

บทที่ 1

หลักการทั่วไปว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น

1.1 หลักการสำคัญในการจัดระเบียบราชการบริหาร

หลักการจัดระเบียบราชการบริหารของประเทศไทย โดยทั่วไปมีรูปแบบที่ใช้ในการจัดระเบียบราชการบริหาร 2 หลักการใหญ่ ได้แก่ หลักการรวมอำนาจปกครอง (Centralization) และหลักการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization)

1.1.1 หลักการรวมอำนาจปกครอง

เป็นหลักที่วางระเบียบบริหารราชการโดยอำนาจในการปกครองอยู่ที่ราชการบริหารส่วนกลาง อันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ของรัฐ และมีเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางซึ่งขึ้นต่อกันตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา เป็นผู้ดำเนินการปกครอง ตลอดทั้งอาณาเขตของประเทศ กล่าวโดยย่อ ก็คือ มีการรวมอำนาจปกครองทั้งหมดไว้ที่ส่วนกลาง และการใช้อำนาจปกครองกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางทั้งสิ้น¹

1.1.1.1. ลักษณะสำคัญของการรวมอำนาจปกครอง

หลักการรวมอำนาจปกครองประกอบด้วยลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้²

1) มีการรวมกำลังในการบังคับต่าง ๆ คือ กำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลางทั้งสิ้น ประเทศที่จัดระเบียบราชการบริหารโดยถือหลักการรวมอำนาจปกครองย่อมไม่ปล่อยให้กำลังทหารส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อส่วนกลาง แม้แต่กำลังตำรวจซึ่งเป็นกำลังฝ่ายพลเรือนก็ขึ้นกับอำนาจของราชการบริหารส่วนกลางเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อจะใช้กำลังเหล่านั้นบังคับได้อย่างเด็ดขาดและทันทั่วทั้งที่ ในกรณีที่จะต้องใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความมั่นคงของประเทศ

¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น.174.

² เพ็ญอึ้ง, น.174 – 175.

2) มีการรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลาง ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักการรวมอำนาจปกครองก็คือการมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการขั้นที่สุด ให้แก่ราชการบริหารส่วนกลาง กล่าวคือ ให้องค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ มีอำนาจสั่งการได้ทั่วทั้งอาณาเขตของประเทศ อำนาจในการวินิจฉัยสั่งการนี้ ย่อมมีอยู่ทั้งในส่วนกลาง และในพื้นที่อื่น เจ้าหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ทั้งที่ประจำอยู่ในส่วนกลางและที่ส่งไปประจำในพื้นที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของราชการบริหารส่วนกลาง

3) มีลำดับชั้นการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ (Hierarchy) ลักษณะที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งของหลักการรวมอำนาจปกครองก็คือการติด ⁴ ันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการปกครองต่าง ๆ ตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา. ลำดับชั้นการบังคับบัญชาหมายความว่า ชิดชั้นแห่งอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่าง ๆ ซึ่งขึ้นต่อกันตามลำดับ กล่าวคือเจ้าหน้าที่ผู้มีตำแหน่งสูงมีอำนาจสั่งการเจ้าหน้าที่ซึ่งมีตำแหน่งต่ำกว่าในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาและต้องรับผิดชอบในกิจการที่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้กระทำไปในหน้าที่หรือตามคำสั่งของตน ส่วนเจ้าหน้าที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยมีวินัยเป็นเครื่องบังคับ

การปกครองแบบรวมอำนาจทำให้อำนาจของรัฐส่วนกลางมีความมั่นคงมีเอกภาพ เพราะมีการรวมอำนาจในการบังคับบัญชาไว้ที่ส่วนกลางและเป็นวิธีการปกครองที่ทำให้ผู้อยู่ใต้การปกครองได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาค ไม่มีการเลือกปฏิบัติเป็นพิเศษในท้องที่ใด นอกจากนั้น ยังเป็นหลักการปกครองที่ประหยัดกว่าหลักการปกครองอื่นเพราะทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินการสามารถหมุนเวียนไปได้ทุกพื้นที่ของรัฐ ไม่ต้องมีการซื้อทรัพย์สินใหม่แยกเป็นแต่ละส่วนเหมือนกับหลักการกระจายอำนาจปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม หลักการปกครองแบบรวมอำนาจนี้ก็ทำให้ไม่อาจดำเนินการให้มีประสิทธิภาพได้ในทุกพื้นที่ เพราะการจัดการเป็นการรวมศูนย์ไว้ที่ส่วนกลาง และยังอาจจะไม่สามารถสนองความต้องการที่มีอยู่อย่างหลากหลายในแต่ละพื้นที่ได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ การจัดการยังมีความล่าช้าเพราะต้องรอการวินิจฉัยสั่งการจากส่วนกลาง³

เนื่องจากการรวมอำนาจปกครองไว้ที่ส่วนกลางมีข้อเสียอันเป็นอุปสรรคต่อการแก้ไข ปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดิน จึงได้มีการขยายหลักการรวมอำนาจปกครอง

³มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.3.

ด้วยหลักการแบ่งอำนาจปกครอง⁴ ให้แก่ส่วนภูมิภาค ทั้งนี้ เพราะการรวมอำนาจปกครองเข้าไว้ในส่วนกลางนั้น ไม่จำเป็นต้องส่งมอบอำนาจสั่งการทุกเรื่องไว้ที่ส่วนกลางแห่งเดียว เพื่อแบ่งเบาภาระของกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งเป็นองค์การของราชการบริหารส่วนกลางและเพื่อให้ราชการดำเนินไปอย่างรวดเร็วจึงอาจจะมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางซึ่งออกไปประจำในส่วนภูมิภาคได้⁵ จะเห็นได้ว่า หลักการแบ่งอำนาจปกครองเป็นหลักการที่ราชการบริหารส่วนกลางมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการบางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้แทนของราชการบริหารส่วนกลางซึ่งส่งไปประจำปฏิบัติราชการตามเขตการปกครองต่าง ๆ ของประเทศ แต่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นคงเป็นผู้ที่ราชการบริหารส่วนกลางแต่งตั้งทั้งสิ้นและอยู่ในบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง หลักแห่งการแบ่งอำนาจปกครองนี้ เป็นส่วนหนึ่งของหลักการรวมอำนาจปกครองไม่ใช่เป็นการกระจายอำนาจปกครอง⁶

1.1.1.2 ลักษณะของการแบ่งอำนาจปกครอง

หลักการแบ่งอำนาจปกครองมีลักษณะสำคัญ ดังนี้⁷

1) ราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองทั่วประเทศโดยเป็นผู้จัดแบ่งอำนาจของตนไปให้แก่ส่วนภูมิภาค ถ้าไม่มีราชการบริหารส่วนกลางที่เป็นเสมือนหนึ่งเจ้าของอำนาจ การแบ่งอำนาจก็จะมี

2) ต้องมีเจ้าหน้าที่เป็นตัวแทนของส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลาง จะจัดส่งเจ้าหน้าที่ของตนไปประจำอยู่ตามเขตการปกครองท้องที่ในส่วนต่าง ๆ ของประเทศ เช่น จังหวัด อำเภอ เจ้าหน้าที่เหล่านี้ ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นตัวแทนของส่วนกลาง ส่วนกลางจึงเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง ถอดถอนและบังคับบัญชา

⁴ หลักการนี้ อาจเรียกกันในชื่ออื่นได้อีกว่า การกระจายการรวมศูนย์อำนาจปกครอง หรือการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค ซึ่งได้แก่ รูปแบบการปกครองที่ส่วนกลางได้มอบอำนาจในการตัดสินใจบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำยังภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศโดยตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่เหล่านั้นสามารถดำเนินการวินิจฉัยสั่งการบางอย่างได้ตามแนวทางที่ส่วนกลางกำหนด รายละเอียดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น.20.

⁵ ประยูร กาญจนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.179.

⁶ เพ็ญอ้าง, น.180.

⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), น.15.

3) ส่วนกลางซึ่งเป็นผู้มีอำนาจเต็มในการบริหารราชการแผ่นดินจะแบ่งอำนาจของตนให้ภูมิภาคไปดำเนินการเฉพาะบางเรื่อง หรือบางขั้นตอนโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับเป็นสำคัญ อำนาจที่แบ่งให้นี้จะมากน้อยและกว้างขวางเพียงใด สุดแต่แต่ส่วนกลางจะเห็นสมควรและอำนาจที่แบ่งให้ส่วนกลางจะเรียกคืนเมื่อใดก็ได้

1.1.2 หลักการกระจายอำนาจปกครอง

หลักการกระจายอำนาจปกครองเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกจากการบริหารส่วนกลางจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความเป็นอิสระตามสมควรไม่ต้องขึ้นอยู่กับความบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ขึ้นอยู่กับความควบคุมดูแลเท่านั้น⁸

1.1.2.1 ลักษณะของการกระจายอำนาจปกครอง

หลักการกระจายอำนาจปกครองมีลักษณะสำคัญดังนี้⁹

(1) มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์การนิติบุคคลอิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ยังมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน¹⁰ ที่มิงบประมาณและเจ้าหน้าที่

⁸ ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 1, น.183.

⁹ เพิ่งอ้าง, น.183 – 185.

¹⁰ นิติบุคคลนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยอาศัยเกณฑ์ 3 ประการ ประกอบกันเป็นเครื่องมือในการแบ่งแยก คือ

(1) กฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้น กล่าวคือ นิติบุคคลใดจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเอกชน จัดว่าเป็นนิติบุคคลเอกชน นิติบุคคลใดจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายมหาชนจัดว่าเป็นนิติบุคคลมหาชน

(2) กิจกรรมที่นิติบุคคลนั้นดำเนินการ กล่าวคือ นิติบุคคลใดดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์ของเอกชนจัดว่าเป็นนิติบุคคลเอกชน นิติบุคคลใดดำเนินกิจกรรมที่เรียกว่าบริการสาธารณะจัดว่าเป็นนิติบุคคลมหาชน

(3) การใช้อำนาจของนิติบุคคล กล่าวคือ นิติบุคคลใดไม่มีการใช้อำนาจมหาชนจัดว่าเป็นนิติบุคคลเอกชน นิติบุคคลใดใช้อำนาจมหาชน นิติบุคคลนั้นมักเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย

ของตนเอง กับมีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะ¹¹ ที่ได้รับมอบหมายโดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลาง เพียงแต่คอยควบคุมดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้น โดยมีได้เข้าบังคับบัญชาสั่งการหรืออำนวยการเอง

(2) มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น องค์การของราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ย่อมประกอบด้วย เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากราษฎรในท้องถิ่นทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเฉพาะองค์การสำหรับเป็นที่ประชุมปรึกษากิจการ เช่น สภาท้องถิ่น ที่ประกอบด้วยสมาชิกที่ราษฎรเลือกตั้ง ทั้งนี้ เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่แน่ว่ามีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง การเลือกตั้งถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักการกระจายอำนาจปกครองทางพื้นที่ ส่วนการกระจายอำนาจตามกิจการให้แก่องค์กรนั้น การเลือกตั้งไม่ถือว่าเป็นหลักสำคัญเหมือนการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น

(3) องค์การตามหลักการกระจายอำนาจปกครองมีความอิสระ (Autonomy) ที่จะดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เองโดยไม่ต้องได้รับคำสั่ง หรืออยู่ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินการได้ด้วยงบประมาณและด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเอง ซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ถ้าองค์กรใดไม่มีความอิสระ เช่นว่านี้ หรือมีแต่เพียงหน้าที่เสนอข้อแนะนำและให้คำปรึกษาแก่ราชการบริหารส่วนกลาง หรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้นก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจปกครองอย่างแท้จริง

1.1.2.2 ประเภทของการกระจายอำนาจปกครอง

การจัดการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจอาจทำได้ 2 ลักษณะ¹² คือ การกระจายอำนาจทางพื้นที่และการกระจายอำนาจทางบริการ

1) การกระจายอำนาจทางพื้นที่ หรือที่เรียกว่า การกระจายอำนาจทางเขตแดน (Décentralisation territoriale) คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ

มหาชน ดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย, รายงานการวิจัยเสนอคณะกรรมการปฏิรูประบอบราชการ, (กันยายน 2539), น.34.

¹¹“การบริการสาธารณะ” หมายความว่า กิจการที่อยู่ในความอำนวยการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ดูคำอธิบายเพิ่มเติมในประยูร กาญจนดุล, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.79 – 80.

¹²ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน 2549), น.98 – 99.

ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Collectivités locales) จัดทำ ทั้งนี้ การจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ การจัดระเบียบราชการบริหารลักษณะนี้เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”¹³

2) การกระจายอำนาจทางบริการ หรืออาจเรียกว่าการกระจายอำนาจทางเทคนิค (Décentralisation par service ou technique) คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่อง บางอย่าง ให้แก่ องค์กรของรัฐ (State Organs) ที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเป็นผู้จัดทำ การกระจายอำนาจทางบริการนี้ มิใช่เป็นการกระจายอำนาจปกครอง แต่เป็นการ “มอบ” ให้องค์กรของรัฐไปจัดทำบริการสาธารณะโดยแยกออกมาเป็นนิติบุคคล ต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สินของตนเอง และมีผู้บริหารของตนเอง โดยนิติบุคคลกระจายอำนาจนี้จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ เช่นกัน ซึ่งมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน¹⁴ เช่น การมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านการให้บริการไฟฟ้า หรือการประปา ให้แก่การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค หรือการประปาส่วนภูมิภาค เพื่อให้บริการด้านการไฟฟ้า หรือการประปาแก่ประชาชนในส่วนภูมิภาค

1.1.2.3 ความแตกต่างระหว่างองค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่กับองค์กรกระจายอำนาจทางบริการ คือ องค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่ มีพื้นที่ในการดำเนินกิจการจำกัด แต่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้หลายประเภท ส่วนองค์กรกระจายอำนาจทางกิจการนั้น มีพื้นที่ในการดำเนินกิจการได้ครอบคลุมพื้นที่ทั้งประเทศ แต่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้ ประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น

1.1.2.4 ความแตกต่างระหว่างหลักการแบ่งอำนาจปกครองกับหลักการกระจายอำนาจปกครอง

หลักการแบ่งอำนาจปกครองกับหลักการกระจายอำนาจปกครองมีความแตกต่างกัน ดังนี้¹⁵

1) ความแตกต่างในด้านเจ้าหน้าที่ขององค์กร กล่าวคือ หลักการแบ่งอำนาจปกครองที่ราชการบริหารส่วนกลางแบ่งอำนาจปกครองไปให้ราชการบริหารส่วนภูมิภาคนั้น เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนภูมิภาคยังคงถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของราชการส่วนกลาง เพราะอำนาจ

¹³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.18.

¹⁴ เฟิงอ้าง, น.18 – 19.

¹⁵ ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.180 – 181.

ในการแต่งตั้งโยกย้ายต่างเป็นอำนาจของราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนหลักการกระจายอำนาจปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ในราชการบริหารส่วนท้องถิ่นนั้น ได้รับการเลือกตั้งจากคนในท้องถิ่นนั้น ไม่ใช่มาจากการแต่งตั้งโดยราชการบริหารส่วนกลาง

2) ความแตกต่างในด้านการควบคุมบังคับบัญชาและการกำกับดูแล ตามหลักการแบ่งอำนาจปกครองนั้น เป็นการแบ่งอำนาจปกครองบางอย่างจากส่วนกลางไปยังส่วนภูมิภาค แต่ยังคงถือว่าราชการบริหารส่วนภูมิภาคเป็นส่วนหนึ่งของราชการส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางจึงมีอำนาจในการ “ควบคุมบังคับบัญชา” ราชการส่วนภูมิภาคอย่างเต็มที่ ส่วนหลักการกระจายอำนาจปกครองนั้น ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการปกครองตนเอง ราชการบริหารส่วนกลางมีอำนาจเพียง “กำกับดูแล” ราชการส่วนท้องถิ่นให้ปฏิบัติภารกิจต่าง ๆ ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

1.1.2.5 ความแตกต่างระหว่างหลักการกระจายอำนาจทางปกครองกับหลักการกระจายอำนาจทางการเมือง นอกจากนี้ การกระจายอำนาจปกครอง ให้แก่ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ยังมีข้อแตกต่างกับการกระจายอำนาจทางการเมืองในประเทศที่มีการปกครองแบบสหพันธรัฐ ในสาระสำคัญบางประการ คือ¹⁶

1) การกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น เป็นแต่เพียงการมอบอำนาจปกครองบางอย่างอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารให้แก่ท้องถิ่นเท่านั้นมิได้มอบอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการให้ด้วย บทกฎหมายที่ตราขึ้นก็ใช้บังคับได้ตลอดทั้งประเทศ และท้องถิ่นไม่มีอำนาจที่จะตั้งศาลของตนเองได้ แม้แต่อำนาจในทางปกครอง ท้องถิ่นก็มีได้รับมอบหมายไปทั้งหมด เช่น อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการทหาร การรักษาความสงบภายใน การสืบสวน และการสอบสวนคดีอาญาที่ยังคงให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง

ส่วนการกระจายอำนาจทางการเมืองแบบสหพันธรัฐนั้น มีการมอบหมายส่วนหนึ่งแห่งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ให้แก่มลรัฐ ซึ่งเป็นส่วนประกอบของสหพันธรัฐ ไม่เฉพาะแต่อำนาจในทางปกครองเท่านั้น มลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายที่จะใช้บังคับในเขตมลรัฐของตนเองได้ มีเจ้าหน้าที่บริหารทำนองเดียวกับรัฐบาลของสหพันธรัฐ และมีศาลของมลรัฐเอง ส่วนสหพันธรัฐเป็นรัฐบาลกลาง ซึ่งมีอำนาจเหนือมลรัฐต่าง ๆ อีกชั้นหนึ่ง

2) การกระจายอำนาจทางปกครองนั้น ย่อมทำได้ทั้งในรัฐเดี่ยวหรือเอกราช และในรัฐที่เป็นรัฐรวมแบบสหพันธรัฐ ส่วนการกระจายอำนาจทางการเมืองนั้น จะทำได้แต่เฉพาะในรัฐรวมเท่านั้น จะนำมาใช้ในรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยวหรือเอกราชไม่ได้

¹⁶ เฟิงอ้วง, น.187 – 188.

3) ในการกระจายอำนาจทางปกครองนั้น รัฐอาจจะจำกัดอำนาจหรือถอนคืนอำนาจที่มอบให้แก่ท้องถิ่นอย่างไรก็ได้โดยอาศัยอำนาจกฎหมายธรรมดาของรัฐ แต่การกระจายอำนาจทางการเมืองแบบสหพันธรัฐนั้น ย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ รัฐบาลกลางจะจำกัดหรือถอนคืนอำนาจด้วยบทกฎหมายธรรมดาไม่ได้ จะทำได้ก็แต่โดยแก้ไขรัฐธรรมนูญตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐกำหนดไว้ ซึ่งมีลรัฐต่าง ๆ ต้องมีส่วนในการแก้ไขด้วย

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า “ให้จัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ดังนี้

- (1) ระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง
- (2) ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค
- (3) ระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”

จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เป็นการจัดระเบียบบริหารราชการโดยใช้หลักการทั้ง 3 หลัก กล่าวคือ มีการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น การจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลางเป็นไปตามหลักการรวมอำนาจปกครอง โดยแบ่งส่วนราชการออกเป็นกระทรวง ทบวง กรม และใช้อำนาจในการบังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ตามลำดับชั้น ส่วนการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค เป็นการจัดระเบียบบริหารราชการตามหลักการแบ่งอำนาจปกครอง โดยแบ่งส่วนราชการในภูมิภาคออกเป็น จังหวัด อำเภอ อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง สำหรับการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น เป็นการจัดระเบียบบริหารราชการตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด ตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 เทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 องค์การบริหารส่วนตำบลตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 กรุงเทพมหานครตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และเมืองพัทยาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

1.2 สาระสำคัญทางกฎหมายของการปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจาย

อำนาจปกครอง

หลักการกระจายอำนาจปกครอง (Décentralisation) เป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจทางปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอกจากองค์กรของส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง โดยมีอิสระตามสมควร ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชา หรืออำนาจสั่งการจากส่วนกลาง เพียงแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลางเท่านั้น ซึ่งจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การกระจายอำนาจตามพื้นที่หรือตามอาณาเขต (Décentralisation territoriale) และการกระจายอำนาจตามกิจการ (Décentralisation par service) (หรืออาจเรียกว่าการกระจายอำนาจทางบริการ หรือการกระจายอำนาจทางเทคนิค (Décentralisation par service ou technique))

การปกครองท้องถิ่นเป็นรูปแบบการปกครองที่เกิดขึ้นจากหลักการกระจายอำนาจปกครองตามพื้นที่โดยท้องถิ่นจะจัดตั้งองค์กรปกครองขึ้นมา ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นไปตามความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นโดยดำเนินการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง¹⁷

การพิจารณาว่าหน่วยงานใดเป็นท้องถิ่นหรือไม่ อาจทำโดยพิจารณาว่ามีกฎหมายใดบัญญัติให้หน่วยงานนั้นเป็นท้องถิ่นหรือไม่ หากมีกฎหมายบัญญัติไว้หน่วยงานนั้นก็จะเป็นท้องถิ่นซึ่งกฎหมายในที่นี้อาจเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นก็ได้¹⁸

แต่ยังอาจพิจารณาได้จากองค์ประกอบหรือลักษณะของหน่วยงานนั่นเองว่า มีองค์ประกอบเป็นท้องถิ่นหรือไม่ ซึ่งหน่วยงานที่เป็นท้องถิ่นจะมีองค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่¹⁹

- 1) การมีอิสระในการปกครองตนเอง
- 2) การอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดขึ้นจากการกระจายอำนาจทางปกครอง ความเป็นอิสระ (Autonomy) ของท้องถิ่นซึ่งอยู่ในรูปของการมีอำนาจสั่งการและดำเนินการในกิจการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องรับคำสั่งจากส่วนกลาง ส่วนกลางมีอำนาจเพียงกำกับดูแลให้การดำเนินการของท้องถิ่นดำเนินไปภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น

¹⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.23.

¹⁸ เฟิงอ๋าง, น.23.

¹⁹ เฟิงอ๋าง.

ความเป็นอิสระของท้องถิ่นจะเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงต้องประกอบด้วยคามมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีเขตพื้นที่รับผิดชอบที่ชัดเจน มีองค์กรเจ้าหน้าที่เป็นของตนเอง มีอำนาจหน้าที่ของตนเองในกิจการท้องถิ่นและมีการคลังเป็นของตนเอง

1.2.1 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล

นิติบุคคล²⁰ คือ กลุ่มบุคคล องค์กร หรือทรัพย์สินที่จัดสรรไว้เป็นกองทุนเพื่อดำเนินกิจการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นบุคคลอีกประเภทหนึ่งที่มีใช้บุคคลธรรมดาและให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิ และหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีหรือพึงเป็นได้แต่เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น

นิติบุคคล แบ่งออกเป็น 2 ประเภท²¹ คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน การจะพิจารณาถึงความเป็นนิติบุคคลมหาชนได้เข้าใจอย่างถ่องแท้ จำต้องเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างระหว่างนิติบุคคลมหาชนและนิติบุคคลเอกชน ทั้งนี้ นิติบุคคลมหาชนมีนิติฐานะเช่นเดียวกับนิติบุคคลเอกชน แต่หากพิจารณาถึงพื้นฐานแนวความคิดและภารกิจที่แตกต่างจากนิติบุคคลเอกชนทำให้นิติบุคคลมหาชนมีลักษณะที่พิเศษต่างจากนิติบุคคลเอกชน ดังนี้

(1) การก่อตั้ง นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเป็นผลมาจากการแทรกแซงของรัฐ การแทรกแซงมีวิธีการหลายรูปแบบโดยอาจเป็นไปในรูปของการออกกฎหมายจัดตั้ง โดยเฉพาะในรูปของพระราชบัญญัติที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติโดยพิจารณาประกอบหลักการรวมอำนาจและกระจายอำนาจทางปกครอง ซึ่งแตกต่างจากการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชน เพราะการก่อตั้งนิติบุคคลเอกชนเกิดจากการริเริ่มของปัจเจกชนโดยรัฐมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการก่อตั้งแต่อย่างใด นิติบุคคลเอกชนจึงเกิดจากเจตนาของเอกชนในการเข้าร่วมตัวกันโดยแท้ โดยที่รัฐเพียงแต่กำหนดเงื่อนไขในการก่อตั้งเท่านั้น

(2) การเข้าเป็นสมาชิก การเข้าร่วมเพื่อเป็นสมาชิกของนิติบุคคลมหาชนนั้นเป็นไปตามพฤติการณ์ของแต่ละคน หมายความว่า บุคคลใดเข้าไปร่วมอยู่ในกลุ่มชนใด

²⁰ ประยูร กาญจนกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.127.

²¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการวิจัย เรื่อง แนวความคิดและระบบนิติบุคคลมหาชนในประเทศไทย โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ, น.16 – 17.

ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชน เช่น เทศบาล บุคคลนั้นก็จะกลายเป็นสมาชิกของนิติบุคคลมหาชนนั้นในทันที ซึ่งต่างจากการเข้าเป็นสมาชิกของนิติบุคคลเอกชนที่ต้องเกิดจากความสมัครใจเข้าร่วมของบุคคลนั้นเท่านั้น

(3) การดำเนินงาน ของนิติบุคคลมหาชนเป็นการดำเนินงานเพื่อสาธารณประโยชน์ ตามความประสงค์ของรัฐ รัฐจึงสามารถใช้เอกสิทธิ์แห่งอำนาจอำนาจมหาชนบังคับเอากับเอกชนได้ โดยปราศจากความยินยอมของเอกชน ซึ่งเอกสิทธิ์แห่งอำนาจอำนาจมหาชนนี้จะมีแต่เฉพาะนิติบุคคลมหาชนเท่านั้นโดยปรากฏอยู่ในรูปของนิติกรรมทางปกครอง

(4) ความสัมพันธ์กับนิติบุคคลอื่น ในความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลมหาชนหนึ่ง กับนิติบุคคลมหาชนอื่นนั้นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนจะมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ นิติบุคคลมหาชนหนึ่งอาจมีฐานะเหนือกว่านิติบุคคลมหาชนหนึ่งได้และนิติบุคคลมหาชนที่มีอำนาจเหนือสามารถที่จะกำกับดูแลนิติบุคคลที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นการควบคุมที่ไม่เคร่งครัดและการจะมีอำนาจกำกับดูแลจะต้องเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลไว้อย่างชัดเจน ซึ่งจะแตกต่างจากนิติบุคคลเอกชนที่นิติบุคคลทุกนิติบุคคลมีฐานะทางกฎหมายเท่าเทียมกันทุกประการ

(5) วัตถุประสงค์ ของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน ในขณะที่นิติบุคคลเอกชนตามกฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ต่อส่วนตัวของนิติบุคคลนั้น เท่านั้น

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น องค์ประกอบสองส่วนท้องถิ่นจึงเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

ความเป็นนิติบุคคลของท้องถิ่นทำให้ท้องถิ่นเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งแยกต่างหากจากกลุ่มบุคคลผู้เป็นสมาชิกของท้องถิ่นนั้น และในแง่ความสัมพันธ์กับส่วนกลางการเป็นนิติบุคคลก็ส่งผลให้ท้องถิ่นมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากส่วนกลางด้วยเช่นกันจึงทำให้ท้องถิ่นมีอิสระในการดำเนินการหรือบริหารงานตามอำนาจหน้าที่ของตนโดยส่วนกลางไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของท้องถิ่นทำได้เพียงควบคุมให้การกระทำของท้องถิ่นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ในส่วนความสัมพันธ์กับหน่วยงานอื่น การมีสถานะเป็นนิติบุคคลทำให้ท้องถิ่นสามารถกระทำการที่มีผลเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างท้องถิ่นกับหน่วยงาน หรือบุคคลอื่นได้โดยตรง ประกอบกับการที่ท้องถิ่นมีสภาพบุคคลแยกจากองค์กรของท้องถิ่น อันได้แก่สภาท้องถิ่น และฝ่ายบริหารท้องถิ่น ทำให้การก่อนิติสัมพันธ์และผลของนิติสัมพันธ์ดำเนินต่อไปได้โดยไม่ขาดตอน แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นกับองค์กรของท้องถิ่น นอกจากนี้ ท้องถิ่นยังมีสิทธิ

หน้าที่อื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การดำเนินคดีทางศาล การเป็นผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ การมีสถานะเป็นนิติบุคคลจึงมีความสำคัญกับท้องถิ่นมากเพราะหากขาดสภาพความเป็นนิติบุคคลท้องถิ่นย่อมไม่อาจใช้อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ได้ด้วยตนเอง จำต้องกระทำการโดยผ่านนิติบุคคลอื่น หรือต้องปฏิบัติตามคำสั่งของส่วนกลางเท่ากับว่าความเป็นอิสระที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะเกิดขึ้นกับท้องถิ่นเพื่อให้ท้องถิ่นปกครองตนเองย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย²²

1.2.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องมีขอบเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอย่างชัดเจน

องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Administration) เป็นองค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่ (Décentralisation territoriale) กล่าวคือ เป็นกรณีที่รัฐแบ่งพื้นที่ออกเป็นพื้นที่ย่อย ๆ และมอบอำนาจหน้าที่หลายประการให้ท้องถิ่น เพื่อให้ท้องถิ่นดูแลรับผิดชอบพื้นที่ย่อย ๆ นั้น หรืออีกนัยหนึ่งท้องถิ่นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ตามอำนาจหน้าที่ของตนได้เฉพาะภายในเขตพื้นที่รับผิดชอบของตนเท่านั้น เมื่อใดที่ท้องถิ่นดำเนินการนอกพื้นที่ของตน โดยหลักแล้วการดำเนินการนั้นเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พื้นที่จึงมีความสำคัญกับท้องถิ่นมาก เนื่องจากพื้นที่เป็นตัวกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่น แต่ในบางกรณีเพื่อให้การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องและประสบผลสำเร็จ ท้องถิ่นอาจจำเป็นต้องกระทำนอกเขตพื้นที่ หรือล่วงล้ำเข้าไปในเขตพื้นที่ของท้องถิ่นอื่น จึงมีการเปิดช่องเป็นข้อยกเว้นให้ท้องถิ่นทำงานนอกพื้นที่ได้ โดยกำหนดเงื่อนไขที่สำคัญไว้ 3 ประการ ดังนี้²³

ก. การดำเนินการนั้นจำเป็นและเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ในเขตพื้นที่ของตน เช่น เป็นการดำเนินการเกี่ยวกับสาธารณูปโภคที่ท้องถิ่นนั้นกระทำในพื้นที่ และมีความจำเป็นต้องกระทำต่อเนื่องไปในเขตพื้นที่ของท้องถิ่นอื่นด้วย

ข. ต้องได้รับอนุญาตจากท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ท้องถิ่นที่ดำเนินการจะต้องขออนุญาตเจ้าของพื้นที่ที่ตนล่วงล้ำเขตเข้าไปซึ่งปกติผู้มีอำนาจอนุญาตได้แก่สภาท้องถิ่น

ค. ต้องได้รับอนุมัติจากผู้กำกับดูแล

²² สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.26.

²³ เฟิงอ้าง, น.30.

1.2.3 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีองค์กรของตนเองซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยเสรี

องค์กรบริหารตนเองของท้องถิ่นเป็นนิติบุคคลโดยเอกเทศตั้งขึ้นโดยกฎหมาย แยกต่างหากจากส่วนกลาง มีขอบเขตพื้นที่แน่นอนและมีองค์กรของตนเองเข้ามาทำหน้าที่บริหาร ในนามของนิติบุคคลโดยองค์กรขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วย 2 องค์กร²⁴ ได้แก่

1) สภาท้องถิ่น

สภาท้องถิ่นอาจทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและออกข้อบัญญัติหรือกฎหมาย ท้องถิ่นมาบังคับใช้ภายในท้องถิ่นนั้น ๆ สมาชิกสภาท้องถิ่นจะต้องรับผิดชอบต่อประชาชน เพื่อสนองความต้องการและให้ท้องถิ่นสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนได้โดยทั่วกัน ซึ่งหมายความว่า การสร้างนโยบายในการบริหารงานท้องถิ่น สภาท้องถิ่นจะต้องรับผิดชอบต่อ นโยบายของสภาสามารถบริหารงานสำเร็จตามวัตถุประสงค์มีประสิทธิภาพควบคู่กันไปด้วย

2) ฝ่ายบริหารท้องถิ่น

ฝ่ายบริหารท้องถิ่น มีหน้าที่รับผิดชอบการบริหารงานตามแนวนโยบายของ สภาท้องถิ่น และมีภาระหน้าที่ที่จะต้องประสานกิจการต่าง ๆ ของท้องถิ่นให้สามารถดำเนินการ ตามวัตถุประสงค์ เป้าหมายตามที่สภาท้องถิ่นได้วางไว้ เพื่อประโยชน์สุขของประชาชนในท้องถิ่น นั้น ๆ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 284 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือ ผู้บริหารท้องถิ่น”

วรรคสอง บัญญัติว่า “สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง”

วรรคสาม บัญญัติว่า คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้ง โดยตรงของประชาชน หรือจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดโครงสร้างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ให้ประกอบไปด้วย 2 องค์การดังกล่าว

การปกครองส่วนท้องถิ่นมีสาระสำคัญอยู่ที่การให้คนในท้องถิ่นมีอิสระในการปกครอง ตนเอง การที่จะมีอิสระได้นั้น จะต้องเป็นผู้แทนเป็นของตนเอง การได้มาซึ่งผู้แทนในกรณีสภาท้องถิ่นนี้ จะต้องให้ประชาชนในท้องถิ่นเป็นผู้เลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นได้โดยตรง ส่วนการได้มา ซึ่งผู้แทนในกรณีที่ผู้บริหารนั้นที่มาของผู้บริหารอาจแตกต่างกันได้ ผู้บริหารท้องถิ่นบางแห่ง

²⁴บุญรงค์ นิลวงศ์, การปกครองท้องถิ่นเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2522), น.31-32.

อาจมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน แต่ในบางแห่งผู้บริหารท้องถิ่นอาจจะมาจากการเลือกกันเองระหว่างสมาชิกสภาท้องถิ่น หรืออาจจะมาจากบุคคลภายนอกที่สภาท้องถิ่นให้ความเห็นชอบก็ได้²⁵ อย่างไรก็ตาม การเปิดช่องในการกำหนดที่มาของคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเช่นนี้ ทำให้หลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องมีความต้องการปรับปรุงที่มาของผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญปี 2540 และเห็นว่าก่อนมีรัฐธรรมนูญปี 2540 ที่มาของผู้บริหารท้องถิ่นแทบทั้งหมด (ยกเว้นกรุงเทพมหานคร) มาจากมติของสภาท้องถิ่น แต่การได้มาซึ่งผู้บริหารท้องถิ่นโดยอ้อมนั้น มีจุดอ่อนหลายประการ คือ²⁶

1) โครงสร้างที่ผู้บริหารมาจากมติของสภาท้องถิ่นทำให้ผู้บริหารท้องถิ่นต้องพึ่งพาอาศัย หรือต้องการเสียงสนับสนุนข้างมากจากสภาท้องถิ่น ฉะนั้น หากผู้บริหารท้องถิ่นไม่สามารถควบคุมเสียงข้างมากในสภาท้องถิ่นได้ก็เป็นการเปิดช่องให้สมาชิกสภาคนอื่น หรือจากกลุ่มการเมืองฝ่ายตรงข้ามใช้กลไกนี้ หาวิธีโค่นล้มผู้บริหารท้องถิ่นลงจากตำแหน่ง ซึ่งอาจทำให้ในวาระการดำรงตำแหน่งสมัยหนึ่ง ๆ ของสภาท้องถิ่นมีการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารบ่อยครั้ง

2) การเปลี่ยนแปลงผู้บริหารท้องถิ่นบ่อยครั้งก่อให้เกิดผลเสียต่อการบริหารงานในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพราะจะทำให้นโยบายขาดความต่อเนื่อง ยากที่จะผลักดันนโยบายต่าง ๆ เป็นรูปธรรมได้ และท้ายที่สุด ผลเสียหรือความเสียหายก็ตกแก่ประชาชนในท้องถิ่น

3) โครงสร้างที่ผู้บริหารท้องถิ่นมาจากสภาท้องถิ่นเป็นโครงสร้างที่สมาชิกสภาท้องถิ่นมักเรียกร้องผลประโยชน์และเล่นเกมการเมืองกับผู้บริหารท้องถิ่นที่ตัวเองเป็นฝ่ายสนับสนุนในรูปแบบต่าง ๆ

4) โครงสร้างผู้บริหารท้องถิ่นมาจากมติของสภาท้องถิ่นเป็นโครงสร้างที่ผู้บริหารท้องถิ่นต้องเอาอกเอาใจสมาชิกโดยให้ผลประโยชน์ต่างตอบแทนระหว่างกันในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อรักษาเสียงข้างมากเอาไว้ ทำให้ผู้บริหารท้องถิ่นต้องคอยเอาใจสมาชิกสภาท้องถิ่นมากกว่าเอาใจประชาชน

5) โครงสร้างที่ผู้บริหารท้องถิ่นมาจากมติของสภาท้องถิ่นเป็นโครงสร้างที่ผู้บริหารท้องถิ่นไม่ค่อยมีความมั่นคง เนื่องจากสมาชิกสภาท้องถิ่นคอยเรียกร้องให้ผู้บริหารจัดกิจกรรม

²⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญหลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.280 – 281.

²⁶ โกวิท พวงงาม, การเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่นโดยตรง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น.12 – 13.

หรือโครงสร้างเพื่อตอบสนองพื้นที่ของตนเองมากกว่าจะให้การบริหารดำเนินไปตามนโยบายและทำให้ขาดประสิทธิภาพในการตอบสนองการแก้ปัญหาของท้องถิ่น รวมทั้งมีการเล่นเกมการเมืองโดยไม่เข้าประชุมสภาท้องถิ่น ไม่รับหลักการแห่งร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และแผนพัฒนาท้องถิ่นประจำปี ทำให้การบริหารงานขาดความต่อเนื่อง

ด้วยสภาพปัญหาดังกล่าว ผนวกกับการเปิดช่องในรัฐธรรมนูญปี 2540 ทำให้เกิดเสียงเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดให้ผู้บริหารท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน จนในที่สุดในช่วงปลายปี พ.ศ. 2546 รัฐสภาได้ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการปกครองท้องถิ่นที่สำคัญ 3 ฉบับ ที่มีเนื้อหากำหนดให้ผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในท้องถิ่น คือ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546 การเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่นจึงเปลี่ยนมาเป็นการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะทำให้ได้ผู้บริหารที่เข้มแข็ง เกิดการแข่งขันระหว่างกันในเชิงนโยบายมากขึ้น และทำให้ผู้บริหารท้องถิ่นใกล้ชิดกับประชาชนมากขึ้นด้วย การเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่นโดยตรง จึงถือเป็นวิธีการที่สะท้อนถึงเจตนารมณ์ของคนในท้องถิ่นได้ดีที่สุด และยังทำให้ผู้บริหารท้องถิ่นเกิดความชอบธรรมอย่างมากในการบริหารกิจการของท้องถิ่นอันส่งผลให้เกิดความรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์สูงสุดก็คือประชาชนในท้องถิ่นนั่นเอง²⁷

1.2.4 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนเองในกิจการท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกแห่งจะต้องมีขอบเขตอำนาจหน้าที่เป็นของตนเองแยกต่างหากจากรัฐ และโดยหลักอำนาจหน้าที่นั้นตกเป็นอำนาจหน้าที่คนละประเภทกับรัฐด้วย²⁸ อย่างไรก็ดี หากพิจารณาอำนาจหน้าที่ของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยทั่วไปจะพบว่าส่วนมากมีอำนาจหน้าที่คล้ายคลึงกันความแตกต่างจะมีในส่วนที่เป็นรายละเอียดเท่านั้น กล่าวคือรัฐจะมีอำนาจหน้าที่มีผลกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เช่น มีอำนาจเกี่ยวกับการป้องกันประเทศ การทูต การเศรษฐกิจ ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะมีอำนาจหน้าที่ที่มีผลกระทบเพียงประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น หรือเป็นกิจการที่ไม่มีความซับซ้อน

²⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.428.

²⁸ เฟิงอ้าง, น.35.

หรืองบประมาณมากนัก เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมักมีการคำนึงถึงจำนวนของผู้ได้รับผลประโยชน์จากการบริหารและศักยภาพขององค์การที่จะจัดทำประกอบอยู่ด้วยเสมอ²⁹

1.2.5 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีการคลังของตนเอง

การปกครองท้องถิ่นเป็นผลมาจากการกระจายอำนาจทางปกครองของรัฐ ด้วยประสงค์ให้ประชาชนในท้องถิ่นได้ปกครองตนเอง แต่การที่ท้องถิ่นจะสามารถบริหารงานให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีนั้น จำเป็นต้องมีระบบการคลังเป็นของตนเอง³⁰ กล่าวคือ มีระบบในการจัดหารายได้และใช้จ่ายรายได้นั้น เพื่อจัดทำบริการสาธารณะตามความต้องการของราษฎรในท้องถิ่น ท้องถิ่นจะกำหนดรายได้ รายจ่ายเองโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้มิได้³¹ และโดยที่การปกครองท้องถิ่นมีขึ้นด้วยความมุ่งหมายให้ประชาชนปกครองกันเองโดยรัฐมอบอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันให้ประชาชนในท้องถิ่นนั้นเองเป็นผู้จัดการดูแลโดยรัฐทำหน้าที่เพียงเป็นผู้กำกับดูแลให้การดำเนินการเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น แต่การดำเนินการจะประสบผลสำเร็จได้ นอกจากจะต้องอาศัยคนที่มีความรู้ความสามารถเข้ามาทำงานให้กับท้องถิ่นแล้ว การมีรายได้และการวางแผนการใช้จ่ายเงินก็มีความสำคัญ ท้องถิ่นจึงต้องมีระบบการคลังเป็นของตนเอง เพื่อที่จะสามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างเต็มที่และรวดเร็ว

การคลังนั้นประกอบไปด้วย การมีงบประมาณ การมีรายได้ รายจ่าย ท้องถิ่นจะต้องมีงบประมาณเป็นของตนเองเพื่อประมาณการใช้จ่ายในแต่ละปี ซึ่งมีผลโดยตรงกับการวางแผนการดำเนินกิจการต่าง ๆ ต่อไป การคลังท้องถิ่นในส่วนที่เกี่ยวกับรายได้นั้นมีความสำคัญต่อการเป็นท้องถิ่นมาก อาจกล่าวได้ว่าหากไม่มีรายได้เป็นของตนเอง หน่วยงานนั้นย่อมเป็นท้องถิ่นไม่ได้เลย ทั้งนี้ เพราะการมีรายได้เป็นของตนเองทำให้ท้องถิ่นสามารถใช้จ่ายเงินนั้นได้อย่างอิสระ แต่ในทางกลับกัน หากไม่มีรายได้ของตนเอง ต้องรับเงินจากรัฐ การใช้จ่ายเงินย่อมถูกควบคุม

²⁹ เฟื่องอ้าง, น.40.

³⁰ เฟื่องอ้าง, น.43.

³¹ พรชัย รัตมีแพทย์, หลักกฎหมายปกครองท้องถิ่นไทย, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2541), น.214.

สั่งการจากรัฐ ส่งผลให้การดำเนินกิจการเป็นไปตามความต้องการของรัฐ ไม่ใช่ประชาชนในท้องถิ่น³²

1.3 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

คำว่า “การกำกับดูแล” (Tutelle) เป็นคำที่มีความหมายเฉพาะโดยเริ่มใช้ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นคำคำเดียวกับ “การกำกับดูแล” (Tutelle) ที่กล่าวถึงโดยทั่วไปในกฎหมายแพ่ง ซึ่งอธิบายถึงการที่ผู้อนุญาตจัดการทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ³³ ผู้เยาว์ เป็นต้น คำคำนี้ปรากฏในกฎหมายมหาชนเป็นเวลานานจนไม่สามารถชี้ชัดได้ว่ากฎหมายมหาชนฝรั่งเศสได้นำคำของกฎหมายแพ่งคำนี้มาใช้ตั้งแต่เมื่อใด

อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในแง่ที่รัฐมีอำนาจควบคุมท้องถิ่นแล้วเราอาจสรุปได้ว่ามีระบบการควบคุมท้องถิ่นอยู่ 3 ระบบด้วยกัน มิใช่มีเพียงระบบกำกับดูแลเท่านั้น

1.3.1 การกำกับดูแลของรัฐเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมท้องถิ่น

ระบบการควบคุมท้องถิ่นในปัจจุบันมี 3 ระบบ ได้แก่³⁴

1) ระบบที่รัฐออกกฎหมายและกฎเกณฑ์ให้ท้องถิ่นปฏิบัติ โดยไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐควบคุมท้องถิ่นโดยตรง

ระบบนี้เป็นระบบที่ใช้มากในประเทศรัฐเดี่ยวที่ไม่มีราชการส่วนภูมิภาคหรือประเทศที่เป็นสหพันธรัฐ เช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดยรัฐจะตรากฎหมายหรือออกกฎเกณฑ์ให้ท้องถิ่นปฏิบัติ ในกรณีที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้วมีผลกระทบต่อประชาชน ประชาชนก็จะเป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้ององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต่อศาลยุติธรรม ระบบการควบคุมแบบนี้ จึงวางน้ำหนักอยู่ที่ประชาชนเป็นสำคัญ ซึ่งจะประสบความสำเร็จได้ก็ต่อเมื่อประชาชนมีความตื่นตัวในทางการเมืองและการปกครอง

³² สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.44.

³³ Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, *Droit Administratif*, (Paris : PUF. 1984) p.852 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.44.

³⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.45.

2) ระบบที่รัฐออกกฎหมายและกฎเกณฑ์ให้ท้องถิ่นปฏิบัติ โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่ควบคุมท้องถิ่นร่วมกับศาลปกครอง

ระบบนี้เป็นระบบที่ประเทศฝรั่งเศสใช้เมื่อหลังปี ค.ศ. 1982 โดยเป็นระบบที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะในระบบราชการส่วนภูมิภาค (ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอ) จะทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีที่ตรวจพบความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอไม่มีอำนาจในการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองดังกล่าวด้วยตนเอง แต่จะต้องส่งเรื่องไปยังศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษา

3) ระบบที่รัฐออกกฎหมายและกฎเกณฑ์ให้ท้องถิ่นปฏิบัติ โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่ควบคุมท้องถิ่นอย่างใกล้ชิด

ระบบนี้เป็นระบบที่เราเรียกว่า “การกำกับดูแล” นั้นเอง โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอาจจะเป็นรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอจะมีอำนาจอนุมัติหรืออนุญาตให้ท้องถิ่นกระทำการหรือไม่กระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง รวมตลอดถึงการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย ระบบการกำกับดูแลนี้จึงวางน้ำหนักการควบคุมอยู่ที่ราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคเป็นผู้ควบคุมท้องถิ่นโดยตรง ไม่ใช่ประชาชนเหมือนอย่างระบบแรกแต่ประการใด

เพื่อทำความเข้าใจข้อความคิดของ “การกำกับดูแลทางปกครอง” ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของการศึกษาเรื่อง การกระจายอำนาจ (Décentralisation)³⁵ จึงขอแยกการพิจารณา

³⁵ในประเทศเยอรมนี “การกำกับดูแล” (Staat sauf sicht) เป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งของการกระจายอำนาจดู : Ernst FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (Traité de Droit Administratif Allemand) Traduit de l'Allemand par Michel FORSTHOFF, (Bruxelles : Emile Bruyant, 1969), p. 704. ในประเทศฝรั่งเศส “การกำกับดูแล” (Tutelle) นอกจากจะเป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งของการกระจายอำนาจแล้ว การศึกษาเรื่องการกำกับดูแลยังเป็นวิธีการศึกษาวิธีหนึ่งของการกระจายอำนาจด้วย ทั้งนี้ เพราะการศึกษาเรื่องการกระจายอำนาจในประเทศฝรั่งเศสสามารถทำได้ 2 กรณีด้วยกันก็คือ การศึกษาในแง่สถาบัน (L'approche institutionnelle) ซึ่งการศึกษาเน้นหนักที่ความเป็นอิสระขององค์การกระจายอำนาจ ส่วนการศึกษาในแง่ความสัมพันธ์ (L'approche relationnelle) เน้นหนักศึกษาถึงการกำกับดูแลของรัฐต่อการกระจายอำนาจ ดู : Jean-Louis de CORAIL Documents d'études n° 2.02, Droit

ออกเป็น 4 ส่วนด้วยกัน ส่วนแรกจะได้กล่าวถึงความหมายของการกำกับดูแล ส่วนที่ 2 สถานะของการกำกับดูแล ส่วนที่ 3 การแบ่งแยกระหว่างอำนาจกำกับดูแลกับอำนาจบังคับบัญชา และส่วนที่ 4 วิธีการในการกำกับดูแล

1.3.2 ข้อความคิดและความหมายของการกำกับดูแล

1) ความหมายของการกำกับดูแล

มีผู้ให้ความหมายของการกำกับดูแลไว้หลายประการ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาเพื่อหาคำนิยามที่ดีในการอธิบายเรื่องการกำกับดูแล

Ernst FORSTHOFF ศาสตราจารย์กฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยไฮเดนเบิร์ก ประเทศเยอรมนี กล่าวว่า การกำกับดูแลก็คือ อำนาจของรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติที่จะตรวจสอบดูแลอย่างเป็นพิเศษ (*une surveillance particulie`re*) มากกว่าการตรวจสอบองค์กรเอกชน ธรรมดาเหนือองค์กรกระจายอำนาจ (*Mittebare staatsvetwattung*)³⁶

Jean RIVERO ศาสตราจารย์กฎหมายที่มีชื่อเสียงประจำมหาวิทยาลัย ปารีส II ประเทศฝรั่งเศส กล่าวว่า การกำกับดูแล (*Le Contrôle de tutelle*) คือ การควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ

Françis – Paul BENOIT ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประจำมหาวิทยาลัย ปารีส II ให้นิยามว่า ตัวบทกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมที่รัดกุม (*Constant*) และสำคัญ (*important*) ของอำนาจส่วนกลางเหนือการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เรียกว่าการกำกับดูแลทางปกครอง (*Tutelle administrative*)³⁷

Marcel WALINE อดีตศาสตราจารย์ที่มีชื่อเสียงมากในทางกฎหมายมหาชนประจำมหาวิทยาลัยปารีส ซึ่งเป็นอดีตกรรมการตุลาการและอดีตตุลาการรัฐธรรมนูญ ให้นิยามว่าการกำกับดูแล คือ การควบคุมทั้งหมดที่มีต่อองค์กรกระจายอำนาจและในกรณียกเว้นยังรวมถึงการกำกับเหนือตัวบุคคลตามกฎหมายแพ่งด้วย³⁸

Administratif : L'administration Territoriale. La Documentation Française, juin 1983. pp.26– 29 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.46.

³⁶ เพิ่งอ้าง, น.47.

³⁷ เพิ่งอ้าง.

³⁸ เพิ่งอ้าง.

Roland MASPEITOL et Pierre LAROQUE อดีตผู้พิพากษาศาลปกครองประจำสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ให้คำนิยามว่า “การกำกับดูแล ก็คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติ ขององค์กรปกครองที่สูงกว่าเหนือบุคคลและเหนือการกระทำขององค์การกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป³⁹

นอกจากคำนิยามโดยนักวิชาการในต่างประเทศดังกล่าวแล้ว ยังมีผู้ให้ความหมายของการกำกับดูแลไว้ดังนี้

ทวี ตะเวทิกุล ให้ความหมายว่า “การควบคุมดูแลทางปกครอง” (La Tutelle administrative) เป็นวิธีการที่รัฐใช้ควบคุมองค์การท้องถิ่น โดยควบคุมการกระทำอย่างหนึ่ง และโดยควบคุมบุคคลผู้ดำเนินงานหรือองค์การอีกอย่างหนึ่ง การควบคุมการกระทำแสดงออกโดยการยับยั้ง หรือการทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่มีผลในทางกฎหมาย เช่น การบอกล้าง หรือการอนุมัติสิ่งที่องค์การท้องถิ่นกระทำไป เป็นต้น ส่วนการควบคุมบุคคลผู้ดำเนินงานหรือองค์การนั้นแสดงออกโดยการแต่งตั้งโยกย้าย ถอดถอนตัวบุคคล ผู้ดำเนินงาน หรือยุบองค์การ หรือถอนสภาพองค์การ เป็นต้น⁴⁰

โกคิน พลกุล อธิบายว่า การควบคุมองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น มิใช่เป็นการควบคุมตามสายการบังคับบัญชา หากเป็นการควบคุมการกระทำขององค์การหนึ่งโดยอีกองค์การหนึ่งอันเป็นการควบคุมตัวบทกฎหมายที่ให้อำนาจและฝ่ายควบคุมไม่มีอำนาจจะเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำขององค์การและอำนาจเหล่านี้เมื่อเห็นสมควรเอง เช่น การควบคุมตามสายการบังคับบัญชาทั่ว ๆ ไป⁴¹

สมคิด เลิศไพฑูรย์ อธิบายว่า (Tutelle) ตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเป็นคำเดียวกับ “การควบคุมกำกับ” (Tutelle) ที่กล่าวถึงโดยทั่วไปในทางกฎหมายแพ่งซึ่งอธิบายถึงการที่ผู้อนุญาตจัดการทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ (ผู้เยาว์ เป็นต้น) คำคำนี้ปรากฏในกฎหมายมหาชนมาเป็นเวลานาน จนไม่สามารถชี้ชัดได้ว่ากฎหมายมหาชนได้นำคำของกฎหมายแพ่งคำนี้

³⁹ เพิ่งอ้าง.

⁴⁰ ทวี ตะเวทิกุล, กฎหมายปกครอง, คำสอนชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมืองพุทธศักราช 2483, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2483), น.147.

⁴¹ โกคิน พลกุล, “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ 12, (2524), น.51 – 52.

มาใช้ตั้งแต่เมื่อใด⁴² แต่กระนั้นก็ตามในปัจจุบันก็ยังมีการใช้คำว่า “Tutelle” ในทางปกครองกัน อย่างแพร่หลาย ดังนั้น ถ้าจะแปลคำนี้ตามความหมายของถ้อยคำต้องแปลว่า “การใช้อำนาจปกครอง” ซึ่งไม่ตรงตามความหมายในทางปกครอง เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงแปลคำว่า “Tutelle” ว่า ควบคุมดูแลซึ่งเป็นการแปลเอาความ⁴³

สุรพล นิติไกรพจน์ อธิบายว่า “tutelle” มีทั้งการกำกับดูแลทางปกครอง (tutelle Administrative) และการกำกับดูแลเหนือรัฐวิสาหกิจ (tutelle économique) การกำกับดูแลทางปกครอง เป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ความเป็นอิสระในเชิงการเมืองแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งมีความต้องการพิเศษของตนแตกต่างกันไปในแต่ละพื้นที่และแลกเปลี่ยนกับการยอมให้มีความเป็นอิสระในการจัดองค์การแยกไปจากฝ่ายปกครองส่วนกลางแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นเหล่านี้⁴⁴

ผู้เขียนเห็นด้วยกับบทนิยามของท่าน Roland MASPEITOL และท่าน Pierre LAROQUE ที่กำหนดคำนิยามว่าการกำกับดูแล คือ อำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามพระราชบัญญัติขององค์การปกครองที่สูงกว่าเหนือบุคคลและเหนือการกระทำขององค์การกระจายอำนาจโดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป

2) องค์ประกอบของการกำกับดูแล

เราสามารถแยกองค์ประกอบทางกฎหมายของการกำกับดูแลได้เป็น 5 ประการดังต่อไปนี้⁴⁵

2.1) การกำกับดูแลเป็นอำนาจควบคุมชนิดหนึ่ง

คำว่า “อำนาจควบคุม” (Pouvoir de Contrôle) หรือ “การควบคุม” (Contrôle) มีความหมายได้ 2 นัย คือ นัยแรก ความหมายอย่างแคบ การกำกับตามความหมายนี้หมายถึง การตรวจสอบว่านิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ไม่รวมถึง

⁴² สมคิด เลิศไพฑูรย์, “ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : พี เค พรินติ้งเฮาส์, 2531), น.10.

⁴³ อิสระ นิติทัศน์ประภาส, “ระบบการกระจายอำนาจของฝรั่งเศส”, เอกสารประกอบการสัมมนาสมาคมกฎหมายมหาชน เรื่อง ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างราชการบริหารส่วนกลางกับราชการบริหารส่วนท้องถิ่น 16 พฤศจิกายน 2533.

⁴⁴ สุรพล นิติไกรพจน์, “ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (Tutelle)”, วารสารนิติศาสตร์ 19, (ธันวาคม 2532), น.82.

⁴⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 7, น.48.

การตรวจสอบในกรณีอื่น ๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่สามารถสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการทุกอย่างตามที่ตนเองต้องการได้ แต่เป็นอำนาจที่จำกัดเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับนิติกรรม (Actes juridiques) (ซึ่งหมายถึงสัญญาด้วย) ของผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น การกระทำอื่น ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การเคลื่อนไหวต่าง ๆ ไม่ถือว่าอยู่ใต้อำนาจควบคุมของผู้บังคับบัญชา

ส่วนความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การควบคุมการกระทำทุกอย่าง (Toute Manifestation de l'activité) ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายการกระทำใด ๆ (Action) นอกเหนือจากนิติกรรม (Acte Juridique) ตามความหมายนี้การควบคุมจึงมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Contrôle de légalité) ซึ่งหมายถึงการตรวจสอบว่าการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ยังรวมถึงการควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจ (Contrôle d'opportunité) ด้วย

การกำกับดูแล เป็นการควบคุมชนิดหนึ่ง ที่อยู่ตรงกลางระหว่างการควบคุมในความหมายอย่างกว้างและการควบคุมในความหมายอย่างแคบ การกำกับดูแลอาจจะเป็นการควบคุมเพียงตัวบุคคล แต่ไม่ควบคุมองค์กร หรือกำกับดูแล แต่เพียงความชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่กำกับดูแลความเหมาะสมในการตัดสินใจหรืออาจจะทำให้มีการกำกับดูแลทั้ง 2 อย่าง ควบคู่กันไปด้วยก็ได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุปการกำกับดูแลและการควบคุม ถือว่า มีจุดร่วมกัน ทั้งในเนื้อหาและเป้าหมายนั่นคือเป็นการกระทำขององค์กรองค์กรหนึ่ง ที่มุ่งตรวจสอบการกระทำของอีกองค์กรหนึ่ง ส่วนวิธีการกำกับดูแลนั้น ย่อมผันแปรไปมากน้อยตามความเหมาะสมภายใต้เงื่อนไขที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ซึ่งอาจจะสอดคล้องกับการควบคุมก็ได้

2.2) เป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัด ตามพระราชบัญญัติ

ขอบเขตสำคัญของการกำกับดูแล ก็คือ จะต้องไม่แทรกแซงองค์กรกระจายอำนาจจนทำให้องค์กรนั้นขาดอิสระไปการมีขอบเขตจำกัดเช่นนี้ ทำให้อำนาจกำกับดูแล (Pouvoir de Tutelle) ต่างจากอำนาจบังคับบัญชา (Pouvoir Hiérarchique)

2.3) เป็นการกำกับดูแลโดยฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่า

การกำกับดูแลมิใช่การควบคุมโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรตุลาการ ดังนั้น “ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจสูงกว่า” จึงหมายถึงรัฐเท่านั้น ซึ่งกระทำการผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น รัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายอำเภอ เป็นต้น

2.4) เป็นการกำกับดูแลเหนือองค์กร และการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ

การกำกับดูแลองค์กรที่สำคัญ ได้แก่ อำนาจของส่วนกลางในบางกรณีที่จะสั่งพักราชการหรือถอดถอนนายกเทศมนตรีหรือยุบสภาท้องถิ่น เป็นต้น ส่วนการกำกับดูแลเหนือการกระทำที่สำคัญก็คือ การสั่งยกเลิกการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (annulation) การให้ความเห็นชอบ (approbation) และการทำคำสั่งแทน (Substitution)

2.5) การกำกับดูแลมีขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ

ผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ เป็นคำที่ค่อนข้างกว้าง ดังนั้น อาจจะจำกัดลงไปได้ว่าการกำกับดูแลมีขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน องค์กรกระจายอำนาจและรัฐจากการกระทำของผู้บริหารองค์กรกระจายอำนาจ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจกระทำการใด ๆ ก็ตามในลักษณะที่ละเลยหรือละเมิดกฎหมายซึ่งอาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้น หรือเป็นผลเสียสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

สำหรับรัฐนั้น ถ้าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระมากเกินไปก็จะมีผลกระทบต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ที่มีการละเมิดกฎหมาย ก็ต้องนับว่าเป็นอันตรายต่อรัฐมากขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องทำการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งในทางการเมืองการปกครอง ทางเศรษฐกิจ ทางกฎหมายและทางการคลัง

3) สถานะของการกำกับดูแล

3.1) การกำกับดูแลเป็นคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียว (Act Administratif Unilatéral หรือ Verwaltungakte)

ศาสตราจารย์ Francis – Paul BENOIT ได้ให้นิยามคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ว่า “คำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียว ก็คือ นิติกรรมที่เกิดจากเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองและถูกควบคุมโดยศาลปกครอง”⁴⁶ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เรียกว่าคำสั่ง

การเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวของการกำกับดูแลทำให้เราสามารถแยกแยะลักษณะของการกำกับดูแลได้ดังต่อไปนี้ คือ

(1.1) การกำกับดูแลเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง (acte juridique หรือ Rechtsgeschäft) การใช้คำว่า “นิติกรรม” นี้ทำให้เราเข้าใจว่า การกำกับดูแล เป็นการกระทำด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ซึ่งสอดคล้องกับความคิดที่ว่า คำสั่งทางปกครองคือการกระทำอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองที่สมัครใจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายปกครองขึ้น

⁴⁶ เฟิงอ้าง, น.52.

อย่างใดอย่างหนึ่ง การกระทำที่ขาดเจตนา (Fait matériel involontaire) เช่น ขับรถชนผู้อื่น โดยประมาทจึงไม่อาจเป็นนิติกรรมได้⁴⁷ ในขณะเดียวกันการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง (acte matériel) ก็ไม่นับว่าเป็นนิติกรรมเช่นกัน

(1.2) การกำกับดูแลเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว และเป็นนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเรื่องเฉพาะราว⁴⁸ นิติกรรมทางปกครองตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษว่า administrative act หรือในภาษาฝรั่งเศสว่า acte administratif และภาษาเยอรมัน คือ Verwaltungsakt คือ การกระทำขององค์การฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) ซึ่งต่างจากการกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการหรือการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา (Real Act) โดยการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมหรือนิติกรรมทางปกครองนี้ เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนขณะที่การกระทำทางปกครองที่เป็นปฏิบัติการนั้น เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่

(1.3) การกำกับดูแลมิใช่สัญญา (contrat หรือ vertrag) ทั้งนี้ เพราะนิติกรรมฝ่ายเดียวนั้นเป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้รับนิติกรรม⁴⁹ (destinataire) ยิ่งกว่านั้นนิติกรรมทางปกครองบางกรณีไม่จำเป็นต้องมีผู้รับนิติกรรม⁵⁰ อย่างไรก็ตามถ้าผู้ใดได้รับความเสียหายโดยตรงจากนิติกรรมทางปกครองผู้นั้นก็มีสิทธิฟ้องเพิกถอนนิติกรรมนี้ได้ นอกจากนี้ นิติกรรมทางปกครองยังเป็นเรื่องของอำนาจฝ่ายเดียวด้วย⁵¹

⁴⁷ Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, Droit Administratif, (Paris : PUF, 1984) p.238 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.52.

⁴⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.215 – 216.

⁴⁹ Georges DUPUIS, “Définition de l’acte unilatéral” in Recueil d’études en hommage à Charles EISENMANN Cujas. 1977, p.205 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.53.

⁵⁰ เช่น การกำหนดหรือไม่กำหนด (Einzichung) ให้ผืนดินผืนใดเป็นทางสาธารณะนั้น มีผลกระทบต่อบุคคลหลายคน ทั้งเจ้าหน้าที่ที่จะต้องก่อสร้างและดูแลทางสาธารณะ ตำรวจทางหลวง รวมตลอดถึงเจ้าของที่ดิน จึงไม่ถือว่ามีผู้รับนิติกรรมในกรณีนี้

⁵¹ ศาสตราจารย์ G. DUPUIS ได้ชี้ให้เห็นว่า การเป็น “นิติกรรมฝ่ายเดียว” นั้น จะเกี่ยวข้องกับ “อำนาจ” เสมอ เพราะนิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นการแสดงออกของอำนาจชนิดหนึ่ง

ทั้งนี้ เพราะสัญญาทางแพ่งหรือแม้แต่สัญญาทางปกครอง (öffentlich – rechtlicher Vertrag) ต่างก็เป็นเรื่องการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยไม่มีเรื่องอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้อง⁵²

กล่าวโดยสรุปการกำกับดูแลที่เกิดจากการตกลงกันระหว่างรัฐกับองค์การกระจายอำนาจ (Tutelle Constructuelle) จึงไม่อาจมีได้⁵³

(1.4) การกำกับดูแลมิใช่นิติกรรมฝ่ายเดียวที่จะกำหนดให้องค์กรกระจายอำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการตามที่รัฐต้องการได้ (acte de commandement หรือ befehlenden Verwaltungsakte) ทั้งนี้ เพราะการกระทำหรือไม่กระทำนั้นเป็นอำนาจโดยตรงขององค์การกระจายอำนาจ องค์การกำกับดูแลมีอำนาจแต่เพียงกำกับดูแลโดยการให้ความเห็นชอบ (approbation) หรือสั่งยกเลิก (annulation) การกระทำใด ๆ ซึ่งอาจส่งผลทางอ้อมให้องค์การกระจายอำนาจกระทำการหรือไม่กระทำก็ได้

(1.5) การกำกับดูแลเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิด “สิทธิ” (acte créateur de droit หรือ gestaltende Verwaltungsakte) ด้วยการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสภาพทางกฎหมายที่ดำรงอยู่ ด้วยการให้ความเห็นชอบหรือด้วยวิธีอื่นก็ตาม อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่าน⁵⁴ เห็นว่า การกำกับดูแล มิใช่นิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดสิทธิเท่านั้น เพราะการกำกับดูแลอาจเป็นอุปสรรคต่อการทำงานขององค์การกระจายอำนาจก็ได้ แต่การกำกับดูแลอาจจะเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง (actes positifs) หรือไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง (actes négatifs) สภาพทางกฎหมายก็ได้ เช่น การให้ความเห็นชอบของผู้ว่าราชการจังหวัดต่อการกระทำของเทศบาล เป็นการกำกับดูแลที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง

อำนาจนี้เป็นอำนาจที่มีได้ตามกฎหมายแพ่งเช่นกัน เช่น อำนาจของบิดาเหนือบุตร อำนาจของนายจ้างที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ให้ลูกจ้างปฏิบัติ เป็นต้น การสรุปว่า “นิติกรรมฝ่ายเดียว” มีได้ก็แต่ตามกฎหมายมหาชนเท่านั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง ดู G. DUPUIS op.cit.po.206 - 209 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.53.

⁵²Erns FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, (Traité de Droit Administratif Allemand) Traduit de l'Allemand par Michel FROMONT, (Bruxelles : Emile Bruyant, 1969), p.315 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.53.

⁵³Serge REGOURD, L'acte de Tutelle en Droit Administratif Français (Paris : LG.D.J.,1982), p.413 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.54.

⁵⁴Serge REGOURD, *Ibid*, p.415 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7, น.54.

สภาพทางกฎหมาย ส่วนการไม่อนุมัติถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ไม่ก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงสภาพทางกฎหมาย เป็นต้น

(2) การกำกับดูแลเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง

หลักเกณฑ์ข้อนี้ทำให้การกำกับดูแลต่างจากนิติกรรมทางแพ่ง

(2.1) ข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างคำสั่งทางปกครองกับนิติกรรมทางแพ่งก็คือ คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมของ “ฝ่ายปกครอง” การกำกับดูแลจึงเป็นการควบคุมของฝ่ายปกครองมิใช่การควบคุมของเอกชน

(2.2) ในกรณีทั่วไปแล้ว คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมที่ไม่สามารถสั่งให้งดผลของการกระทำไว้ก่อนได้ (*décision exécutoire*) เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ซึ่งต่างจากนิติกรรมทางแพ่งที่ศาลมีอำนาจสั่งให้งดผลการกระทำไว้ก่อนได้⁵⁵ นอกจากนั้นนิติกรรมทางปกครองยังเป็นนิติกรรมที่สามารถบังคับใช้ได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งศาลก่อน ซึ่งแตกต่างจากนิติกรรมทางแพ่ง ที่จะต้องมีคำสั่งศาลก่อนเสมอ⁵⁶

(3) การกำกับดูแลเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ใช่กฎ (*Acte individuel* หรือ *Acte non réglementaire*)

(3.1) กฎนั้นเป็นนิติกรรมสร้างกฎเกณฑ์ (*Rechtssatzungakte*) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ถาวร เช่น การออกเทศบัญญัติเกี่ยวกับการจราจรในเขตเทศบาลเป็นกฎเพราะเป็นนิติกรรมที่วางกฎเกณฑ์ทั่วไปขึ้นเกี่ยวกับการจราจร เทศบัญญัตินี้จะใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีกฎหมายฉบับอื่นมายกเลิกแก้ไข

ส่วนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะรายนั้นเป็นนิติกรรมที่มีได้วางกฎเกณฑ์ขึ้น และจะหมดไปภายหลังจากที่มีนิติกรรมแล้ว⁵⁷ เช่น ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเข้าทำคำสั่งแทนนายกเทศมนตรีที่ไม่ยอมมีคำสั่งปฏิเสธคำขอของเอกชนที่จะเข้ามาครอบครองทางสาธารณะ การทำคำสั่งแทนนั้นมีใช้การวางกฎเกณฑ์ทั่วไปและเมื่อมีคำสั่งปฏิเสธแทนไปแล้วคำสั่งนี้ก็หมดไป เมื่อมีกรณีที่เอกชนอื่นจะเข้ามาครอบครองทางสาธารณะอีกและ

⁵⁵ G.VEDEL et P. DELVOLLE, op.cit., p.283 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 7*, น.55.

⁵⁶ *Ibid.* อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 7*, น.55.

⁵⁷ แนวคิดของ Charles EISENMANN, ดู J. – L. de CORAIL, “Les actes administratifs dans la pensée de Charles EISENMANN,” op.cit., pp.197 – 198. อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 7*, น.55.

นายกเทศมนตรีไม่ปฏิเสธคำขอเข้าครอบครองนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดก็ต้องทำคำสั่งใหม่
อีกครั้งหนึ่ง

กฎจึงมีลักษณะทั่วไป (Général) ไม่เฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง
(Impersonnelle)

ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นนิติกรรมที่เฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือ
หลายคน (décision individuelle) หรือเฉพาะเจาะจงกับบุคคลหลายคน เป็นราย ๆ ไป ในเรื่อง
เดียวกัน (décision collective หรือ Allgeneinverfügung) หรือเฉพาะเจาะจงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง
ของกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (décision particulie`re)

การแบ่งแยกระหว่างกฎกับคำสั่งทางปกครองจึงไม่ใช่การแบ่งแยกด้วย “ปริมาณคน”
แต่เป็นปัญหาในทาง “คุณภาพ” เช่น การกระทำทางปกครองที่ระบุคำตอบแทนของตำแหน่ง
นายกเทศมนตรีเมืองปารีส ถือเป็นกฎ เพราะมีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงหรือเกี่ยวข้องกับบุคคล
ที่จะมาเป็นนายกเทศมนตรีเมืองปารีสทุกคน ไม่เฉพาะแต่คนปัจจุบันเท่านั้น แต่การกระทำ
ทางปกครองที่ประกาศเลื่อนขึ้น เลื่อนตำแหน่ง แม้จะเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายคนในบัญชีรายชื่อ
การเลื่อนขึ้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะเราสามารถแยกพิจารณาบุคคลเหล่านั้น
เป็นราย ๆ ได้⁵⁸

ในประเทศเยอรมนี คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakte) เป็นนิติกรรมเฉพาะเรื่อง
เฉพาะราวเสมอ⁵⁹ ส่วนการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Verordnungen) มีลักษณะพิเศษ
ที่แตกต่างจากการมีคำสั่งทางปกครอง แม้จะมีการยอมรับการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง
เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง แต่ก็มิได้เป็นคำสั่งทางปกครองเพราะ “งานออกกฎหมาย”
ของฝ่ายปกครองเป็นงานที่ต่างจาก “งานปกครอง” ของฝ่ายปกครองมาก

ศาลปกครองเยอรมนี จะควบคุมการออกกฎหมายของฝ่ายปกครองในบางกรณีเท่านั้น
ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้นศาลปกครองเยอรมนีถือว่าการกระทำที่ถูกต้องได้แย้งได้เสมอ
(Amfechtungsklage)⁶⁰ นอกจากนั้น กฎหมายของฝ่ายปกครองยังเป็นนิติกรรมที่ไม่มีผลบังคับ
ทันที (exécutoire) ทั้งนี้ เพราะจำเป็นต้องมีมาตรการต่าง ๆ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย
นั้น ๆ

⁵⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง, น.55 – 56.

⁵⁹ E. FORSTHOFF, op.cit., pp. 315 – 318 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง

⁶⁰ Michel FROMONT, op.cit., pp.247 – 248, อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว
เชิงอรรถที่ 7, น.56.

(3.2) เหตุผลที่การกำกับดูแลเป็นคำสั่งทางปกครอง

การกำกับดูแลก็คือการควบคุมเหนือการกระทำใดการกระทำหนึ่งขององค์กรที่ถูกควบคุมเท่านั้น เป็นการตัดสินใจเป็นครั้งเป็นคราวไป ไม่ว่าการกระทำที่ถูกควบคุมจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือกฎ การกำกับดูแลก็เป็นการกำกับเฉพาะเรื่องเฉพาะราว คือ เป็นคำสั่งทางปกครองเสมอเนื่องจากการกำกับดูแลและผู้ถูกกำกับดูแลในเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ เช่น การออกเทศบัญญัติของเทศบาลเมืองปารีส เพื่อวางระเบียบเกี่ยวกับการจราจร ถือเป็นกฎ เพราะไม่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงกับบุคคลใด หรือกลุ่มบุคคลใด แต่การให้ความเห็นชอบเทศบัญญัติฉบับนี้ของผู้ว่าราชการจังหวัด ถือว่า เป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะเป็นนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเทศบาลเมืองปารีสและเทศบัญญัติจราจรฉบับนี้เท่านั้น ไม่ใช่การวางกฎเกณฑ์โดยทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับเทศบาลทุกเทศบาล เทศบัญญัติจราจรทุกเทศบัญญัติ ถ้าการกำกับดูแลเป็นกฎ การเคารพความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็จะหมดไป⁶¹ ทั้งนี้เพราะการกำกับดูแลจะเท่ากับ เป็นการวางกฎเกณฑ์ในอนาคตให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามนั่นเองและการกำกับดูแลประเภทนี้จะไม่สูญไป หลังจากทำนิติกรรมแล้ว

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศฝรั่งเศสได้ให้การยอมรับมาเป็นเวลานานว่า การกำกับดูแลนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องเฉพาะราว ดังจะเห็นได้จาก คดีสมาพันธ์แห่งชาติของสหพันธ์นักวิศวกรรม (Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs)⁶² ขององค์กรกำกับดูแลเพื่อจำกัดค่าตอบแทนของพนักงานกองทุนเพื่อการเกษตรจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ เพราะการกระทำเช่นว่านี้เป็นกฎ⁶³

3.2) การแบ่งแยกระหว่างอำนาจในการควบคุมหรืออำนาจกำกับดูแล (Pouvoir du contrôle ou de tutelle) กับอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique)⁶⁴

อำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique) คือ อำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้กับผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือข้าราชการทั้งหมดในกระทรวงของตน

⁶¹Serge REGOURD, op.cit., p.420 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง, น.57.

⁶²C.E. 1^{er} Octobre 1954 Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs Rec., p. 492 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.57.

⁶³C.E. ASS. 8 Janvier 1971, Urssat des Alpes Maritimes, Rec, p. 11., concl Vught. อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง.

⁶⁴สมคิด เลิศไพฑูรย์, เพิ่งอ้าง, น.58.

อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข (un pouvoir inconditionné) อย่างไรก็ตามอำนาจนี้ ต้องไม่บังคับหรือก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้น ผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่ามีสิทธิที่จะสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการในสิ่งที่เขาเห็นควรและมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ (texte) บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

อำนาจกำกับดูแล (Pouvoir du contrôle ou de tutelle) ต่างจากอำนาจบังคับบัญชาเป็นอย่างมาก อำนาจนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะผู้ใต้บังคับบัญชากับผู้บังคับบัญชา แต่ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นไปในลักษณะผู้ควบคุม (contrôleur) และผู้ถูกควบคุม ดังนั้นอำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข (un pouvoir conditionné) อำนาจนี้จะมีได้ ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น

3.3) วิธีการในการกำกับดูแล

สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณีด้วยกัน⁶⁵

3.3.1) การกำกับดูแลโดยตรง

(1) การกำกับดูแลตัวบุคคลหรือองค์กร⁶⁶

(1.1) การกำกับดูแลตัวบุคคล

วิธีการสำคัญก็คือ การที่ส่วนกลางมีอำนาจแต่งตั้งตัวบุคคล หรือองค์กร หรือถอดถอนบุคคลขององค์การที่ถูกควบคุมได้ เป็นต้น โดยที่องค์กรหรือบุคคลขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยทั่วไปจะเป็นผู้ซึ่งมาจากการเลือกตั้งตามหลักการกระจายอำนาจ ตัวบุคคลในที่นี้จึงได้แก่ บุคคลธรรมดาแต่ละคนที่เป็นองค์ประกอบขององค์การ เช่น นายกเทศมนตรี สมาชิกสภาเทศบาล แต่ไม่รวมถึงเจ้าหน้าที่ประจำขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ส่วนองค์กรจะเป็นรูปของคณะบุคคลหรือเป็นตัวบุคคลคนเดียวก็ได้ เช่น สภาเทศบาล เป็นคณะบุคคล นายกเทศมนตรี เป็นบุคคล กรณีนี้ ตัวบุคคลกับองค์กรจึงเป็นกรณีเดียวกัน

(1.2) การกำกับดูแลองค์กร⁶⁷

⁶⁵ เฟื่องอ้าง, น.59.

⁶⁶ L. Richer, "La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif", RDP, 1979. p.917 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เฟื่องอ้าง, น.59.

⁶⁷ วลัยกร รัตนกุล, "การกำกับดูแลเหนือการกระทำของกรุงเทพมหานครโดยรัฐ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.28 – 46.

(1.2.1) การยุบสภาท้องถิ่น

วิธีการกำกับดูแลที่สำคัญ คือ การที่ส่วนกลางมีอำนาจในการยุบสภาท้องถิ่น เพื่อให้ราษฎรเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นใหม่ได้ ในบางกรณีกฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการยุบสภาท้องถิ่นไว้เลย เช่น กรณีการยุบสภาเทศบาล พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แต่บางกรณีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีการยุบสภากรุงเทพมหานคร ตามมาตรา 18 และมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ปัญหาที่น่าสนใจสำหรับนักกฎหมายคงมีอยู่ว่ากรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการยุบสภาไว้เลย องค์การที่มีอำนาจกำกับดูแล สามารถยุบสภาได้ทุกกรณีหรือไม่ ซึ่งจะได้นำไปวิเคราะห์ในบทที่ห้าด้วยปัญหาการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นต่อไป

(1.2.2) การถอดถอนออกจากตำแหน่ง⁶⁸

ผู้ใดมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งย่อมมีอำนาจถอดถอนบุคคลนั้นออกจากตำแหน่ง แต่สำหรับองค์การปกครองท้องถิ่นมาจากหลักการกระจายอำนาจ บุคคลหรือองค์การบริหารมาจากการเลือกตั้ง อย่างไรก็ตาม การถอดถอนจากตำแหน่งนั้นองค์การกำกับดูแลเข้ามาควบคุมด้วย แต่การจะสั่งให้ถอดถอนจากตำแหน่งได้จะต้องเป็นไปตามเหตุผลที่กฎหมายกำหนดจะอาศัยเหตุอื่นเพื่อปลดออกตามอำเภอใจของผู้กำกับดูแลไม่ได้

(1.2.3) การส่งเจ้าหน้าที่ในองค์การปกครองส่วนกลางเข้าไปปฏิบัติหน้าที่แทน⁶⁹

วิธีนี้ทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ องค์การกำกับดูแล โดยทั่วไปอำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดในการเข้าไปทำหน้าที่แทนท้องถิ่น ถ้าปรากฏว่าองค์การปกครองท้องถิ่นประสบความล้มเหลวในการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่

(1.2.4) การสั่งพักราชการ

ในประเทศฝรั่งเศส อำนาจสั่งพักราชการเป็นทั้งของส่วนกลางและตัวแทนของส่วนกลาง เพียงแต่มีระยะเวลาที่ต่างกัน เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด (Préfet) มีอำนาจสั่งพักราชการนายกเทศมนตรี (Maire) ได้ไม่เกินหนึ่งเดือน รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งพักราชการนายกเทศมนตรี (Maire) ได้ไม่เกินสามเดือน ซึ่งการสั่งพักราชการดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย หากการสั่งพักราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกสั่งพักราชการอาจร้องขอต่อศาล

⁶⁸ เฟิงอ้าง.

⁶⁹ พรชัย รัตมีแพทย์, “การปกครองตนเองของนครหลวง : ศึกษากรณีนิติสัมพันธ์ระหว่างกรุงเทพมหานครกับองค์การปกครองส่วนกลาง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 58 – 59.

ให้ยกเลิกคำสั่งดังกล่าวเสีย และเมื่อมีการสั่งพักราชการจะส่งผลให้มีการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำเนินการแทนในกรณีที่ผู้ถูกคำสั่งเป็นผู้บริหารท้องถิ่น

(2) การกำกับดูแลการกระทำ

การกำกับดูแลขององค์กรกำกับดูแลจะไม่เข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหลักสำคัญที่สนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระ สามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจเพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์กรกำกับดูแลมีเพียงอำนาจสอดส่องดูแลให้กระทำการตามขอบอำนาจของตนเท่านั้นการกำกับดูแลเหนือการกระทำจึงจำแนกออกได้ดังนี้

(2.1) การให้ความเห็นชอบ (Le pouvoir d'approbation) และการอนุญาตหรืออนุมัติ (Le pouvoir d'autorisation) หลักการให้ความเห็นชอบและการอนุมัติหรืออนุญาตเป็นมาตรการกำกับดูแลที่มีลักษณะทางกฎหมายเหมือนกัน คือ มีลักษณะที่เรียกว่า “เงื่อนไขที่ทำให้นิติกรรมของท้องถิ่นมีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับ” คือ นิติกรรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องได้รับอนุมัติหรืออนุญาต หรือจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรกำกับดูแลเสียก่อนแล้วแต่กรณี นิติกรรมจึงจะมีผลใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม มาตรการกำกับดูแลดังกล่าวแม้จะมีลักษณะเหมือนกันบางประการ แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันด้วย คือ หากเป็นกรณีที่องค์กรกำกับดูแลไม่อนุญาตหรืออนุมัติ สภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสเคยตัดสินว่า คำสั่งหรือนิติกรรมที่ไม่ได้รับอนุญาตหรืออนุมัตินั้นถือว่าไม่มีอยู่หรือไม่เกิดขึ้นเลย (D'inexistence) แต่ถ้าเป็นกรณีที่องค์กรกำกับดูแลไม่ให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้การรับรองแล้ว นิติกรรมดังกล่าวถือว่าเกิดขึ้นแล้ว แต่ไม่มีผลใช้บังคับ (N'est pas devenu définitif) ซึ่งจะต้องมีการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ยกเลิกนิติกรรมดังกล่าวต่อไป⁷⁰

ส่วนอำนาจในการอนุญาตหรืออนุมัติ (Le pouvoir d'autorisation) มีหลักการคล้ายกันคือ องค์กรการกระจายอำนาจจะต้องได้รับอนุญาตหรืออนุมัติเสียก่อนจึงจะดำเนินการได้ การอนุญาตหรืออนุมัติต้องกระทำโดยชัดแจ้ง ไม่สามารถถือว่าการนิ่งเป็นการให้ความเห็นชอบโดยปริยายได้ ฉะนั้นถ้าไม่มีการอนุญาตหรืออนุมัติแล้วนิติกรรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่มีอยู่หรือไม่เกิดขึ้นเลย

(2.2) การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับยับยั้ง (Le pouvoir l'annulation) และการสั่งยกเลิก (Le pouvoir d'abrogation) การสั่งเพิกถอนหรือการสั่งระงับยับยั้งเป็นนิติกรรมที่องค์กรปกครอง

⁷⁰ เพ็ญศรี เพ็ญสาธแสง, “อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์กรเทศบาล”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), น.53-54.

ส่วนท้องถิ่นทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และองค์การกำกับดูแลสามารถเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวได้นอกจากนี้ ยังมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ทำนิติกรรมนั้นด้วย ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ผู้กำกับดูแลจะใช้อำนาจยับยั้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ก่อนได้ หากกฎหมายไม่กำหนดให้มีอำนาจเพิกถอนหรือยับยั้ง เช่น ผู้ที่ควบคุมกำกับดูแลเห็นว่า คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นทำการไปโดยอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ และผู้มีอำนาจกำกับดูแลได้ตกเตือนแล้ว แต่คณะผู้บริหารหรือผู้บริหารไม่ปฏิบัติตามกรณีเช่นนี้ ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีคำสั่งเพิกถอน หรือระงับการปฏิบัติการดังกล่าวได้

(2.3) การดำเนินการแทน (Le pouvoir de substitution de l'action) การที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่และผู้กำกับดูแลได้เตือนแล้ว แต่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นยังเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม องค์การผู้มีอำนาจกำกับดูแลสามารถดำเนินการในเรื่องดังกล่าวแทนองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นได้

3.3.2) การกำกับดูแลโดยอ้อม แยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) การใช้เงินอุดหนุนเป็นมาตรการในการกำกับดูแล

เงินอุดหนุนที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับจากราชการบริหารราชการส่วนกลาง แยกได้เป็น 2 ประเภท คือ⁷¹

(1.1) เงินอุดหนุนทั่วไป (General grant) หมายถึง เงินอุดหนุนที่ส่วนกลางให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นโดยที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการนำเงินไปใช้จ่ายในกิจการของท้องถิ่นตามที่ท้องถิ่นเห็นว่าเหมาะสม และตามที่กฎหมายกำหนด โดยส่วนกลางไม่ได้กำหนดว่าจะต้องนำเงินดังกล่าวไปใช้จ่ายในโครงการใดบ้าง

(1.2) เงินอุดหนุนเฉพาะกิจ (Selective grant) หมายถึง เงินอุดหนุนที่ส่วนกลางกำหนดเงื่อนไขว่า ท้องถิ่นจะต้องนำไปใช้จ่ายในโครงการใดโดยเฉพาะซึ่งท้องถิ่นจะนำเงินอุดหนุนจำนวนนี้ไปใช้ในรูปแบบอื่นไม่ได้ เงินอุดหนุนรูปแบบนี้จะถูกควบคุมอย่างใกล้ชิดทุกขั้นตอนตามระเบียบที่รัฐบาลกำหนด

แม้ในทางทฤษฎี องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระที่จะขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจหรือไม่ก็ได้ ซึ่งก็หมายความว่า ถ้าองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมจากส่วนกลาง แต่ถ้าขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ในทางปฏิบัติ เราพบว่าไม่มีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นใด

⁷¹ โภคิน พลกุล และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องแนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น, 2538, น.134.

ที่ไม่ขอรับเงินอุดหนุนเฉพาะกิจนี้ เงินอุดหนุนจึงเป็นมาตรการในการกำกับดูแลทางอ้อมประเภทหนึ่ง ซึ่งจำกัดเสรีภาพในการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอย่างมาก⁷²

(2) การใช้สัญญามาตรฐาน (l'acte type) เป็นมาตรการในการกำกับดูแล

สัญญามาตรฐาน คือ สัญญาที่บุคคล (หรือนิติบุคคล) ทางกฎหมายมหาชน หรือทางกฎหมายแพ่งบุคคลหนึ่งกระทำขึ้นโดยแบบของสัญญานั้นถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สาม⁷³ การที่แบบของสัญญานี้ถูกกำหนดขึ้นโดยบุคคลที่สามแล้ว จึงเท่ากับว่าบุคคลที่ทำสัญญานั้น ๆ ถูกจำกัดอำนาจและการริเริ่มสร้างสรรค์ในการกำหนดรายละเอียดทางสัญญานั้นเอง⁷⁴

⁷² สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.57.

⁷³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การควบคุมกำกับเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 10 ตอน 1, (เมษายน 2534), น.46.

⁷⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.63.