดทุกเรื่องไม่ได้ รัฐกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว จึงได้ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะมอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการเหล่านั้นลงชื่อแทนตนได้

*ประการที่สอง* ผู้บังคับบัญชาโดยตรงของผู้มีอำนาจนั้น ตามกฎหมายอาจสั่งให้ผู้ใดคนหนึ่งทำการแทนผู้มีอำนาจอยู่เดิมได้เช่นกัน กรณีเช่นนี้ จัดเป็นการมอบอำนาจให้กระทำการแทนโดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งนอกจากหลักดังกล่าว แล้วสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้กำหนดหลักกฎหมายต่อไปอีกว่า ผู้รับมอบอำนาจหากมีอำนาจที่จะมอบอำนาจช่วงต่อไปได้ เว้นแต่มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง มิฉะนั้น จะเกิดปัญหาตามมาในเรื่องอำนาจหน้าที่ เช่น ในคดี C.E., Angeras ลงวันที่ 6 มกราคม 1954 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า “เมื่อพิจารณาได้ความว่า คำสั่งซึ่งถูกฟ้องให้เพิกถอนในคดีนี้ เป็นคำสั่งซึ่งสั่งตามคำขอของ Angeras และคำสั่งดังกล่าวนี้ ลงนามโดยหัวหน้าส่วน ซึ่งเป็นผู้ช่วยหัวหน้าฝ่ายที่สังกัดกระทรวงโยธาธิการและการผังเมืองและได้ความต่อไปว่าเจ้าพนักงานดังกล่าว หากมีอำนาจโดยตนเองที่จะทำคำสั่งดังกล่าวไม่ ทั้งนี้ เจ้าพนักงานดังกล่าวยังไม่ได้รับมอบอำนาจใดจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเพื่อกะทำการดังกล่าว เมื่อพิเคราะห์รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 18 ตุลาคม 1949 แล้ว รัฐกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว ได้มอบอำนาจ โดยถาวรให้หัวหน้าฝ่ายที่ลงนามแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงโยธาธิการฯ ภายในขอบอำนาจของรัฐมนตรี ยกเว้นการลงนามแทนในรัฐกฤษฎีกาในกฎกระทรวงหรือในคำสั่งอื่นใด ที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ด้วยเหตุนี้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติของรัฐบัญญัติ หรือของกฎหมายอื่นใด ในฝ่ายบริหารให้เจ้าพนักงานดังกล่าวสามารถมอบอำนาจนั้นต่อไปยังผู้ช่วยของตนได้ Angeras จึงชอบที่จะอ้างว่าคำสั่งดังกล่าวนั้น ทำลงโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจ” และคดี Brannelec ลงวันที่ 3 มิถุนายน 1953, Lebon p.256 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้พิจารณาว่า “คำสั่งลงวันที่ 16 ตุลาคม 1947 ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดได้รับมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนมานั้น ปรากฏคำสั่งดังกล่าวนี้ไม่ได้ลงนามโดยรัฐมนตรี แต่ลงนามโดยผู้อำนวยการสำนักเลขานุการรัฐมนตรี ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีอีกต่อหนึ่งในกรณีเช่นนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเห็นว่ารัฐมนตรีนั้น ไม่สามารถที่จะมอบอำนาจดังกล่าว

ให้ผู้อำนวยความสะดวกสำนักเลขาธิการรัฐมนตรีไปมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดลงชื่อแทนอีกต่อหนึ่ง ซึ่งหากรัฐมนตรีต้องการที่จะมอบอำนาจดังกล่าวไปให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว รัฐมนตรีก็หน้าที่จะออกคำสั่งมอบอำนาจในเรื่องนั้น ให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดโดยตรง มิใช่ให้ผู้อำนวยความสะดวกสำนักเลขาธิการรัฐมนตรีมาพิจารณาตัดสินใจมอบอำนาจดังกล่าวให้ผู้อื่นกระทำการแทนรัฐมนตรีอีกทอดหนึ่ง ดังนั้น จึงถือได้ว่าคำสั่งซึ่งมอบอำนาจให้กับผู้ว่าราชการจังหวัด โดยผู้อำนวยความสะดวกเลขาธิการรัฐมนตรีนั้น เป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) ผลของการมอบอำนาจ การมอบอำนาจหากได้ดำเนินการตาม ที่กล่าวข้างต้นแล้ว ก็ย่อมเป็นการมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การมอบอำนาจนั้นก็ สามารถใช้บังคับได้ และมีผลเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และเมื่อผู้มอบอำนาจได้มีการ มอบอำนาจในเรื่องใดไปแล้ว จะมีผลทำให้ผู้มอบอำนาจนั้น ย่อมหมดอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ ลงไปในทันทีที่มอบอำนาจ โดยอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการจะตกอยู่กับผู้รับมอบอำนาจ โดยสมบูรณ์และผู้มอบอำนาจจะหวนกลับมาใช้อำนาจนั้นอีกไม่ได้ จนกว่าผู้มอบอำนาจจะมีคำสั่ง ถอนการมอบอำนาจให้ทำการแทนและเอาอำนาจนั้นกลับมา หรือได้การมอบอำนาจนั้น ได้มีการสิ้นสุด ผลลงด้วยเงื่อนไขแล้ว ผู้มอบอำนาจจึงกลับมามีอำนาจในเรื่องที่มอบอำนาจได้อีกครั้งหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี แม้การมอบอำนาจให้กระทำการแทนจะทำให้ผู้มอบอำนาจไม่มีอำนาจในเรื่องที่ มอบหมายอีกต่อไป แต่ผู้มอบอำนาจยังมีหน้าที่ในการกำกับติดตามผู้รับมอบอำนาจ โดยอาจ ให้คำแนะนำชี้แนะ ตลอดจนให้แนวปฏิบัติในการวินิจฉัยสั่งการแก่ผู้รับมอบอำนาจภายในกรอบ ของอำนาจควบคุมบังคับบัญชาได้<sup>23</sup> นอกจากนี้ การมอบอำนาจดังกล่าว จะต้องเป็นการมอบอำนาจ ให้ทำการแทนระหว่างตำแหน่งกับตำแหน่ง หรือที่ฝ่ายคำราเรียกว่าเป็นการกระทำในนามธรรม ผลจึงมีว่าถึงแม้ผู้ดำรงตำแหน่งคนเดิม ไม่ว่าจะเป็นผู้มอบอำนาจ หรือผู้รับมอบอำนาจจะพ้นตำแหน่ง ไป โดยเหตุใดก็ตาม การมอบอำนาจนั้น ก็ยังคงมีอยู่เพราะถือว่าการมอบอำนาจให้ทำการแทน มีลักษณะเป็นการถาวร และไม่อาศัยคุณสมบัติส่วนตัวของผู้ใด เช่น คดี C.E., 28 juin 1957, Ste X... ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า Decret ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 1926 ซึ่งเป็นรัฐกฤษฎีกาที่ออกมาเพื่อบังคับให้ เป็นไปตามการปฏิรูประบบภาษีทางตรง ระหว่างปี 1914-1917 รัฐกฤษฎีกาฉบับนี้ได้บัญญัติไว้ว่า “การเก็บภาษีทางตรง หรือการอื่นที่มีลักษณะอย่างเดียวกับภาษีทางตรงนั้น เป็นไปตามกฎเกณฑ์ ซึ่งมีผลบังคับได้ ซึ่งกำหนดไว้ในประกาศของผู้ว่าราชการจังหวัดผู้ว่าราชการจังหวัด อาจมอบอำนาจ ให้กับผู้อำนวยความสะดวกเก็บภาษีทางตรงของจังหวัดได้” รัฐบาลแนะนำว่าผู้ว่าราชการจังหวัดทุก

<sup>23</sup> กริช ภูษิตยา, การมอบอำนาจทางปกครองในระบบราชการ, วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, หน้า 15

จังหวัด ควรจะต้องมอบอำนาจให้กับผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรง เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ ปัญหาที่ว่าตั้งแต่ปี ค.ศ. 1926 ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจตามที่รัฐบาลให้นโยบายไว้ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1957 ที่เกิดขึ้น ก็ยังไม่มีการทำคำสั่งให้มอบอำนาจกันใหม่เลย ทั้งๆ ที่ผู้ว่าราชการจังหวัด และผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรงได้เปลี่ยนไปแล้วหลายคน ก็ได้มีปัญหากเกิดขึ้นว่า การมอบอำนาจ ซึ่งมอบกันไว้ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1926 ครั้งเดียว แล้วก็ไม่เคยมีการมอบอำนาจกันใหม่เลยทั้งสิ้น จะใช้ได้หรือไม่ และมีความจำเป็นหรือไม่ ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องทำคำสั่งใหม่ทุกครั้งที่เปลี่ยนตัวผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตัดสินว่า “ถ้อยคำและสิ่งที่รัฐกฤษฎีกาบับดังกล่าวบัญญัติไว้ แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างรัฐกฤษฎีกามีได้ประสงค์ที่จะให้การมอบอำนาจเป็นเรื่องส่วนบุคคลของผู้รับมอบอำนาจ แต่ประสงค์จะให้ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมอบอำนาจไปยังหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด ได้แก่ ผู้อำนวยการกองภาษีทางตรงในจังหวัดนั้นได้ และด้วยเหตุนี้เอง การมอบอำนาจดังกล่าว จึงมีลักษณะถาวรและตราบใดที่ไม่มีนิติกรรมทางปกครองให้เพิกถอน การมอบอำนาจนั้นก็จะมีลักษณะถาวร แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลผู้มีตำแหน่งเป็นผู้ว่าราชการจังหวัดก็ตาม เป็นต้น แต่หากการมอบอำนาจในเรื่องใดได้ดำเนินการไปในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถือว่าองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจนั้น ไม่มีอำนาจในการกระทำในเรื่องดังกล่าว และมีผลทำให้การกระทำทางปกครองที่ทำโดยองค์กรนั้น ตกเป็นอันเสียเปล่าหรือไม่มีผลบังคับ และโดยที่การมอบอำนาจนั้น เป็นข้อยกเว้นของการกำหนดอำนาจหน้าที่ตามปกติของกฎหมายมหาชน ฉะนั้น หากมีปัญหาในการตีความเกี่ยวกับการมอบอำนาจศาลจะตีความอย่างเคร่งครัด และจะถูกตรวจสอบจากศาลโดยไม่ชักช้า

(3) *แบบในการมอบอำนาจ* ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดแบบของการมอบอำนาจไว้เป็นการชัดเจนแล้ว การมอบอำนาจก็จะต้องปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น การมอบอำนาจจึงจะมีผลในทางกฎหมาย เช่น หากกฎหมายกำหนดให้การมอบอำนาจต้องทำเป็นหนังสือ ผู้มอบอำนาจก็ต้องมอบอำนาจโดยการทำเป็นหนังสือเท่านั้น การมอบอำนาจดังกล่าว จึงจะมีผลใช้บังคับ แต่ถ้ากฎหมายไม่มีการกำหนดแบบในการมอบอำนาจไว้ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส ได้ยอมรับการมอบอำนาจในทุกรูปแบบ เช่น การมอบอำนาจทางโทรศัพท์หรือการมอบอำนาจทางโทรเลข อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาล พบว่าศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส ไม่ยอมรับกรณีของการมอบอำนาจโดยปริยาย ฉะนั้น การมอบอำนาจในประเทศฝรั่งเศส จึงต้องกระทำโดยชัดแจ้งในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดข้อกังขาในเรื่องการมีอยู่ของการมอบอำนาจ และในการยกเลิกการมอบอำนาจ ก็ต้องกระทำในรูปแบบเดียวกับการมอบอำนาจด้วย

(4) *การตรากฎหมายลำดับรอง* ถ้ารัฐบัญญัติได้กำหนดให้มีการออกระเบียบในเรื่องใดเป็นรัฐกฤษฎีกา ซึ่งประธานาธิบดี หรือนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนาม และถ้ารัฐ

กฤษฎีกานั้นเอง ไม่ได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจไว้ แต่ได้กำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้ออกกฎกระทรวง จะเห็นได้ว่าการกระทำอยู่ 3 ช่วง คือ รัฐบาลบัญญัติ อันเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐกฤษฎีกาอันเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร และกฎกระทรวงอันเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร เช่นกัน การกระทำทั้ง 3 ช่วง มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและไม่จำกัดบุคคล จะต่างกันแต่องค์กรผู้บัญญัติกฎหมายเท่านั้น ผลจึงมีว่าในช่วงที่รัฐบาลบัญญัติให้อำนาจออกกฤษฎีกา จึงจัดว่ามีการมอบอำนาจกันแล้ว ดังนั้น เมื่อรัฐกฤษฎีกากำหนดให้บัญญัติกฎกระทรวงเรื่องนี้ จึงจัดเป็นการมอบอำนาจช่วง เช่น คดี C.E. 2 NOV. 1962, Geraud, A.J.D.A.1963, P, 113 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า รัฐบาลบัญญัติได้กำหนดไว้ว่า สถานะพิเศษของข้าราชการ บางเรื่องต้องบัญญัติไว้ในรัฐกฤษฎีกา ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ แต่รัฐบาลกลับตรารัฐกฤษฎีกานั้น ให้กฎกระทรวงร่วมหลายกระทรวง เป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ดังนี้ นับเป็นการมอบอำนาจช่วงรัฐบาล ไม่อาจกระทำการดังกล่าวได้ แต่หลักนี้ หากถือโดยเคร่งครัด ก็ย่อมจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี เพราะเรื่องบางเรื่องทางเทคนิค และเป็นรายละเอียดมาก การจะทำให้รัฐกฤษฎีกา ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของฝ่ายบริหาร มากำหนดเรื่องเหล่านี้ ก็ย่อมจะไม่ได้ผลดีมากเท่ากับให้รัฐมนตรีเจ้าของเรื่อง ผู้มีความรู้ความสามารถพิเศษในเรื่องนั้น กำหนดเอาไว้ในกฎกระทรวง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจึงได้ผ่อนคลายนัยดังกล่าว โดยยอมให้รัฐกฤษฎีกาบัญญัติให้ออกกฤษฎีกาในเรื่องนั้นได้ ถ้ารัฐกฤษฎีกาที่มอบอำนาจช่วงดังกล่าวได้กำหนดหลักการบัญญัติกฎกระทรวงเอาไว้ด้วยความรัดกุมตามสมควร แต่ถ้าเป็นการมอบอำนาจช่วงในอำนาจปกครองเฉพาะเรื่อง เฉพาะราย แล้วการผ่อนคลายนัยดังกล่าว ไม่อาจกระทำได้

### 3.2.3 แนวคิดทฤษฎีและหลักการมอบอำนาจของประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานจะมีความเคร่งครัดมาก โดยเจ้าพนักงาน ผู้ซึ่งได้รับอำนาจมาจากรัฐสภาผ่านบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้นที่จะเป็นผู้ที่สามารถใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดได้ และเจ้าพนักงานผู้มียอมไม่อาจมอบอำนาจของตนให้องค์กรอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแทนได้ เพราะรัฐสภามีเจตนาให้อำนาจถูกใช้โดยเจ้าหน้าที่ซึ่งกฎหมายระบุให้เป็นผู้มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ เท่านั้น เว้นแต่จะมีบทกฎหมายกำหนดไว้โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย กำหนดให้เจ้าพนักงานผู้นั้นดำเนินการมอบอำนาจได้ เจ้าพนักงานผู้นั้นจึงจะดำเนินการมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวต่อไปให้องค์กรอื่นดำเนินการแทนตนได้ แต่ปรากฏว่าการเคร่งครัดดังกล่าว กลายเป็นสาเหตุทำให้เกิดภาวะที่ไม่เหมาะสมของการบริหารราชการ เนื่องจากโดยปกติแล้ว ศาลจะเคร่งครัดว่าอำนาจควรใช้โดยบุคคลหรือองค์กรที่ระบุไว้ในกฎหมายเท่านั้น และหากมีการมอบหมายโดยชัดแจ้งจากพนักงานผู้มีอำนาจ แต่ปรากฏว่าสิ่งที่ผู้รับมอบอำนาจได้กระทำลงไปไม่ว่การณีใดๆ หากเป็นการไม่เหมาะสม ศาลก็จะถือเสมือนว่าเป็นการกระทำนอก

ขอบอำนาจ ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษายืนยันหลักการดังกล่าว เช่น ในคดี Eills v. Dubowski, (1921) 3 K.B. 621 คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์ของเทศบาล ได้กำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาอนุญาตว่าในการพิจารณาอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์ได้นั้น ผู้ได้รับการอนุญาตจะต้องมีใบรับรองของคณะกรรมการตรวจสอบภาพยนตร์ของประเทศอังกฤษ แต่ศาลเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้น ไม่มีผลในกฎหมายเพราะเป็นการมอบอำนาจของตนไปให้แก่ผู้อื่น แต่อย่างไรก็ดี หลักนี้ จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่มีการแสดงอย่างสมเหตุสมผลว่า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องการความช่วยเหลือจากผู้ช่วยของเขาก็สามารถที่จะมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวได้ กล่าวโดยสรุป การมอบอำนาจตามหลักการนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจดำเนินการในเรื่องใด เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง จะมอบอำนาจนั้น ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นดำเนินการแทนไม่ได้ เนื่องจากโดยปกติศาลจะไม่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้ หากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ<sup>24</sup> แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุผลความจำเป็นในการดำเนินการกิจทางปกครอง ในบางกรณี ศาลก็อนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้ โดยในประเทศอังกฤษ มิได้มีบทกฎหมายกลางที่กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้แต่อย่างใด แต่อาจนำคำพิพากษาของศาล มาสรุปหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจได้ ดังนี้

### 1) วิธีการมอบอำนาจ

ในประเทศอังกฤษ การปฏิบัติงานของรัฐบาลจำเป็นต้องอาศัยการมอบอำนาจอย่างกว้างขวาง ซึ่งการมอบอำนาจทางปกครองของประเทศอังกฤษจะกระทำได้ หากกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องทางปกครองแท้ๆ และได้มีกฎหมายอนุญาตให้มีการมอบอำนาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย เพราะเรื่องนี้ เป็นข้อยกเว้นของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น ในคดี R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Oladehinde (1990) 3WLR 797 ซึ่งผู้ยื่น คำขอถูกสั่งเนรเทศโดยเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง อันเป็นการกระทำภายใต้คำชี้แนะของผู้ตรวจการตรวจคนเข้าเมือง ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในการตัดสินใจที่จะเนรเทศบุคคลใดๆ ผู้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอต่อศาล โดยอ้างว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการมอบอำนาจในการเนรเทศ ตามมาตรา 3(5)(a) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการอพยพ ปี 1971 ให้แก่ผู้ตรวจการตรวจคนเข้าเมือง ศาลสภาขุนนาง ได้พิพากษา โดยวินิจฉัยว่า มาตรา 3(5)(a) ไม่มีที่ใดปรากฏโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย อันเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่จะมอบอำนาจในการสั่งเนรเทศ

<sup>24</sup> กริช ภูณิยามา, *การมอบอำนาจทางปกครองในระบบราชการ*, วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, หน้า 10



ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น แต่ก็ไม่มีที่ใดที่ได้กำหนดห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นไว้แต่อย่างใด รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจึงสามารถมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ ทั้งนี้ เหตุผลที่ศาลอ้างก็เพื่อสนับสนุนความชอบด้วยกฎหมายของการมอบอำนาจที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ได้กระทำลง กล่าวคือ ในกรณีนี้ ไม่มีกฎหมายห้ามอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย มิให้รัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจได้ ศาลจึงเห็นว่า เป็นกรณีที่กฎหมายได้อนุญาตโดยปริยายให้สามารถมอบอำนาจได้<sup>25</sup>

สำหรับการมอบอำนาจของระบบคณะกรรมการนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อ มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้กำหนดไว้ชัดแจ้ง นอกจากนี้ กรณีการมอบอำนาจของเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่น จะทำได้ก็ต่อเมื่อได้มีการกำหนดไว้ โดย The Local Government Act 1972 ให้อำนาจเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นที่จะจัดการปฏิบัติหน้าที่ของเขาให้สำเร็จ โดยผ่านคณะกรรมการ, คณะอนุกรรมการ หรือเจ้าหน้าที่ หรือเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นอื่นๆ แต่หลักการมอบอำนาจดังกล่าว มิให้นำมาใช้บังคับกับกรณี (1) การเก็บภาษีหรือการออกกฎเกี่ยวกับภาษี หรือการกู้ยืมเงิน (2) หน้าที่ภายใต้ The Diseases of Animals Act, 1950 และ (3) หน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่น แต่งตั้งคณะกรรมการ

## 2) ผลของการมอบอำนาจ

โดยที่การมอบอำนาจของระบบกฎหมายอังกฤษนั้น อยู่บนพื้นฐานของหลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ บุคคลที่ได้รับมอบอำนาจไปแล้ว ผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจนั้น ต่อไปให้แก่บุคคลอื่นต่อไปได้ เว้นแต่จะมีบทกฎหมายกำหนดโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ให้ผู้รับมอบอำนาจสามารถมอบอำนาจนั้นต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจต่อในระบบอังกฤษ จะมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ โดยที่รากฐานอำนาจของฝ่ายปกครองอังกฤษนั้น ฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจโดยอยู่เลย นอกจากอำนาจที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ฉะนั้น การที่ฝ่ายปกครองจะมอบอำนาจในระหว่างกันเอง แม้เพียงชั้นแรกก็ถือเป็นการมอบอำนาจต่อแล้ว กรณี จึงย่อมมีความแตกต่างกับการมอบอำนาจต่อตามที่เข้าใจกันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่คำว่า “การมอบอำนาจต่อ” นั้น หมายถึง การมอบอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในชั้นที่สอง ภายหลังจากที่ผู้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจนั้นมาจากฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่ง

นอกจากนั้น เมื่อผู้มอบอำนาจได้มีการมอบอำนาจไปโดยสมบูรณ์แล้ว สถานะความเป็นผู้ทรงอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองที่ได้มอบอำนาจไปนั้น ศาลเคยวินิจฉัยว่า

<sup>25</sup>“เพ็งอ้าง”, หน้า 47

แม้จะได้มอบอำนาจไปแล้ว ผู้มอบอำนาจก็ยังคงใช้อำนาจนั้นกระทำการใดๆ ได้เช่นเดิม โดยในคดี Manton V. Brighton Corporation ได้วางหลักที่แพร่หลายโดยทั่วไปว่า “บุคคลใด บุคคลหนึ่ง ไม่สามารถปลดเปลื้องตนเอง ให้พ้นไปจากหน้าที่ตามกฎหมายของตนได้” และหลักนี้ ได้ถูกนำมาบรรจุไว้ใน Local Government Act 1972 ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยแจ้งชัด ให้เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่น สามารถมอบอำนาจของตนให้กับคณะกรรมการ ฯลฯ และในขณะเดียวกัน ก็สงวนไว้ซึ่งอำนาจของเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นนั้น ไปพร้อมๆ กันด้วย แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าผู้รับมอบอำนาจ จะได้รับมอบอำนาจจากผู้มอบอำนาจมาแล้วก็ตาม ผู้รับมอบอำนาจจะต้องไม่กระทำการเกิน ขอบอำนาจที่ได้รับมา และในการใช้อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดนั้น จะมีการนำหลัก delegates non protest delegate มาปรับใช้อย่างเคร่งครัด เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ที่ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งได้รับมอบมานั้น จะมีขอบเขตการใช้อำนาจกว้างกว่าอำนาจของผู้มอบในเรื่องที่มอบนั้น<sup>26</sup> เช่น ในคดีนี้ถือว่า the General Medical Council ต้องใช้อำนาจในการควบคุมทางด้านวินัยเหนือ ทันตแพทย์นั้นด้วยตนเอง และไม่สามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการฝ่ายบริหารได้ ทั้ง ๆ ที่ภายใต้ The Dentists Acts กำหนดไว้โดยแจ้งชัดว่า ศาลสามารถกระทำหน้าที่ในการควบคุมทางวินัย โดยผ่านคณะกรรมการดังกล่าวได้ หรือในคดี Baenard v. National Dock Labour Board, (1953) 2 QB 18 ศาลได้วินิจฉัยถึงหลักการเกี่ยวกับการมอบอำนาจภายใต้ The Dock Workers (Regulations) Orders 1947 โดยคณะกรรมการแรงงานท่าเรือแห่งชาติ (Nation Dock Labour Board) ได้มอบอำนาจหน้าที่ ในหลายๆ ด้าน ให้แก่คณะกรรมการท้องถิ่น (Local Board) ตามที่ตนมีอำนาจ หนึ่งในอำนาจ ที่มอบหมาย คือ อำนาจตามกฎหมายที่เป็นบทลงโทษคนงานท่าเรือในลอนดอนกลุ่มหนึ่ง ซึ่งถูกเพิกถอน ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการบรรทุกน้ำตาลดิบ ได้ร้องขอต่อศาล ให้แสดงว่า การเพิกถอนดังกล่าว ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย เนื่องจากคณะกรรมการท้องถิ่นได้มอบอำนาจในการเพิกถอนข้อโต้แย้ง ดังกล่าว ไปยังผู้จัดการท่าเรือ ศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) วินิจฉัยว่า อำนาจหน้าที่ในการลงโทษ เป็นอำนาจหน้าที่ที่วินิจฉัยชี้ขาด โดยเนื้อหา เพราะอำนาจดังกล่าว อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล จึงไม่อาจมอบอำนาจได้ ผู้พิพากษาในคดีนี้กล่าวว่า “ในขณะที่อำนาจหน้าที่ทางปกครอง (โดยแท้) นั้น สามารถมอบอำนาจไปได้ อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาด กลับไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ ไม่มีผู้ที่มี อำนาจหน้าที่ดังกล่าวคนใด ที่สามารถมอบอำนาจหน้าที่ของตนได้ เว้นแต่จะสามารถกระทำได้ โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายตามที่จำเป็น”

<sup>26</sup> หัตถชัย จันทร์ปลั่ง, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจ: ศึกษากรณีการปฏิบัติราชการแทน, วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542, หน้า 77

สำหรับการยกเลิก หรือเพิกถอนการมอบอำนาจที่ได้มอบให้แก่ผู้รับมอบอำนาจนั้น ในคดี *Manton v. Brighton Corporation* (1951) ว่าผู้มอบอำนาจ สามารถปลงการมอบอำนาจที่ได้มอบให้แก่ผู้รับมอบอำนาจในเวลาใดๆ ก็ได้ แต่ในกรณีที่ไม่มี การปลงการมอบอำนาจ ดังกล่าว ผู้มอบอำนาจ ย่อมต้องผูกพันต่อการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของผู้รับมอบอำนาจ อันได้กระทำลงภายในขอบเขตของการมอบอำนาจ เช่น ในราชการส่วนท้องถิ่น หากคณะผู้บริหารของราชการส่วนท้องถิ่น ได้มอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ระดับหัวหน้างานคนหนึ่ง การตัดสินใจใดๆ ของเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำลงภายในขอบเขตของอำนาจที่ได้รับมอบ และไม่ปรากฏการปลงการมอบอำนาจ ดังกล่าวโดยคณะผู้บริหารของราชการส่วนท้องถิ่นย่อมมีผลผูกพันคณะบุคคลอันเป็นผู้มอบอำนาจนั้น ทั้งนี้ การยกเลิกหรือเพิกถอนการมอบอำนาจนั้น จะไม่มีผลย้อนหลัง

### 3) แบบการมอบอำนาจ

ในประเทศอังกฤษ มิได้มีการกำหนดแบบการมอบอำนาจไว้แต่อย่างใด ฉะนั้น ในการมอบอำนาจดังกล่าว จึงอาจกระทำโดยวิธีการที่ชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้ โดยในการมอบอำนาจโดยปริยายนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงของราชการส่วนกลาง สามารถมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ในกระทรวงกระทำการแทนได้ โดยปราศจากการมอบอำนาจอย่างเป็นทางการ แม้แต่ในกรณีที่มิบทกฎหมายในเรื่องนั้น ปรากฏโดยชัดเจน ให้รัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ในกระทรวงได้ก็ตาม ซึ่งถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะของอังกฤษ เช่นคดี *Carltona Ltd. V. Commissioners of Work* (1943) 2 All E.R. 560 โดยผู้พิพากษาคดีนี้ กล่าวว่า “อำนาจหน้าที่ที่กำหนดให้อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐมนตรีมีมากมายหลายอย่าง และไม่มีรัฐมนตรีคนใด จะสามารถใช้อำนาจนั้นด้วยตนเองได้ทั้งหมด หน้าที่ ที่กำหนดสำหรับรัฐมนตรี และอำนาจที่ให้แก่รัฐมนตรีนั้น โดยปกติถูกใช้โดยเจ้าหน้าที่ของกระทรวง โดยการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ในลักษณะนี้ถือเป็นคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี ที่รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบด้วยการตอบข้อซักถามของรัฐสภา หากเขาเลือกบุคคลที่ไม่มีความสามารถและประสิทธิภาพอย่างเพียงพอให้กระทำการดังกล่าวแทนเขา” การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ในราชการส่วนกลาง ในกรณีนี้ จึงมิใช่การกระทำในฐานะผู้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรี แต่เป็นการกระทำของตัวรัฐมนตรีเอง และศาลยังคงสามารถตรวจสอบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของรัฐมนตรี โดยเจ้าหน้าที่ของกระทรวงในกรณีดังกล่าวได้ อย่างไรก็ดี หลักนี้ มีที่ใช้อย่างจำกัด กล่าวคือ จะไม่ใช้กับการมอบอำนาจในราชการส่วนท้องถิ่น เนื่องจากในกฎหมายกำหนดให้การมอบอำนาจของราชการส่วนท้องถิ่นจะต้องปรากฏหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจอย่างชัดเจน แต่จะใช้เฉพาะกับกระทรวงราชการส่วนกลางเท่านั้น โดยไม่นำไปใช้กับงานที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย และเรื่องที่เป็นอำนาจพิเศษ ที่รัฐสภามุ่งหมายจะให้เป็นการของรัฐมนตรีโดยเฉพาะ ซึ่งกรณี

ดังกล่าวนี้ รัฐมนตรีที่ได้รับการระบุไว้นั้น จึงจะเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นได้ เจ้าหน้าที่ในกระทรวงไม่อาจใช้อำนาจแทนรัฐมนตรีนั้นได้แต่อย่างใด<sup>27</sup> เมื่อการมอบอำนาจของประเทศอังกฤษกระทำได้โดยวิธีชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย การมอบอำนาจจึงไม่มีรูปแบบใดๆ เป็นการเฉพาะ

#### 4) การตรากฎหมายลำดับรอง

การที่ฝ่ายบริหารได้มีการออกกฎระเบียบมาใช้บังคับโดยตรงของฝ่ายบริหารทำให้เกิดคดีฟ้องร้อง และศาลก็ยังคงเห็นว่าฝ่ายบริหารไม่ควรมอบอำนาจให้ในเรื่องการออกกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับใดๆ โดยปกติศาลจะไม่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจถ้าหน้าที่ทางการปกครองนั้น เกี่ยวพันถึงการใช้อำนาจที่พิเศษนั้น ก็หมายความว่า คำวินิจฉัยจะต้องทำขึ้น โดยเจ้าพนักงานที่ได้รับแต่งตั้งจากรัฐสภาเท่านั้น แต่บางครั้ง ศาลอาจอนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้บางระดับชั้น และต้องในกรณีที่เป็นเรื่องในทางปกครองแท้ ๆ ฉะนั้น การที่ศาลพิจารณาเห็นว่าโดยปกติแล้ว ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายหรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นปรัชญาหลัก หากปล่อยให้ฝ่ายบริหารออกกฎ กติกา หรือระเบียบใดๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนมากเกินไป ก็เท่ากับฝ่ายบริหารได้เข้าไปก้าวท้าวกระบวนการนิติบัญญัติแบบรอง และหากต่อมาฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารได้นำเอากฎเกณฑ์ที่ตนเองได้ออกไปบังคับใช้แล้วก็เป็นเรื่องการใช้อำนาจที่พิเศษ ซึ่งหากเป็นการใช้อำนาจที่พิเศษในเรื่องหลักกฎหมายและระเบียบด้วยแล้ว ก็เท่ากับเข้าไปก้าวท้าวภารกิจของการวินิจฉัยเชิงตุลาการทางอ้อม ฉะนั้น ฝ่ายบริหารของประเทศอังกฤษจึงไม่มีอำนาจดั้งเดิมในการตรากฎหมาย ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ ต่อเมื่อได้รับอำนาจจากรัฐสภา โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายเรียกกฎหมายของฝ่ายบริหารและมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ดังนั้น กฎหมายของฝ่ายบริหาร จึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐสภาซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด หรือกฎหมายลำดับต้น รวมทั้งไม่อาจขัดกับวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายลำดับรองที่มีขึ้นเพื่อบังคับใช้กฎหมาย (ของรัฐสภา) เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่จัดให้มีการมอบอำนาจ

<sup>27</sup> กริช ภูณิยามา, การมอบอำนาจทางปกครองในระบบราชการ, วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, หน้า 53

### บทที่ 3

## แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำในทางปกครอง และการมอบอำนาจทางปกครองในประเทศไทย

ภายหลังจากที่ได้มีการศึกษา แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ในต่างประเทศ ก็จะพบว่าในต่างประเทศนั้น ฝ่ายปกครองได้มีการกระทำในสองรูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ การที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการทางปกครอง ซึ่งในกฎหมายของประเทศเยอรมัน และ ประเทศฝรั่งเศสได้มีการแบ่งการกระทำทางปกครองออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ (1) การปฏิบัติการทางปกครอง (2) นิติกรรมทางปกครอง (3) คำสั่งทั่วไปในทางปกครอง และ (4) สัญญาทางปกครอง นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังได้มีการอื่นๆ ด้วย เช่น การทำสัญญาทางแพ่งของปกครอง การกระทำที่เป็นนิติเหตุ เป็นต้น ด้วย สำหรับภารกิจของฝ่ายปกครองในประเทศไทยนั้น มีภารกิจที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการออกเป็น 2 กลุ่ม โดย *กลุ่มที่หนึ่ง* เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ บริการสาธารณะแก่ประชาชน ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการกระทำนี้ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจเหนือประชาชน หรือสั่งการให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนตามอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการนั้นๆ ได้แก่ การดำเนินการของหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับกำหนดไว้ เช่น (1) การออกกฎหมายลำดับรอง (2) การกระทำของรัฐที่เป็นเรื่องที่ต้องออกคำสั่งทางปกครอง เช่น เรื่องการอนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน (3) เรื่องการทำสัญญาทางปกครอง *กลุ่มที่สอง* เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำเพื่อบริหารงานภายในของส่วนราชการนั้น ได้แก่ การมีคำสั่งต่างๆ เพื่อบริหารงานบุคคลภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น การแต่งตั้งโยกย้าย หรือการดำเนินการทางวินัย เป็นต้น การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการสนับสนุน เพื่อให้วัตถุประสงค์ของส่วนราชการบรรลุตามเจตนารมณ์ที่ได้มีการตั้งขึ้น ได้แก่ การดำเนินงานธุรกรรม การออกไปช่วยเหลือประชาชนกรณีที่เกิดภัยต่างๆ การทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ เช่น การซื้อสิ่งของมาใช้ในส่วนราชการ และการกระทำของฝ่ายปกครองที่ทำให้เกิดการละเมิดขึ้น แต่โดยที่ประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายที่กำหนดประเภทของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ขึ้น การกระทำของฝ่ายปกครองในบางเรื่อง จึงเป็นการกระทำทางปกครองอย่างแท้จริง หรือในบางเรื่องก็เป็นเพียงการ

กระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น อย่างไรก็ตาม โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการออกกฎหมาย กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในระดับต่างๆ มีภารกิจที่จะต้องกระทำ การหลายภารกิจ และในแต่ละภารกิจก็จะมีประชาชนที่จะต้องมาดำเนินการติดต่อ หรือรับบริการ ในเรื่องนั้น จำนวนมากด้วยเช่นกัน ฉะนั้น หากจะให้ผู้ดำรงตำแหน่งเพียงตำแหน่งเดียว ดำเนินงาน ในเรื่องนั้นทั่วประเทศ ก็จะทำให้การบริการแก่ประชาชนล่าช้า และไม่สามารถให้บริการประชาชน อย่างทั่วถึง ตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ได้ ฝ่ายปกครอง จึงได้มีการปรับปรุง การบริหารและการปฏิบัติราชการ ภายในหน่วยงานฝ่ายปกครอง โดยกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มี อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดดำเนินการมอบอำนาจในต่างๆ ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ ทั้งนี้ เพื่อ เป็นการแบ่งเบาภาระในการปฏิบัติงานของหัวหน้าส่วนราชการ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และทำ ให้การบริการประชาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ดี โดยที่ในขณะนี้ ประเทศไทย ได้มีการแบ่งของการกระทำทางปกครองอีกทั้ง มีกฎหมายกำหนดวิธีการและหลักเกณฑ์ในการมอบ อำนาจไว้ ฉะนั้น จึงเห็นควรที่จะทำการ ศึกษาประเภทของการกระทำทางปกครองของไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจในการบริหารราชการ ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการ มอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ว่าในประเทศไทยได้มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้หรือไม่ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

## 1. การดำเนินงานของรัฐและการกระทำทางปกครองของประเทศไทย

โดยที่ฝ่ายปกครอง มีภารกิจที่จะต้องกระทำเพื่อรักษาความสงบในประเทศ และ ให้บริการแก่ประชาชนอยู่หลายภารกิจ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อให้บริการ สาธารณะแก่ประชาชน ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นการกระทำ ของฝ่ายปกครองที่กระทำเพื่อบริหารงานภายในของส่วนราชการนั้น และไม่ว่าการกระทำทางปกครอง นั้นจะเป็นการกระทำทางปกครองอย่างแท้จริง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นการ กระทำที่มีลักษณะสำคัญ หรือเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีได้เป็นการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติ ทั้งสองฉบับดังกล่าว ก็ตาม เช่น การละเมิด หรือการทำสัญญาทางแพ่ง เป็นต้น เพื่อให้ทราบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองอย่างครบถ้วน ผู้ศึกษาจึงได้ศึกษาการกระทำ ของฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครอง ตามการแบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองในต่างประเทศ ได้แก่ การปฏิบัติทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง คำสั่งทั่วไปในทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง รวมทั้งเห็นควรศึกษา รายละเอียดของการกระทำของฝ่ายปกครอง ที่มีใช่เป็นการกระทำทางปกครองที่แท้จริง เช่น การทำ ละเมิด การทำสัญญาแพ่งด้วย โดยมีรายละเอียดของการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนี้

### 1.1 การกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### 1.1.1 การปฏิบัติทางปกครอง

เป็นการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจ ตามพระราชบัญญัติกระทำการแทนหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้น มิใช่ นิติกรรมทางปกครอง<sup>28</sup> แต่เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงหรือเป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผล ในทางข้อเท็จจริง เช่น การชำระหนี้ การรับชำระเงิน การดับเพลิง การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุม ประท้วง การตรวจตราการฝ่าฝืนกฎหมาย และการที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัย อย่างร้ายแรง ได้แจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบ และให้โอกาสข้าราชการผู้นั้น ในการแก้ข้อกล่าวหา เป็นต้น<sup>29</sup> ทั้งนี้ ปฏิบัติทางปกครอง อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่าง องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับบุคคลอื่นได้ เช่น ปฏิบัติทางปกครองที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้บุคคลใดเสียหาย ย่อมเป็นการกระทำละเมิดที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง จำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายด้วย ทั้งนี้ กฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ ดำเนินการปฏิบัติทางปกครอง อาทิเช่น

1) พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 มาตรา 19 วรรคห้า กำหนดว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 19 นี้ เจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะอาจมีคำสั่งให้ปิด หรือปรับเส้นทางจราจรเป็นการชั่วคราวได้ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวก ของประชาชน หรือการดูแลการชุมนุมสาธารณะ”

2) พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 93 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 91 ปรากฏว่า กรณีมีมูล อันเป็น

<sup>28</sup> วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, *หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*, ในคู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547, หน้า 168.

<sup>29</sup> วรเจตน์ ภักดิ์รัตน์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, วิทยาลัยพัฒนการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า, (กันยายน 2554): หน้า 32

ความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุ ตามมาตรา 57 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ในการสอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการเสร็จ ให้รายงานผลการสอบสวนและความเห็นต่อผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57”

3) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 35 วรรคหนึ่ง (1) กำหนดว่า “เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ (1) เข้าไปในโรงงานหรืออาคาร สถานที่ หรือยานพาหนะ ที่มีเหตุควรสงสัยว่าจะประกอบกิจการโรงงานในเวลาระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตก หรือในเวลาทำการของสถานที่ดังกล่าว เพื่อตรวจสอบสภาพโรงงาน อาคาร สถานที่ หรือยานพาหนะ สภาพเครื่องจักร หรือการกระทำใด ที่อาจเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้”

### 1.1.2 นิติกรรมทางปกครอง

ในประเทศไทย ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไม่ได้เป็นคำที่รับรู้ และเข้าใจกันทั่วไปในวงกว้าง และยังคงมีความสับสนถึงความหมายและความแตกต่างกันในการใช้คำ<sup>30</sup> อีกทั้ง คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพื่อพิจารณาคำร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับความเดือดร้อน หรือความเสียหายที่ตนได้รับ อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>31</sup> ก็ไม่ได้มีการระบุความหมายของคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” จึงเป็นคำที่ใช้กันอยู่ในวงแคบในทางวิชาการของนักกฎหมายจำนวนน้อยเท่านั้น และเมื่อมีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็มีได้มีการให้ความหมายของคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้ชัดเจน แต่อย่างไร แต่โดยที่รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์<sup>32</sup> ได้ให้นิยามคำว่า “นิติกรรม

<sup>30</sup> คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นคำที่แปลมาจากคำว่า “act administrative” ในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งนักนิติศาสตร์ของไทยบางท่าน เช่น ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้แปลคำๆ นี้ว่า “การกระทำทางปกครอง” อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า การแปลคำดังกล่าวเช่นนี้ อาจก่อให้เกิดความเข้าใจที่ไว้เขว เกี่ยวกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง ในวงการศึกษากฎหมายของไทยได้ ดังนั้น คำดังกล่าว จึงควรจะแปลว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในทำนองเดียวกันกับการแปลคำว่า “juristic act” ในกฎหมายแพ่งว่า คือ “นิติกรรม” ไม่ใช่ “การกระทำ” ในระยะหลังนักนิติศาสตร์ไทยหลายท่าน จึงได้แปลคำดังกล่าวว่า “นิติกรรมทางปกครอง” กันมากขึ้น.

<sup>31</sup> พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522, มาตรา 19.

<sup>32</sup> วิษณุ วัลญญู และคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (ตุลาคม 2551): หน้า 175



ทางปกครอง” หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หน่วยงานของรัฐ องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ ให้ใช้อำนาจทำการแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนา ให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่า หน่วยงานของรัฐประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมาย โดยการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือการกระทำใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่บุคคลนั้น หรือบุคคลคณะนั้น ไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม และจากนิยามดังกล่าว จึงอาจกำหนดการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เป็น 2 ประเภท ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### 1) กฎ

ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้มีการให้คำนิยาม คำว่า “กฎ” ไว้หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ได้ให้คำนิยาม ไว้ในทำนองเดียวกัน<sup>33</sup> ซึ่งจากคำนิยามของกฎตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของกฎ คือ จะต้องมีผล ใช้บังคับเป็นการทั่วไป และมีผลต่อพฤติกรรมของเอกชนให้ต้องกระทำการ หรือละเว้นการกระทำ ซึ่งการสั่งการของฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนี้อาจมีชื่อเรียก หรือรูปแบบที่ต่างกันไป เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ รวมถึงคำสั่ง หนังสือเวียน หนังสือสั่งการ เป็นต้น ดังนั้น กฎในทางปกครอง จึงหมายถึง กฎหมายลำดับรอง ซึ่งมีที่มาแห่งอำนาจในการออกตามกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งเรียกว่า กฎหมายแม่บท รวมทั้งกฎ ซึ่งเป็นการกำหนดนโยบายใด อันมีที่มาจากอำนาจในการบริหาร หรือ การปกครองบังคับบัญชา ซึ่งฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะให้มีการยอมรับและปฏิบัติตามเป็นการทั่วไปก็ได้ และในกฎหมายแม่บทแต่ละฉบับ ก็จะมีการกำหนดผู้ที่มีอำนาจในการออกกฎ หรือกฎหมายลำดับรอง ไว้เป็นการชัดเจนด้วย อาทิเช่น

(1) พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร ซึ่งประมุข ของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร เป็นผู้ตราตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เช่น พระราชบัญญัติ

<sup>33</sup> สุเจตน์ สถาพรนานนท์, การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย, วิทยานพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, น. 122

ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 53/1 วรรคสาม กำหนดว่า “การจัดทำแผนพัฒนาจังหวัดตามวรรคหนึ่ง จำนวนและวิธีการสรรหาผู้แทนภาคประชาสังคมและผู้แทนภาคธุรกิจเอกชนตามวรรคสองให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา” ฝ่ายบริหาร จึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยว่าด้วยการบริหารงานจังหวัดและกลุ่มจังหวัดแบบบูรณาการ พ.ศ. 2551 ขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้แทนภาคประชาสังคมและผู้แทนภาคธุรกิจเอกชนดังกล่าว

(2) กฎกระทรวง เป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐมนตรีเป็นผู้ออก โดยจะต้องผ่านการพิจารณารับหลักการและให้ความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนด้วย ทั้งนี้ กฎกระทรวงอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น กฎทบวง กฎสำนักนายกรัฐมนตรี กฎ ก.พ. ซึ่งสาเหตุที่ไม่เรียกว่ากฎกระทรวง อาจเนื่องมาจากผู้มีอำนาจออกกฎดังกล่าว ไม่ใช่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดกระทรวง แต่เป็นส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งก็ต่างกันเพียงแค่ชื่อเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 8 (5) กำหนดให้ ก.พ. มีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎ ก.พ.และระเบียบเกี่ยวกับการบริหารทรัพยากรบุคคลเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ รวมตลอดทั้งการให้คำแนะนำ หรือวางแนวทางในการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎ ก.พ. เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้ ฝ่ายบริหารโดยคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม จึงได้ตรากฎ ก.พ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดประเภทตำแหน่ง และระดับตำแหน่ง พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว

(3) ระเบียบ ข้อบังคับ และข้อกำหนด เป็นกฎหมายลำดับรองที่ใช้ในกรณีที่ฝ่ายบริหารต้องการกำหนดสิ่งที่เป็นรายละเอียดค่อนข้างมาก ไม่ใช่กรอบ ไม่ใช่นโยบาย แต่เป็นวิธีการในรายละเอียด หรือเป็นการประสานงานกันทางฝ่ายบริหารที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายแห่งให้มาทำงานด้วยกัน โดยปกติแล้ว พระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บท จะกำหนดว่า จะต้องออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดในเรื่องใด ทั้งนี้ ระเบียบ ข้อบังคับข้อกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรองที่อาจขอมติของคณะรัฐมนตรี หรือไม่ขอก่อนก็ได้ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการเสนอแน่นอน ขึ้นอยู่กับว่ารัฐมนตรีผู้เสนอ เห็นว่าเป็นหลักการสำคัญที่คณะรัฐมนตรีควรรับทราบเสียก่อนหรือไม่ หรือขึ้นอยู่กับพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท จะกำหนดว่า เมื่อออกจะต้องขอความเห็นชอบจากผู้ใดก่อนหรือไม่ เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 มาตรา 9 กำหนดว่า “ในกรณีที่จะต้องมีการตรวจสอบโรงงานหรือเครื่องจักรเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ อาจมีการกำหนดให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการและจัดทำรายงานผลการตรวจสอบ แทนการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า “กฎ” ตามคำนิยามของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารให้มีอำนาจในการออกกฎ เพื่อมีผลใช้บังคับภายในขอบเขตที่บทบัญญัติแม่บทได้กำหนดให้อำนาจไว้ ซึ่งจากการศึกษา ก็จะพบว่าโดยส่วนใหญ่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีการกำหนดผู้ที่มีอำนาจในการออกกฎ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองไว้เป็นการชัดเจนแล้ว โดยในองค์กรเดียวฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการ ได้แก่ ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี เป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎ หรือในองค์กรกลุ่มฝ่ายนิติบัญญัติ ก็ได้กำหนดให้คณะกรรมการบางคณะมีอำนาจในการออกกฎได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น การออกกฎจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะกฎดังกล่าวนี้เป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของประชาชน กฎจึงเป็นแนวปฏิบัติให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารหรือประชาชนที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนด ทั้งนี้ เพื่อให้กิจกรรมและนโยบายของฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองสัมฤทธิ์ผล

## 2) คำสั่งทางปกครอง

ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้มีการให้นิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง และ โดยที่กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่า “ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่

- (1) การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหา หรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้
- ก. การสั่งรับ หรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ หรือให้สิทธิประโยชน์
  - ข. การอนุมัติตั้งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
  - ค. การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอ หรือการดำเนินการอื่นใด
  - ง. การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน และ

(2) การให้ หรือไม่ให้ทุนการศึกษา” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว จึงอาจแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้เป็น 5 ประการ<sup>34</sup> ได้แก่

*ประการแรก* คำสั่งทางปกครอง จะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้ ซึ่งให้เห็นว่ามาตรการ หรือการกระทำใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลง โดยไม่ได้อาศัยอำนาจรัฐ เช่น การตกลงทำสัญญา หรือการบอกเลิกสัญญาทางแพ่งกับเอกชน ย่อมจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ได้ ดังนั้น หนังสือแจ้งให้เอกชนผู้รับจ้างชำระค่าปรับ กรณีก่อสร้างล่าช้า จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา ไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2551) หรือคำสั่งไม่อนุญาตให้ขยายระยะเวลาก่อสร้าง ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามสัญญา อันเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา ไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.13/2551)

*ประการที่สอง* คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ คำว่า “เจ้าหน้าที่” ในที่นี้ หมายถึง เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง

*ประการที่สาม* คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ อันมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย การกำหนดกฎเกณฑ์มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองขึ้น และก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย กล่าวคือ อาจมีผลเป็นการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือระงับ ซึ่งสิทธิหน้าที่ องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง ข้อนี้ ไม่แตกต่างอะไรไปจากกฎ ซึ่งมีผลเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เช่นกัน แต่ทำให้คำสั่งทางปกครอง แตกต่างจากการกระทำทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกกันทางวิชาการว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” ซึ่งจะกล่าวต่อไป

*ประการที่สี่* คำสั่งทางปกครอง ต้องเป็นการกระทำที่เกิดผลเฉพาะกรณี กล่าวคือ คุณลักษณะของคำสั่งทางปกครองข้อนี้ ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างจากกฎ ซึ่งแม้จะกำหนดกฎเกณฑ์ก่อตั้งนิติสัมพันธ์เหมือนกัน แต่เป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลบังคับแก่บุคคลทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง การมีผลของคำสั่งทางปกครองเฉพาะกรณี ไม่ได้หมายความจำกัดถึงขนาดที่จะต้องระบุตัวผู้รับคำสั่ง โดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น แต่หมายถึง คำสั่งที่ระบุกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอที่อาจจะระบุตัวได้ด้วย เช่น กลุ่มบุคคลที่ชุมนุมประท้วงอยู่บริหารทำเนียบรัฐบาล เป็นต้น

*ประการที่ห้า* คำสั่งทางปกครองต้องมีผลบังคับโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ดังนั้น การเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งของ

<sup>34</sup> วรเจตน์ ภักดิ์รัตน์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า, (กันยายน 2554): หน้า 30

ผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง  
 อื่นๆ คำสั่งทางปกครองย่อมแตกต่างจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง  
 เป็นการสั่งของผู้บังคับบัญชาในวงงาน หรือในการปฏิบัติหน้าที่ ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ใช่  
 การสั่งในวงงาน เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชา  
 ทำความเห็นทางกฎหมาย เสนอเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง เป็นต้น

ฉะนั้น เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงเห็น  
 ได้ว่าคำสั่งทางปกครองหมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยการออกคำสั่ง  
 ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน  
 เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าว ทำให้เกิดผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับ  
 ผู้รับคำสั่งในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ  
 หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ในลักษณะที่มีผลบังคับเฉพาะกรณี  
 โดยมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง  
 แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้ ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ ทั้งนี้ จากการตรวจสอบ  
 กฎหมายและกฎที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ก็จะพบว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้ฝ่ายปกครอง  
 ในตำแหน่งต่างๆ ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายบริหาร เช่น ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งใน  
 ระดับผู้ปฏิบัติงาน เป็นผู้ใช้อำนาจในดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งการออกคำสั่ง  
 ทางปกครองดังกล่าว ก็จะมีทั้งที่เป็นภารกิจการบริหารงานภายในฝ่ายปกครอง เช่น การบริหารงาน  
 บุคคล การงบประมาณ และการอนุมัติให้ความเห็นชอบในเรื่องภายในหน่วยงานนั้น และภารกิจ  
 การบริหารงานของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกส่วนราชการ เช่น การสั่งการ  
 การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง หรือการรับจดทะเบียน เป็นต้น ทั้งนี้ คำสั่ง  
 ทางปกครองตามที่กล่าวมานี้ สามารถยกตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายและกฎที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจ  
 ในการออกคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

ก. การสั่งการ หมายความว่า การสั่งให้บุคคลที่อยู่ใต้บังคับบัญชา  
 ปฏิบัติงานอย่างใดอย่างหนึ่ง และตรวจสอบว่าเขาเหล่านั้น ได้ปฏิบัติงานอย่างดีที่สุดเท่าที่สามารถ  
 ทำได้ หรือไม่ ตัวอย่างเช่น

ก) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานภายใน  
 ฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 (4)  
 กำหนดว่า “ให้นายกรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่สั่งให้ข้าราชการที่สังกัดกระทรวงทบวง กรมหนึ่ง  
 มาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี โดยจะให้ขาดจากอัตราเงินเดือนทางสังกัดเดิมหรือไม่ ก็ได้”  
 หรือพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2550 มาตรา 57 กำหนดว่า “ให้นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี

เจ้าสังกัด อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ” หรือพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 29 กำหนดว่า “ให้รัฐมนตรี มีอำนาจสั่งจ่ายเงินจากคลัง เป็นเงินทรงพระราชการได้” เป็นต้น

ข) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกส่วนราชการ ได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 42 กำหนดว่า “ถ้ามีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นแล้ว ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่น มีอำนาจสั่งให้เจ้าของ หรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงานหรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน” หรือพระราชบัญญัติอาคารรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 มาตรา 24 กำหนดว่า “ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในสัมปทาน ให้คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอาคารรังนกอีแอ่น มีอำนาจสั่งให้ผู้รับสัมปทานระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้อง ภายในระยะเวลาที่กำหนดได้” เป็นต้น

ข. การอนุญาต หมายความว่า ยินยอม ยอมให้ หรือตกลง ตัวอย่างเช่น

ก) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานภายในฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2550 มาตรา 109 กำหนดว่า “ข้าราชการพลเรือนสามัญ ผู้ใดประสงค์จะลาออกจากราชการให้ยื่นหนังสือขอลาออกต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปชั้นหนึ่ง เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เป็นผู้พิจารณาก่อนวันขอลาออก และในกรณีที่ผู้ประสงค์จะลาออกยื่นหนังสือขอลาออกล่วงหน้าน้อยกว่าสามสิบวัน และผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เห็นว่ามีเหตุผลและความจำเป็นจะอนุญาตให้ลาออกตามวันที่ขอลาออกก็ได้” หรือ “พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 19 กำหนดว่า “รายจ่ายที่กำหนดไว้ในรายการใด สำหรับส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม พระราชบัญญัติโอนเงินงบประมาณรายจ่าย หรือพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 18 (2) จะโอนหรือนำไปใช้ในรายการอื่นมิได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการ แต่ผู้อำนวยการจะอนุญาตมิได้ ในกรณีที่เป็นผลให้เพิ่มรายจ่ายประเภทเงินราชการลับ หรือเป็นงาน หรือ โครงการใหม่ เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี เป็นต้น

ข) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกส่วนราชการ ได้แก่ พระราชบัญญัติจาง้าง พ.ศ. 2558

มาตรา 4 กำหนดว่า “ผู้ใดประสงค์จะค้างาช้าง ให้ยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดี” หรือพระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 มาตรา 14 กำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้รวบรวม ขายนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่าน ซึ่งเมล็ดพันธุ์ควบคุมเพื่อการค้า เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และต้องเก็บเมล็ดพันธุ์ควบคุมไว้ในสถานที่เก็บเมล็ดพันธุ์ ควบคุมตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาต” เป็นต้น

ค. การอนุมัติ หมายความว่า ยินยอม ขอมให้ หรือตกลง ตัวอย่างเช่น

ก) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานภายในฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 18 วรรคสาม กำหนดว่า “กระทรวงใด มีความจำเป็นจะต้องมีส่วนราชการเพื่อทำหน้าที่จัดทำนโยบายและแผน กำกับ เร่งรัด และติดตามนโยบายและแผนการปฏิบัติราชการของกระทรวง จะจัดระเบียบบริหารราชการโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีสำนักนโยบายและแผนเป็นส่วนราชการภายใน ขึ้นตรงต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงก็ได้” หรือพระราชบัญญัติพันธุ์พืช พ.ศ. 2518 มาตรา 47 กำหนดว่า “พนักงานเจ้าหน้าที่โดยอนุมัติอธิบดี มีอำนาจ สั่งถอนคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตก่อนกำหนดเวลาได้ เมื่อเป็นที่พอใจว่าผู้รับใบอนุญาต ซึ่งถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวง หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว” เป็นต้น

ข) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกส่วนราชการ ได้แก่ พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469 มาตรา 8 กำหนดว่า “อธิบดีจะอนุมัติและกำหนดสถานที่ตรวจและเก็บของ ซึ่งมีผู้นำเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นคลังสินค้าทัณฑ์บนก็ได้ โดยอาจกำหนดวิธีการและข้อจำกัดเกี่ยวกับการเก็บของ ตลอดจนข้อบังคับเพื่อการดำเนินการและตรวจตราควบคุมคลังสินค้าทัณฑ์บน ตามที่เห็นสมควร” หรือพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 14 กำหนดว่า “บุคคลใด มีความประสงค์ให้ผู้อื่นมี และใช้อาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืนสำหรับรักษาทรัพย์สินของตนอันจักต้องใช้ให้ผู้อื่นดูแล หรือจักต้องสั่ง นำเข้า หรือซื้ออาวุธปืน หรือเครื่องกระสุนปืนเพื่อความประสงค์เช่นนั้น อาจขอรับหนังสืออนุญาตพิเศษจากนายทะเบียนท้องที่ที่บุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ หนังสืออนุญาตนี้นายทะเบียนจะออกให้ได้แต่โดยอนุมัติของเจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งไว้” เป็นต้น

ง. การวินิจฉัยอุทธรณ์ เป็นขั้นตอนการดำเนินการโต้แย้งสิทธิของตนจากการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งมีกฎหมายกำหนดให้สิทธิดังกล่าวไว้ ตัวอย่างเช่น

ก) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานภายในฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2550 มาตรา 114 กำหนดว่า “ผู้ใดถูกสั่ง

ลงโทษ ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 (1)(3)(5)(6)(7) และ (8) ผู้นั้น มีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. ภายในสามสิบวัน นับแต่วันทราบ หรือถือว่าทราบคำสั่ง”

ข) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกส่วนราชการ ได้แก่ พระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ในกรณีที่คณะอนุกรรมการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดมีคำวินิจฉัย ตามมาตรา 22 ว่าผู้เข้ารับการตรวจพิสูจน์นั้นเสพหรือติดยาเสพติด หรือมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยผู้เข้ารับการตรวจพิสูจน์หรือผู้เข้ารับการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดชั่วคราว ตามมาตรา 26 หรือมีคำสั่งขยายระยะเวลาการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดออกไปอีก ตามมาตรา 25 ผู้นั้น มีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าว ต่อคณะกรรมการภายในสิบสี่วัน นับแต่วันที่ ได้รับทราบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งแล้วแต่กรณี” หรือ “พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2469 มาตรา 112 ฉ กำหนดว่า “ผู้นำของเข้าหรือผู้ส่งของออกมีสิทธิอุทธรณ์การประเมินอากรของพนักงานเจ้าหน้าที่ต่อคณะกรรมการ พิจารณาอุทธรณ์ตามแบบที่อธิบดีกำหนดได้ ภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ ได้รับแจ้งการประเมิน โดยในกรณีที่เป็นการนำของเข้าหรือส่งของออกในจังหวัดอื่น นอกจากกรุงเทพมหานครอาจอทธรณ์ โดยยื่นผ่านด่านศุลกากรหรือสำนักงานศุลกากรภาคก็ได้ โดยต้องปฏิบัติตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด” เป็นต้น

จ. การรับรอง เป็นการที่กฎหมายหรือกฎได้กำหนดให้ผู้ที่ต้องดำเนินการในเรื่องต่างๆ จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้รับการรับรองจากหน่วยงานของรัฐที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างเช่น

ก) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานภายในฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2550 มาตรา 62 วรรคสาม กำหนดว่า “ในกรณีที่ ก.พ. กำหนดให้ปริญญา ประกาศนียบัตรวิชาชีพ หรือคุณวุฒิใดเป็นคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง ให้หมายถึง ปริญญา ประกาศนียบัตรวิชาชีพ หรือคุณวุฒิที่ ก.พ. รับรอง” หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 117 กำหนดว่า “คณะกรรมการตรวจและรับมอบงานมีหน้าที่ตรวจและควบคุมงานออกแบบ และก่อสร้างอาคารว่าถูกต้องตามเกณฑ์ที่ระบุไว้ในสัญญา เมื่อตรวจเห็นเป็นการถูกต้องครบถ้วนแล้ว ให้ทำใบรับรองผลการปฏิบัติงาน โดยลงชื่อไว้เป็นหลักฐาน อย่างน้อย 2 ฉบับ มอบให้แก่ผู้รับจ้าง 1 ฉบับ และเจ้าหน้าที่พัสดุ 1 ฉบับ เพื่อทำการเบิกจ่ายเงินตามระเบียบว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินจากคลัง และรายงานให้หัวหน้าส่วนราชการทราบ”

ข) การออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกส่วนราชการ เช่น พระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล



และห้องเย็น พ.ศ. 2558 มาตรา 44 กำหนดว่า “ผู้ใดมีคลังสินค้า ไซโล หรือห้องเย็นที่เก็บรักษาสินค้า เฉพาะแก่บริษัทในเครือ โดยรับบำเหน็จเป็นทางการค้าปกติ ต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับชื่อและที่อยู่ของตน พร้อมกับสถานที่เก็บพื้นที่ ขนาด และความจุของคลังสินค้า ไซโล หรือห้องเย็น รวมทั้ง ชื่อ และ สถานที่ทำการของบริษัทในเครือ ที่ฝากเก็บสินค้าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ เริ่มประกอบกิจการ และเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับแจ้งแล้วให้ออกใบรับรองการแจ้ง เพื่อเป็น หลักฐานการแจ้งให้แก่ผู้แจ้งโดยพลัน” หรือประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหาร และยา เรื่อง การขอหนังสือรับรองมาตรฐานระบบการผลิตตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาหาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2557 ข้อ 3 กำหนดว่า “ผู้ประสงค์จะขอหนังสือรับรองมาตรฐานระบบการผลิตตามหลักเกณฑ์ ของกฎหมายอาหาร สำหรับสถานที่ผลิตอาหารที่มีที่ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2557 เป็นต้นไป ให้ยื่นคำขอที่หน่วยตรวจสอบฯ ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนกับสำนักงาน คณะกรรมการอาหารและยา” เป็นต้น

ฉ. การรับจดทะเบียน เป็นการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการจดทะเบียน เพื่อให้ประชาชนสามารถดำเนินการใดๆ ตามที่กฎหมายกำหนดได้ ตัวอย่างเช่น การออกคำสั่งทาง ปกครองที่เป็นภารกิจการบริหารงานของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกส่วนราชการ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 36 กำหนดว่า “เมื่อนายจ้างยื่นแบบรายการ ตามมาตรา 34 แล้ว ให้สำนักงานออกหนังสือสำคัญแสดงการขึ้นทะเบียนประกันสังคมให้แก่ นายจ้าง และออกบัตรประกันสังคมให้แก่ลูกจ้าง ทั้งนี้ ตามแบบหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนด ในกฎกระทรวง” หรือพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 มาตรา 8 กำหนดว่า “ให้รัฐมนตรี มีอำนาจกำหนดเป็นครั้งคราว โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่าพาณิชย์กิจใด ตามที่ระบุไว้ ในมาตรา 6 ในท้องที่ใด ผู้ประกอบพาณิชย์กิจจะต้องจดทะเบียนพาณิชย์” เป็นต้น

### 3) สัญญาทางปกครอง

ก่อนที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2541 มีผลบังคับใช้สัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนหรือ สัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน ต่างอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2541 มีผลใช้บังคับแล้ว ทำให้ศาลปกครองมีอำนาจ ในการพิจารณาคดีปกครอง และกำหนดให้สัญญาทางปกครอง เป็นประเภทหนึ่งของคดีปกครอง จึงทำให้ในระบบกฎหมายไทยได้มีการจำแนกสัญญาออกเป็น 2 ระบบอย่างชัดเจน ได้แก่ สัญญา ทางปกครอง และสัญญาทางแพ่ง ซึ่งในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีการระบุอย่างชัดแจ้งว่าสัญญาทางปกครอง หมายความว่า อย่างไร แต่บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด

ฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” จากนั้นยาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครอง<sup>35</sup>นั้น *ประการแรก* คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่าย จะต้องเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่ายปกครอง *ประการที่สอง* ต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนสัญญาอื่นๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมา กฎหมายได้เปิดโอกาสให้ศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เป็นผู้ว่าแนวทาง และวางหลักต่อไป

นอกจากนี้ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายความหมายของสัญญาทางปกครองไว้ว่า<sup>36</sup> สัญญาใด จะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ นั้น ประการแรกคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้น ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ มุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง แต่หากเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ เพื่อให้การดำเนินบริการสาธารณะบรรลุผลแล้ว ก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 ได้วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการ เป็นสัญญาทางปกครอง เพราะมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวที่จะเลิกสัญญาได้ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง ที่จะสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ แม้จะมีได้ระบุไว้ในสัญญา โดยผู้รับจ้างไม่มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมายจะมีได้มีการกำหนดระบุผู้ดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่ในการลงนามในสัญญาทางปกครองไว้ก็ตาม แต่โดย

<sup>35</sup> วิษณุ วรรุญญ และคณะ, *คำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (ตุลาคม 2551): หน้า 209.

<sup>36</sup> มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 วันที่ 10 ตุลาคม 2544.

ที่การทำสัญญาทางปกครองดังกล่าว ย่อมต้องมีผลผูกพันกับส่วนราชการต่างๆ ผู้ลงนามในสัญญาทางปกครองดังกล่าว จึงเป็นผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้รับมอบอำนาจ

## 1.2 การกระทำทางปกครองที่มีใ้ได้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### 1.2.1 สัญญาทางแพ่ง

เป็นสัญญาระหว่างเอกชนทำกับเอกชน หรือสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน โดยสัญญาดังกล่าวนั้น มีวัตถุประสงค์เพียงการทำนิติกรรมสัญญาทางแพ่งเท่านั้น และไม่มีวัตถุประสงค์ในลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่อย่างใด เช่น สัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างผู้ใช้บริการไฟฟ้ากับการไฟฟ้านครหลวง สัญญาซื้อขายวัสดุอุปกรณ์สำนักงานของฝ่ายปกครอง หากไม่มีข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐ เป็นพิเศษเพื่อให้การดำเนินการบริการสาธารณะบรรลุผลแล้ว ก็ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาซื้อขายเครื่องบันทึกข้อมูลตรวจสอบหัวใจ เพื่อใช้ในศูนย์หัวใจสิริกิติ์ของมหาวิทยาลัยมหิดล แม้จะนำไปใช้ในกิจการของโรงพยาบาลก็ไม่ถือเป็นสัญญาทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 82/2545) เป็นต้น ซึ่งเมื่อสัญญาใดเป็นสัญญาทางแพ่งแล้ว ในการบังคับตามสัญญาฉบับดังกล่าว ก็จะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการฟ้องคดีก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรม โดยมีต้องบังคับตามกฎหมายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และฟ้องคดีที่ศาลปกครองแต่อย่างใด

### 1.2.2 การทำละเมิดโดยฝ่ายปกครอง

การที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติการทางปกครองในบางเรื่อง อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับบุคคลอื่นได้ เช่น การปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้บุคคลใดเสียหาย หรือการกระทำของฝ่ายปกครองที่ประมาท ทำให้เกิดความเสียหายโดยไม่เจตนา เช่น การกระทำเดินทางไปปฏิบัติราชการแล้วเกิดอุบัติเหตุ เป็นต้น ซึ่งการปฏิบัติการดังกล่าว ย่อมเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดว่า “ผู้ใด จงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้น กระทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อการนั้น” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถแยกอธิบายได้ ดังนี้

1) มีการกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น และอยู่ในบังคับของจิตใจผู้กระทำ และรวมถึงการงดเว้นการกระทำ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายขึ้นด้วย

2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำจะเป็นการละเมิดนั้น ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยจงใจ ซึ่งหมายถึง เป็นการกระทำโดยผู้กระทำตั้งใจที่จะทำให้เกิดความเสียหายจากการกระทำของตน ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่ไม่ใช้อย่างเพียงพอจนเกิดความเสียหายขึ้น

3) โดยผิดกฎหมาย หมายถึง เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิ หรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และรวมความถึงการใช้อำนาจที่มีอยู่เกินส่วน หรือใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อกดขี่ผู้อื่น

4) เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ความเสียหายนั้น จะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด และต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นแล้วในปัจจุบัน หรือจะเกิดขึ้นในอนาคตก็จะต้องเป็นความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ซึ่งความเสียหายจะต้องเกิดจากผลโดยตรงของผู้กระทำผิดด้วย และผู้ที่ได้รับความเสียหาย ต้องเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้กระทำโดยตรง หรือมีส่วนร่วมในการกระทำนั้น

ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใดๆ ทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลภายนอก หน่วยงานของรัฐที่คนสังกัดอยู่ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามกฎหมายดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้กับผู้เสียหาย โดยแต่เดิมเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด หรือผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบจำนวนที่เสียหาย โดยรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหน่วยงานอาจจ่ายค่าเสียหายให้กับผู้เสียหายไปก่อน จากนั้น หน่วยงานจะไล่เบี้ยจากเจ้าหน้าที่ได้เต็มตามจำนวน แต่ในกาลต่อมาได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยที่มาตรา 5 กำหนดว่า “หน่วยงานของรัฐ ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้” มาตรา 6 กำหนดว่า “ถ้าการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่มิใช่การกระทำการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการนั้น เป็นการเฉพาะตัว ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ได้โดยตรง แต่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐไม่ได้” และมาตรา 8 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว แก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจ

หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” ซึ่งจากบทบัญญัติที่กล่าว จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้แยกหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อเอกชนและต่อหน่วยงานของรัฐ ออกจากหลักเกณฑ์ เรื่อง ความรับผิดชอบของผู้กระทำละเมิด ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ซึ่งจำแนกเป็นความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ กับ การกระทำละเมิดที่มีใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีหลักสำคัญว่า “ความเสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่นั้น หน่วยงานของรัฐจะรับภาระชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แก่ผู้ได้รับความเสียหายไปก่อน ส่วนเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อหน่วยงานของรัฐ หรือไม่ เพียงใดนั้น ยึดหลักว่าจะเรียกร้องเอาแก่เจ้าหน้าที่ได้เฉพาะกรณีความเสียหายได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

## 2. การมอบอำนาจทางปกครองในประเทศไทย

### 2.1 ความหมายของ “การมอบอำนาจทางปกครอง” “การรักษาราชการแทน” และ “การรักษาการในตำแหน่ง”

โดยที่ในการบริหารราชการแผ่นดินผู้ที่มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดนั้น อาจจะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นใช้อำนาจแทนตนได้ใน 3 กรณี ได้แก่ (1) “การมอบอำนาจทางปกครอง” หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การปฏิบัติราชการแทน” ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 (2) การรักษาราชการแทนตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และ (3) การรักษาการในตำแหน่งตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งการดำเนินการใน 3 กรณีดังกล่าว ผู้ที่อยู่ใต้บังคับกฎหมายทั้งสองฉบับ ได้เกิดความสับสนในการเลือกใช้คำในการปฏิบัติตามค่อนข้างมาก และแม้ว่าคำทั้งสามคำดังกล่าว จะเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองหนึ่งได้เข้าไปใช้อำนาจแทนเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอีกคนหนึ่งก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้ว จะพบว่า การใช้อำนาจแทนดังกล่าวนี้ จะมีเงื่อนไขในการปฏิบัติตามที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในชั้นนี้ จึงเห็นควรได้ศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้คำดังกล่าว โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) การมอบอำนาจทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การปฏิบัติราชการแทน” นั้น ได้มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในหมวด 5 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ในมาตราต่างๆ ได้แก่ มาตรา 38 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “อำนาจในการสั่งการอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด

ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550” ส่วนมาตรา 39 กำหนดว่า “เมื่อมีการมอบอำนาจแล้ว ผู้รับมอบอำนาจมีหน้าที่ต้องรับมอบอำนาจนั้น โดยผู้มอบอำนาจจะกำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนต่อไป โดยจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจนั้นไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่ในกรณีการมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด คณะรัฐมนตรีจะกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ต้องมอบอำนาจต่อไปให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในจังหวัดก็ได้” และมาตรา 40 กำหนดว่า “ในการมอบอำนาจให้ผู้มอบอำนาจพิจารณาถึงการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ การกระจายความรับผิดชอบตามสภาพของตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจ และผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจ ตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจดังกล่าว และเมื่อได้มอบอำนาจแล้ว ผู้มอบอำนาจ มีหน้าที่ กำกับดูแลและติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ และให้มีอำนาจแนะนำ หรือแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจได้” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งใด ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติ หรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือ มติของคณะรัฐมนตรี มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจของตนในเรื่องหนึ่ง หรือหลายเรื่อง ให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น ปฏิบัติราชการแทนผู้มอบอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ และไม่ว่าผู้มอบอำนาจจะปฏิบัติราชการอยู่ในขณะที่ผู้รับมอบอำนาจได้ปฏิบัติราชการแทนในเรื่องที่รับมอบอำนาจหรือไม่ ก็ตาม ผู้รับมอบอำนาจก็สามารถใช้อำนาจที่ตนได้รับมอบอำนาจได้เสมอ จนกว่าการมอบอำนาจดังกล่าวจะสิ้นสุดลง ทั้งนี้ การมอบอำนาจดังกล่าวนี้ ผู้มอบอำนาจจะต้องพิจารณาถึงการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ การกระจายความรับผิดชอบตามสภาพของตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจ แต่หากกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรี ได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว การมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งนั้น ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนด โดยผู้รับมอบอำนาจ มีหน้าที่ ต้องรับมอบอำนาจนั้น และจะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ แต่อย่างไรก็ดี ผู้มอบอำนาจ อาจกำหนด ให้ผู้รับมอบอำนาจสามารถมอบอำนาจต่อให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทน

ต่อไปก็ได้ หรือผู้มอบอำนาจจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจได้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ ผู้มอบอำนาจ มีหน้าที่ กำกับดูแล และติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ และให้มีอำนาจแนะนำหรือแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจด้วย สำหรับหลักเกณฑ์การดำเนินการมอบอำนาจ ตามบทบัญญัติดังกล่าว นั้น ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550

2) การรักษาราชการแทน โดยที่ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 หมวด 6 โดยในมาตรา 41 ถึงมาตรา 47 ได้กำหนดว่า “ในกรณีที่ไม่ มีผู้ดำรงตำแหน่งใด หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้ผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กำหนดในกฎหมายให้เป็นผู้รักษาราชการแทน” เช่น ในมาตรา 47 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ในกรณีที่ไม่ มีผู้ดำรงตำแหน่งเลขานุการกรม ตามมาตรา 33 วรรคหนึ่ง หรือหัวหน้าส่วนราชการ ตามมาตรา 33 วรรคสอง หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการในกรมคนหนึ่ง ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าหัวหน้ากองหรือเทียบเท่าเป็นผู้รักษาราชการแทน” และโดยที่มาตรา 48 กำหนดว่า “ให้ผู้รักษาราชการแทนตามความในพระราชบัญญัตินี้ มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ซึ่งตนแทน สำหรับในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด หรือผู้รักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งนั้น มอบหมายหรือมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทน ให้ผู้ปฏิบัติราชการแทน มีอำนาจหน้าที่ เช่นเดียวกับผู้ซึ่งมอบหมายหรือมอบอำนาจ และในกรณีที่มิกฎหมายอื่นแต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งใด เป็นกรรมการหรือให้มีอำนาจหน้าที่อย่างใด ให้ผู้รักษาราชการแทน หรือผู้ปฏิบัติราชการแทน มีอำนาจหน้าที่ เป็นกรรมการ หรือมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ดำรงตำแหน่งนั้น ในการรักษาราชการแทน หรือปฏิบัติราชการแทนด้วยแล้วแต่กรณี” ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งใด ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนด หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่ง ตามที่กำหนดในกฎหมายให้เป็นผู้รักษาราชการแทน โดยผู้รักษาราชการแทนนั้น จะมีอำนาจหน้าที่อย่างเดียวกับตำแหน่งที่ตนไปรักษาราชการแทน ฉะนั้น ผู้รักษาราชการแทนจะใช้อำนาจทั้งหมดของตำแหน่งที่ตนไปแทนได้ ก็ต่อเมื่อไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งนั้น หรือมีแต่ผู้ดำรงตำแหน่งที่ตนไปแทนนั้น ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ แต่หากผู้ดำรงตำแหน่งที่ตนไปแทนนั้น ยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่แล้ว ผู้รักษาราชการแทนย่อมไม่มีอำนาจและไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งที่ตนไปแทนได้ อีกทั้งผู้รักษาราชการแทน ก็ไม่อาจสั่งให้ผู้อื่นรักษาราชการแทนตนได้ด้วย เนื่องจากผู้รักษาราชการแทนไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดให้สามารถแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนได้แต่อย่างใด นอกจากนั้น ในการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งที่แท้จริง ไม่จำเป็นต้องกำกับติดตามการปฏิบัติหน้าที่ของผู้รักษาราชการแทน หรือเพิกถอน

การรักษาราชการแทนแต่อย่างใด เพราะหากผู้รักษาราชการแทนปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งที่แท้จริง ย่อมสามารถแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รักษาราชการแทนได้ในทันทีที่ตนเองปฏิบัติราชการ ทั้งนี้ เสมือนว่าตนเองเป็นผู้ปฏิบัติราชการในเรื่องนั้น ๆ เอง

3) การรักษาการในตำแหน่งนั้น มีความคล้ายคลึงกับการรักษาราชการแทนเป็นอย่างมาก โดยได้มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยกำหนดว่า “ในกรณีที่ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญว่างลง หรือผู้ดำรงตำแหน่ง ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ และเป็นกรณีที่มีได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 มีอำนาจสั่งให้ข้าราชการพลเรือนตามความเห็นสมควรรักษาการในตำแหน่งนั้นได้ และให้ผู้รักษาการในตำแหน่งนั้น มีอำนาจหน้าที่ตามตำแหน่งที่รักษาการนั้น” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการที่จะแต่งตั้งผู้รักษาการในตำแหน่งได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ดำรงตำแหน่งใดที่มีตำแหน่งทางการบริหารตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ตำแหน่งหนึ่งไม่อาจปฏิบัติราชการได้ หรือตำแหน่งดังกล่าวได้ว่างลง ผู้ที่มีอำนาจสั่งบรรจุ จึงจะดำเนินการแต่งตั้งผู้รักษาการในตำแหน่งนั้นได้ โดยผู้รักษาการในตำแหน่งดังกล่าว จะมีอำนาจเหมือนกับผู้ดำรงตำแหน่งที่ตนเองแทนทุกประการ แต่หากผู้ดำรงตำแหน่งที่ตนไปรักษาการในตำแหน่งมาปฏิบัติราชการแล้ว ผู้รักษาการในตำแหน่งก็จะไม่สามารถปฏิบัติราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งที่ตนไปแทนได้อีกต่อไป ดังกล่าว กล่าวโดยสรุป ดังนั้น การรักษาการในตำแหน่งตามที่กล่าว จึงมีลักษณะคล้ายกับการรักษาราชการแทน แต่แตกต่างกันเฉพาะตำแหน่งที่จะให้ไปรักษาราชการแทน กล่าวคือ หากเป็นตำแหน่งทางการบริหาร และเป็นตำแหน่งที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ดังกล่าวแล้ว ก็จะใช้คำว่า รักษาราชการแทนเท่านั้น สำหรับการรักษาการในตำแหน่งนั้น จะใช้ก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้น เป็นการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

## 2.2 การมอบอำนาจทางปกครอง

สำหรับหลักเกณฑ์และแนวทางในการมอบอำนาจทางปกครอง ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 นั้น เกิดขึ้นมาจากการที่ภาครัฐ มีภารกิจที่จะต้องดำเนินการจำนวนมาก อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ โดยส่วนใหญ่จะให้ความสำคัญไว้ว่างใจเฉพาะแต่หัวหน้าส่วนราชการของหน่วยงานต่างๆ ในการใช้อำนาจ หรือเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายต่อประชาชน มีเพียงบางเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่เฉพาะตำแหน่ง เป็นผู้ใช้อำนาจ หรือเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย จึงส่งผลให้การบริการประชาชนของหน่วยงานภาครัฐเกิดความล่าช้า ฉะนั้น เพื่อให้การปฏิบัติงาน



ของส่วนราชการ สามารถตอบสนองต่อการพัฒนาประเทศ และการให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึง ภาครัฐ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องผ่อนคลายหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ในลักษณะของการรวมศูนย์อำนาจในรูปแบบเดิมลง จากเดิมที่กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายให้อำนาจเป็นผู้ดำเนินการ โดยใช้อำนาจในเรื่องนั้นเพียงผู้เดียว เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามกฎหมายสามารถที่จะ “มอบอำนาจ” ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอื่น ให้ใช้อำนาจกระทำการแทนตนได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการบริหารราชการแผ่นดินในเชิงบูรณาการ การมอบอำนาจ จึงเป็นกลไกที่สำคัญในการปฏิบัติราชการของภาครัฐในปัจจุบันนี้

### 2.2.1 ความเป็นมาของการมอบอำนาจ

แม้ว่าในอดีตที่ผ่านมา จะปรากฏแนวทางการบริหารราชการแผ่นดิน ในลักษณะของการรวมอำนาจไว้ที่ราชการส่วนกลาง แต่การบริหารราชการ ก็มีได้ดำเนินการ โดยราชการส่วนกลาง ซึ่งเป็นศูนย์กลางอำนาจในทุกกรณี ในทางตรงกันข้าม หากพิจารณาถึง หลักเกณฑ์การบริหารราชการภายใต้กฎหมายหลายฉบับ ก็จะพบว่าราชการส่วนกลางได้แบ่งอำนาจการบริหารราชการจากราชการส่วนกลางไปสู่ราชการส่วนภูมิภาคด้วย ซึ่งเป็นการปกครองที่นำเอา ระบบการบริหารราชการแบบรวมอำนาจ ผสมผสานเข้ากับหลักการบริหารราชการแบบกระจายอำนาจ โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการ อาทิเช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวงหรืออธิบดี ให้เป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการตามกฎหมายในเรื่องต่างๆ แต่เนื่องจาก สังคมมีการเจริญเติบโต อีกทั้งประชาชนในรัฐก็มีจำนวนมากยิ่งขึ้น ทำให้ภารกิจของส่วนราชการ มีจำนวนมากขึ้นเป็นตามไปด้วย ประกอบกับโดยส่วนมากฝ่ายนิติบัญญัติ จะกำหนดอำนาจหน้าที่ให้หัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้มีหน้าที่ในการดำเนินการในเรื่องต่างๆ เพียงผู้เดียว ฉะนั้น เมื่อหัวหน้าส่วนราชการมีเพียงคนเดียว และจะต้องรับผิดชอบดำเนินการที่มีมากขึ้น จึงทำให้การปฏิบัติราชการมีความล่าช้า เกิดปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหา ดังกล่าว ภาครัฐ จึงได้มีแนวความคิดที่จะให้หัวหน้าส่วนราชการสามารถมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการ ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ โดยภาครัฐเริ่มมีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจขึ้นครั้งแรก ในปี พ.ศ. 2495 ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2495 โดยในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนด ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวง สามารถมอบอำนาจในการสั่ง การอนุญาต หรือการอนุมัติให้แก่ ปลัดกระทรวง ทำการแทนในนามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงได้ แต่ถ้าเป็นเรื่องของกรมใดกรมหนึ่ง โดยเฉพาะแล้ว จะมอบอำนาจให้อธิบดีกรมนั้นๆ ทำการแทนในนามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงก็ได้ แต่การมอบอำนาจนั้น ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งการที่บทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนด เรื่องการมอบอำนาจไว้โดยเคร่งครัด ก็เนื่องมาจากการบริหารราชการแผ่นดินในระบอบเวลานั้น ยังคงเป็นการบริหารราชการแผ่นดินในรูปแบบของการรวมอำนาจ การบริหารราชการในช่วงเวลานั้น

จึงยังไม่เอื้อประโยชน์ต่อการจัดทำกิจการ “บริการสาธารณะ” ของรัฐ และก็ยังไม่รองรับการขยายตัวที่เพิ่มมากขึ้นทั้งในด้านปริมาณ รูปแบบ และขนาดของกิจการในการให้บริการภาคประชาชน อีกทั้งระบบราชการในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ยังมีระเบียบแบบแผนที่ยุ่งยาก และจะต้องรายงานผลตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เพื่อขอความเห็นชอบในการตัดสินใจจากราชการส่วนกลางแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ทำให้การบริหารราชการขาดความคล่องตัว ฉะนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2515 จึงได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว และได้มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 ขึ้นใช้บังคับ โดยได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้ในหมวด 5 การรักษาราชการแทน และการปฏิบัติราชการแทนไว้ว่าในบทบัญญัติดังกล่าว ได้มีการจำกัดตัวผู้ดำรงตำแหน่งบางตำแหน่งเท่านั้น ที่จะสามารถมอบอำนาจและรับมอบอำนาจได้ นอกจากนั้น การมอบอำนาจของบางตำแหน่งยังต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีด้วย อาทิเช่น ปลัดกระทรวงจะมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้รองปลัดกระทรวงปฏิบัติราชการแทนก็ได้ แต่หากจะมอบอำนาจให้อธิบดีในสังกัดหรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนแล้ว จะต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและให้ทำเป็นประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นการแสดงให้เห็นลักษณะการบริหารราชการแผ่นดินว่า ผู้ตรากฎหมายมีความประสงค์ให้ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ จะต้องเป็นผู้ปฏิบัติราชการด้วยตนเองเป็นหลัก การมอบอำนาจเป็นเพียงข้อยกเว้นที่คณะรัฐมนตรีต้องเห็นชอบ นอกจากนี้ ข้อยกเว้นการมอบอำนาจยังกำหนดเพียงเรื่องเดียว คือ ถ้ากฎหมาย กฎ คำสั่ง มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งหมายความว่าต้องไปพิจารณากฎหมาย กฎ คำสั่งต่างๆ ว่ากำหนดการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือไม่ หากไม่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็สามารถมอบอำนาจได้ อย่งไรก็ตาม การบัญญัติข้อยกเว้นไว้เพียงเท่านี้ ทำให้เกิดปัญหาการตีความตลอดมาว่าอย่างไร จึงเรียกว่าการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น นอกจากนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว ก็มีได้มีการกำหนดไว้ให้ชัดเจนว่า ผู้ดำรงตำแหน่งที่ได้รับมอบอำนาจมานั้น จะสามารถมอบอำนาจต่อได้ หรือไม่

จนกระทั่ง ในปี พ.ศ. 2534 ได้มีการยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 218 และประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ขึ้น โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจได้ถูกรื้อถอนไว้ในหมวด 5 การปฏิบัติราชการแทน ซึ่งกำหนดไว้ ดังนี้

“มาตรา 38 อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่น ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้าม

เรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ ดังต่อไปนี้

(1) นายกรัฐมนตรี อาจมอบอำนาจให้รองนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี

(2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวง อาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง อธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(3) รัฐมนตรีว่าการทบวง อาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการทบวง ปลัดทบวง อธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(4) ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี อาจมอบอำนาจให้รองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ช่วยปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(5) ปลัดกระทรวง อาจมอบอำนาจให้รองปลัดกระทรวง ผู้ช่วยปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(6) ปลัดทบวงอาจมอบอำนาจให้รองปลัดทบวง ผู้ช่วยปลัดทบวง อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(7) อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า อาจมอบอำนาจให้รองอธิบดี ผู้ช่วยอธิบดี ผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการ ตามมาตรา 31 วรรคสอง หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด

(8) ผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการ ตามมาตรา 31 วรรคสอง หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า อาจมอบอำนาจให้ข้าราชการในกอง หรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบกอง หรือส่วนราชการ ตามมาตรา 31 วรรคสอง ได้ตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด

(9) ผู้ว่าราชการจังหวัด อาจมอบอำนาจให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด นายอำเภอ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ

(10) นายอำเภอ อาจมอบอำนาจให้ปลัดอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ

(11) ปลัดอำเภอ ผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ อาจมอบอำนาจให้ปลัดอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำกิ่งอำเภอ

(12) หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด อาจมอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำกิ่งอำเภอ

(13) ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น นอกจาก (1) ถึง (12) อาจมอบอำนาจให้บุคคลอื่นได้ตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

การมอบอำนาจของปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง หรือปลัดทบวง ในฐานะหัวหน้าส่วนราชการสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงานปลัดกระทรวง หรือสำนักงานปลัดทบวง หรือการมอบอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา 15 ให้นำความใน (7) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การมอบอำนาจตามมาตรานี้ให้ทำเป็นหนังสือ

คณะรัฐมนตรี อาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจให้ผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจตามวรรคหนึ่ง ต้องปฏิบัติก็ได้”

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การมอบอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้ ได้มีการผ่อนคลายความเคร่งครัดในการมอบอำนาจลง โดยได้ตัดเงื่อนไขในกรณีการมอบอำนาจของบางตำแหน่ง จะต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีออก และได้มีการขยายตัวผู้ดำรงตำแหน่งที่จะมอบอำนาจและผู้ดำรงตำแหน่งที่เป็นผู้รับมอบอำนาจให้มีหลายตำแหน่งเพิ่มมากขึ้น แต่ยังคงมีความเคร่งครัดในตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจเช่นเดิม กล่าวคือ ผู้ดำรงตำแหน่งที่จะมอบอำนาจได้นั้น จะต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดไว้ และผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวจะต้องมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งที่รับมอบอำนาจเฉพาะตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้รับมอบอำนาจได้เท่านั้น ฉะนั้น ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นนอกเหนือจากที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้ จึงไม่สามารถมอบอำนาจและรับมอบอำนาจเพื่อการปฏิบัติราชการแทนได้แต่อย่างใด อาทิเช่น ปลัดกระทรวงอาจมอบอำนาจให้รองปลัดกระทรวง ผู้ช่วยปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัดก็ได้ หรือในกรณีของผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการ ตามมาตรา 31 วรรคสอง หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า ซึ่งเดิมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 มิได้มีการกำหนด ให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมอบอำนาจได้ แต่ในบทบัญญัตินี้ก็กลับให้อำนาจผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการ ตามมาตรา 31 วรรคสอง หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า อาจมอบอำนาจให้ข้าราชการในกองหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบกอง หรือส่วนราชการ ตามมาตรา 31 วรรคสอง ได้ตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด เป็นต้น และบทบัญญัติดังกล่าวยังได้เพิ่มหลักการที่สำคัญ ก็คือ การเพิ่มข้อยกเว้นของการมอบอำนาจ กล่าวคือ ได้มีการเพิ่มเงื่อนไขการมอบอำนาจว่าต้องเป็นเรื่องที่กฎหมาย กฎ คำสั่งมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ แต่ยังคงหลักการเดิมในกรณีที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งที่สร้างอำนาจได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้

เป็นการอย่างอื่น แล้วก็ไม่ว่างกายได้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไว้เช่นเดิม นอกจากนั้น ในมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้กำหนดด้วยว่า เมื่อมีการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 โดยชอบแล้ว ผู้รับมอบอำนาจ มีหน้าที่ต้องรับมอบอำนาจนั้น และจะมอบอำนาจนั้น ให้แก่ผู้ดำรง ตำแหน่งอื่นต่อไปไม่ได้ เว้นแต่กรณีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งส่วนราชการ ต่างๆ ก็ได้ดำเนินการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เรื่อยมาตลอด

ต่อมาภายหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ในปี พ.ศ. 2545 จึงได้มีการแก้ไขมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 โดยเพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสี่ของบทบัญญัติ ดังกล่าว ซึ่งกำหนดว่า “คณะรัฐมนตรีอาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ตลอดจนการมอบ อำนาจให้ทำนิติกรรม ฟ้องคดี และดำเนินคดีแทนกระทรวง ทบวง กรม หรือกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจให้ผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจ ตามวรรคหนึ่ง ต้องปฏิบัติก็ได้” จากบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้น จะเห็นได้ว่าการแก้ไขกฎหมายในเรื่องการมอบอำนาจ ในครั้งนี้ เป็นเพียงเพื่อให้คณะรัฐมนตรีสามารถที่จะกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์วิธีการ หรือเงื่อนไข ในการมอบอำนาจของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจขึ้นมาโดยเฉพาะเท่านั้น รวมทั้งได้มีการ กำหนดให้ชัดเจนขึ้นว่าการมอบอำนาจให้ทำนิติกรรม การฟ้องคดี และดำเนินคดีแทนกระทรวง ทบวง กรม จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินพ.ศ. 2534 ส่วนกรณีอื่น ยังคงเป็นไปตามบทบัญญัติเดิมของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ที่ได้ บัญญัติไว้เดิม กล่าวคือ ยังคงมีการระบุตัวของผู้ดำรงตำแหน่งที่จะมอบอำนาจและผู้ดำรงตำแหน่ง ที่จะรับมอบอำนาจไว้เหมือนเช่นเดิม ส่งผลให้การปฏิบัติราชการขาดความคล่องตัว ไม่สามารถ ลดขั้นตอนการปฏิบัติงานราชการเพื่อให้บริการแก่ประชาชนโดยรวดเร็วได้ อีกทั้งยังคงประเภท ของการมอบอำนาจโดยเขียนในลักษณะกว้างๆ ไว้เช่นเดิม ประเภทของการกระทำในการมอบ อำนาจ จึงไม่สอดคล้องกับการกระทำตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดประเภท ของการกระทำทางปกครองไว้หลายประการ เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย อุทธรณ์ การรับรอง หรือการรับจดทะเบียน แต่อย่างไรก็ดี การแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในครั้ง นี้ คงมีเพียงวัตถุประสงค์ที่จะทำให้คณะรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามบทบัญญัตินี้ กำหนดระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2546 ขึ้น เพื่อเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในการมอบอำนาจ ให้ทุกส่วนราชการถือปฏิบัติเป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยมุ่งประสงค์ให้มีการกระจายอำนาจ

ให้บริการประชาชนไปยังผู้ดำรงตำแหน่งระดับต่างที่ทำงานใกล้ชิดกับประชาชนให้มากที่สุด โดยมีระบบการกำกับดูแลการใช้อำนาจให้เป็นไปอย่างถูกต้อง และเหมาะสม

ฉะนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2550 จึงได้มีการแก้ไขความในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ในส่วนของหมวด 5 การปฏิบัติราชการแทน ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยสาระสำคัญของการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว มีรายละเอียด ดังนี้ (1) การแก้ไขความในมาตรา 38 โดยยกเลิกตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ ทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้ สามารถที่จะมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งดำรงตำแหน่งใดที่อยู่ในส่วนราชการเดียวกัน หรือในส่วนราชการอื่นก็ได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจมีความคล่องตัวในการมอบอำนาจ และสามารถปฏิบัติงานได้อย่างรวดเร็ว นอกจากนั้น ยังได้แบ่งประเภทของการมอบอำนาจออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไป และการมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องการอนุญาต (2) การแก้ไขความในมาตรา 39 โดยกำหนดหลักการใหม่ให้ผู้มอบอำนาจอาจกำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจสามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนต่อไปได้ และ (3) แก้ไขความในมาตรา 40 วรรคแรก โดยยกเลิกตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 38 แต่จะเห็นได้ว่าการแก้ไขดังกล่าว ยังคงประเภทของการกระทำการมอบอำนาจไว้เช่นเดิม ดังนั้น จึงเห็นควรศึกษาถึงหลักเกณฑ์การมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 ถึงมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550

**2.2.2 หลักเกณฑ์การมอบอำนาจ** ในการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

ประเทศไทย ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การมอบอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อกระทำการทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 โดยบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

1) มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับอำนาจที่จะสามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น ปฏิบัติราชการแทน กำหนดว่า

“มาตรา 38 อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น

หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น ในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทน ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่ง อาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใด เรื่องหนึ่ง ตลอดจนการมอบอำนาจให้ทำนิติกรรมสัญญา ฟ้องคดี และดำเนินคดี หรือกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจ หรือที่ผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติก็ได้

ความในวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมาย ที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีเช่นนั้น ให้ผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าว มีอำนาจมอบอำนาจให้ข้าราชการ ซึ่งเป็น ผู้ได้บังคับบัญชาและผู้ว่าราชการจังหวัดได้ตามที่เห็นสมควร หรือตามที่คณะกรรมการกำหนด ในกรณีมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด มีอำนาจมอบอำนาจได้ต่อไป ตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่ผู้มอบอำนาจกำหนด

ในกรณีตามวรรคสาม เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวก แก่ ประชาชน จะตราพระราชกฤษฎีกากำหนดรายชื่อกฎหมายที่ผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งมีอำนาจตาม กฎหมายดังกล่าว อาจมอบอำนาจตามวรรคหนึ่ง ตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่กำหนดในพระราช กฤษฎีกาดังกล่าวก็ได้

การมอบอำนาจให้ทำเป็นหนังสือ”

จากบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ แขนงดิน พ.ศ. 2534 จะเห็นได้ว่า ในการมอบอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ก่อนที่ผู้ดำรงตำแหน่ง ที่มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด จะดำเนินการมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งใด ผู้ดำรง ตำแหน่งนั้น จะต้องดำเนินการตรวจสอบก่อนว่า กฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าว ได้มีข้อจำกัดในการมอบ อำนาจ ได้แก่ มีกฎหมายห้ามมิให้มอบอำนาจไว้ หรือมีกฎหมายที่กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้ เป็นการอย่างอื่น หรือไม่ ซึ่งถ้าหากมีข้อจำกัดในการมอบอำนาจดังกล่าวแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น ก็ต้อง ปฏิบัติตามที่กฎหมายฉบับนั้นกำหนด แต่หากไม่มีการกำหนดข้อจำกัดในเรื่องการมอบอำนาจไว้แล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น ก็ต้องดำเนินการมอบอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 โดยมี รายละเอียด ดังนี้

(1) การที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมาย ดำเนินการมอบอำนาจในเรื่องนั้น ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น

กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายได้มีการกำหนดข้อจำกัดห้าม มิให้ดำเนินการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นอย่างชัดเจน ซึ่งกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น เข้าใจว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้ร่างกฎหมาย กฎ คำสั่ง หรือระเบียบปฏิบัติราชการนั้น มีความประสงค์ที่จะให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่ระบุไว้ เป็นผู้ใช้อำนาจ หรือเป็นผู้ปฏิบัติราชการในเรื่องนั้นด้วยตนเอง ซึ่งอาจเป็นเพราะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต้องได้รับการพิจารณาตัดสินใจโดยผู้ดำรงตำแหน่งระดับที่กำหนดไว้เท่านั้น เนื่องจากเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่มีความรับผิดชอบในเรื่องนั้น โดยตรง หรืออาจเป็นเรื่องที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถ โดยเฉพาะของบุคคลที่เข้ามาดำรงตำแหน่งนั้น และไม่ต้องทำให้ผู้อื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทน ซึ่งอาจทำให้ภารกิจไม่ประสบความสำเร็จตามที่มุ่งหมาย ข้อจำกัดในข้อนี้ จะมีการระบุข้อความไว้อย่างชัดเจนโดยตรง ในกฎหมาย กฎ คำสั่ง หรือระเบียบปฏิบัติราชการนั้นเอง ว่าห้ามมิให้มีการมอบอำนาจ เช่น

ก. พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 23 วรรคสาม กำหนดว่า “ประธานกรรมการและกรรมการ โดยตำแหน่ง จะมอบหมายบุคคลใดให้มาประชุมแทนไม่ได้”

ข. พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 27 (2) กำหนดว่า “ให้คณะกรรมการสภาทนายความ มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อทำกิจการ หรือพิจารณาเรื่องต่างๆ อันอยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของสภาทนายความ เว้นแต่กิจการ ซึ่งมีลักษณะหรือสภาพที่ไม่อาจมอบหมายให้กระทำการแทนกันได้

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีกฎหมาย กฎ คำสั่ง หรือระเบียบปฏิบัติราชการ ไม่ได้มีการห้ามมอบอำนาจในบางเรื่องไว้อย่างชัดเจน แต่โดยที่การปฏิบัติราชการในเรื่องดังกล่าว มิใช่เรื่องปกติในการบริหารราชการ คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความ และวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน และคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้คำวินิจฉัยว่าอำนาจดังกล่าว นั้น เป็นอำนาจเฉพาะตัว ผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจในเรื่อง ดังกล่าว เพื่อดำเนินการในเรื่องใด จึงไม่อาจมอบอำนาจในเรื่องนั้น ให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนตนได้ แต่อย่างไร

ค. อำนาจพิจารณาและออกคำสั่งเกี่ยวกับการอุทธรณ์ มิใช่อำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป แต่มีลักษณะเป็นอำนาจโดยเฉพาะ จึงไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้<sup>37</sup>

<sup>37</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้วินิจฉัยในเรื่องการมอบอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขและอธิบดีกรมอนามัยว่า การมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จะต้องเป็นการมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนเฉพาะแต่อำนาจในการปฏิบัติราชการทั่วไปเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การที่พระราชบัญญัติ



ง. อำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ที่เป็นลำดับชั้น เช่น กรณีนายทะเบียน  
 ท้องที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาต กฎหมายกำหนดให้ผู้ยื่นคำขออุทธรณ์ยื่นคำอุทธรณ์ต่อนายทะเบียน

การสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่ง  
 ของเจ้าพนักงานท้องถิ่น โดยให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุด บทบัญญัติของกฎหมายนี้ จึงประสงค์จะให้ผู้มีอำนาจพิจารณา  
 และออกคำสั่งเกี่ยวกับการอุทธรณ์ต้องเป็นผู้มีสถานะและอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเป็นที่ยุติในฝ่ายบริหาร อำนาจ  
 ในการพิจารณาและออกคำสั่งเกี่ยวกับการอุทธรณ์ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2535 จึงมิใช่  
 อำนาจในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไป แต่มีลักษณะเป็นอำนาจ โดยเฉพาะของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง  
 สาธารณสุขที่ไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ และคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ได้วินิจฉัย  
 เรื่องทำนองเดียวกันไว้ในเรื่องเสรีที่ 129/2550 เรื่อง การมอบอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข  
 และอธิบดีกรมอนามัยว่า “...กระบวนการในการอุทธรณ์นั้น กำหนดขึ้นก็เพื่อประโยชน์ในการเยียวยา  
 ความเดือดร้อนของบุคคล ซึ่งได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งตามพระราชบัญญัติ  
 การสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 66 กำหนดให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งไม่พอใจ  
 คำสั่งดังกล่าว มีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข และกำหนดไว้ในมาตรา 67 แห่ง  
 พระราชบัญญัติเดียวกัน ให้คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นที่สุดด้วย บทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์  
 ตามที่กำหนดไว้ดังกล่าวนี้ จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้มีอำนาจพิจารณาและออกคำสั่งเกี่ยวกับการอุทธรณ์ต้องเป็น  
 ผู้ที่มีสถานะและมีอำนาจหน้าที่ที่จะเยียวยาความเดือดร้อนของบุคคล เนื่องจากคำสั่งของผู้ที่มีสถานะและอำนาจ  
 หน้าที่ดังกล่าวต้องเป็นที่ยุติและเป็นที่สุด ในฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุนี้ อำนาจในการพิจารณาและออกคำสั่งเกี่ยวกับ  
 การอุทธรณ์ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 จึงมิใช่อำนาจ  
 ในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไป แต่มีลักษณะเป็นอำนาจ โดยเฉพาะของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข  
 ที่ไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ ซึ่งหากพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535  
 ประสงค์จะให้มีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ก็จะต้องบัญญัติไว้โดยชัดเจน ดังเช่น บทบัญญัติ  
 มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์  
 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขได้ออกคำสั่งกระทรวงสาธารณสุข  
 ที่ 44/2546 เพื่อบริการพิจารณาและออกคำสั่งอุทธรณ์ ตามมาตรา 66 ให้แก่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง  
 สาธารณสุขและผู้ว่าราชการจังหวัดจึงไม่อาจกระทำได้...” นอกจากนั้น คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการ  
 เกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในการบริหารราชการแผ่นดิน ได้วินิจฉัยเรื่องที่มีลักษณะคล้ายกัน  
 ในการประชุมครั้งที่ 7/2551 เมื่อวันที่ 23 กันยายน 2551 ได้วินิจฉัยข้อหารือของกระทรวงมหาดไทย เกี่ยวกับการ  
 พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ว่า “...มาตรา 25  
 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 กำหนดให้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย  
 อุทธรณ์เป็นอำนาจของรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา 6 ซึ่งเป็นอำนาจเฉพาะของ  
 รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา 6 จึงไม่สามารถมอบอำนาจตามมาตรา 38 แห่ง  
 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ประกอบมาตรา 6 (1) แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วย  
 การมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ได้

และให้นายทะเบียนเสนอต่อนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เป็นผู้พิจารณา ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด เช่นนี้ การกำหนดใช้อำนาจเป็นลำดับชั้น เพื่อให้การถ่วงดุลเรื่องก่อนดำเนินการ จึงเป็นการที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจเฉพาะตัวของนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยคำอุทธรณ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว มิใช่การปฏิบัติราชการทั่วไปแต่อย่างใด นายกรัฐมนตรี จึงไม่อาจมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 10/2557 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2557. ได้วินิจฉัยข้อหารือของเลขาธิการนายกรัฐมนตรีว่า “...กรณีตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 กำหนดว่า กรณีนายทะเบียนท้องที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาต กฎหมายกำหนดให้ผู้ยื่นคำขออุทธรณ์คำอุทธรณ์ต่อนายทะเบียน และให้นายทะเบียนเสนอต่อนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยคำวินิจฉัยของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ เป็นผู้ใช้อำนาจ และกำหนดการใช้อำนาจเป็นลำดับชั้น เพื่อให้การถ่วงดุลเรื่องก่อนดำเนินการ จึงเป็นการที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจเฉพาะตัวของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยคำอุทธรณ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว มิใช่การปฏิบัติราชการทั่วไปแต่อย่างใด นายกรัฐมนตรี จึงไม่อาจมอบอำนาจตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้” นอกจากนี้ คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุมครั้งที่ 6/2557 เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2557 ได้วินิจฉัยข้อหารือของกระทรวงมหาดไทยด้วยว่า “...อำนาจใด เป็นอำนาจการปฏิบัติราชการทั่วไปของผู้ดำรงตำแหน่ง และอำนาจใด เป็นอำนาจเฉพาะตัวของผู้ดำรงตำแหน่งมีอย่างไรบ้างนั้น เห็นว่า คำว่า “การปฏิบัติราชการทั่วไป” หมายความว่า การปฏิบัติราชการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล การบริหารงานคลัง การบริหารราชการทั่วไปของส่วนราชการ การปฏิบัติราชการในความรับผิดชอบของส่วนราชการ และรวมไปถึงการปฏิบัติราชการต่างๆ ตามที่กฎหมาย กฎ คำสั่ง และระเบียบปฏิบัติราชการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดในส่วนราชการพึงต้องปฏิบัติ แต่ถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดเป็นผู้ใช้อำนาจ และกำหนดการใช้อำนาจเป็นลำดับชั้น เพื่อให้มีการถ่วงดุลเรื่องก่อนดำเนินการแล้ว กรณีก็จะเป็นการที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจเฉพาะตัว ซึ่งมีใช้การปฏิบัติราชการทั่วไป แต่อย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าว เป็นเพียงหลักเกณฑ์เบื้องต้น แต่ในการพิจารณาว่าเรื่องใด เป็นอำนาจการปฏิบัติราชการทั่วไป หรือเป็นอำนาจเฉพาะตัวของผู้ดำรงตำแหน่งหรือไม่ จะต้องหารือเป็นกรณีไป...”

จ. อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียน มิใช่อำนาจในการปฏิบัติราชการทั่วไป ซึ่งเป็นงานประจำ แต่เป็นอำนาจเฉพาะตัวของนายทะเบียนแล้ว การปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียน จึงมิใช่การปฏิบัติราชการตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534<sup>39</sup>

ฉ. กรณีเป็นเรื่องที่โดยสภาพไม่อาจมอบอำนาจได้ ผู้มีอำนาจนั้น ก็ไม่สามารถมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวได้<sup>40</sup>

<sup>39</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม 10/2555 เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2555 ได้วินิจฉัยข้อหารือของกรมส่งเสริมวัฒนธรรมว่า “...เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียน ตามมาตรา 61 และมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายฉบับดังกล่าว ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้หลายประการ อาทิเช่น การเข้าไปในสถานที่ การตรวจ ค้น อายัด หรือยึด การสั่งให้หยุด การสั่งห้าม เป็นต้น แต่ก็มิได้หมายความว่า บุคคลซึ่งเป็นนายทะเบียนนั้น จะสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ในทันที เนื่องจากมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ได้กำหนดว่าในการปฏิบัติหน้าที่นายทะเบียนต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นว่าอำนาจของนายทะเบียนนั้น เป็นอำนาจเฉพาะตัว อีกทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียน มิได้เป็นการปฏิบัติราชการประจำ และบุคคลที่จะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ ต้องเป็นบุคคลที่เฉพาะเจาะจงเป็นนายทะเบียนเท่านั้น ดังนั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มิได้กำหนดห้ามการมอบอำนาจไว้ก็ตาม แต่เมื่ออำนาจในการปฏิบัติหน้าที่การเป็นนายทะเบียนนั้น มิใช่อำนาจในการปฏิบัติราชการทั่วไป ซึ่งเป็นงานประจำ แต่เป็นอำนาจเฉพาะตัวของนายทะเบียนแล้ว การปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียน จึงมิใช่การปฏิบัติราชการ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ฉะนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัด จึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มอบอำนาจการปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียนให้แก่รองผู้ว่าราชการจังหวัด หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้...”

<sup>40</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม 10/2555 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2555 ได้วินิจฉัยข้อหารือของกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่า “...เมื่อกรณีนี้ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า อธิบดีกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้มอบอำนาจในการพิจารณาอนุญาตการใช้รถส่วนบุคคลนอกเขตพื้นที่จังหวัด ของผู้อำนวยการศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน และผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 23 (1) แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องมอบอำนาจที่ได้รับมอบนั้นต่อไปให้แก่ผู้อำนวยการศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน และผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ซึ่งเป็นหัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในจังหวัดนั้น แต่โดยที่กรณีดังกล่าว เป็นเรื่องการพิจารณาอนุญาตในส่วนของผู้ผู้อำนวยการศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนและผู้ผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนเอง กรณี จึงเป็นเรื่องที่โดยสภาพไม่อาจมอบอำนาจได้ ดังนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงสามารถอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 วรรคสอง ประกอบมาตรา 6 (1) แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ใช้ดุลพินิจไม่มอบอำนาจในเรื่องการพิจารณาอนุญาตการใช้รถ

## (2) การที่กฎหมายกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่นโดยเฉพาะ

กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายได้มีการกำหนดข้อจำกัดในการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่น ทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมายฉบับนั้นๆ ต้องดำเนินการมอบอำนาจตามที่กฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้ แทนที่ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจจะดำเนินการมอบอำนาจตามที่มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กำหนด เช่น กฎหมายที่ให้อำนาจได้มีการกำหนดว่าผู้ดำรงตำแหน่งนั้น จะต้องมอบอำนาจให้แก่ผู้ใดได้บ้าง หรือกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น มอบอำนาจให้ผู้ใดก็ได้ ตามแต่ผู้ดำรงตำแหน่งจะมอบหมาย เช่น

ก. พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 บัญญัติว่าการอนุญาตตั้งโรงงาน ต้องได้รับใบอนุญาตตั้งโรงงานจากปลัดกระทรวง หรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย

ข. พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ได้นิยามคำว่า “ผู้อนุญาต” หมายความว่า ปลัดกระทรวงสาธารณสุข หรือผู้ที่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขมอบหมาย

ค. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 ข้อ 8 วรรคสี่ กำหนดว่า “ผู้มีอำนาจพิจารณา หรืออนุญาตการลาจะมอบหมาย หรือมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น เป็นผู้พิจารณาหรืออนุญาตแทนก็ได้ โดยให้คำนึงถึงระดับตำแหน่งและความรับผิดชอบของผู้รับมอบอำนาจเป็นสำคัญ” ซึ่งตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 10/2555 เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2555 ได้วินิจฉัยว่า ระเบียบฉบับดังกล่าว ได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่น จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550<sup>41</sup>

ส่วนกลางออกนอกเขตพื้นที่จังหวัด ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยรพระราชการ พ.ศ. 2523 ต่อให้แก่ผู้อำนวยการศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน และผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 23 แห่งพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวได้...”

<sup>41</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 10/2555 เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2555 ได้วินิจฉัยข้อหารือของกระทรวงมหาดไทยหรือเรื่องการมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดว่า “...เมื่อกรณีนี้ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า อธิบดีกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้มอบอำนาจในการอนุญาตการลาป่วย การลาคลอดบุตร การลาไปช่วยเหลือญาติที่คลอดบุตร การลาภักส่วนตัว และการลาพักผ่อน ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 การพิจารณาอนุมัติการเดินทางไปราชการในราชอาณาจักรตามระเบียบสำนักนายก

ง. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุมัติให้เดินทางไปราชการ และจัดการประชุมของทางราชการ พ.ศ. 2524 ข้อ 11 วรรคสอง กำหนดว่า “ผู้มีอำนาจตามข้อนี้ จะมอบหมายหรือมอบอำนาจ โดยทำเป็นหนังสือให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดๆ เป็นผู้อนุมัติการเดินทางไปราชการในราชอาณาจักรแทนก็ได้” ซึ่งตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ เกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดินในการประชุม ครั้งที่ 10/2555 เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2555 ได้วินิจฉัยว่า ระเบียบฉบับดังกล่าวได้มีการกำหนดเรื่อง การมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่น จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550<sup>42</sup>

จ. พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 102 (2) กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย มีอำนาจ เปรียบเทียบสำหรับความผิดที่เกิดขึ้นในจังหวัดอื่น นอกจากกรุงเทพมหานคร กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัด เห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่ควรได้รับโทษถึงจำคุกหรือไม่ควรถูกฟ้องร้อง สำหรับความผิด ที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือความผิดที่มีโทษปรับหรือโทษจำคุก ไม่เกินหกเดือน เว้นแต่โทษ

---

รัฐมนตรีว่าด้วยการอนุมัติให้เดินทางไปราชการและจัดการประชุมของทางราชการ พ.ศ. 2524 และการพิจารณาอนุญาตการใช้รถส่วนตัวนอกเขตพื้นที่จังหวัดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยรถราชการ พ.ศ. 2523 ของผู้อำนวยการศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน และผู้อำนวยการสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบทั้งสามฉบับดังกล่าว ก็จะเห็นได้ว่าโดยที่ ในข้อ 8 วรรคสี่ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 กำหนดว่า “ผู้มีอำนาจพิจารณา หรืออนุญาตลางจะมอบหมาย หรือมอบอำนาจ โดยทำเป็นหนังสือให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น เป็นผู้พิจารณาหรืออนุญาตแทนก็ได้ โดยให้คำนึงถึงระดับตำแหน่งและความรับผิดชอบของผู้รับมอบอำนาจเป็นสำคัญ” และโดยที่ ข้อ 11 วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุมัติให้เดินทางไปราชการและจัดการประชุมของทางราชการ พ.ศ. 2524 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดว่า “ผู้มีอำนาจตามข้อนี้ จะมอบหมายหรือมอบอำนาจ โดยทำเป็นหนังสือให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดๆ เป็นผู้อนุมัติการเดินทางไปราชการในราชอาณาจักรแทนก็ได้” ดังนั้น จึงเป็น กรณีที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการอนุมัติให้เดินทางไปราชการและจัดการประชุมของทางราชการ พ.ศ. 2524 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่นแล้ว การมอบอำนาจของอธิบดีกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนในเรื่องดังกล่าว จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 และต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการมอบอำนาจ ที่ระเบียบทั้งสองฉบับดังกล่าว กำหนด...”

<sup>42</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุมครั้งที่ 10/2555 เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2555.

ตามมาตรา 95 แห่งบทบัญญัติฉบับเดียวกัน ซึ่งตามคำวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 3/2553 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2553 ได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าว ได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534<sup>43</sup>

จ. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 9 กำหนดว่า “...ผู้มีอำนาจดำเนินการตามระเบียบนี้ จะมอบอำนาจเป็นหนังสือให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งใด ก็ได้...” ซึ่งตามคำวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 4/2552 เมื่อวันที่ 24 เมษายน 2552 ได้วินิจฉัยว่า ระเบียบฉบับดังกล่าวได้กำหนดเรื่อง การมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ดังนั้น การมอบอำนาจในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้าง จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534<sup>44</sup>

<sup>43</sup> คำวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 3/2553 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2553 วินิจฉัยว่า “...เมื่อปรากฏว่ามาตรา 102 (2) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย มีอำนาจเปรียบเทียบสำหรับความผิดที่เกิดขึ้นในจังหวัดอื่น นอกจากกรุงเทพมหานคร กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่ควรได้รับโทษถึงจำคุกหรือไม่ควรถูกฟ้องร้อง สำหรับความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือความผิดที่มีโทษปรับหรือโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน เว้นแต่โทษตามมาตรา 95 ดังนั้น การที่มาตรา 102 (2) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบนั้น เป็นการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534”

<sup>44</sup> คำวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 3/2551 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551 ได้วินิจฉัยข้อหารือของผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาว่า “...เมื่อกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณและการจัดซื้อจัดจ้างตามข้อ 6 วรรคสาม แห่งระเบียบว่าด้วยการบริหารงบประมาณ พ.ศ. 2548 กำหนดว่า “...หัวหน้าส่วนราชการจะมอบอำนาจเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณรายจ่ายของส่วนราชการตามระเบียบนี้ ในกรณีที่มีใช้การโอนจัดสรรงบประมาณรายจ่ายระหว่างจังหวัด ให้กับผู้ว่าราชการจังหวัดตามที่เห็นสมควรก็ได้ และข้อ 9 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกำหนดว่า “...ผู้มีอำนาจดำเนินการตามระเบียบนี้จะมอบอำนาจเป็นหนังสือให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้...” จึงถือว่าได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ดังนั้น การมอบอำนาจในเรื่องการบริหารงบประมาณและการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าว จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

ช. พระราชบัญญัติการส่งออกและ การนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 มาตรา 7 บัญญัติให้อำนาจในการออกใบอนุญาตส่งออกหรือนำเข้าซึ่งสินค้า ตามมาตรา 5 (2) เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มอบหมาย ซึ่งตามคำวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความ และวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุมครั้งที่ 3/2551 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551 ได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็น อย่างอื่นแล้ว จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534<sup>45</sup>

(3) การมอบอำนาจในกรณีที่ถูกกฎหมายมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ หรือกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นพิเศษ

กล่าวคือ ในกรณีที่ถูกกฎหมายมิได้มีข้อจำกัดเรื่องการมอบอำนาจ เช่น มิได้มีการกำหนดห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ หรือกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่น แล้วผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ก็จะต้องดำเนินการมอบอำนาจตามที่มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ แผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2534 กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถแบ่งการมอบอำนาจ ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

---

และมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 แต่จะต้อง ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่ระเบียบทั้งสองฉบับกำหนดไว้”

<sup>45</sup> คำวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 3/2551 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551. ได้วินิจฉัยข้อหาหรือ ของกรมการค้าต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยการส่งออกนำเข้าว่า “...เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า มาตรา 7 แห่ง พระราชบัญญัติการส่งออกและ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 บัญญัติให้อำนาจในการออก ใบอนุญาตส่งออกหรือนำเข้า ซึ่งสินค้า ตามมาตรา 5 (2) เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์หรือ ผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มอบหมาย จึงถือได้ว่ามาตรา 7 ดังกล่าวได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้ เป็นอย่างอื่นแล้ว จึง ไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ จึงสามารถใช้ดุลพินิจมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานใด ตามที่ เห็นสมควรว่าเป็นผู้ที่มีความสามารถปฏิบัติหน้าที่ในการอนุญาตตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายนั้น ได้เช่นเดียวกับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ กล่าวคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ สามารถมอบหมายให้ข้าราชการ ในกระทรวงพาณิชย์หรือข้าราชการต่างกระทรวง เป็นผู้มียอำนาจในการออกใบอนุญาต ตามมาตรา 7 ประกอบ มาตรา 5 (2) แห่งพระราชบัญญัติการส่งออกและ การนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ได้”

### ก. การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทั่วไป<sup>46</sup>

หมายถึง การปฏิบัติราชการของแต่ละส่วนราชการ ไม่ว่าจะเป็นการบริหารงานบุคคล การบริหารงานคลัง การบริหารราชการทั่วไปของส่วนราชการ การปฏิบัติราชการในความรับผิดชอบของส่วนราชการ การปฏิบัติราชการแทนหัวหน้าส่วนราชการในกิจการภายนอก และรวมไปถึงการปฏิบัติราชการต่างๆ ตามที่กฎหมาย กฎ คำสั่ง และระเบียบปฏิบัติราชการกำหนด ทั้งนี้ การปฏิบัติราชการดังที่กล่าวข้างต้นเป็นการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินพ.ศ. 2534 การปฏิบัติราชการในเรื่อง ดังกล่าว จึงต้องมีใช้การอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้ เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด สำหรับการมอบอำนาจในเรื่องที่กล่าวนั้น ได้มีการยกเลิกการระบุตำแหน่งของผู้ที่จะมอบอำนาจและผู้ดำรงตำแหน่งที่จะรับมอบอำนาจไว้ โดยเปิดกว้างให้ผู้ดำรงตำแหน่ง สามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดที่เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่นั้น โดยตรง เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้

### ข. การมอบอำนาจการอนุญาตตามกฎหมาย<sup>47</sup>

ระบบการอนุญาต เป็นระบบควบคุมทางปกครองในการดำเนินกิจการหรือการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของประชาชน เนื่องจากรัฐ เห็นว่าการดำเนินกิจการหรือการกระทำดังกล่าว มีผลกระทบต่อสภาพสังคม สิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยในชีวิต และทรัพย์สินของประชาชน หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงได้มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องพิจารณาก่อนที่จะอนุญาตให้ประชาชนดำเนินการได้หรือไม่ เพียงใด โดยรัฐจะตรากฎหมาย กำหนดลักษณะของกิจการ หรือการกระทำที่ประชาชนต้องดำเนินการขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และเมื่อได้รับอนุญาตประชาชน จึงจะสามารถประกอบกิจการหรือการกระทำได้ และต้องดำเนินการภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการอนุญาตตามกฎหมายไทย แบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) การอนุญาตประกอบกิจการ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การประกอบกิจการ หรือการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของประชาชน หรือเอกชนทั่วไปต้องมาขออนุญาตจากรัฐ เพื่อให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจตามกฎหมายตรวจสอบคุณสมบัติ และพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าว สามารถจะประกอบกิจการหรืออาชีพนั้น หรือไม่ และเมื่อเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายพิจารณาแล้ว เห็นว่าผู้ยื่นมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมายกำหนด ก็จะออก

<sup>46</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, “คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน”, สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (กุมภาพันธ์ 2551): หน้า 29 - 37.

<sup>47</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, “คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน”, สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (กุมภาพันธ์ 2551): หน้า 29 - 37.



ใบอนุญาตให้แก่บุคคลดังกล่าว เช่น การประกอบธุรกิจโรงแรมต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นต้น (2) การอนุญาตกระทำการ เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคลทั่วไป หรือผู้ประกอบการซึ่งได้รับใบอนุญาตแล้ว จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่มีอำนาจตามกฎหมายก่อนจะดำเนินการ โดยกรณีนี้ จะไม่มีการออกใบอนุญาตให้ เช่น การย้ายธนาคารพาณิชย์ที่ได้รับการอนุญาตแล้ว ต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย ตามมาตรา 7 ตรี แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 เป็นต้น ซึ่งการมอบอำนาจในเรื่องนี้ บทบัญญัติ มาตรา 38 วรรคสามและวรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจในเรื่องดังกล่าว อาจมอบอำนาจให้ข้าราชการ ซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาและผู้ว่าราชการจังหวัดได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ การมอบอำนาจ ดังกล่าว ต้องทำเป็นหนังสือ แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้ ยังมิได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาตามบทบัญญัติ แต่อย่างใด

(4) ผู้ดำรงตำแหน่งที่จะมอบอำนาจและรับมอบอำนาจ

ก. ผู้ดำรงตำแหน่งที่มอบอำนาจ ได้แก่

ก) **องค์กรเดียว** ซึ่งเป็นการใช้อำนาจในฐานะผู้แทนส่วนราชการ แบ่งเป็น

(ก) รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมาย<sup>48</sup>

เมื่อพิจารณากฎหมายที่กำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต จะเห็นได้ว่า อำนาจในการอนุญาตดังกล่าว ส่วนใหญ่จะเป็นการตัดสินใจในเชิงนโยบายในเรื่องที่สำคัญ เช่น อำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบการธนาคารพาณิชย์ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต หรือการออกใบอนุญาตเป็นผู้ค้าน้ำมันที่มีปริมาณการค้าแต่ละชนิดหรือทุกชนิด รวมกันเกินปีละตั้งแต่ 100,000 เมตริกตันขึ้นไป ตามพระราชบัญญัติการค้า น้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2543 ที่บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต หรือการอนุญาตให้คนต่างด้าว หรือผู้ใด หรือพวกใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร ภายใต้เงื่อนไขใดๆ ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่องตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต เป็นต้น

<sup>48</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, *คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน*, สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, (กุมภาพันธ์ 2551): หน้า 62 - 64.

(ข) หัวหน้าหน่วยงานหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบกฎหมาย<sup>49</sup>

กล่าวคือ กฎหมายที่กำหนดให้หัวหน้าหน่วยงานหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบ กฎหมายเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต เช่น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ และกำหนดให้ธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้ย้ายสำนักงานหรือสำนักงานสาขาของธนาคารพาณิชย์ หรือการอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์กระทำการธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธนาคาร เป็นต้น

## (ค) การใช้อำนาจโดยเจ้าหน้าที่ ได้แก่ พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือ

เจ้าพนักงาน

กล่าวคือ กฎหมายที่กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเจ้าพนักงานเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต อย่างไรก็ตาม พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจอนุญาตตามกฎหมาย สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ (1) พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจอนุญาต จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่จะอนุญาต เช่น พระราชบัญญัติพลังงานปรมาณูเพื่อสันติ พ.ศ. 2504 ที่กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตผลิตพลังงานปรมาณูจากเครื่องปฏิกรณ์ปรมาณู หรือใบอนุญาตให้ใช้พลังงานปรมาณูจากเครื่องปฏิกรณ์ปรมาณู เป็นต้น และ (2) พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจอนุญาตไม่จำเป็นต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษในเรื่องที่จะอนุญาต เช่น เจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจในการออกใบอนุญาตขายยาเส้นหรือยาสูบตามพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ.2509 หรือเจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตให้นำสุราเกินกว่า 1 ลิตร เข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้น

ข) องค์กรกลุ่ม ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยคณะบุคคล<sup>50</sup> ได้แก่

## (ก) คณะรัฐมนตรี

กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต เช่น การให้สัมปทาน ซึ่งเป็นการสร้างทางหรือบำรุงทางหลวงสัมปทานตามพระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 หรืออำนาจในการให้สัมปทานในการจัดให้มีคลังน้ำมันเชื้อเพลิงหรือระบบขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิง ตามพระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 เป็นต้น

<sup>49</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน, สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, (กุมภาพันธ์ 2551): หน้า 64 - 67.

<sup>50</sup> “เพ็ญอ้าง”, หน้า 59 - 62.

## (ข) คณะกรรมการ

กล่าวคือ กฎหมายที่กำหนดให้คณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น ก็เพราะต้องการผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในแต่ละด้านเข้ามาร่วมพิจารณาอนุญาต เนื่องจากกิจการที่จะอนุญาตให้เอกชนดำเนินการมีผลกระทบในหลายมิติ เช่น พระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 ได้กำหนดให้คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนโรงงานน้ำตาลทราย ผู้แทนชาวไร่อ้อย และผู้แทนหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับระบบอุตสาหกรรมอ้อยและน้ำตาลทราย เป็นผู้ที่มีอำนาจอนุญาตให้นำเข้าน้ำตาลทราย ซึ่งมีผลกระทบต่อระบบการผลิตและราคาจำหน่ายน้ำตาลทราย และการปลูกอ้อยของชาวไร่อ้อย หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า ซึ่งประกอบด้วย ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ทางด้านนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ การบริหารธุรกิจ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้ที่มีอำนาจอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจ กระทำการรวมธุรกิจ หรือการกำหนดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ หรือจำหน่าย หรือให้บริการ เพื่อจำกัดปริมาณให้ต่ำกว่าความต้องการของตลาด อันจะมีผลกระทบต่อระบบการแข่งขันโดยเสรีหรือก่อให้เกิดความผูกขาดในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง หรือการออกใบอนุญาตให้เป็นผู้มีสิทธิทำรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม ซึ่งการอนุญาตต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมาเป็นผู้พิจารณา พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2534 จึงได้กำหนด ให้คณะกรรมการผู้ชำนาญการเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต เป็นต้น

## ข. ผู้ดำรงตำแหน่งที่รับมอบอำนาจ

โดยที่มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้การมอบอำนาจมี 2 ประเภท ได้แก่

ก) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทั่วไป ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งที่จะรับมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไป ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้แก่ ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกัน ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นต่างส่วนราชการกัน และผู้ว่าราชการจังหวัด ดังนั้น การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไปนั้น ผู้มอบอำนาจ จึงย่อมสามารถมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไปในทุกเรื่อง ให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่รับมอบอำนาจนั้น ปฏิบัติราชการแทนได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งต่างส่วนราชการก็ได้

ข) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการในเรื่องการอนุญาต ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งที่จะรับมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการในเรื่องการอนุญาต ได้แก่ ข้าราชการ ซึ่ง

เป็นผู้ได้บังคับบัญชาในส่วนราชการเดียวกัน และผู้ว่าราชการจังหวัด ยกเว้นการมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นนอกส่วนราชการ ดังนั้น การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องการอนุญาต ผู้มอบอำนาจ มอบอำนาจจึงย่อมสามารถมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไปในทุกเรื่อง ให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่รับมอบอำนาจนั้นปฏิบัติราชการแทนได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการเดียวกัน หรือผู้ว่าราชการจังหวัดก็ได้

2) มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้รับมอบอำนาจ และการที่ผู้มอบอำนาจได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการปฏิบัติราชการแทนไว้ โดยกำหนดว่า

“มาตรา 39 เมื่อมีการมอบอำนาจแล้ว ผู้รับมอบอำนาจ มีหน้าที่ต้องรับมอบอำนาจนั้น โดยผู้มอบอำนาจ จะกำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนต่อไป โดยจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจนั้น ไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่ในกรณีการมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด คณะรัฐมนตรี จะกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องมอบอำนาจต่อไปให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัดหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในจังหวัดก็ได้”

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า กฎหมายได้บัญญัติเป็นบทบังคับว่า เมื่อมีคำสั่งมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดให้ปฏิบัติราชการแทนแล้ว คำสั่งนั้น ย่อมมีผลผูกพันผู้ดำรงตำแหน่งที่ได้รับมอบอำนาจ จะต้องทำหน้าที่ปฏิบัติราชการตามที่ได้รับมอบอำนาจ ผู้รับมอบอำนาจจะปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่มิได้ นอกจากนั้น ยังกำหนดให้ผู้มอบอำนาจอาจกำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจสามารถมอบอำนาจต่อไปให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ด้วย แต่จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ผู้มอบอำนาจกำหนดไว้ด้วย

3) มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดวิธีการในการที่ผู้มอบอำนาจจะมอบอำนาจให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ รวมทั้งได้กำหนดการกำกับดูแล และติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจไว้ โดยกำหนดว่า

“มาตรา 40 ในการมอบอำนาจ ให้ผู้มอบอำนาจพิจารณาถึงการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ การกระจายความรับผิดชอบตามสภาพของตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจ และผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจดังกล่าว

เมื่อได้มอบอำนาจแล้ว ผู้มอบอำนาจ มีหน้าที่ กำกับ ดูแล และติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ และให้มีอำนาจแนะนำหรือแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจได้”

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ผู้มอบอำนาจ มีหน้าที่ 2 ประการ ได้แก่ 1) การมอบอำนาจ ต้องพิจารณาถึงการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ความรวดเร็วในการปฏิบัติราชการ การกระจายความรับผิดชอบตามสภาพของตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจ ฉะนั้น การมอบอำนาจ จึงไม่ใช่เป็นการปิดความรับผิดชอบของหัวหน้าส่วนราชการผู้มอบอำนาจ แต่การมอบอำนาจนั้น เป็นเพียงการกระจายการปฏิบัติราชการ และ 2) เมื่อได้มอบอำนาจแล้ว ผู้มอบอำนาจ มีหน้าที่ กำกับ ดูแล และติดตามผลการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ และให้มีอำนาจแนะนำ หรือแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจได้ ซึ่งเป็นการกระจายความรับผิดชอบไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับต่างๆ ช่วยกันปฏิบัติงานของรัฐให้มีประสิทธิภาพและรวดเร็ว แต่อย่างไรก็ดี ความรับผิดชอบหลักยังคงเป็นของผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติของทางราชการได้มอบหมายให้เป็นผู้ใช้อำนาจนั้น สำหรับผู้รับมอบอำนาจนั้น มีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ กล่าวคือ ผู้มอบอำนาจมีหน้าที่ปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ คำสั่ง หรือระเบียบปฏิบัติราชการเป็นอย่างไร ผู้รับมอบอำนาจ ก็จะต้องมีหน้าที่ปฏิบัติเช่นเดียวกับผู้มอบอำนาจ และหากผู้มอบอำนาจได้กำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจนั้น เป็นอย่างไร ผู้รับมอบอำนาจ ก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขนั้นด้วย

4) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 โดยที่ มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง มาตรา 39 และมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางเกี่ยวกับการมอบอำนาจไว้ในลักษณะกว้างๆ ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ขึ้น เพื่อกำหนดให้ส่วนราชการมีหลักเกณฑ์และมาตรฐานการปฏิบัติราชการในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน โดยสามารถสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้ดังนี้

(1) วัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ (มาตรา 5) การมอบอำนาจต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกและตอบสนองความต้องการของประชาชน ความคุ้มค่า ความรวดเร็ว และประสิทธิภาพในการปฏิบัติราชการ การกระจายอำนาจการตัดสินใจ และความรับผิดชอบที่เหมาะสม และไม่เป็นการเพิ่มขึ้นตอนหรือระยะเวลาในการใช้อำนาจ และไม่ต้องผ่านการพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ มากเกินความจำเป็น

(2) หลักเกณฑ์การมอบอำนาจของผู้มอบอำนาจและการพิจารณาตัวผู้รับมอบอำนาจ (มาตรา 6 มาตรา 12 มาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 15 มาตรา 17 มาตรา 20 มาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 26 และมาตรา 27)

ในการมอบอำนาจ ผู้มอบอำนาจอาจมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แก่ผู้รับมอบอำนาจปฏิบัติราชการแทนได้ โดยการมอบอำนาจนั้น ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ และคำนึงถึงขีดความสามารถ ความรับผิดชอบ และความเหมาะสมตามสภาพของตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้รับมอบอำนาจและผู้มอบอำนาจ เว้นแต่เป็นเรื่องใด ตามกรณีดังต่อไปนี้ ผู้มอบอำนาจอาจไม่มอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวก็ได้ ได้แก่ เป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจเฉพาะ หรือเป็นเรื่องที่โดยสภาพไม่อาจมอบอำนาจได้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญ เป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต้องมีการดูแลอย่างใกล้ชิดเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน หรือเป็นเรื่องที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อน หรือเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนได้

นอกจากผู้มอบอำนาจ จะพิจารณาตัวผู้รับมอบอำนาจตามหลักทั่วไปตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว พระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวยังได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจไว้ด้วย ดังนี้

#### ก. การมอบอำนาจในกระทรวงเดียวกัน

พระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว ได้กำหนดให้ปลัดกระทรวง มีอำนาจกำหนดแนวทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการมอบอำนาจของส่วนราชการในสังกัด ทั้งในกรณีการมอบอำนาจในส่วนราชการเดียวกัน หรือการมอบอำนาจให้กับส่วนราชการอื่น ที่อยู่ในสังกัดของกระทรวงเดียวกันด้วย โดยในกระทรวงใดที่มีการแบ่งกลุ่มภารกิจ ให้หัวหน้ากลุ่มภารกิจดำเนินการมอบอำนาจตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกานี้ โดยให้ถือเสมือนหนึ่งเป็นปลัดกระทรวงของส่วนราชการในกลุ่มภารกิจนั้น ในส่วนการมอบอำนาจภายในกรม ก็ให้อธิบดีจัดให้มีการมอบอำนาจภายในกรมของตน โดยหัวหน้าส่วนราชการต้องมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่ง ที่มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการเรื่องนั้นโดยตรง เว้นแต่ในกรณีมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการ หรือมีเหตุเร่งด่วนอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หัวหน้าส่วนราชการ อาจจัดให้มีการมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นที่เห็นสมควรเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนก็ได้ แต่ถ้ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการและผู้มอบอำนาจ เห็นว่าไม่สมควรมอบอำนาจการปฏิบัติราชการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา เป็นผู้ใช้อำนาจผู้มอบอำนาจอาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการอื่นก็ได้ โดยในกรณีที่เป็นส่วนราชการที่มีได้สังกัดกรมเดียวกัน ให้ทำความตกลงระหว่างอธิบดีของกรมที่ผู้มอบอำนาจ สังกัด และอธิบดีที่ผู้รับมอบอำนาจสังกัดแล้วแจ้งให้ปลัดกระทรวงทราบ พร้อมด้วยเหตุผล

### ข. การมอบอำนาจให้แก่ส่วนราชการต่างกระทรวง

พระราชกฤษฎีกาบับดังกล่าว ได้กำหนดว่า การมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการต่างกระทรวงสามารถกระทำได้ โดยให้มีการทำบันทึกความตกลงเป็นหนังสือ ระหว่างส่วนราชการที่มอบอำนาจและที่รับมอบอำนาจ โดยในบันทึกความตกลงต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการใช้อำนาจ ซึ่งอย่างน้อยต้องระบุขอบเขตอำนาจที่ได้มอบแนวทาง นโยบาย และข้อสงวนของการใช้อำนาจ และชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่ติดต่อได้ ในกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจ

### ค. การมอบอำนาจให้แก่ศูนย์บริการร่วม

พระราชกฤษฎีกาบับดังกล่าว ได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจให้ศูนย์บริการร่วมว่า เมื่อมีการจัดตั้งศูนย์บริการร่วม ให้หัวหน้าส่วนราชการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่เกี่ยวข้อง มอบอำนาจทั้งปวงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของศูนย์บริการร่วมนั้น ให้แก่ ผู้มีหน้าที่ปฏิบัติในศูนย์บริการร่วม

### ง. การมอบอำนาจให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด

พระราชกฤษฎีกาบับดังกล่าว ได้กำหนดว่า ในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่ส่วนราชการใดจะพึงปฏิบัติ หรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใดในเขตพื้นที่จังหวัด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ให้หัวหน้าส่วนราชการ ดำเนินการมอบอำนาจการปฏิบัติราชการ ในเขตพื้นที่จังหวัดให้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด และเมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้รับมอบอำนาจ ให้เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนหัวหน้าส่วนราชการส่วนกลางแล้ว ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจนั้น ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่ง ดังนี้ ในกรณีที่อำนาจนั้นเกี่ยวกับราชการของส่วนราชการใด และส่วนราชการนั้น ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด มอบอำนาจให้แก่หัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในจังหวัดนั้น แต่หากส่วนราชการนั้นไม่มีส่วนราชการที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในจังหวัดแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัด อาจมอบอำนาจให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในจังหวัด เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนก็ได้ สำหรับกรณีที่เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดโดยแท้ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมอบอำนาจให้แก่ รองผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในจังหวัด เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนก็ได้ และในกรณีที่เป็นอำนาจของนายอำเภอ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ และหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด ก็ให้ดำเนินการมอบอำนาจตามแนวทางดังกล่าว

ทั้งนี้ เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัด ได้มีการมอบอำนาจไปตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ กำกับ ดูแลการปฏิบัติงานของผู้รับมอบอำนาจ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น และในกรณีที่เห็นว่าผู้รับมอบอำนาจได้ใช้อำนาจปฏิบัติราชการแทนโดยไม่ถูกต้อง หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมีคำสั่งแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ หรือให้ผู้รับมอบอำนาจหยุดการปฏิบัติราชการดังกล่าวไว้ก่อน และให้ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นผู้ใช้อำนาจในเรื่องนั้นโดยตรงก็ได้

จ. การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนในต่างประเทศ

พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ กำหนดว่า ส่วนราชการใด มีภารกิจที่ต้องดำเนินการในต่างประเทศ ให้หัวหน้าส่วนราชการนั้น มอบอำนาจทั้งปวงที่จะต้องดำเนินการในต่างประเทศนั้น ให้แก่หัวหน้าคณะผู้แทน และให้หัวหน้าคณะผู้แทนมอบอำนาจให้รองหัวหน้าคณะผู้แทน หรือบุคคลในคณะผู้แทน

(3) หน้าที่และการกำกับดูแลของผู้มอบอำนาจ (มาตรา 7 และมาตรา 8)

ในการมอบอำนาจ ผู้มอบอำนาจต้องดำเนินการวางหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจ การกำหนดให้มีระบบการตรวจสอบและการรายงานผลการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจ การกำกับดูแลและแนะนำการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจ และการจัดทำบัญชีการมอบอำนาจเสนอผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ เมื่อมีการมอบอำนาจแล้ว ผู้มอบอำนาจมีหน้าที่ในการกำกับดูแลผู้รับมอบอำนาจด้วย กล่าวคือ หากผู้มอบอำนาจ เห็นว่า ผู้รับมอบอำนาจใช้อำนาจที่รับมอบโดยไม่ถูกต้อง หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้มอบอำนาจอาจมีคำสั่งแก้ไขการปฏิบัติราชการของผู้รับมอบอำนาจ หรือให้ผู้รับมอบอำนาจหยุดการปฏิบัติราชการไว้ก่อน และผู้มอบอำนาจเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นโดยตรงก็ได้ ทั้งนี้ ในการมอบอำนาจต้องทำเป็นหนังสือ โดยระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจในเรื่อง เช่น ชื่อ หรือตำแหน่งของผู้มอบอำนาจ ชื่อ หรือ ตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจ อำนาจที่มอบ รวมทั้งอาจกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขการใช้อำนาจด้วยก็ได้

(4) การสิ้นสุดผลของคำสั่งมอบอำนาจ (มาตรา 9)

การมอบอำนาจ ย่อมมีผลครบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นสุดลงโดยเงื่อนไขเวลา หรือโดยเหตุอื่น

(5) หน้าที่ของผู้รับมอบอำนาจ (มาตรา 10)

เมื่อผู้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจมาแล้ว ในการปฏิบัติราชการแทนในเรื่องที่รับมอบอำนาจดังกล่าว ผู้รับมอบอำนาจจะต้องใช้อำนาจที่รับมอบให้เป็นไปตามกฎหมาย



ที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ และต้องจัดทำรายงานผลการใช้อำนาจดังกล่าว ตามหลักเกณฑ์ที่ผู้มอบอำนาจ กำหนดด้วย



## บทที่ 4

# วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ในการกระทำทางปกครอง

ในบทนี้ จะกล่าวถึงการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 โดยเปรียบเทียบกับ การมอบอำนาจในต่างประเทศ การมอบอำนาจในประเทศไทย รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของหน่วยงานที่มีอำนาจในการวินิจฉัยตีความ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### 1. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักการมอบอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่ฝ่ายปกครอง จะกระทำการในเรื่องใดได้นั้น จะต้องมีความหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจ ดำเนินการในเรื่องนั้นได้ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำการภายในขอบอำนาจที่กฎหมาย กำหนดเท่านั้น ซึ่งจากหลักดังกล่าวสามารถแปลได้สองนัย นัยแรก ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ก็ได้ทั้งสิ้น เว้นแต่มีกฎหมายห้ามมิให้กระทำ นัยที่สองฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผล กระทบการติดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือเอกชน ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ ให้กระทำการนั้นไว้ เหตุผลที่หลักการดังกล่าว สามารถแปลได้สองนัย เพราะว่าแต่เดิมกฎหมาย แห่ง มีอิทธิพลสูงตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงทำให้มีบทบาทในการตีความ และ นำไปใช้กับการกระทำของเจ้าหน้าที่ด้วย ต่อมาในยุคเสรีนิยมซึ่งยึดถือเรื่องศักดิ์ศรีของมนุษย์ อย่างเด่นชัด แต่ละคนจึงมีเสรีภาพที่จะใช้ชีวิตโดยมีความเป็นอยู่อย่างอิสระ ปลอดภัยจากการ แทรกแซงของรัฐ โดยรัฐจะเข้าแทรกแซงเท่าที่จำเป็น เมื่อเป็นดังนี้ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้า แทรกแซงเสรีภาพของเอกชน จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และกระทำภายในกรอบอำนาจ ที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ดังนั้น อำนาจของเจ้าหน้าที่ จึงต้องมีขึ้น โดยกฎหมายก่อนแล้ว จึงค่อย พิจารณาถึงตัวผู้ใช้อำนาจว่ากฎหมายได้กำหนดให้ผู้ใด เป็นผู้ใช้อำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่อง นั้นๆ และโดยที่หลักในการแบ่งแยกอำนาจ ได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ทั้งประเทศ เป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมาย ฉะนั้น ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดำเนินการ

ในเรื่องใดได้นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะเป็นผู้พิจารณาเพื่อตราบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กำหนดเองว่าจะให้ผู้ดำรงตำแหน่งใด เป็นผู้ที่มีอำนาจในการกระทำการทางปกครองตามกฎหมายในเรื่องใด โดยก่อนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใด เป็นผู้ที่มีอำนาจในการกระทำทางปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของตำแหน่ง ระดับความเชี่ยวชาญ ความสามารถ ของผู้ที่ตนจะกำหนดให้อำนาจก่อนว่า มีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้มีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องต่างๆ นั้น หรือไม่ กล่าวคือ ในบางกรณีที่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และต้องการให้มีมาตรฐานเดียวกัน ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมาย ก็จะให้หัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งมีเพียงตำแหน่งเดียวเป็นผู้กระทำการทางปกครอง แต่หากเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีความประสงค์ที่จะให้ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้ในด้านต่างๆ ร่วมกันพิจารณาก่อนกระทำการทางปกครองในเรื่องใด ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะกำหนดให้คณะกรรมการชุดต่าง ๆ เป็นผู้กระทำการทางปกครองในเรื่องนั้น แต่ในบางเรื่องที่เป็นการกระทำการทางปกครองที่ไม่สำคัญ หรือเป็นการปฏิบัติงานประจำของส่วนราชการ กรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ ก็จะกำหนดให้เจ้าพนักงานหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีเป็นจำนวนมากเป็นผู้ดำเนินการในเรื่องนั้นแทน และเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาเสร็จเรียบร้อยแล้ว ก็จะตรากฎหมายกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่เห็นสมควร มีอำนาจในการกระทำการทางปกครองนั้น ฉะนั้น โดยหลักแล้วผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายได้กำหนดให้กระทำการทางปกครองในเรื่องใด ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น ก็ถือเป็นผู้ที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีอำนาจดำเนินการในเรื่องนั้นได้ ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด จึงควรที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นด้วยตนเอง ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

โดยที่บทบัญญัติมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กำหนดว่า “อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติการปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศหรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้” ฉะนั้น เมื่อพิจารณาการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติ ฉบับดังกล่าวแล้วจึงเห็นได้ว่า แม้ว่ากฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฉบับนี้ จะได้มีการเปิดกว้างให้อิสระแก่ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาความเหมาะสม กำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ได้เอง โดยมิได้มีการจำกัดตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจไว้เป็นการเฉพาะเหมือนเช่นกฎหมายฉบับเดิม จึงทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจ เช่น ผู้ดำรงตำแหน่งระดับหัวหน้า

ส่วนราชการที่กฎหมายได้กำหนดให้อำนาจไว้ สามารถที่จะมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งในระดับต่างๆ ในส่วนราชการเดียวกัน หรือต่างส่วนราชการ ได้ทุกตำแหน่ง ตั้งแต่ระดับรองหัวหน้าส่วนราชการลงไปถึงระดับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในระดับล่างของส่วนราชการ เพื่อให้ปฏิบัติราชการแทนได้

ผู้ศึกษา จึงมีความเห็นว่า ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะกระทำการในเรื่องใดได้ ก็จะต้องมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครอง ให้สามารถกระทำการทางปกครองนั้นได้ ซึ่งการที่กฎหมายจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่กระทำการทางปกครองในเรื่องใดนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในการตรากฎหมายจะเป็นผู้พิจารณาว่า ฝ่ายปกครอง ซึ่งดำรงตำแหน่งในระดับใด สังกัดหน่วยงานใด มีคุณสมบัติอย่างไร และมีความเหมาะสมอย่างไรที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจในการกระทำการทางปกครองในเรื่องนั้นๆ และเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติ พิจารณาเสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงตรากฎหมายกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่เห็นสมควรมีอำนาจในการกระทำการทางปกครองนั้นได้ ฉะนั้น โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายให้อำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องใด ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นก็ควรที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นด้วยตนเอง ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการใช้อำนาจกระทำการทางปกครองนั้น เนื่องจากผู้ที่ใช้อำนาจอาจจะไม่มีคุณสมบัติ ไม่มีความเชี่ยวชาญ หรือไม่มีความชำนาญในการใช้ดุลพินิจในการกระทำทางปกครองในเรื่องนั้นๆ จนอาจทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการบังคับใช้กฎหมาย หรือเกิดความวุ่นวายในการปฏิบัติราชการ หรือในบางกรณีผู้รับมอบอำนาจอาจใช้ดุลพินิจในการกระทำการทางปกครอง ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น แต่การที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำการทางปกครองตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550 ได้กำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ ให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจ เป็นผู้พิจารณาเองว่าจะมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้ ไม่ว่าผู้ดำรงตำแหน่งที่รับมอบอำนาจจะมีความแตกต่างกันในระดับตำแหน่ง หรือเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่อยู่ต่างส่วนราชการกันกับผู้มอบอำนาจก็ตาม จึงส่งผลให้ผู้ที่มีอำนาจกระทำการตามกฎหมายในเรื่องนั้น ไม่สอดคล้องกับตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเพื่อกระทำการทางปกครองโดยตรงแต่อย่างใด อีกทั้ง การมอบอำนาจดังกล่าว ย่อมทำให้ผู้ใช้อำนาจในการกระทำทางปกครอง ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ได้รับการไตร่ตรองเป็นอย่างดีแล้วของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย เนื่องจากผู้มอบอำนาจ สามารถมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีระดับตำแหน่ง ความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ หรือความเชี่ยวชาญของผู้รับมอบอำนาจเท่ากับผู้มอบอำนาจแต่อย่างใด ดังนั้น การมอบอำนาจตามที่บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กำหนดไว้ จึงไม่

สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้ร่างกฎหมาย แต่อย่างไร

แต่อย่างไรก็ดี โดยที่ฝ่ายปกครอง มีภารกิจที่จะต้องดำเนินการอยู่หลากหลาย และเป็นจำนวนมาก หากจะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด เป็นผู้ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียวแล้ว จะทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติราชการอย่างมากมาย เช่น การปฏิบัติราชการอาจจะเกิดความล่าช้า ไม่มีความคล่องตัว การทำงานไม่สามารถลดขั้นตอนในการให้บริการประชาชนอย่างรวดเร็วได้ ฉะนั้น เพื่อให้การปฏิบัติราชการมีความคล่องตัวผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจ จึงอาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น ใช้อำนาจของตนแทนได้ หากกฎหมายมิได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่นไว้โดยเฉพาะ หรือกำหนดห้ามมิให้มีการมอบอำนาจไว้ โดยทำเป็นหนังสือกำหนดให้ชัดเจนว่าจะมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวแก่ไหนเพียงใด ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าว ก็จะทำให้ผู้รับมอบอำนาจนั้น มีอำนาจเช่นเดียวกับผู้มอบอำนาจ ส่งผลให้ผู้รับมอบอำนาจสามารถใช้อำนาจที่ได้รับมอบอำนาจมาเพื่อกระทำการต่างๆ ได้ แต่อย่างไรก็ดี จากผลการศึกษา ผู้ศึกษาได้พบว่ากฎหมายฉบับต่างๆ ได้กำหนดตำแหน่งผู้ที่มีอำนาจกระทำการทางปกครองไว้เป็นการชัดเจน โดยส่วนใหญ่ จะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งในระดับหัวหน้า ไม่ว่าจะเป็นหัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้อำนวยการกอง ให้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการในเรื่องนั้นๆ ฉะนั้น หากจะให้ผู้รับมอบอำนาจ เพื่อกระทำการทางปกครองในเรื่องต่างๆ มีความสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้ร่างกฎหมายแล้ว การมอบอำนาจตามบทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ดังกล่าว จึงไม่ควรกำหนดในลักษณะที่เปิดกว้างให้ผู้มอบอำนาจสามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้เช่นปัจจุบัน แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวควรที่จะกำหนดให้ผู้มอบอำนาจ ต้องมอบอำนาจให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกัน หรือระดับตำแหน่งใกล้เคียงกันกับตำแหน่งที่กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการทางปกครองกำหนดไว้ รวมทั้งควรกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มอบอำนาจ ต้องมอบอำนาจให้แก่ผู้รับมอบอำนาจที่มีความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ หรือความเชี่ยวชาญใกล้เคียงกับผู้ดำรงตำแหน่งที่มอบอำนาจด้วย

## 2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กับประเภทของการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

โดยที่ฝ่ายปกครอง มีภารกิจที่จะต้องดำเนินการอยู่อย่างหลากหลาย ทั้งภารกิจที่เป็นฝ่ายปกครองจะต้องการกระทำเพื่อให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการกระทำนี้ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจเหนือประชาชนหรือสั่งการให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนตามอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการนั้นๆ ได้แก่ การดำเนินการกิจของหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับกำหนดไว้ หรือภารกิจที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำเพื่อบริหารงานภายในของส่วนราชการนั้น ได้แก่ การมีคำสั่งต่างๆ เพื่อบริหารงานบุคคลภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น การแต่งตั้งโยกย้ายหรือการดำเนินการทางวินัย เป็นต้น การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการสนับสนุนเพื่อให้วัตถุประสงค์ของส่วนราชการบรรลุตามเจตนารมณ์ที่ได้มีการตั้งขึ้น ได้แก่ การดำเนินงานธุรกรรม การออกไปช่วยเหลือประชาชนกรณีที่เกิดภัยต่างๆ การทำนิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น การซื้อสิ่งของมาใช้ในส่วนราชการ และการกระทำของฝ่ายปกครองที่ทำให้เกิดการละเมิดขึ้น ซึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองตามที่กล่าวข้างต้นนั้น มีทั้งการกระทำที่เป็นการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการกระทำทางปกครองที่มีได้เป็นการกระทำทางปกครอง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 การกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองออกเป็น

**2.1.1 การปฏิบัติราชการทางปกครอง** เป็นการกระทำขององค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกระทำการแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงาน และโดยที่การกระทำนั้น เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงหรือเป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลในทางข้อเท็จจริง เช่น การชำระหนี้ การรับชำระเงิน การดับเพลิง การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การตรวจตราการฝ่าฝืนกฎหมาย

### 2.1.2 นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่

1) การออกกฎ หรือกฎหมายลำดับรอง เป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่ ฝ่ายบริหารให้มีอำนาจในการออกกฎเพื่อมีผลใช้บังคับ ภายในขอบเขตที่บทบัญญัติแม่บทได้กำหนดให้อำนาจไว้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่เป็นหัวหน้าส่วนราชการ ได้แก่ ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี หรือคณะกรรมการบางคณะ มีอำนาจในการออกกฎได้

2) การทำคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียนนั้น เป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อกระทำการการออกคำสั่ง ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าว ทำให้เกิดผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้รับคำสั่งในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว ในลักษณะที่มีผลบังคับเฉพาะกรณี โดยมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองในตำแหน่งต่างๆ ที่มีความเหมาะสมไม่ว่าจะเป็นผู้บริหารของส่วนราชการ เช่น ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งในระดับผู้ปฏิบัติงาน เช่น เจ้าพนักงานท้องถิ่น หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น เป็นผู้ใช้อำนาจในดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

2.1.3 การทำสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง ต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ โดยสัญญานั้น ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ ตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการ หรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ โดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ โดยที่ส่วนราชการระดับกระทรวงและกรม มีฐานะเป็นนิติบุคคล และโดยที่การทำสัญญาทางปกครองดังกล่าว ย่อมต้องมีผลผูกพันกับส่วนราชการต่างๆ ผู้ลงนามในสัญญาทางปกครองดังกล่าว จึงเป็นผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ

2.2 การกระทำทางปกครองที่มีใ้ได้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**2.2.1 สัญญาทางแพ่ง** เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน แต่มิใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาระหว่างเอกชนทำกับเอกชน หรือสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน โดยสัญญาดังกล่าวนั้น มีวัตถุประสงค์เพียงการทำนิติกรรมสัญญาทางแพ่งเท่านั้น และไม่มีวัตถุประสงค์ในลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน หรือสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่อย่างใด และโดยที่ส่วนราชการระดับกระทรวงและกรม มีฐานะเป็นนิติบุคคล และการทำสัญญาดังกล่าว ย่อมต้องมีผลผูกพันกับส่วนราชการต่างๆ ผู้ลงนามในสัญญาทางปกครองดังกล่าว จึงเป็นผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ

**2.2.2 การทำละเมิดโดยฝ่ายปกครอง** เป็นการทำที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติการทางปกครองในบางเรื่อง ซึ่งอาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครองกับบุคคลอื่นได้ เช่น การปฏิบัติการทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้บุคคลใดเสียหาย หรือการกระทำของฝ่ายปกครองที่ประมาท ทำให้เกิดความเสียหายโดยไม่เจตนา เช่น การกระทำเดินทางไปปฏิบัติราชการแล้วเกิดอุบัติเหตุ เป็นต้น ซึ่งการปฏิบัติการดังกล่าว ย่อมเป็นการกระทำละเมิด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใดๆ ทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะบุคคลภายนอก หน่วยงานของรัฐ ที่ตนสังกัดอยู่ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ตามกฎหมายดังกล่าว หากเป็นการกระทำภายในอำนาจหน้าที่และเจ้าหน้าที่มิได้กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว หน่วยงานของรัฐ จะรับภาระชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ได้รับความเสียหาย แต่หากเจ้าหน้าที่กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนทำให้เกิดความเสียหายแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนในการกระทำของตนเอง

โดยที่มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กำหนดว่า “อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศหรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกัน หรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้ พระราชกฤษฎีกาฉบับ ดังกล่าว อาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ตลอดจนการมอบอำนาจให้ทำนิติกรรมสัญญา ฟ้องคดีและดำเนินคดี หรือกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจหรือที่ผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติก็ได้” และในมาตรา 38 วรรคสาม แห่งบทบัญญัติเดียวกันกำหนดว่า



“ความในวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีเช่นนั้น ให้ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าว มีอำนาจ มอบอำนาจให้ข้าราชการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาและผู้ว่าราชการจังหวัด ได้ตามที่เห็นสมควร หรือตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด ในกรณีมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด มีอำนาจ มอบอำนาจได้ต่อไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ผู้มอบอำนาจกำหนด” จากบทบัญญัติดังกล่าว การมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง จึงมี 2 ประเภท ได้แก่ (1) การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป เช่น อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่น ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ การมอบอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรม และการมอบอำนาจในเรื่องการฟ้องคดีและดำเนินคดีแทนกระทรวง ทบวง กรม และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ โดยประเภทของอำนาจในการกระทำทางปกครองในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป เป็นการใช้อ้อยคำตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ก่อนที่จะได้มีการแก้ไข ซึ่งการใช้ถ้อยคำดังกล่าว ได้เคยมีหน่วยงานที่หารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าอำนาจในเรื่องการออกกฎหมายลำดับรอง สามารถมอบอำนาจได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่ กรรมการร่างกฎหมาย) ได้พิจารณาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองแล้ว เห็นว่า อำนาจในการออกกฎกระทรวง เพื่อให้การปฏิบัติเป็นไปตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในการบริหารงานทั่วไป และอยู่ในความหมายของคำว่า “อำนาจในการปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย” เมื่อไม่ได้มีบทบัญญัติใด ห้ามเรื่องการมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวง จึงสามารถมอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงได้ แต่สำหรับการแบ่งประเภทของการมอบอำนาจ ออกเป็น 2 ประเภทดังที่กล่าวนั้น เมื่อมีบทบัญญัติดังกล่าว ได้ใช้บังคับมาระยะหนึ่งแล้ว ปรากฏว่ากรมการขนส่งทางอากาศ ได้มีหนังสือหารือเรื่องการมอบอำนาจ ตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ไปยังผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยตีความเกี่ยวกับการมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจในการอนุญาตให้อากาศยานต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักรนั้น จะต้องดำเนินการมอบอำนาจตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสาม ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณากรณีดังกล่าวไว้ในเรื่องเสร็จที่ 135/2551 ว่าอำนาจในการอนุญาตตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ ที่กำหนด ให้การอนุญาตให้อากาศยานต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักร ต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมก่อน มิใช่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่กำหนดผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ตามมาตรา

38 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ย่อมมอบอำนาจดังกล่าว ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ ได้

ผู้ศึกษา จึงมีความเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ออกเป็น (1) การปฏิบัติราชการทางปกครอง (2) นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ การออกกฎ หรือกฎหมายลำดับรอง และการทำคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน และ (3) การทำสัญญาทางปกครอง ในขณะที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำการทางปกครอง ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้มีการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองเพียง 2 ประเภท ประกอบด้วย (1) การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไป ได้แก่ การมอบอำนาจในเรื่องการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ การดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่ง จะต้องปฏิบัติหรือดำเนินการตามที่กฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีกำหนดไว้ การทำนิติกรรมและการฟ้องคดีและดำเนินคดีแทนกระทรวง ทบวง กรม และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการอนุญาต ตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ จึงเห็นได้ว่า บทบัญญัติ มาตรา 38 ได้มีการกำหนดประเภทของการมอบอำนาจไว้ชัดเจนเฉพาะเรื่องคำสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ เท่านั้น ส่วนการกระทำการทางปกครองในเรื่องอื่นๆ บทบัญญัติดังกล่าว จะกำหนดประเภทที่จะมอบอำนาจด้วยถ้อยคำกว้างๆ ที่ว่า “การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่กฎหมายกำหนด” โดยมีได้นำประเภทของการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่น การออกกฎหรือกฎหมายลำดับรอง การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน และการทำสัญญาทางปกครอง มากำหนดไว้เป็นการชัดเจนทั้งหมด ในบทบัญญัติดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี อีกทั้งถ้อยคำบางคำที่ใช้ในกฎหมายทั้งสองฉบับ แม้จะมีถ้อยคำที่คล้ายกัน แต่ไม่ได้มีความหมายเป็นอย่างเดียวกันได้ เช่น คำว่า “ให้ทำนิติกรรม” ตามที่บทบัญญัติ มาตรา 38 กำหนดนั้น ผู้ศึกษาคาดว่า ผู้ยกร่างกฎหมายน่าจะหมายถึง การทำนิติกรรมสัญญาทั้งทางแพ่งและทางปกครอง แต่ปรากฏว่าในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การทำสัญญาระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนจะใช้คำว่า “การทำสัญญาทางปกครอง” จะไม่ใช่คำว่า “การทำนิติกรรมทางปกครอง” เพราะคำดังกล่าว หมายความว่าความเฉพาะการออกกฎ หรือกฎหมายลำดับรอง และการทำคำสั่งทางปกครองเท่านั้น นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติ มาตรา 38 ได้ระบุการกระทำทาง

ปกครองโดยใช้ถ้อยคำไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทำให้บางครั้ง ผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายเกิดความสับสน และได้มีการหารือไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่วินิจฉัยเช่น กรณีที่มีหน่วยงานหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง สามารถทำได้หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติ มาตรา 38 มิได้มีการกำหนดชัดเจนว่า การออกกฎหมายลำดับรองสามารถมอบอำนาจได้ อีกทั้งการที่บทบัญญัติดังกล่าว ได้มีการแบ่งประเภทของการมอบอำนาจ ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป ได้แก่ การมอบอำนาจในเรื่องการสั่งการอนุญาต การอนุมัติ (มาตรา 38 วรรคหนึ่ง) และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ (มาตรา 38 วรรคสาม) ซึ่งการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม เป็นการมอบอำนาจเกี่ยวกับการอนุญาตทั้งสองวรรค แต่การมอบอำนาจตามวรรคสาม เป็นกรณีที่การอนุญาตนั้นจะต้องมีใบอนุญาตเท่านั้น อย่างไรก็ดี โดยที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต เมื่อมีการอนุญาตจะมีการออกหลักฐานให้ผู้รับอนุญาตทั้งสิ้น ผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมาย จึงเกิดความสับสนจนต้องได้มีการหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการอนุญาตให้อากาศยานต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักร ว่าจะต้องดำเนินการมอบอำนาจ ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสาม ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณากรณีดังกล่าวไว้ในเรื่องเสร็จที่ 135/2551 ว่า อำนาจในการอนุญาต ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศฯ ที่กำหนดให้การอนุญาตให้อากาศยานทหารต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักร ต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมก่อน มิใช่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่กำหนดผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ตามมาตรา 38 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ย่อมมอบอำนาจดังกล่าว ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ ได้ ดังนั้น จากการที่บทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ไม่ได้ใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และส่งผลให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติแก่ผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายฉบับดังกล่าวด้วย ฉะนั้น บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 จึงควรใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับการ

มอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมทั้งยกเลิกประเภทการมอบอำนาจที่กำหนดไว้เดิม 2 ประเภท ได้แก่ (1) การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป ได้แก่ การมอบอำนาจในเรื่องการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะออก เพื่อให้การมอบอำนาจ ตามบทบัญญัติ มาตรา 38 ดังกล่าว สอดคล้องกับ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และลดปัญหาในการปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว ให้น้อยลงตามไปด้วย

### 3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการที่ผู้มีอำนาจตีความกฎหมายได้กำหนดข้อห้ามในการมอบอำนาจเพิ่มเติมจากข้อห้าม ตามที่บทบัญญัติ มาตรา 38 กำหนดจะใช้บังคับได้หรือไม่อย่างไร

โดยที่มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้เพียงว่า “อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด จะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการ ตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรี ในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่น...ได้” ฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 38 จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ สามารถมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ หากกฎหมายมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่น หรือห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ แต่จากการที่บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550 ไม่ได้ใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อีกทั้งประเภทของการมอบอำนาจในบทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดไว้ชัดเจนเฉพาะเรื่อง การสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ เท่านั้น ส่วนการกระทำทางปกครองในเรื่องอื่นๆ กลับใช้ถ้อยคำกว้างๆ ที่ว่า “การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่กฎหมายกำหนด” โดยมีได้นำประเภทของการกระทำทางปกครอง เช่น การออกกฎหรือกฎหมายลำดับรอง การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน และการทำ

สัญญาทางปกครองมากำหนดไว้ให้ชัดเจน จึงทำให้การกระทำทางปกครองในทุกเรื่องที่ถูกหมาย และกฎหมายได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการเฉพาะ หรือห้ามมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจสามารถมอบอำนาจในเรื่องต่างๆ ดังกล่าวได้ทั้งหมด ซึ่งทำให้เกิดปัญหาตามมาเพราะการกระทำทางปกครองในบางเรื่องเป็นเรื่องที่ไม่อาจมอบอำนาจได้ตามหลักกฎหมาย หรือในบางเรื่องหากมอบอำนาจไปแล้วจะทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการพิจารณา คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ ตามมาตรา 71/10 (8) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันที่กำหนดให้คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) ให้มีอำนาจหน้าที่ตีความ และวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้น จากการใช้บังคับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้ใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าว เพื่อมีคำวินิจฉัยกำหนดให้การกระทำทางปกครองในบางเรื่อง แม้กฎหมายที่ให้อำนาจจะมีได้มีการเขียนข้อจำกัด ห้ามมิให้มีการมอบอำนาจไว้ก็ตาม แต่การกระทำทางปกครองเรื่องนั้นไม่สามารถมอบอำนาจได้ ฉะนั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน และคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงสามารถวินิจฉัยตีความเพื่อกำหนดข้อห้ามมิให้ผู้มีอำนาจกระทำการทางปกครอง มอบอำนาจการดำเนินการในบางเรื่องเพิ่มเติมจากข้อห้ามตามที่บัญญัติ มาตรา 38 กำหนดจะใช้บังคับได้โดยอาศัยอำนาจ ตามมาตรา 71/10 (8) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ดี โดยที่คำว่า “การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นที่กฎหมายกำหนด” ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 นั้น หมายถึง การกระทำทางปกครองในเรื่องอื่นๆ เช่น การออกกฎหรือกฎหมายลำดับรอง การวินิจฉัยอุทธรณ์การรับรองการรับจดทะเบียน และการทำสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในการบริหารราชการแผ่นดินและคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองบางประเภทเท่านั้น ได้แก่

**3.1 การออกกฎหมายลำดับรอง** โดยที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือที่ สร 0903/2524 ลงวันที่ 16 เมษายน 2508 ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี มีใจความสำคัญว่า รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง จะลงนามในกฎกระทรวงในฐานะผู้ทำการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หากทำได้ไม่ เนื่องจากอำนาจการลงนามในกฎกระทรวง เป็นการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับตามอำนาจที่พระราชบัญญัติแม่บทให้อำนาจไว้ จึงเป็นอำนาจนิติบัญญัติ ไม่มีกฎหมายใด บ่งไว้ว่าให้มีอำนาจมอบหมายให้ผู้อื่นทำการแทนได้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวง จึงไม่อาจมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวได้

แต่ต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) ได้พิจารณาทบทวนปัญหาดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง โดยเห็นว่าอำนาจในการออกกฎกระทรวง เพื่อให้การปฏิบัติเป็นไปตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในการบริหารงานทั่วไป และอยู่ในความหมายของคำว่า “อำนาจในการปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย” เมื่อไม่ได้มีบทบัญญัติใด ห้ามเรื่องการมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจึงสามารถมอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงได้

### 3.2 การออกคำสั่งทางปกครอง

**3.2.1 เรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล** คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ได้วินิจฉัยในเรื่องเสรีที่ 189/2552 เรื่องการมอบอำนาจของปลัดกระทรวงสาธารณสุขให้กับรองปลัดกระทรวงสาธารณสุขหรือรองปลัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้เป็นหัวหน้ากลุ่มภารกิจในการดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการในสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวง ไว้ว่า แม้ในขณะนี้ ก.พ.ยังมีได้กำหนดหลักเกณฑ์การมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาระดับต่ำลงไปปฏิบัติแทน ในเรื่องการดำเนินการทางวินัยตามมาตรา 90 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ก็ตาม แต่โดยที่บทบัญญัติ มาตรา 90 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีความมุ่งหมายให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุสามารถใช้ดุลพินิจมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาระดับต่ำลงไป ปฏิบัติแทนผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุในการดำเนินการทางวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 7 การดำเนินการทางวินัยได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุเป็นผู้เดียวที่จะใช้อำนาจดำเนินการทางวินัยในทุกเรื่อง ซึ่งการกำหนดเช่นนั้น ก็เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาสามารถพิจารณาการดำเนินการทางวินัย ให้เหมาะสมกับการปฏิบัติงานของส่วนราชการที่อยู่ในบังคับบัญชาของผู้นั้นว่าสมควรจะมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาระดับต่ำลงไป ใช้อำนาจดำเนินการทางวินัยได้เพียงใด หรือไม่ โดยมีได้บัญญัติแยกอำนาจการดำเนินการไว้โดยละเอียด ในระหว่างผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและผู้บังคับบัญชาอื่น แต่บทบัญญัติ มาตรา 90 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็ยังได้บัญญัติเพื่อรองรับอำนาจของผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุให้สามารถมอบหมายการดำเนินการทางวินัยให้แก่ผู้บังคับบัญชาระดับต่ำลงไปได้ โดยการมอบหมายนั้น ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนดด้วย เมื่อมาตรา 90 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติเฉพาะการมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาระดับต่ำลงไปปฏิบัติแทนในเรื่องการดำเนินการทางวินัย ซึ่งจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด บทบัญญัติมาตรานี้ จึงมิได้ลบล้างอำนาจการดำเนินการของหัวหน้าส่วนราชการในการมอบอำนาจให้ผู้อื่นปฏิบัติราชการแทน ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่ง

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 เพียงแต่หาก ก.พ. ได้กำหนดหลักเกณฑ์การมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาระดับต่ำลงไปสามารถดำเนินการทางวินัยได้ในขอบเขตเช่นใด ตามมาตรา 90 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แล้ว การมอบหมายการดำเนินการทางวินัยให้แก่ผู้บังคับบัญชาระดับต่ำลงไป สำหรับตำแหน่งที่ ก.พ. กำหนดต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนดด้วย ส่วนการดำเนินการทางวินัยกรณีอื่น นอกเหนือจากหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด หัวหน้าส่วนราชการยังคงสามารถมอบอำนาจ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้ ซึ่งคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ เกี่ยวกับการตีความ และวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ได้เคยวินิจฉัยไว้ เช่นเดียวกันว่า ผู้ดำรงตำแหน่งสามารถมอบอำนาจในเรื่องการลงโทษทางวินัยให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้

**3.2.2 เรื่องการวินิจฉัยอุทธรณ์** คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้วินิจฉัยในเรื่องการมอบอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขและอธิบดีกรมอนามัยว่า การที่พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น โดยให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุด บทบัญญัติของกฎหมายนี้ จึงประสงค์จะให้ผู้มีอำนาจพิจารณาและออกคำสั่งเกี่ยวกับการอุทธรณ์ ต้องเป็นผู้มีสถานะและอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเป็นที่ยุติในฝ่ายบริหาร อำนาจในการพิจารณาและออกคำสั่งเกี่ยวกับการอุทธรณ์ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข พ.ศ. 2535 จึงมิใช่อำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป แต่มีลักษณะเป็นอำนาจโดยเฉพาะของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขที่ไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ และคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความ และวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ในการประชุม ครั้งที่ 10/2557 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2557 ได้วินิจฉัยข้อหารือของเลขาธิการนายกรัฐมนตรีว่า “...กรณีตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 กำหนดว่า กรณีนายทะเบียนท้องที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาต กฎหมายกำหนดให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตยื่นคำอุทธรณ์ต่อนายทะเบียน และให้นายทะเบียนเสนอต่อนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยคำวินิจฉัยของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ให้เป็นที่ที่สุด ซึ่งกรณีนี้ เป็นเรื่องที่กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นรัฐมนตรีรักษาการตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ เป็นผู้ใช้อำนาจ และกำหนดการใช้อำนาจเป็นลำดับชั้น เพื่อให้การกลั่นกรองเรื่องก่อนดำเนินการ จึงเป็นการที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้มีอำนาจเฉพาะตัวของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงมหาดไทย มิใช่การปฏิบัติราชการทั่วไปแต่อย่างใด นายกรัฐมนตรีจึงไม่อาจมอบอำนาจตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติมได้

**3.2.3 เรื่องการรับจดทะเบียน** คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัย ตีความ กฎหมายฉบับดังกล่าวกลับได้วินิจฉัยเรื่องดังกล่าวไว้ว่า อำนาจนายทะเบียนประจำจังหวัดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นอำนาจเฉพาะตัว ซึ่งเกิดจากการแต่งตั้งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรมแล้ว กรณีจึงไม่อาจนำบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป เกี่ยวกับการมอบอำนาจมาใช้บังคับได้ไว้ ซึ่งคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ก็ได้เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว

**3.3 การมอบอำนาจของคณะกรรมการ** ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีคำวินิจฉัยยืนยันเรื่องดังกล่าวไว้ในเรื่องเสรีที่ 389/2557 โดยวินิจฉัยในประเด็นที่สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาหรือว่า “ในประเด็นดังกล่าว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า อ.ก.พ.อ. เกี่ยวกับการอุทธรณ์ร้องทุกข์ และจรรยาบรรณที่ดั่งขึ้น ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ของข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาที่ถูกสั่งให้ออกจากราชการหรือถูกสั่งลงโทษปลดออก หรือไล่ออก ตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 แทน ก.พ.อ. หรือไม่ อย่างไรนั้น เห็นว่า โดยที่มาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 บัญญัติให้ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ถูกสั่งให้ออกจากราชการหรือถูกสั่งลงโทษปลดออก หรือไล่ออก มีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.อ. ได้ภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ ได้รับแจ้งคำสั่ง ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ.อ. กำหนด...” และในส่วนของการแต่งตั้งคณะกรรมการนั้น มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 บัญญัติให้ ก.พ.อ. มีอำนาจตั้งคณะกรรมการ เพื่อทำการใดแทนได้ โดยการแต่งตั้งและการพ้นจากตำแหน่งของคณะกรรมการ รวมทั้งการประชุมของคณะกรรมการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ ก.พ.อ. กำหนดบทบัญญัติดังกล่าว จึงแสดงให้เห็นว่าอำนาจหน้าที่ของ ก.พ.อ. ตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และเป็นอำนาจหน้าที่ของ ก.พ.อ. อย่างไรก็ดี แม้ ก.พ.อ. จะอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ตั้งคณะกรรมการ โดย ก.พ.อ. ได้แต่งตั้ง อ.ก.พ.อ. เกี่ยวกับอุทธรณ์ ร้องทุกข์และจรรยาบรรณ เพื่อทำการพิจารณาอุทธรณ์ กรณีข้าราชการ



พลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ผู้ใดถูกสั่งให้ออกจากราชการหรือถูกสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออกแทน ก.พ.อ. ก็ตาม แต่ อ.ก.พ.อ. เกี่ยวกับอุทธรณ์ ร้องทุกข์ และจรรยาบรรณ ก็มีเพียงอำนาจในการพิจารณา ดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่เกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.อ. เพื่อรวบรวมข้อเท็จจริง และเสนอความเห็นต่อ ก.พ.อ. เท่านั้น โดยไม่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์แทน ก.พ.อ. แต่อย่างใด”

ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ผู้มีอำนาจวินิจฉัยได้มีการวินิจฉัยว่าอำนาจ ในการกระทำทางปกครองในบางเรื่อง เป็นอำนาจเฉพาะตัวไม่สามารถมอบอำนาจได้ เช่น การวินิจฉัยอุทธรณ์ และอำนาจของนายทะเบียน เป็นต้น แต่โดยที่คำวินิจฉัยดังกล่าว มิได้มีการเผยแพร่ ให้ผู้ปฏิบัติที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายรับทราบโดยทั่วถึง รวมทั้งผู้ที่ปฏิบัติงานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว มีการเปลี่ยนแปลงบ่อย จึงทำให้เกิดปัญหา เพราะผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายได้มอบอำนาจในบางเรื่อง ไม่ถูกต้อง อีกทั้งยังเกิดความสับสนว่าการกระทำทางปกครองในเรื่องใดที่สามารถมอบอำนาจได้ หรือการกระทำทางปกครองในเรื่องใดบ้างที่ไม่สามารถมอบอำนาจได้ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 อีกทั้ง การกระทำทางปกครองในบางเรื่อง ผู้ศึกษา มีความเห็นในเรื่องการมอบอำนาจที่แตกต่างจากคำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

**3.3.1 การออกกฎหมายลำดับรอง** โดยที่การออกกฎหมายลำดับรองเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เนื่องจากเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร เป็นผู้ใช้อำนาจในการออกกฎหมายแทนตนเอง และจากการตรวจสอบกฎหมายในประเทศ ก็จะพบว่าโดยส่วนมาก ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการและคณะกรรมการชุดต่างๆ เป็นผู้ใช้อำนาจในการออกกฎหมาย ซึ่งเหตุผลประการหนึ่ง ก็เนื่องมาจากองค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่มดังกล่าว เป็นผู้ที่มีความชำนาญหรือประสบการณ์ในเรื่องนั้นๆ เป็นอย่างดี อีกทั้งจากความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกาและคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) ยังมีความขัดแย้งกัน และเมื่อตรวจสอบผู้ดำรงตำแหน่งที่ออกกฎหมายลำดับรองของส่วนราชการต่างๆ ก็พบว่าเกิดความสับสนค่อนข้างมาก เช่น พระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 ซึ่งมาตรา 8 กำหนดว่า “บทบัญญัติแห่งมาตรา 6 และมาตรา 7 มิให้ใช้บังคับแก่ผู้ครอบครองงาช้าง ตามลักษณะหรือขนาดที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนด” ซึ่งต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ได้ใช้อำนาจด้วยตนเอง ในการออกประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง ลักษณะและขนาดงาช้างที่ได้รับยกเว้นการแจ้งการครอบครอง พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติภาษี สรรพสามิต พ.ศ. 2527 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 8 (1) วรรคสาม กำหนดว่า “เพื่อประโยชน์ ในการจัดเก็บภาษี อธิบดีโดยอนุมัติรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศมูลค่าของสินค้าที่ผลิตในราชอาณาจักร เพื่อถือเป็นเกณฑ์ในการคำนวณภาษี โดยกำหนดจากราคาขาย ณ โรงอุตสาหกรรมในตลาดปกติได้”

ซึ่งต่อมาอธิบดีที่มีอำนาจตามกฎหมาย กลับมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองให้แก่รองอธิบดี ซึ่งปฏิบัติราชการแทนอธิบดีกรมสรรพสามิตได้ออกประกาศกรมสรรพสามิต (ฉบับที่ 38/2558) เรื่อง กำหนดมูลค่าน้ำมันเตาที่ผลิตในราชอาณาจักร เพื่อถือเป็นเกณฑ์ในการคำนวณภาษี เป็นต้น ซึ่งผู้ศึกษา เห็นว่า อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนั้น ไม่สามารถมอบอำนาจได้ เนื่องจากแนวทางการมอบอำนาจของประเทศเยอรมัน ได้มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวว่า “อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนี้ เป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คือ รัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ และองค์กรที่เกี่ยวข้อง แต่หากกฎหมายที่ให้อำนาจบัญญัติให้มีการมอบอำนาจต่อไปได้อีก ก็ต้องมีการออกกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับ เช่น กฎหมายเพื่อมอบอำนาจดังกล่าวด้วย” ฉะนั้น อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ที่กำหนดให้มีการมอบอำนาจนั้น ก็เนื่องมาจากการกระทำทางปกครองในเรื่องนั้น มีเป็นจำนวนมาก ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายไม่อาจปฏิบัติราชการได้ด้วย ความรวดเร็วและรอบคอบ การปฏิบัติราชการไม่มีความคล่องตัว การทำงานไม่สามารถลดขั้นตอนการปฏิบัติงานเพื่อให้บริการแก่ประชาชนได้ แต่เมื่อพิจารณาภารกิจที่จะต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรอง ก็จะพบว่า โดยที่กฎหมายแม่บท มิได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่ง มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ในทุกมาตรา ภารกิจในการออกกฎหมายลำดับรอง จึงมิได้มีจำนวนมาก จนผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ หรือคณะกรรมการนั้นๆ ปฏิบัติราชการด้วยความล่าช้า อีกทั้งทั้งส่วนราชการก็มิได้มีการออกกฎหมายลำดับรอง ในเรื่องเดียวกันบ่อยๆ แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุผลดังกล่าว การกระทำทางปกครองในภารกิจการออกกฎหมายลำดับรอง จึงไม่สามารถมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นๆ ได้

**3.3.2 การออกคำสั่งทางปกครอง** ในเรื่องการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัตินั้น โดยที่ผู้ศึกษา เห็นว่าการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มิใช่ทุกเรื่องที่จะสามารถมอบอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ กล่าวคือ แม้ว่ากฎหมายจะมีได้มีการกำหนดห้าม มิให้ดำเนินการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เป็นการชัดเจนก็ตาม แต่โดยพฤติการณ์หรือโดยวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งไม่ควรที่จะมอบอำนาจในบางเรื่อง เนื่องจากบางกรณีเป็นเรื่องนโยบายที่มีความสำคัญ ซึ่งเป็นกรณีที่ภารกิจของส่วนราชการที่มีเป็นจำนวนน้อย ทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายให้อำนาจไว้ สามารถดำเนินการได้โดยเร็ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมอบอำนาจนั้นประกอบกับในมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. 2550 ได้มีการกำหนดว่า ผู้ดำรงตำแหน่งอาจไม่มอบอำนาจในเรื่องใด ต่อไปนี้ก็ได้ (1) เป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจเฉพาะหรือเป็นเรื่องที่โดยสภาพไม่อาจมอบอำนาจได้ (2) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญ (3) เป็นเรื่องที่มีความจำเป็นต้องการดูแลอย่างใกล้ชิดเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน และ (4) เป็นเรื่องที่มี

อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อน หรือเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนได้ ฉะนั้น จึงควรที่จะพิจารณาลักษณะและเจตนารมณ์ในการออกคำสั่งทางปกครองในแต่ละเรื่อง โดยเฉพาะผู้ศึกษา จึงได้วิเคราะห์โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1) การปฏิบัติราชการทั่วไปภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญ เนื่องจากภารกิจดังกล่าว เป็นการปฏิบัติงานในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายระดับสูง ไม่ว่าจะเป็นนโยบายของประเทศหรือนโยบายของส่วนราชการ และเป็นเรื่องที่มีความสำคัญที่จะต้องอาศัยการตัดสินใจ หรือการดำเนินการในระดับสูง แต่ภารกิจดังกล่าว มิได้มีเป็นจำนวนมาก ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจ จึงไม่สามารถมอบอำนาจในการกระทำเรื่องดังกล่าวให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้

2) การปฏิบัติราชการทั่วไปภายในฝ่ายปกครอง ผู้ศึกษาเห็นว่าการแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น การลงโทษทางวินัย หรือการย้ายบุคคลในองค์กรนั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็จะพบว่า กฎหมายฉบับดังกล่าว ได้มีการระบุตำแหน่งผู้ที่ทำหน้าที่ ในการแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น การลงโทษทางวินัย หรือการย้ายบุคคลในองค์กรไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง โดยแบ่งเป็นระดับแล้ว ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดตำแหน่งไว้เช่นนั้น ก็โดยมีเจตนารมณ์ที่จะให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ เป็นผู้ดำเนินการโดยตรงเรื่องดังกล่าว ตามความเหมาะสม อีกทั้งในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว ผู้พิจารณาควรจะดำเนินการให้เป็นไปโดยมีมาตรฐานอย่างเดียวกัน ซึ่งหากปล่อยให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจมอบอำนาจลงไป จนผู้ดำรงตำแหน่งที่จะใช้อำนาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับล่างแล้ว ก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นมาตรฐานในการดำเนินการ นอกจากนี้ การดำเนินการในเรื่องดังกล่าว มิใช่การทำงานประจำที่มีภารกิจเป็นจำนวนมาก แต่เป็นการดำเนินการเพียงครั้งคราว ดังนั้น ผู้ศึกษา จึงไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจตีความ และเห็นว่าการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว ควรจะสงวนไว้ให้ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ หัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้กระทำการแต่เพียงผู้เดียว กรณีดังกล่าว จึงไม่สามารถมอบอำนาจได้

3) การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งผู้ศึกษา เห็นว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น เป็นขั้นตอนการดำเนินการโต้แย้งสิทธิที่ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง จะใช้สิทธิของตนก่อนที่จะมีการนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาล การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมาก ทำให้ผู้ที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจในการวินิจฉัยอุทธรณ์ เป็นผู้ที่มีความสำคัญในการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว ฉะนั้น ผู้ที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจในการวินิจฉัยอุทธรณ์ จึงควรจะเป็นผู้ดำเนินการในเรื่องนี้เอง เพราะหากมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นเป็นผู้ดำเนินการแทนแล้ว หากผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้ที่

ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องดังกล่าวนั่นเอง แล้วประชาชนผู้ใช้สิทธิอุทธรณ์อาจจะไม่ได้รับความเป็นธรรมให้สมเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ที่ต้องการให้ประชาชนใช้สิทธิในการอุทธรณ์เป็นที่พึงของประชาชนอนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาล ประกอบกับในปัจจุบันนี้ แม้ประชาชนจะมีการใช้สิทธิอุทธรณ์ก็ตาม แต่จำนวนในการดำเนินการดังกล่าวยังไม่มีจำนวนมาก ผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด จึงสามารถดำเนินการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในเรื่องดังกล่าวได้โดยเร็ว ดังนั้น จากเหตุผลดังกล่าว ผู้ศึกษา จึงเห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ที่วินิจฉัยว่า ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมาย ไม่อาจมอบอำนาจในเรื่องการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นพิจารณาได้

4) การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการรับรองนั้น โดยที่กฎหมายหลายฉบับได้มีการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการรับรองได้ อาทิเช่น การรับรองผู้ขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ทำบัญชี การออกหนังสือรับรองสัตว์น้ำที่มีได้อยู่ในบัญชีไซเตส (non-CITES) หรือการขอใบรับรองใบอนุญาตนักบินส่วนบุคคล เป็นต้น ซึ่งผู้ศึกษา เห็นว่า เมื่อได้มีการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการรับรองแล้ว เห็นได้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนี้เป็นการปฏิบัติราชการ โดยทั่วไปของส่วนราชการต่างๆ ตามที่กฎหมายได้กำหนดให้อำนาจไว้ และ โดยที่การกระทำดังกล่าว มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ภารกิจในเรื่องนี้ จึงน่าจะมีเป็นจำนวนมาก ฉะนั้น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการให้บริการแก่ประชาชนผู้มารับบริการแล้ว การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการรับรอง จึงสามารถมอบอำนาจได้

5) การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการรับจดทะเบียน ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายที่ให้อำนาจในการรับจดทะเบียนนั้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว จะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นนายทะเบียน และเมื่อตรวจสอบก็พบว่า มีกฎหมายหลายฉบับ ที่มีการกำหนดให้นายทะเบียนเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการรับจดทะเบียน อาทิเช่น ในการที่จะประกอบธุรกิจขายตรงหรือประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง บุคคลผู้ประสงค์จะต้องยื่นคำขอต่อนายทะเบียน เป็นต้น ซึ่งในกรณีนี้ ผู้ศึกษาก็เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของผู้มีอำนาจวินิจฉัยดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เนื่องจากอำนาจของนายทะเบียนจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดเป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งก่อนที่ผู้แต่งตั้งจะทำการแต่งตั้งให้ผู้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะในระดับใด อาทิเช่น ระดับรองหัวหน้าส่วนราชการ หรือระดับเจ้าหน้าที่เป็นนายทะเบียนได้นั้น ผู้แต่งตั้งย่อมต้องพิจารณาคคุณสมบัติและความสามารถในตัวบุคคลนั้น เป็นอย่างดีแล้ว ฉะนั้น หากให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้ง สามารถมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวต่อไปให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้

ก็อาจจะทำให้ผู้ที่เป็นนายทะเบียน มีคุณสมบัติและความสามารถไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้แต่งตั้งอย่างแท้จริง และแม้ว่างานในการรับจดทะเบียนจะเป็นงานที่มีเป็นจำนวนมาก แต่ผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้ง ก็ย่อมที่จะบริหารจัดการและสามารถแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยตรงให้เป็นนายทะเบียนได้ การปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียนดังกล่าว จึงสามารถให้บริการประชาชนได้ โดยไม่มีความล่าช้า ดังนั้น จึงไม่ควรกำหนดให้นายทะเบียนสามารถมอบอำนาจได้แต่อย่างใด

**3.3.3 สัญญาทางปกครอง สัญญาทางแพ่ง และการเกิดนิติเหตุ ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน** โดยที่มาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 มิได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจในการทำสัญญาทางปกครอง สัญญาทางแพ่ง และการเกิดนิติเหตุระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนไว้เป็นการชัดเจน แต่อย่างใด เพียงแค่เขียนคำรวมๆ ไว้เท่านั้นว่าเป็นการปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่น ซึ่งหากกฎหมายที่ให้อำนาจ มิได้มีการกำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่น หรือห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ การมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าว ก็จะต้องดำเนินการตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ซึ่งผู้ศึกษา เห็นว่า การที่ส่วนราชการทำสัญญาทางปกครอง สัญญาทางแพ่ง และการเกิดนิติเหตุ นั้น เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเพื่อบริหารราชการภายในส่วนราชการเอง ซึ่งภารกิจดังกล่าว ก็มีเป็นจำนวนมาก ฉะนั้น เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของหัวหน้าส่วนราชการ มิให้การปฏิบัติหน้าที่กระจุกตัวอยู่กับผู้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งเพียงคนเดียว และเพื่อให้การบริหารราชการเป็นไปด้วยความรวดเร็ว จึงเห็นว่าการกระทำทางปกครองดังกล่าว นั้น ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมายสามารถมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าว ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้

**3.3.4 การกระทำทางปกครองที่มีใ้ได้อยู่ภายใต้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง** ได้แก่ การทำสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน และการเกิดนิติเหตุระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าว ไม่มีการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่การกระทำดังกล่าวมีผลผูกพันกับส่วนราชการนั้น ฉะนั้น หากฝ่ายปกครองจะมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าว ก็ต้องเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้

**3.3.5 ผู้การมอบอำนาจของคณะกรรมการ** ซึ่งผู้ศึกษาพิจารณาแล้ว เห็นว่า อำนาจของคณะกรรมการนั้น เกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการกำหนดให้คณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจในการกระทำการในเรื่องนั้น ซึ่งการที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้มีคณะกรรมการเป็นผู้มี

อำนาจในการดำเนินการเรื่องต่างๆ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะนำความรู้ความเชี่ยวชาญของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด มาร่วมกันพิจารณา ก่อนที่จะกระทำการทางปกครองในเรื่องนั้นๆ ประกอบกับหลักการมอบอำนาจของประเทศอังกฤษ กำหนดไว้ชัดเจนว่า “การมอบอำนาจของคณะกรรมการ จะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้กำหนดไว้ชัดเจน” ฉะนั้น จากเหตุผลดังกล่าว ผู้ศึกษา จึงเห็นว่าอำนาจของคณะกรรมการนั้น จึงไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากคณะกรรมการมิได้เป็นผู้ดำรงตำแหน่ง อีกทั้งอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจเฉพาะ เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการมอบอำนาจของคณะกรรมการไว้เป็นการเฉพาะ ก็จะต้องดำเนินการมอบอำนาจตามบทกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เช่น กรณีที่คณะกรรมการชุดใด จะมอบอำนาจของตนให้แก่คณะอนุกรรมการชุดต่างๆ ได้ ก็จะต้องมีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2550 มาตรา 18 ที่กำหนดว่า “อ.ก.พ. กรม มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (4) ปฏิบัติการอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ และช่วย ก.พ.ปฏิบัติกรให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ตามที่ ก.พ.มอบหมาย”

ฉะนั้น เพื่อมิให้เกิดปัญหาจนทำให้ผู้อยู่ได้บังคับกฎหมายฉบับดังกล่าวเกิดความสับสน บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 จึงควรใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่อย่างไรก็ดี โดยที่มีการกระทำทางปกครอง ในบางเรื่องที่คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในการบริหารราชการแผ่นดิน คณะกรรมการกฤษฎีกา และผู้ศึกษาได้มีความเห็นแตกต่างกัน และยังไม่เกิดความชัดเจนว่า ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจตามกฎหมายควรที่จะกระทำการทางปกครองนั่นเอง และไม่ควรที่จะมอบอำนาจนั้น ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทน ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้แก่ อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง การปฏิบัติราชการทั่วไปภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญ การแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น การลงโทษทางวินัย หรือการย้ายบุคคลในองค์กร การวินิจฉัยอุทธรณ์ การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องการรับจดทะเบียน และการมอบอำนาจของคณะกรรมการ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเบื้องต้น คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในฐานะผู้มีอำนาจตามกฎหมาย จึงควรวินิจฉัยตีความให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองดังกล่าว และหากได้ข้อยุติแล้ว ก็ควรที่จะแจ้งให้ส่วนราชการต่างๆ และผู้อยู่ได้บังคับกฎหมายได้รับทราบต่อไปด้วย ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ก็ควรเขียนให้ชัดเจน

ว่าการกระทำทางปกครองในเรื่องใดบ้าง เช่น การวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือการรับจดทะเบียนนั้น ผู้มีอำนาจ  
ไม่อาจมอบอำนาจได้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ปฏิบัติ จะได้ไม่เกิดความสับสนในการปฏิบัติตาม



## บทที่ 5

### บทสรุป และข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการแทน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 กำหนดหลักในการมอบอำนาจไว้ว่า การมอบอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1) การมอบอำนาจทั่วไป ได้แก่ การสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่น ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใด จะพึงปฏิบัติตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และการมอบอำนาจในการอนุญาตที่ต้องมีใบอนุญาต ตามมาตรา 38 วรรคสาม โดยการมอบอำนาจ ทั้ง 2 ประเภทดังกล่าว หากกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นๆ มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้น อาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นที่อยู่ในส่วนราชการเดียวกัน ต่างส่วนราชการกัน หรือผู้ว่าราชการจังหวัด ให้เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ การมอบอำนาจให้ทำเป็นหนังสือ แต่ภายหลัง จากที่กฎหมายฉบับนี้ ได้ประกาศใช้บังคับมาระยะหนึ่งแล้ว ปรากฏว่าเกิดปัญหาในการปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

1.1 บทบัญญัติ มาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักการมอบอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในเรื่องใดได้ ก็จะต้องมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครอง ให้สามารถกระทำการทางปกครองนั้นได้ ซึ่งการที่กฎหมาย จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใด เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่กระทำการทางปกครองในเรื่องใดนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติ จะเป็นผู้มีหน้าที่ในการพิจารณาและฝ่ายปกครองที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายให้ อำนาจไว้ ก็ควรที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นด้วยตนเอง แต่การที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ในการกระทำการทางปกครอง ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้เพียงกว้างๆ ให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจ เป็นผู้พิจารณาเองว่าจะมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้ ไม่ว่าจะผู้ดำรงตำแหน่งที่รับมอบอำนาจ จะมี



ความแตกต่างกันในระดับตำแหน่ง หรือเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่อยู่ต่างส่วนราชการกันกับผู้มอบอำนาจ ก็ตาม จึงส่งผลให้ผู้ที่มิอำนาจกระทำการตามกฎหมายในเรื่องนั้น ไม่สอดคล้องกับตำแหน่ง ที่กฎหมายกำหนด และไม่ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ที่ได้รับการไตร่ตรองเป็นอย่างดีแล้วของฝ่ายนิติ บัญญัติด้วย จึงไม่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และไม่ตรง ตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้ร่างกฎหมาย แต่อย่างไร

1.2 บทบัญญัติ มาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้กำหนดประเภทของการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 แตกต่างจากประเภทของการกระทำทางปกครองตามพระราช บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ออกเป็น (1) การปฏิบัติการทาง ปกครอง (2) นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ การออกกฎหรือกฎหมายลำดับรอง และการทำคำสั่งทาง ปกครอง ได้แก่ การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง การรับจดทะเบียน และ (3) การทำสัญญาทางปกครอง ในขณะที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำการ ทางปกครอง ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้มีการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองเพียง 2 ประเภท ประกอบด้วย (1) การมอบ อำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป ได้แก่ การมอบอำนาจในเรื่องการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ การดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่ง จะต้องปฏิบัติหรือดำเนินการตามที่กฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือมติของคณะรัฐมนตรีกำหนดไว้ การทำนิติกรรม และการฟ้องคดี และดำเนินคดีแทนกระทรวง ทบวง กรม และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครอง เกี่ยวกับการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่บัญญัติผู้มิอำนาจอนุญาต ไว้เป็นการเฉพาะ จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติ มาตรา 38 ได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนเฉพาะเรื่องคำสั่ง การอนุญาต การอนุมัติเท่านั้น ส่วนการกระทำการทางปกครองในเรื่องอื่นๆ บทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะกำหนดประเภทที่จะมอบอำนาจด้วยถ้อยคำกว้างๆ ที่ว่า “การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่น ที่กฎหมายกำหนด” โดยมีได้นำประเภทของการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มากำหนดไว้เป็นการชัดเจนแต่อย่างไร ซึ่งการที่บทบัญญัติ มาตรา 38 มิได้ใช้ถ้อยคำ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทำให้บางครั้ง ผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมาย เกิดความสับสน และได้มีการหารือไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่วินิจฉัย นอกจากนั้น การที่บทบัญญัติ ดังกล่าว ได้มีการแบ่งประเภทของการมอบอำนาจ ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) การมอบอำนาจ

ในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ก็ทำให้ผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายเกิดความสับสน จนต้องมีการหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าจะมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าว เป็นการมอบอำนาจประเภทใด ดังนั้นบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 จึงไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และส่งผลให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติแก่ผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายฉบับดังกล่าวด้วย

1.3 การที่ผู้มีอำนาจตีความกฎหมาย ได้กำหนดข้อห้ามในการมอบอำนาจเพิ่มเติม นอกเหนือจากข้อห้ามตามที่บทบัญญัติ มาตรา 38 กำหนด แม้ว่าจะสามารถใช้บังคับได้ แต่ก็ส่งผลกระทบต่อผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายฉบับดังกล่าว ในการปฏิบัติตามเป็นอย่างมาก กล่าวคือ โดยที่มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้ว่า ผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ สามารถมอบอำนาจให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นได้ หากกฎหมายมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการอย่างอื่น หรือห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ แต่จากการที่บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ไม่ได้ใช้ถ้อยคำเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อีกทั้งประเภทของการมอบอำนาจในบทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดไว้ชัดเจนเฉพาะเรื่องการสั่งการอนุญาต การอนุมัติ เท่านั้น ส่วนการกระทำทางปกครองในเรื่องอื่นๆ กลับใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ที่ว่า “การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่กฎหมายกำหนด” โดยมีได้นำประเภทของการกระทำทางปกครอง เช่น การออกกฎหรือกฎหมายลำดับรอง การวินิจฉัยอุทธรณ์การรับรองการรับจดทะเบียน และการทำสัญญาทางปกครองมากำหนดไว้ให้ชัดเจน จึงทำให้การกระทำทางปกครองในทุกเรื่อง ที่กฎหมายและกฎ มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นการเฉพาะหรือห้ามมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจสามารถมอบอำนาจในเรื่องต่างๆ ดังกล่าวได้ทั้งหมด ซึ่งทำให้เกิดปัญหาตามมา เพราะการกระทำทางปกครองในบางเรื่อง เป็นเรื่องที่ไม่อาจมอบอำนาจได้ตามหลักกฎหมาย หรือในบางเรื่องหากมอบอำนาจไปแล้ว จะทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการพิจารณาและ โดยที่มาตรา 71/10 (8) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ได้กำหนดให้คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) มีอำนาจหน้าที่ตีความและวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้น จากการใช้บังคับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ ซึ่งได้มีการมอบอำนาจดังกล่าว ให้คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว และ

คณะกรรมการกฤษฎีกา ในฐานะผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่ส่วนราชการ ฉะนั้น การที่ คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบราชการ เกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหาร ราชการแผ่นดินและคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงสามารถใช้อำนาจวินิจฉัยตีความเพื่อกำหนดข้อห้าม มิให้ผู้มีอำนาจกระทำการทางปกครอง มอบอำนาจการดำเนินการ ในบางเรื่องเพิ่มเติมจากข้อห้าม ตามที่บทบัญญัติ มาตรา 38 กำหนดได้ แต่อย่างไรก็ดี โดยที่ในขณะนี้ คณะอนุกรรมการพัฒนา ระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในการบริหารราชการแผ่นดินและ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีคำวินิจฉัยว่า อำนาจในการกระทำทางปกครองในบางเรื่อง เป็นอำนาจ เฉพาะตัว ไม่สามารถมอบอำนาจได้ เช่น การวินิจฉัยอุทธรณ์ และอำนาจของนายทะเบียน เป็นต้น แต่โดยที่คำวินิจฉัยดังกล่าว ยังไม่ครอบคลุมทุกประเภทของการกระทำทางปกครองที่มิได้มีการกำหนด ให้ชัดเจนว่าสามารถมอบอำนาจได้ อีกทั้ง คำวินิจฉัยดังกล่าว มิได้มีการเผยแพร่ให้ผู้ปฏิบัติที่อยู่ ภายใต้อำนาจกฎหมายรับทราบโดยทั่วถึง รวมทั้งผู้ที่ปฏิบัติงานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว มีการเปลี่ยนแปลงบ่อย จึงทำให้เกิดปัญหาว่าผู้อยู่ใต้อำนาจกฎหมายได้มอบอำนาจในบางเรื่องไม่ถูกต้อง รวมทั้งมีความสับสน ว่าการกระทำทางปกครองในเรื่องใดที่สามารถมอบอำนาจได้ หรือการกระทำทางปกครองในเรื่องใดบ้าง ที่ไม่สามารถมอบอำนาจได้

## 2. ข้อเสนอแนะ

เพื่อแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

2.1 เห็นควรที่จะแก้ไขความในมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ แผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในประเด็นดังต่อไปนี้

2.1.1 บทบัญญัติ มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ไม่ควรกำหนดให้มีการมอบอำนาจในลักษณะที่เปิดกว้างให้ผู้มอบอำนาจ สามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ได้ อย่างเช่นปัจจุบัน แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าว ควรที่จะกำหนด โดยระบุตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจให้ชัดเจน โดยให้ผู้มอบอำนาจต้องมอบอำนาจ ให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกันหรือระดับตำแหน่งใกล้เคียงกันกับตำแหน่ง ที่กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการทางปกครองกำหนดไว้ เช่น ปลัดกระทรวง อาจมอบอำนาจให้ รองปลัดกระทรวง ผู้ช่วยปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด หรืออธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า อาจมอบอำนาจให้รองอธิบดี ผู้ช่วยอธิบดี ผู้อำนวยการกอง หัวหน้ากอง หัวหน้าส่วนราชการ ตามมาตรา 31 วรรคสอง หรือผู้ดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่า ราชการจังหวัด เป็นต้น รวมทั้งควรกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่มอบอำนาจ ต้องมอบอำนาจให้แก่

ผู้รับมอบอำนาจที่มีความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ หรือความเชี่ยวชาญใกล้เคียงกับผู้ดำรงตำแหน่งที่มอบอำนาจด้วย ซึ่งอาจจะกำหนดตำแหน่งของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจตามเดิมที่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ก่อนที่จะมีการแก้ไข ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้รับมอบอำนาจเพื่อกระทำการทางปกครองในเรื่องต่างๆ มีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้กว้างกฎหมายและเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

2.1.2 บทบัญญัติมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 ควรแก้ไขถ้อยคำเกี่ยวกับอำนาจที่จะมอบอำนาจ ให้มีความสอดคล้องกับประเภทของการกระทำทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยจะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าการกระทำทางปกครองในเรื่องใดบ้างที่ไม่สามารถมอบอำนาจได้ เช่น การวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือการรับจดทะเบียน เป็นต้น รวมทั้งยกเลิกประเภทการมอบอำนาจที่กำหนดไว้เดิม 2 ประเภท ได้แก่ (1) การมอบอำนาจในการปฏิบัติราชการโดยทั่วไป ได้แก่ การมอบอำนาจในเรื่องการสั่งการอนุญาต การอนุมัติ และ (2) การมอบอำนาจการปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับการอนุญาต ตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาต หรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะออกเพื่อให้บทบัญญัติ มาตรา 38 ดังกล่าว สอดคล้องกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และลดปัญหาในการปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวให้น้อยลงด้วย

2.2 คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในฐานะผู้มีอำนาจตามกฎหมาย จึงควรวินิจฉัยตีความให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการกระทำทางปกครองในเรื่องการออกกฎหมายลำดับรอง การปฏิบัติราชการทั่วไป ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญ การแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น การลงโทษทางวินัย หรือการย้ายบุคคลในองค์กร และการมอบอำนาจของคณะกรรมการ ว่าอำนาจในเรื่องใดมอบอำนาจได้ และอำนาจใดผู้มีอำนาจไม่อาจมอบอำนาจได้และต้องใช้อำนาจนั้นเอง เพื่อให้เกิดความชัดเจน และหากได้ข้อยุติแล้วก็ควรที่จะแจ้งให้ส่วนราชการต่างๆ และผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายได้รับทราบต่อไปด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดผู้อยู่ใต้บังคับกฎหมายไม่เกิดความสับสน และสามารถปฏิบัติได้โดยถูกต้องตามกฎหมายต่อไป



มหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

สภามหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

มหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

## บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2545). “กฎหมายปกครอง”, (พิมพ์ครั้งที่ 8). วิญญูชน.
- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2537). พื้นฐานความรู้ทั่วไป: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ: นิติธรรม,
- โกคิน พลกุล. (2544). คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาปกครอง ใน เอกสารประกอบการพิจารณาสัญญาทางปกครองของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด. (18 กันยายน 2544).
- บุบผา อัครพิมาน. (2545). สัญญาทางปกครอง: แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. (2547). “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”. ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- วรพจน์ วิส्रุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิษณุ วัลญญ และคณะ. (2551). ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สงขลา วิชัยทัตะ และคณะ. (2554). แนวทางการศึกษาชุดวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองชั้นสูง หน่วยที่ 1-15. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, นนทบุรี.
- สุนทร มณีสวัสดิ์ และคณะ. (2554). แนวทางการศึกษาชุดวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองชั้นสูง หน่วยที่ 1-15. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. (2551). คู่มือคำอธิบายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ.
- อุดร ชื่นกลิ่นชูป. (2526). หลักเกณฑ์และวิธีการสั่งการกับหลักเกณฑ์ของการมอบอำนาจสั่งการ. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- Maurer, s 14 III, Rdur. 5, S. 342, อ้างไว้ในชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

- กมลชัย รัตนสาววงศ์. (2530). “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”, *วารสารนิติศาสตร์*, 3(17), (กันยายน 2530).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2533). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส”. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 9 ตอน 1, (เมษายน 2533).
- โกคิน พลกุล. (2529). “คดีปกครองในฝรั่งเศส”. *วารสารอัยการ*, ฉบับที่ 97 ปีที่ 9, (มกราคม 2529)
- พนม เอี่ยมประยูร. (2531). “การมอบอำนาจในฝ่ายบริหาร”. *วารสารนิติศาสตร์*, 3(18).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2542). “ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน”. *วารสารนิติศาสตร์*. ( มิถุนายน 2542).
- สมยศ เชื้อไทย. (2530). “การกระทำทางปกครอง”. *วารสารนิติศาสตร์*. 17(3).
- อมร จันทรสมบุญณ์. (2527). “บทบรรณาธิการ”. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 3 ตอน 2. (สิงหาคม 2527)
- กริช ภูณิยามา. (2550). *การมอบอำนาจทางปกครองในระบบราชการ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- พันตำรวจตรี หัตถชัย จันทรปลั่ง. (2542). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจ: ศึกษากรณีการปฏิบัติราชการแทน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- หทัยรัตน์ เนาวีพิริยวัฒน์. (2552). *การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- สุเจตน์ สถาพรนานนท์. (2545). *การควบคุมการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์กุล. (2533). *การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลไทย*. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักพื้นฐานกฎหมายของปกครอง: คำบรรยายกฎหมายปกครองครั้งที่ 2*: [ออนไลน์], 16 มิถุนายน 2551. แหล่งที่มา [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net)
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2548). *รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรุงเทพฯ.

หฤทัย หงส์ศิริ. (2540). “นิติกรรมทางปกครอง”. ใน *เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2, วิชา LA 634*, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.

พันตำรวจเอก อังกูร วัฒนรุ่ง. *หลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. [ออนไลน์], แหล่งที่มา [www.bpp.go.th](http://www.bpp.go.th),

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยปัญหากฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน





## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ สกุล	นางสาวศิรินันท์ โตะะนาค
วัน เดือน ปีเกิด	5 เมษายน 2521
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2542 เนติบัณฑิตไทย
สถานที่ทำงาน	กองกฎหมายและระเบียบราชการ สำนักงาน ก.พ.ร.
ตำแหน่ง	นิติกรชำนาญการพิเศษ

