

## บทที่ 2

### ความเป็นมา แนวคิด หลักการและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชน ที่เกี่ยวกับการควบคุมการขอทาน

ในปัจจุบันรูปแบบการขอทานได้เปลี่ยนแปลงไป การขอทานมิได้เป็นหนทางเพื่อความอยู่รอดสำหรับผู้ที่ด้อยโอกาสแต่เพียงกลุ่มเดียวอีกต่อไป การขอทานได้มีการพัฒนาจากรูปแบบการขอทานอาชีพมาเป็นรูปแบบที่เป็นองค์กร โดยกลายเป็นธุรกิจการขอทาน มีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป็นผู้อยู่เบื้องหลังที่คอยแสวงหาผลประโยชน์หรือรายได้จากการขอทาน อาหารและพาหนะรับส่งแก่คนขอทาน โดยผู้แสวงหาประโยชน์จากการขอทานจะเป็นตัวกลางในการนำเด็ก คนชรา คนพิการ หรือคนไร้ที่พึ่งทั้งในประเทศและต่างประเทศไปทำการขอทานในเมืองใหญ่ๆ หรือในสถานที่ที่จัดงานเทศกาล โดยปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พ.ศ. 2484 ที่ใช้ควบคุมการขอทาน ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่ล้าหลังเพราะใช้บังคับมาประมาณเจ็ดสิบกว่าปีแล้ว จึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย และเกิดการขอทานเพิ่มมากขึ้นในสังคมไทย ดังนั้นในบทนี้ผู้เขียนจะขอลำถึงความเป็นมา และข้อมูลพื้นฐานการขอทานในประเทศไทย ตลอดจนทฤษฎีกฎหมายทางมหาชนที่เกี่ยวกับการควบคุมการขอทาน ดังต่อไปนี้

#### 2.1 ความเป็นมาและข้อมูลพื้นฐานของการขอทาน

นับตั้งแต่อดีตวัฒนธรรมการให้ทานอันเป็นกลไกของชุมชนสำหรับช่วยเหลือเยียวยาผู้ประสบปัญหาความยากจนในสังคมไทยให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างปกติสุข และมองว่าคนขอทานเป็นมนุษย์ปุถุชนที่มีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน แต่เนื่องจากเขาขาดโอกาสในทางสังคม ทำให้เขาต้องประสบความเดือดร้อนการกระทำของแต่ละบุคคลที่ทำการขอทานหาเลี้ยงชีพและเป็นผู้ด้อยโอกาสทางสังคมเนื่องจากปัญหาความยากจน โดยผู้เขียนขอลำถึงความเป็นมาและข้อมูลพื้นฐานของการขอทาน ดังนี้

##### 2.1.1 ความหมายของการขอทาน

พระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พ.ศ. 2484 ไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่าขอทานไว้อย่างชัดเจน และไม่ได้แยกกลุ่มบุคคลระหว่างขอทาน วณิพก หรือ นักแสดงอิสระ ออกจากกันอย่าง

เห็นได้ชัด ซึ่งผู้เขียนขอกล่าวถึงความหมายของกลุ่มบุคคลต่างๆ ที่อาจจะหมายถึงขอทานด้วย ดังต่อไปนี้

“ขอทาน” หมายถึง การขอทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมิได้ทำการทำงานใดๆ หรือให้ทรัพย์สินสิ่งใดตอบแทน และมีใช่เป็นการขอกันในฐานะญาติมิตรนั้น ให้ถือว่าเป็นการขอทาน ส่วนการขบร้อง การติดสติดีเป่า การแสดงการเล่นต่างๆ หรือการกระทำ อย่างอื่นในทำนองเดียวกันนั้น เมื่อมิได้มีข้อตกลงโดยตรงหรือโดยปริยายที่จะ เรียกเก็บค่าฟังค่าดู แต่ขอรับทรัพย์สินตามแต่ผู้ฟังผู้ดูจะสมัครใจให้ นั้น ไม่ให้รับฟังเป็นข้อแก้ตัวว่าไม่ได้ทำการขอทานตามบทบัญญัติแห่งมาตรา<sup>1</sup>

- “วณิพก หรือ นักแสดงสาธารณะ” หมายถึง คนที่ขบกล่อมผู้คนที่สัญจรด้วยเสียงเพลง บางคนที่ติดกลอง เป่าแคน ตามแต่ความสามารถในอดีตมีการแต่งเพลงขอทานเพื่อร้องแลกเงินอีกด้วย<sup>2</sup>

“คนไร้ที่พึ่ง” หมายความว่า บุคคลซึ่งไร้ที่อยู่อาศัยและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ และให้รวมถึงบุคคลที่อยู่ในสภาวะยากลำบากและไม่อาจพึ่งพามูลคนอื่น ได้ทั้งนี้ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด<sup>3</sup>

### 2.1.2 ความเป็นมาของการขอทาน

ปัญหาสังคม หมายถึง สภาวะการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วส่งผลกระทบต่อคนจำนวนมาก ในสังคมและคนในสังคมส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นปัญหาและสมาชิกเหล่านั้นเห็นพ้องต้องกันว่าควรมีการแก้ไขสภาวะการณ์นั้นในรูปของการกระทำร่วมกันเพื่อแก้ไขปัญหานั้นให้หมดไปหรือบรรเทาลง และปัญหาสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปตามความเห็นของกลุ่มคนในแต่ละช่วงเวลา “ขอทาน” เป็นบุคคลที่ดำรงชีวิตโดยขอรับบริจาคเศษเงินของผู้ที่สัญจร ไปมา ขอทานชนิดที่ขอเงินและร้องรำทำเพลงด้วย จะเรียกว่า (วณิพก) มักพบในที่คนสัญจรพลุกพล่าน เช่น ตลาด สะพานลอย ลักษณะทั่วไปขอทานจะแต่ตัวโทรมด้วยเสื้อผ้าเก่าๆ หรือ ขาดวิน คุณเป็นที่น่าสงสาร และมี ขัน หรือ อุปรณ์เพื่อรับเงินบริจาคบางคนก็เป็นคนพิการ ซึ่งไม่สามารถทำมาหากินอย่างอื่นได้ คงไม่มีใครอยากเห็นภาพของเด็ก คนพิการ หรือผู้ยากไร้อื่นๆ ต้องมานั่งขอทานตามสะพานลอยหรือแหล่งชุมชนต่างๆ เป็นแน่ แต่ก็คงปฏิเสธไม่ได้ว่าภาพดังกล่าวยังคงมีให้เห็นได้อย่างเกือบทันในสังคมปัจจุบัน สาเหตุของอาชีพขอทานนั้นเกิดจาก 2 สาเหตุหลัก คือ เป็นผู้ยากไร้ ไม่มีที่อยู่อาศัยและไร้ญาติ ต้องหาเลี้ยงชีพแต่ไม่สามารถประกอบอาชีพสามัญได้ และสาเหตุที่เป็นปัญหาทางสังคมเป็นอย่างมาก คือ กระบวนการค้ามนุษย์ เป็นการลักพาตัวเด็กมาเป็นขอทาน ซึ่งมีการทำร้ายร่างกายถึงขั้นตัดอวัยวะ

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พ.ศ. 2484. มาตรา 6

<sup>2</sup> สารานุกรมเสรี. (2558). วณิพก (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://th.wikipedia.org/wiki/วณิพก>. [2558, 10 สิงหาคม].

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติการคุ้มครองคนไร้ที่พึ่ง พ.ศ. 2557. มาตรา 3.

ซึ่งทำเพื่อให้เป็นที่น่าเวทนา สงสารในสายตาของผู้คน เป็นธุรกิจโดยการให้เด็กไปขอดานและให้นำเงินที่ได้มาให้ผู้บงการ ซึ่งเป็นการผิดกฎหมายและส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก<sup>4</sup>

### 2.1.3 สาเหตุของการเป็นขอทาน

สาเหตุของการเป็นขอทานนั้นเกิดจาก 2 สาเหตุหลัก ดังนี้

1) เป็นผู้ยากไร้ไม่มีที่อยู่อาศัย ไร้ญาติและไม่สามารถประกอบอาชีพอื่นได้จึงต้องหาเลี้ยงชีพด้วยการขอทาน

2) กระบวนการค้ามนุษย์ทำเป็นธุรกิจ เพื่อนำเงินที่ได้มาให้ผู้บงการ โดยมีกระบวนการลักพาตัวหรือล่อลวงเด็กมาเป็นขอทานมีการทำร้ายร่างกายถึงขั้นตัดอวัยวะเพื่อให้เป็นที่น่าเวทนา สงสารในสายตาของผู้คนที่พบเห็น<sup>5</sup>

### 2.1.4 ปัจจัยของการขอทาน

“ปัจจัยที่มีผลต่อการตัดสินใจขอทาน” เป็นการศึกษาถึงตัวปัจจัยต่างๆ ที่ทำให้บุคคลต้องตัดสินใจออกมาขอทาน นอกจากนี้ยังได้ศึกษาถึงภูมิหลังของชีวิตและการดำรงชีวิตในระหว่างขอทานที่จะนำไปสู่การหาแนวทางในการป้องกันแก้ไขและให้ความช่วยเหลือ โดยการศึกษาครั้งนี้มุ่งศึกษาไปที่บุคคลที่เคยประกอบอาชีพขอทานอายุต่ำกว่า 18 ปี จำนวน 10 คน แบ่งเป็นเพศชาย 5 คน และหญิง 5 คน สามารถแบ่งช่วงอายุได้ดังนี้เด็กอายุระหว่าง 9-13 ปี จำนวน 7 คน วัยรุ่นอายุระหว่าง 14-17 ปี จำนวน 3 คน ภูมิลำเนาเดิมของกลุ่มตัวอย่างส่วนมากมักจะอยู่ต่างจังหวัดแบ่งได้เป็นภาคอีสาน 4 คน ภาคกลาง 2 คน ภาคใต้ 1 คน และกรุงเทพมหานคร 3 คน ปัจจุบัน เด็กทั้ง 10 คนนี้กำลังรับบริการอยู่ในสถานสงเคราะห์ของภาครัฐ วิธีการศึกษาคือการใช้การสัมภาษณ์เชิงลึกกับตัวของเด็กและพูดคุยกับเพื่อนสนิทของเด็ก นอกจากนี้ยังมีการใช้การสังเกตเข้ามามีส่วนในการเก็บรวบรวมข้อมูล โดยใช้เวลาในการเก็บข้อมูลทั้งสิ้น 4 เดือน จากผลการศึกษาพบว่า ปัจจัยพื้นฐานที่เป็นปัจจัยหลักคันสำคัญในชีวิตของเด็กกลุ่มนี้คือ ปัญหาสำคัญในครอบครัวที่ส่งผลให้กระบวนการเรียนรู้อบรม ขัดเกลาไม่มีความต่อเนื่อง ไม่มีผลต่อการพัฒนาทางความคิดและพัฒนาการในภาพรวมของเด็กรวมถึงการใช้อำนาจและความรุนแรงของบิดา มารดา หรือบิดาเลี้ยง มารดาเลี้ยง ที่มีผลต่อเด็กเป็นการผลักดันให้เด็กออกมาแสวงหาความรักและความอบอุ่นนอกบ้าน นอกจากนี้ ปัจจัย

<sup>4</sup> จิตสุภา สกฤณี. (ม.ป.ป.). *ปัญหาสังคมและประเด็นสำคัญด้านการพัฒนา: ปัญหาคนขอทานในสังคมไทย*. ม.ป.ท. หน้า 1.

<sup>5</sup> นิชชา บุรณสิงห์. (2559). *ปัญหาขอทานเด็ก: ผลพวงของการพัฒนาที่ไม่สมดุล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ew/parliament\\_parcy/download/article/article\\_20150814104043.pdf](http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ew/parliament_parcy/download/article/article_20150814104043.pdf). [2559, 2 มกราคม].

ทางด้านบุคลิกภาพ พัฒนาการทางอารมณ์สังคมที่ไม่ได้ดูแลเด็กเหล่านี้เท่าที่ควรล้วนแต่ผลักดันให้เด็กเข้าสู่วิถีชีวิตเช่นนี้<sup>6</sup>

1) ปัจจัยจากสภาพสิ่งแวดล้อมการชักนำของกลุ่มเพื่อนหรือกระบวนการขอทานและสภาวะแวดล้อมรอบบ้าน โดยเฉพาะยาเสพติดและเกมส์เป็นปัจจัยเชิงจิตสำคัญที่ทำให้เด็กเข้าสู่อาชีพขอทาน รวมถึงการรวมกลุ่มทำให้เด็กได้รับการยอมรับจากเพื่อนมีชีวิตใหม่ที่ตื่นเต้นและรู้สึกว่าคุณเองมีพื้นที่ทางสังคม นอกจากนี้สภาวะแวดล้อมรอบบ้านของเด็กมักจะมีบุคคลที่เป็นขอทานทำให้เด็กเกิดความคุ้นเคยกับงานขอทานและไม่นึกถึงกิจ

2) ปัจจัยจากลักษณะของงานขอทานเป็นงานที่เข้าถึงง่ายกระบวนการในการทำงานไม่ซับซ้อน ไม่ต้องใช้ความรู้ได้เงินง่ายใช้เวลาน้อยเป็นปัจจัยสำคัญในการดึงดูดเด็กให้เป็นขอทานเป็นจำนวนมาก<sup>7</sup>

3) สาเหตุพื้นฐานที่ส่งผลให้ หลายครอบครัวอพยพมาเผชิญชีวิตในเมืองใหญ่ ส่งผลให้ครอบครัวให้ความสนใจกับ เศรษฐกิจและการกระจายรายได้มากกว่าการพัฒนาความสัมพันธ์ในครอบครัว นอกจากนี้ความยากจนทำให้บุคคลกลายเป็นผู้ที่ด้อยโอกาสทางสังคม เช่น การขาดโอกาสในการศึกษาและการขาดโอกาสในการประกอบอาชีพงานขอทานจึงกลายเป็นทางเลือกหนึ่งของบุคคลที่ด้อยโอกาสทางสังคม สำหรับข้อเสนอแนะ ได้เสนอว่า การแก้ไขและป้องกันปัญหาควรเน้น ไปที่การทำงานสังคมสงเคราะห์เชิงลึกกับเด็กและการเตรียมความพร้อมรวมทั้งพัฒนาความเข้มแข็งของครอบครัวเพราะครอบครัวถือเป็นสถาบันพื้นฐานที่มีความสำคัญ มากที่สุดในสังคมในการดูแลเด็กอย่างยั่งยืนในระยะยาว ถ้าครอบครัวมีความเข้มแข็งก็จะเป็นแรงผลักดันให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมแก้ปัญหาและร่วมกันดูแลเด็กด้วยตามลำดับ ในส่วนของการให้ความช่วยเหลือแก่เด็กควรจะมีการวางแผนการทำงานรายบุคคลเพื่อพัฒนาทางด้านจิตใจและบุคลิกภาพของเด็กที่มีความแตกต่างกัน เพื่อเด็กจะได้มีความเข้มแข็งรวมทั้งมีความพร้อมที่จะสามารถปรับตัวให้เข้ากับสภาวะแวดล้อมและครอบครัวสามารถปรับตัวให้เข้ากับ สภาวะแวดล้อม และการปลูกฝังเด็กให้รักครอบครัวเพื่อสักวันหนึ่งเด็กอาจจะกลับไปใช้ชีวิตอยู่กับครอบครัวได้ตามปกติรวมถึงบทบาทการทำงานช่วยเหลือของนักสังคมสงเคราะห์ควรเน้น ลักษณะของงานสหวิชาชีพและการสร้าง

<sup>6</sup> กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ. (2557). ผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ “ถอดบทเรียนการจัดระเบียบคนขอทาน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.ratchaburihome.com/member/file/%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%99.pdf>. [2558, 25 กันยายน].

<sup>7</sup> นิชชา บุรณสิงห์. (2559). ปัญหาขอทานเด็ก: ผลพวงของการพัฒนาที่ไม่สมดุล. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/download/article/article\\_20150814104043.pdf](http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/article/article_20150814104043.pdf). [2559, 2 มกราคม].

เครือข่ายการทำงานกับเด็กขอทานเพื่อจะได้เข้าใจความซับซ้อนของปัญหาและการช่วยเหลือจะได้ผลมากขึ้น การทำงานในภาคนโยบายและมาตรการในการแก้ไขปัญหานั้นต้องผลักดันในนโยบายด้านการกระจายรายได้และการสร้างงานเพื่อให้แก้ปัญหในระดับมหภาคและจุลภาคไปพร้อมๆ กัน เพื่อเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมและเงื่อนไขให้สังคมมากขึ้น<sup>6</sup>

### 2.1.5 สถิติของคนขอทาน

สถิติคนขอทาน พ.ศ. 2557-2558 กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ได้ดำเนินการเก็บข้อมูลและจัดระเบียบคนขอทานในกรุงเทพฯ และส่วนภูมิภาค 77 จังหวัด จำนวน 3 ครั้ง ได้แก่ ครั้งที่ 1 ระหว่างวันที่ 14-20 ตุลาคม 2557 ครั้งที่ 2 ระหว่างวันที่ 19-25 พฤศจิกายน 2557 และครั้งที่ 3 ระหว่างวันที่ 26-30 มกราคม 2558 พบว่ามีขอทานในประเทศทั้งสิ้น 1,567 คน โดยแบ่งประเภท ดังนี้

1) ประเภทบุคคลขอทาน เป็นคนไทย จำนวน 750 คน และคนต่างด้าว จำนวน 436 คน รวมทั้งสิ้น 1,186 คน จังหวัดที่พบขอทานมากที่สุด ได้แก่ กรุงเทพมหานคร จังหวัดชลบุรี จังหวัดนครราชสีมา จังหวัดเชียงราย และจังหวัดนครสวรรค์

2) ประเภทเด็กขอทาน เป็นเด็กไทย จำนวน 64 คน และเด็กต่างด้าว จำนวน 86 คน รวมทั้งสิ้น 147 คน ในจำนวนนี้เป็นเด็กที่มาขอทานในลักษณะเป็นคุณแม่ลูกหรือคู่พ่อลูก จังหวัดที่มีเด็กมาขอทานมากที่สุด ได้แก่ จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปราจีนบุรี จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดสมุทรสงคราม และจังหวัดสุพรรณบุรี

3) ประเภทกลุ่มคนพิการขอทาน แยกความพิการเป็นด้านการเคลื่อนไหวทางร่างกาย จำนวน 16 คน ด้านการมองเห็น จำนวน 64 คน ด้านการได้ยินและสื่อความหมาย จำนวน 22 คน ด้านจิตใจหรือพฤติกรรมจำนวน 22 คน ด้านสติปัญญา จำนวน 5 คน และพิการซ้ำซ้อน 1 ราย รวมทั้งสิ้น 234 คน จังหวัดที่คนพิการมาขอทานมากที่สุด ได้แก่ จังหวัดมหาสารคาม จังหวัดบึงกาฬ จังหวัดเลย จังหวัดฉะเชิงเทรา และจังหวัดกาฬสินธุ์

<sup>6</sup> กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ. (2557). *ผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ “ถอดบทเรียนการจัดระเบียบคนขอทาน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.ratchaburihome.com/member/file/%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%99.pdf>. [2558, 25 กันยายน].

<sup>7</sup> นิชชา บุรณสิงห์. (2559). *ปัญหาขอทานเด็ก: ผลพวงของการพัฒนาที่ไม่สมดุล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/download/article/article\\_20150814104043.pdf](http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/article/article_20150814104043.pdf). [2559, 2 มกราคม].

### 2.1.6 เด็กขอทาน

หากพิจารณาจากพื้นที่ภูมิศาสตร์ทำเลทองในการขอทาน โดยเฉพาะในกรุงเทพมหานคร และปริมณฑล อาจกล่าวได้ว่า กว่า 90 % คือ ขอทานที่มาจากประเทศกัมพูชา ปัญหาเด็กขอทานที่เมื่อก่อนเราพบบ่อยในกรุงเทพ แต่ปัจจุบันได้มีเด็กขอทานมากขึ้นทั้งประเทศตามเมืองใหญ่ๆ ในรอบปี 2554 นี้ ถือได้ว่าสภาพปัญหาการนำเด็กมาเป็นเครื่องมือในการขอทานมีความรุนแรงมากกว่าปีที่ผ่านมา ปรากฏจากข่าวการช่วยเหลือเด็กขอทานที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก รวมเกือบ 20 ข่าว ตลอดทั้งปี ซึ่งในแต่ละครั้งนอกจากจะสามารถช่วยเหลือเด็กขอทานได้เป็นจำนวนมากแล้วยังกระจายไปตามจังหวัดต่างๆ อาทิ จังหวัดชลบุรี ระยอง เชียงใหม่ สุรินทร์ สมุทรปราการและ กรุงเทพมหานคร และแหล่งท่องเที่ยวต่างๆ ปัญหานี้กระทบถึงสิทธิของเด็กที่ถูกนำมาใช้ให้ขอทานทั้งด้าน สิทธิในชีวิตว่าง เสรีภาพของเด็กต่าง และที่สำคัญคือกระทบสิทธิในการศึกษาและพัฒนาตนเองของเด็กด้วยระยะทางที่ไม่ไกลนักเพียงสองร้อยกว่ากิโลเมตร จากชายแดนด้านอำเภออรัญประเทศ จังหวัดสระแก้ว เข้ามาถึงเมืองหลวงของประเทศไทย คงมีใคร่เรื่องยากที่ขบวนการค้ามนุษย์จะลำเลียง “เด็ก” เพื่อมาเป็นแรงงานทาสในธุรกิจขอทาน “เด็ก” ที่ถูกนำมาเป็นขอทานมีอายุตั้งแต่แรกเกิด จนถึงประมาณ 10 ปี หากโตเกินกว่านั้นแล้ว ย่อมหมดความน่าสงสาร ไม่อาจทำรายได้ให้แก่ธุรกิจขอทานแต่อย่างใดเกือบทุกครั้ง เรามักเห็นว่า “เด็กขอทาน” มีหญิงขอทานที่กล่าวอ้างตัวเองว่าเป็น “แม่” คอยนั่งอยู่ใกล้ๆ หรือ นั่งขอทานห่างไปอีกสักมุมสะพานลอยอยู่เสมออันอาจเป็นแม่ของเด็กขอทานหรือมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับเด็กคนนั้นจริงๆ แต่อีกส่วนหนึ่งเราพบว่าหญิงและเด็กที่นั่งอยู่ด้วยกันนั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือด และเด็กถูกนำมาขอทานด้วยวิธีการที่ไม่ต่างจากสินค้า คือ การเช่า และซื้อ มาจากครอบครัวของเด็กเอง แต่ถึงที่สุดแล้วไม่ว่าเด็กจะมาจากวิธีการก็ตาม พวกเขาต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับเด็กทั่วโลก และชีวิตของพวกเขาไม่ควรเรียนรู้โลกกว้างจากข้างถนนโดยเด็ดขาด<sup>10</sup>

การใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานคงปฏิเสธไม่ได้ว่าหากเมื่อใดก็ตามที่ท่านพบเห็นเด็กขอทานนั่งหน้าตาใสซื่อ หรืออยู่ในอ้อมกอดของคนที่เขาเข้ามาขอทาน ความสงสารและความเห็นใจจะกีดกลางเข้าสู่สามัญสำนึกของเรา ท่านๆ และหลังจากนั้น คงต้องถึงเวลาตัดสินใจว่าโดยมีทั้งที่เป็นลักษณะของขบวนการค้ามนุษย์รวมถึงการลักพาตัวเด็กไปตระเวนขอทานยังพื้นที่ต่างๆ อีกด้วย จากการดำเนินบทบาทในการเป็นศูนย์รับแจ้งเบาะแสการนำเด็กมาเป็นเครื่องมือในการขอทานของโครงการรณรงค์ยุติธุรกิจเด็กขอทาน มูลนิธิกระจกเงา มีสถิติการรับแจ้งนับตั้งแต่

<sup>10</sup> กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ. (2557). ผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ “ถอดบทเรียนการจัดระเบียบคนขอทาน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.ratchaburihome.com/member/file/%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%97%E0%B8%B2%E0%B8%99.pdf>. [2558, 25 กันยายน].

วันที่ 1 มกราคม-30 พฤศจิกายน 2554 สูงถึง 118 ราย โดยนอกจากพื้นที่ที่มีข่าวการกวาดล้างเด็กขอทาน ตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีจังหวัดภูเก็ต จังหวัดสุราษฎร์ธานี จังหวัดอยุธยา จังหวัดจันทบุรี จังหวัด ลำพูน และจังหวัดราชบุรี ซึ่งมีพลเมืองดีแฉเข้ามาเช่นเดียวกัน นั่นขอมแสดงให้เห็นว่า ปัญหาเด็กขอทานกระจายตัวออกไปในหลายพื้นที่ทั่วประเทศแล้ว สำหรับภูมิภาคที่เป็น ปลายทางที่สำคัญของขบวนการนำเด็กมาเป็นเครื่องมือในการขอทานนั้น ต้องยกให้กับภาค ตะวันออก เนื่องจากเป็นพื้นที่ที่เป็นเมืองเศรษฐกิจ ประกอบกับการกวาดล้างเด็กขอทานอย่างหนัก ในพื้นที่กรุงเทพมหานครต่อเนื่องจากปี พ.ศ. 2553 ที่ผ่านมาด้วยจึงทำให้กลุ่มเด็กขอทานลี้ภัย ไหล เข้าพื้นที่ดังกล่าวในที่สุด จะขอมใจแข็งเดินจากไป หรือ ควักเศษเงินตอบแทนความน่าสงสารเบื้องต้น ด้วยความน่าสงสารและน่าเห็นใจนี้เอง ที่ทำให้เด็ก ต้องกลายมาเป็นส่วนประกอบหนึ่งของการ แสวงหาผลประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ และการขอทาน ก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่ทำเงินให้แก่ ผู้อยู่เบื้องหลังได้ไม่น้อยทีเดียว<sup>11</sup>

ศูนย์ข้อมูลคนหายเพื่อต่อต้านการค้ามนุษย์ มูลนิธิกระจกเงา ได้ลงพื้นที่ติดตามขบวนการ ต่างๆ ที่นำเด็กมาขอทาน พบว่า เด็กบางรายต้องออกมาขอทานตั้งแต่ 7 โมงเช้า จนกระทั่งเวลา 5 ทุ่ม กว่าจะได้กลับบ้านพักผ่อน ระยะเวลาในการขอทานช่างเนิ่นนานนัก เมื่อเทียบกับคุณภาพชีวิตแบบ ข้างถนนที่เด็กไม่ควรจะได้รับ ชำร่วยเด็กเหล่านี้ขาดโอกาสทางการศึกษาตั้งแต่เริ่มแรก ดังนั้น เมื่อเด็กเติบโตขึ้น ทางเลือกในการประกอบอาชีพเลี้ยงตัวก็ลดน้อยลง ผลักดันให้เด็กกลุ่มนี้อาจ เติบโตในภาวะของเด็กเร่ร่อนและอาจก่ออาชญากรรมเพื่อประทังชีวิตในอนาคต ไม่ว่าจะก็ยุคก็สมัย ก็ตาม หากคนในสังคมยังมองภาพการแสวงหาผลประโยชน์จากเด็กอย่างตื่นเงิน ไม่ตั้งคำถาม ถึงที่มาที่ไป หรือ สงสัยต่อคุณภาพชีวิตที่เด็กทุกคนควรมีและควร ได้รับการปกป้องคุ้มครอง “เด็กขอทาน” ก็ยังเป็นเครื่องมือที่ขายได้ และเป็นเงาพินิตาของคนในสังคมต่อไป คนขอทาน สามารถพบเห็นได้แทบทุกท้องถิ่นในสังคมไทย โดยเฉพาะสังคมเมือง บริเวณที่สามารถพบเห็น คนขอทานได้ง่าย เช่น บริเวณสะพานลอย ตลาด ริมทางเท้า คนขอทาน อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ พวกแรก คือ ขอทานที่ไม่มีอะไรเป็นของตัวเองและไม่มีหนทางที่จะทำมาหากิน จริงๆ นอกจากอาศัยความเวทนาของคนอื่น เป็นเครื่องเลี้ยงปากท้องให้พอเป็นพอยู่ได้ในวันๆ หนึ่ง และอีกพวกหนึ่ง คือ พวกขอทานที่ไม่ใช่ขอทาน กล่าวคือ พวกที่ใช้วิธีการคัมถุนหลอกลวง ผู้ที่มีจิต เมตตา ให้บริจาคทรัพย์ คนพวกนี้อาจมีความสามารถ มีใจคนจนยากไร้แต่อย่างไร แต่คิดเอว่งาน ขอทานเป็นงานที่สบาย ยิ่ง ไปนั่งขอทานในย่านคนรวย ยิ่งได้เงินมาก โดยที่ไม่ต้องเสียแรงทำงาน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>12</sup> ดังนี้

<sup>11</sup> จิตสุภา สกฤณี. อ้างแล้ว. หน้า 1.

<sup>12</sup> จิตสุภา สกฤณี. อ้างแล้ว. หน้า 3.

ขอทานประเภทแรก หรือพวกที่เป็นขอทานจริงๆ นั้น บางคนก็มีลักษณะที่น่าเห็นใจอย่างมาก บ้างพิการ ขาขาดบ้าง แขนขาดบ้าง ตาบอดบ้าง นั่งริมทางเท้า พนมมือไหว้ ผู้คนที่เดินผ่านไปมา ใครเห็นใจก็บริจาคกัน ตามกำลังทุนทรัพย์

ขอทานประเภทที่สอง หรือพวกที่ไม่ใช่ขอทานจริงๆ เป็นพวกอาศัยการฉ้อฉล ทำให้ผู้อื่นสงสาร และบริจาคทรัพย์ให้ คนประเภทนี้บางทีก็สังเกตได้โดยง่าย เช่นแก๊งทำเป็นพิการ โดยอาศัยผ้าปิด แต่แท้ที่จริงอวัยวะมีครบทุกส่วน บางจำพวก มีการรวมกลุ่มเป็น กลุ่มขอทานก็มี เป็นมิจฉาชีพ ทำหน้าที่เป็นขอทานโดยเฉพาะ โดยกระจายตัวไปตามจุดต่างๆ ทั่วชุมชน มีคนที่เคยพบเห็นบอกว่า ขบวนการนี้ มีการขนส่งขอทานไปตามพื้นที่ต่างๆ โดยอาศัยรถยนต์เป็นยานพาหนะ เมื่อถึงที่หมายใด ก็หย่อนขอทานลงไปคนหนึ่ง เมื่อไปเจออีกจุด ก็ลดหย่อนไปอีกคนหนึ่ง และก็จะไปให้ขอทานแต่ละคนทำหน้าที่ขอทานตามที่ได้รับมอบหมาย เมื่อเสร็จสิ้นภารกิจประจำวัน ก็จะมีรถมารับกลับไปรวมกลุ่ม เพื่อวางแผนเตรียมการสำหรับวันรุ่งขึ้นต่อไป การจะแบ่งแยกประเภทขอทานทั้ง 2 ประเภทไม่ใช่เรื่องง่าย การบริจาคทรัพย์ เราต้องรู้จักที่จะให้ ให้คนที่ไม่มีจริงๆ เป็นบุญอย่างหนึ่งที่ทำให้เราละซึ่งความเป็นตัวของเราเอง แต่การบริจาคทรัพย์ให้กลุ่มขบวนการ ที่ฉ้อฉล ประชาชนถึงแม้เราจะละซึ่ง ของของเรา แต่ก็เท่ากับว่าเราไปสนับสนุนขบวนการดังกล่าว นั่นหมายถึง ขบวนการ ดังนั้นก็ยังคงดำเนินควบคู่ไปกับสังคมไทย ยิ่งถ้าหากว่าคนในสังคมเห็นว่าขอทานทำเงินดี โดยที่ไม่ต้องเหน็ดเหนื่อย เหนื่อยใจ หากคนยึดคิดและหาเงินด้วยวิธีดังกล่าว ก็จะทำให้สังคมไทยเสื่อมโทรม ภาพลักษณ์อันดีงามของประเทศเสียหาย ยิ่งถ้ากลุ่มมิจฉาชีพ อาศัยวิธีการหา รายได้จาก ความสงสารของประชาชนจนไม่สามารถหาทางทำมาหากินด้วยวิธีอื่นได้ หากต่อมามากในประเทศ ไม่บริจาคเงินให้ พวกเขา ก็จะอาศัยการหาเงินที่ไม่ต้องลงแรง โดยใช้วิธีลักขโมย เป็นโจรบ้าง ปล้นฆ่าบ้าง ซึ่งสร้างปัญหาให้สังคมไทยตามมา<sup>13</sup>

## 2.2 ทฤษฎีสิทธิและเสรีภาพ

ประเทศหรือรัฐเสรีประชาธิปไตยล้วนแต่ยึดมั่นในลัทธิปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้ลัทธินี้สอนว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีลักษณะที่เป็นนามธรรมจะปรากฏออกมาให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง อนึ่งมนุษย์แต่ละคนมีความสามารถเช่นนี้ได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” ภายใต้อันแดนแห่งเสรีภาพของคตินี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใดๆ ก็ได้ อย่างอิสระปลดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของผู้ปกครอง ด้วยเหตุนี้

<sup>13</sup> จิตสุภา สุกฤติ. อ้างแล้ว. หน้า 3.



รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐ จึงได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพด้านต่างๆ ที่มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมี ซึ่งนิยมเรียกกันว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน”<sup>14</sup>

แนวความคิดในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐนั้นเป็นแนวความคิดที่คลาสสิกนับตั้งแต่อารยประเทศทั้งหลายตระหนักถึงการที่ต้องมีกฎหมายแม่บทสูงสุดที่ใช้ในการปกครองและบริหารประเทศ กรณีดังกล่าวเห็นได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ บางประเทศถึงกลับจัดหมวดหมู่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพปรากฏในรัฐธรรมนูญ การที่ทุกๆ ประเทศได้กล่าวถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นการกระทำตามกันเพื่อแสดงถึงความเป็นอารยประเทศของตนเอง หรือเป็นการที่แต่ละประเทศตระหนักถึงในเรื่องดังกล่าวว่าเป็นเรื่องสำคัญ ในสภาพความเป็นจริงแล้ว สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ยังคงถูกแทรกแซงโดยฝ่ายปกครองทั้งสิ้นไม่มากก็น้อยตามภาวะและสถานการณ์ของแต่ละสังคม<sup>15</sup>

### 2.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

ความหมายของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีนักวิชาการของประเทศไทยได้ให้ความหมายไว้หลายท่านด้วยกัน ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่าง ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ<sup>16</sup> ได้ให้คำจำกัดความไว้ ดังนี้

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับคนอื่นต้องกระทำตามสิทธิของเรา แต่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพต่างก็ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายสูงสุด และ “เสรีภาพ” คือ อำนาจที่จะทำอะไรก็ได้ โดยมีอำนาจที่เลือกประพฤดิหรือไม่ประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่ง

ศาสตราจารย์ ดร.วิญญู เครื่องงาม<sup>17</sup> ได้ให้คำจำกัดความไว้ ดังนี้

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.บวรเจดิส สังคะเนติ<sup>18</sup> ได้ให้คำจำกัดความไว้ ดังนี้

<sup>14</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ: ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม*. รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย. หน้า 13.

<sup>15</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 11-12.

<sup>16</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 348.

<sup>17</sup> วิญญู เครื่องงาม. (2535). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ผู้สิทธิมนุษยชน สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทย ปัจจุบัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 28.

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. วรพจน์ วิสรุตพิชญ์<sup>18</sup> ได้ให้คำจำกัดความไว้ ดังนี้

“สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์หรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่าอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำบางอย่าง บางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน

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

กล่าวโดยสรุป สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในการที่จะกระทำการใดๆ ภายใต้กฎหมายที่กฎหมายรับรองคุ้มครองไว้ ส่วนคำว่า เสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน

ความหมายของสิทธิที่ได้กล่าวข้างต้นเป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ถือเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายความรวมถึง การคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ หรือ เสรีภาพทางวิชาการ เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ<sup>20</sup>

<sup>18</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 48.

<sup>19</sup> วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 16.

<sup>20</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 49.

ในส่วนของความหมายของ เสรีภาพ นั้น หมายถึง อำนาจในการกำหนดตัวเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง สิทธิ และ เสรีภาพ จึงอยู่ที่ว่าสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ขณะที่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น แต่ในกรณีที่อาจทำให้สับสนคือกรณีของ “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือ โดยลำพังของเสรีภาพนั้นไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งในแง่ที่มีได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด แต่หากกล่าวว่ สิทธิในเสรีภาพนั้น หมายความว่า บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิในการใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือบุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น<sup>21</sup>

### 2.1.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

ในการพิจารณาถึงการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจแบ่งแยกออกได้หลายลักษณะ แต่ในที่นี้จะพิจารณาการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

เมื่อพิจารณาจากการกำเนิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ได้บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้ว เราอาจจะจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวออกได้เป็น 2 ประเภท<sup>22</sup> คือ สิทธิมนุษยชน และสิทธิพลเมือง

#### 1) สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Right) เป็นสิทธิที่ถือว่าผู้ทรงสิทธิคือมนุษย์ทุกคน การเกิดขึ้นของสิทธิมนุษยชนเริ่มจากแนวความคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมกับสิทธิ โดยกำเนิดที่เหมือนกัน ถูกสร้างมาอย่างเท่าเทียมกัน สิทธิแห่งความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์แต่ละคนมานั้นเป็นสิ่งที่ เป็นสากล ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอน และไม่อาจแบ่งแยกได้ ความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนสัมพันธ์ใกล้ชิดกับแนวคิดว่าด้วยมนุษย์นิยม ยุคแห่งความสว่างไสวทางสติปัญญาและกฎหมายธรรมชาติ ปัจจุบันนี้รัฐต่าง ๆ ส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่ยอมรับสิทธิมนุษยชนด้วยกันทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม

<sup>21</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 51-52.

<sup>22</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). อ้างแล้ว. หน้า 24.

ความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชนยังเป็นประเด็นทางการเมืองที่ได้รับการอภิปรายโต้แย้งกัน  
ในบรรดารัฐที่ยังไม่ยอมรับสิทธิมนุษยชนจนถึงปัจจุบัน<sup>23</sup>

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิ  
และเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่าง  
เดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มีผู้ปกครองคนใด  
มีอำนาจทำลายสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง แต่จะมีคุณค่าขึ้นมาเมื่อ  
ได้ปกป้องรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่าเท่านั้น<sup>24</sup>

## 2) สิทธิพลเมือง

สิทธิพลเมือง หมายถึง สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้าง  
เจตจำนงทางการเมืองของรัฐ หรือเข้าไปมีส่วนร่วมในองค์กรของรัฐ<sup>25</sup> สิทธิประเภทนี้ได้แก่  
สิทธิทางการเมือง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการชุมนุม<sup>26</sup>  
สิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็เฉพาะแต่ภายหลังที่รัฐเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ก่อนหน้านั้นแนวคิดเรื่อง  
สิทธิพลเมืองย่อมไม่อาจก่อตัวขึ้นมาได้กรณีจะเป็นประการใดก็ตามถือกันว่าสิทธิพลเมืองนี้ก็เป็น  
สิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่มีราษฎรเข้าไปร่วม  
ในกระบวนการสร้างเจตจำนงของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม เป็นวิธีการคุ้มครอง  
สิทธิมนุษยชนของคนที่มีน้ำใจได้วิธีหนึ่งในหลาย ๆ วิธีนั่นเอง รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งโดย  
ทางตรงหรือโดยทางอ้อมของราษฎร และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของราษฎรอยู่ตลอดเวลา  
ย่อมไม่อาจกดขี่ข่มเหงราษฎรได้ง่าย ๆ เหมือนกับรัฐบาลที่สถาปนาตนเองโดยผลการ<sup>27</sup>

### 2.2.3 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

สำหรับประเทศไทย การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังนับได้ว่าเป็นเรื่องค่อนข้างใหม่  
แต่ถ้าเข้าใจเนื้อหาเบื้องต้นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จัดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง ก็จะสามารถ  
ดำเนินการคุ้มครองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากมุมมองของฝ่ายเจ้าหน้าที่รัฐ

<sup>23</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543). “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: “มาตรการ” ในการ  
ควบคุมตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”. *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 30, ฉบับที่ 2, หน้า 224.

<sup>24</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). อ้างแล้ว. หน้า 27.

<sup>25</sup> เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์. (2554). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์  
ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 184.

<sup>26</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 53-54.

<sup>27</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). อ้างแล้ว. หน้า 28.

ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพทั้งหลายอย่างทั่วถึง<sup>28</sup>

การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นองค์กรของรัฐจึงต้องเคารพเช่นเดียวกัน ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐนั้นมี 3 ระดับด้วยกัน<sup>29</sup> คือ

### 2.2.3.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของรัฐ

องค์กรของรัฐไม่สามารถละเมิดสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เลย เสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพเด็ดขาด เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อและศาสนา ดังนั้นถ้ามีกฎหมายที่ตราออกมาแล้วกระทบต่อเสรีภาพแบบเด็ดขาดดังกล่าวก็ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญยอมให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่าที่ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะแผ่ไปถึง การที่จะพิจารณาว่าขอบเขตของการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะกินเนื้อที่เพียงใดนั้น พิจารณาได้จากบทบัญญัติของแต่ละสิทธินั่นเอง<sup>30</sup>

### 2.2.3.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร

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

### 2.2.3.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิด

ประชาชนสามารถฟ้องร้องต่อศาลได้ เช่น ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพขัดรัฐธรรมนูญ ต้องมีองค์กรชี้ขาดให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ถ้าฝ่ายบริหารละเมิดเสรีภาพก็ต้องให้ มีองค์กรชี้ขาดให้หยุดการกระทำและใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากนี้รัฐยังต้องมีภาระที่จะต้องดูแลกรณี

<sup>28</sup> บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (2557). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 542.

<sup>29</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2554). อ้างแล้ว. หน้า 194-195.

<sup>30</sup> บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. อ้างแล้ว. หน้า 542.

เอกชนคนหนึ่งละเมิดสิทธิเสรีภาพเอกชนอีกคนหนึ่ง โดยกำหนดให้ศาลทำหน้าที่เยียวยาความเสียหายแก่ประชาชนและลงโทษผู้ที่กระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

#### 2.2.4 หน้าที่ของรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพ

รัฐ คือ กรรมการผู้สร้างกติกาในการใช้เสรีภาพให้ปัจเจกชน และเป็นผู้รักษากติกานั้น รัฐและหน่วยงานรัฐเองก็ต้องเคารพกติกาที่วางไว้นั้นเช่นเดียวกัน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐนี้มีอย่างน้อย 3 ระดับ คือ<sup>31</sup>

1) การคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญไม่ให้องค์กรใดของรัฐละเมิดเสรีภาพบางเรื่องเลย แม้แต่องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาก็ทำไม่ได้ เราเรียกเสรีภาพนี้ว่าเสรีภาพเด็ดขาดระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีน้อยและส่วนใหญ่เป็นเสรีภาพในชีวิตร่างกาย เช่น ห้ามตรากฎหมายอาญามีผลย้อนหลัง หรือเสรีภาพในความเชื่อและศาสนา ในกรณีนี้การตรากฎหมายฝ่าฝืนกฎเกณฑ์คุ้มครองเด็ดขาดของรัฐธรรมนูญ จะทำให้กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้

2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร เดิมถือกันว่าองค์กรฝ่ายบริหาร อันได้แก่ รัฐบาล และฝ่ายปกครอง เป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมากที่สุด ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐบาลเป็นผู้บัญชาการกองกำลังทหารและตำรวจ ดังนั้น จึงอยู่ในวิสัยที่จะคุกคามสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้อยู่ตลอดเวลา ยิ่งกว่านั้นรัฐบาลซึ่งมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบรักษาความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะเห็นว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นภัยคุกคามคุณค่าดังกล่าว สำหรับฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะเหล่านั้นโดยปกติก็มักจะถือเอาประสิทธิภาพของงานเป็นที่ตั้ง และเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นอุปสรรคขัดขวางการปฏิบัติการกิจของตน ดังนั้น รัฐเสรีภาพประชาธิปไตยจึงพากันมุ่งแสดงมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร<sup>32</sup>

ทั้งนี้ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร ซึ่งในระบบเสรีนิยมเกรงกลัวที่สุด เพราะมีกำลังบังคับในความเป็นจริง (ตำรวจ ทหาร ระบบราชการทั้งหลาย) โดยการกำหนดให้การจำกัดเสรีภาพนั้นต้องกระทำโดยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น เพราะถือว่ากฎหมายที่ผู้แทนปวงชนออกเป็นการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกัน และเจตนารมณ์ร่วมกันเท่านั้นที่จะจำกัดเสรีภาพได้ ดังปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปี 1789 ด้วยเหตุนี้หากรัฐต้องจัดระเบียบจำกัดเสรีภาพไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพประเภทใด ต้องตราเป็นกฎหมายโดยรัฐสภาเท่านั้น อาทิ การกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดโทษ (เป็นการจำกัดเสรีภาพในชีวิต

<sup>31</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). อ้างแล้ว. หน้า 352.

<sup>32</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). อ้างแล้ว. หน้า 51.

ร่างกาย) การเวนคืนกิจการหรือสหกรณ์ทรัพย์ (จำกัดเสรีภาพในเศรษฐกิจหรือกรรมสิทธิ์) การเก็บภาษีอากร ค่าธรรมเนียม (จำกัดเสรีภาพทางเศรษฐกิจหรือกรรมสิทธิ์) การผูกขาดกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (จำกัดเสรีภาพทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม) จึงต้องตราเป็นกฎหมายโดยรัฐสภาเท่านั้น<sup>33</sup>

3) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิด ต้องให้ประชาชนสามารถไปฟ้องร้องต่อศาลได้ เช่น ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพชั่วคราวตามกฎหมาย ต้องมีองค์กรชี้ขาดให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ถ้าฝ่ายบริหารละเมิดเสรีภาพก็ต้องให้มีองค์กรชี้ขาดให้หยุดการกระทำและใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากนี้รัฐยังต้องมีภาระที่จะต้องดูแลกรณีเอกชนคนหนึ่งละเมิดสิทธิเสรีภาพเอกชนอีกคนหนึ่ง โดยการกำหนดให้ศาลทำหน้าที่เยียวยาความเสียหายแก่ประชาชนและลงโทษผู้ที่กระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>34</sup>

### 2.2.5 หลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิ

กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนจะต้องไม่เกินจำเป็นและสมควร และฝ่ายบริหารจะกฎหรือกฎหมายลำดับรองจะต้องมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิเสรีภาพของราษฎร ป้องกันมิให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรคนอื่น ๆ หรือต่อประโยชน์สาธารณะ จึงควรที่จะทำความเข้าใจหลักเกณฑ์ของการจำกัดสิทธิโดยสังเขปด้วย

#### 2.2.5.1 เหตุผลของการจำกัดสิทธิ

1) หลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>35</sup>

“ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นหลักเบื้องต้นในกึ่งบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายของหลายประเทศ โดยในชั้นแรกได้ยอมรับเฉพาะที่ใช้บังคับแก่หลักเสรีภาพในการทำสัญญาแต่ต่อมาปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าแนวความคิดดังกล่าวได้กลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับโดยทั่วไปในกฎหมายเอกชน

<sup>33</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). อ้างแล้ว. หน้า 352.

<sup>34</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). อ้างแล้ว. หน้า 195.

<sup>35</sup> กัสวรรณ อุซุงศ์อมร. (2545). การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29: ศึกษาเฉพาะกรณีการระบอบบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 61-62.

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความมุ่งหมายที่จะยกขึ้นใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ในที่นี้ ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญมากกว่า จึงอาจให้ความหมายได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม<sup>36</sup>

“ศีลธรรม” เป็นความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำเช่นไรเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ศีลธรรมเกี่ยวข้องกับกฎหมายเพราะศีลธรรมเป็นรากฐานของกฎหมาย มนุษย์จะยอมรับกฎหมายก็ต่อเมื่อกฎหมายสอดคล้องกับความรู้สึกทางศีลธรรมของตน อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาจจะมุ่งแต่การดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมทำให้ในบางกรณีการกระทำบางอย่างอาจจะผิดกฎหมายแต่ไม่ขัดต่อศีลธรรม

## 2) หลักสิทธิของบุคคลอื่น

ขอบเขตประการแรกของการใช้สิทธิและเสรีภาพคือสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น “ไม่ว่าบุคคลใดก็ไม่สามารถที่จะแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นได้” ตามทัศนะของจอห์น ล็อก (John Locke) มนุษย์กับสังคมแยกจากกันมิได้ เพราะสังคมเกิดจากมนุษย์ สังคมจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อความสงบสุขของมนุษย์ผู้เป็นสมาชิกในสังคม แต่เดิมนั้นมนุษย์อยู่ในสถานะที่มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ สามารถที่จะกระทำการได้ภายในขอบเขตของกฎธรรมชาติและมีสถานะเท่าเทียมกัน ทำให้ไม่มีบุคคลใด สามารถก่อความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะทุกคนต่างมีอิสระเท่าเทียมกัน

เมื่อเกิดรัฐขึ้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงได้รับการรับรองโดยกฎหมายของรัฐ “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพที่แฝงอยู่โดยตรรกะของกฎหมาย โดยเปลี่ยนจากตรรกะในทางกฎหมายธรรมชาติมาเป็นตรรกะในทางกฎหมายบ้านเมือง การจำกัดสิทธิของบุคคลอาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่เงื่อนไขดังกล่าวยังไม่ใช่เงื่อนไขที่เพียงพอ หน้าที่ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลนั้นฝ่ายนิติบัญญัติอาจยกขึ้นเพื่อให้เป็นสิทธิของผู้ได้รับประโยชน์ ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้อำนาจในทางกฎหมายแก่บุคคลเพื่อให้บุคคลนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายในผลประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองได้เฉพาะกรณีที่ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็น

<sup>36</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”. *บทบัญญัติ*, เล่ม 32 ตอน 1, หน้า 13.

<sup>37</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 216.



ประโยชน์แก่บุคคลที่สามในกรณีนี้จึงกล่าวได้ว่า “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงเป็นความชอบธรรมในการจำกัดขอบเขตของสิทธิเสรีภาพ<sup>38</sup>

### 3) หลักความมั่นคงของรัฐ

รากฐานของการทำหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาชนนั้นความมั่นคงของรัฐเป็นผลมาจากการที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่ให้การคุ้มครองแก่สิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ตามแนวคิดของหลักกฎหมายธรรมชาติ ความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ การย้อนกลับไปพิจารณาการทำหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงของรัฐกับความมั่นคงปลอดภัยในสิทธิของปัจเจกบุคคลจึงเป็นการแสดงความเกี่ยวพันของความชอบธรรมในยุคดั้งเดิมที่ยังคงมีผลมาจนถึงปัจจุบัน<sup>39</sup>

ดังนั้น ความสามารถในการกระทำหน้าที่ของรัฐจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งอาจกำหนดรูปแบบของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้แก่พลเมือง เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ในการเสียภาษีหรือการกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ต่างๆ เป็นต้น<sup>40</sup>

### 4) หลักการใช้สิทธิต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ<sup>41</sup>

มีประเด็นที่สมควรต้องพิจารณาก่อนว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพแค่ไหนเพียงใดถึงจะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้อาจแยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญออกได้หลายลักษณะ เช่น บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติทั่วไป บทบัญญัติที่มีลักษณะห้ามมิทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลง บทบัญญัติที่มีลักษณะบังคับให้กระทำตามบทบัญญัติที่ไม่มีลักษณะเป็นการให้เลือกปฏิบัติได้ เป็นต้น การใช้สิทธิและเสรีภาพที่เป็นการปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญน่าจะหมายถึงเฉพาะ กรณีที่เป็นการปฏิปักษ์ต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะห้ามมิให้ทำการเปลี่ยนแปลงเท่านั้น มิได้หมายความถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งหมด

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติห้ามการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตย ปรากฏในมาตรา 68 ซึ่งได้บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรง

<sup>38</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 205-206.

<sup>39</sup> Klaus Stern. (1994), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2 All.* Munchen: gemeine Lehrender Grundrechte. p.322. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 207.

<sup>40</sup> กัสวรรณ อุซุงศ์อมร. อ้างแล้ว. หน้า 65-66.

<sup>41</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 224-226.

เป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้”

ส่วนในเรื่องรูปของรัฐนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพที่เป็นการปฏิบัติภายในกรณีนี้ จึงหมายถึงกรณีที่มีความพยายามที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐเค็วเป็นสหพันธรัฐ พยายามที่จะเปลี่ยนจากราชอาณาจักรเป็นสาธารณรัฐหรือพยายามที่จะแยกส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นอิสระ ดังนี้ ย่อมเป็นการกระทำที่กระทบต่อความเป็นราชอาณาจักรที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแบ่งแยกมิได้

ดังนั้น หากมีการใช้สิทธิที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐเค็วซึ่งเป็นราชอาณาจักรจึงย่อมเป็นการใช้สิทธิที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง

#### 2.2.5.2 หลักประกันการจำกัดสิทธิ

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ปรากฏอยู่ในมาตรา 29 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ต่างๆ ดังต่อไปนี้<sup>42</sup>

##### 1) การจำกัดสิทธิจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างหนึ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมีดังต่อไปนี้

(1) หลักความสัมฤทธิ์ผล หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้หรือ การบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

(2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการ ซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด ความคิดเป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งทีเลือกรายสองสิ่งทีจำเป็นต้องเลือก บุคคลต้องเลือกสิ่งทีเลือกรายน้อยกว่า” ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การ

<sup>42</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 191.

ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หมายถึง มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าววัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

#### 2) การจำกัดจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิไม่ได้

หลักการนี้เรียกร้องจากการควบคุมการจำกัดสิทธิในกรณีสมบูรณ์ กล่าวคือ ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจจะออกกฎหมายที่มีผลกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพได้ เพราะตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ถือว่าเป็นการคุ้มครองขั้นต่ำสุดต่อแก่นของสิทธิเสรีภาพอันเป็นหัวใจของสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ซึ่งได้แบ่งเขตแดนของสิทธิออกเป็นสองส่วน กล่าวคือ ส่วนที่รัฐไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพได้เลย และส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ โดยในส่วนของหลังนี้รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วว่า สิทธิและเสรีภาพประเภทไหนที่รัฐธรรมนูญต้องการจะคุ้มครอง<sup>43</sup>

3) การจำกัดสิทธิต้องเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

บทบัญญัติตามมาตรา 29 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่าจะต้องตรากฎหมายให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบกฎหมาย เพราะคำสั่งปกครองเป็นเครื่องมือหลักที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง การยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจึงเป็นการยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปแทรกแซงอำนาจเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอันขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักการสำคัญในระบบ

<sup>43</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 190.

ประชาธิปไตย และเพื่อป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อปัจเจกบุคคลแต่ละคน โดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีใช้บังคับอันขัดต่อหลักเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ<sup>44</sup>

ในกรณีฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพแต่มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลจำนวนแน่นอนจำนวนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่อาจคำนวณเป็นจำนวนได้ กับกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่แม้กฎหมายนั้นจะมีลักษณะเป็นนามธรรมและใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปก็ตาม แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งประสงค์จะให้ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายหรือเฉพาะกลุ่ม หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายนั้นอำพรางเจตนาเฉพาะบุคคลเฉพาะกรณี ในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีที่เกิดเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น และฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถ้าหากว่ากฎหมายนั้นไม่ได้มีผลเฉพาะเหตุการณ์นั้น แต่ได้รับการบัญญัติให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต กับทั้งใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวนด้วยแล้ว จะถือว่าเป็นกรณีเช่นนี้ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายลักษณะนี้ใช้บังคับได้ โดยถือว่าเป็นการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ดังนั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ขัดกับหลักที่บัญญัติในมาตรา 29 วรรคสอง ย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>45</sup>

4) การจำกัดสิทธิต้องระบุบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิหลักการจำกัดสิทธิต้องระบุบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมีความสำคัญในการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้เข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครอง โดยไม่ตั้งใจและโดยปราศจากการไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสียของการแทรกแซงดังกล่าวกับผลที่จะได้จากการแทรกแซงดังกล่าว ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะต้องไตร่ตรองอย่างรอบครอบและจะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดถึงผลดังกล่าว เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ หน้าที่ในการอ้างมาตราที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในกฎหมายถือว่าเป็นข้อจำกัด ในทางรูปแบบที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>46</sup>

<sup>44</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 239-240.

<sup>45</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 192.

<sup>46</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 242.

## 2.3 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ เป็นคำที่เราใช้เรียกรัฐหรือระบอบการปกครองซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐนั้น จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม โดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ ในนิติรัฐจะมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดจนบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และประการที่สองรัฐจะ ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมืองของรัฐ<sup>47</sup>

### 2.3.1 ความเป็นมาของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องแต่เพียงองค์กรของรัฐใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เท่านั้น แต่กำหนดหน้าที่ให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่กำหนด หน้าที่ให้องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้นเป็นจริงด้วย<sup>48</sup> ทั้งนี้ โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันกับหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน ต้องผูกพัน กับกฎหมายและความยุติธรรม มีข้อสังเกตว่าหลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพัน ต่อกฎหมายเท่านั้น เพราะในทางรูปแบบกฎหมายอาจเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ยุติธรรมได้ หลักนิติรัฐ เรียกร้องต่อไปด้วยว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายโดยกำหนดเนื้อหาของกฎหมาย อย่างไม่ได้ จึงอาจมีกรณีที่มีการฟ้องร้องว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นคุณค่าพื้นฐานและเป็นหลักแห่งความยุติธรรมในรัฐได้<sup>49</sup> หากเป็นเช่นนั้นจริง ก็จะมีองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้กฎหมายนั้น เป็นอันบังคับใช้มิได้ อย่างไรก็ตามหลักนิติรัฐไม่ได้ประกันความยุติธรรมเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึง ความมั่นคงแห่งนิติฐานะด้วย<sup>50</sup>

พัฒนาการของหลักนิติรัฐคำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” คำว่า “Rechtsstaat” ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมัน คำๆ นี้สามารถแปลว่า “สิทธิ” ได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ แต่คำสองคำนี้เมื่อมารวมกันแล้ว ได้กลายเป็นศัพท์ทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งยากจะหาคำในภาษาต่างประเทศที่ แปลแล้วให้ความหมายได้ตรงกับคำในภาษาเดิม คำว่าที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษจำนวนหนึ่งได้ใช้ คำๆ นี้ทับศัพท์ภาษาเยอรมันโดยไม่แปล อย่างไรก็ตามมีความพยายามในการแปลคำว่า Rechtsstaat

<sup>47</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 103.

<sup>48</sup> มานิตย์ จุมปา. (2546). *คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 68.

<sup>49</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2553). *หลักนิติรัฐ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 133.

<sup>50</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *อ้างแล้ว*. หน้า 103.

อยู่เช่นกัน ถึงแม้ว่าคำแปลที่พยายามคิดกันขึ้นนั้นไม่สามารถสื่อความหมายของคำว่า Rechtsstaat ได้อย่างสมบูรณ์ก็ตาม เช่นในระบบกฎหมายอังกฤษ สำหรับในสหรัฐอเมริกาหากไม่แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า Rule of law ก็มักจะยกเอาหลักการในทางกฎหมายที่มีเนื้อหาบางส่วนที่คล้ายคลึงกับ Rechtsstaat มาเทียบเคียง เช่น Due-process-clause หรือการกล่าวถึง Limited government ในฐานะ มโนทัศน์ทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ Rechtsstaat เป็นต้น

ในทางวิชาการ ไม่ว่าจะแปลคำว่า Rechtsstaatว่าอย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญข้อมอบอยู่ที่ ความหมายอันเป็นแก่นแท้ของหลักการนี้ กล่าวคือ การปกครองใน Rechtsstaat หรือนิติรัฐนั้น กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกัน และบุคคลจะต้องทราบก่อนล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไร หรือไม่ให้ตนทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้เพื่อที่บุคคลจะได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย แนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวนี้ย่อมจะก่อให้เกิดหลักต่างๆ ตามมา ในทางกฎหมายมากมาย เช่น หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน หลักการห้ามตรากฎหมายย้อนหลังกำหนดโทษแก่บุคคล เป็นต้น<sup>51</sup>

มีข้อพิจารณาที่สำคัญเกี่ยวกับนิติรัฐประการที่หนึ่ง คือ หลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่กำหนดหน้าที่องค์กรของรัฐ ต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้นเป็นจริงให้ได้ด้วย ทั้งนี้โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันกับหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน ต้องผูกพันกับกฎหมายและความยุติธรรม มีข้อสังเกตว่าหลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น เพราะในทางรูปแบบ กฎหมายไม่อาจเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ยุติธรรมได้ หลักนิติรัฐเรียกร้องต่อไปด้วยว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายโดยกำหนดเนื้อหาของกฎหมายอย่างไรก็ได้ จึงอาจมีกรณีที่มีการฟ้องร้องว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นคุณค่าพื้นฐานและหลักแห่งความยุติธรรมในรัฐได้หากเป็นเช่นนั้นจริง ก็จะมีองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นเป็นการใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐไม่ได้ประกันความยุติธรรมเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะด้วย ดังนั้นจึงเป็นไปได้เช่นกันที่เรื่องๆ หนึ่ง แม้ไม่ยุติธรรม แต่หากเรื่องนั้นจบสิ้นไปนานแล้ว ระบบกฎหมายก็จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ โดยไม่อนุญาตให้ผู้เกี่ยวข้องนำเรื่องนั้นกลับมาเรียกร้องให้รัฐพิจารณาอีก เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ถ้าไม่มีการพิจารณาใหม่ จะเสียความยุติธรรมอย่างรุนแรง กฎหมายจะกำหนดวิธีการในการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ไว้<sup>52</sup>

<sup>51</sup> สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้ว. หน้า 136.

<sup>52</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 159-160.

### 2.3.2 ความหมายของนิติรัฐ

การกำหนดขอบเขตความหมายของนิติรัฐต้องมีความชัดเจน เนื่องจากความหมายของนิติรัฐมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจและการกำหนดเป้าหมายเพื่อรองรับการวางระบบการปกครองของรัฐ ให้เป็นไปตามความมุ่งหมายที่แท้จริงของหลักการดังกล่าว อันจะส่งผลให้การปกครองของรัฐบรรลุตามวัตถุประสงค์ของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง

หลักนิติรัฐ นั้น มีบุคคลผู้มีชื่อเสียงหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ<sup>53</sup> ได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐ ไว้ว่า หลักการที่รัฐใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของรัฐ และมุ่งพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ โดยรัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในการทำให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าว โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลและจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว นอกจากนี้รัฐไม่ควรจะใช้อำนาจเหนือของรัฐบังคับบุคคลตามแนวจารีตที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล

ศาสตราจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์<sup>54</sup> ได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐ ไว้ว่า รัฐที่ให้การยอมรับและให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎร ไว้ในรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และสิทธิเสรีภาพในทางการเมือง โดยรัฐจะต้องชำระรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐจะต้องให้คำสั่งต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ากราบสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำการดังกล่าวได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>55</sup> ได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐ ไว้ว่า แนวความคิดเรื่องนิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิบทบัญญัติที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ เป็นต้น รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด โดยบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่รัฐ

<sup>53</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.

<sup>54</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2553). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 65.

<sup>55</sup> หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 123-125.

จะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้ มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือ ต้องยอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะมีผลบังคับอยู่เสมอ และโดยการทำมีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้รัฐในฐานะเป็นตัวแทนของราษฎร ไม่ว่าจะป็นรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎร โดยอ้อม เพื่อมาออกกฎหมายแทนตน เท่ากับว่าการที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรเท่านั้น ฉะนั้น นิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

### 2.2.3 สาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

องค์ประกอบของนิติรัฐแต่ละประเภทมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นกลไกขับเคลื่อนหลักนิติรัฐให้ปรากฏผลเป็นรูปธรรม ดังนั้น องค์ประกอบที่เหมาะสมจะมีส่วนช่วยให้วัตถุประสงค์ของหลักนิติรัฐได้รับการนำไปปฏิบัติจริงจึง ทำให้สังคมที่มีระบบการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐบรรลุความมุ่งหมาย ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ซึ่งองค์ประกอบหรือสาระสำคัญของนิติรัฐประกอบด้วยหลักการ ดังนี้

1) การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจต่างๆ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกัน และจะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย<sup>56</sup>

2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการเบื้องต้นเพื่อมิให้อำนาจรวมอยู่ในบุคคลเดียวกันจนเกิดการใช้อำนาจโดยไม่มีการคานและดุลกัน อันจะเป็นการเปิดช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ง่าย<sup>57</sup> และถือเป็นหลักการสำคัญในการจัดโครงสร้างและภารกิจในรัฐที่ปกครองโดยถือเอากฎหมายและความยุติธรรมเป็นใหญ่หรือนิติรัฐ หลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้มุ่งหมายที่จะนำเอาอำนาจรัฐมาแบ่งแยกเป็นส่วนๆ แต่มุ่งหมายที่จะแบ่งแยกการใช้อำนาจของรัฐ โดยกระจายอำนาจของรัฐ ไปให้องค์กรของรัฐหลายๆ องค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐดังกล่าว การแบ่งแยกอำนาจรัฐตามหลักการนี้เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลายประการ ประการที่หนึ่ง การแบ่งแยกอำนาจรัฐไปให้องค์กรแต่ละองค์กรที่แตกต่างกันเป็นผู้ใช้อำนาจ ย่อมจะทำให้ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจรัฐแต่เพียงองค์กรเดียว ผลจากการนี้ย่อมทำให้เกิดการคานและคานอำนาจกันระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต่างๆ การที่ไม่มีองค์กรใดขององค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแต่เพียงองค์กรเดียวย่อมจะช่วยให้การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นไปได้ง่ายขึ้น อนึ่งพึงเข้าใจว่าการแบ่งแยกการใช้อำนาจรัฐในที่นี้หมายรวมถึงการจำกัดอำนาจขององค์กรของรัฐ

<sup>56</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระราชการ พิมพ์. หน้า 26.

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.



ตลอดจนการให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรมีอำนาจยับยั้งอำนาจขององค์กรอื่น ควบคุมตรวจสอบ การใช้อำนาจของรัฐแต่ละองค์กรมีอำนาจยับยั้งอำนาจขององค์กรอื่น และควบคุมตรวจสอบการใช้ อำนาจขององค์กรอื่นด้วย ประการที่สอง การแบ่งแยกอำนาจรัฐไปให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรเป็น ผู้ใช้ย่อมมีผลเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเนื่องจากเปิดโอกาสให้บุคคล ต่างๆ ในสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐในองค์กรต่างๆ ประการที่สาม การแบ่งแยกอำนาจ รัฐไปให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้ย่อมช่วยส่งเสริมให้เกิดความเชี่ยวชาญในภารกิจของ รัฐแต่ละด้าน เพราะบุคคลที่ทำหน้าที่ในองค์กรของรัฐแต่ละองค์กรนั้นยังมีความเชี่ยวชาญในงาน ของตน ซึ่งจะทำให้ภารกิจของรัฐสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี<sup>58</sup>

หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยก อำนาจในแง่ความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขต ภาระหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ และการแบ่งแยกอำนาจใน แง่ของตัวบุคคล ซึ่งเรียกร่องให้ภาระหน้าที่ของรัฐมีการแบ่งแยกกันนั้น ต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง อันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการ กำหนดให้องค์กรอื่นๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจนั้น หรือการให้มี สิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจ ตามภารกิจ และในแง่ของตัวบุคคล กรณีนี้จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ ในการ ยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้ จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความ ค้ำจุนคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ<sup>59</sup>

3) การมีกฎหมายที่ดี อันจะเกี่ยวข้องทั้งในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระ ของกฎหมาย<sup>60</sup>

(1) ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายโดยทั่วไปเห็นตรงกันว่ากฎหมายต้อง มีความชัดเจน เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตามได้ถูกต้องตามกฎหมาย ได้หรือสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้อง นอกจากนั้น กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง การเปลี่ยนแปลง กฎหมายบ่อยเกินไปย่อมจะก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามควร ความแน่นอนมั่นคงของกฎหมายนี้จะมีผล

<sup>58</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โครงการ ตำราและเอกสารการประกอบสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 149.

<sup>59</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 22-23.

<sup>60</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 27

สืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วย หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ เช่น สิทธิที่เกิดจากคำสั่งของฝ่ายปกครองก็จะมีหลักให้มีความแน่นอน โดยบุคคลทุกคนต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะออกโดยขัดกฎหมาย (เว้นแต่กรณีเป็น โฆษะ) แต่อาจไปฟ้องเพิกถอนในภายหลังได้ ซึ่งจะมีผลสืบทอดไปอีกช่วงว่าหากมีคำสั่งทางปกครองใดให้ประโยชน์แก่บุคคล และบุคคลเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของสิทธิในประโยชน์นั้น กฎหมายก็ต้องเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวตามสมควร<sup>61</sup>

อนึ่ง หากพิจารณาจากแนวคิดข้างต้น ในการตัดสินใจในเรื่องใดๆ ก็ตามรัฐที่เป็นนิติรัฐจะต้องเคารพหลักความชัดเจนแน่นอน ราษฎรย่อมต้องมีสิทธิที่จะรู้ว่ารัฐต้องการให้ตนกระทำหรืองดเว้นกระทำอะไร ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกำหนดโทษในทางอาญา กฎหมายนั้นต้องชัดเจนแน่นอนพอที่จะให้ราษฎรรู้ว่าการกระทำแบบใดที่รัฐจะลงโทษอาญา ตามหลักที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยปราศจากกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน” สำหรับกฎหมายลักษณะอื่นนั้นก็เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม พึงเข้าใจว่าความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายมีหลายระดับ หลักนิติรัฐเพียงแต่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนตามสภาพของเรื่อง ซึ่งต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริง กรอบทางภาษาและวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายประกอบกัน แม้กระนั้นก็มีหลักสำคัญอยู่ประการหนึ่ง ยิงการตรากฎหมายก้าวล่วงไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมากเท่าใด ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้นเท่านั้น<sup>62</sup>

(2) ในแง่ทางสาระของกฎหมาย ย่อมเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายมีขึ้นเพื่อความดีของสังคม และความดีนั้นย่อมทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์ และการปฏิบัติที่เป็นธรรมความเป็นธรรมในสาระนี้จึงสะท้อนถึงความคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอมิให้ต้องเสียเปรียบหรือมิให้โอกาส โดยความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมสร้างความเหลื่อมล้ำแก่ผู้ที่มีโอกาสน้อยกว่าจนเกิดความไม่เป็นธรรม แนวคิดที่จะให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย เศรษฐกิจ และสังคมนั้น จึงย่อมเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย<sup>63</sup>

4) ความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ในการปกครองฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน ดังนั้น ในการใช้อำนาจใดๆ ต่อเอกชน รัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลง เพื่อให้การเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายที่

<sup>61</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 27.

<sup>62</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). อ้างแล้ว. หน้า 167.

<sup>63</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 27.

สืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วย หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ เช่น สิทธิที่เกิดจากคำสั่งของฝ่ายปกครองก็จะมีหลักให้มีความแน่นอน โดยบุคคลทุกคนต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะออกโดยขัดกฎหมาย (เว้นแต่กรณีเป็น โฆษะ) แต่อาจไปฟ้องเพิกถอนในภายหลังได้ ซึ่งจะมีผลสืบต่อไปอีกช่วงว่าหากมีคำสั่งทางปกครองใดให้ประโยชน์แก่บุคคล และบุคคลเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของสิทธิในประโยชน์นั้น กฎหมายก็ต้องเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวตามสมควร<sup>61</sup>

อนึ่ง หากพิจารณาจากแนวคิดข้างต้น ในการตัดสินใจในเรื่องใดๆ ก็ตามรัฐที่เป็นนิติรัฐจะต้องเคารพหลักความชัดเจนแน่นอน ราษฎรย่อมต้องมีสิทธิที่จะรู้ว่ารัฐต้องการให้ตนกระทำหรืองดเว้นกระทำอะไร ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกำหนดโทษในทางอาญา กฎหมายนั้นต้องชัดเจนแน่นอนพอที่จะให้ราษฎรรู้ว่าการกระทำแบบใดที่รัฐจะลงโทษอาญา ตามหลักที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยปราศจากกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน” สำหรับกฎหมายลักษณะอื่นนั้นก็เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม พึงเข้าใจว่าความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายมีหลายระดับ หลักนิติรัฐเพียงแต่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนตามสภาพของเรื่อง ซึ่งต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริง กรอบทางภาษาและวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายประกอบกัน แม้กระนั้นก็มีหลักสำคัญอยู่ประการหนึ่ง ยิ่งการตรากฎหมายก้าวล่วงไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมากเท่าใด ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้นเท่านั้น<sup>62</sup>

(2) ในแง่ทางสาระของกฎหมาย ย่อมเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายมีขึ้นเพื่อความดีของสังคม และความดีนั้นย่อมทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์ และการปฏิบัติที่เป็นธรรม ความเป็นธรรมในสาระนี้จึงสะท้อนถึงความคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอมิให้ต้องเสียเปรียบหรือมิให้โอกาสโดยความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมสร้างความเหลื่อมล้ำแก่ผู้ที่มีโอกาสน้อยกว่าจนเกิดความไม่เป็นธรรม แนวคิดที่จะให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย เศรษฐกิจ และสังคมนั้น จึงย่อมเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย<sup>63</sup>

4) ความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ในการปกครองฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน ดังนั้น ในการใช้อำนาจใดๆ ต่อเอกชน รัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลง เพื่อให้การเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายที่

<sup>61</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 27.

<sup>62</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). อ้างแล้ว. หน้า 167.

<sup>63</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 27.

เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งในการนี้จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบทางกฎหมายและการตรวจสอบทางการเมืองตามลักษณะที่เหมาะสม<sup>64</sup> ทั้งนี้ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง คือ หลักความมาก่อนของกฎหมายและหลักเงื่อนไขของกฎหมาย ดังนี้<sup>65</sup>

(1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธรว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>66</sup>

(2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องในทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว<sup>67</sup>

5) ความรับผิดชอบของรัฐ ประชากรรัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่การดำเนินงานของรัฐ และในกรณีที่เป็นอาจถูกเกณฑ์แรงงานหรือทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติมตามความจำเป็นของรัฐ แต่ก็ตั้งอยู่บนฐานของความเท่าเทียมกันความสามารถที่จะเสียสละส่วนนี้ได้ มิใช่ผู้ใดจะต้องสูญเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น ดังนั้น ในกรณีที่รัฐ (โดยเจ้าหน้าที่) ก่อให้เอกชนคนใดเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่หรือในการรักษาประโยชน์มหาชนอันใดที่จำต้องทำให้เอกชนคนใดเสียหาย รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายให้ตามที่เป็นธรรมในภาวะที่อยู่ร่วมกันเป็นประชารัฐ<sup>68</sup>

6) การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร นอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิถีทางการเมืองแล้ว เมื่อยอมรับว่าการใช้อำนาจทุกประเภท

<sup>64</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 27.

<sup>65</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 25.

<sup>66</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 25.

<sup>67</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 25.

<sup>68</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 27.

จะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กรอิสระเพื่อให้มั่นใจว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายจริง การฟ้องคดีต่อศาลในกรณีที่เห็นว่ามีการใช้อำนาจผิดกฎหมาย จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสังคมที่ยึดหลักนิติรัฐ หากรัฐสภาตรากฎหมายโดยผิดหลักเกณฑ์ตามหลักรัฐธรรมนูญ ก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดกฎหมายก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้ แต่ศาลใดจะมีอำนาจพิจารณาคดีใดจะต้องจัดตั้งตามความเหมาะสมตามความชำนาญเฉพาะด้าน และในขณะที่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลก็ต้องเป็นไปตามข้อจำกัดโดยสภาพองค์กรศาลที่จะพิจารณาได้ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่เป็นประเด็นข้อพิพาทมิใช่พิจารณาเรื่องสมมติที่มีได้มีการพิพาทจริงจึงต้องหาข้อยุติให้ และในการตีความสร้างหลักกฎหมายเสริมช่องว่างในกฎหมาย ศาลก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายทั่วไปอย่างมีเหตุมีผล มิใช่จะวางหลักอะไรตามใจชอบ และต้องไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาทบทวนในเรื่องนโยบายหรือดุลพินิจในความคิดชอบขององค์กรอื่น โดยศาลจะต้องตรวจสอบภายในขอบเขตของความถูกต้องทางกฎหมายเท่านั้น ความเหมาะสม หรือ ของการดำเนินการนั้น เป็นความรับผิดชอบขององค์กรผู้ใช้อำนาจนั้น โดยตรงที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชา ผู้รับผิดชอบในทางการเมืองและประชาชนจึงอยู่นอกขอบเขตการตรวจสอบของศาล<sup>69</sup>

อนึ่งการมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลนั้น ต้องอยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งหลักนี้มีความหมายว่าการควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารก็ดี ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ดี อาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อย่างไรก็ตามองค์กรตุลาการนั้น ๆ จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และมีกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยเป็นธรรมรับฟังคู่ความและใช้เหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาด<sup>70</sup>

<sup>69</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 28.

<sup>70</sup> สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้ว. หน้า 137.

นอกจากนั้น หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งแยกได้เป็นดังนี้<sup>71</sup>

(1) ความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ เป็นการคุ้มครองการทำภาระหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งหลาย หลักความอิสระในการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษามีได้คุ้มครองผู้พิพากษาเฉพาะต่อการแทรกแซงจากองค์กรใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่นเท่านั้น หากแต่ยังคุ้มครองผู้พิพากษาจากการแทรกแซงโดยทางอ้อมด้วย ซึ่งอาจมีผลต่อการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ทั้งนี้ เพราะผู้พิพากษาข่มขู่ตนเองเฉพาะภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น<sup>72</sup>

(2) ความอิสระในทางองค์กร หรือความเป็นอิสระในการจัดองค์กรของศาล ความอิสระขององค์กรตุลาการมีผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหมายความว่า อำนาจตุลาการก็ดี ศาลก็ดี หรือผู้พิพากษาก็จะต้องไม่อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่น ไม่ว่าจะโดยข้อเท็จจริงหรือในทางกฎหมายก็ตาม นอกจากนี้ ยังมีความอิสระในทางส่วนบุคคล หมายความว่า โดยหลักแล้วการถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล ความอิสระในทางส่วนบุคคลมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการของผู้พิพากษา ซึ่งการก่อให้เกิดผลกระทบต่อความอิสระของผู้พิพากษาดังเช่นกัน หากผู้พิพากษาที่วินิจฉัยคดีนั้นกลัวว่าหากวินิจฉัยในทางใดทางหนึ่งแล้วจะเกิดผลกระทบต่อสถานะในทางตำแหน่งของผู้พิพากษา<sup>73</sup>

7) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพ พื้นฐานของเอกชน เป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองเป็นประชาธิปไตย การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น<sup>74</sup> โดยสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้เป็นสิทธิซึ่งติดตัวมนุษย์แต่ละคน ซึ่งไม่มีใครสามารถพรากจากมนุษย์แต่ละคนได้ เป็นสิทธิของมนุษย์เอง มิใช่สิทธิที่รัฐมอบให้ สิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชนทั่วไป และสิทธิพลเมือง สิทธิมนุษยชนทั่วไปเป็นสิทธิในฐานะมนุษย์ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในครอบครัวสิทธิ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ส่วนสิทธิพลเมืองนั้น หมายถึง สิทธิในการ

<sup>71</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 28-29.

<sup>72</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 29.

<sup>73</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 29.

<sup>74</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 28.

เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะรวมตัวกัน เป็นกลุ่มเป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมือง รวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียง เลือกตั้ง และสมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น ในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญ ของรัฐนั้นจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ด้วย แต่การที่รัฐยอมรับรอง และให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้หมายความว่า รัฐจะยอมรับรอง ราษฎรใช้เสรีภาพของตนกระทำการต่างๆ ได้ โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ จากเจ้าหน้าที่รัฐ เนื่องจากรัฐมีผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะที่จะต้องธำรงรักษา ในการ ธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะนี้ รัฐจำต้องบังคับให้ราษฎร กระทำการหรือละเว้นไม่กระทำบางอย่าง เจ้าหน้าที่รัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพของราษฎร ได้บ้างเหมือนกัน แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่จะกล้าทรยศหรือรุกรานสิทธิเสรีภาพของ ราษฎร ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นการทั่วไปและออกบังคับใช้ล่วงหน้าให้รัฐ รุกล้ำ หรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร แต่กฎหมายจะ ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่กล้าทรยศหรือรุกรานสิทธิเสรีภาพของราษฎร ได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็น แก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิให้แก่คนทุกคนอย่างเท่าเทียม กันเท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในอันที่จะล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่ง สิทธิเสรีภาพของราษฎรอย่างคลุมเครือก็ถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะก็ตี ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือขัดกับหลักนิติรัฐ<sup>75</sup>

นอกจากนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อาจกล่าวได้ว่า ศาลเป็นที่พึ่ง สุดท้ายของประชาชน หมายความว่า ศาลเป็นองค์กรสุดท้ายที่ประชาชนมีโอกาสให้เข้ามาตัดสิน ปัญหาที่ตามลำดับของการใช้อำนาจ แต่มิใช่ศาลเป็นองค์กรเดียวที่พิทักษ์เสรีภาพของประชาชน อนึ่งตามความเป็นจริง ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนั้นทั้งสมาชิกรัฐสภาและ รัฐบาลต่างคำนึงถึงอย่างมากถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก่อนแล้ว และปัญหา ส่วนใหญ่ก็ได้ขจัดไปแล้วตั้งแต่ขณะนั้น (ถ้าเป็นรัฐสภาที่ดีและรัฐบาลที่ดี) เฉพาะปัญหายุ่งยากที่ เห็นไม่ตรงกัน หรือปัญหาที่เกิดขึ้นโดยความดีร้ายในอคติต่างๆ เท่านั้น ทำให้จำต้องมีคดีขึ้นสู่ศาล โดยสรุปทุกองค์กรที่ดีของรัฐต่างมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนต้องไม่ถูกลิดรอนโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยไม่มีเหตุอันสมควรอย่างเป็นทางการ เพียงแต่ บทบาทและช่วงเวลาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ของผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจ บริหาร อำนาจตุลาการจะแตกต่างกันเท่านั้น มิใช่ว่าองค์กรใดจะมีความดีเหลือองค์กรใดเพียง องค์กรเดียว จากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนทำให้มีหลักกฎหมายสำคัญ

<sup>75</sup> สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้ว. หน้า 133-134.

ตามมาอีกหลายประการ เช่น หลักความเสมอภาคในทางกฎหมาย หลักความได้สัดส่วนของการใช้อำนาจ หลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังให้เป็นโทษแก่บุคคล ฯลฯ ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนนี้ย่อมจะพัฒนาขอบเขตที่เหมาะสมของสังคมในแต่ละกาลสมัย<sup>76</sup>

## 2.4 หลักภารกิจของรัฐ

การศึกษาเรื่องภารกิจของรัฐจะช่วยให้มีการเข้าใจลักษณะการกระทำและการจัดระเบียบองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อดำเนินให้บรรลุภารกิจหรือจุดประสงค์ของรัฐ อย่างไรก็ตามรัฐแต่ละรัฐอาจมีภารกิจที่แตกต่างกันรัฐจึงต้องมีหน้าที่ในการกำหนดมาตรการของรัฐเพื่อให้ดำเนินการตามภารกิจหน้าที่ให้ประสบความสำเร็จและเกิดผลที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนมากที่สุดย่อมจะเห็นได้ว่ารัฐมีภารกิจดังต่อไปนี้

### 2.4.1 ความหมายของภารกิจของรัฐ

การศึกษาเรื่องภารกิจของรัฐจะช่วยให้มีการเข้าใจลักษณะการกระทำและการจัดระเบียบองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อดำเนินให้บรรลุภารกิจหรือจุดประสงค์ของรัฐ แต่ในทางทฤษฎีมีแนวคิดแตกต่างกันในการพิจารณาภารกิจของรัฐ กล่าวคือแนวคิดหนึ่งเห็นว่า รัฐนั้นเกิดขึ้นและมีชีวิตดำรงอยู่ในตัวเอง ไม่มีจุดประสงค์หรือภารกิจอะไรเป็นพิเศษ แต่มีแนวความคิดอีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่ารัฐนั้นเป็นสิ่งที่มิจุดประสงค์ เพราะรัฐเกิดขึ้นจากการรวมตัวของกลุ่มมนุษย์เพื่อสนองความต้องการร่วมกันของสังคมมนุษย์ที่เรียกว่า “Common Good” หรือประโยชน์สุขของมหาชน (Public Interest) สำหรับแนวคิดที่เสนอว่ารัฐมีจุดประสงค์บางอย่างนั้น อาจศึกษาได้จากข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ หรือศึกษาวิเคราะห์ในทางทฤษฎี<sup>77</sup>

การศึกษาภารกิจของรัฐในทางทฤษฎีนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 แนว คือ ทฤษฎีสัมบูรณ์ (Absolute theory) และทฤษฎีสัมพัทธ์ (Relative theory)

ทฤษฎีสัมบูรณ์ เห็นว่า ภารกิจของรัฐมีอยู่ประการเดียวและไม่เปลี่ยนแปลงด้วย เช่น ทฤษฎีแนวเสรีนิยมจะเน้นภารกิจในการให้ความปลอดภัยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งนำไปสู่รูปแบบของรัฐที่เรียกว่า “นิติรัฐ (Rechtsstaat)” หรือ “รัฐคนเฝ้ายาม” แต่ถ้าเป็นทฤษฎีเผด็จการจะเน้นภารกิจการใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม โดยไม่สนใจสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน รัฐตามแนวความคิดนี้เน้นการขยายอำนาจรัฐ มิใช่จำกัดอำนาจรัฐทั้งนี้เพื่อประสิทธิภาพ

<sup>76</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 29.

<sup>77</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2556). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 137.



ในการรักษาประโยชน์ส่วนรวมซึ่งนำไปสู่รูปแบบของรัฐที่เรียกว่า “รัฐตำรวจ (Police State)” ส่วนทฤษฎีสัมพัทธ์ เห็นว่า รัฐมีภารกิจได้หลายอย่างและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย<sup>78</sup>

#### 2.4.2 ประเภทภารกิจของหลักภารกิจของรัฐ

ในที่นี้แยกภารกิจของรัฐสมัยใหม่ออกเป็นภารกิจที่รัฐทุกรัฐจำเป็นต้องกระทำเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐ ภารกิจนี้จึงเป็นภารกิจที่เน้นสาระสำคัญของความเป็นรัฐที่เรียกว่า “ภารกิจพื้นฐาน” และภารกิจที่รัฐอาจจะทำก็ได้หรือไม่กระทำก็ได้เรียกว่า “ภารกิจลำดับรอง”

##### 2.4.2.1 ภารกิจหลักของรัฐ

ภารกิจหลักของรัฐหรือภารกิจพื้นฐานของรัฐ หมายถึง ภารกิจที่รัฐดำรงชีวิตอยู่ได้ ไม่ถูกทำลายหรือสูญสลายไปเรียกว่าความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ<sup>79</sup> ภารกิจเช่นว่านี้เป็นอำนาจผูกขาดของรัฐที่ผู้ปกครองใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ภารกิจขั้นพื้นฐานของรัฐนี้มีอยู่ 4 ประการ<sup>80</sup>

1) อำนาจผูกขาดในการใช้กำลังบังคับ (หรือหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ)การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและความปลอดภัยของรัฐ ภารกิจนี้เป็นภารกิจดั้งเดิม เพื่อให้ภารกิจดังกล่าวบรรลุผลจึงจำเป็นที่ระบบกฎหมายจะต้องกำหนดให้รัฐเป็นผู้ผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพ การผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยภายในนั้นในอีกด้านหนึ่งก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ปัจเจกบุคคลในการที่จะไม่ใช้กำลังทางกายภาพในการบังคับการตามสิทธิของตนด้วยตนเอง เพราะหากปัจเจกบุคคลบังคับการตามสิ่งที่บุคคลเห็นว่าถูกต้องแล้ว นอกจากนี้รัฐยังผูกขาดการใช้กำลังทหารในการป้องกันบูรณภาพแห่งดินแดนอีกด้วย<sup>81</sup> หน้าที่ในการป้องกันประเทศจากการรุกรานภายนอกเป็นของกองทัพและทหารซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐบาลและนักการเมืองที่เป็นพลเมือง

ในประเทศที่อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ หน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศเป็นของตำรวจ นั้นรวมทั้งการป้องกันและปราบปรามการใช้กำลังบังคับเช่นว่านี้เป็นอำนาจของ “ผู้ปกครอง” ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนของกฎหมาย

2) อำนาจผูกขาดในการอำนวยความยุติธรรม (หรือหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี) การชำระไว้ซึ่งระบบกฎหมายนั้นเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ศาลมีหน้าที่บอกไว้ว่า

<sup>78</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 137-138.

<sup>79</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2556). อ้างแล้ว. หน้า 138.

<sup>80</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 212.

<sup>81</sup> วรเจตน์ ภากิรัตน์. (2557). อ้างแล้ว. หน้า 75.

กฎหมายกำหนดไว้อย่างไร ในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้นการอำนวยความสะดวกจึงเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งรัฐไม่อาจปล่อยให้เอกชนตัดสินใจปัญหาข้อพิพาทกันเอง แต่จะต้องอาศัยวิถีทางตามกฎหมายในการระงับหรือตัดสินข้อพิพาทโดยการนำคดีขึ้นสู่ศาล<sup>82</sup>

3) อำนาจผูกขาดในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (หรือหน้าที่ทางการทูต) ภารกิจด้านการต่างประเทศนั้น ก็เป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ของรัฐเช่นเดียวกัน เพราะหากรัฐใดมีความสัมพันธ์ทางการทูตที่ดีกับนานาประเทศ รัฐนั้นย่อมมีความมั่นคงและปลอดภัย เพราะหากศัตรูมารุกราน ภารกิจด้านนี้หน่วยงานที่รับผิดชอบก็คือกระทรวงการต่างประเทศ โดยต้องดำเนินงานด้านการทูตเพื่อเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศต่างๆ รวมทั้งการสมัครเข้าเป็นสมาชิกองค์การระหว่างประเทศ หรือรวมกลุ่มระดับภูมิภาค หรือสร้างความเข้มแข็งหรือความเจริญมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ<sup>83</sup> รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีอำนาจออกกฎหมายอย่างเต็มที่ที่จะผูกพันตน โดยการทำสนธิสัญญาข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐอื่น<sup>84</sup>

ดังนั้นรัฐจึงทรงไว้ซึ่งอำนาจในทางการทูต ตลอดจนความสามารถในการทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศหรือยิ่งไปกว่านั้นก็ถือเป็นองค์การเหนือรัฐ เพื่อสร้างสันติสุขในระดับภูมิภาคอันเป็นการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยของรัฐอีกทางหนึ่งด้วย<sup>85</sup>

4) อำนาจผูกขาดในด้านเงินตราและการคลัง (หรือหน้าที่ทางงบประมาณ) ความสำคัญของเงินตราในฐานะที่เป็นสัญลักษณ์ของอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นที่ประจักษ์กันอยู่แล้ว โดยสิทธิในการกำหนดเงินตราในการพิมพ์ธนบัตรขึ้นใช้ในประเทศนั้นเป็นสิทธิของรัฐมาแต่ไหนแต่ไร การแสดงออกถึงอำนาจผูกขาดของการคลังสาธารณะ ก็คือการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐ ซึ่งจะต้องมีการจัดทำประมาณการรายจ่ายและรายรับที่จำเป็นต่อการปฏิบัติงานของรัฐและมีการอนุมัติโดยการลงมติของรัฐสภา

หน้าที่ทางงบประมาณนี้มีความสำคัญทางการเมือง โดยรัฐสภาได้ต่อรองและได้รับอำนาจนี้มาจากพระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งต้องยอมรับว่าจะจัดเก็บภาษีจากประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนราษฎรก่อน

<sup>82</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). อ้างแล้ว. หน้า 212-213.

<sup>83</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2556). อ้างแล้ว. หน้า 138.

<sup>84</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). อ้างแล้ว. หน้า 213.

<sup>85</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2557). อ้างแล้ว. หน้า 75.

#### 2.4.2.2 การกล่าวดำรงของรัฐ

ภารกิจของรัฐ หมายถึง ภารกิจที่จะทำให้ชีวิตมีความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น หรือได้มาตรฐานขั้นต่ำในฐานะเป็นมนุษย์ เป็นภารกิจด้านทำนุบำรุงชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน ให้กินคืออยู่จึงเป็นงานด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของรัฐนั่นเอง<sup>66</sup> โดยรัฐอาจทำด้วยตนเอง หรือไม่ก็ได้ รัฐอาจมอบหมายให้ปัจเจกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำ ถึงแม้ภารกิจรองจะมีความสำคัญในทางปฏิบัติก็ตาม แต่ก็ไม่ถือว่าภารกิจของรัฐเป็นเงื่อนไขของอำนาจอธิปไตยองค์กรอื่นนอกจากรัฐอาจเป็นผู้จัดทำภารกิจของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมได้เช่นกัน<sup>67</sup>

ภารกิจของรัฐแบ่งได้เป็น 2 ประเภท<sup>68</sup> คือ ภารกิจทางสังคมวัฒนธรรม และ ภารกิจด้านเศรษฐกิจ

##### 1) ภารกิจทางสังคมวัฒนธรรม

ภารกิจทางสังคมวัฒนธรรม หมายถึง ภารกิจด้านการศึกษา ได้แก่ จัดตั้งสถานศึกษา ระดับต่างๆ ด้านสาธารณสุข ได้แก่ การดูแลสุขภาพอนามัยของประชาชน ตั้งแต่เรื่องอาหารการกินอยู่ การรักษาพยาบาล โดยจัดให้มีสถานพยาบาลรูปแบบต่างๆ ตลอดจนการส่งเสริมการศึกษา การพักผ่อนหย่อนใจโดยการจัดตั้งสวนสาธารณะ เป็นต้น ภารกิจด้านศิลปวัฒนธรรม ได้แก่ การส่งเสริมและอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรมของชาติ รวมทั้งการสนับสนุนส่งเสริมศิลปะการแสดงต่างๆ อันเป็นสมบัติของชนชาติ นอกจากนั้นยังมีภารกิจด้านสังคมสงเคราะห์ ด้านแรงงานและสวัสดิการสังคม เป็นต้น<sup>69</sup>

##### 2) ภารกิจด้านเศรษฐกิจ

ภารกิจทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ด้านอุตสาหกรรม ได้แก่ การเหมืองแร่ การป่าไม้ การผลิตอาหารสำเร็จรูป การผลิตพลังงาน การสุรา การยาสูบ โรงงานน้ำตาล โรงงานทอผ้า ฯลฯ และส่วนด้านพาณิชยกรรม ได้แก่ การเดินรถไฟ การไปรษณีย์โทรเลข การโทรศัพท์ การบินภายในและระหว่างประเทศ ฯลฯ เป็นต้น

<sup>66</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2556). อ้างแล้ว. หน้า 138.

<sup>67</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). อ้างแล้ว. หน้า 212-213.

<sup>68</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2556). อ้างแล้ว. หน้า 140.

<sup>69</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2556). อ้างแล้ว. หน้า 139.

## 2.5 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะถูกบังคับว่าจะต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในทางปฏิบัติก็มีหลายกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะนำเอากฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความเหมาะสมในการดำเนินงาน อิสระที่ว่านี้คือ อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง<sup>90</sup>

### 2.5.1 ความหมายของอำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจ หมายความว่า การที่กฎหมายซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ให้อำนาจอิสระแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่นั้นได้ตามที่เห็นสมควร เช่น อำนาจที่อนุญาต หรือไม่อนุญาตให้เอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย เป็นต้น<sup>91</sup> ถ้าฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ศาลจะก้าวเข้ามาวินิจฉัยแทนมิได้ เพราะตรงนั้นเป็นอำนาจ โดยแท้ของฝ่ายปกครอง ซึ่งตามหลักนิติรัฐ ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจโดยอิสระมิได้ และดุลพินิจจะเกิดขึ้นก็ได้แต่โดยในขอบเขตของกฎหมาย ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง อาจเทียบได้กับดุลพินิจในการลงโทษของศาล เช่น กฎหมายให้อำนาจศาลในการลงโทษจำคุกจำเลย 1-3 ปี ศาลอาจจะใช้ดุลพินิจลงโทษ 1 ปี ก็ได้ 2 ปี ก็ได้ หรือ 3 ปี ก็ได้<sup>92</sup>

### 2.5.2 ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย (ดุลพินิจตัดสินใจ)

หากพิจารณาโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองดำเนินการ เราจะพบว่า องค์กมนิติบัญญัติจะกำหนดองค์ประกอบส่วนเหตุอันเป็นเงื่อนไขของผลในทางกฎหมายไว้ และเมื่อองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถเลือกผลในทางกฎหมายที่องค์กมนิติบัญญัติกำหนดไว้ได้ เราเรียกดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ปรากฏอยู่ในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้ว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” ผลในทางกฎหมายที่กำหนดไว้อันเป็นดุลพินิจตัดสินใจนี้มี 2 กรณีใหญ่ๆ<sup>93</sup> คือ

<sup>90</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2557). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 314.

<sup>91</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2538). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 183.

<sup>92</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2546). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 48-49.

<sup>93</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 49-50.

1) กรณีที่เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้ว องค์การปกครองมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะดำเนินการหรือไม่ (ดุลพินิจตัดสินใจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ)

2) กรณีที่เมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้วและองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจที่จะดำเนินการองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกดำเนินการตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งในบรรดาที่มาตรการหลายมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ (ดุลพินิจตัดสินใจเลือกวิธีดำเนินการ)

**2.5.3 ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงกับปัญหาการยอมรับดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (ดุลพินิจวินิจฉัย)**

อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนประกอบส่วนเหตุ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ดุลพินิจวินิจฉัยอันเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ในกรณีฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง<sup>94</sup>

#### 2.5.4 ขอบเขตของการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง: การตรวจสอบโดยศาล

การควบคุมการใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องที่ประเทศต่างๆ ในระบบเสรีประชาธิปไตยให้ความสำคัญโดยแต่ละประเทศอาจจะใช้เทคนิคทางกฎหมายในการควบคุมการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันออกไป โดยอาจเรียกชื่อต่างกันแต่มีผลทางกฎหมายคล้ายกัน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่น การใช้หลักของความผิดพลาดหรือความบกพร่องที่เห็นประจักษ์ หรือแจ้งชัด หรือตามหลักความได้สัดส่วนของศาลปกครองฝรั่งเศส หรือหลักกฎหมายอเมริกันที่ว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องมีเหตุผลหรือหลักสมเหตุสมผล โดยศาลแต่ละประเทศวินิจฉัยข้อเท็จจริงแต่ละกรณีเป็นเรื่องราวๆ ไป<sup>95</sup>

องค์กรศาลที่จะมาควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะควบคุมได้กรณีดังต่อไปนี้<sup>96</sup>

1) มิให้ใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้

<sup>94</sup> วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์ และ เจตน์ สดาวรศิลป์พร. (2551). *ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 66-67.

<sup>95</sup> ฤทัย หงษ์ศิริ. (2552). *คู่มือการศึกษาวิชา กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 327-328.

<sup>96</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 55-56.

2) ถ้ากฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจแต่เจ้าหน้าที่ไม่ใช้ก็ผิดเหมือนกัน เช่น ให้คำนึงถึงความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง แต่เจ้าหน้าที่ไม่คำนึงถึงแล้วออกคำสั่งไปเลย ดังนี้ก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) ใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน เพราะตนเองมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสีย หรือมีอคติ

### 2.5.5 หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

หลักกฎหมายที่มีบทบาทในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีอยู่ด้วยกันหลายหลักกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 2.5.5.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร้ององค์กรบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครอง หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>97</sup>

#### 2.5.5.2 หลักการกระทำเกินขอบอำนาจ

หลักการกระทำเกินขอบอำนาจ (Doctrine of Ultra Vires) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด หากฝ่ายปกครองกระทำการใดเกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) ซึ่งไม่มีผลใดๆ (Void) ในทางกฎหมาย โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเท่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้น โดยรัฐสภาเท่านั้น แต่ถ้าฝ่ายปกครองเป็นราชการส่วนกลาง (Central Government) ฝ่ายปกครองก็จะมีอำนาจตรากฎหมายคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์” (Prerogative Powers) อีกช่องทางหนึ่งด้วย ดังนั้นแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในราชการส่วนกลางไว้เป็นการเฉพาะ ฝ่ายปกครองในราชการส่วนกลางก็สามารถกระทำการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่

<sup>97</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2557). อ้างแล้ว. หน้า 166-167.

ของคนได้เป็นการทั่วไปโดยอาศัยพระราชอำนาจของกษัตริย์ ส่วนฝ่ายปกครองในราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรฝ่ายปกครองที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะสามารถกระทำการต่างๆ ได้เพียงเท่าที่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้

#### 2.5.5.3 หลักความสมเหตุสมผล

หลักความสมเหตุสมผล (Principle of Reasonableness) เป็นหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้ ฝ่ายปกครองกระทำใดๆ ที่วิญญูชนไม่พึงกระทำกัน มีปรากฏในคำพิพากษาศาลยุติธรรมอังกฤษ โดยคดีแรกที่นำหลักความสมเหตุสมผลมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้น ในปี ค.ศ. 1598 ได้แก่ เจ้าของที่ดินที่อยู่บริเวณชายฝั่งรับภาระในการซ่อมแซมที่ริมตลิ่งตามที่ตน เห็นสมควร ปรากฏว่าคณะกรรมการได้กำหนดให้เจ้าของที่ดินรายหนึ่งรับภาระในการซ่อมแซมที่ ริมตลิ่งแต่เพียงผู้เดียว ศาลยุติธรรมจึงตัดสินว่าแม้การออกคำสั่งดังกล่าวจะเป็นดุลพินิจ แต่ก็เป็ นการใช้ดุลพินิจที่ไม่สมเหตุสมผล เพราะคณะกรรมการชอบที่จะสั่งให้เจ้าของที่ดินรายอื่นร่วม เข้ารับภาระในการซ่อมแซมที่ริมตลิ่งด้วยโดยการเฉลี่ยให้เท่ากัน

#### 2.5.5.4 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาท ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี โดยมีฐานะ เป็นหลักกฎหมายภายในของหลายประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เครือรัฐออสเตรีย สาธารณรัฐฝรั่งเศส ราชอาณาจักรเบลเยียม รวมถึงสหภาพยุโรป โดยที่หลักความ ได้สัดส่วนมีต้นกำเนิดในปรัสเซีย (Prussia) ซึ่งพัฒนาขึ้นในคดีที่ศาลปกครองสูงสุดปรัสเซีย ควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการ สร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่มุ่งเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำ การให้พอเหมาะพอประมาณกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี ซึ่งหากการใช้อำนาจดุลพินิจโดยของฝ่ายปกครอง ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน การใช้อำนาจนั้นย่อมเป็นการใช้อำนาจที่มีชอบ หลักความได้สัดส่วนนี้ ประกอบด้วยหลักการย่อยๆ ที่สำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

##### 1) หลักความเหมาะสม

หลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งนั้นตามความหมาย แต่เดิมที่ปรากฏในทางค้ำราและคำพิพากษานั้น ได้อธิบายไว้ว่า มาตรการที่เหมาะสม คือ มาตรการ ที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว นั้น เป็นไปด้วยความยากลำบาก ส่วนการอธิบายตามแนวใหม่ซึ่งได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ และ

ความสัมพันธ์ ซึ่ง Pieroth และ Schlink ได้อธิบายว่า ความเหมาะสม หมายความว่าถึง สภาพการณ์ซึ่งรัฐ ได้กระทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ ที่ได้กำหนดไว้<sup>98</sup> โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่า มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม

## 2) หลักความจำเป็น

ความเข้าใจต่อ “หลักความจำเป็น” ในปัจจุบันนี้ ได้รับการอธิบายในเชิงบอกเล่าว่า เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยที่สุดเท่านั้นที่เป็นมาตรการที่จำเป็น ส่วนการอธิบายในเชิงปฏิเสธนั้นอาจอธิบายว่า ความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มี อยู่หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้นหรือผลสำเร็จที่ดีกว่าสามารถจะกระทำโดยวิธีการหรือ มาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุดพิชญ์ ได้กล่าวถึงหลักแห่งความจำเป็นไว้ ดังนี้

“หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลายๆ มาตรการ ซึ่งล้วนแต่ สามารถทำให้เจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้แต่ทว่า แต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายบริหาร ต้องตัดสินใจเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด”<sup>99</sup>

## 3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

โดยทั่วไปแล้วต่างยอมรับกันว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ หลักความได้สัดส่วนในความหมาย อย่างแคบมีหลักการว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่เหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรือหากจะกล่าวในเชิงบอกเล่าอาจกล่าวได้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับ วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

ขอบเขตที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความได้สัดส่วนในความหมาย อย่างแคบนั้นอาจกล่าวได้ว่าอยู่ที่การได้รับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของ บังเจกชน บุคคลจะต้องไม่อยู่นอกเหนือของเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของ สาธารณะที่กำหนดไว้ ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่า ผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยวินิจฉัย

<sup>98</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2557). อ้างแล้ว. หน้า 18.

<sup>99</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. (2543). อ้างแล้ว. หน้า 40.



ไว้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบจนเกินกว่าขอบเขต และผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นการ ยืนยันถึงความสมควร (Angemessenheit) หรือความสมเหตุสมผล (Zumutbarkeit) อันมีความใกล้เคียง อย่างยิ่งกับความหมายของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

#### 2.5.5.5 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรมที่ เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันและต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มี สาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน (The decision-maker should treat like situations alike and different situations differently) กล่าวคือ สิ่งๆ เหมือนกันต้องใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกันพิจารณา สิ่งที่แตกต่างกันต้องใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันพิจารณา จึงจะเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่ส่งเสริมให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่าง เป็นธรรมและปราศจากการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ต่อข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี โดยปกติแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อหลักความเสมอภาคด้วย แม้จะเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ แก่ฝ่ายปกครองก็ตาม ด้วยเหตุนี้ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้ดุลพินิจให้เหมือนกันหากข้อเท็จจริงเฉพาะ กรณีมีสาระสำคัญเหมือนกันและต้องใช้ดุลพินิจให้แตกต่างกันหากข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีดังกล่าวมี สาระสำคัญแตกต่างกัน ด้วยผลของหลักความเสมอภาคยังทำให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อแนวการ ใช้ดุลพินิจในครั้งก่อนๆ ของตน โดยปกติแล้วการเปลี่ยนแปลงแนวการ ใช้ดุลพินิจใหม่นั้นย่อม จะต้องมีความพิเศษ แต่ทว่าแนวการ ใช้ดุลพินิจในครั้งก่อนๆ จะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย จึงจะผูกพันฝ่ายปกครองให้มีหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจตามแนวทางดังกล่าว หลักความเสมอภาคอาจ มองว่าเป็นหลักการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน ในแง่ที่ว่า เป็นหลักที่เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณา ก่อนออกคำสั่งหรือกระทำการทางปกครอง

#### 2.5.5.6 หลักสุจริต

ในขณะที่หลักความชัดเจนของกฎหมายเรียกร้องต่อฝ่ายนิติบัญญัติ แต่หลักความ ค้ำครองความสุจริตเรียกร้องต่อฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวกับการยกเลิก เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ถ้าผู้รับนิติกรรมทาง ปกครองเชื่อโดยสุจริตว่านิติกรรมทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ชั่งน้ำหนัก ระหว่างประโยชน์สาธารณะ ในกรณีที่มีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวกับความสุจริต

ของบุคคลนั้นแล้วเห็นควรที่คุ้มครองบุคคลดังกล่าว กรณีนี้ให้ใช้หลักการความคุ้มครองความสุจริตของผู้รับนิติกรรมทางปกครองเพื่อคุ้มครองบุคคลดังกล่าว<sup>100</sup>

## 2.6 หลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

ในรัฐที่มีพื้นที่ขนาดใหญ่ มีประชาชนที่มีความหลากหลายในความต้องการสาธารณะที่แตกต่างกัน การใช้หลักการรวมอำนาจปกครองอาจไม่สามารถสนองตอบความต้องการของประชาชนได้แต่ละพื้นที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผล

หลักการกระจายอำนาจเป็นวิธีการที่รัฐจะมอบอำนาจทางปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์การราชการบริหารส่วนกลางในการจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีอิสระตามสมควร ไม่ต้องขึ้นอยู่กับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง เพียงแต่ขึ้นอยู่กับความควบคุมเท่านั้นหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือรัฐมอบหน้าที่บางอย่างในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินงานอยู่ในท้องถิ่น ให้ท้องถิ่นหรือองค์การอันมิได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์การ ในราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินการด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นหรือขององค์การนั่นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมดูแลเท่านั้น ไม่ได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ<sup>101</sup>

### 2.6.1 ความหมายของการกระจายอำนาจทางปกครอง

หลักการกระจายอำนาจทางปกครอง หมายถึง หลักการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของหน่วยการบริหารราชการส่วนกลาง ให้ไปจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีอิสระตามสมควร เป็นการมอบอำนาจให้ทั้งในด้านการเมืองและการบริหาร เป็นเรื่องที่ท้องถิ่นมีอำนาจที่จะกำหนดนโยบายและควบคุมการปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายท้องถิ่นของตนเองได้<sup>102</sup>

การกระจายอำนาจทางปกครองเป็นอีกวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์การของส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการ

<sup>100</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 26.

<sup>101</sup> ประยูร กาญจนตุล. อ้างแล้ว. หน้า 183.

<sup>102</sup> โกวิทช์ พวงงาม. (2552). การปกครองท้องถิ่นไทย หลักการและมติใหม่ในอนาคต (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 36.

สาธารณะบางอย่างโดยให้มีความเป็นอิสระในการดำเนินการและไม่อยู่ในการบังคับบัญชาของส่วนกลาง แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง<sup>103</sup>

หลักการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของหน่วยการบริหารราชการส่วนกลางให้ไปจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีอิสระพอสมควรเป็นการมอบอำนาจให้ทั้งในด้านการเมืองและด้านบริหาร เป็นเรื่องที่ท้องถิ่นมีอำนาจที่จะกำหนดนโยบายและควบคุมการปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายท้องถิ่นของตนเองได้

การกระจายอำนาจเป็นการแบ่งภารกิจของรัฐให้เล็กลง และมอบอำนาจให้ผู้รับมอบสามารถใช้ดุลพินิจอิสระในการบริหารในขอบเขตที่มอบหมายได้ โดยมีนโยบาย มีบุคลากร มีเงิน และทรัพย์สินของตนเอง ทำให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ และมองเห็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นได้ง่ายเพราะขนาดข้อมูลและพื้นที่เล็กลง ทำให้การตัดสินใจแก้ปัญหาง่ายขึ้น มีประสิทธิภาพมากขึ้น และถ้าเป็นการมอบอำนาจให้ประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการปกครองตนเองของประชาชนในแต่ละท้องถิ่นตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญก็จะทำให้ประชาชนในท้องถิ่นสามารถบริหารท้องถิ่นให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของตนเองได้ เป็นลักษณะที่ส่งเสริมการปกครองระบอบประชาธิปไตยไปในตัวด้วย<sup>104</sup>

การกระจายอำนาจให้มีการปกครองตนเองดังนี้ จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นประชาธิปไตยท้องถิ่น อันเป็นการมอบอำนาจหน้าที่ในทางปกครองบางประการของส่วนกลางให้แก่ท้องถิ่น โดยผ่านทางตัวแทนที่ได้รับคัดเลือกจากประชาชน จึงเห็นได้ว่าการเลือกตั้งเป็นหัวใจสำคัญของการกระจายอำนาจ<sup>105</sup>

## 2.6.2 ลักษณะสำคัญของการกระจายอำนาจทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายว่า ลักษณะสำคัญของการกระจายอำนาจทางปกครองมีอยู่ 3 ประการ<sup>106</sup> คือ

1) มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์กรนิติบุคคลอิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล และองค์การของรัฐบาลต่างๆ ยี่งมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง กับมี

<sup>103</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). *การปกครองส่วนท้องถิ่น* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 23.

<sup>104</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2556). อ้างแล้ว. หน้า 188-189.

<sup>105</sup> วิญญู วรวิญญู. (2551). *คำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 87.

<sup>106</sup> ประยูร กาญจนกุล. อ้างแล้ว. หน้า 183-185.

ความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายโดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่คอยควบคุมดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้น มิได้เข้าบังคับบัญชาสั่งการหรืออำนวยความสะดวก

2) มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นองค์กรของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากราษฎรในท้องถิ่นทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเฉพาะองค์กรสำหรับเป็นที่ประชุมปรึกษากิจการ เช่น สภาตำบล สภาจังหวัด ที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้ง ทั้งนี้เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนในการปกครองส่วนท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่แน่ว่ามีการกระจายอำนาจทางปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้หลักการกระจายอำนาจปกครองจึงมีหลักการตรงกันข้ามกับหลักการรวมอำนาจปกครอง ซึ่งถือการแต่งตั้งเป็นสาระสำคัญ เจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่างๆ ผู้ดำเนินการปกครองได้รับแต่งตั้งจากราชการบริหารส่วนกลาง มิใช่ผู้ได้รับเลือกตั้งจากราษฎรเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น การเลือกตั้งถือว่าเป็นหลักสาระสำคัญของหลักการกระจายอำนาจปกครอง ถ้ามีการเลือกตั้งทั้งองค์กรที่ประชุมและองค์กรที่มีหน้าที่บริหาร ก็นับว่ามีการกระจายอำนาจอย่างสมบูรณ์ ส่วนการกระจายอำนาจตามกิจการให้แก่องค์กรนั้น การเลือกตั้งไม่ถือว่าเป็นหลักสำคัญเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น

3) องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจปกครองมีอิสระ กล่าวคือ มีความอิสระที่จะดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เองโดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณและได้ด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเอง ซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ถ้าองค์กรใดไม่มีอิสระเช่นว่านี้ หรือมีแต่เพียงหน้าที่เสนอแนะและให้คำปรึกษาแก่ราชการบริหารส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจปกครองอย่างแท้จริง

### 2.6.3 ประเภทของการกระจายอำนาจทางปกครอง

การจัดการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจนั้นอาจทำได้ 2 ลักษณะ<sup>107</sup> คือ

1) การกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดน คือการที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ ทั้งนี้ในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ

<sup>107</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2542). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 99-100.

เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น การจัดระเบียบราชการบริหารลักษณะนี้ เรียกว่า “การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”<sup>108</sup>

ดังนั้น การกระจายอำนาจปกครองตามอาณาเขต โดยให้ท้องถิ่นต่างๆ ปกครองตนเอง เช่น มอบอำนาจให้เทศบาลจัดทำกิจการตามอำนาจหน้าที่ที่มีกฎหมายกำหนดไว้ภายในเขตเทศบาล แต่ละแห่งเป็นต้น วิธีการกระจายอำนาจทางปกครองให้แก่ท้องถิ่นนั้นเป็นวิธีที่มอบบริการสาธารณะหลายๆ อย่างเกี่ยวกับการปกครองให้ท้องถิ่นจัดทำด้วยเจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นนั่นเอง และด้วยงบประมาณขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่น เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ วิธีการกระจายอำนาจทางปกครองให้แก่ท้องถิ่นนี้ กฎหมายปกครองของไทยเรียกว่าการจัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่น<sup>109</sup>

2) การกระจายอำนาจทางกิจการหรือบริการ ซึ่งเป็นวิธีการกระจายอำนาจโดยมอบบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งให้องค์การซึ่งมิได้อยู่ในสังกัดของราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินงานด้วยเงินทุนและเจ้าหน้าที่ขององค์การนั่นเอง วิธีการกระจายอำนาจตามกิจการเช่นนี้มีใช้การกระจายอำนาจปกครองเหมือนวิธีที่หนึ่ง แต่เป็นการมอบให้องค์การของรัฐบาลจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครอง เช่น กิจการทางเทคนิคหรือทางเศรษฐกิจ ไม่ได้มอบบริการสาธารณะหลายๆ อย่างในทางปกครองให้ไปจัดทำ เพราะฉะนั้นการกระจายอำนาจทางกิจการหรือบริการจึงแตกต่างกับการกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นในสาระสำคัญข้อนี้ และข้อแตกต่างอีกอย่างก็คือ การกระจายอำนาจทางกิจการหรือบริการนั้น ไม่ได้เอาอาณาเขตเป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่ กล่าวคือ องค์การอาจจัดทำกิจการได้ทั่วประเทศหรือทำในเขตหนึ่งเขตใดก็ได้ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นไปตามหน้าที่ขององค์การนั้น<sup>110</sup>

#### 2.6.4 สาระสำคัญทางกฎหมายของการปกครองท้องถิ่นตามหลักกระจายอำนาจ

สาระสำคัญทางกฎหมายของการปกครองท้องถิ่นตามหลักกระจายอำนาจทางปกครอง มีด้วยกันอยู่ 5 ประการ ดังต่อไปนี้

##### 2.6.4.1 การมีอิสระในการปกครองตนเองของท้องถิ่น

เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดขึ้นจากการกระจายอำนาจทางปกครอง ความเป็นอิสระ (Autonomy) ของท้องถิ่นจึงอยู่ในรูปของอำนาจการสั่งการและดำเนินการในกิจการ

<sup>108</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2547). *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา. หน้า 18.

<sup>109</sup> ประยูร กาญจนกุล. อ้างแล้ว. หน้า 185.

<sup>110</sup> ประยูร กาญจนกุล. อ้างแล้ว. หน้า 185-186.

ต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องรับคำสั่งจากส่วนกลาง ส่วนกลางมีอำนาจเพียงกำกับดูแลให้การดำเนินการของท้องถิ่นดำเนินไปภายในกรอบของกฎหมายเท่านั้น<sup>111</sup>

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายตามหลักการกระจายอำนาจบริหาร จึงไม่อาจตัดสิทธิในการกระทำใดๆ ได้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ความเป็นอิสระของท้องถิ่นหมายถึงความเป็นอิสระภายใต้มาตรการ 5 ประการซึ่งสัมพันธ์กันดังนี้ ต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล ต้องมีขอบเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอย่างชัดเจน ต้องมีองค์กรของตนเองซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยเสรี ต้องมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนเองในกิจการท้องถิ่น ต้องมีการคลังของตนเอง ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นเครื่องชี้ได้อย่างชัดเจนว่า ท้องถิ่นรูปแบบใดมีอิสระมากน้อยกว่ากันอย่างไรบ้าง ดังจะได้กล่าวดังต่อไปนี้<sup>112</sup>

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล

นิติบุคคล<sup>113</sup> คือ กลุ่มบุคคล องค์กร หรือทรัพย์สินที่จัดสรรไว้เป็นกองทุนเพื่อดำเนินกิจการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นบุคคลอีกประเภทหนึ่งที่ไม่ใช่บุคคลธรรมดา และให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีหรือพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น

นิติบุคคล แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยการแบ่งนิติบุคคลแบ่งออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าว ในประเทศไทยนั้น หน่วยงานของรัฐจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ บ่อมเป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้น<sup>114</sup> เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ กฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้น กิจกรรมที่นิติบุคคลดำเนินการ และการใช้อำนาจของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชน มีกิจกรรมเป็นบริการสาธารณะและใช้อำนาจปกครอง นิติบุคคลนั้นมักเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน และนิติบุคคลนั้นตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน ดำเนินกิจกรรมเพื่อผลประโยชน์ของเอกชน ไม่มีการใช้อำนาจมหาชน นิติบุคคลนั้นก็จะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน<sup>115</sup>

<sup>111</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว. หน้า 23.

<sup>112</sup> พรชัย รัตมีแพทย. (2541). *หลักกฎหมายการปกครองท้องถิ่นไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. หน้า 45.

<sup>113</sup> ประยูร กาญจนกุล. อ้างแล้ว. หน้า 127.

<sup>114</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). อ้างแล้ว. หน้า 70.

<sup>115</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว. หน้า 25.

2.6.4.2 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีขอบเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอย่างชัดเจน  
องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรที่กระจายอำนาจทางพื้นที่การปกครองก็ให้  
ท้องถิ่นจัดทำด้วยเจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นนั่นเอง และด้วยงบประมาณของ  
องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ เมื่อใด  
ที่ท้องถิ่นดำเนินการนอกเขตพื้นที่ของตน โดยหลักแล้วการดำเนินการนั้นเป็นการดำเนินการที่  
ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.6.4.3 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีองค์กรของตนเองซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยเสรี  
หลักการนี้กำหนดให้ผู้ออกเสียงเลือกตั้งจะต้องมีอิสระในการตัดสินใจออกเสียงเลือก  
ผู้แทนของตนเอง โดยไม่ตกอยู่ในอิทธิพลหรือการบังคับข่มขู่โดยบุคคลอื่นใด ด้วยเหตุนี้ กฎหมาย  
ว่าด้วยการเลือกตั้งจึงต้องกำหนดห้ามมิให้มีการใช้อิทธิพลใดๆ ครอบงำการตัดสินใจของผู้มีสิทธิ  
ออกเสียงเลือกตั้ง การใช้อิทธิพลใดๆ ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงการโฆษณาหาเสียงเลือกตั้งของบรรดา  
ผู้สมัครรับเลือกตั้ง แต่หมายถึงการห้ามใช้กลไก ตลอดจนเครื่องมือต่างๆ ของรัฐกระทำการเพื่อ  
เอื้อประโยชน์ให้แก่พรรคการเมืองซึ่งเป็นรัฐบาลอยู่ในขณะที่มีการเลือกตั้ง การโฆษณาหาเสียงของ  
เอกชนต่างๆ จะถือเป็นการใช้อิทธิพลครอบงำการตัดสินใจของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งก็ต่อเมื่อมี  
การหลอกลวงหรือใช้ฐานะทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าเข้ากระทำการจนเห็นได้ชัดว่าระบบกฎหมาย  
ไม่อนุญาตให้การหาเสียงเลือกตั้งดำเนินไปในลักษณะดังกล่าวได้<sup>116</sup>

2.6.4.4 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนเองในกิจการ  
ท้องถิ่น

การจัดตั้งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ  
จึงต้องกำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ของตนเอง รวมทั้งมีอำนาจตรา  
ข้อบังคับให้แก่ประชาชนในท้องถิ่นหลักการนี้ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
ฉบับต่างๆ ซึ่งอำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นอำนาจ  
หน้าที่คนละประเภทกับอำนาจหน้าที่ของรัฐและไม่ซ้ำซ้อนกัน อย่างไรก็ตาม ยังมีอำนาจหน้าที่  
อีกประเภทหนึ่ง คือ อำนาจหน้าที่ที่รัฐมอบหมายให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจ  
ดำเนินการแทนรัฐ เช่น ผู้บริหารท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ในฐานะนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วย  
การทะเบียนราษฎร ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุขและตาม  
กฎหมายว่าด้วยสุสานและฌาปนสถานและกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร ในฐานะพนักงาน

<sup>116</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). อ้างแล้ว. หน้า 218.

เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบการจอยานยนตร์ซึ่งการใช้อำนาจตามกฎหมายเหล่านี้ อยู่ภายใต้การควบคุมแบบบังคับบัญชา ไม่อยู่ภายใต้ระบบการควบคุมแบบกำกับดูแล<sup>117</sup>

#### 2.6.4.5 องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีการคลังของตนเอง

การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผลมาจากการกระจายอำนาจทางปกครอง การที่ท้องถิ่น จะสามารถบริหารงานให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีนั้นจำเป็นต้องมีระบบการคลังของท้องถิ่นตนเอง กล่าวคือ อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ท้องถิ่นหารายได้และใช้จ่ายรายได้นั้น เพื่อจัดทำบริการ สาธารณะตามความต้องการของราษฎรในท้องถิ่น ท้องถิ่นจะกำหนดรายได้รายจ่ายเองโดยไม่มี กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ได้<sup>118</sup>

การที่ท้องถิ่นต้องมีการคลังเป็นของตนเอง ย่อมทำให้ท้องถิ่นมีอิสระในการ กำหนดการใช้จ่ายของตน สามารถดำเนินงานและริเริ่มงานอื่นได้ตามที่ตนเห็นว่าเป็นไปตามความ ต้องการของประชาชน ความเป็นอิสระของท้องถิ่นจะผูกโยงอยู่กับรายได้ของท้องถิ่น กล่าวคือ ท้องถิ่นที่จัดเก็บรายได้ ได้มาก ไม่ต้องพึ่งพาเงินจากรัฐมากนัก ย่อมมีอิสระในการดำเนินงานต่างๆ มากกว่าท้องถิ่นที่ต้องพึ่งพารัฐมาก อีกนัยหนึ่งจำนวนรายได้ของท้องถิ่นนั้นเป็นเพียงสิ่งที่วัดว่า ท้องถิ่นจะมีอิสระจากรัฐมากเพียงใด ไม่ใช่ว่าหน้อยงานนั้นเป็นท้องถิ่นหรือไม่<sup>119</sup>

#### 2.6.5 หลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น

การจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินตามหลักการรวมอำนาจ (Centralisation) ซึ่งเป็นการ จัดระเบียบภายในรัฐที่รัฐแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชนทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ โดยรวมอำนาจในการตัดสินใจและการวินิจฉัยสั่งการ เป็นยุคที่เค็ดชาคอยู่ที่ผู้ปกครองหรือรัฐบาล<sup>120</sup> ซึ่งมีข้อเสียของการรวมอำนาจ<sup>121</sup> หลายประการ เช่น รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างทั่วถึง และไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่ต้อง เปิดโอกาสให้ประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการปกครอง

ปัญหาที่เกิดจากการรวมอำนาจการปกครองดังกล่าวนำไปสู่แนวทางแก้ไขโดยการขยาย หลักการรวมอำนาจด้วย “หลักการแบ่งอำนาจ” (“Déconcentration”) ให้แก่ราชการบริหารส่วนภูมิภาค

<sup>117</sup> บุญศรี มิวังศุโขดม. (2545). “การกำกับดูแลองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น”. *รวมบทความทางวิชาการเนื่องใน โอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ*, หน้า 253.

<sup>118</sup> พรชัย รัตมีแพทย. อ้างแล้ว. หน้า 214.

<sup>119</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว. หน้า 45.

<sup>120</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2539). *รวมบทความกฎหมายปกครองท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 14.

<sup>121</sup> นันทนา เกิดวิชัย. (2543). *กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: นิติบัญ. หน้า 15-16.



ซึ่งเป็นวิธีที่รัฐแบ่งภาระของราชการบริหารส่วนกลางให้แก่เจ้าหน้าที่ที่ไปประจำอยู่ในส่วนภูมิภาค ในการวินิจฉัยสั่งการและตัดสินใจในบางเรื่อง แต่อำนาจสูงสุดยังคงอยู่ที่ราชการบริหารส่วนกลาง

หลักการแบ่งอำนาจเป็นหลักการที่ราชการบริหารส่วนกลางมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการ บางส่วนให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้แทนของราชการบริหารราชการส่วนกลาง เป็นหลักที่มาเสริมเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น หลักการแบ่งอำนาจปกครองนี้เป็นส่วนหนึ่งของ หลักการรวมอำนาจปกครอง ไม่ใช่เป็นการกระจายอำนาจปกครอง<sup>122</sup> การแบ่งอำนาจเป็นการแก้ไข จุดอ่อนของหลักการรวมอำนาจการปกครองที่สามารถแก้ไขได้บางส่วนเท่านั้น ยังไม่สามารถแก้ไข ปัญหาที่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่น ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเกิด หลักการกระจายอำนาจ ซึ่งเป็นวิธีที่รัฐมอบอำนาจในการปกครองบางส่วนให้แก่องค์กรอื่นนอก ราชการบริหารส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างในลักษณะการปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>123</sup>

การปกครองท้องถิ่นจึงเป็นไปตามหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชน ในท้องถิ่น ซึ่งหมายถึงการยึดถือความต้องการของราษฎรในท้องถิ่นเป็นหลักในการจัดทำบริการ สาธารณะ โดยให้ราษฎรในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการจัดการ ในลักษณะการเข้าทำหน้าที่ของคณะ ผู้บริหาร ผู้บริหาร หรือสมาชิกสภาท้องถิ่น โดยการปกครองท้องถิ่นต้องมีความเป็นอิสระตาม สมควรในการดำเนินการที่ได้รับมอบหมายได้เองโดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้การบังคับบัญชา ของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการ ได้ด้วยงบประมาณและ เจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นหรือขององค์กรนั้นเอง เพียงแต่อยู่ภายใต้การควบคุมแบบพิเศษที่เรียกว่า “การกำกับดูแล” เท่านั้น ไม่ได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ<sup>124</sup>

#### 2.6.6 แนวคิดว่าด้วยภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>125</sup>

โดยทั่วไปแล้ว ภารกิจหน้าที่ของรัฐบาลระดับชาติและระดับท้องถิ่นถือว่าเป็นกิจกรรมใน กลุ่มเดียวกัน นั่นคือ มีลักษณะเป็น “บริการสาธารณะ” (Public Services) ซึ่งถือว่าเป็นกิจกรรมที่อยู่ใน อำนาจของรัฐ หรือเป็นบริการที่รัฐมีอำนาจจัดทำ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งตอบสนองความจำเป็น และต้องการของประชาชนเป็นการทั่วไป หรือเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมนั่นเอง อย่างไรก็ตาม

<sup>122</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2547). อ้างแล้ว. หน้า 45.

<sup>123</sup> พศธร พันธุ์สุวรรณ. (2555). ปัญหาการออกกฎหมายของกระทรวงมหาดไทยเพื่อควบคุมองค์กร ปกครองส่วน ท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษากรณีเทศบาล. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัย รุจกิจบัณฑิตย. หน้า 20.

<sup>124</sup> ประยูร กาญจนกุล. อ้างแล้ว. หน้า 127.

<sup>125</sup> วสันต์ เหลืองประภัสร์. (2547). สารานุกรมการปกครองท้องถิ่น หมวดที่ 4 องค์กรประกอบของการปกครอง ท้องถิ่น ลำดับที่ 2 เรื่อง ภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 6-12.

การบริการสาธารณะจะถือว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แต่ในการจัดทำหรือจัดให้มีบริการสาธารณะหนึ่งๆ นั้น ไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเองทั้งหมด แต่โดยทั่วไปจะมีการแบ่งอำนาจหน้าที่ในการจัดทำออกไปยังองค์กรทางการเมืองอื่นๆ เพื่อร่วมกันจัดทำบริการสาธารณะ เช่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ซึ่งเราเรียกรับบริการสาธารณะเหล่านี้ว่า “บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ” นอกจากนี้ยังปรากฏลักษณะที่รัฐได้ “มอบอำนาจ” ในการจัดทำบริการสาธารณะแก่องค์กรในภาคเอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแทนรัฐได้ แต่ทั้งนี้จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแล กำหนดหลักเกณฑ์ หรือวางมาตรฐานของบริการ โดยรัฐ ซึ่งเราเรียกกิจกรรมเหล่านี้ว่าบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน<sup>126</sup>

สำหรับบริการสาธารณะที่ถือเป็นภารกิจหน้าที่ของรัฐบาลระดับชาติและระดับท้องถิ่น จะหมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ ซึ่งถือเป็นกิจกรรมที่เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นและมีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชน โดยทั่วไป ในประเทศที่มีการกระจายอำนาจไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ก็จะปรากฏการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจการดังกล่าวระหว่างรัฐบาลระดับชาติกับระดับท้องถิ่นจึงทำให้บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ สามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประการที่หนึ่ง บริการสาธารณะระดับชาติ (National Affairs) ซึ่งหมายถึง กิจกรรมที่ดำเนินการโดยองค์กรของรัฐบาลระดับชาติ ซึ่งจะเป็นกิจกรรมที่มุ่งเน้นประโยชน์ส่วนรวมภายในรัฐ ทั้งนี้ จะมีคุณลักษณะสำคัญ ได้แก่

1) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงแห่งรัฐ เช่น กองทัพ งานข่าวกรอง งานรักษาความมั่นคงอื่นๆ เป็นต้น

2) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและกระบวนการทางยุติธรรม เช่น กิจการตำรวจ ศาลยุติธรรม เป็นต้น

3) เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับ “ความเป็นตัวแทน” (Representative) ของรัฐโดยรวม เช่น กิจกรรมทางการทูตและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น

4) เป็นกิจกรรมที่ต้องการให้เกิดมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศ เช่น ระบบกฎหมาย ระบบการศึกษาแห่งชาติ การสาธารณสุขแห่งชาติ ระบบแลกเปลี่ยนเงินตรา เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า บริการสาธารณะระดับชาติ จะเป็นกิจกรรมที่มุ่งสร้างความเป็นเอกภาพภายในรัฐ รวมถึงกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเป็นแบบแผนและมาตรฐานในชีวิต

<sup>126</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 29-34 และ หน้า 55-77.

ความเป็นอยู่ของประชาชนภายในรัฐ ทั้งนี้ ก็เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่สังคมโดยรวมมากกว่า การมุ่งเน้นไปยังพื้นที่หรือชุมชนแห่งหนึ่งแห่งใดเป็นการเฉพาะ<sup>127</sup>

ประการที่สอง บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น (Local Affairs) จะหมายถึง กิจกรรมที่ ดำเนินการ โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชนภายในชุมชน ท้องถิ่นแห่งหนึ่ง ซึ่งมุ่งจัดทำบริการเพื่อประโยชน์ของประชาชนภายในชุมชนท้องถิ่นของตน เป็นสำคัญ ดังนั้น กิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะระดับท้องถิ่นจึงมักจะเกี่ยวข้องกับชีวิต ความเป็นอยู่ของประชาชนภายในชุมชนหนึ่งๆ เพื่อมุ่งตอบสนองต่อปัญหาและความต้องการของ ประชาชนภายในชุมชนนั้นเป็นการเฉพาะ

จากที่กล่าวมา สามารถแบ่งแยกกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะระดับชาติออกจากบริการ สาธารณะระดับท้องถิ่นได้บ้าง แต่ในทางปฏิบัติแล้วการจะกำหนดว่ากิจกรรมใดควรเป็นบริการ สาธารณะระดับชาติและกิจกรรมใดควรเป็นของท้องถิ่นนั้น มิได้มีข้อกำหนดที่เป็นสากลทั่วไป หากแต่ขึ้นอยู่กับเหตุปัจจัยภายในของรัฐหนึ่งๆ รวมถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลา เช่น พัฒนาการของรัฐ ระดับของการกระจายอำนาจภายในรัฐ ระดับของความเป็นสถาบันของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นโยบายของรัฐบาลแห่งชาติในช่วงเวลาหนึ่งๆ เป็นต้น

เพื่อความเข้าใจที่เพิ่มขึ้น จึงจำเป็นจะต้องทำความเข้าใจถึงแนวคิดในการจัดการกิจการหน้าที่ สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ปรากฏโดยทั่วไปว่า มีหลักการและรูปแบบใด การที่องค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถจัดทำบริการสาธารณะอะไรได้นั้น วางอยู่บนหลักการ แนวคิดและ ข้อกำหนดอะไร และในภารกิจหน้าที่ที่ท้องถิ่นจัดทำนั้น มีเงื่อนไขกำกับหรือไม่ และถ้ามีเงื่อนไขนั้น เกิดขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์อันใด

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงกลายเป็นหลักการสำคัญที่ส่งผลต่อการวางหลักการและรูปแบบ ในการจัดระบบภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งที่ปรากฏโดยทั่วไปนั้น มีอยู่ด้วยกัน 3 แนวคิด<sup>128</sup> ดังที่จะได้นำเสนอต่อไปนี้

#### 1) ภารกิจหน้าที่ตามบทบัญญัติในกฎหมาย

หลักการกำหนดภารกิจหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบนี้จะ หมายถึงว่า ภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีขอบข่ายเพียงใดและครอบคลุม ในกิจกรรมอะไรบ้างนั้น จะถูกกำหนดโดยกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สามารถจัดทำได้ในภารกิจนั้นๆ กล่าวในอีกแง่หนึ่งย่อมแสดงว่า ภารกิจหน้าที่ที่องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำได้นั้น จะต้องมียกกฎหมายรับรองหรือระบุเอาไว้ว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของ

<sup>127</sup> พศธร พันธุ์สุวรรณ. อ้างแล้ว. หน้า 22.

<sup>128</sup> พศธร พันธุ์สุวรรณ. อ้างแล้ว. หน้า 23-24.

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจัดทำภารกิจบางด้านที่กฎหมายมิได้ระบุไว้ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดขอบข่ายอำนาจหน้าที่ที่ตนเองสามารถกระทำได้หรือเป็นการใช้อำนาจเกินกว่ากฎหมายที่กำหนดให้ไว้ ดังนั้น ภายใต้หลักการเช่นนี้ ภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงถูกจำกัดโดยกฎหมายนั่นเอง

## 2) ภารกิจหน้าที่ตามหลักความสามารถทั่วไป

ภายในรัฐที่ระบบการปกครองท้องถิ่นมีการจัดการกิจการหน้าที่ไปตามหลักความสามารถทั่วไป หมายถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำภารกิจหน้าที่ได้อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมที่ไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดกฎหมายหรือกระทบต่ออำนาจของสถาบันทางปกครองอื่นๆ นั่นคือ เป็นการถือหลักความจำเป็นและความต้องการของชุมชนเป็นหลัก หากชุมชนท้องถิ่นเกิดข้อเรียกร้องต้องการอะไรก็ตาม องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการในกิจกรรมนั้นๆ เพื่อตอบสนองต่อปัญหาและความต้องการของชุมชนได้ ดังนั้น ในทางกฎหมายถึงไม่ปรากฏว่ามีการระบุภารกิจหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกเป็นรายกิจกรรม แต่จะให้อิสระกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถดำเนินกิจกรรมอะไรก็ได้ เพื่อตอบสนองความต้องการภายในชุมชนของตนเอง<sup>129</sup>

การจัดการกิจการหน้าที่ตามหลักความสามารถทั่วไป จึงวางน้ำหนักไปที่ความต้องการของ “ชุมชนท้องถิ่น” ที่จะต้องมีการบริหารจัดการ มิใช่ “ภารกิจ” หรือบริการสาธารณะที่จะต้องจัดทำ ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมิได้มีภารกิจหน้าที่เฉพาะบริการสาธารณะที่ตนเองจัดทำอยู่ในปัจจุบันเท่านั้น หากยังรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะที่อาจจะมิขึ้นในอนาคตตามความจำเป็นและความต้องการของชุมชนท้องถิ่นด้วยนั่นเอง ตัวอย่างเช่น ในอนาคตประชาชนของชุมชนท้องถิ่นมีการขยายตัวและเติบโตเป็นเมืองมากขึ้น ความจำเป็นระบบขนส่งมวลชนภายในท้องถิ่นกลายเป็นเรื่องจำเป็น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็สามารถดำเนินการจัดทำภารกิจนั้นๆ ได้ทันที หากตนเองมีศักยภาพเพียงพอที่จะกระทำได้โดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายให้อำนาจในการจัดทำภารกิจนั้นๆ เป็นต้น<sup>130</sup>

อย่างไรก็ดี แม่นว่าในเชิงหลักการจะทำให้เห็นว่าหลักความสามารถทั่วไปนี้จะสะท้อนถึงความเป็นอิสระทางการบริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นค่อนข้างสูง แต่ในทางปฏิบัติแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจะจัดทำภารกิจได้ค่อนข้างจำกัด ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากข้อจำกัดในด้านอื่นๆ โดยเฉพาะทรัพยากรทางการคลังทำให้สามารถจัดทำบริการสาธารณะในเพียงบางด้านเท่านั้น ตัวอย่างเช่น หากระดับของความเป็นเมืองและการเติบโตทางเศรษฐกิจของชุมชนท้องถิ่นอยู่ใน

<sup>129</sup> พศธร พันธุ์สุวรรณ. อ่างแก้ว. หน้า 23-24.

<sup>130</sup> พศธร พันธุ์สุวรรณ. อ่างแก้ว. หน้า 25.

ระดับสูง ประชาชนภายในชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเอง ก็อาจจะเห็นความจำเป็นของการจัดให้มีสนามบินขนาดใหญ่ เพื่อรองรับการพัฒนาทางเศรษฐกิจได้ แต่ในทางปฏิบัติองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจะมียงบประมาณและฐานการจัดเก็บรายได้ที่ค่อนข้างจำกัด ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว เกินขีดความสามารถของตนเองที่จะจัดทำได้ เป็นต้น

### 3) การกึ่งหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย (Mandatory Delegated Function)

โดยทั่วไปแล้ว หลักการที่กำหนดภารกิจหน้าที่สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอยู่สองระบบใหญ่ๆ ดังที่กล่าวข้างต้นแต่ยังปรากฏหลักการจัดการกิจในอีกลักษณะหนึ่งซึ่งมักจะปรากฏซ้อนทับอยู่ภายใน ได้แก่ภารกิจหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งหมายถึงหลักการจัดการกิจสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ถือว่า ภารกิจหน้าที่ในกลุ่มนี้เป็นภารกิจของรัฐ และรัฐจะต้องจัดให้มีขึ้น หากแต่รัฐได้มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการแทน ซึ่งแตกต่างจากภารกิจตามแนวคิดในสองประการแรก ที่ถือว่าเป็นภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยแท้ แต่ภารกิจตามแนวคิดนี้ถือเป็นภารกิจของรัฐบาลระดับชาติที่มอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ

ภารกิจในกลุ่มนี้มักจะ ได้แก่ภารกิจหน้าที่ที่ถือเป็นความจำเป็นพื้นฐานของรัฐและรัฐจะต้องจัดให้มีขึ้น ภายใต้กรอบวิธีการที่รัฐได้กำหนดไว้ หากแต่ด้วยเหตุผลความจำเป็น รัฐจึงได้ “มอบหมาย” หรือ “มอบอำนาจ” (“Delegate”) ภารกิจหน้าที่ดังกล่าวให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการจัดทำแทน ในทางปฏิบัติจึงถือว่า ภารกิจในกลุ่มนี้ถือเป็นหน้าที่ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องจัดทำ และการจัดทำนั้นจะต้องเป็นไปตามแนวทาง และวิธีปฏิบัติที่รับได้กำหนดไว้แล้ว ตัวอย่างของกลุ่มภารกิจด้านนี้ได้แก่ การสำรวจสำมะโนประชากรงานด้านการทะเบียนราษฎร การจัดการเลือกตั้ง งานด้านการขึ้นทะเบียนและคัดเลือกทหาร เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้ว่าหลักการทั่วไปในด้านภารกิจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเป็นไปภายใต้ “หลักการบริหาร โดยอิสระ” หรือหลักความสามารถทั่วไป แต่ในกฎหมายยังได้กำหนดให้นายกเทศมนตรีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบเทศบาลหรือ “คอมมูน” (“Commune”) ซึ่งมีฐานะเป็นผู้บริหารท้องถิ่นนั้น จะมีฐานะ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในเวลาเดียวกันด้วยในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ นายกเทศมนตรีจะต้องมีหน้าที่ดูแลให้มีการเคารพต่อกฎหมายทั้งในด้านของการกระทำและกฎหมายต่างๆ ที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้เพื่อเป็นการดูแลรักษาประโยชน์แห่งชาติ และมีภารกิจหน้าที่ผูกพันที่ต้องจัดทำ (Compulsory functions) เช่น การประกาศให้ประชาชนในท้องถิ่นตนรับทราบถึงกฎหมายและระเบียบต่างๆ

การทะเบียนราษฎร การรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดทำบัญชีรายชื่อผู้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น<sup>131</sup>

ในอีกกรณีหนึ่งที่น่าสนใจ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น ถึงแม้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีอิสระสูงในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งวางอยู่บนหลักความสามารถทั่วไป อีกทั้งศักยภาพทางการคลังก็มีสูง แต่ประเด็นหนึ่งซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันมากก็คือ ในกรณีของประเทศญี่ปุ่นนั้นภารกิจจำนวนไม่น้อย ได้ถูกจัดกลุ่มให้เป็นภารกิจที่รัฐมอบหมายให้ท้องถิ่นจัดทำ ผ่านการกำหนดข้อกฎหมายให้ผู้บริหารท้องถิ่นทุกระดับ มีหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่นเดียวกับกับกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส พิจารณาในแง่นี้ย่อมหมายความว่า นอกจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น “มีหน้าที่” จะต้องจัดทำภารกิจดังกล่าวแล้ว การจัดทำนั้นจะต้องเป็นไปภายในแบบแผนและข้อกำหนดของรัฐด้วย เรื่องนี้กลายเป็นประเด็นที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเรียกร้องให้มีการแก้ไขในระยะปลายศตวรรษที่ 20 ที่ผ่านมา เนื่องจากเห็นว่า จะเป็นการขัดกับหลักกระจายอำนาจ และยังเป็นช่องทางสำคัญในการเข้ามาแทรกแซงการจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลแห่งชาติ เนื่องจากบริการดังกล่าวนั้นถูกกำหนดให้เป็นภารกิจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายนั่นเอง<sup>132</sup>

<sup>131</sup> นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และคณะ. (2546). *ทิศทางการปกครองท้องถิ่นของไทยและต่างประเทศเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 121-122.

<sup>132</sup> วสันต์ เหลืองประภัสร์. อ้างแล้ว. หน้า 6-12.