

บทที่ 2

ข้อมูลพื้นฐาน แนวคิด หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายมหาชน ที่เกี่ยวกับระบบการจัดสรรที่ดิน

นับตั้งแต่มีการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบัน รัฐบาลทุกรัฐบาลได้ให้ความสำคัญในเรื่องที่อยู่อาศัยของประชาชน โดยได้กำหนดแนวนโยบายในการส่งเสริมให้ประชาชนได้มีที่อยู่อาศัยเป็นของตนเอง มีทั้งการส่งเสริมผ่านหน่วยงานของรัฐที่มีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาดูแลเรื่องที่อยู่อาศัยเป็นการเฉพาะ เช่น การจัดตั้งการเคหะแห่งชาติ และมีการส่งเสริมภาคเอกชน ให้มีการลงทุนในการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ให้เกิด “โครงการบ้านจัดสรร” เช่น การลดหย่อนภาษี ลดหย่อนค่าธรรมเนียมในการโอนอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้เอกชนได้เข้ามามีบทบาทในการจัดสร้างที่อยู่อาศัยให้กับประชาชนตามแนวนโยบายของรัฐบาลดังกล่าว¹

2.1 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดิน

การจัดสรรที่ดินโดยนิตินัยหมายถึง² การจำหน่ายที่ดินแปลงย่อย (เฉพาะที่แบ่งแยกภายในสามปี) ที่มีพื้นที่ติดต่อกัน เมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน ไม่ว่าจะจำหน่ายในลักษณะเป็นที่อยู่อาศัย ที่ประกอบพานิชยกรรม อุตสาหกรรม หรือเกษตรกรรมก็ได้ ถ้าได้ทำเพื่อการค้า ตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ก็อยู่ในข่ายที่จะต้องขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินทั้งสิ้น จึงไม่ได้เน้นการพัฒนาที่ดิน แต่เน้นจำนวนแปลงและวัตถุประสงค์ในการจำหน่าย ซึ่งต้องทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้าและหากำไรเป็นสำคัญ

¹ บัณฑิต จุลลาสัย, ยุวดี ศิริ และวรวินัย ก่อก่อวิสูตร (2553) เอกสารวิชาการหมายเลข 5. ภาควิชาเคหการคณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย แนวทางการบริหารดูแลหมู่บ้านจัดสรรตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543.

² พจน์ สุขมหา. (2556). *นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: แอลทีพีพริ้นท์. หน้า 11.

เพื่อให้สอดคล้องกับการใช้ประโยชน์ ย่อมต้องมีการพัฒนาที่ดินอยู่ดี ดังนั้นในทางพฤตินัย การจัดสรรที่ดินจึงหมายถึง³ ที่ดินที่มีการปรับปรุงพัฒนาเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้ประโยชน์ ซึ่งอาจเป็นที่อยู่อาศัย พาณิชยกรรม อุตสาหกรรม หรือเกษตรกรรมก็ได้ แล้วแต่กรณี หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นที่ดินที่จัดให้มีระบบสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องจัดให้มีสาธารณูปโภค แต่ถ้าจะจัดให้มีก็ต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดนั้น ซึ่งจะต้องจัดให้มีโดยปริยาย หรือต้องจัดทำเพราะความจำเป็นในทางการค้านั่นเอง ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคให้ใช้ประโยชน์ได้ตลอดไป กฎหมายจึงต้องกำหนดตัวผู้รับผิดชอบหน้าที่ดังกล่าวไว้ กล่าวคือในเบื้องต้นให้เป็นหน้าที่ผู้จัดสรรที่ดิน⁴

2.1.1 วิวัฒนาการการจัดสรรที่ดิน

ในอดีตที่ผ่านมา รัฐจะเป็นผู้จัดสรรที่ดินและที่อยู่อาศัยให้ประชาชน⁵ โดยในการจัดสรรที่ดินให้แก่ประชาชนดังกล่าว รัฐได้ช่วยเหลือในด้านสาธารณูปโภคบางประการ เช่น การจัดทำถนน จัดให้มีไฟฟ้าและน้ำประปา เพื่อให้ประชาชนมีความเป็นอยู่และมีคุณภาพชีวิตที่ดี ต่อมาเมื่อจำนวนประชากรทวีจำนวนเพิ่มขึ้น ความต้องการที่อยู่อาศัยก็เพิ่มขึ้นตามไปด้วย หน่วยงานของรัฐไม่สามารถจัดหาที่อยู่อาศัยให้กับประชาชนได้อย่างเพียงพอ การประกอบธุรกิจการจัดสรรที่ดินภาคเอกชน จึงเริ่มเข้ามามีบทบาทในการจัดสรรที่ดิน ซึ่งนับว่าเป็นการสนับสนุนภาครัฐได้เป็นอย่างดี แต่โดยที่การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินในระยะแรกเป็นไปอย่างเสรี เมื่อผู้ประกอบการได้ดำเนินการอย่างมีกำไร ทำให้ผู้ประกอบการด้านนี้เพิ่มจำนวนมากขึ้น ปรากฏว่าบางรายประสบความสำเร็จ แต่บางรายก็ล้มเหลวขาดทุน ซึ่งนอกจากจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการเองแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อ ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรให้ได้รับความเดือดร้อนด้วย โดยปัญหาที่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรในยุคนั้นประสบกันอยู่บ่อย ได้แก่ ความไม่เรียบร้อย ความไม่พอเพียงของระบบสาธารณูปโภคในโครงการจัดสรรที่ดิน การไม่จัดการดูแลรักษาสาธารณูปโภค และปัญหาความไม่แน่นอนในการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร เป็นต้น รัฐบาลเองได้ตระหนักถึงมาตรการในการควบคุมการจัดสรรที่ดินของเอกชนให้เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย จึงได้ให้กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย ยกร่างกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินขึ้นใช้เป็นกฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองทั้งฝ่ายผู้จัดสรรที่ดินและผู้ซื้อที่ดินจัดสรร เพื่อให้มี

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁴ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 43.

⁵ จันทิพา วสุวัต. (2557). การจัดสรรที่ดิน, *วารสารที่ดิน*. หน้า 4.

มาตรการทางกฎหมายที่จะควบคุมให้การดำเนินการจัดสรรที่ดินของเอกชนเป็นไปอย่างเหมาะสม ทั้งด้านการอนามัย การคมนาคม ความปลอดภัย และการผังเมืองในปี พ.ศ. 2514 กรมที่ดินจึงได้ยกร่าง “พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน” ขึ้น โดยได้รับความเห็นชอบในหลักการ จากคณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น แต่ก่อนจะมีการเสนอไปยังสภาผู้แทนราษฎร เพื่อพิจารณา ปรากฏว่าได้เกิดการปฏิวัติขึ้นในปลายปี พ.ศ. 2514 จอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติ จึงได้อนุมัติยกร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินดังกล่าว เป็นประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ออกใช้บังคับเป็นกฎหมาย โดยมีเหตุผลว่าปัจจุบันนี้ ได้มี ผู้ดำเนินการจัดสรรที่ดินจำนวนมาก แต่ยังไม่มียกกฎหมายเพื่อใช้ควบคุมการจัดสรรที่ดิน โดยเฉพาะ เป็นเหตุให้มีการพิพาทกัน อีกทั้งการวางแผนผัง โครงการหรือวิธีการในการจัดสรรที่ดินก็ไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการผังเมือง จำเป็นจะต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมการจัดสรรที่ดินของเอกชนให้ เป็นไปด้วยความเรียบร้อย เพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อที่ดินจัดสรร และเพื่อผลในทางเศรษฐกิจ สังคม และ การผังเมือง ซึ่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ ได้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 ตอนที่ 182 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหกสิบวัน นับแต่วัน ประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงทำให้มีผลใช้บังคับเมื่อ วันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2516 และกฎหมาย เกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินของเอกชนฉบับดังกล่าว ได้ใช้มาถึงวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2543

เมื่อภาคเอกชนได้เข้ามามีบทบาทในการสร้างที่อยู่อาศัย ทำให้ตลาดที่อยู่อาศัยมี ลักษณะเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัยที่เปลี่ยนไปด้วย คือในช่วงยุคที่มีการเริ่มต้นพัฒนาอุตสาหกรรมใน ประเทศไทย ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1⁶ ในปี พ.ศ. 2504 ทำให้เมืองใหญ่ ที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรุงเทพมหานคร ขาดแคลนที่อยู่อาศัยซึ่งสะสม มานาน ตั้งแต่หลังสงครามโลก ครั้งที่ 2 ทำให้ความต้องการที่อยู่อาศัยของประชากรเพิ่มจำนวนมาก ขึ้นและเมื่อปี พ.ศ. 2502 รัฐบาลของคณะปฏิวัติ ซึ่งมี ฯพณฯ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นหัวหน้า คณะปฏิวัติได้ออกคำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 49 ให้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดสิทธิในที่ดิน ตาม มาตรา 34-49 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน โดยอ้างเหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อ การลงทุนในประเทศ แต่กลับเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการกว้านซื้อที่ดินเก็งกำไร ในระยะต่อมามี การจัดสรรที่ดิน โดยการแบ่งขายเป็นแปลงย่อยพร้อมกับสาธารณูปโภค เช่น ระบบไฟฟ้า ระบบ การประปา และถนนให้ตามสมควร ช่วงนี้จึงเป็นยุคที่เรียกได้ว่า “ยุคที่ดินจัดสรร”⁷ และในช่วงนี้

⁶ สำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. *ความเป็นมาของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม แห่งชาติ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : www.nesac.go.th>Default [2558, 28 สิงหาคม]

⁷ วัธนะ โนนคู่เขตโจง. (2528). บทบาทการพัฒนาที่อยู่อาศัย. *วารสารที่ดิน*. หน้า 88.

ราคาที่ดินมีราคาสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว การลงทุนมักจะใช้ทุนของตนเอง สถาบันการเงินต่างๆ ยังไม่กล้าที่จะเข้ามามีบทบาทมากนัก เพราะกลัวว่าจะเป็นภาระกระตุ้นให้ราคาที่ดินพุ่งสูงขึ้น และอยากลงทุนในกิจการอื่นที่มีความปลอดภัย หรือลดความเสี่ยงในเรื่องการเก็งกำไร ทำให้ธุรกิจจัดสรรที่ดินชบเซาลง จนในปี พ.ศ. 2510 มีผู้ประกอบการบางราย หาทงออกด้วยการลงทุนแบบใหม่ คือทำโครงการบ้านจัดสรรขายที่ดินพร้อมปลูกสร้างบ้านสำเร็จรูปแบบบ้านเดี่ยว และให้ระบบสาธารณูปโภค เช่น ระบบถนน ระบบไฟฟ้า ระบบน้ำประปา และระบบระบายน้ำ โดยดำเนินการแถบชานเมืองของกรุงเทพมหานคร หมู่บ้านจัดสรรโครงการแรก คือ หมู่บ้านมิตรภาพ⁸ อยู่ที่ซอยอ่อนนุช โดยบริษัทข้ามชาติจากสหรัฐอเมริกา เข้ามาร่วมทุนกับบริษัทในประเทศไทยเพื่อดำเนินธุรกิจสร้างบ้านจัดสรรตามแนวนโยบายของรัฐบาลในการส่งเสริมให้ประชาชนมีที่อยู่อาศัยเป็นของตนเอง อันจะทำให้เกิดความรู้สึกร่วมและหวงแหนในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินและประเทศชาติ และจากผลสำเร็จของการขายบ้านในโครงการนี้ ทำให้ช่วยสร้างความมั่นใจแก่ผู้ประกอบการและนักลงทุนเป็นอย่างมาก ในช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2511-2515 เป็นช่วงธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เฟื่องฟูมาก จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็น “ยุคเริ่มต้นของบ้านจัดสรร” และจากการขยายตัวอย่างรวดเร็วของการดำเนินธุรกิจจัดสรรที่ดินในปลายปี พ.ศ. 2515 รัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร ได้มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เพื่อควบคุมและจัดระเบียบการจัดสรรที่ดินจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2516 เกิด “วิกฤตการณ์น้ำมัน” ส่งผลกระทบต่อราคาวัสดุก่อสร้างมีราคาแพง ค่าจ้างแรงงานปรับตัวสูงขึ้นด้วย ทำให้ธุรกิจบ้านจัดสรรมีต้นทุนการก่อสร้างที่สูงมากขึ้น ขณะที่อำนาจในการซื้อของประชาชนลดลง เพราะอัตราเงินเฟ้อธุรกิจบ้านจัดสรรประสบกับภาวะถดถอยอย่างรุนแรง ต่อมาในปี พ.ศ. 2518 เมื่อสภาพเศรษฐกิจดีขึ้นผู้ประกอบการจึงหันมาสร้างบ้านในเมืองที่เรียกว่า “ทาวน์เฮาส์” เป็นการลดเนื้อที่จำหน่ายลง และมีราคาที่ดินใกล้เคียงกับบ้านจัดสรรที่อยู่แถบชานเมือง และหลังจากนั้น ได้เกิดวิกฤตการณ์น้ำมัน ครั้งที่ 2 ประกอบกับปี พ.ศ. 2522 ธุรกิจบ้านจัดสรรต้องชบเซาอีก มีการออกพระราชบัญญัติอาคารชุด⁹ ขึ้น ทำให้ผู้ประกอบการบางรายหันไปทำโครงการอาคารชุดในใจกลางเมือง บางรายก็หันไปสร้างทาวน์เฮาส์ในบริเวณชานเมือง เพื่อให้ราคาถูกลงกระทั่งปี พ.ศ. 2529 ประเทศไทยเริ่มมีแนวโน้มที่

⁸ หมู่บ้านจัดสรรแห่งแรกในประเทศไทย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.seacon.co.th/about/history-02.html [2558, 28 สิงหาคม]

⁹ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 96 ตอนที่ 67 วันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2522.

จะพัฒนาทางเศรษฐกิจเป็นประเทศอุตสาหกรรมใหม่ (Newly Industrialized Countries: NICs)¹⁰ เศรษฐกิจเริ่มเติบโตอย่างรวดเร็ว ธุรกิจบ้านจัดสรรได้ปรับแนวทางมาลงทุนทำโครงการบ้านจัดสรรสำหรับผู้มีรายได้น้อยกันจำนวนมากขึ้น เพราะบ้านที่ราคาต่ำมีความต้องการจำนวนมาก ปี พ.ศ. 2534 ได้รับผลกระทบจากสงครามอ่าวเปอร์เซีย ธุรกิจบ้านจัดสรรซบเซา ราคาของบ้านจึงมีราคาถูกลง กอปรกับประเทศไทยมีการยึดอำนาจการปกครองโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รตช.) และเกิดการเรียกร้องระบบประชาธิปไตย จนเกิดเหตุการณ์ “พฤษภาทมิฬ” เมื่อเหตุการณ์คลี่คลายในช่วงปลายปี พ.ศ. 2535 ธุรกิจบ้านจัดสรรที่ซบเซา เริ่มกระเตื้องขึ้นในปี พ.ศ. 2536 รัฐบาลได้เปิดตลาดเสรีทางการเงิน มีเงินทุนจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศจำนวนมากขึ้น ทำให้สภาพคล่องทางการเงินสูงขึ้นและรัฐบาลได้ตระหนักถึงปัญหาการขาดแคลนที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยและปานกลาง จึงมีการลดหย่อนภาษีนิติบุคคลให้กับผู้ประกอบการที่สร้างที่อยู่อาศัยในระดับกลางไม่เกิน 600,000 บาท พื้นที่ต่อหน่วยต้องไม่น้อยกว่า 31 ตารางวา ปี พ.ศ. 2540-2542 เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจ รัฐบาลต้องประกาศลอยตัวค่าเงินบาท และกู้ยืมเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund) หรือ IMF¹¹ มีการปิดบริษัทเงินทุน ทำให้ธุรกิจบ้านจัดสรร ซบเซาอย่างต่อเนื่อง ปี พ.ศ. 2543-2545 อัตราดอกเบี้ยลดลงมากสภาพคล่องทางการเงินดี ผู้บริโภคจึงเริ่มกลับมาซื้อที่อยู่อาศัยมากขึ้น กอปรกับรัฐบาลออกมาตรการกระตุ้นอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะที่อยู่อาศัย หลายมาตรการเป็นผลให้ผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ด้านที่อยู่อาศัยฟื้นตัว และช่วยให้ผู้บริโภคมีกำลังการซื้อเพิ่มขึ้น จากนั้นตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2547 จนถึงปัจจุบันธุรกิจบ้านจัดสรรก็มีการพัฒนาขยายตัวต่อเนื่องออกไปจากกรุงเทพมหานคร โดยขยายออกไปยังจังหวัดข้างเคียง เช่น ปทุมธานี นนทบุรี สมุทรปราการ อัญญา ชลบุรี ระยอง เป็นต้น

¹⁰ ชื่อที่ใช้เรียกประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจ ไปสู่การเป็นประเทศอุตสาหกรรม.

¹¹ กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund) หรือไอเอ็มเอฟ เป็นกองทุนการเงินระหว่างประเทศพันธมิตรได้ร่วมก่อตั้งขึ้นมีฐานะเป็นทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ โดยมีข้อบังคับว่าประเทศที่เป็นสมาชิกธนาคารโลกจะต้องเป็นสมาชิก IMF ด้วย เริ่มเปิดดำเนินการในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1947 ประเทศที่เป็นสมาชิกกองทุนการเงินฯ จะต้องเป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติอยู่ก่อนแล้ว ในปัจจุบันมีสมาชิกจำนวน 188 ประเทศ.

2.1.2 ความหมายของการจัดสรรที่ดิน

พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543¹² ได้ให้ความหมายของการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการจัดสรรที่ดินว่า การจัดสรรที่ดินหมายความว่า¹² การจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยร่วมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน และให้หมายความรวมถึงการดำเนินการดังกล่าว ที่ได้มีการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลง และต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายในสามปี เมื่อรวมกันมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปด้วย จากความหมายดังกล่าว จึงพอสรุปลักษณะและหลักเกณฑ์ อันเป็นองค์ประกอบของการจัดสรรที่ดินได้ ดังนี้

1) เป็นการจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยร่วมกัน ตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปโดยที่ดินได้แบ่งเป็นแปลงย่อย ที่นำมาจำหน่ายเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงก็ได้ แต่ถ้าหลายแปลงต้องมีพื้นที่ติดต่อกัน และ

2) ต้องได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน หรือ

3) เป็นการจำหน่ายที่ดินที่ได้มีการแบ่งเป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลง โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน ต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมและจำหน่ายได้ด้วย โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทนภายในสามปี เมื่อรวมกันมีจำนวน ตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป

สำหรับการนับระยะเวลาสามปีจะนับอย่างไร หากเป็นการจำหน่ายที่ดินที่แบ่งแยกไว้เดิมไม่ถึงสิบแปลง ให้นับรวมระยะเวลาสามปีต่อเนื่องจากวันจดทะเบียนแบ่งแยกที่ดิน เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสำหรับในความหมายของการจัดสรรที่ดินนี้ จะไม่คำนึงถึงจำนวนเนื้อที่ของที่ดินแปลงย่อยหรือแปลงแบ่งแยกว่ามีเนื้อที่มากน้อยเท่าใด แม้จะแบ่งเพียง 1 ตารางวา ก็นับเป็นหนึ่งแปลง แต่จะคำนึงถึงจำนวนแปลงที่ดินเป็นประการสำคัญ ถ้าเป็นการแบ่งแยกเป็นแปลงย่อยมีจำนวนร่วมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปแล้ว ก็อยู่ในความหมายของการจัดสรรที่ดินนี้

ส่วนกรณีที่เป็นการดำเนินการ โดยการใส่ชื่อบุคคลหลายคนเข้าถือกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินแปลงเดียวกันจะแบ่งเป็นแปลงย่อยตั้งแต่สิบแปลง เพื่อแบ่งกรรมสิทธิ์กันที่ดินแปลงเดียวกันแล้ว ถ้าตรวจสอบหรือพิสูจน์ได้ว่าเป็นการจำหน่ายที่ดิน ก็เข้าข่ายการจัดสรรที่ดิน ตามความหมายนี้ทั้งสิ้น และในการจำหน่ายที่ดินที่แบ่งเป็นแปลงย่อยร่วมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการ

¹² ธนู พิมพรรณ, สุชาติ ดอกไม้เฟื่อง, จันทิพา วสุวัต, ณิชฐพล ทิพยมนตรี, เสาวลักษณ์ กิรติกสิกร และพวงเพชร ทัดภู. (2554). *คำบรรยายพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543*. กรุงเทพฯ: กองกรพิมพ์ กรมที่ดิน. หน้า 4

ดำเนินการเพื่อจำหน่ายในลักษณะที่อยู่อาศัย เพื่อประกอบการพาณิชย์ เพื่อประกอบอุตสาหกรรม เพื่อเกษตรกรรม อยู่ในลักษณะเป็นการจัดสรรที่ดินตามความหมายนี้เช่นเดียวกัน

กรณีที่กำหนดระยะเวลาในการแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อยๆ ภายในสามปีนั้น เป็นการกำหนดระยะเวลาไว้ตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการขออนุญาตทำการค้าที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยๆ ครั้งละเก้าแปลง หลายครั้ง เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ส่วนเหตุผลที่กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ว่าการจัดสรรที่ดินจะต้องมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ซึ่งเป็นจำนวนที่เคยกำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 นั้น ไม่พบเหตุผลที่แน่ชัด แต่น่าจะมีเหตุผลที่ว่าเดิมก่อนประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ใช้บังคับ การจัดสรรที่ดินดำเนินการกันอย่างเสรียังไม่มีการควบคุม จึงไม่เป็นการผิดทางกฎหมายอาญาฐานกระทำการจัดสรรที่ดินโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่เป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนในทางแพ่ง เมื่อประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ มีบทกำหนดโทษทางอาญาฐานกระทำความผิดกระทำการจัดสรรที่ดินโดยไม่ได้รับอนุญาต การกำหนดให้มีโทษทางอาญา จึงควรอยู่ในพฤติการณ์ที่ทำให้ประชาชนจำนวนมาก ไม่ต้องได้รับความเดือดร้อน มิฉะนั้นการจัดสรรที่ดินเพียงแปลง สองแปลงก็ต้องขออนุญาตด้วย ซึ่งไม่คุ้มค่าในการลงทุนและเป็นการไม่สมควรที่จะกำหนดความผิดทางแพ่งให้เป็นอาญา กอปรกับการแบ่งแยกเพื่อการอื่นโดยทั่วไป เช่น การให้ ก็ไม่มีมากนัก ที่จะเกินสิบแปลงและการกำหนดจำนวนไว้ที่สิบแปลงขึ้นไป มีความเหมาะสมทางการผังเมืองและเพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ทางกรอนามัย การคมนาคม ความปลอดภัย ดังนั้น จำนวนแปลงย่อยตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป จึงยังคงไว้ในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ไม่มีการเปลี่ยนแปลง

ผู้ใดจะทำการจัดสรรที่ดินต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน¹³ หากผู้ใดทำการจัดสรรที่ดินโดยไม่ได้รับการอนุญาต จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับตั้งแต่ 40,000 บาท ถึง 100,000 บาท¹⁴ ซึ่งคณะกรรมการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินนี้ หมายถึงคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกรุงเทพมหานครและคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดของแต่ละจังหวัด

2.1.3 หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรที่ดิน

ในการดำเนินการประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดิน ผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินและผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจะต้องมีความรู้เกี่ยวข้องกับหน่วยงานราชการต่าง ๆ เพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งให้อำนาจหน่วยงานนั้น ๆ กำกับ ควบคุม ดูแล ตรวจสอบ ในกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

¹³ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 21.

¹⁴ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 59.

2.1.3.1 สำนักส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

เป็นหน่วยงานหนึ่งในกรมที่ดิน สังกัดกระทรวงมหาดไทย เกี่ยวข้องกับการจัดสรรที่ดินของเอกชนโดยเฉพาะ มีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

- 1) ดำเนินการเกี่ยวกับการขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 และฉบับแก้ไข
- 2) ดำเนินการตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522
- 3) ดำเนินการเกี่ยวกับงานเลขานุการคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางและคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกรุงเทพมหานคร
- 4) ให้บริการข้อมูลและข้อสาระสนเทศเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์
- 5) ปฏิบัติงานร่วมกันหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้รับมอบหมาย¹⁵

2.1.3.2 สำนักงานที่ดินจังหวัด หรือ สำนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ ซึ่งที่ดินตั้งอยู่

เป็นหน่วยงานส่วนภูมิภาคของกรมที่ดิน สังกัดกระทรวงมหาดไทย เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดินคือการรับคำขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินและดำเนินการตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 และฉบับแก้ไข

2.1.3.3 กรมโยธาธิการและผังเมือง

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงมหาดไทยมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ได้แก่

- 1) การตรวจสอบการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตผังเมืองรวม กรณีที่ดินที่ขออนุญาตจัดสรรที่ดิน อยู่ในเขตผังเมืองรวมต้องไม่อยู่ในข้อห้ามการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการจัดสรรที่ดินตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518
- 2) การตรวจสอบและประมาณการค่าก่อสร้างสาธารณูปโภค เพื่อกำหนดวงเงินค้ำประกันการจัดทำสาธารณูปโภค ในกรณีที่ผู้ขอจัดสรรที่ดิน ยังมิได้จัดทำสาธารณูปโภค และในกรณีที่ผู้ขออ้างว่าได้จัดให้มีสาธารณูปโภค หรือบริการสาธารณะ หรือได้ปรับปรุงที่ดินนั้นตามแผนผัง และโครงการที่ขออนุญาตเสร็จแล้วทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน เพื่อไม่ต้องให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินค้ำประกันการจัดทำสาธารณูปโภค หรือลดวงเงินค้ำประกันการจัดทำสาธารณูปโภคแล้วแต่กรณี ตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 24

¹⁵ กรมที่ดิน. *ภารกิจสำนักส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.dol.go.th [2558, 26 สิงหาคม]

3) การตรวจสอบ การขุดดิน และถมดิน ในโครงการจัดสรรที่ดินที่ขออนุญาตให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. 2543¹⁶

2.1.3.4 กรมทางหลวง

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงคมนาคม เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน คือ การตรวจสอบว่าที่ดินที่ขอจัดสรรอยู่ในเขตแนวเวนคืนที่ดินหรือไม่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 และการอนุญาตให้เชื่อมถนนในโครงการจัดสรรที่ดินกับทางหลวง ตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535¹⁷

2.1.3.5 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด แล้วแต่กรณี มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ดังนี้

1) การขออนุญาตก่อสร้างอาคาร และก่อสร้างอาคารให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

2) การขออนุญาตระบายน้ำจากโครงการจัดสรรที่ดินลงสู่ทางน้ำหรือแหล่งน้ำสาธารณะ ตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457

3) การขออนุญาตเชื่อมถนนในโครงการจัดสรรที่ดิน กับทางสาธารณะซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ องค์กรปกครองพิเศษ แล้วแต่กรณี

4) การขอให้บริการจัดเก็บขยะในโครงการจัดสรรที่ดิน ตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535

5) การขอให้บริการประปาแก่โครงการจัดสรรที่ดิน ในกรณีเป็นระบบประปาหมู่บ้าน ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹⁸

2.1.3.6 กรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงคมนาคม เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดินในกรณีการขออนุญาตระบายน้ำจากโครงการจัดสรรที่ดินลงสู่แม่น้ำลำคลอง และก่อสร้างสิ่ง

¹⁶ กรมโยธาธิการและผังเมือง. *ภารกิจกรมโยธาธิการและผังเมือง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.dpt.go.th [2558, 26 สิงหาคม]

¹⁷ กรมทางหลวง. *ข้อมูลทั่วไปกรมทางหลวง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.doh.mot.go.th [2558, 26 สิงหาคม]

¹⁸ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. *ภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.kknontat.com>upload>2012/11 [2558, 26 สิงหาคม]

ล่าวงล้าลำนน้ำ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี ตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456¹⁹

2.1.3.7 กรมชลประทาน

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดินในกรณีการขออนุญาตระบายน้ำจากโครงการจัดสรรที่ดินลงสู่คลองชลประทานซึ่งอยู่ในความดูแลของกรมชลประทาน ตามพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485²⁰

2.1.3.8 สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดินในกรณีการขออนุญาตจัดสรรที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัย หรือเพื่อประกอบการพาณิชย์ ซึ่งมีจำนวนที่ดินแปลงย่อยตั้งแต่ห้าร้อยแปลงขึ้นไป หรือเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่ ผู้ขอจะต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535²¹

2.1.3.9 การไฟฟ้านครหลวง หรือการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค แล้วแต่กรณี

เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจเกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการออกแบบประมาณการค่าติดตั้งและดำเนินการติดตั้งระบบไฟฟ้า ในโครงการจัดสรรที่ดินให้เป็นไปตามมาตรฐานของการไฟฟ้า ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 และพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503²²

2.1.3.10 การประปานครหลวง หรือการประปาสวนภูมิภาค แล้วแต่กรณี

เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการออกแบบ ประมาณการค่าติดตั้งและดำเนินการติดตั้งระบบประปา ในโครงการจัดสรรที่ดิน

¹⁹ กรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี. *ภารกิจกรมการขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.vigportal.mot.go.th>templates>function [2558, 26 สิงหาคม]

²⁰ กรมชลประทาน. *ภารกิจกรมชลประทาน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.rid.go.th [2558, 26 สิงหาคม]

²¹ สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. *ภารกิจสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.onep.go.th [2558, 26 สิงหาคม]

²² การกิจการไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.lawreform.go.th>images>content [2558, 26 สิงหาคม]

ให้เป็นไปตามมาตรฐานของการประปา ตามพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522²³

2.1.3.11 กรมทรัพยากรธรณี

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงอุตสาหกรรม เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีผู้ขออนุญาตจัดสรรที่ดิน ขออนุญาตขุดเจาะน้ำบาดาล และขออนุญาตใช้น้ำบาดาลสำหรับการขอใช้น้ำในที่ดินจัดสรรหรือหมู่บ้านจัดสรรซึ่งยังไม่มีระบบประปา ผ่านหน้าหมู่บ้าน ตามพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520²⁴

2.1.3.12 กรมการปกครอง

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงมหาดไทย เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการขอเลขที่บ้านให้แก่โครงการจัดสรรที่ดิน ตามพระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534²⁵

2.1.3.13 กรมสรรพากร

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงการคลัง เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการจัดเก็บภาษีอากร ตามประมวลรัษฎากร ซึ่งได้แก่ ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์²⁶

2.1.3.14 กรมธนารักษ์

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงการคลัง เกี่ยวข้องกับการจัดสรรที่ดินในการประเมินราคาที่ดิน²⁷

2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพและหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดองค์กรหรือสถาบันแห่งอำนาจสูงสุดของรัฐ และความเกี่ยวพันระหว่างการใช้อำนาจ ซึ่งหมายถึงการกำหนดขอบเขตสิทธิและหน้าที่การใช้สิทธิ

²³ การกิจการประปานครหลวงหรือการประปาส่วนภูมิภาค. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.ghbhomecenter.com>view-11 [2558, 26 สิงหาคม]

²⁴ กรมทรัพยากรธรณี. *ภารกิจกรมทรัพยากรธรณี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.dmr.go.th [2558, 26 สิงหาคม]

²⁵ กรมการปกครอง. *ภารกิจกรมการปกครอง*. (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก: www.bora.dopa.go.th [2558, 26 สิงหาคม]

²⁶ กรมสรรพากร. *ภารกิจกรมสรรพากร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.rd.go.th>publish>13483.0.html. [2558, 26 สิงหาคม]

²⁷ กรมธนารักษ์. *ภารกิจกรมธนารักษ์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.pknow.edupol.org>Polich_Ak>doc. [2558, 26 สิงหาคม]

ของรัฐด้วย²⁸ การเกิดขึ้นของสิทธิและเสรีภาพมีที่มาจากแนวความคิดแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือแนวความคิดด้านหลักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งถือว่าสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ที่มีอยู่แล้ว โดยธรรมชาติ และแนวความคิดตามหลักทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองที่สิทธิและเสรีภาพเกิดขึ้น โดยกฎหมายของบ้านเมืองบัญญัติรับรองไว้ แนวความคิดดังกล่าว ได้เกิดขึ้นจากนักปรัชญาชาวตะวันตก ซึ่งมีอิทธิพลแห่งความคิดในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ซึ่งมีรากฐานมาจากการปฏิวัติรัฐประหาร เพื่อประกาศอิสรภาพให้กับประชาชน ผู้ถูกปกครอง และแนวความคิดนี้ได้แผ่กระจายไปทั่วโลก อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประเทศแถบตะวันออก มีรากฐานที่แตกต่างในแนวคิดตะวันตกอยู่บ้าง ทำให้สิทธิและเสรีภาพบางประการที่เกิดขึ้นในแถบประเทศตะวันออก อาจแตกต่างจากประเทศตะวันตก เช่น สิทธิในครอบครัว ประเทศฝั่งตะวันออก จะให้ความสำคัญที่เป็นผู้นำครอบครัว ความเข้มข้นของสิทธิในระหว่างสามีภรรยา จึงแตกต่างจากประเทศตะวันตกไปบ้าง หรือการปลดปล่อยทาสให้มีอิสรภาพโดยพระมหากษัตริย์ ซึ่งไม่ใช่เกิดจากการเรียกร้องของทาสเอง เป็นต้น

นอกจากนี้ ที่มาของการเกิดขึ้นของสิทธิและเสรีภาพ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งมีได้จากการที่พระมหากษัตริย์ หรือผู้นำประเทศเป็นผู้มอบให้กับประชาชน ที่เกิดขึ้นจากการเรียกร้องย่อมมีความแตกต่างกัน ดังนั้นที่มาของสิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนูญ ในแต่ละประเทศหรือแต่ละฉบับ ย่อมมีความแตกต่างในขอบเขตของเจตนารมณ์

2.2.1 ที่มาของสิทธิและเสรีภาพ

สำหรับที่มาของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทย ได้ปรากฏเรื่องสิทธิและเสรีภาพชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ได้บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในขณะนั้นได้มีการจัดทำปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ จึงมีการรับเอาหลักสิทธิมนุษยชน หรือหลักการสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ความเป็นมาของที่มาและหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเรื่องสำคัญ ที่จะทำให้ทราบหลักการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงทราบขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพได้

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นปีที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองครั้งสำคัญของประเทศไทยมาจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ มีที่มาและสาระสำคัญของหลักการที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของบ้านเมืองขณะจัดทำรัฐธรรมนูญ ทำให้ที่มาของรัฐธรรมนูญและความ

²⁸ สิริวัฒน์ สุภรณ์ไพบูลย์. (2521). *คำบรรยายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 3.

เข้มข้นของขอบเขตสิทธิและเสรีภาพไม่เท่ากัน ดังนั้น การจะทราบขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับเป็นสำคัญ ก่อนจะพิจารณาขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญบางฉบับเป็นเพียงการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจของรัฐไว้เพียงชั่วคราว เช่น รัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475²⁹ กำหนดเพียงเรื่องให้ราชอาณาจักรเป็นรัฐเดี่ยวจะแบ่งแยกมิได้ โดยให้มีการปกครองรูปแบบรัฐสภา ที่มีสภาเดี่ยวและมีพระมหากษัตริย์เป็นพระประมุขและทรงใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางคณะราษฎร³⁰ ซึ่งแตกต่างจากสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ที่กล่าวกันว่ามีบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพมากที่สุดฉบับหนึ่งที่ผู้ร่างพยายามนำหลักการจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และ พุทธศักราช 2517 มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ โดยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย

สำหรับที่มาของสิทธิและเสรีภาพ มีที่มาจากเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ ซึ่งมีการเรียกร้องของประชาชน เพื่อโค่นล้มรัฐบาล ของพลเอกสุจินดา คราประยูร ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรี ในสมัยนั้น และเมื่อมีรัฐบาลชั่วคราว ของนายอานันท์ ปันยารชุน ได้จัดให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งมีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการ และนายทักษพล เจียมวิจิตร เป็นเลขานุการกรรมการ โดยมีสาระสำคัญคือยึดมั่นในระบบรัฐสภา และกำหนดหลักอุดมการณ์ของชาติไว้เป็นสองประการ คือ ประเทศไทยต้องเป็นรูปแบบราชอาณาจักรอันหนึ่งเดียวจะแบ่งแยกมิได้ และต้องยึดมั่นในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข ต่อมาเมื่อนายชวน หลีกภัย ขึ้นมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ได้มีการทบทวนโครงสร้างระบบการปกครองเสียใหม่ โดยแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย” (คพป.) ศึกษาแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ต่อมาได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการปฏิรูปการเมือง” (คปก.) เพื่อทำหน้าที่ศึกษาและนำเสนอแนวทางต่อรัฐบาลการปฏิรูปการเมือง และมีการเสนอคณะรัฐมนตรีให้มีมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งจัดทำร่างรัฐธรรมนูญอยู่บนพื้นฐานของการกำหนดโครงสร้างและระบบใช้อำนาจรัฐเสียใหม่ เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิควบคุม

²⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/more_news.php?\[2558, 20 สิงหาคม\]](http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/more_news.php?[2558, 20 สิงหาคม])

³⁰ เดโช สวานานนท์. (2541). *แนวทางศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิถีชี คอมมิวนิเคชัน. หน้า 17.

และตรวจสอบได้อย่างแท้จริง อันเป็นการป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจการปกครองบ้านเมือง แสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้อง รวมทั้งคำนึงถึงสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชน อย่างแท้จริงใน กระบวนการทางการเมืองทุกขั้นตอน ให้ทุกคนมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และ ได้รับการคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐที่เกินเลยหรือไม่ชอบธรรม

2.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ความสำคัญในเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคล ได้รับความสนใจมาตั้งแต่ครั้งโบราณกาล ในยุคโรมันและกรีกโบราณ มีนักปราชญ์ ชื่ออริสโตเติล (384-322 ปีก่อนคริสตศักราช) ได้อธิบาย โดยให้คำจำกัดความไว้ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล ย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการเลือก และด้วยเหตุผล ที่ถูกต้อง ย่อมช่วยให้เข้าถึงกฎธรรมชาติได้ และ ณ จุดนี้เอง คือ สิทธิเสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์”³¹ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจของมนุษย์ เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลในยุคโบราณ ที่เชื่อว่ามนุษย์มีเสรีภาพอยู่แล้วตามธรรมชาติ ภายใต้เหตุผลที่ถูกต้อง เนื่องจากภูมิปัญญาของมนุษย์ เป็นการอธิบายโดยการอาศัยเหตุผลจากธรรมชาติเป็นหลัก โดยโสเครติส เพลโต นักปราชญ์ ในยุคเดียวกัน ต่างก็มีแนวความคิดเช่นเดียวกันนี้³² เนื่องจากในสมัยนั้น มนุษย์มีสภาพเป็นเพียงส่วน หนึ่งของระบบการเมืองของรัฐ ความมีอยู่ของแต่ละบุคคล เป็นผลมาจากความมีอยู่ของรัฐ มนุษย์แต่ละคนจะมีบทบาทที่แน่นอนของตนในนครรัฐ และจะเป็นสมาชิกที่มีบทบาทในนครรัฐได้ก็ต่อเมื่อ ผู้นั้นเป็นเพศชายและไม่เป็นทาส โดยพลเมืองชาวโรมันจะมีแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่ ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ฉะนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในสมัยโบราณ จึงวนเวียนอยู่ใน ด้านการเข้ามามีส่วนร่วมในปรากฏการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นเท่านั้น เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับ สิทธิเสรีภาพภายในรัฐ ยังมีได้มีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพจากรัฐแต่อย่างใด³³

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่าในสมัยกรีกและโรมันโบราณได้มีการเริ่มต้นความคิดทางปรัชญา ที่สามารถจะพัฒนาต่อไป เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ได้ สิ่งที่เขาเข้าไปในสมัยนั้นก็คือ การแปลง สิ่งเหล่านั้นให้มาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้ ทั้งกรีกและโรมันต่างก็ยังไม่รู้จักการทำให้รัฐเข้ามา ทำหน้าที่เป็นผู้ปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ พลเมืองของรัฐทั้งสองต่างก็พอใจกับการที่รัฐเคารพ ในขอบเขตสิทธิเสรีภาพภายในรัฐของตน

³¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทรวณิช. (2546). *การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

³² ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). *นิติปรัชญา*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 100-109.

³³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2548). *หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 51.

ในยุคกลาง มีความขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายอาณาจักรและฝ่ายศาสนจักร เป็นโอกาสสำหรับการพัฒนาสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นมาได้ โดยชนชั้นกลางในยุโรปไม่อาจทนการกดขี่จากชนชั้นสูงได้ จึงได้ต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพจนได้รับหลักประกันบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้กฎหมายจำกัดอำนาจผู้ปกครอง โดยเริ่มจากการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส และมีการประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เช่น การเรียกร้องจากผู้ปกครองมิให้กระทำการใด ๆ ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมถึงชีวิตเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ของมนุษย์ หากผู้ปกครองยังฝืนทำการดังกล่าว พลเมืองย่อมมีสิทธิที่จะไม่เชื่อฟังผู้ปกครองผู้นั้นอีกต่อไป และดำเนินการต่อต้านผู้นำผู้นั้นได้ โดยไม่ถือว่าเป็นผู้ไม่ก่อกวน³⁴

ในยุคต่อมา มีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากขึ้น ในหลายประเทศได้นำสิทธิเสรีภาพมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่โดยส่วนมากจะเป็นการรับรองเสรีภาพ แต่ก็มีการรับรองสิทธิอยู่บ้าง ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย กรรมสิทธิ์ และสิทธิทางการเมืองบางประการ เช่น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น จึงมีผู้วิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงโดยเฉพาะกลุ่มมาร์กซิสต์-เลนินนิสต์ ว่าภายใต้เงื่อนไขทางเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ตามที่เป็นอยู่เวลานั้น เสรีภาพใช้ได้เฉพาะแต่ผู้มีฐานะมั่งคั่งร่ำรวย ซึ่งเป็นคนส่วนน้อยในสังคมเท่านั้น ผู้ยากไร้ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในสังคม แทบจะไม่สามารถใช้เสรีภาพได้เลย อาทิ เสรีภาพในเคหสถานย่อมไม่มีความหมายสำหรับผู้ที่ไร้ที่อยู่อาศัย เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงความเห็น ย่อมไม่มีความหมายสำหรับผู้ที่ขาดการศึกษาอบรม ซึ่งเป็นสิ่งที่จะช่วยให้เขาคิดเป็น เนื่องจากต้องทำงานหาเลี้ยงชีพ ตั้งแต่อยู่ในวัยเยาว์ ถึงแม้ว่าตามกฎหมายแล้วราษฎรทุกคนจะมีเสรีภาพเท่าเทียมกัน ส่งผลให้รัฐเสรีประชาธิปไตยบางรัฐ บัญญัติรับรองสิทธิของราษฎรในอันที่จะเรียกร้องประโยชน์บางประการจากรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อประกันมาตรฐานแห่งการดำรงชีวิตขั้นต่ำให้แก่ผู้ด้อยโอกาสในสังคม อันจะทำให้คนเหล่านี้อยู่ในวิสัยที่จะใช้เสรีภาพด้านต่าง ๆ ได้เท่าเทียมกับคนที่มีฐานะดี โดยเรียกสิทธิเหล่านี้ว่า “สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ” (Social and Economic Rights) เช่น สิทธิในการทำงาน สิทธิที่จะมีที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม สิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูยามชราภาพ สิทธิที่จะมีเวลาพักผ่อนหย่อนใจ เป็นต้น แต่การเรียกร้องให้รัฐจัดบริการสาธารณะและปฏิบัติตามข้อเรียกร้องดังกล่าว จำต้องใช้งบประมาณมหาศาล รัฐที่มีงบประมาณไม่พร้อมจึงไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิเช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ หมวคสิทธิและเสรีภาพดั้งเดิม แต่นิยมแยกไปบัญญัติไว้ในอีกหมวคหนึ่ง เรียกว่า “แนวนโยบายแห่งรัฐ” ซึ่งมีฐานะเป็นแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือกำหนดพันธกรณีทางการเมือง

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

หรือทางศีลธรรมให้รัฐสภา และรัฐบาลปฏิบัติจัดทำเท่าที่สามารถจะทำได้เท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐแต่อย่างใด³⁵

เมื่อมีการรับรองถึงสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนแล้ว ก็มีการเรียกร้องให้ประชาชนทุกคนได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน ทำให้เกิดหลักการห้ามปฏิบัติที่แตกต่าง เป็นหลักการที่ประกาศครั้งแรกในกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพ โดยไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางด้านเผ่าพันธุ์ เพศ ภาษา และศาสนา ดังนั้นหากการดำเนินการใดๆ ของรัฐเป็นการกระทำเพื่อให้สิทธิหรือลดทอนสิทธิ หรือประโยชน์ของประชาชนแล้ว จะต้องอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกัน และต้องเป็นการกระทำในทางยืนยัน (re-affirmative action) ซึ่งเป็นการปฏิบัติที่มุ่งหมายส่งเสริมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นพิเศษ เพื่อให้บุคคลที่อยู่ในสถานะที่เสียเปรียบกว่าได้รับโอกาสที่จะใช้สิทธิได้เท่าเทียมกับผู้อื่น ต่อมาหลักการดังกล่าวได้ถูกบรรจุใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 3 โดยได้เขียนให้ชัดเจนขึ้นว่า “ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน” และตราสารสิทธิมนุษยชนต่อมาเกือบทุกเรื่อง ได้บรรจุหลักการนี้ไว้ในมาตราต้น ๆ เช่น กติการะหว่างประเทศ เป็นต้น³⁶

นอกจากนี้ ยังมีกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิของพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีเนื้อหาสาระเป็นการรับรองหลักการว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ โดยมีบทบัญญัติรวมทั้งสิ้น 53 ข้อ ในข้อ 1-27 เป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพ ส่วนในข้อ 28-53 เป็นวิธีการดำเนินงานเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิเสรีภาพ ที่รับรองไว้ซึ่งได้วางหลักประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหา โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ที่ตกเป็นผู้ต้องหา ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นการจับ การค้น การคุมขัง ซึ่งมาตรการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย รวมถึงทรัพย์สิน และชื่อเสียงของผู้ถูกใช้มาตรการดังกล่าวโดยตรง ดังนั้นจึงได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการดังกล่าว ให้เป็นบรรทัดฐานเพื่อให้เกิดความสมดุล ในการใช้อำนาจของรัฐ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และยังเป็น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกใช้มาตรการดังกล่าวด้วย โดยวางหลักที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิ ของผู้ถูกจับหลายประการ อาทิ หลักในการไม่เลือกปฏิบัติ การจับต้องไม่กระทำโดยพลการ และจะใช้กำลังได้ต่อเมื่อมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนเท่านั้น

³⁵ หุศต แสงอุทัย. (2511). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ*. กรุงเทพฯ: บารุงสาส์นการพิมพ์. หน้า 218-224.

³⁶ วิชัย ศรีรัตน์. (2544). *พัฒนาการของสิทธิมนุษยชน*, 3(2548) ตุลาคม. หน้า 32.

นอกจากนี้ยังได้วางมาตรการในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว เพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้วางไว้ อาทิ การให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบเหตุในการจับ การขังและยังได้สร้างมาตรการในการเยียวยาผู้ที่เสียหาย เนื่องจากการจับกุมหรือคุมขังโดยไม่ชอบ³⁷ หลักการดังกล่าว นอกจากจะได้รับการยอมรับจากประเทศในโลกระหว่างวันตกแล้ว ยังได้แพร่ขยายและซึมซับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของไทยด้วย

ทั้งนี้แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ได้พัฒนาขึ้นมาเป็นหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่รัฐต่าง ๆ ที่มีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยได้พัฒนาขึ้น เพื่อใช้เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง โดยผู้ปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบดังนี้³⁸

1. กฎหมายจะต้องมีเจตนารมณ์เพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพ ไม่ให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอื่น หรือประโยชน์สาธารณะ
2. กฎหมายจะต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป
3. กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน กฎหมายจะต้องไม่จำกัด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหาร จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น

2.2.3 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

หากพิจารณาความหมายของสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญมีเพียงใดนั้น อาจพิจารณาได้จากความหมายดังต่อไปนี้

โกคิน พลกุล ได้ให้ความหมายของสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า³⁹

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

“เสรีภาพ” หมายถึง สถานภาพของมนุษย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใครหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นอำนาจที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือจะไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

³⁷ ชาญเชวาร์ ไชยานุกิจ. (2542). *สิทธิมนุษยชนกับกระบวนการยุติธรรม*. บทบัณฑิตย. หน้า 169-170.

³⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). *กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 56.

³⁹ โกคิน พลกุล. (2539). *หลักกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 138-139.

วิชฌ์ เครื่องงาม ได้ให้ความหมายไว้ว่า⁴⁰

“สิทธิ” (Right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

“เสรีภาพ” (Liberty) หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า⁴¹

“สิทธิ” คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในการที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น

“เสรีภาพ” คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น และเป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยว ชัดขวาง เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่า สิทธิตามความหมายของรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่บุคคลในการที่จะกระทำการใด ไม่กระทำการใด รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง ที่จะไม่ให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐ ที่จะเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิของบุคคลนั้น บางกรณีอาจก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ต้องผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมด ที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิเหล่านั้นมีผลในทางปฏิบัติ ส่วนเสรีภาพ คือ ความมีอิสระของบุคคลที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามความประสงค์ของตน โดยไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น จึงเป็นอิสระของบุคคลที่จะใช้สิทธิต่าง ๆ ของตนที่มีอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด⁴²

จากความหมายของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว จึงเห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องพื้นฐานทั่วไปของประชาชน แต่การรับรองสิทธิเสรีภาพจะแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครองของแต่ละประเทศว่าจะรับรองสิทธิเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ (Absolute Right) หรือรับรองไว้แต่เปิดโอกาสให้มีการจำกัดสิทธิให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล ในการจะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยบุคคลในฐานะผู้ทรงสิทธิชอบที่จะกระทำใด ๆ กับทรัพย์สินของตนเองและชอบที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากรัฐหรือเอกชน และมีสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลอื่น ๆ

⁴⁰ วิชฌ์ เครื่องงาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์. หน้า 67.

⁴¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: เคสดีไทย. หน้า 41.

⁴² สภานิติบัญญัติแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. (2543) หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า.

ที่จะละเมิดสิทธิของตน เช่น หนี้ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น⁴³ หากมีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญจะเรียกว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjective öffentlicherecht) มีความหมายว่า อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชนดังกล่าว ก่อให้เกิดการเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนซึ่ง ณ จุดนี้เอง จึงเกิดสิทธิเรียกร้องต่อรัฐ เพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองเขตแดนดังกล่าวนั้น อีกทั้งเพื่อให้บุคคลในรัฐได้รับประโยชน์สมดังสิทธินั้น ๆ นอกจากนี้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ยังมีความหมายรวมถึงการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน (die institutionellen Garantien) จึงทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ หรือองค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐ จึงต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีผลได้อย่างสมบูรณ์ในทางปฏิบัติ⁴⁴

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง กล่าวโดยสรุป เสรีภาพคืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (self-determination) โดยอำนาจนี้ บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง สิทธิกับเสรีภาพ แม้จะคล้ายคลึงกัน ที่ต่างก็เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล แต่ก็แตกต่างกันในข้อสาระสำคัญ อันมีอาจมองข้ามเสียได้ กล่าวคือ สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในการที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นอีกคนหนึ่ง หรือหลายคน กระทำการหรือละเว้นกระทำการ อย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคล ในการที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำ และที่จะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำ แม้การมีอำนาจดังกล่าว จะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้น ก็เป็นแต่เพียงหน้าที่ ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น⁴⁵ หรือมองได้ว่าเป็นอำนาจที่บุคคลมีเหนือตนเอง ที่จะตัดสินใจกระทำการใด ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น⁴⁶ เป็นแนวความคิดแยกเสรีภาพออกจากสิทธิ เช่นเดียวกับคำราชาศาสตร์ของอังกฤษ⁴⁷

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 47.

⁴⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 41 หน้า 22.

⁴⁶ วิษณุ เครืองาม. (2530). *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 645.

⁴⁷ หยุด แสงอุทัย. (2542). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 224.

แต่มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งมองว่าเสรีภาพนั้น โดยความหมายในตัวมันเอง ย่อมไม่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา แต่หากกล่าวถึง สิทธิในเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญก็มีความหมายแคบกว่านั้นคือ สิทธิในเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึงบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพ ตามที่บัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้และบุคคลอื่นก็มีหน้าที่ ในอันที่จะไม่ไปล่วงละเมิดต่อการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น ซึ่งใน ประเด็นนี้อาจมองได้ว่า เสรีภาพเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่บุคคลอื่น ในการที่จะไม่เข้า มารบกวนการใช้อำนาจกระทำการหรืองดเว้นกระทำการของบุคคลนั้น โดยมีผู้ให้ความเห็นว่า เสรีภาพที่ได้รับการรับรองทางกฎหมาย ย่อมเป็นการรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชน ทำให้ เสรีภาพที่ได้รับการรับรองมีสถานะเป็นสิทธิด้วย ซึ่งอาจเรียกได้ว่า “สิทธิในเสรีภาพ” (right to liberty)⁴⁸ เป็นแนวความคิดเช่นเดียวกับกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่ไม่ได้แยกเสรีภาพออกไปต่างหาก โดยจัดเข้าอยู่ในจำพวกสิทธิตามกฎหมายมหาชน

สิทธิและเสรีภาพในบางครั้งเรียกรวม ๆ กันว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) เป็นสิ่งที่ประชาชนในประเทศต่าง ๆ เรียกร้องจากผู้มีอำนาจปกครองมาตั้งแต่ในอดีต โดยเฉพาะ ประเทศในทวีปยุโรป เป็นประเทศที่ริเริ่มแนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพจนสามารถได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการก่อนชนชาติอื่น ๆ และในปัจจุบันมีการวางแนวทางในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานร่วมกันระหว่างชาติต่าง ๆ ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

2.2.4 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายนี้ อาจจำแนกออกเป็นประเภท ๆ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ กัน เช่น จำแนกตามเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ จำแนกตามแหล่งกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ และ จำแนกตามอาการใช้สิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น⁴⁹

2.2.4.1 ประเภทของสิทธิ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน อันเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคล สามารถจำแนก ได้ดังต่อไปนี้⁵⁰

- 1) สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา

⁴⁸ บรรเจิด ลิงคะเนติ. อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 44 หน้า 48.

⁴⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *รายงานการวิจัยสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: กองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.). หน้า 21

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22-25.

- 2) สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นส่วนตัว เป็นต้น
- 3) สิทธิในทรัพย์สิน บุคคลจะได้รับการคุ้มครองสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินของตนและการสืบทอดมรดก
- 4) สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม
- 5) สิทธิในการเลือกตั้งและรับสมัครเลือกตั้ง
- 6) สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ
- 7) สิทธิมนุษยชน (Human Right) เป็นสิทธิที่ถือว่าติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย เป็นต้น
- 8) สิทธิพลเมือง (Citizen's Rights) เป็นสิทธิทางการเมือง เช่น สิทธิในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง สิทธิในการชุมนุมโดยสงบ เป็นต้น⁵¹

2.2.4.2 ประเภทของเสรีภาพ

เสรีภาพ เป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่โดยอิสระ ในการตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ด้วยตนเอง กล่าวคือเสรีภาพเป็นอิสระในการกำหนดตนเอง⁵² สามารถจำแนกเป็นประเภทได้ดังนี้

- 1) เสรีภาพในเคหสถาน ชาวไทยทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองในการอาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่นโดยปราศจากการยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการเข้าไปตรวจค้นเคหสถานโดยไม่มีหมายค้นจากศาลย่อมทำไม่ได้
- 2) เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักรจะกระทำมิได้
- 3) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นผ่านการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น จะจำกัดแก่บุคคลชาวไทยมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- 4) เสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งการกระทำต่าง ๆ เพื่อเผยแพร่ข้อมูลนั้นจะกระทำมิได้

⁵¹ มานิตย์ จุมปา. (2557). *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 83.

⁵² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 205.

5) เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิกาย ลัทธิ ความเชื่อทางศาสนา และเสรีภาพในการประกอบพิธีกรรมตามความเชื่อของตน โดยไม่เป็นปฏิบัติต่อหน้าที่ของพลเมือง และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นเสรีภาพของประชาชน

6) เสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบและปราศจากอาวุธ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเมื่อประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก

7) เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม สหพันธ์ สหองค์กร องค์กรเอกชน หรือหมู่คณะอื่น การจำกัดเสรีภาพต่างๆ เหล่านี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือป้องกันการผูกขาดในทางเศรษฐกิจ

8) เสรีภาพในการรวมตัวจัดตั้งพรรคการเมือง เพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

9) เสรีภาพในการประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะทำได้ โดยอาศัยกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของ ประเทศ และเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า

2.2.5 หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นหลักประกันสิทธิในแง่ของการจัดองค์กร ซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐ เพราะหลักการสำคัญ ๆ ของนิติรัฐ⁵³ ที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมา ในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย หรืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นตามกฎหมาย หรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณา ตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมาย ของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้น จะได้รับการเลือกตั้งมาจากรายการตามวิถีทางประชาธิปไตยก็ตาม ก็มีอาจไว้วางใจผู้ปกครองที่มีอำนาจได้ ดังที่ Montesquieu กล่าวไว้ว่า ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติ ให้บทเรียนว่า บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มที่จะมัวเมาใน

⁵³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 1-7.

อำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ๆ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควร จะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้ “อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง”⁵⁴ การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้อำนาจต่างองค์กรกัน และเป็นอิสระจากกัน โดยองค์กรเหล่านี้คอยตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (check and balances) กลไกดังกล่าว เป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนानิติรัฐ ด้วยเหตุนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นองค์กรประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพื่อมิให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาดนั่นเอง

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า แนวคิดเรื่องนิติรัฐนี้ เป็นแนวคิดของประชาชนที่ฝึกฝนในสิทธิ ปึงเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมีบทบาทสำคัญในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ดังนั้น รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐ จะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีอยู่วิธีเดียว คือ ขอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังมีผลใช้บังคับอยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดรัฐอยู่เสมอ ซึ่งรัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรโดยผ่านตัวแทนที่ราษฎรเลือกตั้งมา เพื่อทำหน้าที่ในการออกกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นหลักนิติรัฐจึงถือเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร⁵⁵

นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ผู้ได้ปกครอง โดยให้อำนาจผู้ได้ปกครองที่จะฟ้องร้อง เจ้าหน้าที่ของรัฐทางศาลเพื่อขอให้ยกเลิก แก้ไข หรือเลิกบังคับใช้การกระทำทางปกครองที่ละเมิดสิทธิของผู้ได้ปกครอง

ด้วยเหตุนี้ระบอบนิติรัฐ จึงได้รับการเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองประชาชน จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง การที่หลักนิติรัฐจะเกิดขึ้นได้ จึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประชาชนจะต้องมีอาวุธ อันได้แก่ สิทธิในการดำเนินการทางศาลต่อการกระทำทางปกครองที่ไม่ถูกต้อง และทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของตน

หลักนิติรัฐ มีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรของรัฐ การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมายและมีการ

⁵⁴ มงเตสกีเออ. (2528). เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (วิภาวรรณ ตูยานนท์, แปล). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 195-198.

⁵⁵ หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 123-124.

ควบคุมความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐด้วยการกระทำของรัฐ องค์การของรัฐ ทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการจะต้องปฏิบัติ ตามกฎหมาย อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัด ของการใช้อำนาจต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกัน และจะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือ กฎหมาย

2.3 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยและ ในบางครั้งถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สุดพื้นฐานเสียยิ่งกว่าเสรีภาพ ทั้งนี้เพราะความเสมอภาคทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างทั่วถึง ถ้าเสรีภาพเป็นเสรีภาพที่คนบางกลุ่มเข้าถึงได้ในขณะที่คน บางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึง เป็นฐานของเสรีภาพ และเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นอย่างจริงจัง⁵⁶ ดังนั้นหลัก ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น นั้นอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ⁵⁷

2.3.1 แนวความคิดของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยมีต้อง คำนึงถึงคุณสมบัติอื่นๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น และขณะเดียวกันก็ถือได้ว่า หลักความเสมอภาคนี้ เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ โดยการใช้อำนาจ ของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง รัฐต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการ อันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น โดยเฉพาะหากการให้ เหตุผล ไม่อาจรับฟังได้แสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้น เป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้นหลักความ เสมอภาค จึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสามารถ นำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้

การศึกษาถึงหลักความเสมอภาคนั้น ในเบื้องต้นนั้นย่อมต้องศึกษาถึงแนวคิดและ พัฒนาการเป็นอันพื้นฐานของหลักความเสมอภาค ดังนี้

⁵⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 31. หน้า 164-165.

⁵⁷ เกรียงไกร เจริญธรรมวัฒน์. (2547). “หลักความเสมอภาค” *รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 376.

แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาค ในปัจจุบันได้รับการรับรอง อย่างชัดเจน โดยถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality before the law) ที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ซึ่งผู้ที่มีความคิดเช่นนี้ ได้แสดงความคิดเห็นต่อต้านลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยต้องการกีดกันพระมหากษัตริย์ ไม่ให้ใช้พระราชอำนาจผิดทำนองคลองธรรมโดยอ้างถึงกฎหมายที่ว่า “บุคคลทุกคนเกิดมามีความเสมอภาคกันและมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในร่างกาย ทรัพย์สิน คิดตัวมาสิทธินี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนได้”⁵⁸ และหลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยังเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับสิทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ในสมัยนั้นด้วยโดยได้ให้ความสำคัญกับปัจเจกชนและสิทธิทั้งหลายของปัจเจกชนซึ่งจุดกำเนิดของระบบปัจเจกชนนิยมในทางกฎหมายมหาชน คือคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยการปฏิวัติปี ค.ศ. 1789 นี้ได้ยกเลิกระบอบกษัตริย์ที่ปกครองด้วยระบบศักดินาซึ่งบุคคลขึ้นอยู่กับฐานันดรและชนชั้นที่ตนสังกัด แต่ผู้ปฏิวัติได้ยกความสำคัญของปัจเจกชนขึ้นแทน โดยคำประกาศนี้ ให้ความสำคัญกับคนแต่ละคนรวมทั้งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นว่าเป็นหัวใจของสังคม ตามทฤษฎีนี้ ถือว่าหัวใจของสังคมอยู่ที่การยอมรับคุณค่าของทุกคนแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม รัฐหรือสังคมไม่สามารถก้าวท้าวสิทธิของเขาได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนร่วม⁵⁹ ที่จะเห็นได้จากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีข้อความว่า “มนุษย์เกิดมาและมีชีวิตอยู่โดยอิสระ เสมอกันภายใต้กฎหมาย ความแตกต่างในสังคมจะมีได้ก็เพื่อประโยชน์อันร่วมกัน” ต่อมาความคิดที่ว่ามนุษย์เกิดมามีความเสมอภาคกัน ตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1789 นี้ได้รับการยืนยันและขยายความ โดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 และปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 โดยได้แสดงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติโดยรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1958 ได้ยืนยันปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 ไว้ด้วย

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความคิดที่เป็นรากฐาน ของหลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญและหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นเรื่องเดียวกัน คือ เรื่องหลักความ

⁵⁸ สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 138.

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 70.

เสมอภาค ซึ่งเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตย ดังจะเห็นได้จากอุดมคติในการปกครองของ สาธารณรัฐฝรั่งเศส อันได้แก่ เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ⁶⁰ ประกอบกับมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ ที่ได้รับรองถึงความเสมอภาค ตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่แบ่งแยก แห่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย⁶¹ อันเป็นหลักสำคัญ ในการปกครองประเทศ และต่อมาประเทศต่าง ๆ ก็ได้้นำแนวคิดดังกล่าวไประบุในบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญ เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักความเสมอภาคอย่างเป็นรูปธรรมนั่นเอง

2.3.2 วิวัฒนาการแนวคิดของหลักความเสมอภาค

แนวความคิดเรื่องความเสมอภาคในสมัยดั้งเดิมนั้น เกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ ที่ ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคโรมัน ซึ่งต่อมาในสมัยกลาง ระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวคิดเรื่องความเสมอภาค โดยสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้น ซึ่งแปรผันตาม ที่ดินและเจ้าของที่ดิน เจ้าศักดินาแต่อย่างไรก็ตามความไม่เสมอภาคดังกล่าว ในสมัยกลางค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไป เมื่อเกิดชนชั้นกลางที่เข้มแข็ง จนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่ เสมอภาค ทั้งทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง ซึ่งต่อมาได้มีเอกสารที่แสดงออกถึงหลักความ เสมอภาคที่ดีที่สุด คือปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1789 โดยบัญญัติรับรองไว้ถึง 3 มาตราได้แก่

มาตรา 1 “มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคม จะกระทำได้ก็แต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม”

มาตรา 6 “กฎหมาย คือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกันกฎหมายจะต้อง เหมือนกันสำหรับทุกคน ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกัน เบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐ ตามความสามารถโดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน”

มาตรา 13 “เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อรายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่ จะต้องเก็บภาษีซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกัน สำหรับพลเมืองทุกคน โดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน”

ในภายหลังแนวคิดของหลักความเสมอภาคดังกล่าวก็ได้ถูกนำไปบัญญัติใน รัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศเพื่อเป็นการรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน อาทิ⁶²

⁶⁰ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ. (2541). *รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 2* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: อรุณสภา. หน้า 2.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

⁶² สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 161-164.

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตราแรกว่า “ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นของประชาชน เป็นประชาธิปไตยและเป็นของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชน โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิดเชื้อชาติหรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย”

รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 บัญญัติไว้ในมาตรา 3

“1. มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมาย

2. ชายและหญิงมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย รัฐผูกพันที่จะต้องดำเนินการให้มีความเสมอภาคอย่างแท้จริง ระหว่างหญิงและชาย และจะต้องดำเนินการให้ยกเลิกอุปสรรคที่ดำรงอยู่

3. บุคคลย่อมไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือมีอภิสิทธิ์ เพราะเหตุในเรื่องเพศ ชาติกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ชาติ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อ หรือความคิดเห็นในทางศาสนาหรือในทางการเมือง บุคคลย่อมไม่ถูกแบ่งแยกด้วยเหตุเพราะความพิการ”

รัฐธรรมนูญอิตาลี ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1947 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ว่า “พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมอย่างเดียวกันและเท่าเทียมกันเบื้องต้นตามกฎหมายโดยปราศจากการแบ่งแยก เพราะเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สภาพร่างกาย หรือสภาพทางสังคม เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะต้องขจัดอุปสรรคทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม ที่ขัดขวางต่อการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของผู้ใช้แรงงานในองค์กรทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศ ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของพลเมือง”

รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐออสเตรเลีย ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 บัญญัติไว้ใน มาตรา 7 ว่า

“1. พลเมืองของสหพันธ์ทุกคน มีความเสมอภาคเบื้องต้นตามกฎหมาย อภิสิทธิ์จากการเกิด เพศ สภาพร่างกาย ชนชั้น ศาสนาไม่อาจมิได้ บุคคลย่อมไม่ถูกกีดกันเพราะความพิการ สาธารณรัฐผูกพันที่จะคุ้มครองความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนพิการและบุคคลธรรมดาทั่วไป ในทุกแง่มุมของชีวิตประจำวัน

2. สหพันธ์รัฐ มลรัฐ และเทศบาลรับรองหลักความเสมอภาค ระหว่างชายและหญิง มาตรการที่มุ่งส่งเสริมความเสมอภาคดังกล่าว ย่อมได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามาตรการเหล่านั้น ต้องการขจัดความไม่เสมอภาคที่ดำรงอยู่”

นอกจากนี้ยังมีเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับ ที่ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้เช่นกัน เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention of Civil and Political Rights), ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) โดยได้ระบุหลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน

จากแนวคิดหลักความเสมอภาค ในระบบสากลข้างต้น ได้มีอิทธิพลต่อประเทศไทย ในการกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคเช่นกัน โดยก่อนการปฏิวัติ การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 นั้น ประเทศไทยไม่มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้แต่ประการใด ซึ่งเห็นได้จากการมีส่วนร่วมทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่ทำโดยบุคคลบางกลุ่มเท่านั้น เมื่อคณะราษฎรทำการปฏิวัติจึงได้ร่างประกาศ 6 ประการ ซึ่งมีหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง⁶³

แต่อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จะมีได้กล่าวถึงหลักความเสมอภาคไว้โดยเฉพาะ ซึ่งก็น่าจะเป็นเพราะต้องการความรวดเร็วและมุ่งให้เป็นธรรมนูญฉบับชั่วคราว ทั้งอีกคณะราษฎรเห็นว่าได้ยอมรับหลักความเสมอภาคไว้ในประกาศ 6 ประการ ซึ่งถือเป็นปฏิญญาแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสยามที่มีผลบังคับได้ ดังเช่นรัฐธรรมนูญอยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้มีการเข้าช้อนแต่ประการใด แต่ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 นี้ก็เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก ที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคในการออกเสียงเลือกตั้งโดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 14 ว่า “ราษฎรไม่ว่าเพศใด...ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้...” หลังจากนั้นก็มีรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับ ที่บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้โดยชัดแจ้ง ซึ่งมักบัญญัติให้ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอกัน⁶⁴ แต่การใช้กฎหมายของประเทศไทย นับตั้งแต่ที่ได้มีการนำหลักความเสมอภาค มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรก หลักการดังกล่าวแทบจะไม่ค่อยได้รับการกล่าวถึงหลักความเสมอภาค จึงเป็นเพียงหลักการที่บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้พัฒนาการของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นไปอย่างจำกัด⁶⁵

⁶³ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ่างแล้ว.อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 174.

⁶⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ่างแล้ว.อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 175.

⁶⁵ บรรเจิด ลิงคะเนติ. (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค*. กรุงเทพฯ: กุรุสภา. หน้า 1-2.

จากพัฒนาการของหลักความเสมอภาค ที่มีมาอย่างต่อเนื่องและยาวนานที่ประเทศไทยได้รับมาจากระบบสากลนั้น จะเห็นได้ว่าพัฒนาการดังกล่าวมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไป จนกระทั่งมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ขึ้น พัฒนาการจึงได้มีการก้าวกระโดดอย่างเห็นได้ชัด โดยได้มีการนำแนวคิดหลักความเสมอภาคในต่างประเทศ มาบัญญัติเป็นหลักความเสมอภาคใน มาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ จึงทำให้มีความก้าวหน้าทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ แต่ในขณะเดียวกัน ก็ต้องทำความเข้าใจในแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคด้วยเพื่อจะทำให้หลักการดังกล่าว บังคับใช้ได้เป็นอย่างดี ซึ่งเป็นผลลัพท์ที่จะเป็นการคุ้มครองประชาชนภายใต้หลักความเสมอภาคนั้นเอง

หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพ เนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้น ในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีความเสมอภาคแต่ประการใด⁶⁶

2.3.3 ความหมายของหลักความเสมอภาค

ความเสมอภาคในทางกฎหมาย กล่าวคือบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมาย เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ ไม่ใช่หมายความว่า ทุกคนจะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของ และความเสมอภาคในกฎหมายนี้ เป็นได้ในทางสิทธิและในทางภาระหน้าที่ความเสมอภาคในทางหน้าที่ หรือภาระ ได้แก่ ความเสมอภาคในการเสียภาษี ตามความสามารถของแต่ละบุคคล หรือความเสมอภาคในการรับราชการทหาร อาจกล่าวได้ว่าหลักความเสมอภาคนั้น คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน โดยที่รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกัน ในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกัน ในสาระที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะของแต่ละคน⁶⁷

หลักความเสมอภาคเป็นหลักสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ใน มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” มาตรา 5 “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าแหล่งกำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน” และใน มาตรา 30 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ตามหลักความเสมอภาคนี้อีกครั้งต่าง ๆ ของรัฐซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครองด้วย

⁶⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 165.

⁶⁷ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 52 หน้า 127.

ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค⁶⁸ กล่าวคือ สิ่งที่เหมือนกันต้องใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกันพิจารณา สิ่งที่แตกต่างกันต้องใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันพิจารณาจึงจะเสมอภาค ดังนั้นสิ่งที่เหมือนกันหากใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันพิจารณา หรือสิ่งที่แตกต่างกันหากใช้หลักเกณฑ์ที่เหมือนกันพิจารณา ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อหลักความเสมอภาค ความเสมอภาคในกฎหมายหรือเท่าเทียมกันในกฎหมายซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของความยุติธรรม เพราะเป็นหลักการที่เรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน การที่จะพิจารณาว่ามีการปฏิบัติอย่างเสมอภาค หรืออย่างเท่าเทียมกันหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องมีการเปรียบเทียบกันว่าการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่ง เหมือนหรือแตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่งหรือไม่ โดยก่อนที่จะมีการเปรียบเทียบว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่ง เหมือนหรือต่างจาก อีกบุคคลหนึ่งหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาสิ่งที่จะนำมาเปรียบเทียบกันก่อนว่ามีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันพอที่จะนำมาเปรียบเทียบกันได้หรือไม่⁶⁹ หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักที่ใช้ควบคุมไม่ให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ และใช้ในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายปกครองหรือการพิจารณาคดีของศาล ตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยของรัฐแห่งหนึ่งกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้สมัครเข้าศึกษาในคณะศึกษาศาสตร์ โดยห้ามบุคคลเพศที่สาม เข้าสมัครเรียนเงื่อนไขเช่นนี้ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ สถานะของบุคคลอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค⁷⁰

2.3.4 องค์ประกอบของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค อาจมองว่าหลักการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันในแง่ที่ว่า เป็นหลักที่เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาก่อนออกคำสั่งหรือกระทำการทางปกครอง หรือแบบแก้ไข หากศาลปกครองนำไปใช้ปรับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่เกิดขึ้น

หลักแห่งความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่โดยการใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติต่อเนื่อง จากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ดังนั้น การปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาค ย่อมแตกต่างกันไป

⁶⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2544). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 38.

⁶⁹ บรรเจิด สิงคนดี. (2540) *ความเสมอภาค*. สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 3.

⁷⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 68 หน้า 38.

ทั้งนี้ ย่อมต้องเป็นความแตกต่างที่ยอมรับได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค เพื่อให้เกิดความยุติธรรม องค์ประกอบความเสมอภาค มีดังนี้

2.3.4.1 สิ่งที่มีเหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน กล่าวคือ ไม่แตกต่างกัน⁷¹ ความเท่าเทียมกันกับหลักความเสมอภาค ไม่จำเป็นต้องเท่าเทียมกัน ทุกประการ กล่าวคือ เท่าเทียมกันในสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นความเท่าเทียมกันในสาขาของกฎหมาย หมายความว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ต้องได้รับผลทางกฎหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้นหลักความเสมอภาคในหลักเกณฑ์ข้อนี้ จึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณี กลุ่มบุคคลสองกลุ่มหรือบุคคลสองคน หากพบว่ามีเหมือนกันหรือแตกต่างกันในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ต้องได้รับการปฏิบัติและผลทางกฎหมายเหมือนกันจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ยากแก่การพิจารณา

หากนำหลักเกณฑ์ข้อนี้ไปใช้ในคดีปกครอง ก็ต้องมีการเปรียบเทียบข้อเท็จจริงสองกรณี แล้วจึงพิจารณาว่าปฏิบัติให้เหมือนหรือแตกต่างกันตามลักษณะและข้อเท็จจริงเฉพาะแห่งคดี หากไม่มีการพิจารณาเปรียบเทียบข้อเท็จจริงหรือสาระสำคัญแห่งคดี อาจขัดต่อหลักความเสมอภาค

2.3.4.2 สิ่งที่ไม่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือแตกต่างกัน ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน ต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน การใช้หลักเกณฑ์ข้อนี้ ต้องมีการเปรียบเทียบข้อเท็จจริง เช่นเดียวกันหลักเกณฑ์ข้อแรกหากเปรียบเทียบแล้ว พบว่ามีความแตกต่างกันในข้อเท็จจริงแห่งคดี การปฏิบัติต่อสิ่งที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริง หรือสถานที่แตกต่างกัน ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกัน โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปฏิบัติให้แตกต่างกันด้วย กล่าวคือหลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงแห่งคดี แต่ถ้ามีความแตกต่างกันในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญแล้ว ต้องถือว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น อยู่ในสถานะที่เหมือนกัน ต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการปฏิบัติ ในทางตรงกันข้าม หากใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ขัดต่อหลักความเสมอภาค

ตัวอย่างเช่น การประท้วงหยุดงานของข้าราชการกับเอกชน มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การประท้วงหยุดงานของข้าราชการอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชน ข้าราชการมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ การประท้วงหยุดงานย่อมกระทบต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ซึ่งแตกต่างจากการประท้วงของเอกชน มาตรการที่รัฐจะนำมาใช้กับการประท้วงหยุดงานจึงต้องแตกต่างกัน

⁷¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 52 หน้า 128.

2.3.5 ประเภทของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย สามารถแยกประเภทของหลักความเสมอภาคได้ 2 ประเภท คือ หลักความเสมอภาคทั่วไปและหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

1) หลักของเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคน ที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมีได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใด มีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้ว ก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ ตัวอย่างเช่น ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะ ความเสมอภาคในการเข้าทำสัญญากับรัฐ ความเสมอภาคในการสอบบรรจุข้าราชการ กล่าวคือหลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นสิทธิของบุคคลที่จะเรียกร้องไม่ให้อำนาจรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยไม่พิจารณาถึงเนื้อหา หรือไม่มีเหตุผลสนับสนุน ที่จะรับฟังได้ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาคทั่วไป ดังนั้นหลักความเสมอภาคต่อหน้าที่ตามกฎหมาย จึงเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไป ที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน⁷²

ดังนั้นการดำเนินการทางปกครอง หากขัดต่อหลักความเสมอภาค ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย นำไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองต่อไป ตัวอย่างกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นได้แก่ สิทธิของผู้พิการในการสมัครสอบได้เป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545) สิทธิของผู้พิการในการสมัครสอบเป็นผู้ช่วยอัยการ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545) กล่าวโดยสรุปหลักความเสมอภาค เป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมายาวนานนับตั้งแต่ฉบับแรก ๆ⁷³

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องคือ หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขต เรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง⁷⁴ เป็นต้น ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไป กับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความ

⁷² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2555). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 159-160.

⁷³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2556). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 277.

⁷⁴ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. *อ่าวแล้ว.เชิงอรธที่ 52* หน้า 133.

เสมอภาคทั่วไปนั้น สามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และบุคคลทุกคน ย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง อาจถูกจำกัดโดยเฉพาะเรื่อง หรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษ ซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดและได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปได้อีก⁷⁵ ตัวอย่างกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นได้แก่การคัดเลือกพนักงานคดียกฟ้องเฉพาะบุคคลที่ได้รับวุฒิปริญญาตรีเกียรตินิยม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 387/2548)

2.3.6 หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค

หลักแห่งความเสมอภาค เป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่โดยการใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติ เนื่องจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ดังนั้นการปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาค ย่อมแตกต่างกันไป ทั้งนี้ย่อมต้องเป็นความแตกต่างที่ยอมรับได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค เพื่อให้เกิดความยุติธรรมมีดังนี้

1) ต้องใช้กฎเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคน เว้นแต่ว่าสถานการณ์แตกต่างกันไป หลักเกณฑ์ทั่วไปของการปฏิบัติ คือต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกันในสถานการณ์เดียวกัน เว้นแต่ว่าสถานการณ์นั้นแตกต่างออกไป จึงเป็นการต้องห้ามแก่ผู้บัญญัติกฎเกณฑ์ ที่จะต้องมีผลไม่เสมอภาคแก่บุคคล กล่าวคือเหตุการณ์ที่เหมือนกันหรือที่เหมือนกันในสาระสำคัญนั้น ต้องได้รับการปฏิบัติโดยกฎเกณฑ์เช่นเดียวกัน แต่หากมิใช่เรื่องที่มีสภาพการณ์อย่างเดียวกัน ก็สามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่มาบังคับใช้แก่บุคคล ซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ย่อมมีเนื้อหา รายละเอียด และผลบังคับที่แตกต่างกันไปได้ เช่น ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณสุขจากรัฐ ประชาชนทุกคนสามารถใช้บริการรถเมล์ของรัฐอย่างเสมอภาคทุกคน ซึ่งเป็นหลักความเสมอภาคอย่างกว้างๆ อีกตัวอย่างหนึ่งการที่รัฐกำหนดราคาตัวรถไฟเป็นชั้นหนึ่ง ชั้นสอง และชั้นสามตามปัจจัยทางเศรษฐกิจ ของแต่ละคนที่แตกต่างกันไปตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

2) การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้น ต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้น การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ต้องคำนึงถึงสาระสำคัญของกฎเกณฑ์ คือกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นถึงแม้จะอยู่ในสถานะที่เหมือนกัน แต่ข้อเท็จจริงอัน

⁷⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 52 หน้า 133

เป็นสาระสำคัญ แตกต่างกันแล้วกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับ ต้องแตกต่างกันไปด้วย แต่ถ้าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นสาระสำคัญและอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแล้ว กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับนั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่นกฎหมายบำเหน็จบำนาญกำหนดให้ข้าราชการต้องรับราชการ 10 ปี ขึ้นไปจึงจะมีสิทธิรับบำเหน็จบำนาญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายบัญญัติให้ข้าราชการซึ่งรับราชการเพียง 2 ปี ที่ผู้บังคับบัญชาเห็นควรยกย่องให้ได้รับบำเหน็จบำนาญเท่ากับข้าราชการซึ่งได้บำนาญ 10 ปี เช่นนี้หาได้ไม่ เพราะเมื่อเหตุไม่เหมือนกัน คือเวลาราชการไม่เท่ากันก็ควรได้รับผลปฏิบัติแตกต่างกัน ไม่ควรให้ได้รับผลปฏิบัติเสมอกันแม้ว่าจะอยู่ในสถานะที่เป็นข้าราชการเหมือนกันก็ตาม⁷⁶

3) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน การปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคนั้น ย่อมต้องคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคล หรือประโยชน์ของปัจเจกชน ดังนั้นจะอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชนนั้นหาได้ไม่ เช่น ในกรณีที่มีความไม่สงบเกิดขึ้นในบ้านเมือง ทางกรจำเป็นต้องใช้มาตรการบางอย่าง เพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขกลับมาสู่บ้านเมืองอย่างรวดเร็วที่สุดและการใช้มาตรการดังกล่าวนั้น สะท้อนให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติและการเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาค ผู้ที่เดือดร้อนจากการกระดังกล่าว จะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคต่อรัฐหาได้ไม่

4) การอ้างประโยชน์สาธารณะ เพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคนั้น จะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ การอ้างประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้แตกต่างกัน แม้จะถือว่าเป็นการกระทบต่อหลักแห่งความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ตามที แต่อย่างไรก็ดี การกระทำดังกล่าว จะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยก อย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วก็ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ การแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้นั้น ที่เห็นได้ชัดก็คือการแบ่งแยกที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่อง แหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น

5) การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ หรือการปฏิบัติในทางบวก คือการดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกัน ในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่น เพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่⁷⁷ ซึ่งหลักการนี้เกิดจากแนวคิดของประธานาธิบดีจอห์น เอฟ. เคนเนดี และประธานาธิบดีลินคอล์น บี. จอห์นสัน ที่ต้องการสร้างความเป็นธรรมขึ้นใน

⁷⁶ สมยศ เชื้อไทย. (2535). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 139.

⁷⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 170.

สังคมนอเมริกา โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับด้วยการตรากฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act) ขึ้นเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 1964⁷⁸ และศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา ดำเนินการตามหลักดังกล่าวโดยการตัดสินในคดี Regents of University of California V. Bakke 438 US265 (1978) ว่าการที่มหาวิทยาลัยสำรองที่นั่ง 16% ของคณะแพทยศาสตร์ให้แก่นักศึกษาชนกลุ่มน้อยต่างๆ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ เป็นต้น นอกจากนี้หลักการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่นี้ยังได้รับจากรับรองจากศาลประชาคมยุโรป โดยมีการนำหลักเกณฑ์นี้มาตัดสินในคดี Affaire linguistique belge ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.1969 ว่า “ความไม่เสมอภาคทางกฎหมายบางประเภทมีขึ้นเพื่อแก้ไขความไม่เสมอภาคในทางความเป็นจริง”⁷⁹

อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสหลักการนี้ กลับมิได้รับการยอมรับเพราะถือว่าขัดกับหลักกับหลักความเสมอภาค โดยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วินิจฉัยได้ เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ.1982 ว่าการที่รัฐสภา ตรากฎหมายกำหนดว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลแบบบัญชีรายชื่อ นั้น บัญชีรายชื่อใดบัญชีรายชื่อหนึ่ง จะมีผู้สมัครสมาชิกสภาเทศบาลเพศเดียวกันเกินกว่า 75% ไม่ได้ คือว่าขัดกับหลักความเสมอภาคที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁸⁰

2.3.7 ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค

หลักแห่งความเสมอภาค เป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติ แก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่บางสิ่งที่เหมือนกัน อาจต้องพิจารณาด้วยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ที่เรียกว่าการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม⁸¹ หากมีลักษณะตามข้อยกเว้นดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) การเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์มหาชน ตามหลักกฎหมายมหาชนเมื่อประโยชน์สาธารณะ ขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล รัฐก็จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างเช่น รัฐจำเป็นต้องเวนคืนที่ดินของเอกชน เพื่อสร้างถนนสาธารณะเพื่อประโยชน์โดยรวมของสังคม ในกรณีเช่นนี้แม้ว่าการเวนคืนเฉพาะที่ดินเอกชนบางราย ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หากการกำหนดแนวคิดในการเวนคืนนั้น เป็นไปตามหลักวิชาการที่ไม่ได้เลือกปฏิบัติ เพื่อให้บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ ในกรณีนี้เอกชนไม่สามารถอ้างหลักความเสมอภาคต่อรัฐได้ บุคคลนั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากรัฐได้เท่านั้น⁸² ทั้งนี้การปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคนั้น ย่อมต้องคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคล

⁷⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 170.

⁷⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 170

⁸⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 31 หน้า 171.

⁸¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 52 หน้า 135.

⁸² บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 44 หน้า 174.

หรือประโยชน์ของปัจเจกชนดังนี้ จะอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชน โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะนั้นไม่ได้⁸³

2) การเลือกปฏิบัติเพื่อมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่

เพื่อลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ในสังคม เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติยอมให้รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกำหนดมาตรการบางอย่างขึ้น เพื่อเป็นการจัดอุปสรรคซึ่งเป็นการส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น การปฏิบัติให้แตกต่างดังกล่าวจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม⁸⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งว่าการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ หรือการเลือกปฏิบัติในทางบวก มีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิเสรีภาพได้ เช่นเดียวกันกับบุคคลอื่น อันเป็นการยกระดับเพื่อชดเชยหรือทดแทนแก่กลุ่มบุคคลผู้ด้อยโอกาสในสังคม ทั้งในทางกายภาพ ทางเศรษฐกิจ หรือทางด้านสังคม ตัวอย่างเช่น กำหนดให้บุคคลซึ่งเป็นผู้พิการหรือทุพพลภาพ มีสิทธิ์ได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะหรือความช่วยเหลืออื่นจากรัฐตามที่กฎหมายกำหนดหรือกรณีตามมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้บุคคลซึ่งอายุเกิน 60 ปี บริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพมีสิทธิ์ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ ตามที่กฎหมายกำหนดอันเป็นการดำเนินการตามกฎหมาย ที่รัฐจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดหรือส่งเสริมให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีฐานะด้อยกว่าคนอื่นสามารถใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น

2.4 หลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักการใช้ดุลพินิจ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ต้องกระทำ “เท่าที่จำเป็น” ความหมายตามรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ นักวิชาการหลายท่านต่างยอมรับกันว่าเป็นการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปของหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้ หลักความพอสมควรแก่เหตุ จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญส่วนหนึ่งของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ในการศึกษาบทนี้ จึงเป็นการศึกษาหลักความพอสมควรแก่เหตุ ในความสัมพันธ์กับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยในส่วนแรกผู้วิจัยได้ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศไทย ส่วนที่สองเป็นการศึกษาถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ส่วนที่สามเป็นการศึกษาถึงหลักความพอสมควร

⁸³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 52 หน้า 135.

⁸⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 44 หน้า 174.

แก่เหตุกับการบัญญัติกฎหมาย และส่วนที่สี่ซึ่งเป็นส่วนสุดท้ายเป็นการศึกษาถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในกฎหมายต่าง ๆ

2.4.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

แนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศไทย ไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าเริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อใด และมีรากฐานมาจากที่ใด มีเพียงความเห็นของนักวิชาการและรายงานวิจัยบางฉบับ ที่กล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศไทยว่ามาจาก “หลักความยุติธรรม” โดยหลักความสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit หรือเรียกกันในทางนิเสธว่า Übermassverbot) เป็นหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ และมีบทบาทมากในกฎหมายมหาชนของเยอรมัน และมีภาคบังคับในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักนี้เรียกร่องว่า วิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้นจะต้องเหมาะสม จำเป็น อีกทั้งมาตรการที่ใช้ต้องได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ (in einem angemessenen Verhältnis stehen)⁸⁵

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยชื่อว่า “หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างกว้าง” ไว้ในหนังสือ “คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ “รัฐธรรมนูญเยอรมัน”⁸⁶ สรุปได้ว่า มาตรการของรัฐที่กระทบกระเทือนถึงขอบเขตที่ได้รับควบคุมครองตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่หนึ่งถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ แต่อีกแง่หนึ่งอาจเป็นการละเมิดสิทธิโดยมิชอบก็ได้ เป็นเรื่องความขัดแย้งระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานกับมาตรการของรัฐ เพื่อความผาสุกของส่วนรวม ซึ่งฝ่ายใดควรจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน และการชั่งน้ำหนักดังกล่าวนี้ ต้องยึดหลักว่า “จะต้องไม่เกินกว่าเหตุ” หลักการนี้แยกพิจารณาได้เป็น 3 หลักการย่อยตามแนวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1) หลักความเหมาะสมในการออกกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะเลือกใช้ได้ แต่วิธีการที่สามารถส่งให้บรรลุเป้าหมายที่วางไว้จริง ๆ จึงจะเรียกได้ว่ามาตรการนั้น ๆ เป็นมาตรการที่เหมาะสม

2) หลักความจำเป็น หากการที่จะดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่วางไว้ สามารถใช้มาตรการที่อ่อนกว่า ที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดมาได้โดยไม่เสียหาย ก็ถือว่ามาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมานั้นขัดต่อหลักความเป็นจริง

⁸⁵ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 263.

⁸⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2553). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 165-167.

3) หลักความพอสมควรแก่เหตุ ตามความหมายอย่างแคบ มีเกณฑ์ว่า ผลกระทบที่มีต่อปัจเจกบุคคล ควรจะอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผล กับประโยชน์ส่วนรวม จะได้รับการชั่งน้ำหนักระหว่างความรุนแรงของการละเมิดสิทธิ กับความสำคัญและความจำเป็นที่ให้ความชอบธรรมแก่มาตรการนั้น โดยต้องคำนึงถึงผลของการดำเนินมาตรการนั้น จะต้องไม่เกินขอบเขตที่อาจคาดหมายให้ผู้ถูกระทบสิทธิสามารถรับได้

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยใช้ชื่อว่า “หลักความได้สัดส่วน” ไว้ในหนังสือ “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”⁸⁷ สรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของคนอย่างพอประมาณ โดยได้แบ่งแยกหลักความได้สัดส่วนเป็น 3 หลักการย่อย คือ

1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) เป็นหลักการที่กำหนดว่า ในบรรดามาตรการ ที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจารณญาณ เลือกรวมมาตรการที่สามารถดำเนินการ ให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น สำเร็จลุล่วงไปได้

2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการ ซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล คือสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่มาตรการเหล่านั้น มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกรวมมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด หลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งทีเลือกรายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่ต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลือกรายน้อยที่สุด”

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality strict sensu) เป็นหลักการที่ทำให้เกิดดุลยภาพขึ้น ระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยส่วนรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกร้อยว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษแล้ว

⁸⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้ว.เชิงอรรถที่ 53 หน้า 85-91.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ ในบทความวิชาการเรื่อง “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตรฐาน” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”⁸⁸ สรุปได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญ โดยได้แบ่งแยกหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็น 3 ส่วน คือ

1) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง “เหมาะสม” ที่บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ หลักความเหมาะสมนี้เรียกร่องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการ ที่รัฐใช้จำกัดสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งมีผลล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คำถามแรกที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องถามตนเอง คือมาตรการต่าง ๆ ที่ได้กำหนดขึ้นและตราไว้ในกฎหมายนั้น อยู่ในวิสัยที่จะทำให้ผลที่ตนต้องการบรรลุได้หรือไม่ กฎหมายใดก็ตามที่กำหนดมาตรการซึ่งเห็นประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ ย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม

2) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น เป็นกฎหมาย จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น เพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ กล่าวคือ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่างกฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักความจำเป็น

3) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น ต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบด้วย องค์กรนิติบัญญัติต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น

บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยใช้ชื่อว่า “หลักความได้สัดส่วน” ไว้ในหนังสือ “หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”⁸⁹ โดยนำหลักการดังกล่าวในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อธิบายสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ โดยมีสาระสำคัญ อยู่ 3 ประการ คือ

⁸⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543). เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตรฐาน” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์, 30 (2) หน้า 187-189.

⁸⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 274,277,279.

1) หลักความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit) ความหมายในทางคำรา และคำพิพากษานั้น อธิบายว่ามาตรการที่เหมาะสม คือมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว เป็นไปด้วยความยากลำบากส่วน การอธิบายแนวใหม่ซึ่งได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ ความสัมพันธ์ ซึ่ง Pieroth และ Schlink ได้ อธิบายว่า ความเหมาะสมหมายความว่าถึงสภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงและภายใน สภาพการณ์นั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้น วาง อยู่บนสมมุติฐาน ที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน ว่ามีความ เป็นไปได้ ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความ เหมาะสม

2) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) หลักการนี้ได้รับการ อธิบายในเชิงบอกล่าว ว่า เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้น เป็นมาตรการที่จำเป็น ส่วนการอธิบายในเชิงปฏิเสธ อาจอธิบายว่า ความจำเป็นของมาตรการใด มาตรการหนึ่งนั้น ไม่มีอยู่หากบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้นหรือผลสำเร็จที่ดีกว่า สามารถจะกระทำ ได้ โดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า ทั้งในทางคำราและคำ พิพากษาของศาลถือกันว่าหลักความจำเป็น เป็นหลักการหนึ่งของการแทรกแซงน้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) หลักการนี้เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweck) และวิธีการ (Mittel) มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่เหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ ระหว่างวิธีการ ดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการนี้อาจกล่าว ได้ว่าอยู่ที่การได้รับผลกระทบ อันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพปัจเจกบุคคล จะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์ อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการนั้น จะต้องมิมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจาก มาตรการดังกล่าว

วุฒิชัย จิตตานุ ได้ อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยใช้ชื่อว่า “หลักการได้ สัดส่วน” ในบทความทางวิชาการเรื่อง “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล”⁹⁰ สรุปได้ว่า หลักการสัดส่วนเป็นพื้นฐานสาระสำคัญจากแนวคิด

⁹⁰ วุฒิชัย จิตตานุ. (2549). การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิ ปัจเจกบุคคล. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 8 (22) หน้า 41-42, 44.

ตามหลักนิติรัฐเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ ในการชี้แจงน้ำหนักดุลพินิจ ในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับ ซึ่งนอกจาก ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองต้องคำนึงถึงหลัก กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้แล้ว ยังต้องใช้หลักการสัดส่วนเป็นเกณฑ์ในการชี้แจงน้ำหนัก ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับหรือ บรรดากฎหมายต่างๆ เหล่านั้นว่า ได้ความเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมหรือไม่ มีความจำเป็นหรือไม่ และเป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามกฎหมายหรือตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยแบ่งแยกหลัก ความพอสมควรแก่เหตุออกเป็น 3 หลักการย่อย คือ

1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of suitability) เป็นหลักการที่บังคับให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจ ต้องมีความเหมาะสมกับการดำเนินให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น และคำสั่ง ทางปกครองใดที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมในการดำเนินการตามที่กฎหมายบังคับไว้ ย่อมถือว่าเป็น คำสั่งที่ไม่เหมาะสม ศาลปกครองอาจก้าวล่วงใช้อำนาจเพิกถอนได้

2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of necessity) เป็นหลักการที่ใช้ในการชี้แจง น้ำหนัก ว่าการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งนั้น มีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด และมีวิธีการทางเลือก ใดที่จะใช้หรือไม่ หากไม่มีมาตรการทางใดหรือมีมาตรการอื่นใด ที่เลือกได้แล้วการใช้หลักความ จำเป็นนั้นต้องใช้ในการแทรกแซงน้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense) เป็นมาตรการในการชี้แจงน้ำหนัก ความได้สัดส่วนสมดุลระหว่างสิทธิส่วนตัวเสีย เอกชนและสิทธิส่วนตัวเสียมหาชน ว่าเมื่อมีการบังคับใช้หลักแห่งความได้สัดส่วนในการใช้ ดุลพินิจออกคำสั่งทางการปกครองมีผลเสียหายตกแก่สิทธิประโยชน์ตามสิทธิบุคคลหรือมหาชน มากน้อยเพียงใด

กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยใช้ชื่อว่า “หลักความสมควรแก่เหตุ” ในบทความทางวิชาการเรื่อง “ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบ ด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางการปกครองตามแบบกฎหมายเยอรมัน”⁹¹ สรุปได้ว่าหลักความพอแก่เหตุ ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่เป็น ภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง (Belastende Verwaltungsakte) จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่าง มาตรการที่ใช้กับเป้าหมาย หรือผลที่ฝ่ายปกครองต้องการด้วย (Die Zweck-Mittel Relation)

⁹¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2540). “ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับทาง กฎหมายของนิติกรรมทางการปกครองตามแบบกฎหมายเยอรมัน”, ในรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล” (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 59.

มาตรการที่กำหนดเป็นการกระทำไปสู่เป้าหมายนั้น จะต้องเป็นไปตามหลักความสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างกว้าง (die Verhaeltnismaessigkeit i.w.s.) ซึ่งหมายความว่ามาตรการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น จะต้องมีความเหมาะสม มีความจำเป็นจะต้องใช้และมีความได้สัดส่วนกับการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น หรือที่เรียกว่าความสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หลักการนี้โดยเนื้อหาแล้วจะต้องปรับเข้ากับเกณฑ์การพิจารณาดังต่อไปนี้

1) มาตรการที่ใช้จะถือว่าเหมาะสม (Geeginet) เมื่อสามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้

2) มาตรการที่เหมาะสมนี้ จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น (notwendig, eroderlich) หากใช้มาตรการอื่น ๆ จะเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับนิติกรรมทางการปกครองหรือประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่ามาตรการที่จำเป็นดังกล่าว

3) มาตรการที่จำเป็นจะต้องใช้อย่างสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessig i.e.s.) โดยต้องไม่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผล ตัวอย่าง เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการป้องกันควันเสีย จากโรงงานเพื่อมิให้ควันเสียดังกล่าว ระบายสู่อากาศข้างเคียง หากกำหนดให้สร้างปล่องควันสูง 30 เมตร จะป้องกันควันเสียมิให้ระบายสู่อากาศได้ แต่ถ้ากำหนดให้สร้างปล่องควันไฟสูง 15 เมตร จะต้องสร้างที่กรองควันเสียด้วยซึ่งมีค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกมาตรการให้สร้างปล่องควันไฟสูง 30 เมตร จึงเป็นมาตรการที่สมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

นอกจากนี้ สมคิด เลิศไพฑูรย์ ยังอธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยใช้ชื่อว่า “หลักแห่งความได้สัดส่วน”²² ในบทความทางวิชาการเรื่อง “หลักแห่งความได้สัดส่วน” สรุปได้ว่า ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจนั้นเท่าที่จำเป็น การละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่ละเมิดนั้นมีขนาดเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบกับเป้าหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง การวิเคราะห์ที่ลึกซึ้งมากขึ้น นำไปสู่ความจริงที่ว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้ มิได้พิจารณาแต่เพียงวิธีการและเป้าหมายเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของนิติกรรมทางการปกครองนั้น ๆ ด้วย ก็คือจะต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนเหมาะสม ระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมายและการตัดสินใจ ดังนั้นหลักแห่งความได้สัดส่วนก็คือการที่ฝ่ายปกครองนำเกณฑ์ที่ดีที่สุดมาปรับใช้กับเอกชนนั่นเอง

²² สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2533). หลักแห่งความได้สัดส่วน, *วารสารนิติศาสตร์*, 20 (4) หน้า 99-101.

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นของนักวิชาการที่กล่าวมาข้างต้น หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality) อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการหนึ่งที่ป้องกันการใช้อำนาจรัฐ มิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต หลักการนี้ซึ่งรวมถึงหลักการย่อย แม้จะมีชื่อเรียกที่แตกต่างออกไป แต่โดยภาพรวมแล้วก็มีความหมายเช่นเดียวกัน และประกอบไปด้วยหลักการย่อย 3 ย่อยหลักการ ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้แบ่งแยกไว้คือ

1) หลักความเหมาะสม (The principle Suitability) เป็นหลักการที่กำหนดให้มาตรการที่รัฐนำมาใช้บังคับต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น

2) หลักความจำเป็น (The Principle of necessity) เป็นหลักการที่บังคับให้รัฐต้องใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (The principle of proportionality strict sensu) เป็นหลักการที่บังคับให้รัฐต้องชั่งน้ำหนัก ระหว่างประโยชน์ที่มหาชนได้รับอันเกิดจากการใช้มาตรการนั้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.4.2 หลักการใช้ดุลพินิจ

ดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองเลือก ที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และเป็นประเด็นที่มีข้อควรคำนึง เกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการในเข้าตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าว

2.4.2.1 ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

1) ความหมายดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ถ้าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจแล้ว ศาลจะก้าวเข้ามาวินิจฉัยแทนมิได้ เพราะตรงนั้นเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักนิติรัฐฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจโดยมีอิสระมิได้ และดุลพินิจจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยในขอบเขตของกฎหมาย⁹³

ในปัจจุบัน เอกชนมีอิสระมากขึ้นรัฐจะไม่เข้าไปควบคุม เมื่อรัฐไม่ควบคุมกิจกรรมทางปกครองก็จะอยู่ในลักษณะไม่ให้ดุลพินิจเพียงแต่ให้กำกับดูแลเท่านั้น แต่ถ้าเมื่อไรให้ดุลพินิจมากก็เท่ากับว่ารัฐไปควบคุมมาก

2) ข้อพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในทางวิชาการแบ่งโครงสร้างของกฎหมายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองเป็น 2 ส่วน⁹⁴

⁹³ กมลชัย รัตนสกวาศ์. (2551). กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ :วิญญูชน. หน้า 48.

⁹⁴ เรื่องเดียวกันหน้า. หน้า 49.

2.1) เงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจ หรือองค์ประกอบในกฎหมายปกครอง (Tatbestand)

2.2) ผลในทางกฎหมาย (Rechtsfolge) เปรียบเทียบง่าย ๆ กับความผิดทางอาญา ซึ่งแบ่งเป็น

2.2.1) องค์ประกอบของความผิด เช่น ผู้ใดลักทรัพย์ของผู้อื่น

2.2.2) ผลของกฎหมาย เช่น ผู้นั้นต้องได้รับโทษจำคุกหรือปรับ

เพราะฉะนั้นในรูปแบบของกฎหมาย จะต้องมียุติธรรมหรือเงื่อนไขการใช้ อำนาจกับผลในทางกฎหมายประกอบกัน ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายปกครองในการ พิจารณาถึงนิติกรรมทางปกครองที่จะไปกระทบสิทธิของประชาชน

ในส่วนผลของกฎหมาย ถ้าเงื่อนไขของการใช้อำนาจครบถ้วน ก็เกิดอำนาจในการ สั่งการ แต่ถ้าเงื่อนไขไม่ครบ เช่น กฎหมายบัญญัติว่าต้องยื่นคำร้องแต่ไม่ยื่น เงื่อนไขไม่ครบ อำนาจ ที่จะใช้สั่งการก็ไม่มี เช่น ไม่ยื่นขอใบอนุญาตหรือยื่นไม่ครบ ก็จะสั่งการอนุญาตไปไม่ได้ เพราะฉะนั้นเงื่อนไขต้องครบถ้วนก่อนเมื่อครบแล้วเจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการได้

กฎหมายแต่ละฉบับก็จะต่างกันไปบางฉบับไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจไว้เลย เมื่อเงื่อนไขครบถ้วนเจ้าหน้าที่ต้องกระทำการ เช่น เมื่อมีทารกเกิดมาและมีเอกสารครบถ้วน เจ้าหน้าที่ต้องออกสูติบัตรให้ จะไม่ออกไม่ได้ และต้องออกให้ถูกต้องด้วย

อาจกล่าวได้ว่า การจดทะเบียนสมรส สูติบัตร มรณบัตร เหล่านี้ เป็นนิติกรรม ทางปกครองที่ไม่มีอำนาจดุลพินิจ เมื่อข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกำหนดทุกประการแล้วเจ้าหน้าที่ต้อง กระทำการออกนิติกรรมทางปกครองให้เสมอไป

ในบางกรณีกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจไว้ แม้เงื่อนไขเกิดแต่ก็มีได้บังคับว่า เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องกระทำการ เจ้าหน้าที่อาจออกใบอนุญาตอนุมัติก็ได้ ซึ่งก็แสดงว่าฝ่ายนิติ บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ แต่บางทีก็เป็นการให้โดยมีเงื่อนไขว่า ต้องคำนึงถึงศีลธรรม อันดีของประชาชน หรือผลประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ สิ่งเหล่านี้คือเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาให้ครบถ้วนจึงจะสั่งการได้

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในทางวิชาการ แบ่งได้เป็น⁹⁵

- 1) ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะใช้หรือไม่ใช้อำนาจสั่งการ
- 2) ดุลพินิจในการวินิจฉัย

⁹⁵ กมลชัย รัตนสกวาส์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 93 หน้า 51.

ดุลพินิจในการตัดสินใจ เช่น นายคำซื้อใบขับขี่มา ใบขับขี่นั้นก็ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายแต่ยังมีผลบังคับเพราะไม่เป็นโมฆะ ต่อมาพบว่าเป็นการออกโดยมิชอบ ด้วยกฎหมาย แทนที่จะต้องยกเลิกเพิกถอน ถ้ากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจเจ้าหน้าที่จะยกเลิกเพิกถอนหรือไม่ก็ได้ ตรงนี้คือดุลพินิจในการตัดสินใจ ถ้าไม่ยกเลิกเรื่องก็จบแต่ถ้าใช้ดุลพินิจยกเลิกก็ต้องมาดูกันว่าจะยกเลิกอย่างไร เมื่อไร จะให้มีผลในอนาคต ปัจจุบัน หรือย้อนหลัง ซึ่งส่วนนี้เรียกว่า “ดุลพินิจในการวินิจฉัย”

แต่กฎหมายบางฉบับก็ไม่ได้ให้อำนาจในการตัดสินใจไว้ เช่น ถ้าข้าราชการทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง คณะกรรมการตัดสินไม่มีอำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจ เพราะเขาจะต้องรับโทษอย่างเดียว คณะกรรมการจะเลือกไม่ใช้อำนาจมิได้ เพราะจะเป็นการข้ามขั้นของดุลพินิจในการตัดสินใจไปสู่ดุลพินิจในการวินิจฉัยทันที กล่าวคืออำนาจในการตัดสินใจไม่มี ต้องตัดสินใจลงโทษอย่างเดียว ส่วนดุลพินิจในการวินิจฉัยมี โดยวินิจฉัยว่าจะปล่อยหรือปลดออก

ส่วนขอบเขตในการวินิจฉัยว่าจะให้ปล่อย ปลดออก เมื่อมีข้อพิพาทขึ้น ผู้ศาลศาลจะเข้ามาแก้ไขเปลี่ยนแปลงในขอบเขตดุลพินิจวินิจฉัยมิได้ศาลเพียงแต่ตรวจสอบว่าได้กระทำการอย่างที่ถูกต้องหาหรือไม่ กระทำผิดวินัยร้ายแรงหรือไม่ซึ่งถ้าเป็นอย่างที่กล่าวหาแล้ว ศาลก็จะเข้ามาวินิจฉัยว่าการที่คณะกรรมการสั่งลงโทษปล่อยออกนั้นไม่เป็นการสมควร สมควรจะปลดออกครั้งนี้ทำไม่ได้ เพราะตรงนั้นคืออำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

2.4.2.2 เงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

1) ฝ่ายบริหาร มักเห็นว่าดุลพินิจของตนนั้นอยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจได้ เพราะถ้าเมื่อใดที่ดุลพินิจเข้ามาอยู่ในเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจได้ ศาลก็จะเข้ามาตรวจสอบควบคุมมิได้

2) ฝ่ายตุลาการมักเห็นว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่ในเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจได้เฉพาะผลของกฎหมายเท่านั้น⁹⁶

ตัวอย่าง ขอประกอบกิจการกัฏตาคาร ขอตั้งโรงงาน แต่ถ้าเราดูเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติ เห็นได้ว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องอยู่ในผลของกฎหมายอย่างเดียว อาจอยู่ในเงื่อนไขได้ด้วย เพราะฉะนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงอาจเกิดได้ทั้งสองส่วน แต่โดยหลักใหญ่แล้วจะอยู่ในส่วนผลของกฎหมาย ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในส่วนองค์ประกอบจึงเป็นเพียงข้อยกเว้น เช่น อำนาจประเมินผล การปรับใช้กฎหมายที่ต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะด้าน หรือการปรับใช้รูปแบบของคณะกรรมการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งขึ้นมา เพราะฉะนั้น ถ้าคณะกรรมการ

⁹⁶ กมลชัย รัตนสกวาส์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 93 หน้า 52.

วินิจฉัยแล้ว ศาลจะก้าวล่วงมิได้ เพราะคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (expert) เป็นคนที่ฝ่ายนิติบัญญัติไว้ใจ นอกจากนั้น คุณพินิจที่อยู่ในองค์ประกอบจะพบในกรณีที่ธนาคารแห่งประเทศไทยสั่งขึ้นอัตราดอกเบี้ย ศาลจะเข้ามาตรวจสอบมิได้ ในนิติกรรมทางปกครองบางอย่างแม้ไม่มีกฎหมายเขียนไว้ แต่ฝ่ายปกครองก็ทำได้ถ้าเป็นกรณีที่ทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน เช่น การที่รัฐให้เงินช่วยเหลือ ดังนั้นไม่มีกฎหมายเขียนว่าฝ่ายปกครองต้องใช้คุณพินิจอย่างไร กรณีนี้ฝ่ายปกครองต้องใช้คุณพินิจโดยผูกพันตามหลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น “หลักความเสมอภาค” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” หรือที่เรียกกันว่า “หลักความสมควรแก่เหตุ” ดังนั้น การใช้คุณพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องถูกควบคุมโดยอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป

การควบคุมการใช้คุณพินิจของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเยอรมัน แบ่งออกเป็น⁹⁷

- 1) ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย
- 2) ควบคุมวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmaessigkeitskontrolle) เป็นการควบคุมของศาล ในการกระทำของฝ่ายปกครองและเป็นการดูแลให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมาย ถ้าหากอยู่ในกรอบไม่ว่าจะอยู่ตรงไหน ก็ถือว่าชอบแล้ว ศาลจะไม่เข้าไปควบคุม ซึ่งเราเรียกว่า “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย” ตรงข้ามกับ “การตรวจสอบความชอบในเนื้อหาของวัตถุประสงค์” (Zweckmaessigkeitskontrolle) ถ้าไม่ใช่องค์กรศาลตรวจสอบ แต่เป็นผู้บังคับบัญชาที่ตรวจสอบได้ทั้งหมดและสามารถก้าวล่วงเข้าไปในคุณพินิจได้ด้วย เปรียบเสมือนว่าถ้าสั่งให้เอาเก้าอี้ไว้ในห้อง ต่อมาเห็นว่าเกะกะก็ยังสามารถสั่งให้เอาไว้ที่มุมห้องได้ เพราะฉะนั้น ผู้บังคับบัญชาสามารถเข้าไปเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาของคุณพินิจได้ด้วย แต่องค์กรตรวจสอบไม่ใช่ผู้บังคับบัญชา เช่น ตุลาการ ที่อยู่ในลักษณะถ่วงดุลย์อำนาจระหว่างนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ไม่ได้ทำให้ตุลาการมีลักษณะสูงขึ้นมาเป็นฝ่ายบริหารได้ แต่อยู่ในลักษณะเสมอภาคกัน เพื่อตรวจสอบให้ปฏิบัติตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมา ศาลจึงไม่สามารถก้าวเข้ามาเป็นผู้บังคับบัญชาเปลี่ยนแปลงคุณพินิจได้ ศาลคงมีแต่เพียงอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพราะศาลเองมีฐานะเท่าเทียมกับฝ่ายบริหาร

สรุปองค์กรตุลาการตรวจสอบฝ่ายบริหาร ได้เฉพาะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและจะตรวจสอบให้เป็นผลเสียต่อผู้ร้องมิได้ (Verbot reformation in peius)

⁹⁷ กมลชัย รัตนสกวาศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 93 หน้า 53.

2.4.3 ที่มาของการใช้อำนาจทางปกครอง

ที่มาของการใช้อำนาจการปกครอง เหล่านี้ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงกฎหมาย หากเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่ง ในการทำสัญญาทางแพ่งคู่สัญญาค่อนข้างมีอิสระ เพราะยึดหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จำกัดเพียงหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แบบแห่งนิติกรรมและหลักความสามารถของบุคคลเท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการประชาชนได้ต้องมีอำนาจของกฎหมายสนับสนุนให้อำนาจ เว้นแต่เป็นเรื่องให้คุณประโยชน์และกฎหมายมิได้บัญญัติในเรื่องนั้น ๆ เอาไว้จึงสั่งการได้เลย กฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวมีอยู่หลายระดับ เช่น (1) กฎหมายรัฐธรรมนูญ (2) พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศของคณะปฏิวัติ (3) กฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น รวมถึงข้อบัญญัติที่ออกโดยองค์กรปกครองพิเศษ เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา กฎหมายลำดับรองเหล่านี้ออกได้ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจไว้ หากออกนอกกรอบจะต้องถูกตรวจสอบ แต่จะต้องมีการออกคำสั่งตามกฎหมายนั้นก่อน⁹⁸

1) การกระทำของฝ่ายปกครองที่รุกเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ทำไม่ได้ แต่แม้กฎหมายให้อำนาจรุกเข้าไปทำลายสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหมดไม่ได้ หากกระทบถึงทรัพย์สินของประชาชนรัฐต้องชดเชยค่าทดแทน ซึ่งเจ้าหน้าที่ก็ต้องกระทำการตามกฎหมาย และในคำสั่งนั้นๆ ของฝ่ายปกครองต้องอ้างกฎหมายที่ให้อำนาจในการกระทำนั้นด้วย

2) การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน อาจเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินจำนวนเงิน หรืออาจเป็นสิทธิ เช่น ให้ใบอนุญาตขับขี่ยานยนต์ การให้คุณประโยชน์อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท

2.1) มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างชัดเจน ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

2.2) ถ้าเป็นเรื่องให้คุณประโยชน์แล้ว การที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่นั้น ไม่ใช่เรื่องสำคัญ ซึ่งมีลักษณะยืดหยุ่นพอสมควร ถ้ารัฐต้องออกกฎหมายทุกเรื่องแม้ในเรื่องที่เป็นประโยชน์ ทุกอย่างก็คงจะล่าช้าไปหมด ฉะนั้นถ้าไม่เป็นการกระทบสิทธิของประชาชนในทางที่เป็นภาระแก่เขา หรือไม่ได้ทำให้ประชาชนเสียสิทธิ แต่กลับเป็นการให้สิทธิแก่ประชาชน แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ควรให้เจ้าหน้าที่กระทำการนั้นได้ ซึ่งทำให้มีความยืดหยุ่นในการปฏิบัติราชการ แต่ถ้ามีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ กฎหมายต้องมาก่อน กล่าวคือ จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

⁹⁸ กมลชัย รัตนสกวาส์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 93 หน้า 29.

ส่วนเรื่องการวางแผนในการปฏิบัติการตามแผนต้องเอา ข้อ 2.1) และข้อ 2.2) มาเป็นหลักการพิจารณา

องค์กรฝ่ายบริหารจะมีส่วนราชการรับผิดชอบในการบริหารกฎหมายนั้น เช่น กรมสรรพากรก็บริหารการจัดเก็บภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ อันเป็นที่มาของอำนาจฝ่ายปกครอง แต่ยังมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎหมายแยกออกจากพระราชบัญญัติ ก็เป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งต้องอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติและจะออกได้ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจและออกโดยฝ่ายบริหาร โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภาอีก

ดังที่กล่าวมานี้ ที่มาของการใช้อำนาจปกครอง จากกฎหมายส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ที่มาของอำนาจฝ่ายปกครอง อาจมาจากกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไป หลักจารีตประเพณี หลักในการรับฟังคู่ความ ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งไปกระทำการหรือผลประโยชน์ของประชาชน มีหลักกฎหมายทั่วไปว่าจะต้องรับฟังคู่ความเสียก่อน เป็นต้น⁹⁹

ที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองอีกระดับหนึ่งที่ฝ่ายปกครองจะอ้างมาเป็นอำนาจในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย นั่นก็คือแนวทางในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งส่วนราชการของประเทศไทยมักจะออกมาในรูปของหนังสือเวียน ให้ทราบแนวทางปฏิบัติของกระทรวง ทบวง กรม เป็นต้น การที่ส่วนราชการจะวางแนวทางการใช้ดุลพินิจภายในของฝ่ายปกครองได้จะต้องมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจเสียก่อน กล่าวคือ กำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจเอาไว้ และต้องการให้ผู้ใช้อำนาจนี้ใช้อำนาจอย่างเป็นทางการอันหนึ่งอันเดียวกัน ในทางปฏิบัติก็จะวางแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจออกเป็นหนังสือเวียน ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อ้างหนังสือเวียนมาออกคำสั่งแล้ว คำสั่งนั้นมากระทำการกระทบสิทธิประชาชน แล้วประชาชนนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะมีอำนาจในการตรวจสอบคำสั่งนั้น รวมทั้งหนังสือเวียนด้วย อาจกล่าวได้ว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบแนวปฏิบัติภายในลักษณะ “การตรวจสอบทางอ้อม” จะเข้าไปตรวจสอบ “โดยตรง” ไม่ได้จะต้องผ่านคำสั่งของฝ่ายปกครองที่อ้างหนังสือเวียนนั้นก่อน ถ้ามีการฟ้องคัดค้านคำสั่ง ศาลจะใช้อำนาจตรวจสอบคำสั่งในขณะเดียวกันก็ตรวจสอบหนังสือเวียนด้วย

⁹⁹ กมลชัย รัตนสกวาส์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 93 หน้า 31-32.

อีกเหตุผลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจภายในของฝ่ายปกครอง ก็คือ ข้อเรียกร้องตามรัฐธรรมนูญ คือ “หลักความเสมอภาค” กล่าวคือ ประชาชนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคจากรัฐ

ในเรื่องอายุความ “เสียสิทธิฟ้องร้องถ้าไม่ใช่สิทธิภายในกำหนด” ก็เอามาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย เพียงแต่แนวคำพิพากษาของศาลไทย ศาลพยายามไม่ใช่คำว่า “อายุความ” แต่ใช้คำว่า “ระยะเวลา” โดยถือว่าเรื่องระยะเวลาในทางปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ถ้าไม่ใช่สิทธิภายในกำหนดจะสิ้นสิทธิอุทธรณ์หรือฟ้องร้องคดี โดยหลักแล้วในทางปกครองศาลยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ และศาลไทยก็จะยกขึ้นมาตัดสินคดีสิทธิเอกชน ถ้าไม่ดำเนินคดีภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในทางแพ่งหากคู่กรณีไม่ยกอายุความขึ้นต่อสู้ ศาลจะยกฟ้องโจทก์ไม่ได้

เนื่องจากกฎหมายปกครอง ยังไม่สมบูรณ์เหมือนกฎหมายแพ่ง เพราะฉะนั้นในทางพิจารณา จึงต้องนำหลักจากกฎหมายแพ่งมาปรับใช้¹⁰⁰ เช่น หลักสุจริต และบางครั้งศาลก็นำหลักกฎหมายอาญามาใช้ เช่น หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่ประชาชน ดังนั้น ถ้าออกกฎหมายมาใหม่ ศาลจะไม่บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้ว หลัก “นิติรัฐ” คือรัฐต้องมีหลักประกันให้ประชาชน ฉะนั้นหลักนิติรัฐจะต้องแยกอำนาจออกมิให้อยู่ในมือของคนคนเดียว ต้องแยกเป็นสามส่วน คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ จากหลักนี้เองอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องถูกตรวจสอบโดยอำนาจตุลาการ โดยองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการต้องยึดกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยฝ่ายบริหารที่อยู่ในกรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติไว้เป็นมาตรฐาน เพราะฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่อาจกำหนดได้หมดทุกอย่าง ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจ “ดุลพินิจ” ของฝ่ายปกครอง และถูกตรวจสอบโดยศาล ซึ่งไม่มีอำนาจตรวจสอบทั้งหมด มิฉะนั้นศาลจะกลายเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง แต่จุดหนึ่งที่ศาลสามารถตรวจสอบได้ คือ ความชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมา แต่ในส่วนที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารใช้อำนาจดุลพินิจภายในกรอบนั้น ศาลไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นได้

ตัวอย่าง โทษทางวินัยของข้าราชการ กรณีข้าราชการปฏิบัติผิดวินัยอย่างร้ายแรงก็มีโทษไล่ออก-ปลดออก ความชอบด้วยกฎหมายจะอยู่ที่ว่าการกระทำ ของข้าราชการถือว่าเป็นความผิดอย่างร้ายแรงหรือไม่ ส่วนดุลพินิจของฝ่ายบริหารอยู่ตรงที่คณะกรรมการที่พิจารณาเรื่องวินัยนั้น เห็นควรว่าจะลงโทษอย่างไร จะมีให้เลือกคือ ไล่ออก ปลดออก ดุลพินิจของฝ่ายบริหารดังนี้

¹⁰⁰ กมลชัย รัตนสกวาส์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 93 หน้า 33.

ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้ แต่ถ้าผิดวินัยอย่างร้ายแรงแล้วฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเพียงลดขั้นเงินเดือน อย่างนี้ศาลเข้าไปตรวจสอบได้

2.5 หลักประโยชน์สาธารณะ

“ประโยชน์สาธารณะ” เป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่องค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางปกครองที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวง ขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งปรากฏเป็นอุดมการณ์ พื้นฐานของประเทศไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีต ที่กำหนดว่าในระบอบประชาธิปไตย การกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐ ย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวง เพื่อสันติสุขและความดีงามร่วมกัน หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักสำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความ ดังนั้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากปรากฏชัดว่าการเวนคืนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ คนใดคนหนึ่งได้ประโยชน์ ไม่ปรากฏว่าสาธารณะจะได้ประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น คำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰¹

2.5.1 ความหมายของหลักประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน คือประโยชน์ส่วนรวมของทุก ๆ คน ไม่ใช่ประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหรืออื่กันยหนึ่งประโยชน์มหาชน คือความต้องการร่วมกันของคนในสังคมนั้นเอง¹⁰²

ความต้องการของมนุษย์ในสังคมโดยทั่วไปแยกออกได้เป็นความต้องการส่วนตัวและความต้องการส่วนรวม ความต้องการส่วนตัวเป็นประโยชน์เฉพาะตัวหรือประโยชน์ส่วนตัว (Private Interest) ทุกคนต่างมีความต้องการและจัดการตอบสนองความต้องการส่วนตัวนี้ได้ด้วยตัวเอง แต่มนุษย์ที่อยู่รวมเป็นชุมชนใหญ่ ๆ เป็นเมือง เป็นประเทศ ก็มีความต้องการบางอย่างร่วมกัน ซึ่งถือว่าเป็นความต้องการส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชน (Public Interest) ความต้องการ

¹⁰¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครองหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 40.

¹⁰² สมยศ เชื้อไทย. (2557). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 35.

ในส่วนนี้ เป็นหน้าที่ ที่รัฐจะต้องดำเนินงานมหาชนหรือจัดการบริหารหรือจัดการบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการร่วมกันของมนุษย์ในสังคม

ความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่นับว่าสำคัญนั้นมีอยู่ 2 ประการ คือ ความต้องการที่จะอยู่รอดปลอดภัยและความต้องการที่จะอยู่ดีมีสุขหรือมีความสะดวกสบายในการดำรงชีวิต

มนุษย์เราจะดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยความสุขก็ต่อเมื่อมีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ดังนั้นความปลอดภัยจึงเป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนปรารถนา แต่ความต้องการส่วนรวมของประชาชนนั้นมีได้มีแต่ความปลอดภัยเท่านั้น ประชาชนยังต้องการความสะดวกสบายต่าง ๆ ในการดำรงชีวิตประจำวันอีกด้วย คือต้องการได้รับความสะดวกสบายในการคมนาคมและการสาธารณสุขปกโภคอื่น ๆ เช่น ไฟฟ้า ประปา เป็นต้น

ความต้องการส่วนรวมดังกล่าว เป็นภารกิจของรัฐที่จะต้องจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานขึ้นมาดำเนินการ ซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ภารกิจในการคุ้มครองเพื่อให้เกิดความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชน และภารกิจในการส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในมาตรฐานที่ดี

กิจการที่รัฐจัดทำเพื่อคุ้มครองให้ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของประชาชน ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ การรักษาความมั่นคงของประเทศและการรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ กิจการดังกล่าวจัดเป็นภารกิจหลักของรัฐ¹⁰³

ส่วนกิจการที่รัฐจัดทำเพื่อทำนุบำรุงส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน หรือเพื่อการพัฒนาชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในระดับกินคือผู้นั้น เป็นกิจการที่ทำเพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของประชาชนและของประเทศ เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในทางเศรษฐกิจและสังคม เช่น การศึกษา การสังคมสงเคราะห์ การสาธารณสุขปกโภคและกิจการเศรษฐกิจต่าง ๆ เป็นต้น กิจการดังกล่าวจัดเป็นภารกิจอันดับรองของรัฐ ซึ่งรัฐจะทำก็ได้หรือไม่ทำก็ได้ต่างจากภารกิจหลักซึ่งเป็นกิจการที่รัฐต้องทำ มีข้อสังเกตว่ากิจการที่จัดทำเพื่อบำรุงส่งเสริมนี้ มีความเกี่ยวข้องกับกิจการจัดทำเพื่อคุ้มครองอย่างใกล้ชิด และในบางกรณีก็ไม่อาจแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด เช่น การสังคมสงเคราะห์ การคมนาคม และสาธารณสุขปกโภคต่าง ๆ เป็นต้น

ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะดังกล่าวให้รัฐมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจบังคับแก่เอกชนในการดำเนินการกิจ ดังนั้นการทำความเข้าใจในกฎหมายมหาชน จะต้องค้นหาประโยชน์มหาชนโดยเฉพาะเรื่อง ตามที่กฎหมายแต่ละฉบับให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการ

¹⁰³ สมยศ เชื้อไทย. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 102 หน้า 36.

ดำเนินงานในฐานะที่เป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ในขณะที่เดียวกันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวก็ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบและย่อมมีความผิดตามกฎหมายอาญา

2.5.2 ประเภทของประโยชน์สาธารณะ

การแยกประเภทประโยชน์สาธารณะนั้น จะแยกโดยไม่พ่วงถึงถึงวัตถุประสงค์ว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์แก่มหาชนหรือไม่ แต่จะพิจารณาในแง่ของผู้รับประโยชน์ กล่าวคือเป็นประโยชน์แก่บุคคลโดยทั่วไปหรือเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ถ้าเป็นประโยชน์เฉพาะบุคคลที่กฎหมายรับรองไว้ก็กลายเป็นสิทธิทางมหาชน เพราะสิทธิก็คือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้นั่นเอง

1. ประโยชน์สาธารณะทั่วไป เป็นประโยชน์ทั่วไปแก่เอกชนทุกคน เช่น ประโยชน์จากการป้องกันประเทศโดยกำลังทหาร การรักษาความปลอดภัยภายในประเทศโดยตำรวจ หรือประโยชน์จากหลักการคุ้มครองโดยทางภาษี งานมหาชนหรือบริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์ทั่วไปนี้อยู่ในลักษณะที่เป็นประโยชน์ทางอ้อม เช่น ประโยชน์จากการคุ้มครองจากทางภาษี อาจเป็นผลดีแก่พ่อค้าหรือนักอุตสาหกรรมเป็นอย่างมาก แต่ไม่มีผู้ใดผู้หนึ่งได้รับประโยชน์โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงจากการคุ้มครองทางภาษี ประโยชน์ลักษณะทั่วไปนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิโดยตรงแก่เอกชน¹⁰⁴

2. ประโยชน์สาธารณะเฉพาะ เป็นประโยชน์ที่ตกได้แก่บุคคลเฉพาะเจาะจง ประโยชน์ชนิดนี้ คือสิทธิทางมหาชนซึ่งมีลักษณะเป็นประโยชน์โดยตรงเฉพาะรายตัวบุคคลเป็นคน ๆ ไป เช่น ประโยชน์จากการจัดการศึกษา ของกระทรวงศึกษาฯ ย่อมตกแก่ผู้ศึกษา ซึ่งก็คือนักเรียนที่ศึกษาอยู่ในโรงเรียนของรัฐ ประโยชน์จากกิจการไปรษณีย์ ย่อมตกแก่ผู้ส่งข่าวสารหรือผู้รับข่าวสาร การที่รัฐหรือฝ่ายปกครองก่อให้เกิดประโยชน์ตามความปรารถนาของบุคคลแต่ละคนเหล่านี้ คือวิถีทางที่จะทำให้ความเป็นอยู่ของประชาชนมีความสะดวกสบาย และมีความเจริญก้าวหน้า จึงต้องนับว่าเป็นงานมหาชนที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมด้วยในขณะเดียวกัน

ในกรณีที่เอกชนได้รับประโยชน์เฉพาะ โดยตรงจากงานมหาชนหรืองานบริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐนั้น ต้องถือว่าเอกชนเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” ที่รับประโยชน์เฉพาะกรณี และบุคคลที่รับประโยชน์โดยตรงนี้ เราเรียกว่า “ผู้ใช้บริการ” จากงานมหาชน เป็นผู้มีสิทธิมหาชนอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐ ส่วนเอกชนที่มีได้รับประโยชน์โดยตรงจากงานมหาชนหรืองานบริการจากสาธารณะ เช่น พ่อค้าหรือนักอุตสาหกรรม

¹⁰⁴ สมยศ เชื้อไทย, อังแล้ว เจริญรอดที่ 102 หน้า 37.

ในกรณี เกี่ยวกับการคุ้มครองทางภาษีศุลกากร ย่อมไม่มีสิทธิมหาชนที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองคุ้มครองทางภาษีศุลกากรเพื่อประโยชน์แก่ตน โดยเฉพาะรายได้ เพราะเป็นเอกชนที่อยู่ในฐานะได้รับประโยชน์โดยทางอ้อม เนื่องจากผลที่มีการคุ้มครองทางภาษีศุลกากรของรัฐเท่านั้น ไม่มีสิทธิในฐานะที่เป็นผู้ใช้วิธีการภาษีนั้นให้ประโยชน์แก่ตน โดยลำพัง กล่าว โดยสรุปประโยชน์ที่รับรองให้แก่บุคคลเฉพาะเจาะจงซึ่งยื่นยันต่อรัฐ ได้ก็คือสิทธิทางมหาชนนั่นเอง¹⁰⁵

2.6 การกระทำทางปกครอง

ระบบกฎหมายปกครองเป็นพื้นฐานของกฎหมายมหาชนสาขาหนึ่ง ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนโดยปกติแล้วรัฐมีอำนาจเหนือกว่านั้น มีลักษณะแตกต่างไปจากหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายเอกชน ในระบบกฎหมายปกครอง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายนั้น ไม่ได้มีรากฐานมาจากหลักแดนอำนาจเหมือนการกระทำของเอกชน แต่การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ได้นั้น เป็นเพราะระบบกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวในการกระทำ อาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายปกครอง “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้”

2.6.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง (administrative action) คือ การกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภทของ “หน่วยงานทางปกครอง” ผลในที่นี้อาจเป็นการเปลี่ยนแปลง ซึ่งเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ที่ส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิหน้าที่และเสรีภาพของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครอง

นอกจากนี้ นักวิชาการนิติศาสตร์ไทยหลายคนได้ให้คำนิยามคำว่า “การกระทำทางปกครอง” ไว้ดังนี้

โกคิน พลกุล ได้อธิบายความหมายของการกระทำทางปกครอง ว่าหมายถึงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ ตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายบริหาร (รัฐบาลและฝ่ายปกครอง) และผลของการกระทำหรือการละเวดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมาย ไม่ว่าจะประโยชน์หรือทำให้เกิดภาระหน้าที่แก่เอกชน¹⁰⁶

¹⁰⁵ สมยศ เชื้อไทย, อังแล้ว เจริญธรรมที่ 102 หน้า. 37-38.

¹⁰⁶ โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2541). *หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: นิธิธรรม.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายความหมายของการกระทำทางปกครอง ได้อธิบายไว้ว่าเป็น การกระทำของรัฐ ไม่ใช่การกระทำของเอกชน โดยรัฐจะต้องใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ผ่านทาง บุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐ และในนามของรัฐ ซึ่งกระทำในฐานะ ที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ประเภทขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ไม่ใช่การกระทำโดย องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติหรือโดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการจึงทำให้พอสรุปได้ว่า การกระทำ ทางปกครองเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครอง¹⁰⁷

สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายว่า การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐที่กระทำผ่าน เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้แทนของตนที่เป็นองค์กรฝ่ายบริหาร มิใช่องค์กรนิติบัญญัติและมิใช่ องค์กรตุลาการ¹⁰⁸

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้อธิบายว่า การกระทำทางปกครอง หมายถึงการกระทำหรือ การละเว้นกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิด ผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนก็ได้ หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายปกครอง¹⁰⁹

จึงอาจสรุปได้ว่า การกระทำทางปกครอง หมายถึง การกระทำการ ละเว้นการกระทำ ตามอำนาจหน้าที่ของรัฐโดยผ่านเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง อันอาจมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง หรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมายของเอกชน หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบ ขององค์กรฝ่ายปกครอง

2.6.2 รูปแบบการกระทำทางปกครอง

ประเทศที่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกัน เป็นที่ยอมรับกัน ทั่วไปว่า องค์กรฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจกรรมทางปกครอง ไม่เฉพาะแต่ในแดนของกฎหมาย มหาชนซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนเท่านั้น แต่องค์กรฝ่ายปกครองยังอาจกระทำ การในแดนของกฎหมายเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชนคนอื่น ๆ ได้อีกด้วย ดังนั้นหากจะ แบ่งแยกการกระทำของฝ่ายปกครองออกให้เห็นถึงสาระที่แตกต่างกันแล้ว ก็สามารแยกการ กระทำทางปกครอง ออกเป็นสองรูปแบบใหญ่ ๆ คือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดน กฎหมายเอกชน และการกระทำทางปกครองในแดนกฎหมายมหาชนอีกกลุ่มหนึ่ง¹¹⁰

¹⁰⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว.เชิงอรรถที่ 53 หน้า 1-13.

¹⁰⁸ สมยศ เชื้อไทย. (2552). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 235-236.

¹⁰⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า .

¹¹⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554) *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ :นิติราษฎร์. หน้า 95

2.6.2.1 การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายเอกชน

การดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในแดนกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากแดนของกฎหมายมหาชนเป็นแดนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ฝ่ายปกครองจึงสามารถดำเนินกิจการต่าง ๆ ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน ยิ่งกว่านั้นในหลายกรณีฝ่ายปกครองไม่อาจเลือกกระทำการในแดนของกฎหมายเอกชนได้เลย ได้แก่กระทำการในแดนกฎหมายมหาชนเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติภารกิจรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือภารกิจในทางการเงินการคลัง อย่างไรก็ตามมีภารกิจทางปกครองในหลายกรณีที่หากฝ่ายปกครองกระทำการในแดนของเอกชนแล้ว จะสะดวกและเป็นประโยชน์มากกว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจฝ่ายเดียวสั่งการ ในกรณีเช่นนี้องค์กรฝ่ายปกครองจะ “ลงจากเวทีแห่งกฎหมายมหาชน”¹¹¹ (ซึ่งตนมีอำนาจมากกว่า) มาเคลื่อนไหวสิทธิหน้าที่ในแดนของกฎหมายเอกชน การเคลื่อนไหวก่อตั้งสิทธิหน้าที่ในแดนของกฎหมายเอกชนอาจมีได้หลายกรณีและหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามต้องถือว่าการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนกฎหมายเอกชนเป็นส่วนเสริมการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง ในแดนของกฎหมายปกครอง ให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น ไม่ใช่การกระทำที่เป็นหลักในการปฏิบัติภารกิจทางปกครอง

ตัวอย่างของการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นในแดนกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะเสริมการดำเนินงานในฝ่ายปกครอง เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการเครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ในการปฏิบัติงาน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมักตกลงทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชน เพื่อให้ได้มาซึ่งเครื่องมือหรืออุปกรณ์เหล่านั้น การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะที่ไม่แตกต่างจากการกระทำของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนเอกชนแต่อย่างใด และโดยองค์กรฝ่ายปกครองได้ “ลงจากเวทีของกฎหมายเอกชน” มาตกลงกับเอกชนในฐานะเท่าเทียมกัน องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่มีเอกสิทธิ์หรืออำนาจใด ๆ เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หากเกิดข้อพิพาทขึ้นเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างอำนาจมหาชนบังคับการฝ่ายเดียวให้ เป็นไปตามที่ตนต้องการไม่ได้ ได้แต่ไปฟ้องร้องคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ผิดสัญญานั้นต่อศาลยุติธรรม

นอกเหนือจากการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการกิจกรรมทางปกครองโดยการแสดงเจตนาก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ในแดนกฎหมายเอกชน เช่น เข้าทำสัญญากับเอกชนแล้ว ในหลายกรณีรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองอาจดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจในแดนเอกชนด้วย

¹¹¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 110 หน้า 96

อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า แม้องค์กรฝ่ายปกครองจะดำเนินกิจกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายเอกชน ไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือโดยการตั้งองค์กรอื่นขึ้นมาดำเนินการแทน องค์กรฝ่ายปกครองก็ไม่อาจหลุดพ้นจากความผูกพันทางกฎหมายไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้หน่วยงานทางธุรกิจของรัฐในระบบกฎหมายเอกชน ย่อมไม่อาจเลือกปฏิบัติกับบุคคลที่มาขอรับบริการได้ แม้จะจัดตั้งขึ้นตามระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม การปฏิบัติขัดต่อหลักความเสมอภาค องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กำกับดูแลมีหน้าที่ต้องเข้าไปแทรกแซง และแก้ไขเยียวยาความเสียหายให้แก่ปัจเจกบุคคลที่เดือดร้อนเสียหายจากการปฏิบัติของหน่วยงานทางธุรกิจนั้น

2.6.2.2 การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครอง

การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองมีความหลากหลายทำนองเดียวกับความซับซ้อนขององค์กรฝ่ายปกครองเอง ในทางวิชาการเราอาจจำแนกประเภทของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้หลายรูปแบบ เช่น จำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง หรือจำแนกออกเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเป็นการทั่วไป และการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายเฉพาะราย แต่การจำแนกที่น่าจะทำให้เราเห็นภาพของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองได้ดีกว่าการจำแนกอย่างอื่น ได้แก่ การจำแนกออกเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองออกเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงและการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย¹¹²

การกระทำในทางข้อเท็จจริง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จัดอยู่ในแดนของกฎหมายปกครอง เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Realakt ; administrative real act) นั้น เป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด คือไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหมายหรือคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง เช่น การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่วปลอมปนในอาหาร การแจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลที่ถูกสอบสวนความผิดวินัยได้รับทราบ

การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายปกครองนั้น เราอาจจำแนกแยกย่อยออกได้เป็นสองประเภท ทั้งนี้โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายนั้นเองว่า มีผลภายในหรือภายนอกฝ่ายปกครองคือแยกออกเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายใน

¹¹² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 110 หน้า 96

ฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง