



บทที่ 3

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลทางปกครอง

(1) ความเป็นมาของแนวความคิด

1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์การปกครองของรัฐ

ในการใช้อำนาจปกครองหรืออำนาจในการจัดทําบริการสาธารณะต่าง ๆ เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนนั้น รัฐจำเป็นต้องมีระบบบริหารราชการแผ่นดินที่มีประสิทธิภาพเพื่อที่จะสามารถดำเนินการดังกล่าวให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐได้ ระบบบริหารราชการแผ่นดินที่มีประสิทธิภาพมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ คือ¹

1. การจัดระเบียบทางด้านองค์การ

2. การกำหนดวิธีปฏิบัติราชการ

การจัดระเบียบทางด้านองค์การ ได้แก่ การกำหนดโครงสร้าง รูปแบบการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งปัจจุบันมีอยู่ 3 ส่วน คือ² การบริหารราชการส่วนกลาง การบริหารราชการส่วนภูมิภาค และการบริหารส่วนท้องถิ่น

การบริหารราชการส่วนกลาง หมายถึงการบริหารราชการซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนกลางอันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่กำหนดนโยบาย สั่งการ ควบคุมงบประมาณ ตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามนโยบาย แผนงาน และโครงการต่าง ๆ

การบริหารราชการส่วนภูมิภาค หมายถึงการบริหารราชการส่วนกลางโดยมีตัวแทนจากส่วนกลางที่ได้รับมอบอำนาจให้ไปปฏิบัติงานอยู่ในส่วนภูมิภาค ทั้งนี้ เพื่อให้นโยบาย แผนงาน

¹อิสสระ นิตินันท์ประภาส และคณะ, "การปรับปรุงโครงสร้างของหน่วยการบริหารระดับกระทรวง" วารสารพัฒนบริหารศาสตร์. 23(4 ตุลาคม 2528) : 544.

²พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 4.

และโครงการต่าง ๆ ที่ถูกกำหนดขึ้นโดยส่วนกลาง หรือที่ถูกกำหนดขึ้นโดยส่วนภูมิภาคตามที่ได้รับมอบอำนาจมาจากส่วนกลางได้รับการปฏิบัติภายใต้อำนาจควบคุมบังคับบัญชาของส่วนกลาง

การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น หมายถึงการบริหารราชการที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะดำเนินกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประชาชนในท้องถิ่นเฉพาะเขตใดเขตหนึ่ง ผู้บริหารหรือองค์กรบริหารจะเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากบุคคลในท้องถิ่นนั่นเอง

งานการปกครองของรัฐอำนาจในการตัดสินใจจะอยู่ที่ส่วนกลาง ดังนั้นจึงต้องมีองค์กรของรัฐเป็นผู้ดำเนินงานซึ่งก็คือผู้ปกครองรัฐหรือรัฐบาลนั่นเอง รัฐบาลมีหน้าที่รับผิดชอบจัดการบริหารราชการแผ่นดินอยู่ในส่วนกลาง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราชการบริหารส่วนกลางจึงเป็นแบบลักษณะที่หน่วยราชการบริหารส่วนกลางเป็นองค์กรหลักของรัฐที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ และด้วยเหตุที่ราชการบริหารส่วนกลางได้มีการแบ่งมอบอำนาจให้กับราชการบริหารส่วนภูมิภาค จึงจำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กันระหว่างราชการบริหารส่วนกลางและราชการบริหารส่วนภูมิภาค แต่ในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินของไทยก็ไม่มีเคยมีบทบัญญัติใด ๆ ที่กำหนดระเบียบความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารทั้งสองส่วนไว้อย่างชัดเจนและเป็นการเฉพาะ ความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารทั้งสองส่วนจึงเกิดขึ้นเนื่องจากพฤติกรรมและการพัฒนาการของการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งได้สั่งสมกันมาจนทุกฝ่ายยึดถือปฏิบัติกันจนเป็นปกติวิสัย³

อย่างไรก็ดีเนื่องจากทั้งราชการบริหารส่วนกลางและราชการบริหารส่วนภูมิภาคนี้มีที่มาจากหลักการรวมอำนาจ* (Centralization) ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญคือ มีการใช้อำนาจบังคับบัญชา (hierarchy) ดังนั้น อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ในหน่วย

³กุลชน ธนาพงศธร, "ความสัมพันธ์ระหว่างราชการบริหารส่วนภูมิภาคกับราชการบริหารส่วนกลาง" เอกสารการสอนชุดวิชาการบริหารราชการในส่วนภูมิภาค (นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530), หน่วยที่ 7, หน้า 28 - 29.

*ราชการส่วนภูมิภาคมาจากหลักการรวมอำนาจที่เรียกว่า การแบ่งอำนาจ (Decentralization).

ราชการบริหารส่วนกลาง หน่วยราชการบริหารส่วนภูมิภาค และระหว่างราชการบริหารส่วนกลาง กับราชการบริหารส่วนภูมิภาค

1.2 ความหมายของอำนาจบังคับบัญชา (Le pouvoir hierarchique)

ราชการบริหารส่วนกลางและราชการบริหารส่วนภูมิภาคต่างก็มีที่มาจากหลักการรวมอำนาจ หลักการรวมอำนาจมีมาตรการที่สำคัญ คือ การกำหนดให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสูงสุดมีอำนาจในการตัดสินใจวินิจัยสั่งการในขั้นสุดท้าย และความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ในราชการบริหารส่วนกลางและในราชการบริหารส่วนภูมิภาคจะมีความสัมพันธ์กันโดยอำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hierarchique) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ดำรงตำแหน่งสูงกว่าจะมีอำนาจบังคับบัญชาผู้ดำรงตำแหน่งรองลงไปตามลำดับต่อเนื่องกัน เช่น นายกรัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่เจ้าหน้าที่ของรัฐในราชการบริหารส่วนกลางมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนภูมิภาคด้วยเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดถือว่าเป็นผู้บังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนภูมิภาคก็คือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ส่วนกลางแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งปฏิบัติงานอยู่ในส่วนภูมิภาค จึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของส่วนกลาง อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาควบคุมการปฏิบัติงานของผู้บังคับบัญชาให้เป็นไปตามนโยบายและระเบียบวิธีการปฏิบัติงานที่ผู้บังคับบัญชาจะสั่งการผู้บังคับบัญชาให้ปฏิบัติงานบรรลุเป้าหมายที่ผู้บังคับบัญชากำหนด อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข ผู้บังคับบัญชาสามารถออกคำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติภารกิจใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ผู้บังคับบัญชาสามารถกลับ แยก เลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจบังคับบัญชานี้ต้องชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นจะเข้าเป็นทางที่เหมาะสมแต่ขัดต่อกฎหมาย⁴ งานทางรัฐประศาสนศาสตร์ นักวิชาการได้ให้คำนิยาม

⁴ รุทกิน พลกุล. "หลักว่าด้วยการรวมอำนาจและกระจายอำนาจ" เอกสารประกอบการสัมมนา หลักกฎหมายปกครอง จัดโดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 23-24 กรกฎาคม 2528 ณ ห้องประชุมคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 20.

ของการบังคับบัญชาว่า หมายถึง ระบบองค์การของการบริหารระบบราชการที่มีพื้นฐานอยู่บนหลักการของความรับผิดชอบ และการควบคุมที่สอดคล้องประสานและรวมเอาบุคลากรทั้งหมดมาไว้ด้วยกัน ในสายบังคับบัญชานั้นสมาชิกแต่ละคนจะถูกกำหนดให้มีบทบาทและสถานภาพตามลำดับความสำคัญ กล่าวคือ บุคลากรในระดับต่ำสุดจะต้องรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชาในระดับที่สูงขึ้นไปจนถึงระดับสูงสุดในขณะที่อำนาจและการควบคุมจะมาจากเบื้องบนจนถึงระดับต่ำสุดเช่นเดียวกัน⁵

ตามแนวความคิดและหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น อำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hierarchique) สามารถมีได้โดยที่ไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสได้รับรองว่าอำนาจดังกล่าวผู้บังคับบัญชาสามารถมีได้ตามหลักกฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายมหาชน (les principes generaux du droit public)⁶

อำนาจบังคับบัญชาแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ⁷ คือ อำนาจบังคับบัญชาการกระทำ และบังคับบัญชาตัวบุคคล

1.2.1 อำนาจบังคับบัญชาการกระทำ

อำนาจบังคับบัญชาการกระทำ เป็นอำนาจบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาใช้ควบคุมการกระทำทางปกครองของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งประกอบด้วยอำนาจที่สำคัญ 4 ประการ คือ อำนาจในการสั่งการ (pouvoir d' instruction) อำนาจในการเพิกถอน (pouvoir de

⁵ติน ประชัญญฤทธิ์, ศัพท์รัฐประศาสนศาสตร์. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 182.

⁶คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1950 คดี Overalt และคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ.1975 คดี Ministre Du Travail อ้างใน ชาญชัย แสงวงศ์, "อำนาจของรัฐในการกำกับดูแลการปฏิบัติราชการขององค์กรปกครองท้องถิ่น ตามแนวความคิดและหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส", เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างราชการบริหารส่วนกลางกับราชการบริหารส่วนท้องถิ่น จัดโดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย ฯลฯ วันที่ 16 พฤศจิกายน 2533, หน้า 1.

⁷พรชัย รัชมีแพทย์, "การปกครองตนเองของนครหลวง : ศึกษากรณีนิติสัมพันธ์ระหว่างกรุงเทพมหานครกับองค์การปกครองส่วนกลาง", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 11 - 18.

annulation) อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (pouvoir de modification) และอำนาจในการสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ตั้งกับบัญชา (pouvoir de substitution)

1.2.1.1 อำนาจในการสั่งการ (pouvoir d' instruction) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาชั้นแนะนำหรือสั่งการให้ผู้ตั้งกับบัญชาใช้อำนาจกระทำการทางปกครองไปในทางใดทางหนึ่ง คำแนะนำหรือคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาออกโดยอาศัยอำนาจนี้โดยปกติจะปรากฏอยู่บนหนังสือเวียนหรือบันทึกสั่งการซึ่งอาจมีลักษณะเป็นคำแนะนำทั่วไปหรืออาจเป็นคำแนะนำหรือคำสั่งเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีก็ได้ แต่คำสั่งหรือคำแนะนำที่ปรากฏตามหนังสือนั้น ไม่ว่าข้ออ้างตามกฎหมายที่ผู้ตั้งกับบัญชาจะยกขึ้นอ้างต่อราษฎรได้

1.2.1.2 อำนาจในการเพิกถอน (pouvoir d' annulation) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาจะเข้าแทรกแซงการดำเนินการรับคำร้องเรียนจากราษฎรหรือเป็นความคิดริเริ่มของผู้บังคับบัญชาเองที่จะเพิกถอนการกระทำทางปกครองซึ่งผู้ตั้งกับบัญชาของตนได้กระทำลงไปโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1.2.1.3 อำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง (pouvoir de modification) เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาชั้นแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อกำหนดของการกระทำทางปกครองที่ผู้ตั้งกับบัญชาได้กระทำลงไป เว้นแต่ กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะของผู้ตั้งกับบัญชา

1.2.1.4 อำนาจในการสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ตั้งกับบัญชา (pouvoir de substitution) ในกรณีฉุกเฉิน เร่งด่วน หรือกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ ผู้บังคับบัญชาอาจสอดเข้าไปใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการแทนผู้ตั้งกับบัญชาได้หากเห็นว่าจะเป็นการช่วยป้องกันภัยพิบัติหรืออุปสรรคที่เกิดขึ้นจากการจัดให้บริการสาธารณะอันเนื่องมาจากการเพิกเฉยหรือล่าช้าในการสั่งการของผู้ตั้งกับบัญชา อำนาจดังกล่าวนี้ผู้บังคับบัญชาไม่สามารถใช้ได้ในกรณีปกติเพราะจะเป็นการขัดต่อหลักการมอบอำนาจและการกำหนดระดับการสั่งการของเจ้าหน้าที่แต่ละระดับไว้

1.2.2 อำนาจบังคับบัญชาตัวบุคคล

เป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาใช้ทำการต่าง ๆ เกี่ยวกับสถานภาพของผู้ตั้งกับบัญชาซึ่งมีอยู่หลายกรณีด้วยกัน เช่น การแต่งตั้ง ถอดถอน เลื่อนขั้นเงินเดือน ตลอดจนการให้ไปดำรงตำแหน่งอื่น นอกจากนี้ผู้บังคับบัญชาก็ยังมีอำนาจลงโทษผู้ตั้งกับบัญชาที่กระทำผิดวินัยได้ ซึ่งกรณีหลังนี้สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1.2.2.1 อำนาจในการลงโทษทางวินัย วินัย คือการควบคุมความประพฤติของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้อยู่ในระเบียบแบบแผน ข้อบังคับหรือแนวทางที่ถูกต้อง* ดังนั้นอำนาจลงโทษทางวินัยจึงเป็นมาตรการควบคุมบังคับบัญชาตัวบุคคลหรือเจ้าหน้าที่โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากระทำกรอยู่ในกรอบของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้เพื่อประสิทธิภาพในการจัดทําราชการสาธารณะและเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดแก่องค์กรและประชาชน อย่างไรก็ตามในการลงโทษทางวินัยผู้บังคับบัญชาจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่มีระเบียบและกฎหมายกำหนดไว้ เช่น กฎหมายกำหนดโทษทางวินัยไว้ 5 สถานด้วยกัน⁸ คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือน ปลดออกและไล่ออก ดังนั้น หากผู้บังคับบัญชาดำเนินการสอบสวนลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาแล้วจะลงโทษเป็นอย่างอื่นนอกจากโทษทั้ง 5 สถานนี้ไม่ได้

1.2.2.2 อำนาจรอกย้ายหรือแต่งตั้ง เป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อตัวเจ้าหน้าที่เป็นอย่างมาก และเป็นอำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา กล่าวคือหากเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการรอกย้ายหรือแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งไปอยู่ในตำแหน่งซึ่งเหมาะสมจะมีผลเป็นการเสริมประสิทธิภาพในการทำงาน แต่ในขณะเดียวกันถ้ามีการรอกย้ายหรือแต่งตั้งที่ไม่เหมาะสมก็อาจเป็นการบั่นทอนองค์กรและประสิทธิภาพในการทำงานได้

1.2.2.3 อำนาจในการเลื่อนขั้นเงินเดือน เจ้าหน้าที่ซึ่งทำงานก็ย่อมมีรายได้คือเงินเดือนเป็นสิ่งตอบแทน ในการทำงานแต่ละช่วงเวลาย่อมต้องมีการปรับอัตราเงินเดือนหรือเลื่อนขั้นซึ่งก็เป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่จะพิจารณาและขึ้นอยู่กับปริมาณงานและคุณภาพของงาน อันเป็นลักษณะของการใช้อำนาจบังคับบัญชาตัวบุคคลประการหนึ่ง

รอดหลักการแล้ว การใช้อำนาจบังคับบัญชาทั้งการกระทำและตัวบุคคลนั้นจะเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาต่อผู้ใต้บังคับบัญชาที่เป็นเจ้าหน้าที่ในองค์กรเดียวกัน

*"วินัย" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 หมายถึง "การอยู่ในระเบียบแบบแผนและข้อบังคับ ข้อปฏิบัติ"

⁸พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 มาตรา 103.

กล่าวคือ เป็นเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค* หรือเป็นเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองท้องถิ่นด้วยกัน** หากเป็นเจ้าหน้าที่ต่างองค์กรกันย่อมควบคุมบังคับบัญชากันไม่ได้ เพราะไม่ได้อยู่ในสายการบังคับบัญชาเดียวกัน เช่น เจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนกลางจะไปใช้อำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีหลักการดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะการใช้อำนาจบังคับบัญชาตัวบุคคลเท่านั้น หากเป็นเรื่องของการบังคับบัญชาการกระทำแล้ว บางกรณีเจ้าหน้าที่ในส่วนกลางมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือการกระทำของเจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติไว้ถึงการให้เจ้าหน้าที่ในองค์กรปกครองท้องถิ่นกระทำการในอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนกลาง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะเป็นกิจการที่ส่วนกลางต้องการให้มีมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ จึงจำเป็นต้องมีการปฏิบัติให้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน เช่น กิจการด้านสาธารณสุข กิจการด้านการรักษาความปลอดภัยของอาคาร เป็นต้น นอกจากนี้เรื่องของมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศแล้วก็ยังมีเหตุผลในเรื่องของความมั่นคงอีก เช่น กิจการด้านงานทะเบียนราษฎร⁹ ซึ่งกิจการเหล่านี้มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นให้ดำเนินการได้ก็ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ส่วนกลาง แต่จะจำกัดการบังคับบัญชาไว้เฉพาะการกระทำเท่านั้น

* เช่น รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้ว่าราชการ ฯลฯ ตามลำดับและองค์กรปกครองส่วนภูมิภาคก็ได้รับมอบอำนาจมาจากองค์กรปกครองส่วนกลาง จึงอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของส่วนกลางอันเป็นสายบังคับบัญชาเดียวกัน

** เช่น นายกเทศมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือปลัดเทศบาล หัวหน้ากอง ฯลฯ ตามลำดับ

⁹พระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 8 กำหนดให้ปลัดเทศบาล ผู้อำนวยการเขต ปลัดเมืองพัทยา หรือหัวหน้าผู้บริหารของหน่วยการปกครองท้องถิ่นเป็นนายทะเบียนท้องถิ่น ซึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับงานทะเบียนราษฎรภายใต้ความรับผิดชอบและการควบคุมของอธิบดีกรมการปกครองในฐานะที่เป็นนายทะเบียนประจำสำนักทะเบียนกลาง จึงเป็นความสัมพันธ์ลักษณะที่เป็นการบังคับบัญชาการกระทำ.

1.3 การกิจของรัฐ (State Affair)

ในการดำรงอยู่ของรัฐ ประชาชนในรัฐย่อมมีความต้องการด้านต่าง ๆ มากมาย รัฐในฐานะองค์การบริหารราชการส่วนกลางมีหน้าที่สนองตอบความต้องการทั้งหลายของประชาชน อันเป็นความมุ่งหมายของการบริหารราชการหรือการดำเนินงานในการปกครอง (L' Administration) เพื่อสนองต่อการดำรงอยู่ของชุมชนแห่งรัฐโดยส่วนรวม ซึ่งโดยลึกลับตั้งแต่ปัจเจกชนแล้วไม่สามารถที่จะสนองต่อความต้องการดังกล่าวได้อย่างสมบูรณ์ ความต้องการดังกล่าวนี้ในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเรียกว่า ประโยชน์มหาชน (les interets publics) หรือ ประโยชน์ทั่วไป (Les interets generaux)¹⁰

ประโยชน์มหาชนมี 2 ประการ คือ

1. ประโยชน์แห่งชาติ (les interets nationaux) อันถือว่าเป็นส่วนได้เสียของพลเมืองกลุ่มใหญ่ภายในรัฐ เช่น ส่วนได้เสียในด้านการป้องกันประเทศ การติดต่อระหว่างประเทศในนามของรัฐ

2. ประโยชน์ส่วนท้องถิ่น (les interets locaux) และประโยชน์เฉพาะอย่าง (les interets speciaux) ประโยชน์ส่วนท้องถิ่นได้แก่ส่วนได้เสียของพลเมืองที่อยู่ในท้องถิ่นโดยเฉพาะ เช่น ส่วนได้เสียที่จะได้รับบริการด้านน้ำประปา ไฟฟ้า การรักษาความสะอาด เป็นต้น ส่วนประโยชน์เฉพาะอย่างนั้นเป็นส่วนได้เสียโดยตรงของพลเมืองบางพวก ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง เช่น การจัดตั้งสภาหอการค้า สมาเกษตรกร เพื่อสนองตอบประโยชน์เฉพาะอย่างของกลุ่มพ่อค้าหรือกลุ่มเกษตรกร

ในการพิจารณาถึงภารกิจของรัฐโดยแท้ในฐานะที่รัฐเป็นองค์การบริหารราชการส่วนกลางหรือในฐานะที่รัฐมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลแล้ว ภารกิจของรัฐก็คือ การจัดหาบริการสาธารณะ เพื่อสนองตอบความต้องการแห่งประโยชน์มหาชนประเภทประโยชน์แห่งชาติ (les interets nationaux) ซึ่งมีลักษณะดังนี้

¹⁰อิสสระ นิตินันท์ประภาส. "ระบบกระจายอำนาจของฝรั่งเศส" เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างราชการบริหารส่วนภูมิภาค จัดโดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2533 ณ ห้องประชุมคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 3.

1. มีการจัดทําบริการสาธารณะ เพื่อสนองตอบต่อประชาชนแห่งชาติ โดยรัฐหรือองค์การบริหารราชการส่วนกลางของรัฐเป็นผู้จัดทํา องค์กรดังกล่าวมีที่มาจากหลักการรวมอำนาจทางปกครอง (Centralization) ซึ่งงานการบริหารงานจัดทําบริการสาธารณะดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามหลักการบังคับบัญชา (hierarchy) ดังที่ได้ศึกษามาแล้ว

2. เป็นภารกิจที่สามารถจัดทําได้กว้างขวางและครอบคลุมอาณาเขตทั่วประเทศ

3. เป็นภารกิจที่ไม่สามารถมอบให้องค์การใดกระทําการแทนได้ รัฐจะต้องใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินการ เพราะเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อเอกภาพและอธิปไตยของชาติ เช่น กิจการด้านการทหาร กิจการด้านการต่างประเทศ

4. เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประชาชน เป็นส่วนรวม มีลักษณะที่ไม่ว่างถูกจำกัดอยู่ในท้องถิ่นหนึ่งโดยเฉพาะ

สำหรับประโยชน์ส่วนท้องถิ่นและประโยชน์เฉพาะอย่างนั้นไม่ว่าจะเป็นภารกิจของรัฐโดยตรง แต่เป็นกิจการที่รัฐสามารถมอบให้องค์การอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลจัดทํากิจการนั้นได้โดยที่รัฐไม่ต้องเข้าไปควบคุมงานเอง เพียงแต่ดูแลอยู่ขอบเขตหนึ่งเท่านั้น

1.4 สถานภาพทางกฎหมายของราชการส่วนท้องถิ่น

หน่วยราชการบริหารส่วนท้องถิ่นมาจากแนวความคิดของหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) หมายความว่ารัฐเป็นนิติบุคคล ซึ่งรัฐสามารถมอบอำนาจทางด้านการปกครองให้แก่องค์กรอื่นมีอำนาจจัดทําบริการสาธารณะและอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลนอกเหนือไปจากการเป็นนิติบุคคลของรัฐ ซึ่งก็คือหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นนั่นเอง หลักการกระจายอำนาจในทางปกครองจึงเป็นที่มาในการกำหนดฐานะนิติบุคคลของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือว่าเป็นการกระจายอำนาจ "ทางเขตแดน" นอกจากหลักการกระจายอำนาจทางเขตแดนแล้วรัฐยังยอมรับว่ามีนิติบุคคลอื่นเพื่อทําหน้าที่บริการสาธารณะซึ่งเป็นนิติบุคคลที่มาจากหลักการกระจายอำนาจ "ทางบริการ" เช่น การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงความ เป็นนิติบุคคลของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศสหรืออังกฤษก็ดี จะพบว่าสถานภาพทางกฎหมายของความเป็นนิติบุคคลนั้นมีวิวัฒนาการเกิดขึ้นมาจากสภาพชุมชนที่ราษฎรในท้องถิ่นร่วมมือกันกระทํากิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้บริการวัตถุประสงคร่วมกัน ผลจากการรวมตัวอย่างมีระบบทําให้รัฐต้องยอมรับสถานภาพของกลุ่มชนในท้องถิ่น

จึงทำให้มีการบัญญัติกฎหมายรับรองความเป็นนิติบุคคลของชุมชนในท้องถิ่น เช่น การที่พระมหากษัตริย์ของอังกฤษได้มีพระบรมราชโองการ (Royal charter) จัดตั้งและรับรองหน่วยการปกครองท้องถิ่นประเภทหนึ่ง (borough) ให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล หรืออาจจะจัดตั้งอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ (act) ก็ได้ ส่วนของฝรั่งเศสนั้นก็ได้มีการยอมรับลักษณะฐานะความเป็นนิติบุคคลของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นโดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ (loi) สำหรับประเทศที่หนึ่งหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลก็ต่อเมื่อ เป็นกฎหมายกำหนดฐานะ แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยรูปแบบของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

การที่กฎหมายยอมรับความเป็นนิติบุคคลของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นว่ามีความเป็นอิสระและเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายคือทำให้หน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลสามารถมีกิจการ เจ้าหน้าที่ ทรัพย์สิน และการคลังของตนเองเป็นคนละส่วนกับกิจการ เจ้าหน้าที่ ทรัพย์สิน และการคลังของรัฐ และสามารถที่จะมีอิสระในการดำเนินการในเรื่องที่อยู่ในกรอบอำนาจของตนเองได้ รัฐมีหน้าที่เพียงแต่ควบคุมห่าง ๆ ด้วยการใช้อำนาจกำกับดูแล (le pouvoir de tutelle) อันเป็นการควบคุมที่มีลักษณะแตกต่างไปจากการใช้อำนาจบังคับบัญชาที่ใช้นในหน่วยบริหารราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาค หรือภายในหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นนั่นเอง

1.5 การกิจของท้องถิ่น (Local affair)

ดังที่ได้กล่าวถึงประโยชน์มหาชนมาแล้วในส่วนที่ว่าด้วยการกิจของรัฐว่ามีประโยชน์มหาชนอีกประเภทหนึ่งนอกเหนือจากประโยชน์แห่งชาติ เป็นประโยชน์ส่วนตัวเสียของพลเมืองที่อยู่ในท้องถิ่นแต่ละเขตหนึ่งโดยเฉพาะ เรียกว่า ประโยชน์ส่วนท้องถิ่น (les interets locaux) องค์การที่จะทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์ส่วนท้องถิ่นก็คือหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นอันเป็นนิติบุคคลที่รัฐยอมรับให้มีขึ้นมาตามหลักการจัดทำบริการสาธารณะอันจะเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของประชาชน

การที่รัฐยอมรับให้หน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นมีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยมีพระราชบัญญัติรับรองสิทธิโดยสมบูรณ์โดยมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่ปี ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติรับรองการมีอยู่ของประโยชน์ส่วนท้องถิ่นเสียก่อน ๆ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติรับรองการมีอยู่ของประโยชน์ส่วนท้องถิ่นอันแตกต่างไปจากประโยชน์

แห่งชาติ รอดบัญญัติว่า วรรคแรก ว่า "กลุ่มชนท้องถิ่น" (les collectivites locales) แห่งสาธารณรัฐ" ยังก่อน คอมนูน (communes) เดปาร์เตอเมนต์ (departement) และดินแดนโพ้นทะเล (territoires d' outremer) การก่อตั้งกลุ่มชนท้องถิ่นจะทำได้โดยตราเป็นรัฐบัญญัติ นอกจากนี้ วรรค 2 ของมาตรา 72 ยังได้บัญญัติไว้ด้วยว่า "กลุ่มชนเหล่านี้ปกครองตนเองโดยเสรี โดยผ่านสภาที่มาจากการเลือกตั้งและภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติ"¹¹

งานยุโรป หน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะอยู่ในขอบเขตที่กว้างขวาง ทั้งนี้ เพราะเป็นกิจการหรือภารกิจที่ปฏิบัติสืบเนื่องติดต่อกันมาจากอดีต เช่น การจัดการด้านสาธารณสุข การดำรงรักษาไว้ซึ่งประเพณีวัฒนธรรมและขนบประเพณีนำที่ของท้องถิ่นยังเกี่ยวข้องกับบริการที่เป็นประเภทสวัสดิการของรัฐ เช่น การให้การศึกษ การบริการทางสังคม การบริการด้านที่อยู่อาศัย การรักษาความชอบ หรือแม้กระทั่งการจัดหาเงินบำนาญเลี้ยงชีพ (income maintenance)¹²

การที่ยอมรับว่ามีหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นขึ้นมา นอกจากเหตุผลทางด้านการเมืองตามระบอบประชาธิปไตยแล้ว เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ เพื่อจัดทำกิจการบริการสาธารณะอันเป็นหน้าที่ของท้องถิ่นหรือที่เรียกว่าภารกิจของท้องถิ่น ลักษณะสำคัญของภารกิจของท้องถิ่นสามารถสรุปได้ดังนี้คือ

1. เป็นกิจกรรมที่ต้องจัดทำในเขตพื้นที่ซึ่งถูกจำกัดโดยกฎหมายซึ่งกำหนดรูปแบบของหน่วยบริการราชการส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ภายในเขตจังหวัด นอกจากเขตที่กำหนดให้เป็นเขตสุขาภิบาลหรือเทศบาล¹³
2. เป็นกิจกรรมที่ถูกกำหนดประเภทไว้โดยกฎหมาย โดยมีส่วนกลางเป็นผู้กำหนด เช่น กฎหมายที่กำหนดหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดไว้ 20 ประเภท¹⁴

¹² อิศสระ นิตินันท์ประภาส. ระบบกระจายอำนาจของฝรั่งเศส. หน้า 4.

¹³ Edward C. Page. Localism and Centralism in Europe. (New York : Oxford University Press. 1991), pp.1.

¹⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 มาตรา 31.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน. มาตราเดียวกัน.

3. ในการจัดทำภารกิจของท้องถิ่น จะต้องมีการรับรองความเป็นนิติบุคคลของหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น จึงจะสามารถดำเนินการจัดทำภารกิจได้

4. เป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียโดยตรงของประชาชนภายในท้องถิ่นอันแตกต่างและเป็นคนละส่วนกับประโยชน์มหาชนซึ่งเป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ

5. ในการจัดทำภารกิจของท้องถิ่น ท้องถิ่นจะสามารถดำเนินการดำเนินงานได้ โดยต้องมีการรับรองความเป็นอิสระจากรัฐหรือรัฐบาลกลางภายในขอบเขตหนึ่ง (une certaine autonomie) ซึ่งจะทำให้ไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hierarchique) ของรัฐบาล แต่จะอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแล (le pouvoir de tutelle) ของรัฐบาล

1.6 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราชการส่วนท้องถิ่น

ประเทศฝรั่งเศสถือว่ารัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคล หน่วยบริหารราชการส่วนกลางเช่น กระทรวง ทบวง กรม ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น การฟ้องร้องกระทรวง ทบวง กรม จึงถือว่าเป็นฟ้องร้องรัฐและผู้ที่จะเข้ามาต่อสู้คดีแทนนามของรัฐก็คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยบริหารราชการส่วนกลางที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้น ๆ นอกจากรัฐที่เป็นนิติบุคคลแล้วภายในรัฐก็ยังมีนิติบุคคลอื่น ๆ อีกตามที่รัฐยอมรับขึ้นเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นเป็นรูปแบบของการระเบียบบริหารราชการภายในรัฐ ทำให้เกิดมีหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น โดยรัฐยอมรับมีสภาพเป็นนิติบุคคลภายใต้เงื่อนไขและขอบเขตแห่งกฎหมายของรัฐ แม้ว่าหลักการปกครองท้องถิ่นจะมาจากหลักการกระจายอำนาจที่ยอมรับถึงอำนาจงานการปกครองตนเองของท้องถิ่นและความมีอิสระในการปกครองก็ตาม หน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นนิติบุคคลก็ไม่สามารถที่จะมีอิสระได้อย่างบริบูรณ์จนถึงขั้นมีอำนาจอธิปไตยที่เรียกว่า Sovereignty เพราะในรัฐ ๆ หนึ่งจะมี Sovereignty เพียงหนึ่งเดียวคือรัฐ และรัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองรัฐ¹⁵ ดังนั้น หน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นจึงจำเป็นต้องมีความ

¹⁵ประหยัด หงษ์ทองคำ, "ปัญหาความเป็นอิสระของท้องถิ่น" เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างราชการบริหารส่วนกลางกับราชการบริหารส่วนท้องถิ่น จัดโดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2533, หน้า 2.

สัมพันธ์กับรัฐอยู่ในระดับหนึ่ง เพราะถือว่าเป็นองค์การที่รัฐได้จัดตั้งหรือยอมรับให้มีขึ้น

สำหรับประเทศไทยนั้นแม้ว่ารัฐจะมิได้มีฐานะเป็นนิติบุคคลก็ตาม แต่การดำเนินงานของรัฐก็จัดทำโดยรัฐบาลหรือหน่วยบริหารราชการส่วนกลางซึ่งโดยสภาพแล้ว กระทรวง ทบวง กรม มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน¹⁶ นอกจากนี้กฎหมายปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ก็ได้กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบเกี่ยวกับการดำเนินกิจการในด้านการปกครองท้องถิ่นว่าให้อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงมหาดไทย¹⁷ โดยให้กรมการปกครองมีหน้าที่รับผิดชอบดูแลงานด้านการปกครองส่วนท้องถิ่น* และมีผู้ว่าราชการจังหวัดกับนายอำเภอเป็นตัวแทนของส่วนกลาง ทำหน้าที่แบ่งเบาภาระความรับผิดชอบในส่วนภูมิภาค ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราชการส่วนท้องถิ่นย่อมหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยบริหารราชการส่วนกลาง ซึ่งก็คือกระทรวงมหาดไทยกับหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นที่มีอยู่ด้วยกัน 5 รูปแบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

สำหรับลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยบริหารราชการส่วนกลางกับหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นนั้น ดร.ชูวงศ์ ฉายะบุตร ได้ให้ความเห็นว่า โดยแท้จริงแล้วมีลักษณะ 2 ประการคือ¹⁸

1. การควบคุม
2. การร่วมมือและประสานงาน

1. การควบคุม เป็นลักษณะที่เด่นที่สุดของความสัมพันธ์ที่อาศัยอำนาจของกฎหมาย หน่วยบริหารราชการส่วนกลาง (ส่วนภูมิภาคในฐานะตัวแทน) จะใช้อำนาจเข้าควบคุมหน่วยบริหาร

¹⁶พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มาตรา 7.

¹⁷พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 มาตรา 19.

*พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย พ.ศ.2522 กิจการที่เกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นจะอยู่ในความรับผิดชอบของกองคลังส่วนท้องถิ่น, กองราชการส่วนท้องถิ่น, กองราชการส่วนจังหวัดและตำบล และสำนักงานการศึกษาท้องถิ่น.

¹⁸ชูวงศ์ ฉายะบุตร, "ความสัมพันธ์ระหว่างกรมการปกครองส่วนกลาง - ส่วนภูมิภาค - ส่วนท้องถิ่น" เอกสารประกอบความรู้เนื่องในการประชุมวิญญูสังนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย ครั้งที่ 7 จังหวัดสงขลา เล่ม 1 โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น พระนคร, 2509, หน้า 14.

ราชการส่วนท้องถิ่นได้หลายประการ เช่น การควบคุมทางปกครอง การควบคุมทางการเงิน ซึ่งงานกรณีการใช้อำนาจควบคุมนี้เห็นว่าเป็นปัญหาที่มีผลกระทบต่อหลักแห่งการปกครองตนเองและความ เป็นอิสระของท้องถิ่น

2. การร่วมมือและประสานงาน เป็นลักษณะของความรับผิดชอบอีกประการหนึ่งซึ่ง ามได้ได้รับความสนใจเพียงพอเมื่อเปรียบ กับการควบคุม รูปแบบของความสัมพันธ์แห่งการ ร่วมมือและประสานงานนี้จะ เป็นรูปแบบของการที่ส่วนกลาง เป็นผู้ให้ความช่วยเหลือในทางวิชาการ และการเงิน แนะนำ และชักจูงให้หน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นดำเนินงานโดยราบรื่น

สำหรับงานการศึกษาในขั้นนี้ มุ่งที่จะทำการศึกษาดังความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยบริหาร ราชการส่วนกลางกับหน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ลักษณะของการที่ส่วนกลางใช้อำนาจควบคุม ส่วนท้องถิ่น ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองแล้ว ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นไปนลักษณะของการใช้อำนาจกำกับดูแล (le pouvoir de tutelle) ดังจะได้ทำการศึกษารายละเอียดต่อไป

(2) ความหมายของอำนาจกำกับดูแลทางปกครอง (le pouvoir de tutelle administrative)

2.1 บทนิยามของอำนาจกำกับดูแล

กฎหมายปกครองต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ได้มีการกล่าวถึง "อำนาจกำกับดูแล" ดังจะเห็นได้จากคำนิยามที่นักกฎหมายคนสำคัญได้ให้นิยามไว้ว่าลักษณะต่าง ๆ ดังนี้¹⁹

Ernst Forsthoff ศาสตราจารย์กฎหมายประจำมหาวิทยาลัยไฮเดินเบอร์ท ประเทศเยอรมัน ได้กล่าวว่า "การกำกับดูแลก็คือ อำนาจของรัฐตามพระราชบัญญัติที่ตรวจสอบ ดูแลอย่างเป็นพิเศษ (ine surveillance particuliere) มากกว่าการตรวจสอบองค์กร เอกชนธรรมดาเหมือนองค์กรกระจายอำนาจ (Mittebare staatsvetwalting)

²⁰สมคิด เลิศไพฑูรย์, "ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง", รวม บทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์ 2531. (กรุงเทพฯ : พี.เค.พรินติ้ง เฮ้าส์), หน้า 210 - 211.

Jean Rivero ศาสตราจารย์กฎหมายประจำมหาวิทยาลัยปารีส ประเทศฝรั่งเศส กล่าวว่า "การกำกับดูแล (le controle de tutelle) คือการควบคุมของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ"

Francis - Pual Benoit ศาสตราจารย์กฎหมายซึ่งเชี่ยวชาญกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กรปกครองท้องถิ่นประจำมหาวิทยาลัยปารีส ได้ให้คำนิยามว่า "ตัวบทกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมที่รัดกุม (constant) และสำคัญ (important) ของอำนาจส่วนกลางเหนือการดำเนินงานขององค์กรปกครองท้องถิ่นนั้น เรียกว่าการกำกับดูแลทางปกครอง (tutelle administrative)

Roland Maspétiol และ Pierre Laroque อดีตผู้พิพากษาศาลปกครองประจำสภาแห่งรัฐ (Conseil d'état) ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "การกำกับดูแลก็คืออำนาจควบคุมที่มีอยู่อย่างจำกัดตามรัฐธรรมนูญขององค์กรปกครองที่สูงกว่าเหนือองค์กรและเหนือการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การปกป้องผลประโยชน์ทั่วไป" และยังคงกล่าวอีกว่า "านรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยวนั้น การกระจายอำนาจจะดำเนินไปไม่ได้ถ้าปราศจากการกำกับดูแล และการกำกับดูแลก็จะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าไม่มีการกระจายอำนาจ (Dan san e'tat unitaire. la decentralisation ne va pas sans tutelle. ni la tutelle sans decentralisation)²⁰

อำนาจกำกับดูแลทางปกครองนี้ พจนานุกรมศัพท์กฎหมาย Lexique de termes juridiques ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการควบคุมโดยรัฐหรือตัวแทนของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวมในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจควบคุมเหนือการกระทำและเหนือบุคคลขององค์กรกระจายอำนาจตามกฎหมาย

²⁰Roland Maspétiol et Pierre Laroque, La Tutelle Administrative, (Recueil Sirey 1930), pp.9 อ้างใน ชำนาญ ยุวบูรณ์, "การรวมอำนาจและการกระจายอำนาจทางปกครองของกฎหมายไทย" (พระนคร : โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น 2503), หน้า 117.

มหานชน²¹

สำหรับในประเทศไทย คำว่า "กักันดูแล" (tutelle) ถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายในวิชากฎหมายมหานชน โดยได้มีการแปลคำว่า tutelle อยู่่าลักษณะที่ใกล้เคียงกันหลายคำ คือใช้คำว่า "ดูแลควบคุม" "ควบคุมดูแลทางปกครอง" "การควบคุมกักัน" และ "การกักันดูแลทางปกครอง" ดังตัวอย่างเช่น²²

อาจารย์ปรีดี พนมยงค์ ใช้คำว่า "ดูแลควบคุม" โดยกล่าวว่า "รัฐบาลอาจดูแลควบคุมโดยบัญญัติให้การปกครองท้องถิ่นได้ปรึกษาหารือานกิจการบางชนิดและดูแลมิให้การปกครองท้องถิ่นทำนอกเหนือกฎหมาย และในบางประเทศรัฐบาลกลางมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนกิจการ ซึ่งการปกครองท้องถิ่นได้กระทำไปอื่นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย"

อาจารย์ ทวี ตะเวทิกุล ใช้คำว่า "ควบคุมดูแลทางปกครอง" โดยกล่าวว่า "การควบคุมดูแลทางปกครอง" (la tutelle administrative) เป็นวิธีการที่รัฐใช้ควบคุมองค์การท้องถิ่น โดยควบคุมการกระทำอย่างหนึ่ง และโดยควบคุมดูแลผู้ดำเนินงานหรือองค์การอีกอย่างหนึ่ง การควบคุมการกระทำแสดงออกโดยการยับยั้งหรือกระทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่มีผลในทางกฎหมาย เช่น การบอกล้าง หรือการอนุมัติสิ่งท่อนักการท้องถิ่นกระทำ เป็นต้น ส่วนการควบคุมบุคคลผู้ดำเนินงานหรือองค์การนั้นแสดงออกโดยแต่งตั้งโดยย้ายถอดถอนตัวบุคคลผู้ดำเนินงานหรือยุบองค์การหรือถอนสภาองค์การ เป็นต้น"

อาจารย์ อิศระ นิตินัทธ์ประภาศ ใช้คำว่า "ควบคุมดูแล" โดยกล่าวว่า "Tutelle" เป็นคำที่ใช้ในกฎหมายแห่งฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงการใช้อำนาจปกครองผู้ไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์โดยผู้ปกครอง (le tuteur) ต่อมาได้มีการนำคำนี้ไปใช้ในทางกฎหมายปกครองเพื่อให้ความหมายถึงการควบคุมองค์กรซึ่งได้รับการกระจายอำนาจ อย่างไรก็ตามก็มีการนำคำ

²¹Raymond Guillien et Jean Vincent. Lexique De Termes Juridiques. (Paris : Dalloz, 1981), pp.421 อ้างใน เพ็ญศรี เพ็ญสาตแสง,

"อำนาจกักันดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์การเทศบาล" (วิทยานพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 30.

²²เพ็ญศรี เพ็ญสาตแสง, "อำนาจกักันดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์การเทศบาล", หน้า 21 - 24.

นี้มาชำนาญกฎหมายปกครองก็มีผู้คัดค้านกันมาก อดอย่าให้เหตุผลว่าการควบคุมองค์กรซึ่งได้รับการกระจายอำนาจนั้นแตกต่างจากสาระสำคัญของการปกครองผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้เยาว์ในกฎหมายเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์และวิธีการ แต่กระนั้นก็ตาม ในปัจจุบันก็ยังมีการใช้คำว่า "tutelle" ในทางกฎหมายปกครองอย่างแพร่หลาย ดังนั้น ถ้าจะแปลคำนี้ตามความหมายของถ้อยคำ ก็จะต้องแปลว่า "การใช้อำนาจปกครอง" ซึ่งไม่ตรงตามความหมายในทางกฎหมายปกครอง เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงแปลคำว่า "tutelle" ว่า การควบคุมดูแล ซึ่งเป็นการแปลเอาความ

อาจารย์ รุททิน พลกุล ใช้คำว่า "ควบคุมกำกับ" อดยกคำว่า "อำนาจควบคุมกำกับ" (controle de tutelle) ไว้ใช้เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา แต่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรควบคุมกำกับและองค์กรภายใต้การควบคุมกำกับ ดังนั้น อำนาจควบคุมกำกับจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข คือจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด"

อาจารย์ สมคิด เลิศไพฑูรย์ ใช้คำว่า "การควบคุมกำกับ" อดยกคำว่า "การควบคุมกำกับ" (tutelle) ตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเป็นคำ ๆ เดียวกับ "การควบคุมกำกับ" (tutelle) ที่กล่าวถึงโดยทั่วไปในกฎหมายแพ่ง ซึ่งอธิบายถึงการที่ผู้อนุบาลจัดการทรัพย์สินของผู้ไร้ความสามารถ (ผู้เยาว์ เป็นต้น) คำ ๆ นี้ปรากฏในทางกฎหมายมหาชนในเวลานานจนไม่สามารถชี้ชัดได้ว่ากฎหมายมหาชนได้นำคำของกฎหมายแพ่งคำนี้มาใช้ตั้งแต่เมื่อใด

อาจารย์ สุรพล นิติไกรพจน์ ได้กล่าวถึง Tutelle ที่มีทั้งการกำกับดูแลทางปกครอง (tutelle administrative) และการกำกับดูแลเหนือรัฐวิสาหกิจ (tutelle economique) อดยกกล่าวถึงการกำกับดูแลทางปกครองว่า "...เป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการให้ความเป็นอิสระในเชิงการเมืองแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นต่าง ๆ ซึ่งมีความต้องการพิเศษของตนแตกต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่ และแลกเปลี่ยนกับการยอมรับให้ความเป็นอิสระในการจัดองค์กรแยกไปจากฝ่ายปกครองส่วนกลางแก่องค์กรปกครองท้องถิ่นเหล่านี้..."

อาจารย์ ชาอุทัย แสงศักดิ์ ได้กล่าวถึง tutelle ว่า "...แนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องของอำนาจกำกับดูแล (le pouvoir de tutelle) ของรัฐที่มีต่อองค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจ จึงกลับกันกับแนวความคิดและหลักกฎหมายในเรื่องของอำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hierarchique)

สำหรับในประเทศไทยนั้นพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปกครองท้องถิ่น ใช้คำว่า "ควบคุมดูแล" อย่างเป็นเอกภาพ²³ เช่น

มาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติว่า "ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลเทศบาล"

มาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า "ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลการบริหารราชการของเมืองพัทยา..."

มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า "ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจและหน้าที่ดังนี้... (7) ควบคุมดูแลการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นในจังหวัดตามกฎหมาย..."

ในความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายมหาชนในปัจจุบันโดยทั่วไปนิยมใช้คำว่า "กำกับดูแล" ซึ่งอาจารย์ พนม เอี่ยมประยูร ให้ความหมายไว้โดยกล่าวว่า การที่ไม่ใช้คำว่า "ควบคุม" ก็เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างอำนาจควบคุมบังคับบัญชา (le pouvoir hierarchique) กับอำนาจกำกับดูแล (le pouvoir de tutelle) และต้องการแสดงให้เห็นว่าองค์กรปกครองท้องถิ่นมีอิสระไม่อยู่ภายใต้การควบคุมจากส่วนกลาง เพียงแต่ส่วนกลางมีอำนาจกำกับดูแลเท่านั้น

สำหรับการศึกษานิติวิทยานี้ขอใช้คำว่า "กำกับดูแล" เมื่อกล่าวถึงอำนาจที่รัฐควบคุมองค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรกระจายอำนาจในรูปแบบใดก็ตาม เพื่อให้จะได้มีวิวัฒนาการก้าวล้ำอย่างก้าวไกล

2.2 อำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรกระจายอำนาจรูปแบบต่าง ๆ

จากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นพอสรุปสาระสำคัญได้ว่า อำนาจกำกับดูแลนั้นเป็นอำนาจซึ่งมีไว้ควบคุมองค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจโดยรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุม ตามระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น ผลของหลักการกระจายอำนาจ (Decentralisation) ก่อให้เกิด

²³สมคิด เลิศไพฑูรย์, "การปกครองท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน", วารสารนิติศาสตร์. 22(มีนาคม 2535) : 126.

เกิดองค์การกระจายอำนาจขึ้นหลายรูปแบบ โดย วิธีการกระจายอำนาจนั้นมีอยู่ 2 วิธี²⁴ คือ

1. วิธีการกระจายอำนาจปกครองทางเขตแดน (Decentralisation territoriale) องค์การกระจายอำนาจที่เกิดจากวิธีการกระจายอำนาจดังกล่าวก็คือ องค์การปกครองท้องถิ่น (Collectivites locales)
2. วิธีการกระจายอำนาจทางกิจการ (Decentralization par service) องค์การกระจายอำนาจที่เกิดจากวิธีการกระจายอำนาจดังกล่าวได้แก่ องค์กรมมหาชนอิสระ (E'tablissements publics) ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายประเภท เช่น สภาวิชาชีพต่าง ๆ (แพทย์ หนายความ สถาปนิก) มหาวิทยาลัย เป็นต้น หรืออาจอยู่ในรูปของรัฐวิสาหกิจ (entreprise publique) ก็ได้

การที่องค์การกระจายอำนาจมีหลายรูปแบบดังกล่าวทำให้อำนาจกำกับดูแล (pouvoir de tutelle) ไม่ได้มีความหมายชัดเจนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งหมดเนื่องจากการกำกับดูแลที่กระทำต่อองค์การกระจายอำนาจในแต่ละรูปแบบก็มีเนื้อหาแตกต่างกันไปตามความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และความจำเป็นขององค์การกระจายอำนาจนั้น ๆ ความแตกต่างนี้ MASPETIOL และ LAROQUE ได้ให้ความเห็นไว้ในหนังสือ La Tutelle Administrative ว่า "จะต้องยอมรับว่ามีการกำกับดูแลที่ใช้กับองค์การกระจายอำนาจทางปกครองและมีการกำกับดูแลอีกอย่างหนึ่งที่ใช้กับองค์การกระจายอำนาจทางบริการ (Decentralisation par service) แลการกำกับดูแลทั้งสองประเภทนี้มีได้มีเนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน"²⁵

ในการพิจารณาถึงอำนาจกำกับดูแล (pouvoir de tutelle) นั้น จะแยกพิจารณาออกเป็นสองกรณีใหญ่ ๆ คือ กรณีอำนาจกำกับดูแลเหนือองค์การกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค (Decentralisation par service) และอำนาจกำกับดูแลเหนือองค์การกระจายอำนาจทางเขตแดน (Decentralisation territoriale)

²⁴ประยูร กาญจนดุล. กัมปรรายกกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 198.

²⁵สุรพล สันติไกรพจน์, "ข้อความคิดบางประการเกี่ยวกับการกำกับดูแล (Tutelle)" วารสารนิติศาสตร์. 19(ธันวาคม 2532) : 82.

2.2.1 อำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรกระจายอำนาจทางบริการ

(Decentralisation par service)

งานการพิจารณาถึงอำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรกระจายอำนาจประเภทนี้จะพิจารณาในลักษณะโดยทั่วไป เพื่อหามองเห็นภาพรวมของอำนาจกำกับดูแลที่มีอยู่เหนือองค์กรกระจายอำนาจในรูปแบบต่าง ๆ อันจะนำไปสู่ความเข้าใจถึงอำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรปกครองท้องถิ่นได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งงานกรณีนี้จะได้กล่าวถึงองค์กรมหาชนอิสระและรัฐวิสาหกิจ โดยจะไม่วิเคราะห์ในรายละเอียดเพราะอยู่นอกขอบเขตของวิทยานิพนธ์นี้

2.2.1.1 อำนาจกำกับดูแลองค์กรมหาชนอิสระ

องค์กรกระจายอำนาจทางบริหารประเภทที่เป็นองค์กรมหาชนอิสระ (Etablissement public) องค์กรประเภทนี้ในฝรั่งเศสมีถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะ มีความเป็นอิสระ (Autonomie) ในระดับหนึ่งภายใต้การกำกับดูแลของรัฐหรือองค์กรที่รัฐมอบหมายมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีความเป็นอิสระทางการเงินและการบริหารพอสมควร และจัดตั้งขึ้นโดยมีความมุ่งหมายพิเศษเฉพาะแต่ละองค์กร ตัวอย่างขององค์กรที่มีฐานะเป็น Etablissement public ที่ขึ้นกับส่วนกลางก็เช่น หอสมุดแห่งชาติ วิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (E.N.A.) ศูนย์การศึกษาอวกาศแห่งชาติ (Centre national d'etudes spatiales) หรือศูนย์ศิลปวัฒนธรรม ยอร์ชปอมปิดูร์ เป็นต้น²⁶ ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับระบบของไทยแล้ว องค์กรที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับ Etablissement public ของฝรั่งเศสจะได้แก่ มหาวิทยาลัยต่าง ๆ ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งของแต่ละแห่งที่แม้ว่ายังถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบบริหารราชการส่วนกลาง แต่ก็มีความเป็นอิสระในทางปฏิบัติด้านต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งมหาวิทยาลัยนั้น ๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากในหลาย ๆ ด้านแล้วจะเห็นว่ามีความเป็นอิสระสูงกว่า Etablissement public ของฝรั่งเศสในบางกรณี เช่น ความเป็นอิสระทางการเงิน เป็นต้น การกำกับดูแลองค์กรกระจายอำนาจประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นกรณีพิเศษเฉพาะที่อาจเรียกได้ว่า เป็นการกำกับดูแลกึ่งบังคับบัญชา (tutelle quasi - hierarchique) ทั้งนี้เพราะองค์กรประเภทนี้เกิดขึ้นมาจากเหตุผลพิเศษทางเทคนิคซึ่งรัฐยอมให้มีอิสระดำเนินการที่อยู่นอกขอบเขตงานบริการสาธารณะดั้งเดิมของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเป็นกรณี ๆ ไป แต่ก็มิได้เป็นองค์กรพิเศษแตกต่างไป

²⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

จากฝ่ายปกครองอย่างสิ้นเชิงดังกรณีของรัฐวิสาหกิจ หากแต่ยังเป็นองค์กรพิเศษภายในฝ่ายปกครองนั่นเอง จึงทำให้การกำกับดูแลมีลักษณะสำคัญ ๆ ใกล้เคียงกับการควบคุมบังคับบัญชามาก แต่อย่างไรก็ตาม การกำกับดูแลองค์กรประเภทนี้ก็ยังไม่มีระบบเฉพาะเป็นเอกเทศของตนเองและมีข้อเท็จจริงในการปฏิบัติที่หลากหลายแตกต่างออกไปตามลักษณะกิจกรรมของแต่ละองค์กร²⁷ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขนาดและลักษณะขององค์กรมหาชนอิสระที่มีอยู่หลากหลายมากมาย ทำให้สามารถแบ่งการกำกับดูแลได้เป็นหลายระดับ ต่างกับการกำกับดูแลองค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งมีลักษณะเป็นเอกภาพว่าองค์กรปกครองท้องถิ่นจะมีขนาดใหญ่หรือเล็กก็ตาม²⁸

2.2.1.2 อำนาจกำกับดูแลเหนือรัฐวิสาหกิจ

องค์กรกระจายอำนาจอีกประเภทหนึ่งอันเกิดจากการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิคซึ่งอยู่ในรูปรัฐวิสาหกิจ* ก็จะอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลของรัฐ แต่อำนาจกำกับดูแลดังกล่าวจะมีลักษณะแตกต่างไปจากอำนาจกำกับดูแลองค์กรมหาชนอิสระหรือองค์กรปกครองท้องถิ่น กล่าวคือการกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจจะมีลักษณะเป็นการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจ (tutelle economique) ซึ่งมีความเป็นมาของตนเองโดยเอกเทศและเป็นกระบวนการที่รัฐกำหนดให้มีขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่รัฐยอมให้รัฐวิสาหกิจมีความเป็นอิสระในทางการเงินและในทางเทคนิคอันเป็นปัจจัยที่จะขาดเสียมิได้ในการจัดทำกิจกรรมในทางเศรษฐกิจ อำนาจในการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจนั้นย่อมมีความหมายรวมไปถึงการที่รัฐมีอำนาจกำหนดนโยบายในการบริหารต่อรัฐวิสาหกิจด้วย หลักทั่วไปของการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจนั้น การตัดสินใจที่สำคัญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรกำกับดูแลก่อนเสมอ แต่ขณะเดียวกันก็มีชี้ว่าการตัดสินใจทุกเรื่องจำเป็นจะต้องผ่านความเห็นชอบก่อน เพราะการดำเนินการทางเศรษฐกิจนั้นไม่ว่าจะหรือหรือประวิงเวลาการตัดสินใจไว้ได้ในทุก ๆ เรื่องหรือทุก ๆ ครั้ง หากแต่ต้องการการตัดสินใจที่ฉับไวและทันเหตุการณ์ ดังนั้น การที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจึงจะต้องจำกัดเฉพาะการตัดสินใจในเรื่องที่มี

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

²⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, "ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับการปกครอง". หน้า 214.

* อาจจะอยู่ในรูปขององค์กรมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและการค้า หรือรูปของนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ดูรายละเอียดใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับองค์กรมหาชนอิสระ", วารสารนิติศาสตร์. 19 (ธันวาคม 2532) : 76 - 77.

ความสำคัญจริง ๆ เช่น การตัดสินใจลงทุนครั้งใหม่ การตัดสินใจที่มีผลกระทบต่อการจัดทําบริการ สาธารณะ การขึ้นราคาสินค้าหรือการบริหารในกรณีที่เป็นบริการสาธารณะ เป็นต้น ในการกำกับ ดูแลทางเศรษฐกิจนั้นรัฐจะต้องทํางานไว้ซึ่งอำนาจอย่างกว้างขวางในการแต่งตั้งและถอดถอนผู้บริหาร รัฐวิสาหกิจเพราะความเป็นอิสระขององค์กรเหล่านี้เกิดขึ้นจากเหตุผลทางเทคนิคของการจัดองค์กร ที่แยกต่างหากออกไปจากฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงานนั้น หากหาความเป็นอิสระในเชิงการเมืองดังเช่นที่เป็นอยู่ในองค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งมีผู้ บริหารมาจากการเลือกตั้งของประชาชนที่รัฐจําต้องเคารพหลักเกณฑ์ของความเป็นอิสระเกี่ยวกับ ผู้บริหารขององค์กรปกครองท้องถิ่นในระดับที่มากกว่ากรณีของรัฐวิสาหกิจ²⁹

อำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรมหาชนอิสระและอำนาจกำกับดูแลทาง เศรษฐกิจเหนือรัฐวิสาหกิจทั้งหลายมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากอำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรกระจาย อำนาจทางเขตแดน ทั้งนี้เพราะองค์กรกระจายอำนาจทางเขตแดนซึ่งก็คือองค์กรปกครองท้องถิ่น มีลักษณะแตกต่างจากองค์กรกระจายอำนาจทางบริหารหรือทางเทคนิคทั้งในแง่วัตถุประสงค์ของ การจัดตั้ง รูปแบบ วิธีการดำเนินงาน จึงทําให้การใช้อำนาจกำกับดูแลต่างกันไปด้วย วิทยานิพนธ์ นี้จะทําการศึกษาถึงอำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรปกครองท้องถิ่นในรายละเอียดต่อไป

2.2.2 อำนาจกำกับดูแลเหนือองค์กรกระจายอำนาจทางเขตแดน

(Decentralisation territoriale)

ตามหลักกระจายอำนาจนั้น องค์กรกระจายอำนาจทางเขตแดนได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยการปกครองรูปแบบหนึ่งของรัฐที่มีหน้าที่ในการจัดทําบริการ สาธารณะ เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนในหน่วยการปกครองท้องถิ่นนั้น ๆ และในการ ดำเนินงานทางปกครองอย่างมีประสิทธิภาพนั้น องค์กรปกครองทั้งหลายจะต้องอยู่ภายใต้การ ควบคุมทางปกครอง (le controle administratif) ซึ่งหมายถึงการควบคุมโดยองค์กร ปกครองที่มีฐานะในทางกฎหมายเหนือกว่าโดยวิธีการในทางปกครอง การควบคุมในทางปกครอง เป็นหลักการของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสอย่างหนึ่งซึ่งในทัศนะของนักกฎหมายฝรั่งเศส องค์กร ปกครองของรัฐที่มีหน้าที่จัดทําบริการสาธารณะมีอยู่สองประเภทด้วยกันคือ³⁰

²⁹สุรพล ลีนิติกรพนธ์, "ข้อควรระวังในการกระจายอำนาจ", หน้า 90.

³⁰สุรพล ลีนิติกรพนธ์, "อำนาจของฝรั่งเศส", หน้า 1-11.

อำนาจที่กระจายอำนาจ (le pouvoir decentralise) ได้แก่
อำนาจที่กระจายอำนาจอยู่ในท้องที่ปกครองต่าง ๆ ของรัฐและได้รับอำนาจวินิจฉัยสั่งการมาจาก
รัฐบาลเป็นอำนาจที่เรียกว่า "อำนาจที่ผ่อนมาให้" (les pouvoir deconcentres) เช่น ผู้ว่า
ราชการ นายอำเภอที่ปฏิบัติงานอยู่ในส่วนภูมิภาค บรรดาข้าราชการเหล่านี้ถือว่าเป็นตัวแทนของ
รัฐบาลจึงอยู่ภายใต้การควบคุมจากรัฐโดยอำนาจที่เรียกว่า "อำนาจควบคุมบังคับบัญชา" (le
pouvoir hierarchique)

2. องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจ (les organes decentralises) an
ได้แก่ประเภทขององค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งถือว่าเป็นส่วนประกอบอย่างหนึ่งของระบบบริหารงาน
ทางปกครองของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทนี้เป็นองค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่
ที่ได้รับอำนาจมาจากองค์กรที่มาจากหลักการกระจายอำนาจทางพื้นที่ (decentralisation
territoriale) นั่นเอง องค์กรปกครองท้องถิ่นประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทางปกครอง
ของรัฐ อำนาจที่ควบคุมดังกล่าวจะมีลักษณะพิเศษซึ่งเรียกกันในกฎหมายปกครองว่า "อำนาจกำกับ
ดูแลทางปกครอง" (tutelle administrative)

2.3 ความหมายของอำนาจกำกับดูแลทางปกครอง (le pouvoir de tutelle)

จากการให้ความหมายของอำนาจกำกับดูแล (le pouvoir de tutelle) ดัง
ที่กล่าวมาในข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าบางคำนิยามนั้นจำกัดความหมายอยู่เฉพาะการใช้อำนาจกำกับ
ดูแลองค์กรปกครองท้องถิ่นเท่านั้น เช่น ศาสตราจารย์ Francis - Paul Benoit ที่ว่า
"ตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมที่รัดกุม (constant) และสำคัญ (important) ของ
อำนาจส่วนกลางเหนือการดำเนินงานขององค์กรปกครองท้องถิ่นนั้นเรียกว่า "การกำกับดูแลทาง
ปกครอง" (tutelle administrative) หรือในกรณีของประเทศไทย การให้ความหมายของ
อำนาจกำกับดูแลในระบอบแรกโดยอาจารย์ บริติ ทุมมรงค์ หรืออาจารย์ ทวี ตะเวทิกุล ก็จำกัด
ขอบเขตอยู่เฉพาะในเรื่องที่เป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลองค์กรปกครองท้องถิ่นเท่านั้น ไม่รวมถึง
องค์กรกระจายอำนาจในรูปแบบอื่น เช่น รัฐวิสาหกิจ จึงทำให้สามารถเข้าใจได้ว่าอำนาจกำกับ
ดูแลทางปกครองนั้นก็คือ อำนาจที่รัฐใช้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง

ในการพิจารณาถึงความหมายของอำนาจกำกับดูแลทางปกครองนั้นสามารถแยกองค์ประกอบทางกฎหมายได้ 5 ประการ ดังต่อไปนี้³¹

2.3.1 เป็นอำนาจควบคุมชนิดหนึ่ง คำว่า "อำนาจควบคุม" (pouvoir de controle) มีความหมายได้ 2 นัย นัยแรกเป็นความหมายอย่างแคบหมายถึงการตรวจสอบว่านิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ไม่รวมถึงการตรวจสอบในกรณีอื่น ๆ ด้วย นัยที่สองเป็นความหมายอย่างกว้างหมายถึงการควบคุมการกระทำทุกอย่าง (toute manifestation de l'activite) ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใด ๆ (action) นอกเหนือจากนิติกรรม (acte juridique) ตามความหมายประเภทหลังนี้ การควบคุมจึงมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (controle de legalite) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจ (controle d' opportunité) ด้วย การควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจก็คือ การควบคุมการใช้อำนาจดุลยพินิจ (pouvoir discretionnaire) เพื่อเลือกปฏิบัติในทางใดทางหนึ่ง เช่น การควบคุมว่าองค์กรปกครองท้องถิ่นควรจะได้รับหรือไม่รับที่ดินที่มีผู้บริจาคให้

การกำกับดูแลทางปกครองเป็นการควบคุมชนิดหนึ่งระหว่างการควบคุมในความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจระบุให้รัฐมีอำนาจในการกำกับดูแลทั้งหมด (ตามความหมายอย่างกว้าง) หรือกำกับดูแลบางส่วน (ตามความหมายอย่างแคบ) การกำกับดูแลทางปกครองอาจจะเป็นการควบคุมเพียงตัวบุคคลแต่ไม่ควบคุมองค์กร หรืออาจควบคุมแต่เพียงความชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ควบคุมความเหมาะสมในการตัดสินใจ ภายวิธีการควบคุมนั้นย่อมผันแปรไปมากน้อยตามความเหมาะสมภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้

2.3.2 เป็นอำนาจที่มีอยู่จำกัดตามกฎหมาย จะมีการใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ เพราะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรสององค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล จึงทำให้ให้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองต่างไปจากอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hierarchique) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจควบคุมภายในนิติบุคคลเดียวกัน หลักกฎหมายฝรั่งเศสได้

³¹สมคิด เลิศไพฑูรย์, "ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง", หน้า

กล่าวถึงข้อจำกัดของอำนาจนี้ว่า "...ไม่มีการกำกับดูแลที่เกินเลยไปจากกฎหมายแม่บท..."³² กฎหมายแม่บทหมายถึงพระราชบัญญัติที่มีการจำกัดขอบเขตของอำนาจกำกับดูแลเอาไว้ ดังนั้นอำนาจกำกับดูแลทางปกครองจึงเป็นอำนาจที่จะใช้ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งก็เป็นลักษณะที่ต่างไปจากอำนาจบังคับบัญชาอันเป็นอำนาจที่ผู้มีขอบเขตจำกัด แม้ในกรณีที่กฎหมายไว้บัญญัติไว้ผู้บังคับบัญชาที่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าอำนาจบังคับบัญชาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe general du droit) อย่างหนึ่ง แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ อำนาจเช่นนี้ก็มีอยู่

2.3.3 เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่า องค์การปกครองท้องถิ่น เป็นองค์การทางปกครองที่ได้รับการกระจายอำนาจจากรัฐ รัฐอาจจะใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองต่อองค์การปกครองท้องถิ่นโดยองค์การส่วนกลางของรัฐเองหรือโดยองค์การที่เป็นตัวแทนของรัฐซึ่งมีหน้าที่อยู่ในส่วนภูมิภาคก็ได้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองที่มีฐานะสูงกว่าในความหมายดังกล่าวจึงหมายถึงรัฐหรือตัวแทนของรัฐจากส่วนกลางนั่นเอง

2.3.4 เป็นการกำกับดูแลเหนือองค์กรและการกระทำขององค์การปกครองท้องถิ่น

2.3.4.1 เป็นการกำกับดูแลเหนือองค์กร องค์กร หมายถึงสภาพภาพของตำแหน่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายบุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งอันเป็นองค์กรนั้นอาจจะ เป็นรูปของคณะบุคคลหรือบุคคลเพียงคนเดียวก็ได้ กรณีเป็นรูปคณะบุคคล เช่น คณะกรรมการสุขาภิบาล คณะเทศมนตรี สภาจังหวัด สภาเทศบาล เป็นต้น ส่วนกรณีการเข้าดำรงตำแหน่งโดยบุคคลเดี่ยว เช่น ตำแหน่งผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกเทศมนตรี เป็นต้น ในประเทศฝรั่งเศสการกำกับดูแลที่มีต่อองค์กรขององค์การปกครองท้องถิ่นที่สำคัญ เช่น อำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะสั่งให้ราชการหรือถอดถอนนายกเทศมนตรี (maire) หรืออำนาจในการยุบสภาจังหวัด (conseil general) ในประเทศไทยมีตัวอย่าง เช่น อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่

³²Jean Rivero, Droit Administratif. (Paris : Dalloz 1977), pp.312. อ้างาน เพ็ญศรี เพ็ญสาตแสง, อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์การเทศบาล, หน้า 35.

สามารถยุบสภาเทศบาล³³ หรืออำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดที่จะสั่งพักการปฏิบัติงานของคณะเทศมนตรีหรือเทศมนตรีได้ไม่เกินสามสิบวัน เมื่อเห็นว่ามี การปฏิบัติหน้าที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁴ เป็นต้น

2.3.4.2 เป็นการกำกับดูแลเหนือการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่น การกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่นมี 2 ลักษณะที่เป็นนิติกรรม (juristic act) และลักษณะที่เป็น การปฏิบัติกร (real act) อำนาจกำกับดูแลเหนือการกระทำดังกล่าวมีหลายลักษณะ เช่น การสั่งยกเลิกการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (annulation) การให้ความเห็นชอบในการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่น (approbation) หรือการทูลเกล้าฯ ถวายความเห็นขององค์กรปกครองท้องถิ่น เป็นต้น วัตถุประสงค์ของการกำกับดูแลเหนือการกระทำก็เพื่อให้ องค์กรปกครองท้องถิ่นเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality) ซึ่งรัฐหรือตัวแทนของรัฐก็ ต้องเคารพหลักการนี้เช่นเดียวกัน กล่าวคือรัฐจะต้องไม่เข้าไปก้าวก่ายการกระทำขององค์กร ปกครองท้องถิ่นที่จะเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งฯ ภายใต้นขอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หาก ปรากฏว่ามีการใช้อำนาจกำกับดูแลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรปกครองท้องถิ่นสามารถฟ้องรัฐ หรือตัวแทนของรัฐที่ใช้อำนาจกำกับดูแลไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อศาลได้ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองได้รับฟ้องขององค์กรปกครองท้องถิ่นที่กล่าวหาผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะตัวแทนจาก ส่วนกลางว่า การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดใช้อำนาจระงับการดำเนินกิจการที่อยู่นอกรับผิดชอบ ของท้องถิ่นไว้ชั่วคราวนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁵ ศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญ ในการที่จะควบคุมให้ทั้งรัฐและองค์กรปกครองท้องถิ่นให้เคารพหลักความชอบด้วยกฎหมาย

2.3.4.5 เป็นอำนาจที่มีขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ ถ้าองค์กร ปกครองท้องถิ่นซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐมีความเป็นอิสระมากเกินไป อาจมีผลกระทบต่อ ความเป็นเอกภาพของรัฐได้ กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจกำกับดูแล เพื่อมิให้องค์กรปกครองท้องถิ่นมีอิสระจนมีสภาพคล้ายรัฐอิสระ และเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่ง

³³พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 มาตรา 74

³⁴เรื่องเดียวกัน. มาตรา 48.

³⁵Brian Chapman. Introduction to French Local Government.

(London : George Allen & Unwin Ltd., 1953), pp.130.

ของการใช้อำนาจกำกับดูแลก็คือเพื่อรักษาผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐ ซึ่งก็คือผลประโยชน์ของประชาชน และองค์กรทุกองค์กรภายในรัฐนั่นเอง

2.4. ลักษณะของอำนาจกำกับดูแลทางปกครอง

องค์กรที่ใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองได้แก่รัฐบาล การที่รัฐบาลใช้อำนาจกำกับดูแลดังกล่าวถือว่าเป็น "การกระทำทางปกครอง" อย่างหนึ่งของรัฐ โดยทั่วไปแล้วการกระทำของรัฐจะต้องกระทำผ่านทางบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ สำหรับการกระทำของรัฐที่อาจถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยองค์กรประเภทที่เรียกว่า องค์กรฝ่ายบริหาร มีช่องทางนิติบัญญัติและตุลาการ องค์กรฝ่ายบริหารแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ องค์กรฝ่ายรัฐบาล และองค์กรฝ่ายปกครอง³⁶ องค์กรฝ่ายรัฐบาลได้แก่คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่กำหนดนโยบายอันเป็นกิจกรรมทางการเมือง ส่วนองค์กรฝ่ายปกครองได้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมขององค์กรฝ่ายรัฐบาลอีกชั้นหนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงหมายถึงข้าราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ตลอดจนข้าราชการส่วนท้องถิ่นด้วย สำหรับการใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองของรัฐเหนือองค์กรปกครองท้องถิ่นนั้น ได้แก่ การกระทำทางปกครองของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคที่มีต่อองค์กรปกครองท้องถิ่นโดยผ่านทางเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของกระทรวงที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการปกครอง เช่น กระทรวงมหาดไทย เป็นต้น

การกระทำทางปกครองโดยทั่วไปในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นนิติกรรม (juristic act) และการกระทำการปกครองที่มีลักษณะเป็นปฏิบัติการ (real act) การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมนั้นหมายถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครองเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมาย (ordonnancement juridique) นิติกรรมนั้นโดยสภาพแล้วในขณะที่ได้กระทำขึ้นจะมีผลทาง

³⁶สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง" วารสารนิติศาสตร์, 17 (กันยายน 2530) : 61.

ด้านความสัมพันธ์ต่าง ๆ ทางกฎหมาย³⁷ อันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ส่วนการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะ เป็นปฏิบัติการนั้นหมายถึง การกระทำที่ใช้กำลังทางภายนอกเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงาน ตำรวจใช้รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การก่อสร้างปลูกสร้างในอุทลองสาธารณะที่ปลูกสร้างโดย ผิดกฎหมาย เป็นต้น

การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองนั้นถือเป็นการกระทำทางปกครองที่เป็น นิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองมีลักษณะสำคัญดังนี้ คือ

2.4.1 เป็นนิติกรรมการปกครองฝ่ายเดียว (l'acte administratif unilatéral)

การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทำทางกฎหมายหรือที่เรียก ว่านิติกรรมทางปกครองในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท³⁸ คือ "นิติกรรมฝ่ายเดียว" (เกิดจากเจตจำนงฝ่ายเดียว) กับ "นิติกรรมสองฝ่าย" (เกิดจากเจต จำนงสองฝ่าย ในการดำเนินการทางปกครองนั้นนิติกรรมฝ่ายเดียวเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ อย่างแพร่หลายอาจกล่าวได้ว่าเป็นกระบวนการปกติที่ข้าราชการพลเรือนทางปกครอง ส่วนนิติกรรม สองฝ่ายคือสัญญาซึ่งอาจมีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) หรือสัญญา ทางกฎหมายเอกชนก็ได้ซึ่งฝ่ายปกครองได้ใช้ในความสัมพันธ์กับผู้จัดหาอุปกรณ์ให้กับฝ่ายปกครองหรือ ใช้กับบุคลากรของฝ่ายปกครองตลอดจนความสัมพันธ์กับบุคคลต่าง ๆ ที่ร่วมดำเนินการกับฝ่ายปกครอง รวมตลอดทั้งผู้ให้บริการสาธารณะ

การใช้อำนาจกำกับดูแลทางการปกครองเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ ไรดยองค์กรของรัฐในส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคแต่เพียงลำพังฝ่ายเดียวไม่ต้องอาศัยเจตนายินยอม จากองค์กรปกครองท้องถิ่นแต่อย่างใด ศาสตราจารย์ Francis - Paul Benoit ได้กำหนดนิยาม ของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ว่า "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวก็คือนิติกรรมที่เกิดจาก เจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองและถูกควบคุมโดยศาลปกครอง" การใช้อำนาจกำกับดูแลทาง

³⁷ พูนศักดิ์ วิจารณ์. "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส" วารสาร กฎหมายปกครอง. เล่ม 4 ตอน 2 (สิงหาคม 2528) : 273.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

ปกครองจึงเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เพราะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่สมัครใจและมุ่งที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งและการใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองก็มีสาเหตุ เพราะเป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของรัฐผู้ใช้อำนาจกำกับดูแลอันเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นโดยไม่ว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรปกครองท้องถิ่นผู้รับนิติกรรม เช่น การไม่อนุมัติงบประมาณของผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากเทศบาลแต่อย่างใด เป็นต้น³⁹

การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียว ต่างจากสัญญาทางแพ่งหรือแม้แต่สัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเรื่องของการแสดงเจตนาโดยสมัครใจของคู่สัญญา ไม่มีเรื่องการใช้อำนาจมาเกี่ยวข้อง การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองที่เกิดจากการตกลงกันระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองท้องถิ่นจึงไม่อาจมีได้

การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งต่างกับนิติกรรมทางแพ่งตรงที่ในกรณีทั่วไปแล้วนิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมที่ไม่สามารถสั่งให้บังคับผลของการกระทำไว้ก่อนได้ วันแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ซึ่งต่างจากนิติกรรมทางแพ่งที่ศาลมีอำนาจสั่งให้บังคับผลของการกระทำไว้ก่อนได้ นอกจากนั้นนิติกรรมทางปกครองยังเป็นนิติกรรมที่สามารถบังคับชำระได้ทันที เพราะก่อให้เกิดอำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะปฏิบัติภารกิจเป็นไปตามนิติกรรมโดยไม่ว่าจำเป็นต้องมีคำสั่งศาลก่อน ซึ่งแตกต่างจากนิติกรรมทางแพ่งที่ต้องมีคำสั่งศาลก่อนเสมอ

2.4.2 เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง (acte individuel)

นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวในทางกฎหมายปกครองมีอยู่ 2 ลักษณะคือ

ก. นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไป (acte réglementaire) กล่าวคือจะอยู่ในรูปของข้อกำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไป ไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล ข้อกำหนดดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นนามธรรม (abstract) เช่น อยู่ในรูปของคำสั่งทั่วไป อยู่ในรูปของกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป ผลในทางกฎหมายของนิติกรรมในลักษณะนี้คือจะก่อให้เกิดผลใน

³⁹สมคิด เลิศไพฑูรย์, "ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง", หน้า 215.

ทางกฎหมายที่ถาวร เช่น การออกเทศบัญญัติเกี่ยวกับจราจรในเขตเทศบาลอันเป็นลักษณะของกฎเกณฑ์ทั่วไป เทศบัญญัตินั้นจะมีผลถาวรคงอยู่จนกว่าจะมีกฎหมายฉบับใหม่มาลบล้างหรือยกเลิกแก้ไข

ข. นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะเรื่อง (acte individuel) การที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องนั้น จะมีลักษณะเป็นรูปธรรม (concrete) คือเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีเป็นรูปธรรมและเป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจงจนสามารถทราบได้ว่าเป็นใคร เช่น คำสั่งที่ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งพักการปฏิบัติงานของนายก.เทศมนตรี เป็นต้น การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองที่รัฐมีอยู่ต่อองค์กรปกครองท้องถิ่นจัดเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเฉพาะเรื่องทั้งนี้เพราะการใช้อำนาจกำกับดูแลของรัฐนั้นจะชี้เฉพาะเจาะจงกับการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นกรณีในข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง เช่น คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้ยุบสภาเทศบาลใดเทศบาลหนึ่ง คำสั่งดังกล่าวนี้จะมีผลเฉพาะข้อเท็จจริงในกรณีการยุบสภาเทศบาลนั้นเป็นการเฉพาะ หรือในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเข้าทำคำสั่งแทนนายก.เทศมนตรี เพราะนายก.เทศมนตรีไม่ยอมมีคำสั่งปฏิบัติสละตำแหน่งของเอกชนที่จะเข้ามาครอบครองที่สาธารณะ การทำคำสั่งเช่นนี้มีไว้เป็นการวางกฎเกณฑ์ทั่วไป จะมีลักษณะเป็นการเฉพาะเรื่องสำหรับเอกชนรายนั้น ๆ เท่านั้น หากเอกชนรายอื่นจะยื่นคำขอเข้าครอบครองที่สาธารณะอีกและนายก.เทศมนตรีไม่ปฏิบัติสละตำแหน่ง คำสั่งที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องทำคำสั่งใหม่อีกครั้งหนึ่ง⁴⁰

การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองของรัฐถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเฉพาะเรื่องเพราะเป็นการใช้อำนาจโดยรัฐหรือองค์กรอื่นเป็นตัวแทนของรัฐ เข้ากำกับดูแลเหนือการกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นครั้งเป็นคราวเท่านั้น การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเฉพาะเรื่องเสมอในขณะที่การกระทำขององค์กรปกครองท้องถิ่นที่ถูกกำกับดูแลนั้นอาจจะมีลักษณะเฉพาะเรื่องหรือเป็นการทั่วไปก็ได้ ทั้งนี้เนื่องจากการใช้อำนาจกำกับดูแลได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างรัฐและองค์กรปกครองท้องถิ่นในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกเทศบัญญัติของเทศบาลเมืองปารีส เพื่อวางระเบียบเกี่ยวกับการจราจรนั้นถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไป

⁴⁰สมคิด เลิศไพฑูรย์. "ข้อความคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง", หน้า 218.

เพราะเทศบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะที่มีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปในเขตเทศบาลมิได้มีลักษณะ เฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะเรื่อง แต่ในส่วนของ การใช้อำนาจกำกับดูแลที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะให้ความเห็นชอบกับเทศบัญญัติฉบับนี้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเรื่อง เพราะการใช้อำนาจกำกับดูแลนี้เกี่ยวข้องกับเทศบาลเมืองปารีสและเทศบัญญัติจรรยาบรรณฉบับนี้เป็นการเฉพาะเท่านั้น

การที่ถือว่า การใช้อำนาจกำกับดูแลทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องนั้น เป็นผลดีต่อองค์กรปกครองท้องถิ่น เพราะทำให้องค์กรปกครองท้องถิ่นมีความเป็นอิสระและสามารถริเริ่มสร้างสรรค์ได้ ในกรณีกลับกันหากถือว่าการใช้อำนาจกำกับดูแลเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปแล้ว ก็จะมีผลทำให้เท่ากับเป็นการวางกฎเกณฑ์ในอนาคตให้องค์กรปกครองท้องถิ่นอื่น ๆ ต้องปฏิบัติตามไปด้วย⁴¹

(3) อำนาจกำกับดูแลทางปกครองกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

ในรัฐเดี่ยวนั้น การกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นจะต้องมีขอบเขตที่เหมาะสมมิฉะนั้นแล้ว อาจเป็นอันตรายต่อเอกภาพของรัฐได้ ขอบเขตที่กล่าวถึงนี้คือการกระจายอำนาจในรัฐเดี่ยวจะจำกัดเฉพาะการกระจายอำนาจทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระจายอำนาจทางการเมืองหรือการกระจายอำนาจทางการศาลตั้งที่ปรากฏอยู่ในประเทศสหพันธรัฐ⁴² ประเทศไทย ซึ่งเป็นรัฐเดี่ยวได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ว่า "ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้" ดังนั้น การกระจาย อำนาจให้แก่องค์กรปกครองท้องถิ่นจึงต้องระมัดระวังมิให้เป็น การกระจายอำนาจโดยไปจนสูญเสียความเป็นเอกภาพของรัฐ ซึ่งจะเป็นการแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าว

อำนาจกำกับดูแลทางปกครองมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการที่จกักรงไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของรัฐเดี่ยวที่ยอมให้มีการกระจายอำนาจแก่องค์กรปกครองท้องถิ่น MASPETIOL และ

⁴¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 219.

⁴²สมคิด เลิศไพฑูรย์, "รัฐธรรมนูญกับบทบัญญัติเรื่องการกระจายอำนาจ", วารสารกฎหมายสหทัยธรรมราช. 3(กรกฎาคม 2534) : 120.

LAROQUE ได้กล่าวไว้ในหนังสือของท่านว่า "ในรัฐเด็ยนั้นการกระจายอำนาจไม่อาจดำเนินได้โดยปราศจากการกำกับดูแล และไม่มีการกำกับดูแลโดยปราศจากการกระจายอำนาจ"⁴³ ความสำคัญของอํานาจกำกับดูแลที่มีต่อเอกภาพของรัฐนั้น ท่านอาจารย์ บริติ พนมยงค์ ได้กล่าวไว้ว่า "...แม้การปกครองท้องถิ่นจะช่วยให้เสรีภาพแก่ท้องถิ่นนั้นโดยมากที่สุดก็ดี แต่รัฐบาลก็จำเป็นต้องควบคุมดูแลเทศบาลนั้น แต่ว่าจะตัดอิสระภาพให้ไปอยู่ในอำนาจและหน้าที่ของเทศบาลหรือของท้องถิ่นโดยที่ไม่มี การควบคุมดูแลก็เท่ากับแยกประเทศสยามออกเป็นส่วนเล็กส่วนน้อย เหตุฉะนั้นไม่ว่าในประเภทใดก็ตามที่มีการปกครองแบบเทศบาลเจริญถึงขีดแล้วก็ตาม อำนาจของประเทศที่จะต้องควบคุมดูแลเทศบาลนั้นคงจะยังมีอยู่เสมอ"⁴⁴

รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนในงานมาตรา 72 ที่ว่า "ในจังหวัดและดินแดนทั้งหลาย ตัวแทนของรัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของชาติ การกำกับดูแลทางปกครอง และการธำรงรักษาไว้ซึ่งกฎหมาย"⁴⁵

ในอดีตไม่มีรัฐธรรมนูญของไทยฉบับใดที่บัญญัติการกำกับดูแลไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ดีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็ได้บัญญัติเรื่องการกำกับดูแลไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก ซึ่งแม้แต่รัฐธรรมนูญ ปี 2517 ที่กล่าวได้ว่ามีบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นทันสมัยและก้าวหน้ามากที่สุด⁴⁶ ก็ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการกำกับดูแลไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องการกำกับดูแลไว้ดังนี้

⁴³Roland Maspétiol et Pierr Laroque, *La Tutelle Administrative*. (Recueil Sirey, 1930), pp.9 อ้างใน ภิภิน พลกุล, "หลักเกี่ยวกับการบริหารราชการ" รัฐศาสตร์. 33(สิงหาคม 2528) : 12.

⁴⁴หลวงประดิษฐมนูธรรม, ปาฐกถา เรื่องพระราชบัญญัติระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2476. ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง (พ.ศ.2479), หน้า 54 - 55.

⁴⁵สมคิด เลิศไพฑูรย์, "รัฐธรรมนูญกับบทบัญญัติเรื่องการกระจายอำนาจ", หน้า 121.

⁴⁶สมคิด เลิศไพฑูรย์, "การปกครองท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน" วารสารนิติศาสตร์. 22(มีนาคม 2535) : 124.

มาตรา 196 วรรค 2 "การควบคุมหรือการกำกับดูแลการปกครองท้องถิ่นต้องทำเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม"

แม้โดยคำในรัฐธรรมนูญจะใช้ทั้งคำว่า "การควบคุม" และ "การกำกับดูแล" ก็ไม่ก่อให้เกิดผลแตกต่างในความหมายแต่ประการใด เพราะพิจารณาตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 คำว่า "ควบคุม" หมายความว่า "ดูแล กำกับดูแล" และคำว่า "ดูแล" หมายความว่า "เอาใจใส่ ปกป้องรักษา ปกครอง" ดังนั้น ในทางรากศัพท์ของคำที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้น คำว่า "ควบคุม" จึงหมายถึง การกำกับดูแลด้วย⁴⁷

การกำกับดูแลตามมาตรา 196 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ⁴⁸

3.1 ต้องกำกับดูแล "เท่าที่จำเป็น" เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันในความเป็นอิสระที่จะปกครองตนเองของท้องถิ่นและการใช้อำนาจกำกับดูแลนั้นจะใช้ได้ก็แต่ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักการที่ว่า "ไม่มีการกำกับดูแลถ้าปราศจากกฎหมายและไม่มีการกำกับดูแลที่เกินเลยไปจากกฎหมาย"⁴⁹ ดังนั้น การใช้อำนาจกำกับดูแลจะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นตามที่กฎหมายให้อำนาจกำกับดูแลกำหนดไว้เท่านั้น และการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัดในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จะมีการตีความขยายอำนาจกำกับดูแลไม่ได้ (pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-del a'des textes)⁵⁰

3.2 การกำกับดูแลมีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม กล่าวคือ เป็นอำนาจที่จะช่วยกำกับดูแลคุ้มครองมิให้ประชาชนในท้องถิ่นได้รับความเสียหายจากการกระทำหรือการดำเนินงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรปกครองท้องถิ่น

⁴⁷เรื่องเดียวกัน. หน้า 125.

⁴⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

⁴⁹Jean Rivero. *Droit Administrative*. (Paris : Dolloy 1977), pp.321 อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁵⁰สุรพล ลีนิตินกรพจน์, "กรณีสถาบัน วท. : ภาพสะท้อนของปัญหา รัฐวิสาหกิจไทย", วารสารนิติศาสตร์. 19(กันยายน 2532) : 150.

และขณะเดียวกันก็เป็นอำนาจที่จะยึดเหนี่ยวมิให้องค์กรปกครองท้องถิ่นมีอิสระมากเกินไปจนอาจจะกลายเป็นรัฐอิสระ ซึ่งอาจจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์โดยรวมของประเทศที่ต้องการความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของรัฐ

การมีบทบัญญัติเรื่องการกำกับดูแลอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้นก่อให้เกิดผลดีต่อการที่จะส่งเสริมหลักการปกครองท้องถิ่นเพราะเท่ากับเป็นการวางหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายแม่บทที่สำคัญของประเทศ ทำให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองท้องถิ่นมีลักษณะที่ชัดเจนขึ้นและได้รับการคุ้มครองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะมีผลทำให้องค์กรส่วนกลางของรัฐต้องระมัดระวังในการใช้อำนาจเข้าควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ฉะนั้นแล้วอาจเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้ การกำหนดเรื่องการกำกับดูแลไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงนับว่าเป็นพัฒนาการอีกก้าวหนึ่งของกฎหมายมหาชนในประเทศไทย

(4) ข้อเปรียบเทียบระหว่างอำนาจกำกับดูแลทางปกครอง (le pouvoir de tutelle administrative) กับอำนาจบังคับบัญชา (le pouvoir hierarchique)

โดยทั่วไปแล้วการจัดการปกครองในรัฐเดียวจะใช้ทั้งหลักการรวมอำนาจและหลักการกระจายอำนาจควบคู่กันไป ตามหลักการรวมอำนาจ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานชั้นปกครองผู้บังคับบัญชาก็คืออำนาจบังคับบัญชา เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในกระทรวง อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไข ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติภารกิจใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ผู้บังคับบัญชาสามารถกลับ แก่ ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ การใช้อำนาจบังคับบัญชานั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องหลักการกระจายอำนาจนั้น อำนาจของรัฐที่มีอยู่เหนือองค์กรกระจายอำนาจจะเป็นอำนาจที่เรียกว่าอำนาจกำกับดูแลทางปกครอง อำนาจนี้เป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงอำนาจของรัฐที่เข้าในการจัดระเบียบบริหารราชการที่จัดแบ่งเป็นราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น จะมีอยู่ 2 ประเภท ด้วยกันคือ อำนาจควบคุมบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแลทางปกครอง

อำนาจควบคุมบังคับบัญชาและอำนาจกำกับดูแลมีข้อแตกต่างดังนี้ คือ

4.1 ที่มาของอำนาจ

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ใช้อำนาจในการจัดการปกครองตามหลักการรวมอำนาจ เป็นอำนาจภายในระบบการบริหารงานของนิติบุคคลหนึ่ง ๆ หัวหน้าหรือผู้บังคับบัญชาระดับสูงมีอำนาจเหนือกว่าผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ภายในนิติบุคคลเดียวกัน เช่น ภายในนิติบุคคลที่เรียกว่ารัฐอำนาจบังคับบัญชาจะใช้อำนาจภายในขอบเขตของเจ้าหน้าที่ในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค ภายในนิติบุคคลอื่นนอกจากรัฐ เช่น องค์การปกครองท้องถิ่นในรูปเทศบาล การจัดการบริหารงานการภายในก็จะใช้การบริหารตามสายการบังคับบัญชาอย่างในกรณีตำบลที่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือพนักงานเทศบาลทั่วไป

ส่วนอำนาจกำกับดูแลทางปกครองนั้นเป็นอำนาจที่มาหรือเกิดขึ้นจากการจัดการปกครองโดยใช้หลักกระจายอำนาจ ซึ่งมีผลทำให้เกิดนิติบุคคลขึ้นต่างหากจากรัฐ ดังนั้น อำนาจกำกับดูแลทางปกครองจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลกับองค์กรปกครองท้องถิ่นซึ่งเป็นองค์กรภายใต้การกำกับดูแล อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจระหว่างนิติบุคคลหนึ่งกับอีกนิติบุคคลหนึ่ง

4.2 ขอบเขตของอำนาจ

โดยหลักทั่วไปแล้วถือว่าอำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข ผู้บังคับบัญชาสามารถปฏิบัติภารกิจใด ๆ ได้ตามความเหมาะสม เช่น กลับ แก้ว ยกเลิก เหยียดอน คำสั่ง หรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ สมควรโดยที่ไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยเฉพาะศาลปกครองฝรั่งเศส คยวินิจฉัยขอบเขตของอำนาจบังคับบัญชาไว้ว่าเป็นอำนาจที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไป* สำหรับในกรณีของประเทศไทย การที่นายกรัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ก็มีผู้ให้

*คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ.1975 คดี *Ministre du travail* อังาน ชาญชัย แสงศักดิ์, "อำนาจของรัฐในการกำกับดูแลการปฏิบัติราชการขององค์กรปกครองท้องถิ่นตามแนวความคิดและหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส". เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างราชการบริหารส่วนกลางกับราชการบริหารส่วนท้องถิ่น จัดโดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย ฯลฯ วันที่ 16 พฤศจิกายน 2533. หน้า 1.

ความเห็นไว้ว่าเป็นอำนาจตามหลักกฎหมายทั่วไป เช่นกัน⁵¹

ส่วนอำนาจกำกับดูแลทางปกครองนั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นอำนาจที่มีอยู่ตามหลักกฎหมายทั่วไปได้ เพราะการที่จะมีอำนาจปกครองดูแลได้จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง อำนาจดังกล่าวจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรนิติบุคคลต่างองค์กรกัน ซึ่งโดยหลักการแล้วต่างก็มีความเป็นอิสระต่อกัน ดังนั้นถ้ามีเหตุต้องใช้อำนาจควบคุมกันจึงต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายเท่านั้น

4.3 ลักษณะของอำนาจ

อำนาจบังคับบัญชานั้นเกิดจากความจำเป็นในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบ สำหรับการปกครองภายในองค์กรนิติบุคคลที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติภารกิจได้ทุกประการ อีกทั้งยังรวมถึงการที่จะสั่งให้มีการเพิกถอน เปลี่ยนแปลง หรือระงับการแทนในเรื่องที่ผู้ใต้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องปฏิบัติหรือได้ปฏิบัติไปแล้วอีกด้วย และที่สำคัญในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่า เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ตรงต่อนโยบาย รวมทั้งยังเข้าข่ายการกำหนดแนวทางปฏิบัติถึงนาให้ผู้ใต้บังคับบัญชาได้ด้วย ถ้ามีการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามก็อาจมีความผิดได้ แต่ถ้าเป็นอำนาจกำกับดูแลทางปกครองแล้วหากเป็นเรื่องนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์กรกำกับดูแลไม่มีอำนาจกำหนดแนวทางปฏิบัติและแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำใด ๆ (le pouvoir de reformation) ขององค์กรกระจายอำนาจ รวมทั้งไม่มีอำนาจสั่งให้ปฏิบัติภารกิจใด ๆ ด้วย ซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย อย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2633/2523 ได้ตัดสินว่าการที่กฎหมายเทศบาลไม่ได้อนุญาตให้เทศบาลต้องรับถนนที่มีผู้ยกน้ำและผู้ว่าราชการจังหวัดก็ไม่มีอำนาจสั่งให้เทศบาลรับถนนที่มีผู้ยกน้ำ ดังนั้นการที่นายกเทศมนตรีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่สั่งให้เทศบาลรับถนนจึงไม่มีความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 165⁵² เพราะเป็นคำสั่งที่นอกเหนือไปจากขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

⁵¹ เจริญศรี เจริญสาตแสง, "อำนาจกำกับดูแลทางปกครอง : ศึกษากรณีองค์กรเทศบาล", หน้า 44.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.