

บทที่ 3

ข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

1. ลักษณะทั่วไปของข้อบัญญัติท้องถิ่น

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์ เห็นว่า¹ ในประเทศไทยนอกจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศแล้ว เรายังอาจแบ่งกฎหมายออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

- ก. กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ
- ข. กฎหมายของฝ่ายบริหาร
- ค. กฎหมายท้องถิ่น

กฎหมายท้องถิ่นเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งรัฐมอบอำนาจให้องค์การท้องถิ่นออกใช้บังคับในท้องถิ่นได้ กฎหมายท้องถิ่นดังกล่าว เรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “ข้อบัญญัติท้องถิ่น” มีลักษณะเช่นเดียวกับ กฎหมายลำดับรองประเภทอื่น ๆ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ใน ความหมายของคำว่า “กฎ”

แต่อย่างไรก็ตาม “ข้อบัญญัติท้องถิ่น” ก็มีลักษณะทั่วไปที่แตกต่างไปจาก “กฎ” ประเภทอื่น ๆ ดังกล่าวแล้ว อยู่บางประการ และอาจจำแนกลักษณะของข้อบัญญัติ ท้องถิ่น ได้ ดังนี้

¹ อมร จันทรสุมบุรณ์, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9 (พระนคร : บริษัทรุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด, 2525), น. 118 - 119

1.1 ข้อบัญญัติท้องถิ่นมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่งซึ่งรัฐมอบนางให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกเพื่อให้อำนาจจัดการบริการ สาธารณะในความรับผิดชอบดำเนินไปได้

“กฎหมายลำดับรอง” เป็นศัพท์ที่ใช้กันทั่วไปในหมู่นักกฎหมายหรือที่เรียกกันว่า อนุบัญญัติ หมายถึงกฎที่ตราโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครอง โดยได้รับมอบอำนาจจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เจื่อนใจ และประเภทของกฎที่จะให้ฝ่ายบริหารตราฎนั้น ๆ มาบังคับใช้ในรายละเอียดของการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยมีเหตุผลเบื้องหลังของการมอบหมายให้ฝ่ายบริหารตราฎขึ้น ใช้บังคับที่แตกต่างกันออกไป เช่น เป็นเรื่องรายละเอียดจนเกินไปที่จะกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ อันจะเป็นภารกิจโดยไม่จำเป็นในการพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐสภา² หรืออาจจะต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ เฉพาะทางเทคนิคทางวิทยาศาสตร์แขนงต่างๆ ไปกำหนดมาตรฐานทางวิชาการเอง³ ทำนองเดียวกับการมอบอำนาจดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการสั่งการหรือออกนิติกรรมทางปกครองหรือเพราะกฎหมายในเรื่องนั้นมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งมีความเป็นพลวัต การจะกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจะเป็นอุปสรรคในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ทันต่อสภาพข้อเท็จจริง ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว หรืออาจเป็นเพราะฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้กฎหมายมีความชัดเจนมากที่สุด จึงพยายามนิยามศัพท์กฎหมายไว้ในบทนิยามแต่ก็ไม่มั่นใจเท่าใดนักว่านิยามนั้นจะครอบคลุมไปทั้งหมดแล้ว จึงได้มอบหมาย

² ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ ให้ผู้ได้รับอนุญาตผลิตยาเสพติดให้โทษในประเภท 3 ปฏิบัติดังต่อไปนี้ ... (3) จัดให้มีฉลากและเอกสารกำกับยาเสพติดให้โทษในประเภท 3 หรือคำเตือน ... ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เจื่อนใจที่กำหนดในกฎกระทรวง

³ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติพิกัดอัตราค่าภาคหลวงแร่ พ.ศ. 2509 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ สภาหรือยลละของโลหะหรือของเอกสารประกอบในแร่หรือลักษณะพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งของแร่แต่ละชนิดที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการเก็บค่าภาคหลวงแร่ วิธีการกำหนดราคาตลาด การใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินในการคำนวณราคาตลาดและวิธีการควบคุมการชำระค่าภาคหลวงแร่ โดยให้กำหนดในกฎกระทรวง

ให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายขยายนิยามได้ในภายหลัง⁴ เป็นต้น⁵ โดยนัยนี้ กฎหมายลำดับรอง จึงมีฐานะเป็นกฎหรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ เป็นเรื่องการกระทำที่บังคับต่อบุคคลที่ไม่เฉพาะเจาะจงว่าเป็นบุคคลใดหรือกลุ่มใดหรือเรื่องใดโดยเฉพาะ ผู้มีอำนาจออกกฎ จะต้องเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอยู่หลายระดับแตกต่างกันโดยมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการแทนรัฐ เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม เช่น ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอิสระ คณะกรรมการ เจ้าหน้าที่ รัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

ปกติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองเหล่านี้ มีหน้าที่หลักในการปฏิบัติการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายรัฐสภาตราขึ้นใช้บังคับ มิใช่เป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ในการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับโดยตรง เพราะตามหลักทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย (Separation of power) นั้นได้แบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตย 3 องค์กร คือ องค์กรรัฐสภา เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร เป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร โดยองค์กรฝ่ายบริหารนี้ จะมีองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในฝ่ายบริหาร ทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และองค์กรตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นภายในรัฐ โดยนำกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นมาบังคับใช้กับคดีพิพาทขององค์กรหลักทั้งสามองค์กร เป็นอิสระไม่ขึ้นต่อกัน แต่จะมีระบบการคานอำนาจ มิให้ฝ่ายใด ๆ มีอำนาจมากเกินไป เพื่อคุณภาพในการดำเนินงานของรัฐ การที่อำนาจทั้งสามหรือว่าอำนาจส่วนใหญ่ตกอยู่กับองค์กรใด ๆ หรือบุคคลใด ๆ เพียงองค์กรเดียวหรือบุคคลเดียว โอกาสที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะถูกล่วงละเมิดมีความเป็นไปได้สูง ดังที่ Lord Acton กล่าวว่า อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเลวลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเลวลงอย่างถึงที่สุด (Power Corrupts , absolute power corrupts absolutely)⁶ เหตุผลที่มีการยอมรับ

⁴ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 4 บัญญัติว่า “อาคาร “ หมายถึง ตึก บ้าน เรือน โรง ร้าน แพ ... และหมายความรวมถึง

ฯลฯ

(5) สิ่งก่อสร้างขึ้นอย่างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์ , กฎหมายปกครอง คำบรรยายสรุป บทความ ราชการการศึกษา , (กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2540) น. 71 - 72

⁶ คำกล่าวของ Lord Acton อ้างโดย André MOLITOR in L' administration de la Belgique , Institut belge de Science Politique , Center de Recherche de I' (

อำนาจในการออกกฎโดยฝ่ายปกครอง ทั้ง ๆ ที่ โดยปกติแล้วอำนาจดังกล่าว เป็นของ รัฐสภา อันถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนจึงเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายมาบังคับใช้ต่อประชาชน คือ' การเปลี่ยนแปลงความคิดว่าด้วยภารกิจของรัฐ (Function of State) กับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี กรณีแรก หมายความว่า ในสมัยดั้งเดิมนั้น บทบาทและภาระหน้าที่ของรัฐจำกัดอยู่แต่เพียงภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) เท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะสงวนสิทธิ หรือสวัสดิภาพที่มีอยู่แล้วให้คงทนอยู่ต่อไปไม่ได้ สร้างสรรเพิ่มเติมขึ้นจากเดิมแต่ประการใดเลย ข้อความความคิดเห็นทางการเมืองของรัฐเสรีนิยมในศตวรรษที่ 17-18 ก็เห็นว่า รัฐควรจะกำหนดบทบาทและหน้าที่ของตนแต่เพียงภารกิจพื้นฐานนี้เท่านั้น รัฐควรจะล่งล้ำเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด รัฐไม่ควรแทรกแซงวิถีชีวิตทางสังคมเศรษฐกิจของเอกชนแต่เมื่อสิทธิเสรีภาพในการประกอบการค้า ๑ ของเอกชนเป็นไปอย่างกว้างขวางก่อให้เกิดการเอาโรคเอาเปรียบกันในสังคม ความยากจนข้นแค้นก็ตามมา ประชาสังคมจึงเรียกร้องให้รัฐบาลเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม ยอมให้รัฐแทรกแซงวิถีชีวิตของประชาชนทั้งในทางเศรษฐกิจ และสังคมจะเห็นว่า ในศตวรรษที่ 20 นอกจากรัฐจะทำหน้าที่ในทางพื้นฐานแล้ว รัฐยังได้เข้าแทรกแซงวิถีชีวิตทั้งในทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชนอีกด้วย ทั้งนี้เพื่อปรับปรุงวิถีชีวิต ของประชาชนให้มีความเป็นอยู่ดีขึ้น เรียกภารกิจของรัฐเช่นนี้ว่า ภารกิจลำดับรอง (Secondary Function) ผลก็คือ รัฐเข้าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น ซึ่งรัฐจะเข้าไปแทรกแซงจำกัดสิทธิของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้

สำหรับกรณีที่สอง หมายความว่า ผลจากการพัฒนาความเจริญก้าวหน้าของโลก เทคโนโลยีต่าง ๆ ได้รับการพัฒนารุดหน้าไปไกล ผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ สภาพความเป็นอยู่ของประชาชนเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยปัญหาใหม่ ๆ เริ่มเกิดขึ้นอย่าง

(ต่อ) Information socio – politique (crisp) , 1974 , p. 88 อ้างถึงใน วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ , สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2538) , น. 17

⁷ M.P. Jain , Administrative Law of Malaysia and Singapore , (Singapore Malayan Law Journal (PTE) Ltd. , 1980) p. 132 อ้างถึงใน รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ์ , “ การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย , “ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2533) , น. 8

มากมาย กฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะสามารถควบคุมหันดักยต่าง ๆ ได้ รัฐต้องเข้าไปควบคุมการใช้เทคโนโลยีเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหา ซึ่งจะต้องมีกฎหมายในอำนาจความต้องการกฎหมายจึงมีเพิ่มขึ้น แต่ในสภาพความเป็นจริงรัฐ สภามีภาระหนักและเป็นแรงกดดันต่อการทำงานของรัฐสภา รัฐสภาไม่อาจจะดำเนินงานตรากฎหมายให้บรรลุผลสำเร็จด้วยลำพังตนเองได้ ทั้งนี้เพราะ

1. กระบวนการนิติบัญญัติมีความยุ่งยากสลับซับซ้อน และกินเวลานาน ทำให้การตรากฎหมายล่าช้า และขณะเดียวกันรัฐสภาต้องเผชิญกับปัญหาเรื่องเวลา กล่าวคือสมัยประชุมสภามีระยะเวลาสั้น ในขณะที่ข้อเท็จจริงทางสังคมเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และอาจมีผลให้ข้อเท็จจริงที่ค้ำนึ่งถึงในขณะร่างกฎหมายฉบับนั้นถูกแทนที่ด้วยข้อเท็จจริงใหม่ที่เปลี่ยนแปลง ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้

2. การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในเรื่องทางสังคม เศรษฐกิจนั้น จะต้องอาศัยความรู้เป็นพิเศษเฉพาะด้าน ความเจริญก้าวหน้าในทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทำให้เกิดปัญหาทางเทคนิคซึ่งเฉพาะผู้เชี่ยวชาญทางวิชาชีพ โดยเฉพาะสาขาเท่านั้นจึงจะมีความรู้ความสามารถ ความรู้พิเศษเหล่านี้ สมาชิกสภาไม่เพียงพอและลึกซึ้งถึงขนาดหากจะตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดด้วยก็จะได้กฎหมายที่ไม่ดีไม่มีคุณภาพปราศจากสภาพบังคับ

3. ความจำเป็นที่ต้องจัดให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับข้อเท็จจริงในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว เพราะในสถานการณ์ที่งานของรัฐสภามีมากมาย มีหลายครั้งที่ไม่อาจจะกำหนดรายละเอียดของกฎหมายได้ก่อนที่ข้อเท็จจริงจะเกิดขึ้น หรือถ้ากฎหมายตายตัวไปก็จะยุ่งยากในการติดตามแก้ไข ดังนั้นในส่วนของรายละเอียดของกฎหมายที่แตกต่างกันไปตามสถานการณ์นี้ จึงไม่สมควรจะกำหนดไว้ในกฎหมาย แต่ควรจัดให้อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองผู้ปรับใช้กฎหมายและรู้ถึงข้อเท็จจริงในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

นอกจากภาระหน้าที่การบัญญัติกฎหมายซึ่งรัฐสภาต้องเผชิญกับปัญหาข้อจำกัดเรื่องความสามารถขององค์กรแล้ว รัฐสภายังมีหน้าที่อื่น ๆ อีกมากมาย เช่นการอภิปรายกิจการงานของรัฐ การอนุมัติงบประมาณ เป็นต้น รัฐสภาจึงไม่สามารถรับมือกับกิจการงานของตนได้อย่างเต็มที่ ยิ่งไปกว่านั้นการเผยแพร่ประชาธิปไตยยังทำให้รัฐสภา

ปฏิบัติการกิจได้ยากมากขึ้น เพราะมาตรการที่จำเป็นอาจทำให้สมาชิกรัฐสภาไม่ได้รับความนิยมนอกจากประชาชนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่รัฐเข้าไปแทรกแซงสิทธิ เสรีภาพของเอกชนอย่างมากมาทั้งในการควบคุมและดำเนินการเอง ยิ่งแทรกแซงมาก กฎหมายก็ยิ่งบัญญัติชัดเจนไม่ได้มากขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้เพราะรัฐสภาไม่สามารถออกกฎหมายได้ครอบคลุมทั่วถึงว่าในกรณีใดรัฐจึงจะมีความจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพของประชาชนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของมหาชนสิ่งเหล่านี้เองที่เป็นแรงกดดันในการทำงานของรัฐสภา วิธีหนึ่งที่สามารถแบ่งเบาภาระหน้าที่ของรัฐสภาได้และเพื่อให้สอดคล้องกับ บทบาทใหม่ของรัฐ (รัฐสวัสดิการ) จึงมีความจำเป็นที่รัฐสภาต้องจัดให้มีการมอบอำนาจให้องค์กรอื่นตรากฎหมายในรูปของกฎหมายลำดับรองและเป็นการสมควรที่จะยอมให้รัฐสภาไม่ต้องรับผิดชอบในการกำหนดรายละเอียดของกฎหมาย รัฐสภาจะประหยัดเวลาโดยตัดสินใจกำหนดหลักการและนโยบายที่สำคัญไว้ในกฎหมายและละทิ้งในส่วนรายละเอียดให้กับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องเป็นผู้กำหนด เป็นความจริงที่ว่าถ้ารัฐสภาไม่เต็มใจที่จะมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองให้องค์กรอื่นแล้ว รัฐสภาก็จะไม่สามารถตรากฎหมายทั้งชนิดและปริมาณให้เพียงพอต่อความต้องการของสาธารณชนได้

สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น การที่รัฐสภามอบอำนาจให้สามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นได้นั้น มีสาเหตุพอสรุปได้ดังนี้

1. เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งตามหลักการกระจายอำนาจ ซึ่งรัฐมอบหมายภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมในท้องถิ่นให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผ่อนเบาภาระของรัฐบาลลงทั้งนี้เพราะเหตุว่ารัฐบาลมีภาระหน้าที่ที่จะต้องจัดทำหลายเรื่องหลายประการอีกทั้งเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะในท้องถิ่น สามารถจัดทำได้ตรงตามความมุ่งประสงค์ที่แท้จริงของท้องถิ่น เพราะผู้บริหารของท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้ง แต่การกระทำต่าง ๆ เพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง นั้น จะไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในทางปฏิบัติได้เลย หากไม่ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกข้อบัญญัติท้องถิ่นทั้งนี้เนื่องจากการมอบภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้ กฎหมายทำได้เพียงแต่วางกรอบกว้าง ๆ ไว้เท่านั้น เช่น มอบภาระหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือการป้องกันและระงับโรคติดต่อแต่วิธีการที่จะให้องค์กรปก

ครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ เพราะหากบัญญัติไว้แล้วจะทำให้กฎหมายยื่นเยื่อเกินความจำเป็น อาจไม่เหมาะสมกับ บางท้องถิ่น อีกทั้งอาจจะขัดต่อความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ดังนั้นในเรื่องของวิธีการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว จึงจำเป็นต้องมอบหมายให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปกำหนดรายละเอียดวิธีปฏิบัติเอาเองแล้วแต่จะเห็นสมควร ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยการออกเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่นนั่นเอง

2. นอกจากนี้ดังที่กล่าวมาแล้วว่า อำนาจกระทำต่าง ๆ ขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น มี 4 ประการ คือ การวางกฎข้อบังคับทั่วไปหรือการออกกฎ การ ออกคำสั่ง วินิจฉัย การทำสัญญา และปฏิบัติการต่าง ๆ นั้นการกระทำทั้ง 4 ประการของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือการวาง กฎข้อบังคับทั่วไปมีขึ้นเพื่อให้เป็นมาตรการที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะตัวอย่างเช่น เทศบัญญัติเทศบาลนคร นนทบุรี เรื่องการกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย พ.ศ. 2541 ข้อ 8 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจ ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ระบุว่า “ห้ามมิให้ผู้ใด ถ่าย เท ทิ้งสิ่ง ปฏิกูลลงในที่รองรับมูลฝอย” เทศบัญญัติดังกล่าว ต้องการให้มีผลบังคับในเรื่องการไม่ ให้เกิดเหตุการณ์ถ่าย เท ทิ้งสิ่งปฏิกูลลงในที่รองรับมูลฝอยเกิดขึ้นในเขตเทศบาลนคร นนทบุรี อันเป็นการให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เพราะห้ามทุก ๆ คน ที่อยู่ในเขตเทศ บาลมิให้กระทำการดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็ใคร มาจากที่ใด เมื่ออยู่ในเขตเทศบาลแล้ว วิ อาจกระทำการที่เทศบัญญัติห้ามไว้แต่ มิได้ห้ามบุคคลใด ๆ เป็นการเฉพาะเจาะจงแม้แต่ สภาเทศบาลซึ่งเป็นผู้ออกเทศบัญญัติดังกล่าวก็ยังคงอยู่ภายใต้บังคับเรื่องนี้ด้วย หรือ ในกรณีการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น คำสั่ง อนุญาต ตามใบอนุญาต จัดตั้งสุสาน และฌาปนสถาน ที่เทศบาลอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการจัดตั้ง สุสานและฌาปนสถานประเภทสาธารณะ ตามพระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถาน พ.ศ. 2528 หรือในกรณีการทำสัญญา เช่น การจัดซื้อจัดจ้างเพื่อจัดหาพัสดุ หรือกรณี ปฏิบัติการต่าง ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎข้อ บังคับ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือสัญญาต่าง ๆ เช่น การจับกุมผู้กระทำความผิดข้อบัญญัติท้องถิ่น การเก็บขยะมูลฝอย การซ่อมแซมถนนหนทาง การวางท่อระบายน้ำ การรักษาพยาบาล การกระทำกิจกรรมเหล่านี้ของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้

การกระทำดังกล่าว ทั้ง 4 ประการข้างต้น เป็นการกระทำขององค์กรปก

ครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้บริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับมอบมาจาก รัฐ ดำเนินไปบรรลุวัตถุประสงค์ในการมอบหมายภาระหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นรัฐจึงต้อง ตรากฎหมายให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจกระทำการทั้ง 4 ประการ ดัง กล่าวแล้ว

ด้วยเหตุดังกล่าวอำนาจในการออกกฎข้อบังคับทั่วไปขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น จึงเป็นอำนาจกระทำเพื่อให้ภารกิจที่รัฐมอบหมายให้องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นรับไปดำเนินการเพื่อเป็นการผ่อนเบาภาระของรัฐได้สำเร็จลุล่วงไป จึงจำ เป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ กฎหมายดังกล่าวได้แก่ กฎหมายระดับพระราช บัญญัติเท่านั้น การออกกฎข้อบังคับดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายลำดับรอง ที่เรียกว่า ข้อ บัญญัติท้องถิ่น

1.2 องค์กรผู้มีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นคือสภาท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในประเทศไทยจัดแบ่งองค์การภายใน ออกเป็น 2 ส่วน คือ สภาท้องถิ่น กับ คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นแล้วแต่ กรณี ดังต่อไปนี้

ก. กรณีเทศบาล ::พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 14 บัญญัติ ว่า “ องค์การเทศบาล ประกอบด้วย สภาเทศบาล และคณะเทศมนตรี”

ข. กรณีกรุงเทพมหานครพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพ มหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ การบริหารกรุงเทพมหานคร ประกอบด้วย สภากรุงเทพมหานคร กับ ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร”

ค. กรณีเมืองพัทยา พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 8 บัญญัติว่า “การบริหารเมืองพัทยาประกอบด้วย (1) สภาเมืองพัทยา (2) นายกเมืองพัทยา

ง. กรณีองค์การบริหารส่วนตำบล พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์ การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 44 บัญญัติว่า “องค์การบริหารส่วนตำบล ประกอบด้วยสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและคณะกรรมการบริหารองค์การบริหาร ส่วนตำบล”

จ. กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัด พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วน

จังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในจังหวัดหนึ่งให้มีองค์การบริหารส่วนจังหวัด ประกอบด้วยสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด ฯลฯ”

การจัดองค์การภายในองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าว เป็นผลมาจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ก่อนหน้านี้นี้ประเทศไทยยอมรับหลักการจัดแบ่งองค์การภายในขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกเป็น 2 ส่วนดังกล่าวเช่นกัน แต่มีผลในทางปฏิบัติไม่เคร่งครัดนัก กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 216 ว่า “การปกครองท้องถิ่นทุกระดับในทุกจังหวัดรวมทั้งนครหลวงให้มีสภาท้องถิ่นและหัวหน้าฝ่ายบริหารท้องถิ่น หรือคณะผู้บริหารท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่นและต้องมีการเลือกตั้งตามระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมาย” รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 มาตรา 181 บัญญัติว่า “การปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น” และในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 มาตรา 197 บัญญัติว่า “การจัดระเบียบการปกครองท้องถิ่น ให้มีสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารหรือผู้บริหารส่วนท้องถิ่นหรือมีรูปแบบอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในสองฉบับแรกที่กล่าวมาแล้ว เป็นที่ชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญสองฉบับแรกต้องการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรหนึ่งและฝ่ายบริหารท้องถิ่นอีกองค์กรหนึ่ง⁸ แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ในมาตรา 197 แม้จะมีบทบัญญัติต้องการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสภาท้องถิ่นกับฝ่ายบริหารเช่นเดียวกันก็ตาม แต่ความในคอนทักของมาตราดังกล่าวกลับเปิดช่องให้มีรูปแบบอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติได้ซึ่งในขณะที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ดังกล่าว ประเทศไทยมีองค์กรปกครองรูปแบบหนึ่ง คือ “สุขาภิบาล” ตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 ซึ่งการจัดองค์การภายใน มิได้แบ่งออกเป็นสภาท้องถิ่นกับผู้บริหารท้องถิ่นแต่อย่างใด ซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้า ผลของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ดังกล่าว ทำให้การจัดองค์การภายในสุขาภิบาล ซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญอยู่กลับกลายเป็นบทกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁹ ไปเสีย

⁸ พนม เอี่ยมประยูร , “หลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายซึ่งมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ “ ใน อาจารย์บุษานันท์สิริรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แก่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม , (กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2538) , น. 264

⁹ เรื่องเดียวกัน

สำหรับวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่น ก็เช่นเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 217 บัญญัติชัดเจนว่า “การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นให้ใช้วิธีออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ” แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 182 และฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 198 ก็มีบทบัญญัติไว้เช่นเดียวกัน แต่ก็มีบทบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในวรรคแรกของแต่มาตราว่า “สมาชิกสภาท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งเป็นหลัก การแต่งตั้งสมาชิกจะกระทำได้เฉพาะในกรณีที่ยังเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและต้องมีจำนวนน้อยกว่าสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้ง “จากบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวก็เท่ากับว่า รัฐธรรมนูญได้ยอมรับวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นว่าการแต่งตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นก็สามารถทำได้ หากมีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยมีเงื่อนไขว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นประเภทนี้จะต้องมีจำนวนน้อยกว่าสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้ง

ซึ่งในช่วงเวลาดังแต่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 เป็นต้นมาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยมีสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มาจากการแต่งตั้งและมีจำนวนมากกว่าสมาชิกประเภทที่มาจากการเลือกตั้งคือคณะกรรมการสุขาภิบาล ตามพระราชบัญญัติ สุขาภิบาล พ.ศ. 2495 มาตรา 7 ซึ่งประกอบด้วย นายอำเภอ หัวหน้าสถานีตำรวจ อำเภอ สาธารณสุขอำเภอ สหม์บัญชีอำเภอ กำนันและผู้ใหญ่บ้าน ปลัดอำเภอ 1 คน และผู้ซึ่งราษฎรเลือกตั้งขึ้นมาเพียง 4 คน เห็นได้ชัดเจนว่า องค์ประกอบของคณะกรรมการสุขาภิบาลประเภทที่มีได้มาจากเลือกตั้ง มีจำนวนมากกว่าประเภทที่มาจากการเลือกตั้งอย่างชัดเจน ผลจากการมีประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 ดังกล่าวแล้วจึงได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 โดยพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528 ซึ่งคณะกรรมการสุขาภิบาลตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2528 นี้ประกอบด้วย นายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอแห่งท้องที่ที่สุขาภิบาลนั้นตั้งอยู่ ปลัดอำเภอแห่งอำเภอหรือกิ่งอำเภอที่สุขาภิบาลนั้นตั้งอยู่ที่ผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งขึ้นจำนวน 1 คน กำนันแห่งตำบลซึ่งมีพื้นที่ส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของตำบลนั้นตั้งอยู่ในเขตสุขาภิบาล และสมาชิกซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามสำหรับผู้สมัครรับเลือกตั้งตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลซึ่งราษฎรในเขตสุขาภิบาลนั้นเลือกตั้งขึ้นจำนวน 9 คน การแก้ไขพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 ดังกล่าว เป็นการแก้ไขเฉพาะองค์ประกอบของคณะกรรมการสุขาภิบาลเพื่อให้กรรมการที่มาจากการเลือกตั้งมีจำนวนมากกว่าประเภทที่มีได้มาจากเลือกตั้ง เท่านั้น มิได้แก้ไขเรื่องการจัดองค์การภายในออก

เป็นสภาท้องถิ่นกับฝ่ายบริหารท้องถิ่นแต่ประการใด การจัดองค์การของสุขาภิบาลจึงขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน แต่ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 ซึ่งมีบทบัญญัติตามมาตรา 197 ดังกล่าวแล้ว ทำให้การจัดรูปแบบขององค์การของสุขาภิบาลซึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญกลับมาเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไป

อนึ่ง ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 กฎหมายฉบับนี้ให้มีการจัดตั้งเมืองพัทยาเป็น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปพิเศษ โดยการจัดองค์การภายในแบ่งออกเป็นสภาเมืองพัทยากับปลัดเมืองพัทยา สภาเมืองพัทยาดำเนินการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 มีสมาชิก 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง ได้แก่สมาชิกซึ่งได้รับเลือกตั้งตามพระราชบัญญัตินี้ จำนวน 9 คน ประเภทที่สอง ได้แก่ สมาชิกที่รัฐมนตรีแต่งตั้ง จำนวน 8 คน

และต่อมาเมื่อมีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มีบทบัญญัติว่าด้วยองค์ประกอบของสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไว้ในมาตรา 45 ว่า “สภาองค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสมาชิกโดยตำแหน่งได้แก่ กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ของทุกหมู่บ้าน และแพทย์ประจำตำบล และสมาชิกซึ่งได้รับเลือกตั้งจากรายครัวในแต่ละหมู่บ้านในตำบลนั้น ดังกล่าวเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล หมู่บ้านละสองคน” จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าวิธีการจัดองค์การสุขาภิบาลและองค์ประกอบของสภาเมืองพัทยากับสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ขัดต่อหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นอย่างชัดเจนเพราะเหตุว่า สภาท้องถิ่นซึ่งเป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายการปกครองของท้องถิ่น อำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายท้องถิ่นเพื่อบังคับใช้ในท้องถิ่น ตลอดจนการควบคุมฝ่ายบริหารของท้องถิ่นอันเป็นอำนาจหน้าที่ในฐานะผู้แทนของประชาชนในท้องถิ่น เป็นผู้แสดงเจตจำนงของประชาชนในท้องถิ่น กลับมีเจ้าหน้าที่ของทางราชการเข้าร่วมเป็นกรรมการในสภาท้องถิ่นอยู่ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีสุขาภิบาลนั้นนอกจากจะมีคณะกรรมการที่มาจากแต่งตั้งแล้ว ยังไม่ได้จัดแบ่งองค์การภายในออกเป็นสภาท้องถิ่นกับฝ่ายบริหารท้องถิ่นอีกด้วย

จนกระทั่งเมื่อมีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ซึ่งในมาตรา 285 บัญญัติว่า “องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสภาท้องถิ่น

และคณะผู้บริหารส่วนท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น” วรรคสอง บัญญัติว่า “สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง” ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็มีบทบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 284 อันเป็นการย้อนกลับไปสู่หลักการเดิมของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2517 และ พ.ศ. 2521 อีกครั้งผลกระทบจากการมีบทบัญญัติดังกล่าวทำให้มีการยกเลิกและแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติสภาภิบาล พ.ศ. 2495 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับเก่า (ฉบับ พ.ศ. 2534) แต่ขัดกับหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ ของประชาชนในท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยเฉพาะฉบับปัจจุบัน ขัดทั้งหลักการและวิธีการ ในการปรับปรุงแก้ไขมีดังต่อไปนี้

1. การยกเลิกพระราชบัญญัติสภาภิบาล พ.ศ. 2495 แล้วบังคับใช้พระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะสภาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542

แต่เดิมการจัดองค์การสภาภิบาลจัดในรูปของคณะกรรมการที่เรียกว่า “คณะกรรมการสภาภิบาล” ทำหน้าที่ควบคุมทั้งนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร องค์ประกอบของคณะกรรมการสภาภิบาลประกอบด้วยกรรมการ โดยตำแหน่งกรรมการ โดยการแต่งตั้งและที่กรรมการที่มาจากเลือกตั้งมีเพียง 4 ตำแหน่งเท่านั้น กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ นายอำเภอแห่งท้องที่ซึ่งสภาภิบาลนั้นตั้งอยู่เป็นประธานกรรมการสภาภิบาล หัวหน้าสถานีตำรวจอำเภอหรือกิ่งอำเภอที่สภาภิบาลนั้นตั้งอยู่ สาธารณสุขอำเภอหรือกิ่งอำเภอที่สภาภิบาลนั้นตั้งอยู่ สมุหบัญชีอำเภอหรือกิ่งอำเภอที่สภาภิบาลนั้นตั้งอยู่ กำนันและผู้ใหญ่บ้านของตำบล และหมู่บ้าน ซึ่งอยู่ในเขตสภาภิบาล นั้น ส่วนกรรมการที่มาจากแต่งตั้งของผู้ว่าราชการจังหวัด ได้แก่ ปลัดอำเภอแห่งอำเภอที่สภาภิบาลนั้นตั้งอยู่อีก 1 คน โดยกรรมการโดยตำแหน่งที่เป็นกำนัน ผู้ใหญ่บ้านนั้น ประกอบด้วยกำนันและผู้ใหญ่บ้านทุกคนในเขตสภาภิบาลซึ่งหากว่าสภาภิบาลใดมีพื้นที่หลายตำบลรวมกัน จำนวนกรรมการโดยตำแหน่งก็จะมากขึ้นตามไปด้วย ความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น ที่แสดงออกผ่านผู้แทนของพวกตนซึ่งได้แก่กรรมการที่มาจากเลือกตั้ง 4 คน ย่อมมีโอกาสบังเกิดผลได้น้อย โดยย่อมจะแพ้มติซึ่งเป็นของฝ่ายกรรมการโดยตำแหน่งอยู่รำไปต่อมาในปี พ.ศ. 2528 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติสภาภิบาล พ.ศ. 2495 โดยพระราชบัญญัติสภาภิบาล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2528 ซึ่งระบุให้คณะกรรมการสภาภิบาลประกอบด้วยนายอำเภอ จึงเป็นกรณีขัดแย้งต่อหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์

ของประชาชนในท้องถิ่นซึ่งรัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับให้การรับรองหลักการดังกล่าวไว้ ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงมีบทบัญญัติในมาตรา 285 กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสภาท้องถิ่นกับผู้บริหารหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่นสมาชิกท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง คณะผู้บริหารหรือผู้บริหารให้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนหรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น ดังกล่าว

เพื่อดำเนินการให้โครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบสุขาภิบาล เป็นไปตามบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คือ ประกอบด้วยสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่น จึงได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงฐานะของสุขาภิบาลเป็นเทศบาล เรียกว่า พระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะของสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 25 พฤษภาคม 2542 เป็นต้นไป ผลคือสุขาภิบาลทั่วประเทศจำนวน 981 แห่ง ได้รับการยกฐานะเป็นเทศบาลตำบลทั้งหมด และเมื่อได้รับการยกฐานะดังกล่าวแล้วจึงต้องอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 โดยจะต้องจัดองค์การแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ คือสภาเทศบาล กับ คณะเทศมนตรี

2. การยกเลิกพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 แล้วบังคับใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

แต่เดิมนั้น การจัดระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาแม้ว่าจะแบ่งออกเป็นสภาเมืองพัทยากับปลัดเมืองพัทยา อันเป็นการจัดองค์การในรูปสภาท้องถิ่นกับผู้บริหารท้องถิ่นก็ตาม¹⁰ แต่ที่มาของสภาเมืองพัทยา ประกอบด้วยสมาชิก 2 ประเภทคือประเภทที่มาจากการเลือกตั้ง จำนวน 9 คน กับประเภทที่มาจากการแต่งตั้งของรัฐมนตรีอีกจำนวน 8 คน¹¹ นอกจากนี้ผู้บริหารท้องถิ่นของเมืองพัทยา คือปลัดเมืองพัทยานั้น มาจากการว่าจ้างบุคคลภายนอกมาทำหน้าที่ มิใช่มาจากการเลือกตั้งแต่อย่างใดอันเป็นการนำเอาระบบการจัดการปกครองแบบผู้จัดการเมือง (City Manager) ของสหรัฐอเมริกามาใช้ แต่การนำมาใช้ดังกล่าวกลับล้มเหลว โดยปรากฏว่ามีปัญหาปรากฏ

¹⁰ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 มาตรา 8

¹¹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 มาตรา 9

มากมายจนกระทั่งเคยมีนายกรัฐมนตรีท่านหนึ่ง (นายอานันท์ ปันยารชุน) ออกไปตรวจสภาพการณ์ด้วยตนเองและวิจารณ์การบริหารเมืองพัทยาอย่างรุนแรง¹² ผลจากความล้มเหลวดังกล่าว รัฐบาลมีนโยบายให้เมืองพัทยามาใช้รูปแบบการปกครองท้องถิ่นในรูปของเทศบาล จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาฉบับใหม่สู่การพิจารณาของสภา และปัจจุบันได้มีการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ คือพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 120 ก วันที่ 29 พฤศจิกายน 2542

ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในมาตรา 8 กำหนดให้การบริหารเมืองพัทยาประกอบด้วยสภาเมืองพัทยากับนายกเมืองพัทยา ในมาตรา 9 กำหนดให้สภาเมืองพัทยายประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 24 คน ซึ่งเลือกตั้งโดยราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเมืองพัทยา และในมาตรา 41 กำหนดให้เมืองพัทยามีนายกเมืองพัทยคนหนึ่งซึ่งเลือกตั้งโดยราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเมืองพัทยา การเลือกตั้งนายกเมืองพัทยา ให้กระทำโดยวิธีออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ

3. การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

ได้มีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 โดยประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 116 ตอนที่ 40 ก วันที่ 20 พฤษภาคม 2542 โดยในมาตรา 7 บัญญัติว่า “ให้ยกเลิกความในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 45 สภาองค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล จำนวนหมู่บ้านละสองคน ซึ่งเลือกขึ้นโดยราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในแต่ละหมู่บ้านในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น ฯลฯ ”

¹² ไกวิทย์ พวงงาม , การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมิติใหม่ในอนาคต . (กรุงเทพฯ ฯ : บริษัท บพิตการพิมพ์ จำกัด , 2542) , น. 216

สำหรับในส่วนของ เทศบาล กรุงเทพมหานคร และองค์การบริหารส่วนจังหวัด ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทได้กำหนดการแบ่งองค์การภายในเป็นสภาท้องถิ่นกับคณะผู้บริหารหรือผู้บริหารท้องถิ่นไว้แล้ว อีกทั้งยังได้กำหนดให้สมาชิกสภาท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้ง ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยทั้งหมดมีการจัดแบ่งองค์การ ออกเป็นสภาท้องถิ่นกับฝ่ายบริหาร และมีที่มาจากเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น ทั้งนี้เพื่อเป็นการสอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญ ที่ว่า”หลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น” แล้ว

สำหรับอำนาจหน้าที่ของสภาท้องถิ่นนั้น นอกจากจะมีในเรื่องการกำหนดนโยบายการทำงานของท้องถิ่น การควบคุมฝ่ายบริหารท้องถิ่น การอนุญาตหรืออนุมัติในบางเรื่องแล้วอำนาจหน้าที่หลักประการหนึ่ง คือ อำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นทุกประเภท ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ที่มีความสำคัญมากถือเป็นหัวใจขององค์กรปกครองตนเอง ดังที่ BOURJOL กล่าวไว้ว่า หลักการปกครองตนเอง (Le principe de libre administration des collectivités locales) นั้น ไม่อาจแสดงให้ปรากฏด้วยลักษณะอื่นใดได้นอกจากโดยความเป็นเอกเทศ ในการออกข้อบัญญัติ (autonomie normative) ขององค์กรเหล่านั้นในกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของคน¹³ เลยทีเดียว

1.3 รูปแบบกระบวนการและขั้นตอนการออกข้อบัญญัติเป็นไปตามกฎหมายกำหนด

ข้อบัญญัติท้องถิ่นมีลักษณะเป็นกฎ กล่าวคือเป็นมาตรการที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งหากได้พิจารณาองค์ประกอบทางเนื้อหาแล้ว จะเห็นว่าอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นคล้ายคลึงกับอำนาจในการตรากฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติคือรัฐสภา ในแง่ที่ว่าต่างก็เป็นอำนาจออกกฎหมายซึ่งมีลักษณะทั่วไป (général) และใช้บังคับกับบุคคลโดยไม่เฉพาะเจาะจง (impersonel) เช่นเดียวกัน¹⁴ ขณะเดียวกันกระบวนการขั้นตอนการออก

¹³ พนม เอี่ยมประยูร , “ อำนาจตราข้อบังคับขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 3 กันยายน 2537 , น. 479

¹⁴ เรื่องเดียวกัน , น. 480

ข้อบัญญัติท้องถิ่นก็คล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติ เช่นกัน เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากการจัดองค์การภายใน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีลักษณะคล้ายกับการจัดแบ่งหน้าที่ขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวคือการแบ่งหน้าที่ขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตย นั้นจัดแบ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่ในการออกกฎหมายขึ้นเพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนทั่วไปทั่วประเทศ ขณะที่ข้อบัญญัติท้องถิ่น องค์กรผู้มีหน้าที่ในการออกข้อบัญญัติได้แก่สภาท้องถิ่น ซึ่งมีลักษณะองค์กรคล้ายกับองค์กรนิติบัญญัติเช่นกัน ทำหน้าที่ในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขึ้นใช้บังคับแก่คนทั่วประเทศ เฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่นนั้น¹⁵ ส่วนองค์กรฝ่ายบริหารในระดับประเทศฝ่ายบริหาร ทำหน้าที่บังคับการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามบทกฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น รวมทั้งบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครองในระดับต่าง ๆ ในทำนองเดียวกันคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นก็ทำหน้าที่บังคับการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามข้อบัญญัติท้องถิ่นที่สภาท้องถิ่นออกใช้บังคับและบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าว รูปแบบกระบวนการและขั้นตอนในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นก็เป็นไปในทำนองเดียวกันกับการตรากฎหมายของรัฐสภา ทั้งนี้กระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภานั้น มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งในปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ส่วนรูปแบบกระบวนการและขั้นตอนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นก็เป็นไปตามรูปแบบกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทนั้น ๆ ซึ่งก็ถือว่ามีฐานะเป็นธรรมนูญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท รูปแบบกระบวนการและขั้นตอนของการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นพอสรุปได้ดังนี้

1.3.1 รูปแบบของข้อบัญญัติท้องถิ่น

รูปแบบของข้อบัญญัติท้องถิ่น กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายลำดับรอง กล่าวคือเป็นไปตามข้อบังคับการประชุมสภาท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ อันได้แก่ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาองค์กรบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาเทศบาล พ.ศ. 2496 ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการประชุมสภาองค์กรบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538

¹⁵ คู่มือพิพากษากฎีกาที่ 1074/ 2535

ข้อบังคับการประชุมสภากรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2541 และข้อบังคับการประชุมสภาเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดรูปแบบทั่วไปของข้อบัญญัติท้องถิ่นไว้ว่า จะต้องแบ่งเป็นข้อ ๆ และมีบันทึกต่อไปนี้คือ หลักการของร่างข้อบัญญัติและเหตุผลที่เสนอร่างข้อบัญญัติ เป็นต้น

อนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 มีบทบัญญัติกำหนดถึงรูปแบบของกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไว้เป็นพิเศษด้วย โดยบัญญัติว่า

“ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจำกัดกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอนุโลม”

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตราดังกล่าวมีผลต่อรูปแบบของข้อบัญญัติท้องถิ่นด้วย เนื่องจากข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นกฎชนิดหนึ่งกล่าวคือข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ ทั้งนี้จะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราภูนั้นด้วยอันเป็นการอนุโลมนำ มาตรา 29 วรรคแรกและวรรคสองซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้กับกรณีที่ตรากฎหมายโดยรัฐสภามาใช้บังคับเกี่ยวกับการออกกฎข้อบังคับทั่วไป ซึ่งรวมถึงข้อบัญญัติท้องถิ่นด้วย

กรณีดังกล่าวนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา¹⁶ (กรรมการร่างกฎหมายคณะพิเศษ) ได้พิจารณาและมีความเห็นไว้ตามบันทึก ฉบับที่ 554/2542 วันที่ 17 กรกฎาคม 2542 โดยมีความเห็นว่า ความในบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยหมายความว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จะจำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ซึ่งคำว่า “กฎหมาย” ในวรรคหนึ่งนี้ย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึง “กฎหมายทั่วไป” ที่ตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่กฎหมายแม่บทอาจมอบอำนาจให้กำหนดรายละเอียดในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายลำดับรองก็ได้ คำว่า “เฉพาะ” มิได้ขยายคำว่า “กฎหมาย” แต่เป็นความต่อไปที่จำกัดวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายต่างหากว่ากฎหมายดังกล่าวจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองได้ “เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้” ดังนั้นกฎหมายลำดับรองจึงอาจจะมีเนื้อหาสาระเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ บทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงกำหนดให้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ในกฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วย สำหรับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา “กฎหมาย” ตามนัยที่สองนี้ ได้แก่ มาตรา 36 วรรคสอง มาตรา 37 วรรคสอง มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 44 วรรคสอง มาตรา 45 วรรคสอง มาตรา 50 วรรคสอง มาตรา 51 วรรคหนึ่ง และมาตรา 64 เป็นต้น

สำหรับประเด็นในเรื่องรูปแบบของกฎหรือข้อบังคับที่จะต้องปฏิบัติตาม มาตรา 29 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น เห็นว่า เนื่องจากกฎหรือข้อบังคับอาจมีที่มาจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับเพียงมาตราเดียวหรือหลายมาตราก็ได้ นอกจากนั้น บทบัญญัติเพียงมาตราเดียวหรือหลายมาตราของกฎหมายแม่บทดังกล่าวก็อาจมีที่มาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพียงมาตราเดียวหรือหลายมาตราก็ได้อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่าการจัดทำกฎหรือข้อบังคับ

¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามบันทึกเรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่สอง) เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 554 / 2542

ทั้งกรณีของฉบับแรกและฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนั้นหากจะต้องตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายหรือข้อบังคับเป็นรายฉบับในการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้วก็จะยุ่งยากที่จะวินิจฉัยและจะก่อให้เกิดความล่าช้า เพราะเนื้อหาสาระอาจเป็นการผสมผสานจากที่มาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายมาตราโดยมีส่วนเกี่ยวข้องมากน้อยต่างกันก็ได้ และโดยที่เจตนารมณ์การให้อ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นไปเพื่อให้ประชาชนได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง เพื่อประกอบการทำความเข้าใจกฎหมายเท่านั้นจึงสมควรให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องทุกมาตราที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแม่บทฉบับนั้นไว้ในบทอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายหรือข้อบังคับ โดยไม่ต้องพิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายหรือข้อบังคับฉบับนั้นว่าจะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่อ้างทุกมาตราหรือไม่

ดังนั้น หากข้อบัญญัติท้องถิ่นใดได้ออก โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และกฎหมายแม่บทนั้น ได้ตราขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการตรา “ เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้” เช่น มาตรา 36 วรรคสอง มาตรา 37 วรรคสอง มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 44 วรรคสอง มาตรา 45 วรรคสอง มาตรา 50 วรรคสอง มาตรา 51 วรรคหนึ่ง และมาตรา 64 เป็นต้น ข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น ๆ จะต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กล่าวแล้วนั้นไว้ด้วย แต่ถ้าหากกฎหมายแม่บทนั้น มิใช่กฎหมายที่ตราขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังเช่นมาตรา ดังกล่าว หรือหากว่าใช่ แต่ก็เป็นการออกโดยเกินกว่าจำเป็น หรือไปกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพแล้วข้อบัญญัตินั้นก็จะขัดต่อรัฐธรรมนูญ

1.3.2 ผู้มีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น

ผู้มีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น จำแนกได้เป็น 3 ประเภทดังนี้

1.3.2.1 สมาชิกสภาท้องถิ่น

สมาชิกสภาท้องถิ่น มีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น เข้าสู่การพิจารณาของสภาท้องถิ่น ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยกเว้นกรณีเทศบาล พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มิได้มีบทบัญญัติระบุให้

สิทธิแก่สมาชิกสภาท้องถิ่นในการเสนอร่างเทศบัญญัติต่อสภาเทศบาลแต่อย่างใด แต่สิทธิดังกล่าวของสมาชิกสภาเทศบาลเป็นไปตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาเทศบาล พ.ศ. 2496 ข้อ 42 ซึ่งออกตามความในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยวางระเบียบข้อบังคับการประชุม สภาเทศบาลไว้

อนึ่ง กรณีการเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยสมาชิกสภาท้องถิ่นโดยปกติแล้วกฎหมาย ข้อบังคับการประชุมสภาท้องถิ่นแล้วแต่กรณี จะกำหนดให้มีสมาชิกสภาคนอื่น ๆ ลงนามรับรองด้วย เช่นกรณีกรุงเทพมหานคร ต้องมีสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร ลงนามรับรองไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า ของจำนวนสมาชิกสภากรุงเทพมหานครทั้งหมด

1.3.2.2 คณะผู้บริหารหรือผู้บริหารท้องถิ่น

คณะผู้บริหารหรือผู้บริหารท้องถิ่น มีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นเข้าสู่อำนาจพิจารณาของสภาท้องถิ่นได้เช่นเดียวกับสมาชิกสภาท้องถิ่นและโดยปกติแล้วการเสนอร่างข้อบัญญัติโดยคณะผู้บริหารหรือผู้บริหารท้องถิ่นไม่ต้องมีผู้รับรองแต่อย่างใด

1.3.2.3 ผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นต่อประธานสภาท้องถิ่น เพื่อดำเนินการให้สภาท้องถิ่นพิจารณาออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในเรื่องใดที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นได้ ทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ซึ่งประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 104 ก ลงวันที่ 26 ตุลาคม 2542 มีผลใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ 27 ตุลาคม 2542

การที่มีการบังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวมีเหตุผลเนื่องมาจากมาตรา 286 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติให้ราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด จำนวนไม่น้อยกว่า กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิ

เลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น มีสิทธิ เข้าชื่อเพื่อให้สภาท้องถิ่นพิจารณาออกข้อบัญญัติท้องถิ่นได้ และในมาตรา 287 ได้บัญญัติให้หลักเกณฑ์ และวิธีการเข้าชื่อ รวมทั้งการตรวจสอบให้เป็นไปตามกฎหมายบัญญัติ

1.3.3 การพิจารณาร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นในที่ประชุมสภาท้องถิ่น

การพิจารณาร่างข้อบัญญัติของสภาท้องถิ่นมีขั้นตอนปรากฏตามระเบียบหรือข้อบังคับต่าง ๆ ดังนี้

- ก. ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540
- ข. ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาเทศบาล พ.ศ. 2496
- ค. ข้อบังคับการประชุมสภาเมืองพัทยา พ.ศ. 2542
- ง. ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538
- จ. ข้อบังคับการประชุมสภากรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2541

ซึ่งขั้นตอนในการประชุมพิจารณาของสภาท้องถิ่นแต่ละประเภทตามระเบียบและข้อบังคับ ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น จะมีวิธีการที่คล้ายคลึงกันสามารถสรุปเป็นขั้นตอนได้ ดังนี้

1. การเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่นเข้าสู่การพิจารณาของสภาท้องถิ่นทำเป็นญัตติร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น เสนอล่วงหน้าเป็นหนังสือ

โดยปกติแล้วญัตติ จะมี 2 อย่างคือ ญัตติเกี่ยวกับกิจการภายในขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กับญัตติร่างข้อบัญญัติซึ่งเมื่อมีผู้เสนอร่างญัตติต่อประธานสภาท้องถิ่นแล้ว ประธานสภาจะทำการบรรจุญัตติที่เสนอมาเข้าระเบียบวาระการประชุมสภาท้องถิ่นภายในกำหนดเวลาอันสมควรในสมัยประชุมนั้น

2. ญัตติร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น ที่ประชุมจะต้องพิจารณาเป็นสาม

วาระ แต่ที่ประชุมจะอนุมัติให้พิจารณาสามวาระรวดเดียวก็ได้ เว้นแต่ผู้ตั้งข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายจะพิจารณาสามวาระรวดเดียวไม่ได้

ในการพิจารณาผู้ตั้งข้อบัญญัติร่างข้อบัญญัติ วาระที่หนึ่งให้ที่ประชุมปรึกษาหลักการแห่งร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น และลงมติว่าจะรับหลักการหรือไม่ หากจะมีสมาชิกอภิปราย ห้ามลงมติก่อนที่สมาชิกได้อภิปรายในเรื่องนั้นพอสมควรแล้ว

ก่อนที่จะลงมติรับหลักการ ที่ประชุมจะลงมติให้คณะกรรมการของสภาท้องถิ่นพิจารณาหลักการแห่งร่างข้อบัญญัตินั้นก็ได้ และเมื่อสภามีมติรับหลักการแล้ว หัวหน้าคณะผู้บริหารหรือสมาชิกสภา เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมก็ให้เสนอคำแปรญัตติลงหน้าเป็นหนังสือ ปกติให้แปรญัตติเป็นรายข้อและเสนอต่อประธานกรรมการภายในกำหนด ในกรณีที่สมาชิกเป็นผู้แปรญัตติจะต้องมีสมาชิกรับรองไม่น้อยกว่าสองคน ถ้าแปรญัตติร่างข้อบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะต้องมีสมาชิกรับรองไม่น้อยกว่าสี่คน

3. ในการพิจารณาวาระที่สอง ให้พิจารณาเริ่มต้นด้วย ชื่อร่างข้อบัญญัติ คำปรารภ แล้วพิจารณาเรียงลำดับ ข้อ และให้อภิปรายให้เฉพาะถ้อยคำ ข้อความ หรือ ส่วนใด ๆ ที่การแก้ไขเพิ่มเติม หรือผู้แปรญัตติสงวนคำแปรญัตติหรือที่กรรมการสงวนความเห็นไว้ เว้นแต่ที่ประชุมได้ลงมติเป็นอย่างอื่น และเมื่อได้พิจารณาไปจนจบร่างแล้ว สมาชิกอาจเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำได้ แต่จะขอแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความใดมิได้นอกจากเนื้อความที่ขัดแย้งกันอยู่

4. ในการพิจารณาวาระที่ สาม จะไม่มีการอภิปรายให้ที่ประชุมลงมติว่า เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเท่านั้น

ญัตติที่สภาไม่รับหลักการ หรือลงมติไม่เห็นชอบในวาระที่สามให้ถือว่าตกไป ยกเว้นร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่าย ร่างที่ตกไปจะเสนอใหม่ได้เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่ข้อบังคับกำหนดไว้

5. การแก้ไขข้อความในญัตติต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมสภา การขอลอนชื่อจากการเป็นผู้รับรอง หรือจากการเป็นผู้ร่วมกันเสนอญัตติใด ๆ จะทำได้ ก่อนที่จะจัดเข้าระเบียบวาระโดยทำเป็นหนังสือ ญัตติหรือคำแปรญัตติใดเมื่อถึงวาระ

พิจารณาในที่ประชุมแล้ว ถ้าผู้เสนอญัตติไม่ชี้แจงในที่ประชุม หรือไม่อยู่ในที่ประชุม โดยไม่มีผู้ชี้แจงแทนในฐานะผู้รับมอบหมาย ญัตติหรือคำแปรญัตติ นั้นเป็นอันตกไป แต่ ถ้ามีการมอบหมายให้ชี้แจงแทนต้องทำเป็นหนังสือยื่นต่อประธานสภา

6. กรณีหากเป็นการเสนอญัตติร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายต้องเป็น ตามระเบียบ เรื่องวิธีการงบประมาณ ถ้าสมาชิกเสนอญัตติขอปิดอภิปรายก็ดี ขอให้ลงมติว่าจะรับหลักการหรือไม่ก็ดี หรือส่งให้คณะกรรมการพิจารณาก่อนรับหลักการก็ดี ต้องมีสมาชิกรับรองไม่น้อยกว่าสี่คน หากผู้ใดมีความประสงค์จะขอแปรญัตติร่างข้อบัญญัติ งบประมาณรายจ่ายให้เสนอคำแปรญัตติล่วงหน้าเป็นหนังสือ ต่อประธานคณะกรรมการ ภายในเวลาที่กำหนด ในกรณีสมาชิกเป็นผู้เสนอต้องมีสมาชิกรับรองไม่น้อยกว่าสี่คน การแปรญัตติร่างข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่าย จะกระทำได้โดยลดรายจ่าย การเสนอ แปรญัตติตั้งรายจ่ายขึ้นใหม่ หรือเพิ่มรายจ่าย ต้องเสนอแปรญัตติขอให้ลดรายจ่ายไป ด้วย และต้องมีสมาชิกรับรองสี่คน ทั้งต้องอยู่ภายในวงเงินที่ขอลด

หลังจากที่ญัตติร่างข้อบัญญัติผ่านความเห็นชอบของสภาท้องถิ่นแล้ว กระบวนการต่อไป จะเป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนด คือ ขั้นตอนการขอความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครหรือนายอำเภอแล้วแต่กรณี ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

กล่าวโดยสรุปรูปแบบกระบวนการและขั้นตอนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือผู้มีสิทธิเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น เสนอร่างข้อบัญญัติเข้าสู่การพิจารณาของสภาท้องถิ่น ซึ่งสภาท้องถิ่นจะพิจารณาและลงมติเห็นชอบกับร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นหรือไม่ หากไม่เห็นชอบโดยปกติแล้ว ร่างข้อบัญญัตินั้นจะตกไป แต่อาจเสนอเข้ามาพิจารณาใหม่ได้ ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หากเห็นชอบด้วยแล้วก็จะมีการขอความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจตามกฎหมาย(ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป)และกระบวนการประกาศบังคับใช้ต่อไป

1.4 โดยหลักแล้วต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจกำกับดูแล

ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 แล้วว่า การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นถือเป็นการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือในกฎหมายปกครองเรียกว่า เป็นการกระทำปกครอง ซึ่งโดยปกติ ต้องอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principle of the Legality of Administrative Action) ซึ่งหมายความว่า รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น¹⁷

โดยที่การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือเป็นการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทหนึ่ง เช่นเดียวกับการออกคำสั่งวินิจฉัย การทำสัญญา และปฏิบัติการต่างๆ ของ ซึ่งการกระทำเหล่านี้ต้องตกอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principle of the Legality of Administrative Action) ด้วย กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำการในเรื่องการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นไว้

และเนื่องจากการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นเรื่องที่สามารถกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ รัฐจึงจัดให้มีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ ซึ่งปกติแล้วอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง มี 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ¹⁸

- ก. อำนาจบังคับบัญชา (Contrôle hiérarchique)
- ข. อำนาจกำกับดูแล (Tutelle administrative)

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองโดยอาศัย

¹⁷ H.W.R. WADE , Administrative Law , p.p. 23 - 24

¹⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ . “ศาลปกครอง “ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2538) , น.7

อำนาจบังคับบัญชา(Contrôle hiérarchique) เป็นอำนาจควบคุมซึ่งผู้บังคับบัญชามีต่อการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาในการควบคุมการตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการและการปฏิบัติของผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างใกล้ชิดและต่อเนื่องรวมถึงอำนาจให้ความชอบและการลงโทษทางวินัยต่อผู้ใต้บังคับบัญชาตามที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่าเหมาะสมภายในกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย¹⁹ อำนาจบังคับบัญชามีได้แม้ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ เนื่องจากการที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจบังคับบัญชาเหนือผู้ใต้บังคับบัญชาถือเป็นอำนาจที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไปแม้ไม่มีกำหนดไว้ก็ถือว่าอำนาจเช่นนี้อยู่²⁰

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจกำกับดูแล (Tutelle administrative) นั้น เป็นอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำโดยองค์กรนิติบุคคล ผู้มีอำนาจในการกำกับดูแลต่อองค์กรนิติบุคคลผู้อยู่ใต้การกำกับดูแล เช่น ระหว่างตัวแทนของรัฐดูแลกิจกรรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายอำนาจกำกับดูแลนั้นต่างกับอำนาจบังคับบัญชา เพราะอำนาจนี้ ไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาแต่เป็นไปในลักษณะของผู้ควบคุมกำกับ (Contrôleur) และผู้ถูกควบคุมกำกับ (Contrôle) อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขโดยอำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณีและในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจหน้าที่ที่ไม่สามารถออกคำสั่งโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมเพียงแต่ควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้นแต่ไม่มี อำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ อำนาจกำกับดูแลจึงมิใช่อำนาจทั่วไปอย่างที่ปรากฏในอำนาจบังคับบัญชา²¹

¹⁹ พรชัย รัศมีแพทย์ . หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย . พิมพ์ครั้งที่ 4 (นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช , 2541) , น.31

²⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1903 , คดี picard , อ้างถึงในสมคิด เลิศไพฑูรย์ , “ ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง , ” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพฯ : พี.เค.พรินติ้งเฮาส์ , 2531) , น. 212

²¹ สุวิมล สังขพันธ์ , “ สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี “ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2535) , น. 132 - 133

อำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำ โดยปกติแล้วมีดังต่อไปนี้

1. การให้ความเห็นชอบ (le pouvoir d' approbation) และ การอนุญาตหรืออนุมัติ (le pouvoir d' autorisation)

หลักการดังกล่าวนี้มีลักษณะที่เรียกว่า “เงื่อนไขที่ทำให้นิติกรรมของท้องถิ่นมีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับ”²² กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดว่านิติกรรมที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะต้องได้รับอนุญาตหรืออนุมัติหรือ เห็นชอบ จากองค์กรกำกับดูแลเสียก่อน แล้วแต่กรณีนิติกรรมนั้น จึงจะมีผลใช้บังคับได้ เช่น พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 49 บัญญัติว่า “องค์การบริหารส่วนจังหวัดอาจมอบให้เอกชนกระทำการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดและเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบริการหรือค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องขององค์การบริหารส่วนจังหวัดได้ แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด และผู้ว่าราชการจังหวัดเสียก่อน ฯลฯ ”

2. การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับยับยั้ง (le pouvoir d' annulation) และ การสั่งยกเลิก (le pouvoir d' abrogation)

การสั่งเพิกถอนหรือสั่งระงับยับยั้ง เป็นเรื่องที่นิติกรรมที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งองค์กรกำกับดูแลสามารถเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังกล่าวและให้มีผลย้อนหลัง ไปถึงวันที่นิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น²³ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 123 บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยยับยั้งหรือสั่งการ ตามที่เห็นสมควร กรณีที่เห็นว่าการปฏิบัติใด ๆ ของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร

²² Roland MASPETIOL et Pierre LAROQUE , La Tutelle Administratif , p. 110

²³ เพ็ญศรี เพ็ญสาธิตแสง , “อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์การเทศบาล , “ น.

ขัดต่อกฎหมาย มติของคณะรัฐมนตรีหรือเป็นไปในทางที่อาจทำให้เสียประโยชน์ของ กรุงเทพมหานคร

3. การดำเนินการแทน (le pouvoir de substitution de l' action)

เป็นกรณีที่ต้องคัดกรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ และผู้กำกับดูแลได้เตือนให้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ยังเพิกเฉยอยู่ ผู้กำกับดูแลก็มีอำนาจที่จะดำเนินการในเรื่องนั้นแทนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ เช่น พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 47 บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี อาจมีคำสั่งให้ราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาคจัดทำกิจการซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดพึงจัดทำแต่้องค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่จัดทำ

ดังนั้นอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งถือเป็นการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ และจำเป็นต้องมีระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยผู้มีอำนาจในการกำกับดูแลซึ่งการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดวิธีการไว้ คือ การให้ความเห็นชอบ ซึ่งวิธีการให้ความเห็นชอบจะต้องเป็นวิธีการที่กฎหมายกำหนดวิธีการไว้ ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การให้ความเห็นชอบเป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง

ในกฎหมายจัดตั้งองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นได้กำหนดวิธีการให้ความเห็นชอบ ข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยผู้กำกับดูแลไว้ดังต่อไปนี้

1. กรณีเทศบาล พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 62 บัญญัติให้ภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันที่สภาเทศบาลได้ร่างเทศบัญญัติขึ้นเสร็จแล้ว ในกรณีเทศบาลตำบล ให้ประธานสภาส่งร่างเทศบัญญัติไปยังนายอำเภอ เพื่อส่งไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด ในกรณีเทศบาลเมืองและเทศบาลนคร ให้ประธานสภาเทศบาลส่งไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด ถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นชอบด้วยก็ให้ลงชื่ออนุมัติ

2. กรณีเมืองพัทยา พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 76 บัญญัติให้ภายใน 7 วันนับแต่วันที่สภาเมืองพัทยามีมติเห็นชอบด้วยร่างข้อบัญญัติใด ให้ปลัดเมืองพัทยาส่งร่างข้อบัญญัตินั้นให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณา ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นชอบด้วยร่างข้อบัญญัตินั้น ให้ปลัดเมืองพัทยา เสนอนายกเมืองพัทยา เพื่อลงชื่อ และประกาศใช้บังคับเป็นข้อบัญญัติต่อไป

3. กรณีองค์การบริหารส่วนตำบล พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 71 บัญญัติให้ประธานคณะกรรมการบริหาร ลงชื่อและประกาศเป็นข้อบังคับตำบล เมื่อสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและนายอำเภอให้ความเห็นชอบร่างข้อบังคับตำบลแล้ว

4. กรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัด พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 53 บัญญัติให้ข้อบัญญัติจะใช้บังคับได้เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดอนุมัติ

มีข้อน่าสังเกตว่าการออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครของกรุงเทพมหานคร กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้มีการขอความเห็นชอบจากผู้กำกับดูแลแต่อย่างใด กรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้ความอิสระในการบริหารงานของกรุงเทพมหานคร ทั้งนี้เนื่องจากกรุงเทพมหานครเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีความเพียบพร้อมสมบูรณ์ในการปกครองตนเองจึงได้ให้ความเป็นอิสระไว้ ดังจะเห็นได้ในหลายเรื่อง เช่น การออกข้อบังคับการประชุมสภากรุงเทพมหานครใช้ได้เอง การออกข้อบัญญัติวิธีการพัสดุได้เอง เป็นต้น

1.5 มีผลใช้บังคับแก่บุคคลทั่วประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับท้องถิ่นนั้น ๆ

ข้อบัญญัติท้องถิ่นหรือกฎหมายท้องถิ่น เป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งรัฐมอบอำนาจให้องค์กรท้องถิ่นออกใช้บังคับในท้องถิ่นได้²⁴ ข้อพิจารณาในเรื่องเขตอำนาจของบัญญัติท้องถิ่น มีดังนี้

²⁴ อมร จันทรสมบูรณ์, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, น. 119

1. เขตพื้นที่บังคับของข้อบัญญัติท้องถิ่น

ข้อความคิดพื้นฐานของหลักการปกครองส่วนท้องถิ่นมีที่มาจากหลักการกระจายอำนาจปกครอง โดยรัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนซึ่งมิใช่อำนาจในทางนิติบัญญัติและมีอำนาจตุลาการ แต่เป็นอำนาจในทางบริหาร หรือจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ให้องค์กรนิติบุคคลที่มีองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหมดหรือส่วนใหญ่มาจากการเลือกตั้งของราษฎรในท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินงานบริหารองค์กรปกครองท้องถิ่น ซึ่งมีอิสระในการปกครองตนเอง ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของส่วนกลาง หากแต่อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างเบาบางของส่วนกลาง²⁵ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจขององค์กรหนึ่ง

โดยหลักแล้วสามารถแบ่งประเภทของการกระจายอำนาจออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้²⁶

- 1.1 การกระจายอำนาจทางเขตแดน (Decentralisation territoriales)
- 1.2 การกระจายอำนาจทางบริการ (decentralisation par service)

ซึ่งการกระจายอำนาจทางเขตแดนนี้อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ การปกครองท้องถิ่น ” หมายถึง การจัดองค์กรบริหารโดยใช้อาณาเขตของท้องถิ่น และจำนวนประชากรภายในเขตพื้นที่นั้นเป็นหลัก²⁷ แล้วกำหนดกิจการให้รับผิดชอบดำเนินการ ซึ่งปกติจะเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของราษฎร ซึ่งเป็นผลประโยชน์โดยตรงของราษฎรในท้องถิ่นเอง และยังเป็นกิจการที่สามารถแยกออกไปดำเนินการเฉพาะแต่ละท้องถิ่นได้เป็นเอกเทศ และบางกิจการยังมีลักษณะแตกต่างกันในแต่ละท้องถิ่น²⁸ เหตุที่กำหนดเขตแดนท้องถิ่นและจำนวนประชากรเป็นหลักก็เนื่องจากหากพื้นที่กว้างขวางเกินไป หรือมีราษฎรอยู่กระจัดกระจายทั่วไปเป็นจำนวนมากแล้วการให้

²⁵ วิจารณ์ วังดาล , “ วิเคราะห์กฎหมายการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบสุขภาพ ” , น. 15 - 16

²⁶ ประยูร กาญจนกุล , “ คำบรรยายกฎหมายปกครอง . ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2538) , น. 130 – 131

²⁷ พรชัย รัศมีแพทย์ , “ หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย ” , น. 42

²⁸ เรื่องเดียวกัน , น. 43 - 44

บริการย่อมไม่ทั่วถึง นอกจากนี้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในบางประเทศเช่นในประเทศอังกฤษ มีประวัติศาสตร์การเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันเป็นกลุ่มชนตามความเป็นจริง โดยมีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวกันเพื่อต่อต้านการรวมศูนย์อำนาจของส่วนกลาง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของอังกฤษจึงเป็นสิ่งที่มียู่แล้วตามข้อเท็จจริงรัฐบาลเพียงแต่ออกกฎหมายรับรองการจัดตั้งในภายหลังเท่านั้นจึงเห็นได้ว่าลักษณะเฉพาะประการหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็คือการมีเขตแดนชัดเจนว่ามีอยู่เพียงใด ดังนั้นการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเป็นเรื่องเฉพาะที่อยู่ในเขตแดนขององค์กรเท่านั้น

2. จำนวนบุคคลที่อยู่ในบังคับของข้อบัญญัติท้องถิ่น

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะของเขตพื้นที่เท่านั้นการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรส่วนปกครองท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบประโยชน์สาธารณะของท้องถิ่น โดยกำหนดเป็นมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้คนที่เกี่ยวข้องถือปฏิบัติ และโดยที่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่นใด ๆ ย่อมไม่หมายถึงเฉพาะคนที่อยู่ในท้องถิ่นเท่านั้น คนทั่วประเทศหากดำเนินการใดเกี่ยวกับท้องถิ่นใด ๆ ก็ย่อมต้องอยู่ใต้บังคับของข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น ๆ ด้วย เช่น นาย ก. เป็นชาวจังหวัดเชียงใหม่ หากต้องการปลูกบ้านซึ่งอยู่ในเขตรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ข. ซึ่งอยู่ในจังหวัดชุมพร ก็ย่อมต้องถือปฏิบัติตามข้อบัญญัติท้องถิ่นเรื่องการควบคุมอาคารของท้องถิ่น ข. ซึ่งอยู่ในจังหวัดชุมพร ด้วย

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า ข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมีผลใช้บังคับแก่บุคคลทั่วประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับท้องถิ่นนั้น ๆ²⁹

1.6 มีมาตรการบังคับหากมีการฝ่าฝืน

²⁹ ดู คำพิพากษาฎีกา ที่ 1074 / 2525

ในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอันเป็น การออกกฎหมายลำดับรองโดยฝ่ายปกครองนั้น นอกจากจะกำหนดรายละเอียดของการ บังคับใช้กฎหมายแม่บทแล้ว การกำหนดนั้นยังส่งผลให้เกิดสิทธิ หน้าที่ที่ประชาชนต้อง ปฏิบัติตาม กรณีฝ่าฝืนอาจต้องถูกบังคับด้วย “วิธีการ” หรือ “มาตรการ” ที่กฎหมายแม่ บทบัญญัติให้สามารถใช้อำนาจบังคับได้โดยลำพังโดยไม่ต้องฟ้องร้องศาล หรือกรณี หากเห็นว่าเรื่องใดมีความจำเป็นเร่งด่วนต้องรีบดำเนินการออกบัญญัติให้ฝ่ายปกครอง สามารถใช้กำลังทางกายภาพ เข้าบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งกฎหมายแม่บท หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกใช้บังคับได้ นอกจากนี้การฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่นบาง อย่างอาจถูกลงโทษ โดย ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการในชั้นศาล

มาตรการบังคับ ที่ปรากฏในข้อบัญญัติท้องถิ่นมีดังต่อไปนี้

1 มาตรการปรับทางปกครอง มาตรการปรับนี้เป็นการปรับด้วยเหตุผล เพื่อการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองใช้บังคับผู้ที่ฝ่าฝืน ข้อบัญญัติท้องถิ่น เช่นพระราช บัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 65 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อกำหนดท้องถิ่น กำหนดค่าธรรมเนียม สำหรับการดำเนินกิจการที่ต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นก่อน ดำเนินการ หรือต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติ ให้ผู้แจ้งหรือผู้ได้รับใบ อนุญาตมีหน้าที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมตามอัตราและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในข้อกำหนด ของท้องถิ่นตลอดเวลาที่ยังดำเนินกิจการนั้น ถ้ามิได้เสียค่าธรรมเนียมภายในระยะเวลาที่ กำหนดให้ชำระค่าปรับเพิ่มขึ้นอีกร้อยละยี่สิบของจำนวนค่าธรรมเนียมที่ค้างชำระฯฯ ”

2 การสั่งพักใช้ใบอนุญาต เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 59 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตสำหรับกิจการใด ไม่ ปฏิบัติหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามบทแห่งข้อกำหนดท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัติ นี้หรือเงื่อนไขที่ระบุไว้ในใบอนุญาตในเรื่องที่กำหนดไว้เกี่ยวกับการประกอบกิจการ ตามที่ได้รับอนุญาต นั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตภายในเวลาที่ เห็นสมควร แต่ต้องได้เกินสิบห้าวัน” หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต กรณีตาม มาตรา 60 เป็นต้น

3 มาตรการการลงโทษทางอาญา มาตรการดังกล่าวนี้ องค์กรปกครอง

ส่วนท้องถิ่น มีอาจดำเนินการได้โดยลำพัง ต้องดำเนินการฟ้องร้องในศาลยุติธรรมอันเป็นกรณีที่ข้อบัญญัติท้องถิ่น มีบทกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติในข้อบัญญัติท้องถิ่นและมีบทกำหนดโทษไว้ เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 73 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนดของท้องถิ่นซึ่งออกตามความในมาตรา 20 (5) มาตรา 32 (2) มาตรา 35 (1) หรือ (4) หรือมาตรา 40 (2) หรือ (3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ”

โดยหลักการแล้วข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่ง จึงไม่อาจมีบทกำหนดโทษทางอาญา ทั้งนี้เพราะการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดคตทอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมต้องได้รับความยินยอมเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน ดังนั้นการกำหนดโทษทางอาญาเพื่อเป็นมาตรการบังคับสำหรับกฎหมายลำดับรองนั้น จึงควรเป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา จะมีบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองไว้³⁰ในตัวเอง

แต่หลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น ใน 2 กรณี คือ กรณีแรก พระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 (ปัจจุบันยกเลิกไปแล้ว) กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลมีอำนาจประกาศพระราชกฤษฎีกาออกใช้เป็นกฎหมายเพื่อปฏิบัติในภาวะคับขันได้ ในกรณีต่างๆ หลายประการ เช่นการป้องกันและปราบปรามการจลาจล การปฏิบัติเพื่อให้มีเครื่องอุปโภคเพียงพอกแก่ความต้องการของประเทศ และการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชนและความปลอดภัยสาธารณะ ฯลฯ การฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกานี้ มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งจำทั้งปรับ³¹ และได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาที่มีบทกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เช่น พระราชกฤษฎีกาควบคุมคนจรจัดและผู้ไม่ประกอบอาชีพ พ.ศ. 2485 พระราชกฤษฎีกาควบคุมการ

³⁰ วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์, “ การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2532) , น. 151

³¹ เรื่องเดียวกัน , น. 154

จำหน่ายรำ พ.ศ. 2486 ผลคือผู้ฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จะมีความผิดและต้องได้รับโทษอาญาตามพระราชกฤษฎีกา นั้น ๆ

กรณีที่สอง นอกเหนือการตราพระราชกฤษฎีกาในกรณีดังกล่าวมาแล้ว ก็มีบทบัญญัติของกฎหมายที่มอบอำนาจให้ออกกฎหมายลำดับรองที่มีลักษณะเป็นการกำหนดโทษได้ โดยกำหนดอัตราโทษขั้นสูงไว้ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่น³² คือกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งหลายนั่นเอง ผลจึงเป็นเช่นเดียวกันกับกรณีการตราพระราชกฤษฎีกาข้างต้นคือ ผู้ฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีความผิดอาญาและต้องรับโทษ ซึ่งเป็นความผิดและโทษตามข้อบัญญัติท้องถิ่นหากข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น ได้ระบุงค์ประกอบความผิด และกำหนดโทษไว้มิใช่เป็นความผิดตามกฎหมายแม่บทแต่อย่างใด

2. อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 4 ระบุให้จัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินออกเป็นระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค และระเบียบบริหารส่วนราชการส่วนท้องถิ่นและในมาตรา 70 ระบุให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ดังนี้ คือ องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล และราชการส่วนท้องถิ่นอื่น ตามที่มีกฎหมายกำหนด

ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ปัจจุบันได้มีกฎหมายกำหนดองค์กรให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รวม 3 องค์กร คือ

ก. พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 6 ระบุให้กรุงเทพมหานครมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

ข. พระราชบัญญัติจัดระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 7 ระบุให้เมืองพัทยามีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

³² เรื่องเดียวกัน , น. 152

ค. พระราชบัญญัติจัดระเบียบสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 43 ระบุให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

นอกจากนี้ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงฐานะของสุขาภิบาลเป็นเทศบาลตำบล พ.ศ. 2542 มีผลให้บรรดาสุขาภิบาลตามกฎหมายว่าด้วยสุขาภิบาลที่มีอยู่มีฐานะเป็นเทศบาลตำบล ตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาลทั้งหมด พระราชบัญญัติสุขาภิบาลที่ใช้บังคับอยู่ถูกยกเลิกทั้งสิ้น ดังนั้นราชการส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันจึงมี 5 ประเภท ตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง ดังนี้

1. องค์การบริหารส่วนจังหวัด ตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540
2. เทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496
3. กรุงเทพมหานคร ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารส่วนราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528
4. เมืองพัทยา ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542
5. องค์การบริหารส่วนตำบล ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

อำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้ง 5 ประเภท สามารถจำแนกออกได้ดังนี้

2.1 อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อำนาจออกข้อบัญญัติกรณีดังกล่าว อาจจำแนกออกได้ดังนี้

2.1.1 เพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นอำนาจดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งรัฐมอบหมายภาระหน้าที่ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำในพื้นที่ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนในท้องถิ่น โดยจะมอบหมายภาระหน้าที่ใน 2 ประเภทคือ กิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยแท้ (State Affairs) เฉพาะ

ที่เกี่ยวกับท้องถิ่น กับกิจการที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่น โดยตรง ซึ่งสามารถแยกออกได้ต่างหากจากกิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยแท้ หรือที่เรียกว่ากิจการส่วนท้องถิ่น (Local Affairs)

กิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวมีหลายประการ โดยอาจถูกกำหนดโดยกฎหมายหรือคำสั่ง ต่าง ๆ ได้ดังนี้

ก. รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

- บำรุงศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือวัฒนธรรมอันดีงามของท้องถิ่น ตามมาตรา 289 วรรคแรก
- เพื่อส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ตามที่กฎหมายบัญญัติตามมาตรา 290 วรรคแรก

ข. กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 ประเภทมีบทบัญญัติมอบอำนาจหน้าที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการในกิจการต่าง ๆ คือ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 50,51,53,54,56, และ 57 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 89 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 62 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 45(6) ,51 และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 67 , 68 โดยสามารถจำแนกเป็นกลุ่มกิจกรรมต่าง ๆ ได้ดังนี้

- การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และป้องกันสาธารณภัย
- การจัดให้มีและบำรุงทางบกทางน้ำ น้ำสะอาด โรงฆ่าสัตว์ ตลาด ท่าเทียบเรือ ท่าข้าม สุสาน และฌาปนสถาน ไฟฟ้าหรือแสงสว่าง ทางระบายน้ำ สถานที่บำรุงรักษาคนไข้

- การรักษาความสะอาดของถนน ทางเดินสาธารณะ รวมทั้งการกำจัดขยะมูลฝอย และสิ่งปฏิกูล
- ป้องกันและระงับโรคติดต่อ
- การศึกษาอบรม การศาสนา วัฒนธรรม การส่งเสริมการทำมาหากินของราษฎร การพัฒนาสตรี เด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ ผู้พิการ การส่งเสริมกลุ่มเกษตรกรและกิจการสหกรณ์
- การบำรุงสงเคราะห์มารดา และเด็ก
- การคุ้มครองรักษาทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน
- การพาณิชย์ การผังเมือง การจราจร การท่องเที่ยว เป็นต้น

ค. ตามบทบัญญัติของกฎหมาย คำสั่งกระทรวงมหาดไทยหรือตามที่ราชการมอบหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทมีบทบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายอีกด้วย ได้แก่พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 มาตรา 50 (7) มาตรา 53 (1) และมาตรา 56 (1) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 89 (27) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 62 (14) และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 มาตรา 31 (20) ตัวอย่าง อำนาจหน้าที่ในกรณีนี้ก็เช่นพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 18 บัญญัติว่า “การกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอยในเขตราชการส่วนท้องถิ่นใดให้อำนาจหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่นนั้น”

นอกจากนี้ในกรณีเทศบาล อำนาจหน้าที่ของเทศบาล อาจถูกกำหนดโดยคำสั่งกระทรวงมหาดไทยก็ได้ แต่ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นไปในรูปแบบของหนังสือเวียน เช่น หนังสือที่ มท 3011/17372 ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2521 แจงให้สนับสนุนงานด้านป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรม รวมทั้งกิจการจราจรในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดซื้อเครื่องมือ เครื่องใช้และอาวุธปืน หนังสือสั่งการที่ มท 0413/ ว 1264 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2527 เรื่อง การแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจในท้องถิ่นเพื่อพัฒนาและอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และหนังสือสั่งการที่ มท 0407/ ว 932 ลงวันที่ 23 สิงหาคม 2529 เรื่อง โครงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากนี้ในกรณีองค์การบริหารส่วนตำบล อำนาจหน้าที่อาจถูกกำหนด โดยกรณีที่ทางราชการมอบหมายได้อีกด้วย ตามมาตรา 67 (9) ได้อีกด้วย

ตัวอย่างการมอบหมายภาระหน้าที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการ เช่น คำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 12/2543 ลงวันที่ 18 มกราคม 2543 มอบหมายให้ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทยกเว้นองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาและดำเนินการคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ที่ ไม่มีกฎหมาย กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เป็นต้น

2.1.2 การออกข้อบัญญัติในกรณีฉุกเฉิน

ในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน กฎหมายให้อำนาจผู้บริหารหรือคณะผู้บริหาร ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นชั่วคราวขึ้นใช้บังคับได้ เพื่อให้บริการสาธารณะในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปอย่างต่อเนื่อง การออกข้อบัญญัติในกรณีนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักองค์กรผู้มีหน้าที่ในการออก ข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งปกติเป็นหน้าที่ของสภาท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการเท่านั้น บทบัญญัติในเรื่องนี้มีความจำเป็นต้องมีไว้เพราะแม้แต่ในการปกครองระดับชาติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับก็มีบทบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร ออกพระราชกำหนดกรณี ฉุกเฉินของรัฐไว้ด้วย³³

การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีฉุกเฉินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะต้องได้ความว่า เป็นกรณีฉุกเฉินซึ่งจะเรียกประชุมสภาท้องถิ่นให้ทันท่วงที่ไม่ได้กรณี ดังกล่าวนี คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5) ได้เคยมีความเห็นไว้

³³ เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 218 บัญญัติว่า “ ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัย สาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งให้กระทำได้เฉพาะเมื่อรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ “

ในกรณีการออกเทศบัญญัติชั่วคราวของเทศบาลว่าการออกเทศบัญญัติชั่วคราวทำได้ เฉพาะในกรณีที่จะเรียกประชุมสภาเทศบาลให้ทันท่วงที่มีให้เท่านั้นกรณีดังกล่าวไม่ได้ หมายความว่ารวมถึงกรณีไม่มีสภาเทศบาลด้วย เพราะในบทบัญญัติ วรรคสองได้กำหนด บังคับให้นำเทศบัญญัติชั่วคราวนั้น เสนอต่อสภาเทศบาลในการประชุมคราวต่อไป เพื่อ อนุมัติหรือไม่อนุมัติด้วย ดังนั้น ในขณะที่ไม่มีสภาเทศบาล คณะเทศมนตรี จึงไม่ สามารถใช้อำนาจออกเทศบัญญัติชั่วคราว ตามมาตรา 64 ได้³⁴

อนึ่งกรณีกรุงเทพมหานคร โดยมีมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า “ในระหว่างที่ไม่มีสภา กรุงเทพมหานคร ฯลฯ ” ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เฉพาะกรณีของกรุงเทพมหานครเท่านั้น สามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นชั่วคราวได้ ในระหว่างที่ไม่มีสภากรุงเทพมหานคร

สำหรับกรณีองค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้น การออกข้อบัญญัติชั่วคราว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสามัญประจำสภาองค์การบริหารส่วน จังหวัดอีกด้วย

2.1.3 ข้อบัญญัติงบประมาณ

คำว่า “งบประมาณ” นั้นระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่า ด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ข้อ 5 ให้ความหมาย ว่า “ แผนงานหรืองานสำหรับประมาณการด้านรายรับ และรายจ่าย แสดงในรูปตัวเลข จำนวนเงินการตั้งงบประมาณคือ การแสดงแผนดำเนินงานออกเป็นตัวเลขจำนวนเงิน” และในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2529 ข้อ 4 ระบุว่า “งบ งบประมาณรายจ่าย” หมายความว่า จำนวนเงินอย่างสูงที่อนุญาตให้จ่ายหรือก่อนนี้ผูกพัน ได้ตามวัตถุประสงค์ และภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่าย ดังนั้น การงบประมาณจึงหมายถึงการวางแผนเพื่อการบริหารทรัพยากร การเงิน และการ ดำเนินงาน ซึ่งแสดงออกในรูปตัวเลข ระบบการจัดทำงบประมาณจึงมีลักษณะเป็นการ

³⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามบันทึกเรื่อง การออกเทศบัญญัติชั่วคราวและการแต่งตั้งคณะเทศมนตรีชั่วคราว (เรื่องเสร็จที่ 433/ 2523)

คาดการณ์ล่วงหน้า เช่นเดียวกับการวางแผนงานทั่วไป แต่การวางแผนงานในความหมายของการงบประมาณนั้นเน้นเฉพาะแผนการใช้จ่ายเงินขององค์การบริหารให้มีความสัมพันธ์กับแผนการจัดหารายรับ ซึ่งฝ่ายการคลังเป็นผู้จัดเก็บ แผนการใช้จ่ายเงินจึงมีความสำคัญและจำเป็นในการจัดการบริหารงานของรัฐบาลทั้งในระดับชาติและท้องถิ่น³⁵

งบประมาณประจำปีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้จัดทำเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่น³⁶ และหากข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกไม่ทันปีงบประมาณใหม่ กฎหมายบัญญัติให้ใช้ข้อบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายในปีงบประมาณที่แล้วนั้น ไปพลางก่อน³⁷ การจัดทำงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. วิธีการจัดทำงบประมาณ

ในส่วนของวิธีการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปี นั้นกฎหมายกำหนดให้กระทรวงมหาดไทยออกระเบียบวิธีการงบประมาณให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติซึ่งกระทรวงมหาดไทยได้ออกระเบียบว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภท คือ เป็นแนวทางปฏิบัติ ยกเว้นกรณีกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยาซึ่งกฎหมายจัดตั้งกำหนดให้กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยายกข้อบัญญัติเรื่องวิธีการงบประมาณได้เอง

³⁵ ชูศักดิ์ เทียงตรง , การบริหารการปกครองท้องถิ่นเปรียบเทียบ . โครงการผลิตตำราและการวิจัยทางรัฐศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ . 2520 , น. 40

³⁶ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 65
พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 103

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 74
พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 87

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2537 มาตรา 58

³⁷ เรื่องเดียวกัน

สำหรับกรุงเทพมหานครได้ออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องวิธีงบประมาณ พ.ศ. 2529 ขึ้นใช้บังคับแล้ว ดังนั้นการจัดทำงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงต้องเป็นไปตามระเบียบและข้อบัญญัติดังกล่าว ซึ่งอาจสรุปขั้นตอนวิธีจัดทำงบประมาณ³⁸ ได้ดังนี้

1. ขั้นจัดเตรียมการงบประมาณและเสนอขออนุมัติ (Executive preparation and submission)

ในการจัดเตรียมทำร่างแผนการใช้จ่ายเงินงบประมาณ จะเริ่มจากแผนงานที่ต่ำสุดขึ้นมาจนถึงระดับผู้บริหารสูงสุดขององค์การ โดยหัวหน้าหน่วยงานจัดทำประมาณการรายรับ และประมาณการรายจ่าย และให้หัวหน้าหน่วยงานคลัง รวบรวมรายงานการเงินและสถิติต่าง ๆ ของทุกหน่วยงานเพื่อใช้ประกอบการคำนวณขอตั้งงบประมาณ เสนอต่อเจ้าหน้าที่งบประมาณ ซึ่งได้แก่ปลัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ เมื่อเจ้าหน้าที่งบประมาณทำการพิจารณาตรวจสอบ วิเคราะห์และแก้ไขงบประมาณในขั้นต้น แล้วเสนอต่อคณะผู้บริหารท้องถิ่น เมื่อคณะผู้บริหารท้องถิ่น ได้พิจารณาอนุมัติให้ตั้งเงินงบประมาณยอดใดเป็นงบประมาณประจำปีแล้ว ให้เจ้าหน้าที่งบประมาณรวบรวมและจัดทำเป็นร่างงบประมาณรายจ่ายเสนอต่อคณะผู้บริหารท้องถิ่นอีกครั้งหนึ่ง เพื่อคณะผู้บริหารท้องถิ่นได้เสนอต่อสภา ภายในวันที่ 15 สิงหาคม ในกรณีที่คณะผู้บริหารท้องถิ่น พิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่สามารถที่จะนำร่างงบประมาณรายจ่ายประจำปีเสนอต่อสภาท้องถิ่น ได้ทันระยะเวลาที่กำหนดไว้ ให้เสนอขออนุมัติต่อสภาท้องถิ่น แล้วรายงานให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทราบ สำหรับองค์การบริหารส่วนตำบลให้รายงานนายอำเภอ หรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอ³⁹ สำหรับกรุงเทพมหานคร การเสนอประมาณการรายรับและงบประมาณรายจ่ายของหัวหน้าหน่วยงาน ให้เสนอภายในระยะเวลาที่กำหนดในปฏิทินงบประมาณประจำปี สำหรับกรณีของผู้อำนวยการเขตให้นำข้อคิดเห็นและข้อสังเกตของสภาเขตที่เกี่ยวกับแผนพัฒนาเขตมาประกอบการพิจารณาด้วย หากหน่วยงานใดมิได้ดำเนินการดังกล่าว ให้สำนักปลัดกรุงเทพมหานครจัดทำงบประมาณประจำปีของหน่วยงานนั้น เสนอขึ้นไปแทนเพื่อพิจารณาดังงบประมาณประ

³⁸ ชูศักดิ์ เทียงตรง . เรื่องเดียวกัน . น. 42

³⁹ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ข้อ 22 - 24

จำปีตามที่เห็นสมควร ให้ปลัดกรุงเทพมหานครพิจารณาคำของบประจำปี เสนอต่อผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเพื่อพิจารณาเสนอต่อสภากรุงเทพมหานคร ก่อนวันเริ่มปีงบประมาณนั้น อย่างน้อย 90 วัน⁴⁰

2. ขั้นพิจารณาให้ความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น (Adoption by legislative authority)

เมื่อฝ่ายบริหารเสนอร่างงบประมาณรายจ่ายประจำปีเข้าสู่วาระการพิจารณาของสภาท้องถิ่นแล้ว สภาจะทำการพิจารณา ตามวิธีการหรือระเบียบ ตามขั้นตอนของแต่ละสภา โดยมีรายละเอียดแตกต่างกันไป ตามข้อบังคับการประชุมสภาท้องถิ่นแต่ละแห่ง

3. ขั้นดำเนินการตามแผนใช้เงินงบประมาณ (Execution)

เมื่อประกาศใช้ข้อบัญญัติงบประมาณประจำปีแล้ว ฝ่ายบริหารก็จะนำแผนใช้เงินงบประมาณดังกล่าวมาดำเนินการเบิกจ่ายตามระเบียบการคลังเพื่อนำไปจัดการบริหารกิจการต่างๆ ให้เป็นไปตามโครงการที่เสนอไว้ ระยะเวลาของแผนการงบประมาณหรือที่เรียกว่าปีงบประมาณ (fiscal year) นั้น จะแตกต่างไปจากปีปฏิทินและใช้ไม่เหมือนกันในแต่ละประเทศ สำหรับประเทศไทยจะเริ่มตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ของปีไปสิ้นสุดในวันที่ 30 กันยายน ของปีต่อไป

4. ขั้นการตรวจสอบ (Auditing)

เนื่องจากงบประมาณเป็นรายได้ที่เก็บมาจากภาษีอากรหรือ อาจจะเป็นเงินที่มาจากภาษีอื่น จึงเป็นภาระของประชาชนส่วนรวมที่ต้องรับผิดชอบ จากขั้นตอนที่ 1-3 ดังกล่าวข้างต้น เป็นการสัญญาต่อประชาชนว่า จะนำเงินรายได้ไปใช้ในกิจการที่ปรากฏในข้อบัญญัติงบประมาณไว้จริงหรือไม่ ดังนั้นขั้นตอนการตรวจสอบนี้ จึงเป็นขั้นตอนสุดท้ายที่สำคัญซึ่งจะต้องดำเนินการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีขององค์กร

⁴⁰ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2529 ข้อ 11 - 13

ปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยแล้ว จะมีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกอย่างถี่ถ้วนและยัง ต้องมีการตรวจสอบภายในอีกด้วย

ข. รูปแบบของการจัดทำงบประมาณประจำปี

โดยปกติแล้ว การจัดทำงบประมาณประจำปี มีรูปแบบการจัดทำแบ่ง ออกเป็น 3 กรณี คือ

1. งบประมาณแสดงรายการ (Line item Budget)

การจัดทำงบประมาณในรูปแบบนี้ ประเทศไทยใช้จัดทำงบประมาณ แผ่นดินอยู่ในช่วงเวลา ระหว่างปี พ.ศ. 2476 ถึง พ.ศ. 2501 ซึ่งการจัดทำงบประมาณจะ แสดงออกมาในรูปที่ให้เห็นว่ารัฐจะต้องจ่ายอะไรบ้างเท่านั้น ปกติจะจำแนกรายจ่ายออกเป็นเงินเดือน ค่าใช้สอย การจร และรายจ่ายอันเป็นการลงทุน การจัดทำในรูปแบบนี้มีความเหมาะสมกับสภาพการสมัยก่อน⁴¹ พระราชบัญญัติจัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2476 มาตรา 31, 47, และ 53 บัญญัติให้การงบประมาณของเทศบาลให้ทำโดยอนุโลมตามรูป การณ์แห่งงบประมาณของแผ่นดิน

2. งบประมาณแบบเงินก้อน (Lump sum)

เป็นวิธีการทางงบประมาณแบบกำหนดรายจ่ายตามงานโครงการ (Performance Budgeting) ว่าควรจะใช้เงินเท่าไร ถ้าสภาพเห็นด้วยก็อนุมัติเป็นเงินก้อน ฝ่ายบริหารจะไปแบ่งใช้อย่างไรก็ตามแต่ฝ่ายบริหารจะได้พิจารณา

3. งบประมาณแบบแสดงแผนงาน (Program Budget)

⁴¹ สนธิ บางยี่ขัน , การเมืองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย , พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: หจก. แสงจันทร์การพิมพ์ , 2532) , น. 485

งบประมาณประเภทนี้จะมีการแสดงแผนงานว่ามีอยู่อย่างไร มีเป้าหมายที่จะทำอะไรให้สำเร็จในปีใดเท่าใด และจะต้องใช้จ่ายเงินทำงานนั้น อย่างไรเท่าใด รวมทั้งคอยติดตามดูด้วยว่าการใช้จ่ายเงินนั้น ๆ ได้บรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้หรือไม่เพียงใด งบประมาณแผ่นดินของประเทศไทยใช้ระบบนี้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2503 จนถึงปัจจุบัน

สำหรับการจัดทำงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เดิมใช้รูปแบบงบประมาณแบบแสดงรายการ (Line item Budgeting) ต่อมาจึงได้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงมาเป็นงบประมาณแบบแสดงแผนงาน เช่นเดียวกับที่รัฐบาลดำเนินการอยู่ เริ่มตั้งแต่กรุงเทพมหานครในปี พ.ศ. 2519 ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น ๆ นั้น เมื่อมีการประกาศใช้ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 แล้วการจัดทำงบประมาณประจำปีจึงเปลี่ยนแปลงมาสู่งบประมาณแบบแสดงแผนงานขณะนี้อยู่ระหว่างการดำเนินการพิจารณาปรับปรุงระบบงบประมาณดังกล่าว โดยกรมการปกครอง ซึ่งคาดว่าจะเริ่มใช้สำหรับการจัดทำประมาณรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตั้งแต่ปีงบประมาณ 2544 เป็นต้นไป⁴²

2.1.4 การดำเนินการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การดำเนินการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น⁴³ กำหนดให้จัดทำเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นกิจการที่ก่อให้เกิดรายได้ แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยปกติในการจัดทำข้อบัญญัติท้องถิ่น จะบรรจุไว้ในงบประมาณรายจ่ายเฉพาะการ

⁴² หนังสือกรมการปกครอง ค่วนมาก ที่ มท 0315.4/ว 2787 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2542

⁴³ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 61
พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 97 (3)
พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 73 (4)
พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 68 (11) , 71

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2537 มาตรา 51

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีสถานะเป็นนิติบุคคล ในกฎหมายมหาชน มีลักษณะสำคัญประการหนึ่งนอกเหนือจากการมีของอำนาจหน้าที่ของตนเองมีบุคลากรของตนเอง มีผู้บริหารมาจากการเลือกตั้งและมีอิสระในการวางนโยบายและวินิจฉัยสั่งการ แล้วก็คือต้องมีเงินมีความสามารถในการใช้จ่ายเพื่อกิจการของท้องถิ่น การคลังจึงเป็นเรื่องสำคัญของการปกครองท้องถิ่นอิสระในการปกครองตนเองจะเกิดขึ้นได้นั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีการคลังของตนเองแยกต่างหากจากส่วนกลาง กล่าวคือ มีงบประมาณหรือมีรายได้เป็นของตนเอง ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ ส่วนแล้วแต่ต้องใช้เงิน หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่อำนาจจัดทำงบประมาณของตนเอง ไม่มีรายได้ของตนเอง และยังคงพึ่งพาการเงินส่วนใหญ่จากส่วนกลางแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็คงไม่มีอิสระในการดำเนินงานแน่⁴⁴

รายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันสามารถกำหนดเป็นประเภทใหญ่ ๆ ได้ ดังนี้ ภาษีอากร ค่าธรรมเนียม ค่าปรับ ค่าใบอนุญาต รายได้จากทรัพย์สิน รายได้จากสาธารณูปโภค เงินอุดหนุนจากรัฐบาล และรายได้เบ็ดเตล็ดต่าง ๆ⁴⁵ แต่ปัญหาการขาดแคลนรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในอันที่จะนำมาดำเนินการในความรับผิดชอบให้บรรลุผลสำเร็จเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนนับเป็นปัญหาใหญ่ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกำลังประสบอยู่ รัฐบาลทุกยุคทุกสมัยพยายามอย่างยิ่งที่จะปรับปรุงให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุก ๆ แบบ ให้มีรายได้และความสามารถที่จะปกครองตนเองดียิ่งขึ้น มาตรการหนึ่งที่ได้มีการนำมาใช้คือการเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดหารายได้ในรูปแบบธุรกิจการค้า นอกเหนือจากรายได้หลัก ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือที่เรียกว่า “การพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” เช่น เทศพาณิชย์ของเทศบาล เป็นต้น

⁴⁴ วิจารณ์ วังดาล, “วิเคราะห์กฎหมายการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบสุขภาพ,” น. 26

⁴⁵ กองคลังส่วนท้องถิ่น, “การจัดเก็บรายได้ท้องถิ่น,” ใน เอกสารประกอบความรู้ทางวิชาการการประชุมใหญ่สันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย ครั้งที่ 22 พ.ศ. 2524, (กรุงเทพฯ ๑ : โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น กรมการปกครอง, 2524), น. 323

การดำเนินการเทศพาณิชย์หากดำเนินการได้อย่างดีแล้วจะเป็นรายได้หลักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ลดปัญหาเรื่องรายได้ที่น้อยลงไปได้

ในประเทศอังกฤษรายได้จากการเทศพาณิชย์ถือเป็นรายได้สำคัญประการหนึ่ง คือมีจำนวนหนึ่งในสามของรายได้ทั้งหมดของเทศบาลในเมืองสามารถทำกำไรจากการเทศพาณิชย์ได้มากจนแทบไม่ต้องขึ้นภาษีและไม่จ้อเงินอุดหนุนจากรัฐบาล

ในสหรัฐอเมริกา เทศบาลบางแห่งยังเป็นเจ้าของท่าอากาศยานอีกด้วยเทศบาลเกือบร้อยแห่งมีความภูมิใจที่จะได้ชื่อว่าเป็นนครที่ไม่ต้องเสียภาษี (Taxless Cities) เพราะสามารถประกอบเทศพาณิชย์จนมีกำไรมากพอที่จะไม่ต้องไม่เก็บภาษีจากประชาชนอีก

เทศบาลบางแห่งในประเทศเนเธอร์แลนด์มีกำไรจากกิจการพาณิชย์เกินกว่าครึ่งหนึ่งของรายได้ทั้งหมดของเทศบาล⁴⁶

การพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือเทศพาณิชย์นี้ปัจจุบันยังไม่มีคำจำกัดความไว้ในกฎหมายแต่ประการใด แต่ได้มีผู้ที่อธิบายความหมายของการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเทศพาณิชย์ไว้บ้างดังต่อไปนี้

อาจารย์ประทาน คงฤทธิศึกษากร ได้กล่าวไว้ในเอกสารประกอบความรู้ทางวิชาการในการประชุมใหญ่สันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2523 ว่า “เทศพาณิชย์ คือกิจการที่ท้องถิ่นได้จัดทำเพื่อการค้าหรือการให้บริการต่าง ๆ เพื่อหารายได้และหาผลกำไร เช่น สถานธนาภิบาล โรงงานผลิตจำหน่ายปุ๋ย สถานที่จอดรถ เป็นต้น

นายสะอาด ปายะนันท์ อธิบดีรองปลัดกระทรวงมหาดไทยอธิบายขอบเขตเทศพาณิชย์ที่นานาประเทศจัดทำไว้ในหนังสือชื่อ “การปกครองท้องถิ่นในประเทศต่าง ๆ ” ว่า “ การเทศพาณิชย์ที่สำคัญของเทศบาลในปัจจุบันนี้กล่าวได้ว่า จำแนกออกได้ 4

⁴⁶ วิญญู อังคนารักษ์, “เทศพาณิชย์ที่ข้าพเจ้าเห็นมา,” ใน เอกสารประกอบความรู้ทางวิชาการการประชุมใหญ่สันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย ครั้งที่ 23 พ.ศ.2525, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น กรมการปกครอง , 2525), 121 - 122

อย่างคือ การประปา แก๊สจุดไฟ ไฟฟ้า และการขนส่ง ซึ่งโดยปกติเรียกกันว่าเป็นการสาธารณูปโภค และถือว่าเป็นหน้าที่อันจำเป็นที่ทุกท้องถิ่นจะต้องจัดทำไม่ว่าจะเป็นเทศบาลหรือไม่ก็ตาม กิจการดังกล่าวแล้วข้างต้น ตามสภาพย่อมจำเป็นจะต้องทำโดยวิธีสัมปทานผูกขาดแต่ผู้เดียว และด้วยเหตุนี้ทุกประเทศจึงมอบให้เทศบาลมีหน้าที่ดำเนินการแต่ผู้เดียวเป็นส่วนใหญ่”

แนวคิดของกรมการปกครองเห็นว่า“เทศพาณิชย์หมายความว่ากิจการใด ๆ ที่เทศบาลจัดทำขึ้นเพื่อการค้าหวังรายได้อันเกิดแก่กิจการนั้นแต่ไม่หมายความรวมถึงกิจการที่เทศบาลจัดทำขึ้นตามอำนาจหน้าที่หรือเกี่ยวเนื่องโดยตรงหรือโดยอ้อม ตามอำนาจหน้าที่ไม่ว่าจะมีรายได้อันเกิดแก่กิจการนั้นหรือไม่ก็ตาม”

นายวัลลภ รัชพัฒน์ อธิบดีกรมการปกครองและอดีตนายกกรรมการคณะกรรมการบริหารสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยเห็นว่า “ กิจการเทศพาณิชย์” คือ การดำเนินธุรกิจการค้า หรือบริการใด ๆ เพื่อหาประโยชน์อันมีมูลค่า ซึ่งเทศบาลเป็นเจ้าของทุนดำเนินการมากกว่าร้อยละ 50 หรือทั้งหมด

การดำเนินกิจการเทศพาณิชย์ จึงมีลักษณะเป็นการค้าโดยเทศบาลเป็นผู้ดำเนินการในลักษณะที่มุ่งทำกำไรเช่นเดียวกับธุรกิจหรือกิจการค้าที่ดำเนินการโดยเอกชน ข้อที่แตกต่างระหว่างการเทศพาณิชย์กับการค้าของเอกชนก็คือ เทศพาณิชย์เป็นการดำเนินการค้าโดยเทศบาลซึ่งเป็นหน่วยการปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่หลักในการอำนวยความสะดวกเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนในเขตเทศบาล ดังนั้นการดำเนินการเทศพาณิชย์จึงอาจจะไม่หวังผลกำไรแต่ประการเดียว แต่ต้องยึดหลักการจัดบริการแก่ประชาชนอย่างเต็มที่ซึ่งอาจต้องยอมขาดทุนหรือกำไรเพียงเล็กน้อย ฯลฯ แต่ถ้าหากกิจการมีกำไร โดยหลักการแล้วก็ต้องนำรายได้จากส่วนนี้ไปเพื่อใช้จ่ายไปเพื่อขยายบริการประชาชนประเภทนั้นให้ดีขึ้นจะนำไปใช้ในกิจการอื่นหรือรายจ่ายประเภทอื่นไม่ได้

ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของกิจการเทศพาณิชย์ ก็คือมีลักษณะเป็นนโยบายของผู้บริหารท้องถิ่นที่จะดำเนินธุรกิจการค้าอันมิใช่เป็นการจัดบริการให้เปล่าหรือมีราคาถูกตามลักษณะของการจัดบริการสาธารณะหรือสาธารณูปโภคทั่วไป ในลักษณะนี้กิจการเทศพาณิชย์จึงต้องมีการศึกษารายละเอียดของสภาพการค้า มีการพิจารณาถึงการลงทุน การตลาด ผลกำไร มีการแข่งขันกับธุรกิจเอกชน เป็นต้น

กิจการเทศพาณิชย์บางอย่างไม่จำเป็นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเข้าไปดำเนินการเอง ฯลฯ โดยอาจให้เอกชนเช่าช่วงไปดำเนินการ หรือมอบสัมปทานให้เอกชนเข้าดำเนินการ ฯลฯ⁴⁷

จากความเห็นดังกล่าว จะเห็นได้ว่าความหมายของการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นค่อนข้างกว้างขวาง แต่พอสรุปได้ว่าหมายถึงกิจการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการหรือมีการลงทุน หรือร่วมกับผู้อื่น ซึ่งมีเจตนาที่หาผลกำไรจากการดำเนินธุรกิจนั้นอย่างเช่นเอกชน ไม่ว่าจะเป็นกิจการที่เกี่ยวกับกิจการสาธารณูปโภคด้วยหรือไม่ วัตถุประสงค์หลักของกิจการดังกล่าวจึงมุ่งถึงผลประโยชน์ด้วยธุรกิจเป็นหลัก ด้วยลักษณะดังกล่าวทำให้การพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแตกต่างจากบริการสาธารณะในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพราะมีลักษณะการดำเนินงานที่เรียกว่า “ ธุรกิจส่วนเอกชนของฝ่ายปกครอง” (Entreprises privies de l' administration) อันได้แก่กิจกรรมใด ๆ ที่ฝ่ายปกครองกระทำขึ้นโดยมิได้มุ่งสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม แต่มุ่งหาประโยชน์ทางการเงินของฝ่ายปกครอง จึงมิใช่เป็นการบริการสาธารณะ⁴⁸ อย่างไรก็ตามกรณีองค์กรบริหารส่วนตำบลกฎหมายจัดตั้งองค์กรกำหนดให้กิจการเกี่ยวกับการพาณิชย์เป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลอีกด้วย

สำหรับประเภทกิจการที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในต่างประเทศมีกิจการหลายอย่างที่ท้องถิ่นดำเนินการได้นับแต่การตั้งน้ำมันไปจนถึงการบริหารงานสนามบินระหว่างประเทศ⁴⁹ เช่น ในประเทศอังกฤษเทศบาลเมืองฮัลล์ เป็นเจ้าของกิจการโทรศัพท์ เทศบาลเมืองเบอร์มิงแฮม เป็นเจ้าของกิจการ

⁴⁷ วัลลภ ชัยพิพัฒน์ ,” การดำเนินกิจการเทศพาณิชย์ของเทศบาล ,” ใน เรื่องเดียวกัน , น. 113 - 114

⁴⁸ อิศระ นิติทัศน์ประภาส , กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2523) , น. 34 - 35

⁴⁹ กองคลังส่วนท้องถิ่น , “ เทศบาลกับการประกอบเทศพาณิชย์ ,” ใน เรื่องเดียวกัน , น. 154

ธนาคาร เทศบาลเมืองคอนคาสเตอร์ เป็นเจ้าของกิจการสนามม้า ห้องถื่นบางแห่งใน สวิสเซอร์แลนด์ เป็นเจ้าของป่าบางแห่งเองอีกด้วย⁵⁰

สำหรับประเทศไทย เทศบาลมีการดำเนินการเทศพาณิชย์อยู่บ้างส่วน ใหญ่เป็นธุรกิจลงทุนขนาดเล็ก และไม่ต้องใช้ผู้ทำงานที่มีความชำนาญงานด้านการจัด การเป็นพิเศษแต่อย่างใด กิจการที่ได้ลงทุนไปนั้นเป็นเรื่องจำเป็นของประชาชนส่วน ใหญ่ เช่น การตั้งปั๊มน้ำมัน ของเทศบาลเมืองราชบุรี และเทศบาลเมืองร้อยเอ็ด กิจการ โรงแรมของเทศบาลเมืองสงขลา บังกาโลสำหรับตากอากาศชายทะเลของเทศบาลตำบล หัวหิน กิจการโรงพยาบาลของเทศบาลเมืองมหาสารคาม

สำหรับกิจการโรงรับจำนำ นั้น เมื่อเริ่มจัดตั้งโรงรับจำนำถือว่าเป็นเทศ พาณิชย์อย่างหนึ่ง มีเทศบาลหลายแห่งดำเนินการมีผลกำไรที่น่าพอใจ จนในปี พ.ศ.2517 ⁵¹ จึงมีการแก้ไขกฎหมายเทศบาล โดยให้เทศบาลเมืองและเทศบาลนครทุกแห่ง ดำเนิน กิจการสถานขนานูปาล นับจากนั้นมากิจการสถานขนานูปาลจึงเป็นกิจการในหน้าที่ของ เทศบาลเมือง และเทศบาลนครทุก ๆ แห่ง

สำหรับกรณีการพาณิชย์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้ ได้มีคำ วินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 3) กรณี กรุงเทพมหานครต้องการจัดซื้อที่ดินเพื่อจำหน่ายแก่ประชาชน⁵² ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า กรุงเทพมหานครมีนโยบายที่จะดำเนินการพัฒนาชุมชนแออัดและจัดการเกี่ยวกับที่อยู่ อาศัยให้แก่ประชาชน โดยใช้งบประมาณของกรุงเทพมหานคร จัดซื้อที่ดินที่อยู่อาศัย เพื่อนำไปจำหน่ายในราคาทุนให้แก่ประชาชน แต่มีปัญหาว่า กรณีดังกล่าวจะถือว่าเป็น การพาณิชย์ของกรุงเทพมหานครที่ต้องตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครตามมาตรา 97 (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 หรือที่

⁵⁰ วิญญู อังคนารักษ์ .” เทศพาณิชย์ที่ข้าพเจ้าเห็นมา .” ใน เรื่องเดียวกัน . น. 122

⁵¹ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2517 มาตรา 4

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , “ การที่กรุงเทพมหานครจัดซื้อที่ดินเพื่อ จำหน่ายแก่ประชาชนจะต้องออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครหรือไม่ ,” วารสารกฎหมาย ปกครอง เล่ม 11 ตอน 1 (มกราคม 2535) , น. 58 - 72

สมควรจะกระทำโดยถือว่าเป็นการปฏิบัติราชการตามปกติโดยการกำหนดเป็นระเบียบของกรุงเทพมหานครแทน ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) วินิจฉัยว่า ความในมาตรา 97 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครจะตราขึ้นได้โดยความเห็นชอบของสภากรุงเทพมหานครในกรณีดังต่อไปนี้ ...” มีความหมายว่าถ้าเป็นกรณีตามมาตรา 97 ใน (1) (4) แล้วจะต้องทำเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ไม่ใช่จะเลือกตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครหรือไม่ก็ได้ ส่วนกรณีการดำเนินการตามปัญหาดังกล่าวนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าการจัดซื้อที่ดินเพื่อจำหน่ายแก่ประชาชนในราคาทุนนั้นมีลักษณะเป็นการซื้อมาเพื่อขายไป ถือเป็นการดำเนินการพาณิชย์อย่างหนึ่ง ส่วนการดำเนินการนี้จะมีการแสวงหากำไรอยู่ด้วยหรือไม่นั้น มิใช่ประเด็นสำคัญที่จะทำให้ไม่ต้องตกอยู่ในความหมายของเรื่องการค้าพาณิชย์ ตาม มาตรา 97 (3) นอกจากนี้ การดำเนินการดังกล่าวที่นำงบประมาณของกรุงเทพมหานคร ไปซื้อที่ดินมานั้นเกี่ยวพันไปถึงเรื่องการเงินของกรุงเทพมหานครด้วย และเมื่อที่ดินที่ซื้อ มาถือเป็นทรัพย์สินของกรุงเทพมหานคร การดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินนี้ รวมทั้งการนำไปจำหน่ายให้แก่ประชาชนแม้จะกระทำในราคาทุนโดยไม่คิดผลประโยชน์ตอบแทน ก็ถือเป็นเรื่องการเงิน การทรัพย์สิน และการจัดหาผลประโยชน์จากทรัพย์สิน ตามมาตรา 97 (4) การดำเนินการดังกล่าวจึงต้องตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร

2.1.5 การเก็บภาษีอากรค่าธรรมเนียม ภาษีมูลค่าเพิ่มและค่าบริการบางประเภท

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.1.4 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีรายได้ส่วนหนึ่งจาก ภาษีอากร ค่าธรรมเนียม และมีรายได้ส่วนหนึ่งจากภาษีมูลค่าเพิ่มด้วย อันเป็นรายได้ที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เก็บเพิ่มจากอัตราภาษีที่รัฐบาลกลางจัดเก็บ ซึ่งมีวิธีการจัดเก็บดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อการจัดเก็บภาษีอากร และค่าธรรมเนียมดังกล่าว ดังนี้

2.1.5.1 ภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากร

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีกรุงเทพมหานคร (มาตรา 112 ทวิ) เมืองพัทยา (มาตรา 83) องค์การบริหารส่วนจังหวัด (มาตรา 67) และองค์การบริหารส่วนตำบล (มาตรา 80) กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวข้างต้นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม โดยให้กำหนดเป็นอัตราภาษีมูลค่าเพิ่ม เพิ่มขึ้นจากอัตราที่เรียกเก็บตามประมวลรัษฎากร ดังนี้คือ

ก. ในกรณีที่ประมวลรัษฎากร เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละศูนย์ ให้เรียกเก็บในอัตราร้อยละศูนย์

ข. ในกรณีที่ประมวลรัษฎากร เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราอื่นให้เรียกเก็บในอัตราหนึ่งในเก้าของอัตราภาษีมูลค่าเพิ่มที่เรียกเก็บตามประมวลรัษฎากร

2.1.5.2 ภาษีธุรกิจเฉพาะตามประมวลรัษฎากร

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีกรุงเทพมหานคร (มาตรา 112 (1)) เมืองพัทยา (มาตรา 82 (1)) องค์การบริหารส่วนจังหวัด(มาตรา 66(1)) และองค์การบริหารส่วนตำบล (มาตรา 76 (1)) กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวข้างต้นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะเพิ่มขึ้นไม่เกินร้อยละสิบของภาษีอากร

2.1.5.3 ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตขายสุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรา

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีกรุงเทพมหานคร (มาตรา 112 (2)) เมืองพัทยา (มาตรา 82 (2)) องค์การบริหารส่วนจังหวัด(มาตรา 66(2)) และองค์การบริหารส่วนตำบล (มาตรา 76 (2)) กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวข้างต้นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อจัดเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตเพิ่มขึ้นไม่เกินร้อยละสิบของค่าธรรมเนียม

2.1.5.4 ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตในการเล่นการพนันตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน

กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกรณี กรุงเทพมหานคร (มาตรา 112 (3)) เมืองพัทยา (มาตรา 82 (3)) องค์การบริหารส่วนจังหวัด (มาตรา

และองค์การบริหารส่วนตำบล (มาตรา 80) กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวข้างต้นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อจัดเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตในการเล่นการพนัน ตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน ซึ่งสถานที่เล่นการพนันอยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนั้น ๆ เพิ่มขึ้นไม่เกินร้อยละสิบของอัตราค่าธรรมเนียม

มีข้อสังเกตว่า กรณีเทศบาล กฎหมายจัดตั้งเทศบาลมิได้บัญญัติให้อำนาจเทศบาลออกข้อบัญญัติในเรื่องข้างต้นไว้แต่ประการใด เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะได้มีการกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติรายได้เทศบาล พ.ศ. 2497 บัญญัติให้อำนาจเทศบาลออกเทศบัญญัติในเรื่องนี้ไว้แล้วนั่นเอง

2.1.5.5 ภาษีบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัด กรุงเทพมหานคร จากการค้ำน้ำมันเบนซิน

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 64 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 111 บัญญัติให้อำนาจองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกรุงเทพมหานคร มีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเก็บภาษีบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัด และ กรุงเทพมหานครแล้วแต่กรณีจากสถานการค้าปลีกซึ่งอยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ จากการค้ำน้ำมันเบนซิน หรือน้ำมันที่คล้ายกัน ในอัตราลักษณะไม่เกิน 5 สตางค์ และกฎหมายยังให้อำนาจเพิ่มในการเก็บภาษีบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัด จากการค้ำน้ำมันดีเซลและน้ำมันที่คล้ายกัน ก๊าซปิโตรเลียมไม่เกินลิตรละ 5 สตางค์ ยาสูบไม่เกินม้วนละ 5 สตางค์ อีกด้วย โดยราคาขายปลีกที่สูงเพิ่มขึ้นไม่เกินจำนวนภาษีที่เรียกเก็บตามกรณีนี้ ไม่ถือว่าเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด

2.1.5.6 ค่าบริการ

พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 48 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 92 และ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 64 บัญญัติให้อำนาจองค์การบริหารส่วนจังหวัดกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา ตราข้อบัญญัติเพื่อเรียกเก็บค่าบริการจากการให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือ

ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นได้ กรณีเมืองพัทยา บัญญัติกฎหมายเฉพาะลงไปว่าบริการดังกล่าวเป็นบริการที่โดยปกติแล้วเป็นบริการที่มีค่าตอบแทน

2.1.5.7 ค่าธรรมเนียมบำรุงองค์กรบริหารส่วนจังหวัด

ค่าธรรมเนียมบำรุงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายกำหนดให้มีการออกข้อบัญญัติมีเพียงกรณีเดียวคือ องค์กรบริหารส่วนจังหวัดตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 65 กำหนดให้ออกข้อบัญญัติเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้พักในโรงแรมตามกฎหมายว่าด้วยโรงแรม ตามหลักเกณฑ์วิธีการและอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง

2.1.6 ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครและข้อบัญญัติเมืองพัทยาเกี่ยวกับการคลัง งบประมาณการเงินการทรัพย์สิน การจัดหาผลประโยชน์จากทรัพย์สิน การจ้างและพัสดุ

เฉพาะกรณีกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยาเท่านั้น ที่กฎหมายจัดตั้งกรุงเทพมหานคร กำหนดให้ตราข้อบัญญัติท้องถิ่น ตามมาตรา 94 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารส่วนราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 และมาตรา 70(5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 ซึ่งแตกต่างไปจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทอื่น ๆ ในเรื่องดังกล่าวเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติ เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน และการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 กรณีดังกล่าวนี้ กรุงเทพมหานครได้ออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครในเรื่องดังกล่าวนี้แล้ว เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2529

2.1.7 รายได้จากการจำหน่ายพันธบัตรของกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยากับเงินกู้ของเมืองพัทยา

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 117(8) และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

มาตรา 89 (5) บัญญัติให้อำนาจกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา แล้วแต่กรณี ออกข้อบัญญัติกรณีมีรายได้จากการจำหน่ายพันธบัตร ทั้งนี้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว สำหรับเมืองพัทยา เมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังร่วมกัน และกรณีเมืองพัทยา มาตรา 89 (6) ยังบัญญัติให้เมืองพัทยายังจะต้องได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงมหาดไทยและตราเป็นข้อบัญญัติในกรณีมีรายได้จากเงินกู้ อีกด้วย

2.1.8 การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กำหนดให้เป็นดุลพินิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะออกข้อบัญญัติท้องถิ่นหรือไม่ก็ได้ ซึ่งมีอยู่ 2 กรณี คือ

ก. ค่าธรรมเนียมใด ๆ จากผู้ใช้หรือใช้หรือได้ประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ให้ มีขึ้น เมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย กรณี กรุงเทพมหานคร (มาตรา 114) หรือภายใต้ระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด กรณีขององค์การบริหารส่วนจังหวัด (มาตรา 69)

ข. รายได้หรือผลพลอยได้ อันเกิดจากการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาล กรณีดังกล่าวนี้เทศบาลจะไม่ตราเป็นเทศบัญญัติก็ได้

2.2 อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามที่กฎหมายเฉพาะระบุให้อำนาจไว้

อำนาจในการออกข้อบัญญัติประเภทนี้ เป็นอำนาจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรับมอบมาเพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของกฎหมายแม่บทเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพท้องถิ่นของตน มีลักษณะเป็นมาตรการเพิ่มเติมกฎหมายแม่บทให้สมบูรณ์ (Mesures complimentaires) นั่นเอง การมอบอำนาจกรณีนี้จะต้องมอบโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (disposition legislatives) เท่านั้น ในปัจจุบันมีกฎหมายจำนวนมากที่มีบทบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกข้อบัญญัติกรณีนี้ได้ โดยอาจแยกออกเป็นประเภทของกฎหมายได้ดังนี้

ก. กฎหมายเกี่ยวกับการสาธารณสุข

ได้แก่พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยบ้านเมือง พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

ข. กฎหมายเกี่ยวกับการเงินและการคลัง

ได้แก่พระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ พ.ศ. 2508

ค. กฎหมายเกี่ยวกับสุสานและฌาปนสถาน

ได้แก่พระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถาน พ.ศ. 2528

ง. กฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบการจอดยานยนต์

ได้แก่พระราชบัญญัติจัดระเบียบการจอดยานยนต์ในเขตเทศบาลและสุขาภิบาล พ.ศ. 2503

จ. กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร

ได้แก่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

แต่หากจำแนกตามเรื่องที่มีมอบอำนาจให้ออกข้อบัญญัติท้องถิ่นแล้วสามารถจำแนกได้ดังนี้

2.2.1 เพื่อกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมตามกฎหมาย

การมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกข้อบัญญัติในกรณีเป็นเรื่องการมอบให้กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ตามกฎหมายนั้น ๆ ให้เหมาะสมกับแต่ละท้องถิ่นไป โดยกฎหมายจะกำหนดเพดานสูงสุดหรือต่ำสุดไว้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมได้ตามที่เห็นสมควร โดยออกเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่น เช่น พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 14 (2) ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออก

ข้อกำหนดท้องถิ่นกำหนดให้ผู้ได้รับหนังสืออนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นให้นำขบวนสัตว์ หรือฝูงสัตว์ หรือจูงสัตว์ไปตามถนน เสียค่าธรรมเนียมรักษาความสะอาด หรือพระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถาน พ.ศ. 2528 มาตรา 11 (1) ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (ยกเว้นองค์การบริหารส่วนตำบล) ออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมตามกฎหมาย ทั้งนี้ไม่เกินอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นต้น

2.2.2 เพื่อกำหนดให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใด ๆ

การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีนี้เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกข้อบัญญัติท้องถิ่น เพื่อให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเรื่องใด ๆ อันเป็นเรื่องเฉพาะของแต่ละท้องถิ่น เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติว่าเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสะอาดและการจัดระเบียบในการเก็บ ขน และกำจัด สิ่งปฏิกูล หรือมูลฝอย ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดท้องถิ่น ดังต่อไปนี้ (1) ห้ามการถ่าย เท ทิ้ง หรือทำให้มีขึ้นในที่หรือทางสาธารณะซึ่งสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยนอกจากในที่ที่ราชการส่วนท้องถิ่นจัดไว้ให้ ฯลฯ เป็นต้น

2.2.3 เพื่อกำหนดเขตพื้นที่ใด ๆ ทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นเขตเฉพาะเพื่อการใด ๆ ในท้องถิ่น

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 29 บัญญัติเพื่อประโยชน์ในการรักษาภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับการดำรงชีพของประชาชนในท้องถิ่น หรือเพื่อป้องกันจากเชื้อโรคที่เกิดจากสัตว์ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดท้องถิ่นกำหนดให้ส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของพื้นที่ในเขตอำนาจของราชการท้องถิ่นนั้น เป็นเขตควบคุมการเลี้ยงสัตว์หรือปล่อยสัตว์ได้ เป็นต้น

2.2.4 เพื่อกำหนดกิจการใด ๆ ทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นกิจการเฉพาะเพื่อการใด ๆ ในเขตท้องถิ่น

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 32 บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการที่ประกาศตามมาตรา

31 (เป็นประกาศที่รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสาธารณสุขประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้กิจการใดเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ) ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่น ดังต่อไปนี้ (1) กำหนดประเภทของกิจการตามมาตรา 31 บางกิจการ หรือทุกกิจการให้เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมภายในท้องถิ่น นั้น ฯลฯ เป็นต้น

2.2.5 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติหรือเงื่อนไขแก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการบางประเภทต้องถือปฏิบัติ

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถาน พ.ศ. 2528 มาตรา 11 (5) บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น(ยกเว้นองค์การบริหารส่วนตำบล) ออกข้อบัญญัติกำหนดหน้าที่ที่ผู้ได้รับใบอนุญาตตาม มาตรา 6 (ใบอนุญาตจัดตั้งสุสานและฌาปนสถานสาธารณะ) หรือมาตรา 7 (ใบอนุญาตดำเนินการสุสานและฌาปนสถานสาธารณะหรือสุสานและฌาปนสถานเอกชน) จะต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการทะเบียน การส่งรายงาน และการอื่นใด เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศ ตลอดจนสาธารณสุขและอนามัยของประชาชน และมาตรา 48 บัญญัติว่าการแจ้งให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นทราบเพื่อดำเนินกิจการตามมาตรา 38 และหนังสือรับรองการแจ้งให้เป็นไปตามแบบที่กำหนดในข้อกำหนดของท้องถิ่น

2.2.6 เพื่อกำหนดห้วงเวลาดำเนินการเรื่องใด ๆ และรายละเอียดเกี่ยวกับสถานที่ตั้งลักษณะสิ่งปลูกสร้าง

ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 35 บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลตลาด ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่นดังต่อไปนี้ (1) กำหนดที่ตั้ง เนื้อที่แผนผัง และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้างและสัญลักษณ์ (3) กำหนดเวลาเปิดและปิดตลาด

2.2.7 เพื่อกำหนดรายละเอียดเรื่องการลดหย่อนภาษีบำรุงท้องที่

พระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ พ.ศ. 2508 มาตรา 22 บัญญัติเรื่อง การลดหย่อนภาษีบำรุงท้องที่ไว้ดังต่อไปนี้

1. การออกข้อบัญญัติจังหวัด ลดหย่อนภาษีบำรุงท้องที่สำหรับที่ดินนอกเขตเทศบาล ได้ไม่เกิน 5 ไร่ ไม่ได้

2. การออกเทศบัญญัติ ลดหย่อนภาษีบำรุงท้องที่สำหรับที่ดินในเขตเทศบาล ได้ไม่เกิน 1 ไร่ แต่จะน้อยกว่า 200 ตารางวาไม่ได้

3. การออกข้อบัญญัติเมืองพัทยา หรือเทศบัญญัติอื่นนอกจากเทศบาลตำบลได้ไม่เกิน 100 ตารางวา แต่จะน้อยกว่า 50 ตารางวาไม่ได้

4. การออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ให้เป็นไปดังนี้

ก. ในท้องที่ที่มีชุมชนหนาแน่นมาก ให้ลดหย่อนได้ไม่เกิน 100 ตารางวา แต่จะน้อยกว่า 50 ตารางวาไม่ได้

ข. ในท้องที่ที่มีชุมชนหนาแน่นปานกลาง ให้ลดหย่อนได้ไม่เกิน 1 ไร่ แต่จะน้อยกว่า 100 ตารางวาไม่ได้

ค. ในท้องที่ชนบท ให้ลดหย่อนได้ไม่เกิน 5 ไร่ แต่จะน้อยกว่า 3 ไร่ไม่ได้ ท้องที่ใดจะเป็นที่ตาม (ก) (ข) หรือ (ค) ให้เป็นไปตามกฎกระทรวง

การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามราชบัญญัติฉบับนี้ เพิ่งจะมีปรากฏก็เมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ตามพระราชกำหนด แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีบำรุงท้องที่ พ.ศ. 2508 พ.ศ. 2524 ซึ่งตามกฎหมายเดิมไม่มีการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นแต่อย่างใด

มีข้อสงสัยว่าการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีเพียงการออกข้อบัญญัติจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครและข้อบัญญัติเมืองพัทยา เท่านั้น ไม่รวมถึงการออกข้อบังคับขององค์การบริหารส่วนตำบลด้วยแต่อย่างใด มีปัญหาว่าองค์การบริหารส่วนตำบลจะมีอำนาจออกข้อบัญญัติตำบลในเขตพื้นที่ของตนได้หรือไม่

กรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ตามบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้ให้อำนาจองค์การบริหารส่วนตำบลออกข้อบังคับตำบลไว้แต่อย่างใด องค์การบริหารส่วนตำบลจึงไม่มีอำนาจออกข้อบังคับตำบลเพื่อลดหย่อนภาษีบำรุงท้องที่ในเขตพื้นที่ได้ส่วนในการลดหย่อนภาษีบำรุงท้องที่ดังกล่าวต้องเป็นไปตามข้อบัญญัติจังหวัดซึ่งออกโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด ซึ่งมีพื้นที่ครอบคลุมเขตพื้นที่ขององค์การบริหารส่วนตำบล นั้น ๆ



2.3 ข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจข้อบัญญัติท้องถิ่น

2.3.1 กรณีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

1. กฎหมายเปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนกลางมอบหมายภาระหน้าที่ การจัดทำ บริการสาธารณะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิ่มเติม

โดยปกติแล้วอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมอบหน้าที่หลัก ๆ 2 ประการ คือ กิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยแท้ (State Affairs) เช่น การทะเบียนราษฎร และกิจการที่เป็นของท้องถิ่นโดยแท้ (Local Affairs) เช่นการสาธารณสุขปโภคต่าง ๆ สำหรับท้องถิ่นเอง⁵³ ให้ท้องถิ่นรับไปดำเนินการวิธีการมอบหมายดังกล่าว กฎหมายจัดตั้งจะระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่ามีอะไรบ้าง เช่น การบำรุงรักษา ทางน้ำ เป็นต้น แต่ขณะเดียวกันในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็เปิดโอกาสให้ส่วนกลางมีการมอบหมายภาระหน้าที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยวิธีอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 50 (7) ,53(1) และ 56 (1) บัญญัติให้เทศบาลมีหน้าที่ต้องทำในหน้าที่อื่น ซึ่งมีคำสั่งกระทรวงมหาดไทยหรือกฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของเทศบาล พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 89 (7) บัญญัติให้กรุงเทพมหานครมีหน้าที่ต้องทำตามที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมอบหมาย พระราชบัญญัติระเบียบบริหารการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 62 (14) บัญญัติให้เมืองพัทยามีหน้าที่ต้องทำในอำนาจหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นของเทศบาลนครหรือของเมืองพัทยา พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 มาตรา 31(20) อันเป็นเรื่องกิจการส่วนจังหวัด ซึ่งองค์การบริหารส่วนจังหวัดในปัจจุบันมีหน้าที่ต้องทำในเขตสภาพตำบล บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีหน้าที่ทำกิจการอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นเพื่อประโยชน์ของราษฎร และท้องถิ่นหรือกิจการอื่นซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นกิจการส่วน

⁵³ โภคิน พลกุล ,” หลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารราชการ ,” รัฐศาสตร ฉบับที่ 8 ปีที่ 33 (สิงหาคม 2528) , น. 12

จังหวัดและพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 67 (9) บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีหน้าที่อื่นตามที่ทางราชการมอบหมาย ซึ่งปรากฏว่าในทางปฏิบัติได้มีการมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีภาระหน้าที่นอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ เช่น คำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 12/2543 ลงวันที่ 18 มกราคม 2543 มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทยกเว้นองค์การบริหารส่วนจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาและดำเนินการคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน เป็นต้น

กรณีดังกล่าวมีผลกระทบต่ออำนาจหน้าที่และขอบเขตอำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นอย่างมาก เพราะทำให้อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีแผ่ขยายออกไปเรื่อยๆ ไม่มีเขตจำกัด และเป็น การขยายเข้าไปในภารกิจของรัฐโดยแท้เป็นส่วนใหญ่ อันนำไปสู่ปัญหาขอบเขตในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นอยู่เสมอ

2. บทกำหนดโทษตามข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีนี้ เป็นเอกเทศจากกฎหมายจัดตั้งไม่สูงกว่าโดยที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้

พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภทให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นและให้มีอำนาจกำหนดโทษอันเป็นโทษอาญา ไว้สำหรับผู้ละเมิดข้อบัญญัติท้องถิ่นไว้ดังนี้ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 60 บัญญัติว่าจะกำหนดโทษปรับผู้ละเมิดเทศบัญญัติไว้ด้วยก็ได้แต่ห้ามมิให้กำหนดเกินกว่าหนึ่งพันบาทพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 97 วรรคสอง กับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 70 วรรคสอง กำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบัญญัติมิให้กำหนดโทษจำคุกเกินหกเดือน และหรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 51 วรรคสอง กำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบัญญัติมิให้กำหนดโทษจำคุกเกินหกเดือน และหรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 71 ให้กำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนมิให้ปรับเกินห้าร้อยบาท

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ถือเป็นข้อยกเว้น ของหลักทั่วไปที่ว่ากฎหมายลำดับรองไม่อาจมีโทษภายในตัวเอง โทษที่จะลงเป็นโทษตามกฎหมายแม่บทเท่านั้น ซึ่งในประเทศไทยนั้น เท่าที่ปรากฏมีเพียงพระราชกฤษฎีกาที่รัฐบาลออกใช้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 (ปัจจุบันยกเลิกไปแล้ว) กับข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เท่านั้น

ผลจากการที่ข้อบัญญัติท้องถิ่นสามารถกำหนดโทษได้เองเป็นเอกเทศจากโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้นี้ทำให้ผู้ละเมิดข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภทนี้จะต้องถูกลงโทษตามข้อบัญญัติท้องถิ่น หากข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น ได้บัญญัติว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและโทษที่จะลงนั้น เป็นโทษตามข้อบัญญัติท้องถิ่นนั่นเอง อันมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาอย่างหนึ่ง มิใช่โทษตามกฎหมายแม่บท เหมือนกรณีฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ทั่วไป

ปัญหามีอยู่ว่าในเมื่อข้อบัญญัติท้องถิ่นดังกล่าวมีลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายอาญา ดังนั้น หลักการตามกฎหมายอาญาในเรื่องกฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดจะนำมาใช้แก่กรณีผู้ฝ่าฝืนอันมีความผิดอาญาตามข้อบัญญัติท้องถิ่นหรือไม่

กรณีดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีนี้มีลักษณะทำนองเดียวกันกับพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 กล่าวคือเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีเนื้อหา เป็นเรื่องกำหนดหลักเกณฑ์แห่งความผิดภายในขอบเขตที่ระบุไว้ในกฎหมายแม่บทและมีบทโทษ มิใช่เป็นเรื่องรายละเอียดในการไปพระราชบัญญัติดังกล่าว การยกเลิกหรือแก้ไขพระราชกฤษฎีกาหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นดังกล่าวมีผลให้เป็นการเปลี่ยนแปลงตัวกฎหมายที่เป็นความผิด มีผลถึงความผิดจึงนำหลักในเรื่องกฎหมายที่เป็นคุณ เช่นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2,3 มาใช้แก่กรณีได้ ซึ่งกรณีพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้เคยมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 77/2490 วินิจฉัยว่า การกระทำผิดต่อพระราชกฤษฎีกาควบคุมการจำหน่ายรำ พ.ศ. 2486 ออกตามความในพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 ถ้าต่อมาพระราชกฤษฎีกานั้นยกเลิกไปสิทธิฟ้องร้องในความผิดนั้น ก็เป็นอันระงับไป สำหรับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่ก็ถือว่าหากเป็นกรณีการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาแล้วถือว่าการเปลี่ยนแปลงพระราชกฤษฎีกามี

ผลถึงความผิด ซึ่งในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า ทั้งนี้คงเป็นเพราะสิ่งที บัญญัติขึ้นเป็นพระราชกฤษฎีกานั้นย่อมเป็นข้อสำคัญแห่งการบังคับใช้พระราชบัญญัติ การมอบหมายให้ออกข้อกำหนดการบังคับใช้พระราชบัญญัติ จึงให้ทำเป็นพระราช กฤษฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 300/2488 , 733/2490⁵⁴ แต่อย่างไรก็ตามก็คงมิใช่หลัก เกณฑ์ที่ตายตัว เช่นพระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติในบางท้องถิ่นน่าจะเป็นแต่ เพียงรายละเอียดในการใช้พระราชบัญญัติไม่ใช่หลักการแห่งความผิดก็ได้⁵⁵ ดังนั้นกรณี ข้อบัญญัติท้องถิ่นซึ่งเป็นเรื่องการกำหนดหลักการกระทำความผิดการแก้ไขหรือยกเลิกมี ผลกระทบต่อความผิดตามกฎหมายด้วยจึงสามารถนำหลักการในเรื่องกฎหมายที่เป็นคุณ ในกฎหมายอาญามาใช้บังคับได้

3. เป็นอำนาจออกข้อบัญญัติเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจ หน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายมอบหมายให้

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีที่มาหลัก ๆ จากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติระดับอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นไว้ และยังได้บัญญัติเปิดโอกาสให้ราชการส่วนกลางมอบหมายภาระหน้าที่ ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิ่มอีก เช่น คำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 12/2543 ลง วันที่ 18 มกราคม 2543

ขอบเขตอำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น มีหลักการกว้าง ๆ ว่าเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ภายใต้บังคับของกฎหมาย จึงมีปัญหาว่าขอบเขตที่ชัดเจนใน การออกข้อบัญญัติท้องถิ่น มีอยู่เพียงใด ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ตามแนวคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการกฤษฎีกา คำพิพากษาศาลฎีกา และความเห็นของกระทรวงมหาดไทย ดัง ต่อไปนี้

ก. แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา

⁵⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ , กฎหมายอาญาภาค 1 . พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : แสง จันทร์การพิมพ์ , 2529) , น. 64

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน , น. 65

1. ความเห็นคณะกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 4 ⁵⁶

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายกองที่ 4) ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีอำนาจในการตราข้อบัญญัติเมืองพัทยา (กรณีการควบคุมและส่งเสริมการท่องเที่ยว) โดยมีประเด็นปัญหาว่าการที่เมืองพัทยาได้ตราข้อบัญญัติเมืองพัทยารื่องควบคุมและส่งเสริมกิจการท่องเที่ยว พ.ศ. 2522 โดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 มาตรา 73(1) เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและส่งเสริมการท่องเที่ยว ตามมาตรา 67(10) แต่เนื่องจากตามมาตรา 67 ดังกล่าวได้บัญญัติว่าอำนาจหน้าที่ของเมืองพัทยาคือเมืองพัทยาสามารถตราข้อบัญญัติเมืองพัทยาในกรณีดังกล่าว โดยไม่ต้องมีกฎหมายเฉพาะเรื่องบัญญัติให้อำนาจได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 4 ได้วินิจฉัยว่า คำว่า “ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย” ตามมาตรา 67 ของพระราชบัญญัติบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 นั้น ความหมายว่า อำนาจหน้าที่ของเมืองพัทยาต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายอื่นหรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยาเองก็ตาม ดังนั้น เมื่อเรื่องการควบคุมและส่งเสริมกิจการท่องเที่ยวตามมาตรา 67 (10) มิได้มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เรื่องดังกล่าวจึงต้องอาศัยอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 และเมืองพัทยาอาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 67 (10) ตราข้อบัญญัติเมืองพัทยาเพื่อควบคุมและส่งเสริมกิจการท่องเที่ยวในเขตเมืองพัทยาได้ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทำบันทึกเสนอคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อประกอบการพิจารณา โดยเสนอความเห็นที่ว่าอำนาจหน้าที่เมืองพัทยามาตรา 67 ดังกล่าวนั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหนึ่งเรื่องใดตามมาตรา 67 ไว้โดยเฉพาะแล้ว เมืองพัทยาก็จะมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องนั้นภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติ ของกฎหมายเฉพาะนั้น เท่านั้น

2. ความเห็นคณะกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 7 ⁵⁷

⁵⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามบันทึกเรื่อง อำนาจตราข้อบัญญัติเมืองพัทยา (เรื่องเสร็จที่ 201 / 2522)

ความคิดเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมาย
 คณะที่ 7) ในเรื่องนี้มีมติเห็นว่าพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2518 มาตรา 66(2) (3) และ (4) บัญญัติให้กรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่
 ดำเนินกิจการในเขตกรุงเทพมหานคร เกี่ยวกับการจัดให้มีและบำรุงรักษา ทางบก ทางน้ำ
 และทางระบายน้ำ ฯลฯ กรุงเทพมหานครย่อมมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการต่าง ๆ ใน
 สถานะเป็นผู้จัดให้มีและบำรุงรักษาทางน้ำ ฯลฯ แต่บทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้ให้อำนาจ
 กรุงเทพมหานครในอันที่จะบังคับให้เอกชนกระทำการดังกล่าวในที่ดินของตน ดังนั้น
 กรุงเทพมหานคร จะตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเพื่อบังคับให้เอกชนกระทำการดัง
 กล่าวในที่ดินของตนด้วยไม่ได้ เพราะเป็นการเกินอำนาจกฎหมายระเบียบบริหารราชการ
 กรุงเทพมหานคร

ข. แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 386/2498 ตัดสินว่าเทศบาลมีอำนาจตราเทศบัญญัติ
 ภายในขอบเขตของอำนาจ (กิจการที่กฎหมายกำหนดให้เทศบาลมีอำนาจกระทำ) โดยไม่
 จัดหรือแย้งต่อบทกฎหมาย เช่น วากระเบียบเกี่ยวกับเรือเข้าเทียบท่าหรือออกจากท่าของ
 เทศบาล แต่เทศบัญญัติไม่ได้ให้อำนาจเทศบาลที่จะไปห้ามผู้ใดสร้างหรือใช้สะพาน
 เทียบท่าเรือในที่ดินของเอกชนซึ่งมีสิทธิอยู่และการทำงานเช่นนั้นย่อมเป็นการตัดสิทธิของ
 บุคคลอันมีอยู่ตามกฎหมาย

ค. ความเห็นของกระทรวงมหาดไทย

1. หนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ มท0413/8400 ลงวันที่ 2 มิถุนายน
 2531 มีความเห็นว่า เทศบาลเมืองมีหน้าที่จัดให้มีและบำรุงทางบก รักษาความสะอาด
 ของถนนหรือทางเดินและที่สาธารณะ กำจัดมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล และจัดให้มีและบำรุง
 ทางบกทางน้ำ ดังนั้น เทศบาลจึงชอบที่จะตราเทศบัญญัติ กำหนดอัตราค่าธรรมเนียม

⁵⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ความคิดเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา
 ตามบันทึกเรื่อง ปัญหาการตีความตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ
 กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2518 (เรื่องเสร็จที่ 71 / 2519)

เรียกเก็บจากผู้ขออนุญาตกองวิศวกรรมทางเท้าเพื่อนำไปใช้จ่ายในการทำความสะอาดทางเท้าและท่อระบายน้ำได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 50 (2) (3) มาตรา 53 (1) (5) มาตรา 60 มาตรา 61 และมาตรา 66 (2) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ สำหรับอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวนั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของสภาเทศบาลและผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งมีอำนาจในการตราเทศบัญญัติและอนุมัติเทศบัญญัติ ตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ จะพิจารณาตามความเหมาะสม

2. หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0413/505 ลงวันที่ 1

ธันวาคม 2531 เห็นว่า เทศบัญญัติเทศบาลเมืองพัทลุง เรื่องการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในเขตเทศบาลฯ มีสาระสำคัญแบ่งได้เป็น 4 หมวด คือ (ก) การรักษาต้นไม้และโคมไฟ (ข) การรักษาทางระบายน้ำ (ค) การรักษาถนน ทางเท้า แม่น้ำหรือลำคลอง และ (ง) การรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อย ซึ่งสาระสำคัญเทศบัญญัติทั้ง 4 หมวด เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล มาตรา 50 (2) (3) มาตรา 51 (8) มาตรา 53 (1) และมาตรา 54 (10) (11) แม้ว่าเทศบัญญัติดังกล่าว บางข้อจะมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503 แต่ก็ไม่ได้ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติดังกล่าวอย่างใด ดังนั้นเทศบาลจึงอำนาจตราเทศบัญญัติเรื่องนี้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเทศบาลฯ มาตรา 60 (1) ได้

3. หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0413/16610 และ 16612

ลงวันที่ 14 ธันวาคม 2531 เห็นว่า การจัดระบบระบายน้ำและระบบบำบัดน้ำเสียเป็นกิจการซึ่งเกี่ยวข้องกับสาธารณสุขของชุมชนอย่างหนึ่งซึ่งเป็นกิจการในอำนาจหน้าที่ของเทศบาลเมือง ตามมาตรา 53 (5) และมาตรา 54 (7) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ และบทบัญญัติของมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ มีลักษณะเป็นการรับรองว่าเทศบาลอาจมีรายได้หรือผลพลอยได้อันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่ ดังนั้น เทศบาลจึงอาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ปล่อยน้ำเสียลงในท่อระบายน้ำของเทศบาลซึ่งเทศบาลจะต้องบำบัดน้ำเสียดังกล่าวต่อไปได้ แต่เนื่องจากมาตรา 66 (2) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ บัญญัติให้เทศบาลอาจมีรายได้จากค่าธรรมเนียม ค่าใบอนุญาต และค่าปรับ ตามแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งปรากฏว่าไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการเก็บค่าธรรมเนียมไว้แต่อย่างใดหากเทศบาลจะเก็บค่าธรรมเนียมในเรื่องดังกล่าวจึงต้องตราเทศบัญญัติ ซึ่งเป็น

กฎหมายของเทศบาลกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้ ทั้งนี้ตามมาตรา 53 (5) มาตรา 54 (7) มาตรา 60 (1) มาตรา 61 และมาตรา 66(2) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล

4. หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0413/6105 ลงวันที่ 27 เมษายน 2532 เห็นว่า ร่างเทศบัญญัติกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับเรือประเภทต่าง ๆ ที่เข้าท่าเทียบเรือบุคคลที่ขึ้นลงท่าเทียบเรือ และสินค้าที่ผ่านเข้าท่าเทียบเรือ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาล เทศบาลจึงมีอำนาจตราเทศบัญญัติกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวได้ ตามมาตรา 51 (3) มาตรา 53 (1) มาตรา 60 มาตรา 61 และมาตรา 66 (2) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ

5. หนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ มท 0413/2580 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2532 พิจารณาและวินิจฉัยปัญหาที่มีสมาชิกสภาเทศบาลเสนอร่างเทศบัญญัติว่าด้วยการถ่ายถอดเสียงการประชุมสภาเทศบาล ว่า การที่จะกำหนดให้มีการถ่ายถอดเสียงการประชุมสภาเทศบาลซึ่งถือว่าเป็นการเปิดเผยการประชุมสภาเทศบาลให้ประชาชนทราบ จะต้องกำหนดโดยระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาเทศบาล ฯ ทั้งนี้ ตามมาตรา 23 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ เทศบาลจึงไม่มีอำนาจตราเทศบัญญัติดังกล่าว

6. หนังสือกรมการปกครองที่ มท 0318/3495 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2542 มีความเห็นว่า พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 68 (8) ได้บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลและรักษาทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 122 ได้บัญญัติให้นายอำเภอมีหน้าที่ในการดูแลรักษาที่อันเป็นสาธารณประโยชน์เพื่อให้ราษฎรได้ใช้ด้วยกัน และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 ก็ได้บัญญัติให้สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น รวมถึงทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน เช่นที่รกร้างว่างเปล่า ที่ชายดง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ เป็นต้น สระน้ำสาธารณประโยชน์ที่ประชาชนใช้ร่วมกันนั้น ย่อมเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งประชาชนทุกคนมีสิทธิใช้ร่วมกันได้ ซึ่งนายอำเภอและองค์การบริหารส่วนตำบลก็มีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองดูแลและรักษาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการคุ้มครองนั้นหมายถึงการที่มีให้บุคคลใดมาบุกรุกหรือยึดถือครอบครอง ส่วน

การดูแลบำรุงรักษานั้น หมายถึงการดูแลรักษาไว้เพื่อให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน การที่องค์การบริหารส่วนตำบลจะออกข้อบังคับตำบลที่มีบทบัญญัติห้ามและกำหนดโทษปรับบุคคลที่สูบน้ำจากสระน้ำเพื่อสาธารณประโยชน์ไปใช้ทำนาปรังในฤดูแล้งจึงเป็นการออกข้อบังคับตำบลที่ไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองดูแลและรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือเกี่ยวข้องกับการบำรุงและส่งเสริมการประกอบอาชีพของราษฎร แต่เป็นการออกข้อบังคับตำบลเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะใช้ประโยชน์จากสระน้ำแห่งนั้น และน่าจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้ ดังนั้น องค์การบริหารส่วนตำบลจึงไม่อาจที่จะออกข้อบังคับตำบลในกรณีดังกล่าวได้

7. หนังสือกรมการปกครอง ที่ มท 0318/8068 ลงวันที่ 14 มีนาคม 2540 มีความเห็นว่า อำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 66,67 และ 68 มิได้บัญญัติให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีอำนาจหน้าที่โดยตรง ในกิจการควบคุมการขุดดินหรือถมดินภายในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาเนื้อหาของร่างข้อบังคับตำบลขององค์การบริหารส่วนตำบลวัดประดู่แล้ว เห็นว่าเป็นการควบคุมการขุดดินและการถมดินในที่ดินของเอกชนและของรัฐ โดยให้ประธานกรรมการบริหารมีอำนาจออกคำสั่ง ยกเว้น ผ่อนผัน ระวัง หรือกำหนดเงื่อนไข ในการขุดดินและถมดินในเขตองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของประธานกรรมการบริหารนอกเหนืออำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลและเนื่องจากการออกข้อบังคับตำบลดังกล่าว เป็นการโต้แย้งสิทธิของบุคคลเหนือทรัพย์สินในอันที่จะครอบครอง ใช้สอยทรัพย์สินของตน ถือเป็นการละเมิดสิทธิที่มีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลอื่นอันเป็นการมิชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและยังขัดกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 71 ที่ให้องค์การบริหารส่วนตำบลอาจออกข้อบังคับตำบลได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่นด้วย

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา กระทรวงมหาดไทยและคำพิพากษาศาลฎีกา สรุปได้ว่า อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ถิ่น เพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่นั้น จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ขอบเขตของอำนาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายกล่าวคือ หากไม่มีกฎหมายใด ๆ บัญญัติในเรื่องนั้นแล้ว องค์ประกอบของส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติได้อย่างกว้างขวาง แต่หากมีกฎหมายบัญญัติเรื่องนั้น ๆ ไว้แล้วองค์ประกอบส่วนท้องถิ่น มีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ได้เท่าที่ไม่ขัดแย้งค้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย นั้น ๆ

2.3.2 กรณีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ตามที่กฎหมายเฉพาะระบุให้อำนาจไว้

1. เป็นเรื่องที่ส่วนกลางพิจารณาอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดำเนินการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนกลาง แต่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่นให้เหมาะสมกับแต่ละท้องถิ่น

อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีดังกล่าว เป็นกรณีที่ส่วนกลางมอบให้ท้องถิ่นจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐ โดยแท้ (State Affairs) เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับท้องถิ่นนั้น ๆ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำภาระหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในกรณีนี้ จะไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากแต่เป็นกรณีส่วนกลางมอบหมายให้จัดทำกิจการในบางเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของส่วนกลางเท่านั้น การออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ในกรณีนี้ จึงเป็นเฉพาะที่กฎหมายกำหนดว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะออกข้อบัญญัติในเรื่องใดได้บ้าง มิใช่เป็นเรื่องการวางกรอบอำนาจหน้าที่ไว้กว้าง ๆ แล้วให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปออกข้อบัญญัติท้องถิ่นได้ภายในกรอบที่วางไว้ให้ นั้นแต่อย่างใดการใช้อำนาจในกรณีนี้ นอกจากจะต้องใช้ไปในทางที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้แล้ว ยังต้องใช้ไปในลักษณะที่สอดคล้องกับกฎหมายดังกล่าวด้วย โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น⁵⁸ กรณีดังกล่าวคุณพินิจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นจึงถูกจำกัดอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ตัวอย่างเช่น หนังสือ

⁵⁸ พนม เอี่ยมประยูร ,” อำนาจตราข้อบังคับขององค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไทย ,” น. 486

กระทรวงมหาดไทยค่อนที่สุด ที่ มท 0413/15506 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2532⁵⁹ พิจารณา ปัญหากรณีเทศบาลตราเทศบัญญัติจัดระเบียบการจอดยานยนต์โดยระบุให้มีการประมูล ให้เอกชนเป็นผู้จัดเก็บค่าธรรมเนียมการจอดยานยนต์แทนเทศบาล และให้เอกชนนั้นจ่าย ค่าตอบแทนให้เทศบาลกระทรวงมหาดไทยวินิจฉัยว่า การจัดเก็บค่าธรรมเนียมการจอด ยานยนต์เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติจัด ระเบียบการจอดยานยนต์ในเขตเทศบาลและสุขาภิบาล พ.ศ. 2503 ซึ่งในเขตเทศบาลได้ แก่นายกเทศมนตรี พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตามมาตรา 6 (2) ได้แก่เรียกเก็บค่าธรรมเนียมจอดยานยนต์ในที่จอดยานยนต์ตามอัตราและวิธีการที่กำหนดไว้ในเทศบัญญัติ ค่า ธรรมเนียมที่จัดเก็บได้จะต้องเป็นรายได้ของเทศบาลตามมาตรา 66 (2) แห่งพระราช บัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 การที่เทศบาลตราเทศบัญญัติให้เอกชนเป็นผู้จัดเก็บค่าธรรมเนียมการจอดยานยนต์เป็นรายได้ของเอกชนเอง จึงเป็นการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องตาม กฎหมาย

กรณีดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวต้องการ ให้เทศบาลมีอำนาจออกเทศบัญญัติ เรื่องการจัดเก็บรายได้ จากค่าธรรมเนียมการจอดรถ ยนต์ในเขตรับผิดชอบ เป็นการหารายได้จากค่าธรรมเนียมของเทศบาลประเภทหนึ่งตาม พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 66 (2) แต่การที่เทศบาลไปออกเทศบัญญัติให้ อำนาจเอกชนเป็นผู้จัดเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวแทนตนโดยการประมูลและให้เอกชนผู้ ชนะการประมูล เข้าดำเนินการดังกล่าวแล้ว จ่ายค่าตอบแทนให้แก่เทศบาลนั้น เป็นกรณี มอบให้เอกชนทำกิจการแทนเทศบาลแล้วจ่ายค่าตอบแทน อันมีลักษณะคล้ายสัญญาผูก ขาด จึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการที่กฎหมายต้องการให้เทศบาลมีรายได้จาก ค่าธรรมเนียมการจอดรถยนต์ อีกทั้งยังเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายเกี่ยวกับรายได้ของเทศ บาลอีกด้วย เนื่องจากรายได้จากค่าธรรมเนียมที่เทศบาลจะต้องได้กลับไปเป็นของเอกชน เสีย เทศบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นเทศบัญญัติที่เทศบาลออกโดยใช้ดุลพินิจนอกเหนือไปจาก ที่กฎหมายให้อำนาจไว้

2. ข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีนี้บางประเภทมีศักดิ์ของกฎหมายต่ำกว่า กฎหมายลำดับรองประเภทอื่น

⁵⁹ ศุภกิจ บุญญฤทธิพงษ์ , เอกสารเผยแพร่เรื่องปัญหาและคำวินิจฉัยเกี่ยวกับ กิจการของสภาเทศบาล , กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย , น. 60 (อัคราเนนา)

อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมาย เฉพาะระบุให้มีอำนาจในการออกไว้นี้ โดยทั่วไปแล้วข้อบัญญัติที่ออกมาดังกล่าวจะมี ศักดิ์ของกฎหมายต่ำกว่า กฎหมายที่ให้อำนาจในการออกข้อบัญญัตินั้น ๆ คือกฎหมาย ระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่มีบางกรณีข้อบัญญัติที่ออกมาดังกล่าวจะมีศักดิ์ของ กฎหมายต่ำกว่ากฎหมายลำดับรองอื่น ๆ อีกด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักลำดับความสำคัญ ขององค์กร เช่น กฎเกณฑ์ที่ประมุขของรัฐตราขึ้น เช่น พระราชกฤษฎีกา ย่อมอยู่เหนือ กฎเกณฑ์ที่รัฐบาลตราขึ้นและกฎเกณฑ์ที่รัฐบาลระดับชาติตราขึ้นก็ย่อมอยู่เหนือกฎ เกณฑ์ขององค์กรท้องถิ่นหรือองค์กรกระจายอำนาจทั้งหลาย⁶⁰ ตัวอย่างเช่น พระราช บัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 46 บัญญัติว่า บรรดาข้อบัญญัติหรือเทศบัญญัติซึ่ง ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้าง กฎหมายว่าด้วยการ สาธารณสุข กฎหมายว่าด้วยการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของ บ้านเมือง กฎหมายว่าด้วยการควบคุมสุสานและ฼าปนสถานหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง การใช้ประโยชน์ที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นที่ใช้บังคับอยู่ในเขตท้องที่ที่ใช้บังคับ พระราชบัญญัติให้ใช้บังคับผังเมืองเฉพาะในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้วในกฎกระทรวงที่ ออกตามมาตรา 45 หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 45 ให้ใช้กฎ กระทรวงที่ออกตาม มาตรา 45 แทน

3. บทกำหนดโทษตามข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีนี้เป็นบทกำหนดโทษตาม กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่น

กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกข้อบัญญัติ ท้องถิ่นในกรณีนี้ มีบางกรณีได้กำหนดไว้ด้วยการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่น หรือเป็นความผิดและจะต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท เช่น พระราช บัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 37 บัญญัติว่า “ เพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแล การขายของในตลาด ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดท้องถิ่น ปฏิบัติ ให้ถูกต้องเกี่ยวกับการรักษาความสะอาดบริเวณที่ขายของ สุขลักษณะส่วนบุคคล และ สุขลักษณะในการใช้กรรมวิธีการจำหน่าย ทำ ประกอบปรุง เก็บ หรือสะสมอาหารหรือ สินค้าอื่น รวมทั้งการรักษาความสะอาดของภาชนะน้ำใช้ และของใช้ต่าง ๆ ” และมาตรา

⁶⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, น. 131

73 บัญญัติว่า “ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของท้องถิ่นซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติ
นี้.....ในมาตรา 37ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”

เหตุที่บทกำหนดโทษตามข้อบัญญัติท้องถิ่นกรณีนี้จึงจำเป็นโทษตาม
ความผิดในกฎหมาย แม่บท ก็เนื่องจากกฎหมายลำดับรอง นั้นตามหลักทั่วไปจะมีบท
กำหนดโทษทางอาญาไม่ได้ เพราะเป็นการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นการจำกัด
ตัดทอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายรัฐสภา⁶¹ เท่านั้น แต่ก็มีข้อยกเว้น
ในกรณีที่กฎหมายมีบทบัญญัติมอบอำนาจให้ออกกฎหมายลำดับรองที่มีลักษณะเป็นการ
กำหนดโทษได้ ดังเช่น พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484
มาตรา 3,4 ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาที่กำหนดความผิดไว้ภายในได้⁶² หรือพระ
ราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่บัญญัติกำหนดอัตราโทษชั้นสูงไว้⁶³ แล้ว
ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไปออกข้อบัญญัติท้องถิ่นและมีบทกำหนดโทษใน
ตัวเองได้ ซึ่งเป็นเรื่องการปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครอง
ส่วนท้องถิ่น ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว

ทำนองเดียวกัน ในเมื่อโทษที่กำหนดไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่น
เป็นโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นแล้ว
ขณะเดียวกันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีอาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นที่มีเนื้อหาเป็น
การยกเว้นความผิดตามกฎหมายแม่บทเช่นกัน กรณีดังกล่าว กระทรวงมหาดไทย ได้เคย
มีหนังสือ ค่วนมาก ที่ มท 0413/1670 ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2532 วินิจฉัยข้อหาหรือ
กรณีการตราเทศบัญญัติว่า พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อย
ของบ้านเมือง พ.ศ. 2503 มาตรา 9 เป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ใดโดยมิบังควร ดัด
ตั้ง ตาก วางหรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะ หรือ ณ ที่ที่เห็นได้จากที่สาธารณะด้วยวิธี
อันไม่สมควร ทำให้เป็นที่ไม่เรียบร้อยน่ารังเกียจ และกำหนดบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนไว้ด้วย
การที่เทศบาลตราเทศบัญญัติโดยมีเนื้อความกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน
ท้องถิ่นแล้ว สามารถดัดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะหรือ ณ ที่ที่เห็น

⁶¹ เรื่องเดียวกัน , น. 88

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 32 / 2490 , 65 /2490

⁶³ วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์ , “ การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารใน
ประเทศไทย ,” น. 152

ได้จากที่สาธารณะอันไม่สมควร ทำให้เห็นเป็นที่ไม่เรียบร้อยน่ารังเกียจเป็นการชั่วคราว
ได้นั้นข้อความดังกล่าวมีลักษณะเป็นการยกเว้นความผิดและโทษตามมาตรา 9 แห่งพระ
ราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเรือน พ.ศ. 2503
จึงเป็นร่างเทศบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอันเป็นการต้องห้าม ตามมาตรา 60 แห่ง
พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496⁶⁴

⁶⁴ ศุภกิจ บุญญฤทธิพงษ์, "เอกสารเผยแพร่เรื่องปัญหาและคำวินิจฉัยเกี่ยวกับ
กิจการของสภาเทศบาล," น. 57