

ปัญหาเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นในระบบกฎหมาย
ปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย

เมื่อได้ศึกษาหลักเกณฑ์การได้มา การพ้นจากตำแหน่งและกระบวนการในการพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในระบบกฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย ซึ่งประกอบด้วยรูปแบบทั่วไป 3 ประเภท ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล และรูปแบบพิเศษ 2 ประเภท ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา มาแล้ว จะเห็นได้ว่าประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ คือ สมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่น นอกจากนี้ยังมีตำแหน่งที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือการปฏิบัติงานของทั้งสองตำแหน่งหลักดังกล่าว ได้แก่ ประธานสภาท้องถิ่น รองประธานสภาท้องถิ่น เลขานุการประธานสภาท้องถิ่น และผู้ช่วยเลขานุการประธานสภาท้องถิ่น ผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ในโครงสร้างของสภาท้องถิ่น ส่วนตำแหน่งที่ช่วยผู้บริหารในการปฏิบัติงานบริหารท้องถิ่น ได้แก่ ตำแหน่ง รองผู้บริหารท้องถิ่น เลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ผู้ช่วยเลขานุการผู้บริหารท้องถิ่น ประธานที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น คณะที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น และที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น

โดยหลักแล้วกฎหมายบัญญัติคุณสมบัติลักษณะต้องห้ามและการกระทำอันต้องห้ามหรือพฤติกรรมอันอาจนำไปสู่การพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไว้ในทำนองเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นประเภททั่วไป ส่วนกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษอาจบัญญัติในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปบ้าง

นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไว้เป็นการทั่วไป และนำไปใช้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภท และยังมีกฎหมายอื่นที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งในกรณีเฉพาะเรื่องเอาไว้ ดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอหลักกฎหมายและได้วิเคราะห์ไว้ในเบื้องต้นแล้ว

ในบทนี้ จะได้กล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่มีกรณีพิพาทเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตลอดจนองค์การวินิจฉัยข้อพิพาทอื่น ๆ เช่น ศาลฎีกาหรือกรณีที่มีการหารือข้อกฎหมายต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อนำมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงปัญหาเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวว่ามีอยู่อย่างไรบ้าง และจะมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาอย่างไร ต่อไป โดยจะแยกพิจารณาในประเด็นใหญ่ที่มาจากการใช้อำนาจกำกับดูแล 3 ประเด็น คือ (1) ปัญหาการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง (2) ปัญหาการสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง และ (3) การพ้นจากตำแหน่งในกรณีอื่น ได้แก่ การยุบสภา การลาออก และการที่สภาท้องถิ่นมีมติให้พ้นจากตำแหน่ง และปัญหาที่สืบเนื่องมาจากการพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวโดยเสนอตัวอย่างคำวินิจฉัยและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องโดยจะได้พิจารณาในแต่ละประเด็นตามลำดับ ดังนี้

4.1 ปัญหาการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงกรณีขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม

4.1.1 กรณีขาดคุณสมบัติ

การวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงนั้นมีตัวอย่างคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อมูลที่จะใช้วิเคราะห์ต่อไป จึงขอเสนอไว้ในเบื้องต้นเสียก่อน อย่างไรก็ตามส่วนใหญ่เป็นคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป ส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษนั้น มีอยู่บ้างแต่ไม่มากนัก

1) การพิจารณาคณะมนตรีตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล

พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 เป็นกฎหมายหลักที่กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภาเทศบาลที่กฎหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้งที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์ประกอบของส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่นนำไปใช้ด้วยโดยอนุโลมต่อมาถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 อย่างไรก็ตามปรากฏว่ามีข้อพิพาทเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านการศึกษามากมายดังกล่าวก่อเกิดขึ้นซึ่งศาลปกครองสูงสุดและศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คุณสมบัติด้านการศึกษาของผู้สมัครสมาชิกสภาท้องถิ่น

หรือผู้บริหารท้องถิ่นที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวนั้น ไม่ว่าจะบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ต้องถือว่า มีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิดทุกประการ

ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 105 – 106/2548 วินิจฉัยว่าสมาชิกสภาที่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวย่อมมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิด นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 743/2539 วินิจฉัยว่า ความหมายของคำว่า "บิดา" ตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัด พ.ศ. 2482 มาตรา 16 ทวิ มาตรา 19 หมายถึง ทั้งบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อจำเลยรู้อยู่แล้วว่าบิดาของจำเลยเป็นคนสัญชาติจีน และรู้ที่อยู่ตนไม่จบชั้นมัธยมปีที่ 4 ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาจังหวัด แต่กลับแจ้งความอันเป็นเท็จ โดยกรอกข้อความในใบสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดว่า บิดาจำเลยเป็นคนสัญชาติไทย และจำเลยจบการศึกษาชั้นมัธยมปีที่ 4 จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137

2) การพิจารณาคคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545

ภายหลังจากที่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 กำหนดให้การเข้าสู่ตำแหน่งของผู้บริหารท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลถูกยกเลิกไปโดยกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น การเข้าสู่ตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นจึงมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ซึ่งตามมาตรา 44 และมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภาเทศบาลไว้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ ยังเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นทุกประเภท ดังนั้น การพิจารณาคคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นนอกจากจะต้องพิจารณาตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ แล้วยังต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ด้วย และยังเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นทุกประเภทอีกด้วย

3) การพิจารณาคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

3.1) คุณสมบัติเกี่ยวกับอายุ

ในประเด็นคุณสมบัติด้านอายุของผู้บริหารท้องถิ่น คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ายอายุของผู้บริหารท้องถิ่น ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่บัญญัติออกมาใช้บังคับภายหลังซึ่งกำหนดให้มีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 675/2548

กรณีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือคุณสมบัติเรื่องอายุของผู้สมัครรับเลือกตั้งของผู้บริหารท้องถิ่น เนื่องจากพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 กำหนดไว้ว่า มีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีบริบูรณ์ ในวันเลือกตั้ง ส่วนกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹ กำหนดว่า มีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง ซึ่งแตกต่างกันจะต้องถือคุณสมบัติในเรื่องอายุของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ประสงค์จะให้ทุกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปปฏิบัติให้เป็นหลักเกณฑ์เดียวกัน ได้แก่ คุณสมบัติเรื่องสัญชาติ อายุ และการมีส่วนร่วมในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ตนจะสมัครรับเลือกตั้งด้วยเหตุนี้ คุณสมบัติดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 และเมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแล้ว บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดแตกต่างไปจากมาตรา 44 ดังกล่าว จึงใช้บังคับไม่ได้ อย่างไรก็ตามโดยที่ต่อมาภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอายุของผู้สมัครให้ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้งอันเป็นการแตกต่างจากมาตรา 44 (2) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิก

¹ดูมาตรา 35/1 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 มาตรา 48 เบญจ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 และมาตรา 58/1 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546

สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 และโดยที่พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 เป็นกฎหมายเรื่องเดียวกันที่รัฐสภาเห็นชอบภายหลังจากที่พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ได้ตราขึ้นใช้บังคับ กรณีจึงต้องบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง กล่าวคือ คุณสมบัติด้านอายุของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่บัญญัติออกมาใช้บังคับในภายหลัง ซึ่งกำหนดให้มีอายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง อย่างไรก็ตาม สำหรับคุณสมบัติด้านอายุของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้บริหารท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่ยังมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสามฉบับ (พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546, พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546) ก็ยังคงต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นต่อไป

ข้อสังเกต กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ยังมิได้แก้ไขเพิ่มเติมได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ซึ่งมาตรา 14 (2) บัญญัติว่า “อายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบห้าปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง” และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 43 (2) บัญญัติว่า “มีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คงมีเฉพาะคุณสมบัติเกี่ยวกับอายุของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเท่านั้นที่จะต้องมียุขไม่ต่ำกว่าสี่สิบห้าปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง ซึ่งนับว่าเป็นผู้บริหารท้องถิ่นที่มีคุณสมบัติแตกต่างจากผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น

3.2) คุณสมบัติเกี่ยวกับภูมิลำเนาและการเสียภาษี

โดยทั่วไปแล้วคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นจะเป็นคุณสมบัติเกี่ยวกับสัญชาติ อายุ การศึกษา ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และการเสียภาษีโรงเรือนและที่ดิน หรือภาษีบำรุงท้องที่ ให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยกฎหมายกำหนดคุณสมบัติในเรื่องภูมิลำเนาและเรื่องการเสียภาษีไว้เป็นทางเลือกว่า อาจมีคุณสมบัติในกรณีมีภูมิลำเนา กล่าวคือ มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้าน ในเขตองค์กรปกครอง

ส่วนท้องถิ่นที่สมัครรับเลือกตั้งเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันสมัครรับเลือกตั้ง หรือได้เสียภาษีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดิน หรือกฎหมายว่าด้วยภาษีบำรุงท้องที่ให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นเวลาติดต่อกันสามปี นับถึงปีที่สมัครรับเลือกตั้ง²

ในกรณีเมืองพัทยา³ กฎหมายกำหนดให้เสียภาษีให้เมืองพัทยาในปีที่สมัครหรือก่อนปีที่สมัครหนึ่งปี แต่จะต้องเข้าเงื่อนไขทั้งสองประการคือ ทั้งมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตเมืองพัทยาตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดและจะต้องเสียภาษีให้กับเมืองพัทยาด้วย หากมีชื่อในทะเบียนบ้านติดต่อกันน้อยกว่าหนึ่งปี

ส่วนกรณีกรุงเทพมหานคร⁴ กฎหมายกำหนดให้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตกรุงเทพมหานครเป็นเวลาติดต่อกันจนถึงวันสมัครไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยแปดสิบวัน หรือมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตกรุงเทพมหานครและได้เสียภาษีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดินหรือตามกฎหมายว่าด้วยภาษีบำรุงท้องที่ให้กรุงเทพมหานครในปีที่สมัคร หรือปีก่อนที่สมัครหนึ่งปี

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายว่าด้วยจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนรูปพิเศษทั้งกรณีของเมืองพัทยาและกรุงเทพมหานครกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาการมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านไว้แตกต่างกัน

ส่วนกรณีกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด⁵ และเทศบาล⁶ นั้น กฎหมายบัญญัติให้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545

สำหรับกรณีองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น คุณสมบัติในเรื่องเดียวกันนี้กฎหมายบัญญัติไว้ต่างออกไป กล่าวคือ มาตรา 47 ทวิ วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า “มีชื่อในทะเบียนบ้านตามกฎหมาย

²มาตรา 44 (3) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545

³มาตรา 12 (3) และมาตรา 43 (4) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

⁴มาตรา 14 (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

⁵มาตรา 9 วรรคหนึ่ง และมาตรา 35/1 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

⁶มาตรา 15 วรรคสอง และมาตรา 48 เบญจ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ว่าด้วยการทะเบียนราษฎรในหมู่บ้านของตำบลที่สมัครรับเลือกตั้งเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าหนึ่งปี จนถึงวันรับสมัคร” เท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเสียภาษีให้กับองค์การบริหารส่วนตำบล แต่อย่างใด จึงมีปัญหว่า หากผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล หรือนายกองค์การบริหารส่วนตำบลได้มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร ในหมู่บ้านของตำบลที่สมัครรับเลือกตั้งเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีจนถึงวันรับสมัครเลือกตั้ง แต่อ้างว่าได้เสียภาษีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยภาษีบำรุงท้องที่ให้กับองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นเวลาติดต่อกันสามปีนับถึงปีที่สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 44 (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ประกอบมาตรา 47 ทวิ (3)⁷ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 คณะกรรมการการเลือกตั้งจะต้องรับสมัครบุคคลดังกล่าวไว้หรือไม่

คุณสมบัติในประเด็นนี้คณะกรรมการการเลือกตั้งเคยมีคำวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบัญญัติคุณสมบัติไว้โดยเฉพาะในกรณีมีชื่อในทะเบียนบ้านตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎรในหมู่บ้านของตำบลที่สมัครรับเลือกตั้งติดต่อกันเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี จนถึงวันรับสมัครเลือกตั้งเท่านั้น โดยไม่มีกำหนดคุณสมบัติเช่นนี้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปรูปแบบอื่น จึงถือว่าเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลที่ต้องการกำหนดให้เฉพาะผู้มีคุณสมบัติเกี่ยวกับการมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในท้องถิ่นนั้น เท่านั้น เป็นผู้มีคุณสมบัติเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้ง จึงไม่อาจนำคุณสมบัติเกี่ยวกับการเสียภาษีมาเป็นคุณสมบัติในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาตำบล หรือนายกองค์การบริหารส่วนตำบลได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 47 ทวิ (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่น นอกจากนี้ ในมาตรา 47 ทวิ (3) เองก็ยังกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามประการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นด้วย ดังนั้น จึงควรตีความมาตรา 47 ทวิ

⁷มาตรา 47 ทวิ (3) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามประการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

ในทางที่ให้ผู้เสียหายตามมาตรา 44 (4) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งและสมาชิกสภาท้องถิ่น พ.ศ. 2545 มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งได้ด้วย และเห็นว่า ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 47 ทวิ (1) เสียใหม่ โดยตัดบทบัญญัติดังกล่าวออกไปเสีย เพื่อให้มีหลักการเช่นเดียวกับคุณสมบัติของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปอื่น ๆ นอกจากนี้ ยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายให้แก่ท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่นได้เช่นเดียวกัน

4.1.2 กรณีมีลักษณะต้องห้าม

การพิจารณาลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น กฎหมายกำหนดไว้หลายประการซึ่งต้องพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องคือกฎหมายว่าด้วยจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น นอกจากนี้ ยังพบว่ามีความวิจิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องกับลักษณะต้องห้ามที่เกิดขึ้นในอดีตตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ขณะมีข้อพิพาทอยู่เป็นจำนวนมากผู้เขียนจึงขอเสนอไว้ในที่นี้ด้วย ดังนี้

1) กรณีเป็นพระภิกษุสามเณร นักพรต หรือนักบวช

คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม กรณีเป็นภิกษุ สามเณร นักพรต นักบวช ยังคงมีบัญญัติเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้งไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่นเดียวกับที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเคยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 44 (4) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และหากมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวย่อมต้องพ้นจากตำแหน่ง⁸

ในความเห็นของผู้เขียน เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้ที่มีสถานะเป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช สมัครรับเลือกตั้งมีความชัดเจนแน่นอนและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเนื่องจากโดยสภาพแล้ว ผู้มีสถานะเป็นภิกษุ สามเณร นักพรต นักบวช ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่

⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2542

ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือในสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเมื่อนำมาใช้บังคับกับข้าราชการประเภทต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่ามีความผ่อนคลายลง เพื่อให้สอดคล้องกับขนบธรรมเนียม วัฒนธรรม และประเพณีของประชาชนได้ โดยการออกกฎเกณฑ์ให้มีการขออนุญาตลาเพื่อประกอบพิธีกรรมหรือปฏิบัติศาสนกิจตามความเชื่อของข้าราชการผู้นั้นได้ เช่น การลาอุปสมบท⁹ การลาหรือไปประกอบพิธีฮัจย์¹⁰ เป็นต้น แต่สำหรับสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นแม้จะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการลาราชการ¹¹ ได้เช่นกัน หากแต่ระเบียบดังกล่าวมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการลาบวชเอาไว้แต่อย่างใด ดังนั้น หากสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไปบวช ย่อมทำให้มีลักษณะต้องห้ามและต้องพ้นจากตำแหน่งไปโดยผลของกฎหมาย

ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมีความสอดคล้องกับสภาพสังคม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีงามของประชาชน หน่วยงานที่เกี่ยวข้องของควรมีการศึกษาและบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลาบวช หรือลาเพื่อประกอบพิธีกรรมทางศาสนาตามความเชื่อของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ตามความเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักศาสนา หรือลัทธิความเชื่อทางศาสนาอย่างเสมอภาคกันโดยไม่ให้มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือในองค์กรภาครัฐโดยทั่วไป กล่าวเฉพาะกรณีการพ้นจากตำแหน่งเพราะมีลักษณะต้องห้ามเนื่องจากเป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวชนี้ ผู้เขียนเห็นควรมีการบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายให้มีการลาบวชได้ โดยกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายลำดับรอง เช่น การแก้ไขระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการลาของคณะผู้บริหารท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภา รองประธานสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดยจัดทำเป็นกฎกระทรวง กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมีสิทธิลาเพื่อประกอบพิธีทางศาสนาตามความเชื่อของตนได้ตามความเหมาะสมและไม่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น การบวชตามประเพณีงานศพพุการี (บวชหน้าไฟ) การบวชแก้บน การบวชเพื่อการกุศลตามโอกาส

⁹ระเบียบว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2535

¹⁰เพ็งอ้าง.

¹¹ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการลาของคณะผู้บริหารท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภา รองประธานสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น พ.ศ. 2542

มงคลต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งก็จะทำให้การใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวมีการผ่อนคลายและสอดคล้องกับวิถีชีวิตของประชาชนและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองมากขึ้น

2) กรณีเป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริตหรือเสื่อมเสียในทางศีลธรรม

การวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นสิ้นสุดลงในกรณีนี้เป็นการวินิจฉัยตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (5)¹² ประกอบมาตรา 47 ทวิ (2)¹³ มาตรา 9 (10)¹⁴ และมาตรา 47 ตรี วรรคสอง¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้นายอำเภอมีอำนาจในการสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของนายอำเภอให้เป็นที่สุด

จากการศึกษาพบว่า มีแนวคำวินิจฉัยของศาล และความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่ผู้กำกับดูแลใช้อำนาจวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงหลายกรณี ดังนี้

2.1) กรณีวินิจฉัยว่าเป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริต

คำพิพากศาลปกครองสูงสุดที่ อ.42/2546

ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของนายอำเภอ ที่วินิจฉัยให้สมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลงกรณีผู้ฟ้องคดีได้อ้างในที่ประชุมคณะกรรมการหมู่บ้านว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล มีสิทธิได้รับสระน้ำตามโครงการขุดสระน้ำเพื่อการเกษตรเป็นการนำร่อง เป็นเหตุให้ที่ประชุมหลงเชื่อข้ออ้างดังกล่าวและทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับสระน้ำจากโครงการดังกล่าวคนละ 1 สระ โดยไม่ต้องจับสลากร่วมกับราษฎรรายอื่นๆ ในหมู่บ้าน นายอำเภอจึงแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและวินิจฉัยให้

¹²มาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (5) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 47 ทวิ

¹³มาตรา 47 ทวิ (2) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 9 (3) (4) (5) (6) (7) (9) หรือ (10)

¹⁴มาตรา 9 (10) เป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริตหรือเสื่อมเสียทางศีลธรรม

¹⁵มาตรา 47 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “เมื่อมีกรณีสงสัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ใดสิ้นสุดลงตาม (4) (5) (6) หรือ (7) ให้ นายอำเภอสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของนายอำเภอให้เป็นที่สุด”

ผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า พฤติกรรมดังกล่าวถือได้ว่าเป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริตตามมาตรา 9 (10) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

2.2) กรณีวินิจฉัยว่าเป็นผู้มีความประพฤติในทางทุจริตหรือเสื่อมเสียทางศีลธรรม

(1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.75/2549

ในคดีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของนายอำเภอที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล กรณีมีการร้องเรียนว่าผู้ฟ้องคดีได้ลักน้ำประปาหมู่บ้านเป็นเวลาหลายปีติดต่อกัน ผู้ฟ้องคดีได้รับสารภาพว่าได้ทำการลักน้ำประปาและยินยอมชดใช้ค่าเสียหายค่าน้ำประปาแล้ว ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเรื่องน่าจะยุติแล้ว การที่นายอำเภออาศัยเหตุดังกล่าวออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ให้ถ้อยคำกับคณะกรรมการสอบสวนว่าตนได้ลักน้ำประปาหมู่บ้านจริง ข้อเท็จจริงจึงเชื่อได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ฟ้องคดีได้ลักน้ำประปาหรือไม่ ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวมีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลอันเป็นผู้แทนของประชาชนในท้องถิ่นและเป็นพฤติกรรมที่ไม่อาจยอมรับได้ในชุมชน ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริตหรือเสื่อมเสียทางศีลธรรม

(2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.131/2549

ในคดีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ฟ้องคดี) ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของนายอำเภอ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ที่ให้ผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลด้วยเหตุเป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริต หรือเสื่อมเสียทางศีลธรรม กรณีผู้รับจ้างก่อสร้างในโครงการก่อสร้างถนนขององค์การบริหารส่วนตำบลร้องเรียนว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะประธานกรรมการไม่อนุมัติเบิกจ่ายเงินค่าก่อสร้างถนนให้กับผู้รับจ้าง และเรียกเงินเป็นค่าอนุมัติก่อสร้างจากผู้รับจ้างก่อสร้าง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีพฤติกรรมเรียกรับเงินจากผู้รับจ้างเป็นค่าอนุมัติการก่อสร้าง อันเป็นการอาศัยอำนาจหน้าที่แสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ถือได้ว่าเป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริตและเสื่อมเสียทางศีลธรรมซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล การที่นายอำเภอวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3) กรณีวินิจฉัยว่าเป็นผู้มีพฤติกรรมเสื่อมเสียทางศีลธรรม

(1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.60/2547

ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ถูกดำเนินคดีอาญารัฐธรรมนูญเป็น และเครื่องกระสุนปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต และพกพาอาวุธปืนติดตัวไปในที่สาธารณะ โดยไม่มีเหตุสมควรและโดยไม่ได้รับอนุญาต ต่อมา ศาลยุติธรรมได้พิพากษาให้จำคุกและปรับ โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้หนึ่งปี นอกจากนั้น ได้มีผู้ร้องเรียนต่อนายอำเภอว่าผู้ฟ้องคดีใช้อาวุธปืนยิงขึ้นฟ้าบริเวณหน้าที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบล เพื่อข่มขู่คณะกรรมการตรวจการจ้าง ให้ลงนามตรวจรับงานจ้าง การกระทำของผู้ฟ้องคดีถือว่าเป็นพฤติกรรมเสื่อมเสียทางศีลธรรม

(2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.53/2549

ในคดีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลฟ้องว่า นายอำเภอออกคำสั่งให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลง กรณีศูนย์ปฏิบัติการเพื่อเอาชนะยาเสพติดจังหวัดแจ้งว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนเกี่ยวข้องกับยาเสพติด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้เป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลต้องดำรงคุณสมบัติของผู้สมัครสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลอยู่จนครบถ้วนตลอดระยะเวลาของการเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับยาเสพติดซึ่งเป็นการกระทำที่เสื่อมเสียทางศีลธรรม อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งจะทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 นายอำเภอจึงมีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนและวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลตามมาตรา 47 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว หรือไม่ ดังนั้น คำสั่งของนายอำเภอในคดีนี้จึงชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.105/2549 วินิจฉัยกรณีสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีพฤติการณ์เกี่ยวข้องกับยาเสพติด ว่าเป็นผู้มีพฤติกรรมเสื่อมเสียทางศีลธรรมเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม มีกรณีวินิจฉัยว่าไม่เป็นผู้มีพฤติกรรมเสื่อมเสียทางศีลธรรม ดังนี้
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.163/2547

ในคดีที่มีการฟ้องว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุม
ข้อหาเล่นการพนัน (ไฮโลว์) โดยไม่ได้รับอนุญาต และศาลยุติธรรมมีคำพิพากษาลงโทษปรับ
ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำว่า “เสื่อมเสียทางศีลธรรม” มิได้มีกฎหมายให้คำนิยามเฉพาะเจาะจง
ไว้ จึงต้องพิจารณาถึงลักษณะของพฤติกรรม ค่านิยมของสังคม และข้อเท็จจริงอื่นประกอบเป็นกรณี ๆ
ไป เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลที่ถูกรื้อเรียน เป็นผู้มีนิสัยดี ให้การ
ช่วยเหลือกิจการต่างๆ ในหมู่บ้านและตำบลด้วยดี ไม่มีนิสัยชอบเล่นการพนัน แม้จะเล่นบ้างก็ไม่ได้
เล่นเป็นประจำ พฤติกรรมจึงยังไม่ถึงขนาดที่จะถือได้ว่าเป็นผู้เสื่อมเสียในทางศีลธรรม นอกจากนั้น
หากจะเปรียบเทียบกับเงื่อนไขการดำรงตำแหน่งของผู้ใหญ่บ้าน ซึ่งเป็นผู้ปกครองท้องที่และผู้นำ
ในชุมชนที่มาจากการเลือกของประชาชน มีบทบาทและความสำคัญไม่ด้อยกว่าสมาชิกสภาองค์การ
บริหารส่วนตำบล จะเห็นได้ว่า กรณีที่ผู้ใหญ่บ้านต้องพ้นจากตำแหน่ง จะต้องเป็นกรณีที่ต้อง
คำพิพากษาถึงที่สุดตามกฎหมายว่าด้วยการพนันในฐานะความผิดเป็นเจ้ามือหรือเจ้าสำนัก ถ้าฟัง
แค่เป็นผู้เล่นยังไม่ถือเป็นเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งผู้ใหญ่บ้าน ดังนั้น การที่นายอำเภอวินิจฉัยว่า
บุคคลดังกล่าวไม่เป็นผู้ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของการดำรงตำแหน่งสมาชิก
สภาองค์การบริหารส่วนตำบล จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อสังเกต การวินิจฉัยให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงในกรณีมี
พฤติกรรมในทางทุจริตหรือเสื่อมเสียทางศีลธรรมตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (10) แห่งพระราชบัญญัติ
สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 นี้ภายหลังได้มีการแก้ไขโดย
พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546 โดยได้ตัดถ้อยคำว่า
“หรือเสื่อมเสียทางศีลธรรม” ออกไป คงมีบัญญัติแต่เฉพาะกรณี “ไม่เป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริต”
เท่านั้น และลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้มีบัญญัติไว้เฉพาะตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วน
ตำบลและผู้บริหารองค์การบริหารส่วนตำบลตาม พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วน
ตำบล พ.ศ. 2537 เท่านั้น ส่วนเรื่อง “ความประพฤติเสื่อมเสียทางศีลธรรม” ปัจจุบันไม่มีบัญญัติไว้ใน
กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดเลย แต่กฎหมายจะใช้คำว่า “มีความประพฤติ

ในทางที่จะนำมาซึ่งความเสียหาย”¹⁶ โดยบัญญัติให้ สภาท้องถิ่นลงมติให้สมาชิกสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งในกรณีที่มีความประพฤติดังกล่าวได้ สำหรับตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นนั้น มีบทบัญญัติให้อาจพ้นจากตำแหน่งเพราะมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสียหาย โดยอาจถูกผู้กำกับดูแลสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้เช่นกัน แต่มีบัญญัติไว้ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางประเภท ได้แก่ เทศบาล¹⁷ เมืองพัทยา¹⁸ และกรุงเทพมหานคร¹⁹ เท่านั้น โดยให้รัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีเป็นผู้สั่งให้พ้นจากตำแหน่ง สำหรับองค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การบริหารส่วนตำบล ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้กำกับดูแลสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเพราะมีพฤติกรรมดังกล่าวได้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติให้สภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้พิจารณาว่า สมาชิกสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ใด มีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสียหายหรือไม่ หากปรากฏว่ามีพฤติกรรมดังกล่าวจริง ให้อำนาจสภาท้องถิ่นมีมติให้พ้นจากตำแหน่งไป แต่ก็ยังปรากฏว่ามีกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กำกับดูแลมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้เช่นกัน คือในกรณีผู้บริหารเทศบาล ผู้บริหารเมืองพัทยาและผู้บริหารกรุงเทพมหานคร ส่วนกรณีของผู้บริหารองค์การบริหารส่วนจังหวัดและองค์การบริหารส่วนตำบลไม่มีบัญญัติไว้โดยไม่ทราบเหตุผลว่าเพราะเหตุใด ทั้งนี้ องค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การบริหารส่วนตำบลและเทศบาล ต่างก็เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปเหมือนกัน แสดงให้เห็นว่ากฎหมายบัญญัติไว้คล้อยกันไม่สม่ำเสมอทำให้

¹⁶ดู มาตรา 11 วรรคหนึ่ง (7) และมาตรา 8 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง (7) และมาตรา 20 ทวิ วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 47 ตริ วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 และมาตรา 23 วรรคหนึ่ง (8) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

¹⁷ดูมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

¹⁸ดูมาตรา 50 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

¹⁹ดูมาตรา 152 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

การใช้อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่เป็นระบบเดียวกัน กล่าวคือ นายกเทศมนตรีหรือรองนายกเทศมนตรีอาจถูกรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสั่งให้พ้นจากตำแหน่งในกรณีที่มีความประพฤติในทางที่จะนำมา ซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ตำแหน่ง หรือแก่เทศบาลหรือแก่ราชการ ในขณะที่ไม่อาจสั่งให้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายองค์การบริหารส่วนตำบลพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ลักษณะต้องห้ามเกี่ยวกับการไม่เป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริต คงมีบัญญัติอยู่เฉพาะกรณีของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเท่านั้น อาจเป็นวัตถุประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายที่ไม่ต้องการให้ผู้มีพฤติกรรมดังกล่าวดำรงตำแหน่ง สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล

ในประเด็นดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า หากพิจารณาระบบกฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งระบบแล้ว การบัญญัติห้ามเฉพาะตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลโดยไม่ห้ามในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่นด้วยนั้น ย่อมไม่มีเหตุผล เพราะสมาชิกสภาท้องถิ่นอื่นก็อาจมีพฤติกรรมในทางทุจริตได้ เช่นกัน ดังนั้น จึงมีข้อเสนอแนะว่าควรปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นให้เป็นแบบแผนเช่นเดียวกันอย่างมีเอกภาพ สำหรับกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นควรบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดและกระบวนการจัดการเลือกตั้งเท่านั้น

3) กรณีมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทล้วนมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นหรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะกระทำ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำอันต้องห้ามที่กฎหมายห้ามไว้เด็ดขาด นอกจากนี้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล ล้วนมีบทบัญญัติกำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามไว้ด้วยว่า ผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น หรือที่ปรึกษาหรือเลขานุการของผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือ

ทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปี นับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น²⁰

จึงเห็นได้ว่า ประเด็นเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมได้เสียในสัญญาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกระทำนั้น เป็นประเด็นสำคัญ ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นข้อห้ามทั้งก่อนเข้าสู่ตำแหน่ง และในขณะดำรงตำแหน่ง หากปรากฏว่ามีการกระทำอันต้องห้ามเช่นนี้ขึ้นมา ย่อมทำให้ต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งหรือต้องพ้นจากตำแหน่ง เฉพาะที่เดียว หากเป็นกรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะการกระทำดังกล่าวมา ยังไม่ถึงห้าปี นับถึงวันรับสมัครเลือกตั้ง

หลักการข้างต้นนี้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภท ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะกฎหมายไม่ต้องการให้ผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นมีผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลทับซ้อนกับประโยชน์ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งถือว่าเป็นประโยชน์ของส่วนรวม ผู้เขียนขอเสนอตัวอย่างคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว ซึ่งมีประเด็นที่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้เป็นจำนวนมากโดยแยกเป็นประเด็นที่วินิจฉัยว่า ถือเป็นกรณีมีส่วนร่วมได้เสีย และไม่มีส่วนได้เสีย ดังนี้

3.1) กรณีที่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

(1) การเป็นตัวแทนห้างหุ้นส่วนเข้ายื่นซองประกวดราคาต่อองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

(1.1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 20/2544

สำนักงานเทศบาลตำบลหรือว่า กรณีสมาชิกสภาเทศบาลตำบลได้รับมอบอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายจากห้างหุ้นส่วนจำกัด ให้มายื่นซองสอบราคาต่อเทศบาลหรือแสดงตัวเป็นตัวแทนของห้างหุ้นส่วนฯ เจริญจากลงยุติข้อพิพาทกับเทศบาล เป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบตามมาตรา 18

²⁰ดู มาตรา 47 ทวิ (2) และมาตรา 58/1 (3) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546 มาตรา 15 วรรคสอง และมาตรา 48 เบญจ (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 และมาตรา 9 วรรคสอง และมาตรา 35/1 (3) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546

ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 หรือไม่ อย่างไร คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ สมาชิกสภาเทศบาลต้องเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นผู้สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำการที่สมาชิกสภาเทศบาลเป็นตัวแทนห้างหุ้นส่วนฯ ยื่นขอขอราคาต่อเทศบาลและเจรจาตกลงกับเทศบาล จึงถือได้ว่ามีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล อีกทั้ง ในฐานะของสมาชิกสภาเทศบาลต้องมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของท้องถิ่น การกระทำความตกลงย่อมจะมีประโยชน์ขัดกันอยู่ของเทศบาลและของห้างหุ้นส่วนฯ ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 100 (4)²¹ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 การกระทำความตกลงจึงเป็นการกระทำการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ ดังกล่าว อันมีผลให้สมาชิกสภาของสมาชิกสภาเทศบาลย่อมสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 (6) และหากมีกรณีสงสัยต้องดำเนินการตามมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ต่อไป

(1.2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 526/2545

กรณีกระทรวงมหาดไทยหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า สมาชิกสภาเทศบาลตำบลเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ได้ยื่นเอกสารเสนอราคาในการขอราคาโครงการก่อสร้างรางระบายน้ำของเทศบาลในฐานะกรรมการผู้จัดการห้างฯ การกระทำความตกลงจะถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า เมื่อนาย พ. เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการเข้าซื้อเอกสารในการขอราคา และยื่นเสนอราคาโครงการจ้างเหมา ก็เพื่อจะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำในโครงการจ้างเหมาก่อสร้าง ในทันทีที่นาย พ. เข้ายื่นขอประกวดราคา การกระทำความตกลงจึงเป็นการ

²¹มาตรา 100 ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดดำเนินการดังต่อไปนี้ (4) เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างในธุรกิจของเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นสังกัดอยู่ หรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้น อาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น

เข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำโดยสมบูรณ์ และเป็นกรต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ และมีผลทำให้สมาชิกภาพในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลได้สิ้นสุดลงตามมาตรา 19 (6) แล้ว การที่ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไม่ได้รับการคัดเลือกในการสอบราคาโครงการจ้างเหมาก่อสร้างรางระบายน้ำของเทศบาลฯ ทำให้ผลทำให้สมาชิกภาพที่สิ้นสุดลงแล้วกลับฟื้นขึ้นใหม่ไม่

(1.3) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 761/2546

กระทรวงมหาดไทยหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า การที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ได้เข้ายื่นซองเสนอราคาเพื่อขายที่ดินของตนให้องค์การบริหารส่วนตำบล เป็นเพียงการแสดงเจตนาที่จะทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งเป็นคำเสนอที่ยังไม่ได้รับการสนองตอบ สัญญาจึงยังไม่เกิดขึ้น จึงถือไม่ได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมกับองค์การบริหารส่วนตำบล หรือการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีที่เป็นกรเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการเข้ายื่นซองเสนอราคาในโครงการจัดซื้อที่ดินขององค์การบริหารส่วนตำบล ก็โดยประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์จากกิจการที่องค์การบริหารส่วนตำบลจะกระทำ ในทันทีที่เข้ายื่นซองเสนอราคาและองค์การบริหารส่วนตำบลได้รับซองเสนอราคาแล้ว จึงเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลแล้ว และมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงตามมาตรา 47 ทวิ (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ถึงแม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลที่ยื่นซองเสนอราคาจะมีได้รับการคัดเลือกในการเสนอราคาโครงการจัดซื้อที่ดินดังกล่าวก็ตาม

(1.4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/2549

กรณีสมาชิกสภาเทศบาลได้รับมอบอำนาจจากพี่ชายในนามของห้างหุ้นส่วนฯ ให้เป็นผู้มีอำนาจไปยื่นซองสอบราคาประมูลจ้างเหมาขยายเขตบริการน้ำประปากับเทศบาลที่เป็นสมาชิกอยู่ในขณะนั้น และได้ไปยื่นซองสอบราคาด้วยตนเอง อีกทั้ง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างเทศบาลกับห้างหุ้นส่วนฯ สมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวก็ได้แสดงตนเข้าเจรจากับฝ่ายเทศบาลเพื่อไกล่เกลี่ยยุติข้อพิพาท ถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

(1.5) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2549

กรณีบุตรสาวของผู้ฟ้องคดี เป็นผู้เข้าซื้อเอกสารประกวดราคาโดยเป็นผู้ลงลายมือในแบบใบเสนอราคาของห้างหุ้นส่วนฯ และผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลและมีตำแหน่งเป็น

นายกเทศมนตรีได้สั่งการให้แจ้งห้างหุ้นส่วนฯ ดังกล่าวมาทำสัญญากับเทศบาล เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบิดา จึงมีความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรเป็นความสัมพันธ์ในทางตรง และเมื่อบุตรสาวได้เข้าร่วมยื่นขอประกวดราคาในโครงการของเทศบาลในฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนฯ ได้กระทำการยื่นขอประกวดราคาในนามของห้างหุ้นส่วนฯ ซึ่งเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด โดยผู้ฟ้องคดีที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลและมีตำแหน่งเป็นนายกเทศมนตรีในขณะนั้นพิจารณาแล้ว ให้ห้างหุ้นส่วนฯ ดังกล่าวเป็นผู้ชนะการประกวดราคา เมื่อได้แจ้งให้ห้างหุ้นส่วนฯ มาทำสัญญา ค่าเสนอกับค่าเสนอจึงต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญาขึ้นและมีผลสมบูรณ์ตั้งแต่วันที่ยื่นขอเสนอราคา การเข้ายื่นขอเสนอราคาก็เพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากกิจการที่เทศบาลจะกระทำ และการที่ผู้ฟ้องคดีรู้แล้วแจ้งให้ห้างหุ้นส่วนฯ ได้เข้าทำสัญญากับเทศบาล จึงย่อมถือได้ว่าเป็นการเข้ามีส่วนได้เสียในกิจการที่เทศบาลจะกระทำโดยสมบูรณ์ ดังนั้น จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมกับห้างหุ้นส่วนฯ ทำให้สมาชิกภาพในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลง ตั้งแต่วันที่มีส่วนได้เสียตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 แม้ว่าต่อมาห้างหุ้นส่วนฯ จะได้เปลี่ยนหุ้นส่วนผู้จัดการจากบุตรของผู้ฟ้องคดีไปเป็นบุคคลอื่นแล้ว ก็หาทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียกลายเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการของเทศบาลแต่อย่างใดไม่

(2) การเป็นผู้จัดการ กรรมการ หรือหุ้นส่วนในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน

(2.1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 395/2544

จังหวัดกำแพงเพชรมีหนังสือหรือคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีปัญหาการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลเมืองกำแพงเพชรใน 4 กรณี คือ

กรณีที่ 1

กรณีนายกเทศมนตรีเทศบาลเมืองเป็นกรรมการบริษัทจำกัด และเป็นผู้ลงนามอนุมัติจำหน่ายสินค้าของบริษัทดังกล่าวให้แก่เทศบาล โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าเทศบาลเมืองได้ทำบันทึกตกลงซื้อขายสัญญาซื้อที่ 1/2543 เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2543 ซึ่งรถจักรยานยนต์ของบริษัทจำกัด โดยมีเทศมนตรีเมืองกำแพงเพชร ลงนามในฐานะผู้ซื้อ และนางสาว ว. ลงนามในฐานะผู้ขาย และบริษัทฯ ได้ส่งมอบรถจักรยานยนต์และได้มีการชำระเงินให้แก่บริษัทจำกัด เรียบร้อยแล้ว ทั้งยังปรากฏว่านายกเทศมนตรีเป็นผู้เซ็นอนุมัติจำหน่ายรถจักรยานยนต์ดังกล่าวให้แก่เทศบาลอีกด้วย คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการซื้อขายรถจักรยานยนต์มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว และนายกเทศมนตรีย่อมได้ชื่อว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา การที่

ในภายหลังบริษัทฯ ได้ขอยกเลิกสัญญาและคืนเงินให้แก่เทศบาลเมืองย่อมไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาแต่อย่างใด และไม่ทำให้การกระทำอันไม่ชอบตามที่บัญญัติห้ามไว้ในมาตรา 18 ทวิของนายกเทศมนตรีกลับกลายเป็นการชอบขึ้นมา

กรณีที่ 2

กรณีนายกเทศมนตรีเป็นกรรมการบริษัทจำกัด ทำสัญญารับจ้างตรวจเช็คสภาพรถยนต์ให้แก่เทศบาล โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลเมืองได้ขออนุมัติจ้าง เพื่อให้บริษัทฯ ตรวจเช็คสภาพรถยนต์ และบริษัทฯ ได้ตรวจเช็คสภาพรถยนต์ดังกล่าว โดยมีหลักฐานการรับเงินจากเทศบาลเมืองกำแพงเพชร ทั้งมีหลักฐานเป็นใบตรวจรับพัสดุ ว่าบริษัทฯ ได้นำส่งสินค้าและกรรมการตรวจรับพัสดุได้ตรวจรับแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นที่เห็นว่า บริษัทฯ ได้กระทำการให้เทศบาลแล้ว และถือได้ว่านายกเทศมนตรี ซึ่งเป็นกรรมการบริษัทเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมในกิจการที่บริษัทฯ กระทำให้แก่เทศบาล ความจำเป็นที่บริษัทฯ เป็นศูนย์รถยนต์เพียงแห่งเดียวในจังหวัดหาเป็นเหตุให้เกิดสิทธิที่จะฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 18 ทวิ ไม่

กรณีที่ 3

กรณี นาย ส. เทศมนตรีเป็นผู้จัดการและเจ้าของโรงพิมพ์ที่รับจ้างพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้แก่เทศบาลโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า เทศบาลเมืองได้อนุมัติให้จัดจ้างโรงพิมพ์ที่เทศมนตรีเป็นผู้จัดการพิมพ์หนังสือพิมพ์เทศบาล คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นที่เห็นว่า แม้ว่าจะจังหวัดกำแพงเพชรจะได้วินิจฉัยว่ามีได้มีการทำบันทึกตกลงซื้อขายหรือสัญญาระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้าง คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมขัดต่อความเป็นจริง เพราะปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้มีการจ่ายและรับเงินค่าจ้างพิมพ์หนังสือพิมพ์เทศบาลจากเทศบาลและมีการตรวจรับหนังสือพิมพ์เทศบาลแล้ว จึงแสดงให้เห็นว่าโรงพิมพ์ดังกล่าวได้ทำสัญญาหรือกิจการให้แก่เทศบาลแล้ว นาย ส. ซึ่งเป็นเทศมนตรี เจ้าของและผู้จัดการโรงพิมพ์ที่รับจ้างพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้แก่เทศบาลย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมจากการรับพิมพ์หนังสือพิมพ์ให้แก่เทศบาล

กรณีที่ 4

กรณี นาย ข. เทศมนตรี เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งมีหุ้นส่วนเพียง 2 คน และต่อมาได้ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วน แต่ห้างฯ ยังคงดำเนินกิจการต่อไปและนาย ข. เป็นผู้ลงนามในบันทึกตกลงซื้อขายสินค้ากับเทศบาลจะถือหรือนาย ข. ยังคงเป็นหุ้นส่วนอยู่และมีมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นผู้สัญญาหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นที่เห็นว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า

ห้างหุ้นส่วนจำกัด มีผู้ถือหุ้นเพียง 2 คน คือ นาย ช. และนาง พ. โดยมีนาง พ. เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ เมื่อนาย ช. มีหนังสือลงวันที่ 29 มกราคม 2543 ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วน จึงมีผลทำให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด เหลือผู้ถือหุ้นเพียง 1 คน เท่านั้น ห้างหุ้นส่วนจำกัด จึงไม่อาจคงสภาพการเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ได้อีกต่อไป และมีผลเป็นการเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยปริยาย แต่ต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัด ยังคงดำเนินกิจการในฐานะห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยได้ทำบันทึกตกลงซื้อขายกับเทศบาล จำนวน 4 สัญญา ทั้งนาย ช. ซึ่งต้องรู้ถึงเหตุที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีอันที่จะต้องเลิกห้างหุ้นส่วนก็ได้ดำเนินการ ในนามของเทศบาลลงนามในฐานะผู้ซื้อในบันทึกตกลงซื้อขายระหว่างเทศบาลกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ตามบันทึกตกลงซื้อขายลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2543 ฉบับลงวันที่ 2 มิถุนายน 2543 และฉบับลงวันที่ 9 มิถุนายน 2543 รวม 3 ฉบับ ด้วย อันแสดงให้เห็นว่าการลาออกของนาย ช. มิได้ลาออกจริง ห้างหุ้นส่วนจำกัดจึงสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้โดยมิได้มีผู้เป็นหุ้นส่วนใหม่เข้ามาแทนที่หรือ เลิกห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด พฤติการณ์ดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่านาย ช. ยังคงเป็นหุ้นส่วนอยู่ และถือได้ว่ามีส่วนได้เสียในทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเมืองกำแพงเพชรเป็นคู่สัญญากับห้างหุ้นส่วนจำกัด

(2.2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 596/2544

จังหวัดลำปางหรือว่า การจัดซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงระหว่างเทศบาลตำบลกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งทำสัญญาซื้อขายกันเป็นรายเดือน โดยได้ทำสัญญาในระหว่างปีงบประมาณ 2543 (1 ตุลาคม 2542 ถึง 30 กันยายน 2543) ได้ทำสัญญารวมเป็นเงิน 174,115.55 บาท โดยมีสมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งเป็นหุ้นส่วนอยู่ในห้างหุ้นส่วนจำกัด และมีเทศมนตรีซึ่งเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหุ้นส่วนอีกคนหนึ่ง ในห้างหุ้นส่วนจำกัดและนายกเทศมนตรีซึ่งเป็นพี่สาวร่วมบิดามารดาของหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบและเป็นบุตรสาวของผู้ที่เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ จะถือว่า บุคคลดังกล่าวข้างต้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่สมาชิกสภาเทศบาลกระทำกับเทศบาล ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่อาจมีประโยชน์ได้เสียจากสัญญาซื้อขายน้ำมันกับห้างฯ พิจารณาได้ดังนี้ คือ กรณีของเทศมนตรีปรากฏว่าเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ซึ่งเป็นหุ้นส่วนของห้างฯ จึงย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยทางคู่สมรส กรณีของสมาชิกสภาเทศบาลปรากฏว่า เป็นผู้ถือหุ้นของห้างฯ และถึงแม้ว่าจะเป็นผู้มีส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบ แต่ก็ยังได้รับประโยชน์จากผลกำไร ซึ่ง

ห้างหุ้นส่วนทำมาค้าอยู่ได้ เว้นแต่ห้างหุ้นส่วนยังขาดทุนอยู่ ฉะนั้น จึงเป็นสมาชิกที่มีส่วนได้เสียกับห้างฯ กรณีนายกเทศมนตรีแม้ว่าจะเป็นพี่สาวร่วมบิดามารดาของหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบของห้างฯ คนหนึ่ง แต่ก็เป็นผู้บุกรุกของหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบของห้างฯ ด้วย ดังนั้น ในฐานะเป็นผู้บุกรุกย่อมมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา ทั้งยังมีสิทธิเป็นทายาทโดยชอบ ดังนั้น การที่นายกเทศมนตรีได้มอบอำนาจให้เทศมนตรีเข้าทำสัญญาซื้อขายน้ำมันเชื้อเพลิงกับห้างฯ จึงเป็นการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดาและบุตร

สำหรับข้อเท็จจริงว่าในบริเวณรัศมี 10 กิโลเมตร มีสถานีบริการน้ำมันของห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวเพียงแห่งเดียวและการซื้อน้ำมันนี้ได้กระทำมาตั้งแต่เทศบาลตำบลยังเป็นสุขาภิบาล และบุคคลดังกล่าวมิได้มีเจตนาต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลและมีได้ระวางว่าตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียนั้น เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประสงค์จะห้ามสมาชิกเข้ามามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะดำรงตำแหน่งสมาชิกอยู่ เพื่อให้สมาชิกทำหน้าที่รักษาประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรม โดยไม่ประสงค์ให้สมาชิกได้ประโยชน์ใด ๆ จากการเข้าทำสัญญาหรือทำการใดจากเทศบาล ไม่ว่าจะโดยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้อื่นในขณะดำรงตำแหน่ง และมีได้คำนึงว่าจะต้องการผลประโยชน์จากเทศบาลหรือไม่ ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงรับฟังไม่ได้และไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้วนั้นกลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบขึ้นมาได้

(2.3) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 526/2545

กรณี นาย ช. หุ้นส่วนผู้จัดการของห้างฯ ได้ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างสะพานข้ามคลองกับเทศบาล เมื่อวันที่ 31 มกราคม 2544 โดยงานมีกำหนดแล้วเสร็จในวันที่ 6 สิงหาคม 2544 ต่อมาเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2544 นาย ช. ได้มีหนังสือลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างฯ เพื่อสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งนาย ช. ได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาเทศบาล เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2544 จึงได้ไปยื่นต่อนายทะเบียนสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทจังหวัดสุโขทัยเพื่อขอเปลี่ยนแปลงให้บิดาของตนเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างฯ แทน ซึ่งนายทะเบียนได้รับจดทะเบียนไว้เมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2544 จะถือว่านาย ช. ยังคงเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างฯ ซึ่งเป็นคู่สัญญากับเทศบาลอยู่ในวันเลือกตั้ง และเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำไว้กับเทศบาลหรือไม่ คณะกรรมการ

กฤษฎีกามีความเห็น ว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72²² บัญญัติให้ การเปลี่ยนตัวผู้แทนนิติบุคคลมีผลต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งแล้ว สำหรับผู้แทนของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น มาตรา 1042 บัญญัติให้ความเกี่ยวพันระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการ กับหุ้นส่วนอื่นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยตัวแทน ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับมาตรา 826 วรรคหนึ่ง และมาตรา 827 วรรคหนึ่ง เห็นได้ว่า หุ้นส่วนผู้จัดการสามารถลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนในเวลาใด ๆ ก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ช. ได้แสดงเจตนาลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการต่อหุ้นส่วน คนอื่นในวันที่ 31 พฤษภาคม 2544 จึงถือได้ว่าระหว่างหุ้นส่วนด้วยตนเอง การลาออกของนาย ช. มีผล ตั้งแต่วันที่ 31 พฤษภาคม 2544 อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดต้องมีรายการเกี่ยวกับ ชื่อของหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นสำคัญตามมาตรา 1078 (6) ซึ่งเอกสารที่ลงทะเบียนไว้ดังกล่าวเป็นเอกสาร มหาชนที่บุคคลทุกคนสามารถตรวจดูได้ตามมาตรา 1020 และเมื่อลงพิมพ์โฆษณาในราชกิจจานุเบกษา ตามมาตรา 1021 แล้ว ถือได้ว่าเป็นอันรู้แก่บุคคลทั่วไปตามมาตรา 1022 เมื่อใดที่รายการที่ได้จดทะเบียน ไว้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมก็ต้องแก้ไขข้อความที่ได้จดทะเบียนไว้ ณ หอทะเบียนที่ได้จดทะเบียนไว้เดิม ตามมาตรา 1016 เพื่อใช้เป็นหลักฐานให้บุคคลทั่วไปทราบถึงสถานะและผู้จัดการปัจจุบันของห้างฯ และตราบใดที่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน นาย ช. ยังคงต้องรับผิดชอบกับบุคคลภายนอก ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72 ความมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับ เทศบาลจึงยังคงมีอยู่ นอกจากนั้น การที่นาย ช. ลาออก และนาย ม. ซึ่งเป็นบิดาของนาย ช. เข้าเป็น หุ้นส่วนผู้จัดการแทนตน ความมีส่วนได้เสียของนาย ช. จึงยังคงมีอยู่เช่นเดิม แม้จะได้มีการจดทะเบียน การลาออกแล้วก็ตาม เนื่องจากการลาออกไม่ทำให้การกระทำที่มีส่วนได้เสียไปแล้วกลับกลายเป็น การกระทำที่ขอขืนมาได้

ประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การให้ความเห็นในเรื่อง นี้เป็นการพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาเทศบาลตามที่ บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ซึ่งมีเจตนารมณ์มิให้สมาชิกใช้ตำแหน่ง หน้าที่หรือขณะที่อยู่ในตำแหน่งหน้าที่นั้นมีประโยชน์ได้เสียอยู่กับเทศบาล สมาชิกจึงมีหน้าที่ต้อง

²²มาตรา 72 การเปลี่ยนตัวผู้แทนของนิติบุคคลหรือการจำกัดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงอำนาจ ของผู้แทนของนิติบุคคล ให้มีผลต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งแล้ว แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตมิได้

กระทำด้วยประการทั้งปวงให้ปรากฏว่าตนมิได้มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาหรือการกระทำกับเทศบาลนั้นต่อไป ฉะนั้น เพียงการแสดงเจตนาจึงยอมไม่เพียงพอ เพราะตราบิตที่ยังไม่ดำเนินการแก้ไขทางทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายบุคคลภายนอกก็ยอมอ้างอยู่ได้เสมอ กรณีจึงต่างจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2544 วันที่ 26 มิถุนายน 2544 อันเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (กรณีคุณหญิงปรีดา เกษมสันต์ ณ อยุธยา) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การลาออกจากกรรมการบริษัทสามารถกระทำได้โดยแสดงเจตนาต่อผู้มีอำนาจของบริษัทโดยอาจทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ และหน้าที่ในการจดทะเบียนถอนชื่อออกจากการเป็นกรรมการบริษัทต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทเป็นหน้าที่ของกรรมการผู้มีอำนาจ การที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนั้น เนื่องจากการดำรงตำแหน่งกรรมการ ป.ป.ช. จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้นั้น ทั้งต้องไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (3)²³ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตฯ ซึ่งหากมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวแล้ว จะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อเมื่อได้ลาออกจากการเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว สาระสำคัญจึงอยู่ที่การยังมีฐานะเป็นกรรมการของบริษัทหรือไม่ แต่บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ถือเอาส่วนได้เสียของบุคคลที่มีต่อเทศบาลเป็นสำคัญ ตราบใดที่บุคคลยังคงมีส่วนได้เสียอยู่ ยังต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ ดังกล่าว ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) จึงมิได้ขัดหรือแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

²³มาตรา 11 ผู้ได้รับเลือกเป็นกรรมการต้อง (3) ไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด

เมื่อวุฒิสภาเลือกบุคคลตาม (1) (2) (3) หรือ (4) โดยได้รับความยินยอมของบุคคลนั้น ผู้ได้รับเลือกจะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อเมื่อได้ลาออกจากการเป็นบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือแสดงหลักฐานให้เป็นที่เชื่อได้ว่าตนเลิกประกอบวิชาชีพอิสระตาม (4) แล้ว ซึ่งต้องกระทำภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ได้รับเลือก แต่ถ้าผู้นั้นมิได้ลาออกหรือเลิกประกอบวิชาชีพอิสระภายในเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยรับเลือกให้เป็นกรรมการ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 มาใช้บังคับ

(2.4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.187/2548

ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของ นายอำเภอกรณีผู้ฟ้องคดีถูกร้องเรียนว่า เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับองค์การบริหารส่วนตำบล เนื่องจากห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เข้าทำสัญญาก่อสร้างกับองค์การบริหารส่วนตำบล เป็นห้างหุ้นส่วนที่มีบุตรชายของผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ และมีบุตรชายของผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วน โดยบุตรชายและบุตรชายของผู้ฟ้องคดีต่างก็มีงานประจำเป็นพนักงานบริษัทเอกชนอยู่แล้วทั้งสองคน เมื่อมีการก่อสร้างตามสัญญาจ้างผู้ฟ้องคดีก็ได้เข้าไปดูแล สั่งการให้คนงานทำงานต่างๆ ในลักษณะเป็นผู้ควบคุมงาน นายอำเภอได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงและเห็นว่าน่าเชื่อว่าผู้ฟ้องคดีมีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียในทางตรงและทางอ้อมในสัญญาก่อสร้าง แล้วเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นชอบด้วย นายอำเภอจึงวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดสมาชิกภาพตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสีย เพราะไม่ได้เป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนดังกล่าว และไม่ได้อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกับบุตรชายและบุตรชาย จึงฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของนายอำเภอที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งอ้างว่าไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล กลับมีพฤติการณ์ที่แสดงถึงการเข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาจ้างโดยเข้าไปสั่งการให้คนงานของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นทำงานต่างๆ เสมือนหนึ่งเป็นผู้ควบคุมงาน และยังเป็นผู้นำคณะกรรมการตรวจการจ้างไปตรวจรับงาน ทั้งที่ไม่ใช่หน้าที่ของตน ผิดกับโครงการอื่นที่ผู้ฟ้องคดีไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามโครงการเลย นอกจากนั้น ยังปรากฏว่าบุตรชายและบุตรชายของผู้ฟ้องคดีต่างมีงานประจำเป็นลูกจ้างบริษัทเอกชน ย่อมไม่สามารถมาดูแลธุรกิจของห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวได้ จึงเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ดำเนินการแทน และจากความสัมพันธ์ทางเครือญาติ และพฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดี แสดงว่าผู้ฟ้องคดีมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับห้างหุ้นส่วนจำกัด และผู้ฟ้องคดีมีตำแหน่งเป็นประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลอยู่ด้วย ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีตกอยู่ในฐานะเป็นผู้มีประโยชน์ทับซ้อนระหว่างประโยชน์ขององค์การบริหารส่วนตำบลที่เป็นประโยชน์สาธารณะ กับประโยชน์ของห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัว กรณีถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญากับองค์การบริหาร

ส่วนตำบลแล้ว ตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ ดังนั้น คำสั่งของนายอำเภอตามฟ้องจึงชอบด้วยกฎหมาย

(2.5) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299-300/2549

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลฟ้องว่าถูกร้องเรียนว่า เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งได้ลงนามในสัญญาจ้างกับเทศบาล จำนวน 2 สัญญา เมื่อเดือนกันยายน 2544 ต่อมาเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน 2544 ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล และสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงหุ้นส่วนผู้จัดการจากผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลอื่นในวันที่ 14 ธันวาคม 2544 ซึ่งเป็นการกระทำภายหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลแล้ว นอกจากนี้ห้างฯ ดังกล่าวมีบิดาของผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนอยู่ จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาล ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการสอบสวนไม่ชอบเพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการต้องห้ามเมื่อใด จึงฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลปกครองวินิจฉัยว่า เมื่อเดือนกันยายน 2544 ผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งได้ลงนามในสัญญาจ้างที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ลาออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2544 ซึ่งตามมาตรา 1021 มาตรา 1022 และมาตรา 1023 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้ ผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการจะถือเอาประโยชน์แก่บุคคลภายนอกเพราะเหตุที่มีสัญญาหรือเอกสารหรือข้อความอันบังคับให้จดทะเบียนยังไม่ได้จนกว่านายทะเบียนจะได้ลงทะเบียนและส่งไปลงพิมพ์โฆษณาในราชกิจจานุเบกษาเป็นอันรู้แก่บุคคลทั่วไป โดยไม่เลือกกว่าเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงยังคงมีฐานะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการอยู่ในขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลและเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาล เป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงสอดคล้องกับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและชอบด้วยกฎหมายแล้ว

(2.6) คำพิพากษาศาลปกครองเชียงใหม่ ที่ 20/2547

ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลเมือง ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งกรณีมารดาของผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนรายใหญ่ของห้างหุ้นส่วนที่เข้าทำสัญญาจ้างซ่อมสัญญาไฟฟ้าจราจรกับเทศบาล เป็นเหตุให้ผู้ว่าราชการจังหวัดวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 19 (6)²⁴ ประกอบกับมาตรา 18 ทวิ²⁵ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แต่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่ามารดาของผู้ฟ้องคดีได้ยกผู้ฟ้องคดีให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นตามกฎหมายแล้ว และได้ตัดผู้ฟ้องคดีมิให้รับมรดก ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ศาลปกครองวินิจฉัยว่า แม้ว่ามารดาของผู้ฟ้องคดีจะยกผู้ฟ้องคดีให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นไปแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีก็ยังไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ซึ่งยังคงมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูมารดาอยู่เช่นเดิม ส่วนกรณีที่มารดาได้ทำพินัยกรรมไม่ให้ผู้ฟ้องคดีได้รับมรดก ก็ยังเป็นกรณีที่สามารรถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา นอกจากนี้มารดาของผู้ฟ้องคดียังคงเป็นทายาทโดยธรรมที่มีสิทธิรับมรดกของผู้ฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีกับมารดาที่มีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลซึ่งกฎหมายให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน ดังนั้น เมื่อห้างหุ้นส่วนที่มีมารดาของผู้ฟ้องคดีเป็นหุ้นส่วนรายใหญ่ ได้ทำสัญญาซ่อมสัญญาไฟฟ้าจราจรกับเทศบาลซึ่งผู้ฟ้องคดีมีตำแหน่งหน้าที่เกี่ยวข้อง จึงต้องถือว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำวินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่ง จึงชอบด้วยกฎหมาย

3.2) กรณีไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

(1) กรณีบริษัทรับเงินจากการโอนสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญา

(1.1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 889/2547

²⁴ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542

มาตรา 19 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลง เมื่อ (6) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ

²⁵ มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำ

กรณีกระทรวงมหาดไทยหรือว่า การที่สมาชิกสภาเทศบาล (ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีด้วย) ซึ่งเป็นที่ปรึกษาของบริษัทฯ โดยได้รับเงินค่าตอบแทนจากบริษัทฯ ดังกล่าว ที่มีมารดา พี่สาว และภรรยาเป็นผู้ถือหุ้น ในขณะที่ดำรงตำแหน่งปรากฏว่าห้างหุ้นส่วนที่เป็นคู่สัญญากับเทศบาลได้อินสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาซื้อขายให้กับบริษัทฯ และบอกกล่าวการโอนให้เทศบาลทราบ และเมื่อบริษัทฯ รับเงินจากการอินสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจากเทศบาลจะมีผลทำให้สมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งเป็นที่ปรึกษาบริษัทฯ เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับเทศบาลหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการอินสิทธิเรียกร้องการรับเงินตามสัญญาดังกล่าวเป็นการอินสิทธิเรียกร้องที่พึงโอนแก่กันได้ตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเป็นการอินสิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่ไปยังบุคคลอื่น มิใช่เป็นการโอนหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา และไม่มีผลเป็นการทำสัญญาขึ้นใหม่และคู่สัญญาเดิมต่างฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่เช่นเดิม โดยผู้รับอินสิทธิเรียกร้องไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาแต่อย่างใด การที่บริษัทฯ ดังกล่าว ไปรับเงินจากเทศบาลจึงเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องในการรับเงินตามสัญญาเท่านั้น โดยไม่อาจถือได้ว่าบริษัทฯ มีส่วนได้เสียตามมาตรา 18 ทวิ และไม่มีผลทำให้สมาชิกสภาเทศบาลของนายกเทศมนตรีสิ้นสุดลง

(2) กรณีเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย และไม่มีภาวะตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดู

(2.1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 605/2545

การพิจารณาว่าสมาชิกผู้ใดมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาว่าในการปฏิบัติตามสัญญานั้น สมาชิกผู้นั้นจะได้รับประโยชน์โดยตรงหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาว่าสมาชิกผู้นั้นมีความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในลักษณะที่จะส่งผลดีหรือผลเสียต่อตนในทางอ้อมอันจะได้ชื่อว่ามีส่วนได้เสียโดยทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่อาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทน ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงาน ในกิจการของบุคคลธรรมดา หรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล หรือความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดฯ หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทฯ ซึ่งสามารถครอบงำกิจการได้ หรือความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูต่อกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพึงได้ว่า นาย ช. มิได้มีความสัมพันธ์ใด ๆ โดยตรงกับบริษัทฯ แม้จะมีน้องชายและลูกสาวเป็นผู้ถือหุ้น แต่น้องชายทั้งสองคนได้บรรลุนิติภาวะแล้วจึงไม่มีภาวะตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดู

สำหรับกรณีบุตรสาวซึ่งแม้จะยังมีภาวะตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูกันฉันบิดากับบุตร แต่ก็เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมิได้มีอำนาจในการจัดการหรือผูกพันบริษัท แต่อย่างไรก็ดี กรณีจึงยังไม่อาจถือได้ว่า นาย ช. มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลทำกับบริษัท ดังกล่าว

(2.2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.76/2547

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้ร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้ตรวจสอบว่าสมาชิกสภาเทศบาลผู้หนึ่ง (นาย ช.) เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาจ้างของเทศบาลหรือไม่ เนื่องจากสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวมีบุตรสองคนเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทที่เข้าทำสัญญากับเทศบาลในการก่อสร้างขยายไหล่ทาง ผู้ว่าราชการจังหวัดได้สอบสวนแล้วมีความเห็นว่า สมาชิกสภาเทศบาลที่ถูกร้องเรียนดังกล่าว ไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่จะทำให้นสิ้นสุดสมาชิกภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวโดยเห็นว่าบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา การทำสัญญากับเทศบาลโดยบุตรเป็นหุ้นส่วนจึงถือວ່านาย ช. เป็นผู้มีส่วนได้เสียทางอ้อม จึงนำคดีมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าว ศาลปกครองวินิจฉัยว่า แม้ว่าบุตรทั้งสองของสมาชิกสภาเทศบาลจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ทำสัญญากับเทศบาล แต่ก็เพียงร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด และบุตรทั้งสองก็ไม่มีอำนาจบริหารจัดการหรือกระทำการใด ๆ ผูกพันบริษัท นอกจากนี้ บุตรทั้งสองของสมาชิกสภาเทศบาลต่างก็บรรลุนิติภาวะแล้ว และแม้ว่าบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา 1563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การจะอุปการะเลี้ยงดูได้เพียงใดหรือไม่ นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าบุตรอยู่ในสภาพพร้อมที่จะให้การอุปการะบิดามารดาได้ และบิดามารดาจำเป็นจะต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสมาชิกสภาเทศบาลมีอาชีพค้าขาย ไม่ได้อาศัยอยู่บ้านเดียวกับบุตร แสดงให้เห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลไม่จำเป็นต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรทั้งสอง อีกทั้งบุตรทั้งสองก็ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูสมาชิกสภาเทศบาลผู้เป็นบิดา แม้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลจะเป็นทายาทโดยธรรมและมีสิทธิรับมรดกของบุตรทั้งสอง แต่สิทธิจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุตรทั้งสองถึงแก่ความตายก่อนซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน รวมทั้งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดว่าสมาชิกสภาเทศบาลได้เข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีผลประโยชน์ใด ๆ ในบริษัท และไม่ได้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีหรือเทศมนตรีที่มีอำนาจเกี่ยวกับการสั่งจ้างและทำสัญญาแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติ

เทศบาล พ.ศ. 2496 อันจะเป็นเหตุให้สิ้นสุดสมาชิกภาพตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดจึงชอบด้วยกฎหมาย

3.3) มีส่วนได้เสียขณะดำรงตำแหน่ง

การมีส่วนได้เสียนั้นจะต้องมีอยู่ขณะดำรงตำแหน่งเท่านั้นหรือมีส่วนได้เสียมาก่อนดำรงตำแหน่งก็อาจต้องพ้นจากตำแหน่งได้ ประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้ไม่แตกต่างกันนักคงมีแตกต่างกันเฉพาะในประเด็นเรื่องการส่งมอบสินค้าตามสัญญาว่าเป็นการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเกิดขึ้นก่อนการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลหรือการส่งมอบสินค้าดังกล่าวเป็นการมีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลซึ่งจะทำให้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำไว้กับเทศบาล ดังนี้

(1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 262/2547

กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นหรือคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีนายกเทศมนตรีถูกร้องเรียนว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล เนื่องจากได้ทำสัญญาจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่เทศบาลก่อนที่จะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล และส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงให้เทศบาลในวันที่ได้รับเลือกตั้งและได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกเทศมนตรีจึงได้จดทะเบียนยกเลิกการประกอบกิจการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง (ปั้มน้ำมัน) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เทศบาลได้สั่งซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงจากปั้มน้ำมันของผู้ถูกร้องเรียนตามสัญญาที่นายกเทศมนตรีในขณะนั้นเป็นผู้สั่งซื้อ และต่อมาผู้ถูกร้องเรียนซึ่งได้รับเลือกเป็นนายกเทศมนตรีคนใหม่ ได้อนุมัติเบิกจ่ายน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่บุตรสะใภ้ของตนซึ่งเป็นผู้รับมอบอำนาจตามสัญญาจ้าง กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น เห็นว่านายกเทศมนตรีขาดเจตนากระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 เนื่องจากเทศบาลได้สั่งซื้อน้ำมันเชื้อเพลิงไว้ก่อนที่จะได้รับเลือกตั้งและในวันส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงดังกล่าวเทศบาลยังไม่ได้ประกาศผลการนับคะแนนประกอบกับเป็นการเบิกจ่ายเงินตามอำนาจหน้าที่และข้อผูกพันในสัญญาจึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่ กรณีสัญญาจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงระหว่างผู้รับมอบอำนาจจากสมาชิกสภาเทศบาลที่ถูกร้องเรียน (บุตรสะใภ้) กับเทศบาลที่ได้ทำสัญญาดังกล่าวไว้ก่อนที่ผู้ถูกร้องเรียนจะได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาเทศบาล แต่เมื่อวันกำหนดส่งมอบน้ำมันเชื้อเพลิงตามสัญญาเป็นวันเดียวกันกับวันที่สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นได้รับเลือกตั้ง ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้วันดังกล่าวเป็นวันเริ่มต้นของการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลมีผลให้เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ในสัญญาที่ทำกับเทศบาล แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าน้ำมันดังกล่าวจะไม่ได้จำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิงให้แก่เทศบาลอีกแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะมาตรา 18 ทวิ ประกอบกับมาตรา 19 (6) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 มีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้สมาชิกสภาเทศบาลเข้ามามีส่วนได้เสียกับเทศบาลที่ตนเข้ามาดำรงตำแหน่ง ดังนั้น เมื่อวันที่สมาชิกผู้นั้นได้รับเลือกตั้งเป็นวันเริ่มมีสมาชิกภาพเป็นสมาชิกสภาเทศบาล จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ได้ทำไว้กับเทศบาล อันเป็นกรณีกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 19 (6) ประกอบกับมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ที่มีผลให้ต้องสิ้นสุดสมาชิกภาพตั้งแต่วันที่มิเหตุดังกล่าวเป็นต้นไป

(2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2549

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดที่วินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีต้องพ้นจากสมาชิกภาพ เนื่องจากกระทำการต้องห้าม โดยเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องเพราะในวันที่ 14 กรกฎาคม 2545 อันเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งนั้นมิได้มีการทำสัญญาซื้อขายน้ำมันแต่เป็นการชำระหนี้ที่คู่สัญญามีหน้าที่ต่อกันเท่านั้น และการทำสัญญาดังกล่าวได้กระทำในขณะที่ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นสมาชิกสภาเทศบาล การทำสัญญาของผู้ฟ้องคดีกรณีนี้ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ของสมาชิกสภาเทศบาลในขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลจะกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีเป็นคู่สัญญามีส่วนได้เสียกับเทศบาลในขณะที่เป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้ไม่ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ของมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติเพื่อห้ามสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามีผลประโยชน์ได้เสียกับเทศบาลในขณะที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาล และให้สมาชิกสภาเทศบาลทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของเทศบาลอย่างเที่ยงธรรมโดยไม่ประสงค์จะให้สมาชิกสภาเทศบาลได้ประโยชน์ใดจากการเข้าทำประโยชน์หรือสัญญาหรือเข้าทำกิจการใด ๆ จากเทศบาลไม่ว่าด้วยตนเองหรือผ่านผู้อื่นในขณะที่ดำรงตำแหน่ง ข้อเท็จจริงกรณีนี้เป็นการทำสัญญาก่อนที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล การส่งมอบน้ำมันตามข้อตกลงในสัญญาที่ผู้ฟ้องคดีทำกับเทศบาล ถือว่าเป็นการดำเนินการตามข้อผูกพันในสัญญาและได้มีการส่งมอบมาโดยตลอดจนถึงวันที่ 14 กรกฎาคม 2545 แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล และให้ถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาเทศบาลในวันดังกล่าว ก็ไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะสมาชิกสภาเทศบาลเข้ามีประโยชน์ได้เสียกับเทศบาล เพราะการส่งมอบน้ำมันดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกันไว้ในวันที่ 1 กรกฎาคม 2545 ซึ่งผู้ฟ้องคดียังมิได้เป็นสมาชิกสภาเทศบาล การส่ง

มอบสินค้าถือเป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่มีต่อเทศบาลในฐานะคู่สัญญา ซึ่งส่งมอบก่อนการเลือกตั้งเสร็จสิ้นในเวลา 15 นาฬิกา การส่งมอบสินค้าดังกล่าวจึงเป็นการเสร็จสิ้นก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะเป็นสมาชิกสภาเทศบาล จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว การส่งมอบน้ำมันของผู้ฟ้องคดีในวันเลือกตั้งไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียหรือได้ประโยชน์จากการเป็นสมาชิกสภาเทศบาล

(3) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 606/2548

กรณีกระทรวงมหาดไทยหรือว่า การที่บุคคลผู้ทำสัญญาก่อสร้างถนนกับองค์การบริหารส่วนตำบลก่อนที่จะมีการยุบรวมองค์การบริหารส่วนตำบลเข้ากับเทศบาล โดยที่บุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตามสัญญาต่อไปอีกเป็นระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันที่องค์การบริหารส่วนตำบลตรวจรับงาน และต่อมาบุคคลนั้นได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งยังอยู่ในระหว่างเวลาที่จะต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องตามสัญญาดังกล่าวจะถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาลหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นว่า ในขณะที่บุคคลดังกล่าวได้เข้าทำสัญญาเป็นการทำสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลมิได้เป็นการทำสัญญากับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลอยู่โดยทางตรงหรือทางอ้อมแต่อย่างใด จึงมิได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ

จากแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้สัญญาหรือในกิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะกระทำนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดแนวทางในการพิจารณา การมีส่วนได้เสียในลักษณะของความสัมพันธ์ 3 ลักษณะ คือ (1) ความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร (2) ความสัมพันธ์ในเชิงทุน และ (3) ความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลซึ่งเป็นการวางหลักการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่จะทำให้เกิดเห็นว่าอย่างไรเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจกำกับดูแลอาจใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงได้ จากตัวอย่างคำวินิจฉัยและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่าการพิจารณาความสัมพันธ์ได้เสียค่อนข้างเคร่งครัดมาก และพิจารณาได้อย่างกว้างขวาง การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าพฤติการณ์อย่างไรจึงถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ยังไม่มีกรอบการพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำความสัมพันธ์ในระหว่างบุคคลมาวินิจฉัยว่ามีผู้มีส่วนได้เสียนั้น ค่อนข้างทำให้เกิดปัญหา เพราะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลบางประการ กฎหมายให้การรับรองไว้ให้บุคคลมีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ต่อกัน

เช่น สิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูกันระหว่างบิดามารดากับบุตรทำให้เกิดปัญหาว่าหากมีความสัมพันธ์ดังกล่าวอาจจะถือว่าเป็นกรณีที่ต้องห้ามในการที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น

นอกจากนี้ หากพิจารณาความสัมพันธ์ในเชิงบริหารหรือความสัมพันธ์ในเชิงทุนตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาวางแนวทางไว้แล้ว ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่า เป็นการจำกัดการเข้ามีส่วนร่วมของผู้มีอาชีพค้าขายหรือประกอบธุรกิจบางประเภทที่จะต้องทำมาค้าขายกับหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ เช่น ธุรกิจการพิมพ์ วัสดุอุปกรณ์สำนักงาน อุปกรณ์ก่อสร้าง น้ำมันเชื้อเพลิง ซ่อมแซมยานพาหนะ หากผู้ประกอบการดังกล่าวต้องการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ในขณะที่ตนมีความสัมพันธ์ลักษณะเช่นนั้นอยู่ย่อมมีความเสี่ยงมากกว่าบุคคลอื่นหรือหากลาออกจากการเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนหรือแสดงเจตนาสละมรดกทุกประการแล้ว ก็ยังมีโอกาสที่จะมีส่วนได้เสียโดยตรงและโดยอ้อมได้เสมอหากพลั้งเผลอไปทำสัญญาหรือกิจการใด ๆ กับกิจการอาชีพของตนเข้า นอกจากนี้ ในบางท้องถิ่น อาจไม่มีวัสดุหรือครุภัณฑ์ที่จำเป็นต้องใช้ในกิจการบริการสาธารณะของท้องถิ่น เช่น มีปั้มน้ำมันเพียงปั้มเดียว ของนายกององค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะทำสัญญาซื้อน้ำมันซื้อน้ำมันจากปั้มน้ำมันนั้นไม่ได้เลย หากแต่จะต้องไปหาซื้อในท้องถิ่นอื่นที่อยู่ไกลออกไปซึ่งต้องบวกค่าขนส่งเพิ่มขึ้นทำให้มีราคาเพิ่มขึ้นเป็นต้น ซึ่งน่าจะไม่ใช่สอดคล้องกับการจัดทำบริการสาธารณะที่ต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) และอาจทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อาจทำสัญญาที่เป็นบริการสาธารณะได้ทันเวลา

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.76/2547 ที่ความ ความมีส่วนได้เสียอย่างแคบ โดยเห็นได้จากการวินิจฉัยว่า แม้บุตรทั้งสองของสมาชิกสภาเทศบาลจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ทำสัญญากับเทศบาล แต่ก็เพียงร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด และบุตรทั้งสองของสมาชิกสภาเทศบาลก็ไม่มีอำนาจบริหารจัดการหรือกระทำการใด ๆ ผูกพัน บริษัทฯ นอกจากนี้ บุตรทั้งสองก็บรรลุนิติภาวะแล้ว และแม้ว่าบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การจะอุปการะเลี้ยงดูได้เพียงใด หรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า บุตรอยู่ในสภาพพร้อมที่จะให้การอุปการะบิดามารดาได้ และบิดามารดาจำเป็นต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า สมาชิกสภาเทศบาลมีอาชีพค้าขาย ไม่ได้อาศัยอยู่บ้านเดียวกับบุตร แสดงให้เห็นว่าสมาชิกสภาเทศบาลไม่จำเป็นต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตร

อีกทั้ง บุตรทั้งสองก็ไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูสมาชิกสภาเทศบาลผู้เป็นบิดา แม้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลจะเป็นทายาทโดยธรรม และมีสิทธิรับมรดกของบุตร แต่สิทธิจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อบุตรทั้งสองถึงแก่ความตายก่อน ซึ่งเป็นเรื่องไม่แน่นอน รวมทั้งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงได้ว่า สมาชิกสภาเทศบาลเข้าไปเกี่ยวข้องหรือมีผลประโยชน์ใด ๆ ในบริษัท และไม่ได้ดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีหรือเทศมนตรีที่มีอำนาจเกี่ยวกับการสั่งจ้างและทำสัญญาจ้างแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้ให้เหตุผลในการแปลความหมายของการมีส่วนได้เสียไว้ว่าจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในความสัมพันธ์กันด้วยมิใช่พิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์ตามกฎหมายเท่านั้น

ประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นคล้ายตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น เพราะหากศาลปกครองตีความเรื่องการมีส่วนได้เสียกว้างมากจะทำให้สิทธิในการเข้ามีส่วนร่วมในการปกครองตนเองของประชาชนในท้องถิ่นต้องลดน้อยลงไปและอาจทำให้ผู้ประกอบการอาชีพบางอาชีพมีความเสี่ยงต่อการที่จะมีส่วนได้เสียกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและหลักการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพึ่งตนเองและตัดสินใจในกิจการของท้องถิ่นได้เอง โดยรัฐจะต้องให้ความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเอง ตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นและส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจแก้ไขปัญหาในพื้นที่²⁶

สำหรับการป้องกันการมีผลประโยชน์ทับซ้อน หรือการเข้าไปเกี่ยวข้องกับประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นประโยชน์ส่วนรวมทับซ้อนกับประโยชน์ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัวนั้น มีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตหรือประพฤติมิชอบหรือกฎหมายว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินตลอดจนกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวตามแต่กรณีอยู่แล้ว โดยองค์กรหรือหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะต้องดำเนินการอย่างเคร่งครัดและนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับใช้อย่างเต็มประสิทธิภาพหรือให้ประชาชนผู้เลือกตั้ง

²⁶ มาตรา 281 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ดำเนินการถอดถอน มากกว่าที่จะให้น้ำหนักในกรณีที่ผู้กำกับดูแลวินิจฉัยชี้ให้พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุมีส่วนได้เสีย

โดยสรุปผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กำกับดูแลวินิจฉัยชี้ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นต้องสิ้นสุดลงเพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะกระทำนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่ากรณีอย่างใดบ้างถือเป็นกรณีที่มีส่วนได้เสียที่จะวินิจฉัยชี้ให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลง แม้ว่าจะไม่อาจกำหนดให้ชัดเจนลงไปได้ก็ตามแต่ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจไว้แล้ว ดังนั้น ผู้กำกับดูแลจึงควรใช้ดุลพินิจอย่างระมัดระวังและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะโดยคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่น ย่อมสิ้นสุดลงทันทีในวันที่มีส่วนได้เสีย ถ้าการสอบสวนได้ความว่าสมาชิกผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียยอมทำให้ต้องพ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันที่มีส่วนได้เสียดังกล่าวและกว่าที่ผู้นั้นจะมาฟ้องขอเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าวและศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนในภายหลังก็จะทำให้ไม่อาจเยียวยาความเสียหายแก่สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นได้ทัน

3.4) กรณีที่สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้มีส่วนได้เสียลาออกจากตำแหน่งหรือครบวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว ก่อนจะมีการวินิจฉัยสมาชิกภาพ

ปัญหาต่อไปว่าเมื่อมีส่วนได้เสียแล้วจะถือว่าสมาชิกภาพสิ้นสุดลงเมื่อใดและหากผู้มีส่วนได้เสียลาออกจากตำแหน่งก่อนที่จะมีการวินิจฉัยสมาชิกภาพจะมีผลอย่างไร และผู้กำกับดูแลจะต้องวินิจฉัยต่อไปหรือไม่

กรณีที่อยู่ระหว่างการสอบสวนของผู้กำกับดูแล หรือในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้นได้กระทำการอันต้องห้าม โดยมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นคู่สัญญา หรือไม่หรือในระหว่างการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาล หากสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้นได้ลาออกเสียก่อน ซึ่งมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นสิ้นสุดลง หรือผู้บริหารท้องถิ่นต้องพ้นจากตำแหน่งตามกฎหมายก่อนที่ผู้กำกับดูแลจะมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำอันต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า เมื่อมีการลาออกจากตำแหน่งดังกล่าวแล้วผู้กำกับดูแลยังจะต้องมีคำวินิจฉัยในสมาชิกภาพหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงอีกหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ในกรณีผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ที่ปรึกษา หรือเลขานุการของผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันครบครันเลือกตั้ง ต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้ง ดังนั้น หากมีกรณีร้องเรียนว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นมีลักษณะต้องห้ามเพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสียดังกล่าว และเรื่องอยู่ระหว่างการสอบสวนของเจ้าหน้าที่หรืออยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล หรืออยู่ระหว่างการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลปรากฏว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้นได้ยื่นใบลาออกจะมีผลประการใด ซึ่งมีตัวอย่างคำวินิจฉัย ดังนี้

(1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 262/2547

กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นหรือคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีนาย ส. และนาย พ. ซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล เนื่องจาก บริษัท ส. จำกัด และห้างหุ้นส่วนจำกัด บ. คำไม้ ซึ่งมีนาย ส. เป็นกรรมการและหุ้นส่วนผู้จัดการ และบริษัท พ. จำกัด ซึ่งมีนาย พ. เป็นกรรมการ ได้ทำสัญญากับเทศบาลเมืองอุตรดิตถ์หลายฉบับ ในขณะที่จังหวัดกำลังดำเนินการสอบสวน ข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวบุคคลทั้งสองได้ยื่นหนังสือลาออกต่อผู้ว่าราชการจังหวัด โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม 2546 และวันที่ 1 สิงหาคม 2546 ตามลำดับ จึงหรือว่าเมื่อบุคคลทั้งสองลาออกจากตำแหน่งแล้วผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องวินิจฉัยสมาชิกภาพของบุคคลทั้งสองอีกหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการกรณีของนาย ส. และนาย พ. แม้จะยื่นหนังสือลาออกจากตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลต่อผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว ก็ไม่เป็นเหตุให้การสอบสวนนั้นต้องยุติลงด้วยเพราะเป็นการสอบสวนเพื่อให้ได้ความจริงว่า สมาชิกผู้นั้นมีส่วนได้เสียตามที่กฎหมายห้ามไว้หรือไม่ ซึ่งถ้าได้ความว่าสมาชิกผู้นั้นมีส่วนได้เสียย่อมทำให้ต้องพ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันที่มีส่วนได้เสียดังกล่าว โดยผู้ว่าราชการจังหวัดไม่จำเป็นต้องสั่งให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งอีก และการลาออกของสมาชิกย่อมไม่มีผลเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายที่กำหนดให้สมาชิกผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีส่วนได้เสียแต่อย่างใด นอกจากนั้น การที่สมาชิกผู้ใดต้องพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุมีส่วนได้เสียยังเป็นเหตุต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งด้วยเป็นเวลาห้าปี ตามมาตรา 15 วรรคสอง²⁷ แห่ง

²⁷มาตรา 15 วรรคสอง ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล นอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหาร

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ดังนั้น กรณีนี้เมื่อมีข้อสงสัยว่าสมาชิกภาพของบุคคลทั้งสองสิ้นสุดลงเพราะเหตุเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ จึงเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะวินิจฉัยตามมาตรา 19 (6) ประกอบมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ต่อไปจนเป็นที่ยุติ

(2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 283/2548

กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการสอบสวนและวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดสิ้นสุดลง เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดว่า กรณีผู้สมัครรับเลือกตั้งนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด ได้มีหนังสือร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดขอให้ตรวจสอบสมาชิกภาพสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดเมื่อครั้งดำรงตำแหน่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดแต่เนื่องจากบุคคลดังกล่าวได้พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากครบวาระไปแล้ว จึงขอหารือในประเด็นดังต่อไปนี้

ประเด็นที่ 1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถสั่งให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ออกจากตำแหน่งตามมาตรา 11 (5) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ได้หรือไม่ ประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นไปตามที่ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 (5) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 โดยพระราชบัญญัติ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 5 พฤศจิกายน 2546 โดยได้กำหนดให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดสิ้นสุดลง เพราะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการ ที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้น หรือที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นจะกระทำ ก็ได้โดยมี เจตนากรณีที่จะให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดผู้มีส่วนได้เสียกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด ในระหว่างที่ตนเป็นสมาชิกอยู่จะต้องสิ้นสุดการเป็นสมาชิกภาพลงโดยผลของกฎหมายตามมาตรา

ท้องถิ่นแล้ว จะต้องไม่เป็นผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่นหรือที่ปรึกษาหรือเลขานุการของผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปี นับถึงวันรับสมัครเลือกตั้ง

ทันที นับแต่วันที่มิเหตุดังกล่าว และหากมีข้อสงสัยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดไว้แตกต่างจากมาตรา 11 (5) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ก่อนที่จะมีการแก้ไขดังกล่าว ที่กำหนดให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดสิ้นสุดสมาชิกภาพเพราะเหตุมีส่วนได้เสีย ต่อเมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้ดำเนินการสอบสวนแล้วเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่ง ดังนั้น โดยเจตนารมณ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเพราะเหตุที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับองค์การบริหารส่วนจังหวัดที่ตนเป็นสมาชิกตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 นี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งอยู่มีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้น แม้ว่าต่อมาสมาชิกผู้นั้นจะพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดไปด้วยเหตุใดก็ตาม ต้องถือว่าผู้นั้นสิ้นสุดสมาชิกภาพ นับแต่วันที่มิเหตุดังกล่าว โดยหากมีข้อสงสัยผู้ว่าราชการจังหวัดก็สามารถที่จะสอบสวนและวินิจฉัย เพื่อให้ได้ความว่าผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียจริงหรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมิผู้ใดได้ร้องเรียนไว้แล้วหรือไม่ และผู้นั้นจะยังคงดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะนั้นหรือพ้นจากตำแหน่งเพราะลาออก หรือครบวาระการดำรงตำแหน่งไปก่อนที่จะมีการสอบสวนในเรื่องนี้ก็ตาม หากสอบสวนได้ความว่าผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ผู้นั้นย่อมสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดโดยผลของกฎหมาย นับแต่วันที่มิเหตุเป็นผู้มีส่วนได้เสีย สำหรับกรณีตามข้อหาหรือแม้จะปรากฏว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้สิ้นสุดสมาชิกภาพไปแล้วเพราะครบวาระก็ตาม แต่ด้วยผลของมาตรา 11 (5) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 ดังกล่าว เมื่อได้มีผู้ยื่นหนังสือร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้ตรวจสอบสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ผู้ว่าราชการจังหวัดก็ยังคงมีอำนาจที่จะดำเนินการสอบสวนเพื่อให้ได้ความจริงว่าบุคคลดังกล่าว เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามที่กฎหมายห้ามไว้หรือไม่ ซึ่งถ้าได้ความจริงว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดในขณะนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ย่อมทำให้ต้องพ้นจากตำแหน่งไปเองโดยผลของกฎหมาย นับแต่วันที่ 5 พฤศจิกายน 2546 อันเป็นวันที่พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 ใช้บังคับ

ประเด็นที่ 2 ในเรื่องทำนองเดียวกันนั้น ได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 47/2547 วินิจฉัยว่าการยื่นหนังสือลาออกมีผลทำให้สมาชิกภาพของผู้ยื่นหนังสือลาออกสิ้นสุดลง ทำให้เหตุแห่งการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นสิ้นสุดลงเช่นกัน ศาลปกครองชั้นต้นจึงไม่ต้องบังคับคดี

ซึ่งไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามเรื่องเสรีจที่ 262/2547 ที่ว่า แม้สมาชิกสภาเทศบาลเมืองจะได้ยื่นหนังสือลาออกต่อผู้ว่าราชการจังหวัดแล้ว ก็ไม่เป็นเหตุให้การสอบสวนนั้นต้องยุติลงด้วย เพราะเป็นการสอบสวนเพื่อให้ได้ความจริงว่า สมาชิกผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามที่กฎหมายห้ามไว้หรือไม่ ซึ่งถ้าได้ความว่าสมาชิกผู้นั้นมีส่วนได้เสียย่อมทำให้ต้องพ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันที่มีส่วนได้เสียดังกล่าว กระทรวงมหาดไทยจึงขอหารือว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดควรที่จะถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือคำสั่งของศาลปกครอง ประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นที่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 47/2547 นั้น เป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาตามคำขอของผู้ฟ้องคดีให้ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการสอบสวนและวินิจฉัยให้สมาชิกสภาเทศบาลพ้นจากสมาชิกภาพเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย แม้ข้อเท็จจริงต่อมาสมาชิกสภาเทศบาลผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นหนังสือลาออกจากสมาชิกสภาเทศบาลภายหลังจากที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษา ซึ่งมีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นสิ้นสุดลง และมีผลทำให้เหตุแห่งการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นสิ้นสุดลงเช่นกัน ศาลปกครองชั้นต้นจึงไม่ต้องบังคับคดีให้ ศาลปกครองสูงสุดจึงยกคำร้องของผู้ฟ้องคดีนั้น สำหรับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามเรื่องเสรีจที่ 262/2547 นั้น เป็นกรณีที่ได้วินิจฉัยตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2498 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าราชการจังหวัดในการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดมีส่วนได้เสียกับเทศบาลที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่นั้นซึ่งจะมีผลให้พ้นจากตำแหน่งทันทีนับแต่วันที่มิเหตุดังกล่าว โดยมีความเห็นไปถึงแม้ต่อมาสมาชิกสภาเทศบาลจะได้พ้นจากตำแหน่งไปเพราะเหตุใดก็ตาม หากมีผู้ร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดโดยผลของกฎหมายก็ยังคงเป็นหน้าที่ของผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะสั่งสอบสวนและวินิจฉัยว่าผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ 47/2547 และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามเรื่องเสรีจที่ 262/2547 จึงไม่ขัดหรือแย้งกัน

(3) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 47/2547

กรณีที่สมาชิกสภาเทศบาล (ผู้ฟ้องคดี) ฟ้องคดีต่อศาลขอให้ศาลสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดวินิจฉัยให้ผู้บริหารและสมาชิกสภาเทศบาลผู้ซึ่งมีส่วนได้เสียกับเทศบาลพ้นจากการเป็นสมาชิกสภาเทศบาล ต่อมา ในวันที่ 24 เมษายน 2546 ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาให้ผู้ว่าราชการจังหวัด (ผู้ถูกฟ้องคดี) สอบสวนและวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวว่าสิ้นสุดลงหรือไม่ ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา จากนั้นวันที่ 4 มิถุนายน 2546 ผู้ฟ้องคดีได้

ยื่นคำร้องขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าว แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในวันที่ 21 พฤษภาคม 2546 หลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาแล้วนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดได้มีหนังสือพร้อมทั้งหลักฐานใบลาออกจากสมาชิกสภาเทศบาลแจ้งต่อศาลว่า สมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวได้ยื่นหนังสือลาออกจากความเป็นสมาชิกสภาเทศบาลแล้ว เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2546 มีผลทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลง จึงไม่มีเหตุที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องวินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียหรือไม่ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า เหตุแห่งการบังคับคดีเพื่อยุติความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีหมดสิ้นไปศาลไม่จำเป็นต้องกำหนดคำสั่งบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาอีกต่อไป จึงมีคำสั่งยกคำร้องขอบังคับคดีของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ขอให้รับคำขอ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 กำหนดให้สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำ และมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลย่อมสิ้นสุดลงหากสมาชิกสภาเทศบาลกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องจากผู้ฟ้องคดีประสงค์ให้สมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดสมาชิกภาพอันเนื่องมาจากเข้ามามีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญา ตามมาตรา 18 ทวิ ประกอบกับมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) ดังกล่าว เมื่อศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลหรือไม่ ตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น การที่สมาชิกสภาเทศบาลผู้ซึ่งผู้ฟ้องคดีประสงค์ให้พ้นจากตำแหน่งได้ยื่นหนังสือลาออกตั้งแต่วันที่ 14 พฤษภาคม 2546 แม้จะเป็นการยื่นหนังสือลาออกหลังจากที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วก็ตาม แต่ก็มีผลให้สมาชิกภาพของบุคคลดังกล่าวสิ้นสุดลงตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้เหตุแห่งการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นสิ้นสุดลงเช่นกัน เนื่องจากการกำหนดคำสั่งบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลจะไม่ใช่เป็นประโยชน์แก่คดีนี้อีกต่อไป ศาลจึงไม่จำเป็นต้องบังคับคดีตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และแม้จะมีการปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้สมาชิกภาพของบุคคลดังกล่าวสิ้นสุดลงในกรณีนี้ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เหตุต้องห้ามมิให้บุคคลเหล่านั้นใช้สิทธิเข้าสมัครรับเลือกตั้งในคราวต่อไป

(4) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 964/2547

กรณีการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลทำนองเดียวกันนี้ ศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นการลาออกจากราชการจากตำแหน่งของสมาชิกสภาเทศบาลก่อนที่ผู้ว่าราชการจังหวัด จะมีคำวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงแสดงให้เห็นความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยศาลปกครองวินิจฉัยว่า มาตรา 19 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 กำหนดมาตรการบังคับให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงในกรณี ตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (4) (5) หรือ (6) เช่นเดียวกับกรณีการลาออกตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (3) เมื่อพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายที่ศาลใช้ขณะพิจารณาพิพากษาคดีไม่มี บทบัญญัติใดกำหนดให้การพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นเพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นลักษณะต้องห้าม ในการสมัครรับเลือกตั้งหรือกำหนดมาตรการบังคับทางกฎหมายเพิ่มเติมหรือแตกต่างจากมาตรา 19 วรรคหนึ่ง แต่อย่างใด ดังนั้น การที่สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงด้วยเหตุลาออก และด้วยเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น จึงเป็นกรณีการพ้นจากสมาชิกภาพตามที่มาตรการบังคับทางกฎหมายกำหนดไว้ เหมือนกัน ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงไม่อาจสอบสวนและวินิจฉัยให้สมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นพ้นจาก สมาชิกภาพได้อีก ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าสมาชิกสภาเทศบาลที่ถูกสอบสวนได้ยื่นหนังสือขอลาออกต่อ ผู้ถูกฟ้องคดี ย่อมทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวสิ้นสุดลง โดยผลของกฎหมาย แล้วตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 จึงทำให้เหตุแห่งการ ฟ้องคดีอันเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีสอบสวนและวินิจฉัยเรื่องการขาดคุณสมบัติของสมาชิกสภา เทศบาลล่าช้าเกินสมควรเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยให้พ้นจากสมาชิกภาพหมดสิ้นไป ศาลจึงไม่จำเป็นต้อง กำหนดค่าบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แม้จะมีกรณี สงสัยว่าสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496 ก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากการวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีผลทำให้บุคคลดังกล่าว มีลักษณะต้องห้ามไม่ให้สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2546 เพราะสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวพ้นจากสมาชิกภาพด้วยเหตุที่ได้ยื่นหนังสือลาออกต่อ

ผู้ถูกฟ้องคดีเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2546 แล้ว อันเป็นการสิ้นสุดไปก่อนวันที่บทบัญญัติในมาตรา 15 วรรคสอง จะมีผลใช้บังคับ กรณีจึงไม่อาจนำบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสอง มาใช้บังคับกับกรณีของสมาชิกสภาเทศบาลข้างต้นได้

(5) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 615/2547

ในคดีที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด ฟ้องว่าผู้ว่าราชการจังหวัด ไม่สอบสวนและวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดรายหนึ่ง ตามที่ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียน กรณีร้องเรียนว่าในขณะที่ดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด บุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการ ที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นจะกระทำ แต่ผู้ถูกร้องเรียน ได้พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุครบวาระของสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดแล้ว ผู้ว่าราชการพิจารณาแล้ว เห็นว่าเมื่อผู้ถูกร้องเรียนสิ้นสุดสมาชิกภาพแล้ว ตนจึงไม่มีอำนาจสอบสวนและวินิจฉัยอีก ทำให้ต่อมา บุคคลดังกล่าวได้ลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดอีก ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัย ว่า บุคคลที่ถูกร้องเรียนเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดเช่นเดียวกับ ผู้ฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีได้ยื่นหนังสือต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้สอบสวนและวินิจฉัยสมาชิกภาพของ ผู้ถูกร้องเรียน ซึ่งนอกจากจะเป็นการวินิจฉัยสมาชิกภาพของผู้ถูกร้องเรียนตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 แล้ว ยังมีผลเป็นการวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดของผู้ถูกร้องเรียนด้วยตามมาตรา 45 (17) แห่งพระราชบัญญัติ การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ประกอบกับมาตรา 35/1 (3) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ แม้ว่าผู้ถูกร้องเรียนจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้วด้วยเหตุ ครบวาระของสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด แต่เมื่อปรากฏว่ามีเหตุสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของ ผู้ถูกร้องเรียนว่าในช่วงระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดจนถึงวันที่สมัคร รับเลือกตั้งนั้น ผู้ถูกร้องเรียนพ้นจากสมาชิกภาพเพราะได้กระทำการอันต้องห้ามดังกล่าวหรือไม่ แม้จะพ้นจากสมาชิกภาพด้วยเหตุออกตามอายุของสภา ก็ไม่เป็นการตัดอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าราชการ จังหวัดที่จะต้องดำเนินการสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว และผลของการสอบสวนและวินิจฉัยดังกล่าว ยังมีผลต่อการวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด

อีกด้วย ดังนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงมีอำนาจหน้าที่สอบสวนและวินิจฉัยต่อไปได้ตามมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ

เมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้กำกับดูแลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยต่อไปได้ แม้ว่าผู้นั้นจะพ้นจากตำแหน่ง ด้วยเหตุลาออกแล้วก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากการพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุมีส่วนได้เสียนั้น เป็นลักษณะ ต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นในกรณีที่พ้นจากตำแหน่ง ด้วยเหตุดังกล่าวมายังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง

ข้อสังเกต กรณีนี้มีรายงานการวิจัย เรื่อง รูปแบบและวิธีการกำกับดูแลองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นที่เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า โดยอนุชา สุณสวัสดิ์กุล²⁸ มีความเห็นว่า จากคำสั่งของ ศาลปกครองสูงสุดตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 47/2547 และที่ 964/2547 พอสรุปได้ว่า หากมีการ สอบสวนกรณีมีข้อสงสัยว่าสมาชิกสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากขาดคุณสมบัติหรือ มีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ แล้วต่อมาสมาชิกสภาเทศบาลผู้นั้นลาออกเสียก่อนผู้ว่าราชการจังหวัด จะต้องมีคำวินิจฉัยต่อไปหรือไม่ มีกรณีที่ต้องแยกพิจารณา ดังนี้

กรณีที่ 1 หากยื่นหนังสือลาออกก่อนพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ใช้บังคับ คือ วันที่ 23 ธันวาคม 2546 กรณีนี้ผู้ว่าราชการ จังหวัดไม่ต้องสอบสวนและมีคำวินิจฉัยต่อไป เนื่องจากมาตรา 15 วรรคสอง²⁹ แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ซึ่งบัญญัติให้การพ้นจาก ตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นเพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการ ที่กระทำกับเทศบาลเป็นลักษณะต้องห้ามในการสมัครรับเลือกตั้งจะไม่ใช้บังคับกับกรณีนี้ หรือกล่าวอีก นัยหนึ่งก็คือ แม้จะวินิจฉัยว่าพ้นจากตำแหน่งเพราะมีส่วนได้เสียในสัญญา บุคคลดังกล่าวก็ไม่ถูก ตัดสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 (เพราะไม่ใช้บังคับกับกรณีเกิดก่อน 23 ธันวาคม 2546) ดังนั้น ผลจึงไม่แตกต่าง กันว่าจะวินิจฉัยว่ามีส่วนได้เสียในสัญญา หรือไม่วินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า ผู้ว่าราชการ

²⁸รายละเอียดดู อนุชา สุณสวัสดิ์กุล, รายงานการวิจัย เรื่อง รูปแบบและวิธีการกำกับดูแล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, สถาบันพระปกเกล้า, 2548 น. 148 – 149.

²⁹ดูรายละเอียดในหน้า 33.

จังหวัดไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียในสัญญาฯ และพ้นจากตำแหน่งอีกแล้ว เพราะบุคคลดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากลาออกจากสมาชิกสภาเทศบาลไปแล้ว

กรณีที่ 2 หากยื่นหนังสือลาออกในวันที่พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ใช้บังคับ คือ วันที่ 23 ธันวาคม 2546 เป็นต้นมา กรณีนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องสอบสวนและมีคำวินิจฉัยต่อไป เนื่องจากมาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ที่กำหนดให้การพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับเทศบาล เป็นลักษณะต้องห้ามในการสมัครรับเลือกตั้ง จะใช้บังคับกับกรณีนี้ด้วย กล่าวคือ หากวินิจฉัยว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาฯ และพ้นจากตำแหน่ง บุคคลดังกล่าวจะถูกห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 15 วรรคสอง ดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าวินิจฉัยว่าพ้นจากตำแหน่งเพราะมีส่วนได้เสียในสัญญาฯ บุคคลดังกล่าวก็就会被ตัดสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 (เพราะใช้บังคับกับกรณีเกิดตั้งแต่วันที่ 23 ธันวาคม 2546 เป็นต้นมา) ดังนั้น ผลจึงต่างกัน หากวินิจฉัยว่ามีส่วนได้เสียในสัญญาฯ กรณีนี้ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงต้องสอบสวนและวินิจฉัยต่อไปว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียในสัญญาฯ และพ้นจากตำแหน่งหรือไม่ เพราะหากวินิจฉัยว่ามีส่วนได้เสียในสัญญาฯ บุคคลดังกล่าวจะไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546

อนึ่ง อนุชา สุณสวัสดิกุล มีความเห็นต่อไปว่า ผลที่เกิดตามมาก็จะต่างกัน ซึ่งมีความเห็นเป็นสองฝ่ายโดยความเห็นฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า ถ้าบุคคลที่พ้นจากสมาชิกสภาเทศบาลเพราะมีส่วนได้เสียในสัญญาฯ ก่อนวันที่ 23 ธันวาคม 2546 บุคคลดังกล่าวยังคงมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้ ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ตามแนวคำวินิจฉัยของศาล แต่อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า กรณีนี้บุคคลดังกล่าวไม่อาจสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้ เพราะต้องห้ามตามมาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 ซึ่งจะเป็นประเด็นโต้แย้งอย่างแน่นอน ถ้ามีการตัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตามความเห็นที่สอง

ความเห็นที่สองดังกล่าวสอดคล้องกับความเห็นของสมชัย วัฒนการุณ³⁰ ที่ว่าประเด็นนี้ แม้จะมีการยื่นใบลาออกจากการเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นระหว่างการสอบสวนหรืออยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง หรืออยู่ระหว่างการบังคับตามคำพิพากษาก็จำเป็นต้องดำเนินการให้มีการวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้นั้น เพราะนอกจากการต้องพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นแล้ว ยังมีผลถึงการขาดสิทธิที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.237/2550 วินิจฉัยในประเด็นนี้ ผู้ร้องเรียนว่ากล่าวหาว่า ผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรีตำบลสูงเม่นในวาระที่ผ่านมาได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลตำบลสูงเม่นเป็นคู่สัญญา และดำรงตำแหน่งมาจนครบวาระแล้ว ต่อมาได้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีอีกวาระหนึ่งแต่มีผู้ร้องเรียนว่า ขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้าม เนื่องจากมีส่วนได้เสียในวาระที่ผ่านมาจึงไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ต่อมาผู้ว่าราชการจังหวัดได้สอบสวนและวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีมีส่วนได้เสียจริง ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่มีอำนาจสอบสวนและวินิจฉัยเพราะสมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีในวาระที่ผ่านมาสิ้นสุดลงด้วยเหตุถึงคราวออกตามวาระไปแล้ว ไม่สามารถนำการกระทำที่ฝ่าฝืนมาวินิจฉัยในวาระที่ดำรงตำแหน่งในปัจจุบันได้ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้โดยทั่วไปการสอบสวนและวินิจฉัยเมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการสิ้นสุดลงซึ่งสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลพึงเกิดขึ้นในระหว่างที่สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลรายนั้น ยังไม่สิ้นสุดลงก็ตาม แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้มีข้อจำกัดว่าการสอบสวนและวินิจฉัยจะกระทำหลังจากสมาชิกภาพสิ้นสุดลงแล้วมิได้ ในทางตรงกันข้ามหากแปลความว่ามีข้อจำกัดเช่นนั้น ก็จะทำให้มีการหลีกเลี่ยงผลทางกฎหมายของการสิ้นสุดลงของสมาชิกภาพจากกรณีหรือเหตุแต่ละเหตุที่มีผลทางกฎหมายแตกต่างกันเสมอ ทั้งยังเป็นการเปิดช่องให้มีการกระทำอันเป็นเหตุต้องห้ามได้เมื่อใกล้ครบวาระหรือจงใจสร้างเหตุการสิ้นสุดลงของสมาชิกภาพเหตุอื่นขึ้น เพื่อให้สมาชิกภาพของตนสิ้นสุดลงก่อนมีการวินิจฉัย กรณีนี้ เหตุที่จะต้องมีการสอบสวนและวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้ฟ้องคดี

³⁰ดู สมชัย วัฒนการุณ, “ข้อพิพาทการพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาท้องถิ่น”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 5 ฉบับที่ 3, น.44, (กันยายน – ธันวาคม 2548).

มีสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลตำบลสูงเม่นอยู่ตามนัยมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ดังนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงยังคงมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการสอบสวนและวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้ตามนัยมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเห็นว่า ผู้กำกับดูแลยังคงต้องมีคำวินิจฉัยต่อไปเพื่อให้ทราบว่าคุณคนดังกล่าวจะเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งกรณีสืบจากตำแหน่งด้วยเหตุดังกล่าวมายังไม่พ้นห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้งตามมาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แก้ไขใหม่แล้วหรือไม่ แม้ว่าเหตุการณ์จะเกิดขึ้นก่อนมาตรา 15 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 มีผลใช้บังคับก็ตาม เพื่อให้ทราบว่าจะมีลักษณะต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งหรือไม่เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยแต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่น่าจะหมายความว่าหากผู้นั้นดำรงตำแหน่งจนครบวาระมาเป็นเวลานานกว่าห้าปีแล้ว ต่อมาได้รับการเลือกตั้งเข้ามาใหม่ แต่เพียงจะมีข้อกล่าวหาหรือมีกรณีสงสัยว่ามีส่วนได้เสียในขณะที่ดำรงตำแหน่งอยู่โดยอาจมีผู้นำมาร้องเรียนหรือมีเหตุอันควรสงสัยผู้กำกับดูแลน่าจะไม่มีอำนาจจะนำเหตุความมีส่วนได้เสียในอดีตดังกล่าวมาวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงในวาระใหม่นี้ได้

4) การวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงในกรณีอื่น

4.1) กรณีขาดการประชุมสภาติดต่อกันตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

การขาดการประชุมสภาท้องถิ่น ส่วนใหญ่แล้ว กฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในองค์การบริหารส่วนจังหวัด³¹ เทศบาล³² องค์การบริหารส่วนตำบล³³ และเมืองพัทยา³⁴ กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์ประกอบส่วนท้องถิ่นดังกล่าวบัญญัติให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นสิ้นสุดลงเมื่อขาดการประชุมสภาท้องถิ่นสามครั้งติดต่อกันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร จะมีแตกต่างเฉพาะกรณีสมาชิกสภากรุงเทพมหานครเท่านั้น ที่กฎหมายบัญญัติว่า สมาชิกภาพของ

³¹มาตรา 11 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

³²มาตรา 19 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

³³มาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

³⁴มาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

สมาชิกสภากรุงเทพมหานครสิ้นสุดลงด้วยเหตุขาดการประชุมสภากรุงเทพมหานครตลอดสมัยประชุมที่มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวันโดยไม่ได้รับอนุญาตจากประธานสภากรุงเทพมหานคร

การขาดประชุมสภาท้องถิ่น (ยกเว้นกรุงเทพมหานคร)³⁵ ในกรณีนี้จะต้องเป็นการขาดการประชุมสามครั้งติดต่อกัน ซึ่งเป็นประเด็นในทางข้อเท็จจริงที่ผู้กำกับดูแลจะต้องสอบสวนให้ได้ ความว่าขาดการประชุมสามครั้งติดต่อกันจริงหรือไม่ และข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดอีกประการหนึ่งก็คือ เป็นการขาดประชุมโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ดังนั้น หากมีข้อสงสัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้ใดสิ้นสุดลงเพราะสาเหตุดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ผู้กำกับดูแลคือผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอแล้วแต่กรณีสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายอำเภอดังกล่าวให้เป็นที่สุด

4.2) กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล

ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 แล้วว่ากรณีต้องคำพิพากษาของศาลให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้แตกต่างกัน โดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 มาตรา 45 (4) บัญญัติไว้เป็นการทั่วไปว่า “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้มิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (4) ต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล” ส่วนกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้บริหารท้องถิ่นไว้เป็นการเฉพาะว่า “ถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก”³⁶ ยกเว้นเมืองพัทยากำหนดให้ทั้งนายกเมืองพัทยา และสมาชิกสภาเมืองพัทยา ต้องพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล” เช่นเดียวกัน³⁷ ส่วนกรณี

³⁵ มาตรา 23 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

³⁶ ดู มาตรา 36 วรรคหนึ่ง (7) มาตรา 37 วรรคหนึ่ง (7) มาตรา 37/1 (6) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 48 บัญญัติ วรรคหนึ่ง (7) มาตรา 48 โสฬส วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 64 วรรคหนึ่ง (7) และ มาตรา 64/1 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

³⁷ มาตรา 44 ประกอบมาตรา 13 (4) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2542

กรุงเทพมหานคร³⁶ นั้น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครและสมาชิกสภากรุงเทพมหานครพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ “ถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ” โดยมีข้อยกเว้นในมาตรา 16 (4) คือเมื่อดำรงตำแหน่งแล้ว แม้จะต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลก็ไม่ใช่เหตุให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลง จะเห็นได้ว่าการพ้นจากตำแหน่งในกรณีต้องคำพิพากษาของศาลให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล นั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบกับพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 แล้ว เห็นได้ว่า สมาชิกสภาท้องถิ่นจะต้องพ้นจากตำแหน่ง เมื่อต้องคำพิพากษาของศาลให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล โดยกฎหมายมิได้บัญญัติว่าต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด และมีได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีกระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ส่วนผู้บริหารท้องถิ่นนั้น กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไปกำหนดให้ต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก หากเพียงแต่ต้องคำพิพากษาของศาลให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลก็ไม่มีกรณีที่จะเป็นเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งที่ผู้กำกับดูแลจะวินิจฉัยให้ความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงได้ หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดแล้ว เห็นได้ว่ามีความลึกลับกันในการบัญญัติลักษณะต้องห้ามในกรณีนี้ ดังนั้น เพื่อให้เห็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายในกรณีดังกล่าวจึงขอเสนอคำวินิจฉัยลักษณะต้องห้ามเกี่ยวข้องเพื่อประกอบการวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าว ดังนี้

(1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1497/2543

ผู้ร้องยื่นคำร้องว่า ผู้คัดค้านได้รับเลือกตั้งให้เป็นกรรมการสุขาภิบาลบางน้ำเปรี้ยว โดยอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี ต่อมา วันที่ 26 กรกฎาคม 2539 ผู้คัดค้านต้องคำพิพากษาของศาลชั้นต้นให้จำคุกตลอดชีวิตและถูกคุมขังอยู่ตามหมายจำคุกระหว่างอุทธรณ์ เป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 และพ้นจากตำแหน่งกรรมการสุขาภิบาลบางน้ำเปรี้ยวตามพระราชบัญญัติ

³⁶มาตรา 23 วรรคหนึ่ง (6) และมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

สุขาภิบาล พ.ศ. 2495 มาตรา 10 (4) จึงขอให้ผู้มีคำสั่งให้ผู้คัดค้านเป็นผู้ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามสำหรับผู้สมัครรับเลือกตั้งตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล และพ้นจากตำแหน่งกรรมการสุขาภิบาลบางน้ำเปรี้ยว

ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านว่า กรณีที่จะเป็นเหตุให้กรรมการสุขาภิบาลพ้นจากตำแหน่งตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 มาตรา 10 (4) ต้องเป็นกรณีที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเท่านั้น ขอให้ยกคำร้อง ศาลฎีกาคณะคดีปกครองวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้คัดค้านได้รับเลือกตั้งให้เป็นกรรมการสุขาภิบาลบางน้ำเปรี้ยว ระหว่างวาระการดำรงตำแหน่งผู้คัดค้านต้องคำพิพากษาของศาลชั้นต้นให้จำคุกตลอดชีวิต และถูกคุมขังอยู่ตามหมายจำคุกระหว่างอุทธรณ์ ต่อมาผู้คัดค้านได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวระหว่างอุทธรณ์ คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยชั้นฎีกาว่า ผู้คัดค้านพ้นจากตำแหน่งกรรมการสุขาภิบาลบางน้ำเปรี้ยวหรือไม่ พิเคราะห์แล้ว พระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 มาตรา 10 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528 บัญญัติว่า “กรรมการสุขาภิบาลตามความในมาตรา 7 (4) พ้นจากตำแหน่ง (4) เมื่อขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามสำหรับผู้สมัครรับเลือกตั้งที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล” ซึ่งคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามดังกล่าว พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 มาตรา 21 (9) ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2523 บัญญัติถึงการเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งว่า “ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุก และถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งนั้น” เห็นว่ามาตรา 21 (9) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 เป็นบทบัญญัติที่ตัดสิทธิของบุคคล จึงต้องตีความในทางรักษาสีทธิของผู้ต้องถูกตัดสิทธิ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ดังนั้น บุคคลที่ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งนั้น ย่อมหมายถึง บุคคลที่ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถึงที่สุดให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายจำคุกเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว เมื่อคำพิพากษาที่ให้จำคุกผู้คัดค้านของศาลชั้นต้นยังไม่ถึงที่สุด ผู้คัดค้านจึงยังไม่พ้นจากตำแหน่งกรรมการสุขาภิบาลบางน้ำเปรี้ยวตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 มาตรา 10 (4)

กรณีตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นแม้จะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยสมาชิกภาพของกรรมการสุขาภิบาล แต่ก็เป็นหลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 ซึ่งนำมาใช้กับสุขาภิบาลด้วยอนุโลม แม้ต่อมากการปกครองในรูปแบบสุขาภิบาลถูกยกเลิกไปโดย ยกฐานะเป็นเทศบาลตำบลแทนแล้ว และกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลดังกล่าวถูกยกเลิกไปด้วยโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 แต่ก็ยังบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ จึงเห็นได้ว่าตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้นนี้จึงอาจนำมาใช้เทียบเคียงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ได้

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นทางกฎหมายในกรณีนี้ไว้แตกต่างออกไป ดังนี้

(2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 262/2532

กรรมการปกครองหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า ศาลจังหวัดได้มีคำพิพากษาให้จำคุกสมาชิกสภาจังหวัด ฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครอง เป็นเวลา 8 ปี ขณะนี้อยู่ในระหว่างอุทธรณ์ คำพิพากษา และศาลไม่อนุญาตให้ประกันตัวในระหว่างอุทธรณ์ ทำให้เกิดปัญหาว่าสมาชิกภาพแห่งสภาจังหวัดของบุคคลดังกล่าวจะสิ้นสุดเมื่อใด โดยจังหวัดมีความเห็นว่าสมาชิกภาพแห่งสภาจังหวัดจะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากเห็นว่ามาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดฯ หมายความว่าเฉพาะบุคคลที่จะมาสมัครเป็นสมาชิกสภาจังหวัดเท่านั้น ไม่น่าจะมีผลบังคับกับบุคคลที่เป็นสมาชิกสภาจังหวัดแล้ว จึงหารือดังนี้

ประเด็นที่ 1 คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายที่ให้จำคุกบุคคล อันจะทำให้บุคคลดังกล่าวตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดฯ นั้น จะต้องเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายที่ถึงที่สุดแล้ว หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาต่างๆ บัญญัติถึงกรณีที่มีสมาชิกสภานั้น ๆ ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งให้จำคุกเป็น 2 แนวทางคือ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 บัญญัติว่าสมาชิกสภากรุงเทพมหานครซึ่งถูกจำคุกโดยคำพิพากษาจะต้องพ้นจากสมาชิกภาพก็ต่อเมื่อเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเท่านั้น เพราะถ้าเป็นกรณีตกเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามสำหรับผู้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเพราะเหตุต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งให้จำคุก และถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งนั้น กฎหมายมิได้กำหนดให้พ้นสมาชิกภาพ ส่วนตามพระราชบัญญัติเทศบาล

พ.ศ. 2496 สมาชิกสภาเทศบาลซึ่งมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวจะต้องพ้นจากสมาชิกภาพ เพราะกฎหมายมิได้กำหนดว่าต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดดังเช่นกรณีสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร ดังนั้น เมื่อพิจารณากรณีตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 จะเห็นว่าบัญญัติไว้ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติเทศบาลฯ สมาชิกสภาจังหวัดคนใดต้องด้วย ลักษณะต้องห้ามดังกล่าว จะต้องพ้นจากสมาชิกภาพโดยเหตุผลเดียวกัน จึงสรุปได้ว่าคำพิพากษา หรือคำสั่งให้จำคุกบุคคลตามมาตรา 20(8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดฯ ไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายที่ถึงที่สุด

ประเด็นที่ 2 ลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดฯ มีผลใช้บังคับแก่ผู้ที่ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาจังหวัดแล้วด้วยหรือไม่ คณะกรรมการการเลือกตั้งมีความเห็นว่า มาตรา 12 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัดฯ ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าสมาชิกภาพแห่งสมาชิกสภาจังหวัดย่อมสิ้นสุดลงเมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้สอบสวนแล้วและสั่งให้ออกเนื่องจากมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัด ลักษณะต้องห้ามในกรณีดังกล่าวนี้จึงใช้ทั้งในขณะสมัครรับเลือกตั้งและหลังจากได้รับเลือกตั้งแล้ว กล่าวคือ บุคคลใดแม้ในขณะสมัครรับเลือกตั้ง ไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นบุคคลต้องห้ามตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดฯ แต่ต่อมาได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาจังหวัดแล้วปรากฏว่าเป็นบุคคลต้องห้ามดังกล่าว สมาชิกภาพของบุคคลนั้นย่อมสิ้นสุดลง ดังนั้น ความตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดฯ จึงมีผลใช้บังคับแก่บุคคลที่เป็นสมาชิกสภาจังหวัดแล้วด้วย

(3) ความเห็นคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่องเสรีจที่ 417/2537

กรณีที่สมาชิกสภาจังหวัด ถูกศาลพิพากษาจำคุกและถูกคุมขังตามคำพิพากษา แต่ได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวมิได้ถูกคุมขังก่อนที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะได้สอบสวน จึงขอหารือว่าผู้ว่าราชการจังหวัดยังคงมีอำนาจสอบสวนและสั่งให้ออกจากสมาชิกภาพแห่งสมาชิกสภาจังหวัดตามมาตรา 12 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 ได้หรือไม่ และจากความตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัด พุทธศักราช 2482 ที่กำหนดว่าผู้ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งนั้น การคุมขังจะต้องมีอยู่ในขณะที่ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนไปจนกระทั่งผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งให้ออกหรือไม่ คณะกรรมการการเลือกตั้งมีความเห็นว่า มาตรา 12 (4) แห่งพระราชบัญญัติ

ระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัดฯ บัญญัติว่าสมาชิกภาพแห่งสภาจังหวัดต้องสิ้นสุดลง เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้สอบสวนแล้วสั่งให้ออก โดยปรากฏต่อมาว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัด ซึ่งกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดฯ เพราะต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงมีอำนาจสอบสวนและสั่งให้ออกจากสมาชิกภาพแห่งสภาจังหวัดได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่า สมาชิกสภาคนดังกล่าวจะได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวในภายหลังหรือไม่

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าว จะเห็นว่า ศาลฎีกาอ้างถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ซึ่งหลักการเช่นเดียวกันนี้ มีบัญญัติไว้ในมาตรา 39 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ความว่า “ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” ซึ่งเป็นบทบัญญัติเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากตีความหมายบทบัญญัติของกฎหมายดังที่ศาลฎีกาตีความแล้ว บทบัญญัติมาตรา 45 (4) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ เพราะเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายกรณีตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัด พุทธศักราช 2482 ที่สรุปว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งให้จำคุกบุคคลตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายที่ถึงที่สุด โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาต่าง ๆ บัญญัติถึงกรณีที่สมาชิกสภานั้น ๆ ต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งให้จำคุกออกเป็น 2 แนวทาง คือ กรณีที่บัญญัติว่าต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดเช่นกรณีของสภากรุงเทพมหานคร ส่วนกรณีของสภาจังหวัดและสภาเทศบาลกฎหมายมิได้กำหนดว่าต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด ดังนั้น จึงต้องพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุผลเดียวกัน คือไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายที่ถึงที่สุดก็ถือเป็นลักษณะต้องห้ามที่ทำให้พ้นจากสมาชิกภาพ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการตามมาตรา 20 (8) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภา พ.ศ. 2482 เป็นหลักการเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 (4) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้ง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ดังนั้น เจตนารมณ์ของกฎหมาย มาตรา 45 (4) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 น่าจะมีความ ประสงค์มิให้ผู้ที่ต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังโดยหมายของศาลมาสมัครรับเลือกตั้ง โดยเหตุผลที่ว่า เมื่อถูกคุมขังอยู่โดยศาลหมายของศาลแล้ว ย่อมไม่อาจทำหน้าที่สมาชิกสภาท้องถิ่นได้ ดังนั้น โดยเหตุผลของเรื่องจึงต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งและการดำรงคุณสมบัติหรือการไม่มี ลักษณะต้องห้ามทั้งในขณะที่สมัครรับเลือกตั้งและหลังจากได้รับเลือกตั้งแล้ว กล่าวคือ แม้ในขณะที่ สมัครรับเลือกตั้งไม่ปรากฏว่ามีลักษณะเป็นบุคคลต้องห้าม แต่ต่อมาได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภา จังหวัดแล้วปรากฏว่าเป็นบุคคลต้องห้ามดังกล่าว สมาชิกภาพของบุคคลนั้นย่อมสิ้นสุดลง หากกฎหมายไม่ต้องการให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงย่อมกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ ดังเช่น ในมาตรา 16 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 อย่างไรก็ตาม ความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นความเห็นทางกฎหมายที่มีมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2532 และเป็น กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้บังคับจึงอาจไม่มี ปัญหาความไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้บังคับแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว อาจจะไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญดังที่ศาลฎีกา ได้มีคำวินิจฉัยไว้ แต่เมื่อยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 45 (4) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้ง ต่อมาตรา 39 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามมาตรา 6 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้เขียนจึงเห็นว่า การตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงควรตีความให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับได้ และเห็นว่าควรมีการแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 45 (4) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 และบทบัญญัติมาตรา 13 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของผู้บริหารท้องถิ่น ตามกฎหมายว่าด้วยการ จัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพราะทั้งตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่นไม่ควรมี ลักษณะต้องห้ามเกี่ยวกับการถูกจำคุกที่แตกต่างกัน และมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายด้วย

4.3) กรณีอยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง

บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น พ.ศ. 2545 มาตรา 34 (4)³⁹ มาตรา 37 (3)⁴⁰ มาตรา 45 (3)⁴¹ (10)⁴² และ (11)⁴³

การถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลทำให้เสียสิทธิทางการเมือง และมีส่วนร่วมในการปกครองตนเองในระดับท้องถิ่นต้องเสียไปอย่างน้อยในช่วงระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และอาจเป็นเหตุให้ต้องถูกวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงได้

จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายท้องถิ่นบัญญัติให้ศาลสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายได้ นอกจากนั้น เมื่อถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง

³⁹มาตรา 34 (4) บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ในวันเลือกตั้งเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง (4) อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง

⁴⁰มาตรา 37 (3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งผู้ใดไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยมิได้แจ้งเหตุตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 36 วรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นเสียสิทธิ ดังต่อไปนี้ (3) สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

⁴¹มาตรา 45 (3) บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (3) เป็นบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 34 (1) (2) หรือ (4)

⁴²มาตรา 45 (10) อยู่ในระหว่างเสียสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามมาตรา 37 หรือตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๔๑ (ปัจจุบันกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวถูกยกเลิกแล้ว และใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๕๐ แทน)

⁴³มาตรา 45 (11) เคยถูกคณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมายังไม่ถึงหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่ง อันเนื่องมาจากการกระทำโดยไม่สุจริตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับเลือกตั้งหรือได้รับเลือกตั้งมาโดยไม่สุจริต

แล้ว อาจถูกจำกัดมิให้ใช้สิทธิทางการเมือง โดยกำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นมีกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ต่อมา เมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม นอกจากนี้ ยังกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง⁴⁴ ซึ่งย่อมเป็นการ กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองในระบบประชาธิปไตย ทั้งนี้ อาจเป็น นิตินโยบายที่กฎหมายกำหนดเป็นมาตรการในการป้องกันมิให้ผู้ที่จะกระทำความผิดมีโอกาสที่จะเข้ามา กระทำผิดซ้ำอีก

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่มีอำนาจในการวินิจฉัยจำกัดตัดสิทธิ หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองในระบบประชาธิปไตยเช่นนี้ควรเป็นอำนาจของใคร หากพิจารณา จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในมาตราที่ว่าด้วยบทกำหนดโทษจะเห็นได้ว่า นอกจากกฎหมาย ให้อำนาจศาลมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งผู้กระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยกำหนดโทษจำคุก ปรับ จำคุกและปรับหรือทั้งจำทั้งปรับแล้ว กฎหมายยังให้อำนาจศาลสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมีกำหนด สูงถึงสิบปี⁴⁵ ซึ่งนับว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงมาก อย่างไรก็ตามในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง กฎหมายให้อำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งได้ ทั้งก่อนและหลังประกาศผลการเลือกตั้งในกรณีที่ สืบสวนสอบสวนแล้วเห็นว่ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้สมัครผู้ใดกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืน กฎหมายนี้ หรือกระทำการโดยไม่สุจริตเพื่อให้ตนเองได้รับการเลือกตั้ง ทั้งนี้ตามมาตรา 96 และ มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 โดยมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งผู้สมัครเลือกตั้งผู้นั้นเป็นเวลาหนึ่งปี ซึ่งก็นับว่าเป็นมาตรการ ที่หนักหนาและกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

⁴⁴ดู มาตรา 96 มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545

⁴⁵ดูมาตรา 114 มาตรา 118 มาตรา 125 มาตรา 127 มาตรา 133 และมาตรา 134 แห่ง พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545

นอกจากนี้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับอยู่ มีผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ถูกคณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายดังกล่าว ฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่มีคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ฟ้องคดีเป็นระยะเวลาหนึ่งปี โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเลือกตั้งได้ดังเดิม คดีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งออกคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ฟ้องคดีเป็นเวลาหนึ่งปี เป็นการวินิจฉัยที่ขาดข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถือเป็นยุติ⁴⁶ จึงเห็นได้ว่าศาลปกครองไม่รับคำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้พิจารณา โดยเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าว เห็นได้ว่า การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง และอาจไม่อยู่ในอำนาจของศาลใดเลย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจดังกล่าวถือเป็นยุติ⁴⁷

ต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2550 โดยมาตรา 239 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สิ้นสุด

ในกรณีที่ประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่า ควรให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้ใดให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลฎีกาได้รับคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้นั้นจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้จนกว่าศาลฎีกา

⁴⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 955/2547 ที่ 774/2547 และที่ 142/2548 และผู้สนใจโปรดดูคดีปกครองเกี่ยวกับการเลือกตั้ง : ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง, ศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, จัดพิมพ์โดยสำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง, น. 50 – 51 (อัดสำเนา).

⁴⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546

จะมีคำสั่งยกคำร้อง ในกรณีศาลฎีกามีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ในเขตเลือกตั้ง หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้ใด ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาในเขตเลือกตั้งนั้นสิ้นสุดลง

ในกรณีที่บุคคลตามวรรคสองปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้ มิให้นำบุคคลดังกล่าวเข้าในจำนวนรวมของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาแล้วแต่กรณี

ให้นำความในวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสามมาใช้บังคับกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นด้วยโดยอนุโลม โดยการยื่นคำร้องต่อศาลตามวรรคสองให้ยื่นต่อศาลอุทธรณ์และให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด”

เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 219 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา และให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น ทั้งนี้ วิธีพิจารณาและวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกากำหนดโดยต้องใช้ระบบไต่สวนและเป็นไปโดยรวดเร็ว”

จะเห็นได้ว่า อำนาจในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งเป็นอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ในกรณีที่วินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง ส่วนกรณีที่ประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว กรณีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่นเป็นอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งร่วมกับศาลอุทธรณ์

ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจทำให้บทบัญญัติมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ไม่มีผลใช้บังคับเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 239

สำหรับการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุดท้ายนั้น เห็นว่า เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และให้การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นที่สุดท้าย โดยมีได้บัญญัติให้ถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรศาล และโดยที่มาตรา 223 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า อำนาจศาลปกครองไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ดังนั้น

การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 239 วรรคหนึ่ง จึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง และอาจไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลใดเลย อันจะทำให้การกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งพ้นไปจากการตรวจสอบในทางตุลาการ และโดยที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ใช่ศาล เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการ และไม่มีกระบวนการพิจารณาอย่างองค์กรตุลาการ แต่กลับใช้อำนาจอย่างองค์กรตุลาการได้ตามรัฐธรรมนูญ จึงน่าจะมีปัญหาการตีความในอนาคตและผู้เขียนเห็นว่าน่าจะต้องมีองค์กรตุลาการที่ตรวจสอบควบคุมการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ ทั้งนี้ เพราะมาตรา 28 วรรคสอง⁴⁸ และมาตรา 197⁴⁹ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้ศาลมีอำนาจดังกล่าว

กรณีปัญหาการเสียสิทธิต่าง ๆ ในกรณีที่ไม่ไปใช้สิทธิ “เลือกตั้ง” โดยไม่ได้แจ้งเหตุตามมาตรา 35 หรือมาตรา 36 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 จะต้องเสียสิทธิ 6 ประการ ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และวรรคสอง ของมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า “การเสียสิทธิตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดเวลาตั้งแต่วันเลือกตั้งครั้งที่ผู้นั้นไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งจนถึงวันเลือกตั้งครั้งที่ผู้นั้นไปใช้สิทธิเลือกตั้งจนถึงวันเลือกตั้ง ครั้งที่ผู้นั้นไปใช้สิทธิเลือกตั้ง”

คณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 134/2544 มีความเห็นว่า กรณีที่นายอำเภอวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นสิ้นสุดลง เนื่องจากปรากฏว่าผู้นั้นเสียสิทธิสมัครรับเลือกตั้งก่อนวันสมัครรับเลือกตั้ง การที่ผู้นั้นไปใช้สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาในภายหลังเป็นเหตุให้การเสียสิทธิยุติลงเท่านั้น ไม่ได้ทำให้สิทธิการสมัครรับเลือกตั้งที่เสียไปแล้วนั้นกลับมีผลสมบูรณ์ขึ้นมาแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่าหากเป็นกรณีบุคคลทั่วไป (ไม่ใช่ผู้สมัครรับเลือกตั้ง) ที่เสียสิทธิตามกฎหมายไปแล้ว การเสียสิทธิจะยุติลงเมื่อได้มีการเลือกตั้งครั้งใหม่ ในระดับที่สูงกว่า

⁴⁸มาตรา 28 วรรคสอง บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้วให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

⁴⁹มาตรา 197 วรรคหนึ่ง การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

และบุคคลนั้นไปใช้สิทธิเลือกตั้ง กล่าวคือ หากไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น โดยไม่แจ้งเหตุตามที่กฎหมายกำหนด ต่อมา มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในระดับเดียวกัน หรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเป็นการเลือกตั้งในระดับที่สูงกว่า การเสียสิทธิของบุคคลดังกล่าวย่อมยุติลง ก็คือ ได้สิทธิกลับคืนมานั่นเอง แต่หากเป็นการเสียสิทธิในการเลือกตั้งในระดับที่สูงกว่า แม้ต่อมาได้ไปใช้สิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งระดับที่ต่ำกว่าก็ไม่ทำให้การเสียสิทธิในระดับที่สูงกว่านั้นยุติ และเห็นว่าการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่นด้วยกัน ถือว่าเป็นระดับที่เท่ากัน อย่างไรก็ตาม ปัญหานี้อาจจะหมดไปหากมีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 37 ดังกล่าวให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติให้การเสียสิทธิดังกล่าวให้มีกำหนดเวลาตั้งแต่วันเลือกตั้งครั้งที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง จนถึงวันเลือกตั้งครั้งที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งนั้นไปใช้สิทธิเลือกตั้งไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

4.1.3 ปัญหาผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง

ในปัจจุบันระบบกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดให้อำนาจผู้กำกับดูแลซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ กัน เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงหรือไม่ โดยพิจารณาจากตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 3 : เปรียบเทียบอำนาจวินิจฉัย
ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	ตำแหน่งที่อาจถูกวินิจฉัยให้สิ้นสุด	ผู้มีอำนาจวินิจฉัย	ผลของคำวินิจฉัย
กรุงเทพมหานคร (กทม.)	ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร	รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยมติคณะรัฐมนตรี	มีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งหากไม่ยื่นฟ้องให้พ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกคำสั่ง
	สมาชิกสภากรุงเทพมหานคร (ส.ก.)	รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยประธานสภากรุงเทพมหานครเสนอเพื่อสั่ง	มีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งหากไม่ยื่นฟ้องให้พ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกคำสั่ง
เมืองพัทยา	นายกเมืองพัทยา	ผู้ว่าราชการจังหวัดชลบุรี	เป็นที่สิ้นสุด
	รองนายกเมืองพัทยา	ผู้ว่าราชการจังหวัดชลบุรี	เป็นที่สิ้นสุด
	สมาชิกสภาเมืองพัทยา	ผู้ว่าราชการจังหวัดชลบุรี	เป็นที่สิ้นสุด
องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.)	- นายก / รองนายก เลขานุการนายก / ที่ปรึกษานายก องค์การบริหารส่วนจังหวัด	ผู้ว่าราชการจังหวัด	เป็นที่สิ้นสุด

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	ตำแหน่งที่อาจถูกวินิจฉัยให้สิ้นสุด	ผู้มีอำนาจวินิจฉัย	ผลของคำวินิจฉัย
	จังหวัด - สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ส.อบจ.)	ผู้ว่าราชการจังหวัด	เป็นที่สิ้นสุด
เทศบาล (ท.)	- นายก / รองนายก ที่ปรึกษานายก และ เลขานุการ นายกเทศมนตรี	ผู้ว่าราชการจังหวัด	เป็นที่สิ้นสุด
องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.)	- นายก / รองนายก - เลขานุการนายก องค์การบริหารส่วนตำบล - สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล (ส.อบต.)	นายอำเภอ นายอำเภอ	เป็นที่สิ้นสุด เป็นที่สิ้นสุด

จากตารางข้างต้น จะเห็นได้ว่า ผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่มีอำนาจวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารสิ้นสุดลง ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกรณีกรุงเทพมหานคร ผู้ว่าราชการจังหวัดในกรณีของเมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัดและเทศบาลสำหรับองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น นายอำเภอเป็นผู้มีอำนาจดังกล่าว

อำนาจกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นับว่าเป็นอำนาจกำกับดูแลที่เข้มข้นมาก โดยระบบกฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยให้อำนาจสั่งให้สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งเป็นองค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้มาโดยการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน บางกรณีกฎหมายกำหนดให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นองค์กรเดียวใช้อำนาจได้เอง โดยไม่ต้องขอคำปรึกษาหรือมีองค์กรร่วม หรือองค์กรกลุ่มพิจารณาให้ความเห็นก่อนแต่อย่างใด

และนอกจากการใช้อำนาจวินิจฉัยด้วยตัวเองของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งอาจมอบอำนาจการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงได้ด้วย ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับและวินิจฉัยไว้ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.229 – 300/2549 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจกำกับดูแลเทศบาลว่าเป็นอำนาจควบคุมประเภทหนึ่ง ที่ราชการบริหารส่วนกลางใช้ควบคุมราชการบริหารส่วนท้องถิ่นให้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการสอบสวนวินิจฉัยให้สมาชิกสภาเทศบาลพ้นจากสมาชิกภาพได้ ในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาตามมาตรา 18 ทวิ⁵⁰ และมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (6) และวรรคสอง⁵¹ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กรณีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การสอบสวนกรณีมีข้อสงสัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลงดังกล่าว เป็นอำนาจเฉพาะของผู้ว่าราชการจังหวัด หรือไม่ กล่าวคือผู้ว่าราชการจังหวัดจะมอบอำนาจในการสอบสวนและวินิจฉัยให้รองผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนผู้ว่าราชการจังหวัดได้หรือไม่ หากมอบอำนาจได้แล้วปรากฏว่ารองผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจให้ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอสอบสวนข้อเท็จจริงแทนจะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

กรณีนี้มีคดีพิพาทมาสู่ศาลปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตำบลฟ้องว่าถูกสมาชิกสภาเทศบาลฯ ด้วยกันยื่นหนังสือร้องเรียนต่อปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และยื่นต่อผู้ว่าราชการจังหวัด (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เพื่อขอให้สอบสวนและวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีน่าจะมีส่วนได้เสียในสัญญาที่เทศบาลฯ เป็นคู่สัญญา อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ

⁵⁰มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำ

⁵¹มาตรา 19 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลสิ้นสุดลงเมื่อ (6) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 18 ทวิ

มาตรา 19 วรรคสอง เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลงตาม (4) (5) หรือ (6) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด สอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด

แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงเรื่องดังกล่าวเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2545 ขณะเดียวกันรองผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนผู้ว่าราชการจังหวัด (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ซึ่งได้รับเรื่องร้องเรียนดังกล่าวด้วย ได้มีหนังสือมอบอำนาจลงวันที่ 18 ธันวาคม 2545 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สอบสวนข้อเท็จจริงและให้ความเห็นเพื่อเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วินิจฉัยต่อไป แต่เป็นการมอบภายหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงไปแล้ว ต่อมาคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงได้สรุปผลและรายงาน ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้รายงานผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อวินิจฉัยซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาเทศบาล ผู้ฟ้องคดีมีหนังสืออุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งมีคำวินิจฉัยยืนตามความเห็นเดิม และได้รายงานความเห็นพร้อมด้วยเหตุผลให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งรัฐมนตรีฯ วินิจฉัยยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงและการสอบสวนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตลอดจนประกาศการเลือกตั้งของเทศบาล (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการสอบสวนกรณีสงสัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลงเป็นอำนาจเฉพาะของผู้ฟ้องคดีที่ 1 การที่รองผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สอบสวนข้อเท็จจริงเป็นการกระทำโดยผู้ “ไม่มีอำนาจ” ตามกฎหมายเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น และมีได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ว่าราชการจังหวัดจึงอาจมอบอำนาจให้รองผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนได้ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง (9)⁵² แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และดังนั้น การที่รองผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนผู้ว่าราชการจังหวัดมอบอำนาจให้ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอสอบสวนข้อเท็จจริงเป็นการดำเนินการโดยผู้ “มีอำนาจ” ตามกฎหมาย

⁵² มาตรา 38 วรรคหนึ่ง (9) ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมอบอำนาจให้รองผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดจังหวัด หัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด นายอำเภอ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ หรือหัวหน้าส่วนราชการประจำอำเภอ

การที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงและการสอบสวนของปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการสอบสวนและวินิจฉัยเป็นอำนาจเฉพาะของผู้ว่าราชการจังหวัด ไม่อาจมอบอำนาจให้ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอได้ และปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงก่อนได้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือ โดยอ้างว่าได้ประสานทางโทรศัพท์ซึ่งไม่มีกฎหมายใดให้กระทำได้นั้น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามมาตรา 71 วรรคสอง⁵³ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 62 วรรคสาม และมาตรา 65 (4)⁵⁴ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ประกอบกับมาตรา 70⁵⁵ และ

⁵³มาตรา 71 ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลเทศบาลในจังหวัดนั้น ให้ปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมาย ในการนี้ให้มีอำนาจหน้าที่ชี้แจงแนะนำ ตักเตือนเทศบาล และตรวจสอบกิจการ เรียกรายงานและเอกสารหรือสถิติใด ๆ จากเทศบาลมาตรวจ ตลอดจนเรียกสมาชิกสภาเทศบาลหรือพนักงานเทศบาลมาชี้แจงหรือสอบสวนก็ได้

ให้นายอำเภอมีอำนาจหน้าที่ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัดควบคุมดูแลเทศบาลตำบลในอำเภอนั้น ให้ปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมาย ในการนี้ให้มีอำนาจหน้าที่ชี้แจงแนะนำ ตักเตือนเทศบาลตำบล และตรวจสอบกิจการ เรียกรายงานและเอกสารหรือสถิติใด ๆ จากเทศบาลมาตรวจ ตลอดจนเรียกสมาชิกสภาเทศบาลหรือพนักงานเทศบาลมาชี้แจงหรือสอบสวนก็ได้

⁵⁴มาตรา 62 วรรคสาม บรรดาอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับราชการของกรมการอำเภอ หรือนายอำเภอ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้กรมการอำเภอและนายอำเภอมีอยู่ ให้โอนไปเป็นอำนาจและหน้าที่ของนายอำเภอ

มาตรา 65 นายอำเภอมีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้

๑๗๑

๑๗๑

(4) ควบคุมดูแลการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นในอำเภอตามกฎหมาย

⁵⁵มาตรา 70 พนักงานปกครองกิ่งอำเภอ จะมีกรมการอำเภอรองแต่นายอำเภอตำแหน่งใด อยู่ประจำการและจะมีเสมียนพนักงานอยู่ประจำทำการที่กิ่งอำเภอเท่าใด ทั้งนี้ แล้วแต่จะสมควร แก่ราชการ แต่ผู้ที่เป็นใหญ่อยู่ประจำทำการที่กิ่งอำเภอต้องอยู่ในบังคับนายอำเภอและทำการในหน้าที่ ในเวลาที่นายอำเภอมิได้มาอยู่ที่กิ่งอำเภอเหมือนเป็นผู้แทนนายอำเภอจะนั้น

มาตรา 132⁵⁶ แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 กำหนดให้ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) มีอำนาจหน้าที่ช่วยผู้ว่าราชการจังหวัด ควบคุมดูแลเทศบาลในกิ่งอำเภอนั้นให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมาย มีอำนาจหน้าที่ ชี้แจง แนะนำตักเตือน ตรวจสอบ เรียกรายงานและเอกสารใด ๆ มาตรวจ ตลอดจนเรียกสมาชิกสภาเทศบาล หรือพนักงานเทศบาล มาชี้แจงหรือสอบสวนก็ได้ ประกอบกับปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ ก็ได้รับหนังสือร้องเรียนจากสมาชิกสภาเทศบาลตำบลด้วยเช่นกัน จึงมีอำนาจในการสอบสวนข้อเท็จจริง แม้จะยังมีได้รับมอบอำนาจจากผู้ว่าราชการจังหวัดก็ตาม และการดำเนินการของปลัดอำเภอ ผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอเป็นเพียงการสอบสวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อเสนอต่อผู้ว่าราชการ จังหวัดให้มีคำวินิจฉัยหรือมีคำสั่งต่อไปเท่านั้น โดยมีได้เป็นผู้วินิจฉัยหรือมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจาก สมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลแต่อย่างใด ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีจึงมีอาจรับฟังได้ พิพากษายืน ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ให้ยกฟ้อง

จะเห็นได้ว่า ในคดีนี้ศาลปกครองยอมรับระบบการมอบอำนาจตามกฎหมายทั่วไป เพื่อเป็นการทำให้ระบบการบริหารงานภาครัฐดำเนินการไปได้โดยต่อเนื่อง โดยต้องดำเนินการตาม รูปแบบการมอบอำนาจให้ถูกต้องด้วย อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า หากการใช้อำนาจของ ปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอตามคำพิพากษาดังกล่าว มิได้มีกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 รองรับไว้ และหากมีการมอบอำนาจ ต่อไป โดยมีได้คำนึงถึงคุณสมบัติและความเหมาะสมของผู้ดำรงตำแหน่งที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัย สมาชิกภาพหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่น ก็อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการมอบอำนาจ ดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจต่อไปของผู้ว่าราชการจังหวัดตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ แผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 884/2542 (ป) วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน

⁵⁶มาตรา 132 หน้าที่ของกรรมการอำเภอนอกจากที่กล่าวไว้ในพระราชบัญญัติลักษณะ ปกครองท้องที่นี้ ยังต้องนำความซึ่งกำหนดไว้ในพระราชกำหนดกฎหมายอย่างอื่น ๆ อันกำหนดไว้ว่า เป็นหน้าที่ของกรรมการอำเภอ แม้พระราชกำหนดกฎหมายใดมิได้ระบุไว้ในพระราชกำหนดกฎหมาย นั้น ๆ ว่าเป็นหน้าที่ของผู้ใดก็ให้พึงเข้าใจว่าเป็นหน้าที่ของกรรมการอำเภอที่จะรักษาการให้เป็นไปตาม พระราชบัญญัตินั้น ๆ

ผู้เขียนเห็นว่า ในระบบการกำกับดูแลตัวบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้ง ควรกำหนดเรื่องการมอบอำนาจและกระบวนการขั้นตอนในการวินิจฉัยไว้ให้ชัดเจนไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ ในพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ให้ชัดเจนว่า ผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายจะมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดได้บ้างเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ องค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดียิ่งขึ้นในระบบการควบคุมภายในของฝ่ายปกครองเอง

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น ความเป็นไปได้หรือไม่ว่า การให้ศาลปกครองมีอำนาจวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นว่าสิ้นสุดหรือไม่แทนผู้กำกับดูแลแม้ว่าจะต้องใช้ระยะเวลาในการพัฒนาระบบกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับอำนาจการกำกับดูแลต่อไปอีกระยะหนึ่ง ให้เหมาะสมกับสภาพการทำงานของ ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวและการป้องกันการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อประโยชน์ของท้องถิ่น ในระยะสั้นนี้อาจต้องให้ผู้กำกับดูแลมีอำนาจดังกล่าวอยู่ก่อน หากในอนาคตระบบการตรวจสอบทางการเงินการคลัง และการป้องกันปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบ มีความเข้มแข็งและควบคุมการกระทำที่มีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือการทุจริตคอร์รัปชันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วถึงมากขึ้นแล้ว การใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลที่มาจากการเลือกตั้ง โดยผู้กำกับดูแลสั่งให้ออกจากตำแหน่งได้เช่นนี้คงผ่อนคลายลง ในปัจจุบันโดยระบบกฎหมายที่เป็นอยู่นี้หลักประกันความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของผู้กำกับดูแลก็มีอยู่ในระดับหนึ่ง คือ ระบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครองตามกระบวนการปฏิบัติราชการที่มีมาตรฐานตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการควบคุมภายนอกโดยองค์กรศาลที่กำหนดให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจนำมาฟ้องต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวและเรียกค่าสินไหมทดแทนค่าเสียหายตามกฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์อื่น ๆ ประกอบด้วย กล่าวคือ วิธีพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่ามีความรวดเร็วทันต่อสถานการณ์หรือไม่ควรมีมาตรฐานกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีหรือไม่ เพื่อบรรเทาความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ในอนาคต หรือควรมีระบบกฎหมายที่ชัดเจนครบวงจรในการพิจารณาคดีท้องถิ่นเพราะเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษ

เกี่ยวข้องกับระบบของการกระจายอำนาจการปกครอง การมีส่วนร่วมของประชาชน การเลือกตั้ง และการจัดทำบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งผู้เขียนจะได้อภิปรายและวิเคราะห์ต่อไปข้างหน้า

4.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำที่เป็นเหตุให้ถูกวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลง

ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำที่เป็นเหตุให้ถูกวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลง นอกเหนือจากได้กล่าวไว้แล้ว ในหัวข้อที่เกี่ยวกับการมีลักษณะต้องห้ามและการกระทำอันต้องห้ามที่เป็นลักษณะที่อาจทำให้ถูกวินิจฉัยให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลง จะเห็นได้ว่า จะต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำเป็นการเฉพาะกรณีเนื่องจากกฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่ไม่แน่นอนตายตัว จึงอาศัยการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่หรือผู้มีอำนาจกำกับดูแลว่าลักษณะของการกระทำดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่เข้าเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ เช่น การยิงปืนขึ้นฟ้าในที่สาธารณะการเล่นการพนันในงานศพ การมีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับยาเสพติด หรือการเป็นเจ้าของมือสลากกินรวบ จะถือว่าเป็นพฤติกรรมเสื่อมเสียทางศีลธรรมหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับทำให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ในสัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นคู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะกระทำ ก็มีปัญหาว່ว่าอย่างไร จึงถือเป็นการมีส่วนร่วมได้เสีย

ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องนี้เป็นประเด็นที่โดยสภาพยากจะบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอน และครอบคลุมการกระทำได้ในทุกกรณีถึงลักษณะของการกระทำได้ว่าอย่างไร เป็นเรื่องเสื่อมเสียทางศีลธรรมอย่างไรเป็นพฤติกรรมในทางทุจริต หรืออย่างไรเป็นการกระทำที่มีส่วนได้เสียคงต้องคำนึงถึงสถานการณ์และความเปลี่ยนแปลง ตลอดจนสภาพการณ์ทางสังคม ประกอบกันในแต่ละช่วงเวลาในการมีคำวินิจฉัย จึงต้องปล่อยให้เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่จะใช้อำนาจดุลพินิจในกรอบของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนรอบด้าน เพื่อวินิจฉัยให้เหมาะสมกับสภาพของเรื่องเป็นรายกรณีไป ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้ว่า เป็นการใช้อำนาจโดยชอบหรือไม่ หากเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ซึ่งถือเป็นการตรวจสอบ

ควบคุมโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครองที่เป็นหลักประกันความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองข้างต้นได้

4.1.5 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอน และวิธีการในการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัย

การวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงนั้น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเกือบทุกประเภท (ยกเว้นกรุงเทพมหานคร) กำหนดให้ ผู้มีอำนาจกำกับดูแล "สอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็วคำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลให้เป็นที่สุด" โดยมีได้กำหนดกระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการในการสอบสวนไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง และระยะเวลาในการออกคำวินิจฉัยที่กำหนดว่า "โดยเร็ว" นั้น ก็ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนว่าภายในกี่วัน กี่เดือน ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยลำดับต่อไป

สำหรับกรณีกรุงเทพมหานครนั้น กฎหมายมิได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นที่สุดแต่ให้ผู้ถูกสั่งให้พ้นจากตำแหน่งมีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาลได้

4.1.5.1 กรณีกฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการพิจารณาออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัยไว้ดังที่กล่าวไว้ในตอนต้นแล้วว่า กฎหมายเพียงกำหนดให้ผู้มีอำนาจกำกับดูแลสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็วเท่านั้น อันถือเป็นหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดไว้กว้าง ๆ เป็นกรอบในการวินิจฉัยว่าจะต้องมีการสอบสวนเสียก่อนและจะต้องกระทำโดยไม่ล่าช้า และมีได้กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จเอาไว้ด้วยเช่นกัน การสอบสวนและวินิจฉัยของผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลดังกล่าว มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของศาลหรือการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการสอบสวนและวินิจฉัย ดังนี้

(1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.212/2548

ผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งดำรงตำแหน่งคณะกรรมการบริหารด้วย ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของนายอำเภอที่ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลง กรณีมีผู้ร้องเรียนว่าในฐานะเป็นคณะกรรมการบริหารปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ นายอำเภอจึงแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของสมาชิกสภาองค์การ

บริหารส่วนตำบลขึ้นมาสอบสวน ซึ่งคณะกรรมการมีความเห็นว่ากระทำผิดระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบลฯ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายและเป็นผู้มี พฤติกรรมในทางทุจริตหรือเสื่อมเสียทางศีลธรรม โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคณะกรรมการดังกล่าวได้ ดำเนินการสอบสวนเฉพาะฝ่ายผู้ร้องเรียนโดยไม่มีการสอบสวนผู้ฟ้องคดี แล้วรายงานต่อนายอำเภอว่า ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้ามของการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหาร ส่วนตำบล นายอำเภอพิจารณาแล้วเห็นชอบและออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่ง ผู้ฟ้องคดี จึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่นายอำเภอออกคำสั่งให้สมาชิกภาพ ของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลง โดยนำข้อเท็จจริงที่ได้จากการตรวจสอบ ของคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล มาเป็นเหตุในการ ออกคำสั่งดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติไม่ได้ให้โอกาสแก่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริง อย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน จึงเป็นการไม่ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กระบวนการออกคำสั่งจึงไม่เป็นไปตาม ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

นอกจากคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด หลายเรื่อง que เห็นว่าการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นสิ้นสุดลง โดยไม่ให้โอกาสคู่กรณี มีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.44/2549 ที่ อ.66/2549 และที่ อ.93/2548 และโปรดเทียบ อ.381/2550 เป็นต้น

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” มีบัญญัติไว้ใน (1)⁵⁷ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁵⁷ ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๓๐ วรรคสอง (๖) ข้อ (๑) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน การสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

กำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)⁵⁸ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ มิได้บังคับเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน สำหรับความหมายของการให้พ้นจากตำแหน่งจะมีความหมายกว้างแคบเพียงใดนั้น ศาลปกครองได้อธิบายไว้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งให้กรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพ้นจากตำแหน่ง โดยที่คดีนี้ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า⁵⁹ กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งออกคำสั่งให้กรรมการการเลือกตั้งพ้นจากตำแหน่ง ถือว่าเป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและคำสั่งให้กรรมการการเลือกตั้งพ้นจากตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และไม่มีกรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ที่มีผลทำให้คณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวไม่ต้องให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน นอกจากนี้ คำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าว เป็นคำสั่งที่ทำให้กรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดมิใช่ การพ้นจากตำแหน่งไปสู่ตำแหน่งอื่นอย่างข้าราชการประจำ ดังนั้น คำสั่งดังกล่าว จึงมิใช่คำสั่งที่เข้าข้อยกเว้นไม่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ได้ให้กรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนแล้ว จึงเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่อมาคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ผู้ถูกฟ้องคดี) อุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว และศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กฎกระทรวงดังกล่าวเป็นการผ่อนคลายภาระที่จะต้อง

⁵⁸มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจจะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁵⁹คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1234/2547

ปฏิบัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่เห็นว่าไม่จำเป็นหรือไม่สมควรต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ แล้ว จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีทั้งสิ้น แต่ต้องพิจารณาในทางกลับกันด้วยว่าถ้าจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ในกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงดังกล่าวแล้ว จะส่งผลกระทบต่อการทำงานของเจ้าหน้าที่มากเกินไปหรือไม่ หรือเป็นกรณีที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้น การตีความกฎกระทรวงดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงถ้อยคำที่ปรากฏโดยมีอาจจำกัด หรือขยายความให้เกิดประโยชน์ไปจากวัตถุประสงค์ในการออกกฎกระทรวงนี้ได้ คำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” นั้น ตามความเข้าใจโดยทั่วไปย่อมหมายถึงการให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งออกจากตำแหน่งนั้นไป โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าผู้ซึ่งได้ออกจากตำแหน่งนั้นไปแล้ว จะเข้าดำรงตำแหน่งอื่นต่อไปอีกหรือไม่ จึงเห็นว่า คำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตาม (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ มิได้มีความหมายจำกัด ดังที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัย แต่คำดังกล่าวมีความหมายสามัญ ซึ่งหมายความรวมถึงกรณีของผู้ฟ้องคดีที่พ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดโดยผลของคำสั่งพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีด้วย ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน จึงไม่อาจถือเป็นเหตุให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.250/2549 และต่อมาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.190/2550 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดดังกล่าวอาจนำมาเทียบเคียงกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่น เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติถ้อยคำที่เกี่ยวข้องกับ “การพ้นจากตำแหน่ง” ไว้หลายแห่ง⁶⁰ และเป็นถ้อยคำที่น่าจะมีความหมายเหมือนกับคำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตามถ้อยคำในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ ดังกล่าว ดังนั้น หากพิจารณาตาม

⁶⁰ ฎมาตรา 36 (6) มาตรา 55 วรรคห้า และมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 64 (6) มาตรา 87/1 วรรคห้า และมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

ความหมายที่ศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าววินิจฉัยไว้แล้ว การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย สั่งให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาล “พ้นจากตำแหน่ง” ตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 หรือกรณีสั่งให้นายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 62 ตรี วรคห้ำ หรือกรณีนายกเทศมนตรีมีคำสั่งให้รองนายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 48 โสฬส (2) ซึ่งการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งในกรณีดังกล่าว ย่อมถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่จะถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ต้องให้โอกาสคู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ ด้วยหรือไม่นั้น หากพิจารณาเทียบเคียงเหตุผลของศาลปกครองสูงสุดตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.250/2549 และที่ อ.190/2550 แล้วจะเห็นได้ว่าคำสั่งให้สมาชิกสภาเทศบาลหรือฝ่ายบริหารของเทศบาลพ้นจากตำแหน่งก็ไม่ต้องให้โอกาสคู่กรณีมีสิทธิโต้แย้ง เพราะกฎหมายเขียนไว้ชัดเจนว่า สั่งให้ “พ้นจากตำแหน่ง” เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการสั่งให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น “สิ้นสุดลง” (ซึ่งน่าจะมีผลเป็นการให้พ้นจากตำแหน่งเหมือนกัน) ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยหลายเรื่องที่ศาลเห็นว่าการมีคำสั่งให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นสิ้นสุดลงอันเป็นการพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวโดยไม่ให้โอกาสคู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.44/2549 ที่ อ.66/2549 ที่ อ.212/2548 ที่ อ.93/2548 และโปรดดูเทียบ อ.381/2550 เป็นต้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตีความบทบัญญัติ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง การตีความกฎหมายในระบบ Civil Law ที่ต้องพิจารณาจากบทแห่งกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบกัน ซึ่งนักกฎหมายมหาชนมีบทบาทสำคัญทั้งการออกแบบกฎหมายเพื่อจัดองค์กรและกระบวนการในการใช้อำนาจ ตลอดจนการควบคุมการใช้อำนาจ โดยผู้พิพากษาตุลาการที่เป็นผู้ใช้บังคับกฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่กำหนดทั้งหลักการและข้อยกเว้นไว้ อาจมีช่องว่างปรากฏขึ้นได้ จึงต้องมีการตีความเพื่ออุดช่องว่างที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นธรรม โดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ยึดถือประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลักและหากมีความเสียหายเกิดขึ้นย่อมต้องมีการชดเชยให้ตามความเป็นธรรม ดังนั้น ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักแล้วการออก

คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีซึ่งจะต้องให้คู่กรณีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการสั่งให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งได้มาโดยการเลือกตั้งของประชาชนและดำรงตำแหน่งตามวาระต้องพ้นจากตำแหน่งไปโดยไม่ให้มีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน โดยอ้างข้อยกเว้นตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าว เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่โดยละเอียดหลักการรับฟังคู่กรณี (audi alteram partem) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายมหาชน หรือให้ความสำคัญกับข้อยกเว้นมากกว่า อาจทำให้ประโยชน์ของรัฐ และสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสียหาย

สำหรับกระบวนการการสอบสวน⁶¹ นอกจากจะต้องให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนแล้ว ในการสอบสวนดังกล่าวผู้กำกับดูแลจะต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหาให้สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้นทราบ ว่า ถูกกล่าวหาหรือร้องเรียนเรื่องใด ได้กระทำการใด จนเป็นเหตุให้ต้องพิจารณาว่าสมาชิกภาพได้สิ้นสุดลงหรือไม่ หรือเป็นผู้ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามในประเด็นใด เพื่อเปิดโอกาสให้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานหักล้างข้อกล่าวหาอันนั้นได้ โดยผู้กำกับดูแลจะดำเนินการสอบสวนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นหรือคณะกรรมการดำเนินการสอบสวนแทนก็ได้⁶² และแม้จะมีการสอบสวนแจ้งข้อกล่าวหาให้สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้นั้นทราบแล้ว แต่ยังไม่ทันจะได้วินิจฉัยสมาชิกภาพ สมาชิกสภาท้องถิ่นผู้นั้นได้ซึ่งลาออกเสียก่อนแล้วกลับมาสมัครรับเลือกตั้งใหม่และได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นใหม่อีกครั้งหนึ่ง ต่อมาเมื่อผู้ร้องเรียนผู้นั้นในประเด็นเดิมคณะกรรมการสอบสวนให้สมาชิกสภาท้องถิ่นชี้แจงข้อเท็จจริงตามที่ถูกล่ามคอแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการสอบสวนใหม่อีก⁶³

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การสอบสวนไม่ต้องนำมาตรา 28 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ในกรณีที่นายอำเภอใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 วินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลง ดังนี้ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ว่า “วิธีปฏิบัติ

⁶¹ สมชัย วัฒนการุณ, “ข้อพิพาทจากการพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาท้องถิ่น”, วารสารสำนักงานศาลปกครอง, ปีที่ 5 ฉบับที่ 3, (กันยายน – ธันวาคม 2548), น. 57 – 58.

⁶² เฟิงอ้าง.

⁶³ เฟิงอ้าง.

ราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้” ซึ่งในกรณีนี้ได้มีกฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับเรื่องการพิจารณาการสิ้นสุดของสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไว้ โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมให้กับผู้ฟ้องคดี อีกทั้งมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ มาตรา 47 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ว่า เมื่อมีกรณีสงสัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ใดสิ้นสุดลงตาม (4) (5) (6) หรือ (7) ให้นายอำเภอสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของนายอำเภอให้เป็นที่ที่สุด การปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 28 และมาตรา 30 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อุทธรณ์⁶⁴

อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏว่า มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 44/2549 วินิจฉัยยืนยันหลักการรับฟังคู่กรณีไว้ในคดีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นประธานกรรมการบริหาร ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งนายอำเภอที่วินิจฉัยให้สมาชิกภาพของตนสิ้นสุดลงด้วยเหตุเป็นผู้มีพฤติกรรมในทางทุจริต เนื่องจากคณะกรรมการสอบสวนไม่เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งโดยไม่ได้เรียกผู้ฟ้องคดีไปให้ถ้อยคำแต่อย่างใด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยของนายอำเภอตามมาตรา 47 ตรี วรรคหนึ่งโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 47 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบลฯ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของสมาชิกผู้นั้น เนื่องจากเป็นคำสั่งที่ทำให้ความเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลง จึงเป็นคำสั่งทางปกครองและโดยที่พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดวิธีปฏิบัติในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ การสอบสวนและมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลดังกล่าวจึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 27 วรรคหนึ่ง และมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กล่าวคือ จะต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการสอบสวนและวินิจฉัยให้สมาชิกสภาองค์การบริหาร

⁶⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2548

ส่วนตำบลผู้นั้นทราบตามความจำเป็นแก่กรณี และจะต้องให้สมาชิกสภาผู้นั้นทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน และกรณีไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ประกอบกับ (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และกฎหมายดังกล่าว มีเจตนารมณ์ยกเว้นเฉพาะคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือสมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่คำว่า การให้พ้นจากตำแหน่งตามความใน (1) ของกฎกระทรวงดังกล่าว จึงน่าจะหมายถึงการให้พ้นจากตำแหน่งหนึ่งเพื่อไปดำรงตำแหน่งอื่น ไม่อาจหมายถึงการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลด้วย เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีผลทำให้ความเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดซึ่งโดยสภาพสามารถแจ้งหรือสมควรจะต้องแจ้งให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลผู้นั้นได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งก่อนทำคำสั่งทางปกครอง

ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยที่ 44/2549 เนื่องจากการสอบสวนนั้นควรต้องมีกระบวนการที่ประกันความเป็นธรรมที่ได้มาตรฐาน แม้ว่าในกฎหมายเฉพาะจะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการไว้โดยเฉพาะก็ตาม ทั้งนี้ เพราะกระบวนการขั้นตอนก็เป็นส่วนหนึ่งในหลักประกันความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และศาล ดังนั้น เมื่อกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้จึงต้องปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

4.1.5.2 กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุด

คำว่า “เป็นที่สุด”ของคำวินิจฉัยของผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลมีความหมายเพียงใดนั้น ศาลปกครองได้วินิจฉัยในคดีพิพาทกรณีที่น่าายอำเภอมีคำสั่งให้สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลพ้นจากสมาชิกภาพ ว่า เมื่อมาตรา 47 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 บัญญัติให้คำวินิจฉัยของนายอำเภอให้เป็นที่สุดผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งของนายอำเภอก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง⁶⁵ นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดยังมีคำวินิจฉัยอีกว่า การที่กฎหมายกำหนดให้คำสั่งของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดนั้นจึงไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวในทางปกครองอีกหากผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้เห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถนำคดี

⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 487/2547

มาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ทันที ทั้งนี้ ตามมาตรา 42 ประกอบ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง กล่าวคือ ฟ้องต่อศาลได้ภายใน 90 วันนับแต่วันรู้ หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีโดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งเสียก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง แต่อย่างไรได้⁶⁶

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายนั้น ส่งผลในทางกฎหมาย 2 ประการ คือ

(1) ความเป็นที่สุดท้ายนั้นส่งผลให้ฝ่ายปกครองไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการอย่างไรต่อไปอีกแล้ว คู่กรณีไม่อาจเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างไรได้อีก เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้เป็นที่สุดท้ายแต่เพียงเท่านั้น

(2) ส่งผลเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนหรือเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าว แม้ว่าจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่โดยหลักแล้วจะต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาในฝ่ายปกครอง โดยต้องอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองเสียก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลก็ตาม แต่ในกรณีถือเป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้เป็นที่สุดท้ายโดยไม่ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง⁶⁷ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มีปัญหาว่าการกำหนดให้คำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลเป็นที่สุดท้ายนั้น จะถือว่าเป็นการจำกัดโอกาสที่จะได้มีการทบทวนในฝ่ายปกครองเสียก่อนเพื่อให้ได้มีโอกาสในการแก้ไขเยียวยาในฝ่ายปกครองก่อนหรือไม่

⁶⁶คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 286/2546

⁶⁷มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้ง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดให้เป็นที่สุดเช่นนี้ แม้ว่าอาจเป็นการตัดโอกาสในการที่ คู่กรณีจะได้รับการเยียวยาเบื้องต้นภายในฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ไม่ได้ตัดสิทธิในการฟ้องคดี ต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยรับรองสิทธิในการฟ้องคดี โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อน ฟ้องคดีไว้แล้ว นอกจากนี้ ยังเป็นการแก้ปัญหาระยะเวลาในการจัดการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง เนื่องจากผู้กำกับดูแลวินิจฉัยให้สถานภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่น สิ้นสุดลง ย่อมถือเป็นกรณีที่สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุอื่นใด นอกจากครบวาระ ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งจะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ พ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุดังกล่าว เว้นแต่กรณีการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่น หากมีวาระการดำรงตำแหน่งเหลืออยู่ไม่ถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวัน⁶⁸ อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมาย กำหนดให้คำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลเป็นที่สุดนั้น จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยทั้งระบบแล้ว พบว่ามีการบัญญัติไว้ไม่สม่ำเสมอ กล่าวคือ กรณีที่ กฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็น ผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง และถือว่าเป็นที่สุด นั้น ได้แก่ กรณีขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้าม หรือกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย⁶⁹ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้กำกับ ดูแลสั่งผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งในกรณีฝ่าฝืนไม่เสนอร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายต่อ สภาภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 55 วรรคห้า กรณีนายกองค์การบริหารส่วน จังหวัดนั้น เป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดหรือที่องค์การบริหาร ส่วนจังหวัดนั้นจะกระทำตามมาตรา 44/3 (3) ประกอบมาตรา 36 (6) และมาตรา 36 วรรคสอง แห่ง

⁶⁸มาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหาร ท้องถิ่น พ.ศ. 2545

⁶⁹ดู มาตรา 11 มาตรา 36 วรรคสอง มาตรา 44/3 (1) (2) มาตรา 77 และมาตรา 79 แห่ง พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 19 มาตรา 48 ปีญจทศ (4) (5) มาตรา 48 โสฬส และมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 47 ตรี มาตรา 64 มาตรา 64/1 และมาตรา 64/2 (3) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 19 มาตรา 50 มาตรา 51 วรรคสอง และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 กลับมิได้บัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้าย นอกจากนี้ กรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งให้ยุบสภา องค์การบริหารส่วนจังหวัดตามมาตรา 51/1 และมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กฎหมายก็มีได้กำหนดให้เป็นที่สุดท้ายเช่นกัน⁷⁰

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลเป็นที่สุดท้าย หรือไม่เป็นที่สุดท้ายนั้น มีผลต่อผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งคำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั้นแตกต่างกัน ทั้งในกรณีโอกาสในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าว ต่อศาลปกครอง เพราะเมื่อกฎหมายกำหนดให้เป็นที่สุดท้าย ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งคำสั่งดังกล่าว ย่อมไม่อาจอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อไปได้ แต่อาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดีที่จะต้องเยียวยาภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนในทางตรงข้ามกรณีที่ถูกกฎหมายมิได้กำหนดให้คำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าวให้เป็นที่สุดท้าย ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งคำสั่งดังกล่าวย่อมมีโอกาสเปิดกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ทางปกครองแล้วแต่กรณี และหากไม่พอใจผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ ย่อมนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ เพราะได้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาแล้ว แต่หากไม่อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนย่อมไม่อาจนำคดีมาสู่ศาลได้ เนื่องจากไม่เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งทำให้เกิดความคลั่งในการปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายเพราะเป็นกรณีที่ผู้กำกับดูแลใช้อำนาจในการวินิจฉัยสั่งการเหมือนกัน แต่ผลทางกฎหมายแตกต่างกัน จึงควรที่จะได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวให้เหมือนกันโดยการกำหนดให้คำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลเป็นที่สุดท้าย โดยให้องค์กรตุลาการคือ ศาลปกครองเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยดังกล่าว โดยกำหนดวิธีพิจารณาคดีท้องถิ่นในลักษณะนี้ให้รวดเร็วต่อเนื่องเพื่อสอดคล้องกับการดำรงตำแหน่งตามวาระของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น

⁷⁰มาตรา 62 ตีรี้ วรรคห้า มาตรา 62 จัตวา และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 53 วรรคสาม มาตรา 87/1 มาตรา 87/2 และมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 21 มาตรา 76 และมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ โปรดดูกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีผู้กำกับดูแลเป็นที่สุดท้ายในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 24 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และ มาตรา 53 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 เป็นต้น

สำหรับปัญหาว่าการกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรศาลเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยไม่เข้าไปตรวจสอบความเหมาะสมด้วย จะทำให้มีปัญหาเกี่ยวโอกาสในการตรวจสอบความเหมาะสมที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้ในการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกว้างกว่าอำนาจการตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของศาลเท่านั้นหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว บัญญัติว่า “ในการพิจารณาอุทธรณ์ให้เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาบททวนคำสั่งทางปกครองได้ ไม่ว่าจะปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม หรือมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง หรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้”

ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดให้ฟ้องศาลได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ก่อนนั้น มิได้ทำให้โอกาสในการที่จะได้รับความเป็นธรรมของคู่กรณีลดน้อยลงไป เพราะเหตุว่าฝ่ายปกครอง จะไม่สามารถพิจารณาบททวนในเรื่องความเหมาะสมได้ตามบทบัญญัติมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากการที่กฎหมายให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนกลางที่ใช้ อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมจะต้องตีความว่าเป็นการกำกับดูแลได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจกำกับดูแลความเหมาะสมในการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย ดังนั้น การตีความบทบัญญัติมาตรา 46 ดังกล่าว จึงต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำกับดูแลและหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 282 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นอกจากนี้ หากคำวินิจฉัยดังกล่าว ก่อให้เกิดความเสียหายก็อาจฟ้องเรียกให้ชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินให้กระทำการหรืองดเว้น กระทำการเป็นคดีละเมิดที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองได้อยู่แล้วจึงไม่ถือว่าทำให้คู่กรณี ไม่ได้รับความเป็นธรรม

โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้คำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลเป็นที่สุดและให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรศาลที่ใช้อำนาจตุลาการนั้น มีความเหมาะสมกับสภาพของเรื่องแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องพิจารณาถึงระยะเวลาในการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ในคดีพิพาทดังกล่าวด้วยว่าศาลมีคำพิพากษารวดเร็วเพียงใด หรือศาลจะมีมาตรการอย่างไร

ในการคุ้มครองหรือบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะมีการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีอย่างไร ทั้งนี้ เพราะหากศาล ใช้เวลาในการพิจารณาพิพากษานานเกินไปโดยมิได้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยทุเลาการบังคับ ตามคำสั่งนั้นไว้ ก็จะทำให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งไปและกว่าที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยก็อาจหมดวาระ การดำรงตำแหน่งไปแล้ว หรือหากศาลกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการชะลอหรือระงับ การเลือกตั้งตำแหน่งที่ว่าง จะทำให้เกิดปัญหาอุปสรรคต่อการมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง ของประชาชนในท้องถิ่น หรือการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

4.1.5.3 กรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุด

ในการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุด ลงนั้น พบว่ากฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลเป็นที่สุด แต่ในกรณีที่ผู้กำกับดูแล ให้อำนาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ในบางกรณีกฎหมายมิได้กำหนดให้เป็นที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสั่งยุบสภาท้องถิ่นและการสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งในกรณีไม่เสนอร่างข้อบัญญัติ งบประมาณรายจ่าย เป็นต้น

4.1.5.4 กรณีกฎหมายไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการพิจารณาออกคำสั่งหรือ คำวินิจฉัยไว้

การวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นว่า ต้องสิ้นสุดลงหรือไม่ นั้น กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้กำหนดห้วงเวลา ที่ชัดเจนแน่นอนเอาไว้ โดยกำหนดเพียงว่าให้สอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็วเท่านั้น การที่ไม่กำหนด กรอบระยะเวลาที่แน่นอนไว้ อาจเกิดความล่าช้าในการพิจารณามีคำวินิจฉัยได้จนเป็นผลเสียหาย ต่อการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้

ผู้เขียนเห็นว่า การไม่กำหนดระยะเวลาในการสอบสวนและวินิจฉัยเป็นกรอบระยะเวลาไว้ ให้ชัดเจนอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ถูกกล่าวหา หรือ มีเหตุอันควรสงสัยว่าสมาชิกภาพหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นต้องสิ้นสุดลง เพราะความล่าช้า ก็ถือเป็นความไม่ยุติธรรมเช่นกัน และด้วยเหตุที่องค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้มาโดยการ เลือกตั้งของประชาชนโดยตรง แต่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย บัญญัติให้ผู้มีอำนาจกำกับดูแลวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งได้ โดยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานไว้

เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมต่อสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเหล่านั้น คงมีแต่เพียงการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนทางละเมิดเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในปัจจุบันกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลปกครองก็ยังไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้ไว้โดยเฉพาะ จึงทำให้สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งไปโดยง่ายจากมาตรการกำกับดูแลที่เข้มงวดเช่นนี้

4.1.6 ปัญหาการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง

ดังที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้นบ้างแล้วว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดให้มีการเลือกตั้งภายในหกสิบวันนับแต่วันที่สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง เพราะเหตุอื่นใดนอกจากครบวาระ เว้นแต่กรณีของสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มีวาระการดำรงตำแหน่งเหลืออยู่ไม่ถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวัน ดังนั้น หากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นว่างลงดังกล่าว จึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีที่มีการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง ส่งผลให้ตำแหน่งดังกล่าวว่างลงเพราะเหตุอื่นนอกจากครบวาระ และหากมีการฟ้องโต้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้งและกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลปกครองซึ่งแยกพิจารณา ได้ 2 ประการ ดังนี้

4.1.6.1 กรณีศาลปกครองกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี⁷¹

มาตรการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาลปกครองเป็นคำรวม ซึ่งอาจแยกไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้ 2 กรณีคือ (1) การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง⁷² หรือ (2) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างไร้ใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาเพื่อบังคับตามคำพิพากษา⁷³

⁷¹มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีไม่ว่าจะมีคำร้องจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย”

⁷²ข้อ 69 การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ผู้ฟ้องคดีอาจขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใด ๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง อันจะมีผลเป็นการชะลอหรือระงับการบังคับตามผลของกฎหรือคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว

คำขอของผู้ฟ้องคดีตามวรรคสอง ต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าประสงค์จะขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองใด และการให้กฎหรือคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับต่อไป จะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขภายหลังอย่างไร

⁷³ข้อ 75 นอกจากกรณีดังกล่าวในข้อ 69 ในเวลาใด ๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่ง กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างไร้ใด ๆ

ในกรณีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือ
 ความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงนี้ ผู้ฟ้องคดีอาจขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง มาใน
 คำฟ้อง หรือในเวลาใด ๆ ก่อนศาลจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง หรือเป็นกรณีที่ศาลเห็นเองก็อาจ
 กำหนดให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

1) กรณีการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

ศาลปกครองมีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ และเมื่อศาลมีคำสั่งให้
 ทุเลาการบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมหมายความว่า คำวินิจฉัย
 ให้สมาชิกภาพสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงนั้นไม่มีผลบังคับ จึงยังไม่พ้น
 จากตำแหน่ง และเมื่อยังไม่พ้นจากตำแหน่งก็ถือว่าไม่มีกรณีที่ตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือ
 ผู้บริหารท้องถิ่นว่างลงด้วยเหตุอื่นใดนอกจากครบวาระ คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงยังไม่อาจจัดให้มี
 การเลือกตั้งตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น
 พ.ศ. 2545

2) กรณีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยมีคำสั่งให้ชะลอหรือระงับการเลือกตั้งไว้ก่อน

ปัญหาในประเด็นนี้คือ คำสั่งให้ชะลอหรือระงับการเลือกตั้งไว้ก่อนหรือคำสั่งให้ทุเลา
 การบังคับตามคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองจะกระทำได้เพียงใดมีความเห็นเป็นสองฝ่าย
 โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่า กรณีนี้พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น
 พ.ศ. 2547 มาตรา 7 กำหนดว่าต้องจัดให้มีการเลือกตั้งซ่อมแทนตำแหน่งที่ว่างภายในกำหนดเวลา
 หกสิบวัน⁷⁴ นับแต่วันที่สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งเพราะสาเหตุอื่นใด
 นอกจากครบวาระเว้นแต่การดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นจะเหลืออยู่ไม่ถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวัน

เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือคู่กรณีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการ
 เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาได้

⁷⁴ประเด็นเกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาในการจัดการเลือกตั้งในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้ง
 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นบางประเภท กำหนดระยะเวลาไว้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
 ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นดังกล่าวซึ่งผู้เขียนได้เคยตั้งข้อสังเกตไว้
 ในบทที่ 3 ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องใช้ระยะเวลาตามที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง
 สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ

ศาลปกครองไม่อาจสั่งทุเลาให้ชะลอการเลือกตั้งไปก่อนโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวได้⁷⁵ อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าศาลปกครองมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งที่สั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ซึ่งก็หมายความว่าคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งยังไม่มีผลบังคับหรือยังไม่พ้นจากตำแหน่งนั่นเอง เมื่อยังไม่พ้นจากตำแหน่งจึงยังไม่ต้องจัดให้มีการเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ซึ่งมีใช้เป็นกรณีศาลปกครองสั่งทุเลาให้ชะลอการเลือกตั้ง⁷⁶

ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นของฝ่ายที่สอง เนื่องจากเห็นได้ว่า อำนาจในการจัดหรือดำเนินการจัดการเลือกตั้งและการวินิจฉัยข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้ เป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งน่าจะถือได้ว่าเป็นกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวโดยตรงในการออกกฎ คำสั่งหรือมีมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคลย่อมเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยตรงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตามมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่รับคำขอและกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไว้พิจารณาหลายคดี เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 226/2550 และที่ 331/2550 เป็นต้น

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยมีคำสั่งให้คณะกรรมการการเลือกตั้งและคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำองค์การบริหารส่วนตำบล และผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำองค์การบริหารส่วนตำบล ชะลอ หรือระงับการเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไว้ก่อน จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น แต่ปรากฏว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ดำเนินการจัดการเลือกตั้งตามกฎหมายต่อไป โดยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครองก็มี ซึ่งก็เป็นปัญหาที่เห็นได้ตลอดมาว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ยอมรับอำนาจของศาลปกครองเหนือคดีเลือกตั้ง

⁷⁵ อนุชา สุณสวัสดิกุล. รายงานการวิจัย เรื่อง “รูปแบบและวิธีการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”, สถาบันพระปกเกล้า, (พฤษภาคม 2548), น.137.

⁷⁶ เฟิงอ้าง.

4.1.6.2 กรณีที่ศาลปกครองไม่กำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา

การที่ศาลไม่กำหนดมาตรการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีหรือคู่กรณีจะมีผลทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงไปทันที โดยผลของคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้น แม้ว่าจะมีการฟ้องร้องเป็นคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวอยู่ก็ตาม⁷⁷ หากต่อมาศาลมีคำพิพากษาในภายหลังให้เพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าว อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับผลการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลได้ หากภายหลังได้มีการจัดการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างและผู้ฟ้องคดีไปแล้วจะเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีได้อย่างไร

นอกจากปัญหาเช่นนี้แล้ว แม้แต่กรณีที่ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก็อาจเกิดปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาและการเยียวยาผู้ฟ้องคดีได้เช่นกัน ดังกรณีที่ได้ยกตัวอย่างตามคำสั่งทางปกครองสูงสุดที่ 333/2546 ข้างต้น เนื่องจากคดีนี้ปรากฏภายหลังว่า ในคดีหลักนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของนายอำเภอที่วินิจฉัยให้สมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลงนั้น ศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) เพิ่งจะมีคำพิพากษาคดีนี้เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2550⁷⁸ (ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องคดีนี้เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2546) ซึ่งผ่านมาประมาณเกือบสี่ปี หมายความว่า แม้ศาลปกครองจะมีคำสั่งให้กำหนดมาตรการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวแก่ผู้ฟ้องคดีในคดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง ก็ไม่อาจเยียวยาให้ผู้นั้นได้กลับมาดำรงตำแหน่งได้อีกหลังจากศาลมีคำพิพากษา

⁷⁷ ข้อ 69 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543.

⁷⁸ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 183/2550 ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2550 พิพากษาเพิกถอนคำสั่งของนายอำเภอ โดยให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่คำสั่งมีผลบังคับเป็นต้นไป ส่วนคำสั่งกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่ศาลได้มีคำสั่งเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2546 ให้ชะลอการเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล แทนตำแหน่งที่ว่างของผู้ฟ้องคดีจนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น นั้น ถือว่าได้สิ้นสุดไปพร้อมกับกับการครบวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2548 แล้ว

เพิกถอนคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากวาระการดำรงตำแหน่งหรืออายุของสภาท้องถิ่นดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้ว

สำหรับกรณีที่ศาลไม่ได้กำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวไว้ จึงมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างของผู้ฟ้องคดีไป หากต่อมาศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้กำกับดูแลโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งเลย และยังคงมีสถานะเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นอยู่ตลอดมา ส่วนผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาแทนตำแหน่งที่ว่าง (เพราะศาลมิได้กำหนดให้ชะลอหรือระงับการเลือกตั้งไว้) จะถือว่าได้รับการเลือกตั้งมาโดยชอบหรือไม่ เพราะเมื่อศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้วย่อมไม่ถือว่ามีตำแหน่งว่างที่จะจัดให้มีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งดังกล่าวได้ การจัดการเลือกตั้งจึงเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายและไม่มีผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับการเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทน หรือจะถือว่าได้รับเลือกตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ส่วนความเสียหายนั้น จะเยียวยาอย่างไรได้บ้าง

ประเด็นนี้ มีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 75/2551 (ที่ประชุมร่วมกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 1 และคณะที่ 2) เห็นว่า เมื่อนาย บ. ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดแทนตำแหน่งที่ว่างโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว และไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการเลือกตั้งได้สั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ นาย บ. ย่อมมีสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ตั้งแต่วันเลือกตั้งเป็นต้นไป ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 และแม้ต่อมาศาลปกครองพิษณุโลกได้เพิกถอนคำสั่งจังหวัดเพชรบูรณ์ที่ให้จำอากาศเอก ศ. พ้นจากตำแหน่ง โดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งของจังหวัดเพชรบูรณ์มีผลใช้บังคับก็ตาม แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าศาลปกครองพิษณุโลกไม่ได้กำหนดคำสั่งให้จำอากาศเอก ศ. กลับมาเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเพชรบูรณ์ตามเดิม ตามที่จำอากาศเอก ศ. ได้มีคำขอโดยเห็นว่าเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่อาจกำหนดคำสั่งได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คำพิพากษานั้นจึงไม่กระทบถึงการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างที่ได้ดำเนินไปโดยชอบก่อนที่ศาลปกครองพิษณุโลกมีคำพิพากษาและไม่อาจนำคำพิพากษานั้นมาอ้างอิงเพื่อให้นาย บ. พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเพชรบูรณ์ได้ อย่างไรก็ตามเมื่อจำอากาศเอก ศ. ได้รับความเสียหาย

เนื่องจากการที่ถูกสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง และไม่สามารถกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งตามเดิมได้
จำอากาศเอก ศ. จึงอาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายนั้นตามกฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่าเมื่อศาลปกครองพิษณุโลกมีคำพิพากษา
หมายเลขแดงที่ 258/2549 พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งจังหวัดเพชรบูรณ์ ที่ 1964/2547 ลงวันที่ 13
ตุลาคม 2547 ที่สั่งให้จำอากาศเอก ศ. สิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด
เพชรบูรณ์เนื่องจากเหตุเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางตรงในสัญญาที่กระทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด
เพชรบูรณ์ ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม
โดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 ถือได้ว่าไม่เคยมีคำสั่งจังหวัด
เพชรบูรณ์มาก่อน ซึ่งเป็นผลให้จำอากาศเอก ศ. ไม่เคยสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การ
บริหารส่วนจังหวัดเพชรบูรณ์และยังคงอยู่ในตำแหน่งมาโดยตลอด จึงไม่มีเหตุให้คณะกรรมการ
การเลือกตั้งต้องจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเพชรบูรณ์ขึ้นแทนตำแหน่ง
ที่ว่าง ตามมาตรา 15 (2) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม
โดยพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 ประกอบกับ
มาตรา (7) 3 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 แต่
อย่างไรก็ดี ดั่งนั้น แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งได้จัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิก
สภาจังหวัดขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง และนาย บ. เป็นผู้ได้รับการเลือกตั้งก็ตามก็ไม่อาจถือได้ว่า นาย บ.
เป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด อย่างไรก็ตาม โดยผลของคำพิพากษาของศาลปกครอง
พิษณุโลกทำให้ นาย บ. ได้รับความเสียหายจากการที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด
นาย บ. จึงอาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน สำหรับความเสียหายนั้นตามกฎหมายได้

ประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นของฝ่ายที่ 2 เพราะเมื่อพิจารณาผลทาง
กฎหมายในการดำรงตำแหน่งของจำอากาศเอก ศ. แล้ว เมื่อศาลพิพากษาว่าคำสั่งของผู้ว่าราชการ
จังหวัดไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังไม่ถึงวันที่คำสั่งจังหวัด
มีผลใช้บังคับ ผลทางกฎหมายก็คือ ถือว่าไม่มีคำสั่งนั้นมาก่อนและไม่ถือว่าตำแหน่งสมาชิกสภา
จังหวัดว่างลงอันจะเป็นเหตุให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดการเลือกตั้งขึ้นมาแทนได้ การพิจารณาว่า
มีตำแหน่งว่างและต้องจัดการเลือกตั้งขึ้นแทนนั้น เป็นปัญหาในทางข้อเท็จจริงที่คณะกรรมการการ
เลือกตั้งตีความจากคำสั่งของจังหวัด ซึ่งภายหลังศาลปกครองวินิจฉัยว่า เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วย
กฎหมายและพิพากษาเพิกถอน เมื่อเกิดความผิดพลาดขึ้นจากการปรับบทกฎหมายของหน่วยงาน

ทางปกครองโดยไม่ใช้ความผิดของผู้สมัครรับเลือกตั้งและทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติไม่อาจมีผู้ดำรงตำแหน่งสองคนในเวลาเดียวกันได้ ย่อมต้องให้ผู้ใดผู้หนึ่งพ้นจากตำแหน่งไป ซึ่งเป็นการแก้ไข ปัญหาที่เกิดจากการใช้และการตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่ควรจะทำให้เกิดความเสียหายต่อ ผู้ที่ดำรงตำแหน่งอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายต้องถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากการใช้และ การตีความกฎหมายคลาดเคลื่อนของฝ่ายเจ้าหน้าที่และกรณีจะยังเป็นปัญหาหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ยังคงมีวาระการดำรงตำแหน่งเหลืออยู่ถึง 2 ปี หรือ 3 ปี และผู้ที่ถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่อาจกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งได้เพราะมีผู้อื่นดำรงตำแหน่งอยู่ทำได้ แต่เรียกร้องได้เพียงค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายตามกฎหมายเท่านั้น จะเป็นการเยียวยา ความเสียหายที่เพียงพอแล้วหรือ นอกจากนี้ กรณีที่สมาชิกสภาท้องถิ่นฝ่ายข้างมากร่วมกันลงมติให้ ฝ่ายข้างน้อยซึ่งเป็นฝ่ายตรงข้ามพ้นจากตำแหน่ง และมีการเลือกตั้งใหม่เข้ามาแทนตำแหน่งที่ว่าง ต่อมาศาลปกครองพิพากษาว่า มติดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และพิพากษาเพิกถอน การวินิจฉัย ให้ผู้ได้รับเลือกตั้งเข้ามาแทนตำแหน่งต่อไป แล้วเยียวยาผู้ที่สภามีมติให้พ้นจากตำแหน่ง ย่อมเป็นการรับรองการกระทำของผู้ที่อาศัยอำนาจเสียงข้างมากโดยไม่ชอบนั่นเอง

จะเห็นได้ว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือ ความเป็นผู้บริหารท้องถิ่น มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและ ผู้บริหารท้องถิ่น การดำรงตำแหน่ง การมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองส่วนท้องถิ่น รวมทั้ง มีปัญหาในเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการเยียวยาผู้ที่ต้องพ้นจากตำแหน่งไปเพราะ คำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสภาพการณ์เช่นนี้ย่อมไม่เป็นที่พึงประสงค์

ในระบบกฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อป้องกัน มิให้เกิดปัญหาดังกล่าว นอกจากศาลปกครองควรที่จะกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนเพื่อบรรเทาความเสียหายแล้ว การบัญญัติ กฎหมายที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ก็ควรบัญญัติในลักษณะที่ชัดเจน ครบวงจรว่า หากมีการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแล หากผู้นั้นไม่ฟ้องคดีต่อศาลภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ถือว่า คำสั่งนั้นเป็นที่สุดและให้จัดให้มีการเลือกตั้งใหม่แทนตำแหน่งที่ว่างตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นต่อไป หากเป็นกรณีที่ผู้นั้นฟ้องคดีต่อศาลในระหว่างรอ คำพิพากษาของศาลให้ผู้ถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งพักการปฏิบัติหน้าที่และห้ามมิให้มีการเลือกตั้ง

ใหม่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือสั่งในกรณีที่ผู้ถูกวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งไม่ยื่นฟ้องต่อศาลหรือศาลพิพากษาให้เป็นไปตามคำสั่งให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่ผู้กำกับดูแลมีคำสั่ง ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะใช้ตัวอย่างของมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 เป็นแนวทางในการยกร่างก็ได้และควรมีการกำหนดระยะเวลาในการที่ศาลจะใช้พิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะเพื่อให้รวดเร็วและสอดคล้องกับการดำรงตำแหน่งตามวาระด้วย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจกำหนดให้มีการพิจารณาคดีอย่างต่อเนื่อง และใช้ระยะเวลาไม่เกิน ๑ ปี โดยขณะที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง กฎหมายควรกำหนดให้ปลัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำหน้าที่แทนในกรณีผู้บริหารท้องถิ่น ส่วนตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้น เป็นองค์กรกลุ่มหากมีการวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่ง แต่ยังคงครบองค์ประชุมย่อมทำงานต่อไปได้ และอาจนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้ได้โดยอนุโลม สำหรับในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลซึ่งใช้อำนาจตุลาการนั้น ประเด็นเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ต้องพ้นจากตำแหน่งไปเพราะคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งต่อมาศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนนั้น เห็นว่า ในบางกรณีศาลไม่อาจกำหนดค่าบังคับให้กลับเข้าสู่ตำแหน่งเดิมได้กรณีที่ครบวาระการดำรงตำแหน่งไปแล้ว หรือกรณีมีการฟ้องเป็นคดีละเมิดเพื่อขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายหากนำคดีมาฟ้องภายหลังจากศาลมีคำวินิจฉัยว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็อาจพ้นระยะเวลาในการฟ้องคดีละเมิด⁷⁹ เสียแล้ว

4.1.7 ปัญหาการใช้ดุลพินิจของผู้กำกับดูแลในการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง

ปัญหาการใช้ดุลพินิจของผู้กำกับดูแลและในการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงนี้ ส่วนใหญ่เป็นกรณีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความประพฤติหรือพฤติกรรมที่แสดงออกมาของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นว่าเป็นกรณีที่เป็นลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าจะเป็นการข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการวินิจฉัยของผู้กำกับดูแล

⁷⁹ มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี”

หรือไม่ เช่น กรณีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมข้อหาเล่นการพนัน (ไฮโลว์) โดยไม่ได้รับอนุญาตและศาลยุติธรรมมีคำพิพากษาลงโทษปรับ นายอำเภอวินิจฉัยชี้ว่า สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลดังกล่าวเป็นผู้มีนิสัยดี ไม่ได้เล่นการพนันเป็นประจำถือไม่ได้ว่าเป็นผู้มีพฤติกรรมเสื่อมเสียในทางศีลธรรมจึงวินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวไม่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่าคำวินิจฉัยของนายอำเภอเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁰

ในแง่ของหรือฝ่ายปกครองที่ใช้กฎหมายในฐานะเป็นผู้กำกับดูแลองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งโดยหลักแล้วผู้กำกับดูแลจะต้องกำกับดูแลความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นควรพิจารณาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายให้ครบถ้วน และใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามสภาพการณ์ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายมิใช่จะใช้อำนาจอย่างไรก็ได้แต่จะต้องมีกรอบของกฎหมายเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจ ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่อาจบัญญัติให้มีรายละเอียดชัดเจนแน่นอนครอบคลุมในทุกกรณีได้จึงจำเป็นต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยหรือตัดสินใจกระทำการหรืองดเว้นไม่กระทำการให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไปเพื่อให้การปรับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งฝ่ายปกครองอาจมีแนวทางการใช้ดุลพินิจหรือแนวปฏิบัติ เป็นแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจเพื่อมิให้เกิดความผิดพลาดขึ้น ซึ่งต้องใช้แนวทางการใช้ดุลพินิจอย่างยืดหยุ่นไม่เคร่งครัด โดยต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะรายอย่างรอบด้านก่อน นอกจากนี้ อาจอาศัยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นบรรทัดฐานหรือแนวทางในการใช้ดุลพินิจได้เช่นกัน จึงสมควรเผยแพร่แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นให้เผยแพร่หลายต่อไป

⁸⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.163/2547

4.2 ปัญหาการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งกรณีละเลยไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่หรือประพฤติดนฝ่ายผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

นอกจากการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลงแล้ว กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภททั่วไป (องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล) ยังกำหนดเรื่องการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งไว้ด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งผู้ดำรงตำแหน่ง ผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภา หรือรองประธานสภาท้องถิ่น พ้นจากตำแหน่งได้อีกด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ เช่นนี้บัญญัติอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีชื่อเรียกต่างกัน⁸¹ โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้กำกับดูแลมีอำนาจสั่งให้ผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นหรือรองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น หรือรองประธานสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากเหตุอื่นนอกเหนือจากกรณีขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการฝ่าฝืนข้อห้าม กล่าวคือ เป็นการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว

⁸¹พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 บัญญัติไว้ใน “หมวด 6 การกำกับดูแล มาตรา 77 ถึงมาตรา 80” พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติไว้ใน “ส่วนที่ 6 การควบคุมเทศบาล มาตรา 71 ถึงมาตรา 75” พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 บัญญัติไว้ใน “ส่วนที่ 5 การกำกับดูแลองค์การบริหารส่วนตำบล มาตรา 90 ถึงมาตรา 92” พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 บัญญัติไว้ใน “หมวดที่ 8 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับกรุงเทพมหานคร มาตรา 123” พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ใน “หมวดที่ 7 การกำกับดูแล มาตรา 94 ถึงมาตรา 99” อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าอำนาจกำกับดูแลจะมีได้แต่ในบทบัญญัติว่าด้วยการกำกับดูแลเท่านั้น หากแต่ยังมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวปะปนอยู่ในส่วนอื่น ๆ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ รวมทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นอีกด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้กำกับดูแลมีอำนาจสั่งให้ผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นหรือรองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น หรือรองประธานสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ละเลยไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือประพฤติดนฝ่ายผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ละเลยไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือประพฤติดนฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁸² ส่วนการกำกับดูแลสภาท้องถิ่นผู้กำกับดูแลมีอำนาจยุบสภาท้องถิ่น⁸³ ได้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาแล้วอาจแยกลักษณะของการกระทำที่เป็นเหตุให้ผู้กำกับดูแลสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้ 2 ลักษณะ คือ

(1) การสั่งให้พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ เหตุลักษณะนี้กฎหมายบัญญัติว่า เป็นการละเลยไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ไม่ปฏิบัติตามอันควรปฏิบัติในลักษณะที่จะเป็นเหตุให้เสียหายอย่างร้ายแรง เป็นต้น

(2) การสั่งให้พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุเกี่ยวกับความประพฤติ ซึ่งกรณีนี้เป็นการปฏิบัติตนหรือประพฤติดนฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชนหรือมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ตำแหน่งหรือแก่ราชการ เป็นต้น

ผู้กำกับดูแลที่มีอำนาจในการสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง นั้น กรณีขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล เมืองพัทยา และกรุงเทพมหานคร ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ส่วนกรณีขององค์การบริหารส่วนตำบลเป็นอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับกรณีอำนาจยุบสภาท้องถิ่นก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด สภาเทศบาล สภาเมืองพัทยา ส่วนสภากรุงเทพมหานครนั้น เป็นอำนาจของรัฐมนตรี

⁸²ดูมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (8) และมาตรา 53 ประกอบมาตรา 52 วรรคหนึ่ง (4) หรือ (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 50 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

⁸³ดูมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 18 และมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี สำหรับองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นอำนาจผู้ว่าราชการจังหวัด

ดังได้กล่าวมาเบื้องต้นแล้วว่า การสั่งให้องค์กรเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งพ้นจากตำแหน่งเป็นการกำกับดูแลที่เข้มข้นมาก มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว และกระบวนการมีส่วนร่วมในการปกครองส่วนท้องถิ่นของประชาชนอย่างมาก การกำกับดูแลดังกล่าวจึงควรมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรการที่เป็นธรรม โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดให้เป็นดุลพินิจของผู้กำกับดูแลในการสั่งการดังกล่าว การใช้ดุลพินิจจึงควรกระทำด้วยความรอบคอบพิจารณาข้อเท็จจริงที่รอบด้าน เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องใช้ดุลพินิจโดยแท้จริงและชอบด้วยเหตุผล

ปัญหาเกี่ยวกับการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งก็มีความคล้ายคลึงกับประเด็นการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง จึงขอเสนอไปตามลำดับ ดังนี้

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบปกติทั่วไปกฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น และรองประธานสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งได้ในกรณีที่กระทำการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชนหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ ส่วนกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยาซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษจะมีรายละเอียดแตกต่างออกไปบ้าง กล่าวคือ กรณีกรุงเทพมหานครนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะสั่งให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครพ้นจากตำแหน่งในกรณีดังกล่าวจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีมติ ส่วนตำแหน่งอื่น ๆ ในฝ่ายบริหารกรุงเทพมหานครเช่นเลขานุการประธานสภา และเลขานุการรองประธานสภากรุงเทพมหานคร ต้องพ้นจากตำแหน่งตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการการเมือง

สำหรับกรณีเมืองพัทธานัน รอนายกเมืองพัทธานาจพ้นจากตำแหน่งโดยการสอบสวนและวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ในขณะที่ตำแหน่งนายกเมืองพัทธานัน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจสอบสวนและสั่งให้ออกจากตำแหน่ง

การที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่น หรือรองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่นหรือรองประธานสภาท้องถิ่นแล้วแต่กรณีพ้นจากตำแหน่งนั้น มีปัญหาว่าจะมีความล่าช้าในการวินิจฉัยกรณีพิพาทหรือข้อร้องเรียนไม่ทันเวลาหรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันมีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ อยู่เป็นจำนวนมากและรัฐมนตรีอาจมีภารกิจมากอยู่แล้ว หากมีคำวินิจฉัยล่าช้าอาจจะส่งผลกระทบต่อความต่อเนื่องในการปฏิบัติงานเพื่อจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่

ประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น หรือรองประธานสภาท้องถิ่นล้วนเป็นตำแหน่งที่สำคัญในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ และเป็นตำแหน่งที่ได้มาโดยการเลือกตั้งของประชาชน ตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง การที่กฎหมายกำหนดให้ราชการบริหารส่วนกลางมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้ก็ย่อมถือว่าเป็นการให้อำนาจกำกับดูแลอย่างเข้มงวดมากอยู่แล้ว แต่เพื่อเป็นการควบคุมการทำงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เกิดประสิทธิภาพและชอบด้วยกฎหมายก็ต้องการควบคุม จึงสมควรที่จะต้องให้ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงดังเช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งถือว่าเป็นตำแหน่งสูงสุดซึ่งเป็นผู้แทนของราชการบริหารส่วนกลางที่ส่งไปประจำในภูมิภาคเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันได้ในระดับหนึ่งว่าจะต้องผ่านกระบวนการในการตรวจสอบขั้นตอนตามระเบียบกฎหมายของทางราชการเพื่อให้คูกรณีได้มีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและโต้แย้งคัดค้านได้อย่างยุติธรรม หากยอมให้เจ้าหน้าที่ในระดับที่ต่ำลงมาเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย โดยทั่วไปแล้วก็เป็นกรกลั่นกรองในสายงานที่สิ้นและรวบรัด ซึ่งอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดบกพร่องได้

สำหรับปัญหาว่าจำนวนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีมากกับภารกิจของรัฐมนตรีที่หลากหลายอาจทำให้เกิดความล่าช้านั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดและเทศบาล นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจมอบอำนาจตามหลักเกณฑ์การมอบอำนาจที่

กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ให้รัฐมนตรีช่วยว่าการรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม โดยเฉพาะกระทรวงมหาดไทยมีรัฐมนตรีช่วยว่าการหลายคน อาจมีการมอบตามกลุ่มภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการปกครองส่วนท้องถิ่นและการกระจายอำนาจให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีช่วยว่าการคนใดคนหนึ่งแบ่งความรับผิดชอบไปได้ โดยมีปลัดกระทรวง หรือรองปลัดกระทรวงที่รับผิดชอบกลุ่มภารกิจในด้านนั้น รับผิดชอบกลับกรของเสนอเรื่องอย่างเป็นระบบ และมีกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอน ย่อมสามารถแก้ไขปัญหาได้ สำหรับกรณีองค์การบริหารส่วนตำบลที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการสั่งให้ผู้บริหาร รองผู้บริหาร ประธานสภาและรองประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลพ้นจากตำแหน่งได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีเหมาะสมแล้ว เพราะว่าองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กมีงบประมาณไม่มากนัก และลักษณะของอำนาจหน้าที่ก็ยังไม่ซับซ้อนเหมือนกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบอื่น ๆ และในอนาคตกฎหมายเปิดช่องในการยกฐานะเป็นเทศบาลหรือรวมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นได้ด้วยหากมีงบประมาณมากพอและประชาชนในท้องถิ่นมีเจตนารมณ์เช่นนั้น นอกจากนี้ กฎหมายได้กำหนดให้นายอำเภอดำเนินการสอบสวนโดยเร็ว และเสนอให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งโดยผู้ว่าราชการจังหวัดอาจดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมด้วยก็ได้ ซึ่งนับว่ากฎหมายให้หลักประกันความเป็นธรรมอยู่มากพอสมควร

อย่างไรก็ตาม หากบุคคลผู้ถูกสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเห็นว่าคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ว่าราชการจังหวัดแล้วแต่กรณีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คำสั่งของรัฐมนตรีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สิ้นสุด

สำหรับกรณีของกรุงเทพมหานคร นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะสั่งให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครพ้นจากตำแหน่งได้จะต้องขอความเห็นชอบ หรือต้องให้คณะรัฐมนตรีมีมติอีกด้วย จะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้ยากเช่นนี้เป็นการสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจ หากยอมให้วินิจฉัยหรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้ง่ายย่อมขัดกับหลักการดังกล่าว

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำที่เป็นเหตุให้ถูกสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

ลักษณะของการกระทำหรือพฤติกรรมที่จะเป็นเหตุให้ผู้กำกับดูแลใช้อำนาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง นั้น กฎหมายบัญญัติไว้ด้วยถ้อยคำกว้าง ๆ ไม่แน่นอนตายตัว เช่น ใช้ถ้อยคำว่า กระทำการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชนหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่หรือมีความประพฤติในทางจะทำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ตำแหน่งหรือแก่เทศบาลหรือแก่ราชการ หรือปฏิบัติการหรือละเลยไม่ปฏิบัติการอันควรปฏิบัติในลักษณะที่จะเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือได้กระทำการอันเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่ง เป็นต้น

ปัญหาในประเด็นนี้ คือ ลักษณะของการกระทำอย่างไร จึงจะถือว่าเข้าเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดอันจะทำให้ผู้กำกับดูแลมีอำนาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ที่ได้นำเสนอมาในส่วนของที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง อาจนำมาพิจารณาในกรณีนี้ได้เช่นกัน เช่น การที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลใช้อำนาจปิ่นยิงขึ้นฟ้า บริเวณหน้าที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบลในเวลากลางวันและยังมีข้าราชการรวมทั้งพนักงานองค์การบริหารส่วนตำบลอยู่บนที่ทำการ⁸⁴ กรณีที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมข้อหาเล่นการพนัน (ไฮโลว์) โดยไม่ได้รับอนุญาตถูกศาลยุติธรรมพิจารณาลงโทษปรับ⁸⁵ กรณีมีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับยาเสพติด⁸⁶ กรณีสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีพฤติกรรมลักน้ำประปาหมู่บ้าน⁸⁷ หรือกรณีมีพฤติกรรมเรียกรับเงินจากผู้รับจ้างเป็นค่าอนุมัติการก่อสร้าง⁸⁸ ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นดังกล่าวจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นกรณีที่มีความประพฤติฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหรือแก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือแก่ราชการ

⁸⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.60/2547

⁸⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.163/2547

⁸⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.53/2549

⁸⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.75/2549

⁸⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.131/2547

อย่างไรก็ตาม นอกจากคำพิพากษาของศาลปกครองข้างต้น ยังมีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในกรณีลักลอบเล่นการพนันจนถูกศาลพิพากษาลงโทษ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3697/2534

โจทก์ฟ้องว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (จำเลยที่ 1) มีคำสั่งให้โจทก์ออกจากสมาชิกภาพแห่งสภาเทศบาลและจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่โดยมิชอบ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าระหว่างที่โจทก์ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลเมืองนั้น โจทก์ได้ถูกจับกุมฐานลักลอบเล่นการพนันโดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลแขวงได้มีคำพิพากษาว่า โจทก์มีความผิดตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ลงโทษปรับ 400 บาท จำเลยที่ 1 จึงมีคำสั่งให้โจทก์ออกจากสมาชิกภาพแห่งสภาเทศบาลเมืองผู้ว่าราชการจังหวัด (จำเลยที่ 2) ได้มีประกาศให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเมืองแทนโจทก์ โดยกำหนดให้มีการเลือกตั้งในวันที่ 4 กันยายน 2531 จึงฟ้องว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 19⁸⁹ บัญญัติว่า “สมาชิกภาพแห่งสภาเทศบาลย่อมสิ้นสุดลง เมื่อ (7) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสั่งให้ออกโดยเห็นว่ามีอุปสรรคในทางจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่ง หรือเสื่อมเสียแก่เทศบาล หรือราชการ” ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าความประพฤติของสมาชิกสภาเทศบาลตามที่ปรากฏนั้น เป็นการนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่ง หรือเสื่อมเสียแก่เทศบาลหรือราชการหรือไม่ ตามแต่กรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาถึงขนาดว่าจะต้องขาดคุณสมบัติในการเป็นสมาชิกสภาเทศบาลตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ อันเป็นคนละกรณีกัน เมื่อความประพฤติของโจทก์ตามที่ปรากฏในคำฟ้องว่าโจทก์ได้ลักลอบเล่นการพนันจนถูกศาลพิพากษาลงโทษ การที่จำเลยที่ 1 พิจารณาความประพฤติของโจทก์ที่ได้กระทำดังกล่าวแล้ว เห็นว่าเป็นการนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งนั้น จึงเป็นการใช้ดุลพินิจในกรอบอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น คำสั่งของจำเลยที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อตำแหน่งสมาชิกสภาเทศบาลเมืองว่างลง จำเลยที่ 2 ก็มีหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 16 โดยจัดให้มีการเลือกตั้ง

⁸⁹มาตรา 19 (7) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2499

แทนตำแหน่งที่ว่าง การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสอง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้ด้วยถ้อยคำกว้าง ๆ เพื่อให้ผู้กำกับดูแลใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งให้เหมาะสมกับพฤติกรรมและลักษณะของการกระทำที่อาจเกิดขึ้นแตกต่างกันออกไปตามสภาพข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป การกำหนดเช่นนี้จึงถือได้ว่ามีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่ผู้กำกับดูแลต้องใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้นจึงเป็นบทบัญญัติเหมาะสมกับสถานการณ์ของเรื่องในปัจจุบันแล้ว แต่มีข้อเสนอแนะว่า กระทรวงมหาดไทยควรมีการวางแนวปฏิบัติ (Rule of Policy) เป็นแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับการกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นมาตรฐานกลางเพื่อเป็นแนวทางให้ผู้กำกับดูแลได้ถือเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดพลาดขึ้นและมีการกำหนดหลักเกณฑ์ระยะเวลาที่ชัดเจนในการสอบสวนเพื่อมีคำสั่งดังกล่าวตลอดจนมีแนวการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งของผู้กำกับดูแลหรือแนวคำวินิจฉัยของศาล หรือคณะกรรมการกฤษฎีกาที่วินิจฉัยในข้อกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจด้วย

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

4.2.3.1 กรณีกฎหมายกำหนดขั้นตอนในการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งไว้กว้าง ๆ

กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทกำหนดเพียงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเท่านั้น เช่น กรณีเทศบาล มาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่า นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลปฏิบัติหน้าที่ฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ หรือมีความประพฤติในทางจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ ตำแหน่ง หรือแก่เทศบาล หรือแก่ราชการให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพร้อมด้วยหลักฐาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจใช้ดุลพินิจสั่งให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่งก็ได้ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดกระบวนการสอบสวนหรือรวบรวมพยานหลักฐานอย่างไรบ้าง มีกำหนดระยะเวลา มีรูปแบบขั้นตอนอย่างไร แต่โดยทั่วไปแล้วผู้ว่าราชการจังหวัดมักจะตั้งคณะกรรมการสอบสวนเสียก่อน หากเห็นว่ามีพฤติการณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติก็ต้องเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีพร้อมด้วยหลักฐานเพื่อสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

การที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนกระบวนการในการดำเนินการไว้ เพียงแต่กำหนดขั้นตอนไว้กว้าง ๆ เท่านั้น จึงต้องนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายกลาง คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนต่าง ๆ สำหรับการพิจารณาทางปกครอง อย่างมีประสิทธิภาพและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน กรณีที่ผู้กำกับดูแลใช้อำนาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ย่อมส่งผลให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังที่ได้แสดงไว้ในตัวอย่างคำวินิจฉัย⁹⁰ ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือความเป็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง ซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงกันได้

เพื่อประกอบความเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งโปรดดูตารางข้างล่างนี้

⁹⁰คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.212/2548 ที่ อ.44/2549 ที่ อ.53/2549 ที่ อ.100/2549 และที่ อ.131/2549 เป็นต้น

ตารางที่ 4 : เปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

อปท.	ผู้เสนอ ความเห็น	ผู้ออกคำสั่ง	ตำแหน่งที่อาจถูกสั่งให้ พ้นจากตำแหน่ง	บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนด ขั้นตอนการออกคำสั่งไว้กว้าง ๆ
เทศบาล	ผู้ว่าราชการ จังหวัด	รมว.มท.	นายก/รอง นายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล รองประธานสภา เทศบาล	<ul style="list-style-type: none"> ให้ ผวจ. เสนอความเห็นต่อ รมว.มท. พร้อมหลักฐาน รมว.มท. อาจใช้ดุลพินิจสั่งให้พ้น จากตำแหน่งได้ คำสั่งของ รมว.มท. ให้เป็นที่สุด
อบจ.	ผู้ว่าราชการ จังหวัด	รมว.มท.	นายก/รองนายก อบจ. ประธานสภา อบจ. รองประธานสภา อบจ.	<ul style="list-style-type: none"> ผวจ. จะสอบสวนก็ได้ แล้วเสนอ รมว.มท. ใช้ดุลพินิจ สั่งให้พ้นจากตำแหน่ง คำสั่งของ รมว.มท. ให้เป็นที่สุด
อบต.	นายอำเภอ	ผู้ว่าราชการ จังหวัด	นายก/รองนายก อบต. ประธานสภา อบต. รองประธานสภา อบต.	<ul style="list-style-type: none"> ให้นายอำเภอสอบสวนโดยเร็ว เสนอ ผวจ. สั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ผวจ. อาจสอบสวนเพิ่มเติมก็ได้ คำสั่งของ ผวจ. ให้เป็นที่สุด
เมืองพัทยา	-	รมว.มท.	นายกเมืองพัทยา	<ul style="list-style-type: none"> รมว.มท. พิจารณาสอบสวนและ สั่งให้ออกจากตำแหน่ง
กทม.	-	รมว.มท.	ผู้ว่าราชการ กรุงเทพมหานคร	<ul style="list-style-type: none"> รมว.มท. โดยมติ ครม. สั่งให้ออก จากตำแหน่งเมื่อมีกรณีแสดงให้ เห็นว่า ได้กระทำการฯ

ที่มา : อนุชา สุนสวัสดิ์ดิกุล,

ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว เนื่องจาก เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแม้จะกำหนดหลักเกณฑ์และตัวองค์กร เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการ การสอบสวน และการวินิจฉัยไว้ แต่ก็เป็นการกำหนดไว้ กว้าง ๆ เท่านั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่อง การออกคำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวกับการพิจารณา ทางปกครอง เช่น การสอบสวน การรวบรวมพยานหลักฐาน การสั่งการ การแจ้งคำสั่ง จึงต้องถือปฏิบัติ ตามหลักความเป็นกลาง หลักความเสมอภาคและหลักการรับฟังคู่กรณีตามที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่มีหลักประกันความเป็นธรรมที่มีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการที่ผู้กำกับดูแล ต้องถือปฏิบัติในการทำคำสั่งทางปกครองด้วย

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เห็นว่า การสอบสวนและ วินิจฉัยที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบัญญัติไว้ ถือว่า เป็นกรณีที่กฎหมาย เฉพาะกำหนดไว้แล้วและมีหลักเกณฑ์ที่มีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงไม่ต้องนำบทบัญญัติในมาตรา 29 และมาตรา 30 ของ พระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้⁹¹

นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่าการออกคำสั่งให้ คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพ้นจากตำแหน่งโดยที่ไม่ให้โอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริง อย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นไม่ต้องให้ โอกาสตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว⁹² ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดตามคำพิพากษาศาล ปกครองสูงสุดที่ อ.44/2549 ว่าควรต้องให้โอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและได้มีโอกาส โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน โดยเห็นว่ากรณีไม่เข้าข้อยกเว้นตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ดังกล่าว

⁹¹ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2548

⁹²ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.250/2549 และที่ อ.190/2550

4.2.3.2 กรณีกฎหมายกำหนดให้คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเป็นที่สุด

ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ประเภททั่วไป หรือรูปแบบปกติ ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด⁹³ เทศบาล⁹⁴ และองค์การบริหารส่วนตำบล⁹⁵ กำหนดให้คำสั่งของผู้กำกับดูแลที่ให้พ้นจากตำแหน่งนายก รองนายก ประธานสภา และรองประธานสภา ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ให้เป็นที่สุด ส่วนกรณีกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา⁹⁶ ไม่มีบทบัญญัติไว้⁹⁷

ปัญหาความเป็นที่สุดของคำสั่งของผู้กำกับดูแลดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นที่สุดในฝ่ายปกครองเท่านั้น ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้และการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อน⁹⁸

การกำหนดให้คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเป็นที่สุดนั้น เพิ่งจะกำหนดในกฎหมายที่แก้ไขใหม่เมื่อปี 2546 แต่เดิมมิได้กำหนดให้เป็นที่สุด จึงทำให้ต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับ กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁹⁹ ซึ่งกำหนดตัวองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดชั้นตอนไว้

⁹³มาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

⁹⁴มาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

⁹⁵มาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

⁹⁶มาตรา 52 วรรคหนึ่ง (8) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

⁹⁷มาตรา 50 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

⁹⁸ดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 487/2547 และที่ 286/2546

⁹⁹ข้อ (8) ผู้ว่าราชการจังหวัดในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด นายอำเภอ เจ้าหน้าที่ของส่วนราชการของจังหวัด เจ้าหน้าที่ของส่วนราชการของอำเภอ หรือเจ้าหน้าที่ของสภาตำบล เว้นแต่กรณีที่กำหนดไว้แล้วใน (1) หรือ (3)

เป็นการเฉพาะ¹⁰⁰ ซึ่งไม่สอดคล้องกับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งตามวาระขององค์กรที่มาจากการเลือกตั้ง เพราะอาจครบวาระการดำรงตำแหน่งเสียก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุด ย่อมต้องถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุดแล้ว โดยผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งไม่ต้องอุทธรณ์ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่อย่างไรก็ดี ดังได้กล่าวแล้ว แต่หากเป็นผู้กำกับดูแลรับอุทธรณ์ไว้และมีคำสั่งวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกสั่งให้พ้นจากตำแหน่งต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีการปฏิบัติตามกฎหมายให้อำนาจไว้ ย่อมไม่มีผลผูกพันหรือกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ที่ถูกสั่งให้พ้นจากตำแหน่งแต่อย่างไร¹⁰¹ ตามนัยมาตรา 5¹⁰² ประกอบกับมาตรา 12¹⁰³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเป็นที่สุดมีผลดีในแง่ของระยะเวลาในการพิจารณาหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในฝ่ายปกครองสิ้นสุดลง โดยผู้ได้รับคำสั่งสามารถฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการได้ทันที ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสมและสอดคล้องกับระยะเวลาในการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง ในกรณีที่ไม่มีกรทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ความเป็นที่สุดของคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งนั้นกฎหมายยังบัญญัติไว้ไม่สม่ำเสมอ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

¹⁰⁰ ข้อ (11) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครหรือผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะผู้บริหารองค์การบริหารส่วนจังหวัดหรือในฐานะราชการในส่วนภูมิภาค (ปัจจุบันผู้ว่าราชการจังหวัดมิได้มีฐานะเป็นผู้บริหารองค์การบริหารส่วนจังหวัดแล้ว เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546 ให้ผู้บริหารท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้ง)

¹⁰¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 575/2547

¹⁰² มาตรา 5 “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

¹⁰³ มาตรา 12 คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

4.2.3.3 กรณีกฎหมายไม่ได้กำหนดให้คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเป็นที่สุด¹⁰⁴

โดยหลักแล้วการสั่งให้พ้นจากตำแหน่งกฎหมายจะบัญญัติให้คำสั่งของผู้กำกับดูแลเป็นที่สุด อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเช่นนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งยุบสภาท้องถิ่นและกรณีที่นายกองค์รปกครองส่วนท้องถิ่นไม่เสนอร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้กำกับดูแลมีอำนาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้และกรณีรัฐมนตรีสั่งให้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุมีส่วนได้เสียซึ่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้คำสั่งนั้นเป็นที่สุด

4.2.3.4 กรณีกฎหมายไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้ มีเฉพาะในพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 เท่านั้น โดยบทบัญญัติมาตรา 92 กำหนดให้นายอำเภอดำเนินการสอบสวนโดยเร็ว ส่วนในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์รปกครองส่วนท้องถิ่น รูปแบบอื่น ๆ มิได้มีการกำหนดกรอบระยะเวลาไว้ จึงอาจก่อให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง บางกรณีอาจไม่วินิจฉัยจนระยะเวลาล่วงเลยมาจนจะครบวาระการดำรงตำแหน่งแล้วจึงมีคำสั่งให้พ้น อันจะส่งผลถึงความชอบด้วยกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่และความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์รปกครองส่วนท้องถิ่นได้ สำหรับกรณีขององค์การบริหารส่วนตำบลก็กำหนดไว้กว้าง ๆ เท่านั้น

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรนำกรอบระยะเวลาตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ในการวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งประเด็นระยะเวลาที่สมควรในการปฏิบัติราชการของหน่วยงานทางปกครองนี้ ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ได้วินิจฉัยวางหลักไว้แล้วเช่นกันว่า ระยะเวลาอันสมควรในการวินิจฉัยอุทธรณ์ คือ ระยะเวลาเก้าสิบวัน¹⁰⁵ และควรมี

¹⁰⁴ ดู มาตรา 22 มาตรา 36 (6) ประกอบมาตรา 44/3 (3) มาตรา 55 วรรคห้า มาตรา 55/1 และมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 24 วรรคสาม มาตรา 62 ตี วรรคห้า มาตรา 62 จัตวา และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 53 วรรคสาม มาตรา 87/1 มาตรา 87/2 และมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 21 มาตรา 76 และมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

¹⁰⁵ ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 260/2546

การกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานกลางในการกำหนดรูปแบบขั้นตอนและระยะเวลาในการทำคำสั่งดังกล่าวให้ชัดเจนเพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้กำกับดูแล ดังที่ได้ให้ข้อเสนอแนะไว้แล้ว

4.2.4 ปัญหาการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภท กำหนดให้ผู้บริหารท้องถิ่น มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และกำหนดให้ผู้บริหารท้องถิ่น มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี เมื่อผู้กำกับดูแลมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งก็จะต้องมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น¹⁰⁶ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครถูกสั่งให้พ้นจากตำแหน่งซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่ตำแหน่งผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครว่างลงเพราะเหตุอื่น กฎหมายกำหนดให้ทำการเลือกตั้งขึ้นใหม่ภายในเก้าสิบวัน¹⁰⁷ ส่วนกรณีเมืองพัทยากรณีที่น่ายกเมืองพัทยาพ้นจากตำแหน่งให้จัดให้มีการเลือกตั้งขึ้นใหม่ภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง¹⁰⁸ ซึ่งไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 มาตรา 7 ดังนั้น จึงมีปัญหาว่าจะต้องใช้ระยะเวลาตามกฎหมายใด ในการจัดการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นทุกประเภท โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไว้โดยเฉพาะจึงถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะ ในการจัดการเลือกตั้งดังกล่าว เพื่อกำหนดให้ระยะเวลาในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นแนวทางเดียวกัน จึงเห็นว่าระยะเวลาในการเลือกตั้งในกรณีที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร หรือนายกเมืองพัทยาถูกสั่งให้พ้นจาก

¹⁰⁶ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545

¹⁰⁷ มาตรา 47 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

¹⁰⁸ มาตรา 45 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

ตำแหน่งน่าจะใช้ระยะเวลาภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่ถูกล้างให้พ้นจากตำแหน่งในการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างตามบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545

ปัญหาต่อมาคือในกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้กำกับดูแลที่ให้พ้นจากตำแหน่งโดยมิได้มีคำขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ จึงมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างไปแล้ว หากต่อมาศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนเนื่องจากเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีปัญหาตามมาว่าในกรณีที่ยังไม่ครบวาระการดำรงตำแหน่ง ผู้บริหารท้องถิ่นที่ได้รับเลือกตั้งมาแทนตำแหน่งที่ว่างในขณะนั้นจะดำรงตำแหน่งต่อไปจนครบวาระ หรือผู้บริหารท้องถิ่นเดิมที่ถูกล้างให้พ้นจากตำแหน่งโดยคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนแล้ว จะต้องเข้ามาดำรงตำแหน่งตามเดิมและดำรงตำแหน่งต่อไปจนครบวาระที่เหลืออยู่

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งโดยให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่มิได้มีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ซึ่งถือว่าไม่เคยมีคำสั่งนั้นเลยจึงต้องถือว่าผู้นั้นดำรงตำแหน่งอยู่ตลอดมา การเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างจึงไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่มีผลให้เป็นผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นผู้บริหารท้องถิ่นแทนตำแหน่งที่ว่าง ผู้ที่ถูกล้างให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องกลับเข้าดำรงตำแหน่งตามวาระที่เหลือ

สำหรับปัญหาการเยียวยาความเสียหาย ให้แก่ ผู้ที่ต้องพ้นจากตำแหน่งไปโดยคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยผลของคำพิพากษาของศาลกล่าวคือ ทั้งบุคคลผู้ต้องคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งและผู้ที่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาแทนอาจจะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายตามกฎหมาย จากหน่วยงานของรัฐต้นสังกัดของผู้ออกคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้ตามกฎหมาย

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า บุคคลที่ถูกล้างให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจได้รับสิทธิหน้าที่กลับมาโดยผลของกฎหมาย หากแต่จะต้องฟ้องเป็นคดีละเมิดมาพร้อมกันและศาลจะต้องกำหนดค่าบังคับให้หน่วยงานต้นสังกัดคืนสิทธิต่าง ๆ ที่เสียไปตามคำขอของผู้ฟ้องคดี เพราะหากให้ต้องฟ้องคดีละเมิดเป็นคดีใหม่อาจพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วทำให้ไม่อาจเยียวยาความเสียหายได้ทัน และควรกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินตอบแทนในระหว่างที่ถูกล้างให้พ้นจากตำแหน่ง ให้แก่ สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นที่ถูกล้างให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แล้วต่อมาศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า กรณีไม่อาจนำระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการ

ซึ่งถูกสั่งให้ออก ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและข้าราชการซึ่งถูกให้ออก ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการแล้วต่อมาได้รับการพิชานายกโทษ พ.ศ. 2538¹⁰⁹ มาใช้บังคับกับกรณีของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นได้ เพราะบุคคลดังกล่าวไม่ได้รับราชการโดยได้รับเงินเดือนจากงบประมาณหมวดเงินเดือน และไม่ได้เป็นข้าราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการใด ๆ แต่เป็นผู้ที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรง จึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยและการบริหารงานบุคคลของข้าราชการมาใช้ได้

สำหรับกรณีที่ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นกรณีที่กระทรวงมหาดไทยเป็นผู้จัดการเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ศาลปกครองอาจสั่งชะลอหรือระงับการเลือกตั้งได้ แต่กรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 แล้ว ศาลปกครองไม่น่าจะสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวโดยให้ชะลอหรือระงับการเลือกตั้งได้ ดังที่ได้ให้ความเห็นไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองอาจมีอำนาจพิจารณาเฉพาะคำสั่งของผู้กำกับดูแลเท่านั้น ทั้งนี้ หากคู่กรณีมีคำขอให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือกรณีศาลเห็นเองศาลปกครองย่อมมีอำนาจสั่งและมีผลให้ตำแหน่งนั้นไม่ว่าง จึงไม่มีกรณีที่จะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ หากศาลปกครองสั่งยกคำขอทุเลาการบังคับตามคำสั่ง คำสั่งศาลปกครองย่อมเป็นที่สุด กระบวนการเลือกตั้งในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งก็จะดำเนินไป ส่วนกรณีพิพาทเกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้งหรือการคัดค้านการเลือกตั้งอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งและศาลอุทธรณ์ตามมาตรา 219 วรรคสอง และมาตรา 239 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบกับมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 แต่หากต่อมาศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งก็จะมีปัญหาการเยียวยาความเสียหายในภายหลังดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

¹⁰⁹ กระทรวงการคลังแจ้งเวียนให้ส่วนราชการและถือปฏิบัติตามหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค. 0502/ว86 ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2538

4.2.5 ปัญหาดุลพินิจในการใช้อำนาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

ดังที่ทราบกันอยู่แล้วว่า ดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะวินิจฉัยคดีได้โดยอิสระว่า ในกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่และจะเลือกทางใดทางหนึ่งโดยชอบด้วยกฎหมาย การที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กำกับดูแลมีอำนาจสั่งให้ผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น หรือรองประธานสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง กรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งกระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามอำนาจหน้าที่หรือปฏิบัติไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ กล่าวคือ กระทำการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่หรือปฏิบัติไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่อันเข้าลักษณะข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้ว ผู้กำกับดูแลย่อมต้องผูกพันที่จะต้องมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง ปัญหาดุลพินิจอาจอยู่ที่การวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติด้วยถ้อยคำไม่แน่นอนตายตัวว่า กรณีที่เกิดขึ้นนั้นถือเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ซึ่งกรณีเช่นนี้วิญญูชนอาจมีความเห็นแตกต่างกันได้หลายทางและผู้กำกับดูแลมีดุลพินิจวินิจฉัยได้ แต่เมื่อผู้กำกับดูแลปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว เห็นว่าเป็นกรณีที่ฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงตัดสินใจสั่งให้พ้นจากตำแหน่งไม่ถือเป็นดุลพินิจในความหมายดังกล่าว ดังนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบว่า การปรับบทกฎหมายดังกล่าวถูกต้องหรือไม่ ดังนั้น หากเป็นกรณีมีดุลพินิจแล้ว รัฐมนตรีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องใช้ดุลพินิจและจะต้องใช้ในกรอบเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยชอบด้วยเหตุผล

4.3 ปัญหาการพ้นจากตำแหน่งในกรณีอื่น

4.3.1 การยุบสภาท้องถิ่น

การยุบสภาท้องถิ่นนั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้คล้ายคลึงกัน ซึ่งผู้เขียนได้แยกให้เห็นแล้วในบทที่ 3 แต่โดยมีหลักการใหญ่ ๆ อาจแยกได้เป็น 5 กรณี คือ

(1) กรณีสภาท้องถิ่นไม่รับหลักการแห่งร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม

(2) กรณีเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในเขตองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ ประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม

(3) กรณีสภาท้องถิ่นไม่อาจจัดประชุมครั้งแรกได้ภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือไม่อาจเลือกประธานสภาท้องถิ่น

(4) กรณีที่มีการดำเนินงานของผู้บริหารท้องถิ่นและสภาท้องถิ่นขัดแย้งกันจนอาจก่อให้เกิด ความเสียหายแก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (กรณีกรุงเทพมหานคร)

(5) กรณีกฎหมายให้ถือว่าเป็นการยุบสภา

การยุบสภาท้องถิ่นมีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 884/2542

ศาลฎีกามีคำพิพากษากรณีกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดว่า คำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ให้ยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่เป็นคำสั่ง ทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โจทก์ซึ่งเป็น สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด อ้างว่าจำเลยออกคำสั่งยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะลงนามโดยจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทยขัดต่อ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 80 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยโดยคำแนะนำของผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดใหม่ ย่อมเป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยต่อศาลยุติธรรมได้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 80 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ องค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ มิได้กำหนดไว้ชัดแจ้งว่าเป็นอำนาจโดยเฉพาะของรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทย และมีได้กำหนดห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมอบอำนาจให้ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทยกระทำการแทน ดังนั้น เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ได้ออกคำสั่งมอบอำนาจให้จำเลยที่ 2 รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทยให้มีอำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่นเกี่ยวกับงานของกรมการปกครอง ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น จำเลยที่ 2 จึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจปฏิบัติราชการภายใน ขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยออกคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้ (ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 1/2542)

การให้อำนาจผู้กำกับดูแลในการยุบสภาท้องถิ่นนั้น ในองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล และเมืองพัทยา กฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขหรือสาเหตุที่จะทำให้ผู้กำกับดูแลใช้อำนาจในการยุบสภาไว้อย่างชัดเจน เป็นการกำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือของประเทศเป็นส่วนรวมโดยกฎหมาย กำหนดแบบของคำสั่งยุบสภา โดยให้แสดงเหตุผลไว้ในคำสั่งยุบสภานั้น ยกเว้นกรณีกรุงเทพมหานคร ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 3 การไม่กำหนดเงื่อนไขหรือสาเหตุที่แน่นอนชัดเจนไว้ อาจเกิดปัญหาการใช้อำนาจในการยุบสภาท้องถิ่นได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การยุบสภาท้องถิ่น เป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือองค์การขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่เข้มขัน เพราะมีผลทำให้สมาชิกสภาท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจะต้องพ้นจากตำแหน่งไปโดยอาศัยอำนาจกำกับดูแล ดังนั้น จึงต้องมีหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และสาเหตุที่ชัดเจนตามบทบัญญัติของกฎหมายที่จะเป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการยุบสภาท้องถิ่นของผู้กำกับดูแลได้ และแม้ว่าคำสั่งยุบสภาท้องถิ่นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวได้ก็ตาม ดังนั้น นอกจากผู้กำกับดูแลจะต้องกำกับดูแลความชอบด้วยกฎหมายและใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้วควรมีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นโดยกำหนดส่วนที่ว่าการยุบสภาท้องถิ่นเอาไว้ในเรื่องการกำกับดูแลด้วย

สำหรับประเด็นการมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทย สั่งยุบสภาแทนนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กฎหมายมิได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นอำนาจโดยเฉพาะของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและมิได้กำหนดห้ามการมอบอำนาจไว้และเมื่อได้มีการมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทยแล้ว จึงมีอำนาจยุบสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำวินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกันตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299 – 300/2549

4.3.2 กรณีการลาออก

การพ้นจากตำแหน่งโดยการลาออกของสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้น กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ลาออกโดยยื่นหนังสือลาออกว่าต่อผู้ว่าราชการจังหวัด” ยกเว้นสมาชิกสภากรุงเทพมหานครตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และสมาชิกสภาเมืองพัทยาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร

ราชการเมืองพัทธยา พ.ศ. 2542 เท่านั้น ที่กฎหมายบัญญัติให้ลาออกโดยยื่นหนังสือลาออกต่อประธานสภา และกรณีสมาชิกสภากรุงเทพมหานครนั้นได้กำหนดผลของการลาออกไว้ด้วยว่าให้มีผลนับแต่วันถัดจากวันยื่นหนังสือลาออก ปัญหาว่าอย่างไรจึงถือว่าเป็นการลาออกนั้น ปราบกาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด¹¹⁰ วางหลักไว้ ในกรณีที่ผู้ร้องสอดทั้งสิบซึ่งเป็นสมาชิกสภาจังหวัดได้ทำหนังสือลาออกไว้ล่วงหน้าโดยไม่ลงวันที่และมอบให้บุคคลอื่นยึดถือไว้โดยไม่มีเจตนาลาออก ในขณะที่ลงลายมือชื่อ ซึ่งต่อมาผู้ที่ยึดถือใบลาออกไว้แทนผู้ร้องสอดได้ลงวันที่ในหนังสือลาออกและนำไปยื่นต่อองค์การบริหารส่วนจังหวัด ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งดำรงตำแหน่งรองประธานสภาคนที่สองได้รับหนังสือลาออกไว้ ต่อมาผู้ร้องสอดทราบเรื่องจึงชี้แจงต่อประธานสภาว่ามีเจตนาลาออก จึงมีปัญหาว่าการลาออกมีผลตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่า การลาออกเป็นเรื่องการแสดงความจำนงเพียงอย่างเดียว ซึ่งประกอบด้วย (1) เจตนา คือ ความตั้งใจที่จะสละตำแหน่ง หรือสมาชิกภาพ และ (2) การแสดงออกซึ่งเจตนา คือ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ประจักษ์ว่าได้สละตำแหน่งหรือสมาชิกภาพ โดยการลาออกมีผลตามกฎหมายต่อเมื่อเป็นกรณีที่ปราศจากข้อสงสัยว่ามีการลาออกจริง ซึ่งจะมีผลสมบูรณ์นับแต่วันที่ได้มีการแสดงเจตนาลาออกหรือนับแต่วันที่ผู้ประสงค์จะลาออกได้กำหนดเงื่อนไขล่วงหน้าอย่างชัดเจน และการลาออกเป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นตัดสินใจแทนตนได้แต่มอบหมายให้บุคคลอื่นนำเอาเจตนาลาออกไปแสดงแทนตนได้ ซึ่งกรณีมีปัญหาว่ามีการแสดงเจตนาลาออกหรือไม่ ผู้มีหน้าที่รับการแสดงเจตนามีอำนาจทั่วไปที่จะไต่สวนให้ได้ข้อเท็จจริงได้แต่หากกรณีได้แย่งระหว่างผู้แสดงเจตนาลาออกกับผู้มีหน้าที่รับการแสดงเจตนาว่าการลาออกมีผลสมบูรณ์หรือไม่เป็นเรื่องของคู่กรณีที่เป็นผู้เดือดร้อนเสียหายหรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท แต่เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกสภาและมีสิทธิตรวจสอบหรือดำเนินการใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด ไม่ได้ยื่นฟ้องเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการลาออกเป็นประเด็นหลัก แต่ฟ้องในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดสมุทรปราการและผู้ว่าราชการจังหวัดและประเด็นเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต้องปฏิบัติอันมีผลสืบเนื่องมาจากการยื่นหนังสือลาออก ดังนั้น จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) เมื่อพิจารณาข้อความในหนังสือลาออกจากตำแหน่ง เมื่อผู้ร้องสอดไม่มีเจตนาผูกพันให้เกิดผลเป็นการลาออก และการลาออกมีเจตนาลาออกเป็นองค์ประกอบสำคัญโดยเฉพาะในเรื่องวิธีการแสดง

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.136 – 137/2548

เจตนา ดังนั้น ไม่ว่าผู้ร้องสอดลงลายมือชื่อในหนังสือลาออกด้วยเหตุผลใด ก็ไม่มีผลให้การยื่นหนังสือลาออกที่ขาดเจตนาเป็นการลงนามตามมาตรา 11 (3) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

จากคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจแยกหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการลาออกได้ ดังนี้¹¹¹

(1) มีเจตนาลาออก และได้แสดงเจตนาลาออกให้เป็นที่ประจักษ์ว่าได้สละตำแหน่งหรือสมาชิกภาพ

(2) การลาออกเป็นเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ที่ประสงค์จะลาออก

(3) ใบลาออกต้องทำเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน

(4) การยื่นใบลาออกจะต้องยื่นต่อผู้รับการแสดงเจตนาซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนด

(5) การลาออกจากสมาชิกภาพโดยระบุนุ้เงินเวลาไว้ก็ได้และผลของการลาออกนั้นย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อถึงเวลาที่กำหนดไว้

(6) กรณีที่ยังไม่ถึงกำหนดเงื่อนเวลาดังกล่าว ผู้แสดงเจตนาย่อมบอกถอดถอนการแสดงเจตนาเสียได้

(7) การลาออกเป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นต้องตัดสินใจแทนได้

ในปัจจุบันในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดให้สมาชิกสภาท้องถิ่นลาออกโดยยื่นหนังสือลาออกต่อผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอแล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นผู้กำกับดูแล ส่วนสมาชิกสภาเมืองพัทยากฎหมายกำหนดให้ยื่นต่อประธานสภาเมืองพัทยา ดังนั้น เมื่อได้ยื่นใบลาออกต่อบุคคลที่กฎหมายกำหนดแล้ว มีผลเป็นการลาออกอันเป็นเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งไปทันที โดยไม่ต้องมีการอนุมัติให้ลาออกแต่อย่างใด ส่วนกรณีสมาชิกสภากรุงเทพมหานครนั้น

¹¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.136 – 137/2548 และโปรดดูบันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 144/2526 เรื่องเสร็จที่ 266/2529 และเรื่องเสร็จที่ 764/2541

กฎหมายบัญญัติให้ยื่นใบลาออกต่อประธานสภาการลาออกมีผลในวันถัดจากวันที่ยื่นหนังสือลาออก ก็ย่อมต้องเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ สำหรับผู้บริหารท้องถิ่นกฎหมายก็ได้กำหนดไว้ทำนองเดียวกัน¹¹²

ปัญหาการลาออก นั้น แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วและไม่มีปัญหาในเรื่องแบบ (Form) ก็ตาม แต่ก็อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติว่าการยื่นหนังสือลาออกจะมีผลเป็นการลาออกเมื่อใด และมีวิธีการในการยื่นอย่างไร ยื่นต่อใคร ซึ่งในปัจจุบันมีแนวคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกาอธิบายความและสร้างความชัดเจนซึ่งผู้เขียนได้สรุปเป็นหลักเกณฑ์ให้เห็น ในเบื้องต้นแล้ว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับการลาออกอาจลดลง

4.3.3 กรณีสภาท้องถิ่นมีมติให้พ้นจากตำแหน่ง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การพ้นจากตำแหน่งในกรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจ สภาท้องถิ่นในการควบคุมตรวจสอบความประพฤติของสมาชิกสภาท้องถิ่นด้วยตนเอง หากเห็นว่า สมาชิกสภาท้องถิ่นมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียหรือก่อความไม่สงบเรียบร้อย แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง สูงสุด โดยสรุปดังนี้

การใช้อำนาจสภาท้องถิ่น ในการมีมติให้สมาชิกสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งจะต้อง พิจารณาอย่างถูกต้องทั้งในเนื้อหาและกระบวนการขั้นตอนในการมีมติ หากการลงมติของสภาท้องถิ่น ไม่ได้มีการอภิปรายเกี่ยวกับความประพฤติของผู้ฟ้องคดี คงกล่าวอ้างเฉพาะผลการตรวจสอบ ข้อเท็จจริงของนายอำเภอและหนังสือของจังหวัดเท่านั้น การลงมติดังกล่าวจึงไม่ได้ดำเนินการจนได้

¹¹²ดูมาตรา 36 มาตรา 37 และมาตรา 37/1 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหาร ส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 48 ปัญจทศ และมาตรา 48 โสฬส แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 64 และมาตรา 64/1 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 52 และมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 50 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

ข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนเพียงพอจนปราศจากข้อสงสัยที่จะลงมติให้สมาชิกภาพของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.36/2550) กรณีที่ไม่มี การแจ้งมติข้อกล่าวหาและข้อเท็จจริงให้ทราบก่อนที่จะมีการประชุม ตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 จึงเป็นการไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดและการที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือร้องเรียนการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลต่อผู้กำกับดูแล ถือไม่ได้ว่ามีความประพฤตินทางที่จะนำมาซึ่งความเสียหายหรือก่อความไม่สงบเรียบร้อยแก่องค์การบริหารส่วนตำบล หรือกระทำการอันเสื่อมเสียประโยชน์ขององค์การบริหารส่วนตำบล (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.190/2549) แต่การที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลที่มีตำแหน่งในฝ่ายบริหารร่วมลงชื่อรับรองญัตติขอให้สภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีมติให้คณะผู้บริหารพ้นจากตำแหน่งสามารถกระทำได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.146/2549) กรณีการอ่านร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าจะต้องให้ผู้เสนอเป็นคนอ่าน ดังนั้น นายกององค์การบริหารส่วนตำบลหรือประธานสภา หรือเลขานุการสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจะเป็นคนอ่านไม่ใช่สาระสำคัญ และการประชุมสภาไม่จำเป็นต้องใช้เวลาประชุมนาน ๆ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.257/2549) หนังสือที่ยื่นต่อประธานสภาโดยไม่มีสมาชิกสภารับรองและไม่มีแบบเสนอญัตติส่งมาด้วย จึงไม่ใช่ญัตติที่จะให้สภาท้องถิ่นวินิจฉัยให้คณะผู้บริหารองค์การบริหารส่วนตำบลพ้นจากตำแหน่ง และเมื่อเป็นการยื่นญัตติต่อประธานสภาล่วงหน้าก่อนเวลาประชุมน้อยกว่าเจ็ดวันตามที่ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 กำหนด การประชุมดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายส่งผลให้มติของสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.302/2550)

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กระบวนการขั้นตอนในการลงมติให้สมาชิกสภาท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งถือเป็นแบบพิธีที่เป็นสาระสำคัญที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เพราะถือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดวิธีการ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมและให้โอกาสในการโต้แย้งคัดค้าน เพราะอำนาจนี้เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่สภาท้องถิ่นเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาที่มาจากการเลือกตั้งได้ จึงต้องมีความเคร่งครัดในการพิจารณาทั้งในกระบวนการขั้นตอนและเนื้อหาของกรกระทำที่กฎหมายกำหนด

เป็นความผิด หากกระบวนการในการยื่นญัตติไม่ชอบด้วยเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ก็ถือว่าไม่ครบถ้วน และถือว่าการรับญัตติของประธานสภาไม่ชอบ ทั้งนี้ เพื่อมิให้มีการสมยอมให้มีการเสนอโดยไม่ถูกต้อง เพื่อให้สมาชิกฝ่ายข้างมากลงมติให้พ้นจากตำแหน่งไป ส่วนกรณีในเนื้อหาที่เช่นเดียวกัน ศาลก็สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของสภาท้องถิ่นในเนื้อหาได้ด้วย ไม่ได้ถือว่าเมื่อสภาท้องถิ่นมีมติโดยเสียงข้างมากตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว จะต้องพ้นจากตำแหน่งเสมอไป ทั้งนี้ ผู้นั้นอาจมิได้กระทำการหรือมีพฤติกรรมอันเป็นการต้องห้ามเลย จึงเห็นได้ว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งกระบวนการขั้นตอน และเนื้อหาของมติสภาท้องถิ่น และหากกระบวนการไม่ชอบยอมถือว่ามติที่ออกมาโดยกระบวนการยื่นญัตติ และวิธีการลงมติที่ไม่ชอบ ย่อมเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสรุปผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว

ถึงแม้ว่าในกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจะให้อำนาจสภาท้องถิ่นมีมติให้สมาชิกสภาท้องถิ่น พ้นจากตำแหน่งได้ โดยไม่มีอำนาจมีมติให้ผู้บริหารพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากมาจากการเลือกตั้งโดยตรงเหมือนกัน และในทางปฏิบัติแล้วเสียงข้างมากในสภาท้องถิ่นจะสนับสนุนฝ่ายบริหารหรือไม่ มีปัจจัยในทางข้อเท็จจริงหลายประการก็ตาม หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำหน้าที่กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ควรจัดให้มีการหลักสูตรการอบรมให้ความรู้สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่นและพนักงานส่วนท้องถิ่นให้มีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับระเบียบหรือข้อบัญญัติว่าด้วยการประชุมสภาท้องถิ่นให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ เพื่อให้สามารถดำเนินการจัดการประชุมสภาท้องถิ่นได้อย่างถูกต้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ดำรงตำแหน่งประธานสภาท้องถิ่นหรือรองประธานสภาท้องถิ่น ควรที่จะมีความรู้เกี่ยวกับข้อบังคับการประชุมเป็นอย่างดี

สำหรับการฟ้องขอให้เพิกถอนมติของสภาท้องถิ่นและการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างนั้น ย่อมมีปัญหาเช่นเดียวกับกรณีผู้กำกับดูแลวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือความเห็นผู้บริหารท้องถิ่นสิ้นสุดลง หรือการสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากมติของสภาท้องถิ่นดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง หากศาลปกครองมิได้กำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมติของสภาท้องถิ่นไว้ก่อน ย่อมทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้นั้นสิ้นสุดลงในวันที่สภาท้องถิ่นมีมติ (ยกเว้นกรณีของสภาองค์การบริหารส่วนตำบล)

ซึ่งจะต้องมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง เว้นแต่ วาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่น จะเหลืออยู่ไม่ถึงหนึ่งร้อยแปดสิบวัน ซึ่งอาจเกิดปัญหาการเยียวยาความเสียหายได้เช่นเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อป้องกันปัญหาการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างไปแล้วภายหลังศาล มีคำพิพากษาเพิกถอนมติของสมาชิกสภาท้องถิ่นดังกล่าว จึงควรกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ ชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน แล้วพิจารณา พิพากษาคดีโดยเร็ว นอกจากนี้ ควรบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ในลักษณะครบวงจรดังที่ผู้เขียน ได้เสนอไว้แล้วในหัวข้อ 4.1.6