

บทที่ 4

บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ของการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

4.1 ความเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดี

หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นผู้เสียหายในคดีปกครองของไทยใช้หลักเกณฑ์เดียวกับระบบการพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส การฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่ได้เป็นไปตามหลักที่ประชาชนทุกคนฟ้องได้ (L'action populaire)¹ แต่จะใช้หลักการความเป็นผู้เสียหายจากการมีส่วนได้เสียของผู้ฟ้องคดีเป็นหลัก² ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีไว้ว่าจะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ฟ้องคดีจึงต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิของตนได้รับผลกระทบหรือเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ปัญหาถืออยู่ว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” นั้นมีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด ซึ่งความหมายของ “ผู้เสียหาย” ในคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและในคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดหรือสัญญาทางปกครองจะแตกต่างกัน กล่าวคือ คดีละเมิดหรือสัญญาทางปกครองใช้หลักผู้เสียหายอย่างแคบ แต่สำหรับในผู้เสียหายในคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะใช้หลักผู้เสียหายอย่างกว้าง โดยควรมีความหมายเพียงว่า “ประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง” ของเขาถูกกระทบเท่านั้น³ ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นคู่กรณีในคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีสถานภาพทางกฎหมายถูกกระทบกระเทือนจากผล

¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุขถาวร, “หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่ 2, ปีที่ 2, น. 134 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2545).

² สมชาย พฤษชัยกุล, “ผู้เสียหายในคดีปกครอง,” ดุลพาน, เล่ม 2, ปีที่ 52, น. 59 - 60 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2548).

³ โภคิน พลกุล, “สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง เล่มที่ 1, ปีที่ 1, น.111 (มกราคม - เมษายน 2544).

ของคำสั่งโดยตรงอยู่แล้ว แต่ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิใช่คู่กรณีในคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองฝรั่งเศสก็ระมัดระวัง ไม่ขยายความคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” ไปจนถึงขนาดที่ว่าบุคคลใดก็ตามฟ้องคดีปกครองได้⁴ สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองแทบทั้งสิ้น ศาลวินิจฉัยความเป็นผู้เสียหายที่อาจเป็นประเด็นปัญหา เช่น

4.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2549 ผู้ฟ้องคดีสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดแต่ได้คะแนนเป็นอันดับสอง ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีสอบสวนและมีคำสั่งว่านาง ม. ซึ่งได้รับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้ขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด ผู้ถูกฟ้องคดีสอบสวนแล้ววินิจฉัยว่านาง ม. มิได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญา จึงมีผลให้นาง ม. ยังคงดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดอยู่ต่อไป

ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่าข้ออ้างที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีวินิจฉัยว่านาง ม. มิได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญากับองค์การบริหารส่วนจังหวัด ในฐานะที่เป็นราษฎรที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตจังหวัดและเป็นผู้เสียภาษีให้แก่ราชการและท้องถิ่นเป็นประจำทุกปีนั้น ยังไกลเกินไปที่จะถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ส่วนข้ออ้างที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าหากนาง ม. เป็นผู้ขาดคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดและต้องมีการจัดการเลือกตั้งใหม่ ผู้ฟ้องคดีย่อมมีโอกาสจะได้รับการเลือกตั้งเนื่องจากในการเลือกตั้งที่ผ่านมาผู้ฟ้องคดีได้คะแนนเป็นอันดับสองนั้น แม้จะมีการเลือกตั้งก็ไม่แน่ว่าผู้ฟ้องคดีจะได้รับการเลือกตั้ง และการที่ผู้ฟ้องคดีมีคะแนนเป็นอันดับสองหาใช่เป็นหลักประกันว่าผู้ฟ้องคดีจะได้รับการเลือกตั้ง แต่เป็นการคาดเดาของผู้ฟ้องคดีเอง ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกรณีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม ในที่สุดศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยคดีนี้ว่า การที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สมัครรับการเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดในคราวเดียวกับนาง ม. และเป็นผู้มีสิทธิสมัคร

⁴ เฟิงอั่ง น. 112.

รับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด หากได้จัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดี

คำวินิจฉัยคดีนี้ เห็นได้ว่าศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยโดยพิจารณาความเดือดร้อนหรือเสียหายจากข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีเป็นสำคัญ คือ ข้ออ้างที่ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นราษฎรและเป็นผู้เสียหาย และข้ออ้างที่ว่าหากมีการเลือกตั้งใหม่ ผู้ฟ้องคดีย่อมมีโอกาสจะได้รับการเลือกตั้ง ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาจากการเป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง หากมีการเลือกตั้งใหม่

ในขณะที่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 655/2549 ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งแต่ไม่ได้รับเลือกตั้ง ขอให้ผู้ว่าราชการจังหวัดวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดจำนวน 3 รายสิ้นสุดลง ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า คำวินิจฉัยมิได้มีผลกระทบโดยตรงต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี จึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี แต่คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประชาชนในพื้นที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เป็นผู้เสียหายและอาศัยอยู่ในจังหวัด ถือได้ว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในคำสั่งที่ 8/2550 ว่าผู้ฟ้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตเทศบาล จึงเป็นผู้เสียหายจากคำวินิจฉัยที่มีผลให้สมาชิกสภาเทศบาลและรองนายกเทศมนตรียังคงดำรงตำแหน่งต่อไป

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลใน 3 คดีดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของเขาจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง จึงไม่ใช่ “คู่กรณี” ในคำสั่งทางปกครองที่จะเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากผลของคำสั่ง ปัญหาประการแรก ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นราษฎรที่อาศัยอยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้เสียหาย หรือผู้มีสิทธิเลือกตั้งอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียว จะถือได้หรือไม่ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสียหายจากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ปัญหาประการต่อมา เนื่องจากการเป็นราษฎรที่อาศัยอยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ย่อมมีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในระดับที่แตกต่างกัน

ศาลจะใช้เกณฑ์ใดระหว่างการเป็นราษฎรที่อาศัยอยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิเลือกตั้งในการกำหนดระดับของส่วนได้เสียหรือผลกระทบต่อประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง ที่จะถือว่าเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดี ทั้งนี้

4.1.2 ปัญหาการวินิจฉัยความเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

คำสั่งศาลปกครองนครราชสีมา 235/2545 ศาลวินิจฉัยว่า ประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งบุคคลเป็นคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล ศาลเห็นว่ากรณีที่บุคคลใดจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองใด ๆ ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่โดยที่เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ในข้อหานี้ คือ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลเป็นคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลตามมติของที่ประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งคำสั่งดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คดีนี้ ศาลวินิจฉัยว่าคำสั่งแต่งตั้งบุคคลเป็นคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลมิได้มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ปัญหาจึงมีว่า เมื่อประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งกฎหมายกำหนดคุณสมบัติด้านความผูกพันกับท้องถิ่นว่าต้องมีภูมิลำเนาโดยต้องมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าหนึ่งปี หรือได้เสียภาษีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดินหรือกฎหมายว่าด้วยภาษีบำรุงท้องที่ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นเวลาติดต่อกันสามปี เมื่อประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งเป็นทั้งราษฎรที่อาศัยอยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและผู้ปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะสมาชิกสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่เป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดี และคดีนี้มิใช่คดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดหรือสัญญาทางปกครอง แต่เป็นคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง คำวินิจฉัยในคดีนี้นี้น่าจะไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นผู้เสียหายในคดีปกครอง มิฉะนั้นแล้ว นอกจากผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดในคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็คงไม่มีผู้ใดเป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งในลักษณะนี้ได้

4.2 เนื้อหาของคำวินิจฉัย

4.2.1 การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้กำกับดูแล

ศาลปกครองมีขึ้นเพื่อเป็นองค์กรหลักขององค์กรหนึ่งในการตรวจสอบการใช้อำนาจของทางราชการ เพื่อคุ้มครองปกป้องสิทธิของประชาชนและเพื่อสร้างบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการ⁵ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น อาจแบ่งออกได้เป็นดุลพินิจวินิจฉัยและดุลพินิจตัดสินใจ

การใช้ดุลพินิจตัดสินใจจะไม่มีปัญหามากนัก เพราะโดยปกติศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว และจากการศึกษาก็ไม่พบว่าได้ศาลก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.104/2547 ศาลเห็นว่าผู้ว่าราชการจังหวัดจะมีคำสั่งยุบสภาหรือไม่ เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ศาลไม่อาจออกคำสั่งบังคับได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.170/2550 ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีได้จัดทำข้อบังคับงบประมาณรายจ่ายประจำปีในขณะที่ยังไม่ได้จัดทำแผนพัฒนาตำบลประจำปีให้แล้วเสร็จซึ่งเป็นการขัดต่อระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการวางแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการพัฒนาท้องถิ่น ความร้ายแรงแห่งกรณีไม่ถึงขนาดที่ต้องสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่ง ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ ซึ่งหากพิจารณามาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 หากปรากฏว่าคณะกรรมการบริหารละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้ จึงเห็นได้ว่าศาลชั้นต้นในคดีนี้ได้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ในที่สุดศาลปกครองสูงสุดก็วินิจฉัยว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนและราชการโดยส่วนรวม ถือได้ว่าเป็นการละเลยไม่

⁵ โภคิน พลกุล, “ศาลปกครอง,” วารสารข้าราชการ, ฉบับที่ 4, ปีที่ 46, น.13 (กรกฎาคม – สิงหาคม 2544).

ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการณ์ไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลตามคำแนะนำของนายอำเภอ จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเห็นได้ว่าศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจตัดสินใจ

สำหรับดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งเป็นการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในกรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจในส่วนนี้ได้ ในกรณีที่ผู้กำกับดูแลวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลมีความประพฤติในทางที่จะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียประโยชน์ขององค์การบริหารส่วนตำบล ปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น มีพฤติกรรมในทางทุจริตหรือเสื่อมเสียทางศีลธรรม แนวคำพิพากษาของศาลมีความแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ดังที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.127-128/2552 ว่าในการวินิจฉัยความเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด “จำต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป โดยพึงจะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นหลัก” ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้อาจถือได้ว่า “โดยพึงจะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นหลัก” เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้น แต่ปัญหามีว่า ในคดีอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับความเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ศาลจะสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว หรือจะปล่อยให้ไปตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป เพราะหากไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาซึ่งจะใช้เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยสำหรับฝ่ายปกครองแล้ว คดีประเภทนี้จะยังขึ้นสู่ศาลปกครองเป็นจำนวนมากและตลอดไป

4.2.2 การใช้ระเบียบและระเบียบภายในฝ่ายปกครองเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

(1) ปัญหาการตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของระเบียบ

การกำกับดูแลองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจต้องกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ และจะกระทำนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติมิได้ ตามหลัก “ไม่มีการกำกับดูแลถ้าไม่มีกฎหมาย” ซึ่งในบางกรณีกฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจในการกำกับดูแลองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบัญญัติมอบอำนาจ

ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารซึ่งได้แก่กระทรวงมหาดไทยในการออกกฎหมายลำดับรองอีกชั้นหนึ่ง เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการ หรือรายละเอียดอื่น ๆ เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายลำดับรองได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย กฎหมายลำดับรองจึงอาจใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกำกับดูแลได้

กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรองมีการบัญญัติใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก บัญญัติไว้เป็นการทั่วไปในมาตราที่ว่าด้วยการรักษาการตามกฎหมาย โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามกฎหมาย และอีกลักษณะหนึ่งเป็นบทบัญญัติที่ระมัดระวังอยู่ทั่วไปในมาตราต่าง ๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเรื่องใดควรให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎกระทรวง ระเบียบ หรือข้อบังคับเพื่อกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมในเรื่องนั้น ๆ ระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยออกมาเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติจำนวนมาก จึงแบ่งตามอำนาจในการออกระเบียบได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

กลุ่มแรก เป็นระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติเฉพาะที่บัญญัติให้กระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกระเบียบเรื่องใด ระเบียบกลุ่มนี้ย่อมไม่มีประเด็นปัญหาในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับฐานอำนาจในการออกระเบียบ

กลุ่มที่สอง เป็นระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติทั่วไปที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการรักษาการให้มีอำนาจออกระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นกรณีปัญหาว่ารัฐมนตรีจะมีอำนาจออกระเบียบโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรักษาการโดยไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดให้ออกระเบียบเกี่ยวกับเรื่องนั้นอีกชั้นหนึ่งได้หรือไม่ ว่ามาตราการรักษาการเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดตัวผู้มีอำนาจออกระเบียบเท่านั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยออกระเบียบเรื่องใดได้ รัฐมนตรีก็ไม่อาจอ้างบทบัญญัติรักษาการออกระเบียบในเรื่องนั้นได้⁶

ระเบียบที่จะถือได้ว่าเป็นกฎหมายลำดับรองนั้นจะต้องออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติเฉพาะที่บัญญัติให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกระเบียบในเรื่องนั้น ๆ ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติทั่วไปที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการรักษาการให้มีอำนาจออกระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามกฎหมาย เช่น การเดินทางไปราชการนอกเขตจังหวัดของผู้บริหาร

⁶ เรื่อง เสรีจที่ 52/2523

ท้องถิ่น ประธานสภาท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้อนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัดตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น พ.ศ. 2526 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม อาจมีปัญหาว່ว่าจะใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกำกับดูแลได้หรือไม่ และในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่

จากการศึกษาพบว่าศาลปกครองได้นำระเบียบต่าง ๆ มาเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยคดีว่าการกระทำของผู้กำกับดูแลชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยไม่มีการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบเหล่านั้นว่า ระเบียบเหล่านี้มีผลผูกพันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องปฏิบัติตามหรือไม่ เพียงใด และศาลจะนำระเบียบเหล่านั้นมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลอาจมองว่าผู้ฟ้องคดีมิได้ยกประเด็นดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.170/2550 ศาลวินิจฉัยว่า การที่องค์การบริหารส่วนตำบลไม่ปฏิบัติระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการวางแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ในการจัดทำร่างข้อบังคับงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นการละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าระเบียบดังกล่าวกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดทำแผนพัฒนาประจำปีและแผนพัฒนาห้าปีเพื่อให้การบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับแผนพัฒนาประเทศ เป็นระเบียบที่มีได้อำนาจตามบทบัญญัติตามมาตราใดที่ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบเรื่องดังกล่าว เพียงแต่อ้างบทบัญญัติที่ว่าด้วยอำนาจทั่วไปของรัฐมนตรีรักษาการที่มีอำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ และกฎหมายอื่นเท่านั้น⁷

⁷ ต่อมาระเบียบกฎยกเล็กนี้ และใช้ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจัดทำและประสานแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2546 และระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจัดทำแผนพัฒนาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548 ตามลำดับ และมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2550 โดยเพิ่มความมาตรา 53/1 ให้การจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องสอดคล้องกับแผนพัฒนาจังหวัด ปัญหาดังกล่าวจึงน่าจะหมดไป

(2) การตรวจสอบการใช้หนังสือเวียนในการกำกับดูแล

การออกหนังสือเวียนเป็นเพียงคำสั่งภายในซึ่งไม่มีผลไปสู่ภายนอก หนังสือเวียนจึงไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย และฝ่ายปกครองจะใช้หนังสือเวียนที่มีเนื้อความขัดต่อกฎหมายไม่ได้ แต่โดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้นแล้ว อาจต้องรับผิดชอบทางวินัยหรือรับผิดอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้หนังสือเวียนบังคับแก่ประชาชนได้เพราะเป็นกรณีที่ไม่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ คำสั่งทางปกครองที่ถือตามหนังสือเวียนที่ขัดต่อกฎหมายไม่มีผลบังคับ การที่ประชาชนไม่ปฏิบัติตามก็อาจไม่ทำให้การกระทำนั้นเสียไป⁸

ดังที่ได้กล่าวแล้วในหัวข้อ (1) หากระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรักษาการโดยไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดให้ออกระเบียบเกี่ยวกับเรื่องนั้นอีกชั้นหนึ่ง ระเบียบนั้นย่อมมีสถานะทางกฎหมายไม่ต่างจากระเบียบภายในฝ่ายปกครองหรือหนังสือเวียน ระเบียบภายในฝ่ายปกครองนั้นอาจแบ่งออกได้ 4 ประเภท ได้แก่ ระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการขององค์กร ระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่วางแนวทางในการตีความกฎหมาย ระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่วางแนวทางในการใช้ดุลพินิจ และระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่กำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่⁹ ดังนั้น หนังสือเวียนก็ย่อมแบ่งออกได้ในลักษณะเดียวกัน¹⁰ และการใช้หนังสือเวียนสั่งการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติตามแนวทางที่กำหนดควรจะเป็นเรื่องของกรบังคับบัญชาในหน่วยงานเท่านั้น¹¹

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้หนังสือเวียนในการกำกับดูแล แม้จะไม่มีประเด็นในการพิจารณาที่มีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของการกำกับดูแลโดยตรง แต่ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นว่าหนังสือเวียนไม่มีสภาพเป็นกฎ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 333/2548 หนังสือกระทรวงมหาดไทย เรื่อง ชักซ้อม

⁸ ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 205 - 254.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.185.

¹⁰ ยงยุทธ อนุกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229, น. (1).

¹¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การควบคุมกำกับเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย,” กฎหมายปกครอง, เล่ม 10, ตอน 1, น. 35 (เมษายน 2533), น. 35.

แนวทางปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 นั้น ไม่มีสถานะทางกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงคำแนะนำภายในเพื่อให้เจ้าหน้าที่และหน่วยงานในสังกัดถือเป็นแนวทางปฏิบัติเท่านั้น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 387/2552 ก็ได้ยืนยันว่า การสั่งการของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นตามบันทึกวิญญู์สารเป็นเพียงระเบียบภายในที่วางแนวทางปฏิบัติเพื่อให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างต่อเนื่องและเป็นประโยชน์แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ได้มีสภาพเป็นกฎ

4.3 การให้เหตุผลในคำพิพากษา

เหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์การตุลาการหรือศาลเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนดีกว่าการควบคุมในระบบอื่นคือ การที่ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา ซึ่งศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ทำให้ต้องวินิจฉัยไปในทางใดทางหนึ่ง ให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไป เพื่อเป็นหลักประกันว่าศาลไม่ได้พิพากษาคดีตามอำเภอใจ นอกจากนี้ ศาลต้องให้เหตุผลอย่างละเอียดและชัดเจนที่สุด เพราะตามรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาหรือตุลาการมีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี ซึ่งหมายความว่า การกระทำของผู้พิพากษาหรือตุลาการต้องมีความเป็นภาวะวิสัย (Objective) ที่สามารถตรวจสอบได้¹²

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า การให้เหตุผลในคำพิพากษาบางคำพิพากษายังไม่มีความเป็นภาวะวิสัยเท่าที่ควรจะเป็น เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 612/246 ศาลอธิบายแต่เพียงว่า การที่หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะและจัดการบริหารราชการแผ่นดินให้แก่ประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้น การที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลในนามของกลุ่มเลี้ยงไก่เนื้อคนหนึ่งและในนามของกลุ่มศูนย์สาธิตการตลาดอีกคนหนึ่งเข้าเป็นคู่สัญญา กับองค์การบริหารส่วนตำบล ไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบล โดยศาลไม่ได้อธิบายเหตุผลให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ว่า การกระทำของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลในฐานะตัวแทนของกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญากับองค์การบริหารส่วนตำบลอย่างไร

¹² คณิต ฌ นคร, “ข้อกฎหมายเบื้องต้นในคดียุบพรรค,” ใน หักดิบกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 101.

คำสั่งศาลปกครองนครราชสีมา 235/2545 ผู้ฟ้องคดีเป็นประธานสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งบุคคลเป็นคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล ศาลวินิจฉัยแต่เพียงว่า โดยที่เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ในข้อหานี้ คือ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลเป็นคณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลตามมติของที่ประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งคำสั่งดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง โดยศาลไม่ได้อธิบายเหตุผลว่าคำสั่งดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีอย่างไร