

## บทที่ 2

### ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การปกครองท้องถิ่นเป็นรูปแบบการปกครองที่จำเป็นและมีความสำคัญเพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้ดำเนินการของท้องถิ่นหรือจัดทำบริการสาธารณะ การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถตอบสนองความต้องการให้ประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ตรงตามความต้องการที่แท้จริง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีความเป็นอิสระตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งรัฐมีหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่าที่จำเป็น ภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยเนื้อหาในบทนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึง การปกครองท้องถิ่นโดยเฉพาะ หลักการกระจายอำนาจ อีกทั้งลักษณะสำคัญของการปกครองส่วนท้องถิ่น และความหมาย องค์ประกอบ ลักษณะ และรูปแบบของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตลอดจนความแตกต่างระหว่างอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

#### 2.1 หลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

##### 2.1.1 หลักการกระจายอำนาจปกครอง (Décentralisation)

หลักการกระจายอำนาจเป็นวิธีการที่รัฐจะมอบอำนาจทางปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์การราชการบริหารส่วนกลางในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีอิสระตามสมควร ไม่ต้องขึ้นอยู่กับความบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง เพียงแต่ขึ้นอยู่กับความควบคุมเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยบริการสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินงานอยู่ในท้องถิ่น ให้ท้องถิ่นหรือองค์กรอันมิได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์การในราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินการด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นหรือขององค์กรนั่นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมดูแลเท่านั้น ไม่ได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ประชุม กาญจนกุล. (2549). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. หน้า 183.

กล่าวโดยสรุปก็คือ รัฐมอบอำนาจหน้าที่บางอย่างในการจัดทำหนึ่งว่า หลักการกระจายอำนาจนั้นเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์การอื่นที่มีช่องทางการส่วนกลางจัดทำบริการสาธารณะ และมีรัฐเป็นเพียงผู้ควบคุมกำกับให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งลักษณะของหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง มีอยู่ 3 ประการคือ<sup>2</sup>

1) มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์การนิติบุคคลอิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ยิ่งมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง มีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายโดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่คอยควบคุมดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้น

2) มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นองค์กรของราชการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากราษฎรในท้องถิ่นทั้งหมดมีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่แน่ว่ามีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง การเลือกตั้งถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักการกระจายอำนาจปกครองทางพื้นที่ ส่วนการกระจายอำนาจทางบริการให้แก่องค์กรนั้น การเลือกตั้งไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น

3) องค์การตามหลักการกระจายอำนาจนั้นมีความอิสระที่จะดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เอง โดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ภายใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณและด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเอง ซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางถ้าองค์กรใดไม่มีความเป็นอิสระเช่นว่านี้ หรือมีแต่เพียงหน้าที่เสนอข้อแนะนำและให้คำปรึกษาแก่ราชการส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจทางปกครองอย่างแท้จริง

สำหรับขอบเขตในการกระจายอำนาจปกครอง อธิบายได้ว่า การกระจายอำนาจปกครองทั้งโดยวิธีกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดน และโดยวิธีกระจายอำนาจทางบริการให้แก่องค์กรย่อมต้องมีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ สำหรับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นนั้น จะมอบอำนาจให้องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นดำเนินการโดยอิสระอย่างเต็มที่ไม่ได้ จำเป็นต้องมีการควบคุมดูแลหรือกำกับโดยราชการบริหารส่วนกลางอยู่เสมอไม่มากนักน้อย ส่วนการกระจายอำนาจทางบริการให้แก่องค์กรก็มีการกระจายอำนาจในขอบเขตจำกัดเช่นเดียวกัน กล่าวคือจะมอบกิจการ

<sup>2</sup> แหล่งเดิม. หน้า 183-185.

ในทางปกครองให้องค์การของรัฐบาลซึ่งมิใช่ทบวงการเมืองจัดทำมิได้ และต้องมีการควบคุมโดยราชการบริหารส่วนกลางอยู่ด้วยเสมอ นอกจากนี้ กิจกรรมที่มอบให้จัดทำได้อีกนั้น ท้องถิ่นหรือองค์การของรัฐบาลจะกำหนดเองไม่ได้ แต่รัฐเป็นผู้กำหนดกิจการให้จัดทำโดยกฎหมายของรัฐ

ข้อจำกัดขอบเขตของการกระจายอำนาจปกครองอีกอย่างหนึ่งก็คือ การกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นนั้นเป็นการกระจายส่วนหนึ่งของอำนาจในทางปกครองให้องค์การอื่นนอกจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลางรับไปจัดทำเท่านั้นมิได้กระจายอำนาจอื่นๆ เช่น อำนาจทางการเมืองให้ไปด้วยเหมือนกับการกระจายอำนาจทางการเมืองแบบสหพันธรัฐ (Federalism)<sup>3</sup>

นอกจากนี้ การกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นมีข้อแตกต่างกับการกระจายอำนาจทางการเมืองแบบสหพันธรัฐในสาระสำคัญหลายประการ คือ<sup>4</sup>

1) การกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นเป็นแต่เพียงมอบอำนาจปกครองบางอย่างอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารให้แก่ท้องถิ่นเท่านั้น มิได้มอบอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการไปด้วย บทกฎหมายของรัฐก็ใช้บังคับได้ตลอดทั้งประเทศ และท้องถิ่นไม่มีอำนาจที่จะตั้งศาลของตนเองได้ แม้แต่อำนาจในทางปกครองท้องถิ่นก็มิได้รับมอบหมายไปทั้งหมด เช่น อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการทหาร การรักษาความสงบภายใน การสืบสวนและการสอบสวนคดีอาญา สำหรับประเทศไทยก็ยังคงให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนการกระจายอำนาจทางการเมืองแบบสหพันธรัฐนั้น มีการมอบหมายส่วนหนึ่งแก่อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการให้แก่รัฐซึ่งเป็นส่วนประกอบของสหพันธรัฐ ไม่เฉพาะแต่อำนาจในทางปกครองเท่านั้น มลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายที่จะใช้บังคับในเขตของตนได้ มีเจ้าหน้าที่บริหารทำนองเดียวกับรัฐบาลของสหพันธรัฐ และมีศาลของมลรัฐเอง ส่วนสหพันธรัฐเป็นรัฐกลางซึ่งมีอำนาจเหนือมลรัฐต่างๆ อีกชั้นหนึ่ง

2) การกระจายอำนาจในทางปกครองนั้นย่อมทำได้ทั้งในรัฐเดี่ยวหรือเอกราชและในรัฐที่เป็นรัฐรวมแบบสหพันธรัฐ ส่วนการกระจายอำนาจทางการเมืองนั้นจะทำได้แต่เฉพาะในรัฐรวมเท่านั้น จะนำมาใช้ในรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยวหรือเอกราชไม่ได้

3) ในการกระจายอำนาจปกครองนั้น รัฐอาจจะจำกัดอำนาจหรือถอนคืนอำนาจที่มอบให้แก่ท้องถิ่นอย่างไรก็ได้ โดยอาศัยอำนาจกฎหมายธรรมดาของรัฐ แต่การกระจายอำนาจทางการเมืองแบบสหพันธรัฐนั้นย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ รัฐบาลกลางจะจำกัดหรือ

<sup>3</sup> แหล่งเดิม. หน้า 186.

<sup>4</sup> แหล่งเดิม. หน้า 187-188.

ถอนคืนอำนาจด้วยบทกฎหมายธรรมดาไม่ได้ จะทำได้ก็แต่โดยแก้ไขรัฐธรรมนูญตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐกำหนดไว้ ซึ่งมีรัฐต่างๆ ต้องมีส่วนได้เสียในการแก้ไขด้วย

### 2.1.2 ประเภทของการกระจายอำนาจ

การจัดการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจนั้น อาจจำแนกวิธีกระจายอำนาจออกได้เป็นสองวิธี คือ

1) การกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดน (Décentralisation territoriale) เป็นวิธีกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น โดยให้ท้องถิ่นต่างๆ ปกครองตนเอง เช่น มอบอำนาจให้เทศบาลจัดทำกิจการตามอำนาจหน้าที่ที่มีกฎหมายกำหนดไว้ภายในเขตเทศบาลแต่ละแห่งเป็นต้น กล่าวคือ มีการกำหนดขอบเขตอำนาจไว้เฉพาะท้องถิ่นนั้น และตามหลักทั่วไปจะทำกิจการออกไปนอกเขตไม่ได้ นอกจากกฎหมายจะบัญญัติยกเว้นไว้ วิธีกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นนั้นเป็นวิธีที่มอบบริการสาธารณะหลายๆ อย่างเกี่ยวกับการปกครองให้ท้องถิ่นจัดทำด้วยเจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นเอง และด้วยงบประมาณขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่น เพื่อสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ วิธีกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นนี้ กฎหมายปกครองของไทยเรียกว่าการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่น<sup>5</sup>

ดังนั้น การกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดน คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะบางส่วนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ โดยการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายนั้นจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นของตนเอง หรือกล่าวได้ว่า การกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดน คือ วิธีการกระจายอำนาจโดยมอบบริการสาธารณะบางอย่าง ยกเว้นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของประเทศให้องค์กรปกครองท้องถิ่นจัดทำ ซึ่งจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่น เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น การจัดระเบียบราชการบริหารในลักษณะนี้เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”<sup>6</sup>

2) การกระจายอำนาจทางกิจการหรือบริการ (Décentralisation par service ou technique) ซึ่งเป็นวิธีกระจายอำนาจโดยมอบบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งให้องค์การซึ่งมิได้อยู่ในสังกัดของราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินงานด้วยเงินทุนและเจ้าหน้าที่ขององค์การนั้นเอง เช่น การจัดตั้งองค์การของรัฐบาลให้จัดทำกิจการเฉพาะอย่าง เป็นต้นว่า การไฟฟ้านครหลวง การรถไฟ

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 185.

<sup>6</sup> ชาอุชัย แสงศักดิ์. (2542). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 99-100. และ Jean Rivero. *Droit Administratif*. p 326. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก (2547). *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*. หน้า 18.

แห่งประเทศไทย องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย เป็นต้น วิธีกระจายอำนาจทางบริการเช่นนี้ ไม่ใช่เป็นการกระจายอำนาจปกครองเหมือนกับวิธีที่หนึ่ง แต่เป็นการมอบให้องค์การของรัฐบาล จัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในทางปกครอง เช่น กิจการทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ ไม่ได้มอบบริการสาธารณะหลายๆ อย่างในทางปกครองให้ไปจัดทำ เหมือนกับวิธีกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น เพราะฉะนั้น การกระจายอำนาจทางบริการจึงแตกต่างกับการกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดนในสาระสำคัญข้อนี้ และข้อแตกต่างอีกอย่างหนึ่งก็คือ การกระจายอำนาจทางบริการนั้นไม่ถือเอาอาณาเขตเป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่เป็นหลักสำคัญ เหมือนกับการกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดน กล่าวคือ องค์การอาจจัดทำกิจการได้ทั่วทั้งประเทศหรือเฉพาะในเขตหนึ่งเขตใดก็ได้ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์กรนั้น เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเดินรถไฟทั่วทั้งประเทศการไฟฟ้านครหลวงมีอำนาจหน้าที่จำหน่ายกระแสไฟฟ้าเฉพาะในเขตนครหลวงและในเขตจังหวัดที่ใกล้เคียง เป็นต้น<sup>7</sup>

ดังนั้น การกระจายอำนาจทางบริการ คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องบางอย่างให้แก่องค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเป็นผู้จัดทำ ซึ่งการกระจายอำนาจในลักษณะนี้จะไม่เหมือนกับกระจายอำนาจทางปกครอง แต่เป็นการมอบให้องค์การของรัฐไปจัดทำบริการสาธารณะโดยแยกออกมาเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ และมีทรัพย์สินเป็นของตนเอง มีผู้บริหารเป็นของตนเอง อีกทั้งนิติบุคคลในลักษณะนี้จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐโดยตรง<sup>8</sup> กล่าวคือ เป็นการมอบบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งให้องค์กรซึ่งมิได้อยู่ในระบบราชการ จัดทำด้วยเงินทุนและเจ้าหน้าที่ขององค์กรนั้น เช่น องค์กรที่จัดทำนี้มีอยู่ 2 รูปแบบ ได้แก่ รัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชนอิสระ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การปกครองท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจ ก็คือการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วน ซึ่งมีใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติและมีใช้อำนาจทางตุลาการ แต่เป็นอำนาจปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร เพื่อทำบริการสาธารณะต่างๆ เฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับกองกำลังในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น โดยให้มีองค์กรนิติบุคคลที่มีองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหมดหรือส่วนใหญ่มาจากการเลือกตั้งของราษฎรในท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินงานบริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีอิสระในการปกครองตนเองไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค หากอยู่ภายใต้การควบคุม

<sup>7</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2549). *เล่มเดิม*. หน้า 185-186.

<sup>8</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2542). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 99-100. และ Jean Rivero. *Droit Administratif*. p 326. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้าเดิม.

กำกับของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส เรียกการควบคุมนี้ว่า “La tutelle administrative” ซึ่งแปลว่า “การกำกับดูแลทางปกครอง”<sup>9</sup>

## 2.2 ลักษณะสำคัญของการปกครองส่วนท้องถิ่น

การปกครองท้องถิ่นจะต้องมีสาระสำคัญ 2 ประการคือ ความเป็นอิสระของท้องถิ่น และการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ<sup>10</sup>

### 2.2.1 ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดขึ้นจากการกระจายอำนาจทางปกครอง ความเป็นอิสระ (Autonomy) ของท้องถิ่นจึงขึ้นอยู่กับรูปของการมีอำนาจสั่งการและดำเนินการในกิจการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรับคำสั่งจากส่วนกลาง ส่วนกลางมีอำนาจเพียงกำกับดูแลให้การดำเนินการของท้องถิ่นดำเนินไปภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น<sup>11</sup>

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายตามหลักการกระจายอำนาจบริหาร จึงไม่อาจตัดสินใจในการกระทำใดๆ ได้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงหมายถึง ความเป็นอิสระภายใต้องค์ประกอบ 5 ประการ ซึ่งสัมพันธ์กัน ได้แก่ การมีฐานะเป็นนิติบุคคล การมีพื้นที่ การมีองค์กรที่มาจากการเลือกตั้ง การมีอำนาจหน้าที่ และการมีอำนาจทางการคลัง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีองค์ประกอบดังกล่าวครบถ้วน ลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียวไม่สามารถเพียงพอที่จะอธิบายการมีอยู่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้<sup>12</sup>

(1) การปกครองท้องถิ่นต้องมีองค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายความเป็นนิติบุคคลเป็นมาตรการหนึ่งในการสนับสนุนความเป็นอิสระ เพราะความเป็นนิติบุคคลทำให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งความเป็นนิติบุคคลของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้ได้รับการรับรองโดยกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

<sup>9</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 19.

<sup>10</sup> พรชัย รัศมีแพทย. (2535). *หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย*. หน้า 23.

<sup>11</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 23.

<sup>12</sup> พนม เอี่ยมประยูร. (2537, กันยายน). “อำนาจตราข้อบังคับขององค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น.”

ความเป็นนิติบุคคลของท้องถิ่นต้องมีสภาพบุคคลแยกจากส่วนกลาง เพราะเป็นส่วนสำคัญที่ช่วยให้ท้องถิ่นเกิดความเป็นอิสระในการดำเนินการหรือบริหารงานตามอำนาจหน้าที่ของตน กล่าวคือ ท้องถิ่นมีหน้าที่เป็นของตนเองสามารถตัดสินใจกระทำการใดๆ ได้ตามดุลยพินิจ โดยส่วนกลางไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงดุลยพินิจของท้องถิ่น คงได้แต่เพียงควบคุมให้การกระทำของท้องถิ่นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การมีสถานะเป็นนิติบุคคลจึงมีความสำคัญกับท้องถิ่นมาก เพราะหากขาดสภาพความเป็นนิติบุคคล ท้องถิ่นก็ไม่สามารถใช้อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ได้ด้วยตนเอง จำต้องกระทำการโดยผ่านนิติบุคคลอื่นหรือต้องปฏิบัติตามคำสั่งของส่วนกลางเท่ากับว่าความเป็นอิสระที่กฎหมายมุ่งประสงค์ให้เกิดขึ้นกับท้องถิ่น เพื่อให้ท้องถิ่นปกครองตนเองย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย<sup>13</sup>

(2) การปกครองท้องถิ่นต้องมีพื้นที่ การกระจายอำนาจนั้นมีทั้งการกระจายอำนาจตามพื้นที่และการกระจายอำนาจตามภารกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์การกระจายอำนาจตามพื้นที่ จึงมีอำนาจหน้าที่ในพื้นที่ที่เฉพาะเจาะจง เช่น พื้นที่ขององค์การบริหารจังหวัดคือเขตจังหวัด พื้นที่ของเทศบาลคือเขตพื้นที่ตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาล พื้นที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลคือเขตตำบล และโดยหลักแล้ว องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินการต่างๆ ตามอำนาจหน้าที่ของตนได้เฉพาะภายในเขตพื้นที่ของตนเองเท่านั้น

(3) การปกครองท้องถิ่นต้องมีองค์กรที่มาจากการเลือกตั้ง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น การใช้สิทธิและหน้าที่ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่จะกระทำได้อาศัยบุคคลธรรมดา ซึ่งประกอบด้วยสภาท้องถิ่นและฝ่ายบริหารที่มาจากการเลือกตั้ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองเอง ทำให้ประชาชนรู้จักท้องถิ่นการปกครองตนเอง (Self Government) ซึ่งเป็นหัวใจของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ประการหนึ่งก็คือ การปกครองตนเองมิใช่เป็นการปกครองอันเกิดจากคำสั่งเบื้องบน โดยเป็นการที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง ซึ่งผู้บริหารท้องถิ่นนอกจากจะได้รับเลือกตั้งมาเพื่อรับผิดชอบบริหารท้องถิ่นโดยอาศัยความร่วมมือร่วมใจจากประชาชนแล้ว ผู้บริหารท้องถิ่นจะต้องพึงเสียงประชาชนด้วยวิถีทางประชาธิปไตยประชาชนออกเสียงประชามติ (Referendum) ให้ประชาชนมีอำนาจถอดถอน (Recall) ส่งผลทำให้ประชาชนเกิดความสำนึกในความสำคัญของตนเองต่อท้องถิ่น และมีส่วนรับรู้ถึงปัญหาและแก้ไขปัญหาท้องถิ่นของตน<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองให้้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีองค์กรของตนเองที่มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งองค์กรที่สำคัญ

<sup>13</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก. เล่มเดิม. หน้า 26.

<sup>14</sup> ชูวงศ์ ฉายะบุตร. (2539). *การปกครองท้องถิ่นไทย*. หน้า 29.

คือ สภาท้องถิ่น และคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น และการที่สภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นจะดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ให้เป็นไปตามเจตจำนงของประชาชน โดยอาศัยเครื่องมืออย่างหนึ่งที่น่าสนใจคือ การเลือกตั้งนั่นเอง เพราะการเลือกตั้งเป็นการเลือกบุคคลเพื่อให้ไปใช้อำนาจหน้าที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นอกจากนี้ การกำหนดให้มีสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นเป็นของตนเอง โดยไม่ถูกกำหนดโดยราชการบริหารส่วนกลาง การได้มาของสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นที่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรง ส่วนที่มาของผู้บริหารท้องถิ่นมีอยู่ 2 แนวทางคือ มาจากการเลือกตั้งโดยตรง กล่าวคือ ประชาชนในท้องถิ่นเป็นผู้เลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่น หรือมาจากการเลือกตั้งทางอ้อม กล่าวคือ ผู้บริหารท้องถิ่นได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกสภาท้องถิ่นซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน

สำหรับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองระดับประเทศ ตามมาตรา 270<sup>15</sup> ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ในต่างประเทศ เรียกว่า ระบบ “Impeachment” เป็นกระบวนการที่แตกต่างจากกระบวนการถอดถอนนักการเมืองท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 285<sup>16</sup> ซึ่งในต่างประเทศเรียกว่า “Recall”

---

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 270 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการสูงสุดผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้”

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 285 บัญญัติว่า “ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดเห็นว่สมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ใดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไป ให้มีสิทธิลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง ทั้งนี้ จำนวนผู้มีสิทธิเข้าชื่อหลักเกณฑ์และวิธีการเข้าชื่อ การตรวจสอบรายชื่อ และการลงคะแนนเสียง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”



ตารางที่ 2.1 แสดงการเปรียบเทียบระบบ Impeachment กับ Recall

|                                   | Impeachment                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Recall                    |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|
| 1. การเสนอเรื่อง                  | ประชาชนหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | ประชาชนเท่านั้น           |
| 2. องค์การดำเนินการพิสูจน์ความผิด | คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | ไม่มี                     |
| 3. ฐานความผิด                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>- มีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ</li> <li>- ส่อว่าทุจริตต่อหน้าที่</li> <li>- ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ</li> <li>- ส่อว่ากระทำผิดต่อหน้าที่ในการยุติธรรม</li> <li>- ส่อว่าจงใจใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย</li> <li>- ผิดวินัยหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง</li> </ul> | ฐานใดก็ได้                |
| 4. องค์การชี้ขาด                  | วุฒิสภา                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | ประชาชนในเขตเลือกตั้งนั้น |

(4) การปกครองท้องถิ่นต้องมีองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ การจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ จึงต้องกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ของตนเอง รวมทั้งมีอำนาจตราข้อบังคับให้แก่ประชาชนในท้องถิ่น หลักการนี้ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่างๆ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 284 ว่า “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายย่อมมี ฯลฯ และมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 283 ก็มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกัน ซึ่งอำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอำนาจหน้าที่คนละประเภทกับอำนาจหน้าที่ของรัฐและไม่ซ้ำซ้อนกัน อย่างไรก็ตามยังมีอำนาจหน้าที่อีกประเภทหนึ่ง คือ อำนาจหน้าที่ที่รัฐมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการแทนรัฐ เช่น ผู้บริหารท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในฐานะนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่น

ตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุขและตามกฎหมายว่าด้วยสุสานและฌาปนสถานและกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร ในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบการจอดยานยนต์ซึ่งการใช้อำนาจตามกฎหมายเหล่านี้อยู่ภายใต้การควบคุมแบบบังคับบัญชา<sup>17</sup> ไม่อยู่ภายใต้ระบบการควบคุมแบบกำกับดูแล

(5) การปกครองท้องถิ่นต้องมีอำนาจทางการคลัง อำนาจทางการคลังคือ อำนาจในการกำหนดรายได้และรายจ่าย การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถจัดทำบริการสาธารณะให้สำเร็จลุล่วงไปได้นั้น จำเป็นต้องมีการคลังเป็นของตนเองทั้งด้านรายได้และด้านรายจ่าย หมายถึงการมีแหล่งรายได้ในท้องถิ่นที่กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดหาและจัดสรรเพื่อใช้จ่ายในกิจการต่างๆ ในอำนาจหน้าที่ และรายได้จากแหล่งอื่นซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การมีอิสระในทางการเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหลักประกันที่สำคัญของการปกครองตนเองของท้องถิ่น ท้องถิ่นใดมีอิสระในทางการเงินมากโดยไม่จำเป็นต้องพึ่งพาเงินอุดหนุนจากส่วนกลางมากเท่าใดท้องถิ่นนั้นย่อมมีอิสระในการปกครองตนเองมากเท่านั้น

อย่างไรก็ดี รากฐานทฤษฎีของการกำกับดูแลนั้นมีที่มาจากลักษณะเฉพาะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ถือว่าเป็นองค์กรกระจายอำนาจประเภทหนึ่ง<sup>18</sup> ซึ่งเป็นองค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่ (Decentralizations territoriales) นอกเหนือไปจากองค์กรกระจายอำนาจทางภารกิจและ

<sup>17</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2545). “การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น.” *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ์*. หน้า 253.

<sup>18</sup> องค์กรฝ่ายปกครองตามหลักกระจายอำนาจ คือ การที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นคือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน ที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอื่นภายในรัฐนั้น เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง โดยมีอิสระระดับหนึ่งซึ่งไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาจากส่วนกลางตามอย่างหน่วยงานรัฐในระบบรวมอำนาจ ซึ่งอำนาจที่มอบให้นั้นมีใช้การมอบอำนาจตัดสินใจทางการเมืองแต่ประการใด โดยข้อแตกต่างสำคัญระหว่างองค์กรการกระจายทางพื้นที่และทางภารกิจก็คือ ภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นผู้บริหารมาจากการเลือกตั้งของคนท้องถิ่นเอง และมีขอบเขตพื้นที่ที่รับผิดชอบเฉพาะ ส่วนการกระจายอำนาจทางภารกิจนั้นผู้บริหารไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนและไม่ถูกจำกัดขอบเขตทางพื้นที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ทั้งสองรูปแบบนี้เป็นองค์กรภายใต้การกำกับดูแลจากส่วนกลางทั้งสิ้น.

องค์การมหาชน โดยผลของการเป็นองค์กรกระจายอำนาจทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีลักษณะเฉพาะทางธรรมชาติขององค์กรดังต่อไปนี้<sup>19</sup>

- (1) มีพื้นที่รับผิดชอบที่ชัดเจน (une portion du territoire)
- (2) มีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน (une personne morale de droit public)
- (3) มีองค์กรเป็นของตนเอง (des organes propres)
- (4) มีภารกิจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของตนเอง (les intérêts propres)
- (5) มีการกำกับดูแลจากรัฐ (la tutelle)

การกำกับดูแลจากรัฐ ถือเป็นลักษณะของความสัมพันธ์โดยเฉพาะขององค์กรกระจายอำนาจทั้งหลายที่มีอยู่กึ่งกลาง ซึ่งแตกต่างจากระบบความสัมพันธ์ในรูปแบบการบังคับบัญชาที่โดยปรกติจะเป็นความสัมพันธ์ในนิติบุคคลเพียงนิติบุคคลเดียวในองค์กรฝ่ายปกครองประเภทรวมอำนาจทั่วไป

เหตุผลของความแตกต่างในลักษณะความสัมพันธ์กึ่งกลางที่ไม่เหมือนกันระหว่างองค์กรรวมอำนาจและองค์กรกระจายอำนาจนั้น ก็เนื่องด้วยลักษณะความแตกต่างประการสำคัญอีกเรื่องหนึ่งคือ องค์กรกระจายอำนาจถือว่าเป็นนิติบุคคลมหาชนอีกส่วนหนึ่งที่แยกออกจากรัฐส่วนกลางที่มีความเป็นอิสระของตนเอง (Autonomous)

ความเป็นอิสระนี้เกิดขึ้นจากปรัชญาสำคัญของการจัดตั้งองค์กรแบบกระจายอำนาจขึ้นเป็นการกระจายอำนาจปกครองให้ประชาชนในท้องถิ่นปกครองตนเองซึ่งการที่จะทำให้เจตนารมณ์นี้บรรลุผลได้ ย่อมไม่สามารถให้องค์กรเหล่านี้ยังอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาจากส่วนกลางที่เป็นลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ในระบบรวมอำนาจที่เน้นความเป็นเอกภาพเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันที่ส่วนกลางถือว่ามีอำนาจบังคับบัญชาสามารถสั่งการ ควบคุมตรวจสอบให้ผู้บังคับบัญชาสามารถปฏิบัติการต่างๆ ตามที่ตนเห็นชอบได้ เพราะจะขัดต่อธรรมชาติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกิดขึ้นเพราะต้องการความเป็นอิสระปกครองกันเองโดยคนท้องถิ่นมิใช่ให้ผู้บังคับบัญชาจากส่วนกลางมาปกครองตาม “หลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น” หรือที่เรียกกันอีกชื่อหนึ่งว่า “หลักอิสระในการปกครองตนเองของท้องถิ่น” (Le Principe de la Libre administration) ที่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญหลักหนึ่งที่ได้รับการยอมรับกันทั่วไปในคำบังคับที่เป็นหลักในกฎหมายรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ

<sup>19</sup> Jacques MOREAU. Administration Régionale, Départementale et Municipale (Paris: Dalloz, 1985). p. 2. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ และคณะ. (2551). *โครงการศึกษาวิจัยรูปแบบและแนวทางการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: กรณีศึกษาเปรียบเทียบแนวทางของต่างประเทศ* (รายงานวิจัย). หน้า 11.

ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (ฉบับปัจจุบัน) ก็ได้ยอมรับหลักการนี้ และได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 281<sup>20</sup> เช่นกัน

ตัวอย่างของหลักกฎหมายดังกล่าวซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่สำคัญก็คือ มาตรา 72 วรรค 2 หมวด 12 องค์การปกครองท้องถิ่น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศส ที่บัญญัติว่า “องค์การปกครองท้องถิ่นเหล่านี้มีอำนาจที่จะบริหารงานของตนเองได้อย่างอิสระโดยมีสภาท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งและภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติโดยกฎหมาย”<sup>21</sup> หรือในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มาตรา 92<sup>22</sup> ในหมวด 8 การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นที่บัญญัติว่า “ข้อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างและการดำเนินงานขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติโดยให้สอดคล้องกับหลักแห่งการปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น”

สำหรับความหมายของหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นซึ่งก็คือสิทธิของท้องถิ่นในการปกครองตนเองนั้น หากพิจารณาในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสก็จะปรากฏความนัยที่สำคัญ 2 ประการด้วยกันคือ

ประการแรก ความมีอิสระในการปกครองตนเองจากรัฐ ซึ่งหมายถึงท้องถิ่นมีอิสระในการดำเนินกิจการต่างๆ ซึ่งเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของท้องถิ่นนั้นๆ การมีบุคคลากร เครื่องไม้เครื่องมือ และการคลังเป็นของตนเอง นอกจากนี้ยังหมายถึงการที่ท้องถิ่นสามารถออกนิติกรรมทางปกครอง และทำสัญญาได้ด้วยตนเอง

ประการที่สอง ความมีอิสระเมื่อเปรียบเทียบกับองค์การปกครองท้องถิ่นอื่นหรือองค์การมหาชนอิสระ (les établissements publics) ทั้งหลาย ซึ่งหมายถึงเมื่อกฎหมายได้บัญญัติให้องค์การปกครองท้องถิ่นใดมีอำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น

<sup>20</sup> มาตรา 281 ภายใต้บังคับมาตรา 1 รัฐจะต้องให้ความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น. (หมายเหตุ: รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยที่มีการรับรองหลักการนี้ไว้ ก่อนหน้านั้นในรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2517 ก็มีการรับรองไว้เป็นครั้งแรกแล้วในมาตรา 214 และรัฐธรรมนูญไทยฉบับหลังจากนั้นก็มีการรับรองไว้ตามอย่างเรื่อยมาอันได้แก่มาตรา 180 รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2521, มาตรา 196 รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2534 และมาตรา 282 รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2540).

<sup>21</sup> Ces collectivités s' administrant librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi “คำแปลในภาคภาษาไทยมาจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ งานแปลอันดับที่ 175. (2541). หน้า 45.

<sup>22</sup> “Article 92. Regulation concerning organization and operation of local public entities shall be fixed by law in accordance with the basic principle of local autonomy” คำแปลในภาคภาษาไทยมาจาก รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น โดยสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ งานแปลอันดับที่ 176. (2541). หน้า 31-32.

หรือองค์การมหาชนอิสระจะเข้าไปจัดทำกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายนั้นบัญญัติไว้ไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้องค์การปกครองท้องถิ่น หรือองค์การมหาชนอิสระร่วมกันจัดทำกิจการนั้น นอกจากนี้ความเป็นอิสระยังหมายถึงว่า ห้ามมิให้มีการกำกับดูแลระหว่างองค์การปกครองท้องถิ่นด้วยกันเองด้วย

ดังจะเห็นได้จากมาตรา 2 ของกฎหมาย ลงวันที่ 2 มกราคม 1983 ที่บัญญัติว่า “การโอนอำนาจหน้าที่ให้แก่เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัดโดยกฎหมายฉบับนี้จะต้องไม่เป็นการทำให้องค์การปกครองท้องถิ่นหนึ่งมีอำนาจกำกับดูแลอีกท้องถิ่นหนึ่งหรือซึ่งกันและกัน<sup>23</sup>

นอกจากนั้นเพื่อให้หลักการนี้สามารถมีผลบังคับใช้ได้จริงรัฐธรรมนูญก็ยังได้มีความพยายามที่จะสร้างหลักประกันเพื่อคุ้มครองการใช้สิทธิในปกครองตนเองของท้องถิ่น ด้วยการกำหนดเนื้อหาของหลักดังกล่าวไว้ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

- (1) ความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายการปกครองท้องถิ่นของตน
- (2) ความมีอิสระในทางการเงินและการเงินแห่งท้องถิ่น
- (3) ให้มีโครงสร้างการดำเนินงานซึ่งประกอบด้วยสภาท้องถิ่นและหัวหน้าฝ่ายบริหารท้องถิ่น หรือคณะผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งมาจากการเลือกตั้งเป็นหลัก
- (4) การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น หรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม
- (5) ท้องถิ่นใดมีลักษณะที่จะปกครองตนเองได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมมีสิทธิปกครองตนเอง<sup>24</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ชัดว่า การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดซึ่งกันและกันในฐานะที่หลักของการกำกับดูแลจะเป็นสิ่งที่สนับสนุนส่งเสริมและเป็นหลักประกันที่สำคัญในการคุ้มครองเรื่องความเป็นอิสระของการปกครองตนเองของท้องถิ่นให้ปรากฏเป็นจริงในทางปฏิบัติได้นั่นเอง

<sup>23</sup> Jacques BOURDON, Jean-Marie PONTIER et Jean-Claude RICCI. (1987). *Droit des Collectivités Territoriales*. pp. 130-140. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 12.

<sup>24</sup> พนม เอี่ยมประยูร. (2545). *หลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายซึ่งมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ*. ในหนังสือที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพรวมบทความทางวิชาการของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร. หน้า 135.

ในการทำความเข้าใจเรื่องความเป็นอิสระของท้องถิ่น จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจถึงเรื่องหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น และแนวคิดว่าด้วยการทำหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตลอดจนขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกิจการท้องถิ่น

#### 1) หลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น

การจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินตามหลักการรวมอำนาจ (Centralisation) ซึ่งเป็นการจัดระเบียบภายในรัฐที่รัฐแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชนทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ โดยรวมอำนาจในการตัดสินใจและการวินิจฉัยสั่งการเป็นศูนย์กลางอยู่ที่ผู้ปกครองหรือรัฐบาล ซึ่งมีข้อเสียหลายประการเช่น รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างทั่วถึง และไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่ต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนในท้องถิ่นที่มีส่วนร่วมในการปกครอง

ปัญหาที่เกิดจากการรวมอำนาจการปกครองดังกล่าวนำไปสู่แนวทางแก้ไขโดยการขยายหลักการรวมอำนาจด้วย “หลักการแบ่งอำนาจ” (Déconcentration) ให้แก่ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ซึ่งเป็นวิธีที่รัฐแบ่งภาระของราชการบริหารส่วนกลางให้แก่เจ้าหน้าที่ที่ไปประจำอยู่ในส่วนภูมิภาค ในการวินิจฉัยสั่งการและตัดสินใจในบางเรื่อง แต่อำนาจสูงสุดยังคงอยู่ที่ราชการบริหารส่วนกลาง

หลักการแบ่งอำนาจการปกครองเป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจที่มาเสริมเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเท่านั้น จึงไม่ใช่การกระจายอำนาจ<sup>25</sup> การแบ่งอำนาจเป็นการแก้ไขจุดอ่อนของหลักการรวมอำนาจการปกครองที่สามารถแก้ไขได้บางส่วนเท่านั้น ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเกิดหลักการกระจายอำนาจ (Décentralisation) ซึ่งเป็นวิธีที่รัฐมอบอำนาจในการปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกการบริหารส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างในลักษณะการปกครองส่วนท้องถิ่น

การปกครองท้องถิ่นจึงเป็นไปตามหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งหมายถึงการยึดถือความต้องการของราษฎรในท้องถิ่นเป็นหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยให้ราษฎรในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการจัดการในลักษณะการเข้าทำหน้าที่ของคณะผู้บริหาร ผู้บริหาร หรือสมาชิกสภาท้องถิ่น<sup>26</sup> โดยการปกครองท้องถิ่นต้องมีความ

<sup>25</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 14.

<sup>26</sup> พรชัย รัศมีแพทย์. เล่มเดิม. หน้า 18-22.

เป็นอิสระในการดำเนินการที่ได้รับมอบหมายได้เองโดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้การบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง<sup>27</sup> เพียงแต่อยู่ภายใต้การควบคุมแบบพิเศษที่เรียกว่า “การกำกับดูแล” เท่านั้น

## 2) แนวคิดว่าด้วยการกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>28</sup>

ก่อนที่จะได้กล่าวถึงแนวคิดว่าด้วยการกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เราจำเป็นต้องตอบคำถามสำคัญเสียก่อนว่า การกิจหน้าที่ใดเป็นเรื่องของท้องถิ่น และการกิจหน้าที่ใดเป็นของรัฐบาลระดับชาติ และการจัดแบ่งภารกิจหน้าที่ระหว่างรัฐบาลในทั้งสองระดับนั้นเป็นไปภายใต้หลักเกณฑ์เช่นไร

โดยทั่วไปแล้ว การกิจหน้าที่ของรัฐบาลระดับชาติและระดับท้องถิ่นถือว่าเป็นกิจกรรมในกลุ่มเดียวกัน นั่นคือ มีลักษณะเป็น “บริการสาธารณะ” (public services) ซึ่งถือว่าเป็นกิจกรรมที่อยู่ในอำนาจของรัฐ หรือเป็นบริการที่รัฐมีอำนาจจัดทำ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบความจำเป็นและต้องการของประชาชนเป็นการทั่วไป หรือเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมนั่นเอง อย่างไรก็ตาม การบริการสาธารณะจะถือว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แต่ในการจัดทำหรือจัดให้มีบริการสาธารณะหนึ่งๆ นั้น ไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเองทั้งหมด แต่โดยทั่วไปจะมีการแบ่งอำนาจหน้าที่ในการจัดทำออกไปยังองค์กรทางการเมืองอื่นๆ เพื่อร่วมกันจัดทำบริการสาธารณะ เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ซึ่งเราเรียกบริการสาธารณะเหล่านี้ว่า บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ นอกจากนี้ยังปรากฏลักษณะที่รัฐได้ “มอบอำนาจ” ในการจัดทำบริการสาธารณะแก่องค์กรในภาคเอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแทนรัฐได้ แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแล กำหนดหลักเกณฑ์ หรือวางมาตรฐานของบริการโดยรัฐ ซึ่งเราเรียกกิจกรรมเหล่านี้ว่า บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน<sup>29</sup>

สำหรับบริการสาธารณะที่ถือเป็นภารกิจหน้าที่ของรัฐบาลระดับชาติและระดับท้องถิ่น จะหมายถึงบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ ซึ่งถือเป็นกิจกรรมที่เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นและมีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนโดยทั่วไป ในประเทศที่มีการกระจายอำนาจไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็จะปรากฏการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจการดังกล่าวระหว่างรัฐบาลระดับชาติกับระดับท้องถิ่นจึงทำให้บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ สามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

<sup>27</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2549). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 183.

<sup>28</sup> วสันต์ เหลืองประภัสร์. (2547). สารานุกรมการปกครองท้องถิ่น หมวดที่ 4 องค์กรประกอบของการปกครองท้องถิ่น ลำดับที่ 2 เรื่อง ภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. หน้า 6-12.

<sup>29</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก (2547). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการ. หน้า 29 – 34 และ หน้า 55-77.

หนึ่ง บริการสาธารณะระดับชาติ (National Affairs) ซึ่งหมายถึง กิจกรรมที่ดำเนินการโดยองค์กรของรัฐบาลระดับชาติ ซึ่งจะเป็นกิจกรรมที่มุ่งเน้นประโยชน์ส่วนรวมภายในรัฐ ทั้งนี้จะมีคุณลักษณะสำคัญ ได้แก่

1. เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงแห่งรัฐ เช่น กองทัพ งานข่าวกรอง งานรักษาความมั่นคงอื่นๆ เป็นต้น
2. เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและกระบวนการทางยุติธรรม เช่น กิจการตำรวจ ศาลยุติธรรม เป็นต้น
3. เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับ “ความเป็นตัวแทน” (representative) ของรัฐโดยรวม เช่น กิจกรรมทางด้านการทูตและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น
4. เป็นกิจกรรมที่ต้องการให้เกิดมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ เช่น ระบบกฎหมาย ระบบการศึกษาแห่งชาติ การสาธารณสุขแห่งชาติ ระบบแลกเปลี่ยนเงินตรา เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า บริการสาธารณะระดับชาติ จะเป็นกิจกรรมที่มุ่งสร้างความเป็นเอกภาพภายในรัฐ รวมถึงกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเป็นแบบแผนและมาตรฐานในชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนภายในรัฐ ทั้งนี้ ก็เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่สังคมโดยรวม มากกว่าการมุ่งเน้นไปยังพื้นที่หรือชุมชนแห่งหนึ่งแห่งใดเป็นการเฉพาะ

สอง บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น (Local Affairs) จะหมายถึง กิจกรรมที่ดำเนินการโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชนในชุมชนท้องถิ่นแห่งหนึ่งซึ่งมุ่งจัดทำบริการเพื่อประโยชน์ของประชาชนภายในชุมชนท้องถิ่นของตนเป็นสำคัญ ดังนั้นกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะระดับท้องถิ่นจึงมักจะเกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนภายในชุมชนหนึ่งๆ เพื่อมุ่งตอบสนองต่อปัญหาและความต้องการของประชาชนภายในชุมชนนั้นเป็นการเฉพาะ

จากที่กล่าวมา สามารถแบ่งแยกกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะระดับชาติออกจากบริการสาธารณะระดับท้องถิ่นได้บ้าง แต่ในทางปฏิบัติแล้วการจะกำหนดว่ากิจกรรมใดควรเป็นบริการสาธารณะระดับชาติและกิจกรรมใดควรเป็นของท้องถิ่นนั้น มิได้มีข้อกำหนดที่เป็นสากลทั่วไป หากแต่ขึ้นอยู่กับเหตุปัจจัยภายในของรัฐหนึ่งๆ รวมถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลา เช่น พัฒนาการของรัฐ ระดับของการกระจายอำนาจภายในรัฐ ระดับของความเป็นสถาบันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นโยบายของรัฐบาลแห่งชาติในช่วงเวลาหนึ่งๆ เป็นต้น

เพื่อความเข้าใจที่เพิ่มขึ้น จึงจำเป็นจะต้องทำความเข้าใจถึงแนวคิดในการจัดการกิจการหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ปรากฏโดยทั่วไปว่า มีหลักการและรูปแบบใด การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถจัดทำบริการสาธารณะอะไรได้นั้น วางอยู่บนหลักการ



แนวคิดและข้อกำหนดอะไร และในการกำหนดหน้าที่ที่ท้องถิ่นจัดทำนั้น มีเงื่อนไขกำกับหรือไม่ และถ้ามีเงื่อนไขนั้นเกิดขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์อันใด

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงกลายเป็นหลักการสำคัญที่ส่งผลต่อการวางหลักการและรูปแบบในการจัดระบบภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งที่ปรากฏโดยทั่วไปนั้นมีอยู่ด้วยกัน 3 แนวคิด ดังที่จะได้นำเสนอต่อไปนี้

## 2.1 ภารกิจหน้าที่ตามบทบัญญัติในกฎหมาย

หลักการกำหนดภารกิจหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบนี้ จะหมายถึงภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีขอบข่ายเพียงใดและครอบคลุมในกิจกรรมอะไรบ้างนั้น จะถูกกำหนดโดยกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำได้ในภารกิจนั้นๆ กล่าวในอีกแง่หนึ่งย่อมแสดงว่า ภารกิจหน้าที่ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำได้นั้น จะต้องมียกกฎหมายรับรองหรือระบุเอาไว้ว่าเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจัดทำภารกิจบางด้านที่กฎหมายมิได้ระบุไว้ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดขอบข่ายอำนาจหน้าที่ที่ตนเองสามารถกระทำได้หรือเป็นการใช้อำนาจเกินกว่ากฎหมายที่กำหนดไว้ ดังนั้น ภายใต้หลักการเช่นนี้ ภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงถูกจำกัดโดยกฎหมายนั่นเอง

หากพิจารณาจากประเด็นเรื่องภารกิจหน้าที่แต่เพียงอย่างเดียว ในรัฐที่ถือหลักการจัดการภารกิจหน้าที่ตามบทบัญญัติในกฎหมายจึงอาจทำให้มองได้ว่า ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการปกครองตนเองจะมีอยู่ค่อนข้างจำกัด เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำภารกิจเฉพาะที่กฎหมายระบุเอาไว้เท่านั้น เช่น หากกฎหมายระบุว่าการจัดเก็บขยะ ถือเป็นการกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการจัดทำภารกิจนั้นได้ แต่หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะไปดำเนินการจัดสร้างโรงเรียน ถึงจะเป็นความต้องการและจำเป็นภายในชุมชนท้องถิ่นก็ตาม จะถือว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น

เรามักจะพบประเทศที่กำหนดภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปตามหลักการทางกฎหมายดังกล่าวในกลุ่มประเทศที่มีพื้นฐานทางพัฒนาการของรัฐมาจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Monarchic-based) และกลุ่มประเทศแองโกล เช่น สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา เป็นต้น รวมถึงประเทศไทยเอง ก็สะท้อนคุณลักษณะการจัดการกิจหน้าที่ไปตามหลักการดังกล่าวเช่นกัน แต่มิได้หมายความว่าในกลุ่มประเทศเหล่านี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีภารกิจหน้าที่อย่างจำกัดเสมอไป ถึงแม้ว่าในเชิงหลักการจะมีแนวโน้มเช่นนั้น

แต่ในทางปฏิบัติก็พบว่า ในกลุ่มประเทศเหล่านี้ จะมีการออกกฎหมายเพื่อกำหนดภารกิจหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นค่อนข้างมากและครอบคลุมกิจกรรมต่างๆ ค่อนข้างหลากหลาย

## 2.2 ภารกิจหน้าที่ตามหลักความสามารถทั่วไป (General Competence)

ภายในรัฐที่ระบบการปกครองท้องถิ่นมีการจัดการกิจหน้าที่ไปตามหลักความสามารถทั่วไป จะหมายถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำภารกิจหน้าที่ได้อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมที่ไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายหรือกระทบต่ออำนาจของสถาบันทางปกครองอื่นๆ นั่นคือ เป็นการถือหลักความจำเป็นและความต้องการของชุมชนเป็นหลัก หากชุมชนท้องถิ่นเกิดข้อเรียกร้องต้องการอะไรก็ตาม องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการในกิจกรรมนั้นๆ เพื่อตอบสนองต่อปัญหาและความต้องการของชุมชนได้ ดังนั้น ในทางกฎหมายถึงไม่ปรากฏว่ามีการระบุภารกิจหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกเป็นรายกิจกรรม แต่จะให้อิสระกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจกรรมอะไรก็ได้ เพื่อตอบสนองความต้องการภายในชุมชนของตนเอง

การจัดการกิจหน้าที่ตามหลักความสามารถทั่วไป จึงวางน้ำหนักไปที่ความต้องการของ “ชุมชนท้องถิ่น” ที่จะต้องมีการบริหารจัดการ มิใช่ “ภารกิจ” หรือบริการสาธารณะที่จะต้องจัดทำ ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมิได้มีการกิจหน้าที่เฉพาะบริการสาธารณะที่ตนเองจัดทำอยู่ ในปัจจุบันเท่านั้น หากยังรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะที่อาจจะมีขึ้นในอนาคตตามความจำเป็นและความต้องการของชุมชนท้องถิ่นด้วยนั่นเอง ตัวอย่างเช่น ในอนาคตประชาชนของชุมชนท้องถิ่นมีการขยายตัวและเติบโตเป็นเมืองมากขึ้น ความจำเป็นระบบขนส่งมวลชนภายในท้องถิ่นกลายเป็นเรื่องที่จำเป็น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการจัดทำภารกิจนั้นๆ ได้ทันที หากตนเองมีศักยภาพเพียงพอที่จะกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายให้อำนาจในการจัดทำภารกิจนั้นๆ เป็นต้น

ในประเทศที่ถือหลักการจัดการกิจหน้าที่ตามหลักความสามารถทั่วไป จึงแสดงถึงภูมิหลังและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่สะท้อนถึงความเข้มแข็งของชุมชนท้องถิ่น ประเทศที่ยึดถือหลักการดังกล่าวจึงมักจะมีพัฒนาการของรัฐสมัยใหม่มาจากการรวมตัวกันของชุมชนท้องถิ่น (Community-based) เช่น ประเทศสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงกลุ่มประเทศนอร์ดิกในแถบยุโรปเหนือ สำหรับประเทศที่มีพัฒนาการทางความคิดในด้านกฎหมายมหาชนที่ค่อนข้างก้าวหน้าอย่างประเทศฝรั่งเศส ก็ยึดถือหลักการนี้เช่นกัน โดยจะเรียกหลักการนี้ว่า “หลักการบริหารโดยอิสระ” (Free Administration) สำหรับในประเทศแถบเอเชีย ก็ปรากฏหลักการจัดการกิจหน้าที่ในลักษณะนี้เช่นกัน อาทิ ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในเชิงหลักการจะทำให้เห็นว่า หลักความสามารถทั่วไปนี้จะสะท้อนถึงความเป็นอิสระทางการบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นค่อนข้างสูง แต่ในทางปฏิบัติแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจะจัดทำภารกิจได้ค่อนข้างจำกัด ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากข้อจำกัดในด้านอื่นๆ โดยเฉพาะทรัพยากรทางการคลังทำให้สามารถจัดทำบริการสาธารณะในเพียงบางด้านเท่านั้น ตัวอย่างเช่น หากระดับของความเป็นเมืองและการเติบโตทางเศรษฐกิจของชุมชนท้องถิ่นอยู่ในระดับสูง ประชาชนภายในชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง ก็อาจจะเห็นความจำเป็นของการจัดให้มีสนามบินขนาดใหญ่ เพื่อรองรับการพัฒนาทางเศรษฐกิจได้ แต่ในทางปฏิบัติองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจะมีงบประมาณและฐานการจัดเก็บรายได้ที่ค่อนข้างจำกัด ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว เกินขีดความสามารถของตนเองที่จะจัดทำได้ เป็นต้น

### 2.3 ภารกิจหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย (Mandatory Delegated Function)

โดยทั่วไปแล้ว หลักการที่กำหนดภารกิจหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอยู่สองระบบใหญ่ๆ ดังที่กล่าวข้างต้น แต่ยังปรากฏหลักการจัดการภารกิจในอีกลักษณะหนึ่งซึ่งมักจะปรากฏซ้อนทับอยู่ภายใน ได้แก่ภารกิจหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งหมายถึงหลักการจัดการภารกิจสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ถือว่า ภารกิจหน้าที่ในกลุ่มนี้เป็นภารกิจของรัฐ และรัฐจะต้องจัดให้มีขึ้น หากแต่รัฐได้มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการแทน ซึ่งแตกต่างจากภารกิจตามแนวคิดในสองประการแรก ที่ถือว่าเป็นภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยแท้ แต่ภารกิจตามแนวคิดนี้ถือเป็นการกิจของรัฐบากระดับชาติที่มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ

ภารกิจในกลุ่มนี้มักจะได้แก่ภารกิจหน้าที่ที่ถือเป็นความจำเป็นพื้นฐานของรัฐและรัฐจะต้องจัดให้มีขึ้น ภายใต้กรอบวิธีการที่รัฐได้กำหนดไว้ หากแต่ด้วยเหตุผลความจำเป็น รัฐจึงได้ “มอบหมาย” หรือ “มอบอำนาจ” (delegate) ภารกิจหน้าที่ดังกล่าวให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจัดทำแทน ในทางปฏิบัติจึงถือว่า ภารกิจในกลุ่มนี้ถือเป็นหน้าที่ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องจัดทำ และการจัดทำนั้นจะต้องเป็นไปตามแนวทาง และวิธีปฏิบัติที่รับได้กำหนดไว้แล้ว ตัวอย่างของกลุ่มภารกิจด้านนี้ได้แก่ การสำรวจสำมะโนประชากร งานด้านการทะเบียนราษฎร การจัดการเลือกตั้ง งานด้านการขึ้นทะเบียนและคัดเลือกรักษาการ เป็นต้น

สำหรับเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ภารกิจบางด้านเป็นภารกิจที่มอบหมายให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำแทนรัฐนั้น อาจจะเป็นไปได้ใน 2 ประการ กล่าวคือ ในด้านหนึ่ง รัฐอาจจะเห็นว่า การจัดทำภารกิจในบางลักษณะนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำได้ดีกว่ารัฐ เนื่องจากอยู่ใกล้ชิดกับชุมชนท้องถิ่นและมีความคล่องตัวมากกว่า เช่น งานด้านการทะเบียนราษฎร การสำรวจสำมะโนประชากร เป็นต้น อีกทั้งยังถือว่าองค์กรปกครอง

ส่วนท้องถิ่นนั้นก็เปรียบเสมือนกับกลไกหนึ่งของรัฐ จึงได้มอบหมายภารกิจนั้นๆ ให้ท้องถิ่นรับมอบจัดทำแทน ในอีกด้านหนึ่ง รัฐอาจถือว่า การจัดทำภารกิจบางกลุ่มนั้น ถือเป็นแนวนโยบายและความจำเป็นพื้นฐานที่รัฐจะต้องจัดให้มีขึ้น หากแต่การที่รัฐจะลงไปจัดทำเองอาจจะเป็นการขัดต่อหลักความเป็นอิสระและการปกครองตนเองของชุมชนท้องถิ่น หรือขัดต่อจารีตทางการปกครองที่เน้นบทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้จัดทำบริการสาธารณะให้แก่ชุมชนท้องถิ่น ดังนั้น รัฐจะกำหนดให้ภารกิจดังกล่าว เป็นกิจกรรมที่รัฐมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำแทน ภายใต้แบบแผนและมาตรฐานที่รัฐกำหนดไว้ ทั้งนี้ รัฐอาจให้การสนับสนุนด้านเงินงบประมาณ และแนวปฏิบัติต่างๆ แก่ท้องถิ่นได้ เช่น การฟื้นฟูและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม การสาธารณสุขพื้นฐาน การจัดให้มีห้องสมุดและพิพิธภัณฑ์ เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น ในประเทศฝรั่งเศส แม้ว่าหลักการทั่วไปในด้านการกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเป็นไปภายใต้ “หลักการบริหารโดยอิสระ” หรือหลักความสามารถทั่วไป แต่ในกฎหมายยังได้กำหนดให้นายกเทศมนตรีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบเทศบาล หรือ “คอมมูน” (commune) ซึ่งมีฐานะเป็นผู้บริหารท้องถิ่นนั้น จะมีฐานะ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในเวลาเดียวกันด้วยในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ นายกเทศมนตรีจะต้องมีหน้าที่ดูแลให้มีการเคารพต่อกฎหมายทั้งในด้านของการกระทำและกฎหมายต่างๆ ที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการดูแลรักษาประโยชน์แห่งชาติ และมีภารกิจหน้าที่ผูกพันที่ต้องจัดทำ (compulsory functions) เช่น การประกาศให้ประชาชนในท้องถิ่นตนรับทราบถึงกฎหมายและระเบียบต่างๆ การจัดทำทะเบียนราษฎร์ การรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดทำบัญชีรายชื่อผู้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น<sup>30</sup>

ในอีกกรณีหนึ่งที่น่าสนใจ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น ถึงแม้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระสูงในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งวางอยู่บนหลักความสามารถทั่วไป อีกทั้งศักยภาพทางการคลังก็มีสูง แต่ประเด็นหนึ่งซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันมากก็คือ ในกรณีของญี่ปุ่นนั้น ภารกิจจำนวนไม่น้อย ได้ถูกจัดกลุ่มให้เป็นภารกิจที่รัฐมอบหมายให้ท้องถิ่นจัดทำ ผ่านการกำหนดข้อกฎหมายให้ผู้บริหารท้องถิ่นทุกระดับ มีหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่นเดียวกันกับกรณีของฝรั่งเศส พิจารณาในแง่ที่ย่อมหมายความว่า นอกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น “มีหน้าที่” จะต้องจัดทำภารกิจดังกล่าวแล้ว การจัดทำนั้นจะต้องเป็นไปภายในแบบแผนและข้อกำหนดของรัฐด้วย

<sup>30</sup> นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และคณะ (2546). *ทิศทางการปกครองท้องถิ่นของไทยและต่างประเทศ เปรียบเทียบ*. หน้า 121-122.

และน่าสังเกตว่า บทบาทในฐานะเจ้าหน้าที่หรือตัวแทนของรัฐสำหรับนายกเทศมนตรีนี้ คล้ายคลึงกับบทบาทหน้าที่ของกำนันและผู้ใหญ่บ้านในประเทศไทยนั่นเอง.

เรื่องนี้กลายเป็นประเด็นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเรียกร้องให้มีการแก้ไขในระยะปลาย ศตวรรษที่ 20 ที่ผ่านมา เนื่องจากเห็นว่า จะเป็นการขัดกับหลักกระจายอำนาจ และยังเป็นช่องทางสำคัญในการเข้ามาแทรกแซงการจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลแห่งชาติ เนื่องจากบริการดังกล่าวนั้นถูกกำหนดให้เป็นภารกิจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายนั่นเอง<sup>31</sup>

### 3) ขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกิจการท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกแห่งจะต้องมีขอบเขตอำนาจหน้าที่เป็นของตนเองแยกต่างหากจากรัฐและโดยหลักอำนาจหน้าที่นั้นก็ควรเป็นอำนาจหน้าที่คนละประเภทกับรัฐด้วย

#### (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การจัดทำบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมซึ่งถือได้ว่าเป็นอำนาจหน้าที่หลักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกิจกรรมเดียวกันนี้ก็ยังเป็นภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงต้องแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีความชัดเจนและเหมาะสม เพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติหน้าที่

#### ก. แนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

แนวคิดในเรื่องอำนาจหน้าที่ของรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกัน กล่าวคือ

กลุ่มแรก มองว่าอำนาจหน้าที่ทั้งหลายซึ่งรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะให้กับประชาชนในท้องถิ่นนั้นเป็นของรัฐแต่เพียงผู้เดียว อำนาจหน้าที่ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอยู่นั้น ไม่ได้เป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่แต่เดิม หากแต่มีขึ้นเนื่องจากรัฐได้มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปดำเนินการแทนรัฐ ดังนั้น อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีเท่าที่รัฐได้มอบหมายไปเท่านั้น และเมื่อเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ รัฐจึงสามารถเข้าแทรกแซงและควบคุมดูแลการดำเนินงาน รวมทั้งเรียกคืนอำนาจหน้าที่ที่ได้มอบหมายไปให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เช่นกัน

กลุ่มที่สอง มองว่าอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในท้องถิ่นเป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างแท้จริง เพียงแต่ว่าในขณะนั้นท้องถิ่นยังไม่มีความพร้อมที่จะจัดการได้ รัฐซึ่งมีความพร้อมมากกว่าจึงต้องเข้ามาช่วยเหลือและดำเนินการจัดทำไปก่อน ดังนั้นเมื่อท้องถิ่นยังไม่มีความพร้อมที่จะจัดการได้ รัฐซึ่งมีความพร้อมมากกว่าจึงต้องเข้ามาช่วยเหลือและดำเนินการจัดทำไปก่อน ดังนั้นเมื่อท้องถิ่นมีความพร้อมที่จะดำเนินการจัดทำได้เองแล้ว รัฐจึงควรวางมือจาก

<sup>31</sup> วสันต์ เหลืองประภัสร์. เล่มเดิม. หน้า 6-12.

อำนาจหน้าที่นั้นและลดบทบาทเป็นผู้ช่วยเหลือให้คำแนะนำแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้  
องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ข. หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ มักกำหนดให้รัฐจะต้องกระจายอำนาจให้กับองค์กร  
ปกครองส่วนท้องถิ่น แต่การวินิจฉัยว่าอำนาจหน้าที่ใดควรเป็นของรัฐหรือขององค์กรปกครอง  
ส่วนท้องถิ่นกลับไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด การศึกษาเรื่องหลักเกณฑ์การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่  
จึงต้องอาศัยการพิจารณาจากการกำหนดอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น  
ในประเทศต่างๆ ซึ่งพอจะสรุปได้ว่ามีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยก 9 ประการ ดังนี้<sup>32</sup>

1. หลักผลประโยชน์มหาชน (Public Interest) สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ  
ได้แก่

(ก) ผลประโยชน์มหาชนของรัฐ คือการพิจารณาประโยชน์ที่ได้จากการบริการ  
สาธารณะนั้นเป็นส่วนได้เสียโดยตรงของพลเมืองกลุ่มใหญ่ที่สุดของรัฐ เป็นเรื่องที่มีลักษณะที่เป็น  
ประโยชน์ของคนทั่วประเทศมีความสำคัญต่อความเป็นเอกภาพของรัฐ จึงจำเป็นต้องมีองค์กร  
ส่วนกลางเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ หรือหากรัฐมอบให้ท้องถิ่นดำเนินการ รัฐจะต้องเป็นผู้ควบคุม  
นโยบายให้ท้องถิ่นดำเนินการโดยนโยบายเพื่อผลประโยชน์ของรัฐหรือความเป็นเอกภาพของรัฐ  
เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของประเทศและความสัมพันธ์กับ  
ต่างประเทศ เป็นต้น

(ข) ประโยชน์มหาชนท้องถิ่น ได้แก่ ประโยชน์ซึ่งเป็นส่วนได้ส่วนเสียโดยตรงของ  
พลเมืองที่อาศัยอยู่ในท้องถิ่นโดยเฉพาะ

2. หลักประสิทธิภาพในการจัดการ เป็นการพิจารณาในเรื่องคุณภาพของการให้บริการ  
สาธารณะที่จัดทำขึ้น กล่าวคือ การจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งควรจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์  
แก่ประชาชนมากที่สุด ทั้งนี้เนื่องจากการกิจการในการจัดบริการสาธารณะบางอย่างจำเป็นต้องใช้  
เทคโนโลยีระดับสูง เป็นกิจการขนาดใหญ่หรือเป็นกิจการที่จำเป็นต้องมีการประสานงานระหว่าง  
องค์กรต่างๆ หลายหน่วยงาน แต่ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างเป็นกิจการที่  
ไม่สลับซับซ้อน หรือมีเทคนิคมากนัก จึงต้องมีองค์กรที่เหมาะสมทั้งทางด้านการเงิน บุคลากร และ  
ความสามารถด้านอื่นๆ ที่จะจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

<sup>32</sup> วุฒิสาร ตันไชย. (2544). “การกระจายภารกิจหน้าที่ไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยุคใหม่” ใน  
นรนิตี เศรษฐบุตร: 60 ปี กิตติยาจารย์ เล่มหนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการปกครองท้องถิ่น. หน้า 161-  
166.

3. หลักความรับผิดชอบในการจัดบริการ (Accountability) กิจกรรมที่ตอบสนองต่อความต้องการของหน่วยชุมชนระดับใด ควรมอบให้หน่วยการปกครองระดับนั้นเป็นเจ้าของและเป็นผู้ดำเนินการ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมนั้นๆ สนองตอบต่อความต้องการของประชาชนในชุมชนได้ดีที่สุดและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของชุมชนนั้นๆ แต่หากเป็นกิจกรรมที่ต้องสนองตอบความต้องการของหน่วยชุมชนที่สูงขึ้นไป หรือเป็นกิจกรรมที่มุ่งสนองตอบปัญหาความต้องการของผู้คนทั้งประเทศหรือปัญหาของชาติโดยรวมก็ควรมอบให้เป็นหน้าที่ของรัฐบาลระดับที่สูงขึ้นไปตามความเหมาะสม

4. หลักความสามารถของท้องถิ่น (Local Capability) เกิดจากพื้นฐานแนวคิดว่า การดำเนินกิจกรรมสาธารณะทั้งหมดเป็นหน้าที่ของหน่วยการปกครองท้องถิ่นในระดับล่างสุดเสมอ หน่วยการปกครองท้องถิ่นในระดับสูงขึ้นไปจะเลือกดำเนินกิจกรรมสาธารณะใดๆ ก็ต่อเมื่อท้องถิ่นระดับล่างไม่มีศักยภาพที่จะดำเนินการได้ หรือหากดำเนินการได้ก็อาจเกิดปัญหากระทบกับท้องถิ่นอื่นๆ หรือเป็นผลเสียหายต่อประเทศชาติโดยรวม

5. หลักการกำหนดระดับของหน่วยจัดการบริการที่มีความรับผิดชอบสูงสุด (Optimal Accountability) หน่วยจัดการบริการที่มีความรับผิดชอบสูงสุด หมายถึง หน่วยจัดการบริการในระดับใดๆ ก็ตามที่มีคุณสมบัติ 2 ประการดังต่อไปนี้

(ก) เป็นหน่วยจัดการบริการระดับล่างสุด มีความใกล้ชิดกับผู้ใช้บริการมากที่สุดที่มีความสามารถในการวางแผน จัดการผลิต และหารายได้มาใช้จ่ายในการจัดการบริการได้อย่างสมบูรณ์

(ข) เป็นหน่วยจัดการบริการที่มีพื้นที่การให้บริการครอบคลุมประชากรหรือพื้นที่ที่ได้รับประโยชน์ และผลกระทบจากการให้บริการโดยสมบูรณ์ และประชาชนผู้มีส่วนได้รับผลประโยชน์และผลกระทบจากการจัดบริการสาธารณะทั้งหมดสามารถเข้าไปมีส่วนในการวางแผนการผลิต และควบคุมตรวจสอบผลการดำเนินงานของหน่วยจัดการบริการนั้นๆ ได้โดยตรงมากที่สุด

6. หลักการกำหนดขนาดของการจัดบริการที่มีประสิทธิภาพสูงสุด (Optimal Efficiency of Scale) ขนาดของการจัดการที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในที่นี้ หมายถึง ขนาดของชุมชน (จำนวนประชากรในชุมชน) ในระดับใดๆ ก็ตามที่เอื้ออำนวยให้สามารถจัดบริการประเภทนั้นๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด หรืออีกนัยหนึ่งเป็นจำนวนประชากรที่เอื้ออำนวยให้มีต้นทุนการจัดบริการที่ต่ำที่สุดนั่นเอง โดยการกำหนดหน่วยการจัดบริการโดยคำนึงถึงขนาดของการจัดบริการที่มีประสิทธิภาพสูงสุดนี้มาจากหลักประสิทธิภาพ (The Principle of Management Efficiency)

ในการจัดบริการสาธารณะที่ว่า การจัดบริการสาธารณะใดๆ ควรต้องประหยัด ถ้าสามารถใช้เงินจำนวนน้อยที่สุดเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้คนจำนวนมากได้ก็นับว่าเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด

7. หลักการจำแนกหน่วยกำหนดนโยบายและหน่วยจัดบริการออกจากกัน (Separation of Policy Units) เป็นการนำหลักเกณฑ์การกำหนดระดับของหน่วยจัดบริการที่มีความรับผิดชอบสูงสุด (Optimal Accountability) และหลักการกำหนดขนาดของการจัดบริการที่มีประสิทธิภาพสูงสุด (Optimal Efficiency of Scale) มาพิจารณาร่วมกันวิเคราะห์บริการสาธารณะ แต่ละประเภท และจัดสรรบริการลงไปในชุมชนระดับต่างๆ ซึ่งอาจเกิดกรณีที่หน่วยจัดบริการที่น่าจะมีความสามารถและมีความรับผิดชอบต่อผู้ที่ได้รับประโยชน์สูงสุดไม่สามารถจัดบริการให้มีต้นทุนต่ำที่สุด (หรือมีประสิทธิภาพมากที่สุด) ทั้งนี้เนื่องจากหน่วยจัดบริการหรือหน่วยการปกครองที่ใกล้ชิดกับผู้ใช้บริการมากที่สุด และสามารถหารายได้มาใช้จ่ายในการจัดบริการได้นั้น มักจะมีจำนวนประชากรน้อยเกินไปโดยจำนวนที่จะสามารถจัดบริการให้มีต้นทุนต่ำที่สุดก็อาจเป็นประชากรของหลายๆ ตำบล หรือหลายๆ อำเภอประกอบกันซึ่งทางเลือกที่น่าจะเหมาะสมคือการให้มีหน่วยกำหนดนโยบายและจัดบริการที่มีความรับผิดชอบสูงสุดและให้หน่วยจัดบริการที่มีต้นทุนต่ำที่สุด โดยหน่วยงานทั้งสองอาจเป็นหน่วยงานเดียวกันหรือคนละหน่วยงานก็ได้

8. หลักการกำหนดอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะตามขนาดของกิจการบริการสาธารณะ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) บริการสาธารณะที่เป็นกิจการขนาดใหญ่ หมายถึงกิจการที่ต้องใช้เทคโนโลยีเงินทุนและบุคลากรที่มีความสามารถระดับสูง ดังนั้น ผู้จะมีอำนาจตัดสินใจจัดทำกิจการดังกล่าวจึงต้องเป็นองค์กรขนาดใหญ่ที่มีขีดความสามารถพร้อมที่จะดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การศึกษาระดับสูง การคมนาคมทางอากาศ การชลประทานหลวง การขุดเจาะน้ำมัน เชื้อเพลิงและทรัพยากรธรรมชาติการศึกษาวิจัย การวิเคราะห์ประเมินผล เป็นต้น

(ข) บริการสาธารณะที่เป็นกิจการไม่สลับซับซ้อนหรือมีเทคนิคมากนัก และมักเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของประชาชน ซึ่งหากได้พนักงานท้องถิ่นที่รู้ถึงสภาพท้องถิ่นนั้นๆ เป็นผู้จัดทำ จึงจะมีประสิทธิภาพมากกว่าให้รัฐซึ่งเป็นผู้วางนโยบายดำเนินการในวงกว้างเป็นผู้จัดทำ นอกจากนี้การจัดทำบริการประเภทนี้ยังเป็นการดำเนินการที่ใช้งบประมาณไม่มากนัก เช่น การให้มีสุสานและฌาปนสถาน การปรับปรุงแหล่งชุมชนแออัด การขนส่งสาธารณะในเขตท้องถิ่น การให้มีสถานสินเชื่อท้องถิ่น การดูแลชายหาดในเขตท้องถิ่น การจัดให้มีโคมไฟตามถนนหนทาง เป็นต้น



## 9. หลักการแบ่งตามประเภทขององค์กรในการเป็นผู้ให้บริการสาธารณะ

(ก) บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจของรัฐ ซึ่งต้องพิจารณาถึงลักษณะสำคัญ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก เป็นภารกิจที่ประชาชนทั้งประเทศมีส่วนได้เสียเหมือนกัน จึงต้องอาศัยองค์กรกลางเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกันทั่วประเทศ

ประการที่สอง เป็นภารกิจที่รัฐสามารถจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า ซึ่งพอที่จะสรุปเป็นภารกิจขั้นพื้นฐานของรัฐออกเป็น 4 ประเภท คือ 1) หน้าที่ด้านการป้องกันประเทศ 2) หน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน 3) หน้าที่ในการรักษาความมั่นคง หรือเสถียรภาพในทางเศรษฐกิจ 4) หน้าที่ของรัฐในการเป็นตัวแทนในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

(ข) บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นกิจการที่เกี่ยวกับท้องถิ่นโดยเฉพาะ และเป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนในท้องถิ่น โดยมีลักษณะ คือ เป็นกิจการที่เป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนในท้องถิ่นนั้นที่สามารถแยกออก หรือมีลักษณะที่แตกต่างจากท้องถิ่นอื่นได้

เป็นกิจการที่ใกล้ชิดกับคนในท้องถิ่นเกี่ยวกับชีวิตประจำวันของคนในท้องถิ่น

ดังที่กล่าวมาข้างต้น สามารถจำแนกประเภทของบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจของท้องถิ่นได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิการของคนในท้องถิ่นโดยตรง หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพแวดล้อมและการอำนวยความสะดวกในการดำรงชีวิตของคนในท้องถิ่น

การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในรูปองค์กรร่วม ในการจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นนั้น ท้องถิ่นอาจโอนหน้าที่บางอย่างของตนให้แก่องค์กรร่วมดำเนินการได้ เช่น การจัดให้มีสหกรณ์หรือการจัดตั้งบริษัทจำกัดของท้องถิ่นต่างๆ เป็นต้น การโอนอำนาจหน้าที่บางอย่างเช่นนี้ ทำให้ท้องถิ่นที่เข้าร่วมในองค์กรร่วมนั้นสามารถตัดทอนภาระหน้าที่โอนให้แก่องค์กรร่วมรับผิดชอบได้

บริการสาธารณะที่รัฐและท้องถิ่นร่วมกันดูแล อันเนื่องมาจากมีบริการสาธารณะบางประเภทเป็นเรื่องที่กระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวมทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น โดยไม่อาจแยกประโยชน์ของมหาชนทั้งสองให้ออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด การจัดทำบริการสาธารณะที่รัฐและท้องถิ่นร่วมกันดูแลนี้อาจแบ่งแยกได้เป็นลำดับชั้นของกิจการ โดยอาศัยหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการแบ่งแยกการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างรัฐกับท้องถิ่น โดยอาศัยหลักทั่วไปคือหลักประโยชน์มหาชนและหลักประสิทธิภาพ ซึ่งบริการเหล่านี้เป็นภารกิจลำดับรองที่ทั้งรัฐและท้องถิ่นต้องแบ่งหน้าที่กันรับผิดชอบดำเนินการ เช่น การจัดการศึกษาความต้องการบริการด้านการศึกษาระดับขั้นพื้นฐานเป็นความต้องการของส่วนรวมของคนทั้งประเทศ โดยกำหนดนโยบายและวางแผน

การศึกษาไว้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการศึกษาขั้นต่อไป และการวัดมาตรฐานการศึกษาซึ่งต้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งระบบในขณะที่เดียวกันการศึกษาในชั้นประถมศึกษาซึ่งเป็นความต้องการของคนในท้องถิ่นแต่ละแห่งมีความแตกต่างกันไปด้วย เช่น การสร้างโรงเรียน การจัดการศึกษาเสริมที่สอดคล้องกับสภาพของชุมชนในแต่ละท้องถิ่น จึงเป็นหน้าที่ของท้องถิ่นที่จะจัดทำในส่วนนี้ ส่วนการจัดการศึกษาระดับสูงจึงเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดทำ และสำหรับการจัดการศึกษานอกโรงเรียนเป็นการจัดการศึกษาเพื่อส่งเสริมทักษะและฝึกฝนฝีมือ เพื่อส่งเสริมการประกอบอาชีพของคนในท้องถิ่นซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องผลประโยชน์มหาชน ท้องถิ่นจึงเป็นหน้าที่ของท้องถิ่นในการดำเนินกิจการ หรือหน้าที่ในการส่งเสริมรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมซึ่งรัฐและท้องถิ่นต้องให้การดูแลร่วมกัน

#### ค. ความหลากหลายในการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในทางปฏิบัติ

จากทฤษฎีแม้จะได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในหลายประการด้วยกัน แต่ในทางปฏิบัติเราไม่สามารถนำหลักเกณฑ์เพียงข้อใดข้อหนึ่งมาใช้ได้ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศต่างๆ มักนำหลักเกณฑ์หลายข้อมาผสมผสานกันและปรับใช้ให้เข้ากับสภาพการปกครองภายในประเทศของตน ด้วยเหตุนี้้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เหมือนกันทุกประเทศ

หากพิจารณาอำนาจหน้าที่ของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยทั่วไปจะพบว่าส่วนมากมักมีอำนาจหน้าที่ที่คล้ายคลึงกัน ความแตกต่างจะมีในส่วนที่เป็นรายละเอียดเท่านั้น กล่าวคือรัฐจะมีอำนาจหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เช่น มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศ การทูต การเศรษฐกิจ ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอำนาจหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น หรือเป็นกิจการที่ไม่มีความซับซ้อนหรืองบประมาณมากนัก เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมักมีการคำนึงถึงจำนวนของผู้ได้รับผลประโยชน์จากการบริการและศักยภาพขององค์กรที่จะจัดทำประกอบอยู่ด้วยเสมอ

(2) หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกันเอง

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรภาครัฐที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะให้กับประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งประเทศต่างๆ มักจะกำหนดรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้หลายรูปแบบและหลายลำดับชั้น ด้วยประสงค์จะให้ประชาชนได้รับการดูแลอย่างทั่วถึงและพอเพียง แต่ทั้งนี้ การมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหลายรูปแบบและหลายลำดับชั้นก็จำเป็นจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบไว้อย่างชัดเจน และสิ่งที่

ต้องคำนึงถึงเป็นอย่างยิ่ง คือ ศักยภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับการมอบหมาย

การจัดลำดับชั้นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมักจะเป็นการกำหนดขอบเขตของอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละระดับไปในตัว กล่าวคือ การพิจารณาแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยตนเอง มักพิจารณาจากขนาดหรือระดับขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควบคู่ไปด้วยโดยจะกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่หรืออยู่ในระดับสูงกว่าซึ่งจะมีขอบเขตพื้นที่ที่ครอบคลุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กหลายแห่งเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะประเภทที่ต้องมีการติดต่อประสานงานกันหลายท้องถิ่น หรือเป็นบริการสาธารณะขนาดใหญ่ที่จะต้องอาศัยศักยภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการจัดทำมาพอสมควร เช่น การให้บริการด้านการขนส่งระหว่างท้องถิ่น จัดการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาในขณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กก็จะจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นการบริการประชาชนภายในท้องถิ่น เช่น การขนส่งภายในท้องถิ่น การจัดทำถนน ดูแลรักษาแหล่งน้ำในท้องถิ่น จัดการศึกษาระดับประถมศึกษา เป็นต้น

### (3) ประเภทของอำนาจหน้าที่

อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอยู่หลายประการนั้น อาจจำแนกได้เป็นหลายประเภท ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้สิ่งใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

#### ก. แบ่งตามลักษณะของอำนาจหน้าที่

1. อำนาจหน้าที่ที่เป็นกิจกรรมเพื่อบริการสาธารณะ (public service) เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการให้บริการ หรือการอำนวยความสะดวกในบริการสาธารณะขั้นพื้นฐานให้กับประชาชน เช่น อำนาจหน้าที่ในการจัดทำถนน น้ำประปา ไฟฟ้า การเก็บขยะ เป็นต้น

2. อำนาจหน้าที่ที่เป็นกิจกรรมควบคุมและตรวจสอบ (police) หรือ “กิจกรรมตำรวจ” เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการควบคุมประชาชนในท้องถิ่นเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย ได้แก่ อำนาจในการออกกฎ ข้อบังคับต่างๆ ขึ้นใช้บังคับกับประชาชนในท้องถิ่น เช่น การออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับผังเมืองควบคุมอาคาร การฉาปนกิจสถาน เป็นต้น ซึ่งนอกจากจะมีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามกฎข้อบังคับนั้นด้วย

#### ข. แบ่งตามลักษณะของการบังคับให้ปฏิบัติ

1. อำนาจหน้าที่ที่ต้องจัดทำ เป็นกิจกรรมที่กฎหมายบังคับให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดทำให้ครบถ้วน หากไม่จัดทำเท่ากับเป็นการละเว้นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่

2. อำนาจหน้าที่ที่อาจจัดทำ เป็นกิจกรรมที่กฎหมายให้ดุลพินิจกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่าจะจัดทำบริการสาธารณะนั้นๆ หรือไม่ก็ได้ หรืออาจจัดทำเมื่อท้องถิ่นมีความพร้อมในการดำเนินงาน ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องพิจารณาว่ากิจกรรมดังกล่าวมีความเหมาะสมและจำเป็นกับประชาชนในท้องถิ่นของตนมากน้อยเพียงใด

#### ค. แบ่งตามที่มาของอำนาจหน้าที่

1. อำนาจหน้าที่ที่เป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยแท้ อำนาจหน้าที่ประเภทนี้จะเป็นอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งท้องถิ่นนั้นๆ โดยเป็นอำนาจหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสภาพของท้องถิ่น เช่น การจัดหาหน้าป่า ฼าปนสถาน ตลาด ท่าเทียบเรือ การรักษาความสะอาด เป็นต้น ในกรณีที่อำนาจหน้าที่ใดเป็นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยแท้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีความสัมพันธ์กับรัฐในเชิงการกำกับดูแล

2. อำนาจหน้าที่ที่เป็นของรัฐแต่รัฐมอบให้ท้องถิ่นทำแทนรัฐ อำนาจหน้าที่ประเภทนี้จะเป็นอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะเป็นเรื่องๆ เช่น การดูแลทะเบียนราษฎร การควบคุมการเลือกตั้ง ฯลฯ ในกรณีที่อำนาจหน้าที่ใดเป็นของรัฐแต่รัฐมอบให้ท้องถิ่นทำความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับรัฐจะอยู่ในรูปแบบการบังคับบัญชา<sup>33</sup>

#### (4) วิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น โดยหลักแล้วองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวด้วยตนเอง แต่กิจกรรมบางอย่างการจัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพียงองค์กรเดียวอาจไม่คุ้มค่ากับการลงทุน หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจยังไม่มีความพร้อมในการดำเนินการ กฎหมายจึงได้ให้ทางเลือกด้วยการเพิ่มวิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเลือกวิธีการได้ตามความพร้อมและความเหมาะสม ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

#### วิธีการในการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แบ่งออกเป็น

1. องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการเอง (régie locale) ได้แก่ กรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำกิจกรรมบริการสาธารณะโดยใช้บุคลากรและงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ เอง การดำเนินการ<sup>34</sup> เช่น การจัดเก็บขยะและสิ่งปฏิกูล ในเทศบาลก็จะมีหน่วยงานที่รับผิดชอบการจัดเก็บขยะและสิ่งปฏิกูลเองโดยตรง มีการจ้างบุคลากรเพื่อทำหน้าที่

<sup>33</sup> โภคิน พลกุล และคณะ. (2538). แนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (รายงานการวิจัย). หน้า 56.

<sup>34</sup> ดู Jacques Fialaire, Le droit des services publics locaux, (Paris: L.G.D.J., 1998), pp. 63-152. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 42.

ในการจัดเก็บขยะและสิ่งปฏิกูลเอง มีรถเก็บขยะฯ เป็นของเทศบาลเมืองมีเครื่องมือเครื่องใช้ในการจัดเก็บขยะฯ เอง เช่น รถขนขยะฯ ไม่กวาด เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีภาระผูกพันต่างๆ อีก เช่น มีการตั้งงบประมาณเพื่อดูแลรักษาอุปกรณ์ในการรักษาความสะอาด มีการตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อการจ้างบุคลากร เป็นต้น

การจัดตั้งนิติบุคคลนี้อาจเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลเอกชนในรูปแบบบริษัทจำกัด (Société) หรือนิติบุคคลมหาชนในรูปแบบสหการ<sup>35</sup> (Syndicat) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งขององค์การมหาชน (établissement public) ก็ได้ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาจากลักษณะของกิจการนั้นว่าเหมาะสมกับการดำเนินงานในลักษณะของเอกชนหรือรัฐ เช่น ถ้าเป็นกิจการที่ต้องการแสวงหากำไรก็ควรจัดตั้งเป็นบริษัท หากเป็นกิจการบริการสาธารณะหรือไม่คำนึงถึงกำไรเป็นหลักก็ควรจัดตั้งเป็นสหการ ซึ่งนอกจากจะพิจารณาจากลักษณะของกิจการแล้ว จะต้องพิจารณาด้วยว่ามีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้หรือไม่ ทั้งนี้เพราะการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นจัดทำบริการสาธารณะนั้นถือเป็นข้อยกเว้น<sup>36</sup>

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน ได้แก่ การมอบให้เอกชน ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้เป็นผู้รับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะ การมอบให้เอกชนดำเนินการนี้อาจทำตามกฎหมายแพ่ง คือ การทำสัญญาจ้างแรงงานหรือจ้างทำของ หรืออาจทำเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งได้แก่ สัญญาสัมปทาน ก็ได้ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> สหการ คือ ความร่วมมือกันระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย ตั้งแต่ 2 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขึ้นไป เพื่อทำหน้าที่ในการทำกิจการบางอย่างหรือหลายอย่าง เช่น การให้บริการสาธารณะ เป็นต้น ทั้งนี้ การจัดตั้งสหการขึ้นย่อมส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้าร่วมในการจัดตั้งสหการต้องมอบอำนาจในการให้บริการสาธารณะแก่สหการที่จัดตั้งขึ้นนั้น

แนวคิดเรื่องการจัดตั้งสหการ (Syndicate หรือ Union) นั้นมีการกำหนดเรื่องสหเทศบาลไว้แล้ว ดังจะเห็นได้จากการที่พระราชบัญญัติ จัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2476 ซึ่งเป็นกฎหมายเทศบาลฉบับแรกของไทย อย่างไรก็ตามตลอดระยะเวลา 70 ปี ที่ผ่านมานี้แนวคิดเรื่องสหการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยก็ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากยังไม่เคยมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดสามารถร่วมกันจัดตั้งสหการขึ้น เพื่อดำเนินกิจการสาธารณะหรือให้บริการแก่ประชาชนในท้องถิ่นต่างๆ ได้เลย แต่ทั้งนี้ “สหการ” ก็เป็นวิธีการในการจัดทำภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกวิธีการหนึ่งที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถให้บริการประชาชนได้.

<sup>36</sup> Jacques Fialaire, Le droit des services publics locaux, (Paris: L.G.D.J., 1998), pp. 63-152. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 42.

<sup>37</sup> แหล่งเดิม.

สำหรับการว่าจ้างหน่วยงานอื่นไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ รัฐวิสาหกิจหรือบริษัทเอกชนให้เข้ามาทำหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง ก็เป็นวิธีการหนึ่งในการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนอย่างไรก็ตาม การจัดทำบริการสาธารณะโดยการว่าจ้างก็มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในการเลือกประเภทในการให้บริการสาธารณะว่าควรจะใช้วิธีการใด

กล่าวโดยสรุป องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยในปัจจุบันยังมีวิธีการในการให้บริการสาธารณะหรือวิธีการในการจัดทำภารกิจหน้าที่ค่อนข้างจำกัด โดยส่วนใหญ่เน้นแต่การจัดทำภารกิจหน้าที่โดยตัวขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง วิธีการด้านอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งสหการ การว่าจ้างหรือการประกอบการพาณิชย์ของท้องถิ่นยังไม่มีมีการดำเนินการที่เป็นรูปธรรมเท่าที่ควร อาจจะเป็นด้วยเพราะการขาดความรู้ความเข้าใจ การที่ท้องถิ่นไม่มีศักยภาพเพียงพอ หรือการที่รัฐบาลไม่มีนโยบายเพื่อกระตุ้นให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีวิธีในการจัดทำภารกิจมากขึ้น

ในอนาคต หากวิธีการในการจัดทำภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยมีความหลากหลายมากขึ้น ประชาชนในท้องถิ่นก็มีโอกาสจะได้รับการบริการสาธารณะที่มีคุณภาพดีขึ้นจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถเกิดขึ้นได้<sup>38</sup>

## 2.2.2 การอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

การกระจายอำนาจตามหลักการปกครองตนเองของประชาชนในท้องถิ่นเป็นการกระจายอำนาจบริหาร (Administration) ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง มิใช่อำนาจของฝ่ายบริหาร (Executive) อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หรืออำนาจของฝ่ายตุลาการ และการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของการกระจายอำนาจดังกล่าว การกระจายอำนาจโดยปราศจากการกำกับดูแลย่อมทำให้ความเป็นรัฐเดี่ยวไม่สามารถดำรงอยู่ได้<sup>39</sup> ดังจะได้เห็นจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 281 ที่บัญญัติว่า “ภายใต้มาตรา 1 รัฐจะต้องให้ความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น...” ประกอบกับมาตรา 1 ที่บัญญัติว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้” บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงเป็นต้นกำเนิดสำคัญของการกำกับดูแลของรัฐเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

<sup>38</sup> วสันต์ เหลืองประภัสร์. เล่มเดิม. หน้า 44-46.

<sup>39</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ข (2533, เมษายน). “การควบคุมกำกับเหนือองค์กรปกครองท้องถิ่นในประเทศไทย.” กฎหมายปกครอง, 40 (1). หน้า 30.

สำหรับรูปแบบของการกำกับดูแลนั้น หากพิจารณาถึงการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศต่างๆ ในโลกก็ยังคงมีความแตกต่างในรูปแบบของวิธีการกำกับดูแลอยู่บ้าง อันเป็นผลจากพื้นเพภูมิหลังของระบบการเมืองการปกครองและระบบกฎหมาย ซึ่งทั่วโลกปัจจุบันมีระบบการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ 3 ระบบใหญ่ คือ

ระบบกำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐในกรณีที่ใช้กันอยู่ในประเทศไทย จะมีหน่วยงานของรัฐคอยตรวจสอบและกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ก่อน โดยมีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบดำเนินการได้ทันทีโดยไม่ต้องรอฟังร้องต่อศาล

ระบบกำกับดูแลโดยประชาชน กล่าวคือให้ประชาชนเป็นผู้ฟ้องร้องท้องถิ่นต่อศาลยุติธรรมเอง ในกรณีที่มีการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น ซึ่งมีให้เห็นอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา และมีข้อสังเกตว่าประเทศที่ใช้ระบบเหล่านี้จะไม่มีราชการส่วนภูมิภาค

ระบบกำกับดูแลโดยศาลปกครอง ซึ่งใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศสในกรณีนี้หากท้องถิ่นมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น จะมีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้วินิจฉัย

นอกจากนั้นหากพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยทั่วไปในภาพรวม ก็จะพบว่ามียู่ 2 ลักษณะด้วยกันที่สำคัญได้แก่ ความสัมพันธ์ในลักษณะเชิงส่งเสริมและสนับสนุน ซึ่งเป็นลักษณะที่รัฐจะให้ความช่วยเหลือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในด้านต่างๆ เช่น ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน บุคลากร หรือเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปใช้ในกิจกรรมของตนเอง

ส่วนความสัมพันธ์อีกลักษณะหนึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นการควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งหากพิจารณาความหมายของการควบคุม จะสามารถแบ่งการควบคุมออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การควบคุมตามความหมายอย่างกว้างและการควบคุมตามความหมายอย่างแคบ

การควบคุมตามความหมายอย่างกว้าง หมายถึงการควบคุม การกระทำทุกอย่าง ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใดๆ นอกเหนือจากนิติกรรม การควบคุมตามความหมายนี้ จึงมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังรวมถึงการควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจด้วย

ส่วนการควบคุมตามความหมายอย่างแคบ จะหมายถึงการตรวจสอบว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น การควบคุมจะถูกจำกัดขอบเขตโดยกฎหมายทั้งในเรื่องเนื้อหาของ การควบคุมและวิธีการที่ใช้ในการควบคุม การควบคุมตามความหมายนี้ก็คือการกำกับดูแลนั่นเอง<sup>40</sup>

ฉะนั้น เพื่อทำความเข้าใจข้อความคิดของ “การกำกับดูแลทางปกครอง” ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของการศึกษาเรื่อง การกระจายอำนาจ (Décentralisation)<sup>41</sup> จึงขอแยกพิจารณาออกเป็น 4 ส่วน อันได้แก่ ส่วนที่ 1 ความหมายของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนที่ 2 องค์ประกอบของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนที่ 3 รูปแบบของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และส่วนที่ 4 ความแตกต่างระหว่างอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

#### 1) ความหมายของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้รวบรวมความหมายของการกำกับดูแลที่นักวิชาการต่างประเทศให้คำนิยามไว้มากมายได้แก่<sup>42</sup>

Ernst Forthoff<sup>43</sup> กล่าวว่า การกำกับดูแลคือ อำนาจของรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติที่จะตรวจสอบดูแลอย่างพิเศษ (une surveillance particulière) มากกว่าการตรวจสอบองค์กรเอกชนธรรมดาเหนือองค์กรกระจายอำนาจ (mittelbare Staatsverwaltung)

Jean Rivero<sup>44</sup> กล่าวว่า การกำกับดูแล (Le contrôle de tutelle) คือ การควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ<sup>45</sup>

ส่วนศาสตราจารย์ Francis-Paul Benoit ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประจำมหาวิทยาลัยปารีส II ให้นิยามที่คล้ายคลึงว่า ตัวบทกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมที่รัดกุม (constant) และสำคัญ (important) ของอำนาจส่วนกลางเหนือการ

<sup>40</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 15-16.

<sup>41</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 46.

<sup>42</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ค (2539). “ข้อความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลทางปกครอง.” *รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น*. หน้า 184.

<sup>43</sup> เป็นศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยไฮเดนเบิร์ก ดำรงกฎหมายปกครองของท่านมีอิทธิพลอย่างมากต่อวงการวิชาการกฎหมายเยอรมันนับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา.

<sup>44</sup> เป็นศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยปารีส II ประเทศฝรั่งเศส.

<sup>45</sup> Jean Rivero. *Droit Administratif*. p 327. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 47.



ดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เรียกว่า การกำกับดูแลทางปกครอง (Tutelle administrative)<sup>46</sup>

นักกฎหมายที่สำคัญอีกท่านหนึ่ง Marcel Maline<sup>47</sup> ให้คำนิยามว่า การกำกับดูแลคือการควบคุมทั้งหมดที่มีต่อองค์กรกระจายอำนาจ และในกรณียกเว้นยังรวมถึงการกำกับเหนือบุคคลตามกฎหมายแพ่งด้วย

จากนิยามดังกล่าวข้างต้นทั้งหมดเราจะเห็นได้ว่า นิยามบางคำค่อนข้างจำกัดอย่างแคบ เช่น นิยามของศาสตราจารย์ Francis-Paul Benoit ที่จำกัดเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Les collectivités locales) เท่านั้น โดยไม่รวมองค์กรมหาชน (Les établissements publics หรือ Offeentliche Anstalt) นิยามบางนิยามก็กว้างเกินไป เช่น นิยามของศาสตราจารย์ Marcel Waline ที่มีได้กล่าวว่าเป็นการควบคุมขององค์กรชนิดใดและในขณะเดียวกันก็ครอบคลุมไปเหนือบุคคลไปถึงการกำกับเหนือบุคคลตามกฎหมายแพ่งด้วย ส่วนคำว่า “การตรวจสอบดูแลอย่างเป็นพิเศษ” ของศาสตราจารย์ Ernst Forthoff ก็ดูเหมือนจะเป็นคำที่ความหมายไม่ชัดเจนนัก<sup>48</sup>

นิยามที่น่าจะอธิบายการกำกับดูแลได้ดีที่สุดน่าจะเป็นนิยามของท่าน Roland Maspeitol และท่าน Pierre Laroque<sup>49</sup> ให้คำนิยามว่า การกำกับดูแลก็คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์กรปกครองที่สูงกว่าเหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป<sup>50</sup>

คำว่า “อำนาจกำกับดูแล” นี้มาจากคำในภาษาฝรั่งเศสว่า “Pouvoir de Tutelle” (หมายถึง การที่ผู้อนุมัติจัดการทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ) ต่อมาได้นำคำนี้มาใช้ในทางกฎหมายมหาชนในความหมายที่ต่างไปจากเดิม ได้แก่ คำว่า “การกำกับดูแล” (La tutelle) โดยมีเป้าหมาย

<sup>46</sup> Francis-Paul BENOIT. (1968). *Le Droit Administratif Français*. p. 136. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 47.

<sup>47</sup> เป็นอดีตศาสตราจารย์ที่มีชื่อเสียงมากในทางกฎหมายมหาชน นอกจากจะเป็นอดีตศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยปารีส II แล้ว ท่านยังเป็นอดีตกรรมการตุลาการ และอดีตตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย.

<sup>48</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 47-48.

<sup>49</sup> ทั้ง 2 ท่านเป็นอดีตผู้พิพากษาศาลปกครองประจำสภาแห่งรัฐ(Conseil D' Etat) ประเทศฝรั่งเศส.

<sup>50</sup> นิยามของ Roland Maspeitol และ Pierre Laroque โปรดดู Roland Maspeitol et Pierre Laroque, *La Tutelle Administrative*, (Paris: Recueil Sirey, 1930), p. 10. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 16-17.

อยู่ที่การคุ้มครองผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ<sup>51</sup> โดยคำนี้แปลมาจากคำว่า “Tutelle” ตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสซึ่งนิยามคำว่ากำกับการดูแล

สำหรับประเทศไทยในอดีตเมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรามักใช้คำว่า “ควบคุมดูแล” ส่วนคำว่า “กำกับการดูแล” เพิ่งนำมาใช้เป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พุทธศักราช 2550 ก็ได้ใช้ถ้อยคำนี้เช่นเดิมในมาตรา 282 ซึ่งคำว่า “การกำกับการดูแล” ตามระบบกฎหมายไทยก็มีการเปลี่ยนแปลงในการใช้คำดังกล่าว เช่น การดูแลควบคุม, การควบคุมดูแล การควบคุมกำกับ การกำกับการดูแลทางปกครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่มักใช้คำว่า “การกำกับการดูแล” (tutelle)<sup>52</sup> โดยนักกฎหมายไทยได้ให้ความหมายของคำว่า การกำกับการดูแล “Tutelle” ไว้หลายท่านดังนี้

ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้กล่าวถึง tutelle ว่า “...แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องของอำนาจกำกับการดูแล (le pouvoir de tutelle) ของรัฐที่มีต่อองค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจ จึงกลับกันกับแนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องของอำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hiérarchique)”

ทวี ตะเวทีกุล อธิบายว่า “การควบคุมทางปกครอง” (la tutelle administrative) เป็นวิธีการที่รัฐใช้ควบคุมองค์กรท้องถิ่น โดยควบคุมการกระทำอย่างหนึ่งและโดยควบคุมดูแลผู้ดำเนินงานหรือองค์กรอีกอย่างหนึ่ง การควบคุมการกระทำแสดงออกโดยการยับยั้งหรือกระทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่มีผลในทางกฎหมาย เช่น การบอกล้าง หรือการอนุมัติสิ่งที่ยกเว้นการท้องถิ่นกระทำ เป็นต้น ส่วนการควบคุมบุคคลผู้ดำเนินงานหรือองค์กรนั้นแสดงออกโดยแต่งตั้ง โยกย้าย ถอดถอนตัวบุคคลผู้ดำเนินงานหรือผู้บังคับการหรือถอนสภาพองค์กร เป็นต้น”

นันทวัฒน์ บรมานันท์ อธิบายว่า การกำกับการดูแล (la tutelle) หมายถึง กระบวนการควบคุม (contrôle) ที่กระทำโดยนิติบุคคลมหาชนระดับสูง (une personne morale supérieure) ต่อนิติบุคคลมหาชนที่อยู่ในระดับที่ต่ำกว่า (une personne morale inférieure) ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ส่วนใหญ่แล้วการกำกับการดูแลจะใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยการกำกับการดูแลอาจมีได้ทั้งการกำกับการดูแลเหนือตัวบุคคล (la tutelle sur les personnes) เช่น สักพักงานนายกเทศมนตรี การกำกับการดูแลเหนือองค์กร (la tutelle sur les organes)

<sup>51</sup> วสันต์ เหลืองประภัสร์. (2547). *เล่มเดิม*. หน้า 9.

<sup>52</sup> ในปัจจุบันนิยมใช้คำว่า “การกำกับการดูแล” ซึ่ง พนม เอี่ยมประยูร ได้อธิบายเหตุผลที่ไม่ใช้คำว่า “ควบคุม” เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างอำนาจควบคุมบังคับบัญชา (le pouvoir hiérarchique) กับอำนาจกำกับการดูแล (le pouvoir de tutelle) และเพื่อแสดงให้เห็นว่าองค์กรปกครองท้องถิ่นมีอิสระไม่อยู่ภายใต้การควบคุมจากส่วนกลาง เพียงแต่ส่วนกลางมีอำนาจกำกับการดูแลเท่านั้น.

เช่น สิ่งยั่วยุสภา หรือการกำกับดูแลการสั่งการต่างๆ (la tutelle sur les décisions) เช่น การให้ความเห็นชอบ อนุมัติ หรือเพิกถอนคำสั่งต่างๆ เป็นต้น

ปรีดี พนมยงค์ อธิบายว่า รัฐบาลอาจดูแลควบคุมโดยบัญญัติให้การปกครองท้องถิ่นได้บริหารหรือในกิจการบางชนิดและดูแลมิให้การปกครองท้องถิ่นทำนอกเหนือบทกฎหมาย และในบางประเทศรัฐบาลกลางมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนกิจการซึ่งการปกครองท้องถิ่นได้กระทำไป อันเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายว่า การกำกับดูแลเป็นกรณีที่ต้องใช้ขององค์การปกครองส่วนกลางหรือองค์กรขององค์การปกครองส่วนภูมิภาคใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและการกระทำขององค์กรขององค์การมหาชน

โกสิน พลกุล อธิบายว่า อำนาจควบคุมกำกับ (le contrôle de tutelle) ไม่ใช่เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา แต่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรควบคุมกำกับและองค์กรภายใต้การควบคุมกำกับ ดังนั้น อำนาจควบคุมกำกับจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข คือจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

สมคิด เลิศไพฑูรย์ อธิบายว่า “การควบคุมกำกับ” (tutelle) ตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเป็นคำๆ เดียวกับ “การควบคุมกำกับ” (tutelle) ที่กล่าวถึงโดยทั่วไปในกฎหมายแพ่ง ซึ่งอธิบายถึงการใช้ที่ผู้อนุญาตจัดการทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ (ผู้เยาว์ เป็นต้น) คำๆ นี้ปรากฏในทางกฎหมายมหาชนในเวลานานจนไม่สามารถชี้ชัดได้ว่ากฎหมายมหาชนได้นำคำของกฎหมายแพ่งคำนี้มาใช้ตั้งแต่เมื่อใด

สุรพล นิติไกรพจน์ ได้กล่าวถึง tutelle ว่า มีทั้งการกำกับดูแลทางปกครอง (tutelle administrative) และการกำกับดูแลเหนือรัฐวิสาหกิจ (tutelle économique) โดยกล่าวถึงการกำกับดูแลการปกครองว่า “...เป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ความเป็นอิสระในเชิงการเมืองแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ซึ่งมีความต้องการพิเศษของตนแตกต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่ และแลกเปลี่ยนกับการยอมให้มีความเป็นอิสระในการจัดองค์กรแยกไปจากฝ่ายปกครองส่วนกลางแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเหล่านี้”

อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ อธิบายว่า “tutelle” เป็นคำที่ใช้ในกฎหมายแห่งฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงการใช้อำนาจปกครองผู้ไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์โดยผู้ปกครอง (le tuteur) ต่อมาได้มีการนำคำนี้ไปใช้ในทางกฎหมายปกครองเพื่อให้หมายความถึงการควบคุมองค์กรซึ่งได้รับการกระจายอำนาจ อย่างไรก็ตาม การนำคำนี้มาใช้ในทางกฎหมายปกครองก็มีผู้คัดค้านกันมาก โดยให้เหตุผลว่าการควบคุมองค์กร ซึ่งได้รับการกระจายอำนาจนั้นแตกต่างจากสาระสำคัญของการปกครองผู้

ไร้ความสามารถ หรือผู้เยาว์ในกฎหมายเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์และวิธีการ แต่กระนั้นก็ตาม ในปัจจุบันก็ยังมีการใช้คำว่า “tutelle” ในทางกฎหมายปกครองอย่างแพร่หลาย ดังนั้น ถ้าการแปลคำนี้ตามความหมายของถ้อยคำ ก็จะต้องแปลว่า “การใช้อำนาจปกครอง” ซึ่งไม่ตรงตามความหมายในทางกฎหมายปกครอง เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงแปลคำว่า “tutelle” ว่า การควบคุมดูแล ซึ่งเป็นการแปลเอาความ

เมื่อพิจารณาความหมายของการกำกับดูแลที่นักวิชาการทั้งหลายให้คำนิยามประกอบกับความหมายและลักษณะสำคัญของการปกครองท้องถิ่นซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ความเป็นอิสระและการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลแล้ว จะเห็นได้ว่า การกำกับดูแลมีลักษณะสำคัญ 2 นัย คือ การกำกับดูแลในความหมายอย่างกว้าง เป็นการกระทำที่เป็นการควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจซึ่งอาจรวมถึงการออกกฎเพื่อให้องค์กรกระจายอำนาจถือปฏิบัติด้วย ได้แก่ คำนิยามของ Jean Rivero, Marcel Waline, Roland Maspeitol และ Pierre Laroque และการกำกับดูแลในความหมายอย่างแคบ เป็นการกระทำที่เป็นการควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจอย่างเฉพาะเจาะจงเป็นการเฉพาะราย จึงไม่รวมถึงการออกกฎให้องค์กรกระจายอำนาจถือปฏิบัติ ได้แก่ คำนิยามของวรพจน์ วิศรุตพิชญ์

## 2) องค์ประกอบของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เราสามารถแยกองค์ประกอบทางกฎหมายของการการกำกับดูแลได้เป็น 5 ประการดังต่อไปนี้

### 1. การกำกับเป็นอำนาจควบคุมชนิดหนึ่ง

คำว่า “อำนาจควบคุม” (pouvoir de contrôle) หรือ “การควบคุม” (contrôle) มีความหมายได้ 2 นัย นัยแรกคือ ความหมายอย่างแคบ การกำกับตามความหมายนี้หมายถึงการตรวจสอบว่านิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ไม่รวมถึงการตรวจสอบในกรณีอื่นๆ ด้วย อย่างเช่น อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่สามารถสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการทุกอย่างตามที่ตนเองต้องการได้ แต่เป็นอำนาจที่จำกัดเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับนิติกรรม (Actes juridiques) ของผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น การกระทำอื่นๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การเคลื่อนไหวต่างๆ ไม่ถือว่าอยู่ใต้อำนาจควบคุมของผู้บังคับบัญชา

ส่วนความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การควบคุมการกระทำทุกอย่าง (toute manifestation de l'actif) ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใดๆ (action) นอกเหนือจากนิติกรรม (acte juridique) ตามความหมายนี้การ

ควบคุมจึงมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Contrôle de légalité) แต่ยังรวมถึง การควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจ (Contrôle d'opportunité)<sup>53</sup> ด้วย

การกำกับดูแลเป็นการควบคุมชนิดหนึ่งที่อยู่กึ่งกลางระหว่างการควบคุมในความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ ทั้งนี้เพราะในรัฐใดรัฐหนึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะบุให้มีการกำกับดูแลทั้งหมด (ตามความหมายอย่างกว้าง) หรือกำกับดูแลบางส่วนตามความหมายอย่างแคบ การกำกับดูแลอาจเป็นการควบคุมเพียงตัวบุคคล แต่ไม่ควบคุมองค์กรหรือกำกับดูแลแต่เพียงความชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่กำกับดูแลความเหมาะสมในการตัดสินใจ หรืออาจจะบุให้มีการกำกับดูแลทั้ง 2 อย่างควบคู่กันไปด้วยก็ได้เช่นกัน กล่าวโดยสรุปแล้วการกำกับดูแลและการควบคุมถือว่ามีจุดร่วมกันทั้งในทางเนื้อหาและเป้าหมาย นั่นคือการตรวจสอบการกระทำของอีกองค์กรหนึ่ง<sup>54</sup> ส่วนวิธีการกำกับดูแลนั้นย่อมผันแปรไปมากน้อยตามความเหมาะสมภายใต้เงื่อนไขที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ ซึ่งอาจจะสอดคล้องกับการควบคุมก็ได้

ในแง่ของคำที่ใช้ เราก็มักจะใช้คำว่า “ควบคุม” คู่กับคำว่า “กำกับ” เสมอ เพื่ออธิบายให้เห็นว่าการกำกับดูแลเป็นการควบคุมประเภทหนึ่ง<sup>55</sup>

## 2. การใช้อำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติ

ขอบเขตสำคัญของการกำกับดูแลก็คือจะต้องไม่แทรกแซงองค์การกระจายอำนาจขององค์กรนั้นขาดอิสระไป การมีขอบเขตจำกัดเช่นนี้เองทำให้อำนาจกำกับดูแล (Pouvoir de tutelle) ต่างกับอำนาจบังคับบัญชา (Pouvoir hiérarchique) ทั้งนี้เนื่องจาก

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจภายในนิติบุคคลเดียว ในขณะที่อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคล 2 นิติบุคคล นิติบุคคลแรกคือรัฐ ส่วนนิติบุคคลในกรณีหลักคือองค์การกระจายอำนาจ

<sup>53</sup> การควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจก็คือการควบคุมว่าการใช้อำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire) เพื่อเลือกปฏิบัติในทางใดทางหนึ่งตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้นั้น เป็นการเลือกที่เหมาะสมหรือไม่ เช่น การควบคุมว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นควรจะได้รับหรือไม่รับที่ดินที่มีผู้บริจาคให้ ถือเป็นการควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจ.

<sup>54</sup> เนื้อหาที่ตรงกันก็คือ “การกระทำของอีกองค์กรหนึ่ง” ส่วนเป้าหมายที่ตรงกันก็คือ “การตรวจสอบหรือการควบคุมดูแล” แม้โดยทั่วไปเราจะกล่าวว่า การกำกับดูแลมีเป้าหมายอยู่ที่ผลประโยชน์ทั่วไปเป็นสำคัญ แต่ถ้าเราพิจารณามากกว่านั้นจะเห็นได้ว่า คำสั่งใดๆ ของส่วนกลางที่มีต่อท้องถิ่นนั้นก็เพื่อการควบคุมหรือตรวจสอบนั่นเอง.

<sup>55</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 48-49.

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ใช้ในระบบการรวมอำนาจ (Centralisation) ในขณะที่อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่ใช้ในระบบกระจายอำนาจ (Décentralisation)

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขตจำกัด แม้ในกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ อำนาจบังคับบัญชาก็สามารถมีได้ ในขณะที่อำนาจกำกับดูแลจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ทำให้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจกำหนดแนวทางปฏิบัติงาน (Directives) และเปลี่ยนแปลงแก้ไข (Réformation) การกระทำใดๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ในทางตรงกันข้าม ผู้กำกับดูแลไม่มีอำนาจกำหนดแนวทางปฏิบัติงานให้องค์การกระจายอำนาจปฏิบัติ ขณะเดียวกันก็ไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขการกระทำใดๆ ขององค์การกระจายอำนาจได้ ผู้กำกับดูแลมีอำนาจสูงสุดเพียงการออกคำสั่งแทน (Substitution) องค์การกระจายอำนาจในกรณีที่องค์การกระจายอำนาจนั้นไม่ทำคำสั่งเมื่อกฎหมายระบุให้ทำคำสั่งเช่นนั้น<sup>56</sup>

### 3. การกำกับดูแลโดยฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่า

การกำกับดูแลมิใช่การควบคุมโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรตุลาการ คำว่า “ฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่า” จึงหมายถึงรัฐเท่านั้น ซึ่งกระทำการผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น รัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายอำเภอ เป็นต้น<sup>57</sup>

นอกจากนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถที่จะกำกับดูแลตนเองได้ทั้งในทางตรงและทางอ้อม<sup>58</sup>

### 4. การกำกับดูแลเหนือองค์กรและการกระทำขององค์การกระจายอำนาจ

การกำกับดูแลองค์กรที่สำคัญ ได้แก่ อำนาจของส่วนกลางในบางกรณีที่จะสั่งพักราชการหรือถอดถอนนายกเทศมนตรี หรือยุบสภาท้องถิ่น เป็นต้น ส่วนการกำกับดูแลเหนือการกระทำที่สำคัญก็คือการสั่งยกเลิกการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (annulation) การให้ความเห็นชอบ (approbation) และการทำคำสั่งแทน (substitution)<sup>59</sup>

### 5. การกำกับดูแลมิขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ

ผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐเป็นคำที่ค่อนข้างกว้าง ดังนั้น อาจจะจำกัดลงไปได้ว่าการกำกับดูแลมิขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน องค์การกระจายอำนาจ และรัฐจากการกระทำของผู้บริหารองค์การกระจายอำนาจ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าผู้บริหารองค์กรปกครอง

<sup>56</sup> แหล่งเดิม, หน้า 49-50.

<sup>57</sup> แหล่งเดิม, หน้า 50-51.

<sup>58</sup> วิกิตต์ รุจิปาสน์. (2544). *การบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล*. หน้า 55.

<sup>59</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม, หน้า 51.

ส่วนท้องถิ่นอาจจะกระทำการใดๆ ก็ตามในลักษณะที่ละเลยหรือละเมิดกฎหมาย ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้นหรือเป็นผลเสียสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>60</sup>

สำหรับรัฐนั้น ถ้าองค์กรปกครองท้องถิ่นมีความเป็นอิสระมากเกินไปก็จะมีผลกระทบต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายก็ต้องนับว่าเป็นอันตรายอย่างต่อรัฐมากขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องทำการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งในทางการเมือง (ควบคุมมิให้เป็นอิสระมากเกินไป) ทางปกครองและทางเศรษฐกิจ (เช่น ควบคุมการจัดทำบริการสาธารณะว่าได้ผลดีหรือไม่อย่างไร ควบคุมการรับสมัครพนักงานท้องถิ่นว่าเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่) ทางกฎหมาย (ตรวจสอบว่าท้องถิ่นปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่) และประการสุดท้าย ทางการคลัง (เช่น มีการเก็บภาษีท้องถิ่นมากเกินไปจนมีผลกระทบต่อรายได้ของประชาชนในท้องถิ่นนั้น จนไม่สามารถจ่ายภาษีให้รัฐได้)<sup>61</sup>

### 3) รูปแบบของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รูปแบบของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถแยกพิจารณาได้ด้วยกัน 2 กรณี คือ การกำกับดูแลโดยตรงกับการกำกับดูแลโดยอ้อม ซึ่ง “การกำกับดูแลโดยตรง” ยังสามารถแยกพิจารณาเป็น “การกำกับดูแลตัวบุคคลหรือองค์กร” กับ “การกำกับดูแลเนื้อหาการกระทำ”

#### (1) การกำกับดูแลโดยตรง แยกพิจารณาได้ดังนี้

โดยองค์กรหรือบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยทั่วไปจะเป็นผู้ซึ่งมาจากการเลือกตั้งตามหลักการกระจายอำนาจ ตัวบุคคลในที่นี้จึงได้แก่ บุคคลธรรมดาแต่ละคนที่เป็นส่วนประกอบทางการเมืองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร สมาชิกสภากรุงเทพมหานคร แต่ไม่รวมถึงเจ้าหน้าที่ที่ประจำองค์กรปกครองท้องถิ่นนั้นๆ ส่วนองค์กรจะเป็นรูปของคณะบุคคล เช่น สภากรุงเทพมหานคร หรือเป็นบุคคลคนเดียว เช่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร แล้วแต่กรณี เป็นต้น<sup>62</sup>

<sup>60</sup> เช่น การที่ผู้บริหารท้องถิ่นดูแลถนนหนทางในเขตเทศบาลของตนให้สะอาดเรียบร้อย ก็มีผลเสียทั้งประชาชนในเทศบาลนั้นที่สัญจรไปมาและมีผลเสียทำให้เทศบาลนั้นสกปรกไม่เป็นระเบียบด้วย เป็นต้น.

<sup>61</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 51

<sup>62</sup> อนุชา สุนสวัสดิกุลและอโณทัย ศรีสมัย. (2548). *รูปแบบและวิธีการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*. หน้า 22.

## 1. กำกับดูแลตัวบุคคลหรือองค์กร ได้แก่

### ก. การกำกับดูแลตัวบุคคล

โดยวิธีการกำกับดูแลตัวบุคคลที่สำคัญก็คือ การที่ส่วนกลางมีอำนาจแต่งตั้งตัวบุคคลหรือองค์กรหรือถอดถอนบุคคลขององค์กรที่ถูกควบคุมได้ เป็นต้น

การใช้อำนาจในการลงโทษทางวินัย (un pouvoir disciplinaire) เหนือบุคคลของผู้มีอำนาจกำกับดูแลถือว่าเป็นวิธีการกำกับดูแลอีกชนิดหนึ่ง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งพักราชการ (suspendu) นายกเทศมนตรีได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจลงโทษทางวินัยในกรณีของการกำกับดูแลเป็นเรื่องที่แตกต่างจากอำนาจลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชาระดับสูงกว่าเหนือผู้ได้บังคับบัญชา ทั้งนี้ก็เพราะว่าในสายงานของการบังคับบัญชานั้น การไม่ถือปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นโดยหลักแล้วถือว่ามีความผิดจะต้องได้รับโทษทางวินัย ในทางตรงกันข้ามองค์กรที่ถูกกำกับดูแลนั้นไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังคำสั่งของใคร อำนาจลงโทษทางวินัยในกรณีนี้ไม่สามารถลงโทษใครได้อย่างไม่มีขอบเขต นายกเทศมนตรีคนหนึ่งอาจถูกสั่งพักราชการหรือให้ออกได้ก็เพราะเขากระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลยไม่ปฏิบัติตามของเทศบาลแต่เขาจะไม่ถูกสั่งพักหรือให้ออกเพราะปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐมนตรี<sup>63</sup>

สำหรับในประเทศฝรั่งเศส อำนาจสั่งพักราชการเป็นของทั้งส่วนกลางและตัวแทนของส่วนกลางเพียงแต่มีระยะเวลาที่ต่างกัน เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด (Préfet) มีอำนาจสั่งพักราชการนายกเทศมนตรี (Maire) ได้ไม่เกินหนึ่งเดือน รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งพักราชการนายกเทศมนตรี (Maire) ได้ไม่เกินสามเดือน ซึ่งการสั่งพักราชการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย หากการสั่งพักราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกสั่งพักราชการอาจร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกคำสั่งดังกล่าวเสีย และเมื่อมีการสั่งพักราชการจะส่งผลให้มีการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำเนินการแทนในกรณีที่ผู้ถูกคำสั่งเป็นผู้บริหารท้องถิ่น

การถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งก็เป็นวิธีการกำกับดูแลตัวบุคคลของส่วนกลาง ซึ่งผู้ใดมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งย่อมมีอำนาจถอดถอนบุคคลนั้นออกจากตำแหน่ง แต่สำหรับองค์กรปกครองท้องถิ่นมาจากหลักการกระจายอำนาจ บุคคลหรือองค์กรบริหารมาจากการเลือกตั้ง อย่างไรก็ตาม การถอดถอนจากตำแหน่งนั้นองค์กรกำกับดูแลเข้ามาควบคุมด้วย แต่การจะสั่งให้ออกจากตำแหน่งได้จะต้องเป็นไปตามเหตุผลที่กฎหมายกำหนดจะอาศัยเหตุอื่นเพื่อปลดออกตามอำเภอใจของผู้กำกับดูแลไม่ได้<sup>64</sup>

<sup>63</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 59-60.

<sup>64</sup> วลัยกร รัตนกุล. (2543). การกำกับดูแลเหนือการกระทำของกรุงเทพมหานคร โดยรัฐ. หน้า 28-46.



นอกจากนี้ การส่งเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนกลางเข้าไปปฏิบัติหน้าที่แทน<sup>65</sup> ก็เป็นการกำกับดูแลตัวบุคคลโดยวิธีนี้ทำได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจองค์กรกำกับดูแล โดยทั่วไป อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดในการเข้าไปทำหน้าที่แทนท้องถิ่น ถ้าปรากฏว่าองค์กรปกครองท้องถิ่น ประสบความล้มเหลวในการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่

#### ข. การกำกับดูแลองค์กร

วิธีการกำกับดูแลที่สำคัญ คือ การที่ส่วนกลางมีอำนาจในการยุบสภาท้องถิ่นเพื่อให้ราษฎรเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นใหม่ได้

ในบางกรณี กฎหมายอาจไม่กำหนดเงื่อนไขในการยุบสภาท้องถิ่นไว้เลย แต่บางกรณี กฎหมายก็กำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจน เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจที่จะยุบสภาท้องถิ่นเพื่อให้ราษฎรเลือกตั้งหรือแต่งตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นใหม่ได้ กฎหมายอาจไม่กำหนดเงื่อนไขในการยุบสภาท้องถิ่นไว้เลย เช่น กรณีของเทศบาล แต่ในบางกรณีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ชัดเจน เช่น การยุบสภากรุงเทพมหานครตามความในมาตรา 18 และมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 เป็นต้น ก็ได้<sup>66</sup>

ปัญหาที่น่าพิจารณาสำหรับนักกฎหมายคงมีอยู่ว่า กรณีที่กฎหมายไม่กำหนดเงื่อนไขการยุบสภาไว้เลย องค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลสามารถยุบสภาได้ทุกกรณีหรือไม่ เช่น กรณีที่สภาท้องถิ่นไม่เห็นด้วยกับผู้ว่าราชการจังหวัดในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดจะยุบสภาท้องถิ่นเลยได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาว่าการกำกับดูแลเป็นข้อยกเว้นของหลักการกระจายอำนาจ การตีความในลักษณะของการขยายอำนาจกำกับดูแลจึงไม่ควรกระทำ แต่การยุบสภาท้องถิ่นจะกระทำได้ใน 2 กรณีเท่านั้น คือ กรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างสภากับผู้บริหารท้องถิ่น และกรณีที่มีการดำเนินงานของท้องถิ่นเป็นไปในทางที่ไม่ถูกต้องนั่นเอง<sup>67</sup>

นอกจาก 2 กรณีดังกล่าวข้างต้น ในกรณีที่เกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบงบประมาณท้องถิ่นนั้นจะมีลักษณะเป็นการผสมผสานระหว่างการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล และการกำกับดูแลหรือการกระทำ ความจริงแล้วการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบงบประมาณของท้องถิ่นนั้น ก็คือการกำกับกระทำอย่างหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง แต่เมื่อกฎหมายนำเรื่องนี้มาสัมพันธ์กับการออกจากตำแหน่งของฝ่ายบริหารหรือสภาท้องถิ่นแล้ว การให้ความเห็นชอบ

<sup>65</sup> พรชัย รัชมิแพทย์. (2529). การปกครองตนเองของนครหลวง ศึกษากรณีนิติสัมพันธ์ระหว่างกรุงเทพมหานครกับองค์กรปกครองส่วนกลาง. หน้า 58-59.

<sup>66</sup> วลัยกร รัตนกุล. เล่มเดิม. หน้า 28-46.

<sup>67</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก. เล่มเดิม. หน้า 60.

(เห็นไม่ให้ความเห็นชอบ) งบประมาณท้องถิ่นจึงกลายมาเป็น “การกำกับดูแลกิ่งตัวบุคคลถึงการกระทำ”<sup>68</sup>

## 2. การกำกับดูแลการกระทำ

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลจะควบคุมการกระทำ (actes) ขององค์การกระจายอำนาจ เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น และในขณะเดียวกันก็ตรวจสอบถึงดุลพินิจด้วย ซึ่งกรณีหลังนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ วิธีการก็คือผู้กำกับดูแลมีอำนาจสั่งยกเลิก (l'annulation) นิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยตนเองเลยทีเดียว

การกำกับดูแลมากที่สุดก็คือ การที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลทำคำสั่งแทน (substitution d'office) องค์การที่ถูกควบคุม แต่การควบคุมชนิดนี้ควรมีขอบเขตจำกัดอย่างมาก มิฉะนั้นแล้วการกระจายอำนาจก็จะไม่สามารถเป็นไปได้

ตามกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น อำนาจในการทำคำสั่งแทนนั้นจะมีได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า

(1) องค์การที่ถูกกำกับดูแลมีเพียงอำนาจผูกพัน<sup>69</sup> (compétence liée) นั่นก็คือพระราชบัญญัติระบุให้สามารถออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น และ

(2) องค์การที่ถูกกำกับดูแลปฏิเสธที่จะมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ ภายหลังจากที่ได้รับคำสั่งเตือน (mise en demeure) ให้ออกคำสั่งจากองค์กรผู้มีอำนาจกำกับดูแลแล้ว

สภาแห่งรัฐก็ยอมรับเช่นเดียวกันว่าการทำคำสั่งแทนนั้นจะต้องมีขอบเขตจำกัดมาก ตัวอย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่มีอำนาจทำคำสั่งแทนนายกเทศมนตรีให้พนักงานเทศบาลจ่ายเงินคืนแก่เทศบาลในช่วงเวลาของการประท้วงนัดหยุดงานของพนักงานเหล่านั้น ยิ่งกว่านั้นผู้ว่าราชการจังหวัดไม่มีอำนาจทำคำสั่งแทนนายกเทศมนตรีให้บรรจุพนักงานเทศบาลเข้าทำงานใหม่ภายหลังจากที่ศาลปกครองมีคำพิพากษายกเลิกคำสั่งให้พนักงานผู้นั้นออกจากงานแล้ว<sup>70</sup>

การกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลจะเป็นการเข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่สนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระ

<sup>68</sup> แหล่งเดิม, หน้า 60.

<sup>69</sup> อำนาจผูกพัน คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้ อำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือนั่นเอง แต่ที่เราขี้เรียกกันอยู่ว่า “อำนาจ” ผูกพันก็ด้วยเหตุผลเพียงคำว่าวินิจฉัยสั่งการที่เป็นผลมาจากการการที่องค์กรฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ของตนนี้เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้น.

<sup>70</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม, หน้า 61.

สามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจเพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในขอบของกฎหมายกำหนดไว้ องค์การกำกับดูแลมีเพียงอำนาจสอดคล้องดูแลให้กระทำการตามขอบอำนาจของตนเท่านั้น การกำกับดูแลเหนือการกระทำจึงจำแนกออกได้ดังนี้

(1) การให้ความเห็นชอบ (Le pouvoir d'approbation) และการอนุญาตหรือการอนุมัติ (Le pouvoir d'autorisation) หลักการให้ความเห็นชอบและการอนุมัติหรืออนุญาตเป็นมาตรการกำกับดูแลที่มีลักษณะทางกฎหมายเหมือนกันคือ มีลักษณะที่เรียกว่า “เงื่อนไขที่ทำให้นิติกรรมของท้องถิ่นมีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับ” คือ นิติกรรมขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องได้รับอนุมัติหรืออนุญาต หรือจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์การกำกับดูแลเสียก่อนแล้วแต่กรณี นิติกรรมจึงจะมีผลใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม มาตรการกำกับดูแลดังกล่าวแม้จะมีลักษณะเหมือนกันบางประการ แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันด้วย คือ หากเป็นกรณีที่ต้องกำกับดูแลไม่อนุญาตหรืออนุมัติ สภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสเคยตัดสินว่า คำสั่งหรือนิติกรรมที่ไม่ได้รับอนุญาตหรืออนุมัตินั้น ถือว่าไม่มีอยู่หรือไม่เกิดขึ้นเลย (d'inexistence) แต่ถ้าเป็นกรณีที่ต้องกำกับดูแลไม่ให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้การรับรองแล้ว นิติกรรมดังกล่าวถือว่าเกิดขึ้นแล้วแต่ไม่มีผลใช้บังคับ (N'est pas devenu définitif) ซึ่งจะต้องมีการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ยกเลิกนิติกรรมดังกล่าวต่อไป<sup>71</sup>

จะเห็นได้ว่า การกำกับดูแลในรูปแบบ “การให้ความเห็นชอบ” นั้นมีความสำคัญมาก ในบางกรณีกฎหมายอาจจะเพียงกำหนดว่าการเจียบถือว่าเป็นการให้ความเห็นชอบ เพียงแต่ระยะเวลาที่ระบุไว้นับตั้งแต่วันที่การกระจายอำนาจส่งเรื่องมาให้องค์การกำกับดูแลผ่านไป โดยไม่มีการแสดงความเห็นชอบก็ถือว่ามี การให้ความเห็นชอบแล้ว อำนาจนี้จึงเทียบได้กับการใช้สิทธิคัดค้าน (droit de veto) ในทางตรงกันข้ามพระราชบัญญัติอาจจะบัญญัติให้มีการให้ความเห็นชอบอย่างแข็งขัน การกระทำขององค์การที่ถูกกำกับดูแลจะชอบด้วยกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีการให้ความเห็นชอบอย่างเป็นทางการจากผู้มีอำนาจในการกำกับดูแล แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้กระทำการใด ๆ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีจำนวนหลายคน การปฏิเสธของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งถือว่าเป็นการปฏิเสธการให้ความเห็นชอบแล้ว

ส่วนอำนาจในการอนุญาตหรืออนุมัติ (Le pouvoir d'autorisation) มีหลักการคล้ายกัน คือ องค์การกระจายอำนาจจะต้องได้รับอนุญาตหรืออนุมัติเสียก่อนจึงจะดำเนินการได้ การอนุญาตหรืออนุมัติจะต้องกระทำโดยชัดแจ้ง ไม่สามารถถือว่าการนิ่งเป็นการให้ความเห็นชอบโดยปริยายได้ ฉะนั้นถ้าไม่มีการอนุญาตหรืออนุมัติแล้วนิติกรรมขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่มีอยู่หรือไม่เกิดขึ้นเลย

<sup>71</sup> เพ็ญศรี เพ็ญสาธแสง. (2534). อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง: ศึกษากรณีองค์กรเทศบาล. หน้า 53-54.

(2) การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับยับยั้ง (Le pouvoir d'annulation) และการสั่งยกเลิก (Le pouvoir d'abrogation) การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับยับยั้งเป็นนิติกรรมที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และองค์กรกำกับดูแลสามารถเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวได้นอกจากนี้ยังมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ทำนิติกรรมนั้นด้วย ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนผู้กำกับดูแลจะใช้อำนาจยับยั้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ก่อนได้ หากกฎหมายไม่ได้กำหนดให้อำนาจเพิกถอนหรือยับยั้ง เช่น ผู้ที่ควบคุมดูแลเห็นว่าคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นทำการไปโดยอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราชการและผู้มีอำนาจกำกับดูแลได้ตกเดือนแล้ว แต่คณะผู้บริหารไม่ปฏิบัติตามกรณีเช่นนี้ ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีคำสั่งเพิกถอนหรือระงับการปฏิบัติการดังกล่าวได้

(3) การดำเนินการแทน (Le pouvoir de substitution de l'action) การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่และผู้กำกับดูแลได้เดือนแล้ว แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม องค์กรผู้มีอำนาจกำกับดูแลสามารถดำเนินการในเรื่องดังกล่าวแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

## (2) การกำกับดูแลโดยอ้อม

การกำกับดูแลโดยอ้อมสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### (2.1) การใช้เงินอุดหนุนเป็นมาตรการในการกำกับดูแล

ทุกปีส่วนกลางจะจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับแล้วจะนำไปใช้ในด้านใดๆ ก็ได้ โดยเงินอุดหนุนที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับจากองค์กรบริหารราชการส่วนกลางแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ<sup>72</sup>

ก. เงินอุดหนุนทั่วไป (General grant) หมายถึง เงินอุดหนุนที่ส่วนกลางให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการนำเงินไปใช้จ่ายในกิจการของท้องถิ่นตามที่ท้องถิ่นเห็นว่าเหมาะสม และตามที่กฎหมายกำหนด โดยส่วนกลางไม่ได้กำหนดว่าจะต้องนำเงินดังกล่าวไปใช้จ่ายในโครงการใดบ้าง ดังนั้น เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับแล้วจะนำไปใช้ในด้านใดๆ ก็ได้ โดยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของส่วนกลาง<sup>73</sup>

ข. เงินอุดหนุนเฉพาะกิจ (Selective grant) หมายถึง เงินอุดหนุนที่ส่วนกลางกำหนดเงื่อนไขว่า ท้องถิ่นจะต้องนำไปใช้จ่ายในโครงการใดโดยเฉพาะซึ่งท้องถิ่นจะนำเงินอุดหนุนจำนวน

<sup>72</sup> โกสิน พลกุล และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 134.

<sup>73</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 62.

นี้ไปใช้ในรูปแบบอื่นไม่ได้ เงินอุดหนุนรูปแบบนี้จะถูกควบคุมอย่างใกล้ชิดทุกขั้นตอนตามระเบียบที่รัฐบาลกำหนด

การขอรับเงินจะต้องเสนอโครงการผ่านองค์กรกำกับดูแลเพื่อพิจารณาลักษณะความเหมาะสมของโครงการตลอดจนราคาค่าใช้จ่าย

การใช้จ่ายเงินจะต้องเป็นไปตามโครงการงบประมาณที่ได้รับอนุมัติทุกประการ การเปลี่ยนแปลงรายการจะต้องได้รับอนุมัติจากองค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลก่อน การเบิกจ่ายเงินจะกระทำได้เมื่อถึงงวดการจ่ายเงินตามสัญญา การกั้นเงินจะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรกำกับดูแล

ในทางทฤษฎี องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระที่จะขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจหรือไม่ก็ได้ ซึ่งก็หมายความว่า ถ้าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมจากส่วนกลาง แต่ถ้าขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ในทางปฏิบัติ เราจะพบว่าไม่มีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่ไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนี้ เงินอุดหนุนจึงเป็นมาตรการในการกำกับดูแลทางอ้อมประเภทหนึ่ง ซึ่งจำกัดเสรีภาพในทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอย่างมาก

เงินอุดหนุนจึงเป็นมาตรการในการกำกับดูแลทางอ้อมประเภทหนึ่ง ซึ่งจำกัดเสรีภาพในทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอย่างมาก

(2.2) การใช้สัญญามาตรฐาน (L'acte type) เป็นมาตรการในการกำกับดูแล

สัญญามาตรฐาน คือ “สัญญาที่บุคคล (หรือนิติบุคคล) ทางกฎหมายมหาชน หรือทางกฎหมายแพ่งบุคคลหนึ่งกระทำขึ้นโดยแบบของสัญญานั้นถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สาม”<sup>74</sup> การที่แบบของสัญญานี้ถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สามแล้ว จึงเท่ากับว่าบุคคลที่สำคัญนั้นๆ ถูกจำกัดอำนาจและการริเริ่มสร้างสรรค์ในการกำหนดรายละเอียดทางสัญญานั้นเอง<sup>75</sup>

การใช้สัญญามาตรฐานเป็นมาตรการในการกำกับดูแลทางอ้อมนั้น มีการใช้อย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายของเรา ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจนั้นเราก็พบตัวอย่างนี้มากมาย เช่น การจัดทำสัญญาต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น โดยระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น กำหนดว่า จะต้องทำตามแบบที่อยู่

<sup>74</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ (2534, เมษายน). “การควบคุมกำกับดูแลเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย” วารสารกฎหมายปกครอง, 10 (1). หน้า 46.

<sup>75</sup> วลัยกร รัตนกุล. (2543). เล่มเดิม. หน้า 34-46.

ในส่วนที่แนบท้ายระเบียบนี้ การเปลี่ยนแปลงแบบของสัญญาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากอัยการจังหวัดหรือสำนักงานอัยการสูงสุด<sup>76</sup> เท่านั้น

#### 4) ความแตกต่างระหว่างอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

คำนิยามที่นักวิชาการทั้งหลายให้ไว้อาจทำให้เราเข้าใจความหมายของคำว่า “กำกับดูแล” ได้ในระดับหนึ่ง แต่เพื่อให้เข้าใจความหมายของคำนี้ดียิ่งขึ้น จึงควรอธิบายในเชิงเปรียบเทียบกับ การควบคุมอีกประเภทหนึ่งซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกัน ซึ่งยังมีความเข้าใจที่สับสนในหมู่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไทย นั่นก็คือ การบังคับบัญชา ซึ่งเป็นการควบคุมที่เป็นการใช้อำนาจทั่วไปที่ผู้บังคับบัญชามีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา และสามารถแยกพิจารณาในมิติที่หลากหลาย ได้แก่ พิจารณาจากหลักการปกครอง พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ควบคุมกับผู้ถูกควบคุม พิจารณาจากที่มาของอำนาจ พิจารณาจากขอบเขตของการควบคุม พิจารณาจากการควบคุมเหนือการกระทำ พิจารณาจากการควบคุมเหนือตัวบุคคล และพิจารณาจากสถานะของคำสั่งที่ควบคุม<sup>77</sup> ดังนี้

(1) พิจารณาจากหลักการปกครอง การบังคับบัญชามาจากหลักการรวมอำนาจ ในขณะที่การกำกับดูแลมาจากหลักการกระจายอำนาจ

(2) พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ควบคุมกับผู้ถูกควบคุม การบังคับบัญชาเป็นนิติสัมพันธ์ภายในนิติบุคคลเดียวกัน แต่การกำกับดูแลเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลสองนิติบุคคล ที่มีใช้นิติบุคคลในฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ<sup>78</sup>

(3) พิจารณาจากที่มาของอำนาจในการควบคุม การบังคับบัญชาเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากระเบียบภายในหน่วยงาน กล่าวคือ แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ผู้บังคับบัญชาก็สามารถควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ ยกเว้นในบางเรื่อง เช่น การลงโทษซึ่งต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้จึงจะลงโทษได้ แต่การกำกับดูแลจะมีขึ้นได้แก่ไหน เพียงใด ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเท่านั้น เพราะฉะนั้น โดยหลักแล้วต้องมีกฎหมายกำหนดไว้จึงสามารถกำกับดูแลได้ และจะใช้อำนาจกำกับดูแลเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้

<sup>76</sup> ข้อ 125 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2547.

<sup>77</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ งามเดิม. หน้า 50.

<sup>78</sup> ปราโมทย์ ประจนปัจจนึก. (2549, มกราคม-เมษายน). “การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส.” วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 32, หน้า 47.

(4) พิจารณาจากขอบเขตของการควบคุม การบังคับบัญชาครอบคลุมทั้งการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมความเหมาะสมซึ่งเป็นส่วนที่เป็นของกฎหมายโดยการใช้ดุลพินิจ ส่วนการกำกับดูแลมีขอบเขตอยู่ที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วผู้กำกับดูแลไม่มีอำนาจควบคุมความเหมาะสมของการกระทำได้ เพราะมีฉะนั้นแล้ว จะเป็นการทำลายหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์การมหาชนตามหลักการกระจายอำนาจ อย่างไรก็ตาม การควบคุมดุลพินิจก็สามารถกระทำได้ หากมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน<sup>79</sup>

(5) พิจารณาการควบคุมเหนือการกระทำ ในการบังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือการกระทำ 4 ประการคือ

ประการที่ 1 อำนาจสั่งการหรืออำนาจให้คำแนะนำ ซึ่งอาจแยกได้เป็นการสั่งการเฉพาะเรื่องและการสั่งการทั่วไปโดยการวางระเบียบ การออกหนังสือเวียน เป็นต้น

ประการที่ 2 อำนาจเพิกถอนการกระทำ ทั้งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่าไม่เหมาะสม

ประการที่ 3 อำนาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งของผู้ใต้บังคับบัญชา และ

ประการที่ 4 อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทน ในกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ใช่อำนาจส่วนในการกำกับดูแล ผู้กำกับดูแลมีเฉพาะอำนาจเพิกถอนการกระทำ ซึ่งจะเพิกถอนได้เฉพาะการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

(6) พิจารณาจากการควบคุมเหนือตัวบุคคลในการบังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือตัวบุคคลทั้งการแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนชั้นเงินเดือน การลงโทษทางวินัยจนถึงการถอดถอน ส่วนในการกำกับดูแล ผู้กำกับดูแลมีอำนาจเพียงประการเดียวคือ การถอดถอนออกจากตำแหน่ง เว้นแต่การกำกับดูแลทางเศรษฐกิจซึ่งใช้กับองค์กรกระจายอำนาจทางกิจการซึ่งผู้กำกับดูแลมีอำนาจแต่งตั้งด้วย

(7) พิจารณาจากสถานะของคำสั่งที่ควบคุมในการบังคับบัญชา คำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยหลักแล้วถือเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ส่วนในการกำกับดูแล คำสั่งในการกำกับดูแลถือเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

<sup>79</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ัง เล่มเดิม. หน้า 33.

ในการทำความเข้าใจในทฤษฎีกฎหมายของการกำกับดูแลต่อไปนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องชี้ให้เห็นถึง ที่ข้อแตกต่างในลักษณะเฉพาะของการควบคุมบังคับบัญชาที่ใช้สำหรับองค์กรรวมอำนาจกับการกำกับดูแลเป็นระบบความสัมพันธ์ขององค์กรกระจายอำนาจเอาไว้เป็นเบื้องต้น เพื่อมิให้เกิดความไขว้เขวต่างๆ เพื่อพิจารณาถึงสาระว่าการกระทำใดจะสามารถทำได้ และถือว่าเป็นการกำกับดูแลตามกฎหมายที่ถูกต้องในการใช้อำนาจกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีลักษณะสำคัญของแต่ละการใช้อำนาจทั้งสองนั้นมีดังนี้<sup>80</sup>

ประการแรก อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ในการปกครองผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นอำนาจในระบบการบริหารของนิติบุคคลหนึ่งๆ เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง ความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาค อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใดๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมสามารถกลับ แก่ ยกเลิก เพิกถอน คำสั่งหรือการกระทำของผู้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะใช้ไปในทางเหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมายได้ ซึ่งอำนาจของผู้บังคับบัญชานั้นอาจจำแนกได้ 4 อย่าง คือ<sup>81</sup>

- (1) อำนาจหน้าที่ที่จะออกคำสั่งให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ
- (2) อำนาจควบคุมกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ
- (3) อำนาจที่จะลงโทษทางวินัยแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา
- (4) อำนาจที่จะให้บำเหน็จความดีความชอบแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา

ประการที่สอง อำนาจกำกับดูแล เป็นอำนาจที่ไม่ใช่เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรกำกับดูแลและองค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล จึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขคือจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีความสัมพันธ์ระหว่างส่วนกลางรวมถึงส่วนภูมิภาคกับส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะนี้

ในการกำกับดูแลนั้น องค์กรกำกับดูแลไม่มีอำนาจสั่งการให้องค์กรภายใต้การกำกับดูแลย่อมมีความรับผิดชอบ (อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ดังนั้น องค์กรกำกับดูแลจึงเพียงแต่ควบคุมกำกับดูแลให้องค์กรภายใต้การกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น)

ในบางกรณีกฎหมายได้ให้อำนาจองค์กรกำกับดูแลที่จะยกเลิกเพิกถอนหรือเข้าสั่งการแทนองค์กรภายใต้การกำกับดูแลได้ ซึ่งเป็นเรื่องของข้อยกเว้น โดยหลักแล้วองค์กรกำกับดูแล

<sup>80</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2542). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. หน้า 100-101.

<sup>81</sup> ประยูร กาญจนดุล. (2549). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 175.



ไม่มีอำนาจทั่วไปที่จะทำเช่นนี้ อันต่างกับอำนาจบังคับบัญชาที่ถือว่าโดยทั่วไปมีอำนาจทำได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายห้ามไม่ให้ทำ

สำหรับความแตกต่างของการควบคุมบังคับบัญชากับการกำกับดูแล ในที่นี้ผู้เขียนจะอธิบายเป็น 3 ประเด็นดังนี้

#### (1) ความหมายของอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข (Un pouvoir inconditionné) อย่างไรก็ตามอำนาจนี้จะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่ามีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่เขาเห็นควรและมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือยกเลิกคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายระเบียบข้อบังคับ (Texte) บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น การใช้อำนาจบังคับบัญชาโดยอ้างความเหมาะสมแต่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจกระทำได้

ส่วนอำนาจกำกับดูแล นั้นเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในลักษณะของผู้ควบคุม (Contrôleur) และผู้ถูกควบคุม (Contrôle) ดังนั้น อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มี “เงื่อนไข” (Un pouvoir conditionné) อำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น<sup>82</sup>

สรุปว่า อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา ส่วนอำนาจกำกับดูแล คือ อำนาจของรัฐในการควบคุมเหนือองค์กร ฉะนั้น กระจายอำนาจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ อำนาจกำกับดูแลจึงแตกต่างจากอำนาจบังคับบัญชานั้นเอง

“การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” ก็คือ การควบคุมของรัฐ (โดยราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาค) เหนือองค์กรกระจายอำนาจ ซึ่งก็คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ<sup>83</sup>

เงื่อนไขของการกำกับดูแล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 282 วรรคสอง สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. การกำกับดูแลต้องทำเท่าที่จำเป็นเฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งกฎหมายในที่นี้ไม่ได้หมายถึงกฎหมายของฝ่ายบริหาร แต่หมายถึงกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติทั้งหลายนั่นเอง

<sup>82</sup> อนุชา สุนสวัสดิกุล และคณะ. (2548). การศึกษารูปแบบและวิธีการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (รายงานการวิจัย). หน้า 19-20.

<sup>83</sup> แหล่งเดิม. หน้า 2-3.

ขอบเขตที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลจะพึงกระทำต่อผู้อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ได้แก่ “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำ หรือความถูกต้องของคุณสมบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของผู้อยู่ใต้การกำกับดูแล ซึ่งในที่นี้หมายถึงความถูกต้องตามกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจท้องถิ่นกระทำการ หรือกำหนดคุณสมบัติของบุคคลผู้กระทำการในฐานะองค์กรของท้องถิ่น

ความชอบด้วยกฎหมายหรือความถูกต้องตามกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ การปฏิบัติตามเนื้อหาที่ปรากฏตามลายลักษณ์อักษรของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และระเบียบข้อบังคับที่ออกโดยอำนาจของกฎหมาย

ส่วนความถูกต้องตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น มีขอบเขตกว้างกว่า และให้อิสระแก่ท้องถิ่นมาในการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการซึ่งหมายความว่ารวมถึงความถูกต้องตามหลักกฎหมายปกครองด้วย เช่น เรื่อง ความสงบเรียบร้อยของประชาชน การรักษาประโยชน์สาธารณะ หลักการรวมอำนาจบริหาร หลักการกระจายอำนาจบริหาร เป็นต้น

2. วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลคือ เพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น และเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้ ลักษณะการกำกับดูแลที่เหมาะสมและเป็นไปตามหลักการข้างต้น ควรจะต้องมีลักษณะดังนี้<sup>84</sup>

เพื่อป้องกันความผิดพลาด

เพื่อที่จะดูว่าองค์กรปกครองท้องถิ่นได้ให้บริการที่จำเป็นแก่ประชาชนในท้องถิ่น

เพื่อที่จะดูว่าบริการที่จัดทำนั้นถึงขนาดมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้

เพื่อส่งเสริมให้การบริการมีมาตรฐานสูงขึ้น

3. การกำกับดูแลจะกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นไม่ได้

4. การกำกับดูแลจะกระทำนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

โดยหลักแล้วท้องถิ่นย่อมมีอิสระในการปกครองตนเอง การกำกับดูแลจะมีได้ก็แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ทั้งนี้ สอดคล้องกับหลักการที่ว่า “...ไม่มีการกำกับดูแลถ้าปราศจากกฎหมายและไม่มีการกำกับดูแลที่เกินเลยไปจากกฎหมาย” นั่นเอง

<sup>84</sup> วิญญู อังคนารักษ์. (2515). แนวความคิดในการปกครองท้องถิ่น: เอกสารประกอบความรู้การประชุมใหญ่สันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย ครั้งที่ 13 ณ จังหวัดเชียงใหม่. หน้า 84.

ในขั้นตอนของการกำกับดูแลนั้น องค์กรกำกับดูแลไม่มีอำนาจสั่งการให้องค์กรภายใต้การกำกับดูแลปฏิบัติตามที่เห็นเหมาะสม ทั้งนี้ เพราะองค์กรภายใต้การกำกับดูแลมีอิสระในการดำเนินงาน ตามหลักการกระจายอำนาจ และมีฐานะเป็นนิติบุคคล จึงต้องมีความรับผิดชอบตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์กรกำกับดูแล จึงมีหน้าที่เพียงกำกับดูแลให้องค์กรภายใต้การควบคุมฯ ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยการยกเลิก เพิกถอน หรือเข้าสั่งการแทนองค์กรภายใต้การกำกับดูแล เมื่อมีการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นข้อบกพร่อง โดยหลักแล้วองค์กรกำกับดูแลไม่มีอำนาจทั่วไปจะทำเช่นนั้น ต่างกับอำนาจบังคับบัญชาที่ถือว่าโดยทั่วไปมีอำนาจทำได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายห้ามไม่ให้ทำ<sup>85</sup>

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติมีอำนาจที่จะยกเลิกหรือสั่งให้ยกเลิกการกระทำขององค์กรที่มีอยู่ภายใต้การกำกับดูแลแม้แต่จะมีคำสั่งแทน (substituer) องค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับก็ตาม อย่างไรก็ตาม อำนาจเหล่านี้จะมีได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติ อำนาจกำกับดูแลจึงมิใช่อำนาจทั่วไปอย่างที่ปรากฏในอำนาจบังคับบัญชา

นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ “ที่มาของอำนาจ” แล้วจะเห็นได้ว่า อำนาจบังคับบัญชา นั้นมีอยู่ในการจัดการปกครองแบบรวมอำนาจ ฉะนั้น ในองค์กรหนึ่งๆ ผู้มีอำนาจสูงสุดจะบังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชาภายในองค์กรของตนตามลำดับชั้น กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ระดับสูงมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการเจ้าหน้าที่ซึ่งมีสถานะต่ำกว่าในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาภายในองค์กร (นิติบุคคล) เดียวกัน ส่วนอำนาจกำกับดูแลนั้นมีอยู่ในการจัดการปกครองแบบกระจายอำนาจ จึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรสององค์กร คือ องค์กรกำกับดูแล (ส่วนกลาง) และองค์กรภายใต้การกำกับดูแล (องค์กรกระจายอำนาจ)<sup>86</sup> ซึ่งถือเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่งของอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

## (2) การแบ่งแยกระหว่างอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

แม้ว่าการแบ่งแยกระหว่างอำนาจกำกับดูแลกับอำนาจบังคับบัญชาจะเป็นสิ่งที่ลำบาก แต่ก็เป็นสิ่งสำคัญ เพราะทำให้เราเข้าใจระบบการกระจายอำนาจ (Décentralisation) เมื่อเปรียบเทียบกับระบบการแบ่งอำนาจให้กับส่วนภูมิภาค (Déconcentration)

อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข (Un Pouvoir Inconditionné) อย่างไรก็ตาม อำนาจนี้จะต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิด

<sup>85</sup> วุฒิชัย ไทยเจริญ. (2535). ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างสภาจังหวัดกับผู้ว่าราชการจังหวัด. หน้า 161.

<sup>86</sup> เพ็ญศรี เพ็ญสาธแสง. เล่มเดิม. หน้า 42-43.

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่ามีสิทธิจะสั่งให้ผู้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่เขาเห็นว่าควรและมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือว่ายกเลิกคำวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎระเบียบ ข้อบังคับ (Texte) บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

อำนาจกำกับดูแลนั้นต่างกับอำนาจบังคับบัญชาเป็นอย่างมาก อำนาจนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะผู้บังคับบัญชา แต่ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นไปในลักษณะผู้ควบคุม (Contrôleur) และผู้ถูกควบคุม

ดังนั้น อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข (Un Pouvoir Conditionné) อำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น

อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่ไม่สามารถออกคำสั่งได้ กล่าวโดยสรุปบุคคลในทางกฎหมายมหาชนที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อผลประโยชน์ของตนเอง ซึ่งผลประโยชน์เหล่านี้มีขึ้นก็เพราะมีพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองระบุไว้ เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจกำกับดูแลเพียงแต่ควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านี้หรือไม่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด<sup>87</sup>

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติมีอำนาจที่จะยกเลิกหรือสั่งให้ยกเลิกการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลและแม้แต่จะมีคำสั่งแทน (Substituer) องค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับก็ตามอย่างไรก็ตาม อำนาจเหล่านี้จะมีได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้น โดยพระราชบัญญัติ อำนาจกำกับดูแลจึงมิใช่อำนาจทั่วไปอย่างที่ปรากฏในอำนาจบังคับบัญชา

กล่าวโดยสรุป อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจของนิติบุคคลเพียงนิติบุคคลเดียว ซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลในกฎหมายมหาชนอื่น รัฐอยู่ในฐานะของผู้รักษาประโยชน์มหาชน (l'intérêt général) ในความหมายอย่างกว้างขวางที่สุด ซึ่งก็คือผู้ทำหน้าที่กำกับดูแลนั่นเอง ส่วนบุคคลในทางกฎหมายมหาชนอื่นนั้นมีผลประโยชน์โดยแท้ของตน (l'intérêt Propres) และอยู่ในฐานะของผู้ถูกกำกับดูแล

### (3) ความแตกต่างระหว่างอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล

อำนาจของรัฐในการจัดระเบียบบริหารราชการนั้นมีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจควบคุมบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล ซึ่งความแตกต่างของอำนาจกำกับดูแลกับอำนาจบังคับบัญชา ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ 3 ลักษณะ ดังนี้<sup>88</sup>

<sup>87</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ จ. (2543). *กฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศส*. หน้า 57.

<sup>88</sup> เพ็ญศรี เพ็ญสาธิต. (2534). *อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง: ศึกษากรณีองค์การเทศบาล*. หน้า 42.

## 1. ที่มาของอำนาจ

อำนาจบังคับบัญชานั้นมีอยู่ในการจัดการปกครองแบบรวมอำนาจ ที่องค์การปกครองส่วนกลางมีอำนาจบังคับบัญชาหน่วยการปกครองที่อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาทั่วทั้งอาณาเขตของรัฐ ดังนั้น ผู้มีอำนาจสูงสุดในองค์กรจะเป็นผู้บังคับบัญชาผู้ใต้บังคับบัญชาภายในองค์กรตามลำดับชั้น คือ เจ้าหน้าที่ระดับสูงมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการเจ้าหน้าที่ที่มีสถานะต่ำกว่า<sup>89</sup> ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาภายในองค์กร อำนาจบังคับบัญชาเกิดขึ้นเพื่อความจำเป็นในการบังคับให้เป็นไปตามกฎระเบียบสำหรับการปกครองภายในองค์กรฝ่ายปกครอง<sup>90</sup>

ส่วนอำนาจกำกับดูแลมีอยู่ในการปกครองแบบกระจายอำนาจ จึงเป็นความสัมพันธ์กันระหว่างองค์กรสององค์กร คือ องค์กรผู้มิอำนาจกำกับดูแล หรือองค์การบริหารราชการส่วนกลาง และองค์กรภายใต้การกำกับดูแล หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น การที่องค์การปกครองส่วนกลางต้องมีอำนาจกำกับดูแลนี้ เพื่อความเป็นเอกภาพแห่งรัฐ แต่ปัจจุบัน ได้มีการนำหลักการรวมอำนาจปกครองและการกระจายอำนาจปกครองมาใช้ควบคู่กันเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด

## 2. ขอบเขตของอำนาจ

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขต คือ แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้ควบคุมการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการ และปฏิบัติของผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างใกล้ชิด รวมถึงอำนาจให้ความเห็นชอบและลงโทษทางวินัยต่อผู้ใต้บังคับบัญชาตามที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่าเหมาะสม ภายในกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายการบังคับบัญชาก็สามารถมีได้จึงเป็นอำนาจเหนือการกระทำและเหนือบุคคลอย่างสิ้นเชิง ศาลปกครองฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายมหาชน<sup>91</sup> นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 ได้กำหนดอำนาจนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลหรือ ผู้บังคับบัญชาสูงสุดไว้ ซึ่งเป็นอำนาจบังคับบัญชาสูงสุดต่อการบริหารราชการแผ่นดินทั้งสิ้น

จากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 ดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่าอำนาจตามมาตรา 11 นี้เป็นเพียงอำนาจตามกฎหมายโดยทั่วไป แต่อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขจำกัดเพื่อไม่ให้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเป็นอิสระของ

<sup>89</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2549). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 134.

<sup>90</sup> สุรพล นิติไกรพจน์. (ธันวาคม, 2532). “ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (*tutelle*),” วารสารนิติศาสตร์, 4 (19). หน้า 81.

<sup>91</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2533). อำนาจของรัฐในการกำกับดูแลการปฏิบัติราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามแนวความคิดและหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส. หน้า 1.

องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น คือ ใช้อำนาจกำกับดูแลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด<sup>92</sup> ขอบเขตที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลกระทำต่อผู้ถูกกำกับดูแล ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำ ซึ่งหมายความว่าความถูกต้องตามบทบัญญัติทางกฎหมาย ความมุ่งหมาย หรือวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจท้องถิ่นกระทำการ

### 3. ลักษณะของอำนาจ

อำนาจบังคับบัญชามีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจบังคับบัญชาและองค์กรผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา เพื่อสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การอนุมัติ สั่งระงับ หรือแก้ไขการกระทำต่างๆ ของเจ้าหน้าที่ได้ และใช้ได้ทั้งการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือระเบียบแบบแผน และใช้ได้แม้ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ดีพอไม่เหมาะสมหรือไม่ตรงต่อนโยบายอีกด้วย<sup>93</sup> รวมทั้งกำหนดแนวทางปฏิบัติงาน อำนาจบังคับบัญชามีได้แม้ในกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ เนื่องจากการที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาถือเป็นอำนาจที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก็ถือว่า มีอำนาจเช่นนี้อยู่<sup>94</sup>

ส่วนอำนาจกำกับดูแลจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนเท่านั้น ในทฤษฎีคลาสสิกของฝรั่งเศสกล่าวว่า “...ไม่มีอำนาจกำกับดูแล ถ้าปราศจากกฎหมายแม่บท และไม่มีการกำกับดูแลที่เกินเลยไปจากกฎหมายแม่บท”<sup>95</sup> องค์กรกำกับดูแลจึงไม่มีอำนาจกำหนดแนวทางให้ปฏิบัติและแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำใดๆ ขององค์กรกระจายอำนาจ หรือออกคำสั่งให้องค์กรกระจายอำนาจปฏิบัติ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์กรกระจายอำนาจ องค์กรที่กำกับดูแลจะกำกับเพื่อให้องค์กรภายใต้การกำกับดูแลนั้นปฏิบัติตามหน้าที่ให้เป็นไปตามที่ได้รับมอบหมายจากกฎหมายเท่านั้น

<sup>92</sup> โภคิน พลกุล. (2528). “หลักว่าด้วยการรวมอำนาจและกระจายอำนาจ.” เอกสารประกอบการสัมมนาหลักกฎหมายปกครองเล่ม 2 จัดโดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์. หน้า 18.

<sup>93</sup> ประชุม กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 176.

<sup>94</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ จ. (2547). “ข้อความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลทางปกครอง.” รวมบทความกฎหมายการปกครองท้องถิ่น. หน้า 212.

<sup>95</sup> เพ็ญศรี เพ็ญสาเดแสง. (2534). เล่มเดิม. หน้า 34-35.

จากที่กล่าวมาถึงอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแลและสามารถสรุปประเด็นความแตกต่างระหว่างอำนาจบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแล<sup>96</sup> ได้ดังนี้

| ประเด็น                                   | อำนาจบังคับบัญชา                                                                                                                                             | อำนาจกำกับดูแล                                                                                                              |
|-------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1) พิจารณาจากจำนวนองค์กร                  | เป็นนิติสัมพันธ์ภายใน<br>องค์กรเดียวหรือนิติบุคคลอื่น                                                                                                        | เป็นนิติสัมพันธ์หรือ<br>ระหว่างนิติบุคคล<br>สองนิติบุคคล                                                                    |
| 2) พิจารณาจากลักษณะ<br>ของการกระทำ        | โดยทั่วไปเป็นคำสั่งภายใน<br>ของฝ่ายบริหารไม่ใช่คำสั่ง<br>ทางปกครอง ซึ่งอาจเป็น<br>นิติกรรมทางปกครองหรือไม่<br>ก็ได้                                          | เป็นนิติกรรมทางกฎหมาย<br>เสมอ ซึ่งมักเป็นคำสั่ง<br>ทางปกครอง                                                                |
| 3) พิจารณาจากขอบเขต<br>ของอำนาจ           | อำนาจบังคับบัญชานั้น<br>เป็นอำนาจกว้างขวาง<br>ผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุม<br>ได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย<br>และความเหมาะสมของการ<br>ตัดสินใจของผู้ใต้บังคับบัญชา | อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่<br>มีอย่างจำกัดเฉพาะการควบคุม<br>ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น                                       |
| 4) พิจารณาจากการก่อตั้ง<br>ของอำนาจ       | เป็นอำนาจทั่วไปของผู้<br>ผู้บังคับบัญชาโดยไม่มีเงื่อนไข<br>ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมาย<br>บัญญัติโดยชัดแจ้ง                                                        | เป็นอำนาจที่ต้องมีกฎหมาย<br>กำหนดไว้โดยเฉพาะเพราะ<br>การกำกับดูแลจะมีได้ก็แต่โดย<br>กฎหมายและเท่าที่กฎหมาย<br>กำหนดเท่านั้น |
| 5) พิจารณาจากระบบ<br>ความสัมพันธ์ในองค์กร | เป็นระบบความสัมพันธ์<br>ในองค์กรรวมอำนาจ                                                                                                                     | เป็นความสัมพันธ์ในองค์กร<br>กระจายอำนาจ                                                                                     |

<sup>96</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ ก เล่มเดิม. หน้า 59.