

บทที่ 2

ความเป็นมา ข้อมูลพื้นฐาน แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายมหาชน ที่เกี่ยวกับกระบวนการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ของข้าราชการสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

ในปัจจุบันนับตั้งแต่ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน โดยได้มีการปรับปรุงระบบการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ แยกออกจากองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาลงโทษทางวินัย กล่าวคือ ได้มีการจัดตั้งองค์กรพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) เพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยพิจารณาอุทธรณ์และการร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือนสามัญออกจากสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ซึ่งเป็นองค์กรซึ่งทำหน้าที่พิจารณาลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน แต่ปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติยังไม่ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์หรือคำร้องทุกข์ของข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติแต่อย่างใด ซึ่งในบทนี้ผู้วิจัยขอกล่าวถึงข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ของข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและโครงสร้างสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ตลอดจนทฤษฎี และหลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้อง เพื่อกำหนดหาแนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ของข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ต่อไป

2.1 ความเป็นมา และข้อมูลพื้นฐานของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นหน่วยงานราชการที่เป็นอิสระ¹ ที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของฝ่ายบริหาร หรือนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์จัดตั้งขึ้นมาเพื่อเป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งมีภารกิจหลักในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2554 มาตรา 104

ซึ่งผู้วิจัยขอกล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ของข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและโครงสร้างสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ดังต่อไปนี้

2.1.1 ความเป็นมาของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

การป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการของประเทศไทย มีมาแต่อดีต นับตั้งแต่สมัยสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา สมัยกรุงธนบุรี สมัยกรุงรัตนโกสินทร์จนถึงยุคปัจจุบัน โดยจุดเริ่มต้นของยุคปัจจุบัน ได้เริ่มจากมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2471 พระราชบัญญัติคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2476 พระราชกฤษฎีกาวิธีพิจารณาลงโทษข้าราชการและพนักงานเทศบาลผู้กระทำความผิดหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ พ.ศ. 2490 พระราชบัญญัติเรื่องร่ำร้องทุกข์ พ.ศ. 2492

ต่อมาในปี พ.ศ. 2494 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการปฏิบัติราชการตามมติประชาชน (ก.ป.ช.) เพื่อรับเรื่องร่ำร้องทุกข์และพัฒนาเป็นกรมตรวจราชการแผ่นดิน ในปี พ.ศ. 2496 แต่ได้ถูกยุบเลิกไปในปี พ.ศ. 2503 และมีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบเกี่ยวกับภาษีอากร (ก.ต.ภ.) ขึ้นตามพระราชบัญญัติตรวจสอบการปฏิบัติเกี่ยวกับภาษีอากร และรายได้อื่นของรัฐ พ.ศ. 2503²

ภายหลังการปฏิวัติเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 ได้มีการปรับปรุงระเบียบบริหารราชการแผ่นดินใหม่ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการบริหาร ลดการทำงานที่ซ้ำซ้อน โดยรวมงานของ ก.ต.ภ. สำนักงานคณะกรรมการเรื่องร่ำร้องทุกข์และงานของผู้ตรวจราชการสำนักนายกรัฐมนตรี เข้าด้วยกันแล้วจัดตั้งเป็นสำนักงานคณะกรรมการตรวจและติดตามผลการปฏิบัติราชการ (ก.ต.ป.) ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 314 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 มีหน้าที่ตรวจและติดตามการปฏิบัติงานตามกฎหมาย ระเบียบ แบบแผน และนโยบายของรัฐบาลรวมทั้งการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับการทุจริต และประพฤติมิชอบ แต่เมื่อเกิดเหตุการณ์เรียกร้องประชาธิปไตยครั้งยิ่งใหญ่ในประวัติศาสตร์ ของบรรดานิสิตนักศึกษา นักเรียนและประชาชนหลากหลายอาชีพ ในวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ซึ่งแม้ภาพเปลือกนออกอาจมองเห็นเป็นเรื่องการเรียกร้องขอทวงคืนรัฐธรรมนูญ การปกครองระบอบประชาธิปไตย แต่ในเบื้องลึกเป็นสิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ปัญหาการทุจริต

² สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. (2558). *ประวัติความเป็นมา*. (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก : <http://www.nacc.go.th/main.php?filename=nacc4> [2558,16 กันยายน]

ในวงราชการ กลุ่มผู้มีอำนาจทางการเมืองได้เป็นตัวละครเด่นอย่างสำคัญต่อการทำให้เกิดการชุมนุมประท้วงในครั้งนั้นลุกลามไปทั่ว เพราะเมื่อมีสัญญาณบ่งบอกว่าอำนาจอธิปไตยได้หวนกลับมาเป็นของปวงชนชาวไทย เหตุการณ์เรียกร้องประชาธิปไตยเริ่มเบาบางลง ประชาชนได้โอกาสเรียกร้องให้รัฐบาลดำเนินการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอย่างจริงจัง เป็นผลให้สำนักงาน ก.ต.ป. ต้องถูกยุบเลิกไป

เมื่อนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้พิจารณาและดำเนินการตามคำเรียกร้องดังกล่าว ความประการนี้มีปรากฏตามคำสั่งนายกรัฐมนตรี ที่ 113/2517 ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2517 ว่า "ด้วยปรากฏว่ามีผู้ร้องเรียนกล่าวโทษข้าราชการตรงมาที่นายกรัฐมนตรีและสำนักนายกรัฐมนตรี มากมาย และมีกรกล่าวอ้างว่ามีการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการอยู่เสมอ ซึ่งบางกรณีเกี่ยวข้องกับข้าราชการหลายกระทรวง ทบวง กรม หรือรัฐวิสาหกิจ รัฐบาลนี้มีเจตจำนงอยู่ว่าจะต้องป้องกันและปราบปรามการทุจริต และประพฤติมิชอบในวงราชการให้หมดสิ้นไปหรืออย่างน้อยก็ให้บรรเทาเบาบางลง" จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความใน ข้อ 9(6) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 มีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ แต่ไม่ทันได้เริ่มดำเนินการ นายสัญญาธรรมศักดิ์ได้ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเสียก่อน หลังจากนั้นเมื่อได้รับพระมหากรุณาธิคุณ โปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรีอีกครั้งก็ได้ปรับปรุงคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการใหม่ และเริ่มดำเนินงานตั้งแต่วันที่ 2 กรกฎาคม 2517 หลังจากนั้นไม่นานก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 เมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2518 และตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 216 ลงวันที่ 29 กันยายน 2515 (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2518 จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีขึ้น

เมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีการกำหนดองค์กรอิสระขึ้นรวม 8 องค์กรหนึ่งในจำนวนนั้นได้มีองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เรียกว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นหน่วยธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น³

³ เรื่องเดียวกัน.

ต่อมาในวันที่ 17 พฤศจิกายน 2542 (ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ประกาศราชกิจจานุเบกษาเล่ม 116 ตอนที่ 114 ก วันที่ 17 พ.ย. 2542) เป็นผลให้สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ ได้ถูกยุบเลิกไป และได้มีการจัดตั้งเป็นสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ที่เรียกโดยย่อว่า "สำนักงาน ป.ป.ช." ขึ้น

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งยังคงบัญญัติให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและให้มีอำนาจหน้าที่นอกเหนือไปจากที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บางประการที่สำคัญคือให้มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองรวมอยู่ด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 ซึ่งได้ประกาศและมีผลบังคับใช้แล้วเมื่อวันที่ 18 เมษายน 2554 จึงได้ปรับปรุงกลไก และเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน นอกเหนือไปจากที่ได้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 หลายประการ ได้แก่

(1) การส่งเสริมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เช่น การคุ้มครองพยานหรือผู้ให้ข้อมูลการจัดให้มีเงินสินบน รางวัลตอบแทน หรือประโยชน์อื่นใด กับผู้ให้ข้อมูลหรือผู้ที่แจ้งเบาะแสหรือข้อมูลใดเกี่ยวกับการทุจริต การยกย่องและคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐที่แจ้งเบาะแสหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับการทุจริต การกันผู้ถูกกล่าวหาและบุคคลที่เกี่ยวข้องไว้เป็นพยาน การให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้าง การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน รวมทั้งการตรวจสอบข้อเท็จจริง และกระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้เกิดความชัดเจนและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

(2) การจัดตั้งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประจำจังหวัด เพื่อสรรหาคนดี มีคุณธรรมจริยธรรมในแต่ละจังหวัดเพื่อดำเนินงานต่อต้านการทุจริต โดยกฎหมายกำหนดให้เริ่มมีกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประจำจังหวัด หลังวันประกาศใช้กฎหมาย ป.ป.ช. ฉบับใหม่แล้ว 2 ปี ในกรณีนี้เองสำนัก ป.ป.ช. จึงได้ดำเนินการจัดตั้งสำนักงาน ป.ป.ช. ประจำจังหวัดครบทั้ง 76 จังหวัด เป็นที่เรียบร้อยแล้ว⁴

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดขึ้นเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการ

⁴ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2

ป้องกันและปราบปรามการทุจริตในระดับต่างๆ โดยแต่เดิมนั้น มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป.) ทำหน้าที่ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แต่จำกัดอยู่เพียงในระบบราชการเท่านั้น ไม่รวมไปถึงฝ่ายการเมืองด้วย ดังนั้น จึงได้มีการปรับเปลี่ยนทั้งโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติใหม่⁵ และปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ⁶

2.1.2 โครงสร้างของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (สำนักงาน ป.ป.ช.) เป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีฐานะเป็นนิติบุคคล⁷ โดยมีเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นผู้บังคับบัญชา ขึ้นตรงต่อประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติการ⁸ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว⁹ การแต่งตั้งเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและวุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและนำความกราบบังคมทูล เพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง¹⁰

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีการแบ่งโครงสร้างภายในองค์กร¹¹ ออกเป็น 3 ส่วน¹² ดังนี้

1. ส่วนภารกิจสนับสนุน ประกอบด้วย

⁵ สถาบันพระปกเกล้า.(2545)องค์กรอิสระของประเทศไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง(ครั้งที่ 1).กรุงเทพฯ:สถาบันพระปกเกล้า.หน้า 43

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 246

⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2554 มาตรา 104

⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2554 มาตรา 108

⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 109

¹⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 112 (1)

¹¹ ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง การแบ่งส่วนราชการภายในและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการในสังกัด สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2556

¹² http://www.nacc.go.th/ewt_news.php?nid=8575 [2558,16 กันยายน]

1.1 กลุ่มอำนวยการ

- (1) สำนักนโยบายและยุทธศาสตร์
- (2) สำนักบริหารงานกลาง
- (3) สำนักบริหารงานคลัง
- (4) สำนักบริหารทรัพยากรบุคคล
- (5) สำนักประชาสัมพันธ์
- (6) สำนักอำนวยการคณะกรรมการ

1.2 กลุ่มวิชาการ

- (1) สำนักการต่างประเทศ
- (2) สำนักกฎหมาย
- (3) สถาบันป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติสัตยาภิบาลธรรมศักดิ์
- (4) ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศ
- (5) ศูนย์ต่อต้านการทุจริต ป้าย อิงภากรณ์
- (6) ศูนย์กำกับดูแลการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

2. ส่วนภารกิจหลัก ประกอบด้วย

2.1 กลุ่มภารกิจด้านส่งเสริมจริยธรรม คุณธรรม และการป้องกันการทุจริต

- (1) สำนักมาตรการป้องกันการทุจริต
- (2) สำนักมาตรการป้องกันการทุจริตภาคการเมือง
- (3) สำนักมาตรการป้องกันการทุจริตภาครัฐวิสาหกิจและธุรกิจเอกชน
- (4) สำนักมาตรการป้องกันการทุจริตภาครัฐ
- (5) สำนักมาตรการป้องกันการทุจริตภาคประชาสังคมและการพัฒนา

เครือข่าย

2.2 กลุ่มภารกิจตรวจสอบทรัพย์สิน

- (1) สำนักทะเบียนและพัฒนาระบบตรวจสอบ
- (2) สำนักตรวจสอบทรัพย์สินภาคการเมือง
- (3) สำนักตรวจสอบทรัพย์สินภาคการเมืองส่วนท้องถิ่น
- (4) สำนักตรวจสอบทรัพย์สินภาครัฐวิสาหกิจ

3. ส่วนปฏิบัติการพื้นที่ ประกอบด้วย

3.1 ภารกิจด้านการปราบปรามการทุจริต

- (1) สำนักไต่สวนการทุจริตภาคการเมือง 1

- (2) สำนักไต่สวนการทุจริตภาคการเมือง 2
- (3) สำนักไต่สวนการทุจริตภาคการเมือง 3
- (4) สำนักไต่สวนการทุจริตภาคการเมือง 4
- (5) สำนักไต่สวนการทุจริตภาครัฐ 1
- (6) สำนักไต่สวนการทุจริตภาครัฐ 2
- (7) สำนักไต่สวนการทุจริตภาครัฐ 3
- (8) สำนักไต่สวนการทุจริตภาครัฐวิสาหกิจ
- (9) สำนักกิจการข่าวและจัดการพิเศษ
- (10) สำนักคดี

4. สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติประจำจังหวัด จำนวน 76 จังหวัด

สำนักบริหารทรัพยากรบุคคลอยู่ในส่วนภารกิจสนับสนุน กลุ่มอำนวยการ มีอำนาจหน้าที่¹³ ดังนี้

(ก) ดำเนินการเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรกลาง การบริหารงานบุคคล และปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ข) ศึกษาวิเคราะห์และวางแผนกำลังคนของสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ค) พัฒนา ส่งเสริม วิเคราะห์ วิจัยเกี่ยวกับนโยบาย ยุทธศาสตร์ ระบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และมาตรฐานด้านการบริหารทรัพยากรบุคคลของข้าราชการสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ง) ศึกษาวิเคราะห์เพื่อกำหนดตำแหน่ง และกรอบอัตรากำลัง ข้าราชการและลูกจ้าง สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(จ) ดำเนินการเกี่ยวกับงานบริหารทรัพยากรบุคคลของสำนักงาน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

¹³ ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง การแบ่งส่วนราชการภายในและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการในสังกัด สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2554 ข้อ 4 (23)

(ฉ) ดำเนินการเกี่ยวกับวินัย การอุทธรณ์ การร้องทุกข์ การพิทักษ์ระบบคุณธรรม กำกับดูแลจริยธรรมของข้าราชการและลูกจ้างสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และดำเนินการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(ช) ดำเนินการเกี่ยวกับการกำหนดคน โยบายด้านสวัสดิการและคุณภาพชีวิตของข้าราชการ และลูกจ้างสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ซ) ดำเนินการเกี่ยวกับการรักษาทะเบียนประวัติ การควบคุมเกษียณอายุ และเป็นศูนย์กลางข้อมูลทรัพยากรบุคคลของข้าราชการและลูกจ้างสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ฌ) ดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายด้านการจัดสรรทุนแก่ข้าราชการและลูกจ้างของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ รวมทั้งการดูแลนักเรียนทุนตามข้อบังคับหรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง

(ญ) ติดตามและประเมินผลการบริหารทรัพยากรบุคคลของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ รวมทั้ง จัดทำรายงานประจำปีเสนอต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ฎ) เสนอแนะ ให้คำปรึกษา และเผยแพร่ความรู้ในเรื่องการบริหารทรัพยากรบุคคล แก่ส่วนราชการ หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ข้าราชการและลูกจ้างสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ฏ) ประสานงานและปฏิบัติงานร่วมกับ หรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง

(ฐ) ปฏิบัติงานอื่นตามที่ได้รับมอบหมาย

2.1.3 อำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ และมีอำนาจหน้าที่¹⁴ ดังนี้

(1) รับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

¹⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 105

(2) ศึกษาและรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับงานของ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(3) ศึกษาและสนับสนุนให้มีการศึกษาวิจัยและเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการทุจริตในวงราชการและการเมือง

(4) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมอบหมาย

2.1.4 หลักประกันความเป็นอิสระของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

หลักประกันความเป็นอิสระอาจแยกพิจารณาได้ตามองค์ประกอบทางทฤษฎีเปรียบเทียบกับระบบของต่างประเทศได้ ดังนี้¹⁵

(1) ความเป็นอิสระด้านองค์กร

องค์ประกอบของคณะกรรมการองค์กรอิสระในประเทศไทยเป็นองค์กรแบบคณะกรรมการ ยกเว้นผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาที่มีลักษณะแตกต่างออกไป¹⁶ คณะกรรมการองค์กรอิสระของไทยไม่มีกรรมการโดยตำแหน่ง ในขณะที่บางประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่ง หรือเคยดำรงตำแหน่งในราชการเป็นกรรมการ โดยตำแหน่ง หรือกรรมการกิตติมศักดิ์ ในองค์กรอิสระ ส่วนใหญ่ที่มีความสำคัญ เช่น COB (กลต.), CADA (คณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร) แต่จะมีสัดส่วนน้อยกว่ากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

วิธีการได้มาซึ่งกรรมการ ให้วิธีการสรรหาเพื่อคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติ โดยคณะกรรมการสรรหาซึ่งมีองค์ประกอบแตกต่างกันไป ส่วนใหญ่จะประกอบด้วยองค์กรที่เกี่ยวข้อง เมื่อคัดเลือกได้แล้วจึงเสนอชื่อต่อวุฒิสภาเป็นผู้เลือก หรือ ให้ความเห็นชอบเว้นแต่สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งใช้ระบบผสมระหว่างการสรรหาและการคัดเลือกตนเอง โดยไม่ผ่านความเห็นชอบของวุฒิสภา

วาระในการดำรงตำแหน่งขององค์กรอิสระมีระยะเวลาแตกต่างกันไป เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง มีวาระ 7 ปี คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน มีวาระ 6 ปี คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีวาระ 9 ปี องค์กรอิสระด้าน

¹⁵ คีตทัต โทตระกิตย์. (2554). *องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย. แตนดอกไม้หัวใจ*. กรุงเทพฯ: บริษัท ส เจริญการพิมพ์ จำกัด. หน้า 46 - 47

¹⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 12

การตรวจสอบซึ่งต้องการความเป็นอิสระสูง มีวาระในการดำรงตำแหน่งเพียงวาระเดียว เพื่อป้องกันมิให้คำนึงว่าตนจะได้รับการแต่งตั้งกลับเข้ามาอีกได้หรือไม่

การป้องกันการขัดแย้งอำนาจหน้าที่และผลประโยชน์ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการให้กรรมการองค์กรอิสระปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้ถูกแต่งตั้ง หรือผู้ถูกกำกับดูแล ซึ่งอาจเป็นต้นสังกัดเดิมหรือนายจ้างเดิมของผู้แต่งตั้ง รวมถึงปราศจากส่วนได้เสียจากการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ซึ่งเกณฑ์ในเรื่องนี้มุ่งเน้นการปฏิบัติหน้าที่

การพ้นจากตำแหน่ง เป็นหลักประกันมิให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนมีคำสั่งให้กรรมการพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระได้ตามอำเภอใจซึ่งจะทำให้เกิดผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการองค์กรอิสระ ดังนั้น รัฐธรรมนูญและกฎหมายจึงต้องกำหนดเหตุในการพ้นจากตำแหน่งอย่างชัดเจน ในกรณีของประเทศไทยกรรมการองค์กรอิสระอาจจะมีเหตุการณ์พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม บกพร่องต่อหน้าที่ หรือมีความประพฤติเสื่อมเสีย หรือถูกวุฒิสภาถอดถอนจากตำแหน่งตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

(2) ความเป็นอิสระในการดำเนินงาน

หลักประกันความอิสระในส่วนนี้มีเจตนารมณ์ในการให้องค์กรอิสระที่จัดตั้งขึ้น ไม่อยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร รวมถึงปลอดจากการถูกกดดันด้านงบประมาณและด้านบุคลากร องค์กรอิสระในประเทศไทยมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นที่จำเป็น (เช่น การออกกระเบียบหรือข้อบังคับภายในองค์กร) แยกจากหน่วยงานฝ่ายบริหารและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประธานคณะกรรมการ

ในการจัดสรรงบประมาณเพื่อนำไปใช้ในการดำเนินการขององค์กรอิสระ กฎหมายกำหนดให้องค์กรอิสระเสนองบประมาณรายจ่ายต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อนำไปจัดสรรเป็นเงินอุดหนุนทั้งในส่วนของคณะกรรมการและในส่วนของสำนักงาน โดยจะกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม¹⁷

2.1.5 ระบบการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์

¹⁷ คีساتต์ โหตระกิตย์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 47 - 48

การดำเนินการทางวินัยเป็นเครื่องมือที่ใช้ควบคุมการปฏิบัติงานของการบริหารทรัพยากรบุคคลอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติงานอยู่ในระเบียบ แบบแผน และให้การปฏิบัติงานเกิดประสิทธิภาพ และเพื่อให้บริหารทรัพยากรบุคคลเป็นความเป็นธรรม ซึ่งผู้วิจัยขอกล่าวถึงระบบการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ ดังต่อไปนี้

2.1.5.1 ความหมายของการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์

นियาม ความหมายของการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้ให้ความหมายของการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ ซึ่งผู้วิจัยขอกล่าวถึงรายละเอียด ดังต่อไปนี้

(1) การลงโทษทางวินัย

คำว่า “วินัย” ตรงกับภาษาอังกฤษว่า discipline เป็นเครื่องมือควบคุมพฤติกรรมของคนอย่างหนึ่ง ซึ่งใช้สำหรับคนในแต่ละหมู่เหล่าที่มีภารกิจในลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่ต้องยึดถือปฏิบัติ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายของคำว่า วินัย ไว้ 2 ลักษณะ คือ

(ก) ข้อปฏิบัติ เป็นการมองที่ปทัสถาน (norm) ที่กำหนดไว้

(ข) การอยู่ในแบบแผน เป็นการมองที่พฤติกรรม (behavior) ของคน¹⁸

“วินัย” มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การทำงานของคนมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล มีผลสัมฤทธิ์ตามภารกิจที่มุ่งหวัง ฉะนั้น การจะกำหนดข้อปฏิบัติหรือข้อห้ามทางวินัย จึงต้องคำนึงถึงว่าการไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติหรือฝ่าฝืนข้อห้ามนั้นจะทำให้มีผลกระทบต่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการทำงานนั้นหรือไม่ ถ้าไม่กระทบก็ไม่ควรกำหนดเป็นบทวินัยไว้ เมื่อกำหนดเป็นบทวินัยไว้ ผู้ไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนจะผิดวินัยและถูกลงโทษ โดยไม่ควรจะเป็น¹⁹

ดังนั้น วินัยข้าราชการ หมายถึง กฎ ระเบียบต่างๆ ที่วางหลักขึ้นมาเป็นกรอบควบคุมให้ข้าราชการ ปฏิบัติหน้าที่ และกำหนด แบบแผนความประพฤติของข้าราชการ เพื่อให้ข้าราชการประพฤติปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดยกำหนดให้ข้าราชการวางตัวให้เหมาะสม เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายขององค์กรข้าราชการ เพื่อส่งผลอันสูงสุดให้

¹⁸ ประวิณ ฒ นคร. (2551). *คำอธิบายพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน. หน้า 109

¹⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 110-111

ข้าราชการจัดระเบียบการดำเนินชีวิตของประชาชนให้ดีขึ้น อันเป็นกลไกสำคัญที่จะก่อให้เกิดความเจริญของประเทศชาติบ้านเมืองต่อไป²⁰

การลงโทษทางวินัย หมายถึง มาตรการอย่างหนึ่งในการรักษาวินัยอันเป็นมาตรการในทางลบ(negative) เพื่อปราบปรามผู้กระทำความผิดทางวินัย ในปัจจุบันทางราชการจะใช้การลงโทษเป็นมาตรการสุดท้ายหลังจากที่การส่งเสริมให้ข้าราชการมีวินัย และการป้องกันมิให้ข้าราชการกระทำความผิดวินัยไม่อาจใช้ได้ผลในกรณีนั้น²¹

(2) การอุทธรณ์

การอุทธรณ์ หมายถึง การที่ผู้ถูกสั่งให้ลงโทษทางวินัยหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามที่กฎหมายกำหนดร้องขอความเป็นธรรมจากองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ยกเรื่องของตนขึ้นพิจารณาใหม่เพื่อให้เป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ตน²²

(3) การร้องทุกข์

การร้องทุกข์ หมายถึง การที่ข้าราชการพลเรือนร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจหน้าที่ปฏิบัติต่อตนโดยไม่ถูกต้อง หรือไม่ปฏิบัติต่อตนให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือมีความคับข้องใจ อันเกิดจากการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาต่อตนในกรณีที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค. และให้หมายความถึงกรณีถูกสั่งให้ออกจากราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551²³

2.1.5.2 ความสำคัญและความมุ่งหมายในการอุทธรณ์และการร้องทุกข์

การอุทธรณ์และการร้องทุกข์เป็นกระบวนการสำคัญที่ใช้ในการตรวจสอบ และควบคุมการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายปกครอง ให้ใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกลงโทษทางวินัยหรือผู้ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมโดยผู้วิจักษณ์กล่าวถึงรายละเอียด ดังนี้

(1) การอุทธรณ์

²⁰ สถาบันดำรงราชานุภาพ สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย เอกสารความรู้ สดร. ลำดับที่ 14 / ปีงบประมาณ 2554 การดำเนินการทางวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญ. หน้า 11.

²¹ เมตต์ เมตต์การ์ณจิต. (2525). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับวินัยข้าราชการพลเรือน (สามัญ)*. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 57.

²² สำนักงาน ก.พ.(2554)รายงานการติดตามการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์และคำวินิจฉัย เรื่องร้องทุกข์ของ ก.พ.ค. หน้า 22.

²³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 22.

การอุทธรณ์ (appeal) เป็นวิธีการอย่างหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม (justice process) ในการบริหารทรัพยากรบุคคล ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการ มีทางร้องขอรับความยุติธรรมจากการพิจารณาโดยองค์กรเหนือขึ้นไปอีกชั้นหนึ่ง²⁴

นอกจากนี้ การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย²⁵ เป็นช่องทางหนึ่ง ที่กฎหมายได้เปิดโอกาสให้ ข้าราชการที่ถูกดำเนินการทางวินัยที่จะร้องขอให้ผู้บังคับบัญชา ระดับสูงขึ้นไปพิจารณาทบทวนคำสั่งลงโทษว่าถูกต้อง เหมาะสมเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการตรวจสอบฝ่ายในของฝ่ายบริหาร เพื่อจะทำการปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งลงโทษ ให้ถูกต้อง การอุทธรณ์เป็นกระบวนการบริหารงานบุคคลในระบบคุณธรรมที่สำคัญ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมและความมั่นคงในอาชีพราชการพลเรือนทำให้ผู้บังคับบัญชาเพิ่มความระมัดระวังในการพิจารณาดำเนินการสั่งลงโทษ

(2) การร้องทุกข์

การร้องทุกข์ (grievance) เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ ผู้ได้บังคับบัญชาได้ระบายความคับข้องใจในการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการบริหารงาน บุคคลที่ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติต่อตนว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง เพื่อที่ผู้บังคับบัญชาจะได้มีโอกาส ทบทวนการปฏิบัตินั้น และแก้ไขในสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หรือชี้แจงเหตุผลความถูกต้องที่ได้ปฏิบัติไปให้ ผู้ร้องทุกข์ทราบและเข้าใจ หรือให้ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปได้พิจารณาให้ความเป็นธรรม ซึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ได้บังคับบัญชา นอกจากนี้ยัง เป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาให้เป็นไปโดยถูกต้องและเป็นธรรม²⁶

2.2 ทฤษฎีสิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในสังคมปัจจุบันได้รับการพัฒนามาจากสิทธิและ เสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางยุโรป โดยชนชั้นกลาง²⁷ ได้รวมตัวกันต่อรองเรียกร้องกับ ผู้ปกครอง ซึ่งได้แก่ ขุนนางหรือกษัตริย์ เพื่อให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่ตน

²⁴ ประเวณี ฌ นคร. อังแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 142

²⁵ ไพโรจน์ อัจฉริยา. (2547). *คู่มืออุทธรณ์และการร้องทุกข์ทางวินัย*. กรุงเทพฯ ๑ : วิญญูชน. หน้า 13

²⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 38-39

²⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2552). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 134.

ในปี ค.ศ. 1188 Cortes von Leon และประชาชนชาวสเปนได้ร่วมประชุมกันเพื่อให้การรับรองสิทธิของประชาชน เช่น สิทธิในการฟ้อง สิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็น ในปัญหาสำคัญ²⁸ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังได้รับรองการล่งละเมิดไม่ได้ในชีวิต เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัยและกรรมสิทธิ์อีกด้วย

เหตุการณ์สำคัญเกี่ยวกับการต่อสู้ของชนชั้นกลางเกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1215 เมื่อบรรดาขุนนางไม่พอใจการเรียกเก็บภาษีของพระเจ้าจอห์นเพื่อนำไปใช้จ่ายในการทำสงคราม ซึ่งในที่สุดพระเจ้าจอห์นต้องยอมประทับตราลงในเอกสารซึ่งเรียกว่า Magna Carta²⁹ โดยมีใจความสำคัญว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้กำหนดไว้ในมาตรา 39 “อิสระชนไม่ว่าจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีหนึ่งวิธีใด เว้นแต่อาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย³⁰

ในช่วงศตวรรษที่ 16 เมื่อพัฒนาการของแนวความคิดทฤษฎีว่าด้วยรัฐสมัยใหม่ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจในสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของสมัยใหม่มากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1628 รัฐสภาอังกฤษได้ผลักดัน The Petition of Right โดยมีหลักการสำคัญว่าบุคคลไม่ควรถูกคุมขังโดยมิได้แสดงสาเหตุของการคุมขังนั้น และหมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอธิบายสาเหตุที่มีการควบคุมตัวบุคคล หรือ Writ of Habeas Corpus ควรใช้ได้กับทุกคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบสาเหตุของการคุมขัง

²⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 31.

²⁹ Magna Carta มหากฎบัตร บางครั้งก็เรียกว่า "กฎบัตรใหญ่แห่งอิสรภาพ" เป็นกฎบัตรของอังกฤษที่ตราขึ้นเมื่อ พ.ศ. 1758 (ค.ศ. 1215) โดยถือกันว่ามหากฎบัตรนี้คืออิทธิพลที่ยิ่งใหญ่ที่มีต่อประวัติศาสตร์ศาสตร์อันยาวนานของกระบวนการที่นำมาสู่กฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน เนื้อหาหลักในมหากฎบัตร กล่าวถึง สิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของเสรีชน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในชนชั้นหรือวรรณะใดก็ตาม และพระเจ้าแผ่นดินจะต้องมอบสิทธินี้ให้กับขุนนางหรือผู้ครอบครองที่ดิน และขุนนางนั้นจะต้องมอบสิทธิให้กับพลเมืองหรือไพร่ในสังกัด โดยพลเมืองทุกคนจะไม่ถูกกดขี่ พ่อค้าและชาวนาไม่จำเป็นต้องมอบสินค้ำบางส่วนหรือผลิตผลทางเกษตรให้กับขุนนางหรือพระเจ้าแผ่นดิน เพื่อเป็นค่าคุ้มครอง ดังเนื้อความในส่วนหนึ่งของมหากฎบัตรที่กล่าวว่า "จะไม่มีบุคคลที่ถูกกักขัง หน่วงเหนี่ยว โดยปราศจากอิสรภาพ หรือถูกยึด ชูกรร โขก ทรัพย์สินโดยปราศจากคำตัดสินของศาล" นอกจากนี้มีในมหากฎบัตรยังได้กล่าวถึงการเรียกเก็บภาษีของพระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งพระเจ้าแผ่นดินจะทรงเรียกเก็บภาษีตามพระราชหฤทัย โดยไม่ผ่านการเห็นชอบจากสภาบริหารราชการแผ่นดินมิได้

³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. หน้า 40.

นั้น และถ้าคำตอบที่ได้รับมิได้แสดงสาเหตุแห่งการคุมขัง ผู้ถูกคุมขังโดยกษัตริย์หรืออภิรัฐมนตรีสภา Privy Council ก็ควรได้รับการปล่อยตัว³¹ ทั้งนี้เนื่องจากหมายศาลเพื่อให้ผู้รับหมายอริบายสาเหตุที่มีการควบคุมตัวบุคคล หรือ Writ of Habeas Corpus นั้น ถือได้ว่าเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองเสรีภาพของตนมิให้ต้องถูกควบคุมตัวโดยปราศจากความผิด นอกจากนี้ The Petition of Right ยังได้วางหลักการว่า บุคคลไม่ควรถูกบังคับให้เสียภาษีใดๆ โดยปราศจากความยินยอมโดยพระราชบัญญัติของสภา การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยแก่ทหารบกและทหารเรือต้องถูกยกเลิก

ต่อมาในปี ค.ศ. 1689 รัฐสภาอังกฤษได้จัดทำเอกสารชื่อว่า Bill of Right เพื่อให้พระเจ้าวิลเลียมและพระนางแมรีทรงให้ความเห็นชอบ เอกสารดังกล่าวมีฐานะเป็นกฎหมาย และนับได้ว่าเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับศาลในระบบ Common Law ของประเทศอังกฤษที่จะนำบทบัญญัติดังกล่าวมาขยายผลในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งต่อมาภายหลังได้มีการขยายความ Bill of Right โดยกฎหมายทั้งสามฉบับได้วางกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์และรัฐสภา โดยมีสาระสำคัญ ได้แก่ อำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะระงับกฎหมายหรือการใช้บังคับกฎหมายโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย กษัตริย์จะเลิกกฎหมายหรือเลิกการใช้บังคับกฎหมายก็ไม่ชอบเช่นเดียวกัน กษัตริย์ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเรียกเก็บเงินโดยรัฐสภาไม่อนุมัติในเวลาบ้านเมืองสงบเรียบร้อย การเกณฑ์หรือดำรงไว้ซึ่งกองทหารประจำการโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมกระทำมิได้ เสรีภาพในการพูดและอภิปรายหรือการดำเนินการในรัฐสภาจะนำมาฟ้องร้องหรือสอบสวนในศาลหรือในสถานที่อื่นใดนอกกรัฐสภาไม่ได้ การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาจะต้องดำเนินการโดยเสรี³² เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังนับได้ว่าเป็นเรื่องค่อนข้างใหม่ แต่ถ้าเข้าใจเนื้อหาเบื้องต้นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จัดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง ก็จะสามารถดำเนินการคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากมุมมองของฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพทั้งหลายอย่างทั่วถึง³³

2.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

³¹ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 43.

³² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 142.

³³ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2557). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ ฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 542

ปัจจุบันคำว่า “สิทธิ (Right)” และคำว่า “เสรีภาพ (Liberty)” มักจะนำมาใช้กล่าวรวมกัน ไปว่า “สิทธิเสรีภาพ” เช่น เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงจะมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์รวมๆ กันไปว่า “สิทธิมนุษยชน (Human Right)” หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลในรัฐรวมๆ กันว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Right)” ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้มีใช้สิทธิโดยแท้ แต่เป็นสิทธิในเสรีภาพ (Right of Liberty) กล่าวคือ เป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่างๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐ ดังนั้นรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างๆ มักจะบัญญัติรับรองเสรีภาพหรือสิทธิในเสรีภาพเสียเป็นส่วนใหญ่ สิทธิโดยแท้ที่พอจะมีรับรองอยู่บ้าง ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย กรรมสิทธิ์ สิทธิทางการเมืองบางประการ เช่น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น ในสมัยต่อมา รัฐเสรีประชาธิปไตยบางรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิของราษฎรในอันที่จะเรียกร้องประโยชน์บางประการจากรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อประกันมาตรการแห่งการดำรงชีวิตขั้นต่ำให้แก่ผู้ด้อยโอกาสในสังคมให้ได้ใช้เสรีภาพด้านต่างๆ ได้อย่างเท่าเทียมกับคนที่มีความฐานะดี สิทธินี้รวมเรียกว่า “สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ (Social and Economic)” แต่ในความเป็นจริงแล้วคำว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งสองคำนี้มีความหมายที่แตกต่างกัน และมีนักวิชาการในประเทศไทย ได้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิและเสรีภาพหลายท่าน ซึ่งผู้วิจัยขอกล่าวถึง ดังนี้

1) วรพจน์ วิศรุตพิชญ์³⁴ ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

“สิทธิ (Right)” คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่าอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่าง บางประการ ให้เกิดประโยชน์แก่ตน

“เสรีภาพ (Liberty)” คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีเหนือตนเอง

2) บวรศักดิ์ อุวรรณโณ³⁵ ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับคนอื่นต้องกระทำตามสิทธิของเรา แต่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพต่าง

³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน. หน้า 16

³⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ:นิติธรรม. หน้า 348

ก็ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายสูงสุด และ “เสรีภาพ” คือ อำนาจที่จะกระทำอะไรก็ได้ โดยมีอำนาจที่เลือกประพฤตินหรือไม่ประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่ง

3) บรรเจิด สิงคะเนติ³⁶ ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง

4) วิษณุ เครืองาม³⁷ ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

กล่าวโดยสรุป “สิทธิ” หมายถึง อำนาจทางกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือยอมให้เข้ากระทำการ โดยไม่เข้าขัดขวางเพื่อประโยชน์ตน ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้น หมายถึง ความมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน

ความหมายของสิทธิที่ได้กล่าวข้างต้นเป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ถือเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายความรวมถึง การคุ้มครองต่อสถาบัน ในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ หรือ เสรีภาพทางวิชาการ เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ³⁸

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30, หน้า 48

³⁷ วิษณุ เครืองาม, (2535). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ผู้สิทธิมนุษยชน สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทย ปัจจุบัน*. กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 28

³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30, หน้า 49

ในส่วนของความหมายของ เสรีภาพ นั้น หมายถึง อำนาจในการกำหนดตัวเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง สิทธิ และ เสรีภาพ จึงอยู่ที่ว่าสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น แต่ในกรณีที่อาจทำให้สับสนคือกรณีของ “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือโดยลำพังของเสรีภาพนั้นไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งในแง่นี้มิได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด แต่หากกล่าวว่า สิทธิในเสรีภาพ นั้นหมายความว่าบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิในการใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือบุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น³⁹

2.2.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

การพิจารณาถึงการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจแบ่งแยกออกได้หลายลักษณะ แต่ในที่นี้จะพิจารณาการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพ ตามแนวทฤษฎีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Georg Jellinek เป็นผู้เสนอแนวคิดการแบ่งสิทธิเสรีภาพดังกล่าว โดยได้แบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพออกเป็น 3 ประเภท⁴⁰ ดังนี้

1) Status negativus หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใด ๆ ของรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการไปได้เองโดยรัฐไม่ต้องมาดำเนินการใด ๆ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ สิทธิและเสรีภาพในรูปแบบนี้แสดงออกมาในรูปแบบของสิทธิในการป้องกันอันเป็นการป้องกันสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐหรือการละเมิดของรัฐ จากสิทธิในการป้องกันของปัจเจกชนดังกล่าวนี้ ปัจเจกชนอาจมีการเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือละเมิดจากรัฐ หรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำดังกล่าวได้ ตัวอย่างสิทธิในกลุ่ม Status negativus ได้แก่

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30, หน้า 51-52

⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30, หน้า 52

เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพทางวิชาการ เป็นต้น

2) Status positivus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลไม่อาจบรรลุความมุ่งหมายได้ หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ สิทธิและเสรีภาพพวกนี้แสดงออกมาในรูปของประเภทสิทธิประเภท สิทธิเรียกร้อง สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี ตามทัศนะของ Jellinek เห็นว่าสิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้คือ สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน สิทธิในการรับบริการด้านสาธารณสุข สิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐของเด็กและเยาวชน สิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลือจากรัฐของผู้พิการ สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลที่มีอายุเกินหกสิบปี สิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาล

3) Status activus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่เป็นปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิของพลเมือง” อันได้แก่สิทธิของผู้เลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่น ๆ สิทธิประเภทนี้มักจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาติเท่านั้น

การจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งอาศัยหลักของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ซึ่งสามารถทำให้เข้าใจพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทว่ามีจุดมุ่งหมายอย่างไร และการทำให้บรรลุความมุ่งหมายของสิทธิเสรีภาพแต่ละประเภทรัฐจะต้องดำเนินการอย่างไร

2.2.3 การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น องค์กรของรัฐจึงต้องเคารพเช่นเดียวกัน ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐนั้นมี 3 ระดับด้วยกัน⁴¹ คือ

2.2.3.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของรัฐ

⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 194-195

องค์กรของรัฐไม่สามารถละเมิดสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เลย เสรีภาพดังกล่าว เป็นเสรีภาพเด็ดขาด เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อและศาสนา ดังนั้น ถ้ามีกฎหมาย ที่ตราออกมาแล้วกระทบต่อเสรีภาพแบบเด็ดขาดดังกล่าวก็ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญยอม ให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่าที่ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะ แผ่ไปถึงการที่จะพิจารณาว่าขอบเขตของการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะกินเนื้อที่เพียงใดนั้น พิจารณาได้จากบทบัญญัติของแต่ละสิทธินั่นเอง⁴²

2.2.3.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร

ฝ่ายบริหารมีอำนาจตามความเป็นจริง เช่น มีกำลังทหารและกำลังตำรวจอยู่ในอำนาจ ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องนั้นกระทำโดยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุที่ว่า การจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้นต้องเป็นกฎหมายที่ตราออกมาจากประชาชนหรือจากตัวแทนของประชาชนในรัฐสภา ไม่ใช่การตราออกมาจากองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ตัวแทนประชาชน เช่น การกำหนดโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา ถือว่าเป็นการลดรอนสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของประชาชน แต่ก็สามารถทำได้เพราะกฎหมายที่ตราออกมาจากรัฐสภา หรือการเวนคืนที่ดินของประชาชนก็ถือว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในกรรมสิทธิ์ของประชาชน แต่ก็ทำได้เพราะมีกฎหมายเวนคืนที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

2.2.3.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิด

ประชาชนสามารถฟ้องร้องต่อศาลได้ เช่น ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพ ขัดรัฐธรรมนูญ ต้องมีองค์กรชี้ขาดให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ถ้าฝ่ายบริหารละเมิดเสรีภาพก็ต้องให้มีองค์กรชี้ขาดให้หยุดการกระทำและใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากนี้รัฐยังต้องมีภาระที่จะต้องดูแลกรณีเอกชนคนหนึ่งละเมิดสิทธิเสรีภาพเอกชนอีกคนหนึ่ง โดยกำหนดให้ศาลทำหน้าที่เยียวยาความเสียหายแก่ประชาชนและลงโทษผู้ที่กระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.2.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

หลักการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ มิได้ มีทฤษฎีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อยู่ 2 ทฤษฎี⁴³

⁴² บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33, หน้า 542

⁴³ บรรเจิด สิงคะเนติ (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 192

(1) ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์

การละเมิดสาระสำคัญแห่งสิทธิไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดไม่อาจที่จะทำได้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการคุ้มครองขั้นต่ำต่อแก่นของสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหัวใจของสิทธินั้นๆ ตามแนวคิดนี้ได้แยกดินแดนของสิทธิออกเป็น 2 ส่วน คือ ขอบเขตส่วนแรกนั้นเป็นส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ แต่ขอบเขตอีกส่วนหนึ่งนั้น เป็นขอบเขตที่รัฐไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปได้ อันถือว่าเป็นขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การตามทฤษฎีนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากการแทรกแซงเป็นกรณีๆ ไป หรือมิได้ขึ้นอยู่กับการใช้เหตุผลของการแทรกแซงเป็นกรณีๆ ไป สรุป ทฤษฎีนี้จะเห็นได้ว่า ไม่มีวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอื่นใดที่จะมีคุณค่าสูงกว่าสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น การคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพจึงต้องคุ้มครองอย่างสมบูรณ์

(2) ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์

การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ เห็นว่าไม่ควรมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มิใช่เหตุผลที่เหนือกว่าที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งภายใต้พฤติกรรมดังกล่าวนี้ จึงควรจะมีการอนุญาตให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้

ตามทฤษฎีคุ้มครองอย่างสัมพัทธ์เห็นว่า มิได้มีการกล่าวอ้างว่าไม่ให้กระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ในทางตรงกันข้ามบทบัญญัติมาตรา 19 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นบทบัญญัติที่เพียงแต่เปิดโอกาสให้พิจารณาว่าอะไรที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งตามความเห็นของแนวคิดนี้เห็นว่าเป็นกรณีที่ให้นำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาโดยแนวคิดนี้ได้ตีความมาตรา 19 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมันว่า ไม่ว่ากรณีใด ๆ ไม่อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยไม่สอดคล้องกับความได้สัดส่วนหรือปราศจากการไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักถึงประโยชน์ได้เสียต่อวัตถุประสงค์ในทางกฎหมาย ที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอื่น ๆ มิได้

2.2.4.1 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น⁴⁴

มาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัย

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 194-196

อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า หลักมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญอย่างยิ่ง ในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

หลักความได้สัดส่วน ตามหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แต่ได้รับการยอมรับเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง มิใช่เฉพาะแต่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังรวมถึงเครือรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐสาธารณรัฐฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอื่น ๆ นอกจากนี้ยังได้รับยอมรับจากสหภาพยุโรป

โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐ ทั้งหลายอันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ และโดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะได้ทำความเข้าใจต่อสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน เพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทั้งหลาย โดยในที่นี้ จะได้ศึกษาความได้สัดส่วนตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักที่ถือว่ามีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งได้นำหลักดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่นำมาใช้ทั่วไป โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระทำของรัฐทุกประเภท ในปัจจุบันนักนิติศาสตร์ของเยอรมันต่างมีความเห็นสอดคล้องกันว่าหลักความได้สัดส่วนหรือหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุเป็นหลักที่มาจากรัฐธรรมนูญโดยตรงในปี 1968 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ⁴⁵ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญ อันเป็น

⁴⁵ หลักนิติรัฐ เป็นหลักที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 20 รัฐธรรมนูญเยอรมัน .อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 195

หลักการที่มีความมุ่งหมายประการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐและเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุด จึงกระทำได้เท่าที่จำเป็น ตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะต้องประกอบด้วย หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ⁴⁶ ดังนี้

(1) หลักแห่งความเหมาะสม เป็นหลักการที่บังคับว่า ในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เช่น ป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ มาตรการนั้นต้องอยู่ในวิสัยที่จะขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริง ๆ หรือในกรณีหากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในด้านใดด้านหนึ่ง เช่น รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการนั้นก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดการจลาจล สงครามการเมือง หรือความเสื่อมโทรมทางจิตใจของประชาชน ได้จริง ๆ เป็นต้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความเหมาะสมและไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดไม่เป็นไปตามหลักแห่งความเหมาะสม กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁴⁷

(2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด ความคิดเป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำเป็นต้องเลือก บุคคลต้องเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและ

⁴⁶ นรินทร์ จุ่มศรี. (2555). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 12.

⁴⁷ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 149

เสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม⁴⁸

(3) หลักแห่งความได้สัดส่วนอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหาย อันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ ดังนั้นจึงบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องทำการชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวม ฝ่ายบริหารต้องห้ามไม่ให้ใช้ออกมาบังคับ ถึงแม้มาตรการนั้นจะเหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตามเมื่อบังคับตามหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันเคร่งครัดแล้ว ในกรณีที่มีมาตรการต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับได้ทุกมาตรการ ก่อความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมโดยส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนพึงได้รับ ฝ่ายบริหารต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำการอย่างใด ๆ เลยทีเดียว⁴⁹

2.2.4.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ และเสรีภาพนั้น ได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง)⁵⁰

มาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพมิได้ ซึ่งหลักนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น จะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักประกันว่าถึงอย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพก็ไม่อาจจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ อันเป็นการจำกัดขอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 151

⁴⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 60

⁵⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 192

2.2.4.3 การระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลเป็นการใช้บังคับทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” หลักตามมาตรา 29 วรรคสอง ดังกล่าว เป็นหลักที่รัฐธรรมนูญไทยได้รับอิทธิพลจากรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 19 ดังนั้น ข้อความคิดของหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ดังนี้⁵¹

(1) หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ มีความมุ่งหมายเพื่อทำหน้าที่เตือนและทำหน้าที่ในการให้เหตุผล โดยทั่วไปหลักการนี้มีความสำคัญในการทำหน้าที่เตือนฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้เข้าไปแทรกแซงในขอบเขตสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ตั้งใจ และโดยปราศจากการไตร่ตรองซึ่งนำหน้าระหว่างผลดีและผลเสียของการแทรกแซงดังกล่าวกับผลที่จะได้รับการแทรกแซงดังกล่าว หลักการนี้จึงเป็นการหลักการเพื่อให้เกิดการไตร่ตรองของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะต้องไตร่ตรองอย่างรอบคอบและจะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดถึงผลดังกล่าวด้วย เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญ หน้าที่ในการอ้างมาตราที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในกฎหมายนั้น ถือกันว่าเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าตนได้ทราบถึงการไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้

(2) นอกเหนือจากการเตือนให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตระหนักอยู่เสมอว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมายนั้นเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ มิได้เกิดจากความผิดพลาดพลั้งผลในการร่างกฎหมายของตนแล้ว การระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเกิดความชัดเจนขึ้น และยังทำให้ประชาชนอาจตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าวอาศัยอำนาจตามความในมาตราใดของรัฐธรรมนูญ และการจำกัดเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่เพียงใด ดังนั้น การร่างกฎหมายของฝ่ายนิติ

⁵¹ บรรณเจติ สิงคะเนติ (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 267 - 268

บัญญัติจะต้องพิจารณาว่าผลของกฎหมายดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือไม่ สิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิหรือไม่ และหากรัฐธรรมนูญให้อำนาจผลกระทบดังกล่าวอยู่ในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่

2.2.4.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง (มาตรา 29 วรรคสอง)⁵²

ข้อห้ามที่มีให้บัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงนั้น ตามมาตรา 29 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มีสาระเช่นเดียวกับมาตรา 19 วรรคหนึ่ง⁵³ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเรื่องดังกล่าวมีสาระสำคัญอย่างไร และมีข้อพิจารณาดังกล่าวอย่างไร จากการศึกษาพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ และความมุ่งหมายของหลักดังกล่าวของเยอรมันนั้นมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายมุ่งหมายอีกประการหนึ่งเพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตของฝ่ายปกครอง เพราะการกระทำในรูปของกฎหมายกับกรณีที่เป็นการเฉพาะเจาะจงกับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายปกครอง

(1) การห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้แก่กรณีใดกรณีหนึ่ง

เหตุผลที่กล่าวไว้แล้วตอนต้นว่าความประสงค์ในการห้ามไม่ให้ออกกฎหมายเพื่อให้กรณีใดกรณีหนึ่งนั้น เพื่อต้องการหลีกเลี่ยงการออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบของกฎหมาย การออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบของกฎหมายนั้น นอกเหนือจากมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความเสมอภาคแล้ว ยังเป็นปัญหาการแบ่งแยกอำนาจด้วย

(2) กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป

มีสาระสำคัญ ในเรื่องนี้ H. Hofmann ได้ให้ความหมายของ ดังนี้⁵⁴

(2.1) ลักษณะในแง่ของเวลา

⁵² บรรเจิด สิงคะเนติ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30, หน้า 173

⁵³ มาตรา 19 (1) “ ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายกฎหมายในเรื่องนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย”

⁵⁴ Klaus Stern, Staaatsrecht Band III/2, S 735 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ(2543)หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 175

การมีผลใช้บังคับของกฎหมายในแง่เวลานั้น เราไม่อาจกล่าวว่ากฎหมายมีผลบังคับใช้ตลอดไป ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายย่อมมีผลมีผลบังคับใช้ตราบเท่าที่กฎหมายที่ออกมาภายหลัง มิได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว

(2.2) ลักษณะในแง่ของบุคคลและเนื้อหาของกฎหมาย

การบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปในแง่ของบุคคลและแง่ของเนื้อหา นั้น หมายถึง ความทั่วไปในความหมายจำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้น ไม่อาจจะกำหนดได้ เช่นเดียวกับความเป็นนามธรรมในความหมายของจำนวนข้อเท็จจริงก็ไม่อาจกำหนดได้เช่นกัน ดังนั้น ลักษณะทั่วไป จึงมีความหมายตรงกันข้ามกับลักษณะเฉพาะราย และความเป็นรูปธรรม ดังนั้น กฎหมายจึงมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป ไม่ใช่ลักษณะรูปธรรมเฉพาะราย แต่อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายโดยอาศัยหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เกิดการผสมผสานลักษณะดังกล่าวเข้าด้วยกัน

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ

แนวความคิดเรื่องนิติรัฐจึงถือกำเนิดขึ้นมาจากระบบเสรีนิยมในทางการเมืองที่มีความมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่บุคคลในการที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยรัฐ นิติรัฐได้มีการศึกษาทางวิชาการในปลายศตวรรษที่ 19 และตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 19 ก็ได้มีการใช้คำนี้อย่างแพร่หลาย นิติรัฐในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลในศตวรรษที่ 19 นี้ นิติรัฐมิได้หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐ แต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการกระทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม⁵⁵

2.3.1 แนวคิดพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

ข้อพิจารณาที่สำคัญเกี่ยวกับนิติรัฐประการที่หนึ่ง คือ หลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่กำหนดหน้าที่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้นเป็นจริงให้ได้ด้วย ทั้งนี้โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันกับหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน ต้องผูกพันกับกฎหมายและความยุติธรรม มีข้อสังเกตว่าหลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น เพราะในทางรูปแบบ กฎหมายไม่อาจเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ยุติธรรมได้ หลักนิติรัฐเรียกร้องต่อไปด้วยว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายโดยกำหนดเนื้อหาของกฎหมายอย่างไรก็ได้ จึงอาจมี

⁵⁵ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ ฯ : นิติธรรม. หน้า 92

กรณีที่มีการฟ้องร้องว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นคุณค่าพื้นฐานและหลักแห่งความยุติธรรมในรัฐได้หากเป็นเช่นนั้นจริง ก็จะมีองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นเป็นการใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตามหลักนิติรัฐไม่ได้ประกันความยุติธรรมเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะด้วย ดังนั้นจึงเป็นไปได้เช่นกันที่เรื่อง ๆ หนึ่ง แม้ไม่ยุติธรรม แต่หากเรื่องนั้นจบสิ้นไปนานแล้ว ระบบกฎหมายก็จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ โดยไม่อนุญาตให้ผู้เกี่ยวข้องนำเรื่องนั้นกลับมาเรียกร้องให้รัฐพิจารณาอีก เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ถ้าไม่มีการพิจารณาใหม่ จะเสียความยุติธรรมอย่างรุนแรง กฎหมายจะกำหนดวิธีการในการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ไว้⁶

อย่างไรก็ดี รัฐต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นแก่ราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ำกลายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกลายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและขอบเขตใดบ้าง⁷

ราวปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งยังเป็นช่วงที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอยู่ภายใต้การปกครองของจักรพรรดิ พัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐเกิดการหักเหขึ้น เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากในเวลานั้น คำสอนในทางปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เจริญออกงามเฟื่องฟูขึ้น แนวคิดหลักของสำนักคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ต้องการสร้างความชัดเจน ความมั่นคง และความแน่นอนให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย สำนักคิดนี้ปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลื่อนลอย จับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายไม่มีความแน่นอน สำหรับสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมายต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้นหลักใหญ่ใจความของนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน จากการล่วงละเมิดของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แม้ว่ารัฐชนิดนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่โดยที่ไม่มีการพูดถึงองค์ประกอบในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม ตำรากฎหมาย

⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ ฯ : โครงการตำราและเอกสารการประกอบสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 159-160

⁷ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน. หน้า 137

จำนวนหนึ่งจึงเรียกรัฐชนิดนี้ว่า Gesetzesstaat (คำว่า Gesetz ในภาษาเยอรมันแปลว่า กฎหมาย เหมือนกับคำว่า Recht แต่ Gesetz มุ่งหมายถึงกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นสำคัญ) รัฐที่สนใจ แต่เพียงกฎหมายในทางรูปแบบเช่นนี้เองที่ทำให้ในที่สุดเกิดรัฐตำรวจขึ้น ในรัฐชนิดนี้ฝ่ายปกครอง ก็ผูกพันตนต่อกฎหมาย แต่ไม่ต้องสนใจว่ากฎหมายนั้นถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ โดยปรากฏการณ์ เช่นนี้ คำว่า “รัฐตำรวจ” จึงได้กลายเป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า “นิติรัฐ” ผลพวงจากการเกิดขึ้นของ รัฐตำรวจ ทำให้ในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยม จนในที่สุดมโนทัศน์ว่าด้วยนิติรัฐก็ ได้รับการพัฒนาให้ครอบคลุมองค์ประกอบในทางเนื้อหาด้วย คือเป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยม กำเนิดถึง ความยุติธรรม และทำให้ในปัจจุบันนี้เมื่อก้าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งสองด้าน คือ ทั้งในทางรูปแบบ และในทางเนื้อหา การกล่าวว่านิติรัฐเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย อาจจะ นำไปสู่ความเข้าใจผิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทยที่วงการกฎหมายไทยตลอดจนองค์กร ตุลาการยอมรับบรรดาคำสั่งของคณะรัฐประหารทั้งปวงว่าเป็นกฎหมาย โดยที่ไม่ได้ตั้งคำถาม ในทางเนื้อหาเลยว่าสิ่งที่เกิดจากการประกาศของคณะรัฐประหารนั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับความ ถูกต้องเป็นธรรมและสมควรจะได้อธิบายว่าเป็น “กฎหมาย” ที่ผูกพันองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม หรือไม⁵⁸

การที่ในรัฐที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐ มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐกับพลเมือง ทำให้เป็นการเปลี่ยนความสัมพันธ์ดังกล่าวจากที่เคยเป็นความสัมพันธ์แบบ เจ้าแผ่นดินกับข้าแผ่นดินมาเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายที่มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่าง กันอย่างชัดเจน พลเมืองภายใต้รัฐดังกล่าวจะมีสถานภาพเป็นบุคคลและได้รับการรับรองให้เป็น ผู้ใช้สิทธิตามกฎหมายได้ มิใช่มีฐานะเป็นเพียงผู้ถูกกระทำดังในอดีตที่ผ่านมา⁵⁹

แนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยกฎหมาย การทำให้รัฐต้อง ผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมายโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึง ไม่มีความหมายแก่เพียงการบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่ยังเรียกร้อง ให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมด้วย วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ

⁵⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>. [2553, 2 เมษายน]

⁵⁹ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2557). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ ฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 542

บุคคลที่มีประสิทธิภาพและการยอมรับให้มืองค์กรตุลาการขึ้นมาโดยเฉพาะ (ศาลรัฐธรรมนูญ) ให้องค์กรดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลังสงครามโลกครั้งที่สองที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” ได้เดินตามแนวทางนี้และได้บัญญัติให้หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ⁶⁰

2.3.2 ความหมายของหลักนิติรัฐ

นิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย คำกล่าวที่ว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ จะเป็นการให้ความหมายของนิติรัฐในเบื้องต้นที่ตรงที่สุด⁶¹ นิติรัฐ เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประการแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประการที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรฐานซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดของนิติรัฐประการหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกจากที่ระบบกฎหมายใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้นกระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อรัฐเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้น ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อประชาชนได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้นจะมีอำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย⁶²

สำหรับหลักนิติรัฐนั้น มีนักวิชาการในประเทศไทยได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐไว้ด้วยกันหลายท่าน ซึ่งผู้วิจัยขอยกตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

หยุด แสงอุทัย⁶³ ให้ความหมายของนิติรัฐว่า “ความคิดเรื่องนิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ฝึกฝนในสิทธิ ปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิบทบาทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือ ยอมตนอยู่

⁶⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 58.

⁶¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 160-161.

⁶² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน. หน้า 108

⁶³ หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน. หน้า 123-124

ได้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบิตที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กร (Organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร”

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ⁶⁴ ให้ความหมายของนิติรัฐว่า รัฐที่กำหนดเป็นเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพ และประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ในรัฐดังกล่าว การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น”

กล่าวโดยสรุป คำว่า “นิติรัฐ” คือ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย และยอมให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่มีอยู่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.3.3 สารสำคัญของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐมีความหมายหลากหลายตามความเห็นของแต่ละคน แต่ได้ก่อรูปก่อร่างชัดเจนขึ้นว่าเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ดำเนินการคุ้มครองทั้งประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชน อาจจำแนกสาระสำคัญของหลักนิติรัฐออกได้ดังนี้⁶⁵

1) การปฏิบัติตามกฎหมายทุกองค์กรของรัฐ (Supremacy of law) ไม่ว่าจะเป็้องค์กรที่ใช้อำนาจทางบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ (Machinery of government) โดยแต่องค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่าง และจะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

แนวคำสอนเกี่ยวกับการแยกอำนาจที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิมนั้น หากพิจารณาให้ดีก็จะเห็นได้ว่าเป็นการนำเอาหลักการทางการเมืองที่เรียกร้องให้มีการจำกัดอำนาจมาแปลงให้เป็น

⁶⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: เยอรมัน*. กรุงเทพฯ ๑ : เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 157

⁶⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ ๑ : จีระการพิมพ์. หน้า 25-29

แผนผังสำหรับการแจกจ่ายอำนาจหน้าที่ ในแง่นี้อำนาจรัฐจึงไม่แตกต่างจากอำนาจทางการเมืองที่มีการจัดโครงสร้างตามกฎหมาย⁶⁶ เมื่อกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ฟิงเข้าใจว่าหลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้มุ่งหมายที่จะนำเอาอำนาจรัฐมาแบ่งเป็นส่วน ๆ เนื่องจากตามหลักในทางทฤษฎีอำนาจรัฐย่อมมีความเป็นเอกภาพ เป็นเนื้อเดียวกัน ไม่สามารถตัดแบ่งออกเป็นส่วน ๆ ได้ ที่พูดถึงการแบ่งแยกอำนาจนั้น ที่แท้จริงแล้วหมายถึง การแบ่งแยกการใช้อำนาจของรัฐโดยกระจายอำนาจของรัฐไปให้องค์กรของรัฐหลาย ๆ องค์กรใช้อำนาจรัฐดังกล่าว การแบ่งแยกอำนาจรัฐตามหลักการนี้เกิดขึ้นโดยวัตถุประสงค์หลายประการไม่ว่าจะพิจารณาในแง่มุมมองของการควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจ การให้อำนาจของรัฐเป็นอำนาจที่มีเหตุผล และการสร้างความชอบธรรมให้แก่อำนาจรัฐ⁶⁷

มองเตสกีเออ (Montesquieu) ซึ่งให้เห็นในหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เล่ม 11 บทที่ 6 ซึ่งเป็นข้อความที่มีการอ้างอิงกันอย่างกว้างขวาง เมื่อมีการกล่าวถึงแนวความคิดของมองเตสกีเออ⁶⁸ ซึ่งมีใจความว่า ในแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจ 3 แบบด้วยกัน กล่าวคือ อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ หากมีการรวมอำนาจนิตินบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในบุคคลเดียวกัน หรือองค์กรใช้อำนาจรัฐระดับสูงเพียงองค์กรเดียวแล้ว เสรีภาพย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากย่อมเป็นการเกรงกันว่า กษัตริย์เพียงพระองค์เดียวนั้น หรือสภาซึ่งเนื้เพียงสภาเดียวนั้น จะออกกฎหมายพระราช เพื่อใช้บังคับมั่นแบบพระราช

นอกจากนี้ เสรีภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน หากมิได้มีการแยกอำนาจตุลาการ ออกจากอำนาจนิตินบัญญัติและอำนาจบริหาร หากตุลาการรวมเป็นฝ่ายนิตินบัญญัติก็จะทำให้อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของพลเมืองเป็นไปตามอำเภอใจ เพราะเหตุที่ตุลาการเป็นคนตรากฎหมายเสียเอง หากตุลาการเป็นพวกเดียวกับฝ่ายบริหาร ก็จะทำให้ตุลาการมีอำนาจแบบผู้กดขี่ทุกอย่างย่อมสูญหายไป หากมนุษย์คนเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันของผู้ถืออำนาจของขุนนางหรือแม้กระทั่งของประชาชน สามารถใช้อำนาจทั้งสามประการนี้ได้ กล่าวคือ มีอำนาจที่จะตรากฎหมาย ดำเนินการให้เป็นไปตามมติสภาระณะ และตัดสินคดีอาชญากรรม หรือความขัดแย้งระหว่างปัจเจกชน⁶⁹

3) การมีกฎหมายที่ดี (Good law)

⁶⁶ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อังแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 455

⁶⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 167

⁶⁸ Spirit of Law, Geneva 1748, Book XI, Chapter 4. อังใน บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2557). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ ฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 542

⁶⁹ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อังแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 454-455

กฎหมายที่ดีอันจะเกี่ยวข้องทั้งในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย

(1) ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายโดยทั่วไปเห็นตรงกันว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน (Clarity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตามให้ถูกต้องได้ตาม กฎหมายได้หรือสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้อง นอกจากนี้ กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง (Certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมจะก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามสมควร ความแน่นอนมั่นคงของกฎหมายนี้จะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วยหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Security of right) เช่น สิทธิที่เกิดจากคำสั่งของฝ่ายปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะออกโดยขัดกฎหมาย (เว้นแต่กรณีโมฆียะ) แต่อาจไปฟ้องเพิกถอนในภายหลังได้ ซึ่งจะมีผลสืบทอดไปอีกช่วงว่าหากมีคำสั่งทางปกครองใดให้ประโยชน์แก่บุคคล และบุคคลเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของสิทธิในประโยชน์นั้น กฎหมายก็ต้องเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย(Legitimate expectation) ดังกล่าวตามสมควร⁷⁰

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจนถึงขนาดสามารถจัดดุลพินิจให้หมดสิ้นไปจากการบริหารรัฐกิจนั้น เท่ากับว่า “เป็นการสร้างวิมานในอากาศ” ทั้งนี้เพราะรัฐเสรีประชาธิปไตยมิได้มุ่งหมายเพียงเพื่อประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎรเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งหมายที่จะอำนวยความยุติธรรมให้แก่ราษฎรทุกคนในทุกกรณีอีกด้วยมาตรการของฝ่ายปกครองที่ยุติธรรมได้แก่ มาตรการที่สามารถตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนหรือนัยหนึ่ง “ประโยชน์มหาชน” ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด อนึ่งความต้องการส่วนรวมของประชาชนนั้นมีได้คงที่ หากแต่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพการณ์ทางสังคมในแต่ละกาลและเทศะ เหลือวิสัยที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายทั้งสองประการได้อย่างสมบูรณ์ ความแตกต่างในพื้นที่จิตใจของมนุษย์แต่ละคนก็ดี ความหลากหลายของพฤติกรรมของมนุษย์และสรรพสิ่งที่ดีย่อมเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งแก่การบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นการทั่วไปและแน่นอนชัดเจนว่าในกรณีใด อะไรคือความยุติธรรม การตรากฎหมายให้มีลักษณะทั่วไปและแน่นอนชัดเจนจำต้องจัดบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ไว้เป็นประเภทและปฏิบัติต่อบุคคล สิ่งของและเหตุการณ์ประเภทเดียวกันตามหลักการ

⁷⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ ฯ : จีระการพิมพ์. หน้า 25-

เดียวกัน บุคคล สิ่งของและเหตุการณ์ แม้จะมีลักษณะร่วมกันอยู่พอที่จะจัดเป็นประเภทเดียวกันได้ แต่ก็ทำได้เหมือนกันหมดในทุกแง่ทุกมุมไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องคำนึงถึงแต่ลักษณะร่วม และละเลยไม่คำนึงถึงลักษณะที่บุคคล สิ่งของและเหตุการณ์มีแตกต่างกันออกไป ดังนั้นเมื่อนำกฎหมายซึ่งกำหนดบังคับหรือห้ามบุคคลประเภทใด ประเภทหนึ่งกระทำการหรือละเว้น ไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้น ไปใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งแล้ว อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างยิ่งแก่บุคคลนั้น ในกรณีเฉพาะนั้น ก็เป็นไปได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิด “ความยุติธรรมเฉพาะกรณี” ขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายได้บ้าง กล่าวกันว่า แม้ดุลพินิจจะเป็นสิ่งชั่วร้ายแต่ก็เป็น “สิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” ทั้งนี้ เพราะการให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารเป็นวิธีการแต่เพียงอย่างเดียวที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายดำเนินไปได้อย่างยุติธรรม ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลของประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะพิพากษาว่ากฎหมายที่ใช้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมายนั้นให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ทำนองเดียวกันการออกเช็คให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไป โดยมีได้ระบุจำนวนเงินไว้ปล่อยให้ผู้ทรงเช็คนั้นระบุจำนวนเงินเอาตามใจชอบเท่านั้น⁷¹

(2) ในแง่สาระของกฎหมาย ย่อมเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายมีขึ้นเพื่อความคิดของสังคม และความดีนั้น ย่อมทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์ และการปฏิบัติที่เป็นธรรม ความเป็นธรรมในสาระนี้จึงสะท้อนถึงการคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอมิให้ต้องเสียเปรียบ หรือมิให้โอกาส โดยความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ และสังคมนั้น จึงย่อมเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

4) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Administrative legality)

การกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชน เป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องมีกฎหมายเป็นรากฐาน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากจะมีกฎหมายเป็นรากฐานของการกระทำหรือใช้อำนาจแล้ว ยังมีหลักต่อไปว่า การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้อง

⁷¹ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 55-56

ชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากผิดไปจากที่กำหนดไว้ เราถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย นี่คือหลักกฎหมายที่เรียกว่าความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ⁷²

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

ความหมายและขอบเขตของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

ในรัฐที่เป็นนิติรัฐนั้นฝ่ายปกครองหรือทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและดำเนินการต่างๆภายในขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของอำนาจนั้นจากกฎหมาย ต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งหลายกรณีต้องใช้รูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่เดิมมุ่งหมายแต่เพียงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ คือ ดูแต่เพียงว่าฝ่ายปกครองสามารถอ้างอิงตัวบทกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดในการใช้อำนาจได้หรือไม่เท่านั้น วิวัฒนาการในระยะต่อมาโดยเฉพาะช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองจึงมีแนวคิดว่ากฎหมายที่อ้างอิงเพื่อการใช้อำนาจนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาที่ดีด้วย⁷³ กล่าวคือต้องเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของราษฎรที่สำคัญคือบรรดาสิทธิเสรีภาพทั้งหลายที่บรรจุอยู่ในปฏิญญาต่างๆเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่นปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และของพลเมือง 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789) ด้วย⁷⁴

ความหมายของหลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” มี 2 นัยด้วยกัน คือ

นัยแรก หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆก็ได้ทั้งสิ้น เว้นแต่การอันกฎหมายห้ามมิให้กระทำ

นัยที่สอง หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือ

⁷² มานิตย์ จุมปา. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 3) กรุงเทพฯ ฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 64-65.

⁷³ Ernst Forsthoff, *Traité de droit administrative allemand*, traduit de l'allemand par Michel Fromont, Bruxelles, Bruyant, 1969 page 54. จาก ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1, วิษณุ วัลญญู และคณะ, (2551). ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน.

⁷⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, réimpression CNRS 1962, vol.I, p.488, แหล่งเดิม.

ประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

จะเห็นได้ว่า ความหมายของหลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ดังกล่าวข้างต้น ตามนัยที่หนึ่งและตามนัยที่สองมีความแตกต่างกันมาก ตามนัยที่หนึ่ง ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการต่างๆที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดอย่างกว้างขวาง ครอบคลุมใดที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ฝ่ายปกครองย่อมกระทำการนั้นได้เสมอ อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการต่างๆจึงเป็นอำนาจทั่วไป หรือเป็นด้านหลัก ความไม่มีอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น แต่ตามนัยที่สอง อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการต่างๆที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนมีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ มีอยู่เพียงเท่าที่กฎหมายบัญญัติให้ไว้เท่านั้น การใดที่กฎหมายมิได้บัญญัติอนุญาตให้กระทำฝ่ายปกครองจะกระทำการนั้นไม่ได้เลย⁷⁵

ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก⁷⁶ คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย

(2.1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย

หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้นหากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2.2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย

⁷⁵ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 14.

⁷⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 51. หน้า 25.

หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมาย เรียกร้องการปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการที่เป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว⁷⁷

แต่ประเด็นที่ยังเป็นปัญหาก็คือหากเป็นการกระทำที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลกรณีนี้จำเป็นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำการดังกล่าวหรือไม่เพียงใด ซึ่งในกรณีนี้มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจทำการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนได้เสมอ แต่ฝ่ายที่สองเห็นว่าถึงแม้ฝ่ายปกครองจะทำการอันเป็นการให้ประโยชน์แก่ประชาชน แต่การให้ประโยชน์ดังกล่าวอาจไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น เช่น การที่ฝ่ายปกครองให้เงินสนับสนุนในการดำเนินธุรกิจแก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งอาจไปกระทบต่อเสรีภาพในการแข่งขันของบุคคลได้ ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน

5) ความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) ประเทศรัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่การดำเนินงานของรัฐ และในกรณีที่จำเป็นอาจถูกเกณฑ์แรงงานหรือทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติมตามความจำเป็นของรัฐ แต่ก็ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานความเท่าเทียมกันความสามารถที่จะเสียสละส่วนนี้ได้ มิใช่ผู้ใดจะต้องเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น (Worsing off) ดังนั้น ในกรณีที่รัฐ (โดยเจ้าหน้าที่) ก่อให้เอกชนคนใดเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ หรือในการรักษาประโยชน์มหาชนอันใดที่จะต้องให้เอกชนคนใดเสียหาย รัฐต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้นให้ตามที่เป็นรูปธรรมในภาวะที่อยู่ร่วมกันเป็นประเทศรัฐ

6) การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล การควบคุมอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร นอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิถีทางการเมืองแล้ว เมื่อต้องยอมรับว่าการใช้อำนาจทุกประเภทจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กรอิสระเพื่อให้มั่นใจว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายจริง การฟ้องคดีต่อศาลในกรณีที่เห็นว่าการใช้อำนาจผิดกฎหมาย จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสังคมที่ยึดหลักนิติรัฐ

⁷⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51, หน้า 29.

หากรัฐสภาตรากฎหมายที่ผิดหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญก็อาจนำไปสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดกฎหมายก็อาจนำไปสู่การพิจารณาของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้ แต่ศาลใดจะมีอำนาจพิจารณาคดีใดจะต้องจัดตั้งตามความเหมาะสมตามความชำนาญเฉพาะด้าน และในขณะเดียวกันการพิจารณาคดีของศาลก็ต้องเป็นไปตามข้อจำกัดของสภาพองค์กรศาลที่จะพิจารณาได้ กล่าวคือ ต้องเป็นประเด็นข้อพิพาท มิใช่เรื่องสมมุติที่มีได้มีการพิพาทจริงที่ต้องหาข้อยุติให้ และในการตีความสร้างหลักกฎหมายเสริมช่องว่างในกฎหมายศาลต้องใช้หลักเกณฑ์ในหลักกฎหมายทั่วไป อย่างมีเหตุมีผล มิใช่จะวางหลักอะไรตามใจชอบ และต้องไม่ไปก้าวล่วงพิจารณาทบทวนเรื่องนโยบายหรือดุลพินิจเฉพาะในความรับผิดชอบขององค์กรอื่น โดยศาลจะต้องตรวจสอบภายในขอบเขตความถูกต้องทางกฎหมายเท่านั้น ความเหมาะสมของการดำเนินการนั้น เป็นความรับผิดชอบขององค์กรผู้ใช้อำนาจนั้น โดยตรงที่จะรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชา ผู้รับผิดชอบในการทางการเมือง และประชาชนจึงอยู่นอกขอบเขตการตรวจสอบของศาล⁷⁸ ซึ่งในการทำหน้าที่ของตุลาการก็มีหลักความเป็นอิสระของตุลาการ โดยแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ⁷⁹ กล่าวคือ

(1) ความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ เป็นการคุ้มครองการพิจารณาหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งหลาย หลักความอิสระในการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษามีได้คุ้มครองผู้พิพากษาเฉพาะการแทรกแซงผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่นเท่านั้น แต่หากยังคุ้มครองผู้พิพากษาจากการแทรกแซงโดยทางอ้อมด้วย ซึ่งอาจมีผลต่อการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ทั้งนี้เพราะผู้พิพากษาย่อมผูกตนเองเฉพาะภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น

(2) ความเป็นอิสระในทางองค์กร มีผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ความเป็นอิสระในทางองค์กร หมายความว่า อำนาจตุลาการ ศาล หรือผู้พิพากษาก็ดี จะต้องอยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่น ไม่ว่าโดยในข้อเท็จจริงหรือในทางกฎหมายก็ตาม

(3) ความอิสระในทางบุคคล หมายความว่า โดยหลักแล้วการถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล ความอิสระในทางส่วนบุคคลมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการของผู้พิพากษา

⁷⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 28

⁷⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 327-238.

7) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเอกชนเป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองประชารัฐ การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งนั้น การที่กล่าวกันว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน หมายความว่า ศาลเป็นองค์กรสุดท้ายที่ประชาชนมีโอกาสให้เข้ามาตัดสินปัญหานี้ตามลำดับของการใช้อำนาจ แต่มิใช่ศาลเป็นองค์กรเดียวที่พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน อนึ่งตามความเป็นจริง ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนั้นทั้งสมาชิกรัฐสภา และรัฐบาลต้องคำนึงถึงอย่างมากถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก่อนแล้ว โดยสรุปทุกองค์กรที่ดีของรัฐต้องมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ถูกลิดรอน โดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่มีการเยียวยาอย่างไม่เป็นธรรม เพียงแต่บทบาทในช่วงเวลาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนของผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจะแตกต่างกันเท่านั้น มิใช่ว่าองค์กรใดจะมีความดีเหนือองค์กรอื่นเพียงองค์กรเดียว จากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนทำให้มีหลักกฎหมายตามมาสำคัญหลายประการ เช่น หลักการเสมอกันในกฎหมาย (Equality before the law) หลักสัดส่วนการใช้อำนาจ (Proportionality) หลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นโทษต่อบุคคล (Retroactivity) ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนนี้ย่อมพัฒนาขยายไปตามขอบเขตที่เหมาะสมของสังคมในแต่ละกาลสมัย⁸⁰

การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้⁸¹

2.4 หลักความเป็นกลาง

รัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไปต่างยอมรับถึงความดำรงอยู่ของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของนิติรัฐ ประกอบกับเมื่อหลักนิติรัฐเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของ

⁸⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 28-29

⁸¹ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 66

องค์กรต่างๆของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การทำความเข้าใจถึงหลักการเบื้องต้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง

เมื่อพิจารณาถึงความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ย่อมหมายความว่า ฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่นๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในการกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองที่ทำให้การดำเนินการใดๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้นิติรัฐจะต้องมีวิธีพิจารณาสั่งการที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าเจตจำนงของสังคมในรูปตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติจะได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องและเป็นธรรม และเพื่อป้องกันมิให้เจตจำนงดังกล่าวถูกใช้ไปในทางที่ผิดกฎหมายหรือถูกบิดเบือนไป ดังนั้น จึงต้องมีการบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการซึ่งเป็นมาตรการในการควบคุมและส่งเสริมให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักการของนิติรัฐ⁸²

หลักความเป็นกลาง ถือเป็นหลักการหนึ่งในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ⁸³ ซึ่งเกิดจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลที่มีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย บุคคลนั้นจะสูญเสียความเป็นกลาง และไม่อาจวินิจฉัยสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ ดังนั้น หลักการนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งนำมาสู่การคัดค้านผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดี ไม่ให้เป็นผู้นิฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมลงมติในเรื่องใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ หรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสีย⁸⁴

⁸² หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง. ศูนย์ศึกษาคดีปกครองสำนักวิจัยและวิชาการ. หน้า 1

⁸³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2531) หน้า 171

⁸⁴ บุษผา อัครพิมาน. (2558). หลักกฎหมายทั่วไป. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*. 5 (1). หน้า 14-15

ทั้งนี้ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักความเป็นกลางนั้น ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประการหนึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งวางหลักไว้โดยให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมนั้น ต้องไม่อยู่ร่วมในที่ประชุม โดยได้มีการบัญญัติไว้ในวรรคสอง ของบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งรัฐกฤษฎีกา และให้ถือว่าการปรากฏตัวของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในที่ประชุมนั้นทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป เป็นโมฆะ ซึ่งใช้บังคับในทุกกรณี และจะเข้าข้อยกเว้นก็เฉพาะแต่ในกรณีที่การปรากฏตัวของผู้มีส่วนได้เสียนั้น ไม่มีการส่งผลต่อการประชุมหรือการตัดสินใจแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตได้ว่า ในกรณีดังกล่าวยอมเป็นการยากที่จะหาข้อพิสูจน์ว่าการปรากฏตัวของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้น ไม่มีอิทธิพลหรือส่งผลใดๆต่อการวินิจฉัยหรือออกคำสั่งนั้น⁸⁵

ขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมีระบบกฎหมายที่ถือกันมานานแล้วว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏในรัฐบัญญัติว่าด้วยกรอบของกฎหมายข้าราชการ มาตรา 35 และมาตรา 36 ที่บัญญัติให้ข้าราชการต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลาง และไม่ใช้ตำแหน่งเพื่อประโยชน์ของตน นอกจากนี้ ยังปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายอื่นๆ ที่กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาทางปกครองดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย ส่วนข้อยกเว้นของหลักความเป็นกลางในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีดังนี้ บทบัญญัติในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับสมาชิกหรือบุคคลใด ซึ่งสังกัดองค์กรวิชาชีพ ซึ่งผู้มีอำนาจวินิจฉัยเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรวิชาชีพนั้น ซึ่งมีผลประโยชน์ร่วมกันหรือถูกระทบโดยตรงจากการกระทำนั้น หรือบทบัญญัติไม่ใช้บังคับในกรณีแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งกิตติมศักดิ์ หรือการถอดจากตำแหน่งดังกล่าว และในกรณีที่จำเป็นเร่งด่วน ถ้าหากชักช้าจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือภัยอันตรายเกิดขึ้นได้⁸⁶

2.4.1 ความหมายของหลักความเป็นกลาง

หลักความเป็นกลางได้ถูกบัญญัติและรับรองไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทย โดยเฉพาะกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับวินัยของข้าราชการ กฎหมายเกี่ยวกับองค์กรและการควบคุมการประกอบวิชาชีพอิสระ กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของเอกชน และกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีปกครองโดยองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองในขณะนั้น ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากที่ประเทศไทยเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พุทธศักราช 2475 แต่ทว่ากฎหมายเหล่านั้นได้

⁸⁵ ศูนย์ศึกษาคดีปกครองสำนักวิจัยและวิชาการ. มปป. *หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง*. หน้า 6-7

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 9-10

บัญญัติรับรองหลักความเป็นกลางไว้เพียงหลักการสำคัญเท่านั้น และมีเพียงกฎหมายบางฉบับที่ได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นกลางตั้งแต่ขอบเขตการปรับใช้ เหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางหรือมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไขเมื่อมีเหตุที่กระทบต่อหลักการดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาประเทศไทยได้มีการใช้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการ โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครองและผู้ที่คำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นเพื่อเป็นการประกันความเป็นธรรม การพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องรับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวสั่งการเรื่องในทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้ว ก็จะส่งผลในทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน⁸⁷

กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครอง วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้⁸⁸ ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาปกครองในเรื่องใดไม่ว่าจะเป็น “เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” และไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้เสนอแนะให้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้อนุมัติ หรือให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม จะต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย ในเวลาที่กระทำการเหล่านั้น และกระทำการเหล่านั้นต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานบางประการด้วย มิฉะนั้นแล้ว ในสายตาของกฎหมายไม่อาจถือได้เลยว่ากระทำการเหล่านั้นเป็นการอันทำลงโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น

⁸⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์.(2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, กรุงเทพฯ : ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 139

⁸⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง*. นำเสนอที่ประชุมวิชาการ “พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539” ณ โรงแรมริเจนท์ ชะอำ จังหวัดเพชรบุรี ระหว่างวันที่ 10 – 12 ตุลาคม 2540. หน้า 11 - 12

กมลชัย รัตนสกาวงศ์⁸⁹ อธิบายว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น พระราชบัญญัตินี้ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการ โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครองและผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นเพื่อหลักความเป็นธรรม การพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องรับผิดชอบเรื่องนั้นๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว เพราะถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตนและพิจารณาวินิจฉัยสั่งการในเรื่องทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้ว ก็จะส่งผลในทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน

กรณีทีถือว่า “เจ้าหน้าที่” หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองมีส่วนได้เสีย วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้⁹⁰ ว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติกรณีทีถือว่าผู้ดำรงตำแหน่งหรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองมีส่วนได้ส่วนเสียไว้ในสองมาตราด้วยกัน คือ มาตรา 13 เป็นเรื่องทีบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณีซึ่งเป็นเหตุชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะทำการพิจารณาทางปกครอง โดยมีอคติ หรือความลำเอียง ส่วนกรณีมาตรา 16 นั้นเป็นพฤติการณ์อื่นทีชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะทำการพิจารณาทางปกครองโดยไม่เป็นกลาง

2.4.2. หลักความเป็นกลางตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

สำหรับประเทศไทยได้มีการนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในมาตรา 13 ถึงมาตรา 16

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หากผู้ใดไม่มีอำนาจหน้าที่มากกระทำก็จะเกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายส่วนผลจะเป็นโมฆะหรือเพิกถอนได้หรือไม่เป็นอีกปัญหาหนึ่ง ในขณะที่เดียวกันการทำงานจะเป็นไปด้วยดีได้และเป็นทีไว้วางใจได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติมีความเป็นกลางต่อทุกฝ่ายเพื่อประกันกระบวนการปฏิบัติราชการโดย

⁸⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์.(2539). *สาระสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 1 และหน้า 18 และกมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 139

⁹⁰ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2541). *เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง. รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539*. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. หน้า 22

เป็นธรรม กฎหมายจึงมีวิธีการควบคุมโดยวางมาตรการตรวจสอบขั้นตอนต่างๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นตามสภาพสังคมในขณะนั้น ๆ⁹¹

กรณีต่าง ๆ ที่กระทบต่อความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ⁹² ดังนี้

2.4.2.1 ความไม่เป็นกลางในทางภาวะวิสัย

ความไม่เป็นกลางในทางภาวะวิสัย หมายถึง ความไม่เป็นกลางที่มีอยู่ภายนอกความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสถานภาพหรือฐานะของตัวเจ้าหน้าที่โดยกรณีนี้กฎหมายได้คำนึงถึงว่าการที่เจ้าหน้าที่มีสถานภาพหรือฐานะบางประการอาจจะกระทบต่อความไม่เป็นกลางในการพิจารณาปกครอง

ความไม่เป็นกลางลักษณะนี้ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 13⁹³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งส่วนใหญ่จะได้แก่กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งใกล้ชิดกับคู่กรณีจนอาจเกิดความไม่เป็นกลางจากเหตุอื่น ๆ เกี่ยวกับสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายยังไม่สามารถระบุได้ในขณะนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้มีความยืดหยุ่น โดยให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดกรณีอื่นเพิ่มเติมจากที่มีการบัญญัติไว้โดยทำเป็นกฎกระทรวง

2.4.2.2 ความไม่เป็นกลางในทางอัตตะวิสัย

⁹¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : จีระชัยการพิมพ์. หน้า 242

⁹² บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 20-21.

⁹³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ จะทำการพิจารณาปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- (5) เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ความไม่เป็นกลางในทางอัตตะวิสัย หมายถึง ความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสภาพภายในความมติดใจใจของเจ้าหน้าที่ โดยในกรณีนี้หลักกำหนดคำวินิจฉัยถึงความไม่เป็นกลางอาจมาจากเหตุอื่นที่มีใจเรื่องของสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่ก็ได้

ความไม่เป็นกลางลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 16⁹⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “เหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง” ในกรณีนี้กฎหมายมุ่งจำกัดเฉพาะกรณีที่มีลักษณะร้ายแรงเท่านั้น

2.4.3 หลักความเป็นกลางตามกฎหมายอื่น

นอกจากจะได้มีการนำหลักความเป็นกลางมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายกลางแล้วระบบกฎหมายไทยยังได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย⁹⁵ เช่น

1) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

มาตรา 18 ทวิ สมาชิกเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลเคยกระทำ

⁹⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 วรรคสอง และมาตรา 15 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁹⁵ หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง. ศูนย์ศึกษาคดีปกครองสำนักวิจัยและวิชาการ. หน้า 13-14

2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มาตรา 19 อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้าเว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

3) พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงเมื่อ⁹⁶

๑)ล๑

๑)ล๑

(6) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นหรือที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะกระทำ

๑)ล๑

๑)ล๑

4) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ ๑๐) พ.ศ. ๒๕๔๒ และต่อมาแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ ๑๒) พ.ศ. ๒๕๔๖

สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลจะกระทำ⁹⁷

5) พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ ๓) ๒๕๔๖

⁹⁶ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 47 ตี (6)

⁹⁷ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 18 ทวิ

ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด นอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นแล้วจะต้องไม่เป็นผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น เลขานุการหรือที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง⁹⁸

สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดย่อมสิ้นสุดลงเมื่อ⁹⁹

๑๓๑

๑๓๑

(5) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้น หรือที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นจะกระทำ

บุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นและต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ด้วย¹⁰⁰

๑๓๑

๑๓๑

(3) ไม่เป็นผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นรองผู้บริหารท้องถิ่น เลขานุการหรือที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง

6) พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2552

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 5 ต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม¹⁰¹ ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

⁹⁸ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 9

⁹⁹ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 11

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 35/1

¹⁰¹ พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2552 มาตรา 9

(4) เป็นหรือภายในระยะเวลาสามปีก่อนวันได้รับแต่งตั้งเคยเป็นกรรมการ หรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการจัดการหรือมีส่วนได้เสียในนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับสัมปทาน ผู้ร่วมทุน หรือมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุนเป็นหุ้น