

ข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจกระทำการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลักในการจัดระเบียบการปกครองรัฐในระบบเสรีประชาธิปไตยของรัฐเดี่ยว รัฐแต่ละรัฐย่อมจะมีหลักในการจัดระเบียบการปกครองประเทศแตกต่างกันออกไปแล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละประเทศทั้งนี้เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบเป็นไปอย่างราบรื่น บรรลุวัตถุประสงค์ บางประเทศจัดระเบียบการปกครองประเทศเป็นราชการบริหารส่วนกลางกับราชการบริหารส่วนท้องถิ่น เช่น ประเทศอังกฤษ ญี่ปุ่น บางประเทศจัดระเบียบการปกครองประเทศออกเป็นราชการบริหารส่วนกลางราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศไทย เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะได้จัดระเบียบการปกครองเป็นไปในรูปแบบใดก็ตาม หลักการในการจัดระเบียบการปกครองรัฐมีที่มาจากหลักการใหญ่ ๆ มี 2 หลักการ¹ ดังนี้

1. หลักการรวมอำนาจ (Centralisation)
2. หลักการกระจายอำนาจ (Decentralization)

หลักการรวมอำนาจมีหลักการที่สำคัญคือ มีการรวมอำนาจทางการเมืองทางปกครอง และอำนาจในการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการในเรื่องต่าง ๆ ไว้ที่องค์การปกครองส่วนกลาง² ทั้งนี้โดยมีเหตุผลเพื่อความเป็นเอกภาพ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียว

¹ วิจารณ์ วิจารณ์, “วิเคราะห์กฎหมายการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบสหภาพ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น. 6

² ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล อธิบายว่า “ราชการบริหารส่วนกลางมีส่วนประกอบดังนี้ พระมหากษัตริย์ รัฐมนตรี กระทรวงและทบวงการเมืองส่วนกลางและข้าราชการ แต่ถ้าวางเฉพาะองค์การของราชการบริหารส่วนกลางแล้ว ก็มีแต่ กระทรวง ทบวง กรม และทบวงการเมืองส่วนกลางต่าง ๆ เท่านั้น “ ดู ประยูร

กันของประชาชนทั้งชาติ องค์การปกครองส่วนกลางได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ในสังกัดถูกส่งไปปฏิบัติหน้าที่อยู่ในที่ต่าง ๆ ทั่วพื้นที่ของรัฐ องค์การเจ้าหน้าที่ เหล่านี้สังกัดอยู่กับราชการส่วนกลาง โดยมีอำนาจบังคับบัญชาเป็น เครื่องมือในการกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างกัน โดยให้ขึ้นตรงต่อกันเป็น ลำดับชั้น ในลำดับชั้นที่สูงกว่าจะมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลำดับชั้นที่ต่ำกว่า หรือเรียก อีกอย่างหนึ่งว่า ผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมการ กระทำและควบคุมตัวผู้ใต้บังคับบัญชา ระบบนี้ เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานในพื้นที่ จะไม่มี อำนาจในการคิดริเริ่มหรือตัดสินใจในเรื่องใด ๆ เลย เพราะอำนาจในการตัดสินใจต่าง ๆ รวมอยู่ที่ส่วนกลาง เจ้าหน้าที่เพียงปฏิบัติตามคำสั่งของส่วนกลางไปเท่านั้น

หลักการรวมอำนาจการปกครองนี้ มีข้อดีในแง่ที่ว่า ทำให้เกิดความมีเอก ภาพในการปกครองและบริหาร³ เป็นหลักการปกครองที่มีความประหยัด ทำให้เกิดความ เสมอภาคแก่ประชาชนที่จะได้รับบริการสาธารณะอย่างเดียวกัน⁴ แต่ขณะเดียวกันก็มีข้อ เสียอยู่บ้างคือ เมื่อฝ่ายปกครองขยายอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะมาก ประเภทขึ้น ข่อมไม่สามารถดำเนินกิจการให้ได้ผลดีและทั่วถึงทุกท้องถิ่นพร้อมกัน อีก ทั้งเกิดปัญหาซ้ำซ้อนเกี่ยวกับระเบียบแบบแผนของทางราชการ

ในบางประเทศ ได้นำวิธีการแบ่งอำนาจบริหาร (Deconcentration) มาใช้ ในระบบการรวมอำนาจด้วย เช่นประเทศไทย หลักการแบ่งอำนาจบริหาร หมายถึง การที่ กฎหมายหรือผู้บังคับบัญชามอบอำนาจการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการระดับหนึ่งภายใน กรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้กับเจ้าหน้าที่ ที่ส่วนกลางส่งไปปฏิบัติงานในพื้นที่ ที่ภูมิภาค คือที่จังหวัดและอำเภอต่าง ๆ ให้มีอำนาจตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการในบาง เรื่องได้โดยไม่ต้องส่งเรื่องมาขอให้พิจารณาอนุมัติในส่วนกลาง เพราะหากเรื่องทุกเรื่อง

กาญจนกุล . คำบรรยายกฎหมายปกครอง . พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลง กรณ์มหาวิทยาลัย , 2538) , น. 197

³ บุญรงค์ นิลวงศ์ . การปกครองท้องถิ่นเปรียบเทียบ . (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์ การพิมพ์ , 2522) , น. 5

⁴ ประยูร กาญจนกุล . คำบรรยายกฎหมายปกครอง . พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2538) , น. 124

จะต้องได้รับการพิจารณาอนุมัติโดยส่วนกลางแล้ว การให้บริการสาธารณะต่าง ๆ ก็จะเป็นไปโดยล่าช้า ไม่ทันต่อสภาวการณ์ปัจจุบัน ซึ่งได้มีการพัฒนาไปจนล้ำยุคหรือที่เรียกกันว่า โลกาภิวัตน์ (Globalization) อันเป็นยุคที่การดำเนินทุกเรื่องต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว ฉับไว หลักการแบ่งอำนาจนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของส่วนกลางมีความรวดเร็วขึ้นเท่านั้น เจ้าหน้าที่ในส่วนภูมิภาคไม่มีความเป็นอิสระแต่อย่างใด

อาจกล่าวได้ว่าวิธีการแบ่งอำนาจ (Deconcentration) เป็นมาตรการเสริมที่ทำให้ระบบการรวมอำนาจ (Centralization) ไปโดยรวดเร็ว กระชับ ฉับไว ขึ้นเท่านั้น มิใช่เป็นหลักการจัดระเบียบบริหารราชการแต่อย่างใด โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบการรวมอำนาจนั่นเอง

สำหรับหลักการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization) นั้น เป็นหลักการจัดระเบียบการปกครองรัฐอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐในฐานะผู้รับผิดชอบในภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือประโยชน์สาธารณะ ได้มอบหมายภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางส่วนให้องค์กรนิติบุคคลอื่น ทำหน้าที่ช่วยแบ่งเบาภาระในการจัดทำบริการสาธารณะแทนส่วนกลาง โดยรัฐให้อิสระในการบริหารงานจัดทำตามสมควร การมอบหมายภาระหน้าที่ดังกล่าวกระทำโดยรัฐตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรดังกล่าวขึ้นมา รวมทั้งระบุมอบหมายภาระหน้าที่ไว้ด้วย ในส่วนของการให้อิสระในการจัดทำนั้น ได้แก่การมอบอำนาจตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการให้ โดยรัฐจะไม่ใช้อำนาจกระทำในส่วนนั้นซ้ำซ้อน และเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางไม่มีอำนาจบังคับบัญชาการกระทำขององค์กรที่รับมอบหมายภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้เลย คงมีหน้าที่ให้การสนับสนุนและกำกับดูแลเท่านั้น⁵

ลักษณะของการกระจายอำนาจ นั้น มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ) การกระจายอำนาจทาง เขตแดน (decentralisation territoriales) กับ การกระจายอำนาจทาง บริการ (decentralisation par services) ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ถือเป็นองค์กร

⁵ พรชัย รัศมีแพทย . หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย . พิมพ์ครั้งที่ 4 (นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช , 2541) , น. 41

กระจายอำนาจทางเขตแดน เป็นองค์กรหนึ่งตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินที่ได้รับมอบหมายภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของท้องถิ่นแทนรัฐ เหตุผลที่รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการปกครองท้องถิ่นตามหลักการกระจาย อำนาจมีดังต่อไปนี้

1. การช่วยแบ่งเบาภาระของส่วนกลาง โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้ส่วนกลางมีเวลาในการวินิจฉัย และดำเนินงานในเรื่องที่สำคัญ ๆ ของรัฐ หรือแก้ปัญหาในระดับชาติ เช่น การแก้ไขปัญหา เศรษฐกิจ ของประเทศ ปัญหาแพร่ระบาดของยาเสพติด ปัญหาคนว่างงานการดำเนินนโยบายต่างประเทศเพราะภารกิจของรัฐในสมัยปัจจุบันมีมากมายหลายประการ อันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงสังคมสู่ความเป็นรัฐสวัสดิการ (welfare State)

2. ช่วยแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการจัดทำบริการสาธารณะ

3. ในการวางแผนนโยบายและการออกกฎข้อบังคับต่าง ๆ ในทางปกครองตลอดจนในด้านการจัดทำบริการสาธารณะ ให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ควรให้เป็นอำนาจการตัดสินใจของประชาชนในท้องถิ่นเอง เพราะประชาชนในท้องถิ่นย่อมรู้ตัวดีว่าความต้องการของตนเองคืออะไร ซึ่งความต้องการดังกล่าวนี้รัฐย่อมไม่อาจรู้ได้

การกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าว จำเป็นต้องให้ความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นตามสมควร ทั้งนี้เนื่องจากว่าวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ก็เพื่อแบ่งเบาภาระของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง รัฐมีอาจจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า

1. บริการสาธารณะบางอย่างโดยสภาพแล้ว รัฐจะต้องจัดทำทั่วพื้นที่ของรัฐเพราะประชาชนทั่วประเทศต้องการได้รับประโยชน์จากการที่รัฐจัดทำ (State Affairs) แต่รัฐมีอาจจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐใช้ในการจัดทำนั้น เป็นมาตรการกลาง ๆ ที่ใช้จัดทำเพื่อความเสมอภาคกันของประชาชนผู้ได้รับประโยชน์จากการให้บริการ มาตรการดังกล่าวมิอาจนำไปใช้เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในแต่ละท้องถิ่นได้เหมือนกันหมด มาตรการหนึ่งอาจเหมาะสม

กับท้องถิ่นหนึ่ง แต่อาจใช้ไม่ได้เลยสำหรับอีกท้องถิ่นหนึ่ง เช่น รัฐมีหน้าที่ในการดูแลรักษาอนามัยของประชาชนทั่วประเทศจึงตรากฎหมายสาธารณสุข เพื่อวางมาตรการในการดูแลรักษาอนามัยดังกล่าว มาตรการหนึ่งตามกฎหมายนี้ ก็เช่น การกำหนดว่า กิจการใดเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ จำเป็นต้องมีการควบคุม โดยการประกาศให้เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมในทั่วประเทศ ดังนั้น หากรัฐจะออกประกาศฉบับเดียวระบุให้กิจการใดเป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมโดยมีผลอย่างเดียวกันในทั่วประเทศ อาจไม่สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงของและท้องถิ่นได้ เพราะบางท้องถิ่น กิจการบางอย่าง อาจควรเป็นกิจการที่มีการควบคุมแต่บางท้องถิ่นกิจการอย่างเดียวกันอาจไม่จำเป็นต้องควบคุมก็ได้ ซึ่งเรื่องนี้ศาสตราจารย์แบร์เธเลมี (Berthelemy) ยกตัวอย่างว่า “ ในเรื่องการรักษาอนามัยหรือสาธารณสุข ถ้าฝ่ายปกครองจะออกกฎข้อบังคับเป็นอย่างเดียวกันทั้งในหัวเมืองฝ่ายเหนือและฝ่ายใต้ ในเมืองแห้งแล้งกันดารและในเมืองที่ฝนตกชุกเช่นนี้แล้ว เห็นว่า การสมานรูปของกฎข้อบังคับนั้น แทนที่จะเป็นความจำเป็น จะกลายเป็นเรื่องกีดขวางเสียด้วยซ้ำ ”⁶ ทางแก้ไขที่เหมาะสมคือ การให้ท้องถิ่นแต่ละแห่งมีอิสระที่จะคิดหรือพิจารณาได้ว่า ควรเป็นกิจการที่มีการควบคุมหรือไม่ในท้องถิ่นคน ย่อมเหมาะสมกับท้องถิ่น และส่งผลให้มาตรการบังคับใช้กฎหมายสาธารณสุขของรัฐมีผลเป็นรูปธรรมในการปฏิบัติมากที่สุด

2. บริการสาธารณะบางอย่างโดยสภาพแล้ว เป็นเรื่องประโยชน์เฉพาะท้องถิ่นหนึ่ง ๆ เท่านั้น และสามารถแยกออกได้เป็นเอกเทศจากบริการสาธารณะระดับชาติ เช่น การรักษาความสะอาดพื้นที่ การเก็บขยะมูลฝอย การบำรุงรักษาดนหนทาง ซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่ประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ ได้รับโดยเฉพาะ⁷ อันเรียกว่า กิจการของท้องถิ่น (Local Affairs) กิจการดังกล่าว มิใช่กิจการที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูงหรือมีความซับซ้อนจนเหลือวิสัยที่ท้องถิ่นจะกระทำได้ หากรัฐจะลงมือทำกิจการดังกล่าวเองก็ไม่มีประโยชน์อันใด รัฐควรไปทำกิจการอื่นที่มีปัญหามากกว่า เช่นการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ นโยบายระหว่างประเทศ ปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติด

⁶ ทวี ตะเวทิกุล . กฎหมายปกครอง (คำสอนชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง , 2483) , น. 125 - 126

⁷ วิจารณ์ วังตาล , “ วิเคราะห์กฎหมายการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบสุขภาพิบาล “ , น. 12

เป็นต้น ดังนั้นหากรัฐจะพิจารณาขอให้องค์กรปกครองท้องถิ่นดำเนินการเอง จะเหมาะสมกับตามต้องการที่แท้จริงของประชาชนในท้องถิ่นมากที่สุด

ซึ่งการขอให้ท้องถิ่น ดำเนินการในกิจการทั้งสองประเภทดังกล่าวนี้ หากว่ารัฐไม่ให้อิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการคิดพิจารณาหาทางแก้ไขหรือดำเนินการด้วยตนเองแล้ว การดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็ไม่แตกต่างอะไรกับการที่รัฐจะดำเนินการเอง เพราะรัฐย่อมเข้าไปมีส่วนแทรกแซงความอิสระในการใช้ดุลพินิจของท้องถิ่น และมีผลเหมือนเป็นการดำเนินการโดยราชการบริหารส่วนภูมิภาค ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของส่วนกลาง การกระจายอำนาจย่อมมีอาจเกิดขึ้นได้เลย

อย่างไรก็ตามการให้อิสระดังกล่าว ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐด้วย เพราะถึงแม้ว่าจะมีการมอบหมายภาระหน้าที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการแล้ว แต่รัฐก็ยังคงต้องรับผิดชอบในผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจใช้ความอิสระดังกล่าว ดำเนินการออกไปนอกกรอบของกฎหมายได้ นอกจากนี้ก็เพื่อเหตุผลในเรื่องความเป็นเอกภาพภายในรัฐเองอีกด้วย

กล่าวโดยสรุป องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นจากหลักการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินตามหลักการกระจายอำนาจโดยมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่โดยลักษณะแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดทำ แต่รัฐมีอาจจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากความแตกต่างในลักษณะเฉพาะของแต่ละท้องถิ่นกับทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของคนในท้องถิ่นโดยตรง และโดยที่การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวนี้ จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจในข้อเท็จจริงของท้องถิ่นเป็นสำคัญ รัฐจึงต้องให้ความอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามสมควร เพื่อดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี แต่อย่างไรก็ตามการให้ความเป็นอิสระนั้นเป็นความอิสระภายใต้เงื่อนไขการกำกับดูแลของรัฐ ทั้งนี้เพื่อความเป็นเอกภาพของรัฐ และเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐนั่นเอง

ดังนั้น ภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงเป็นอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบจากรัฐนั่นเอง และเพื่อให้การดำเนินการตามภาระหน้าที่ดังกล่าวสัมฤทธิ์ผล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีความเป็นอิสระและมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ เพื่อให้บริการสาธารณะในความรับผิดชอบบังเกิดผลเป็นรูปธรรม

1. ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว การที่รัฐกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นการที่รัฐกระจายอำนาจทางการบริหารการปกครอง กล่าวคือ เป็นการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะซึ่งปกติแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดทำ เพื่อสนองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำแทน เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของส่วนกลางอันเนื่องมาจากภารกิจของรัฐในสมัยใหม่มีมากมายหลายประการ อันเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงสังคมสู่ความเป็นรัฐสวัสดิการ (Welfare State) นอกจากนี้มาตรการต่าง ๆ ที่รัฐเป็นเครื่องมือจัดทำบริการสาธารณะนั้น อาจมีความเหมาะสมกับพื้นที่หนึ่ง แต่อาจไม่เหมาะสมกับอีกพื้นที่หนึ่ง หากส่วนกลางจัดทำเองแล้วย่อมไม่มีประสิทธิภาพและกิจการที่มอบนั้น โดยสภาพแล้วเป็นเรื่องประโยชน์เฉพาะท้องถิ่นหนึ่ง ๆ สามารถแยกออกได้จากบริการสาธารณะระดับชาติ

ผลของการมอบภาระหน้าที่ดังกล่าว เป็นการมอบให้อย่างเด็ดขาดส่วนกลางไม่มีอำนาจเข้าไปยุ่งในเรื่องนั้นได้อีก เพียงแต่มีอำนาจในการควบคุมว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ได้จัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายไปนั้น เป็นไปโดยชอบด้วยเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ส่วนกลางไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงในเรื่องอื่น ๆ ได้เลยผลแห่งการนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีความอิสระที่จะใช้ดุลพินิจของตนพิจารณาจัดทำบริการสาธารณะในทางใดก็ได้ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของท้องถิ่น ซึ่งรัฐจะต้องยอมรับหลักการดังกล่าวนี้อย่างแท้จริง หลักการดังกล่าวนี้เรียกว่า “ความเป็นอิสระตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น” ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ก็ได้รับรองหลักการดังกล่าว ไว้ใน มาตรา 282 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับ มาตรา 1 รัฐจะต้องให้ความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นตามหลักแห่ง

การปกครอง ตนเอง ตามเจตนารมณ์ ของประชาชนในท้องถิ่น” และความเป็นอิสระดังกล่าวนี้ มาตรา 284 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังได้บัญญัติรับรอง ถึงความอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในเรื่องต่าง ๆ อีกด้วย ดังต่อไปนี้

1.1 ความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายการปกครองการบริหาร

การกำหนดนโยบายการปกครอง การบริหาร ถือเป็นภาระกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การที่รัฐมอบภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมในท้องถิ่น ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำ โดยจัดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างหากไปจากองค์กรปกครองส่วนกลาง นั้น เป็นการแสดงว่ารัฐได้มอบความเป็นอิสระในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปโดยความเรียบร้อยบรรลุดุวัตถุประสงค์ในการมอบหมาย ดังนั้นในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นนิติบุคคลจะมีนโยบายการปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีอิสระในการกำหนดนโยบายเหล่านั้น โดยส่วนกลางมีอาจเข้าไปแทรกแซงได้ หากไม่ปรากฏว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีนโยบายการบริหารการปกครองที่ผิดกฎหมาย

1.2 ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล

การบริหารงานบุคคล (Personel Administration) หมายถึง การดำเนินการเกี่ยวกับบุคคลในองค์กรหรือหน่วยงาน นับแต่การสรรหาบุคคลมาปฏิบัติงาน การบรรจุแต่งตั้ง การพัฒนา การประเมินผล การปฏิบัติงานไปจนถึงการให้บุคคลพ้นไปจากงาน⁸

การบริหารงานบุคคลของตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเครื่องชี้วัดถึงความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นการมีอำนาจบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หมายถึงการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมี

⁸ กองวิชาการ สำนักงาน ก.พ. , ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล . พิมพ์ครั้งที่ 8 , น. 1

อำนาจปกครองและบังคับบัญชาพนักงานของตน กล่าวคือ มีอำนาจกำหนดตำแหน่ง สรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งต่าง ๆ มีอำนาจจัดการเกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขต่าง ๆ ในการทำงาน ตลอดจนการให้คุณให้โทษพนักงานและการใช้สิทธิประโยชน์เมื่อพ้นจากงานถ้าหากองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นมีอำนาจบริหารงานบุคคลที่เป็นพนักงานของตนเองได้อย่างแท้จริงและมีวิธีการบริหารงานบุคคลที่ดี พนักงานย่อมปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มกำลังความสามารถ บริการสาธารณะอันเป็นกิจการที่ท้องถิ่นจัดการก็จะดำเนินไปอย่างมีอิสระและมีประสิทธิภาพ ในทางกลับกัน หากองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ไม่มีอำนาจบริหารงานบุคคลที่เป็นพนักงานของตนหรือมีไม่เพียงพอ พนักงานก็จะขาดความรับผิดชอบบริการสาธารณะอาจไม่ได้รับการจัดทำ หรือจัดทำอย่างไม่มีคุณภาพ เช่นการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องอาศัยพนักงานของรัฐในส่วนกลางมาช่วยปฏิบัติงาน หรืออำนาจบังคับบัญชาพนักงานเป็นอำนาจของส่วนกลางหรือองค์กรอื่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมขาดอิสระในการปฏิบัติงานในส่วนหนึ่งเพราะไม่อาจบังคับบัญชาพนักงานดังกล่าวได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจบริหารงานบุคคลพนักงานของตนได้เพียงใด ย่อมแสดงถึงควมมีอิสระในการปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงนั้น⁹

1.3 ความเป็นอิสระทางการเงินและการคลัง

ในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจำเป็นต้องมีเงินใช้จ่ายดำเนินการ ซึ่งเงินดังกล่าวนี้ หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจจัดหา จัดเก็บเอง โดยจำเป็นต้องรรับการจัดสรรจากส่วนกลางแล้ว ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ตามหลักที่ว่า ใครเป็นเจ้าของเงิน คนนั้นก็กำหนดเงื่อนไขการใช้เงินได้¹⁰ เพราะในเมื่อส่วนกลางจัดสรรเงินมาให้แล้ว

⁹ จรูญ ศรีสุกใส, “แนวทางการสร้างความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่น,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), น. 9

¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รัฐธรรมนูญน่ารู้ รวมสาระ – คำบรรยายหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญจากสถานีวิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย, กรุงเทพฯ ๑ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), น. 193

ก็ย่อมต้องใช้อำนาจแทรกแซงการใช้จ่ายเงินดังกล่าว การจัดทำบริการสาธารณะย่อมไม่
อาจเป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของประชาชน

ความเป็นอิสระทางการเงินและการคลัง จึงหมายถึงองค์กร
ปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีการคลังเป็นของตนเองแยกต่างหากจากส่วนกลาง กล่าวคือ มี
งบประมาณหรือมีรายได้เป็นของตนเองและต้องมีอำนาจในการใช้จ่ายงบประมาณได้
อย่างอิสระพอสมควร การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีงบประมาณหรือรายได้
เป็นของตนเองได้นั้น จำเป็นที่รัฐต้องมอบอำนาจในการจัดเก็บภาษีให้องค์กรปกครอง
ส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจด้วยตนเองที่จะเก็บภาษี จากรายกร
เพราะอำนาจจัดเก็บภาษีจากรายกรเป็นอำนาจที่เกิดจากกฎหมายที่กระทำโดยรัฐสภา
หรือได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา¹¹ รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดประเภทของภาษีที่
พึงจัดเก็บและมอบอำนาจในการจัดเก็บในแต่ละท้องถิ่นอย่างเพียงพอเพื่อการจัดทำ
บริการสาธารณะ และหากรายได้จากภาษียังไม่เพียงพอต่อการจัดทำบริการสาธารณะ
แล้ว รัฐจะต้องให้เงินอุดหนุนแก่องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นเป็นการเพิ่มเติมและการให้
เงินอุดหนุนนี้รัฐจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไขในการใช้จ่าย จนทำให้องค์กรปกครองส่วน
ท้องถิ่นขาดความมีอิสระที่จะใช้จ่ายเงินอุดหนุนนั้นเพื่อประโยชน์ของท้องถิ่น ได้อย่าง
แท้จริง

2. อำนาจกระทำการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกรณีต่าง ๆ

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการแบ่งเบาภาระหน้าที่ในการจัดทำ
บริการสาธารณะของส่วนกลางโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายจึงต้องกำหนด
ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสถานะเป็นนิติบุคคลอำนาจกระทำการในเรื่องต่าง ๆ
ไว้ เพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นฝ่ายปกครองการกระทำในเรื่องต่าง ๆ
อาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการที่ว่า “การกระทำทาง

¹¹ วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์, “การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร.” (
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2532), น. 155

ปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principle of the legality of Administrative Action)
อำนาจกระทำการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหลายประเภท ตามที่กฎหมายระบุ
ให้อำนาจและกำหนดวิธีการไว้ ทั้งนี้อาจจำแนกออกได้เป็น 4 ลักษณะ ดังนี้¹²

2.1 การออกกฎข้อบังคับทั่วไป

กฎข้อบังคับทั่วไปหรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไปนั้น
หมายถึงนิติกรรมทางปกครองที่บังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลที่ได้นิยามไว้เป็นประเภท
โดยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริง
ประเภทใดประเภทหนึ่งตามกฎหมายที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น โดยนัยนี้ “ กฎ ” จึงมี
ลักษณะที่สำคัญ 2 ประการประกอบกัน นั่นคือ¹³

ประการแรก ผู้รับคำสั่งจะต้องถูกนิยามไว้เป็นประเภท (Category) เสมอ
โดยไม่เจาะจงตัวบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือ กลุ่มหนึ่งกลุ่มใด ดังนั้น บุคคลผู้รับคำสั่งจึง
ไม่อาจนับจำนวนได้ ในการนิยามบุคคลผู้รับคำสั่งไว้เป็นประเภทดังกล่าวนี้ อาจทำโดย
อาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไปไม่ว่าจะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์โดยอาศัย เพศ
อายุ ภูมิลำเนา สัญชาติ อาชีพ รายได้ หรือตำแหน่งหน้าที่ของรัฐ ฯลฯ อย่างเช่น การ
กำหนดให้บุคคลผู้มีเพศชายซึ่งมีอายุครบ 20 ปี บริบูรณ์จะต้องเข้ารับการตรวจเลือกเพื่อ
รับราชการทหาร อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าหากองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกนิติ
กรรมทางปกครองเพื่อบังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยามไว้เป็นประเภทแล้ว กรณี
ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าบุคคลที่ต้องถูกบังคับหรือได้รับอนุญาตในประเภทนั้นจะมีกี่คน
เพราะบางกรณีบุคคลประเภทนั้นในเวลาใดเวลาหนึ่งอาจมีได้คนเดียว อย่างเช่น นายกรัฐ
มนตรี ประธานศาลฎีกา หรือประธานสภา เป็นต้น

¹² พรชัย รัศมีแพทย์ , “ การปกครองตนเองของนครหลวง ศึกษากรณีนิติ
สัมพันธ์ระหว่างกรุงเทพมหานครกับองค์การปกครองส่วนกลาง ,” (วิทยานิพนธ์นิติสา
สตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2531) , น. 49 - 50

¹³ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ , “ กฎหมายปกครองชั้นสูง 2 ,” คำบรรยายการศึกษาชั้น
ปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2537 , น. 36 (อัฒสำเนา)

ประการที่สอง การกระทำที่บังคับ หรือ อนุญาตให้ผู้รับคำสั่งกระทำการ หรือ งดเว้นกระทำการ จะต้องมิลักษณะที่เป็น “นามธรรม” (Abstract) ¹⁴ กล่าวคือ ไม่ได้บังคับหรือ อนุญาตให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง แต่ต้องเป็นการบังคับ หรืออนุญาตให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการนั้น ๆ ทุกครั้งที่มิใช่ข้อเท็จจริงที่กำหนดไว้เกิดขึ้น อย่างเช่น มหาวิทยาลัยมีคำสั่งให้นักศึกษาต้องแต่งกายด้วยชุดนักศึกษาเท่านั้นในวันที่มีการสอบ ดังนี้ จะเห็นได้ว่าการกระทำที่ทางมหาวิทยาลัยบังคับให้นักศึกษาทำนั้น มีลักษณะเป็น “นามธรรม” เพราะได้บังคับให้กระทำการนั้น ๆ ทุกครั้งเมื่อเกิดข้อเท็จจริงประเภทที่ได้กำหนด อย่างไรก็ตามหากมหาวิทยาลัยมีคำสั่งให้นักศึกษาต้องแต่งกายด้วยชุดนักศึกษาในวันที่ 20 พฤษภาคม 2543 กรณีก็จะเห็นได้ว่าการกระทำที่ทางมหาวิทยาลัยบังคับให้นักศึกษากระทำนั้น มีลักษณะที่เป็น “รูปธรรม” ซึ่งข้อสังเกตในการแบ่งแยกว่า อย่างไรคือการกระทำที่เป็นนามธรรมและอย่างไรเป็นการกระทำที่เป็นรูปธรรม ก็สามารถพิจารณาได้จากว่า “การบังคับหรืออนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการนั้น บุคคลที่ถูกบังคับหรืออนุญาตในกรณีดังกล่าว ยังจะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในครั้งต่อ ๆ ไปหรือไม่ หากว่าบุคคลนั้นยังจะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในทุก ๆ ครั้งที่มีข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น การกระทำนั้น ๆ ก็คือ การกระทำที่เป็นนามธรรม แต่หากว่าบุคคลที่ถูกบังคับหรืออนุญาตในกรณีเช่นว่านี้ ไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ที่จะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการนั้นอีกต่อไป การกระทำนั้น ๆ ก็คือ การกระทำที่เป็นรูปธรรม

ปัจจุบันนี้ ในประเทศไทย “ กฎ ” หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ก็ได้ถูกรับรองเป็นนิยามตามมาตรา 5 ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3 ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วว่า “ กฎ ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่

¹⁴ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “ องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน .” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3 ปีที่ 17 (กันยายน 2530), น. 43

¹⁵ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, “ กฎหมายปกครองชั้นสูง 2 ,” น. 37

มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือ บุคคลใดเป็นการ เฉพาะ

การออกกฎข้อบังคับเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น ในอันที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่น ๆ ทั่วไป ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรืออนุญาตให้กระทำได้ ทั้งนี้เป็นการแสดง ออกซึ่งเจตนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ได้รับความ ยินยอมจากบุคคลอื่น เช่น การตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร การตราเทศบัญญัติ การ ตราข้อบัญญัติจังหวัด เป็นต้น¹⁶

อำนาจในการออกกฎหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจัด ทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ที่ตนได้รับมอบหมายมาสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี แต่ ขอบเขตอำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้มี ขอบเขตอำนาจกว้างขวางเป็นการทั่วไป เหมือนอย่างเช่นการตรากฎหมายรัฐสภา หาก แต่ว่ามีขอบเขตอำนาจเท่าที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติระบุให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่ง ปกติแล้วกฎหมายจะให้อำนาจในการออกข้อบัญญัติไว้ในเรื่องดังต่อไปนี้

2.1.1 เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่น

คือเป็นกรณีที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท ซึ่ง โดยปกติเมื่อมีบทบัญญัติให้จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วก็จะระบุอำนาจ หน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ด้วยว่ามีอยู่อย่างไร มากน้อยเพียงใด เช่น กรุงเทพมหานคร นั้นมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายให้อำนาจไว้ ตาม มาตรา 89 แห่งพระ ราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ถึง 27 ประเภท ในขณะที่ ท้องถิ่นการบริหารส่วนตำบล นั้น พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล

¹⁶ เพ็ญศรี เพ็ญสาธิตแสง , “อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์การ เทศบาล,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรม ศาสตร์ , 2534) , น.

พ.ศ. 2537 มาตรา 67 บัญญัติให้มีอำนาจหน้าที่ เพียง 8 ประเภท และอำนาจหน้าที่ตาม
 มาตรา 68 ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องจัดการบริหารส่วนตำบลจะทำหรือไม่ก็ได้ อีก 11 ประเภท

อำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครอง
 ส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายมอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดทำ เพราะ
 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีฐานะเป็นองค์กรทางปกครองในระดับรองจากองค์กรปก
 ครองส่วนกลาง มิใช่ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรง จึงมิใช้องค์กรผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ได้ด้วย
 ตนเอง หากแต่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้¹⁷ เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของอำนาจ
 หน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำนั้น เห็นได้ว่าเป็นกิจการที่
 เกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิตของคนในท้องถิ่น หรือเพื่อประโยชน์ของท้องถิ่น โดยเฉพาะ
 และเป็นกิจการที่ไม่ต้องใช้เงินลงทุนมหาศาลเกินความสามารถขององค์กรปกครองส่วน
 ท้องถิ่นแต่อย่างใด เช่น การรักษาความสะอาด การกำจัดขยะมูลฝอย การให้มีน้ำสะอาด
 ตลาด โรงฆ่าสัตว์ สุสาน ฌาปนสถาน เป็นต้น¹⁸ ในทางวิชาการเรียกว่า “ภารกิจของท้อง
 ถิ่น” (Local Affairs)¹⁹

2.1.2 กรณีกฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกข้อ บัญญัติท้องถิ่นในเรื่องปฏิบัติการทั่วไป

คือเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้เลยว่าการกระทำในเรื่องใดขององค์กร
 ปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องตราเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่นหรือ อาจตราเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่น
 โดยลักษณะของการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในข้อนี้มักเป็นเรื่องที่ว่าองค์กรปกครองส่วน

¹⁷ ธนุชัย หุ่นนิวัฒน์ , “ อำนาจในการตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ,” (วิทยา
 นิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2536) , น.
 31

¹⁸ มนตรี ชนกล้าชัย , “ มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย
 ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,
 2540) , น.7

¹⁹ ชาญชัย แสงวงศ์ . วิสัยทัศน์ การเมือง การปกครอง และกฎหมาย . (
 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2539) , น. 1 - 3

ท้องถิ่นจะทำการในเรื่องใด ที่มีใช่เป็นเรื่องปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่กฎหมาย มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติหน้าที่ในเรื่อง “ภารกิจของท้องถิ่น” หากแต่เป็นเรื่องที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ปฏิบัติการในเรื่องทั่ว ๆ ไป เช่น การจัดทำงบประมาณ การพาณิชย์ การจัดเก็บภาษีอากร ค่าธรรมเนียมบางประเภท เฉพาะกรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา อาจมีในเรื่องการคลัง การงบประมาณ การเงิน การทรัพย์สิน การจัดหาผลประโยชน์จากทรัพย์สิน การจ้างและการพัสดุ และเรื่องเงินกู้ เป็นต้น การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในกรณีนี้ โดยมากจะกำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.1.3 กรณีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ในกิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยแท้

กิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยแท้ (State Affairs) นั้น หมายถึง บริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐอันมีลักษณะที่รัฐจะต้องจัดทำเอง เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวมอันมีผลโดยตรงต่อการดำรงอยู่ของรัฐ ต่อบูรณภาพแห่งดินแดน หรือต่อสภาพทางเศรษฐกิจ สังคม โดยรวมของประเทศ²⁰ หรือเมื่อพิจารณาจากสภาพของบริการสาธารณะนั้นแล้ว เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้ทำ หรือเป็นสิ่งจำเป็นและมีความสำคัญถึงความเป็นอยู่ของประชาชนทั้งประเทศอย่างทั่วถึง²¹ อาจแบ่งเป็นประเภทได้ดังนี้

ก. ภารกิจทางปกครอง ได้แก่การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การอำนวยความสะดวก เป็นต้น กิจการดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์การปกครองส่วนกลางโดยเป็นกิจการที่ไม่สามารถมอบอำนาจให้องค์กรกระจายอำนาจอื่น ๆ ดำเนินการแทนได้ เพราะเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่ออธิปไตยและความมั่นคงของชาติ ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐจะต้องดำเนินการเองเท่านั้น

ข. ภารกิจทางเศรษฐกิจ หรือบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและ

²⁰ ธนุชัย หุ่นนิวัฒน์ , “เรื่องเดียวกัน ,“ น. 30

²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ . บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส . (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2541) , น. 28

พาณิชย์กรรม เช่น การขนส่ง การเดินรถไฟ การไปรษณีย์โทรเลข การไฟฟ้า การประปา
 ค. การกิจการทางสังคม เช่น การให้บริการการศึกษา การรักษาพยาบาล
 การสาธารณสุข การกีฬา การส่งเสริมด้านวัฒนธรรม

ภารกิจที่เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ โดยแท้ (State Affairs) นี้ บางกิจการรัฐ อาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นให้เป็นเจ้าหน้าที่ดำเนินการกิจการนั้น ๆ เฉพาะในเขต ท้องถิ่นใด ๆ ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับแต่งตั้งจะมีฐานะคล้ายเป็นผู้บังคับบัญชาของส่วนกลาง โดยส่วนกลางจะมีอำนาจควบคุมดุลพินิจในการกระทำเฉพาะใน เรื่องดังกล่าวนี้ เหมือนกับเป็นผู้บังคับบัญชาเลขที่เดียว และในบางกรณีภารกิจที่เป็น อำนาจหน้าที่ของรัฐโดยแท้รัฐอาจมอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกข้อบัญญัติ ท้องถิ่น เฉพาะในเรื่องใด ๆ หรือกรณีใด ๆ ก็ได้ ตัวอย่างเช่น การออกข้อบัญญัติท้องถิ่น เพื่อกำหนดประเภทของสถานที่จำหน่ายอาหารหรือสถานที่สะสมอาหารตามประเภท ของอาหารหรือตามลักษณะของสถานที่ประกอบกิจการหรือตามวิธีการจำหน่าย กำหนด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดตั้ง ใช้ และดูแลรักษาสถานที่และสุขลักษณะของบริเวณที่ จำหน่ายอาหาร ที่จัดไว้สำหรับบริโภคอาหาร ที่ใช้ทำ ประกอบหรือปรุงอาหาร หรือที่ใช้ สะสมอาหาร กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญ และป้องกันโรค ดัดต่อ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการควบคุมหรือกำกับดูแลสถานที่จำหน่ายอาหารและ สถานที่สะสมอาหารที่ได้รับใบอนุญาตหรือได้รับหนังสือรับรองการแจ้ง ตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 กรณีดังกล่าวนี้ เป็นภารกิจของรัฐโดยแท้ (State Affairs) แต่รัฐมอบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกข้อบัญญัติท้องถิ่นได้ใน กรณีเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว เฉพาะในท้องถิ่นหนึ่ง ๆ มีความเหมาะสมตาม สภาพความเป็นจริงของท้องถิ่นนั่นเอง

2.2 อำนาจในการออกคำสั่ง คำวินิจฉัย

อำนาจในการออกคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผล เป็นการเฉพาะ เป็นเรื่องของการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ในการ ตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่ง แล้วแสดงออกมาภายนอกการแสดงออกดังกล่าวมีผลเป็นการ กำหนดสภาพทางกฎหมายแก่บุคคลใด ๆ การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นแสดงเจตนาฝ่ายเดียว

โดยไม่จำเป็นต้องให้เอกชนยินยอมด้วย²² เช่นเดียวกับการออกกฎข้อบังคับทั่วไป เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจมหาชนตามที่กฎหมายให้ไว้²³ ซึ่งโดยปกติอำนาจดังกล่าว จะไม่มีปรากฏในกรณีระหว่างเอกชนกันเอง เพราะความสัมพันธ์ในระหว่างเอกชนด้วยกันเองนั้น เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายแพ่ง เอกชนแต่ละคนจะมีฐานะเท่าเทียมกัน ไม่มีฝ่ายใดมีอำนาจบังคับเหนือฝ่ายใด แต่ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ในแง่ของการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน ฝ่ายปกครองจะมีฐานะเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

การใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ เฉพาะภายในกรอบอำนาจที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น ทั้งนี้ก็เป็นไปตามหลักที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง เพราะการใช้อำนาจดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง

อำนาจดังกล่าวนี้ ในทางวิชาการเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั่นเอง สำหรับประเทศไทย ปัจจุบันพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำสั่ง คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองนี้ไว้ในคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” โดยในมาตรา 5 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ”

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , “ สัญญาทางปกครอง .” วารสารกฎหมายปกครอง . 5 (2529) , น. 73

²³ เพ็ญศรี เพ็ญสาตแสง , “ เรื่องเดียวกัน ,” น. 52

สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ถือเป็นฝ่ายปกครองกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่ง คำวินิจฉัย ไว้ในหลายเรื่อง เช่น การสั่งเปรียบเทียบปรับผู้กระทำความผิดข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานคร เป็นต้น²⁴

2.3 การทำสัญญา

ในบางกรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจตกลงเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนก็ได้ การทำสัญญาดังกล่าวอาจทำได้มีอยู่ 2 ลักษณะคือ

2.3.1 สัญญาทางปกครอง (Contrat administratif) ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบให้เอกชน จัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intéret public) บางประเภท โดย ในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจเข้าดำเนินการด้วยตนเองผ่านองค์กรต่าง ๆ ของตนตามระบบการจัดระเบียบการปกครอง เช่นนอกจากส่วนกลางอาจดำเนินการเองหรือแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาครับไปดำเนินการแล้วหรือกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับไปดำเนินการแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถมอบให้เอกชนรับไปดำเนินการแทนก็ได้ภายใต้การควบคุมดูแลหรือการกำกับดูแล²⁵ก็ได้ วิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะก็โดยใช้สัญญาทางปกครองซึ่งต่างจากการมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการเพราะกรณีนั้น จะต้องใช้วิธีมอบโดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น การที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้จะต้องปรากฏว่า มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และสัญญานั้นต้องมีวัตถุประสงค์โดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะหรือมีข้อสัญญาที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองเป็นพิเศษเหนือคู่สัญญาเอกชน เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ²⁶

²⁴ “ เรื่องเดียวกัน “

²⁵ พนม เตียมประยูร , “ การมอบอำนาจในฝ่ายปกครอง , ” วารสารนิติศาสตร์ 18 (กันยายน 2531) , น. 15 - 24

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี , (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2538) , น. 312

ผลทางกฎหมายของการเป็นสัญญาทางปกครอง คือ ประการแรกต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับกับสัญญาและขึ้นศาลปกครอง ประการที่สองฝ่ายปกครองมีสิทธิและภาระหน้าที่มากกว่าเอกชน เพราะสัญญาทางปกครองขึ้นอยู่กับหลักความเหนือกว่าของฝ่ายปกครองก็มีสิทธิเหนือกว่าเอกชน เช่น สามารถแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทน ถ้าความต้องการของประชาชนอันเป็นประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไปแล้วข้างต้น และในบางกรณีฝ่ายปกครองก็มีภาระหน้าที่มากกว่าคู่สัญญาในทางแพ่ง เช่น ต้องร่วมใช้ค่าทดแทนให้คู่สัญญาเอกชนที่ขาดทุนอย่างหนักเพราะอาจเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้และไม่ใช้ความผิดของใคร ทั้งนี้เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินไปอย่างต่อเนื่องนั่นเอง ประการที่สามในสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองไม่ได้มีเสรีภาพเต็มที่ เพราะการกระทำหลายอย่าง ฝ่ายปกครองทำไม่ได้เพราะกฎหมายมหาชนห้ามไว้ เช่น การเลือกคู่สัญญาจะเลือกตามใจไม่ได้โดยหลักต้องใช้การประมูลตามหลักความเสมอภาค

2.3.2 สัญญาตามกฎหมายแพ่ง อันเป็นกรณีที่ต้องครปกครองส่วนท้องถิ่นตกลงเข้าทำสัญญากับบุคคลใด ๆ ในลักษณะของสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ทำนองเดียวกับเอกชนทำสัญญากับเอกชน นั่นเอง ในกรณีดังกล่าวองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะไม่มีฐานะเหนือคู่สัญญาแต่อย่างใด เพราะนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามกฎหมายแพ่งหากมีการฟ้องร้องคดี กันก็ต้องยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรม

2.4 ปฏิบัติการต่าง ๆ

การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือว่าเป็นฝ่ายปกครอง อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่คือ การกระทำปกครอง กับปฏิบัติการทางปกครอง การกระทำปกครอง เป็นการแสดงเจตนาออกมาภายนอกแล้วเกิดผลทางกฎหมาย เช่น การออกกฎ การออกคำสั่ง วินิจฉัย ส่วนปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำทั่ว ๆ ไป ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอันเป็นการแสดงออกทางกายภาพทั่ว ๆ ไป อันไม่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่ว ๆ ไป ส่วนใหญ่จะเป็นการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ปกติ เช่น การเก็บขยะมูลฝอย การซ่อมถนนหนทาง การซ่อมรถยนต์ การพ่นยากำจัดยุง ในสถานที่ชุมชน เป็นต้น

สรุป อำนาจกระทำการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น จำแนกได้เป็น 4 ประเภท คือการออกกฎข้อบังคับทั่วไป การออกคำสั่ง คำวินิจฉัย การทำสัญญา และปฏิบัติการทั่วไป อำนาจ 2 ประเภทแรก เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน การดำเนินการ จึงต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และกำหนดขอบเขตไว้ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายอำนาจในกรณีดังกล่าว เป็นอำนาจมหาชน ทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า เอกชนทั่วไป จึงสามารถกระทำได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน ส่วนในการทำสัญญาเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์กับลักษณะคู่สัญญาตามกฎหมาย จึงต้องมีการตกลงกันและเข้าทำสัญญาโดยความสมัครใจของคู่สัญญา ส่วนปฏิบัติการต่าง ๆ เป็นเรื่องการปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ ไป ซึ่งโดยมากมักจะ ไม่ค่อยกระทบถึงบุคคลอื่น ๆ แต่อย่างใด

3. ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรปกครองส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์การตามวิธีการจัดระเบียบบริหารราชการมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีอำนาจหน้าที่ ที่ได้รับมอบจากส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในท้องถิ่นอำนาจหน้าที่ดังกล่าวมิใช่เป็นอำนาจหน้าที่ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ หากแต่กฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่จัดทำ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการที่ว่า “ การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งนั่นเอง ผลจากการมอบภาระหน้าที่ดังกล่าวของส่วนกลางต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทำให้องค์กรปกครองส่วนกลางมีความผูกพันที่จะต้องตรวจสอบการปฏิบัติภาระหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าว ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้ทำหน้าที่โดยถูกต้องตามเงื่อนไขการมอบหมายภาระหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้เหตุผลเนื่องจากการมอบหมายภาระหน้าที่ดังกล่าว ไม่ทำให้ความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนกลางหมดไป หากแต่ยังต้องรับผิดชอบในผลประโยชน์ของส่วนรวมอยู่ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรปกครองส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จำแนกได้ดังนี้

3.1 ความสัมพันธ์ในลักษณะของการกำกับดูแล

ตามหลักการกระจายอำนาจ(Decentralization) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการตัดสินใจจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเอง แต่ก็ยังถูกกำกับดูแลโดยส่วนกลางอยู่ ดังนั้นเพื่อเป็นหลักประกันหรือเพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ อำนาจกำกับดูแลของส่วนกลางจะมีอยู่ไม่น้อยเพียงใดต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจกำกับดูแลนี้ต้องก่อตั้งโดยกฎหมาย²⁷ กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจกำกับดูแลนี้หมายถึง กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง

การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์กรปกครองส่วนกลาง มีใน 2 กรณี คือ อำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำ และอำนาจกำกับดูแลเหนือบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

3.1.1 อำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมี 4 ประการ หลัก ๆ คือ การออกกฎข้อบังคับทั่วไป การออกคำสั่งคำวินิจฉัย การทำสัญญา และปฏิบัติการต่าง ๆ การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหากเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกำกับดูแลในการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็เช่นกัน ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง เช่นกัน หลักการดังกล่าวนี้ มีความสำคัญมาก เพราะได้แสดงถึงความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของอำนาจกำกับดูแลทางปกครองเลขที่เดียว ในทฤษฎีคลาสสิกได้พูดถึงหลักการนี้ว่า "... ไม่มีการกำกับดูแล ถ้าปราศจากกฎหมายแม่บท และไม่มี การกำกับดูแลที่เกินเลยไปจากกฎหมายแม่บท..."²⁸ " การกำกับดูแลคือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายหมายถึง การควบคุมให้บรรดาการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

²⁷ เพ็ญศรี เพ็ญสาธิตแสง , " อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์การเทศบาล , " น. 34

²⁸ Jean RIVERO, Droit Administratif (Paris : Dalloz , 1977) , p. 312

ได้กระทำภายในขอบเขตและตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด องค์กรกำกับดูแลไม่อาจเพิกถอนแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลพินิจตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดได้ คงทำได้เพียงคอยตรวจสอบให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำการภายในขอบเขตของกฎหมาย²⁹ อำนาจกำกับดูแล การกระทำ สามารถจำแนกรูปแบบได้ ดังต่อไปนี้³⁰

3.1.1.1 การให้ความเห็นชอบ (le pouvoir d' approbation)

และการอนุญาตหรืออนุมัติ (le pouvoir d' autorisation)

หลักการให้ความเห็นชอบเบื้องต้นและการอนุญาตหรืออนุมัติ เป็นมาตรการกำกับดูแล ที่มีธรรมชาติในทางกฎหมายที่เหมือนกัน กล่าวคือมีลักษณะที่เรียกว่าเงื่อนไขที่ทำให้นิติกรรมของท้องถิ่นมีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับ แต่ก็มีความแตกต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่ยังไม่ถึงขั้นกลาง ไม่อนุญาตหรืออนุมัติ สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเคยตัดสินว่า คำสั่งหรือนิติกรรมที่ไม่ได้รับอนุญาตหรืออนุมัตินั้นถือว่าไม่มีอยู่หรือไม่เกิดขึ้นเลย (d' inexistence) แต่ถ้าเป็นกรณีที่ยังไม่ถึงขั้นให้ ความเห็นชอบหรือไม่ให้การรับรองแล้ว นิติกรรมดังกล่าว ถือว่าเกิดขึ้นแล้วแต่ไม่มีผลใช้บังคับ (n' est pas devenu definitif) ซึ่งจะต้องมีการฟ้องศาล เพื่อขอให้ยกเลิกนิติกรรมดังกล่าวต่อไป³¹

ในประเทศฝรั่งเศส การให้ความเห็นชอบอาจเป็นกรณีให้ความเห็นชอบโดยปริยายก็ได้ ซึ่งหลักการนี้ แต่เดิมมีแนวปฏิบัติว่าการนิ่งถือเป็นการปฏิเสธและเป็นที่ยอมรับกันกว้างขวาง จนกระทั่งได้มีกฎหมาย ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 1926 บัญญัติมีใจความว่า ถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอ ได้รับคำสั่งที่ยังไม่ถึงขั้นให้ ความเห็นชอบแล้ว ถ้าไม่มีการแสดงออกว่าได้ให้ความเห็นชอบแล้วหรือไม่ให้ ความเห็นชอบในเวลาสี่สิบวันนับแต่ได้เสนอขอความเห็นชอบ ก็ถือว่าการขอความเห็นชอบนั้นได้รับความเห็นชอบโดยปริยายแล้ว กำหนดเวลาดังกล่าวนี้จะขยายออกไปอีก

²⁹ เพ็ญศรี เพ็ญสาธิตแสง , “ เรื่องเดียวกัน ,“ น. 37

³⁰ “ เรื่องเดียวกัน ,“ น. 53

³¹ “ เรื่องเดียวกัน ,“ น. 54

หากเป็นกรณีการให้ความเห็นชอบ นั้น เป็นไปเพื่อออกกฎหมายลำดับรอง อันเป็นหลักการใหม่ที่เกิดขึ้นซึ่งแตกต่างไปจากเดิมซึ่งไม่ยอมรับหลักการให้ความเห็นชอบโดยปริยาย แต่สำหรับอำนาจในการอนุญาตหรืออนุมัตินั้น จะต้องกระทำโดยชัดเจนเท่านั้น³²

สำหรับกฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ได้นำหลักการขอความเห็นชอบและการอนุมัติหรืออนุญาตมาใช้ในหลายกรณี เช่น

การให้ความเห็นชอบกฎข้อบังคับทั่วไป

การออกข้อบัญญัติท้องถิ่น กฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดให้การออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ต้องได้รับการเห็นชอบก่อนประกาศใช้บังคับได้แก่ การตราเทศบัญญัติของเทศบาล จะต้องส่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณา หากเห็นชอบจึงลงชื่ออนุมัติ หรือหากกรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้อนุมัติทั้งนี้ ตาม มาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 การออกข้อบังคับตำบลขององค์การบริหารส่วนตำบล เมื่อสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและนายอำเภอให้ความเห็นชอบร่างข้อบังคับตำบลแล้วให้ประธานกรรมการบริหารลงชื่อ และประกาศเป็นข้อบังคับตำบลต่อไป ทั้งนี้ตามมาตรา 71 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 การออกข้อบัญญัติขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ข้อบัญญัติจะใช้บังคับได้ เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดอนุมัติ และประกาศไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการขององค์การบริหารส่วนจังหวัดแล้ว 15 วัน เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉินถ้ามีข้อความระบุว่าให้ใช้บังคับได้ทันที ให้ใช้ข้อบังคับในวันที่ประกาศ ทั้งนี้ตามมาตรา 53 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 และการออกข้อบัญญัติเมืองพัทยา ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่สภาเมืองพัทยา มีมติเห็นชอบด้วยร่างข้อบัญญัติใดให้ประธานสภาเมืองพัทยาส่งร่างข้อบัญญัตินั้นให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณา ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องพิจารณาร่างข้อบัญญัติดังกล่าวให้แล้วเสร็จ และส่งคืนประธานสภาเมืองพัทยา ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างข้อบัญญัตินั้น ถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดไม่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ถือว่าผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นชอบด้วยกับร่างข้อบัญญัติดังกล่าว ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นชอบด้วยกับร่างข้อบัญญัติ

³² “เรื่องเดียวกัน,” น. 55

ตามวรรคหนึ่ง ให้ส่งให้นายกเมืองพัทยา ลงนามใช้เป็นข้อบังคับต่อไป ทั้งนี้ ตามมาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

การให้ความเห็นชอบในคำสั่งคำวินิจฉัย

ตัวอย่างเช่น การอนุมัติคณะเทศมนตรี หรือนายกเทศมนตรีมอบอำนาจให้พนักงานเทศบาลตั้งแต่ ตำแหน่ง หัวหน้าแผนกขึ้นไปทำการแทน ตามมาตรา 39 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งบัญญัติว่า “ การสั่ง การอนุญาต การให้อนุมัติ หรือการปฏิบัติกิจการที่คณะเทศมนตรีหรือนายกเทศมนตรี จะพึงปฏิบัติ หรือดำเนินการตามกฎหมายใด ถ้ากฎหมายนั้นมีได้บัญญัติในเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น คณะเทศมนตรีหรือนายกเทศมนตรีอาจมอบอำนาจโดยทำเป็นหนังสือ... ฯลฯ และในกรณีได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่ากระทรวงมหาดไทย จะมอบอำนาจให้พนักงานเทศบาลตั้งแต่หัวหน้าแผนกขึ้นไปทำการแทนก็ได้ “

การให้ความเห็นชอบในการทำสัญญา

ตัวอย่างเช่น การให้ความเห็นชอบโดยผู้ว่าราชการจังหวัดกรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัด จะมอบให้เอกชนกระทำการกิจการ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติ องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัด อาจมอบให้เอกชนกระทำการ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด และเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบริการหรือค่าตอบแทน ที่เกี่ยวข้องแทนองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและผู้ว่าราชการจังหวัดเสียก่อน

การให้ความเห็นชอบในปฏิบัติการทั่วไป

ตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้ขยายเวลาประชุมสามัญของการประชุมสภาเทศบาล ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งบัญญัติว่า “ในปีหนึ่งให้มีสมัยประชุมสามัญสามัญสองสมัย หรือหลายสมัยแล้วแต่เทศบาลจะกำหนดแต่ต้องไม่

เกินสี่สมัย... สมัยประชุมสามัญสมัยหนึ่ง ๆ ให้มีกำหนดเวลาไม่เกินสิบห้าวัน แต่ถ้าจะขยายออกไปอีก จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด “ เป็นต้น

3.1.1.2 การสั่งเพิกถอนหรือระงับยับยั้ง (le pouvoir d 'anulation) และ การสั่งยกเลิก (le pouvoir d 'abrogation)

การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับยับยั้งและการสั่งยกเลิกเป็นเรื่องที่นิติกรรมที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งองค์การกำกับดูแลสามารถเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว และให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่มีนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลจะใช้อำนาจระงับยับยั้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ก่อนก็ได้ แต่ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีอำนาจเพิกถอนหรือสั่งยับยั้ง ศาลปกครองฝรั่งเศสลงความเห็นที่ผู้กำกับดูแลมีอำนาจเสนอคำสั่งขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่ผู้กำกับดูแลเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ศาลปกครองฝรั่งเศสชี้ขาดได้ แม้จะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น นั้น³³

สำหรับกฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่นไทย มีกรณีการเพิกถอนระงับยับยั้งการกระทำขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมิใช่ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด ตาม มาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 กรณี

³³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 1911 คดี Commune de Saint Blacard และคำวินิจฉัย ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 1951 คดี Prefet de la Marne อ้างไว้ในตำราของ Rene CHAPUS, อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์ , อำนาจของรัฐในการกำกับดูแลปฏิบัติราชการขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นตามแนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศส , เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างราชการส่วนกลางกับราชการ บริหารส่วนท้องถิ่น จัดโดย สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย ฯลฯ วันที่ 16 พฤศจิกายน 2532 , น. 4 (อัดสำเนา)

ที่ปรากฏว่ามตินั้น ฝ่าฝืนกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการหรือเป็นมติที่นอกเหนืออำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด คำสั่งเพิกถอนมติของผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าวนั้น ต้องแสดงเหตุผลของการเพิกถอนมตินั้น และต้องกระทำภายใน 30 วัน นับแต่วันที่สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีมติ ถ้าสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดยังยืนยันด้วยมติเดิม ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสาม ของจำนวนสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเท่าที่มีอยู่ต้องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

3.1.1.3 อำนาจในการดำเนินการแทน (le pouvoir de Substitution de l' action)

อำนาจในการดำเนินการแทน โดยองค์กรปกครองส่วนกลาง นี้ กรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ดำเนินการ ตามอำนาจหน้าที่และผู้กำกับดูแลได้เตือนให้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว แต่ได้รับการเพิกเฉยผู้กำกับดูแลก็มีอำนาจที่จะดำเนินการในเรื่องนั้นแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

ในประเทศฝรั่งเศส หากนายกเทศมนตรีเพิกเฉยไม่ยอมออก ระเบียบที่จำเป็น ผู้ว่าราชการจังหวัดได้เตือนแล้ว ก็ยังเพิกเฉยอยู่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจออกกฎระเบียบดังกล่าวแทนนายกเทศมนตรีและสภาเทศบาลได้

สำหรับประเทศไทยมีกรณีของการดำเนินการแทน เช่นกรณี ประธานสภาเมืองพัทยาไม่เรียกประชุมสภาเมืองพัทยาคตามกฎหมายผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจเรียกประชุมและนัดให้สมาชิกสภาเมืองพัทยามาประชุมได้ ตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

3.1.2 อำนาจกำกับดูแลเหนือบุคคลและองค์กร

บุคคลและองค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยหลักแล้วจะมีที่มาจากการเลือกตั้งของราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตท้องถิ่นนั้น ๆ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก

การที่ให้ประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้³⁴

ตัวบุคคล ได้แก่ บุคคลธรรมดาแต่ละคนที่เป็นส่วนประกอบทางการเมืองขององค์กร เช่น นายกเทศมนตรี ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เทศมนตรี สมาชิกสภาเทศบาล สมาชิกสภากรุงเทพมหานคร แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง เจ้าหน้าที่ประจำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ส่วนองค์กรนั้นจะเป็นรูปคณะบุคคล เช่น คณะเทศมนตรี คณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล สภาเทศบาล สภากรุงเทพมหานคร หรือเป็นบุคคลคนเดียว เช่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกเมืองพัทยา แล้วแต่กรณี

เหตุผลจำเป็นที่ต้องมีการกำกับดูแลเหนือบุคคลก็เนื่องจาก ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรตามวิธีการจัดระเบียบบริหารราชการมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีอำนาจหน้าที่ได้รับมอบหมายจากส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วนิติบุคคลนั้นเป็นบุคคลที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายถือเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้น³⁵ นิติบุคคลไม่อาจกระทำการต่าง ๆ ทางกายภาพได้ ดังเช่นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลจึงต้องมีผู้แทนทำหน้าที่ต่าง ๆ แทนนิติบุคคล เช่น การแสดงเจตนาต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของนิติบุคคลนั้น ๆ เอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็เช่นเดียวกัน ในการแสดงเจตนาหรือกระทำการต่าง ๆ จำเป็นต้องมีผู้แทน ซึ่งเมื่อกระทำการใดแล้วมีผลผูกพันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเสมือนว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นผู้กระทำการในนามหรือในฐานะผู้แทนของท้องถิ่น เพื่อให้กิจการในอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นดำเนินไป³⁶ องค์กรท้องถิ่นประกอบด้วย คณะผู้บริหารหรือผู้บริหารท้องถิ่นกับสภาท้องถิ่น ดังนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรท้องถิ่นจึงย่อมมีผลในทาง

³⁴ พรชัย รัศมีแพทย, "การปกครองตนเองของนครหลวง ศึกษากรณีนิติสัมพันธ์ระหว่างกรุงเทพมหานครกับองค์กรปกครองส่วนกลาง," น. 56

³⁵ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, น. 131

³⁶ พรชัย รัศมีแพทย, หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย, น. 45

กฎหมายว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำการนั้น โดยตนเอง แต่ด้วยเหตุที่เป็นการกระทำโดยผู้แทนนั้น อาจเกิดมีกรณีการกระทำนอกเหนือขอบอำนาจผู้แทน หรือกระทำการเป็นไปในทางให้เกิดความเสียหายต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะได้ กฎหมายจึงให้อำนาจผู้มีอำนาจในกรณีกำกับดูแลในการเข้ามาควบคุมตัวบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้แทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ว่าในกรณีที่ผู้แทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการใด ๆ ทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าวแล้ว จะต้องถูกดำเนินการอย่างไร ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

สำหรับรูปแบบการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล หรือเหนือองค์กร มีดังนี้

3.1.2.1 การถอดถอนจากตำแหน่ง

โดยปกติแล้ว ผู้ใดมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งย่อมมีอำนาจถอดถอนให้บุคคลนั้นออกจากตำแหน่ง สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมาจากการกระจายอำนาจ บุคคลหรือองค์กรบริหารมาจากการเลือกตั้ง โดยปกติต้องรับผิดชอบต่อประชาชนที่เลือกตั้งพวกตนเข้ามาและย่อมอาจถูกถอดถอน (recall) ได้โดยประชาชนได้

แต่การถอดถอนจากตำแหน่งกรณีการใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือบุคคลหรือเหนือองค์กรนี้ เป็นกรณีกฎหมายให้อำนาจองค์กรกำกับดูแลให้สามารถกระทำได้ แต่การใช้อำนาจของผู้กำกับดูแลในกรณีนี้จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด จะอาศัยเหตุอื่นหรือปลดออกตามอำเภอใจของผู้กำกับดูแลไม่ได้³⁷ ผู้ถูกถอดถอนอาจมีได้ทั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ตัวอย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งให้คณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลทั้งคณะหรือคณะกรรมการบริหารบางคนพ้นจากตำแหน่งได้ตามคำเสนอของนายอำเภอ หากปรากฏว่าคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลกระทำการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือ

³⁷ สำฤทธิ ราชตมละ , “แนวทางการปรับปรุงระบบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2542) , น. 94

สวัสดิภาพของประชาชนหรือละเลยไม่ปฏิบัติตาม หรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่อันเป็นอำนาจตามมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

3.1.2.2 การสั่งพักผู้บริหารหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่น

อำนาจสั่งพักผู้บริหารหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่น เป็นอำนาจกำกับดูแลเหนือบุคคลที่มีระดับความรุนแรงน้อยลงมา ตัวอย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งพักคณะเทศมนตรีได้ไม่เกิน 30 วัน ตาม มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งบัญญัติว่า “ เมื่อคณะเทศมนตรีหรือเทศมนตรีถูกกล่าวหาว่าปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่หรือมีความประพฤติในการที่จะนำมาซึ่งความเสียหายแก่ศักดิ์ตำแหน่งหรือแก่เทศบาลหรือแก่ราชการ เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้สอบสวนแล้วเห็นว่าจะให้คงอยู่ในตำแหน่งในระหว่างการสอบสวนจะเป็นการเสียหายแก่เทศบาล ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจที่จะสั่งพักคณะเทศมนตรีหรือเทศมนตรีได้ ... “

3.1.2.3 การยุบสภาท้องถิ่น

เป็นวิธีการที่ใช้เมื่อปรากฏว่าสภาท้องถิ่น ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ เพราะมีเจตนาใช้อำนาจในทางที่ผิด หรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เนื่องจากมีการแตกแยกกลุ่มต่าง ๆ จนไม่มีกลุ่มใดมีเสียงข้างมาก ทำให้การปฏิบัติงานไม่อาจเกิดประสิทธิภาพได้³⁸

การยุบสภาท้องถิ่นนี้ นับว่าเป็นเรื่องสำคัญ และร้ายแรงเนื่องจากสภาท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ดังนั้นการที่จะกำหนดให้ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจยุบสภาท้องถิ่นได้จึงต้องเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างรุนแรง จนไม่อาจให้สภาท้องถิ่นอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ตัวอย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งยุบสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ตามคำเสนอของนายอำเภอตาม มาตรา 91

³⁸ “ เรื่องเดียวกัน ,” น. 90

แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบล และองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งบัญญัติว่า หากปรากฏว่าสภาองค์การบริหารส่วนตำบลกระทำการฝ่าฝืน ต่อความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วย อำนาจหน้าที่

3.1.2.4 การสั่งเข้าหน้าที่ในองค์การปกครองส่วนกลางปฏิบัติหน้าที่ แทน

อำนาจของผู้กำกับดูแลประเภทนี้ โดยทั่วไปเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด ในการเข้าดำเนินกิจการในอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นถ้าปรากฏว่าองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นประสบความล้มเหลวในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ เช่น ไม่สามารถจัดอำนวยความสะดวกที่จำเป็นแก่สถาบันที่มีอำนาจช่วยเหลือสาธารณะ (Public Assistance Institutions) หรือปฏิเสธในการจัดอำนวยความสะดวกให้กับโรงเรียน ประถมของรัฐ ฯลฯ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอาจมีคำสั่งให้ราชการส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคจัดทำกิจการใดที่เป็นกิจการที่องค์การบริหารส่วนจังหวัด พึงจัดทำตามอำนาจหน้าที่แต่องค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่จัดทำ ตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

3.1.3 การใช้เงินอุดหนุนเป็นมาตรการในการกำกับดูแล

โดยหลักการแล้ว ในเมื่อรัฐได้มอบภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งโดยปกติแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐจะต้องจัดทำ (State Affairs) แต่ได้มอบให้ท้องถิ่นทำแทน หากภารกิจดังกล่าวทำให้ท้องถิ่นมีภาระหน้าที่หนักในเรื่องเงินใช้จ่าย รัฐจะต้องช่วยเหลือโดยจัดสรรเงินให้ในรูปแบบเงินอุดหนุน

ตามกฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภททั้ง เทศบาล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การบริหารส่วนตำบล จะบัญญัติว่ารายได้ขององค์การปกครอง ส่วนท้องถิ่น ประการหนึ่ง มาจากเงินอุดหนุนจากรัฐบาล ดังนั้นทุก ๆ ปี ส่วนกลางจะจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่องค์การปกครอง

ครองส่วนท้องถิ่น เงินอุดหนุนที่รัฐบาลจัดสรรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ แต่อาจแยกเป็นประเภทหลัก ๆ ได้ 2 ประเภท คือ³⁹

1. เงินอุดหนุนทั่วไป (General Grants)

เป็นเงินอุดหนุนที่จัดสรรให้ โดยไม่ได้ระบุการใช้จ่ายเป็นการเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สามารถนำไปใช้ในกิจการใด ๆ ก็ได้ โดยไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง⁴⁰

2. เงินอุดหนุนเฉพาะกิจ (Specific Grants)

เป็นเงินอุดหนุนที่จัดสรรให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อใช้จ่ายในการดำเนินกิจการบางอย่างโดยเฉพาะเจาะจง เช่น โครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจ (Infra-structure) การศึกษา การสาธารณสุข เป็นต้น เงินอุดหนุน ประเภทนี้จะถูกกำกับอย่างใกล้ชิดทุกขั้นตอนจากส่วนกลาง ตามระเบียบที่รัฐบาลกำหนด ดังนี้ คือ ในการขอรับเงินจะต้องเสนอโครงการผ่านกรมการปกครองให้สำนักงานประมาณพิจารณาลักษณะความเหมาะสมของโครงการตลอดจนราคาค่าใช้จ่าย การใช้จ่ายเงิน ต้องเป็นไปตามโครงการงบประมาณที่ได้รับอนุมัติทุกประการ การเปลี่ยนแปลงรายการจะต้องได้รับอนุมัติจากสำนักงานประมาณทุกกรณี เว้นแต่กรณีที่สำนักงานประมาณมอบหมายให้กระทรวงมหาดไทยเป็นผู้พิจารณา การเบิกจ่ายจะกระทำได้ เมื่อถึงงวดการจ่ายเงินตามสัญญา โดยต้องเบิกจากคลังจังหวัด การกันเงินจะต้องได้รับอนุญาตจากกระทรวงการคลัง ซึ่งก็เป็นหลักกรรมคาที่ผู้ให้ย่อมมีสิทธิกำหนดแนวทางการใช้จ่ายได้⁴¹

³⁹ สุจินต์ ไชยชุมศักดิ์, "เงินอุดหนุน ... จัดสรรกันอย่างไร," เทศาภิบาล 92 (พฤษภาคม 2540), น. 36 - 38

⁴⁰ สำฤทธิ์ ราชสมณะ, "แนวทางการปรับปรุงระบบบริหารราชการส่วนภูมิภาคของไทย," น. 101

⁴¹ กองคลังส่วนท้องถิ่น, "เงินอุดหนุนเฉพาะกิจเทศบาลและสุขาภิบาล : ปัญหาที่มีคำตอบ," เทศาภิบาล 75 (พฤศจิกายน 2523), น. 1186 - 1187

แม้ในทางทฤษฎี องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระที่จะขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจหรือไม่ก็ได้ ซึ่งก็หมายความว่า ถ้าองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมจากส่วนกลาง แต่ถ้าขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนี้ก็จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ในทางปฏิบัติเราพบว่าไม่มีองค์การปกครองท้องถิ่นใดที่ไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนี้ ดังเราจะเห็นได้จาก เงินอุดหนุนทั่วไปและเฉพาะกิจมีอัตราส่วนเกือบ 50 % ของงบประมาณท้องถิ่นทั้งหมดและเงินอุดหนุนเฉพาะกิจก็มักจะมีอัตราส่วนที่สูงกว่าเงินอุดหนุนทั่วไป ในบางปี เงินอุดหนุนเฉพาะกิจของเทศบาลเท่ากับร้อยละ 80 % ของเงินอุดหนุนทั้งหมด⁴² เลขที่เดียว

3.1.4 การใช้สัญญามาตรฐานเป็นมาตรการในการกำกับดูแล

สัญญามาตรฐานคือ สัญญาที่บุคคล (หรือนิติบุคคล) ทางกฎหมาย มหาชน หรือทางกฎหมายแห่งบุคคลหนึ่งกระทำขึ้น โดยแบบของสัญญานั้นถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สาม การที่แบบของสัญญานั้นถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สามแล้ว จึงเท่ากับบุคคลที่ทำสัญญานั้น ๆ ถูกจำกัดอำนาจและการริเริ่มสร้างสรรค์ในการกำหนดรายละเอียดทางสัญญานั้นเอง⁴³

การใช้สัญญามาตรฐานเป็นมาตรการในการกำกับดูแลทางอ้อมนั้น มีการใช้อย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายของไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจนั้นเราก็พบตัวอย่างนี้มากมาย เช่น การจัดทำสัญญาต่าง ๆ ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยพัสดุของหน่วยการบริหารส่วนราชการส่วนท้องถิ่นกำหนดว่า จะต้องทำตามแบบที่อยู่ในส่วนที่แนบท้ายระเบียบนี้ การเปลี่ยนแปลงแบบ

⁴² สี่ฤทธิ ราชสมณะ , "แนวทางการปรับปรุงระบบบริหารราชการส่วนภูมิภาคของไทย," น. 102

⁴³ สมคิด เลิศไพฑูรย์ , "ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น," ใน รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น , (กรุงเทพฯ ๑ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2539) , น. 74

ของสัญญาณนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากอัยการจังหวัดหรือสำนักอัยการสูงสุด เท่านั้น

3.2 ความสัมพันธ์ในเรื่องการเงินการคลัง

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระทางการเงินการคลัง กล่าวคือ สามารถมีงบประมาณมีรายได้เป็นของตนเอง และมีอำนาจในการใช้จ่ายงบประมาณได้อย่างเป็นอิสระพอสมควร การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระในเรื่องดังกล่าวนี้ได้ นั้น จำเป็นที่รัฐต้องมอบอำนาจในการจัดเก็บภาษีและให้อำนาจในการจัดหารายได้ เพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีอำนาจเหล่านี้ด้วยตนเอง หากแต่รัฐสภาต้องมอบอำนาจเหล่านี้มาให้

แต่ภายใต้ความอิสระดังกล่าว ส่วนกลางยังมีความสัมพันธ์ในด้านการเงินการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย กล่าวคือในเรื่องการกำกับดูแลงบประมาณ และการควบคุมบริหารงบประมาณเหตุผลที่รัฐต้องเข้ามาควบคุม ในจุดนี้เนื่องจาก เรื่องการเงินการคลังเป็นเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมของคนในท้องถิ่นโดยตรง เพราะรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเงินที่เก็บมาจากภาษีของราษฎรเงินดังกล่าวหากนำไปใช้โดยอิสระปราศจากการควบคุมแล้ว ผลเสียหายย่อมเกิดขึ้นได้

ในประเทศฝรั่งเศส การกำกับดูแลงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นการกำกับดูแลโดยผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาค โดยความร่วมมือของศาลบัญชีระดับภาค ทั้งนี้โดยผลของกฎหมายลงวันที่ 2 มีนาคม 1982 การกำกับดูแล มี 2 ประการ คือ

การกำกับดูแลประการแรก คือ การบัญญัติให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องอนุมัติงบประมาณก่อนวันที่ 31 มีนาคม ของปีงบประมาณนั้น ๆ ในกรณีที่องค์การปกครองท้องถิ่นไม่สามารถอนุมัติงบประมาณได้ก่อนวันที่ 31 มีนาคม สิทธิในการอนุมัติงบประมาณขององค์การปกครองท้องถิ่นจะหมดไป ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาค ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐมีอำนาจเข้าแทรกแซงโดยกฎหมายระบุให้ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือ

ภาคมีอำนาจฟ้องต่อศาลบัญชีระดับภาค เมื่อศาลบัญชีระดับภาครับเรื่องแล้วจะมีข้อเสนอแนะไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาค เมื่อได้รับข้อเสนอแนะจากศาลบัญชีแล้วผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาคมีอำนาจที่จะจัดทำงบประมาณและอนุมัติงบประมาณได้ ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาคไม่จำเป็นต้องจัดทำงบประมาณตามข้อเสนอแนะที่ได้รับมา อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาคมิได้กระทำตามข้อเสนอแนะผู้ว่าราชการจะต้องให้เหตุผลประกอบด้วย

การกำกับดูแลของรัฐประการสุดท้ายก็คือการบังคับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องบรรจุรายจ่ายที่จำเป็นทั้งหมดลงในงบประมาณ ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นี้ ผู้มีส่วนได้เสีย สมุหบัญชี ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาค บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีสิทธิฟ้องต่อศาลบัญชีระดับภาค ถ้าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงงบประมาณของตนเองเสียใหม่ตามที่ศาลบัญชีระดับภาคมีคำสั่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือภาคมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบรรจุรายจ่ายที่จำเป็นลงในงบประมาณและนำงบประมาณออกใช้ได้⁴⁴

สำหรับประเทศไทยความสัมพันธ์ทางการเงินการคลังเป็นเรื่องของการออกกฎหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติ โดยเฉพาะในเรื่องของลักษณะงบประมาณ การจัดทำงบประมาณ และการควบคุมการบริหารงบประมาณ ดังนี้

1. การออกกฎหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติโดยเฉพาะในเรื่องของลักษณะงบประมาณ การจัดทำงบประมาณ

การกำหนดกฎหมายให้ถือปฏิบัติดังกล่าว มีปรากฏในกฎหมาย 2 ฉบับคือ กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย กับระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ซึ่งกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยประกาศใช้เพื่อให้องค์กรปกครอง

⁴⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “งบประมาณขององค์กรปกครองท้องถิ่น,” รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2539), น. 213

ครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติ ในการจัดทำงบประมาณของตนเอง ยกเว้นกรุงเทพมหานคร กับเมืองพัทยา ซึ่งกฎหมายจัดตั้งให้อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในเรื่องการจัดทำงบประมาณได้เอง

2. การควบคุมการบริหารงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะมีบทบัญญัติให้อำนาจ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จัดให้มีการตรวจสอบการคลัง การบัญชี หรือการเงิน อื่น ๆ แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 70 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 89 เป็นต้น

นอกจากการควบคุมการบริหารงานงบประมาณดังกล่าว แล้วในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจเงิน นั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (3) กำหนดให้หน่วยงานของราชการส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยรับตรวจ ตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย โดยในการตรวจสอบนั้น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน และการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ข้อ 89 กำหนดให้หัวหน้าหน่วยการคลังท้องถิ่นจะต้องจัดทำบแสดงฐานะการเงิน และงบประมาณอื่น ๆ ตามแบบที่กรมการปกครองกำหนด เพื่อส่งให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค ตรวจสอบภายใน 90 วัน นับแต่วันสิ้นปีและส่งสำเนาให้ผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับองค์การบริหารส่วนตำบลให้ส่งนายอำเภอ ด้วย

นอกจากนี้ตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยฉบับเดียวกัน ข้อ 93 ยังให้อำนาจ ผู้บริหารท้องถิ่น ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือปลัดกระทรวงมหาดไทยอาจให้ผู้เชี่ยวชาญบัญชีทำการตรวจสอบการเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการภายในได้ สำหรับองค์การบริหารส่วนตำบลให้นายอำเภอดำเนินการได้ เช่นเดียวกัน