

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายโรงรับจำนำ

ระบบการจำนำเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยอดีต เมื่อประมาณ 2,000 – 3000 ปี มาแล้ว ในทวีปเอเชีย โดยชนชาติจีนเป็นชนชาติแรกที่มีการจำนำเกิดขึ้น แต่ไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่าเกิดขึ้นเมื่อใด ใครเป็นผู้ริเริ่มการจำนำ และไม่มีหลักฐานว่าเกิดโรงรับจำนำแห่งแรกในประเทศจีนเมื่อใด¹ ในยุโรป ระบบการรับจำนำได้เกิดขึ้นมาแล้วตั้งแต่สมัยยุคกลาง ประมาณศตวรรษที่ 10 – 11 ชาวยิวเป็นผู้เริ่มกิจการรับจำนำ และให้กู้ยืมเงิน² ในศตวรรษที่ 15 ชาวอิตาลีได้ก่อตั้งโรงรับจำนำเป็นครั้งแรก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กู้ยืมเพื่อการบริโภคมากกว่าที่จะให้กู้ยืมเพื่อไปลงทุนทำการค้า³ ต่อมา กิจการโรงรับจำนำได้แพร่หลายจนไปถึงสาธารณรัฐฝรั่งเศสเมื่อศตวรรษที่ 18⁴ ในส่วนของประเทศไทยโรงรับจำนำแม้จะเกิดขึ้นภายหลัง แต่ระบบการจำนำก็มีมานานแล้วในสังคมไทย

กิจการรับจำนำในประเทศไทยเริ่มมีตั้งแต่สมัยอดีตแต่ไม่ปรากฏหลักฐานโดยแน่ชัดว่าการรับจำนำเกิดขึ้นตั้งแต่ในสมัยใด แต่คาดว่าเกิดการรับจำนำมาตั้งแต่ 300 กว่าปีมาแล้ว ซึ่งในระยะแรกได้มีการยืมเงินโดยไม่ต้องมีสิ่งของวางประกัน⁵ ส่วนใหญ่เป็นการยืมกันในหมู่ญาติสนิท มิตรสหายคนรู้จักคุ้นเคยกัน⁶ ส่วนใหญ่มักเป็นพวกที่ฐานะทางการเงินดี⁸ หรืออาจจะยืมกับมูลนายของตน⁹

สมัยกรุงศรีอยุธยาเมื่อ พ.ศ. 2284 (จ.ศ. 1103) ในรัชสมัยสมเด็จพระเจ้าอยู่บรมโกศ มีพระบรมราชโองการให้ตราพระราชกำหนดระบุนุทรพัทธ์สินที่จะนำมาจำนำและขายได้ โดยมีให้มี

¹ ยุธิชฐีธร (นามแฝง). (2504). การจำนำและโรงรับจำนำ. *ชาวกรุง*, 10 (4). หน้า 71 – 72.

² สมคิด ศรีสังคม. (2526). *ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจทวีปยุโรปจากยุคดึกดำบรรพ์ถึง ค.ศ. 1750*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 265.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 264.

⁴ เยาวณี กี่ศิริ. (2523). *การบริหารงานการเงินของสถานนานุเคราะห์และโรงรับจำนำ*. วิทยานิพนธ์ บัญชีมหาบัณฑิต ภาควิชาธนาคารและการเงิน, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 7.

⁵ นันทนา โชติเวทธารง. (2528). *โรงรับจำนำกับเศรษฐกิจสังคมไทย พ.ศ. 2438 - 2498*. วิทยานิพนธ์ อักษรศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาประวัติศาสตร์เอเชียตะวันออกเฉียงใต้, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร. หน้า 8.

⁶ สงวน อึ้งคง. (2514). *สิ่งแรกในเมืองไทย เล่ม 1*. พระนคร : แพรวพิทยา. หน้า 304

⁷ เรื่องโรงรับจำนำ. (2443). *วชิรญาณวิเศษ*. เล่มที่ 6. แผ่นที่ 18. มีนาคม 109. หน้า 206.

⁸ สงวน อึ้งคง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 304.

⁹ ม.ร.ว.อคิน ทรัพย์พัฒน์. (2521). *สังคมไทยในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ : พ.ศ. 2325 – 2416, แปลโดย ม.ร.ว.ประกายทอง สิริสุข และพรณี สรวงบุญมี*. กรุงเทพฯ : พิณเนศ. หน้า 173.

การจำหน่ายหรือขายของในเวลากลางคืนนอกจากอาหารการกินเท่านั้น ให้ซื้อขายจำหน่ายกันแต่เฉพาะคนรู้จัก ในสมัยนั้นสิ่งที่จะใช้เป็นหลักประกันในการจำหน่ายคือ สังกหริมทรัพย์ ข้าวของเครื่องใช้ทองรูปพรรณ เพชรนิลจินดา และสัตว์มีชีวิตแล้ว¹⁰

โรงรับจำนำแห่งแรกเปิดดำเนินการโดยชาวจีนชื่อ “จีนสง” หรือ “เจ๊กสง” จีนสงเป็นคนแรกที่ตั้งโรงรับจำนำขึ้น ในปี พ.ศ. 2409 ต่อมาในปี พ.ศ. 2433 ปรากฏว่ามีโรงรับจำนำของเอกชนในเขตกรุงเทพมหานครกว่า 200 แห่ง¹¹ เพราะการจัดตั้งโรงรับจำนำก่อน พ.ศ. 2438 นั้น ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตจากทางราชการหรือต้องเสียค่าธรรมเนียมแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีกฎหมายควบคุมกิจการโรงรับจำนำ ทำให้โรงรับจำนำมีสภาพไม่ต่างกับแหล่งรับของโจร ในรัชสมัยของสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ ร.ศ. 114 (พ.ศ. 2438) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้โรงรับจำนำรับซื้อของโจร พระองค์จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ตราพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ ร.ศ. 114 ออกประกาศใช้บังคับในจังหวัดแขวงกรุงเทพมหานครก่อนเป็นเขตแรก เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2438 (ร.ศ. 114) และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2438 เป็นต้นมา โดยที่พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ ร.ศ. 114 ยังมีหลักการสำคัญอื่น ๆ อีกเช่น การกำหนดให้ผู้จะดำเนินกิจการรับจำนำสิ่งของที่มีต้นเงินต่ำกว่า 400 บาท ลงมาต้องขอใบอนุญาตโดยเสียค่าใบอนุญาตเดือนละ 50 บาท และต้องชำระล่วงหน้า หากในเดือนต่อไปมิได้ชำระค่าธรรมเนียมถือว่าใบอนุญาตนั้นขาดอายุและมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 160 บาท การกำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูง ข้อห้ามในการประกอบธุรกิจหรืออาชีพอย่างอื่นในโรงรับจำนำ วิธีการในการไถ่ถอนทรัพย์สิน เป็นต้น จึงถือได้ว่าพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ ร.ศ. 114 นี้เป็นการเริ่มต้นในการเข้าควบคุมโรงรับจำนำของทางราชการ¹² แต่ยังคงไม่สามารถป้องกันการรับซื้อของโจรและการค้ากำไรเกินควรของผู้ประกอบการโรงรับจำนำได้

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้ว ได้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติโรงรับจำนำขึ้นใหม่ เมื่อวันที่ 17 กันยายน 2480¹³ ยกเลิกพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ ร.ศ. 114 ให้ใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2481 เป็นต้นมา เพื่อให้รัฐสามารถเข้าควบคุมจำนวนโรงรับจำนำได้ เพราะต้องการให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถเข้าตรวจสอบโรงรับจำนำได้อย่างทั่วถึงเพื่อป้องกันการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ

¹⁰ เรื่องโรงรับจำนำ. (2443). *วชิรญาณวิเศษ*. เล่มที่ 6. แผ่นที่ 19. มีนาคม 109. หน้าที่ 219.

¹¹ เรื่องโรงรับจำนำ. (2444). *วชิรญาณวิเศษ*. เล่มที่ 6. แผ่นที่ 23. เมษายน 110. หน้าที่ 272.

¹² เขาวณิ กี่ศิริ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้าที่ 10 - 11.

¹³ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พุทธศักราช 2480 ตราไว้ ณ วันที่ 17 กันยายน 2480. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 54 (ตอนที่ 0 ก), หน้า 1671.

โรงรับจำนำโดยพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2484¹⁴ ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 ขึ้นและบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ตั้งกล่าวมาจนถึงปัจจุบัน

พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505¹⁵

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พุทธศักราช 2480 ได้ออกใช้เป็นเวลานานมาแล้ว ทั้งนี้ ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายโรงรับจำนำหลายประการ เช่น ได้มีการกำหนดให้มีคณะกรรมการควบคุมโรงรับจำนำขึ้นเพื่อทำหน้าที่ควบคุมโรงรับจำนำ โดยให้มีอำนาจหน้าที่หลายประการ เช่น มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้ประกอบกิจการโรงรับจำนำและคำขอย้ายสถานที่ตั้งโรงรับจำนำ และให้อำนาจในการพิจารณาเพิกถอนหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตตั้งโรงรับจำนำหรือมีคำสั่งให้ควบคุมโรงรับจำนำ การสิ้นอายุของใบอนุญาตตั้งโรงรับจำนำ จากวันที่ 31 มีนาคมของทุกปี เป็น 31 ธันวาคมของทุกปี การกำหนดจำนวนเงินกู้ อัตราดอกเบี้ย การอนุญาต คุณสมบัติของผู้รับอนุญาต การรายงานบัญชีงบเดือน และบทกำหนดโทษ เพื่อให้มีความเหมาะสมแก่กาลสมัย

พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517¹⁶

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 มีบทบัญญัติที่ไม่รัดกุม ทำให้โรงรับจำนำมีช่องทางหาประโยชน์โดยไม่ชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบกพร่องของบทบัญญัติที่ไม่บังคับให้โรงรับจำนำลงรายการหลักฐานเกี่ยวกับตัวผู้มาจำนำ ประกอบกับบทบัญญัติที่คุ้มครองโรงรับจำนำให้มีสิทธิเรียกค่าไถ่คืนทรัพย์สินจำนำจากเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงได้ในเมื่อต่อมาปรากฏว่าเป็นทรัพย์สินที่ผู้จำนำได้มาโดยการกระทำความผิด

กรณีปรากฏบ่อยครั้งว่า โรงรับจำนำได้ร่วมมือกับผู้จำนำที่ได้ทรัพย์สินมาโดยทุจริตโดยรับจำนำทรัพย์สินนั้นไว้โดยไม่ลงรายการหลักฐานเกี่ยวกับตัวผู้มาจำนำให้ตรงตามความเป็นจริงและให้มีรายละเอียดพอสมควร และนอกจากนั้นในบางครั้งก็ปรากฏว่าโรงรับจำนำลงจำนวนเงินรับจำนำในตัวรับจำนำไว้สูงเกินกว่าความจริงด้วยเจตนาที่จะแสวงหาผลกำไรโดยไม่สุจริต เช่น ได้รับดอกเบี้ยจากจำนวนเงินต้นที่สูงกว่าความจริง หรือเพื่อให้ทรัพย์สินที่จำนำนั้นหลุดเป็นสิทธิของตน นอกจากนั้นเมื่อมีเจ้าของที่แท้จริงมาขอไถ่ทรัพย์สินจำนำคืน โรงรับจำนำก็จะเรียกเรื่องค่าไถ่ทรัพย์สินนั้นได้ตามราคาที่ปรากฏในตัวรับจำนำ โดยที่เจ้าของที่แท้จริงไม่มีหนทางที่จะติดตามเรียกเรื่องเอาจากผู้ที่ได้ทรัพย์สินจำนำนั้นมาโดยทุจริตได้

¹⁴ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2484 ตราไว้ ณ วันที่ 24 ตุลาคม 2484. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 58 (ตอนที่ 0 ก), หน้า 1497.

¹⁵ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 ให้ไว้ ณ วันที่ 25 ธันวาคม 2505. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 79 (ตอนที่ 115/ฉบับพิเศษ), หน้า 4/3.

¹⁶ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 ให้ไว้ ณ วันที่ 24 พฤศจิกายน 2517. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 91 (ตอนที่ 202/ฉบับพิเศษ), หน้า 11.

ต่างประเทศเป็นจำนวนมากได้ออกใบอนุญาตการดำเนินกิจการโรงรับจำนำให้แต่เฉพาะองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นเท่านั้น แต่เนื่องจากองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นของเรายังไม่พร้อมที่จะดำเนินการเช่นนี้ จึงสมควรแก้ไขพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 ให้รัดกุมยิ่งขึ้นไปพลางก่อน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้น

พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2526¹⁷

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องด้วยภาวะในทางเศรษฐกิจและการเงินในปัจจุบัน ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นอันมาก ทำให้การครองชีพและความเป็นอยู่ของประชาชนต้องตกอยู่ในภาวะเร้นแค้นและขาดแคลนโดยทั่ว ๆ ไป โรงรับจำนำเป็นสถาบันการเงินที่ได้ช่วยอนุเคราะห์แก่ความเป็นอยู่ของประชาชนผู้เดือดร้อนต่อการแก้ปัญหาในชีวิตประจำวันได้เป็นอย่างมาก เนื่องจากปัญหาการครองชีพและความจำเป็นนานาประการอันอาจเกิดมีขึ้นได้ในหลาย ๆ กรณี ทำให้ผู้จำนำพลังผลหลงลืมหรือติดขัดเพราะความจำเป็น เป็นเหตุให้ขาดส่งดอกเบี้ยได้ง่าย และอาจล่วงเลยพ้นกำหนดตามที่ได้กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติและสิ่งของต้องหลุดเป็นสิทธิแก่โรงรับจำนำ ทำให้ต้องสูญเสียสิ่งของเป็นการเพิ่มความเดือดร้อนแก่ผู้มีฐานะลำบากจนยิ่งขึ้น เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวควรได้ให้โอกาสและเวลาแก่เจ้าของทรัพย์สินให้มากขึ้นกว่าเดิม และทั้งเพื่อให้โรงรับจำนำได้มีส่วนช่วยแก้ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของประชาชนร่วมกับรัฐบาลให้บังเกิดผลตามวัตถุประสงค์ของการตั้งโรงรับจำนำ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

โดยได้แก้ไขในสาระสำคัญกรณีผู้รับจำนำจะต้องจัดทำบัญชีรับจำนำที่ผู้จำนำขาดส่งดอกเบี้ยเป็นเวลากว่า 4 เดือน ยื่นต่อเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตและปิดประกาศบัญชีนั้นไว้ ณ ที่เปิดเผย ณ โรงรับจำนำนั้นตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงและเมื่อผู้รับจำนำได้ปฏิบัติการถูกต้องครบถ้วนแล้ว ให้บรรดาทรัพย์สินจำนำที่ปรากฏตามบัญชีที่ผู้รับจำนำทำขึ้นและประกาศไว้ ซึ่งเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตมิได้ส่งอายุไขไว้ หรือผู้รับจำนำมิได้ขอไถ่ถอนภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ประกาศหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำ

พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534¹⁸

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากบทนิยามของคำว่า “โรงรับจำนำ” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้กำหนดวงเงินให้โรงรับจำนำรับจำนำสิ่งของเป็นประกันหนี้เงินกู้เป็นปกติธุระแต่ละรายมีจำนวนเงินไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทและรับหรือซื้อสิ่งของโดยจ่ายเงินให้สำหรับสิ่งของนั้นเป็นปกติธุระแต่ละรายมีจำนวนเงินไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท โดยมีข้อตกลงหรือเข้าใจกันโดยตรงหรือโดยปริยายว่า

¹⁷ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2526 ให้ไว้ ณ วันที่ 16 มีนาคม 2526. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 100 (ตอนที่ 44/ฉบับพิเศษ), หน้า 1.

¹⁸ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534 ให้ไว้ ณ วันที่ 28 ธันวาคม 2534. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 108 (ตอนที่ 240/ฉบับพิเศษ), หน้า 23.

จะได้ไถ่คืนในภายหลังด้วย ซึ่งจำนวนเงินดังกล่าวไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ และค่าครองชีพของประชาชนในปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อช่วยเหลือประชาชนที่มีความจำเป็นหรือได้รับความเดือดร้อนทางการเงินให้ได้รับเงินจากการจำหน่ายหรือขายสิ่งของดังกล่าวเพิ่มขึ้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “โรงรับจำนำ” ตามพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 เสียใหม่ โดยเพิ่มจำนวนเงินให้โรงรับจำนำรับจำนำสิ่งของเป็นประกันหนี้เงินกู้เป็นไม่เกินหนึ่งแสนบาทและรับหรือซื้อสิ่งของโดยจ่ายเงินให้สำหรับสิ่งของนั้นเป็นไม่เกินหนึ่งแสนบาท จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

2.1 แนวคิด ทฤษฎีการบริหารจัดการการประกอบกิจการโรงรับจำนำ

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการ

2.1.1.1 ความเป็นมาของระบบคณะกรรมการ

ในอดีตที่ผ่านมาจะพบว่าการจัดองค์กรทางปกครองของประเทศไทย จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม และอยู่ในการควบคุมดูแลโดยตรงของรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี โดยมักมอบให้เป็นความรับผิดชอบของบุคคลคนเดียว (Individual responsibility) เช่น รัชกาลที่ 5 มอบอำนาจให้เจ้าพระยาสุรสีงวงศ์ถือพระแสงดาบอาญาสิทธิ์ (ดาบตราพระอาทิตย์ และตราพระจันทร์ (ตราสุริยมณฑลและจันทร์มณฑล)) มีอำนาจตัดสินและสำเร็จโทษคนได้ โดยไม่ต้องนำความกราบบังคมทูล ผู้รับผิดชอบคนเดียวดังกล่าวจึงมีอำนาจในการตัดสินใจและรับผิดชอบผลของการตัดสินใจนั้น ในลักษณะของการเป็น “เจ้าภาพ” ซึ่งมีข้อดีคือ ทำให้เกิดความสะดวกในการเร่งรัด ติดตาม ตลอดจนประเมินผลสัมฤทธิ์ของงาน และช่วยให้การทำงานเป็นไปอย่างรวดเร็ว ทั้งยังเป็น การประหยัดค่าใช้จ่ายในการบริหารงานด้วย

อย่างไรก็ตาม การจัดองค์กรทางปกครองโดยมอบให้เป็นความรับผิดชอบของบุคคลคนเดียวเป็นการเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจโดยไม่รอบคอบ และเสี่ยงต่อการใช้หน้าที่และอำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตน เนื่องจากไม่มีการคานอำนาจในการใช้ดุลพินิจ ประกอบกับงานบางอย่างจำเป็นต้องได้รับข้อมูลหรือความรู้หลายด้าน ต้องการให้เกิดการประสานงาน หรือความเป็นเอกภาพของหน่วยงานหลายหน่วยงาน รวมทั้งไม่มีตัวแทนของกลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย จึงเริ่มมีการใช้การบริหารงานโดยระบบคณะกรรมการขึ้น ในสมัยรัชกาลที่ 5 เริ่มมีกรรมการกรมการเมืองทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาเจ้าเมือง และพัฒนาเป็นกิจจะลักษณะ เรียกว่า “คอมมิตตี” (Committee) ให้มีคอมมิตตีจัดการเรื่องต่าง ๆ เพื่อระดมสรรพความรู้เข้าด้วยกัน ในสมัยรัชกาลที่ 6 ได้ใช้คำว่า

“กรรมสัมปาทิก” แปลว่า ผู้รับผิดชอบร่วมกัน เช่น สภาอณาโลมแดง เนติบัณฑิตยสภา จะมีคณะกรรมการสัมปาทิกทำหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ และต่อมาจึงเปลี่ยน มาใช้คำว่า “คณะกรรมการ”¹⁹

ต่อมาภายหลังเกิดเหตุการณ์การเรียกร้องประชาธิปไตยของนักศึกษาในประเทศไทย ในปี 2516 และปี 2519 ประชาชนเกิดความไม่ไว้วางใจในการบริหารราชการของบุคคลเพียงคนเดียว ทำให้ระบบบริหารงานในรูปแบบคณะกรรมการมีความแพร่หลายมากยิ่งขึ้น

การมอบความรับผิดชอบในการกำหนดนโยบายการดำเนินการหรือการตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ให้แก่ “คณะกรรมการ” ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม (Collective body) แทนที่จะมอบให้ เป็นหน้าที่ของบุคคลคนเดียว และลดระดับความรับผิดชอบของบุคคลผู้ได้รับมอบหมายเหลือเพียง การดำเนินการตามมติของคณะกรรมการเท่านั้น โดยรูปแบบการบริหารราชการแผ่นดิน โดยคณะกรรมการค่อนข้างจะเป็นที่นิยมในประเทศกลุ่มแองโกลแซกซอนเพื่อป้องกันการผูกขาดอำนาจ²⁰ โดยในช่วงก่อนปี 2520 ประเทศไทยมีคณะกรรมการตามกฎหมายเพียง 95 คณะเท่านั้น ต่อมาในปี 2546 มีคณะกรรมการตามกฎหมายเพิ่มขึ้นอีก 250 คณะ รวมเป็น 345 คณะ และในปัจจุบันจากการตรวจสอบข้อมูล เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2560²¹ พบว่า ในขณะนี้ มี คณะกรรมการรวมทั้งสิ้นประมาณ 650 คณะ

2.1.1.2 ความหมายและวัตถุประสงค์ของระบบคณะกรรมการ

ความหมายของระบบคณะกรรมการ

คณะกรรมการ (Board, Commission, Task Force หรือ Team Work) คือ กลุ่มบุคคล ที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ดำเนินการด้านบริหาร หรือกระทำการบางอย่าง โดยมีเป้าหมายร่วมกัน มีความสัมพันธ์ร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่ง มีความเป็นอิสระในการแลกเปลี่ยนแนวความคิดระหว่าง กรรมการด้วยกัน รวมทั้งต่างมีอิทธิพลซึ่งกันและกัน เพื่อนำไปสู่เป้าหมายเดียวกัน โดยสมาชิกใน คณะกรรมการมักจะถูกกำหนดให้การทำงาน ในรูปคณะกรรมการเป็นพิเศษจากการทำงาน ตามปกติ ซึ่งในทางการบริหารนั้นเราถือว่า คณะกรรมการ เป็นการกระทำของกลุ่ม และถือว่า คณะกรรมการเป็นกลุ่มก่อให้เกิดการรวมพลัง (synergy) ผลรวมของงานที่เกิดขึ้นจากการทำงาน เป็นกลุ่มย่อยมีมากกว่าผลรวมของงานที่เกิดจากต่างคนต่างทำ ในทางทฤษฎีคณะกรรมการ

¹⁹ กองหลักนิติบัญญัติ และสถาบันพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2561). *เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง บทบัญญัติเกี่ยวกับคณะกรรมการ*. หน้า 1.

²⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2526). คณะกรรมการ: การปฏิบัติให้มีประสิทธิภาพ. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 2, หน้า 63.

²¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560). “ระบบคณะกรรมการกับการบริหารราชการแผ่นดิน”. *รายงานข้อเสนอต่อรัฐบาล, เอกสารตามหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 6 พ.ศ. 2560*. หน้า 42 (จำนวนคณะกรรมการดังกล่าวนี้ไม่รวมคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการวิชาชีพ ตามกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพ และสภามหาวิทยาลัยตามกฎหมายจัดตั้งมหาวิทยาลัย โดยข้อมูลนี้ตรวจสอบ เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2560)

เป็นกลุ่มบุคคลที่เกิดจากการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการ มีหน้าที่และอำนาจ หรือภาระที่ได้รับมอบหมายอย่างชัดเจน อาจได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการถาวร (standing committee) หรือคณะกรรมการเฉพาะกิจ (temporary committee) ก็ได้²²

วัตถุประสงค์ของระบบคณะกรรมการ

คณะกรรมการเป็นองค์กรกลุ่มที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างเป็นทางการ ให้มีอำนาจ หน้าที่ หรือภารกิจอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือเฉพาะกิจ การแต่งตั้งอาจมีความมุ่งหมายต่าง ๆ ตามภารกิจ หากพิจารณาตามหลักการจัดองค์กรและการบริหารแล้ว อาจแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท²³ คือ

(1) คณะกรรมการนโยบาย เป็นคณะกรรมการที่อยู่ในระดับสูงสุดในองค์กร เนื่องจากเป็นผู้วางนโยบายหลักให้แก่องค์กรนั้น ๆ รับผิดชอบปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าว คุณสมบัติของกรรมการอยู่ในระดับสูงที่มีความรู้ความสามารถในการกำหนดนโยบายในเรื่องนั้น ๆ เช่น รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง หรืออธิบดี และเป็นองค์กรที่ส่วนมากมีขึ้นตามหลักการกระจายอำนาจเพื่อให้องค์กรมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานของตัวเองได้ในระดับหนึ่ง โดยอยู่ภายใต้ควบคุมกำกับของส่วนกลาง เช่น สภามหาวิทยาลัย

(2) คณะกรรมการที่ปรึกษา เป็นคณะกรรมการที่มีระดับความสำคัญในองค์กรระดับสูง อีกประเภทหนึ่ง เป็นผู้ให้คำปรึกษา ข้อเสนอแนะ หรือความเห็นใด ๆ ต่อผู้มีอำนาจตัดสินใจในองค์กร คุณสมบัติของกรรมการต้องมีความรู้ความสามารถในเรื่องนั้น ๆ เป็นอย่างดี นอกจากแต่งตั้งจากเจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้อง มักจะต้องมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ อีกจำนวนหนึ่งเพื่อร่วมให้ความรู้ในเรื่องนั้น

(3) คณะกรรมการบริหาร เป็นองค์กรในระดับความสำคัญของหน่วยงานที่มีอำนาจตัดสินใจดำเนินการ คุณสมบัติของกรรมการมีความสำคัญเพราะมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานภายในองค์กรโดยตรง

(4) คณะกรรมการปฏิบัติ เป็นองค์กรในระดับล่างที่จะเป็นผู้ดำเนินการต่าง ๆ คุณสมบัติของกรรมการไม่ต้องอยู่ในระดับสูง ดังเช่น คณะกรรมการนโยบาย หรือคณะกรรมการที่ปรึกษา

ในคณะกรรมการแต่ละประเภท กฎหมายอาจกำหนดให้มีภาระหน้าที่หลายอย่างก็ได้ เช่น คณะกรรมการที่ปรึกษาอาจมีภาระหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและมีภาระหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหรือข้อเสนอแนะพร้อมกันด้วย ดังนั้น หากพิจารณาตามหลักกฎหมายปกครองแล้ว อาจแบ่งคณะกรรมการ ออกได้ 2 ประเภท คือ

²² สำนักหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2554). *คู่มือแบบร่างกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการ*. หน้า 2 - 10.

²³ ลีริพันธ์ พลรบ. (2532). *คณะกรรมการในทางปกครองตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 67 – 68.

(1) คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในทางปกครองทั่วไป เป็นคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามหลักการจัดองค์กรและการบริหาร โดยทั่วไป เนื่องจากได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินงานในทางปกครอง

(2) คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เป็นคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ที่มีลักษณะพิเศษกว่าการดำเนินงานทางปกครองโดยทั่วไป เนื่องจากต้องเป็นผู้ประสานประโยชน์โดยส่วนรวมของรัฐและประโยชน์โดยส่วนตัวของเอกชน อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

(ก) คณะกรรมการประเภท Tribunal ซึ่งได้แก่คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะเรื่อง โดยมีกระบวนการพิจารณาที่แน่นอน คุณสมบัติสำคัญของกรรมการ จะต้องมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (Specialization) ตามเนื้อหาของข้อพิพาท ในกฎหมายต่าง ๆ มักเรียกชื่อว่า “คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์”

(ข) คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง โดยทั่วไป ซึ่งได้แก่คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

2.1.1.3 องค์ประกอบของคณะกรรมการ

องค์ประกอบของคณะกรรมการ จะประกอบไปด้วยส่วนต่าง ๆ 4 ส่วน ดังต่อไปนี้

(1) ประธานกรรมการ ผู้ที่อาจกำหนดให้เป็นประธานกรรมการได้มี 3 ประเภท คือ

(ก) ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี (หรือรองนายกรัฐมนตรี ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย) หรือรัฐมนตรีเป็นประธาน

(ข) ข้าราชการประจำ ได้แก่ ปลัดกระทรวงเป็นประธาน (หากกฎหมายบางระดับเห็นว่าผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีเหมาะสมที่จะเป็นประธานกรรมการก็กำหนดได้ เช่น พระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 11 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า "คณะกรรมการการขุดดินและถมดิน" ประกอบด้วยอธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมืองเป็นประธานกรรมการ)

(ค) ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งได้แก่บุคคลซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง เช่น มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ. 2535 ให้มีคณะกรรมการนโยบายกองทุน สนับสนุนการวิจัย โดยผู้เป็นประธานกรรมการได้แก่ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้และประสบการณ์สูงด้านการวิจัยซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง

(2) กรรมการโดยตำแหน่ง การที่กฎหมายกำหนดให้มีกรรมการโดยตำแหน่งที่มาจกส่วนราชการเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการประสานนโยบายของทางราชการเข้ากับการทำงานหรือการตัดสินใจของคณะกรรมการ กรรมการโดยตำแหน่งจึงทำหน้าที่เป็นผู้สื่อสารนโยบายของทางราชการด้วย

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ (หรือในบางพระราชบัญญัติจะกำหนดให้มีกรรมการที่เป็นผู้แทนมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกเป็นกรรมการด้วย)

(4) เลขานุการ โดยปกติแล้วเลขานุการมักจะเป็นกรรมการโดยตำแหน่งด้วย แต่ก็ไม่เสมอไป บางพระราชบัญญัติอาจกำหนดให้เป็นเพียงเลขานุการโดยไม่เป็นกรรมการด้วยก็มี อย่างไรก็ตาม ไม่จำเป็นว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการจะต้องประกอบด้วย 4 ส่วนข้างต้นเสมอไป

2.1.1.4 การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย²⁴

โดยที่มาตรา 5²⁵ และมาตรา 21 (6)²⁶ แห่งพระราชบัญญัติหลักการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กำหนดให้ในการจัดทำร่างกฎหมายหน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณีที่เป็น และไม่ใช่ระบบคณะกรรมการเว้นแต่เพื่อกำหนดนโยบาย หรือกำกับ หรือกำหนดหลักเกณฑ์ หรือเพื่อการอื่นที่จำเป็น คณะกรรมการพัฒนากฎหมายโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงออกคำแนะนำเกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย ดังต่อไปนี้

²⁴ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2562. หน้า 18.

²⁵ พระราชบัญญัติหลักการจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

มาตรา 5 บัญญัติว่า หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน

ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณีที่เป็น และพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

²⁶ พระราชบัญญัติหลักการจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

มาตรา 21 บัญญัติว่า หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบและพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

๑ ล ๑

(6) ไม่ใช่ระบบคณะกรรมการ เว้นแต่เพื่อกำหนดนโยบาย หรือกำกับ หรือกำหนดหลักเกณฑ์หรือเพื่อการอื่นที่จำเป็น ทั้งนี้ ในกรณีที่นำระบบคณะกรรมการมาใช้ ให้ระบุให้ชัดเจนด้วยว่ามติของคณะกรรมการผูกพันหน่วยงานที่มีผู้แทนเป็นกรรมการโดยตำแหน่งด้วย

๑ ล ๑

(1) ระบบคณะกรรมการในกฎหมายที่ก่อให้เกิดผลดังต่อไปนี้ เป็นการใช้ระบบคณะกรรมการโดยไม่จำเป็น

(ก) ทำให้คณะกรรมการเป็นผู้บริหารงาน โดยตรงหรือรับผิดชอบต่อการบริหารงาน โดยตรง เว้นแต่เป็นผู้ควบคุมกำกับผู้บริหารในมหาวิทยาลัย รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน

(ข) ทำให้คณะกรรมการมีหน้าที่หรืออำนาจซ้ำซ้อนกับหน่วยงานหรือคณะกรรมการอื่น

(ค) ทำให้การบริการประชาชนหรือการปฏิบัติหน้าที่ราชการเกิดขึ้นตอนมากขึ้น หรือเกิดความล่าช้า

(ง) ให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำนวนมากร่วมเป็นกรรมการด้วย

(จ) ทำให้เกิดผลเป็นการเบี่ยงเบนความรับผิดชอบ (accountability) ในผลของการกระทำได้โดยง่าย

(ฉ) เป็นการตัดอำนาจของคณะรัฐมนตรี หรือเป็นการดำเนินการแทนคณะรัฐมนตรี

(2) ในกรณีที่ต้องใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย เนื่องจากมติของคณะกรรมการจะมีผลผูกพันหน่วยงานที่มีผู้แทนเป็นกรรมการ โดยตำแหน่งด้วย หน่วยงานของรัฐ จึงควรพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(ก) ควรหลีกเลี่ยงการกำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ เว้นแต่กฎหมายนั้น เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนโยบายที่สำคัญหรือนโยบายระดับชาติ

(ข) กรรมการ โดยตำแหน่งให้กำหนดเท่าที่จำเป็น ในกรณีที่ต้องมีกรรมการดังกล่าว ควรกำหนดเฉพาะตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของคณะกรรมการนั้น โดยตรง

(ค) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิให้กำหนดเท่าที่จำเป็น ในกรณีที่ต้องมีกรรมการดังกล่าว ควรกำหนดเฉพาะด้านที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับภารกิจของคณะกรรมการนั้น โดยตรง

(3) การแต่งตั้งกรรมการต้องไม่เป็นการเพิ่มพระราชภาระโดยไม่จำเป็น และไม่แต่งตั้งบุคคลซึ่งมีลักษณะการขัดกันแห่งผลประโยชน์

2.1.1.5 ข้อดีและข้อเสียของระบบคณะกรรมการ

(1) ข้อดีของระบบคณะกรรมการ²⁷

(ก) การคานอำนาจ เป็นการคานอำนาจในกรณี que se vident นั้นเป็นเรื่องที่มีประโยชน์ ได้เสียสูง หรือจะมีผลกระทบต่อประชาชนซึ่งไม่ควรให้ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในเรื่องนั้น แต่เพียงผู้เดียว แต่ต้องการให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหลาย ๆ ฝ่าย เนื่องจากการตัดสินใจของคน ๆ เดียวมีแนวโน้มของการใช้อำนาจที่เป็นเผด็จการ

²⁷ กองหลักนิติบัญญัติ และสถาบันพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2561). เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง บทบัญญัติเกี่ยวกับคณะกรรมการ. หน้า 5.

(ข) การระดมความรู้ความสามารถ เป็นการระดมความรู้ความสามารถในกรณี que เห็นว่า เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความสามารถอย่างหลากหลาย มีลักษณะสหวิทยาการ (Inter - disciplinary) ซึ่งไม่สามารถจะหาได้จากบุคคลคนเดียว ทำให้ได้ทางเลือกในการตัดสินใจ มากกว่าเพราะมีความหลากหลายของข้อมูล โดยเฉพาะคณะกรรมการที่มาจากหลากหลายอาชีพ และความเชี่ยวชาญหลายสาขา และให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน (Collective responsibility)

(ค) การถ่ายทอดข่าวสาร เป็นการถ่ายทอดข่าวสาร เพื่อทุกฝ่ายที่มีกิจกรรมร่วมกัน สามารถที่จะเรียนรู้ในขณะเดียวกันได้ ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่งของการสื่อสาร ในองค์กรก็ได้

(ง) ความเป็นเอกภาพ เป็นการประสานงานเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพและก่อให้เกิด ความรวดเร็วในการทำงานในกรณี que เห็นว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องกับ หลายฝ่ายจำเป็นต้องสร้างกลไกในการประสานงานเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพและรวดเร็ว ในการทำงาน

(จ) การมีตัวแทนจากผู้มีส่วนได้เสีย ในกรณีต้องการให้ตัวแทนจากผู้มีส่วนได้เสียอยู่ใน การพิจารณาปัญหา ทำให้การตัดสินใจจากกลุ่มมีความเป็นกลางมากขึ้น โดยผ่านทางตัวแทน นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดการติดตามและยอมรับคำตัดสินที่มีขึ้นนั้น ทั้งนี้ การบริหารองค์กรสมัยใหม่ ยอมรับกันว่าเป็นการสร้างบรรยากาศการทำงานเพื่อให้เกิดผลงานสูงสุด ซึ่งจะต้องได้รับความร่วมมือจากกลุ่มที่เกี่ยวข้อง

(2) ข้อเสียของระบบคณะกรรมการ²⁸

(ก) เสียเวลาและค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากการประชุมของคณะกรรมการจะต้องมีการเดินทาง มาประชุม มีการอภิปรายที่ยาวนาน เพราะถ้าสามารถตัดสินใจได้อย่างรวดเร็วก็ไม่ต้องประชุม และบางครั้งต้องประชุมหลายครั้งกว่าจะได้ข้อยุติ ซึ่งใช้เวลายาวนานกว่าการตัดสินใจของบุคคล เพียงคนเดียว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการที่มีตำแหน่ง ะดับสูง ซึ่งกรรมการแต่ละคนต่างมีภารกิจมาก การนัดประชุมก็จะต้องมีความยากลำบากไม่ทันต่อ การแก้ไขปัญหา

(ข) การส่งผู้แทนมาประชุมแต่ไม่สามารถตัดสินใจแทนได้ ในกรณีที่คณะกรรมการ ประกอบด้วยบุคคลที่มีตำแหน่งระดับสูง ซึ่งก็จะเป็นบุคคลที่มีภารกิจมากหรือได้รับการแต่งตั้ง ให้เป็นกรรมการในหลายคณะ อันจะส่งผลให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถมาร่วมประชุมได้ ซึ่งก็จะแก้ปัญหาโดยการส่งผู้แทนมาประชุมแทนและบ่อยครั้งที่พบว่าผู้แทนที่มาประชุมแทน ไม่สามารถตัดสินใจแทนได้

²⁸ กองหลักนิติบัญญัติ และสถาบันพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 5-6.

(ค) การตัดสินใจที่อ่อนแอ ในบางกรณีอาจเป็นการตัดสินใจที่อ่อนแอ เนื่องจากองค์ประกอบของคณะกรรมการจะมาจากบุคคลที่มีความหลากหลายฝ่ายที่มีความเป็นอิสระและมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น ในการตัดสินใจจึงมีความเป็นไปได้สูงที่จะมีความเกรงใจกันและทำให้เกิดการตัดสินใจอย่างประนีประนอมกันที่จุดต่ำสุดที่มีส่วนร่วมกันได้ (least common denominator) ซึ่งเป็นจุดที่ไม่เข้มแข็งเพียงพอเท่ากับการตัดสินใจของบุคคลคนเดียว จนทำให้เกิดการละเลยในการเสนอข้อเท็จจริงหรือเสนอแง่มุมอื่นในการตัดสินใจ

(ง) การแบ่งเป็นกลุ่มย่อยและแข่งขันกันเอง ในบางกรณีอาจมีกรรมการบางคนที่เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในฐานะที่เป็นการตัดสินใจขององค์กรกลุ่ม ก็จะส่งผลให้คณะกรรมการที่มีฐานะเท่าเทียมกันเปลี่ยนแปลงไป จนกลายเป็นมีผู้นำและผู้ตามซึ่งผลของการประชุมก็จะไม่เป็นไปในทางที่ควรจะเป็น หรือในกรณีที่คณะกรรมการมีการแตกแยกเป็นกลุ่ม ๆ ก็จะทำให้เกิดการต่อสู้ระหว่างกลุ่มทำให้เกิดสถานการณ์แบบการเมืองซึ่งอาจทำให้เกิดการตัดสินใจหรือมีข้อเสนอแนะที่ไม่เข้มแข็งยิ่งกว่าการประนีประนอมกันที่จุดต่ำสุดที่มีส่วนร่วมกันได้เสียอีก

(จ) การอภิปรายยาวนานและไม่สามารถตกลงกันได้ ในกรณีเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ในหลายด้าน มีลักษณะสหวิทยาการ ที่ต้องมีการพิจารณาอย่างทั่วถึง จะมีการอภิปรายเกี่ยวกับเรื่องของขอบเขตและส่วนที่เกี่ยวข้องอย่างกว้างขวาง ในที่สุดจะเกิดความยุ่งยากจนไม่สามารถจะตกลงกันได้ และมักเลื่อนการพิจารณาออกไปโดยไม่มีการปฏิบัติสิ่งใดเลย

(ฉ) ไม่รู้สึกว่าจะต้องรับผิดชอบ การทำงานในระบบคณะกรรมการ เป็นการทำงานที่ประกอบด้วยบุคคลที่มาจากหลายฝ่าย ส่งผลให้บุคคลดังกล่าวยากที่จะรู้สึกว่าคุณจะต้องมีความรับผิดชอบต่อกรณีที่คุณได้รับมอบอำนาจนั้นมาด้วยตนเองโดยตรง การกระจายความรับผิดชอบเป็นข้อเสียที่สำคัญของระบบคณะกรรมการ จะไม่มีผู้ใดรู้สึกว่าเป็นการกระทำร่วมของกลุ่ม ความรับผิดชอบในผลงานจึงไม่ชัดเจนเหมือนการตัดสินใจโดยบุคคลคนเดียว

(ช) ไม่มีระบบการประเมินผลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการ โดยที่ในปัจจุบันยังพบว่าไม่มีระบบการประเมินผลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการ ซึ่งส่งผลให้ไม่สามารถตรวจสอบประสิทธิผลในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการว่ามีความสำเร็จตามที่มุ่งหมายไว้มากน้อยเพียงไรและมีความคุ้มค่าหรือไม่ รวมทั้งเมื่อเปรียบเทียบกับมติตัดสินใจโดยบุคคลคนเดียวจะมีข้อแตกต่างกันอย่างไรหรือไม่

(ซ) การแต่งตั้งไม่ได้พิจารณาที่ความสามารถการแต่งตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่จะพบว่าเป็นการแต่งตั้งกรรมการ โดยตำแหน่ง แม้จะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการโดยตัวบุคคลอยู่บ้างแต่ก็เป็นสัดส่วนที่น้อย ซึ่งอาจถือได้ว่าการแต่งตั้งบุคคลในคณะกรรมการส่วนใหญ่ไม่ได้พิจารณาที่ความสามารถ แต่มักเป็นการแต่งตั้งโดยดูจากลักษณะงานในหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเสียมากกว่า

(ณ) ข้อเสนอทางทฤษฎีมากเกินไป บางกรณีพบว่ากรรมการที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิ มีแนวคิดและข้อเสนอทางทฤษฎีมากเกินไป ซึ่งทำให้ไม่สามารถนำมาปฏิบัติได้จริง

2.1.1.6 ปัญหาที่เกิดจากการใช้ระบบคณะกรรมการ²⁹

ความไม่ไว้วางใจในการบริหารราชการ โดยบุคคลคนเดียวดังกล่าวนอกจากจะทำให้มีการตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายจำนวนมากแล้ว ยังมีผลต่อการกำหนดหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตามกฎหมายด้วย โดยแทนที่จะกำหนดให้คณะกรรมการมีหน้าที่และอำนาจในการกำหนดนโยบายหรือแนวปฏิบัติของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หรือพิจารณาเรื่องที่มีความสำคัญ หรือที่มีผลกระทบต่อประชาชนอย่างมากดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แต่กลับพบว่ากฎหมายหลายฉบับได้ขยายหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ไปถึงการปฏิบัติงานที่มีลักษณะเป็น “งานประจำ” เช่น การอนุมัติ อนุญาตในเรื่องต่าง ๆ ด้วย ทั้งที่งานประจำนี้สามารถดำเนินการได้โดยบุคคลเพียงคนเดียวภายใต้ หลักเกณฑ์ ระเบียบหรือแนวปฏิบัติที่ชัดเจน ทำให้คณะกรรมการตามกฎหมายไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

(1) ความซ้ำซ้อนของกรรมการที่เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการ

การกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตามกฎหมายนั้นต้องคำนึงถึงความรู้ ประสบการณ์ ความรับผิดชอบ และความสามารถในการตัดสินใจที่เหมาะสม กฎหมายจึงกำหนดให้ข้าราชการประจำผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการเป็นกรรมการ โดยตำแหน่งในคณะกรรมการนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม การมีคณะกรรมการจำนวนมากทำให้องค์ประกอบของคณะกรรมการต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการ โดยตำแหน่งซ้ำซ้อนมากจากการตรวจสอบกฎหมายที่บัญญัติให้มีคณะกรรมการ ปรากฏว่าตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้เป็นกรรมการเป็นจำนวนหลายฉบับมาก เช่น ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้อำนวยการสำนักงานประมาณ เลขานุการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขานุการ ก.พ. เป็นต้น เมื่อบุคคลใดได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการ โดยตำแหน่งตามกฎหมายเป็นจำนวนหลายฉบับมากจะทำให้ไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้ กรรมการ โดยตำแหน่งก็จะไม่เข้าร่วมประชุมโดยอาจส่งหรือไม่ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมแทน ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ทำให้วัตถุประสงค์ในการตั้งกรรมการ โดยตำแหน่งไม่บรรลุผล เพราะแม้กรรมการ โดยตำแหน่งจะสามารถมอบหมายให้ผู้ได้บังคับบัญชาไปร่วมประชุมแทนตน³⁰ ซึ่งสามารถ

²⁹ กองหลักนิติบัญญัติ และสถาบันพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 7-8.

³⁰ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550

มาตรา 38 บัญญัติว่า อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติการปฏิบัติราชการหรือการ ดำเนินการอื่น ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของ

แก้ไขปัญหารื่ององค์ประชุมของคณะกรรมการได้ แต่อาจก่อให้เกิดปัญหาด้านความต่อเนื่องของการประชุม หากมีการเปลี่ยนตัวผู้แทนบ่อยมากและผู้ไปร่วมประชุมแทนก็มักไม่กล้าแสดงความคิดเห็นที่มีผลผูกพันหน่วยงาน หลายกรณีมีการมอบหมายจนถึงเจ้าหน้าที่ระดับล่าง ซึ่งนอกจากจะขาดความรู้ความชำนาญอย่างลึกซึ้งแล้วยังไม่สามารถตัดสินใจแทนหน่วยงานได้ การประชุมเรื่องต่าง ๆ จึงมักไม่สามารถเสร็จสิ้นได้ในการประชุมเพียงครั้งเดียวซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการตั้งคณะกรรมการ นอกจากนี้ หน่วยงานที่มีผู้แทนอยู่ในคณะกรรมการมักเล็งที่จะปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการ หากมตินั้นไม่ตรงความต้องการหรือแนวปฏิบัติที่หน่วยงานนั้นถือปฏิบัติมาแต่เดิม มติของคณะกรรมการส่วนใหญ่จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติอย่างจริงจัง และทำให้การใช้ระบบคณะกรรมการเพื่อสร้างการประสานงานระหว่างหน่วยงานไม่สามารถเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ

(2) การกำหนดให้คณะกรรมการทำงานที่เป็นงานบริหาร

จากความไม่ไว้วางใจในการใช้ดุลพินิจของบุคคลคนเดียว เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีประโยชน์ได้เสียสูง หรือเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประชาชนอย่างมากซึ่งไม่ควรให้ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในเรื่องนั้นแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นเรื่องสำคัญที่จำเป็นต้องระดมความคิดเห็นจากหลายฝ่ายและให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน หรือเป็นเรื่องที่มีลักษณะสหวิทยาการและจำเป็นต้องอาศัยความรู้หลากหลาย ซึ่งไม่สามารถจะหาได้จากบุคคลคนเดียว หรือเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องกับหลายฝ่ายซึ่งจำเป็นต้องสร้างกลไกในการประสานงานเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพและรวดเร็วในการทำงาน ดังนั้น ระบบคณะกรรมการ

คณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่อง การมอบอำนาจไว้ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกัน หรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งอาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ตลอดจนการมอบอำนาจให้ทำนิติกรรมสัญญา พ้องคดีและดำเนินคดีหรือกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ หรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจหรือที่ผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติก็ได้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ ต้องออกไปอนุญาตหรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีเช่นนั้นให้ผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวมีอำนาจมอบอำนาจให้ข้าราชการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาและผู้ว่าราชการจังหวัดได้ตามที่เห็นสมควร หรือตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด ในกรณีมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจมอบอำนาจได้ต่อไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ผู้มอบอำนาจกำหนด

ในกรณีตามวรรคสาม เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนจะตราพระราชกฤษฎีกากำหนดรายชื่อกฎหมายที่ผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวอาจมอบอำนาจตามวรรคหนึ่งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็ได้

การมอบอำนาจให้ทำเป็นหนังสือ

จึงเหมาะสมกับงานที่ต้องการ “การปรึกษาหารือ” ได้แก่การกำหนดนโยบายหรือแนวทางในการดำเนินงาน การกำกับดูแลหรือติดตามการดำเนินงาน และการให้คำปรึกษาแนะนำเพราะจะทำให้การตัดสินใจมีความละเอียดรอบคอบมากขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ ตามเจตนารมณ์ของการตั้งคณะกรรมการ และก่อให้เกิดความล่าช้าในการบริการประชาชนด้วยซึ่งความไม่มีประสิทธิภาพและความล่าช้าดังกล่าวนี้เนื่องจากสาเหตุ 5 ประการ คือ การกำหนดให้คณะกรรมการมีหน้าที่ในการบริหาร เช่น การอนุมัติ การอนุญาต จึงไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการนำระบบคณะกรรมการมาใช้ในการบริหารราชการ เพราะทำให้การอนุมัติหรืออนุญาตต่าง ๆ ที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการเหล่านี้ล่าช้า เนื่องจากการทำงานในรูปแบบคณะกรรมการมีขั้นตอนในการดำเนินงานมาก ในขณะที่การอนุมัติ การอนุญาตมีลักษณะเป็น “งานประจำ” หรืองานซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถตัดสินใจดำเนินการได้เองภายใต้ระเบียบและกฎเกณฑ์โดยมีผู้รับผิดชอบตามลำดับขั้นตอนของการบริหาร ไม่ใช่เรื่องสำคัญที่จำเป็นต้องอาศัยการปรึกษาหารือ เช่น

คณะกรรมการช่างรังวัดเอกชน ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 ในการออกใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชนและใบอนุญาตจัดตั้งสำนักงานช่างรังวัดเอกชน

คณะกรรมการพิจารณาการประกอบกิจการ โรงมหรสพตามมาตรา 39 เบญจแห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ในการออกใบอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต โอนใบอนุญาต และออกใบแทนใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการโรงมหรสพ

คณะกรรมการควบคุมโรงรับจำนำ ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505 ในการอนุญาตตั้งโรงรับจำนำ หรือหน้าที่ตามมาตรา 14 ในการอนุญาตให้ย้ายโรงรับจำนำ

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในการสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจทดสอบหรือพิสูจน์สินค้า

(3) ระบบคณะกรรมการมีขั้นตอนการทำงานมากและมีค่าใช้จ่ายสูง

การทำงานในระบบคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มก่อให้เกิดความล่าช้าในการตัดสินใจเนื่องจากมีขั้นตอนการดำเนินการมาก เพราะฝ่ายเลขานุการต้องเตรียมการประชุมและนัดประชุม และโดยที่องค์ประกอบของคณะกรรมการซ้ำซ้อนกันมากทำให้นัดประชุมได้ยากมากขึ้น นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงตัวผู้แทนบ่อยครั้งทำให้ผู้แทนที่มาใหม่ต้องศึกษาเรื่องใหม่ทั้งหมด บ่อยครั้งที่คณะกรรมการไม่สามารถหาข้อยุติที่เหมาะสมได้ในการประชุมเพียงครั้งเดียว ซึ่งเป็นการสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการประชุมทั้งในรูปแบบของเบี้ยประชุม ค่าใช้จ่ายในการประชุม และค่าจัดทำเอกสารการประชุม

(4) พฤติกรรมเฉพาะของสังคมไทย (ความเกรงใจ)

การประชุมส่วนใหญ่กรรมการมักจะไม่ค่อยแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นผลมาจาก “ความเกรงใจ”³¹ ซึ่งเป็นพฤติกรรมสังคม (Social behavior) เฉพาะของคนไทยที่มีอาวุโสหน่อย ไม่กล้าแสดงความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับผู้มีอาวุโสสูงกว่า และจากการที่กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้ง ไม่มีความรู้ความชำนาญอย่างแท้จริง การประชุมจึงขาดการมีส่วนร่วม (Participation) และการระดมความคิดเห็นผลการประชุมจึงมักเป็นไปตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของ ประธานกรรมการหรือเลขานุการ

(5) ประสิทธิภาพของฝ่ายเลขานุการ

การทำงานในระบบคณะกรรมการต้องอาศัยข้อมูลและข้อเสนอของฝ่ายเลขานุการ เป็นหลักในการพิจารณา หากฝ่ายเลขานุการศึกษาเรื่องที่ประชุมเป็นอย่างดี เตรียมข้อมูล ประกอบการพิจารณาครบถ้วน การประชุมย่อมสามารถดำเนินไปได้อย่างราบรื่นและรวดเร็ว แต่หากฝ่ายเลขานุการ ไม่มีความรู้หรือไม่เอาใจใส่เรื่องที่ประชุมรวมทั้งเรื่องอื่นที่อาจเกี่ยวข้อง หรือไม่เตรียมเรื่อง ก็จะทำให้การทำงานของคณะกรรมการล่าช้า ทั้งยังเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ กรรมการเกิดความเบื่อหน่ายและไม่เข้าร่วมประชุม

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ

ภายใต้หลักนิติรัฐ กฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญอันเป็นทั้งที่มาของอำนาจและข้อจำกัด ของการใช้อำนาจในการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐ³² โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมาย ให้อำนาจ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งแบ่งพิจารณาได้ 4 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะที่หนึ่ง การกำหนดหน้าที่ให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องใช้อำนาจหรือดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่มีสิทธิเลือก มาตรการดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำ ลักษณะที่สอง การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องตัดสินใจใช้อำนาจ โดยมีสิทธิเลือกมาตรการ ดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถเลือกใช้มาตรการหรือการดำเนินการใด ที่กฎหมายกำหนด และต้องดำเนินการไปตามนั้น ลักษณะที่สาม การกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเลือก ใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ โดยหากตัดสินใจแล้วจะไม่มีสิทธิเลือกมาตรการหรือเนื้อหาของการกระทำได้ แต่จะต้องดำเนินการตามมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และลักษณะที่สี่ การกำหนดให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำการใดก็ได้ และหากตัดสินใจแล้ว ย่อมมีสิทธิเลือกมาตรการ ดำเนินการหรือเนื้อหาของการกระทำได้ ซึ่งกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้ ในลักษณะนี้ โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิเลือกใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ และเมื่อเลือกที่จะ

³¹ ประธาร คงฤทธิศึกษาการ. (2529). *การบริหารและการจัดระเบียบราชการไทย*. กรุงเทพฯ : โอเดียนสโตร์. หน้า 173.

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2545). *หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คู่มือการศึกษา วิชากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 133.

ใช้อำนาจแล้ว สามารถเลือกที่จะใช้มาตรการหรือการดำเนินการใด ตามที่กฎหมายเปิดช่อง
การใช้อำนาจไว้ด้วย

จากลักษณะของการที่กฎหมายกำหนดลักษณะของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้
ดังกล่าว ในมิติของที่มาของอำนาจนั้น อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือ
ฝ่ายปกครองในการกระทำการต่าง ๆ ในทางทฤษฎีสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจ
ผูกพัน (mandatory power) และอำนาจดุลพินิจ (discretionary power)³³

“อำนาจดุลพินิจ” ซึ่งประกอบด้วย 5 ส่วนหลัก ได้แก่

- 1) ความหมายของอำนาจดุลพินิจ
- 2) ความสำคัญของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- 3) ประเภทของอำนาจดุลพินิจ
- 4) ตัวอย่างบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ
- 5) การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจ

2.2.1 อำนาจผูกพัน (mandatory power)

อำนาจผูกพัน เป็นอำนาจที่คู่เคียงกันที่จะทำให้สามารถเปรียบเทียบถึงความหมาย
ลักษณะ และการใช้อำนาจได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ อำนาจผูกพัน ได้แก่ อำนาจของเจ้าหน้าที่
ของรัฐที่ถูกผูกพันอยู่กับเงื่อนไขตามกฎหมายที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดบังคับไว้เป็นการ
ล่วงหน้าในลักษณะที่ว่า หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว
เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการหรือสั่งการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกำหนดไว้เท่านั้น
จะตัดสินใจเพื่อเลือกที่จะกระทำการใดเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงถูกผูกพัน ที่จะต้อง
ปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัดไม่มีอำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างอื่นได้
และอาจกล่าวได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วคือหน้าที่ (Duty) นั่นเอง แต่เหตุที่ยังคงเรียกว่า
อำนาจ เนื่องจากการกระทำที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่นี้กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์
ใช้บังคับได้³⁴ ซึ่งความสำคัญของการกำหนดอำนาจผูกพัน เพื่อกำหนดองค์ประกอบและ
ผลทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน อันเป็นหลักการทางกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ
ของบุคคล ที่จะไม่เป็นการเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบอีกด้วย

ในกรณีที่กฎหมายมีการกำหนดผลทางกฎหมายไว้เพียงประการเดียว เรียกว่ากฎหมายให้
“อำนาจผูกพัน” แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายโดยทั่วไปแล้ว
จะพบว่ามิบบทบัญญัติของกฎหมายจำนวนมาก ที่กำหนดผลทางกฎหมายไว้เพียงประการเดียว
สำหรับ ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่ง ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติ

³³ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. (2532). การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 8, หน้า 37 - 38.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงประการเดียวเท่านั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงจะชอบด้วยกฎหมาย เพราะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจและเป็นกรณีอยู่ภายใต้ การควบคุมของศาลอย่างสมบูรณ์³⁵ การกำหนดให้อำนาจผูกพันแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น วางอยู่บนความคิดในเรื่องความยุติธรรมทั่วไป คือ ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริง เฉพาะราย³⁶ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีบทบาทเป็นเพียง เครื่องจักรอัตโนมัติที่ทำงานให้แก่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น³⁷ โดยไม่มีข้อยกเว้นให้สามารถ เลือกที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันไปได้

2.2.2 อำนาจดุลพินิจ (discretionary power)

2.2.2.1 ความหมายของอำนาจดุลพินิจ

ด้วยการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีมาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพื้นฐาน สำคัญ เมื่อใดที่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมิได้กำหนดองค์ประกอบหรือเงื่อนไข การใช้อำนาจไว้ อย่างชัดเจนแล้ว ในการบังคับใช้กฎหมายย่อมจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจ ในการใช้อำนาจในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเกิดขึ้นจากการที่ ด้วบทกฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับ ข้อเท็จจริงเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย เพื่อมิให้การใช้บทบัญญัติของกฎหมายแข็งกระด้าง และเพื่อมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่เฉพาะเรื่องเฉพาะรายนั้น ๆ

อำนาจดุลพินิจสามารถแบ่งออกได้หลายประเภทตามการกระทำด้านต่าง ๆ ของรัฐ แต่ยังคงมีลักษณะร่วมกัน ได้แก่ การที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยกำหนด ถ้อยคำที่มีลักษณะไม่แน่นอนตายตัว หรือให้ทางเลือกในการใช้อำนาจหรือมาตรการได้หลายทาง ในขอบเขตที่กำหนด ซึ่งการยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้มีการบริหาร กฎหมายให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และมีให้เกิดการหยุดชะงักในการปฏิบัติหน้าที่ หรือขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย จึงเห็นได้ว่า “อำนาจดุลพินิจ” มีลักษณะ ตรงกันข้ามกับ “อำนาจผูกพัน”

เมื่อพิจารณาความหมายตามถ้อยคำแล้ว “ดุลพินิจ” ประกอบด้วยคำว่า “ดุล” ซึ่งแปลว่า เท่ากัน เสมอกัน และเท่าเทียมกัน และคำว่า “พินิจ” ซึ่งแปลว่า พิจารณา ดังนั้น “ดุลพินิจ” จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควรหรือการพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรมส่วนพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายว่า การวินิจฉัยที่เห็นสมควร³⁸ สำหรับความหมาย

³⁵ สมยศ เชื้อไทย. (2554). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 244.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 245.

³⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 169.

³⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก : <http://www.royin.go.th/dictionary/> [2563,16 เมษายน]

ในทางกฎหมาย นั้น Black's Law Dictionary ให้ ความหมายของ “ดุลพินิจ” (Discretion) ไว้ว่า หมายถึง “อำนาจหรือสิทธิของเจ้าพนักงานในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ ตามวิจรรณญาณและการตัดสินใจส่วนบุคคล” และคำว่า “administrative discretion” หรือดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่า หมายถึง อำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้อำนาจตัดสินใจเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ของตน³⁹ และมีหลักกฎหมายละตินว่า “Discretio est scire per legem quid sit justum. Discretio est discernere per legem quid sit justum.” - ดุลพินิจคือการหยั่งรู้โดยกฎหมายว่าจะอะไรคือความยุติธรรม และ “Deliberandum est diu quod statuedum est semel.” สิ่งใดอันจะได้รับการชี้ขาดเป็นยุติควรได้รับการวินิจฉัยใคร่ครวญโดยสุขุม⁴⁰ นอกจากนี้ นักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “อำนาจดุลพินิจ” ไว้สรุปความได้ว่า อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายบัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจ และเลือกปฏิบัติด้วยตนเองอย่างอิสระเพื่อดำเนินการตามหน้าที่และความรับผิดชอบของตนภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งอาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างและแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน⁴¹ กล่าวได้ว่า การกำหนดให้อำนาจดุลพินิจนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครอง มีเสรีภาพในการพิจารณาดำเนินการตามสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น⁴² โดยใช้อำนาจดุลพินิจต้องใช้อย่างสุจริต (good faith) โดยมีจุดมุ่งหมายตามที่ได้รับมาจากกฎหมายและภายใต้ข้อจำกัด โดยกฎหมายหรือปัจจัยอื่นที่ให้อำนาจนั้น อำนาจดุลพินิจนี้ ต้องใช้อย่างเป็นธรรมด้วย มิใช่ใช้ตามอำเภอใจหรือไม่แน่นอนและต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอย่างแท้จริง⁴³

แม้จะมีการนิยามความหมายของดุลพินิจเอาไว้ แต่ก็ยังไม่มื่อนักนิติศาสตร์คนใดให้อรรถาธิบายถึงความหมายของ “ดุลพินิจ” อย่างแน่ชัดเจเนจนเป็นที่ยอมรับเป็นสากล ไม่ใช่สิ่งรูปธรรมที่จะสัมผัสได้ ความหมายของคำ ๆ นี้ จึงละเอียดอ่อนและค่อนข้างจะคลุมเครือ (Vague)⁴⁴

³⁹ Black's Law Dictionary (2004) [Online] Available http://www.republicsg.info/Dictionaries/2004_Black%27s-Law-Dictionary-Edition-8.pdf p.1405. [2020,16 April]

⁴⁰ ประทีป อ่าววิจิตรกุล. *ฎีกาศึกษาการใช้ดุลพินิจ*. กรุงเทพฯ : ปณรัชช. หน้า 1.

⁴¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2532). ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 8, หน้า 5.

⁴² รongพล เจริญพันธ์. (2521). การใช้ดุลพินิจในกฎหมายเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 9 (4), หน้า 17.

⁴³ Zaim M. Nedjati and J.E. Trice, English and Continental System of Administrative Law, p.92. อ้างใน ชงยุทธ อนุกุล. (2533). *สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ ระเบียบและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 255-256.

⁴⁴ เรวดี ถ้ำเฉลิม. (2522). *ชะลอการฟ้อง*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 20.

แต่นักนิติศาสตร์ส่วนมากเห็นพ้องกันว่าความหมายของอำนาจดุลพินิจที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ของรัฐปรากฏอยู่ในส่วนผลของกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” ซึ่งจะเกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจใช้อำนาจได้หลายอย่างหรือภายในขอบเขตที่กำหนดส่วนดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุหรือดุลพินิจวินิจัยนั้น แม้นักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ เพราะการตีความและการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในสายตาของศาลเป็นเพียงปัญหาข้อกฎหมาย ที่ศาลมีอำนาจทบทวนตรวจสอบการใช้กฎหมายในส่วนนี้ของฝ่ายปกครองได้ทั้งสิ้น⁴⁵

2.2.2.2 ความสำคัญของการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เนื่องจากในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งกำหนดไว้อย่างแน่นอนตายตัวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยมีให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายสามารถพิจารณาเพื่อมีทางเลือกในการใช้อำนาจได้ตามความเหมาะสมอาจก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคลในกรณีเฉพาะนั้นก็ได้อีก ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครอง มีดุลพินิจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อลดทอนความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากความแข็งกระด้าง และไม่ยืดหยุ่นของกฎหมายดังกล่าว⁴⁶ และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้อยู่ใกล้ชิดกับสถานการณ์เฉพาะที่เกิดขึ้นสามารถใช้ความรู้ ความสามารถ และวิจารณญาณของตนพิจารณาดำเนินการใด ๆ โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁴⁷ โดยจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายอย่างเหมาะสมและยุติธรรมแก่กรณีดังกล่าว กล่าวได้ว่าเป็นกรณีการบังคับใช้กฎหมายที่คำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ หรือเป็นกรณี ๆ ไป อันเป็นการอำนวยความสะดวกเฉพาะคดี⁴⁸ การที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะเลือกดำเนินการได้หลายทางในการตัดสินใจจะทำการอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่ทำการอย่างไรอย่างหนึ่งดังกล่าวเป็นไปเพื่อที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนตามเจตนารมณ์ของภารกิจของรัฐเสรีประชาธิปไตย

อย่างไรก็ดี ในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมจะต้องมีความอิสระในการใช้ดุลพินิจที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจทำให้เข้าใจผิดได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างไม่มีขอบเขต แต่แท้จริงแล้วการมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการเลือกตัดสินใจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้หลายทาง เพื่อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้ใช้กฎหมายสามารถปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริง อย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ การใช้อำนาจดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายจึงต้องอยู่บนฐาน

⁴⁵ วิษณุ วรรณฤณ และคณะ. (2547). *รายงานวิจัย เรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 13-18.

⁴⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 37-38.

⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์. หน้า 79.

⁴⁸ สมยศ เชื้อไทย. (2530). การกระทำทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*, 17 (3). หน้า 57.

ของข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และการใช้เหตุผลประกอบการพิจารณาตัดสินอย่างเหมาะสม ในการนี้ หลักพื้นฐานของการใช้อำนาจดุลพินิจ จึงต้องอยู่บนความอิสระในการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ ต้องมีความเป็นกลาง มีความโปร่งใส และมีความเป็นธรรม เพราะการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหากกระทำหรือไม่กระทำการ โดยตามอำเภอใจ การใช้ดุลพินิจนั้น ย่อมจะไม่อาจถือได้ว่าชอบด้วยกฎหมาย⁴⁹

นอกจากการอำนวยความยุติธรรมแล้ว บทบาทของรัฐสมัยใหม่ยังขยายขอบเขตกว้างไปถึงการแทรกแซงทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม เนื่องด้วยในการดำเนินการของรัฐ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจดังกล่าวไม่อาจอาศัยเพียงกฎหมายที่มีลักษณะแน่นอนตายตัว โดยลำพังได้ รวมทั้งจะต้องตอบสนองข้อเรียกร้องต่อประโยชน์มหาชนภายใต้หน้าที่และอำนาจตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกด้วย การให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายและสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ อนึ่ง ปัญหาที่สมควรพิจารณาบนฐานของการยอมรับอำนาจดุลพินิจในรัฐเสรีประชาธิปไตยนี้ มิใช่ว่าจะจำกัดอำนาจดุลพินิจให้หมดสิ้นไปอย่างไร แต่เป็นปัญหาที่ว่า จะควบคุมให้การใช้อำนาจดุลพินิจอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย และเป็นไปอย่างสุจริตรอบคอบอย่างไร⁵⁰

2.2.2.3 ที่มาของอำนาจดุลพินิจ

(1) ที่มาของอำนาจดุลพินิจใน ส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมาย

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (การปรับบทกฎหมาย) แล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง ประเภทที่ต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลาย ๆ ด้านรวมกัน (Normative Concept) ในการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เช่น “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรม” “อาคารที่ชำรุดทรุดโทรมหรือมีสภาพเป็นที่น่ารังเกียจ” “การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ” หรือ “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็น

⁴⁹ คณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (2560). *ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ*. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 3 – 4.

⁵⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 39 – 40.

อันตรายแก่สุขภาพ เป็นต้น⁵¹ ซึ่งทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เป็นที่ยุติ โดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณี ๆ ไปได้⁵²

(2) ที่มาของอำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

เมื่อกรณีใดที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจดุลพินิจเกิดขึ้นแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็ต้องมาพิจารณาว่ากฎหมาย ได้กำหนดผลทางกฎหมายหรือ มาตรการทางกฎหมายไว้อย่างไร ซึ่งเมื่อใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ และถ้าตัดสินใจไปในทาง ใช้อำนาจแล้ว จะให้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาหรือเนื้อหาของ การกระทำได้หรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยใช้ถ้อยคำ ดังนี้

(2.1) กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะ ตัดสินใจใช้อำนาจ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในอันที่จะ ตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” หรือถ้อยคำทำนองนี้ เช่น “สามารถ” หรือ “ควรจะ” แต่หากไม่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะบัญญัติกฎหมายโดย ใช้ถ้อยคำว่า “ต้อง” หรือ “ให้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคำขอ” เป็นต้น ซึ่งทำให้ฝ่ายปกครอง ต้องใช้อำนาจเท่านั้น ไม่มีทางเลือกตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจกระทำการหรือไม่⁵³

(2.2) กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือก เนื้อหาของการกระทำ

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือก เนื้อหาของการกระทำ ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง ดังนี้⁵⁴

(ก) กำหนดเนื้อหาของการกระทำตั้งแต่สองเนื้อหาขึ้นไปให้ฝ่ายปกครอง เลือกเนื้อหาที่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่ถ้ากฎหมายกำหนดให้มีเพียงเนื้อหาเดียว ในการที่จะใช้อำนาจได้ กรณีนี้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในส่วนนี้ มีเพียง อำนาจผูกพันเท่านั้น

(ข) กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อหาของการกระทำได้เองภายในขอบเขต ที่กำหนด โดยกฎหมายที่ให้อำนาจมิได้กำหนดเจาะจงว่าเนื้อหานั้นจะเป็นอย่างไรบ้าง

⁵¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 54-55.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

⁵³ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 55 - 56.

⁵⁴ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 57 - 58.

ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งการ โดยต้องเลือกเนื้อความที่กำหนดไว้ ตั้งแต่สองอย่างขึ้นไปแต่อย่างใด แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเนื้อความของการกระทำเองได้ตามความจำเป็น หากมีกรณีฉุกเฉินอันเป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจเกิดขึ้นดังกล่าว ซึ่งดุลพินิจในลักษณะนี้จะกว้างและฝ่ายปกครองย่อมมีทางเลือกของการตัดสินใจใช้อำนาจได้อย่างอิสระสูงกว่าแบบที่ (ก)

2.2.2.4 ประเภทของอำนาจดุลพินิจ

โดยที่การใช้กฎหมายคือการนำข้อเท็จจริงซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรม (concrete) มาปรับกับกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (norm) เพื่อให้ทราบถึงผลทางกฎหมายของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งโดยทั่วไป บทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถแยกองค์ประกอบออกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ องค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจ และองค์ประกอบส่วนผลซึ่งกำหนดผลทางกฎหมายหรือมาตรการทางกฎหมาย⁵⁵ ซึ่งโครงสร้างของบทบัญญัติทั้งสองส่วนนี้ นำมาซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแบ่งได้เป็น อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และอำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) ดุลพินิจวินิจฉัย : อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและกำหนดลักษณะกฎหมายให้แก่ข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วยการตรวจสอบ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย แล้วจึงนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาปรับเข้ากับตัวบทกฎหมาย กล่าวคือ การดำเนินการดังกล่าวเป็นขั้นตอนการตีความกฎหมายและการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย⁵⁶

อำนาจดุลพินิจที่ปรากฏในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุนี้อาจเรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” ซึ่งในการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถเลือกตัดสินใจตามความพอใจได้ แต่จะต้องตรวจสอบโดยวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะเชื่อว่ามีข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นหรือไม่ แม้ว่าในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้ แต่ในที่สุดแล้วจะต้องมีคำวินิจฉัยที่เด็ดขาดเป็นที่ยุติ โดยปกติแล้วผู้ที่ทำหน้าที่นี้คือองค์กรตุลาการ⁵⁷ ในการนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่มีดุลพินิจในขั้นตอนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง⁵⁸

⁵⁵ สมยศ เชื้อไทย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 50 - 51.

⁵⁶ รพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 37 - 38.

⁵⁷ สมยศ เชื้อไทย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 53.

⁵⁸ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 23.

สำหรับการตีความและการปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจน ซึ่งใช้ถ้อยคำในลักษณะที่สามารถ ตีความวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปได้ล่วงหน้า (Interpretation a priori) แล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่มีดุลพินิจในการกำหนดลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมาย ไม่เจาะจง (indefinite legal concepts) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ต้องตีความภายหลังจากที่มีข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเกิดขึ้นแล้วเป็นกรณี ๆ ไป รวมทั้งยังเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป เช่น “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี”⁵⁹ หรือ “มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภัยอันตราย”⁶⁰ เป็นต้น ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปรับบทกฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี โดยตีความถ้อยคำดังกล่าวให้เป็นที่ยุติ

ในส่วนของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองใน โครงสร้างบทบัญญัติใน ส่วนองค์ประกอบส่วนเหตุ จะอยู่ในขั้นตอนการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (หรือการปรับบทกฎหมาย) ซึ่ง (อาจ) ถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในขั้นตอนนี้ได้ เรียกดุลพินิจในขั้นตอนนี้ว่า

⁵⁹ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

มาตรา 5 บัญญัติว่า เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เห็นสมควรจะกำหนดเขตอันมีปริมาตรจำกัดในท้องที่ใดเพื่อการอนุญาตหรืออนุญาตให้ตั้งสถานบริการตามมาตรา 4 ก็ให้กระทำได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 21 บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติ หรือเมื่อสถานบริการใดดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ขินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีการมั่วสุม เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในสถานบริการ หรือดำเนินกิจการโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาตหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของ การกระทำความผิด

๗ ล ๗

⁶⁰ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรา 46 บัญญัติว่า ในกรณีที่อาคารซึ่งก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้าย โดยได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือ ได้ก่อสร้าง ดัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้ดำเนินการแก้ไขตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่ ไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามวรรคหนึ่ง และถ้าอาคารนั้นอาจเป็นภัยอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้รื้อถอนอาคารนั้นได้โดยให้นำมาตรา 42 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

“ดุลพินิจวินิจฉัย”⁶¹ (Margin of Judgement – latitude de judgement) ดุลพินิจวินิจฉัย เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ด้วยถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอนตายตัว (indefinite concepts) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ถูกกฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้และวิญญูชน (Reasonable Man) อาจเข้าใจความหมายกว้างแคบแตกต่างกันออกไปได้นั้นหมายความว่าในการตีความถ้อยคำดังกล่าวย่อมมีความเห็นที่ชอบด้วยเหตุผลมากกว่าหนึ่งความเห็นขึ้นไป ดุลพินิจวินิจฉัยนั้น จึงหมายถึงเสรีภาพของฝ่ายปกครองที่จะเลือกความเห็นใด ความเห็นหนึ่งในบรรดาความเห็นต่าง ๆ ที่ล้วนแต่ชอบด้วยเหตุผล⁶² ซึ่งสิ่งนี้เอง แม้กฎหมายก็อาจต้องยอมรับในขีดจำกัดดังกล่าว และเปิดโอกาสให้องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่วินิจฉัยอาจทำ ความเห็นแย้งกันได้ เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะปล่อยให้การวินิจฉัยปัญหาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องนั้น เป็นหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ อันอาจถือว่าอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁶³

(2) ดุลพินิจตัดสินใจ : ดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจวินิจฉัยในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย เป็นส่วนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดผลของการใช้อำนาจไว้เช่นไร เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบองค์ประกอบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถที่จะเลือกผลในทางกฎหมายหรือมาตรการในการดำเนินการตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ได้ ดุลพินิจที่ปรากฏในส่วนของผลทางกฎหมายนี้อาจเรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะตัดสินใจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดเปิดช่องไว้ให้ โดยจะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการและดุลพินิจเลือกวิธีในการดำเนินการ⁶⁴

2.2.2.5 ตัวอย่างบทบัญญัติที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ⁶⁵

ตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอิสระที่จะเลือกกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ โดยอาจคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็นต่าง ๆ อาทิ ความจำเป็นที่ต้องนำข้อเท็จจริง ที่หลากหลายมาประกอบการตัดสินใจ หรือความจำเป็นที่ต้องอำนวยความสะดวกธุรกรรมเป็นการเฉพาะราย แต่ด้วยฝ่ายนิติบัญญัติมีขอบเขตการใช้อำนาจที่กว้างขวาง จึงยากที่

⁶¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2534). การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. *วารสารบทบัญญัติ* ,47. หน้า 55 – 56.

⁶² Léo Goldenberg, “Le Conseil d’Etat, juge du fait”, Paris, Dalloz, 1932, pp.45-90. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 55 – 56.

⁶³ ชัยภัทร ทังทอง. (2558). *การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 39.

⁶⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 76.

⁶⁵ คณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 6 – 7.

จะกำหนดให้ครบถ้วนสมบูรณ์ว่ามีกรณีใดบ้างที่ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ กรณีดังที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นเพียงตัวอย่าง ของประเภทกฎหมายที่มีลักษณะบางประการที่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจเห็นว่าสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจ

(1) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องต้องพิจารณาข้อมูลหลายด้านประกอบกัน หรือต้องคำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องของกลุ่มต่าง ๆ⁶⁶ ให้สอดคล้องกับบริบทของแต่ละกรณี โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจคาดการณ์ถึงรายละเอียดต่าง ๆ ได้ครบถ้วน จึงไม่อาจกำหนดองค์ประกอบของกฎหมายให้ต้องพิจารณาข้อมูลและผลประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้อย่างสมบูรณ์⁶⁷ จำเป็นต้องให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจได้รายกรณี เพื่อให้ชอบด้วยวัตถุประสงค์และนโยบายของ กฎหมายนั้น ๆ (Prudential Discretion⁶⁸) เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการวางผังเมือง⁶⁹ ซึ่งในการวางแผนหรือผังเมืองต้องมีการนำองค์ประกอบต่าง ๆ มาชั่งน้ำหนักกัน

(2) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องต้องตัดสินใจอย่างรวดเร็ว ทันทีทั้งที่ เนื่องจาก เป็นเรื่องกลยุทธ์ในการบริหาร หรือเป็นการตอบโต้ปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า (Tactical Decision, Responsive Regulation) เช่น มาตรการจัดการกับผู้ก่อการร้าย⁷⁰ หรืออำนาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยในการให้กู้ยืมเงินแก่ สถาบันการเงิน⁷¹

(3) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องต้องปรับใช้ทฤษฎีความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน⁷² ให้เข้ากับข้อเท็จจริงและบริบทของแต่ละกรณี (Expert Discretion or Technical Discretion⁷³) เช่น การบังคับใช้กฎหมายที่ต้องใช้ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เช่น กฎหมายแข่งขันทางการค้า หรือกรณีที่ต้องใช้ความรู้เฉพาะของแต่ละสาขาวิชาเพื่อให้คะแนนสอบ ในสถานศึกษา

⁶⁶ “Pluralistic Balancing of Interests” (William F. West, 28 American Journal of Political Science, P 340 (342)); “The discretion may be designated as “arbitral” or “mediating”. Ernst Freund, Administrative Powers over Persons and Property : A Comparative Survey (1928), Chapter VI, §45 (c)

⁶⁷ ดร.จิรนิติ หะวานนท์. (2545). *ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง: หนังสือคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 393.

⁶⁸ Ernst Freund, *ibid*, Chapter VI, §45 (b)

⁶⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerwGE 48, 56 (63): Abwägungsgebot bei jeder rechtstaatlicher Planung (ในการวางแผนหรือผังเมืองต้องมีการนำองค์ประกอบต่าง ๆ มาชั่งน้ำหนักกัน); Harvard Law Review, Vol. 82, No. 3 (Jan., 1969), pp. 668-685

⁷⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerfGE 46, 160 (165)

⁷¹ Bullinger, Juristen Zeitung (JZ) 1984, 1001 (1007)

⁷² Ossenbühl, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1978, 1 et seqq.; ดร.จิรนิติ หะวานนท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 67. หน้า 393.

⁷³ Ernst Freund, *ibid*, Chapter VI, §45 (e)

(4) กรณีที่โดยสาระและวัตถุประสงค์ของเรื่องเป็นการยากที่จะกำหนดขอบเขตที่จะอนุญาตให้ทำได้⁷⁴ เนื่องจากต้องพิจารณาจากมาตรฐานทางคุณธรรมและบริบทของสังคมในแต่ละช่วงเวลา ซึ่งโดยมากจะมีลักษณะเป็นการใช้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่เจาะจง⁷⁵

(5) กรณีที่ต้องออกแบบกฎหมายเพื่อรองรับกรณีที่มีลักษณะแตกต่างจากกรณีทั่วไปที่พึงคาดหมายได้ (atypical conditions) ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ไม่อยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเป็นกรณีที่มีการบังคับใช้กฎหมายจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อประชาชนในกรณีนั้น ๆ จึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการพิจารณาผ่อนผัน⁷⁶ การบังคับใช้บทบัญญัติในกฎหมายได้ (Relaxing Discretion, Dispensing Power⁷⁷)

(6) กรณีที่ต้องการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความคล่องตัวในการบริหารเสมือนองค์กรธุรกิจหรือเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถนำนวัตกรรมในการบริหารรัฐกิจมาใช้ในการตัดสินใจได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประสิทธิผลและประสิทธิภาพและมุ่งเน้นผลลัพธ์มากกว่าการบังคับใช้กฎหมายตามองค์ประกอบที่ถูกกำหนดไว้ ซึ่งเป็นแนวคิดในการบริหารรัฐกิจรูปแบบใหม่

2.2.2.6 การควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจ⁷⁸

แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะยอมรับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถมีดุลพินิจได้ในบางกรณี แต่มิใช่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจของตนได้อย่างเสรีเด็ดขาดหรือไร้ขอบเขต เนื่องจากการใช้อำนาจใด ๆ ของรัฐต้องผูกพันกับหลักการทางกฎหมาย เช่น หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น⁷⁹ หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการควบคุมตรวจสอบให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวเป็นไปอย่างถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย และหลักการต่าง ๆ ที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล⁸⁰ ในส่วนนี้ได้พิจารณาโดยจำแนกด้วยเกณฑ์องค์กรผู้ควบคุมตรวจสอบซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ดังนี้

(1) การควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุที่ดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมการใช้ดุลพินิจผ่านตัวบทกฎหมาย

⁷⁴ “inherent difficulty of standardizing the limits of tolerance” (Ernst Freund, *ibid*, Chapter VI, §45 (d))

⁷⁵ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2529). ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. *วารสารทบทวนคดี*, 42. หน้า 46 – 83.

⁷⁶ “truly exceptional circumstances”, Robert E. Goodin, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol.6, No.2, p. 232 (237)

⁷⁷ Ernst Freund, *ibid*, Chapter VI, §45 (a)

⁷⁸ คณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49*. หน้า 7 – 9.

⁷⁹ สมยศ เชื้อไทย. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 48*. หน้า 58.

⁸⁰ คณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. *อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49*. หน้า 8.

กล่าวได้ว่า เป็นการควบคุมกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะต้องคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ และการกำหนดเหตุหรือกรณีที่จะเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดุลพินิจโดยพิจารณาถึงความจำเป็นและสมควร ซึ่งแนวคิดดังกล่าวสะท้อนอยู่ในแนวนโยบายแห่งรัฐ ตามวรรคสามของ มาตรา 77⁸¹ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาต และระบบ คณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น รวมถึงพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ให้ชัดเจน เป็นต้น

(2) การควบคุมโดยฝ่ายบริหาร นอกจากบทบาทในการเป็นผู้ใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายบริหาร ก็ยังมีบทบาทในการเป็นผู้ควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของตัวเองด้วย โดยแบ่งพิจารณาได้ตามระยะเวลา ดังต่อไปนี้

(2.1) การควบคุมก่อนการใช้อำนาจ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ หน่วยงานของรัฐถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 3⁸² ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(2.2) การควบคุมภายหลังการใช้อำนาจ⁸³ กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจ ทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะของการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง

⁸¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมด ความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้ เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจ กฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

๑๓๑

๑๓๑

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้น ทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กกรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตาม รัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชน โดยรวม

⁸³ คณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 8.

หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งดังกล่าวสามารถพิจารณาทบทวนหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ทั้งจากการริเริ่มของเจ้าหน้าที่เองและจากการอุทธรณ์โดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอุทธรณ์ในเรื่องนั้น ๆ ไว้

(3) การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ฝ่ายปกครองก็จะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในชั้นสุดท้าย⁸⁴ แต่อย่างไรก็ดี ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการอำนวยความสะดวก และมีความเป็นอิสระ เด็ดขาด และบังคับตามคำวินิจฉัยเป็นผู้มีบทบาทในการควบคุมให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมาย อย่างเป็นทางการเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง สำหรับระบบศาลไทยซึ่งเป็นระบบศาลคู่ นั้น ศาลปกครองมีบทบาทอย่างมากในเรื่องดังกล่าว เมื่อศึกษาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องพบว่า ศาลปกครองในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อาศัยอำนาจตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)⁸⁵ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในการตรวจสอบหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจ โดยมีขอบ

2.2.2.7 การกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในร่างกฎหมายนั้นให้ชัดเจน⁸⁶

โดยหลักเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจดุลพินิจ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ดังนั้น “หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่มีอำนาจดุลพินิจ” และ “ในบางกรณีกฎหมายอาจบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีเพียงแค่อำนาจผูกพัน และมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่มีดุลพินิจ” นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะต้องสอดคล้องกับ

⁸⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างอิงแล้วเชิงอรรถที่ 41, หน้า 4.

⁸⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้อง ตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ฯลฯ ฯลฯ

⁸⁶ อภิชัย กู๋เมือง, (2562). *ข้อควรรู้ทางกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562*. กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 31 – 34.

วัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจนั้น และในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จะต้องอยู่ภายใต้กรอบทางเลือก ระยะเวลา วิธีการ หรือขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด และต้องพิจารณาเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดประกอบกับข้อเท็จจริงในการใช้ดุลพินิจด้วย ซึ่งในการบัญญัติกฎหมายควรต้องกำหนดหลักเกณฑ์ตามลักษณะเฉพาะของเรื่องเพื่อใช้เป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจไว้ด้วย โดยในกรณีที่ต้องบัญญัติกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในเบื้องต้นควรพิจารณาว่าจำเป็นต้องกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจหรือไม่ หรือเป็นกรณีที่สามรถกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีเพียงอำนาจผูกพันและมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ ดังนั้น หากจำเป็นต้องให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ ตลอดจนการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ รวมถึงกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ไว้ให้ชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและประชาชนสามารถตรวจสอบได้

(1) การกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกฎหมายนี้กำหนดไว้อย่างไร

กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ไว้ 3 ประการ ได้แก่

1) การมีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครองให้กระทำได้เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ ในกรณีที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจให้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่เป็นสาระสำคัญไว้ในร่างกฎหมายให้ชัดเจน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 21 (7)⁸⁷ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

2) ในกรณีที่ร่างกฎหมายกำหนดให้ออกกฎเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐกรณีย่อมเป็นไปตามมาตรา 23⁸⁸ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำ

⁸⁷ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

มาตรา 21 หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบและพิจารณาจัดท ร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับ หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

(7) การมีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครองให้กระทำได้เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ ในกรณีที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจให้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่เป็นสาระสำคัญไว้ในร่างกฎหมายให้ชัดเจน

๑๓๑

๑๓๑

⁸⁸ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

มาตรา 23 ในกรณีที่ร่างกฎหมายกำหนดให้ออกกฎเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ กฎดังกล่าวต้องกำหนดให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

ร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 โดยกฎดังกล่าว ต้องกำหนดให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1) ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญรับรอง เช่น หลักนิติธรรม หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

2.2) ต้องสอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

2.3) ต้องสอดคล้องและปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

2.4) ต้องยึดหลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับสิทธิและเสรีภาพและประโยชน์ที่บุคคลต้องเสียไป

2.5) ต้องยึดหลักความเสมอภาคและต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

3) การจัดทำแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความโปร่งใสและตรวจสอบได้ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 24⁸⁹ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กฎหมายนี้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องจัดทำแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในหัวข้อ 2) ให้ทันสมัยอยู่เสมอและเผยแพร่ให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ แนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมิให้ใช้บังคับในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลจนกว่าจะมีการเผยแพร่ให้ประชาชนทราบ อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นมิให้ใช้บังคับ แก่การใช้ดุลพินิจในการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมและการพิจารณา

(1) ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญรับรอง

(2) สอดคล้องกับหลักการการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

(3) สอดคล้องและปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

(4) ต้องยึดหลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวม จะได้รับกับสิทธิและเสรีภาพและประโยชน์ที่บุคคลต้องเสียไป

(5) ต้องยึดหลักความเสมอภาคและต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล

⁸⁹ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

มาตรา 24 เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ให้หน่วยงานของรัฐจัดทำแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 23 ให้ทันสมัยอยู่เสมอ และเผยแพร่ให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป

แนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจตามวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลจนกว่าจะมีการเผยแพร่ให้ประชาชนทราบ

ความในวรรคหนึ่งและวรรคสอง มิให้ใช้บังคับแก่การใช้ดุลพินิจในการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมและการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล การพิจารณาสั่งคดีของพนักงานอัยการ และการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการสอบสวน ใต้สวน การบังคับคดี และการวางทรัพย์

พิพากษาคดีของศาลการพิจารณาสิ่งคดีของพนักงานอัยการ และการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่
ในกระบวนการสอบสวน ได้ส่วน การบังคับคดี และการวางทรัพย์

(2) ข้อสังเกตเกี่ยวกับการจัดทำแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เนื่องจากการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และระยะเวลา
ในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกฎหมายแต่ละฉบับจะมีความแตกต่างกัน ประกอบกับ
หลักเกณฑ์กลางบางส่วนได้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
พ.ศ. 2539 ดังนั้น คณะกรรมการพัฒนากฎหมายจึงมีได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เป็นการ
เฉพาะแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่าง
พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.
คณะกรรมการฯ ได้มีข้อสังเกตว่า การกำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดทำแนวทางปฏิบัติ
ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ นั้น คำว่า “แนวทางปฏิบัติ” มุ่งหมายถึง การแสดง
กระบวนการหรือขั้นตอนของการดำเนินการ ในเรื่องนั้น (Process) เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจของ
เจ้าหน้าที่ของรัฐให้ไปอย่างโปร่งใส และสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ
ในเรื่องดังกล่าวได้เป็นสำคัญ ทั้งนี้ ในกรณีที่ การดำเนินการในเรื่องใดได้มีการจัดทำแนวทาง
ปฏิบัติในเรื่องนั้นไว้แล้ว หน่วยงานของรัฐสามารถประกาศให้ทราบถึงแนวทางดังกล่าว และถือได้ว่า
เป็นการดำเนินการในเรื่องนี้แล้ว

2.3 หลักการบริหารราชการแผ่นดิน

ระเบียบบริหารราชการ คือการกำหนดนโยบายและทิศทางในการจัดการปกครอง
ประเทศโดยกำหนดหน่วยงาน เพื่อรับผิดชอบการดำเนินการตามหน้าที่และกำหนดแนวทาง
ในการปฏิบัติงานตามขอบเขตหน้าที่ที่รับผิดชอบ เพื่อให้การบริหารงานมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะต้องมี
ระบบการทำงาน วิธีปฏิบัติ และระเบียบที่รัดกุม เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปเพื่อประโยชน์สุข
ของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ มีประสิทธิภาพ คุ่มค่าในเชิงภารกิจ ลดขั้นตอน
ปฏิบัติงาน ระเบียบบริหารราชการมีที่มาจากประเพณีการปกครอง และได้มีวิวัฒนาการเรื่อยมา
จนกระทั่งมีการตราเป็นกฎหมายเพื่อใช้ในการบริหารประเทศ สำหรับโครงสร้างการบริหาร
ราชการโดยทั่วไปที่มีการใช้ในประเทศไทยต่าง ๆ มีอยู่ 3 หลักด้วยกันคือ หลักการรวมอำนาจ
ทางปกครอง หลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง ซึ่งแต่ละ
ประเทศย่อมเลือกใช้ให้เหมาะสมกับระบอบการปกครองของตน⁹⁰ โดยหลักการดังกล่าวถูกนำมาใช้

⁹⁰ กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต. (2553). *คู่มือศึกษาพื้นฐานวิชากฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน*
(กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย) (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: เสมาธรรม. หน้า 15.

ในการบริหารราชการส่วนกลาง (Central Administration) การบริหารราชการส่วนภูมิภาค (Provincial Administration) และการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น (Local Administration) ดังนี้

2.3.1 หลักการรวมอำนาจปกครอง (Centralization)

หลักการรวมอำนาจ (Centralization) การปกครองทั่วประเทศอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐบาลกลาง อันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ ของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งขึ้นตรงต่อกันตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชา (Hierarchy) เป็นผู้ดำเนินการปกครองตลอดอาณาเขตของประเทศ ลักษณะสำคัญของหลักการรวมอำนาจปกครองก็คือ กระทรวงกลาโหม และกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจในการสั่งการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติทั้งหมด การรวมกำลังทางด้านคุ้มกันและรักษาความสงบทั้งภายในและภายนอกประเทศเอาไว้ที่ส่วนกลาง นอกจากรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการในด้านทหารและตำรวจไว้ที่ส่วนกลางแล้ว อำนาจการวินิจฉัยสั่งการในด้านอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการศึกษา การสาธารณสุข การกำหนดนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมทุกอย่างทุกประการก็รวมอยู่ส่วนกลางอีกด้วย ในด้านการแต่งตั้ง โอนย้าย การปลดออก ให้ออกหรือไล่ออกเป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมในส่วนกลางทั้งสิ้น⁹¹ โดยในการบริหารงานจะกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ซึ่งมีลำดับชั้นของสายการบังคับบัญชาเป็นผู้ดำเนินการปกครองครอบคลุมพื้นที่ทั่วประเทศซึ่งมีลักษณะดังนี้⁹²

(1) มีการรวมอำนาจการบังคับบัญชาไว้ที่ส่วนกลาง คือ รวมอำนาจการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทหาร และตำรวจไว้ที่ส่วนกลางทั้งหมด

(2) มีการรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลาง คือ ให้อำนาจวินิจฉัยสั่งการขั้นสุดท้ายนั้นเป็นของราชการส่วนกลาง คือ กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนกลางที่ประจำอยู่ในส่วนภูมิภาคด้วย โดยราชการส่วนกลางมีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการได้ทั่วประเทศ

(3) มีลำดับชั้นการบังคับบัญชา คือ ลำดับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานซึ่งลำดับชั้นของการบังคับบัญชานั้นเป็นสิ่งที่สำคัญมากในการรวมอำนาจการปกครองไว้ที่ส่วนกลาง โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ที่ประจำอยู่ในภูมิภาค ซึ่งลำดับชั้นในการบังคับบัญชานี้ทำให้รัฐส่วนกลางมีอำนาจในการแต่งตั้งถอดถอนเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลาง รัฐส่วนกลางใช้อำนาจบังคับบัญชาเพื่อสั่งการ อนุมัติ ระบุ เพิกถอนหรือแก้ไขการกระทำต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ได้

การปกครองแบบรวมอำนาจต่าง ๆ ไว้ในส่วนกลางนี้ นับว่าเป็นประโยชน์ในแง่ที่ว่า การปกครองและการบริหารประเทศจะมีลักษณะเป็นเอกภาพ (Uniformity) การปฏิบัติราชการ

⁹¹ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2548). *หลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 414.

⁹² ประยูร กาญจนกุล. (2544). *การปกครองท้องถิ่นในประเทศไทย*. ในปาฐกถา เรื่องการปกครองท้องถิ่นในประเทศไทย. วันที่ 24 สิงหาคม 2544. ณ โรงแรมรัตนโกสินทร์ กรุงเทพฯ. หน้า 7-9.

ไม่ว่าจะอยู่ในส่วนใดของประเทศต้องปฏิบัติเช่นเดียวกัน ตามระเบียบข้อบังคับและกฎหมายฉบับเดียวกัน จึงเกิดความเสมอภาคและง่ายต่อการเข้าใจ และที่สำคัญที่สุดก็คือทำให้อำนาจของรัฐบาลมั่นคงและแผ่ขยายไปทั่วทั้งอาณาเขตประเทศ จึงบันดาลให้คำสั่งเกิดผลได้โดยง่าย

อย่างไรก็ตาม หลักการรวมอำนาจปกครองและบริหารไว้ในส่วนกลางก็มีข้อเสียในด้านการดำเนินการกิจการบริการสาธารณะที่กระจายกันอยู่ตามสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกัน การคมนาคมและการสื่อสารระหว่างท้องถิ่นที่อยู่ห่างไกลต่าง ๆ ทำให้รัฐบาลไม่สามารถจัดทำให้เกิดความเสมอภาคและเท่าเทียมกันได้ ยิ่งรัฐบาลมีนโยบายขยายบริการสาธารณะมากประเภทขึ้น ก็ย่อมจะทำให้รัฐบาลต้องแบกรับภาระมากยิ่งขึ้น และในที่สุดความล่าช้า (Red-tape) อันเกิดจากการวินิจฉัยสั่งการและระเบียบปฏิบัติของส่วนกลางก็ทำให้ประสิทธิภาพในการจัดบริการสาธารณะลดน้อยถอยลงเป็นลำดับ หลักการรวมอำนาจปกครองและบริหารไว้ส่วนกลางจึงเหมาะสมสำหรับประเทศเล็ก ๆ ที่รัฐบาลกลางสามารถควบคุมและจัดบริการสาธารณะได้อย่างทั่วถึง⁹³

การรวมอำนาจการปกครองสามารถจำแนกได้ 2 แบบ คือ การรวมศูนย์อำนาจการปกครอง (Concentration) และการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง (Deconcentration)⁹⁴

1) การรวมศูนย์อำนาจการปกครอง ได้แก่ การปกครองภายในประเทศรูปแบบหนึ่งที่กำหนดให้อำนาจในการตัดสินใจทั้งหลายเกี่ยวกับการปกครองประเทศหรือเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะเป็นของส่วนกลางโดยไม่มีกรมอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำอยู่ในภูมิภาค การปกครองประเทศด้วยวิธีการรวมศูนย์อำนาจการปกครองนี้เป็นการปกครองประเทศที่สร้างภาระให้กับส่วนกลางเป็นอันมาก เพราะส่วนกลางจะต้องเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเองทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปกครองและการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก

2) การกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง หรือที่เรียกกันในชื่ออื่นว่า การแบ่งอำนาจปกครองหรือการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค ได้แก่ รูปแบบการปกครองที่ส่วนกลางได้มอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำยังส่วนภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศ โดยตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่เหล่านั้นสามารถดำเนินการวินิจฉัยสั่งการบางอย่างได้ตามแนวทางที่ส่วนกลางกำหนด

2.3.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

สืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจก็อาจเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrary) ซึ่งจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่ ดังที่ Lord Acton ได้กล่าวไว้ว่า อำนาจ

⁹³ ชูศักดิ์ เทียงตรง. (2543). *เอกสารการสอนชุดวิชาการบริหารการปกครองท้องถิ่น* (พิมพ์ครั้งที่ 11). นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา. หน้า 14.

⁹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *การปกครองส่วนท้องถิ่น* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 22.

มีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีขอบและการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่มีขอบอย่างแน่นอน (Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely)⁹⁵

หลักการแบ่งอำนาจการปกครองนี้ถูกนำมาใช้กับรูปแบบของรัฐที่มีการจัดระเบียบราชการแผ่นดินด้วยหลักการรวมอำนาจที่ประสบปัญหาในการดำเนินงาน ด้วยเหตุที่ว่า การรวมอำนาจการปกครองไว้ที่ส่วนกลางทั้งหมดย่อมทำให้การดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐเป็นไปอย่างไม่ทั่วถึงอย่างเท่าเทียมกันทั้งประเทศและในบางครั้งก็เป็นไปอย่างล่าช้า⁹⁶ จึงได้มีการขยายหลักการรวมอำนาจการปกครองออกไปเป็นการแบ่งอำนาจการปกครองให้ส่วนภูมิภาค โดยมีการมอบอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ออกไปประจำในส่วนการปกครองต่าง ๆ ของประเทศ แต่เจ้าหน้าที่นั้นยังคงเป็นเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของส่วนกลาง การแบ่งอำนาจจึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจปกครอง ไม่ใช่เป็นการกระจายอำนาจปกครอง

การปกครองตามหลักการแบ่งอำนาจนี้สืบเนื่องมาจากข้อเสียหรือข้อบกพร่องของหลักการปกครองแบบรวมอำนาจ ดังได้กล่าวมาแล้วว่า รัฐบาลอาจจะไม่สามารถจัดบริการสาธารณะให้สนองความต้องการของประชาชนตามภูมิภาคหรือท้องถิ่นต่าง ๆ ได้อย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ เพราะการปฏิบัติราชการทุกอย่างทุกประเภท ส่วนภูมิภาคและท้องถิ่นต้องเสนอขอคำสั่งหรือการพิจารณาตัดสินใจในทุกเรื่องไป⁹⁷ ซึ่งในบางครั้งกว่าจะได้รับคำสั่งก็เสียเวลานานและไม่ทันการณ์เข้าทำนองที่ว่า กว่าถั่วจะสุก งาก็ไหม้ จึงเกิดแนวคิดขึ้นใหม่ว่าในการปกครองและบริหารประเทศนั้น รัฐบาลกลางไม่จำเป็นต้องรวมอำนาจไว้ในมือเสียทุกอย่าง รัฐบาลควรสงวนอำนาจการสั่งการเฉพาะในส่วนที่จำเป็นและสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศ และมีผลกระทบกับส่วนได้ส่วนเสียของประชาชนทั้งประเทศ โดยที่รัฐบาลควรระวังกรอบหรือระเบียบการปฏิบัติเป็นการทั่วไปเอาไว้แล้วมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการบางส่วนในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกครองนั้น ๆ โดยเฉพาะให้กับเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางซึ่งส่งออกไปประจำในส่วนภูมิภาคให้สามารถตัดสินใจเลือกปฏิบัติตามความเหมาะสม (Suitability) ได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแบ่งเบาภารกิจของกระทรวง ทบวง กรม ให้น้อยลง ลักษณะสำคัญของหลักการปกครองและการบริหารก็คือการแบ่งอำนาจบางประการให้กับส่วนภูมิภาค ซึ่งเดิมที่เป็นอำนาจของส่วนกลางตามหลักการรวมอำนาจ (Centralization) หรืออีกนัยหนึ่งมีลักษณะเพิ่มอำนาจให้แก่ตัวแทนของข้าราชการบริหารส่วนกลางที่ได้รับคำสั่งให้ไปประจำอยู่ในส่วนภูมิกานั้นเอง จึงทำให้นักวิชาการทางรัฐประศาสนศาสตร์วิจารณ์กันมากกว่าหลักการแบ่งอำนาจ (Deconcentration) นี้เป็นการแบ่งอำนาจทางบริหารบางส่วนเท่านั้น และไม่สามารถยอมรับได้ว่าเป็นการแบ่งอำนาจปกครอง เพราะอำนาจการปกครองทั้งหมดยัง

⁹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2554). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 91.

⁹⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2550). *กฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: เอ็กซ์เปอร์เน็ท. หน้า 25.

⁹⁷ ชูวงศ์ ฉายะบุตร. (2539). *การปกครองท้องถิ่นไทย*. กรุงเทพฯ: ส่วนท้องถิ่น. หน้า 7.

อยู่ในมือของส่วนกลาง เพราะตามหลักการแล้ว อำนาจปกครองประเทศนั้นต้องประกอบด้วย อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และเพื่อความเข้าใจโดยชัดเจนว่า หลักการแบ่งอำนาจนี้เป็นการแบ่งอำนาจทางบริหารเท่านั้น ในตำราภาษาอังกฤษส่วนใหญ่จึงใช้คำว่า Administrative deconcentration มากกว่าจะใช้คำว่า Deconcentration⁹⁸

การแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาคจะช่วยให้กิจการบริการสาธารณะดำเนินไปรวดเร็วขึ้น การใช้หลักการแบ่งอำนาจนี้จะเป็นขั้นตอนของการนำเอาหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) ไปใช้เมื่อประชาชนในท้องถิ่นพร้อมที่จะรับและถึงแม้ว่า ได้มีการนำเอาหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) มาใช้แล้ว หน่วยงานระดับภูมิภาคก็ยังคงได้ประโยชน์ในแง่ของการให้ความช่วยเหลือและประสานความสัมพันธ์ระหว่างท้องถิ่นกับส่วนกลางอีกด้วย

หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครองนี้มีประโยชน์สำคัญหลายประการ คือนับได้ว่าเป็นก้าวแรกที่จะนำไปสู่การกระจายอำนาจการปกครอง เพราะเมื่อมีการมอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำส่วนภูมิภาค (Provincial) ก็เท่ากับเป็นการมอบกิจการให้ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่นั้นจัดทำได้เองบางส่วน นอกจากนี้ การกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครองก็ยังทำให้กิจการต่าง ๆ ดำเนินไปรวดเร็วขึ้นไม่ต้องส่งเรื่องให้ส่วนกลางตัดสินใจทุกเรื่อง⁹⁹

หลักการแบ่งอำนาจทางปกครองเป็นหลักการที่ใช้เพื่อแก้ปัญหาการรวมอำนาจการปกครองไว้ที่ส่วนกลาง เพราะการบริหารราชการด้วยหลักการรวมอำนาจการปกครองนั้นไม่สามารถดูแลประชาชนได้อย่างทั่วถึงทุกพื้นที่ทั่วประเทศ หรือแม้กระทั่งทำได้ก็เป็นไปอย่างล่าช้าและไม่เต็มประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนกลางจะต้องเสนอขอคำสั่งจากกระทรวง ทบวง กรม ในส่วนกลาง ซึ่งบางครั้งก็เน้นช้ำจนไม่อาจทันต่อการแก้ปัญหา ซึ่งเป็นเรื่องเดือดร้อนของประชาชนในพื้นที่ส่วนภูมิภาค¹⁰⁰ ดังนั้นเพื่อเป็นการลดปัญหาความล่าช้าจากกระบวนการในแบบรวมอำนาจปกครอง รัฐส่วนกลางจะมีการมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการหรือตัดสินใจในกิจการบางส่วน ให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐที่ไปปฏิบัติงานในท้องที่ต่าง ๆ เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนให้ตรงเป้าหมายยิ่งขึ้น ซึ่งหลักการแบ่งอำนาจนี้มีลักษณะดังนี้¹⁰¹ (1) มีการแบ่งอำนาจหน้าที่ที่เป็นของราชการบริหารส่วนกลางบางส่วนให้แก่ราชการบริหารส่วนภูมิภาคในการตัดสินใจ วินิจฉัยสั่งการในกิจการบางอย่างตามที่ได้

⁹⁸ ชูศักดิ์ เทียงตรง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 93. หน้า 15.

⁹⁹ บุษมอริ ยีหมะ. (2550). *การปกครองท้องถิ่นไทย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 6.

¹⁰⁰ ประยูร กาญจนกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 92. หน้า 12-13.

¹⁰¹ ศุภสวัสดิ์ ชัชวาล. (2547). *สารานุกรมการปกครองท้องถิ่นไทย หมวดโครงสร้างภายนอก โครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดินกับการปกครองท้องถิ่น*. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 3.

รับมอบอำนาจ (2) ราชการบริหารส่วนภูมิภาคยังคงอยู่ภายใต้การ “ควบคุมบังคับบัญชา” ของราชการบริหารส่วนกลาง โดยเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนภูมิภาคจะได้รับการแต่งตั้งจาก ราชการบริหารส่วนกลางให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในพื้นที่ เช่น จังหวัด หรืออำเภอ เป็นต้น

2.3.3 หลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

หลักการกระจายอำนาจทางปกครองเป็นการกระจายอำนาจการปกครองให้แก่ประชาชน ได้มีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง อันถือเป็นรากฐานสำคัญของการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย และการกระจายอำนาจนั้นก็มีความสำคัญในการพัฒนาประเทศอย่างยิ่ง¹⁰²

หลักการกระจายอำนาจทางการปกครอง (Decentralization) หลักการกระจายอำนาจ ทางการปกครอง คือการที่รัฐมอบอำนาจทางปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกจากราชการ บริหารส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง โดยมีความอิสระตามสมควร ไม่ตกอยู่ภายใต้ อำนาจบังคับบัญชาของรัฐส่วนกลาง มีแต่เพียงการกำกับดูแลเพื่อให้ปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น โดยที่หน่วยงานนั้นมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ มีงบประมาณ มีบุคลากรเพื่อดำเนินการ จัดทำบริการสาธารณะด้วย¹⁰³

การกระจายอำนาจปกครอง (Decentralisation) เป็นอีกวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครอง ประเทศที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์กรของส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยให้มีความเป็นอิสระ (Autonome) ตามสมควร มีอำนาจกำหนด นโยบายและควบคุมการปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายของตนเองได้ โดยการดำเนินการและไม่อยู่ ในการบังคับบัญชาของส่วนกลาง แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแล (Tutelle) ของส่วนกลาง¹⁰⁴

การกระจายอำนาจการปกครองให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นเครื่องมือในการ ปรับโครงสร้างอำนาจรัฐ เป็นการปรับลดอำนาจของรัฐส่วนกลางลง และเพิ่มอำนาจของท้องถิ่น และภาคประชาสังคมให้อำนาจรัฐมีความสมดุล มีการจัดความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจและบทบาท หน้าที่ให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน การกระจายอำนาจทางปกครอง เป็นการ ส่งเสริมให้ชุมชนท้องถิ่นมีอำนาจในการปกครองตนเองอย่างอิสระ ไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐหรือ

¹⁰² ลิจิต ธีระเวคิน. (2523). รายงานการกระจายอำนาจ และการมีส่วนร่วมในการพัฒนาชนบท รายงานเสนอต่อ สมาคมนักวิจัยมหาลัยไทยและมูลนิธิ Friend rich Ebert. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์. หน้า 3.

¹⁰³ ประยูร กาญจนกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 92. หน้า 14-15.

¹⁰⁴ โกวิทช์ พวงงาม. (2550). การปกครองท้องถิ่นไทย (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 36.

องค์กรใด ๆ ซึ่งช่วยให้การใช้อำนาจในท้องถิ่นเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนที่มีความหลากหลายตามระดับพัฒนาการของแต่ละท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁰⁵

การกระจายอำนาจปกครองประกอบด้วยลักษณะสำคัญห้าประการ คือ

- (1) มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์กรนิติบุคคลอิสระจากส่วนกลาง (Juristic Person)
- (2) มีการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น (Local Government Election)
- (3) มีความเป็นอิสระในการปกครองตนเอง (Autonomy)
- (4) มีเจ้าหน้าที่ของตนเอง (Local Staff)
- (5) มีงบประมาณ (Budget) และรายได้เป็นของตนเอง (Local Revenue)¹⁰⁶

2.4 แนวคิดในการจัดตั้งโรงรับจำนำของต่างประเทศ

2.4.1 ความเป็นมาและแนวคิดในการจัดตั้งโรงรับจำนำใน สาธารณรัฐสังคมนิยมประชาชนปีโตยศรีลังกา

ในสภาวะเศรษฐกิจขนาดเล็ก การกู้ยืมเงินในประเทศอินเดียค่อนข้างเป็นปัญหาด้วยความที่ประชาชนชาวอินเดียจะมีการใช้จ่ายกันแค่สินค้าที่มีราคาไม่สูงมาก การกู้ยืมเงินก็เช่นกัน ในบางพื้นที่ของอินเดีย มักมีการกู้ยืมเงินจำนวนเล็กน้อยและชำระคืนทันที ซึ่งสำหรับธนาคารพาณิชย์การดำเนินการธุรกรรมการกู้ยืมเงินนั้นมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก ซึ่งไม่คุ้มกับการทำธุรกรรมเช่นนี้ โรงรับจำนำจึงถูกตั้งขึ้นเพื่อรองรับการทำธุรกรรมทางการเงินเหล่านี้ซึ่งข้อดีของโรงรับจำนำ คือ กระบวนการที่รวดเร็ว โรงรับจำนำประเทศศรีลังกาก็เช่นเดียวกัน โดยปกติชาวศรีลังกามักจะสะสมทองและอัญมณี ซึ่งเป็นวัตถุที่สามารถเป็นหลักประกันที่น่าเชื่อถือ แต่เดิมการรับจำนำจะดำเนินการโดยเอกชนเท่านั้น¹⁰⁷ โดยได้มีการตรากฎหมายควบคุมโรงรับจำนำในสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาชนปีโตยศรีลังกาขึ้นในปี ค.ศ. 1942

ก่อนปี ค.ศ. 1961 ธุรกิจโรงรับจำนำในสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาชนปีโตยศรีลังกา ดำเนินงานโดยเอกชนเท่านั้น ในปี ค.ศ. 1961 รัฐบาลได้บัญญัติกฎหมาย People's Bank Act และจัดตั้ง People's Bank ซึ่งเป็นธนาคารที่มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจที่สามารถดำเนินธุรกิจด้านธนาคารได้ทุกรูปแบบ รวมถึงธุรกิจการรับจำนำ นอกจากนี้ รัฐบาลยังใช้ People's Bank เป็นเครื่องมือ

¹⁰⁵ วีระศักดิ์ เครือเทพ. (2548). *นวัตกรรมสร้างสรรค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น : หนังสือสำหรับเสริมพลังความคิดและหลักวิชาให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน กองทุนสนับสนุนการวิจัย. หน้า 13.

¹⁰⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *การปกครองส่วนท้องถิ่น* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 23.

¹⁰⁷ Dale W Adam and Delbert A. Fitchett. (1992). *13 Pawnbroking and Small Loans*. Cases from India and Sri Lanka, F.J.A Bouman And R. Bastiaanssen. First published 1992 by Westview Press, Inc.

ในการดำเนินโครงการเงินกู้รูปแบบต่าง ๆ ให้กับประชาชนทั่วไป โดยเน้นกลุ่มเป้าหมายประชาชนในเขตชนบท ก่อนปี ค.ศ. 1988 รัฐบาลยังไม่อนุญาตให้ธนาคารแห่งอื่นเข้ามาดำเนินธุรกิจโรงรับจำนำ ทำให้ยอดการใช้บริการรับจำนำของ People's Bank ขยายตัวอย่างมาก ขณะที่การกู้เงินในรูปแบบอื่นมีแนวโน้มลดลง ธุรกิจรับจำนำของ People's Bank เน้นการสนับสนุนเงินกู้ระดับรากหญ้าให้กับกลุ่มคนจนและผู้มีรายได้น้อยในเขตชนบท ต่อมาในปี ค.ศ. 1988 รัฐบาลได้ปรับปรุงกฎหมาย Bank Act เพื่อเปิดโอกาสให้ธนาคารแห่งอื่นนอกจาก People's Bank เข้ามาดำเนินธุรกิจรับจำนำได้ ธุรกิจรับจำนำในสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกาจึงเริ่มมีการแข่งขันเชิงธุรกิจมากขึ้น¹⁰⁸

โรงรับจำนำในสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกาดำเนินการ โดยภาครัฐและภาคเอกชน โรงรับจำนำภาครัฐประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากและมีบทบาทที่สำคัญในการเป็นแหล่งเงินให้แก่ผู้บริโภคที่สะดวกและรวดเร็ว สถานที่ตั้งของโรงรับจำนำอยู่ในเมืองมากกว่าในชนบท โดยมีตัวแทนอยู่ตามชนบท ที่ห่างไกล ทั้งนี้ โรงรับจำนำในประเทศที่กำลังพัฒนาให้บริการแก่ประชาชนในวงกว้าง ประกอบด้วย ประชาชนในพื้นที่ชนบท พ่อค้า และผู้ประกอบการขนาดเล็ก¹⁰⁹

ผู้ประกอบการโรงรับจำนำทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ในสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกาต้องปฏิบัติตามกฎหมาย Pawnbroker Ordinance ปี ค.ศ. 1942 ฉบับที่มีการแก้ไขปรับปรุงในปี ค.ศ. 1953, ปี ค.ศ. 1956, ปี ค.ศ. 1963 และ ปี ค.ศ. 1973 กฎหมายดังกล่าวควบคุมการประกอบกิจการรับจำนำในสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา โดยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการรับจำนำ หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้รับจำนำ หลักเกณฑ์ทรัพย์สินจำนำ หลักเกณฑ์การตรวจสอบ การพิจารณา และการกระทำที่เป็นความผิดและบทกำหนดโทษ¹¹⁰

2.4.2 ความเป็นมาและแนวคิดในการจัดตั้งโรงรับจำนำในสหรัฐอเมริกา

สถาบันผู้ให้เครดิตสำหรับผู้บริโภคทั่วไปก็จะเป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทการเงิน เครดิตยูเนียนต่าง ๆ ทั้งชนิด Secure เช่น การกู้บ้าน รถยนต์ และชนิด Unsecure เช่น บัตรกดเงินสด บัตรเครดิต ซึ่ง สถาบันการเงินเหล่านี้จะมีกระบวนการกลั่นกรองที่ค่อนข้างเข้มงวดด้วยระบบ

¹⁰⁸ Lutz Grashof, Eschborn (2002). Reaching the Poor Clients of Sri Lanka, People's Bank Pawning and Savings Centers. German Technical Cooperation (GTZ). หน้า 3-4. อ้างถึงใน วิมล ชาตะมินา. (2554). *โครงการ "บทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการบริหารจัดการสถานธนาภูบาลเพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตและความมั่นคงทางการเงินของประชาชน"*. รายงานวิจัยสมบูรณ สำนักรงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย (สกว.). หน้า 4-9 – 4-10.

¹⁰⁹ Michael Skully. (1994). The Development of the Pawnshop Industry in East Asia. อ้างถึงใน วิมล ชาตะมินา. เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-8.

¹¹⁰ รายงานวิจัยสมบูรณ สำนักรงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย (สกว.). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 108. หน้า 4-12.

คะแนนเครดิตที่คำนวณจากการศึกษาอาชีพ บัญชี เงินฝากต่าง ๆ ซึ่งทำในกลุ่มคนบางกลุ่ม ไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนเหล่านี้ได้

ถึงแม้โรงรับจำนำจัดเป็นเงินกู้ที่มีดอกเบี้ยสูงแต่ก็ต่ำเมื่อเทียบกับเงินกู้นอกระบบอื่น ๆ ในรัฐต่าง ๆ อนุญาตให้มีการประกอบกิจการโรงรับจำนำได้ แต่ก็ควบคุมอัตราดอกเบี้ยและบังคับให้คืนส่วนเกินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจำนำ

โรงรับจำนำจึงเป็นทางเลือกหนึ่งของบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใช้สถาบันทางการเงินหลักได้ โดยทั่วไปแล้วผู้กู้มีการศึกษาไม่สูง มีรายได้ที่ไม่แน่นอน และไม่มีบัญชีเงินฝากจะไม่สามารถกู้เงินได้ แต่สำหรับโรงรับจำนำ ผู้กู้จะต้องวางทรัพย์สินเพื่อค้ำประกันการกู้ยืมนั้นไว้ จากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการโรงรับจำนำ พบว่าผู้ใช้บริการโรงรับจำนำ ถึงแม้จะมาจากทุกกลุ่มทางสังคม แต่ส่วนใหญ่จะมาจากผู้มีรายได้น้อย

อย่างไรก็ตามข้อมูลของการปล่อยสินเชื่อที่ให้แก่อผู้ใช้บริการในสหรัฐอเมริกา มีค่อนข้างจำกัดขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐ ซึ่งในปี ค.ศ. 1988 ผู้ประกอบการโรงรับจำนำ มีการปล่อยสินเชื่ออยู่ที่ 689 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จากตัวเลขประมาณการคือ 1,723 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เมื่อเทียบกับการปล่อยสินเชื่อของสถาบันการเงินในปีเดียวกัน คือ 744,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ถึงแม้ตัวเลขจะต่างกันมาก แต่ด้วยจำนวนโรงรับจำนำที่มีปริมาณมากและการที่โรงรับจำนำให้สินเชื่อในวงเงินที่น้อย โรงรับจำนำจึงทำหน้าที่ในการปล่อยสินเชื่อให้แก่ผู้บริโภคจำนวนมาก โดยประมาณถึงร้อยละ 10 ของ ประชากรในประเทศ จากสถิติที่ผ่านมาแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของโรงรับจำนำ ทั้งยังจำนวนของโรงรับจำนำที่เพิ่มขึ้นทุกปี

ในปี ค.ศ. 1745 เริ่มมีการใช้กฎหมายควบคุมการเปิดโรงรับจำนำขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้นำหลักการของกฎหมายควบคุมการเปิดโรงรับจำนำของประเทศไทยมาใช้ในเวลาต่อมา วัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันการที่มีบุคคลคนนำทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำ ความผิดสามารถใช้โรงรับจำนำเป็นสถานที่ในการนำทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำ ความผิดมาจำหน่ายได้ถ้าหากไม่มีการควบคุม

กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมโรงรับจำนำของสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกันในแต่ละรัฐแต่โดยทั่วไปมีรูปแบบเดียวกัน เมื่อเข้าใช้โรงรับจำนำผู้จำนำจะได้รับตัวที่ระบุชื่อ ที่อยู่ของผู้กู้ รายละเอียดสิ่งของที่นำมาจำนำ ดอกเบี้ยและวันกำหนดชำระ ซึ่งตัวนี้จะมีต้นฉบับอยู่ที่โรงรับจำนำ เพื่อที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถตรวจสอบทรัพย์สินสิ่งของที่นำมาจำนำได้ นอกจากนี้กฎหมายยังควบคุมอัตราดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ไว้ด้วย เมื่อระยะเวลาตามสัญญาเงินกู้ยืม

หมคลงตามทีระบุในตั้จนำ ผู้ประกอบกิจการโรงรับจนำจะต้องมีการเตือนให้ผู้จนำมาได้คืน
สินล้าด้วย เป็นต้น¹¹¹

¹¹¹ Susan Payne Carter and Paige Marta Skiba. (2012-2013). PAWNSHOPS AND BEHAVIORAL ECONOMICS. PAWNSHOPS, BEHAVIORAL ECONOMICS, AND SELF-REGULATION. หน้า 193 – 196.