



บทที่ 3

แนวความคิดและหลักกฎหมาย เกี่ยวกับ
การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสและอังกฤษ

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ถึงพื้นฐานทั่วไปของการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารนั้น คงจะทำให้พอมองเห็นภาพของการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารขึ้นบ้างแล้ว ฉะนั้นในบทที่ 3 นี้ก็จะ ได้กล่าวถึงสิ่งซึ่งสามารถจะสร้างความ เข้าใจในเรื่องการมอบอำนาจได้อย่างแจ่มชัด โดยในบท นี้จะได้เสนอแนวความคิดและหลักกฎหมาย ตลอดจนข้อวิจารณ์ของนักกฎหมายปกครองบางท่าน เกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของฝรั่งเศส แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องนี้ของ อังกฤษ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์แนวความคิด หลักกฎหมาย ทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการ มอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทยและปัญหาความยุ่งยาก ในการปฏิบัติราชการอันสืบเนื่องมา จากการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารในวงราชการไทย ในบทต่อไป

แนวความคิดและหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของฝรั่งเศส¹

กฎหมายปกครองฝรั่งเศส ถือหลักว่านิติกรรมทางปกครอง² จะกระทำได้โดย ผู้มีอำนาจเท่านั้น หากผู้อื่นซึ่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจ มาใช้อำนาจนั้นหรือมาทำนิติกรรมทางปกครองนั้นขึ้น

¹ AUBY (J.M.) et DRAGO(R), Le Contentieux Administratif, Paris, L.G.D.J., 1975, T 2, pp. 274-280; VEDEL (g), Droit Administratif, Paris, PUF, 6^e éd., 1976, pp.190-193, 587; WALINE (M), Précis de Droit -Administratif, Paris, Montchrestien, 1969, pp.267-269, pp..332-333; LAUBADERE (A.de), Traite da Droit Administratif, T 1, Paris, LGDJ, 1976, pp. 294-296; M.M.FOURNIER et BRAIBANT, "Actes administratifs: délégation de pouviers et délégation de signature", in A.J.D.A., 1957 , pp.391-392; PUISOYE JACQUES, " Les délégation de signature", in A.J.D.A., 1960 (I), pp.69-72; J.G. GROSHENS " La délégation administrative de compétence", in Rec.Dolloz, 1958, pp. 197-204

²

นิติกรรมทางปกครอง (les actes juridiques administratifs) หมายถึง

การใช้อำนาจนั้นก็จะ เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illégal) สมดังที่ Laferrière กล่าวไว้ว่า "อำนาจมหาชน (puissance publique) จะบังคับเอาแก่ประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อผู้มีอำนาจนั้นโดยแท้จริง เป็นผู้ใช้อำนาจ อำนาจมหาชนจะไม่มีอยู่นอกตัวผู้มีอำนาจ" แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายฝรั่งเศสก็ยอมรับว่า เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองลำดับล่าง ๆ ซึ่งเป็นเสมือนเครื่องมือและแขนงที่ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจที่จะทำนิติกรรมทางปกครองโดยตนเอง อาจจะมีอำนาจที่จะตัดสินใจได้ โดยได้รับมอบอำนาจให้ทำการแทนจาก เจ้าพนักงานทางปกครองที่มีอำนาจโดยแท้จริง ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นแม้ว่าผู้มีอำนาจหรือผู้เป็นเจ้าของอำนาจนั้น มีอาจจะมอบอำนาจให้บุคคลอื่นได้ก็ตามใจชอบ เพราะการมีอำนาจนั้น เป็น เรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครอง เพื่อให้มีการ เปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ทางกฎหมาย (ordonnancement)

นิติกรรมทางปกครองอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ถ้ามองจากรูปแบบของการก่อรูปนิติกรรมขึ้นมา คือ "นิติกรรมฝ่ายเดียว" (จาก เจตน์จำนงฝ่ายเดียว) กับ "นิติกรรมสองฝ่าย" (เจตน์จำนงสองฝ่าย) ในการดำเนินกิจการทางปกครองนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับทันที (décision exécutoire) นั้น เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้อย่างกว้างขวาง อาจกล่าวได้ว่าเป็นกระบวนการปกติที่ใช้โดยบุคคลในทางปกครอง ส่วนนิติกรรมสองฝ่าย คือ สัญญานั้นอาจมีสภาพเป็น "สัญญาทางปกครอง" (contrat administratif) หรือสัญญาทางกฎหมายเอกชนก็ได้ ซึ่งฝ่ายปกครองได้ใช้ในความสัมพันธ์กับผู้จัดหาอุปกรณ์ให้กับฝ่ายปกครอง หรือใช้กับบุคคลากรของฝ่ายปกครอง ตลอดจนในความสัมพันธ์กับบุคคลต่าง ๆ ที่ร่วมดำเนินงานกับฝ่ายปกครองเองรวมตลอดทั้งผู้ใช้บริการสาธารณะ (ดูพูนศักดิ์ ใสสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการฝึกอบรมหมายเลข 4 เรื่อง "กฎหมายปกครองเบื้องต้น" ที่จัดขึ้นที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2529, หน้า 1,2)

นิติกรรมทางปกครองที่กล่าวถึงในที่นี้ หมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับทันที (decision exeuto executoire) เท่านั้น

แต่ศาลปกครองฝรั่งเศส ถือว่าเป็นอำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหารที่จะอนุญาตให้มีการมอบอำนาจดังกล่าวได้ ถ้าการมอบอำนาจนั้นไม่ใช่เป็นการมอบอำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติกำหนดว่าเป็นอำนาจเฉพาะของผู้ใด หลักนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ชื่อ Mogambury ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยตาม ข้อสรุปที่เสนอโดย Romieu พนักงานผู้รับผิดชอบส่วน Romieu ให้เหตุผลว่า การมอบอำนาจ ก็คือ การเปลี่ยนแปลงการจัดสรรปันส่วน แบ่งอำนาจในระบบราชการนั่นเอง และเมื่ออำนาจในการจัดองค์กร และแบ่งอำนาจในระหว่างหน่วยงานของรัฐในระบบราชการ เป็นสาระสำคัญของอำนาจของประมุขของรัฐแล้ว ประมุขของรัฐจึงอาจสั่งให้มีการมอบอำนาจต่อได้ เว้นแต่ในกรณีที่อำนาจนั้นถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือ รัฐบัญญัติว่าเป็นอำนาจเฉพาะของประมุขของรัฐ และประมุขของรัฐไม่มีสิทธิที่จะไม่ใช้อำนาจนั้นด้วยตนเอง ฉะนั้นนอกเหนือจากข้อจำกัดดังกล่าวแล้ว ประมุขของรัฐหรืออภินายหนึ่ง ก็คือประมุขของฝ่ายบริหาร¹ อาจสั่งหรืออนุญาตให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองมอบอำนาจของเจ้าพนักงานเหล่านั้นให้เจ้าพนักงานอื่นได้ ตัวอย่างที่ประมุขของฝ่ายบริหารเคยมอบอำนาจตามหลักนี้ ก็ได้แก่กรณีที่ President du Conseil des ministers ในสาธารณรัฐที่ 4 จัดการแบ่งสรรปันส่วนอำนาจในระหว่าง รัฐมนตรี และการแบ่งอำนาจดังกล่าวนี้ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 1945 จะต้องทำเป็น règlement d'administration publique

นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแบ่งการมอบอำนาจ (délégation) ออกเป็น 2 จำพวก คือ

- 1) การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature)
- 2) การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir)

ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องนี้มีว่า การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน และการมอบอำนาจให้ทำการแทนนั้นมี เจือปน ไข้อย่างเดียวกัน จะแตกต่างกันก็ เฉพาะผลในกฎหมายเท่านั้น²

¹ ในระบบการ เมืองแบบ เก้าของฝรั่งเศส ประธานาธิบดี เป็นทั้งประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร

² VEDEL, op.cit., p.191; LAUBADERE, op.cit., p.294

เงื่อนไขการมอบอำนาจ

ก) ทั้งการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน และการมอบอำนาจให้ทำการแทนนั้นจะกระทำได้ เมื่อมีกฎหมายซึ่งอาจเป็นรัฐบัญญัติ (loi) หรือกฎหมายของฝ่ายบริหารคือ รัฐกฤษฎีกา (décret) ให้อำนาจไว้เท่านั้น¹ การมอบอำนาจใด มิได้มีบทกฎหมายให้อำนาจไว้ก็จะเป็นโมฆะ² แต่อย่างไรก็ตามหลักที่ว่า การมอบอำนาจจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จะต้องอยู่ภายใต้ทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติ ซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ว่า สถานที่ปรึกษาแห่งรัฐจะเป็นผู้ดูว่า สถานการณ์ไม่ปกติ เกิดขึ้น เมื่อใด ซึ่งมีผลในกฎหมายปกครองหลายประการ โดยเฉพาะมีผลทำให้ หลักเกี่ยวกับขอบอำนาจ แบบและเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง เปลี่ยนไปจากภาวะปกติ ในส่วนที่เกี่ยวกับขอบอำนาจ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจจะไม่เคร่งครัด เหมือนกับภาวะปกติที่เป็น เช่นนี้ก็ เพราะว่าเป็นสถานการณ์ดังกล่าวจะต้องดำเนินการโดยรีบด่วน และ เจ้าพนักงาน ซึ่งมีอำนาจดำเนินการนั้น ต้องสามารถใช้อำนาจดำเนินการได้ฉับพลันทันที ถ้าประโยชน์สูงสุดแห่งรัฐเรียกร้อง ด้วยเหตุนี้ในสภาวะสงคราม เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอาจมอบอำนาจของคนให้

¹AUBY et DRAGO, op.cit., pp. 275-276 สำหรับกฎหมายของฝ่ายบริหารอื่น ๆ เช่น กฎกระทรวง (arrêté ministériel) นั้น ถ้ากฎหมายแม่บทมิได้ให้อำนาจในเรื่องนี้ไว้ ก็จะกำหนดให้มีการมอบอำนาจมิได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจในการแบ่งความรับผิดชอบระหว่างฝ่ายปกครองนั้น ขึ้นอยู่กับประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี (ตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน) เท่านั้น

²คดี *Ministre des Anciens Combattants et Victimes de la guerre c/Allotte de la Fuye* ลงวันที่ 23 มกราคม 1959 สถานที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า : เมื่อใดก็ตามที่ Henri Ribière ซึ่งเป็นผู้อำนวยการของสำนักงานทหารผ่านศึกและผู้ได้รับภัยจากสงครามแห่งชาติ ซึ่งเป็นผู้ถูกทาในคดีนี้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรี โดยคำสั่งของรัฐมนตรีลงวันที่ 1 มีนาคม 1955 ให้ลงชื่อในคำสั่งในนามของรัฐมนตรีได้ ยกเว้นการลงนามในคำสั่งหรือกฎกระทรวงที่ออกตามความในรัฐบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับการปกครองสำนักงานแห่งชาติดังกล่าว ปรากฏว่าหามิบทบัญญัติในรัฐบัญญัติ หรือรัฐกฤษฎีกาฉบับใดที่มีผลใช้บังคับอยู่ในยุคนั้น ให้อำนาจรัฐมนตรีในการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนต่อผู้อำนวยการไม่ และยังกว่านั้นไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจผู้อำนวยการดังกล่าว เป็นผู้แทนรัฐมนตรีในการดำเนินคดี ด้วยเหตุนี้ฎีกาของผู้อำนวยการจึงไม่อาจรับไว้พิจารณาได้

เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอื่น เพื่อดำเนินการโดยเร่งด่วนได้ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติ หรือรัฐกฤษฎีกาใด ยอมให้มีการมอบอำนาจดังกล่าว (Ste des Etablissements Sauplquet, du 1^{er} aout 1919, Lebon, P.713)

เงื่อนไขข้างต้นมีผลต่อไปว่า ถ้ารัฐบัญญัตินั้นเองแสดงให้เห็นว่าผู้บัญญัติกฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการมอบอำนาจกันได้ เช่น กำหนดให้อำนาจนั้นมีลักษณะ เป็นอำนาจส่วนบุคคลโดยเฉพาะ (compétence strictement personnelle)¹ หรือรัฐบัญญัตินั้นเองได้บัญญัติจัดสรรปันส่วนอำนาจระหว่างผู้หนึ่งกับผู้มีตำแหน่งรอง ๆ ลงไปอย่างละเอียด (ตุคต C.E., 17 Juin 1938, Sté La Grande Brasserie La Nouvelle Gallia, P.541) หรือ รัฐบัญญัตินั้นมีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองเอกชน เป็นพิเศษ จึงได้มอบอำนาจนั้นไว้แก่ผู้หนึ่ง (ตุคต C.E., 1 fév. 1946, deriot, p.31) ในกรณีเช่นว่านี้ การมอบอำนาจจะกระทำได้อีกต่อเมื่อรัฐบัญญัตินั้นเองให้อำนาจไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้รัฐกฤษฎีกาจะให้มีการมอบอำนาจกันได้ ก็ต้องถือว่า รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติห้ามผลบังคับไม่

อนึ่งมีหลักต่อไปว่า กฎหมายซึ่งยอมให้มีการมอบอำนาจได้นั้นต้องมีลักษณะชัดเจนแจ้ง และมีมาก่อนที่จะมีการมอบอำนาจกันจริง ๆ (ตุคต C.E., 19 mars 1948, Francaise, p.133)

ข) เงื่อนไขที่สำคัญประการต่อมา ก็คือ คำสั่งมอบอำนาจนั้นเองต้องมาจากบุคคลผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจเดิมอยู่ตามปกติ โดยเหตุนี้ ผู้ซึ่งได้รับมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน

¹ ตติ C.E., 30 juin 1961, Procureur Général près La Cour des Comptes, p.451 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อ้างถึงน่าต้องพิจารณาว่า มีจุดมุ่งหมายที่จะมิให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน เพื่อที่จะฟ้องต่อศาลดังกล่าว (ศาลบัญชีชั้นสูง) ทั้งนี้ก็โดยที่เคราะห์ถึงความร้ายแรง เป็นพิเศษของการดำเนินคดีดังกล่าวในศาลสูงที่ว่านั้นเอง หรือ คติ C.E., 2 févr 1955, Magloire, p.62 ที่วินิจฉัยว่า กรณีการลงนามกำกับกับการลงนามของผู้มีอำนาจ (contre signature) ของรัฐมนตรีในรัฐกฤษฎีกานั้นหาอาจมอบให้ผู้อื่นได้ไม่

จึงไม่มีอำนาจลงชื่อในคำสั่งตั้งผู้อื่น เป็นผู้กระทำแทนผู้มอบอำนาจได้¹ แต่ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นอยู่ 2 ประการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir ou compétence) คือ

ประการแรก การมอบอำนาจให้ทำการแทนนี้ อาจมีที่มาจากบทกฎหมาย โดยตรง ผู้ทรงอำนาจอยู่เดิมหาได้มีคำสั่งอย่างใดไม่² กรณีเช่นว่านี้ใกล้เคียงกันมากกับ เรื่องการโอนอำนาจไปโดยเด็ดขาด แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นว่าการโอนอำนาจไปโดยเด็ดขาด มีลักษณะถาวร (permanent) แต่การมอบอำนาจให้ทำการแทนโดยผลของกฎหมายเป็นการชั่วคราว และการมอบอำนาจแบบนี้มักนิยมนำมาใช้ในการปรับปรุงการจัดสรรอำนาจในส่วนอำนาจในการบริหารราชการส่วนภูมิภาคของฝรั่งเศส ตัวอย่างที่อาจยกขึ้น เทียบเคียงได้ในเรื่องนี้ ก็คือ การที่รัฐกฤษฎีกาที่ 64-250 ลงวันที่ 14 มีนาคม 1964 มาตรา 3 วรรค 3 บัญญัติให้ "โอนอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการพลเรือนประจำจังหวัด ซึ่งมีที่มาจากบทบัญญัติในกฎหมายของฝ่ายบริหาร หรือมาจากการมอบอำนาจโดยตรงของรัฐมนตรี ไปให้ผู้ว่าราชการจังหวัด..." ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดนั้นเอง เป็นผู้กำกับนโยบายทั่วไปของรัฐบาลในภาคจังหวัด และระดับย่อยยังข้อขัดแย้งของฝ่ายปกครองส่วนจังหวัดด้วยกัน ในทางปฏิบัติจริง ๆ แล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดจะไปใช้อำนาจของหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดจริง ๆ ทั้งหมดทุกเรื่องอย่างไรได้ รัฐกฤษฎีกาดังกล่าว จึงได้ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะมอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการเหล่านั้นลงชื่อแทนตนได้³

ประการที่สอง ผู้บังคับบัญชาโดยตรงของผู้มีอำนาจนั้นตามกฎหมาย อาจสั่งให้ผู้ใดคนหนึ่งทำการแทนผู้มีอำนาจอยู่เดิมได้เช่นกัน กรณีเช่นว่านี้ จัดเป็นการมอบอำนาจให้ทำการแทนโดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

¹ Odent (A), Contentieux Administratif, Paris, les cons de droit, 1957-1958, f. III, p.792

² AUBY et DRAGO, op.cit., p.277; WALINE, op.cit., p.267

³ WALINE, Ibid, pp.266-269



ค) นอกจากหลักดังกล่าวแล้ว สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้กำหนดหลักกฎหมายต่อไปอีกว่า ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจที่จะมอบอำนาจช่วง (sousdélégation) ไปให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งไม่ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้มอบอำนาจช่วงต่อไปได้โดยชัดแจ้ง¹

¹ ดูคดี C.E., Angeras, ลงวันที่ 6 มกราคม 1954 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า "เมื่อพิจารณาได้ความว่า คำสั่งซึ่งถูกฟ้องให้เพิกถอนในคดีนี้ เป็นคำสั่งซึ่งสั่งตามคำขอของ Angeras และคำสั่งดังกล่าวนี้ ลงนามโดยหัวหน้าส่วนซึ่ง เป็นผู้ช่วยหัวหน้าฝ่ายที่อยู่อาศัยในกระทรวงโยธาธิการและการผังเมือง และได้ความต่อไปว่า เจ้าพนักงานดังกล่าวหาอำนาจโดยตนเอง ที่จะทำคำสั่งดังกล่าวไม่ ทั้งเจ้าพนักงานดังกล่าวยังไม่ได้รับมอบอำนาจใดจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวง เพื่อกะทำการดังกล่าว เมื่อพิเคราะห์รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 18 ตุลาคม 1949 ประกอบด้วยแล้ว รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้มอบอำนาจโดยถาวรให้หัวหน้าฝ่ายที่อยู่อาศัยลงนามแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงโยธาธิการฯ ภายในขอบอำนาจของรัฐมนตรี ยกเว้นการลงนามแทนในรัฐกฤษฎีกาในกฎกระทรวงหรือในคำสั่งอื่นใดที่มีลักษณะ เป็นการทั่วไป หรือซึ่งกำหนดหลักการ ด้วยเหตุนี้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือของกฎหมายอื่นใดในฝ่ายบริหาร ให้เจ้าพนักงานดังกล่าวโดยการมอบอำนาจดังกล่าวต่อไปยังผู้ช่วยของตนได้ Angeras จึงขอที่จะอ้างว่าคำสั่งดังกล่าวนั้น ทำลงโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจได้"

และดูคดี Brannelec ลงวันที่ 3 มิถุนายน 1953, Lebon p.256

สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้พิจารณาว่า "คำสั่งลงวันที่ 16 ตุลาคม 1947 ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดได้มอบอำนาจให้ลงชื่อแทนมานั้น ปรากฏว่าคำสั่งดังกล่าวนี้ ไม่ได้ลงนามโดยรัฐมนตรี แต่ลงนามโดยผู้อำนวยการสำนัก เลขาธิการรัฐมนตรี ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีอีกต่อหนึ่งในกรณีเช่นนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เห็นว่า รัฐมนตรีนั้นไม่สามารถที่จะมอบอำนาจดังกล่าวให้ผู้อำนวยการสำนักงาน เลขาธิการรัฐมนตรี คือ ไม่สามารถที่จะมอบอำนาจดังกล่าว เพื่อให้ผู้อำนวยการสำนัก เลขาธิการรัฐมนตรีของเขาไปมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนอีกต่อหนึ่งให้กับผู้ว่าราชการจังหวัด ดังนั้นหากรัฐมนตรีต้องการที่จะมอบอำนาจดังกล่าวไปให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ก็หน้าที่จะกระทำโดยตรงด้วยการออกคำสั่งในความหมายนั้น มิใช่ผู้อำนวยการสำนัก เลขาธิการรัฐมนตรีจะมาตัดสินใจมอบอำนาจให้ผู้อื่นแทนรัฐมนตรี ดังนั้นถือได้ว่าคำสั่งซึ่งมอบอำนาจให้กับผู้ว่าราชการจังหวัด โดยผู้อำนวยการสำนัก เลขาธิการรัฐมนตรีนั้น เป็น เรื่องไม่ชอบด้วยกฎหมาย"

ปัญหาที่เกิดขึ้นมีว่า อย่างไรจึง เป็นการมอบอำนาจช่วง (sousdélégation) ตามกฎหมายฝรั่งเศส

โดยปกติ การวินิจฉัยว่าการใด เป็นการมอบอำนาจช่วงหรือไม่ จำต้องย้อนกลับไปพิเคราะห์อำนาจเดิม เสียก่อนว่ามีที่มาอย่างไร เรื่องนี้ทางฝ่ายนักวิชาการ (doctrine) และศาลฝรั่งเศส มีแนววินิจฉัยแยก เป็น 2 แนว แล้วแต่ว่าอำนาจเดิมที่มอบนั้น เป็นอำนาจปกครอง (compétence administrative) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร (pouvoir exécutif) หรืออำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (pouvoir réglementaire)

สำหรับอำนาจปกครอง (compétence administrative) นั้นศาลฝรั่งเศส และนักนิติศาสตร์ เห็นพ้องต้องกันมา เป็นเวลาช้านานแล้วว่า เป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองมีอยู่แล้ว โดยตัวเองตามลักษณะของอำนาจหน้าที่¹ หากจำเป็นต้องมีกฎหมายโดยบัญญัติมารองรับอีกโดยตรงหรือไม่ หรือหากจะพึงมีก็ถือว่า กฎหมายนั้นประสงค์ที่จะเพิ่มหรือลดอำนาจปกครองที่มีอยู่แล้วในตัวเอง ตามแนวความคิดนี้ ผลจึงมีว่า ในช่วงแรก ที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง หรือในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาแต่งตั้งให้เจ้าพนักงานผู้นั้นมีอำนาจอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงทำให้เป็นการมอบอำนาจ (délégation) ไม่ หาก เป็นเพียงการแต่งตั้งให้มีอำนาจ (investiture pure et simple) ต่อเมื่อผู้ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจจากกฎหมายหรือผู้บังคับบัญชาจะมอบอำนาจอันตนมีอยู่ให้ผู้อื่นในช่วงที่สอง จึงจัด เป็นการมอบอำนาจกันตามธรรมดา ทำให้เป็นการมอบอำนาจช่วงไม่ การมอบอำนาจช่วงจะเกิดขึ้นในช่วงที่สาม เป็นต้นไป

สำหรับอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ๆ ลงไปของฝ่ายปกครอง (pouvoir réglementaire) นั้น นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสถือว่าโดยเนื้อหา (matériellement) แล้ว กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกว่า กฎระเบียบ (règlement) นั้นมีลักษณะอย่างเดียวกับ

แต่อย่างไรก็ดี ในคดี Brannelec นั้นขอตั้งข้อสังเกตว่า ถ้าสิ่งที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ ได้ระบุให้ผู้มอบอำนาจสามารถจะมอบอำนาจให้ทำอะไรก็ได้ แล้วผู้มอบอำนาจนั้น มอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจไปมอบอำนาจให้ผู้อื่น เช่นนี้ก็ไม่น่าจะทำได้

¹ ฤทธิ์อำนาจมหาชน (puissance publique)

รัฐบัญญัติ (loi) ทุกประการ เพราะมีลักษณะเป็นการทั่วไป (général) และไม่จำกัดบุคคล¹ (impersonnel) จะต่างกับที่เฉพาะองค์กรผู้บัญญัติ (organe) และข้อจำกัดอำนาจในการบัญญัติ² และโดยที่ทฤษฎีดั้งเดิมของฝรั่งเศสซึ่งมีมาจากแนวความคิดของรูสโซถือว่า อำนาจออกกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป และไม่จำกัดบุคคลนี้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะ³ ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจเฉพาะออกคำสั่งเป็นรายกรณี (acte individuel) หรือหากจะออกกฎระเบียบที่เป็นการทั่วไปก็ เป็นไปเพียงเพื่อการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหลัก (exécution des lois) เท่านั้น ผลจึงมีว่า ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายบริหารหรือเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองออกกฎระเบียบได้ ในช่วงแรกนี้จึงถือว่ามี การมอบอำนาจ (délégation) กันช่วงหนึ่งแล้ว หากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนั่นเอง จะมอบอำนาจที่ตนได้รับมาจากกฎหมายไปให้ผู้อื่นออกกฎหรือระเบียบแทน โดยรัฐบัญญัติ (loi) นั้นมิได้ให้อำนาจไว้โดยตรงก็จะกระทำมิได้ เพราะถือว่ามี การมอบอำนาจช่วง (sousdélégation) เกิดขึ้นแล้ว

ทฤษฎีดังกล่าวเป็นทฤษฎีดั้งเดิม (doctrine classique) ซึ่งมีผลต่อการพิพากษาคดีปกครองของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมาตรา ๒๖ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส ความจริงแล้วทฤษฎีนี้จะนำมาใช้อ้างในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสปัจจุบันโดยตรงมิได้ เพราะปัจจุบันนี้ตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ ๕ ได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกกฎระเบียบ เป็นการทั่วไปได้โดยอิสระ (règlement autonome)

¹ เจ้าทฤษฎีนี้คือ Duguit ในตำรา Traité de droit constitutionnel

² Carré de Malberg ถือว่าอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นอำนาจเดิม (puissance initiale) และไม่มีเงื่อนไข (inconditionnée) กล่าวคือ ผู้บัญญัติกฎหมายจะบัญญัติกฎหมายในเรื่องใด อย่างไรก็ได้ ไม่มีข้อจำกัด แต่กฎระเบียบของฝ่ายปกครองเองย่อมถูกจำกัดโดยลักษณะแห่งหน้าที่ (fonction) และกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

³ เทียบรัฐธรรมนูญ ปี 1791 มาตรา ๖ "อำนาจบริหารมีอาจออกกฎหมายได้เลย แม้ว่ากฎหมาย (loi) นั้นจะ เป็นการชั่วคราว..."

โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายที่มีศักดิ์เป็นรัฐบัญญัติ (loi) รองรับ ตามมาตรา 37 ถ้าเนื้อหาสาระของกฎระเบียบดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 34 โดยเหตุนี้จึงว่าอำนาจออกกฎหมายที่เป็นการทั่วไปและไม่จำกัดบุคคล เป็นอำนาจ เฉพาะของฝ่าย

¹ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสปี 1958

มาตรา 34 รัฐบัญญัติต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภา

รัฐบัญญัติกำหนดกฎ เกณฑ์ทั้งหลาย เกี่ยวกับ

- สิทธิแห่งการ เป็นพล เมืองและหลักประกันขั้นมูลฐานซึ่งให้แก่พล เมืองสำหรับใช้เสรีภาพมหาชน การเกณฑ์พล เมือง เพื่อการป้องกันประเทศซึ่งรวมทั้งการ เกณฑ์ตัวบุคคลและทรัพย์สิน
- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายทั้งหลาย อันว่าด้วย ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การสืบมรดก และการให้
- การกำหนดการกระทำอัน เป็นความผิดอาญาพันดโทษ (crime) และมิชฌิมโทษ (delits) และกำหนดอัตราโทษสำหรับการกระทำดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญาการ นิรโทษกรรม การตั้งระบบศาลใหม่ขึ้น และสถานะของผู้พิพากษา
- ฐานภาษีอากร อัตรา และวิธีการจัด เก็บภาษีอากรทุกชนิด ระบบการออก เงินตรา

รัฐบัญญัติกำหนดกฎ เกณฑ์ทั้งหลาย เกี่ยวกับ เรื่องต่อไปนี้ด้วย

- ระบบการ เลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา และสภาท้องถิ่น
- การสร้างประ เภทองค์กรของรัฐบาลขึ้นใหม่
- หลักประกันขั้นมูลฐานซึ่งให้แก่ข้าราชการพล เรือและทหารของรัฐ
- การเวนคืนธุรกิจทั้งหลายมาเป็นของรัฐ และการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในภาครัฐบาลไปให้ภาค เอกชน

รัฐบัญญัติวางหลักการพื้นฐานดังต่อไปนี้

- การจัดองค์กรและระ เเบียบทั่วไปทางกลาโหม
- การปกครองตนเองขององค์กรปกครองท้องถิ่น ตลอดจนอำนาจหน้าที่และ รายได้ขององค์กรดังกล่าว

- การจัดการศึกษา
- การจัดระบบกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินทั้งหลาย ตลอดจนหน้าที่ทางแพ่งและพาณิชย์
- กฎหมายแรงงาน กฎหมายสหภาพ และกฎหมายประกันสังคม

นิติบัญญัติมิได้ เหตุผลจึงน่าจะเป็นว่า ปัจจุบันนี้วิธีที่เคราะห่อำนาจเดิม (compétence initiale) และการมอบอำนาจ (délégation) ทั้งการมอบอำนาจช่วง sousdélé-gation) จึงน่าจะขึ้นอยู่กับการ เปรียบเทียบการกระทำ (acte) ซึ่งเป็นที่มาแห่งอำนาจ เดิม และอำนาจที่จะมอบนั้นเอง ถ้าการกระทำทั้งสองช่วงมีลักษณะอย่างเดียวกันก็จัดว่าการ มอบอำนาจเกิดขึ้น แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าการกระทำในช่วงแรกและช่วงที่สองมีลักษณะ ต่างกันจะถือว่าการมอบอำนาจมิได้ ดังนั้นเมื่อรัฐบัญญัติ (loi) ให้อำนาจปกครองเฉพาะ เรื่องแก่เจ้าพนักงานปกครองคนใดในการหนึ่ง ถ้าเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองคนนั้นจะไปมอบ อำนาจให้ผู้อื่น การจะวินิจฉัยว่าการมอบอำนาจช่วงหรือไม่ จึงต้องสังเกตว่าการกระทำ อยู่ 3 ช่วง คือ ช่วงแรก - รัฐบัญญัติ ช่วงที่สอง - อำนาจที่เกิดจากรัฐบัญญัตินั้นเองและช่วง ที่สาม คืออำนาจที่มอบให้ผู้อื่น จะเห็นได้ว่า รัฐบัญญัติซึ่งเป็นที่มาของอำนาจ เดิมนั้นมีลักษณะ ต่างกับอำนาจเดิมที่เกิดขึ้นโดยผลแห่งรัฐบัญญัตินั้นโดยสิ้นเชิง เพราะรัฐบัญญัตินั้นเอง เป็นกฎหมาย ที่มีลักษณะ เป็นการทั่วไปและไม่จำกัดบุคคล ส่วนอำนาจที่รัฐบัญญัตินั้นตั้งขึ้น เป็นอำนาจปกครอง เฉพาะ เรื่องเฉพาะราย (acte individuel) จึงถือไม่ได้ว่าการมอบอำนาจ (délégation) กัน หากแต่เป็นเพียงการแต่งตั้งให้อำนาจกันตามธรรมดา (investiture pure et simple) เท่านั้นเอง ต่อเมื่อผู้มีอำนาจเดิมตามกฎหมายจะไปมอบอำนาจนั้นให้ผู้อื่น ช่วงนี้ จึงจะเกิดการมอบอำนาจ (délégation) เกิดขึ้น เพราะลักษณะของการกระทำ (acte)

รัฐบัญญัติการคลังทั้งหลาย กำหนดรายรับรายจ่ายของรัฐภายในบังคับแห่งเงื่อนไข ทั้งหลาย ซึ่งกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique)

รัฐบัญญัติแผนงานทั้งหลาย กำหนดวัตถุประสงค์ประสงค์ทั้งหลายของกิจการทางเศรษฐกิจ และสังคมของรัฐ

บทบัญญัติทั้งหลายแห่งมาตรานี้ อาจได้รับการขยายความและทำให้ชัดเจนขึ้นได้ โดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

มาตรา 37 เรื่องทั้งหลายนอกจากที่กำหนดให้อยู่ในขอบ เขตแห่งรัฐบัญญัติ ย่อมมี ลักษณะที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายของฝ่ายบริหาร

บทบัญญัติทั้งหลายที่อยู่ในรูปรัฐบัญญัติซึ่งได้ประกาศใช้แล้ว (ก่อนปี 1958) แต่ เกี่ยวข้องกับ เรื่องที่อยู่ในขอบ เขตของการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารอาจถูกแก้ไขโดยรัฐกฤษฎีกา ภายหลังความเห็นชอบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแล้ว บทบัญญัติทั้งหลายที่อยู่ในรูปรัฐบัญญัติซึ่งจะ ได้ประกาศขึ้นใช้ภายหลังการไต่ขังกับรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลงโดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ เฉพาะ เมื่อตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแล้วว่าบทบัญญัติทั้งหลายที่ว่ามีลักษณะ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของฝ่ายบริหารตาม บทบัญญัติในวรรคต้นนี้

ของผู้อำนาจ เดิมกับลักษณะของการกระทำของผู้รับมอบนั้น มีลักษณะอย่างเดียวกัน เป็นการใช้อำนาจปกครองเฉพาะเรื่องทั้งคู่ หากแต่มีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ใช้อำนาจนั่นเอง

ถ้ารัฐบัญญัติ (loi) นั้นกำหนดให้มีการออกกฎระเบียบในเรื่องใด เป็นรัฐกฤษฎีกา (décret) ซึ่งประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนาม ถ้ารัฐกฤษฎีกานั้นเองไม่ได้บัญญัติเรื่องนั้นไว้ แต่โยนไปให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวง จะถือว่า ณ จุดใด เป็นการมอบอำนาจ (délégation) ?

ข้อนี้จะเห็นได้ว่ามีการกระทำ (acte) อยู่ 3 ช่วง เช่นกัน คือรัฐบัญญัติ อันเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ (acte législatif) ; รัฐกฤษฎีกา อันเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร (acte administratif) และกฎกระทรวงอันเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารเช่นกัน การกระทำทั้ง 3 ช่วงมีลักษณะเหมือนกันทุกประการ กล่าวคือเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและไม่จำกัดบุคคล จะต่างกันแต่องค์กรผู้บัญญัติเท่านั้น ผลจึงมีว่าในช่วงที่รัฐบัญญัติให้อำนาจออกรัฐกฤษฎีกาจึงจัดว่ามีการมอบอำนาจ (délégation) กันแล้ว ดังนั้น เมื่อรัฐกฤษฎีกาโยนไปให้กฎกระทรวงบัญญัติเรื่องนี้ จึงจัดเป็นการมอบอำนาจช่วง (sousdélégation)¹

แต่หลักนี้หากถือโดยเคร่งครัดก็ย่อม จะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี เพราะเรื่องบางเรื่องเป็นเรื่องทางเทคนิคและเป็นรายละเอียดมาก การจะให้รัฐกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของฝ่ายบริหารมากกว่าหนดเรื่องเหล่านี้ก็ย่อมจะไม่ได้ผลดีมาก เท่ากับให้รัฐมนตรีเจ้า

¹ ดูคดี C.E. 2 NOV.1962, Géraud, A.J.D.A.1963, P.113 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า รัฐบัญญัติ (loi) ได้กำหนดไว้ว่า สถานะพิเศษของข้าราชการบางเรื่องต้องบัญญัติไว้ในรัฐกฤษฎีกา ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (décret en Conseil d'Etat) แต่รัฐบาลกลับตรารัฐกฤษฎีกานั้นให้กฎกระทรวงร่วมหลายกระทรวง (arrêté interministériel) เป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ดังนั้นเป็นการมอบอำนาจช่วง (sousdélégation) รัฐสภาอาจกระทำการดังกล่าวได้ไม่ (ดู คดี C.E., 2 NOV.1962, Syndicat chrétien des établissements pénitentiaires, R.D.P., 1964, P.501; C.E., 13 Juil.1968 Moreau, P.441 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐถือว่า หลักนี้เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป (principes généraux du droit public) ซึ่งแสดงให้เห็นความสำคัญของปัญหายิ่งขึ้น (ดู คดี C.E., 8 fév. 1950, Chauvet, P.85)

ของเรื่อง ผู้มีความรู้ความสามารถพิเศษในเรื่องนั้นกำหนดเอาไว้ในกฎกระทรวง¹ โดยปีนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจึงผ่อนคลายเป็นหลักดังกล่าว โดยยอมให้รัฐกฤษฎีกาบัญญัติให้กฎกระทรวงกำหนดเรื่องนั้นได้ ถ้า

1) รัฐบาลจะต้องกำหนดมาตรการให้เป็นไปตาม เนื้อหาที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้ ภายใน แบบ และระยะเวลาที่กฎหมายดังกล่าวระบุไว้ รัฐบาลอาจโยนไปที่กฎกระทรวง กำหนดวิธีการบังคับการให้เป็นไปตามมาตรการดังกล่าวได้ (modalités d'application de ces mesures) (ดู คดี C.E., 20 avril.1960, Ent. Millet et Cie, A.J.D.A., 1960, P.304)

2) แต่รัฐกฤษฎีกาที่มอบอำนาจช่วงดังกล่าว จึงต้องกำหนดหลักการบัญญัติกฎกระทรวงเอาไว้ (principes de la réglementation) ด้วยความ "รัดกุมตามสมควร" (avec une précision suffisante) (ดู คดี C.E., 15 mars 1961, Sté des établissements Omer Decugis, A.J.D.A., 1961, P.700)

หลักการดังกล่าวนี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากทาง ฝ่ายนักวิชาการ (doctrine) อย่างมาก เพราะเอาเข้าจริงแล้ว ศาลกลับตีความ เรื่องการกำหนด "หลักการด้วยความรัดกุมตามสมควร" อย่างกว้าง²

อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นการมอบอำนาจช่วงในอำนาจปกครอง เฉพาะ เรื่อง เฉพาะ ราย (acte individuel) แล้ว การผ่อนคลายเป็นหลักดังกล่าวหาไม่

ง. เนื้อหาสาระของการมอบอำนาจจะต้องตรงกับกฎหมายที่อนุญาต ให้มอบอำนาจได้นั้นเอง เช่นรายละเอียดของอำนาจที่มอบกันได้ บุคคลที่สามารถรับมอบอำนาจ

¹ WIENER (c.) , Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres, Paris, L.G.D.J., 1970, P.178

² Ibid., PP.179 - 181

ได้ตามลำดับก่อนหลัง ถ้ามี ตลอดจนเงื่อนไขอื่น¹ ยิ่งกว่านั้นบรรทัดฐานคำพิพากษา ศาลปกครองยังมีอีกว่า การมอบอำนาจให้ทำการแทนหรือการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนั้นจะ มอบอำนาจทั้งหมดซึ่งผู้มอบมีอยู่ทำไม่ได้ (ดู คดี C.E., 8 fév. 1950, Chauvet, P.85)

อนึ่งหากกฎหมายที่ให้มอบอำนาจได้นั้น กำหนดแบบของการมอบอำนาจไว้ เช่นให้ทำเป็นหนังสือ ก็ต้องเป็นไปตามนั้น แต่ถ้าไม่กำหนดแบบไว้ การมอบอำนาจอาจทำ

¹ ดู คดี Vvc Lamy ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1948, Lebon, P.334 ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้กล่าวว่า "ตามความในมาตรา 1 ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 2 มิถุนายน 1944 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 4 ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 10 กันยายน 1926 ว่าด้วยเรื่ององค์การส่วนจังหวัด ได้ระบุไว้ว่า ในกรณีซึ่งหัวหน้ากอง ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถจะมอบอำนาจในการลงชื่อแทน เป็นการชั่วคราวให้กับหัวหน้าส่วนจังหวัด ซึ่งจะต้องมีการระบุชัดว่าเป็นใคร เพื่อให้ดำเนินการในกิจการงานของกองดังกล่าว เนื่องจากหัวหน้ากองนั้นไม่อยู่ และการมอบอำนาจไปยังหัวหน้าสำนักงานดังกล่าวนั้น จะต้องเป็นระยะเวลาสั้น เท่ากับระยะเวลาของการที่หัวหน้ากองดังกล่าวไม่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้"

ในคดีนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้กล่าวต่อไปอีกว่า "สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้พิจารณาแล้วว่า การออกคำสั่งในการที่จะเข้าไปยึดหรือขอของดังกล่าวที่มีผู้ร้อง เห็นว่าไม่ชอบธรรม คำสั่งนั้นลงนามเป็นความว่า 'ลงนามแทนผู้ว่าราชการจังหวัดในนามของผู้ว่าราชการจังหวัด' คือให้ผู้อำนวยการกองการบริการการสงคราม เป็นผู้ลงนาม แต่ถ้าผู้อำนวยการกองการบริการการสงครามดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ จึงจะให้หัวหน้าส่วนจังหวัดนั้น เป็นผู้ลงนามได้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐว่าปรากฏชัดจากหลักฐานเอกสารว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดตั้งใจที่จะมอบอำนาจลงชื่อแทน เป็นการถาวรให้กับบรรดาหัวหน้าส่วนจังหวัดในกิจการยึดเอาที่อยู่อาศัยที่พัก ทั้งนี้ผู้ว่าราชการจังหวัดกระทำไป กล่าวคือ มอบอำนาจให้กับหัวหน้าส่วนจังหวัด ทั้ง ๆ ที่ผู้อำนวยการกองการบริการการสงครามนั้นยังปฏิบัติงานอยู่ หรือไม่ใช้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถปฏิบัติงานได้ เมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ผู้ร้องในคดีนี้ย่อมมีเหตุผลที่จะกล่าวว่าหัวหน้าส่วนจังหวัดซึ่งได้รับมอบอำนาจเป็นการถาวรมาจากผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าวนี้ ได้เซ็น คำสั่งในการยึดไป โดยที่ตนเองไม่มีอำนาจแต่ประการใด

ด้วยวาจา หรือโทรศัพท์มอบอำนาจให้กันก็ได้ (ดูคดี C.E., 11 juin 1948, Sté Sabarot, P.260)¹ แต่ต้องเป็นการมอบอำนาจโดยแจ้งชัด (explicite) จะมีการมอบอำนาจโดยปริยายหาได้ไม่ (ดูคดี C.E., 8 fév. 1950, Chauvet, p.85)

เมื่อเงื่อนไขในการมอบอำนาจเช่นว่านี้ สมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว ผู้รับมอบอำนาจก็มีอำนาจทำการแทนหรือลงชื่อแทนผู้มอบอำนาจจนกว่าการมอบอำนาจนั้นจะสิ้นสุดไปด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น เมื่อพ้นกำหนดเวลาที่ระบุไว้ หรือ เมื่อมีการยกเลิก เพิกถอนการมอบอำนาจนั้น

ผลของการมอบอำนาจ

ตรงจุดนี้เองที่ถือว่า การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ต่างจากการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ดังต่อไปนี้

ก) การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนั้น มิได้มีการเปลี่ยนแปลงสายอำนาจบังคับบัญชาใหม่ หากเป็นการให้ผู้รับมอบอำนาจนั้นเองกระทำการที่เป็นรูปธรรม คือ ลงชื่อแทนเท่านั้น ผลจึงมีว่า ผู้มอบอำนาจให้ลงชื่อแทนอาจทวนกลับมาลงชื่อด้วยตนเอง หรืออาจใช้อำนาจควบคุมไปกับผู้รับมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนได้ (C.E., 30 juin 1961, Procureur général près de la Cern des Comptes, R.D.P., 1961, P.863)

ส่วนการมอบอำนาจให้ทำการแทนนั้น ทำให้ผู้มอบอำนาจหมดอำนาจในเรื่องที่มอบนั้นโดยสิ้นเชิง ผลจึงมีว่า ผู้มอบอำนาจจักทวนกลับมาใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้นอีกมิได้ (C.E., 5 mai 1950, Buisson, P.258) เว้นแต่ตนจะมีคำสั่งถอนการมอบอำนาจให้ทำการแทนและเอาอำนาจนั้นกลับมา หรือ เว้นแต่กำหนดเวลาในการมอบอำนาจนั้นจะสิ้นสุดไปแล้วอย่างใดก็ตาม ถึงแม้ผู้นั้นจะหมดอำนาจวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้นโดยตรง ก็อาจให้แนวทางปฏิบัติ (instructions) แก่ผู้รับมอบอำนาจซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาตนได้

¹ ดู Puisse Jacques, "Les delegations de signature", in A.J.D.A., 1960 (I), P.70 โดยผู้เขียนอังกศติ Dewarin, ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 1947 (Lebon, P.307); คดี Couvrat, ลงวันที่ 13 พฤษภาคม 1949 (Lebon, P.216); คดี Mourrot, ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 1953 (Lebon, P.387) ซึ่งเห็นว่าจะมอบอำนาจด้วยวาจา (verbal) ทำไม่ได้ แต่ความจริง น่าจะต้องพิเคราะห์กฎหมายซึ่งอนุญาตให้มอบอำนาจได้เป็นหลัก

ข. ผลประการที่สองที่ต่อเนื่องกับข้อแรก คือการมอบอำนาจให้ทำการแทนนั้น เป็นการกระทำระหว่างตำแหน่งต่อตำแหน่ง หรือที่ฝ่ายคำร่า เรียกว่า เป็นการกระทำในนามธรรม (in abstracto)¹ ผลจึงมีว่า ถึงแม้ผู้ดำรงตำแหน่งคนเดิม ไม่ว่าจะ เป็นผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจจะพ้นตำแหน่งไปโดยเหตุใดก็ดี การมอบอำนาจก็ยังคงมีอยู่ เพราะถือว่าการมอบอำนาจให้ทำการแทนมีลักษณะ เป็นการถาวร (permanent) และไม่อาศัยคุณสมบัติส่วนตัวของผู้ใด (intuitu personae)²

¹ VEDEL, op.cit., P.192; LAUBADERE ,op.cit., P.295

² คดี C.E.,28 juin 1957,Sté X....ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า Décret ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 1926 ซึ่งเป็นรัฐกฤษฎีกาที่ออกมาเพื่อยังคับให้เป็นไปตามการปฏิรูประบบภาษีทางตรงระหว่างปี 1914-1917 รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวนั้นได้บัญญัติไว้ว่า "การเก็บภาษีทางตรง หรือการอื่นที่มีลักษณะอย่างเดียวกับภาษีทางตรงนั้น เป็นไปตามกฎเกณฑ์ซึ่งมีผลบังคับได้ ซึ่งกำหนดไว้ในประกาศของผู้ว่าราชการจังหวัด (arrêté du préfet) ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมอบอำนาจ (pouvoirs) ให้กับผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรงของจังหวัดได้" รัฐบาลแนะนำว่าผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดควรจะต้องมอบอำนาจให้กับผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรง เพื่อให้เป็นรูปรอยเดียวกันทั่วประเทศ ปัญหาที่ว่า ตั้งแต่ปี 1926 ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจตามที่รัฐบาลให้เป็นนโยบายมา จนกระทั่งปี 1957 ที่เกิดคดีนี้ขึ้น ก็ยังไม่มีการทำคำสั่งให้มอบอำนาจกันใหม่เลย ทั้ง ๆ ที่ผู้ว่าราชการจังหวัดและผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรงได้เปลี่ยนไปแล้วหลายสิบคน ก็มีปัญหากเกิดขึ้นว่า การมอบอำนาจซึ่งมอบกันไว้ตั้งแต่ปี 1926 ครั้งเดียวแล้วก็ไม่เคยมีการมอบอำนาจกันใหม่เลยทั้งสิ้น จะใช้ได้หรือไม่ จำเป็นหรือไม่ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องทำคำสั่งใหม่ทุกครั้ง ที่เปลี่ยนตัวผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตัดสินว่า "ถ้อยคำและสิ่งซึ่งรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้ได้ แสดงให้เห็นว่า ผู้ร่างรัฐกฤษฎีกามีได้ประสงค์ที่จะให้การมอบอำนาจ เป็นเรื่องส่วนบุคคลของผู้รับมอบอำนาจ แต่ประสงค์จะให้ เป็น เรื่องของการเก็บภาษีดังกล่าว ซึ่งโดยปกติอยู่ในอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด อาจมอบไปยังหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด กล่าวคือผู้อำนวยการกองภาษีทางตรงในจังหวัดนั้นได้ และโดยเหตุนี้เองการมอบอำนาจดังกล่าว จึงมีลักษณะถาวร (caractère permanent) และตราบใดที่ไม่มีนิติกรรมทางปกครองให้เพิกถอนการมอบอำนาจที่มีลักษณะถาวรนี้ แม้ว่าจะมีการ เปลี่ยนแปลงตัวบุคคลผู้มีตำแหน่ง เป็นผู้ว่า

แต่การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนั้น เป็นการมอบอำนาจ เฉพาะตัวบุคคล **ดังนั้น** เมื่อผู้มอบอำนาจหรือผู้รับมอบอำนาจพ้นตำแหน่งไป การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนจึงสิ้นสุดตาม ¹ ไปด้วย

ค. ผลประการสุดท้ายที่เกิดขึ้น ก็คือ การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนั้น ถือเสมือนว่า คำสั่งนั้นมีที่มาจากตัว **ผู้มอบอำนาจ** นั้นเอง

ในขณะที่การมอบอำนาจให้ทำการแทนนั้นมีผลทำให้ คำสั่งนั้น เป็นของผู้รับมอบอำนาจโดยสิ้นเชิง

ผลประการนี้ กระทั่งถึงศักดิ์ (hiérarchie) ของคำสั่งนั้นโดยตรง

ปัญหาที่ตามมาในคดีทางปกครองมีว่า นิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจนั้นเอง จะถูกนำมาฟ้องร้องให้ศาลเพิกถอนได้หรือไม่ เพียงใด

ในเรื่องนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เคยถือว่า นิติกรรมทางปกครองที่ว่าเป็นเรื่องภายใน (acte d'instruction) ของฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่กระทบสิทธิของบุคคลภายนอก

ราชการจังหวัด หรือผู้อำนวยการกองเก็บภาษีทางตรงส่วนจังหวัด ก็จะไม่กระทบกระเทือนถึงการมอบอำนาจนั้น เลย"

¹ ตัวอย่างของการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน กรณีการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนโดยรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามรัฐกฤษฎีกาที่ 47-223 ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 ซึ่งได้รับการแก้ไขโดยรัฐกฤษฎีกาที่ 56-188 ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1956

มาตรา 3 "การมอบอำนาจสิ้นสุดลง เมื่ออำนาจของรัฐมนตรีผู้มอบอำนาจนั้น ได้สิ้นสุดลง

คำสั่งที่มอบอำนาจต้องระบุผู้รับมอบอำนาจ ตลอดจน เรื่องที่มอบอำนาจ และคำสั่งดังกล่าวจะต้องลงพิมพ์ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส"

นอกจากนี้ไม่รับฟ้อง แต่ต่อมาศาลได้คลายหลักนี้ลง โดยพิเคราะห์เป็นเรื่องเป็นรายไปว่า นิติกรรมนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิบุคคลภายนอกหรือไม่ถ้ากระทบ ศาลก็รับฟ้องไว้พิจารณา (คดี C.E., 8 février 1928, Dame James, P.187)

ข้อพิจารณาต่อมาว่ามีว่า นิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจ (acte de délégation) มีลักษณะเป็นการทั่วไป (acte réglementaire) มีผลเป็นการทั่วไป เพราะว่าไม่ได้สั่งแล้วยุติลงสำหรับคน ๆ นั้น แต่มีผลเป็นการทั่วไปสำหรับการเปลี่ยนแปลงอำนาจบางอย่าง ส่วนคำสั่งที่ทาลงภายใต้อำนาจที่ได้รับมอบจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง¹ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองทั้งสองประเภทนี้มีผลต่างกันในการควบคุม กล่าวคือ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐถือว่า ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง เมื่อทำไปแล้วก่อให้เกิดผลขึ้นทันที การควบคุมว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อยู่ภายใต้หลักที่ว่า การเพิกถอนโดยผู้มีอำนาจเองหรือการฟ้องคดีให้เพิกถอนต่อศาลปกครองนั้น จะต้องอยู่ในอายุความยื่นฟ้องให้เพิกถอน ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคล แต่ถ้าคำสั่งเฉพาะเรื่องนั้นไม่ได้ก่อสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (droits acquis) แก่ผู้ใดจะเพิกถอนเมื่อใดก็ได้ ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป เมื่อไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถจะเพิกถอนได้ตลอดเวลา แต่การเพิกถอนย่อมจะไม่ไปกระทบถึงสิ่งที่ทำไปแล้ว ที่เป็นเช่นนี้เพราะนิติกรรมที่มีผลเป็นการทั่วไป อันเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้นมิได้ก่อให้เกิดสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (droits acquis) แก่ผู้ใดโดยเฉพาะแต่มีผลเป็นการทั่วไปนั่นเอง ฉะนั้นความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจอาจถูกยกขึ้นกล่าวอ้างเมื่อไรก็ได้ และการกล่าวอ้างว่าการมอบอำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นเรื่องของอำนาจ เมื่อเป็นเรื่องของอำนาจก็เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน ถึงคู่ความไม่ยกขึ้นอ้างศาลก็ยกขึ้นอ้างเองได้²

¹ ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแยกกระหว่าง acte réglementaire หรือ นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ตัวอย่างก็เช่น รัฐกฤษฎีกาหรือกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารทั้งหลาย กับ acte individuel หรือ décisions individuelles คือนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเรื่อง ตัวอย่างก็เช่นนิติกรรมที่สั่งให้ลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการคนใดคนหนึ่ง

²

M.M. FOURNIER et BRAIBANT, op.cit ,P.391

การจำแนกประเภทของการมอบอำนาจ เป็น 2 ประเภทคือ การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) และการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) นั้น ได้รับการกล่าวถึงจากนักกฎหมายปกครองหลายคน ทั้งในแง่การให้อธิบายสนับสนุนและในแง่วิจารณ์โดยปฏิเสธไม่เห็นด้วย

ข้อพิจารณาของ FOURNIER และ BRAIBANT

ในแง่ของการอธิบายสนับสนุน ก็พยายามที่จะชี้ให้เห็นว่าที่ต้งแยกเป็น 2 ประเภทนั้น ก็เพราะว่ามันมีความแตกต่างกัน และชี้ต่อไปว่าแตกต่างกันอย่างไร ดังจะเห็นได้จากข้อเขียนของ FOURNIER และ BRAIBANT ในการทำความเข้าใจคำพิพากษาคดี C.E., 28 juin 1957, Sté X...¹ โดยเขากล่าวว่า จากคำพิพากษาคดีนี้แสดงให้เห็นว่า สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแยกการมอบอำนาจออกเป็น 2 อย่างคือ การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ซึ่งมีลักษณะถาวร กับการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ซึ่งมีลักษณะเป็นส่วนบุคคลออกจากกัน ซึ่งอันนี้เป็นผลในกฎหมายที่สำคัญ และสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวางหลักว่า

ในกรณีการมอบอำนาจให้ทำการแทน ที่เรียกว่า délégation de pouvoir นั้น

ผลประการแรก ผู้รับมอบอำนาจใช้อำนาจที่ได้รับมอบมา เสมือนหนึ่ง เป็นอำนาจของตนเอง เพราะฉะนั้นในทางรูปแบบคำสั่ง ผู้รับมอบอำนาจก็จะลงนามในฐานะของตนเอง และไม่ต้องระบุคำว่า "เพื่อและโดยการมอบอำนาจของใคร" นิติกรรมทางปกครองที่ทาลงภายใต้การมอบอำนาจ ก็จะเปลี่ยนคุณสมบัติไปทันที ตัวอย่างเช่นนิติกรรมที่ทาลงโดยผู้ว่าราชการจังหวัด ภายใต้การรับมอบอำนาจมาจากรัฐมนตรี ไม่ต้องทำในรูปกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวง หรือคำสั่งกระทรวง แต่ทำในรูปของประกาศผู้ว่าราชการจังหวัดเลย

ผลประการที่สอง การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ทำให้ผู้มอบอำนาจหมดอำนาจไปเลย กล่าวคือผู้มอบอำนาจไม่มีอำนาจเคียงคู่ไปกับผู้รับมอบอำนาจ เว้นแต่ผู้มอบอำนาจ จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจนั้น

ผลประการสุดท้าย หากจะมีการร้องเรียนให้ทบทวนนิติกรรมทางปกครองที่ทาลงภายใต้การมอบอำนาจ ไม่ต้องไปร้องเรียนยังผู้มอบอำนาจ เพราะผู้มอบอำนาจไม่มีอำนาจ

¹

อะไรแล้ว แต่ต้องไปร้องเรียนต่อเจ้าของอำนาจเดิมจริง ๆ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้ว่าราชการนอมอบอำนาจให้ทำการแทนแก่ผู้อำนวยราชการกองเก็บภาษีทางตรง ถ้าหากผู้อำนวยราชการกองดังกล่าว ทำนิติกรรมทางปกครองอย่างใดขึ้นภายใต้การรับมอบอำนาจมา แล้วประชาชนเห็นว่าไม่ชอบประชาชนก็ต้องไปร้องเรียนต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยตรง ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้รับมอบอำนาจ ไม่ใช่ไปร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัด

ส่วนในกรณีการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน ที่เรียกว่า *délégation de signature* นั้นมีผลในกฎหมายจำกัดกว่าการมอบอำนาจให้ทำการแทน (*délégation de pouvoir*) มาก เพราะการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (*délégation de signature*) จะต้องมีคำสั่งใหม่ทุกครั้งที่มีการเปลี่ยนแปลงในตัวบุคคล (ทั้งผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ) ไม่ทำให้ผู้มอบอำนาจหมดอำนาจ ที่จะเรียกเรื่องและผู้รับมอบอำนาจกำลังพิจารณา มาพิจารณาด้วยตนเองได้ เมื่อมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนไปแล้ว ผู้มอบอำนาจยัง เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับมอบอำนาจทำไปได้ นิติกรรมทางปกครองที่ท่าลงไปภายใต้การรับมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนี้ ในทางปฏิบัติ มักจะใส่ว่า "โดยการมอบอำนาจ ท่าไปเพื่อและภายใต้อำนาจของผู้มอบอำนาจ" นิติกรรมทางปกครองที่ท่าไปโดยการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนั้น ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ท่าไปโดยผู้มอบอำนาจ เพราะผู้รับมอบอำนาจ เป็น เพียง เสมือนผู้ร่างและลงชื่อในคำสั่งนั้นแทน แต่อำนาจที่จะคัดลใจว่าจะท่าหรือไม่ท่านิติกรรมทางปกครองนั้นอยู่ที่ผู้มอบอำนาจ เพราะฉะนั้นรูปแบบของนิติกรรมทางปกครองต้องท่าในนามของผู้มอบอำนาจ ตัวอย่าง เช่น รัฐมนตรีมอบอำนาจให้ เลขาธิการรัฐมนตรี ใช้อำนาจลงชื่อแทน เลขาธิการรัฐมนตรีจะต้องท่าเป็นประกาศหรือคำสั่งของรัฐมนตรี ถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจให้หัวหน้าส่วนราชการส่วนจังหวัด นิติกรรมทางปกครองที่ท่าก็มักจะทำในรูปประกาศของผู้ว่าราชการจังหวัด

ในข้อเขียนดังกล่าว FOURNIER หรือ BRAIBANT ยังได้ให้คำวิจารณ์เพิ่มเติมว่า เมื่อ เป็นดังนี้จึงมีความสำคัญมากที่จะต้องรู้ว่าในแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นนั้น เรากำลังอยู่ใน การมอบอำนาจให้ทำการแทน (*délégation de pouvoir*) หรือการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (*délégation de signature*) ในคดีนี้ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐใช้เกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าอะไรเป็นการมอบอำนาจให้ทำการแทนกับการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน เป็น เกณฑ์ทางอัตวิสัย (*subjectif*) กล่าวคือใช้เจตนาของผู้ร่าง เป็น เกณฑ์ แต่วิธีจะดูเจตนาของผู้ร่าง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐใช้ เกณฑ์ซึ่งเป็นภาวะวิสัยที่ปรากฏในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 1926 โดยอันดับแรก ก็คือ ถ้อยคำของรัฐกฤษฎีกาลับดังกล่าว ซึ่งใช้คำว่า *délégation de pouvoir*

และอันดับที่สอง คือสิ่งที่มอบอำนาจ (objet de délégation) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ
 ดูตรงที่ว่า การมอบอำนาจนี้ เป็นการมอบอำนาจจาก เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจทั่วไป คือผู้ว่าราชการ
 จังหวัดแค่มอบใน เรื่องที่เป็น เทคนิค เรื่องเดียว เพราะฉะนั้นถือว่าเป็นการคล้าย ๆ กับการมอบ
 อำนาจไปเลย ในกรณีอื่นถ้าหากว่าตัวต่อยศในรัฐบัญญัติหรือรัฐกฤษฎีกาที่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจ
 ไม่ได้แสดงเจตนารมณ์ไว้เลย สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ก็จำเป็นที่จะต้องไปค้นหาเจตนารมณ์ในต้น
 ร่างและรายงานการประชุมในการร่างกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้¹

ฝ่ายสนับสนุนการแบ่งการมอบอำนาจออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าวนี้ นอกจาก
 จะได้รับการรับรองจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐโดยการที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ยอมรับหลักการดัง
 กล่าวมาใช้อย่างจริงจังแล้ว ผู้บัญญัติกฎหมายเองก็ยอมรับในหลักการนี้เช่นกัน ดังจะเห็นได้จาก
 รัฐกฤษฎีกาที่ 60 - 481 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 1964 มาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า "หัวหน้าส่วนราช
 การพลเรือนของรัฐซึ่งมีเขตอำนาจกว้างกว่าเขตจังหวัด (เทียบ département) รวมตลอด
 ถึงผู้อยู่ได้บังคับบัญชา อาจได้รับมอบอำนาจให้ลงลายมือชื่อแทน จากผู้ว่าราชการจังหวัด
 (เทียบ préfet) และในกรณียกเว้น อาจได้รับมอบอำนาจให้ทำการแทนในเรื่องซึ่งกำหนด
 ไว้โดยรัฐกฤษฎีกาซึ่งลงนามรับรองโดยรัฐมนตรีซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิรูประ
 บบริหารราชการ"

ข้อวิจารณ์ของ GROSHENS

ในแง่ของการวิจารณ์ปฏิเสธไม่เห็นด้วยนั้น นักกฎหมายปกครองบางคนกล่าวว่า
 การมอบอำนาจทั้งสองประเภทนี้ใกล้เคียงกันมาก (ไม่รวมถึงผลซึ่งต่างกัน)² นักกฎหมาย
 ปกครองบางคนกล่าวว่า การมอบอำนาจทั้งสองประเภทนั้น เหมือนกัน เลยก็มี³ ทางปฏิบัติจริง ๆ
 แล้วการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ซึ่งอ้างกันเสมอว่าเป็น

¹ Ibid, P. 392

² GROSHENS, op.cit, P.197

³ LAUBADERE, op.cit., P.294-295; VEDEL, op.cit, P.191 เทียบกับ

AUBY et DRAGO, op.cit., P.275

เพียงการให้ลงชื่อแทนซึ่งเป็นการกระทำทางรูปธรรม (acte matériel) นั้น¹ แท้จริงแล้วหา เป็น เช่นนั้นไม่ ผู้ลงชื่อนั้นเองจำต้องใช้ดุลพินิจและเหตุผลกำกับไปด้วยเสมอ ซึ่งนี่จะขอนำข้อวิจารณ์ของ GROSHENS² มากล่าวไว้ โดย GROSHENS กล่าวว่า สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ต้องตัดสินใจเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการมอบอำนาจมากขึ้นทุกที ที่เป็นเช่นนี้เพราะ เป็นไปตามวิวัฒนาการของทางปฏิบัติในการมอบอำนาจนั่นเอง และในคำพิพากษาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เหล่านี้เอง รู้สึกว่าจะมีการสะท้อนออกมาซึ่งความลังเล บางครั้งอาจจะกล่าวได้ว่าเป็น เรื่องของคำพิพากษาที่ค่อนข้างจะขัดกันเอง ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายปกครองบางคนในฝรั่งเศส เห็นว่าการที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตัดสินอย่างนี้ ย่อมก่อให้เกิดวิกฤตการณ์ทางแนวความคิดในเรื่องการมอบอำนาจขึ้นแล้ว จึงได้พยายามที่จะเสนอแนวทางที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตัดสิน การเสนอบรรทัดฐานที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตัดสินนี้เอง แม้ว่าจะสะท้อนให้เห็นถึงวิวัฒนาการที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของการมอบอำนาจ แต่การเสนอเช่นนี้ทำให้เกิดสิ่งที่เรียกว่า การทำลายความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทางกฎหมายของแนวความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจ และถ้าหากจะแยกแนวทางที่นักกฎหมายปกครองปัจจุบันพยายามที่จะเสนอบรรทัดฐานคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เพื่อสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจนั้น อาจจะแยกออกได้เป็น 2 แนวทางคือ

แนวทางแรก ได้แก่ บรรดานักกฎหมายปกครอง ซึ่งพยายามที่จะแยกการมอบอำนาจออกเป็น 2 ประเภทตามผลของกฎหมายที่ใช้กับการมอบอำนาจแต่ละอย่าง กล่าวคือ นักกฎหมายปกครองพวกแรกนี้จะบอกว่า การมอบอำนาจจะมี 2 ประเภทคือ การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) กับการมอบอำนาจให้ทำการแทนหรือสั่งแทน (délégation de pouvoir) ตัวอย่างเช่น Mr. Odent เขียนไว้ในหนังสือของเขาว่าการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนมีผลทำให้ข้าราชการหรือเจ้าพนักงานปกครองระดับล่าง ๆ ที่เป็นผู้ได้บังคับ

¹ LAUBADERE, op.cit., P.294 ซึ่งเขียนว่า "La délégation de signature vise seulement à décharger le délégant d'une partie de sa tâche matérielle..."; M. VEDEL, op.cit., P.191 ก็เขียนไว้เหมือนกัน

² GROSHENS, op.cit., pp.198-204

ฉบับปัญหา มีอำนาจที่จะลงชื่อในนิติกรรมทางปกครองแทนและในนามของผู้มีอำนาจแต่การลงนาม และในนามดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การควบคุมและรับผิดชอบของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมาย โดยตรงที่จะทำนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยนัยนี้เจ้าพนักงานผู้มอบอำนาจในการลงชื่อแทน ให้ผู้ได้บังคับบัญชา ก็ยังคงรักษาอำนาจตามปกติของเขาไว้ แต่ได้มอบสิทธิในการใช้อำนาจ บางอย่างในนามของเขาให้กับเจ้าพนักงานระดับล่าง ๆ ลงไป หากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า ผู้รับมอบอำนาจนั้น เป็น เสมือนฐานรองรับอำนาจของผู้มอบอำนาจนั้นเอง และการมอบอำนาจ ให้ลงชื่อแทนนี้ ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการจัดสรรปันส่วนอำนาจโดยปกติในฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) จึงแตกต่างใน หลักพื้นฐานกับการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ซึ่งเป็นการโอน ไปซึ่งอำนาจและหน้าที่ของผู้มอบอำนาจไปให้ผู้รับมอบ และด้วยผลแห่งการนี้ผู้มอบอำนาจก็เลย หมดสิทธิที่จะใช้อำนาจที่ตนมอบไป

GROSHENS ตั้งข้อสังเกตว่า นักกฎหมายปกครองฝ่ายนี้ไม่ได้ให้ความหมายหรือให้คำจำกัดความทางกฎหมายที่ค่อนข้างจะชัดเจนของการมอบให้ลงชื่อแทนกับการมอบอำนาจให้ทำการแทน และเพราะเหตุที่ไม่ได้ให้ความหมายทางกฎหมายของการมอบอำนาจทั้งสองประเภทนี้เอง ทำให้หลังจากที่นักกฎหมายปกครองฝ่ายนี้พยายามที่จะ เสนอผลในทางกฎหมายของการมอบอำนาจแต่ละประเภทกลับต้องแบ่งประเภทของการมอบอำนาจตามผล ในทางกฎหมาย ผลจากการนี้ทำให้แทนที่จะได้ผลในทางกฎหมายตามประเภทของการมอบอำนาจ ที่ต่างกัน แต่เป็นตรงกันข้าม คือเอาประเภทของการมอบอำนาจมาตามผลที่มีในกฎหมาย ก็ทำให้เกิดสิ่งที่มีจะ เป็นกันตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คือต้องตั้งสารบัญ (liste) ว่า อะไรบ้าง เป็นการมอบอำนาจในทางปกครองที่ใช้กันอยู่

แนวทางที่สอง ซึ่งเป็นนักกฎหมายปกครองที่ไม่ได้มุ่งแต่คำพิพากษาอย่างเดียว แต่ได้ดูในทางปฏิบัติของการมอบอำนาจด้วย นักกฎหมายฝ่ายนี้ยืนยันว่า ผลในกฎหมายของการมอบอำนาจนั้นจะต่างกัน แล้วแต่การมอบอำนาจนั้น เป็นรูปแบบหนึ่งของการจัดองค์กรภายใน หน่วยงานใดหน่วยหนึ่ง ซึ่งเป็นการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ประการหนึ่ง หรือว่าการมอบอำนาจนั้น เป็นการแบ่งอำนาจกันจริง ๆ ในระหว่างเจ้าพนักงาน ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ตัวอย่าง ก็เช่นที่ AUBY และ DRAGO ได้กล่าวไว้ในหนังสือของเขาว่า การมอบอำนาจให้ลงชื่อ แทนนั้น เป็นวิธีการจัดการภายในขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง ซึ่งผู้มอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจ

ลงชื่อแทนคนใน เอกสารบางอย่าง โดยที่คนยังคงรักษาอำนาจหน้าที่ใน เรื่องนั้นไว้ ในกรณีนี้ การใดซึ่งทำลงโดยการมอบอำนาจนั้น ยังมีลักษณะทางกฎหมายเสมือนหนึ่งว่า ผู้มอบอำนาจ เป็นผู้กระทำเอง ส่วนการมอบอำนาจให้ทำการแทนนั้น เป็นการ เปลี่ยนแปลงการแบ่งอำนาจ หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยตรง การมอบอำนาจแบบนี้ทำให้ผู้มอบอำนาจหมดอำนาจ หน้าที่ใน เรื่องนั้นแล้วโดยสิ้นเชิง และโดยเหตุนี้การใดที่ทำลงโดยผู้รับมอบอำนาจก็จักมีลักษณะ เช่นเดียวกันกับการที่ผู้รับมอบอำนาจทำอยู่แล้วในขอบอำนาจของคนทุกประการ .

GROSHENS เห็นว่า การแบ่งประเภทอย่างนี้ ก่อให้เกิดผลว่าการมอบอำนาจซึ่ง ถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการจัดองค์กรภายในหน่วยงาน กลายเป็นผลในกฎหมายว่าการมอบ อำนาจประเภทนี้ เป็นเรื่องเฉพาะตัว เป็นเรื่องลักษณะ เฉพาะส่วนบุคคลของผู้มอบอำนาจกับผู้รับ มอบอำนาจ ในขณะที่การแบ่งอำนาจกันระหว่างเจ้านักงานฝ่ายปกครองที่เป็น เรื่องการมอบ อำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับตัวคน ไม่ระบุ ชื่อ คล้าย ๆ กับจะมีผลอยู่นกว่าจะถูกยกเลิก กล่าวอีกนัยหนึ่งคือว่า การมอบอำนาจประเภท แรกในความหมายของนักกฎหมายปกครองพวกนี้ เป็นการที่ผู้รับมอบอำนาจเป็นตัวแทนของผู้อยอม อำนาจ ในขณะที่การมอบอำนาจประเภทที่สองในความหมายของนักกฎหมายปกครองพวกนี้ เป็นการเอาองค์กรหนึ่งเข้าไปแทนอีกองค์กรหนึ่ง เรียกว่า substitution d'organe คือองค์กรที่ถูกแทนก็หายไป องค์กรที่แทนก็ทำเลย GROSHENS กล่าวว่า ถึงแม้ว่าทฤษฎี นี้จะค่อนข้างสมบูรณ์กว่าทฤษฎีแรกโดยพยายามชี้ให้เห็นข้อแตกต่างทางกฎหมาย ความความ เป็นจริงในทางปฏิบัติแต่ทฤษฎีของนักกฎหมายปกครองพวกนี้ก็ไม่ได้ดีกว่าของพวกแรก ตรงที่ ว่าไม่ก่อให้เกิด เอกภาพในหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหาร ซึ่งเขายืนยันว่า ตามบรรทัดฐานคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐที่เป็นมา ยืนยันถึงความ เป็น เอกภาพใน ลักษณะทางกฎหมายและผลทางกฎหมายของการมอบอำนาจในฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะ เป็นประการ ใดก็ตาม เอกภาพนี้มีมาจนกระทั่งถึงยุคที่ไม่ไม่นานมานี้เอง ที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เริ่ม เกิดความลังเล

GROSHENS เห็นว่าบรรทัดฐานคำพิพากษาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแสดงออกซึ่งหลัก 2 หลัก อันมีที่มาจากคำนิยามของการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารนั่นเอง กล่าวคือ

หลักประการแรก การมอบอำนาจที่สมบูรณ์จะต้อง เป็นไปตามกฎหมายที่อนุญาต ให้มีการมอบอำนาจกันได้ ไม่ว่าจะ เป็นการมอบอำนาจประเภทไหน ซึ่งหมายความว่า จะต้อง มีกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ก่อน

หลักประการที่สอง การมอบอำนาจทุกอย่างจะ เป็นการโอนอำนาจไปให้ผู้รับมอบอำนาจ โดยผู้มอบอำนาจซึ่งหลักดั้งเดิมในเรื่องอำนาจไม่เปลี่ยนแปลง

ฉะนั้น GROSHENS จึงแบ่งพิจารณาปัญหาออกเป็น 2 ส่วนคือ

- ส่วนที่ 1 : กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้
ส่วนที่ 2 : นิติกรรมทางปกครองที่ท่าลงภายใต้อำนาจที่ได้รับมอบมา

ส่วนที่หนึ่ง กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้

ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจนั้น เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณา 2 ระดับ กล่าวคือ

ระดับแรก ความชอบด้วยกฎหมายของการมอบอำนาจ อยู่ภายใต้ความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้ (acte d'habilitation)

ระดับที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจนั้น (acte de délégation) จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้

ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้นั้น ไม่ค่อยมีปัญหาเท่าใดนัก ถ้าหากว่ากฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ เป็นรัฐบัญญัติ (loi) เพราะว่าฝรั่งเศสไม่มีระบบควบคุมให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ปัญหาจะเกิดขึ้นก็ต่อ เมื่อกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้นั้น เป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร ซึ่งแนวคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ถือว่ากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้นั้น จะสมบูรณ์ก็ต่อ เมื่อมีเงื่อนไขบางอย่างครบถ้วน กล่าวคือ

ประการแรก รัฐกฤษฎีกาที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้จะไม่ก่อให้เกิดผล เป็นการเปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้ เป็นปริยายให้ใช้อำนาจนั้น โดยเฉพาะแต่เพียงผู้เดียว กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐสงวนสิทธิที่จะตีความรัฐบัญญัติซึ่งจัดสรรอำนาจหรือก่อตั้งอำนาจ แต่เพียงผู้เดียว

ประการที่สอง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ จะตรวจสอบดูว่า การอนุญาตให้มอบอำนาจนั้นหาได้ก่อให้เกิดผล เป็นการทำให้อำนาจหน้าที่ของผู้มอบอำนาจหมดความหมายในสาระสำคัญไป เพราะการยอมให้ผู้มอบอำนาจมอบอำนาจทั้งหมดไปให้แก่องค์กรอื่น

ในส่วนตัว เกี่ยวกับความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจและนิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจนั้น ไม่ว่ากฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจจะได้กำหนดรูปแบบ

ทั้งที่เกี่ยวกับประเภทของอำนาจที่จะมอบอำนาจกันได้ หรือเกี่ยวกับผู้รับมอบอำนาจ หรือแบบ
พิธีแห่งการมอบอำนาจนั้นไว้อย่างไร นิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจก็จะต้อง เป็นไปตามนั้น
ในทุกเรื่อง

สิ่งที่บรรจุอยู่ในกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้ (acte d' habilitation)

ก) ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดอำนาจที่จะมอบอำนาจกันนั้น ก็เป็น
ธรรมดาอยู่เองที่ผู้มอบอำนาจไม่อาจจะมอบอำนาจเกินกว่าที่ตนเองมีอยู่ได้ ถึงแม้ว่าหลักการนี้จะ
ขัดแย้งอย่างไรก็ตาม แต่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก็จำเป็นต้องกล่าวถึงหลักการนี้¹ เสมอ ภาย
ได้ เจื่อนไซท์ว่านี่คือจะมอบอำนาจ เกินกว่าที่ตนเองมีอยู่ไม่ได้¹ กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจ
กันได้จะกำหนด เจื่อนไซท์ที่จะให้มีการมอบอำนาจกันทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์แห่งการมอบอำนาจ
objet de délégation) และในส่วนที่เกี่ยวกับสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดการมอบอำนาจ

ถ้าเราพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการมอบอำนาจ (objet de délégation)
จะพบว่าอาจให้ความหมายได้ 2 ทาง

ทางแรก อาจจะมีมอบอำนาจที่จะมอบ เป็นราย ๆ ไป หรือเป็น เรื่องทีละ เรื่อง

ทางที่สอง อาจจะมีมอบอำนาจที่ไม่ได้มอบ เป็น เรื่อง ๆ ไป

ถ้าใช้ศัพท์ในทางปกครอง การระบุวิธีแรกเรียกกันในทางปฏิบัติว่า délégation
de pouvoir เพราะการระบุแบบนี้ เป็นการโอนไปซึ่งอำนาจที่ระบุไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ตัวอย่าง

¹ คดี C.E. Hayem ลงวันที่ 17 มีนาคม 1944 , Lebon, P.90 : สภาที่
ปรึกษาแห่งรัฐได้ตัดสินว่า การที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจะ เพิกถอนการให้เหรียญในครั้งนั้น เนื่อง
จากพิจารณาว่านายพลแห่งกองทัพบก ซึ่งเป็นประธานของคณะกรรมการให้รางวัลในการสงคราม
นั้น ตั้งใจที่จะใช้อำนาจซึ่งได้รับจากรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 20 มีนาคม 1942 ในการที่จะตัดสิน
ใจให้เหรียญรางวัลใด ๆ แก่เจ้าหน้าที่ในทุกระดับ แต่ควรคำนึงว่ารัฐกฤษฎีกาลงบับดังกล่าวนั้นระบุ
ว่า นายพลแห่งกองทัพบกนายนี้ ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายมาจากรัฐมนตรีช่วยว่าการ
กระทรวงสงคราม ดังนั้นนายพลแห่งกองทัพบกนายนี้ ย่อมไม่สามารถที่จะได้รับอำนาจมากกว่า
อำนาจที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงสงครามได้รับอยู่ตามกฎหมายในขณะนั้น

เช่น ตามกฎกระทรวง ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1958 บัญญัติว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดรับมอบอำนาจ รัฐมนตรีกระทรวง เกษตร เพื่อเป็นคนพิจารณาให้ เหยี่ยวรางวัลกสิกร

ถ้าเป็นการระบุประเภทที่สอง คือระบุอำนาจที่ไม่ได้มอบให้ไป ที่เรียกว่า *délégation de signature* ที่เป็นดังนี้เพราะการระบุเช่นนี้ โดยปกติจะมีรูปแบบ เป็นการอนุญาตโดยทั่วไปให้ผู้รับมอบอำนาจลงชื่อแทนในนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งผู้มอบอำนาจอาจจะเป็นผู้ต้องทำเอง โดยมีข้อยกเว้นไว้ว่า นิติกรรมทางปกครองบางอย่างที่ผู้มอบอำนาจจะต้องเป็นผู้ทำเอง

GROSHENS อธิบายต่อไปว่า ที่กล่าวมาข้างต้น เป็นสิ่งที่อธิบายโดยทางปฏิบัติ ในฝ่ายปกครองที่เรียกกันอย่างนั้น แต่ความจริง GROSHENS กล่าวว่าจะต้องระวังว่า การที่เรียกชื่อต่างกัน 2 ประเภทอันเป็นทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองนั้น ไม่ได้สอดคล้องกับความแตกต่างในสาระสำคัญพื้นฐานและในผลของกฎหมาย กล่าวคือการดูตามศัพท์ที่ใช้กันอยู่ในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้สอดคล้องกับกฎหมายที่แยกออกเป็น 2 อย่างคือ อำนาจที่จะลงนามในเอกสาร (*signer un instrumentum*) กับอำนาจที่จะทำนิติกรรมทางปกครองนั้น หรืออำนาจที่จะตัดสินใจว่าจะทำหรือไม่ทำ¹ ถ้าหากว่าต้องการที่จะใช้คำที่ใช้กันทั่วไปในฝ่ายปกครองฝรั่งเศสให้เป็นไปตามสิ่งที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสวางไว้ ก็ต้องถือว่าการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนั้น เป็นการมอบอำนาจที่ถูกจำกัด (*compétence liée*) กล่าวคือถูกจำกัดตรงที่มีการมอบอำนาจเฉพาะให้ทำเอกสารขึ้นมาเท่านั้น แต่ไม่ได้มอบอำนาจให้ตัดสินใจว่าจะทำเอกสารนั้นหรือไม่ ดังนั้นคำว่า *délégation de pouvoir* ต้องใช้ในกรณีอื่น นั่นก็หมายความว่าทั้งการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (*délégation de signature*) และการมอบอำนาจให้ทำการแทน (*délégation de pouvoir*) ความจริงก็คือการมอบอำนาจเหมือนกันแต่แตกต่างกันตรงที่การมอบอำนาจให้ทำการแทน (*délégation de pouvoir*) เป็นการมอบอำนาจที่กว้างกว่า

¹ ครองนี้จะเห็นว่า GROSHENS เองก็ไม่ได้เห็นแตกต่างจากคนอื่น เท่าใดนัก แต่เขาเอาคำที่ใช้กันในทางปฏิบัติมาแสดงให้เห็น แล้วก็บอกว่าในทางปฏิบัติ เขาใช้กันเช่นนั้น ซึ่งไม่ตรงกับที่เป็นหลักกฎหมาย

ให้เหตุผลที่จะทำหรือไม่ทำนิติกรรมทางปกครองนั้นเอาไว้ และถ้าจะทำ จะทำอย่างไร แต่ถ้าเป็นการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ก็เป็นการมอบอำนาจที่ผู้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจที่ถูกจำกัดมา (compétence liée) โดยผู้รับมอบอำนาจจะตัดสินใจว่าจะทำหรือไม่ทำไม่ได้ ผู้รับมอบมีหน้าที่ไปทำเอกสารมา แล้วลงชื่อแทนเท่านั้น ส่วนที่ว่าเหมือนกันนั้นก็คือ การมอบอำนาจที่เรียกว่า délégation de pouvoir ซึ่งเป็นศัพท์ที่ใช้กันในทางปฏิบัตินั้น เป็นการมอบอำนาจที่ทำให้ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจลงนามในนิติกรรมทางปกครองที่ท่าลงภายใต้การรับมอบอำนาจมาได้ด้วย เหมือนกับที่การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ซึ่งใช้กันในความหมายในทางปฏิบัติรวมถึงอำนาจบางอย่างที่ได้รับมอบมาเหมือนกัน เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติที่ใช้คำ 2 คำนี้ในความหมายที่แยกกันก็ตาม แต่โดยสาระและโดยอำนาจที่รับมอบมาการมอบอำนาจทั้งสองประเภทนี้เหมือนกัน

ตัวอย่างที่กฎหมายใช้คำในความหมายทางปฏิบัติ เช่นรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 ในส่วนที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนรัฐมนตรี délégation de signature du Minist.re ซึ่งบัญญัติไว้ว่าคำสั่งรัฐมนตรีให้มอบอำนาจนั้นจะต้องระบุเรื่อง¹ที่มอบอำนาจ

¹ รัฐกฤษฎีกา ที่ 47-233 ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 ซึ่งได้รับการแก้ไขโดยรัฐกฤษฎีกา ที่ 56-188 ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1956

มาตรา 1 "บรรดารัฐมนตรีสามารถที่จะออกคำสั่งมอบอำนาจในการลงชื่อแทน ให้กับผู้ช่วยผู้อำนวยการ และกับหัวหน้าสำนักงาน เลขานุการรัฐมนตรีของตนได้ รวมทั้งมอบอำนาจดังกล่าวให้กับข้าราชการในสังกัดของตน ซึ่งมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตำแหน่งผู้อำนวยการเพื่อลงนามในคำสั่งในการสั่งจ่าย ในการโอนเงิน หรือในการมอบอำนาจบางอย่าง รวมทั้งลงนามในคำสั่งเฉพาะเรื่อง และที่มีผล เป็นการทั่วไป ทั้งนี้ยกเว้นรัฐกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับหน่วยบริการต่าง ๆ ซึ่งเป็นอำนาจเฉพาะของรัฐมนตรี"

มาตรา 2 "นอกจากนี้ บรรดารัฐมนตรีนั้นยังสามารถออกคำสั่งเพื่อมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนให้แก่ข้าราชการในสังกัดส่วนกลางของตน ที่มีตำแหน่งไม่ต่ำกว่า administrateur civil ระดับสอง หรือข้าราชการตำแหน่งใดซึ่งมีตำแหน่งเทียบเท่านี้ก็ตาม เพื่อลงนามในนามของรัฐมนตรี ในคำสั่งการสั่งจ่ายเงิน การโอนเงินหรือหนังสือ ประกาศ คำสั่ง หรือการลงนามใน

กล่าวโดยสรุปก็คือว่า ถ้ามองในแง่ถ้อยคำที่ใช้กันทั่วไปในทางปฏิบัติในฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็น *délégation de signature* หรือ *délégation de pouvoir* ลักษณะทางกฎหมาย ไม่ต่างกัน ต่างกัน เฉพาะขอบ เขตของอำนาจที่ผู้มอบอำนาจอาจจะมอบให้ผู้รับมอบอำนาจได้ตามกฎหมาย

เอกสารยืนยันในเรื่องการจ่าย และคำสั่งในเรื่องการเก็บรายได้"

คดี Fritxinker ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 1955. Lebon, P.518 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วว่า ถึงแม้ว่าการระบุตำแหน่งต่าง ๆ ของผู้รับมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 รายชื่อของบุคคลดังกล่าว นั้น มิได้รวมเอาที่ปรึกษาทางเทคนิคเข้าไปด้วย สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก็เห็นว่าไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎข้อบังคับใดจะเป็นอุปสรรคต่อการที่รัฐมนตรีจะลงนามในรัฐกฤษฎีกามอบอำนาจให้กับที่ปรึกษาทางเทคนิคให้มีอำนาจในการลงชื่อแทนคนเพิ่มขึ้นต่อด้วย

คดี Ogliastromi et autres ลงวันที่ 23 เมษายน 1958 . Lebon, P. 224 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐยังอ้างด้วยอีกว่า ถึงแม้ว่าบทบัญญัติของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 จะมีได้ระบุไว้ แต่ก็ถือว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรนั้นสามารถที่จะมอบอำนาจให้ลงชื่อแทนให้กับที่ปรึกษาทางเทคนิคของคนได้ โดยการออกกฤษฎีกา ลงวันที่ 13 มีนาคม 1952

เมื่อพิจารณารัฐกฤษฎีกาที่ 47-233 ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 ที่ได้รับการแก้ไขโดยรัฐกฤษฎีกาที่ 56-188 ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1956 ซึ่ง GROSHENS อ้างว่าเป็นตัวอย่างของการที่กฎหมายใช้คำในความหมายทางปฏิบัติและคดี Fritxinker และคดี Ogliastromi et autres ดังกล่าวนี้นี้ ประกอบกับข้อวิจารณ์ของ GROSHENS เกี่ยวกับ *Objet de délégation* ที่ว่าการมอบอำนาจให้ทำการแทน (*délégation de pouvoir*) นั้นเป็นเรื่องของการระบุอำนาจเป็นราย ๆ ไป หรือเป็นเรื่องทีละเรื่อง และการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (*délégation de signature*) เป็นเรื่องของการระบุอำนาจที่ไม่ได้มอบเป็นเรื่อง ๆ ไปนั้น ที่เขาบอกว่า เป็นสิ่งที่อธิบายโดยทางปฏิบัติในฝ่ายปกครองนั้น จะเห็นว่ามิได้มีหลักการตรงกันแต่อย่างใด

ที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ โดยในกรณีการมอบอำนาจให้ทำการแทน (delegation de pouvoir) นั้นกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจ จะต้องสอดคล้องด้วย ต้องระบุอย่างชัดเจนในรายละเอียดเลยว่าอะไรเป็น เรื่องที่มอบอำนาจกันได้ แต่ถ้าเป็นกรณีการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) นั้น ผู้มอบอำนาจมีอำนาจที่จะต้องกำหนดโดยตนเอง ภายใต้อำนาจของกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ โดยผู้มอบอำนาจมีอำนาจที่จะกำหนด เรื่องที่ผู้มอบอำนาจประสงค์จะมอบ แล้ว เรื่องที่ผู้มอบอำนาจประสงค์จะ เก็บไว้ เป็นอำนาจของตนเอง

ในส่วนที่เกี่ยวกับสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดการมอบอำนาจ รวมตลอดถึงระยะเวลาที่ผู้มอบอำนาจอาจจะมอบอำนาจได้ อาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ประการ คือ

ประการแรก การมอบอำนาจนั้นอาจจะมองว่าเป็นหนทางสำรอง เป็นช้อยกเว้น เพื่อให้มีการใช้อำนาจหน้าที่ ในกรณีที่ผู้มีอำนาจดั้งเดิมไม่อาจใช้อำนาจนั้นได้ เพราะมีเหตุขัดข้อง¹ ในกรณีเช่นนี้ สภาก็ที่ปรึกษาแห่งรัฐก็จะต้องเข้ามาตรวจสอบดูว่า ผู้มีอำนาจตามปกติไม่สามารถทำนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วยตนเองได้ เพราะมีอุปสรรคขัดขวาง ถ้าหากสภาก็ที่ปรึกษาแห่งรัฐพบว่า ไม่มีอุปสรรคในการใช้อำนาจของผู้มอบอำนาจในข้อเท็จจริงเลย นิติกรรมทางปกครองที่เข้าไปเนื่องจากการรับมอบอำนาจมาก็จะต้องถูกพิเคราะห์ว่า เป็นนิติกรรมที่เข้าไปภายใต้การมอบอำนาจซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เกินขอบอำนาจ² แต่อันนี้ต้องเน้นว่า ในกรณีที่โต้แย้งว่าไม่มีอุปสรรคในการใช้อำนาจนั้น การระงับการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้อ้างว่าไม่มีอุปสรรคในการใช้อำนาจ ซึ่งก็หมายความว่าโดยปกติศาลสันนิษฐานโดยข้อเท็จจริงว่ามีอุปสรรคในการมอบอำนาจนั้นเอง

¹ ตรงนี้ต้องทำความเข้าใจว่า เป็นคนละกรณีกับการรักษาการแทน (la suppléance) ของฝรั่งเศส

² คดี Cons. d'Et., juin 1953, Jamet (Rev.dr. publ. 1953, p.1061, et note J, de Soto); C.f. Cons. d'Et., 18 Mars 1955, de Perelli (D.1956 Somm. 2; Rev. dr. publ. 1955, p.395, avec concl. Grévisse; Actual jurid.1955. II bis. 9, avec note de M. Long)

ประการที่สอง ในกรณีตรงกันข้าม การมอบอำนาจอาจจะเรียกว่า เป็นการมอบอำนาจ โดยถาวรก็ได้ หมายความว่า ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจที่จะกระทำการโดยไม่เกี่ยวกับการที่ ผู้มอบอำนาจจะมีอุปสรรคในการใช้อำนาจหรือไม่เลย ซึ่งคำวิเศษณ์ว่า "ถาวร" หรือ permanent ที่ใช้ขยายการมอบอำนาจนี้ ต้องเข้าใจว่า ไม่ได้หมายถึงระยะเวลาของการ มอบอำนาจ แต่หมายถึงเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจที่ได้รับมอบ

ประการที่สาม กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ อาจจะกำหนดจำกัดระยะเวลาของการมอบ อำนาจเอาไว้ได้ อาทิเช่น กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ อาจจะระบุไว้ ให้การมอบ อำนาจนั้นมีระยะเวลาเท่ากับการดำรงตำแหน่งของผู้มอบอำนาจ ตัวอย่างเช่นนี้ปรากฏอยู่ใน รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 ซึ่งอนุญาตให้รัฐมนตรีมอบอำนาจที่เรียกว่า การมอบ อำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ได้ และในการมอบอำนาจเช่นว่านี้ จะสิ้นสุดลงพร้อมกับอำนาจของรัฐมนตรีทั้งหมดไป โดยนัยนี้ต้องถือหลักทั่วไปว่า การมอบอำนาจนี้ นี้จะคงอยู่ตลอดตรา เว้นแต่ไม่ได้มีการถอนการมอบอำนาจนั้น (Conseil d'Etat ในคดี Peretti) และการมอบอำนาจนั้นเองสิ้นสุดไปโดยอัตโนมัติ เมื่อเงื่อนไขที่จะต้อง มีเพื่อความสมบูรณ์ของการมอบอำนาจไม่ครบถ้วนแล้ว ไม่ว่าจะ เป็น เงื่อนไขที่เกี่ยวกับสถานการณ์ ที่จะมีการมอบอำนาจได้ หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาที่จะมอบอำนาจ

ข) กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ นอกจากจะกำหนดอำนาจที่จะมอบกันแล้ว อาจจะระบุถึงตัวผู้รับมอบอำนาจด้วย ในกรณีที่ว่ามี กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ อาจจะ กำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจ เป็น 2 วิธีคือ

วิธีแรก กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ อาจจะระบุแต่เพียงองค์กร หรือตำแหน่งที่จะ เป็นผู้รับมอบอำนาจ

วิธีที่สอง กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ อาจจะระบุไว้เลยว่าจะต้อง มีการมอบอำนาจโดยระบุชื่อผู้รับมอบอำนาจ

ซึ่งสองวิธีนี้ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ในวิธีแรก กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจ กันได้นั้น กำหนดแต่เพียงองค์กรหรือตำแหน่งที่จะรับมอบอำนาจ โดยไม่ต้องระบุตัวบุคคล หรือชื่อบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้น เพราะฉะนั้นจึงมีการกล่าวกันว่า การมอบอำนาจประเภทนี้ เป็นการมอบอำนาจโดยไม่ระบุตัวบุคคล ตัวอย่างก็ปรากฏอยู่ในสมุดของทางราชการ เกี่ยวกับ กำหนดราคาทั้งหลาย ลงวันที่ 31 มกราคม 1957 ซึ่งกำหนดว่าให้มอบอำนาจให้แก่ผู้ว่า -

ราชการจังหวัดของจังหวัดเหนือ (département du Nord) เพื่อกำหนดข้อบังคับอัตรา ค่าตอบแทนของแพทย์ในจังหวัดนั้น ๆ จากตัวอย่างนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการระบุตำแหน่งของผู้ว่าราชการจังหวัด แต่ไม่ได้ระบุชื่อหรือตัวบุคคล ที่เรียกว่า impersonel เพราะฉะนั้นผลก็คือว่า การมอบอำนาจอย่างนี้จะไม่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลผู้รับมอบอำนาจเลย หากไม่มีบทบัญญัติหรือข้อความในกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ เป็นอย่างอื่น การมอบอำนาจอย่างนี้ก็จะมีผลอยู่ตลอดไป ตราบเท่าที่องค์กรผู้รับมอบอำนาจยังมีอยู่ (Cons. d'Et., 9 mai 1958, Cons. Frette, สำหรับ les délégations du conseil général à la commission départementale) ส่วนในวิธีที่สอง กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้จะกำหนดเลยว่าการมอบอำนาจนั้น ต้องกำหนดไม่เพียงแต่องค์กรที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจ แต่ต้องระบุชื่อของผู้ที่จะเป็นผู้รับมอบอำนาจนั้นด้วย ตัวอย่างเช่น ในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) หลังจากรัฐกฤษฎีกาฉบับนั้นได้กำหนดตำแหน่งและชั้นของเจ้าพนักงานที่จะรับมอบอำนาจไว้แล้ว ก็ยังกำหนดต่อไปในมาตรา 3 ของรัฐกฤษฎีกาฉบับนี้ว่า คำสั่งของรัฐมนตรีจะต้องระบุตัว (หมายถึงชื่อ) ของผู้รับมอบอำนาจ การกำหนดตัวผู้รับมอบอำนาจไว้ 2 ชั้น คือ ระบุทั้งตำแหน่งและชื่อ ก่อให้เกิดผลว่า การมอบอำนาจจะสมบูรณ์ต่อเมื่อ ผู้รับมอบอำนาจจะต้องดำรงตำแหน่งนั้นอยู่ด้วย ในทางกลับกัน ถ้าหากมีการเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้นเป็นคนอื่น การมอบอำนาจนั้นก็จะสิ้นผลไปเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากว่ารัฐมนตรีผู้มอบอำนาจพ้นตำแหน่งไปแล้ว กลับมาดำรงตำแหน่งเดิม สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐยอมรับว่า อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งของรัฐมนตรีซึ่งน่าจะหมดไปแล้ว ก็ไม่หมดและการมอบอำนาจที่รัฐมนตรีได้ทำลงไว้ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 มกราคม 1947 นั้น ก็ไม่สิ้นผลไป และด้วยผลแห่งการนี้ ที่ว่ารัฐมนตรียังมีอำนาจอยู่ในกรณีที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว แล้วกลับเข้าดำรงตำแหน่งเดิมอีก การมอบอำนาจให้กับข้าราชการประจำในฝ่ายปกครองก็ไม่ต้องมอบอำนาจกันใหม่ เพราะการดำรงตำแหน่งของข้าราชการประจำในฝ่ายปกครองนั้น ไม่เกี่ยวกันเลยกับการดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ของรัฐมนตรี แต่กรณีจะมีผล เปลี่ยน เป็นในทางตรงกันข้าม ถ้าข้าราชการการเมืองเป็นผู้รับมอบอำนาจ หากรัฐมนตรีพ้นตำแหน่ง บุคคล เหล่านั้นก็ต้องพ้นตำแหน่งไปด้วยโดยอัตโนมัติ และการมอบอำนาจที่มอบไว้แต่เดิมจะสิ้นผลไป ต้องมอบอำนาจกันใหม่

การมอบอำนาจโดยระบุตำแหน่งแต่ไม่ระบุชื่อ ในรัฐกิจจานุเบกษาของฝรั่งเศส เรียกการมอบอำนาจแบบนี้ว่า การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir)

ถ้าเป็นการมอบอำนาจโดยระบุตัว เรียกการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ซึ่งการเรียกในทางปฏิบัติเช่นนี้ จะต้องระวัง เพื่อมิให้เกิดความสับสน กล่าวคือ

ประการแรก ในแง่ที่ว่า การเรียกในทางปฏิบัติ ที่ว่า การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) สำหรับกรณีการมอบอำนาจโดยระบุตำแหน่ง และ การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ในกรณีการมอบอำนาจโดยระบุตัวบุคคลนี้ ความจริงแล้ว ไม่เกี่ยวพันโดยตรงกับสาระสำคัญในผลของกฎหมายของการ เรียกชื่อแยกออกเป็นสองประเภทนี้ กล่าวคือ ไม่ได้หมายความว่า การเรียกชื่อแยกออกเป็นสองประเภทแล้ว ผลในกฎหมายจะต่างกัน

ประการที่สอง นักนิติศาสตร์หลายคนในทางกฎหมายปกครองที่พยายามแยกข้อแตกต่างระหว่างการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) กับการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ออกเป็นว่า

1. การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) เป็นเรื่องไม่ระบุตัวคน (impersonnel) เป็น เรื่องที่ไม่ขึ้นกับคุณสมบัติ เฉพาะของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ ในขณะที่การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) เป็น เรื่องระบุตัวคน เป็น เรื่องส่วนบุคคล (personnel) ซึ่งเป็น เรื่องของความสัมพันธ์ในลักษณะของความไว้วางใจ และร่วมมือกันทำงานโดยตรงของผู้มอบอำนาจกับผู้รับมอบอำนาจ คือ เป็น เรื่องอาศัยคุณสมบัติส่วนบุคคลของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ

2. การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) มีลักษณะถาวร (permanent) ในขณะที่ การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) เป็น การชั่วคราว เปลี่ยนไปตามตัวผู้มอบและผู้รับมอบ คือผู้มอบอำนาจ หรือผู้รับมอบอำนาจพ้นตำแหน่ง ก็จะต้องมีการมอบอำนาจประเภท délégation de signature กันใหม่

3. การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) เท่านั้น ที่จะ เปลี่ยนการจัดสรรอำนาจขององค์กรตั้งแต่ตั้งเดิมระหว่างองค์กรต่างๆ ส่วนการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ไม่เปลี่ยนการจัดสรรอำนาจตั้งแต่ตั้งเดิม มันจะเป็น เรื่อง ภายในของหน่วยงานระหว่างผู้มอบอำนาจกับผู้รับมอบอำนาจ

ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น GROSHENS เห็นว่าเป็นความเห็นของนักกฎหมายปกครอง

หลายคน แต่ในส่วนตัวของเขานั้นเห็นว่า ในทางกฎหมายการแยกข้อแตกต่างดังกล่าวนี้ ไม่น่าถูกต้องนัก GROSHENS กล่าวว่าจะเห็นว่า ที่นักกฎหมายปกครองเหล่านี้ยืนยันว่า การมอบอำนาจ ประเภทให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) เป็นการมอบอำนาจ ที่อาศัยคุณสมบัติของบุคคล มีลักษณะ เป็น เรื่องส่วนบุคคล (personel) ความจริงแล้วเป็น เรื่องบังเอิญมากกว่า กล่าวคือกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้นั้น จะระบุ 2 เรื่องคือ

- ระบุว่าผู้มอบอำนาจจะมอบอำนาจได้ครบ เท่าที่ตนอยู่ในตำแหน่งนั้น (เป็น เรื่อง ระยะเวลา)
- ผู้รับมอบอำนาจจะต้องถูกระบุชื่อโดยชัดแจ้ง

เงื่อนไขทั้งสองนี้ ถ้าจะบอกว่า เป็น เรื่องคุณสมบัติของผู้มอบ หรือผู้รับมอบอำนาจก็ไม่ น่า จะถูกต้อง เพราะ เป็น เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้เท่านั้น และโดย การที่เอาเงื่อนไขในสิ่งที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้นั้น มาเป็นลักษณะและผลในกฎหมาย ผล สุดท้ายก็ต้องไปดูในกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ และอีกประการหนึ่งที่ GROSHENS กล่าวถึงความ เห็นของนักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ นั้น ไม่น่าจะถูกต้อง ก็ เพราะว่า เขา เห็นว่า ไม่ตรงกับกฎหมายที่มีอยู่จริงในฝรั่งเศส (droit positif)

ค) ในประการสุดท้าย กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้ อาจกำหนดรูปแบบ หรือแบบพิธีของการมอบอำนาจไว้ด้วย จะเห็นว่าในคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ยืนยัน เสมอว่า นิติกรรมทางปกครองที่เป็นการมอบอำนาจจะต้อง เป็น ไปตามแบบพิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ที่อนุญาตให้มอบอำนาจ ก็หมายความว่าไม่มีแบบโดยเฉพาะของการมอบอำนาจต้องพิจารณากฎหมาย ที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้ เพราะฉะนั้นถ้าหากในกฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจกันได้ กำหนด ว่า นิติกรรมทางปกครองที่มอบอำนาจจะต้องทำขึ้น เป็นลายลักษณ์อักษร แล้วก็ลงประกาศใน รัฐกิจจานุ เบกษา สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก็วินิจฉัยว่า การมอบอำนาจนั้นก็ต้องทำ เป็นลายลักษณ์อักษร และลงประกาศในรัฐกิจจานุ เบกษา ถ้าไม่ทำการมอบอำนาจจะไม่มีผลสมบูรณ์ [คดี Cons. d'Et., 13 mai 1949, Courral(D.1950. 77 note j.(i); 12 mars 1951, Dlle Dcromps(Rev. dr. publ 1952, p.544)]

ถ้าหากในกฎหมายอนุญาตให้มอบอำนาจได้ไม่กำหนดรูปแบบไว้เลย สภาที่ปรึกษา แห่งรัฐก็ยอมรับว่า การมอบอำนาจอาจจะมอบด้วยวาจาได้ ถ้าสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เห็นว่า นั้น เป็น เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายที่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้

และ GROSHENS ได้สรุปข้อคิดค้นของ เขาอีกครั้งว่าที่ เขากล่าวมาทั้งหมด นั้น ต้องการจะแสดงว่า นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ซึ่งเป็นพวก classique ที่แยกระหว่าง การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) กับการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) หรือเป็นเรื่องเฉพาะบุคคล (personel กับไม่ระบุ ตัวบุคคล (impersonel) หรือถาวร (permanent) กับไม่ถาวร (impermanent) ทั้งหมดนี้ เป็นการจัดประเภทที่เอาลักษณะภายนอกแต่เพียงผิวเผินมาจัดประเภท แล้วแบ่งให้เกิดผลในกฎหมายที่ต่างกันหรือสาระสำคัญที่ต่างกัน

ส่วนที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่ศาลภายใต้อำนาจที่ได้รับมอบมา

การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารจะมีลักษณะพิเศษตรงที่ เป็นการให้อำนาจขององค์กร หนึ่งไปอยู่กับองค์กรอื่น โดยปราศจากการยกเลิก เรื่องขอบเขตอำนาจดั้งเดิมของผู้มอบอำนาจ เพราะฉะนั้นการศึกษาอำนาจที่โอนไปโดยการมอบอำนาจนี้ จะต้องศึกษา 2 ทางคือ

- 1) ลักษณะของอำนาจที่โอนไปแล้วจะก่อให้เกิด เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ศาล ภายใต้อำนาจรับมอบอำนาจ
- 2) การมอบอำนาจนั้น ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง ในอำนาจหน้าที่ดั้งเดิมของผู้ มอบอำนาจอย่างไร

ลักษณะของอำนาจที่โอนไป (หรือที่ผู้รับมอบอำนาจรับมอบมา) การมอบอำนาจนั้น เป็นการโอนไปซึ่งอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจหน้าที่ เสมอกับที่ผู้มอบอำนาจมีอยู่ด้วยตนเอง แต่อย่างไรก็ตามจะต้องระวังอยู่เสมอว่า ถ้าผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจ เสมอกับอำนาจของผู้มอบ อำนาจในทางทฤษฎีนั้น มิได้หมายความว่าผู้รับมอบอำนาจจะใช้อำนาจได้ เหมือนกับผู้มอบอำนาจ ในทุกกรณี ด้วยเหตุนี้ นิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับมอบทำภายใต้อำนาจมอบมอบอำนาจ อาจจะมีขอบ เขตจำกัดกว่านิติกรรมทางปกครองที่ผู้มอบอำนาจทำเอง ตัวอย่าง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจ ในการทำการบางอย่างให้นายอำเภอ เนื้อหาสาระของอำนาจที่นายอำเภอรับไปแล้วย่อมจะ เท่า กับที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมี แต่สิ่งที่ไม่เท่ากัน คือ นายอำเภอทำได้ เฉพาะในท้องที่ที่อยู่ใน เขตอำนาจ ของนายอำเภอในขณะที่ผู้ว่าราชการจังหวัดทำได้ในท้องที่จังหวัดทั้งจังหวัด คือขอบเขตจำกัด เรื่อง ท้องที่ก็ต้อง เป็นไปตามอำนาจดั้งเดิมของผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจ

ถ้าหากจะถือหลัก เป็นการทั่วไป ผู้รับมอบอำนาจจะมีอำนาจประเภทเดียวกับผู้มอบ อำนาจ ผู้รับมอบอำนาจจะใช้อำนาจที่ได้รับมอบมา เสมือนหนึ่ง เป็นอำนาจของคนโดยแท้จริง

หลักนี้ก่อให้เกิดผลทางประการเกี่ยวกับรากฐานหรือพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองที่ทาลงภายใต้การรับมอบอำนาจและรูปแบบหรือแบบพิธีของนิติกรรมที่ว่านั้น

ก) ผู้รับมอบอำนาจจะเข้าไปแทนผู้มอบอำนาจในการใช้ดุลพินิจว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ โดยนัยนี้เอง สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตัดสินว่า นิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับมอบอำนาจตัดสินใจใช้อำนาจนั้นไป โดยที่ถ้าผู้มอบอำนาจเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเองผู้มอบอำนาจจะตัดสินใจไม่ใช้อำนาจนั้นก็ตาม เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับได้ นั่นก็คือว่า ผู้รับมอบอำนาจใช้ดุลพินิจของตนเอง เสมือนหนึ่งว่าเป็นตัวผู้มอบอำนาจเองเลย

ข) ตัวผู้รับมอบอำนาจจะมีอำนาจ 2 อย่างในเวลาเดียวกัน คือ

- อำนาจดั้งเดิมของตนเอง
- อำนาจที่ได้รับมอบมาจากผู้มอบอำนาจ

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือกรณีที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้รับมอบอำนาจเป็นผู้เสนอเรื่องให้ผู้มอบอำนาจพิจารณาซึ่งว่ากันตามกฎหมายจริง ๆ แล้วหมายความว่า ผู้รับมอบอำนาจจะมีเพียงอำนาจเสนอ ผู้มอบอำนาจจะมีอำนาจพิจารณา แต่ถ้ามีการมอบอำนาจจากผู้มอบโดยถูกต้องแล้ว คนที่มีทั้งอำนาจในการเสนอ และพิจารณา จะเป็นคน ๆ เดียวกัน ทั้งนี้เพราะผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจ 2 อย่างอยู่ในตัวคน ๆ เดียวกัน (คดี Cons. d'Et., 29 juill 1953, Brugnoni (Rev. dr. publ. 1953, P. 1061, avec note j. de Soto)

โดยสรุปแล้ว การมอบอำนาจนี้ทำให้ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจเต็ม เบี่ยมแทนผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจจะเข้าไปแทนที่ผู้มอบอำนาจ ใช้อำนาจนั้นในเงื่อนไขอย่างเดียวกับผู้มอบอำนาจใช้ ข้อสรุปนี้ปรากฏเป็นปริยายอยู่ในรูปแบบคำสั่งทางปกครองที่ทาลงภายใต้การมอบอำนาจ อันที่จริงสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก็วินิจฉัยว่า ผลของการรับมอบอำนาจทำให้ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจเต็มที่เสมือนหนึ่งผู้มอบอำนาจ เพราะฉะนั้นจึงเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นอย่างยิ่ง ที่ผู้รับมอบอำนาจจะต้องระบุไว้ในนิติกรรมทางปกครองที่ตนทำแทนผู้มอบว่า "ทำแทนและเพื่อรัฐมนตรี"¹ ถ้าไม่ใส่ก็ไม่กระทบความไม่สมบูรณ์ของการมอบอำนาจ

1

มีตัวอย่างให้เห็นในกรณีผู้ว่าราชการจังหวัดได้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีมาทำนิติกรรมทางปกครองแทนรัฐมนตรี ปรากฏว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ได้ระบุว่า "เพื่อรัฐมนตรีและโดยการทำการแทน (pour le ministre et par délégation)" สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ

นอกจากนั้นในส่วนที่เป็นคำปรารภหรือการอ้างกฎหมายในส่วนต้นของนิติกรรมทางปกครอง ในภาษาฝรั่งเศส เรียก "visa" นั้น สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าไม่จำเป็นที่จะต้องระบุว่า "โดยที่ _____ ได้มอบอำนาจให้ _____ โดยคำสั่งลงวันที่ _____ ให้ _____ ทำแทนรัฐมนตรี" เพราะ เอกสารหรือนิติกรรมทางปกครองที่ทำขึ้นนั้นจะสมบูรณ์หรือไม่ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่า เจ้าพนักงานผู้กระทำความมีอำนาจทำตามที่ได้รับมอบอำนาจมาหรือไม่

หลักที่กล่าวมาทั้งหมด ที่ว่าไม่จำเป็นต้องระบุว่า "เพื่อและโดยการมอบอำนาจของใคร" นั้น ใช้ได้กับทั้งการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) และ การมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) ซึ่งการแยกโดยอาศัยรูปแบบ เช่นนี้ไม่ได้ตอบปัญหาทางกฎหมายอะไรเลย แต่นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ที่เห็นว่าการแบ่งประเภทของการมอบอำนาจที่ต่างกัน 2 อย่างก่อให้เกิดผลที่ต่างกันในการใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจ โดยนักกฎหมายปกครองเหล่านี้เห็นว่า ในกรณีที่มอบอำนาจให้ลงชื่อแทนนั้น ผู้มอบอำนาจ เพียงแต่มอบหมายให้ เจ้าพนักงานอื่นลงชื่อ เพื่อและแทนตนในนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งโดยปกติอยู่ในอำนาจของผู้มอบอำนาจ และโดยผลแห่งการนี้นิติกรรมทางปกครองที่ลงนามโดยผู้รับมอบอำนาจนั้น ก็จะต้องถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ลงนามโดยผู้มอบอำนาจเอง เพราะในกรณีมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน เช่นนี้ การมอบอำนาจนั้นก่อให้เกิดการแทนกันในลายมือชื่อเท่านั้น แต่รูปแบบอย่างอื่นยังคงเหมือนเดิม นักกฎหมายเหล่านี้ก็เห็นต่อไปว่า ในทางตรงข้าม การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) นั้น เจ้าพนักงานผู้รับมอบอำนาจตัดสินใจทำนิติกรรมทางปกครอง เองในรูปแบบปกติ เหมือนกับที่เขาทำในนิติกรรมทางปกครองของเขาเอง ตัวอย่างเช่น รัฐมนตรีมอบอำนาจแบบการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด เมื่อมอบไปแล้วแทนที่ผู้ว่าราชการจังหวัดนั้นจะต้องทำนิติกรรมทางปกครองภายใต้การรับมอบอำนาจในรูปของกฎกระทรวง ก็จะต้องทำในรูปของระเบียบหรือคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดเองได้ ตรงนี้เองทำให้เกิดสิ่งนี้นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ กล่าวกันว่า นิติกรรมทางปกครองที่ทำลงโดยผู้รับมอบอำนาจประเภทการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) นั้น เปลี่ยนคุณสมบัติไปเลย GROSHENS กล่าวต่อไปว่า ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่น่าเชื่อ เพราะที่ว่าการมอบอำนาจแบบการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ผู้รับมอบอำนาจทำคำสั่ง เป็นของตนเองในนามของ

วินิจฉัยว่า ไม่จำเป็นต้องใส่ เพราะ เมื่อได้รับมอบอำนาจมาโดยชอบแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดเองจึงมีอำนาจเท่ารัฐมนตรีในเรื่องที่ได้รับมอบอำนาจมา

หน่วยงานที่คนรับผิดชอบอยู่ไม่ได้ทำแทนใครในตำแหน่งหน้าที่ใดนั้น หลักอันนี้ไม่น่าจะเป็นหลัก
 ที่น่าจะใช้ได้ทั้งนี้ เนื่องจากในกฎหมายปกครองนั้นไม่มีหลักการตั้งตัวแทน¹ ให้ใช้อำนาจแทน
 แต่ถ้ามองความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้ก็ เท่ากับยอมรับหลักกฎ-
 หมาย เอกชน เรื่องตัวการตัวแทนนั่นเอง โดยเฉพาะการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation
 de signature) และถ้ายอมรับว่าให้มีการตั้งตัวแทนให้ใช้อำนาจแทนในกฎหมายปกครองได้
 ก็ต้องยอมรับต่อไปว่าผู้มอบอำนาจก็ต้องมีสิทธิเข้าไปเพิกถอนหรือเข้าไปทำแทน หรือเข้าไปทำทุก
 อย่างใน เรื่องที่คนมอบอำนาจไปแล้ว ผู้มอบอำนาจ เองก็ต้องมีสิทธิทุกอย่างที่จะ เข้าไปควบคุมผู้
 รับมอบอำนาจ และไปนำเอานิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับมอบอำนาจทำไปแล้ว มาทำใหม่ได้ซึ่ง
 ในกรณีเช่นนี้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ปฏิเสธเสมอ [คดี Cons.d'Et., 13 févr.1916, Soc.
 Lyonnaise des Eaux (Rec. Cons.d'Et., P.305)] นอกจากนี้ โดยที่ความเห็นทั้ง
 หดข้างต้น เป็นความเห็นที่พยายามจะแยกข้อแตกต่างระหว่างการมอบอำนาจให้ทำการแทน
 (délégation de pouvoir) กับการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature)
 GROSHENS ก็ชี้ให้เห็นว่า เอาเข้าจริงนั้น การแยกเป็นการมอบอำนาจให้ทำการแทน
 (délégation de pouvoir) และการมอบอำนาจให้ลงชื่อแทน (délégation de signature)
 ไม่ชัดเจน เลยมันมีข้อสงสัยหลายอย่างทั้งการแยกแบบนี้ ก็อธิบายไม่ได้ว่าทำไมการมอบอำนาจ
 ให้ลงชื่อแทน (délégation de signature) จึง เป็นเรื่องคุณสมบัติส่วนบุคคล (personel)
 ในขณะที่การมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) เป็น เรื่องถาวร
 (permanent)

การมอบอำนาจนั้น ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในอำนาจหน้าที่ดั้งเดิมของผู้มอบอำนาจ
อย่างไร ปัญหาที่เป็นปัญหาที่ยุ่งยาก อาจจะวิเคราะห์ได้โดยวิธีการหลายวิธี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
 อาจจะตั้งเป็นคำถาม 2 คำถาม

คำถามแรก คือ เมื่อมอบอำนาจไปแล้ว ผู้มอบอำนาจยังคงรักษาอำนาจดั้งเดิม
 ทั้งหมดไว้แค่ไหน เพียงใด ใน เรื่องที่มอบอำนาจไปแล้ว

คำถามที่สอง ปัญหาที่จะต้องรู้คือ ถ้าหากว่าผู้มอบอำนาจได้มอบอำนาจไปแล้ว ใน
 ส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจที่มอบไปแล้ว ผู้มอบอำนาจยังสามารถมีสิทธิควบคุมอย่างไรบ้าง

1

ตัวแทนในที่นี้ มีความหมายตามกฎหมาย เอกชน คือ เป็น เรื่อง เฉพาะตัวอาศัย

ต้องเข้าใจในเบื้องต้นว่าผู้มอบอำนาจมีอำนาจที่จะ เลิกการมอบอำนาจได้ในทุกกรณี เหมือนกับที่เขามีอำนาจที่จะมอบอำนาจได้ นั่นคือหลักประการแรก แต่ปัญหามิว่าถ้าไม่มีการเพิกถอนการมอบอำนาจ ตัวผู้มอบอำนาจก็ยังคงมีอำนาจในสิ่งนั้น ๆ พร้อม ๆ (compétence concurrente) ไปกับผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจหรือไม่ ? ในเรื่องนี้นี้ก็จะอาจจะคิดไปได้ว่า เมื่อมอบอำนาจไปแล้วผู้มอบอำนาจถูกห้ามมิให้ใช้อำนาจที่มอบไปแล้ว เว้นแต่จะมีการเพิกถอนการมอบอำนาจ ถ้าไม่มีการเพิกถอนการมอบอำนาจนั้น ผู้มอบอำนาจก็มีหน้าที่ที่จะต้อง เคารพหลัก เกณฑ์ใน เรื่องอำนาจที่ตนสร้างขึ้นเอง โดยการมอบอำนาจให้แก่บุคคลอื่นในทางตรงกันข้าม เราก็อาจจะยืนยันว่า ผู้มอบอำนาจเองอาจจะใช้อำนาจทำนิติกรรมทางปกครองบางอย่างคู่ไปกับผู้รับมอบอำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้มอบอำนาจเองอาจจะใช้อำนาจที่เกิดขึ้นจากหน้าที่ของตน เมื่อการใช้อำนาจเช่นนี้ เป็นไปตามสาเหตุที่มีการมอบอำนาจ กล่าวคือโดยหลักแล้วผู้มอบอำนาจจะใช้อำนาจที่ตนมอบอำนาจไปแล้วไม่ได้ แต่ถ้าหากว่าเป็น เรื่องของการใช้อำนาจที่ขึ้นอยู่กับตำแหน่งนั้นแต่ดั้งเดิมและเป็นส่วนหนึ่งของตำแหน่งนั้น เช่นนี้ก็ใช้ได้ ในกรณีนี้ถ้ากฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้ ยอมให้ผู้มีอำนาจมอบอำนาจของตนไปได้บางส่วน กฎหมายที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้นั้น ก็จะไม่อนุญาตให้ผู้มอบอำนาจโอนอำนาจของตนไปเลย ตัวอย่างเช่นในกรณีที่รัฐสภามอบอำนาจในการออกกฎหมายให้รัฐบาล นั่นมิได้หมายความว่ารัฐสภาจะหมดอำนาจในการตรากฎหมายในเรื่องที่มอบให้รัฐบาล ซึ่งรัฐสภาจะตรากฎหมายนั้นอีกเมื่อใดก็ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือว่าผู้มอบอำนาจมีอำนาจเพียงคู่ไปกับผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งแนวคิดในแนวนี้ เป็นแนวคิดที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐยอมรับ โดยเฉพาะในการตัดสินคดีเกี่ยวกับเรื่องการมอบอำนาจของนายกเทศมนตรี ในคดีหนึ่งนายกเทศมนตรีมอบอำนาจให้ผู้ช่วยของเขา สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ว่า นายกเทศมนตรีก็ยังมีสิทธิที่จะทำนิติกรรมทางปกครองบางอย่างในเรื่องที่มอบอำนาจไปแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจในตำแหน่งของตัว (คดี Cons. d'Et., 22 déc.1911, Legrand) ความจริงหลักนี้เป็นหลักที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐยอมรับ เว้นแต่ในกรณีที่รัฐบัญญัติที่อนุญาตให้มอบอำนาจได้นั้นกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย คือ เป็นการตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐบัญญัติ ว่าที่ผู้ร่างรัฐบัญญัติอนุญาตให้มอบอำนาจได้นั้น ประสงค์จะให้ผู้มอบอำนาจมอบอำนาจของตนไปเลย เช่นนี้ผู้มอบอำนาจก็ไม่มีสิทธิจะเข้าไปทำการใดในเรื่องนั้นคู่ไปกับผู้รับมอบอำนาจได้ ในกรณีที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ก็เป็นเรื่องของการโอนอำนาจนั่นเอง เพราะรัฐบัญญัติกำหนดเอาไว้เช่นนั้น จึงเป็นเรื่องที่จะต้องทำ เมื่อเป็นเรื่องที่ต้องทำก็ไม่ใช้เป็น เรื่องของการมอบอำนาจให้ทำการแทน (délégation de pouvoir) ในฝ่ายปกครอง แต่เป็นเรื่องของการที่รัฐบัญญัติให้อำนาจ ซึ่งเดิมเคยเป็นขององค์กรหนึ่งไปอยู่กับอีก

องค์กรหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องของการโอนอำนาจและเป็นการโอนอำนาจโดยเด็ดขาด (คดี Cons. d'Et., 5 mai 1950, Buisson (Rec.Cons. d'Et., P.258)

GROSHENS กล่าวต่อไปว่า ที่เขายืนยันว่าผู้มอบอำนาจมีอำนาจคู่ไปกับผู้รับมอบอำนาจ คำกล่าวนี้ตรงกับทางปฏิบัติ ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดาที่สุดในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครอง ที่เป็น เช่นนี้ก็เพราะถ้า เขายืนยันว่าการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารนั้น เป็นไป เพื่อประโยชน์ ที่ให้ข้าราชการระดับสูงมีทางเลือกในการผ่อนปรนภาระของตน ก็ต้องยอมรับต่อไปว่า โดยธรรมชาติ ถ้าหากว่าผู้มอบอำนาจต้องการจะ เข้าไปทำนิติกรรมทางปกครองนั้นเอง เพราะเห็นว่าเป็น เรื่องสำคัญ เป็นกรณีพิเศษ ก็ไม่มีเหตุผลอะไรเลยที่จะบอกว่าผู้มอบอำนาจหมดอำนาจไปแล้ว เพราะถ้า ยอมรับ เช่นนั้น ประโยชน์ของการมอบอำนาจก็จะหมดไปมาก ตัวอย่างที่ปรากฏในเรื่องนี้ก็คือ กรณีรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 26 กันยายน 1953 กำหนดไว้ว่า รัฐมนตรีจะมอบอำนาจของตนไปยัง หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดไม่ได้ ต้องมอบอำนาจไปให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแล้วผู้ว่าราชการจังหวัดจึงมอบอำนาจไปให้หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด ซึ่งก็หมายความว่ากฎหมายต้องการ จะให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจคู่ ๆ กันไปกับหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด เพื่อให้อำนาจ ของผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งเป็นอำนาจควบคุมดูแลทั่วไปในจังหวัดที่ตนมีอำนาจอยู่ ครอบคลุมไป ได้ทุกเรื่อง อำนาจควบคุม ที่เรียกว่า compétence concurrente ระหว่างผู้มอบอำนาจกับ ผู้รับมอบอำนาจ ความจริงเป็นอำนาจที่ให้เลือกใช้ หมายความว่า ถ้าหากว่าผู้มอบอำนาจไป แล้ว และผู้รับมอบอำนาจใช้อำนาจที่ตนรับมอบอำนาจมาทำนิติกรรมทางปกครองอันใดขึ้นมาสำเร็จ ไปแล้วก็ต้องถือ เสมือนหนึ่งว่าผู้มอบอำนาจได้ทำไปแล้ว ผู้มอบอำนาจจะเข้าไปใช้อำนาจเพิก ถอนไม่ได้ ซึ่งแม้กระทั่งไม่มีการมอบอำนาจ เมื่อผู้มีอำนาจเองทำไปแล้วไม่ใช่จะเพิกถอนได้ ความใจชอบ ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการเพิกถอนนิติกรรมที่ทำไปแล้ว (คดี Cons.d' Et., 14 juin 1912, Wullite (Rec.Cons. d'Et., P.659) การใช้อำนาจคู่กันไป จะต้องใช้ในกรณีที่ผู้รับมอบอำนาจยังไม่ได้ตัดสินใจใช้อำนาจที่ได้รับมอบอำนาจมาเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้มอบอำนาจจะไม่มีอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique) เหนือนิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับมอบอำนาจทำไปก็ตาม แต่ผู้มอบอำนาจมีอำนาจ ที่จะควบคุม (pouvoir de tutelle) เหนือการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับ มอบอำนาจทำไปแล้ว อำนาจในการควบคุมในที่นี้ มีเมื่อผู้รับมอบอำนาจใช้อำนาจโดยไม่ชอบ คือใช้อำนาจเกินขอบ เขตที่ตนรับมอบอำนาจมา กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือว่าผู้มอบอำนาจจะต้องเคารพ ในนิติกรรมทางปกครองที่ผู้รับมอบอำนาจทำโดยชอบ เสมือนหนึ่งว่าตนเป็นผู้ทำนิติกรรมทางปกครอง

นั้นเอง แต่ถ้านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบ ผู้มอบอำนาจมีอำนาจที่จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามทั้งหมดต้องอย่าลืมว่าอำนาจในทางความเป็นจริงที่ผู้มอบอำนาจมีอยู่เหนือผู้รับมอบอำนาจก็คืออำนาจทางวินัย

จากการพิจารณาเนื้อหา เกี่ยวกับแนวความคิดและหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนั้นแล้ว อาจจะกล่าวได้ว่าฝรั่งเศสเอง แม้ว่าจะจัดเป็นประเทศที่มีพัฒนาการทางด้านกฎหมายปกครองสูง และทางด้านพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจนั้น ก็มีหลักกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมาตลอดตั้งแต่ศตวรรษที่แล้วมาจนกระทั่งปัจจุบัน แต่เนื่องจากวิวัฒนาการในแง่การใช้ ตลอดจนประโยชน์ของการมอบอำนาจเปลี่ยนแปลงไปมาก และในที่สุดจึงได้เกิดสภาพที่เรียกว่าวิกฤตการณ์ในแนวความคิดเกี่ยวกับ เรื่องการมอบอำนาจในฝ่ายบริหาร จนกระทั่งมีการวิพากษ์วิจารณ์ ตกเถียงกันอยู่เป็นอันมาก แต่อย่างไรก็ดีหลักกฎหมายในเรื่องนี้ของฝรั่งเศส ซึ่งเกิดขึ้นจากการวางหลักโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมา เป็น เวลาช้านานนั้น ก็ย่อมจะ เอื้อประโยชน์ต่อการศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องเกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทยได้เป็นอย่างดี

แนวความคิดและหลักกฎหมาย เกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของอังกฤษ¹

ในกฎหมายปกครองของ อังกฤษนั้นมีหลักอยู่ว่า องค์ประกอบที่จำเป็นของการใช้อำนาจอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ก็คือ อำนาจนั้นต้องใช้โดยเจ้าพนักงานผู้ซึ่งได้รับอำนาจมาเอง และ หลักนี้ได้ใช้อย่างเคร่งครัดจนกระทั่งกลายเป็นสาเหตุทำให้เกิดภาวะที่ไม่เหมาะสมของการปกครอง ซึ่งทางปฏิบัติในทางศาลนั้น โดยปกติแล้วศาลจะเคร่งครัดในการที่จะถือว่าอำนาจควรใช้โดยบุคคลหรือองค์กรที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติ แม้ว่าจะมีการอนุญาตโดยชัดแจ้งจากพนักงานผู้ได้รับอำนาจมาก็ตาม แต่ศาลก็ยังพิจารณาว่าสิ่งที่ได้กระทำลงโดยผู้รับมอบอำนาจ คณะอนุกรรมการ เป็นการไม่เหมาะสม เหมือนกับ เป็นการกระทำนอกขอบ

¹H.W.R. Wade, ADMINISTRATIVE LAW, (Oxford; clarendon. Press), 4th ed, 1977, PP.305-317; DAVID FOULKES, ADMINISTRATIVE LAW, 5th edition, (London; Butterworths), 1982, pp.174-181; O.HOOD PHILLIPS, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW, 5th edition, (London; Sweet & Maxwell), 1973, P.524; DAVID FOULKES, INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE LAW, 3rd edition, (London; Butterworths), 1972, pp.125-129, P.142; J.F.Garner, ADMINISTRATIVE LAW, 4th edition, (London; Butterworth), 1974, p.370-371

อำนาจ แต่อย่างไรก็ดีหลักนี้จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่มีการแสดงอย่างสมเหตุสมผลว่าอำนาจนั้นควรที่จะมีการมอบอำนาจออกไป ซึ่งการยอมรับข้อยกเว้น ดังนี้ถือเป็นสิทธิของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองที่จะได้รับความช่วยเหลือในปัญหาทางกฎหมายจากผู้ช่วยของเขา (Ward V. Bradford Corporation (1971) 70 L.G.R. 27)

ในการปฏิบัติงานของรัฐบาลจำเป็นต้องอาศัยการมอบอำนาจอย่างกว้างขวาง ซึ่งการมอบอำนาจนั้นจะมอบอำนาจกันได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจในการมอบอำนาจนั้นแยกพิจารณาเป็น 2 ประการ กล่าวคือ

ถ้าเป็นระบบคณะกรรมการอำนาจที่จะให้มีการมอบอำนาจกันได้จะกำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติ แต่ถ้าเป็นกรณีของเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นก็จะกำหนดไว้โดย The Local Government Act 1972¹ เจื่อนไขต่อไปของการมอบอำนาจนั้น มีว่า การมอบอำนาจนั้นจะต้องไม่กระทำเกินขอบอำนาจที่ได้รับมา และเป็นไปไม่ได้ที่อำนาจซึ่งได้รับมอบมาจะมีขอบเขตกว้างกว่าอำนาจของผู้มอบในเรื่องที่มอบนั้น (Cook V. Ward (1877) 2 C.P.D. 225 และคดี Blackpool Corporation V. Locker (1948) 1 K.B. 349) ในกรณีที่ เป็นคดีที่มีความสำคัญและเกี่ยวกับหน้าที่ในทางวินัย ศาลมักจะมีการวินิจฉัยไปในทางจำกัดการมอบอำนาจ ดังเช่นในคดี General Medical Council V. U.K. Dental Board (1936) C.h.14 ซึ่งในคดีนี้ถือว่า the General Medical Council ต้องใช้อำนาจในการควบคุมทางด้านวินัยเหนือทันตแพทย์นั้นด้วยตนเอง และไม่สามารถมอบอำนาจให้คณะกรรมการฝ่ายบริหารได้ ทั้ง ๆ ที่ภายใต้ The Dentists Acts กำหนดไว้โดยแจ่มชัดว่า the council สามารถกระทำหน้าที่ในการควบคุมทางวินัยโดยผ่านคณะกรรมการดังกล่าวได้

¹ ปรากฏอยู่ในมาตรา 101 ของ Local Government Act 1972 ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นที่จะจัดการปฏิบัติหน้าที่ของเขาให้สำเร็จลุล่วงไปโดยผ่านคณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ หรือเจ้าหน้าที่หรือ เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ แต่ได้บัญญัติยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับกับกรณีต่อไปนี้ (1) การเก็บภาษีหรือการออกกฎเกี่ยวกับภาษีหรือการกักเงิน (2) หน้าที่ภายใต้ The Diseases of Animals Act, 1950 และ (3) หน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นแต่งตั้งคณะกรรมการ (ดูรายละเอียดของบทบัญญัติมาตรา 101 Local Government Act 1972 ในภาคผนวก 1 หน้า 230-232)

การมอบอำนาจตามกฎหมายนั้นโดยปกติจะมีความหมายรวมถึงการ เพิกถอนการมอบอำนาจนั้นด้วย (Manton V. Brighton Corporation (1951) 2 K.B.393) แต่การเพิกถอนการมอบอำนาจนั้นจะไม่มีผลย้อนหลัง ดังจะเห็นได้จากคดี Batteley V. Finsbury Borough Council(1958) 56 L.G.R. 165 ซึ่งวินิจฉัยว่า the Finsbury Borough Council ไม่สามารถปฏิเสธการที่คณะกรรมการได้แต่งตั้งลูกจ้าง โดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบอำนาจมา มีปัญหาถกเถียงกันว่า ในขณะที่มีการมอบอำนาจกันอยู่นั้น เจ้าพนักงานผู้มอบจะสูญเสียอำนาจในเรื่องที่มอบไปทั้งหมด หรือยังสามารถใช้อำนาจนั้นได้อยู่ ? ในปัญหานี้แต่เดิมได้มีการวางหลักไว้ในคดี Huth V. Clarke (1890) 25 Q.B.D. 391 ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า ภายใต้อำนาจตามกฎหมาย คณะกรรมการฝ่ายบริหารของสภาเขต (county council) ได้มอบอำนาจให้คณะกรรมการในการที่จะออกกฎข้อบังคับสำหรับควบคุมโรคพิษสุนัขบ้า แต่ก่อนที่คณะกรรมการจะได้ดำเนินการอย่างใด และยังไม่มีการ เพิกถอนการมอบอำนาจ คณะกรรมการฝ่ายบริหารก็ได้ออกกฎระเบียบกับการใช้ตะกร้อสวมปากสุนัขด้วยตนเอง ศาลตัดสินในคดีนี้ว่า อำนาจนั้นไม่เคยแบ่งแยกออกจากกัน เมื่อมอบอำนาจไปแล้ว ผู้มอบอำนาจก็ไม่มีอำนาจนั้นอยู่อีก ผู้มอบอำนาจไม่สามารถ เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับ เรื่องที่ตนมอบอำนาจไปแล้ว แต่อย่างไรก็ดีในคดีนี้ได้มีความ เห็นแย้งของผู้พิพากษาท่านหนึ่ง ซึ่งอ้างว่า คณะกรรมการฝ่ายบริหารยังคงมีอำนาจนั้นอยู่ ต่อมาคำวินิจฉัยในคดีนี้ได้ถูกกลับแนวบรรทัดฐาน โดยในคดี Manton V. Brighton Corporation ได้วางหลักที่แพร่หลายโดยทั่วไปว่า "บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่สามารถปลด เปลี่ยนตนเองให้พ้นไปจากหน้าที่ตามกฎหมายของตนได้" และหลักนี้ได้ถูกนำมาบรรจุไว้ใน Local Government Act 1972 ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยแจ้งชัดให้เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่น สามารถมอบอำนาจของตนให้กับคณะกรรมการ ฯลฯ และในขณะเดียวกันก็สงวนไว้ซึ่งอำนาจของ เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นนั้นไปพร้อม ๆ กันด้วย

น่าพิจารณาว่า การมอบอำนาจโดยปริยายมิใช่ เป็น เรื่องธรรมดาที่จะนำมาใช้ในทางนิติบัญญัติในภาวะปกติ แต่ภายใต้อำนาจในภาวะสงคราม จำต้องมีการมอบอำนาจและการมอบอำนาจต่ออย่างกว้างขวาง การมอบอำนาจโดยปริยาย เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ เห็นได้จาก the Defence of the Realm legislation ที่ออกในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 มิได้มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งในการที่จะให้มีการมอบอำนาจ แต่ก็ไม่มีการฟ้องร้องคัดค้านการกระทำของรัฐบาลด้วย เหตุผลนี้ การออกกฎหมายในลักษณะ เดียวกันในอังกฤษ ภายใต้กฎหมายซึ่ง



บังคับให้เจ้าของรถยนต์จะต้องพิสูจน์ว่าคนขับรถของเขา เป็นใคร เมื่อได้รับคำสั่งจากหรือในนามของพนักงานตำรวจชั้นผู้ใหญ่ (chief constable) แต่ในทางปฏิบัติถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการจราจรโดยทั่วไป ได้รับมอบอำนาจโดยปริยายที่จะเซ็นใบสั่งในนามของพนักงานตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับสถานการณ์ (Nelms V. Roe (1970) 1 W.L.R. 4)

การมอบอำนาจต่อ (subdelegation) นั้น มีหลักอยู่ว่าบุคคลผู้ได้รับมอบอำนาจ ไม่อาจมอบอำนาจนั้นให้แก่บุคคลอื่นได้ (delegatus non potest delegare) เว้นแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้มีผลเช่นนั้น แต่ก่อนที่จะศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจต่อควรจะต้องทำความเข้าใจกับหลักประการหนึ่งอันเป็นหลักที่มีผลสืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ของอังกฤษ ที่ว่า ฝ่ายบริหารของอังกฤษจะไม่มีอำนาจโดยอยู่เลย (มีข้อยกเว้นเพียงตาม royal prerogative ที่ได้รับการยอมรับจาก common law) นอกเสียจากได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา¹ ซึ่งเป็นพื้นฐานของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยโดยสูง-

¹ หลักนี้มาจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ เกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งถูกจำกัดมาตั้งแต่ พวก Norman เริ่ม เข้ามายปกครองได้ไม่นานนัก พระเจ้าจอห์นยังถูกบังคับให้ยอมรับ Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 อย่างเสี่ยงไม่ได้ภายหลังยุคดังกล่าวก็เป็นการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจระหว่างกษัตริย์กับ เจ้าศักดินาในสงครามดอกกุหลาบ (guerre des Deux-Roses) และพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เริ่มมาฟื้นฟูกครั้งในราชวงศ์ Tudor มีการตั้งศาลดารากร (Star Chamber) พระมหากษัตริย์ทรงได้รับความสนับสนุนทุกประการจากรัฐสภาในการตรากฎหมายโดยเฉพาะพระเจ้า Henry ที่ 8 แนวความคิดเรื่อง กฎหมายที่รับมอบอำนาจ" (delegated legislation) เกิดขึ้นในยุคนี้เอง พึงสังเกตว่าในราชวงศ์ Tudor แม้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จะ เริ่มขยายมากขึ้นในความเป็นจริง แต่ในทางทฤษฎีนั้นพระมหากษัตริย์ไม่ทรงพยายามขัดแย้งกับรัฐสภา และศาล common law มากนัก จนกระทั่งราชวงศ์ Stuarts ในศตวรรษที่ 17 ซึ่งพยายามขยายอำนาจตามแนวราชวงศ์ Tudor แต่วิธีการขยายไม่แนบเนียนเท่า กล่าวคือ กษัตริย์ราชวงศ์นี้ เริ่มอ้างลัทธิ เทวสิทธิ์ (Divine Right theory) ซึ่งพระมหากษัตริย์ยุโรปได้ไขมาแล้วอย่างประสบความสำเร็จ เพื่อฉกชิง

สุดของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) อำนาจบริหารจึงตกอยู่กับฝ่ายบริหาร
ได้ เมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ดังนั้นการที่ฝ่ายบริหารมอบอำนาจในระหว่างกันเอง

อำนาจจากรัฐสภาและศาล ในศตวรรษที่ 17 นี้เองที่ความขัดแย้งระหว่างสถาบันทั้งสาม คือ
พระมหากษัตริย์ รัฐสภา ศาล เป็นไปอย่างรุนแรง มีการแก่งแย่งกันใช้อำนาจอย่างยิ่ง พระ-
มหากษัตริย์พยายามสวมพระราชอำนาจทุกประการ กล่าวคือ ทรงบัญญัติกฎหมายที่มีผลทั่วไปใน
สภาองคมนตรี (King in Council) แข่งกับกฎหมายของรัฐสภา ทรงใช้พระราชอำนาจด
บังคับใช้พระราชบัญญัติของรัฐสภา สำหรับบางคดีทรงพิจารณาตัดสินในศาลดารากร แข่งกับศาล
common law เดิม ทรงใช้พระราชอำนาจพระราชทานอภัยโทษแก่บุคคลที่ศาล common
law พิพากษาว่ากระทำผิด ศาลกับรัฐสภาเองก็ขัดแย้งกัน กล่าวคือ ศาลก่อน ค.ศ. 1688
เคยพิพากษาว่า พระราชบัญญัติของรัฐสภา (Act of Parliament) ที่ขัด "ด้วยเหตุด้วยผล"
(contrary to "common right and reason") (ดูคดี Dr. Bonham's case (1610)
8 co. Rep 144 at 118) หรือที่ให้ผู้มีส่วนได้เสียในคดีนั้น เป็นผู้พิพากษาเสียเอง (making
a man a judge in his own cause) เป็นโมฆะ (ดูคดี Day V. Savadge (1614)
Hob. 85 at 86) รัฐสภาโดยเฉพาะสภาสามัญเองก็เคยสั่งขังผู้พิพากษา (Pemberton และ
Jones) เพราะไปสั่งจับตัวราชวงศ์ที่ทำตามคำสั่งสภาสามัญ สภาพความขัดแย้งดังกล่าว
เป็นเหตุให้เกิดการลุกฮือขึ้นในปี 1646 มีการปลงพระชนม์พระเจ้าชาลส์ที่ 1 และสถาปนา
Cromwell ขึ้นเป็น "ผู้พิทักษ์" (Lord Protector of the Realm) จน Cromwell
ตาย ก็กลับเข้าสู่สภาพความขัดแย้งตามเดิมระหว่าง พระเจ้าเจมส์ที่ 2 กับสถาบันดังกล่าว
จนถึงปี 1688 ความขัดแย้งนี้ถึงที่สุด โดยพระมหากษัตริย์อังกฤษเป็นฝ่ายปราชัย กล่าวคือ
ทำให้ศาล common law โดย Coke C.J. ซึ่งร่วมมือกับรัฐสภาต่อต้านอำนาจสมบูรณาญา-
สิทธิราชย์ที่พระเจ้าเจมส์ที่ 2 อ้าง ในปีนั้น พระเจ้าเจมส์ยุบสภา ถอดผู้พิพากษา และ
ทรงเสด็จหนีจากอังกฤษไปฝรั่งเศส นับแต่นั้น เป็นต้นมาพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์
(royal prerogative) จึงถูกจำกัดลงทุกทางในขณะที่ศาลเองปฏิเสธไม่เข้าไปคุ้มครองกฎหมายของ
รัฐสภาอีกเลย ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament)
และทฤษฎีพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อำนาจที่หลงเหลืออยู่ จึงเกิดขึ้น (จาก เอกสาร
คำบรรยาย ระดับปริญญาโท ภาควิชานิติศาสตร์ วิชากฎหมายปกครอง เปรียบ เทียบ ปริญญา
2526 โดย ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ)

ต่อจากนั้น จึงเรียกว่า Subdelegation ¹

เกี่ยวกับหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) นั้น H.W.R. Wade ² ได้แสดงความเห็นไว้ในหนังสือ ADMINISTRATIVE LAW ของเขาว่า บางครั้งหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) ซึ่งเคยใช้อย่างเหมาะสมในกฎหมายแพ่งเรื่องตัวการตัวแทน โดยขยายความได้ว่า "ตัวการผู้ซึ่งต้องยอมรับผิดในกรรกระทำของตัวแทนของตนนั้น ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวแทนช่วงซึ่งแต่งตั้งโดยตัวแทน" ถูกอ้างประหนึ่งว่าเป็นหลักทั่วไป ซึ่งสร้างความเป็นไปได้ในทางกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจที่มีการกำหนดไว้โดยพระราชบัญญัติ แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่มีหลักนี้อยู่ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับอำนาจซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ ปัญหาสำคัญก็คือว่า ตามพระราชบัญญัติมีเจตนารมณ์หรือไม่ที่จะให้อำนาจที่ให้กับ A อาจจะถูกใช้ไปโดย B หลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) นี้เพียงแต่ชี้ให้เห็นว่า ไม่ใช่เป็นการอนุญาตให้มีการมอบอำนาจต่อได้โดยทั่วไป จากสมมุติฐานดังกล่าวนี้ไม่มีความแตกต่างที่จำต้องแยกแยะระหว่างการมอบอำนาจและ เรื่องตัวการตัวแทน ไม่ว่าจะใช้ถ้อยคำใดก็ตาม ปัญหาเกี่ยวกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายก็ยังคงอยู่ เป็นการแน่นอนว่าศาลจะเห็นพ้องอย่างเต็มที่กับการให้บุคคลอื่นทำการแทนในฐานะ เพียง เป็นตัวแทนมากกว่าที่จะให้มีการมอบอำนาจ สภาพเช่นนี้ไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความแตกต่างทางวิชาการระหว่าง 'ตัวแทน' และ 'การมอบอำนาจ' แต่เกิดขึ้นจากความแตกต่างของระดับการให้อำนาจในแต่ละกรณีของถ้อยคำทั้งสอง ปัญหาที่จำเป็นที่สุดในคดีส่วนใหญ่ ก็คือว่า อำนาจใช้ดุลพินิจที่กำหนดไว้โดยพระราชบัญญัตินั้น ยังคงอยู่ในอำนาจของบุคคลที่ถูกกำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติ หรือว่าอยู่ที่บุคคลผู้รับมอบอำนาจ ด้วยเหตุนี้ในคดี Horder V. Scott (1880) 5 Q.B.D. 552 ที่กฎหมายระบุว่า inspector of nuisances มีหน้าที่ 'จัดหาตัวอย่างต่าง ๆ ของสินค้ามาเพื่อการวิเคราะห์' ศาลถือว่า inspector of nuisances อาจส่งผู้ช่วยของเขา

¹ แต่ในทางตำราชั้นไม่ยอมรับว่าการมอบอำนาจช่วงนี้เป็น subdelegation เห็นว่าเป็นเพียง delegation และ เห็นว่าการมอบอำนาจถัดลงไปอีกช่วงหนึ่ง จึงจะเป็น subdelegation

² H.W.R. Wade, op.cit, P.306

ไปซื้อตัวอย่างของกาแฟได้โดยถูกต้อง กรณีอย่างนี้เรียกว่าเป็น เพียงตัวแทน ไม่ใช่การมอบอำนาจ ทั้งนี้ เนื่องจากว่า การมอบอำนาจนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ inspector of nuisances มอบให้ผู้ช่วยของเขาไปใช้อำนาจอัน เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจทางกฎหมายที่เขา มีอยู่

ต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของการมอบอำนาจที่ถูกถือว่าเกินขอบอำนาจ เพราะว่าผลของคำวินิจฉัยได้รับการทำขึ้นโดยบุคคลหรือองค์กรที่ไม่มีอำนาจ

-คดี Allingham V. Minister of Agriculture and Fisheries (1948)

1 All E.R. 780 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและการประมงมีอำนาจในการออกคำสั่ง เกี่ยวกับการกำหนดเนื้อที่ในการเพาะปลูกภายใต้ defence regulation และ รัฐมนตรีได้มอบอำนาจในการนี้ให้แก่ county war agricultural committee อย่าง ถูกต้องตามกฎหมายโดยอาศัยกฎระเบียบดังกล่าว คณะกรรมการชุดนี้ได้ออกคำสั่งให้ Allingham ปลูกหัวผักกาดหวานลงในเนื้อที่ 8 เอเคอร์ แต่ปล่อยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดว่าควรจะปลูกลงใน 8 เอเคอร์ไหน Allingham จึงได้ดำเนินการฟ้องร้องเพื่อการ ปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว โดยยกข้อต่อสู้ว่า คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุว่าคณะกรรมการได้ปล่อยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารทำหน้าที่ตัดสินปัญหา ซึ่งคณะกรรมการมีหน้าที่ ต้องตัดสินด้วยตนเอง Lord Goddard LCJ. กล่าวว่า "ข้อต่อสู้ที่แท้จริงของ Allingham ก็คือว่า เขามีสิทธิที่จะได้รับคำวินิจฉัยจากคณะกรรมการเท่านั้น และจะให้ใครมาวินิจฉัยในปัญหานี้แทนไม่ได้ ซึ่งข้าพเจ้าคิดว่าข้อต่อสู้ดังกล่าว เป็นสิ่งที่ถูกต้อง ในคดีนี้คณะกรรมการไม่มีอำนาจที่จะมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร กระบวนการที่ถูกต้องควรจะ เป็นว่าคณะกรรมการควรจะ เพียงรับ เอาคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร และทำการตัดสิน ในปัญหานั้นด้วยตนเอง

-คดี Barnard V. National Dock Labour Board (1953) 2 Q.B. 18

ภายใต้ the statutory dock labour scheme อำนาจในการสั่งพนักงานคนงานใน สังกัดของการท่าเรือ นั้น เป็นอำนาจของ the local dock labour board แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า คนงานในสังกัดของการท่าเรือ (registered dock workers) ถูกสั่งพนักงานภายหลังจากที่พวกเขาทำการประท้วง ซึ่งคำสั่งพนักงานนี้ทำขึ้นโดย the port manager โดยที่เขาได้รับมอบอำนาจเกี่ยวกับ เรื่องวินัยจาก the board คนงานในสังกัดของการท่าเรืออ้างว่า การสั่งพนักงานนั้น เป็นการไม่ชอบกฎหมาย เนื่องจาก the board

ไม่มีอำนาจที่จะมอบอำนาจในหน้าที่ของตนไป และควรที่จะวินิจฉัยในเรื่องนี้ด้วยตนเอง และ อีกคดีหนึ่งที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคดีนี้ คือคดี Vine V. National Dock Labour Board (1957) A.C. 488 ซึ่งในคดีนี้ the board ได้มอบอำนาจในการควบคุมทางด้านวินัยเหนือ คนงานในสังกัดท่าเรือให้กับ the local board และ the local board ได้มอบอำนาจ ดังกล่าวนั้นต่อให้กับคณะกรรมการควบคุมทางวินัยโดยอนุมัติจาก the national dock labour board ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า Vine ถูกสั่งพักงานโดยคำสั่งที่ออกโดยคณะกรรมการ

จากคดีทั้งสองดังกล่าวข้างต้นนั้น มีปัญหาอยู่ว่า การมอบอำนาจนี้จะชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ ภายใต้สมมุติฐานว่าการสั่งพักนั้นไม่ เป็นการเกินขอบอำนาจศาลสภาพขุนนาง (the House of Lords) วินิจฉัยว่า การสั่งพักงานเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการ ที่ the board แทนที่จะวินิจฉัยเรื่องนี้ด้วยตนเอง แต่กลับมอบอำนาจให้กับคณะกรรมการ ควบคุมทางวินัย โดยให้เหตุผลว่า การจะพิจารณาว่าการมอบอำนาจจะถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เราต้องพิจารณาใน 2 ประการ คือ ลักษณะของหน้าที่ที่มอบอำนาจนั้น และลักษณะของ บุคคลซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจ ในประการแรก , ศาลสภาพขุนนาง (House of Lords) เห็นว่าอำนาจ เกี่ยวกับวินัยไม่สามารถจะมอบอำนาจกันได้ (R. V. Gateshead JJ, exparte Tesco Stores Ltd (1981) 1 All E.R. 1027) และในประการที่สอง เห็นว่า the board ได้ถูกตั้งขึ้นเพื่อที่จะก่อให้เกิดความไว้วางใจ และถ่วงดุลผลประโยชน์ของนายจ้างและลูกจ้าง อย่างเป็นธรรม

-คดี High V. Billing (1903)89 L.T.550 ซึ่งในคดีนี้ local board มีอำนาจที่จะให้อนุญาตในเรื่องเกี่ยวกับการวางท่อระบายน้ำ และ local board ก็ได้ ให้อำนาจแก่ เจ้าพนักงานสำรวจของเขาที่จะอนุมัติตามคำขอได้เอง โดยเพียงแต่รายงานจำนวน ของการอนุญาตคือ local board เท่านั้น ศาลตัดสินในคดีนี้ว่า local board จะต้องวินิจฉัย เกี่ยวกับคำขอแต่ละ เรื่องด้วยตนเอง การมอบอำนาจให้เจ้าพนักงานสำรวจนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

จากคดีตัวอย่างเหล่านี้ทำให้เห็นว่า เกิดข้อสันนิษฐานที่ว่า มีปัญหาเบื้องต้น เกี่ยวกับรูปแบบ ความเหมาะสมและความจำเป็น เรียกร้องให้เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่บริการสาธารณะ ต้องทำงาน โดยผ่านคณะกรรมการฯ เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและอื่น ๆ ในลักษณะของการเป็นตัวแทน ศาลได้ วางหลักไว้ว่า "ไม่มีข้อคัดค้านใด ๆ ในทางกฎหมายที่หน่วยงานบริการสาธารณะจะได้รับ คำแนะนำหรือคำปรึกษาจากบุคคลอื่น ๆ แต่เป็นการจำเป็นที่สุดที่หน่วยงานนั้นจะต้องรักษาอำนาจ

ในการวินิจฉัยไว้เป็นของตนเอง”¹ [คดี Hall V. Manchester Cpn. (1915) 79 J.P. 385 (H.L.) และคดีที่มีชื่อเสียง Cohen V. West Ham Cpn. (1933) Ch. 814]

ซึ่งในสภาพเช่นนี้ ปรากฏชัดว่า คุณสมบัติที่แท้จริงจะถูกใช้ไปโดยบุคคลอื่นนั้นด้วยวิธีการให้คำแนะนำ แต่กระนั้นใน เรื่องนี้มีนัยมีความหมายมากกว่าการปฏิบัติตามรูปแบบทางกฎหมาย เพราะการใช้คุณสมบัติอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ยังต้องอาศัยการใช้สติปัญญาและการเลือกสรรด้วยความไตร่ตรอง โดยผู้มีอำนาจที่แท้จริง

ข้อรัง เกียจของศาลเกี่ยวกับการมอบอำนาจยังคงมีอยู่ เป็น เวลานาน จนกระทั่งทำ ความยุ่งยากให้กับฝ่ายปกครอง ซึ่งสภาพเช่นนี้ได้ปรากฏชัดในคดีของแคนาดา คดี Attorney-General of Canada V. Brent (1956) S.C.R. 318 the Governor in Council ได้รับอำนาจที่จะออกกฎข้อบังคับ สำหรับควบคุมคน เข้าเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับรายละเอียด เป็น ต้นว่า ความไม่เหมาะสมของบุคคลที่จะ เข้า เมือง ซึ่งในคดีนี้ศาลคัดค้านกฎระเบียบที่ออกตาม ความเห็นของ a special inquiry officer ที่ปฏิเสธสิทธิ เข้า เมืองของบุคคลที่ไม่ เหมาะสม ทั้ง ๆ ที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มัน เป็น เรื่องยากที่จะ เห็นว่ากฎระเบียบนั้นสามารถจะนำมาใช้ได้ อย่างไร โดยปราศจากการมอบอำนาจเช่นนั้น หรือในอังกฤษเองก็มีคดี Ellis V. Dubowski (1921) 3 KB 621 ซึ่งเป็น เรื่องของการใช้อำนาจของ a county council ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์โดย a county council จะอนุญาต ให้ฉายภาพยนตร์ได้ภายใต้เงื่อนไขว่าไม่มีฟิล์มที่ปรากฏว่ายังไม่ได้รับการตรวจสอบจาก the British Board of Film Censors ศาลถือว่า ผลแห่งการนี้เป็นการกระทำที่ไม่สม เหตุ สมผลและ เกินขอบอำนาจ เนื่องจากเป็นการนำเอาอำนาจซึ่งเป็นของ a council ไป ให้แก่บุคคลหรือองค์กรที่ไม่ได้ เป็น เจ้าของอำนาจตามกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ แต่ เป็น เพียง องค์กรที่ตั้งขึ้นโดย the film industry แต่ศาลได้แก้ปัญหานั้นในเรื่องนี้ โดยวางหลักไว้ใน คดีต่อ ๆ มาว่า สามารถจะทำเช่นนั้นได้ ถ้าบรรจถ้อยคำดังต่อไปนี้ลงในคำสั่งว่า “ต้องไม่ กระทำไปโดยปราศจากความยินยอมของ a council และ เพื่อสงวนไว้ซึ่งอำนาจของ a council

¹ คดี Cader V. Commissioners for Morques (1963) 66 N.L.R.16 ใน คดีนี้ the board ซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อจัดการมัสยิด แต่ the board กลับขอความเห็นจากสมาชิกรัฐสภาคนหนึ่ง ซึ่งสมาชิกรัฐสภาผู้นั้นได้ เสนอรายชื่อคณะกรรมการ ทั้งหมดโดย เสนอชื่อของเขาเองด้วย และ the board ก็ได้แต่งตั้งคณะกรรมการตามรายชื่อ เหน่านั้น ผลในคดีนี้ ก็คือ ถือว่า the board เพียงแต่รับเอาคำวินิจฉัยที่ถูกทำขึ้น เรียบร้อย แล้วโดยบุคคลภายนอกมาใช้ และถือว่าการแต่งตั้งนี้ไม่มีผลในทางกฎหมาย

ในอันที่จะตัดสินใจในหนทางสุดท้าย (คดี Mills V. London County Council (1925) 1K.B. 213 และคดี R V. Greater London Council exp Blackburn (1976) 1 W.L.R. 550) และจากคดีที่น่าสนใจคดีหนึ่ง เราได้หลักว่า "ถ้าศาลสร้างสิ่งที่เป็นไปไม่ได้สำหรับ เงื่อนไขในการปฏิบัติ ฝ่ายปกครองที่ดีควรที่จะได้แม้เหตุผลที่ยึดถือแต่หลักโดยไม่มองดูสภาพความเป็นจริง และมันปรากฏชัดว่าอำนาจในการให้อนุญาตนั้น บ่อยครั้งมีความจำเป็นที่จะต้องมอบให้เจ้าพนักงานในตำแหน่งรอง ๆ ลงไป" (คดี Re Davies & Village of Forest Hills (1964) 47 D.L.R. (2d) 392) จากคำตัดสินในคดีต่าง ๆ อาจจะถูกกล่าวโดยสรุปได้ว่า ไม่มีหลักทั่วไปว่าหน้าที่ทางการปกครองสามารถจะมอบอำนาจกันได้ และโดยปกติศาลจะไม่อนุญาตให้มีการมอบอำนาจถ้าหน้าที่ทางการปกครองนั้น เกี่ยวพันถึงการใช้ดุลพินิจ นั่นก็หมายความว่า คำวินิจฉัยจะต้องทำขึ้นโดยเจ้าพนักงานที่ได้รับแต่งตั้งจากรัฐสภาเท่านั้น แต่บางครั้งศาลอาจอนุญาตให้มีการมอบอำนาจกันได้ ในบางระดับชั้น และต้องในกรณีที่เป็น เรื่องในทางปกครองแท้ ๆ (Bridge V.R (1953) 1 D.L.R. 305 และคดี Hookings V Director of Civil Aviation (1957) N.ZLB 929)

ในกรณีที่อำนาจถูกกำหนดให้เป็นของเจ้าพนักงานคนหนึ่ง แต่ปรากฏหลักฐานว่าเจ้าพนักงานอื่น เป็นผู้ใช้อำนาจนั้นไป โดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจได้โอนหรือสละอำนาจนั้นให้ ซึ่ง เป็นกรณีที่คล้ายคลึงกันมากกับการมอบอำนาจ และในบางกรณีเกือบไม่มีความแตกต่างกันเลย จากกรณีเช่นนี้ ผลที่ตามมาก็คือว่า อำนาจในการใช้ดุลพินิจที่ถูกกำหนดไว้ให้โดยรัฐสภาที่จะถูกใช้ไปโดยเจ้าพนักงานที่รัฐสภามีได้ให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งศาลค่อนข้างจะเคร่งครัดกับการที่จะใช้หลักอันนี้ โดยศาลถือว่า จะนำหลักนี้ไปใช้กับกรณีที่ เป็น เรื่องทางปกครองชนิดที่ เป็นที่รู้จักกันทั่วไปหรือมีการกำหนดไว้ โดยเฉพาะว่าบุคคลใดมีหน้าที่ดำเนินการในเรื่องนั้นไม่ได้ ถ้ามีการกระทำไปโดยฝ่าฝืนนี้ ในที่สุดผลของคำพิพากษาก็ถือว่าเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจและไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹ แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่แน่ชัดว่าหลักนี้ไม่ควรจะยึดถือจนกระทั่งขัดขวางต่อการที่กระทรวงใดกระทรวงหนึ่งจะขอคำปรึกษาจากกระทรวงอื่นหรือขัดขวางต่อการที่ตัวแทนของรัฐบาลจะกระทำการสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาล

¹

คดี H Lawender & Son Ltd V Minister of Housing and Local Government (1970) 3 All E.R.871, (1970) 1WLR 1231 ในคดีนี้ Lavender ขอใบอนุญาตที่จะดูแลจาก "พื้นที่เขตสงวน" - เนื่องจาก เป็นพื้นที่ที่เหมาะสมสำหรับการกสิกรรม เจ้าพนักงานส่วนท้องถิ่นจึงปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ และเมื่อ Lavender อุทธรณ์ไปยัง the minister of housing ก็ยังคงได้รับการปฏิเสธจาก the minister of housing

ตัวอย่างของกรณีที่มีอำนาจในการให้อนุญาตได้วินิจฉัยโดยการคำนึงถึงนโยบายของรัฐบาล เป็นสำคัญ ก็เช่นในคดี R V: Anderson exp. Ipec. Air Pty. Ltd. (1965) 113 C.L.R. 177 ซึ่งศาลถือว่า the director-general of civil aviation อาจจะมีสิทธิ์ในการให้อนุญาตการนำเข้าซึ่งอากาศยาน ตามนโยบายของรัฐบาลที่ไม่อนุญาตให้มีการ เปิดดำเนินการธุรกิจการเดินอากาศในประเทศเพิ่มขึ้น

เป็นที่น่าสังเกตว่าในอังกฤษนั้นมี เครื่องมือทางการบริหารชนิดหนึ่งที่มีลักษณะ เฉพาะประการหนึ่ง นั่นก็คือ การที่กระทรวงในรัฐบาลกลางมีสิทธิพิเศษในการที่เจ้าหน้าที่ในกระทรวงนั้น สามารถจะกระทำการในนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงได้ โดยปราศจากการมอบอำนาจอย่างเป็นทางการ ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำกัน เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ ท่าน Lord Greene M.R. กล่าวไว้ในคดี Carltona Ltd. V Commissioners of Work (1943) 2 All E.R. 560 ว่า

"รัฐบาลในประเทศนี้ หน้าที่ซึ่งให้แก่รัฐมนตรีนั้นมีมากมายจนกระทั่งรัฐมนตรีไม่สามารถพิจารณาได้ด้วยตนเอง เพราะฉะนั้นจึงไม่สามารถที่จะถือว่า มีข้อกำหนดให้รัฐมนตรีควรจะออกคำสั่งเกี่ยวกับ เรื่องต่าง ๆ ที่อยู่ใ้อำนาจด้วยความ เห็นของเขาเอง หน้าที่และอำนาจที่ถูกกำหนดไว้ให้แก่รัฐมนตรีจะถูกใช้ไปโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในกระทรวงนั้น ในนามของรัฐมนตรี ซึ่งถ้าไม่ทำดังนี้ การบริการสาธารณะก็จะไม่สามารถดำเนินไปได้ และเป็นที่แน่นอนว่า ตามรัฐธรรมนูญคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ในลักษณะนี้ถือ เป็นคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี ซึ่งรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบ โดยการตอบข้อซักถามของรัฐสภา เกี่ยวกับทุกกรณีที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐมนตรีได้กระทำไป"

ด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งใช้อำนาจของรัฐมนตรีมักจะอ้างว่าตนเองได้รับคำสั่งจากรัฐมนตรีให้ทำ เช่นนั้นหรือรัฐมนตรี เป็นผู้ออกความเห็นและสั่งออกไปเช่นนั้น แต่ในความเป็นจริงแล้ว เจ้าหน้าที่เหล่านั้นจะกระทำทุกอย่างไปด้วยความคิดริเริ่มของตัวเอง ซึ่งการกระทำดังนี้ของ

ด้วยเหตุผลว่า เป็นนโยบายของรัฐมนตรีที่จะไม่อนุญาตให้ทำเหมืองแร่ในพื้นที่ดังกล่าว เว้นแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวง เกษตรจะ เห็นด้วยว่าให้ทำเหมืองแร่ได้ ศาลถือว่า การวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวมีความหมายชวนให้เข้าใจว่าเป็นคำวินิจฉัยของ the minister of house แต่ในความเป็นจริงกลับ เป็นคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง เกษตร ซึ่งเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง

เจ้าหน้าที่ในกระทรวง ในนามของรัฐมนตรี จึง เป็น เรื่อง ชอบด้วยกฎหมาย และมีการกล่าวกัน
 อย่างเคร่งครัดว่า ในกรณีดังนี้ ไม่มี เรื่องของการมอบอำนาจ เข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เนื่องจาก
 การมอบอำนาจนั้น เป็น เรื่องที่จำเป็นต้องมีการกระทำโดยแจ้งชัดให้เห็นว่า มีการให้อำนาจแก่
 บุคคลบางคน ซึ่งก่อนหน้านั้นบุคคลนั้นไม่มีอำนาจนั้นอยู่ แต่อำนาจของเจ้าหน้าที่ประจำกระทรวง
 ที่กระทำในนามของรัฐมนตรีนั้น มีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป และมีได้มีที่มาจากกฎหมายที่มีบัญญัติ
 ไว้ เกี่ยวกับการมอบอำนาจ¹ จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมาย

¹

ดูคดี Lewisham Metropolitan Borough Council V Roberts (1949)
 2 KB 608, (1949) 1 All ER 815 รัฐมนตรีได้รับอำนาจที่จะมอบอำนาจของเขาเกี่ยวกับการ
 การกำหนดบ้านที่จะถูกเกณฑ์สิ่งของ เจ้าหน้าที่ประจำกระทรวงที่รัฐมนตรีนั้นว่าการอยู่ได้แจ้งแก่
 Lewisham town clerk เกี่ยวกับการมอบอำนาจ ในเรื่องดังกล่าวของรัฐมนตรีให้แก่
 the clerk ปรากฏว่าถูกคัดค้านความถูกต้องของการมอบอำนาจ ซึ่งข้อคัดค้านอ้างว่า เจ้า-
 หน้าที่นั้น เป็นผู้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรี ฉะนั้น เขาจึงไม่สามารถจะมอบอำนาจต่อโดยทำให้
 เกิดผลที่ถูกต้องตามกฎหมายได้ ศาลวินิจฉัยว่า การกล่าวอ้างอย่างนั้น เป็นความ เข้าใจผิด ใน
 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ประจำกระทรวงนั้น การกระทำที่ทำขึ้นในอำนาจหน้า
 ที่ของรัฐมนตรี เท่ากับ เป็นการกระทำของรัฐมนตรีทั้งนั้น ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะกระทำขึ้นโดย
 รัฐมนตรีเอง หรือว่ากระทำโดยเจ้าหน้าที่ประจำกระทรวง ฉะนั้นจึงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับ
 การมอบอำนาจระหว่างรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ประจำกระทรวง ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาแต่
 อย่างใด

ดูคดี Woollett V Minister of Agriculture and Fisheries (1954)

3 All E.R. 529; (1955) 1 Q.B. 103 ในคดีนี้ Woollett คัดค้านคำวินิจฉัยของ
 agriculture land tribunal ด้วยเหตุผลที่ว่า agriculture land tribunal ไม่
 ได้ถูกตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้กฎหมาย a tribunal จะประกอบไปด้วยประธาน
 หนึ่งคน ซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งโดย Lord Chancellor และสมาชิกอีกสองคนซึ่งได้รับการ
 แต่งตั้งโดยรัฐมนตรีจากบัญชีรายชื่อของบุคคลซึ่งได้รับการ เสนอชื่อโดยองค์การที่เป็นตัวแทนของ
 เจ้าของที่ดินและชาวานตามลำดับ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เมื่อเป็นการจำเป็นที่จะเรียกประชุม
 a tribunal เจ้าหน้าที่ประจำกระทรวง เกษตรกรก็จะ เรียกไปตามรายชื่อสมาชิก เพื่อที่จะหา
 บุคคลสองคนที่เหมาะสมจะทำหน้าที่สมาชิกของ tribunal

อื่น ๆ การกระทำของเจ้าหน้าที่เหล่านั้นถือว่าเป็นการกระทำของรัฐมนตรี จึงไม่จำเป็นต้องมีการให้อำนาจพิเศษไว้ล่วงหน้าหรือการให้สัตยาบันในภายหลัง แต่อย่างไรก็ตามหลักนี้เป็นหลักที่ใช้จำกัดมาก คือใช้เฉพาะกับกรณีกระทรวงของรัฐบาลกลางเพียงกรณีเดียวเท่านั้น และจะไม่นำหลักนี้ไปใช้กับเจ้าพนักงานบริหารส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่น ๆ ที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ

ทั้งไม่นำไปใช้กับงานที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อย ข้อสำคัญที่เป็นเช่นนี้ ก็คือศาลถือว่า การกระทำในนามรัฐมนตรีเช่นนี้ รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนควบคุมทางการเมืองอยู่แล้ว ตามหลักความรับผิดชอบของรัฐมนตรีคือรัฐสภา ไม่จำเป็นที่ศาลต้องเข้าไปควบคุมอีก ไม่เหมือนกับหน่วยงานส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานส่วนกลางอื่นที่ไม่มีรัฐมนตรีกำกับอยู่ สิ่งที่ต้องพึงระวังอีกประการหนึ่งก็คือ กรณีที่เป็น เรื่องของอำนาจพิเศษที่รัฐสภามีความมุ่งหมายที่จะให้เฉพาะรัฐมนตรีที่ได้รับการระบุไว้เท่านั้น เป็นผู้ใช้อำนาจด้วยตนเอง ในกรณีเช่นนี้รัฐมนตรีอื่นหรือเจ้าหน้าที่ลำดับรอง ๆ ลงมา จะใช้อำนาจนั้นในนามของรัฐมนตรีคนนั้นไม่ได้ ไม่ว่ารัฐมนตรีนั้นจะอ้างว่าได้ให้อำนาจโดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม (Jackson Stansfield & Sons V Butterworth (1948) 2 All E.R.558) ซึ่งตัวอย่างของเรื่องก็คือว่าเป็น เรื่องสำคัญที่รัฐมนตรีจะต้องใช้อำนาจในเรื่องนั้นด้วยตนเองก็ได้แก่ คำสั่งห้ามออกจากสถานที่พักอาศัยในช่วงภาวะสงคราม (Liversidge V Anderson (1942) A.C. 206) คำสั่งเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าว (R V.Chiswich Police Station Superintendent ex parte Sacksteder (1918) 1 K.B. 578) และคำสั่งให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน (R V. Brixton Prison Governor ex parte Enahoro (1963) 2 Q.B. 455)

จากแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของอังกฤษนั้น จะเห็นว่าสืบเนื่องจากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐสภา อันเป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่เป็นลักษณะเฉพาะตัวของอังกฤษ โดยการถือตัวมาจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ที่ว่า

จึงมีปัญหาว่าเจ้าหน้าที่นั้นได้รับอำนาจดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งในคดีนี้มีทัศนะของผู้พิพากษาแยกเป็น 2 แนว โดย DENNING LJ. เห็นว่า เจ้าหน้าที่นั้นไม่ได้รับอำนาจโดยชัดแจ้งที่จะกระทำการเช่นนั้น และเขาก็ไม่ได้อ้างว่าเขาทำไปโดยได้รับคำสั่งจากรัฐมนตรี ส่วนอีกแนวหนึ่ง JENKINS LJ เห็นว่า ทางปฏิบัติในกระทรวง เจ้าหน้าที่นั้นสามารถได้รับอำนาจโดยปราศจากการบอกกล่าวโดยชัดแจ้งด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร จากทัศนะทั้งสองนี้ชวนให้คิดได้ว่า ทัศนะของ JENKINS LJ นั้นน่าจะถูกต้องตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมากกว่า

นอกจากอำนาจตาม royal prerogative ที่ได้รับการยอมรับจาก common law แล้ว ฝ่ายบริหารของอังกฤษจะมีอำนาจใดได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาเท่านั้น และเมื่อนำเอาหลักของทฤษฎีนี้ไปประกอบกับหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) แล้ว จึงได้นำมาซึ่งข้อรังเกียจของศาล เกี่ยวกับการมอบอำนาจ และอีกทั้งอาจจะกล่าวได้ว่า แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องนี้ของอังกฤษนั้น บางครั้งศาลจะนำเอาไปใช้ปะปนกับหลักในเรื่องตัวแทน (agency) ซึ่งเป็นเรื่องไม่ถูกต้อง และด้วยเหตุปัจจัยทั้งสองประการนี้เอง ได้กลายเป็นอุปสรรคอย่างใหญ่หลวงในการดำเนินการให้บริการสาธารณะ ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ในสังคมรัฐสวัสดิการปัจจุบัน ที่จำเป็นต้องอาศัยการมอบอำนาจกันเองในฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม หลักนี้ไม่ถือเคร่งครัดเลยในกรณีที่รัฐมนตรีให้ข้าราชการในราชการส่วนกลางทำการแทนตน เพราะศาลถือว่ามี การควบคุมทางการเมืองอยู่ดังกล่าวแล้วข้างต้นนั่นเอง



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย