

บทที่ 2

ข้อมูลพื้นฐาน แนวคิด หลักการ และทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับ การออกคำสั่งลงโทษทางวินัย การพิจารณาอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ของบุคลากรในสถาบันอุดมศึกษา

ในปัจจุบันนับตั้งแต่ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน โดยได้มีการปรับปรุงระบบการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ แยกออกจากองค์กรที่มีอำนาจพิจารณา ลงโทษทางวินัย กล่าวคือ ได้มีการจัดตั้งองค์กรพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) เพื่อทำหน้าที่ พิจารณาวินิจฉัยพิจารณาอุทธรณ์และการร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือนสามัญออกจากสำนักงาน ข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ซึ่งเป็นองค์กรซึ่งทำหน้าที่พิจารณา ลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน แต่ปัจจุบันสำนักงานสถาบันอุดมศึกษา ยังไม่มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์หรือคำร้องทุกข์ของสำนักงานสถาบันอุดมศึกษาแต่อย่างใด ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ ของสถาบันอุดมศึกษา ตลอดจนทฤษฎี และหลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้อง เพื่อกำหนดหาแนวทาง การแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ของสถาบันอุดมศึกษา ต่อไป

2.1 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับระบบการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์

การดำเนินการทางวินัยเป็นเครื่องมือที่ใช้ควบคุมการปฏิบัติงานของการบริหารทรัพยากร บุคคลอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติงานอยู่ในระเบียบ แบบแผน และให้การปฏิบัติงาน เกิดประสิทธิภาพ และเพื่อให้บริหารทรัพยากรบุคคลเป็นความเป็นธรรม ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึง ระบบการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ ดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์

นิยาม ความหมายของการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์นั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้ให้ความหมายของการลงโทษทางวินัย การอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึงรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1) การลงโทษทางวินัย

คำว่า “วินัย” ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Discipline” เป็นเครื่องมือควบคุมพฤติกรรมของคนอย่างหนึ่ง ซึ่งใช้สำหรับคนในแต่ละหมู่เหล่าที่มีภารกิจในลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่ต้องยึดถือปฏิบัติ

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554¹ (พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556) ให้ความหมายของคำว่า “วินัย” ไว้ 2 ลักษณะ คือ

(1) ข้อปฏิบัติ เป็นการมองที่ปทัสถาน (Norm) ที่กำหนดไว้

(2) การอยู่ในแบบแผน เป็นการมองที่พฤติกรรม (Behavior) ของคน²

“วินัย” มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การทำงานของคนมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล มีผลสัมฤทธิ์ตามภารกิจที่มุ่งหวัง ฉะนั้น การจะกำหนดข้อปฏิบัติหรือข้อห้ามทางวินัย จึงต้องคำนึงถึงว่าการ ไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติหรือฝ่าฝืนข้อห้ามนั้นจะทำให้มีผลกระทบต่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการทำงานนั้นหรือไม่ ถ้าไม่กระทบก็ไม่ควรกำหนดเป็นบทวินัยไว้ เมื่อกำหนดเป็นบทวินัยไว้ ผู้ไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนจะผิดวินัยและถูกลงโทษโดยไม่ควรจะเป็น³

ดังนั้น วินัยข้าราชการ หมายถึง กฎ ระเบียบต่าง ๆ ที่วางหลักขึ้นมาเป็นกรอบควบคุมให้ข้าราชการ ปฏิบัติหน้าที่ และกำหนด แบบแผนความประพฤติของข้าราชการ เพื่อให้ ข้าราชการ ประพฤติปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดยกำหนดให้ข้าราชการวางตัวให้เหมาะสม เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมาย ขององค์กรข้าราชการ เพื่อส่งผลอันสูงสุดให้ข้าราชการจัดระเบียบ การดำเนินชีวิตของประชาชนให้ดีขึ้น อันเป็นกลไกสำคัญที่จะก่อให้เกิดความเจริญของประเทศชาติ บ้านเมืองต่อไป⁴

การลงโทษทางวินัย หมายถึง มาตรการอย่างหนึ่งในการรักษาวินัยอันเป็นมาตรการ ในทางลบ (Negative) เพื่อปราบปรามผู้กระทำความผิดทางวินัย ในปัจจุบันทางราชการจะใช้การลงโทษ

¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2556). *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556). กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์. หน้า 84.

² ประวิณ ฒ นคร. (2551). *คำอธิบายพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 109.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 110-111.

⁴ สถาบันดำรงราชานุภาพ สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย เอกสารความรู้ สดร. ลำดับที่ 14 / ปีงบประมาณ 2554 การดำเนินการทางวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญ.

เป็นมาตรการสุดท้ายหลังจากที่การส่งเสริมให้ข้าราชการมีวินัย และการป้องกันมิให้ข้าราชการกระทำผิดวินัยไม่อาจใช้ได้ผลในกรณีนั้น⁵

2) การอุทธรณ์

การอุทธรณ์ หมายถึง การที่ผู้ถูกสั่งให้ลงโทษทางวินัยหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามที่กฎหมายกำหนด ร้องขอความเป็นธรรมจากองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ยกเรื่องของตนขึ้นพิจารณาใหม่ เพื่อให้เป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ตน⁶

3) การร้องทุกข์

การร้องทุกข์ หมายถึง การที่ข้าราชการพลเรือนร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจหน้าที่ปฏิบัติต่อตนโดยไม่ถูกต้อง หรือไม่ปฏิบัติต่อตนให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือมีความคับข้องใจ อันเกิดจากการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาต่อตน ในกรณีที่กำหนดใน กฎ ก.พ.ค. และให้หมายความถึงกรณีถูกสั่งให้ออกจากราชการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551⁷

2.1.2 ความสำคัญและความมุ่งหมายในการอุทธรณ์และการร้องทุกข์

การอุทธรณ์และการร้องทุกข์เป็นกระบวนการสำคัญที่ใช้ในการตรวจสอบ และควบคุมการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายปกครอง ให้ใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ลูกลงโทษทางวินัยหรือผู้ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม โดยผู้เขียนขอกล่าวถึงรายละเอียด ดังนี้

1) การอุทธรณ์

การอุทธรณ์ (Appeal) เป็นวิธีการอย่างหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม (Justice Process) ในการบริหารทรัพยากรบุคคล ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการ มีทางร้องขอรับความยุติธรรมจากการพิจารณาโดยองค์กรเหนือขึ้นไปอีกชั้นหนึ่ง⁸

นอกจากนี้ การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย⁹ เป็นช่องทางหนึ่งที่กฎหมายได้เปิดโอกาสให้ข้าราชการที่ถูกดำเนินการทางวินัยที่จะร้องขอให้ผู้บังคับบัญชาระดับสูงขึ้นไปพิจารณาทบทวน

⁵ เมตต์ เมตต์การุณจิต. (2525). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับวินัยข้าราชการพลเรือน (สามัญ)*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 57.

⁶ สำนักงาน ก.พ. (2554). *รายงานการติดตามการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์และคำวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ของ ก.พ.ค.* กรุงเทพฯ: สำนักงาน ก.พ.. หน้า 22.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

⁸ ประวิณ ฒ นคร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2*. หน้า 142.

⁹ ไพโรจน์ อารักษา. (2547). *คู่มืออุทธรณ์และการร้องทุกข์ทางวินัย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 13.

คำสั่งลงโทษว่าถูกต้อง เหมาะสมเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการตรวจสอบฝ่ายในของฝ่ายบริหาร เพื่อจะทำการปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งลงโทษให้ถูกต้อง การอุทธรณ์เป็นกระบวนการบริหารงานบุคคลในระบบคุณธรรมที่สำคัญ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมและความมั่นคงในอาชีพราชการพลเรือนทำให้ผู้บังคับบัญชาเพิ่มความระมัดระวังในการพิจารณาดำเนินการสั่งลงโทษ

2) การร้องทุกข์

การร้องทุกข์ (Grievance) เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้ได้บังคับบัญชาได้ระบายความคับข้องใจในการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลที่ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติต่อตนว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง เพื่อที่ผู้บังคับบัญชาจะได้มีโอกาสทบทวนการปฏิบัตินั้นและแก้ไขในสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หรือชี้แจงเหตุผลความถูกต้องที่ได้ปฏิบัติไปให้ผู้ร้องทุกข์ทราบและเข้าใจ หรือให้ผู้บังคับบัญชาเหนือชั้นขึ้นไปได้พิจารณาให้ความเป็นธรรม ซึ่งจะเป็นการก่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ได้บังคับบัญชา นอกจากนี้ยังเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาให้เป็นไปโดยถูกต้องและเป็นธรรม¹⁰

2.2 หลักนิติรัฐที่เป็นหลักพื้นฐานในการพิจารณาโทษทางวินัย

แนวความคิดเรื่องนิติรัฐจึงถือกำเนิดขึ้นมาจากระบบเสรีนิยมในทางการเมืองที่มีความมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่บุคคลในการที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยรัฐ นิติรัฐในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Legal State” ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “E’tat de Droit” และภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Rechtsstat” คำว่า “นิติรัฐ” นี้ ได้มีการศึกษาทางวิชาการในปลายศตวรรษที่ 19 และตั้งแต่มกลางศตวรรษที่ 19 ก็ได้มีการใช้คำนี้อย่างแพร่หลาย นิติรัฐในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 หมายถึงรัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผล ในศตวรรษที่ 19 นี้ นิติรัฐมิได้หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐ แต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการกระทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม¹¹

2.2.1 แนวคิดพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

มีข้อพิจารณาที่สำคัญเกี่ยวกับนิติรัฐประการที่หนึ่ง คือ หลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่กำหนดหน้าที่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้นเป็นจริงให้ได้ด้วย ทั้งนี้โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันกับหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน ต้องผูกพันกับกฎหมายและ

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38-39.

¹¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 92.

ความยุติธรรม มีข้อสังเกตว่าหลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น เพราะในทางรูปแบบ กฎหมายไม่อาจเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ยุติธรรมได้ หลักนิติรัฐเรียกร้องต่อไปด้วยว่า องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายโดยกำหนดเนื้อหาของกฎหมายอย่างไรก็ได้ จึงอาจมีกรณีที่มีการฟ้องร้องว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นคุณค่าพื้นฐานและหลักแห่งความยุติธรรมในรัฐได้หากเป็นเช่นนั้นจริง ก็จะมีองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นเป็นการใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐไม่ได้ประกันความยุติธรรมเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงความมั่นคงแน่นอนของแห่งนิติฐานะด้วย ดังนั้นจึงเป็นไปได้เช่นกันที่เรื่อง ๆ หนึ่ง แม้ไม่ยุติธรรม แต่หากเรื่องนั้นจบสิ้นไปนานแล้ว ระบบกฎหมายก็จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ โดยไม่อนุญาตให้ผู้เกี่ยวข้องนำเรื่องนั้นกลับมาเรียกร้องให้รัฐพิจารณาอีก เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ถ้าไม่มีการพิจารณาใหม่จะเสียความยุติธรรมอย่างรุนแรง กฎหมายจะกำหนดวิธีการในการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ไว้¹²

อย่างไรก็ดี รัฐต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นแก่ราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ำกลายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกลายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและขอบเขตใดบ้าง¹³

ราวปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งยังเป็นช่วงที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอยู่ภายใต้การปกครองของจักรพรรดิ พัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐเกิดการหักเหขึ้น เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากในเวลานั้นคำสอนในทางปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เจริญงอกงามเฟื่องฟูขึ้น แนวคิดหลักของสำนักคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ต้องการสร้างความชัดเจน ความมั่นคง และความแน่นอนให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย สำนักคิดนี้ปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลื่อนลอย จับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายไม่มีความแน่นอนสำหรับสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมายต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้นหลักใหญ่ใจความของนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้ภายในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน จากการล่วงละเมิดของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 159-160.

¹³ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 137.

เท่านั้น แม้ว่ารัฐชนิดนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่โดยที่ไม่มี การพูดถึง องค์ประกอบในทางเนื้อหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม คำรากกฎหมายจำนวนหนึ่ง จึงเรียกรัฐ ชนิดนี้ว่า Gesetzesstaat (คำว่า Gesetz ในภาษาเยอรมันแปลว่า กฎหมาย เหมือนกับคำว่า Recht แต่ Gesetz มุ่งหมายถึงกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นสำคัญ) รัฐที่สนใจแต่เพียงกฎหมาย ในทางรูปแบบเช่นนี้เองที่ทำให้ในที่สุดเกิดรัฐตำรวจขึ้น ในรัฐชนิดนี้ฝ่ายปกครองก็ผูกพันตน ต่อกฎหมาย แต่ไม่ต้องสนใจว่ากฎหมายนั้นถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ โดยปรากฏการณ์เช่นนี้ คำว่า “รัฐตำรวจ” จึงได้กลายเป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า “นิติรัฐ” ผลพวงจากการเกิดขึ้นของรัฐตำรวจ ทำให้ในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยม จนในที่สุดคนโน้มน้าวว่าด้วยนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนา ให้ครอบคลุมองค์ประกอบในทางเนื้อหาด้วย คือเป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยม คำนี้ถึงความยุติธรรม และทำให้ในปัจจุบันนี้เมื่อกล่าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งสองด้าน คือ ทั้งในทางรูปแบบ และในทางเนื้อหา การกล่าวถึงนิติรัฐเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย อาจจะไปสู่ความเข้าใจผิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทยที่วงการกฎหมายไทยตลอดจนองค์กรตุลาการยอมรับบรรดาคำสั่ง ของคณะรัฐประหารทั้งปวงว่าเป็นกฎหมาย โดยที่ไม่ได้ตั้งคำถามในทางเนื้อหาเลยว่าสิ่งที่เกิดจาก การประกาศของคณะรัฐประหารนั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรมและสมควร จะได้ชื่อว่าเป็น “กฎหมาย” ที่ผูกพันองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติตามหรือไม่¹⁴

การที่ในรัฐที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐ มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐกับพลเมือง ทำให้เป็นการเปลี่ยนความสัมพันธ์ดังกล่าวจากที่เคยเป็นความสัมพันธ์ แบบเจ้าแผ่นดินกับข้าแผ่นดินมาเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายที่มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ ระหว่างกันอย่างชัดเจน พลเมืองภายใต้รัฐดังกล่าวจะมีสถานภาพเป็นบุคคลและได้รับการรับรองให้ เป็นผู้ใช้สิทธิตามกฎหมายได้ มิใช่มีฐานะเป็นเพียงผู้ถูกกระทำดังในอดีตที่ผ่านมา¹⁵

แนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐโดยกฎหมาย การทำให้รัฐ ต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมาย โดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงไม่มีความหมายแก่เพียงการบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมด้วย วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ที่มีประสิทธิภาพและการยอมรับให้มืองค์กรตุลาการขึ้นมาโดยเฉพาะ (ศาลรัฐธรรมนูญ) ในองค์กร

¹⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>. [2560, 2 เมษายน].

¹⁵ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2557). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 542.

ดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลังสงครามโลกครั้งที่สองที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Fundamental Law) ได้เดินตามแนวทางนี้ และได้บัญญัติให้หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ¹⁶

2.2.2 ความหมายของหลักนิติรัฐ

นิติรัฐ (Legal State) มีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย คำกล่าวที่ว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ จะเป็นการให้ความหมายของนิติรัฐในเบื้องต้นที่ตรงที่สุด¹⁷ นิติรัฐ เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประการแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประการที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรฐานซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดของนิติรัฐประการหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้นกระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อรัฐเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน โดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้น ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อประชาชนได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้นจะมีอำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย¹⁸

สำหรับหลักนิติรัฐนั้น มีนักวิชาการในประเทศไทยได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐไว้ด้วยกันหลายท่าน ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

หยุด แสงอุทัย¹⁹ ให้ความหมายของนิติรัฐว่า “ความคิดเรื่องนิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ฝึกฝนในสิทธิ ปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมีบทบาทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นกรับใช้ของสังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือ ยอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบาทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กร (Organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรงสำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 159-160.

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 160-161.

¹⁸ เกரியกร เจริญชนาวัดน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 108.

¹⁹ หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 123-124.

(สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร”

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ²⁰ ให้ความหมายของนิติรัฐว่า รัฐที่กำหนดเป็นเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพ และประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ ในรัฐดังกล่าว การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น”

สมยศ เชื้อไทย²¹ ให้ความหมายของ นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้เป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ใต้กฎหมายของคนอย่างเคร่งครัด

กล่าวโดยสรุป คำว่า “นิติรัฐ” คือ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย และยอมให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่มีอยู่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.2.3 สาระสำคัญและการใช้หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐมีความหมายหลากหลายตามความเห็นของแต่ละคน แต่ได้ก่อรูปก่อร่างชัดเจนขึ้นว่าเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ดำเนินการคุ้มครองทั้งประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชน อาจจำแนกสาระสำคัญของหลักนิติรัฐออกได้ดังนี้²²

1) การปฏิบัติตามกฎหมายทุกองค์การของรัฐ (Supremacy of Law) ไม่ว่าจะเป็้องค์การใช้อำนาจทางบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ (Machinery of Government) โดยแต่้องค์การจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกัน และจะไม่มีองค์การใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์การของรัฐ ไม่ว่าจะเป็้องค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ

²⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: เยอรมัน*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 157.

²¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2553). *นิติรัฐ นิติธรรม* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 133.

²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์. หน้า 25-29.

อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจ โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกัน และจะไม่มียุติธรรมใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย²³ การดำเนินการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐต้องถูกผูกพันโดยกฎหมาย ในฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกมัดโดยรัฐธรรมนูญ²⁴ กล่าวคือ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้ และองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีจะสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนว่า มีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดขอบเขตอย่างไรและต้องไม่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็น โดยอำนาจสั่งการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นนั้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ต้องออกโดยประชาชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิเสรีภาพหรือองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน

2) หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกหรือมีให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ²⁵

แนวคำสอนเกี่ยวกับการแยกอำนาจที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิมนั้น หากพิจารณาให้ดีก็จะเห็นได้ว่าเป็นการนำเอาหลักการทางการเมืองที่เรียกรวมให้มีการจำกัดอำนาจมาแปลงให้เป็นแผนผังสำหรับการแจกจ่ายอำนาจหน้าที่ ในแง่นี้อำนาจรัฐจึงไม่แตกต่างจากอำนาจทางการเมืองที่มีการจัดโครงสร้างตามกฎหมาย²⁶ เมื่อกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ พึงเข้าใจว่าหลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้มุ่งหมายที่จะนำเอาอำนาจรัฐมาแบ่งเป็นส่วน ๆ เนื่องจากตามหลักในทางทฤษฎีอำนาจรัฐย่อมมีความเป็นเอกภาพเป็นเนื้อเดียวกัน ไม่สามารถตัดแบ่งออกเป็นส่วน ๆ ได้ ที่พูดถึงการแบ่งแยกอำนาจนั้น ที่แท้จริงแล้วหมายถึง การแบ่งแยกการใช้อำนาจของรัฐ โดยกระจายอำนาจของรัฐไปให้องค์กรของรัฐหลาย ๆ องค์กร ผู้ใช้อำนาจรัฐดังกล่าว การแบ่งแยกอำนาจรัฐตามหลักการนี้เกิดขึ้นโดยวัตถุประสงค์หลายประการ

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

²⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 111.

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 165.

²⁶ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 455.

ไม่ว่าจะพิจารณาในแง่มุมมองของการควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจ การให้อำนาจของรัฐเป็นอำนาจที่มีเหตุผล และการสร้างความชอบธรรมให้แก่อำนาจรัฐ²⁷

นอกจากนี้แล้วเสรีภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน หากมิได้มีการแยกอำนาจตุลาการ ออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร หากตุลาการรวมเป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็จะทำให้อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของพลเมืองเป็นไปตามอำเภอใจ เพราะเหตุที่ตุลาการเป็นนคราฎหมายเสียเอง หากตุลาการเป็นพวกเดียวกับฝ่ายบริหาร ก็จะทำให้ตุลาการมีอำนาจแบบผู้กดขี่ทุกอย่างย่อมสูญเสียไป หากมนุษย์คนเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันของผู้ถืออำนาจของขุนนางหรือแม่กระทั้งของประชาชน สามารถใช้อำนาจทั้งสามประการนี้ได้ กล่าวคือ มีอำนาจที่จะตราฎหมาย ให้เป็นไปตามมติสาธารณะ และตัดสินคดีอาชญากรรม หรือความขัดแย้งระหว่างปัจเจกชน²⁸

3) การมีกฎหมายที่ดี (Good Law) อันจะเกี่ยวข้องทั้งในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมาย และสาระของกฎหมาย

(1) ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายโดยทั่วไปเห็นตรงกันว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน (Clarity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้หรือสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้อง นอกจากนี้ กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง (Certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมจะก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิ หน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามสมควร ความแน่นอนมั่นคงของกฎหมายนี้จะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วย หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Security of Right) เช่น สิทธิที่เกิดจากคำสั่งของฝ่ายปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะออกโดยขัดกฎหมาย (เว้นแต่กรณี โฆษิต) แต่อาจไปฟ้องเพิกถอนในภายหลังได้ ซึ่งจะมีผลสืบทอดไปอีกช่วงว่าหากมีคำสั่งทางปกครองใดให้ประโยชน์แก่บุคคล และบุคคลเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของสิทธิในประโยชน์นั้น กฎหมายก็ต้องเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectation) ดังกล่าวตามสมควร

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

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 25. หน้า 167.

²⁸ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 454-455.

4) การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (Administrative Legality) ในการปกครอง ฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชน และประโยชน์เอกชน ดังนั้น การใช้อำนาจใด ๆ ต่อเอกชน รัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลงเพื่อให้การเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งในการนี้จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบทางกฎหมาย และการตรวจสอบทางการเมืองตามลักษณะที่เหมาะสม²⁹ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ฝ่ายปกครองจึงเป็นกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองหรือผู้ใช้อำนาจเหนือประชาชนจะต้องมีกรอบขอบเขตการใช้อำนาจ มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีการคานและดุลการใช้ อำนาจรัฐ และต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครอง จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของ เอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่ กฎหมายกำหนด³⁰ ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงถือเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ หรือของฝ่ายปกครองให้ดำเนินการ โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่าย ปกครองแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือ³¹

(1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมา ในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้ง การกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ (รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้อยในทางปฏิบัติว่า การกระทำ ของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลาย ที่มีอยู่ก่อนไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัด หรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้อย ในทางปฏิบัติให้มีฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไข ของกฎหมายกลับเรียกร้อยว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันหนึ่งอันใดได้ต่อเมื่อมีกฎหมาย

²⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 26-27.

³⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 126.

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). *หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 25.

ให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตามขึ้น โดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้³²

5) ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ประชากรรัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่การดำเนินการงานของรัฐ และในกรณีที่ทำเป็นอาชญากรรมหรือทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติมตามความจำเป็นของรัฐ แต่ก็ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานความเท่าเทียมกันความสามารถที่จะเสียสละส่วนนี้ได้ มิใช่ผู้ใดจะต้องเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น (Worsing Off) ดังนั้น ในกรณีที่รัฐ (โดยเจ้าหน้าที่) ก่อให้เอกชนคนใดเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ หรือในการรักษาประโยชน์มหาชนใดที่จะต้องให้เอกชนคนใดเสียหาย รัฐต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้นให้ตามที่เป็นรูปธรรมในภาวะที่อยู่ร่วมกันเป็นประหารรัฐ

6) การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล การควบคุมอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร นอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิถีทางการเมืองแล้ว เมื่อต้องยอมรับว่าใช้อำนาจทุกประเภทจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กรอิสระเพื่อให้มั่นใจว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายจริง การฟ้องคดีต่อศาลในกรณีที่เห็นว่ามีการใช้อำนาจผิดกฎหมายจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสังคมที่ยึดหลักนิติรัฐ หากรัฐสภาตรากฎหมายที่ผิดหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญก็อาจนำไปสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดกฎหมายก็อาจนำไปสู่การพิจารณาของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้ แต่ศาลใดจะมีอำนาจพิจารณาคดีใดจะต้องจัดตั้งตามความเหมาะสมตามความชำนาญเฉพาะด้าน และในขณะเดียวกันการพิจารณาคดีของศาลก็ต้องเป็นไปตามข้อจำกัดของสภาพองค์กรศาลที่จะพิจารณาได้ กล่าวคือ ต้องเป็นประเด็นข้อพิพาท มิใช่เรื่องสมมุติที่มีได้มีการพิพาทจริงที่ต้องหาข้อยุติให้ และในการตีความสร้างหลักกฎหมายเสริมช่องว่างในกฎหมายศาลต้องใช้หลักเกณฑ์ในหลักกฎหมายทั่วไปอย่างมีเหตุมีผล มิใช่จะวางหลักอะไรตามใจชอบ และต้องไม่ไปก้าวล่วงพิจารณาทบทวนเรื่องนโยบายหรือดุลพินิจเฉพาะในความรับผิดชอบขององค์กรอื่น โดยศาลจะต้องตรวจสอบภายในขอบเขตความถูกต้องทางกฎหมายเท่านั้น ความเหมาะสมของการดำเนินการนั้น เป็นความรับผิดชอบ

³² ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 66.

ขององค์กรผู้ใช้อำนาจนั้น โดยตรงที่จะรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชา ผู้รับผิดชอบในการทางการเมือง และประชาชนจึงอยู่นอกขอบเขตการตรวจสอบของศาล³³

สำหรับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้น เรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน อย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้าน ตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย³⁴

7) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเอกชน เป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองประชารัฐ การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งนั้น การที่กล่าวกันว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน หมายความว่า ศาลเป็นองค์กรสุดท้ายที่ประชาชน มีโอกาสให้เข้ามาตัดสินปัญหาที่ตามลำดับของการใช้อำนาจ แต่มิใช่ศาลเป็นองค์กรเดียวที่พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน อนึ่งตามความเป็นจริง ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร นั้นทั้งสมาชิกรัฐสภา และรัฐบาลต้องคำนึงถึงอย่างมากถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มาก่อนแล้ว โดยสรุปทุกองค์กรที่ดีของรัฐต้องมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ถูกลิดรอนโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่มีการเยียวยาอย่างไม่เป็นธรรม เพียงแต่บทบาทในช่วงเวลาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ของผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจะแตกต่างกันเท่านั้น มิใช่ว่าองค์กรใดจะมีความดีเหนือองค์กรอื่นเพียงองค์กรเดียว จากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนทำให้มีหลักกฎหมายตามมาสำคัญหลายประการ เช่น หลักการเสมอภาคในกฎหมาย (Equality Before the Law) หลักสัดส่วนการใช้อำนาจ (Proportionality) หลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นโทษต่อบุคคล (Retroactivity) ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนนี้ย่อมพัฒนา ขยายไปตามขอบเขตที่เหมาะสมของสังคมในแต่ละกาลสมัย³⁵

การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐ

³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 28.

³⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เชิงอรรถที่ 12. หน้า 166-167.

³⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 28-29.

ฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้³⁶

2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหลักการในการลงโทษทางวินัย

การกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชน เป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องมีกฎหมายเป็นรากฐาน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากจะมีกฎหมายเป็นรากฐานของการกระทำหรือใช้อำนาจแล้ว ยังมีหลักต่อไปว่า การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากคิดไปจากที่กำหนดไว้ เราถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย นี่คือหลักกฎหมายที่เรียกว่า ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ³⁷

2.3.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาดู อธิบาย ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de legalite) หมายความว่า นิติกรรมทุกอย่างของรัฐที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญสำหรับ “ผู้อยู่ใต้ปกครอง” และก่อให้เกิด “นิติรัฐ” (Etat droit) ขึ้น การเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายก็คือการเคารพต่อลำดับชั้นของนิติกรรมซึ่งมีกฎหมายในลำดับสูงสุด ภารกิจของศาลก็คือทำให้ “ผู้ปกครอง” และ “ผู้ใต้ปกครอง” เคารพลำดับชั้นดังกล่าว ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า ตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้นถือว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย ซึ่งมีอยู่ ทฤษฎีหลัก ๆ คือ

³⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 66.

³⁷ มานิตย์ จุมปา. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 64-65.

1) ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัครใจ (Auto-limitation) ซึ่งเยียร์ริง (Hering) และเจลลิเนค (Jellinek) เป็นผู้เสนอ ซึ่งมีหลักว่ารัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้น และกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่องค์ใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร

2) ทฤษฎีนิติรัฐ (Etat de Droit) ซึ่งรุสโซและมงเตสกีเยอได้เสนอแนวคิดความไว้เป็นคนแรก ๆ และการ์ เดอ มัลแบร์ ได้สรุปแนวคิดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งพอสรุปได้ว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้³⁸

2.3.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตย โดยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว อาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ดังต่อไปนี้

2.3.2.1 ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ

ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี 3 รูปแบบ³⁹ ดังต่อไปนี้

1) ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเรียกว่าความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ กล่าวคือ เป็นความ

³⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2553). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 275.

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 24.

ผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาพิพากษาให้แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็น บทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตาม องค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

2) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคล ย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติให้ตรงกับข้อเท็จจริง ในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัด ต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่ง ก็ตาม

3) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้ หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ ทั้งสิ้น

2.3.2.2 ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของ ฝ่ายปกครอง” ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก⁴⁰ คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย และหลักเงื่อนไข ของกฎหมาย

1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย

หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมา ในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้ง การกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติ ของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใด อันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำ ของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย

หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องให้ ทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไข ของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการที่เป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมาย ที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่ง

⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 25.

ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว⁴¹

2.3.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

2.3.3.1 หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะต้องบัญญัติกำหนดไว้ให้แจ้งชัดว่า ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้บุคคลประเภทใด กระทำอะไร หรือห้ามมิให้กระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายนี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดเสียมิได้แก่การที่ราษฎรจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใด ๆ ลงไป ถ้าหากไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้น ๆ ของตน จะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลทางกฎหมายอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ จะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ เพื่อประกัน “ความมั่นคงในนิติฐานะ” (le principe de la sécurité juridique) เช่นว่านี่ของราษฎร ศาลของประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงต่างพากันพิพากษาว่า กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าหากว่ากฎหมายนั้นไม่มีความแน่นอนชัดเจนเท่าที่ควร⁴²

โดยที่เหตุ การกระทำทางปกครองเป็นการให้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายกำหนดเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเป็นที่คาดหมายได้ต่อปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายปกครอง ความชัดเจนแน่นอนตลอดจนการคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง ถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 อย่างไรก็ตาม ระดับความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครองนั้น อาจแตกต่างกันออกไปตามสภาพของการกระทำทางปกครอง แม้กระนั้นเราอาจกล่าวเป็นหลักทั่วไปได้ว่า ยิ่งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการล่วงล้ำสิทธิ หรือสร้างภาระให้กับปัจเจกชน ทั้งนี้ หลักความแน่นอนของกฎหมายประกอบด้วยหลักย่อย 2 หลัก⁴³ กล่าวคือ หลักความชัดเจนของกฎหมาย และหลักคุ้มครองความสุจริต

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31, หน้า 29.

⁴² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2538), *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครอง* พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 8.

⁴³ Herzog, in: Maunz/Duerig อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31, หน้า 26.

1) หลักความชัดเจนของกฎหมาย

หลักความชัดเจนของกฎหมายเรียกร่องฝ่ายนิติบัญญัติ (รวมทั้งฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรอง) ในการบัญญัติว่ากฎหมายจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเอง ภายใต้สภาพการณ์ในทางกฎหมายเรื่องนั้น ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐ (The Rule of Legal State) มิได้ห้ามในการที่จะบัญญัติ “ถ้อยคำในทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจน” (Unbestimmter Rechtsbegriff) และการบัญญัติถึง “เงื่อนไขทั่วไป” (Generality)

2) หลักคุ้มครองความสุจริต

ในขณะที่หลักความชัดเจนของกฎหมายเรียกร่องต่อฝ่ายนิติบัญญัติ แต่หลักความคุ้มครองความสุจริตเรียกร่องต่อฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิก เพิกถอน นิติกรรมทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ถ้าผู้รับนิติกรรมทางปกครอง เชื่อโดยสุจริตว่านิติกรรมทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ขังน้ำหนักระหว่าง ประโยชน์สาธารณะ ในกรณีที่มีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวกับความสุจริตของบุคคล นั้นแล้วเห็นควรที่คุ้มครองบุคคลดังกล่าว กรณีนี้ให้ใช้หลักการความคุ้มครองความสุจริตของผู้รับ นิติกรรมทางปกครองเพื่อคุ้มครองบุคคลดังกล่าว⁴⁴

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการเรียกร่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย ให้มีความแน่นอนชัดเจนถึงขนาดสามารถจัดดุลพินิจให้หมดสิ้นไปจากการบริหารรัฐกิจนั้น เท่ากับว่า “เป็นการสร้างวิมานในอากาศ” ทั้งนี้เพราะรัฐเสรีประชาธิปไตยมิได้มุ่งหมายเพียงเพื่อ ประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎรเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งหมายที่จะอำนวยความยุติธรรมให้แก่ ราษฎรทุกคนในทุกกรณีอีกด้วยมาตรการของฝ่ายปกครองที่ยุติธรรมได้แก่ มาตรการที่สามารถ ตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนหรือหนึ่ง “ประโยชน์มหาชน” ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประสิทธิผลที่สุด แต่ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร น้อยที่สุด อนึ่งความต้องการส่วนรวมของประชาชนนั้นมิได้คงที่ หากแต่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไป ตามสภาพการณ์ทางสังคมในแต่ละกาลและเทศะ เหลือวิสัยที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายเพื่อให้ บรรลุความมุ่งหมายทั้งสองประการ ได้อย่างสมบูรณ์ ความแตกต่างในพื้นจิตใจของมนุษย์แต่ละคนก็ตี ความหลากหลายของพฤติกรรมของมนุษย์และสรรพสิ่งที่ดีย่อมเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งแก่การบัญญัติ กฎหมายกำหนดไว้เป็นการทั่วไปและแน่นอนชัดเจนว่าในกรณีใด อะไรคือความยุติธรรม การตรากฎหมายให้มีลักษณะทั่วไปและแน่นอนชัดเจนจำต้องจัดบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ไว้ เป็นประเภทและปฏิบัติต่อบุคคล สิ่งของและเหตุการณ์ประเภทเดียวกันตามหลักการเดียวกัน บุคคล สิ่งของและเหตุการณ์ แม้จะมีลักษณะร่วมกันอยู่พอที่จะจัดเป็นประเภทเดียวกันได้ แต่ก็ทำได้

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 26.

เหมือนกันหมดในทุกแห่งทุกมุมไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องคำนึงถึงแต่ลักษณะร่วม และละเลยไม่คำนึงถึงลักษณะที่บุคคล สิ่งของและเหตุการณ์มีแตกต่างกันออกไป ดังนั้น เมื่อนำกฎหมายซึ่งกำหนดบังคับหรือห้ามบุคคลประเภทใด ประเภทหนึ่งกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้น ไปใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งแล้ว อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างยิ่งแก่บุคคลนั้น ในกรณีเฉพาะนั้น ก็เป็นไปได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิด “ความยุติธรรมเฉพาะกรณี” ขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายได้บ้าง กล่าวกันว่า แมื่อดุลพินิจจะเป็นสิ่งชั่วร้ายแต่ก็เป็น “สิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” ทั้งนี้ เพราะการให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารเป็นวิธีการแต่เพียงอย่างเดียวที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายดำเนินไปได้อย่างยุติธรรม ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลของประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะพิพากษาว่ากฎหมายที่ใช้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมายนั้นให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ทำนองเดียวกับการออกเช็คให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งไปโดยมิได้ระบุจำนวนเงินไว้ ปล่อยให้ผู้ทรงเช็คนั้นระบุจำนวนเงินเอาตามใจชอบเท่านั้น⁴⁵

2.3.3.2 หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

ที่ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังนั้น หมายความว่า จะต้องประกาศโฆษณา กฎหมายนั้นราษฎรทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษา ก่อนที่จะนำไปใช้บังคับแก่ราษฎร และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นใน ราชกิจจานุเบกษาไม่ได้ ข้อห้ามตรากฎหมายให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังนั้นมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ รวมทั้งฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญาเว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่เวลาที่กระทำความผิดมิได้” อนึ่งถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบางฉบับจะมีได้บัญญัติกำหนดหลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้ ศาลฎีกาก็เคยพิพากษาว่า กฎหมายที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนวันใช้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับนั้น⁴⁶

⁴⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 55-56.

⁴⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 65-66.

2.3.3.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยเหมาะสมพอประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใด ๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ (ด้วยเหตุนี้แนวความคิด The end justifies the means จึงไปด้วยกันไม่ได้กับนิติรัฐ) การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะสมพอประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมายจะมอบเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้ เพียงแค่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดแม้ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่าทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรง ต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ การใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ นอกจากหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ในแง่เนื้อหา หลักนิติรัฐยังห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น ๆ ด้วย⁴⁷

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลัก กล่าวคือ หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

1) หลักแห่งความเหมาะสม เป็นหลักการที่บังคับว่าในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เช่น ป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ มาตรการนั้นต้องอยู่ในวิสัยที่จะขัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริง ๆ หรือในกรณีหากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในด้านใดด้านหนึ่ง เช่น รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการนั้นก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดการจลาจล สงครามการเมือง หรือความเสื่อมโทรมทางจิตใจของประชาชนได้จริง ๆ เป็นต้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 328-329.

ยอมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความเหมาะสมและไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดไม่เป็นไปตามหลักแห่งความเหมาะสม กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁴⁸

2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด ความคิดเป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำเป็นต้องเลือก บุคคลต้องเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม⁴⁹

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหาย อันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ ดังนั้นจึงบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องทำการชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะยังให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวม ฝ่ายบริหารต้องห้ามไม่ให้ใช้ออกมาบังคับ ถึงแม้มาตรการนั้นจะเหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตามเมื่อบังคับตามหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันครั้งครัดแล้ว ในกรณีที่มีมาตรการต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับได้ทุกมาตรการ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมโดยส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับ ฝ่ายบริหารต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำกรอย่างใด ๆ เลยทีเดียว⁵⁰

⁴⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 149.

⁴⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 151.

⁵⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 60.

2.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่บุคคล

สำหรับประเทศไทย การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังนับได้ว่าเป็นเรื่องค่อนข้างใหม่ แต่ถ้าเข้าใจเนื้อหาเบื้องต้นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จัดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง ก็จะสามารถดำเนินการคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากมุมมองของฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพทั้งหลายอย่างทั่วถึง⁵¹

2.4.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

ความหมายของสิทธิเสรีภาพนั้น มีนักวิชาการในประเทศไทย ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิและเสรีภาพหลายท่าน ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึง ดังนี้

1) วรพจน์ วิศรุตพิชญ์⁵² ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

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

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

2) บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁵³ ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิ อันเป็นการบังคับคนอื่นต้องกระทำตามสิทธิของเรา แต่ไม่ว่าจะจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพต่างก็ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายสูงสุด และ “เสรีภาพ” คือ อำนาจที่จะกระทำอะไรก็ได้ โดยมีอำนาจที่เลือกประพฤติหรือไม่ประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่ง

3) บรรเจิด สิงคะเนติ⁵⁴ ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

⁵¹ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 542.

⁵² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 16.

⁵³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 348.

⁵⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 48.

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง

4) วิษณุ เครืองาม⁵⁵ ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

กล่าวโดยสรุป “สิทธิ” หมายถึง อำนาจทางกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือยอมให้เข้ากระทำการโดยไม่เข้าขัดขวางเพื่อประโยชน์ตน ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้น หมายถึง ความมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน

ความหมายของสิทธิที่ได้กล่าวข้างต้นเป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ถือเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดที่ได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายความรวมถึง การคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ หรือ เสรีภาพทางวิชาการ เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ⁵⁶

ในส่วนของความหมายของ เสรีภาพ นั้น หมายถึง อำนาจในการกำหนดตัวเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง สิทธิ และ เสรีภาพ จึงอยู่ที่ว่าสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น แต่ในกรณีที่อาจทำให้สับสนคือกรณีของ “สิทธิในเสรีภาพ”

⁵⁵ วิษณุ เครืองาม. (2535). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ผู้สิทธิมนุษยชน สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทย ปัจจุบัน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 28.

⁵⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 49.

กล่าวคือโดยลำพังของเสรีภาพนั้นไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ในแง่นี้มิได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด แต่หากกล่าวว่า สิทธิในเสรีภาพ นั้น หมายความว่าบุคคลนั้น ย่อมมีสิทธิในการใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือบุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น⁵⁷

2.4.2 การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นองค์กรของรัฐจึงต้องเคารพเช่นเดียวกัน ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐนั้นมี 3 ระดับด้วยกัน⁵⁸ คือ

1) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของรัฐ

องค์กรของรัฐไม่สามารถละเมิดสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เลย เสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพเด็ดขาด เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อและศาสนา ดังนั้นถ้ามีกฎหมายที่ตราออกมาแล้วกระทบต่อเสรีภาพแบบเด็ดขาดดังกล่าวก็ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญยอมให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่าที่ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะแผ่ไปถึง การที่จะพิจารณาว่าขอบเขตของการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะกินเนื้อที่เพียงใดนั้น พิจารณาได้จากบทบัญญัติของแต่ละสิทธินั้นเอง⁵⁹

2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร

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

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 51-52.

⁵⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 194-195.

⁵⁹ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 542.

3) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิด

ประชาชนสามารถฟ้องร้องต่อศาลได้ เช่น ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพขัดรัฐธรรมนูญ ต้องมีองค์กรชี้ขาดให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ถ้าฝ่ายบริหารละเมิดเสรีภาพก็ต้องให้ มีองค์กรชี้ขาดให้หยุดการกระทำและใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากนี้รัฐยังต้องมีภาระที่จะต้องดูแลกรณี เอกชนคนหนึ่งละเมิดสิทธิเสรีภาพของอีกคนหนึ่ง โดยกำหนดให้ศาลทำหน้าที่เยียวยาความเสียหาย แก่ประชาชนและลงโทษผู้ที่กระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.4.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ข้อพิจารณาตามหลักการนี้อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ⁶⁰ คือ การจำกัดสิทธิและ เสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติตามกฎหมาย และกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนด เงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ต้องอยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะ นั้น ๆ

2.4.3.1 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ กระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติตาม กฎหมาย

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายนี้ เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชน กล่าวคือ กฎหมายจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่ จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและ เสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมกันของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหาก พิจารณาหลักเงื่อนไขของรัฐสภา ซึ่งหมายความว่า การกำหนดกฎหมายในเรื่องที่มีความสำคัญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบ อำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ และกรณีการตรากฎหมายจำกัด สิทธิเสรีภาพเป็นของประชาชน ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนด

เมื่อพิจารณาจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติ ตามกฎหมาย บิดาแห่งลัทธิเสรีนิยม มองว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องมี ลักษณะ 5 ประการ⁶¹ ประกอบกันดังนี้คือ

⁶⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 234.

⁶¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2546). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 68.

1) กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป “กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน” ปฎิญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและของพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 6 นี้ ชวนให้เข้าใจว่า กฎหมายต้องมีผลใช้บังคับแก่ราษฎรทุกคนเหมือนกันหมด แท้ที่จริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ เมื่อวิเคราะห์ความหมายของหลักแห่งความเสมอภาคอันเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่ผูกพันผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการให้ต้องเคารพและปฏิบัติตามประกอบแล้ว ถ้อยคำดังกล่าวน่าจะมีความหมายเพียงแต่ว่า กฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น

2) กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน กฎหมายที่จำกัดให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะต้องบัญญัติกำหนดไว้ให้แจ้งชัดว่าบังคับ หรือ ห้าม หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับหรือห้ามบุคคลประเภทใด กระทำหรือละเว้นกระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายนี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดเสียไม่ได้แก่การที่ราษฎรจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการต่าง ๆ

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจนถึงขนาดสามารถจัดดุลยพินิจให้หมดสิ้นไปจากการบริหารรัฐกิจนั้น เท่ากับว่า “เป็นการสร้างวิมานในอากาศ” ทั้งนี้ เพราะรัฐเสรีประชาธิปไตยมิได้มุ่งหมายเพียงเพื่อประ่มั่นความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎรเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งหมายที่จะอำนวยความยุติธรรมให้แก่ราษฎรทุกคนในทุกกรณีอีกด้วย

3) กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรจะต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลังนั้น หมายความว่า จะต้องประกาศโฆษณากฎหมายนั้นให้ราษฎรทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษาก่อนที่จะนำไปใช้บังคับแก่ราษฎร และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นก่อนวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้ ข้อห้ามตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังนี้ มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายต่อบุคคลไม่ว่ากรณีใด ๆ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ

4) กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความได้สัดส่วน หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจรัฐกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจหลักนี้ เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีความสัมพันธ์กันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ ดังนั้นองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ หรือฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการนี้ จะกระทำการใด ๆ ขัดหรือแย้งกับหลักการนี้ไม่ได้ และได้กล่าวมาแล้วเช่นกันว่า หลักแห่งความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกัน คือ

(1) หลักแห่งความเหมาะสม เป็นหลักการที่บังคับว่าในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เช่น ป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ มาตรการนั้นต้องอยู่ในวิสัยที่จะขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริง ๆ หรือในกรณีหากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในด้านใดด้านหนึ่ง เช่น รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการนั้นก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดการจลาจล สงครามการเมือง หรือความเสื่อมโทรมทางจิตใจของประชาชนได้จริง ๆ เป็นต้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิมย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความเหมาะสมและไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดไม่เป็นไปตามหลักแห่งความเหมาะสม กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁶²

(2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด ความคิดเป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำเป็นต้องเลือก บุคคลต้องเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม⁶³

(3) หลักแห่งความได้สัดส่วนอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหาย อันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ ดังนั้นจึงบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องทำการชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวม ฝ่ายบริหารต้องห้ามมิให้ใช้ออกมาบังคับ ถึงแม้มาตรการนั้นจะ

⁶² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 18. หน้า 149.

⁶³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 18. หน้า 151.

เหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตามเมื่อ บังคับตามหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันเคร่งครัดแล้ว ในกรณีที่มีมาตรการ ต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับได้ทุกมาตรการ ก่อความเสียหายแก่เอกชน หรือสังคมโดยส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนพึงได้รับ ฝ่ายบริหารต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำการอย่างใด ๆ เลยทีเดียว⁶⁴

2.4.3.2 กฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจ ฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคน เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/ หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนก็ตาม แต่หาได้มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพด้วยไม่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้เพิกถอนสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของราษฎร ย่อมมีข้อความชัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ในทางปฏิบัติมีกฎหมายที่ขัดขวางสิทธิ หรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของราษฎร โดยกำหนดเงื่อนไขให้ราษฎรต้องปฏิบัติก่อนที่จะใช้สิทธิ หรือเสรีภาพนั้น ได้อย่างเคร่งครัดจนถึงขนาดว่าแทบจะไม่มีราษฎรคนใดปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้ เอาเสียเลย กฎหมายที่ขัดขวางสิทธิหรือเสรีภาพล้ำเข้าไปกระทบถึง “แก่น” หรือ “สาระ” ของ สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนี้ แม้ตามรูปแบบแล้วจะเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ แต่ตามเนื้อแล้ว ก็มีผลไม่แตกต่างกับกฎหมายที่ตัดสิทธิหรือเสรีภาพเลย

2.4.3.3 กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ในกรณีนี้ต้องอยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะนั้น ๆ

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมี 2 เงื่อนไข คือ เงื่อนไข ธรรมดา และเงื่อนไขเฉพาะ เงื่อนไขทั่วไป คือ กรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติ ของกฎหมายธรรมดา กับเงื่อนไขเฉพาะ คือ กรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดได้เมื่อเป็นกรณีที่เข้า เงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดเท่านั้น ซึ่งกรณีหมายความว่า การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ จะกระทำได้เฉพาะตามขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น⁶⁵

เมื่อมีกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้อำนาจขององค์กรมิได้คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีแนวทางในการพิจารณา ดังนี้⁶⁶

⁶⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 60.

⁶⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 235.

⁶⁶ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 546.

1) พิจารณาว่าการใช้อำนาจดังกล่าวมีกฎหมายรองรับหรือไม่

หากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่มีกฎหมายรองรับหรือเป็นการใช้อำนาจที่นอกเหนือไปจากขอบเขตกฎหมายกำหนด ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีขอบ ซึ่งศาลปกครองก็สามารถพิจารณาได้ แต่หากการใช้อำนาจนั้น ๆ มีกฎหมายรองรับ และเป็นการใช้อำนาจภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด อาจมีปัญหาต่อไปได้ว่า กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และการที่กฎหมายจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ส่วนหนึ่งมาจากการที่กฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า กฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใด

2) พิจารณาว่าการใช้อำนาจดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใด

ในการพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวน่าจะกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสิทธิใด จะต้องพิจารณาจากสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงเสียก่อน โดยพิจารณาขอบเขตของแต่ละสิทธิ ว่าครอบคลุมถึงกรณีที่กำลังพิจารณานี้หรือไม่ หากไม่มีจึงพิจารณาถึงสิทธิที่มีลักษณะทั่วไป

3) พิจารณาหลักที่ว่า “กฎหมายคือเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่”

ถึงแม้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่อาจไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ก็มีได้หมายความว่า จะเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ เพราะสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตราเป็นกฎหมายออกมามีจำกัดได้ ทั้งนี้ย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือเป็นไปตามหลักว่า “กฎหมายคือเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่” การที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตราเป็นกฎหมายออกมามีจำกัดสิทธิต่าง ๆ ได้นี้ อาจเปิดช่องแบบทั่วไป หรืออาจมีลักษณะเจาะจงในส่วนของเนื้อหาหรือภายใต้เงื่อนไขพิเศษอื่น ๆ ก็ได้ นอกจากนี้แล้วคำว่ากฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นี้ หมายถึงระบบกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเท่านั้น และกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิของประชาชนยังต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้ด้วยเช่นกัน⁶⁷ กล่าวคือ

(1) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่ของรูปแบบ กล่าวคือ ผู้ตราจะต้องมีอำนาจที่จะตรากฎหมายได้ และมีการดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการตรากฎหมาย

⁶⁷ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 546-547.

(2) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องมีความชัดเจน เพียงพอที่ประชาชนจะทราบได้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะต้องการจำกัดสิทธิใด และต้องการจำกัดสิทธิดังกล่าวเพียงใด

(3) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด

2.5 หลักความเป็นกลางซึ่งเป็นหลักที่ต้องดำเนินการก่อนการพิจารณาทางปกครอง

รัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไปต่างยอมรับถึงความดำรงอยู่ของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของนิติรัฐ ประกอบกับเมื่อหลักนิติรัฐเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การทำความเข้าใจถึงหลักการเบื้องต้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง

เมื่อพิจารณาถึงความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ย่อมหมายความว่า ฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่น ๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในการกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองที่ทำให้การดำเนินการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้นิติรัฐจะต้องมีวิธีพิจารณาสั่งการที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าเจตจำนงของสังคมในรูปตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติจะได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องและเป็นธรรม และเพื่อป้องกันมิให้เจตจำนงดังกล่าวถูกใช้ไปในทางที่ผิดกฎหมายหรือถูกบิดเบือนไป ดังนั้น จึงต้องมีการบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการซึ่งเป็นมาตรการในการควบคุมและส่งเสริมให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักการของนิติรัฐ⁶⁸

หลักความเป็นกลาง (Impartiality) ถือเป็นหลักการหนึ่งในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ⁶⁹ ซึ่งเกิดจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลที่มีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย บุคคลนั้นจะ

⁶⁸ ศูนย์ศึกษาคดีปกครองสำนักวิจัยและวิชาการ. (ม.ป.ป.). *หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 1.

⁶⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 171.

สูญเสียความเป็นกลาง และไม่อาจวินิจฉัยสั่งการ โดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ ดังนั้น หลักการนี้ จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งนำมาสู่การคัดค้านผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดี ไม่ให้เป็นผู้นิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมลงมติในเรื่องใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ หรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสีย⁷⁰

2.5.1 ความหมายของหลักความเป็นกลาง

หลักความเป็นกลาง (Impartiality) ได้ถูกบัญญัติและรับรองไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทย โดยเฉพาะกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับวินัยของข้าราชการ กฎหมายเกี่ยวกับองค์กรและการควบคุมการประกอบวิชาชีพอิสระ กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของเอกชน และกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีปกครองโดยองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองในขณะนั้น ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากที่ประเทศไทยเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 แต่ทว่ากฎหมายเหล่านั้นได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นกลางไว้เพียงหลักการสำคัญเท่านั้น และมีเพียงกฎหมายบางฉบับที่ได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นกลางตั้งแต่ขอบเขตการปรับใช้ เหตุที่กระทบต่อหลักความเป็นกลาง หรือมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันหรือแก้ไขเมื่อมีเหตุที่กระทบต่อหลักการดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาประเทศไทยได้มีการใช้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการ โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครองและผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น เพื่อเป็นการประกันความเป็นธรรม การพิจารณาโดยเปิดเผยจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและเป็นหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ต้องรับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ ไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวสั่งการเรื่องในทางปกครองอย่างมีอคติหรือไม่เป็นกลางแล้ว ก็จะส่งผลในทางลบต่อการวินิจฉัยสั่งการของตนอย่างแน่นอน⁷¹ รัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไปต่างยอมรับถึงความดำรงอยู่ของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principle of the Legality of Administrative

⁷⁰ บุนผา อัครพิมาน. (2558). หลักกฎหมายทั่วไป. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 5 (1), หน้า 14-15.

⁷¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 139.

Action) ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ประกอบกับเมื่อหลักนิติรัฐเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การทำความเข้าใจถึงหลักการเบื้องต้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาถึงความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ย่อมหมายความว่า ฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่น ๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในการกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองที่ทำให้การดำเนินการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายใต้นิติรัฐจะต้องมีวิธีพิจารณาสั่งการที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าเจตจำนงของสังคมในรูปตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติจะได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องและเป็นธรรม และเพื่อป้องกันมิให้เจตจำนงดังกล่าวถูกใช้ไปในทางที่ผิดกฎหมายหรือถูกบิดเบือนไป ดังนั้น จึงต้องมีการบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการ ซึ่งเป็นมาตรการในการควบคุมและส่งเสริมให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักการของนิติรัฐ

หลักความเป็นกลาง (Impartiality) ถือเป็นหลักการหนึ่งในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งเกิดขึ้นจากแนวความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่บุคคลนั้นก็จะต้องเสียความเป็นกลางและไม่อาจวินิจฉัยสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ ดังนั้น หลักการนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งนำมาสู่การคัดค้านผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้วินิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการในคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ ในระบบกฎหมายของนานาอารยประเทศต่างยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักความเป็นกลางนี้ ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นเวลาช้านานแล้ว อย่างเช่นในประเทศทางยุโรปได้ให้การรับรองไว้ในปฏิญญาสากลแห่งยุโรปว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales) มาตรา 6-1 วรรคหนึ่ง ที่ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เปิดเผย และในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ซึ่งได้มีการตีความหลักดังกล่าว

ขยายไปถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย จากการศึกษาถึงพัฒนาการของหลักความเป็นกลาง ในต่างประเทศ จะพบได้ว่าการเกิดขึ้นของหลักการดังกล่าวในแต่ละประเทศได้รับการพัฒนามาจาก พื้นฐานทางแนวความคิดที่แตกต่างกัน ซึ่งส่งผลให้การปรากฏอยู่ของหลักการดังกล่าวในปัจจุบัน แตกต่างกันอย่างออกไป

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักความเป็นกลาง (Principe de l'impartialité) นั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประการหนึ่งในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีวิวัฒนาการอันยาวนานมาจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ศาลปกครองสูงสุด) โดยยึดหลักการที่ว่า การวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองจะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักการแห่งความปราศจากอคติ และต่อมาได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1302 ในรัฐกำหนด Philippe le Bel ว่าด้วยการปฏิรูปรัฐอาณาจักร ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเคารพต่อหลักความเป็นกลาง โดยสภาแห่งรัฐได้ปรับใช้หลักการดังกล่าวข้างต้นแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและคณะกรรมการวินัยข้าราชการในการวินิจฉัยคดีที่มีการโต้แย้งคำวินิจฉัยขององค์กรเหล่านี้ พร้อมทั้งยืนยันว่าหลักความเป็นกลางเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประการหนึ่งอีกด้วย อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้ว่าหลักความเป็นกลางจะมีวิวัฒนาการและความสำคัญในทางประวัติศาสตร์ แต่ทว่าในทางปฏิบัติยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีการกล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้โดยตรง เนื้อหาที่เกี่ยวข้องเนื่องส่วนใหญ่มักจะปรากฏในกฎเกณฑ์ลำดับอื่น ๆ ดังเช่น หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดองค์ประกอบและการดำเนินงานของฝ่ายปกครองหรือข้อกำหนดวิธีการในการทำงาน เป็นต้น และเป็นที่ยอมรับได้ว่าแม้หลักความเป็นกลางดังกล่าวนี้จะมีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับหลักกฎหมายอื่น แต่ในทางปฏิบัติหลักการดังกล่าวกลับเป็นที่ยอมรับว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามอยู่เสมอ

กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า การนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งสภาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครอง และหลักการดังกล่าวก็ได้รับการพัฒนาโดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีการนำหลักความเป็นกลางมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่เป็นการบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรองซึ่งออกโดยฝ่ายบริหาร

สำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลักความเป็นกลางมีที่มาตั้งแต่ยุคกลางซึ่งนำมาใช้กับฝ่ายตุลาการ โดยถือว่าผู้พิพากษาเป็นผู้รับใช้ความยุติธรรม ผู้พิพากษาจึงต้องไม่มีส่วนได้เสียในคดีที่ตนรับผิดชอบ แต่ในขณะเดียวกัน การนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่กลับได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ของประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1925 ภายหลังจากที่เครือรัฐออสเตรเลียได้บัญญัติกฎหมายที่ใช้

ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรก ซึ่งรวมถึงการนำหลักความเป็นกลางมาบัญญัติรวมไว้ในกฎหมายฉบับนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวส่งผลให้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเริ่มพิจารณาถึงการควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ดังนั้น กระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีโครงสร้างทำนองเดียวกับวิธีพิจารณาความแพ่งของศาล ทั้งนี้ ภายหลังจากที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) และการจัดทำกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย ต่อมาจึงได้มีการบัญญัติรับรองการนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นในปี ค.ศ.1976 นั่นก็คือประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยก่อนหน้าที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ศาลยุติธรรมสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พยายามคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณา แต่ด้วยเหตุที่การบังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมีข้อจำกัดอยู่มาก จึงเป็นเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองขึ้น ทั้งนี้ ก็เพื่อวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนและอำนวยความสะดวกต่อการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ

ส่วนหลักความเป็นกลางในประเทศอังกฤษนั้น เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ซึ่งใช้หลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice) เป็นหลักการพื้นฐานอันมีความสำคัญมากที่สุด หลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติประกอบด้วย หลักความไม่มีอคติ (The Rule Against Bias) และหลักการรับฟังอย่างเป็นธรรม (The Right to A Fair Hearing) ซึ่งหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติสามารถอธิบายถึงการมีลักษณะบังคับมายังการกระทำของฝ่ายปกครองปกครองได้ว่า หลักความไม่มีอคติ (The Rule Against Bias) เรียกร้องว่าบุคคลจะไม่พิจารณาในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย เช่น มีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้ยื่นคำร้อง หรือกรณีที่หน้าที่การงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลาย ๆ หน้าที่ขัดกัน ศาลอังกฤษได้กล่าวถึงกรณีเหล่านี้ว่าอยู่ในข่ายของการมีส่วนได้เสีย เว้นแต่เป็นกรณีที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งในการพิจารณาว่ากรณีใดที่มีส่วนได้เสียนั้นจะแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ดังนั้น แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งจะมีเหตุผลที่ดีและถูกต้อง รวมทั้งไม่ได้ให้ส่วนได้เสียของตนเข้ามามีอิทธิพลต่อคำตัดสินหรือการตัดสินใจของตนก็ตาม แต่หากว่าโดยสภาพภายนอกแล้ว

บุคคลทั่วไปเห็นว่าจะเกิดการลำเอียงอย่างแน่นอน ก็ย่อมถือว่าขัดต่อหลักความเป็นกลางซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติแล้ว

ในการพิจารณาทางปกครอง เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลาง เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรมและเป็นที่น่าไว้วางใจได้ เนื่องจากหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนพิจารณาแล้ว ความไม่เป็นกลางดังกล่าวจะเข้ามาบิบบทบาทในทุกขั้นตอนของการพิจารณาซึ่งหลักความเป็นกลางจะป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนำเรื่องผลประโยชน์ส่วนตัวเข้าไปปะปนกับการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เป็นไปโดยถูกต้องตามข้อเท็จจริงปราศจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือลำเอียง ซึ่งจะส่งผลให้เกิดนิติกรรมทางปกครองอันไม่ชอบธรรมในท้ายที่สุด ในทางปกครองอำนาจกับหน้าที่เป็นของคู่กันเสมอ การมีแต่หน้าที่หากไม่มีอำนาจก็กระทำการใดไม่สำเร็จ คำว่า “เจ้าหน้าที่” เป็นคำเก่าที่มีความหมายดีมากโดยหมายความถึงผู้มีอำนาจหรือ Authority นั้นเอง ซึ่งตามความเป็นจริงในระบบทางปกครองเจ้าหน้าที่จะเป็นบุคคลธรรมดา คือ ข้าราชการ คณะบุคคล คือ คณะกรรมการต่าง ๆ หรือ นิติบุคคล คือ หน่วยงานของรัฐก็ได้ โดยทั่วไปเจ้าหน้าที่จะเป็นองค์กรทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น (Competence) หากผู้ใดไม่มีอำนาจหน้าที่มากระทำก็จะเกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลคืออาจเป็นโมฆะหรืออาจเพิกถอนได้ และการทำงานจะเป็นไปด้วยดีและเป็นที่น่าไว้วางใจก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติมีความเป็นกลาง (Impartiality) ต่อทุกฝ่ายเพื่อประกันกระบวนการปฏิบัติราชการ โดยความเป็นธรรม ความไม่เป็นกลางมีการแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก และความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก

กรณีนี้เป็นเรื่องสมมุติ หากมีกรณีเข้าข่ายนี้ก็ถือว่าเป็นเรื่องไม่ควร เพราะการทำให้คู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องกลางแครงใจในความเป็นกลางย่อมไม่เป็นผลดีต่อฝ่ายปกครองในภาพรวม รัฐควรดำเนินการให้ประชาชนเกิดความไว้วางใจและให้ความร่วมมือกับฝ่ายปกครอง การงานจะได้ดำเนินไปสู่ประโยชน์ส่วนรวมของสังคมอย่างแท้จริง ในกรณีนี้ แม้ว่าความเป็นจริงเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องอาจมีความเป็นกลางอย่างเต็มที่โดยใจสมัคร แต่เพื่อความโปร่งใสและกระบวนการทางปกครองและความไว้วางใจในระบบ หากมีเหตุให้ผู้อื่นเกิดกังวลสงสัยก็ควรถอนตัวออกไปจะดีกว่า ทั้งนี้เว้นแต่จะมีกรณีเร่งด่วนหรือจำเป็นอันเป็นข้อยกเว้นดังจะกล่าวต่อไป ดังมาตรา 13 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงวางกฎเกณฑ์สำหรับกรณีที่เกรงว่าจะไม่เป็นกลางเอาไว้ และมีวิธีการกำกับ โดยถ้าเจ้าหน้าที่นั้นจะไม่ถอนตัวโดยสมัครใจก็มีหนทางคัดค้านให้ต้องถอนตัวออกไป โดยถูกผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรระดับสูงขึ้นไปบังคับให้ต้องถอนตัวจากกรณีที่พิจารณา ถ้าหาก

เป็นเช่นนั้นก็น่าอายยิ่งกว่าการถอนตัวออกไปโดยสมัครใจตั้งแต่ในชั้นแรก กรณีนี้ถือว่าเป็นความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกตามมาตรา 13 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษปกครอง ซึ่งได้กำหนดความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกไว้ ดังนี้

(1) เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง คือ เป็นฝ่ายตรงข้ามกับตนเอง ซึ่งถือเป็นการร้ายแรงที่สุด เช่น การยื่นขออนุญาตตั้งโรงงานในขณะที่ตนเองเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้ตั้งโรงงาน

(2) เจ้าหน้าที่เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เพราะการร่วมเป็นครอบครัวเดียวกันหรือจะร่วมเป็นครอบครัวเดียวกันอาจทำให้เกิดความลำเอียงได้ง่าย

(3) เจ้าหน้าที่เป็นญาติของคู่กรณี ซึ่งความเป็นญาติกันก็มักมีความลำเอียง โดยหลักการก็ประสงค์ให้จำกัดในขอบเขตของ “ญาติสนิท” ที่อาจมีความสัมพันธ์ทางจิตใจใกล้ชิด แต่เพื่อความแน่ชัดกฎหมายจะบัญญัติประเภทของบุคคลไว้โดยตรง ได้แก่

ก. บุพการี คือผู้สืบสายโลหิตสายตรงขึ้นไปไม่ว่าจะกี่ชั้น นับตั้งแต่ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ซึ่งการนับตามหลักบุพการีนี้จะนับทั้งหมดไม่ว่าจะโดยกำเนิดโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข. ผู้สืบสันดาน คือผู้สืบสายโลหิตสายตรงลงมาไม่ว่าจะกี่ชั้นนับตั้งแต่ ลูก หลาน เหลน ลื่อ ซึ่งการนับตามหลักผู้สืบสันดานจะนับทั้งหมดไม่ว่าจะกำเนิดโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ค. ญาติพี่น้อง นับได้ภายในสามชั้น พี่น้อง คือ ผู้เกิดในครอบครัวจากพ่อแม่เดียวกัน ไม่ว่าพ่อแม่จะสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะเป็นกรณีพ่อแม่คนเดียวกัน

ง. ญาติด้านลูกพี่ลูกน้อง นับได้ภายในสามชั้น ลูกพี่ลูกน้อง คือ ลูกของผู้เป็นพี่หรือน้องของพ่อแม่หรือแม่ ได้แก่ ลูกของลูก ป้า น้า อา ซึ่งนับกันตามข้อเท็จจริง

จ. ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน นับได้ภายในสองชั้น

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี ทั้งนี้ เพราะเคยช่วยทำกรงานรักษาประโยชน์ให้แก่กันมาก่อน ซึ่งย่อมมีความใกล้ชิดและอาจลำเอียง โดยผู้แทนโดยชอบธรรมคือผู้ปกครองที่ดูแลผู้เยาว์ (มาตรา 1585 และมาตรา 1598/3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือผู้อนุบาลที่ดูแลคนไร้ความสามารถ (มาตรา 28 ประกอบกับมาตรา 1598/15 และมาตรา 1598/18 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ผู้พิทักษ์คือผู้ดูแลคนเสมือนไร้ความสามารถ (มาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ผู้แทนคือผู้ซึ่งมีสิทธิหน้าที่โดยกฎหมายที่จะทำการแทนบุคคลอื่นเช่น แทนนิติบุคคล (มาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ส่วนตัวแทนนั้นคือ ผู้ที่เข้ากระทำการใดแทนผู้อื่น โดยสิทธิหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทน (มาตรา 797 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

(5) เป็นเจ้านี่ ลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่กรณี แท้จริงความสำคัญคงอยู่ที่เจ้านี่หรือลูกหนี้มากกว่า เพราะมีประโยชน์ที่จะเรียกร้องให้แก้กันอยู่ ซึ่งทำให้เกิดความสัมพันธ์ทางใจ อาจไม่ประสงค์กระทำการใดเพื่อให้อีกฝ่ายขุนเคือง หรือเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์จากมูลหนี้หรือเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งพอใจเพื่อที่ตนจะได้รับการผ่อนปรนการชำระหนี้สำหรับนายจ้าง มาตรา 13 (5) แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กำหนดไว้แจ้งชัด แต่กรณีเป็นลูกจ้างมิได้บัญญัติไว้ซึ่งลูกจ้างนั้นความจริงก็เป็นเจ้านี่ลูกหนี้กันอยู่นั่นเอง คงมิได้หมายความว่าเมื่อไม่เขียนถึงลูกจ้างแล้ว จะได้รับยกเว้น เพราะโดยทั่วไปยังเป็นลูกจ้างจะยิ่งเกรงใจนายจ้างมากกว่าที่นายจ้างจะเกรงใจลูกจ้างซึ่งเป็นกรณียกเว้นและหาได้ยากกว่า

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ อาจมีกรณีอื่นอีกมากที่บุคคลทั่วไปจะสงสัยอย่างมากว่าคงมีความลำเอียงเกิดขึ้นถึงระดับควรห้ามมิให้ทำงานเป็นเจ้าหน้าที่ในกรณีนั้น เช่น เคยแสดงความคิดเห็นอย่างจริงจังในเรื่องที่จะพิจารณาออกหน้าที่การงานของตนมาก่อนแล้ว การมาเป็นเจ้าหน้าที่ในเรื่องนี้นั้นก็คงโน้มเอียงที่จะวินิจฉัยเช่นเดิมอีก จะไม่ยอมแปรเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ปรากฏในการพิจารณาครั้งใหม่ หรือเป็นผู้จะได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์จากการมีคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น เป็นต้น แต่กรณีจะมีการยอมรับเพียงใดขึ้นอยู่กับ การพิจารณาในการออกกฎกระทรวงต่อไป

บทบัญญัติมาตรา 13 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง แม้จะใช้ถ้อยคำว่า “เจ้าหน้าที่ดังกล่าว จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้” ก็ตาม แต่ก็มีความหมายในทางปฏิบัติว่า ผู้นั้นมีหน้าที่จะต้องไม่รับหน้าที่นั้น (การทราบข้อเท็จจริงและจงใจฝ่าฝืนอาจเป็นความผิดทางวินัยได้) และผู้เกี่ยวข้องอาจคัดค้านเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาสั่งมิให้ผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว แต่คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องนี้ยังคงมีผลบังคับต่อไปจนกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกอุทธรณ์ หรือขอให้องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองพิจารณาและถูกเพิกถอนในภายหลัง

ขั้นตอนปฏิบัติเมื่อมีกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก

(ก) กรณีเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดา ไม่ว่าโดยฐานะของตนเองหรือในฐานะที่ตนเองเป็นผู้ทำการแทนองค์กรทางปกครองก็ตาม ทันทีที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นตระหนักเองว่าตนมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวหรือมีผู้คัดค้านว่าตนมีลักษณะต้องห้ามเช่นนั้น เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องหยุดการพิจารณาในทันทีและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวมีคำสั่งว่ากรณีดังกล่าวเป็นจริงหรือไม่ และสมควรดำเนินการอย่างไร เช่น ให้ผู้ใดเข้ามาทำการแทนหรือให้ผู้นั้นทำการบางส่วนไปพลางก่อนเพราะหากคนแทนได้ช้า สำหรับผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งนั้น ถ้าเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐตามปกติก็จะมีสายการบังคับบัญชาให้ทราบว่าเป็นผู้ใด แต่โดยที่บางกรณีเป็นหน่วยงานของรัฐพิเศษ เช่น นายกเทศมนตรีหรือหัวหน้า

หน่วยงานของรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นตำแหน่งสูงสุดในหน่วยงานนั้นแล้ว มาตรา 20 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง จึงบัญญัติให้รวมถึงผู้มีอำนาจหรือกำกับควบคุมดูแลด้วย และสำหรับรัฐมนตรีต่าง ๆ ความจริงก็ไม่มีผู้ใดเป็นผู้บังคับบัญชา แต่หากมีปัญหาเรื่องความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกเกิดขึ้นก็ต้องมีทางออกให้ตรวจสอบกันได้ มาตรา 20 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง จึงกำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีเพื่อประโยชน์ในการนี้ ผู้ใดไม่พอใจผลการพิจารณาคำคัดค้านของผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปมีสิทธิอุทธรณ์ตามมาตรา 44 ได้อีกชั้นหนึ่ง ส่วนกรณีที่ไม่อาจอุทธรณ์ตามนั้น ได้ก็ต้องโต้แย้งต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป

(ข) กรณีเจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ ในกรณีที่กรรมการคนใดตระหนักว่าตนมีกรณีตามมาตรา 13 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง หรือมีผู้กล่าวหาตนเช่นนั้น กรรมการผู้นั้นก็สมควรแจ้งเรื่องให้ประธานคณะกรรมการทราบ ซึ่งประธานกรรมการจะต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาคำคัดค้านนั้น ในการประชุมนี้กรรมการผู้ถูกคัดค้านจะอยู่ร่วมพิจารณาไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับตนโดยแท้ แต่อาจอยู่ชี้แจงข้อเท็จจริงและตอบข้อซักถามได้ หลังจากนั้นต้องออกจากห้องประชุมไป ในการพิจารณาออกเสียงกรรมการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากที่ประชุม และให้ถือว่า คณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยกรรมการทุกคนที่ไม่ถูกคัดค้านเพื่อจะได้ไม่มีปัญหาในเรื่ององค์ประชุม เช่น กรรมการมีทั้งหมด 15 คน ถูกคัดค้าน 1 คน กรรมการในกรณีนี้ถือว่า มีทั้งหมด 14 คน องค์ประชุมหากนับถึงหนึ่งก็จะต้องมีไม่น้อยกว่า 7 คน แต่ในกรณีถูกคัดค้านหลายคนโดยเหตุแยกจากกัน การต้องออกจากห้องประชุมก็เฉพาะขณะพิจารณาเกี่ยวกับส่วนได้เสียกรณีของตนเท่านั้น แต่ถ้าถูกคัดค้านหลายคนโดยมูลกรณีเดียวกันสมควรต้องพิจารณาร่วมกัน โดยผู้ถูกคัดค้านร่วมกันดังกล่าวทุกคนต้องออกจากห้องประชุม เพราะการมีส่วนได้เสียร่วมกันอาจพิจารณาเข้าข้างกันได้

ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน

ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน คือ ความไม่เป็นกลางตามความเป็นจริงนั่นเอง เนื้อแท้ของกฎหมายต้องการให้เจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลาง (Impartiality) ในการดำเนินงานเพื่อการทำงานจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของประโยชน์ส่วนรวม โดยไม่มีการบิดเบือนไปทางอื่นสาระของความไม่เป็นกลางนี้เห็นว่า “หลักอินทภาษ” ในกฎหมายตราสามดวงนั้น ได้อธิบายไว้ครอบคลุมดีมาก โดยได้นำเอาอคติธรรม 4 ของพุทธศาสนามาเป็นฐานวิเคราะห์ว่าความเป็นกลางในการพิจารณาจะต้องกระทำไปโดยปราศจาก

(1) ฉันทาคติ คือ ลำเอียงเพราะชอบ ไม่ว่าจะเป็นการชอบเพราะเหตุใด เช่น ชอบพอหรือ หวังในลาภ

(2) โทษาคติ คือ ลำเอียงเพราะชัง ไม่ว่าจะเป็นการชังเพราะเหตุใด เช่น เป็นศัตรูหรือหวังประโยชน์แล้วไม่ได้

(3) ภัยาคติ คือ ลำเอียงเพราะกลัว ไม่ว่าจะเป็เหตุจากคู่ความหรือบุคคลภายนอกหวาดไหวโดยกลัวว่าจะมีภัยแก่ตน

(4) โมหาคติ คือ ลำเอียงเพราะหลงหรือผิดพลาดเพราะติดยึดในความเขลา เพราะความเข้าใจผิดจะประสงค้ให้เกิดผลตามความเชื่อของตน จนไม่รู้จักแยกแยะบาปบุญคุณโทษหรือสิ่งใดเป็นประโยชน์และไม่เป็นประโยชน์ เช่น การตัดสินใจล่วงหน้าเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นโดยไม่รับฟังข้ออ้างหรือเหตุผลของคู่พิพาท

การทำไปเพราะมีอคติข้อใดข้อหนึ่งก็ถือว่าไม่เป็นกลาง (มิได้มุ่งหมายแคบเฉพาะการหวังประโยชน์) หากการใดปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาไม่มีความเป็นกลางแล้ว การนั้นก็บกร่องไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ภายหลัง อย่างไรก็ตาม ความไม่เป็นกลางนี้มีใช่เป็นเพียงเหตุระวางหรือคาดเดาและต้องมีใช้กรณีทีเล็กน้อยเกินไป แต่จะต้องเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรงที่จะเห็นได้ว่าอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้

ส่วนว่ากรณีใดจึงจะนำหลักนี้มาใช้ได้นั้น ความจริงจะเป็นกรณีใด ๆ ก็ได้ เช่น เคยโกรธแค้นอาฆาตกันมาก่อน หรือเป็นผู้มีทัศนคติเป็นปฏิปักษ์อย่างแจ้งกร้าวกับเรื่องที่จะต้องพิจารณาเป็นต้น นั้นคือพิจารณาไปอย่างไรก็ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้อง กรณีมีประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) เป็นเพียงกรณีหนึ่งที่ชัดเจน ถ้าจะกล่าวในทางทฤษฎีเจ้าหน้าที่คนนั้น จะต้องมิทิศทางความคิดที่ขัดแย้งกันกับปัญหาที่จะต้องพิจารณา (Issue) หรือบุคคลเกี่ยวข้อง (Person) ไม่ว่าจะทางบวกหรือทางลบ และไม่ว่าเป็นเหตุผลในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือจิตใจ

ขั้นตอนปฏิบัติเมื่อมีกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในจะเป็นทำนองเดียวกับกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก คือ จะต้องแจ้งผู้บังคับบัญชาหรือประธานกรรมการ แล้วแต่ประเภทของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ดำเนินการพิจารณาปัญหาความไม่เป็นกลางโดยไม่ชักช้า จึงเป็นการขจัดภัยเบื้องต้นในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง แต่ขณะเดียวกันก็พึงระวังจะตามใจผู้คัดค้านเสมอไปไม่ได้ ข้าราชการที่สุจริตและระบบราชการจะรวนเรได้ ส่วนการพิจารณาและการสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหรือให้ถอนตัวก็เป็นเช่นเดียวกับกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น⁷²

⁷² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 240-249.

2.5.2 หลักความเป็นกลางตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

สำหรับประเทศไทยได้มีการนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในมาตรา 13 ถึงมาตรา 16

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หากผู้ใดไม่มีอำนาจหน้าที่มากระทำก็จะเกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนผลจะเป็นโมฆะหรือเพิกถอนได้หรือไม่เป็นอีกปัญหาหนึ่ง ในขณะที่เดียวกันการทำงานจะเป็นไปด้วยดีได้และเป็นที่น่าพอใจได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติมีความเป็นกลางต่อทุกฝ่าย เพื่อประกันกระบวนการปฏิบัติราชการโดยเป็นธรรม กฎหมายจึงมีวิธีการควบคุมโดยวางมาตรการตรวจสอบขั้นตอนต่าง ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นตามสภาพสังคมในขณะนั้น ๆ⁷³

กรณีต่าง ๆ ที่กระทบต่อความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ⁷⁴ ดังนี้

2.5.2.1 ความไม่เป็นกลางในทางภาวะวิสัย

ความไม่เป็นกลางในทางภาวะวิสัย หมายถึง ความไม่เป็นกลางที่มีอยู่ภายนอกความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสถานภาพหรือฐานะของตัวเจ้าหน้าที่ โดยกรณีนี้กฎหมายได้คำนึงถึงว่าการที่เจ้าหน้าที่มีสถานภาพหรือฐานะบางประการอาจจะกระทบต่อความไม่เป็นกลางในการพิจารณาปกครอง

ความไม่เป็นกลางลักษณะนี้ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 13⁷⁵ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งส่วนใหญ่จะได้แก่กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งใกล้ชิดกับคู่กรณีจนอาจเกิดความไม่เป็นกลางจากเหตุอื่น ๆ เกี่ยวกับสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่

⁷³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 22. หน้า 242.

⁷⁴ บุญอนันต์ วรรณพานิช. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 20-21.

⁷⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาปกครองไม่ได้

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

ซึ่งผู้ร่างกฎหมายยังไม่สามารถระบุได้ในขณะนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้มีความยืดหยุ่นโดยให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดกรณีอื่นเพิ่มเติมจากที่มีการบัญญัติไว้โดยทำเป็นกฎกระทรวง

2.5.2.2 ความไม่เป็นกลางในทางอัตตะวิสัย

ความไม่เป็นกลางในทางอัตตะวิสัย หมายถึง ความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสภาพภายในความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ โดยในกรณีนี้หลักกำหนดคำนิยามถึงว่า ความไม่เป็นกลางอาจมาจากเหตุอื่นที่มีใช้เรื่องของสถานภาพหรือฐานะของเจ้าหน้าที่ก็ได้

ความไม่เป็นกลางลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 16⁷⁶ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “เหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง” ในกรณีนี้กฎหมายมุ่งจำกัดเฉพาะกรณีที่มีลักษณะร้ายแรงเท่านั้น

2.5.3 หลักความเป็นกลางตามกฎหมายอื่น

นอกจากจะได้มีการนำหลักความเป็นกลางมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายกลางแล้วระบบกฎหมายไทยยังได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย⁷⁷ เช่น

⁷⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บทบัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 วรรคสอง และมาตรา 15 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁷⁷ ศูนย์ศึกษาคดีปกครองสำนักวิจัยและวิชาการ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 68. หน้า 13-14.

1) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546

มีกฎหมายกำหนดว่า สมาชิกเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลหรือที่เทศบาลเคยกระทำ⁷⁸

2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มีกฎหมายกำหนดว่า อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาดกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด⁷⁹

3) พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

มีกฎหมายกำหนดว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงเมื่อเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นหรือที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะกระทำ⁸⁰

4) พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2546

⁷⁸ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496. มาตรา 18 ทวิ สมาชิกสภาเทศบาลต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาลนั้น หรือที่เทศบาลนั้นจะกระทำ

⁷⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. มาตรา 19 อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาดกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

๑๑๑

๑๑๑

⁸⁰ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537. มาตรา 47 ตริ สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสิ้นสุดลงเมื่อ

๑๑๑

๑๑๑

(6) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นหรือที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นจะกระทำ

๑๑๑

๑๑๑

มีกฎหมายกำหนดว่า ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด นอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นแล้วจะต้องไม่เป็นผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น เลขานุการหรือที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุที่มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง⁸¹

ทั้งนี้ได้กำหนดการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดไว้ว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดย่อมสิ้นสุดลง เมื่อเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่า โดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำ ให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้น หรือที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นจะกระทำ⁸²

ทั้งนี้ได้กำหนดบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดไว้ว่า ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือ ผู้บริหารท้องถิ่นและต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอีกด้วย เช่น ไม่เป็นผู้ที่พ้นจาก ตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น

⁸¹ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540. มาตรา 9 วรรคสอง ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็น สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด นอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วย การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นแล้วจะต้องไม่เป็นผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น รองผู้บริหารท้องถิ่น เลขานุการหรือที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น เพราะ เหตุที่มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ ถึงห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง

๑๓๑

๑๓๑

⁸² พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540. มาตรา 11 สมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหาร ส่วนจังหวัดย่อมสิ้นสุดลง เมื่อ

๑๓๑

๑๓๑

(5) เป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นเป็น คู่สัญญา หรือในกิจการที่กระทำ ให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้น หรือที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดนั้นจะ กระทำ

๑๓๑

๑๓๑

เลขานุการ หรือที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง⁸³

5) พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2552

มีกฎหมายกำหนดว่า กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 5 ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามคือ เป็นหรือภายในระยะเวลาสามปีก่อนวันได้รับแต่งตั้งเคยเป็นกรรมการหรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการจัดการหรือมีส่วนได้เสียในนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับสัมปทาน ผู้ร่วมทุน หรือมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุนเป็นหุ้น⁸⁴ เป็นต้น

2.6 หลักความไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการกระทำทางปกครองหรือการออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องคำนึงถึงหลักความไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียอยู่เสมอ กล่าวคือถ้าเรื่องใดที่ตนเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อมก็ตามซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่แล้วเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ขอดอนตัวจากการพิจารณานั้น ๆ หรือแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาทราบ เป็นต้น มิเช่นนั้นแล้วจะทำให้การพิจารณานั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁵ หลักความไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลางเกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ บุคคลนั้นก็จะสูญเสีย

⁸³ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540. มาตรา 35/1 บุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดไว้ว่า ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นและต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ด้วย

๑๓๑

๑๓๑

(3) ไม่เป็นผู้ที่พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นรองผู้บริหารท้องถิ่น เลขานุการหรือที่ปรึกษาผู้บริหารท้องถิ่น เพราะเหตุมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาหรือกิจการที่กระทำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังไม่ถึงห้าปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง

⁸⁴ พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542. มาตรา 9 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 5 ต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

๑๓๑

๑๓๑

(4) เป็นหรือภายในระยะเวลาสามปีก่อนวันได้รับแต่งตั้งเคยเป็นกรรมการหรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการจัดการหรือมีส่วนได้เสียในนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับสัมปทาน ผู้ร่วมทุน หรือมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุนเป็นหุ้น

⁸⁵ สำนักวิจัยและวิชาการ. (ม.ป.ป.). *สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่องหลักความไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 42.

ความเป็นกลางและไม่อาจจะวินิจฉัยสั่งการได้โดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น หลักนี้จึงนำมาใช้ในหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งนำมาสู่หลักการคัดค้านผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้พิจารณาพิพากษาในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการในคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่⁸⁶

การมีส่วนได้เสียนี้อาจแยกพิจารณาได้เป็นการมีส่วนได้เสียทางการเงินในผลของคำวินิจฉัยและสถานการณ์ที่อาจทำให้เกิดอคติ (Likelihood of Bias) ส่วนได้เสียทางการเงินที่จะทำให้เกิดคุณสมบัติต้องเป็นส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรงไม่ว่าจะมากหรือน้อย และในกรณีการพิจารณาวินิจฉัยกระทำโดยองค์กรกลุ่ม การมีส่วนได้เสียทางการเงินของกรรมการเพียงคนเดียวก็มีผลทำให้คำวินิจฉัยของกลุ่มขัดกับหลักการนี้ แม้ว่าความมีอคตินี้ไม่น่าจะกระทบกระเทือนต่อเสียงข้างมากก็ตาม ทั้งนี้ เพราะสาธารณะชนไม่อาจทราบได้ว่ากรรมการผู้มีส่วนได้เสียนั้นมีอิทธิพลต่อกรรมการอื่นเพียงใด⁸⁷ ส่วนสถานการณ์ที่อาจทำให้เกิดอคตินั้นมีหลายประการ เช่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างเจ้าหน้าที่ปกครองหรือผู้วินิจฉัยคดีกับบุคคลผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับกรวินิจฉัยหรือมีความคิดเห็นล่วงหน้าต่อประเด็นที่มีการวินิจฉัยนั้น โดยเคยวินิจฉัยประเด็นที่จะวินิจฉัยมาแล้วหรือเป็นผู้ร้องเรียนกล่าวหาเอง ซึ่งย่อมทำให้ไม่สามารถที่จะวินิจฉัยคดีได้อย่างเป็นกลาง ส่วนการแสดงความเห็นล่วงหน้าต่อประเด็นการวินิจฉัยถ้าได้ทำอย่างชัดเจนต่อสาธารณชนว่าจะวินิจฉัยอย่างไรหรือจะรับฟังข้อเท็จจริงอย่างไรจะทำให้ไม่สามารถวิเคราะห์ได้อย่างเป็นกลาง⁸⁸ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึง เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาที่ส่งลงโทษข้าราชการ ไม่อาจเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาอุทธรณ์ได้ เพราะถือว่าเขาไม่อาจเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีของตนเองในเรื่องการอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์อาจมีสิทธิคัดค้านกรรมการผู้พิจารณาอุทธรณ์ของตนได้ หากเห็นว่ากรรมการผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการวินิจฉัยอุทธรณ์ อันถือได้ว่าเป็นหลักการหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

⁸⁶ บุษผา อัครพิมาน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 70. หน้า 14-15.

⁸⁷ T.C. Hartley and J.A.Griffith. (1981). *Government and Law*. n.p.. p.346. อ้างถึงใน สุทธาทิพย์ นาคาบดี. (2536). *การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษของข้าราชการพลเรือน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 70.

⁸⁸ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. (2531). *การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 34-36.

ดังนั้น กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยจึงกำหนดให้บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องใด ต้องห้ามมิให้ทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย⁸⁹ โดยเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ โดยอาจจะเป็นคู่กรณีเอง เช่น นายเอกในฐานะบุคคลธรรมดายื่นขอใบอนุญาตเปิดสถานบริการ ต่อนายเอก ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาต เช่นนี้นายเอกต้องห้ามไม่ให้พิจารณาในเรื่องนี้

หรือมีกรณีตามที่กฎหมายกำหนดอย่างกรณีในมาตรา 13⁹⁰ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นต้น

เมื่อมีกรณีข้างต้นเกิดขึ้นเจ้าหน้าที่จะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณา หากไม่ถอนตัว คู่กรณีอาจคัดค้านได้ และต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่นั้นขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เพื่อผู้บังคับบัญชาจะได้มีคำสั่งต่อไป นอกจากนี้ ในกรณีที่มีเหตุอื่นใดนอกจากที่กำหนดไว้ข้างต้น เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้⁹¹ เช่น เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองกำลัง

⁸⁹ มานิตย์ จุมปา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 433.

⁹⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- (5) เป็นเจ้านี่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁹¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

- (1) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

มีเรื่องเป็นคดีความกับผู้ยื่นคำขอ เช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดการพิจารณาโดยมือคัตได้ เป็นต้น

2.6.1 หลักความยุติธรรม

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงความยุติธรรม (Justice) ในฐานะเป็นที่มาของกฎหมาย และหลักความยุติธรรมและวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนี้ ความยุติธรรมเป็นหลักกฎหมายหลักแรกและเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ต้องต่อสู้กับเจตนาร้ายและความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ หลักความยุติธรรม (Equity) จะเป็นมาตรฐานตัวอย่างให้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ต่อประชาชนหรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยประชาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องยอมรับว่าหลักความยุติธรรมนี้เป็นงานอย่างหนึ่งของรัฐ เนื่องจากหลักความยุติธรรมในตัวเองเป็นหลักที่มีความหมายกว้างและการตีความค่อนข้างจะเป็นไปตามอัตตวิสัย การที่จะนำหลักความยุติธรรมไปใช้ประโยชน์ในการวินิจฉัยสั่งการให้เหมาะสมจะต้องทำให้หลักความยุติธรรมเป็นรูปธรรมขึ้น ตัวอย่างเช่นอริสโตเติลได้แยกความยุติธรรมออกเป็นความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วนและในการชดเชยความเสียหาย หลักความยุติธรรมเป็นรากฐานปทัสฐานทางกฎหมายของบ่อเกิดทางกฎหมายและมีใช้เพียงแต่เป็นหลักที่มักจะใช้อ้างกันทั่วไป แต่นำไปใช้ในสถานการณ์ของสังคมที่แตกต่างกันไป²

ถ้าเราจะพิจารณาระเบียบกฎหมายที่ควรจะเป็น ในลักษณะที่เป็นรูปปิรามิด ตรงยอดสุดจะเป็นหลักความยุติธรรมในฐานะที่เป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายทั้งปวง จากหลักความยุติธรรมลงมายังฐานของปิรามิดจะมีหลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายพิเศษต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นที่มาของกฎหมายในลำดับชั้นรองลงมาของรูปปิรามิด นั่นคือ กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร บทบัญญัติของกฎหมายจึงเป็นภาคแสดงของปทัสฐานทางกฎหมายต่าง ๆ H.J.Wolf เห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายก็คือการนำหลักกฎหมายต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่จะจัดหมวดหมู่ตามวัตถุประสงค์หรือสภาวะการณ์พิเศษแล้วทำหลักกฎหมายดังกล่าวให้เป็นรูปธรรมในลักษณะของตัวบทบัญญัติ และในที่สุดก็จะสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมซึ่งอาจแสดงให้เห็นเป็นสมการและโครงสร้าง ดังนี้

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้ยื่นคำขอไม่มีเหตุดังกล่าว หากผู้ยื่นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้ยื่นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้ยื่นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งผู้ยื่นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้ยื่นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

² กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 103.

หลักกฎหมาย + ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง = บทบัญญัติของกฎหมาย

หลักกฎหมายต่าง ๆ ไม่เพียงแต่มีหน้าที่ในการทำความยุติธรรมให้เป็นรูปธรรม แต่ยังมีหน้าที่ป้องกันและขจัดอันตรายที่จะมากล้ำกรายความยุติธรรมด้วย แท้จริงแล้วกฎหมายปกครองประกอบไปด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลายประเภทด้วยกัน ได้แก่ พระราชบัญญัติ กฎกระทรวง และระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งมีเนื้อหาไม่ครอบคลุมครบถ้วนทุกกรณี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยหลักกฎหมายต่าง ๆ มาช่วยในการวินิจฉัยเพื่อให้การกระทำทางปกครองวางอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย⁹³ ส่วนหลักความยุติธรรมและวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น เราอาจพิจารณาวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยย้อนกลับไปที่กล่าวถึงความเป็นธรรม เพราะวิธีพิจารณามีเป้าหมายในการสนองตอบกฎหมายสารบัญญัติให้เป็นรูปธรรม ดังนั้น เพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายคำพิพากษาของศาลจะนำเอาหลักความยุติธรรมดังกล่าวมาอุดช่องว่างของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ วิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในตัวของมันเองจะต้องสอดคล้องกับหลักความยุติธรรม โดยมีหน้าที่ทำให้การกระทำของเจ้าหน้าที่วางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วนและวินิจฉัยสั่งการตามข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วย จึงมีการพยายามค้นหาหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่แยกมาจากความยุติธรรม ในเบื้องต้นพยายามกำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องเป็นกลาง ไม่มีอคติหรือส่วนได้เสียในคดีที่นึ่งพิจารณา ความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีความอิสระและไม่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ใด หลักความเป็นกลางนี้เป็นหลักที่มีมาแต่โบราณกาลว่า ผู้พิพากษาเป็นผู้รับใช้ความยุติธรรมจึงต้องไม่มีส่วนได้เสียในคดีที่ตนรับผิดชอบ กล่าวคือ พิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่เห็นแก่บุคคลใดและปราศจากการชักจูงใจที่ไม่ชอบธรรม O. Baehr เห็นด้วยว่าความไม่มีส่วนได้เสียเป็นเสาหลักของความยุติธรรมและจะต้องนำมาใช้ในวิธีพิจารณาความในศาล แต่เขาไม่เห็นด้วย ถ้าจะนำหลักนี้มาใช้ในวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ส่วน G. Freytag เห็นว่าจะต้องกำหนดไว้เป็นข้อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้พิจารณา และถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันแตกแขนงจากหลักสุจริตในการดำเนินการตามกฎหมาย Facker เห็นว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีหลักศีลธรรมอันดีของประชาชนสนับสนุนอยู่⁹⁴

อันตรายที่มีต่อความยุติธรรมเพราะความที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสีย คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ได้วางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วน การที่จะต้องป้องกันอันตรายดังกล่าว ก็โดยที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงและความเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อให้คำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองวางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง

⁹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 104-105.

⁹⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 105.

ครบถ้วนที่สุด การรับฟังผู้มีส่วนได้เสียจึงเป็นขั้นตอนหนึ่งในการทำความยุติธรรมให้เป็นรูปธรรม หลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเจ้าของเรื่อง และเรื่องการรับฟังเป็นหลักวิธีที่สำคัญของการสร้างหลักความยุติธรรมโดยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องดำเนินวิธีพิจารณาในลักษณะทำนองเดียวกับวิธีพิจารณาความในชั้นศาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงหลักความยุติธรรม หลักความยุติธรรมดังกล่าวนี้ จึงเป็นปรัชญาความคิดทางกฎหมายของวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงไม่มีความแตกต่างในพื้นฐานของความคิดระหว่างวิธีพิจารณาความในชั้นศาลและวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หลักนิติรัฐเองก็มีความผูกพันกับความคิดในเรื่องความยุติธรรมเช่นกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐจะใช้คำว่า วิธีพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair) แทนคำว่ายุติธรรม (Gerecht) คำว่าวิธีพิจารณาที่เป็นธรรมนี้จะใช้กันมากในประเทศที่ไม่ใช่ระบบประมวลโดยแตกแขนงมาจากหลักนิติรัฐและประกอบด้วยหลักความไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา และหลักการรับฟังผู้ที่มีส่วนได้เสีย ซึ่งมีใช้ว่าจะนำไปใช้แต่เพียงในวิธีพิจารณาความอาญาหากแต่ยังนำไปใช้กับวิธีพิจารณาต่าง ๆ ที่กระทำโดยรัฐรวมไปถึงวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย ในคำพิพากษาของศาลที่นำเอาหลักวิธีพิจารณาดังกล่าวมาใช้มักจะไม้อ่างไกลไปถึงหลักความยุติธรรมแต่จะอ้างหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงหลักนิติรัฐไว้อย่างชัดเจน⁹⁵

2.6.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในนิติรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นหลักการที่นอกจากจะสกัดออกมาจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายปกครองระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ แล้วยังเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่เจริญก้าวหน้าในทางกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักหนึ่งที่กำหนดว่า การกระทำทางปกครองใดเป็นการที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนพอสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

⁹⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 105-106.

เพื่อประโยชน์สาธารณะหลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้ปรากฏตัวในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังเผยตัวให้เห็นในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอย่างชัดเจนด้วย แต่แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดไม่ได้ทำให้หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวอย่างชัดเจนก็ไม่ได้หมายความว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ โดยละเลยหลักการดังกล่าวนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งโดยเหตุที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับเสมอไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม⁹⁶

ในการพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ โดยสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องมือทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ และวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นเครื่องมือทางกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ก็คือมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นซึ่งอาจเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ ก็ได้ ส่วนวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นย่อมจะเห็นได้จากบริบทของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นประกอบกับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้เอง การพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ มีขั้นตอนในการพิจารณา 4 ขั้นตอนคือ⁹⁷

1) การค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง: ในหลายกรณีวัตถุประสงค์ของการกระทำย่อมจะเห็นได้จากมาตรการนั่นเอง เช่น ในการออกกฎ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะระบุไว้ในกฎดังกล่าวว่าตนออกกฎนั้นเพื่ออะไร ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ระบุวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจนในมาตรการที่ตนได้กำหนดขึ้น เราอาจค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองได้จากบริบทแวดล้อมมาตรการนั้น หรือจากข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องมากำหนดมาตรการนั้นขึ้นใช้บังคับ เมื่อทราบวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองแล้วย่อมจะต้องตรวจสอบว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีที่เห็นประจักษ์ชัดว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ต้องพิจารณาในประเด็นอื่นใดต่อไปอีก เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกกฎโดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการประกอบอาชีพของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นพิเศษจากการแข่งขันอย่างเสรี หากไม่ปรากฏว่าการออกกฎดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้เป้าหมาย

⁹⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 29-30.

⁹⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 30-31.

ที่ชอบธรรมประการอื่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญบรรลุล่วงวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁸

อนึ่ง หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง กำหนดมาตรการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกำหนด มาตรการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับนั้นกำหนดมาตรการเพื่อให้บรรลุล่วงวัตถุประสงค์ประการอื่น ซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายฉบับนั้นต้องการ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁹

2) การพิเคราะห์ว่ามาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกเป็นมาตรการที่สามารถ บรรลุล่วงวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้หรือไม่: การพิจารณาในขั้นตอนนี้คือการพิจารณาตามหลักความ สัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้นจะต้องเป็นมาตรการที่ พิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้วสามารถนำไปสู่ผลที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการได้ มาตรการใดที่เห็นได้ชัดว่าไม่สามารถบรรลุล่วงวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการได้ อย่างแน่แท้มาตรการนั้นย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น นาย ก. อายุ 16 ปี ไม่มีใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ได้นำรถยนต์ของบิดามาขับเป็นประจำ ดังนี้ หากเจ้าหน้าที่ตำรวจ ออกคำสั่งให้ นาย ก. ไปรายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจทุกสัปดาห์เพื่อป้องกันมิให้ให้นาย ก. นำรถยนต์ ของบิดามาขับอีก คำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวเห็นประกษได้ชัดว่าไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ ที่ต้องการบรรลุผลลงได้ คำสั่งดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมก็ตาม¹⁰⁰

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่มีมาตรการที่อาจบรรลุล่วงวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองต้องการได้หลายมาตรการ มาตรการเหล่านั้นย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับ หลักความสัมฤทธิ์ผลทั้งสิ้นถึงแม้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้มาตรการที่พิจารณา ในทางภาวะวิสัยแล้วเหมาะสมน้อยกว่ามาตรการอีกมาตรการหนึ่งก็ตาม กรณีนี้ต้องถือว่าเป็นดุลพินิจ โดยแท้ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่องค์กรอื่นของรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรตุลาการ) ต้องเคารพ จะเข้าไปทบทวนหรือกำหนดให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้¹⁰¹

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31-32.

⁹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 32.

¹⁰⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 32.

¹⁰¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 33.

3) การวิเคราะห์ว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการนั้น เป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่: การพิจารณาในขั้นตอนนี้เป็นการพิจารณาตาม “หลักความจำเป็น” ซึ่งเป็นหลักการย่อยอีกหลักการหนึ่งของหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการดังกล่าวนี้เรียกร่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเปรียบเทียบมาตรการที่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้หลาย ๆ มาตรการ ว่ามาตรการต่าง ๆ เหล่านี้กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนรุนแรงมากน้อยอย่างไร มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น หากปรากฏว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่รุนแรงน้อยกว่าและเป็นมาตรการที่อาจทำให้วัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการบรรลุผลลงได้¹⁰²

ตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่ามาตรการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น ก็เช่น กรณีอาคารแห่งหนึ่งเกิดชำรุดและอยู่ในลักษณะที่ไม่มั่นคงอาจเป็นอันตรายกับบุคคลที่สัญจรไปมา องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการขจัดอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลที่สัญจรไปมา จึงออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารดังกล่าว กรณีนี้แม้การรื้อถอนอาคารดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการบรรลุผลลงได้ ซึ่งหมายความว่าคำสั่งให้รื้อถอนอาคารสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลก็ตาม หากปรากฏชัดเจนว่าลำพังเพียงแค่การสั่งให้เจ้าของอาคารซ่อมแซมอาคารส่วนที่ชำรุดบกพร่องก็เพียงพอที่จะขจัดอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลที่สัญจรไปมาเช่นกัน คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สั่งให้รื้อถอนอาคารย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น เนื่องจากยังมีมาตรการอื่นที่รุนแรงน้อยกว่าและได้ผลอย่างเดียวกันกับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ คือ การออกคำสั่งให้ซ่อมแซมอาคาร ดังนั้น คำสั่งให้รื้อถอนอาคารจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰³

4) การวิเคราะห์ว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการและเป็นมาตรการที่จำเป็นนั้นเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่: การพิจารณาในขั้นตอนนี้ซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายเป็นการพิจารณาตาม “หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ” กล่าวคือ ในการใช้อำนาจปกครองดำเนินการออกมาตรการใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นกับประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องสูญเสียไปหรือต้องแบกรับว่าอยู่ภาวะที่สาธารณะจะเรียกร้องจากปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบให้ต้องยอมรับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นได้หรือไม่ หากปรากฏว่าผลกระทบที่ปัจเจกชนจะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวของฝ่ายปกครองรุนแรงเกินกว่าที่จะคาดหมายจากปัจเจกชนผู้นั้นได้ และ

¹⁰² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 33.

¹⁰³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 34.

ผลกระทบหรือผลร้ายที่ปัจเจกชนได้รับเห็นได้ชัดว่ามีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่สาธารณะได้รับ แม้ว่าสาธารณะจะได้ประโยชน์จากมาตรการดังกล่าวก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะใช้มาตรการนั้นบังคับแก่ปัจเจกชนไม่ได้¹⁰⁴

ตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบก็เช่น กรณีที่เจ้าของอาคารแห่งหนึ่งปลูกสร้างอาคารโดยผิดพลาดทำให้ระยะห่างระหว่างอาคารไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดขนาดไป 1 เซนติเมตร กรณีนี้หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสั่งให้รื้อถอนอาคารที่สร้างเสร็จแล้วย่อมเห็นได้ชัดว่าไม่อาจคาดหมายจากผู้ปลูกสร้างอาคารได้ว่าเพียงแค่อผิดพลาดไป 1 เซนติเมตร โดยไม่ได้ตั้งใจจะต้องถึงขนาดถูกสั่งให้รื้อถอนอาคาร ยิ่งไปกว่านั้นคำสั่งให้รื้อถอนอาคารในกรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องเสียไปกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับแล้ว เห็นประจักษ์ชัดว่าไม่พอสมควรแก่เหตุ คำสั่งให้รื้อถอนอาคารกรณีตามตัวอย่างจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁵

ในปัจจุบันหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ถูกยอมรับว่าเป็นหลักการในการตรากฎหมายหรือออกกฎหมายลำดับรอง และนำไปใช้ตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองในประเทศต่าง ๆ หลายประเทศ ว่ากฎหมายเหล่านั้นมีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ หลักการนี้ได้ถูกพัฒนาและถูกยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นเวลานานแล้ว มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหลายฉบับที่ได้กล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าสอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) หรือไม่ ความสำคัญของหลักการนี้นอกจากจะเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังเป็นเครื่องมือขององค์กรตรวจสอบที่ใช้ในการวัดศักยภาพของบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย

หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือเรียกอีกชื่อว่าหลักความได้สัดส่วน ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

¹⁰⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 34.

¹⁰⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 34-35.

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่สามหลัก กล่าวคือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

(1) หลักความเหมาะสม หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้เป็นไปด้วยความยากลำบาก

(2) หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ¹⁰⁶

เงื่อนไขในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล นั้น ตามหลักกฎหมายมหาชนเรียกร้องให้กระทำได้ที่จำเป็น หลักการความพอสมควรแก่เหตุนี้เป็นหลักการย่อยในของหลักนิติรัฐ (Legal State) หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักธรรมนูญทั่วไปมีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญ องค์กรณีบัญญัติแม้ว่าโดยสภาพไม่ใช่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยตรง แต่องค์กรณีบัญญัติก็อาจใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อองค์กรณีบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ดังนี้

¹⁰⁶ บรรเจิด สิงคนดี. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 32.

(1) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง “เหมาะสม” ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการหลักความเหมาะสมนี้เรียกร้องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้จำกัดหรือลดสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งมีผลล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คำถามแรกที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องถามตนเองก็คือ มาตรการต่าง ๆ ที่ได้รับการกำหนดขึ้นและตราไว้ในกฎหมายนั้น อยู่ในวิสัยที่จะทำให้ผลที่ตนต้องการบรรลุได้หรือไม่กฎหมายได้ตามที่กำหนดมาตรการซึ่งเห็นประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ ย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม ดังนั้นจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณา กฎหมายใดเหมาะสมหรือไม่ เพียงคำนี้ย่อมหมายความว่า องค์กรนิติบัญญัติมีดุลพินิจเฉพาะในการคำนวณหรือคาดคะเนพัฒนาการในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลหรือกำหนดทิศทางเศรษฐกิจของประเทศ กฎหมายที่จะถือได้ว่าขัดต่อหลักความเหมาะสมและด้วยเหตุดังกล่าวจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องปรากฏว่า องค์กรนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคาดคะเนพัฒนาการในอนาคตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎหมายนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน ถ้าพึงเฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายนั้นเมื่อใช้ไปแล้ว ไม่เหมาะสมในอันที่จะบรรลุผลที่ต้องการ ไม่เป็นเหตุที่จะพอพึงได้ว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หากเกิดกรณีเช่นว่านี้ขึ้นองค์กรนิติบัญญัติอาจมีหน้าที่ที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้น หากว่ากฎหมายฉบับนั้นยังมีผลใช้บังคับอยู่

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญพึงระลึกอยู่เสมอว่าตนไม่ใช่องค์กรนิติบัญญัติและไม่มีความชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งดุลพินิจในการตรากฎหมายได้เอง ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้มาตรการในทางรัฐธรรมนูญตรวจสอบกฎหมายนั้นเท่านั้น แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่ศาลอาจจะไม่เห็นชอบด้วย แต่ถ้ากฎหมายนั้นพิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้วอาจบรรลุผลที่ต้องการได้ในทางนโยบาย ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

(2) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ หลักความจำเป็นนี้เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติเปรียบเทียบมาตรการต่าง ๆ ที่จะบัญญัติลงไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่เหมาะสมในอันที่จะดำเนินการให้เกิดผลได้ตามที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกเอามาตรการ

ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักความจำเป็น ดังนั้น จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(3) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติขึ้นในกฎหมายเพื่อใช้บังคับนั้น นอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว จะต้องเป็นมาตรการที่พอเหมาะสมควรแก่เหตุอีกด้วย หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งนำหน้ากระโขนที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรการตามกฎหมายย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ หากมาตรการนั้นไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้หรือไม่ ให้เริ่มพิจารณาสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองปัจเจกชนก่อน เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ ๗ มาตรา 39 หลังจากนั้นจึงพิจารณาระดับความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการตามกฎหมาย ที่ล่วงละเมิดสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง นั้น เช่น การจำกัด มิให้แจกใบปลิวในที่สาธารณะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของถนนหนทาง เมื่อพิจารณาสิ่งที่รัฐธรรมนูญจะคุ้มครองปัจเจกชนและระดับความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการตามกฎหมายแล้ว จึงวินิจฉัยว่า ความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการนั้นยังคงพอสมควรแก่เหตุ องค์กรบัญญัติย่อมตรากฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับได้

การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ หลักการพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังเผยตัวให้เห็นในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอย่างชัดเจนด้วย แต่แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดไม่ได้ทำให้หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏตัวอย่างชัดเจนก็ไม่ได้หมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ โดยละเลยหลักการดังกล่าวนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง โดยเหตุที่หลักความพอสมควรแก่เหตุ

เป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับเสมอไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม¹⁰⁷

2.7 หลักการถ่วงดุลอำนาจ

จากการที่รัฐธรรมนูญมีการกำหนดให้มีการแบ่งแยกอำนาจทั้ง 3 ฝ่ายเป็นอิสระต่อกัน คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติให้อำนาจทั้ง 3 มีความสัมพันธ์ต่อกันด้วย เป็นการแสดงให้เห็นถึงระบบของการตรวจสอบและการถ่วงดุลอำนาจของทั้ง 3 ฝ่าย โดยแต่ละฝ่ายสามารถถือสิทธิ และปกป้องสิทธิของตนเอง โดยการยับยั้ง และสนับสนุนในกิจกรรมสำคัญ ๆ ของอีกฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ร่างรัฐธรรมนูญมิได้ให้รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา มีการแบ่งแยกอำนาจออกจากกันโดยเด็ดขาด แต่เป็นการแบ่งแยกหน้าที่โดยใช้อำนาจร่วมกัน จึงกล่าวได้ว่า หลักการถ่วงดุลอำนาจนี้ มีผลช่วยให้การปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญของหน่วยงานทั้งสามเป็นไปได้โดยสะดวก และป้องกันการเป็นเผด็จการในการใช้อำนาจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง¹⁰⁸

ตัวอย่างในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของทั้ง 3 ฝ่าย อาจพิจารณาได้ดังนี้

2.7.1 ฝ่ายนิติบัญญัติถ่วงดุลฝ่ายบริหาร (Congressional Checks on the Executive Branch)

ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ซึ่งการใช้ อำนาจนี้สามารถแสดงออกมาในลักษณะต่าง ๆ กัน คือ¹⁰⁹

1) อำนาจในการฟ้องร้องได้ส่วน ตลอดจนพิจารณาพิพากษาคดีว่าประธานาธิบดีและข้าราชการฝ่ายบริหารกระทำความผิดทางอาญาจริงหรือไม่ ถ้ามีความผิดจริงโทษอย่างน้อยก็คือการถอดถอนออกจากตำแหน่ง

2) อำนาจในการให้คำแนะนำ และความยินยอมต่อการแต่งตั้งข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ของประธานาธิบดี อำนาจนี้ถือว่าเป็นอำนาจของสภาสูงเท่านั้น นอกจากนี้ สภาสูงยังเป็นผู้ให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาที่ประธานาธิบดีได้กระทำขึ้นกับรัฐบาลต่างประเทศด้วย

3) อำนาจในการจัดสรร และควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณขององค์กร และหน่วยงานต่าง ๆ ของฝ่ายบริหาร อำนาจนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจที่สำคัญที่สุดของสภาองเกรส เพราะมีผล

¹⁰⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 57-58.

¹⁰⁸ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 99-102.

¹⁰⁹ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2559). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอบคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 73-76.

ต่อการบริหารงานของประธานาธิบดี ยิ่งกว่านั้นฝ่ายนิติบัญญัติยังมีอำนาจในการอนุมัติการจัดเก็บภาษี และการใช้จ่ายขององค์กรและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐบาลด้วย ดังนั้น การให้คำยินยอมของสภาองเกรสต่อการดำเนินงาน และนโยบายของรัฐบาลนั้นจึงมีผลต่อความสำเร็จในการบริหารงานของรัฐบาลโดยตรง

2.7.2 ฝ่ายนิติบัญญัติถ่วงดุลฝ่ายตุลาการ (Congressional checks on the Judicial Branch)

ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการถ่วงดุลฝ่ายตุลาการในลักษณะต่าง ๆ ดังนี้¹¹⁰

- 1) อำนาจในการจัดตั้งศาลสหรัฐระดับต่าง ๆ ยกเว้นศาลสูง
- 2) อำนาจให้ความเห็นชอบในการกำหนดจำนวนผู้พิพากษาศาลสูง
- 3) สภาสูงเป็นผู้ให้คำแนะนำ และยินยอมต่อการแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอ ในขณะที่เดียวกันสภาสูงก็เป็นผู้พิพากษาคดีที่ผู้พิพากษากระทำความผิดทางอาญา โดยใช้กระบวนการฟ้องร้องเพื่อถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment)

2.7.3 ฝ่ายบริหารถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติ (Presidential Checks an Congress)

ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจในการถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติในลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

- 1) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า ประธานาธิบดีจะต้องส่งสารไปแถลงนโยบาย และสภาพความเป็นไปของประเทศ ตลอดจนเสนอมาตรการในการแก้ไขต่อสภาองเกรส เพื่อพิจารณาบัญญัติเป็นกฎหมายออกมาบังคับใช้ ซึ่งการกระทำดังนี้จะเห็นได้ว่า ฝ่ายบริหารไม่เพียงแต่เอื้อประโยชน์ต่อฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่หากการกระทำของฝ่ายบริหารนี้มีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องสนใจนโยบายของฝ่ายบริหาร จึงถือได้ว่าเป็นการรั้งและถ่วงดุลแห่งอำนาจของฝ่ายบริหาร
- 2) ประธานาธิบดีมีอำนาจในการเรียกประชุมสภาสมัชชวิสามัญ โดยจะเป็นการประชุมเพียงสภาหนึ่ง หรือสองสภาก็ได้ นอกจากนั้นยังมีอำนาจในการเลื่อนวันปิดสมัชชประชุมในกรณีที่สภาทั้งสองไม่อาจจะตกลงกันได้
- 3) อำนาจที่สำคัญที่สุดของประธานาธิบดีในฐานะผู้นำของฝ่ายบริหาร ก็คืออำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย (Veto Power over Bills) ซึ่งสภาองเกรสจะเอาชนะการยับยั้งของประธานาธิบดีได้ ก็จะต้องใช้เสียง 2 ใน 3 ของทั้งสองสภา
- 4) ประธานาธิบดีอาจจะเพิกเฉยต่อกฎหมายของสภาองเกรส (An Act of Congress) โดยบอกว่ากฎหมายที่สภาองเกรสผ่านออกมานั้นในทัศนะของประธานาธิบดีไม่มีผลในการบังคับ เนื่องจากขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งสภาองเกรสไม่มีมาตรการใด ๆ จะใช้บังคับประธานาธิบดีให้ประกาศบังคับใช้กฎหมายตามที่ตนต้องการได้เสมอไป หากประธานาธิบดีใช้ข้ออ้างดังกล่าว

¹¹⁰ วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์. หน้า 241-242.

สภาองเกรสสามารถลงโทษประธานาธิบดีได้เพียงประการเดียว คือ การถอดถอนประธานาธิบดีออกจากตำแหน่งเพราะกระทำ ความผิดทางอาญา และประพฤติดนไม่เหมาะสม แต่เป็นการยากที่จะถอดถอนประธานาธิบดีออกจากตำแหน่ง เพราะจะต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากสภาสูงถึงสองในสาม ซึ่งประวัติศาสตร์การเมืองอเมริกันยังไม่เคยปรากฏ

2.7.4 ฝ่ายบริหารถ่วงดุลฝ่ายตุลาการ (Presidential Checks on the Judiciary)

ประธานาธิบดีมีอำนาจที่สำคัญ ในการถ่วงดุลฝ่ายตุลาการ ดังนี้¹¹¹

- 1) อำนาจในการให้อภัยโทษต่อบุคคลที่กระทำ ความผิด หรือถูกกล่าวหาว่ากระทำ ความผิด
- 2) อำนาจในการให้อภัยโทษทั่วไป ซึ่งจะให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือกลุ่มบุคคลซึ่งกระทำ ความผิด
- 3) คำสั่งและคำพิพากษาของศาลจะมีผลใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพได้นั้น ต้องอาศัยความร่วมมือและการสนับสนุนจากฝ่ายบริหาร
- 4) ประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอแต่งตั้งผู้พิพากษา โดยคำแนะนำและยินยอมจากสภาสูง

2.7.5 ฝ่ายตุลาการถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร (Judicial Checks on Congress and the President)

ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจค่อนข้างจำกัดในบรรดาองค์กรทั้งสาม อำนาจของฝ่ายตุลาการในการถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้¹¹²

- 1) อำนาจในการตีความว่าการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารนั้นถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่
- 2) ศาลสูงเป็นสถาบันเดียวที่ทำการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญ
- 3) ฝ่ายตุลาการไม่สามารถบังคับให้ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติปฏิบัติตามคำสั่ง และกฎข้อบังคับได้ แต่ในทางปฏิบัตินั้นถือเป็นประเพณีว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของฝ่ายตุลาการ

การแบ่งแยกอำนาจ และการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจทั้ง 3 ฝ่ายทำให้แต่ละฝ่ายประสบความสำเร็จในการใช้อำนาจทางการเมือง เพราะการแบ่งแยกอำนาจ ทำให้ไม่มีฝ่ายใดล่วงล้ำกิจกรรมที่เป็นความรับผิดชอบของอีกฝ่ายหนึ่งได้ การตรวจสอบถ่วงดุลจะเป็นการกระทำให้ทั้ง 3 ฝ่ายตามอำนาจซึ่งกันและกัน ผลที่ได้คือการกระจายอำนาจทางการเมือง แต่ที่สำคัญคือการทำให้หลักของมองเตสกีเออ ดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการแบ่งแยกบุคลากรของรัฐบาลให้เป็นอิสระ

¹¹¹ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 109. หน้า 80-83.

¹¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 108. หน้า 107-112.

ต่อกันอย่างสมบูรณ์ ผู้ที่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองทั้ง 3 ฝ่าย ถ้าดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง จะไม่สามารถดำรงตำแหน่งอื่น ๆ พร้อมกันในอีก 2 ฝ่ายได้