

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดทำสาธารณูปโภค

ในอดีตการจัดการเรื่องที่อยู่อาศัยของประเทศไทยเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการให้ประชาชนได้มีที่อยู่อาศัยเป็นหลักแหล่ง แต่เมื่อรัฐไม่สามารถดำเนินการได้เองจึงได้เปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาดำเนินการและรัฐเป็นผู้ควบคุม โดยในปี พ.ศ.2515 ได้มีคำสั่งคณะปฏิวัติฉบับที่ 286¹ ออกมาควบคุมการจัดสรรที่ดิน ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมไปอย่างรวดเร็วทำให้เกิดปัญหาสะสม เนื่องจากกฎหมายที่ควบคุมออกมานานและไม่ได้มีการปรับปรุงให้ทันต่อสมัย เกิดปัญหาต่าง ๆ จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายใหม่ในปี พ.ศ.2543² แต่ก็ยังเกิดปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับเรื่องสาธารณูปโภค จึงมีการออกกฎหมายอีกปี พ.ศ.2558³ เกี่ยวกับสาธารณูปโภคโดยตรง แต่เนื่องจากปัญหาดังกล่าวก็ยังไม่คลี่คลาย อาจจะมาจกเพราะว่าปัญหาได้สะสมมานาน อีกทั้งอาจจะแก้ไขปัญหาไม่ตรงจุด ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยของประชาชนในประเทศนั้นถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ ดังนั้น ในบทนี้จึงได้ศึกษาถึงวิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรและการจัดทำสาธารณูปโภคภายในโครงการจัดสรร เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินในประเทศไทย

2.1.1 วิวัฒนาการการจัดสรรที่ดิน

ในอดีต รัฐเป็นผู้จัดสรรที่ดินที่อยู่อาศัยและสาธารณูปโภคบางประการให้ประชาชน เช่น ถนน ประปา ไฟฟ้า โดยมีจุดประสงค์ที่จะช่วยเหลือผู้ที่มีรายได้น้อยให้มีที่อยู่อาศัยอย่างเหมาะสม ในสมัยรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม⁴ จึงได้มีการจัดตั้งธนาคารอาคารสงเคราะห์ไม่ได้ทำหน้าที่

¹ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543.

² พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ประกาศ ณ วันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ. 2543.

³ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 (ฉบับที่ 2) ประกาศ ณ วันที่ 25 กันยายน พ.ศ. 2558.

⁴ ณัฐดี แซ่อึ้ง. (2561). *ปัญหาการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 71.

เพียงสนับสนุนด้านการเงินในการก่อสร้างที่อยู่อาศัย แต่ยังทำหน้าที่เป็นผู้จัดสรรไปในคราวเดียวกัน โดยจัดทำโครงการจัดสรรที่ดิน โครงการแรกคือ “โครงการพิบูลย์เวศน์”⁵ และได้ดำเนินการต่อเนื่องอีกหลายโครงการตามนโยบายของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับปฐมฤกษ์ของไทย ต่อมาจำนวนประชากรเริ่มมีจำนวนมากขึ้น ความต้องการที่อยู่อาศัยเพิ่มขึ้น ทำให้รัฐไม่สามารถจัดหาที่ดินให้กับประชาชนเพื่อที่จะอยู่อาศัยได้อย่างเพียงพอ⁶ การประกอบธุรกิจการจัดสรรที่ดิน⁷ ของเอกชน จึงเริ่มเข้ามามีบทบาทในการจัดสรรที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย โดยได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐ ในตอนแรกเริ่มเป็นไปอย่างเสรี เมื่อผู้ประกอบการได้ดำเนินการอย่างมีกำไร ทำให้ผู้ประกอบการด้านนี้เพิ่มจำนวนมากขึ้น ปรากฏว่าบางรายประสบความสำเร็จแต่บางรายก็ล้มเหลว ซึ่งนอกจากจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจเองแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรรให้ได้รับความเดือดร้อนด้วย โดยปัญหาที่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรประสบกันอยู่บ่อย ๆ ได้แก่ ความไม่เรียบร้อย ความไม่เพียงพอของระบบสาธารณูปโภคในโครงการ การไม่จัดการดูแลบำรุงรักษาสาธารณูปโภค และปัญหาความไม่แน่นอนในการโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อที่ดิน เป็นต้น รัฐเองได้ตระหนักถึงมาตรฐานในการควบคุมการจัดสรรที่ดินของเอกชนให้เป็นที่ไปด้วยความสงบเรียบร้อยและเป็นธรรมต่อผู้บริโภค จึงได้ให้กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย ยกร่างกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินขึ้นใช้เป็นกฎหมาย โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้จัดสรรที่ดินและผู้ซื้อที่ดินจัดสรร อีกทั้งมาตรการในการควบคุมในการดำเนินธุรกิจการจัดสรรที่ดินของเอกชนให้เป็นที่ไปอย่างมีมาตรฐานและเหมาะสม ทั้งด้านการอนามัย การคมนาคม ความปลอดภัย และการผังเมืองในปี พ.ศ. 2514 กรมที่ดินจึงได้ยกร่าง “พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน” แต่ก่อนที่จะมีการเสนอไปยังสภาผู้แทนราษฎร ได้เกิดมีการปฏิวัติขึ้นในปลายปี พ.ศ. 2514 โดยจอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้อนุมัติยกร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินดังกล่าว ให้เป็นประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515

⁵ การเคหะแห่งชาติ. (2560). *โครงการพิบูลย์เวศน์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.housingvm.nha.co.th/VM_2.html. [2563, 2 กันยายน]

⁶ ธนู พิมพกรณ์. (2554). *คำบรรยายพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543*. กรุงเทพฯ: กรมที่ดิน. หน้า 1.

⁷ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543. มาตรา 4.

“ในพระราชบัญญัตินี้ “การจัดสรรที่ดิน” หมายความว่า การจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน และให้หมายความรวมถึงการดำเนินการดังกล่าวที่ได้มีการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลง และต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายในสามปีเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปด้วย”

หรือเรียกกันว่า “ปว. 286” ออกใช้บังคับเป็นกฎหมาย โดยมีเหตุผลว่า “โดยที่ปัจจุบันนี้ได้มีผู้ดำเนินการจัดสรรที่ดินเป็นจำนวนมากแต่ยังไม่มียกกฎหมายเพื่อควบคุมการจัดสรรที่ดิน โดยเฉพาะเป็นเหตุให้มีการพิพาทกันอีกทั้งการวางแผนผังโครงการหรือวิธีการในการจัดสรรที่ดินก็ไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการผังเมืองจำเป็นจะต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมการจัดสรรที่ดินของเอกชนให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยเพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อที่ดินจัดสรรและเพื่อผลในทางเศรษฐกิจสังคมและการวางแผนผังเมือง” และมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหกสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 บังคับใช้เป็นเวลามากกว่า 27 ปี⁹ พบว่ายังมีหลักการและรายละเอียดของกฎหมายบางประการที่ไม่สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งยังไม่ให้ความสำคัญกับสาธารณูปโภคเท่าที่ควรทำให้ผู้จัดสรรที่ดินอาศัยช่องว่างดังกล่าวเอาเปรียบกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรร จึงมีการรวบรวมปัญหาข้อพิพาท และมีการออกกฎหมายมาใช้บังคับแทนที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 คือ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 เพื่อปรับปรุงและกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรรให้เหมาะสมกับสภาพสังคมยิ่งขึ้น ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ ทำให้รัฐบาลสามารถควบคุมดูแลธุรกิจการจัดสรรที่ดินของเอกชนและคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้ในระดับหนึ่ง แต่กฎหมายฉบับนี้ก็มีข้อบกพร่องอยู่มาก ทำให้การควบคุมดูแลธุรกิจการจัดสรรที่ดินของเอกชนโดยรัฐและการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ไม่ก่อให้เกิดผลได้อย่างเต็มที่ โดยในช่วง พ.ศ.2515 ถึง พ.ศ.2543 ธุรกิจการจัดสรรที่ดินของภาคเอกชนมีการขยายตัวมาก ไม่ว่าจะเป็นในกรุงเทพมหานคร หรือจังหวัดใหญ่ ๆ ในประเทศไทย ทำให้เกิดการแข่งขันในธุรกิจเป็นอย่างมากไม่ว่าจะเป็นโฆษณา การลด แลก แจก แถม หรือรูปแบบบ้านที่มีความทันสมัย ใกล้เคียงสรรพสินค้า การเดินทางสะดวก ประกอบกับการบริการสาธารณะที่ดี เช่น สโมสร สระว่ายน้ำ ที่ออกกำลังกาย เป็นต้น เพื่อจูงใจผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ในช่วงเวลาปี พ.ศ. 2540 ได้เกิดวิกฤตทางการเงินในประเทศไทย ซึ่งทั่วโลกรู้จักกันในชื่อ “วิกฤตต้มยำกุ้ง”¹⁰ มีการลดค่าเงินบาท มีการปิดสถาบันการเงิน (Financial Institution) จำนวนมากทำให้เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ผู้ประกอบการต่าง ๆ ที่ได้รับการสนับสนุนแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ เกิดภาระหนี้สินที่เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากไม่เว้นแม้แต่ธุรกิจจัดสรรที่ดิน ทำให้การจัดสรรที่ดินหลาย ๆ โครงการมีปัญหา เช่น การก่อสร้าง

⁸ ฉันทนันท บัญญา. (2563). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำสาธารณูปโภคในโครงการจัดสรรที่ดิน*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 48.

⁹ ธนู พิมพ์กรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 2.

¹⁰ รชต ฉัตรวชิระวงษ์. (2559). *ปัญหาการจัดสรรที่ดินตามกฎหมายการจัดสรรที่ดิน : ศึกษากรณีที่ดินที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะ*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 17.

ที่ไม่ได้คุณภาพ หรือไม่สามารถก่อสร้างให้แล้วเสร็จ หรือไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร เป็นต้น ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องออกพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543¹¹ เพื่อออกมาควบคุมดูแลธุรกิจ และมีบทบัญญัติครอบคลุมในการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยได้เพิ่มหลักการที่สำคัญในเรื่องการได้สิทธิในที่ดินจัดสรร การออกใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินให้แน่นอน รวมถึงการกำหนดให้มีผู้รับผิดชอบบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะไว้ด้วย

ถึงกระนั้นพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงเรื่องของการโอนที่ดินอันเป็นแปลงสาธารณูปโภค หรือที่ดินเพื่อใช้บริการสาธารณะไปยังบุคคลอื่น รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์การพ้นจากหน้าที่บำรุงรักษาสาธารณูปโภคของผู้จัดสรร จึงได้ออกพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558¹² เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

2.1.2 ความหมายของการจัดสรรที่ดิน

ตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้ให้ความหมายของการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการจัดสรรที่ดินว่า

“การจัดสรรที่ดิน”¹³ หมายความว่า การจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือค่าตอบแทน และให้ความหมายรวมถึงการดำเนินการดังกล่าวที่ได้มีการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลงและต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายในสามปีเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปได้ด้วย จากความหมายดังกล่าวจึงพอสรุปลักษณะและหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบของการจัดสรร¹⁴ที่ได้ ดังนี้

1) เป็นการจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป โดยที่ดินแปลงย่อยที่นำมาจำหน่ายจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงก็ได้ แต่ถ้าหลายแปลงต้องมีพื้นที่ติดต่อกัน และ

2) ต้องได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน หรือ

3) เป็นการจำหน่ายที่ดินที่ได้มีการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลง โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน ต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมและจำหน่าย

¹¹ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 117 ตอนที่ 45 ก วันที่ 23 พฤษภาคม 2543.

¹² ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 132 ตอนที่ 92 ก วันที่ 25 กันยายน 2558.

¹³ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543. มาตรา 4.

¹⁴ ธนู พิมพ์พันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 2.

โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทนภายในสามปี เมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป

สำหรับการนับระยะเวลาสามปีจะนับอย่างไร¹⁵ หากเป็นการจำหน่ายที่ดินที่แบ่งแยกไว้เดิมไม่ถึงสิบแปลงก็ให้นับระยะเวลาสามปีต่อเนื่องจากวันจดทะเบียนแบ่งแยกเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา สำหรับในความหมายของการจัดสรรที่ดินนี้จะไม่นับถึงจำนวนเนื้อที่ของที่ดินแปลงย่อยหรือแปลงแบ่งแยกว่าจะมีเนื้อที่มากน้อยเท่าใดแม้จะแบ่งเพียง 1 ตารางวาก็นับว่าเป็นหนึ่งแปลงแต่จะนับถึงจำนวนแปลงที่ดินเป็นประการสำคัญ ถ้าเป็นการแบ่งแยกเป็นแปลงย่อยมีจำนวนรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปแล้วก็อยู่ในความหมายของการจัดสรรที่ดินนี้

ส่วนกรณีที่เป็นการค้าโดยการใส่ชื่อบุคคลหลายคนเข้ากรรมสิทธิ์รวมในที่ดินแปลงเดียวกันแล้วจึงมาแบ่งแยกเป็นแปลงย่อยตั้งแต่สิบแปลงเพื่อแบ่งกรรมสิทธิ์กัน ถ้าตรวจสอบหรือพิสูจน์ได้ว่าเป็นการจำหน่ายที่ดินเข้าขายเป็นการจัดสรรที่ดินตามความหมายทั้งสิ้น และในการจำหน่ายที่ดินแบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปไม่ว่าจะเป็นการค้าเป็นการเพื่อจำหน่ายในลักษณะที่อยู่อาศัย เพื่อประกอบการพาณิชย์ เพื่อประกอบการอุตสาหกรรมหรือเพื่อเกษตรกรรม ก็จะอยู่ในลักษณะเป็นการจัดสรรที่ดินตามความหมายนี้เช่นเดียวกัน

กรณีที่กำหนดระยะเวลาในการแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อยภายในสามปีนั้น เป็นการกำหนดระยะเวลาไว้ตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการขออนุญาตทำการค้าที่ดิน¹⁶ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อป้องกันมิให้มีการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยครั้งละ 9 แปลงหลายครั้งเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายส่วนเหตุผลที่กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ว่าการจัดสรรที่ดินจะต้องมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ซึ่งเป็นจำนวนที่เคยกำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 (พ.ศ. 2515) นั้นไม่พบเหตุผลที่แน่ชัด แต่น่าจะมีเหตุผลที่ว่าเดิมก่อนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 (พ.ศ. 2515) ใช้บังคับ การจัดสรรที่ดินดำเนินการกันอย่างเสรียังไม่มีการควบคุมจึงไม่เป็นความผิดทางอาญาฐานกระทำการจัดสรรที่ดินโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนในทางแพ่ง แต่เมื่อประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับมีบทกำหนดโทษทางอาญา¹⁷ ฐานกระทำการจัดสรรที่ดินโดยไม่ได้รับอนุญาต การกำหนดให้มีโทษทางอาญาจึงควร

¹⁵ หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0517.2/ว1881. ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2548.

¹⁶ การค้าที่ดิน ยกเลิกโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2551 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 25 ตอน 33 ก ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2551.

¹⁷ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286.

อยู่ในพฤติการณ์ที่ทำให้ประชาชนจำนวนมากไม่ต้องได้รับความเดือดร้อนมิฉะนั้นการจัดสรรที่ดินเพียงแปลงสองแปลงก็ต้องขออนุญาตด้วย ซึ่งจะไม่คุ้มค่าในการลงทุนและเป็นการไม่สมควรที่จะกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งให้เป็นทางอาญา ประกอบกับการแบ่งแยกเพื่อการอย่างอื่นโดยทั่วไป เช่น การให้ก็มีไม่มากนักที่จะเกินสิบแปลง และการกำหนดจำนวนไว้ที่สิบแปลงขึ้นไปก็มีความเหมาะสมทางการผังเมือง¹⁸ และเพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อที่ดินจัดสรรทางการอเนกมัย การคมนาคม ความปลอดภัย ดังนั้น จำนวนแปลงย่อยตั้งแต่สิบแปลงจึงยังคงไว้ในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ไม่มีการเปลี่ยนแปลง

ผู้ใดจะทำการจัดสรรที่ดินต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน¹⁹ หากผู้ใดทำการจัดสรรที่ดินโดยไม่ได้รับอนุญาตต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท²⁰ ซึ่งคณะกรรมการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 นี้ หมายถึงคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกรุงเทพมหานครและคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดของแต่ละจังหวัด

“ข้อ 10 ห้ามมิให้ผู้ใดทำการจัดสรรที่ดิน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการขอและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงและให้เสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ข้อ 35 ผู้ใดฝ่าฝืน ข้อ 10 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับไม่เกิน 10,000 บาท”

¹⁸ “การผังเมือง” หมายถึง การวางจัดทำและดำเนินการให้เป็นไปตามผังเมืองรวม และผังเมืองเฉพาะในบริเวณเมือง และบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบท เพื่อสร้างหรือพัฒนาเมืองขึ้นใหม่ หรือแทนเมือง หรือส่วนของเมือง ที่ได้รับความเสียหาย เพื่อให้มีหรือทำให้ดียิ่งขึ้น ซึ่งสุทธลักษณะความสะอาดสบายความเป็นระเบียบ ความสวยงาม การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน ความปลอดภัยของประชาชน และสวัสดิภาพของสังคม เพื่อส่งเสริมการเศรษฐกิจสังคม และสภาพแวดล้อม เพื่อดำรงรักษาหรือบูรณะสถานที่ และวัตถุที่มีประโยชน์ หรือคุณค่าในทางศิลปกรรมสถาปัตยกรรม ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี หรือเพื่อบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิประเทศ ที่งดงาม หรือมีคุณค่าในทางธรรมชาติ.

¹⁹ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543. มาตรา 21.

“ห้ามมิให้ผู้ใดทำการจัดสรรที่ดิน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

การขออนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”.

²⁰ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543. มาตรา 59.

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 21 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท”.

2.1.3 หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรที่ดิน

การดำเนินการประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดินนั้น ผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินจะต้องมีความรู้เกี่ยวกับการขอใบอนุญาตจัดสรรว่าต้องติดต่อกับหน่วยงานใดบ้าง เพื่อปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ว่าหน่วยงานใดมีอำนาจในการกำกับ ควบคุม อนุญาต ดูแล ตรวจสอบ ในส่วนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการขอใบอนุญาตจัดสรร ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้²¹

2.1.3.1 สำนักงานส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์²²

เป็นหน่วยงานหนึ่งในกรมที่ดิน สังกัดกระทรวงมหาดไทย มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ดังนี้

1. ดำเนินการเกี่ยวกับการขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 และฉบับแก้ไข
2. ดำเนินการเกี่ยวกับงานเลขานุการคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางและคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกรุงเทพมหานคร
3. ให้บริการข้อมูลและข้อสาระสนเทศเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

2.1.3.2 สำนักงานที่ดินจังหวัด หรือสำนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่²³ ซึ่งที่ดินตั้งอยู่

เป็นหน่วยงานส่วนภูมิภาคของกรมที่ดิน สังกัดกระทรวงมหาดไทย เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน คือการรับคำขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินและดำเนินการตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 และฉบับที่แก้ไข

2.1.3.3 กรมโยธาธิการและผังเมือง²⁴

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงมหาดไทย มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ดังนี้

²¹ บุญบา บรรหาร. (2559). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ตามมาตรา 70*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 22.

²² กรมที่ดิน. (2563). *ภารกิจสำนักงานส่งเสริมอสังหาริมทรัพย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.dol.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

²³ กรมที่ดิน. (2563). *ภารกิจสำนักงานที่ดินจังหวัด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.dol.go.th>. [2563, 29 กันยายน].

²⁴ กรมโยธาธิการและผังเมือง. (2563). *ภารกิจกรมโยธาธิการและผังเมือง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.dpt.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

1. ตรวจสอบการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตผังเมืองรวม กรณีที่ดินที่ขออนุญาตจัดสรรที่ดิน อยู่ในเขตผังเมืองรวมต้องไม่อยู่ในข้อห้ามการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการจัดสรรที่ดินตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518

2. การตรวจสอบและประมาณการค่าก่อสร้างสาธารณูปโภค เพื่อกำหนดวงเงินค่าประกันการจัดทำสาธารณูปโภค ในกรณีที่ผู้ขอจัดสรรที่ดิน ยังมิได้จัดทำสาธารณูปโภค และในกรณีที่ผู้ขออ้างว่าได้จัดทำให้มีสาธารณูปโภค หรือบริการสาธารณะ หรือได้ปรับปรุงที่ดินนั้นตามแผนผัง และโครงการที่ขออนุญาตเสร็จแล้วทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน เพื่อไม่ต้องให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินค้ำประกันการจัดทำสาธารณูปโภค หรือลดวงเงินค้ำประกันการจัดทำสาธารณูปโภคแล้วแต่กรณีตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 24

3. การตรวจสอบการขุดดิน และถมดิน ในโครงการจัดสรรที่ดินที่ขออนุญาตให้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. 2543

2.1.3.4 กรมทางหลวง²⁵

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงคมนาคม มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน คือ ตรวจสอบที่ดินที่ขออนุญาตจัดสรรว่าอยู่ในแนวเขตเวนคืนที่ดินตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 หรือไม่ และอนุญาตให้เชื่อมถนนในโครงการจัดสรรที่ดินกับทางหลวง ตามพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535

2.1.3.5 องค์การปกครองรูปแบบพิเศษและองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น²⁶

องค์การปกครองรูปแบบพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด แล้วแต่กรณี มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ดังนี้

1. การขออนุญาตก่อสร้างอาคาร และควบคุมการก่อสร้างให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

2. การขออนุญาตระบายน้ำจากโครงการจัดสรรที่ดินลงสู่ทางน้ำหรือแหล่งน้ำสาธารณะตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องถิ่น พ.ศ. 2457

²⁵ กรมทางหลวง. (2563). *หน้าที่และความรับผิดชอบของกรมทางหลวง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.doh.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

²⁶ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น. (2563). *ภารกิจขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.phonyang.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

3. การขออนุญาตเชื่อมถนนในโครงการจัดสรรที่ดิน กับทางสาธารณะซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ องค์กรปกครองรูปแบบพิเศษ แล้วแต่กรณี

4. การขอให้บริการจัดเก็บขยะในโครงการจัดสรรที่ดิน ตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535²⁷

5. การขอให้บริการประปาแก่โครงการจัดสรรที่ดิน ในกรณีเป็นระบบประปาหมู่บ้านขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.1.3.6 กรมเจ้าท่า²⁸

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงคมนาคม เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการขออนุญาตระบายน้ำจากโครงการจัดสรรที่ดินลงสู่แม่น้ำลำคลอง และก่อสร้างสิ่งล่วงลำน้ำ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรมเจ้าท่า ตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456

2.1.3.7 กรมชลประทาน²⁹

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดินในกรณีการขออนุญาตระบายน้ำจากโครงการจัดสรรที่ดินลงสู่คลองชลประทาน ซึ่งอยู่ในความดูแลของกรมชลประทาน ตามพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485

2.1.3.8 สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม³⁰

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดินในกรณีการขออนุญาตจัดสรรที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัย หรือเพื่อประกอบการพาณิชย์ ซึ่งมีจำนวนที่ดินแปลงย่อยตั้งแต่ห้าร้อยแปลงขึ้นไป หรือเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่ ผู้ขอต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

²⁷ บุษบา บรรหาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 22 - 23.

²⁸ กรมเจ้าท่า. (2563). *ภารกิจกรมเจ้าท่า*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.md.go.th>. [2563, 29 กันยายน].

²⁹ กรมชลประทาน. (2563). *ภารกิจกรมชลประทาน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.rid.go.th>. [2563, 29 กันยายน].

³⁰ สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. (2563). *ภารกิจสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.onep.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

2.1.3.9 การไฟฟ้านครหลวง³¹ หรือการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค³² แล้วแต่กรณี

เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการออกแบบประมาณการค่าติดตั้งระบบไฟฟ้า ในโครงการจัดสรรที่ดินให้เป็นไปตามมาตรฐานของการไฟฟ้า ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 และพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503

2.1.3.10 การประปานครหลวง³³ หรือการประปาส่วนภูมิภาค³⁴ แล้วแต่กรณี

เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีออกแบบประมาณการค่าติดตั้งและดำเนินการติดตั้งระบบประปา ในโครงการจัดสรรที่ดินให้เป็นไปตามมาตรฐานของการประปา ตามพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

2.1.3.11 กรมทรัพยากรธรณี³⁵

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงอุตสาหกรรม เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดินในกรณีผู้ขออนุญาตจัดสรรที่ดิน ขออนุญาตขุดเจาะน้ำบาดาล และขออนุญาตใช้น้ำบาดาลสำหรับการขุดน้ำในที่ดินจัดสรรหรือหมู่บ้านจัดสรรซึ่งยังไม่มีระบบน้ำประปา ผ่านหน้าหมู่บ้าน ตามพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520

³¹ การไฟฟ้านครหลวง. (2563). *ภารกิจการไฟฟ้านครหลวง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.mea.or.th>. [2563, 29 กันยายน]

³² การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค. (2563). *ภารกิจการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.pea.co.th>. [2563, 29 กันยายน]

³³ การประปานครหลวง. (2563). *ภารกิจการประปานครหลวง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.mwa.co.th>. [2563, 29 กันยายน]

³⁴ การประปาส่วนภูมิภาค. (2563). *ภารกิจการประปาส่วนภูมิภาค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.pwa.co.th>. [2563, 29 กันยายน]

³⁵ กรมทรัพยากรธรณี. (2563). *ภารกิจกรมทรัพยากรธรณี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.dmr.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

2.1.3.12 กรมการปกครอง³⁶

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงมหาดไทย เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการขอเลขที่บ้านให้แก่โครงการจัดสรรที่ดิน ตามพระราชบัญญัติทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534

2.1.3.13 กรมสรรพากร³⁷

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงการคลัง เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการจัดเก็บภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร ซึ่งได้แก่ ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีธุรกิจเฉพาะภาษีอากร และอากรแสตมป์

2.1.3.14 กรมธนารักษ์³⁸

เป็นหน่วยงานของรัฐ สังกัดกระทรวงการคลัง เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ในกรณีการขอประเมินราคาที่ดินที่จัดสรร

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการจัดทำสาธารณูปโภค

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดทำสาธารณูปโภค

แต่เดิมภาครัฐมีหน้าที่จัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชน³⁹ พร้อมทั้งมีหน้าที่จัดสร้างสาธารณูปโภค เช่น ถนน ประปา ไฟฟ้า ในแต่ละท้องที่ตามความพร้อมของงบประมาณและความต้องการของประชาชน ซึ่งเมื่อรัฐได้อนุญาตให้เอกชนเข้ามาดำเนินธุรกิจจัดสรรที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย แทนรัฐ ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องรับหน้าที่ในการจัดทำสาธารณูปโภคไปด้วย เนื่องจากโครงการจัดสรรได้แบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อย ๆ เป็นจำนวนมาก เพื่อให้คุ้มค่าในการดำเนินการแต่ละโครงการ จึงอาจจะทำให้ที่ดินบางแปลงเป็นที่ดินตาบอด ไม่มีทางเข้าออกสู่ทางสาธารณะทำให้ผู้ซื้อมีปัญหาไม่สามารถเข้าออกที่ของตัวเองได้ อีกทั้งการจะขอติดตั้งน้ำประปา หรือ ไฟฟ้า ก็เป็นเรื่องยาก หากจะต้องขอร้องผ่านที่ดินบุคคลอื่น รัฐจึงมีแนวคิดให้เอกชนผู้ประกอบการเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำสาธารณูปโภคต่าง ๆ ที่จำเป็นแก่การอยู่อาศัย โดยได้บัญญัติไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ให้ผู้จัดสรรมีหน้าที่ดำเนินการจัดทำสาธารณูปโภคภายในโครงการตามแผนผัง

³⁶ กรมการปกครอง. (2563). *ภารกิจกรมการปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.dopa.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

³⁷ กรมสรรพากร. (2563). *ภารกิจกรมสรรพากร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://moc.ocsc.go.th>. [2563, 29 กันยายน].

³⁸ กรมธนารักษ์. (2563). *ภารกิจกรมธนารักษ์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://treasury.go.th>. [2563, 29 กันยายน]

³⁹ ธนู พิมพรรณ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 6. หน้า 1.

โครงการที่ได้รับอนุญาต แต่ก็พบปัญหาหลังจากผู้จัดสรรที่ดินจัดสร้างให้สาธารณูปโภคตามใบอนุญาตจัดสรรแล้ว แต่ไม่มีข้อกำหนดให้ผู้จัดสรรมีหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาทำให้สาธารณูปโภคต่าง ๆ ในโครงการเสื่อมสภาพไม่สามารถใช้งานได้ ทำให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้รับความเดือดร้อน

จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมาย พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ขึ้นมาใช้แทนประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับ 286 เพื่อปรับปรุงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เช่น เพิ่มบทบัญญัติหน้าที่ผู้รับผิดชอบบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ และมาตรการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรรให้ได้รับความคุ้มครองมากขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับกาลเวลา

2.2.2 ความหมายของสาธารณูปโภค

เดิมพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มิได้มีการบัญญัติไว้ในคำนิยามความหมายคำว่า “สาธารณูปโภค” ไว้โดยตรงอาจอาศัยเทียบเคียงกับความหมายตามกฎหมายอื่น

1. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542⁴⁰ ได้ให้ความหมายคำว่า “สาธารณูปโภค” หมายถึง บริการสาธารณะที่จัดทำเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน สิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น การไฟฟ้า การประปา การเดินทางประจำทาง โทรศัพท์ และเมื่อย้อนไปดูความหมายตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ซึ่งได้ให้บทนิยามไว้ดังนี้ “การประกอบการเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป เช่น ไฟฟ้า น้ำประปา” ทั้งนี้คำว่า “สาธารณูปโภค” เกิดจากการนำคำว่า “สาธารณ” ซึ่งแปลว่า “ทั่วไป” หรือที่เรามาใช้ในภาษาไทยเป็นคำวิเศษณ์หมายความว่า “เพื่อประชาชนทั่วไป” กับคำว่า “อุปโภค” ซึ่งหมายความว่า “เอามาใช้ให้เกิดประโยชน์” มาเข้าสนธิกันจึงได้หมายถึง “การประกอบการเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนทั่วไป” ไม่ใช่เพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การไฟฟ้า การประปา การโทรศัพท์ ฯลฯ ก็ถือว่าเป็นสาธารณูปโภคทั้งสิ้น

2. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามความหมายของคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 (4) คดีพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยมาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “สัญญาทางปกครอง”⁴¹ หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงาน

⁴⁰ เริ่มปรับปรุงเมื่อใดไม่ปรากฏ แต่ราชบัณฑิตยสถานตั้งใจจะจัดพิมพ์ในวโรกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 6 รอบ พ.ศ. 2542 แต่มีได้แล้วเสร็จในเวลาดังกล่าว ทว่าในที่สุดได้ปรับปรุงสำเร็จราว พ.ศ. 2544 โดยยังคงเรียกว่าฉบับ พ.ศ. 2542 พิมพ์ครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2546.

⁴¹ อวตาร เกียรติทับทิว. (2551). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 483 – 489.

ทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

จากคำนิยามคำว่า สัญญาทางปกครองได้ระบุสัญญาประเภทต่าง ๆ ที่ถือว่าเป็นสัญญาทางปกครองและมีสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภครวมอยู่ด้วย ซึ่งทางอาจารย์ถาวร เกียรติทับทิว ได้อธิบายว่าความหมายของสัญญาทั้งสองลักษณะดังนี้

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ⁴² หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมอบบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำ หรือเข้าร่วมจัดทำ ได้แก่ การทำสัญญาต่าง ๆ กับเอกชน เช่น สัญญาจ้างสอนหนังสือในมหาวิทยาลัย สัญญาจ้างทำอาหารเลี้ยงผู้ลี้ภัยก่อนส่งกลับประเทศและสัญญาว่าจ้างเก็บขยะมูลฝอยของเทศบาล และสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการ (คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 545/2546) รวมทั้งสัญญาที่ผู้ให้สัญญากับหน่วยงานทางปกครองว่าจะกลับดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการบริการสาธารณะ เช่น สัญญารับทุนการศึกษา (คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 477/2546) สัญญาขอลาศึกษา (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545)

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค⁴³ เป็นกรณีที่รัฐจัดให้มีถาวรวัตถุที่ประชาชนสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง หรือเป็นสิ่งที่จัดทำขึ้นเนื่องจากมีความจำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน ซึ่งแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ

(1) ทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นถาวรวัตถุซึ่งจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชน โดยทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ร่วมกันได้โดยตรง เช่น ถนน สะพานสวนสาธารณะ ทางเดินเท้าสาธารณะ ท่อระบายน้ำสาธารณะ ท่าเทียบเรือสาธารณะที่פקผู้โดยสารรถประจำทาง เป็นต้น

(2) ทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ ที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต เช่น เสาไฟฟ้าสายไฟฟ้า ท่อประปา เขื่อน โรงเรียน โรงพยาบาล สถานีดับเพลิง โรงบำบัดน้ำเสีย โรงกำจัดขยะ เป็นต้น

3. พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 4 ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “บริการสาธารณะ” หมายความว่า การให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในโครงการจัดสรรที่ดินที่กำหนดไว้ในโครงการที่ขออนุญาตจัดสรรที่ดินตามมาตรา 23 (4) แต่ก็มีได้มีการบัญญัติความหมายของคำว่า “สาธารณูปโภค” ไว้แต่อย่างไร

⁴² อริยพร โปธิโส. (2554). “คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”. *จตุรนิติ*, 8 (1). หน้า 42.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

ต่อมาได้มีการปรับปรุงกฎหมาย พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 มาตรา 3 ให้เพิ่มบทนิยามคำว่า “สาธารณูปโภค” ระหว่างบทนิยามคำว่า “ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร” และ คำว่า “บริการสาธารณะ” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้ให้คำนิยาม ดังนี้

“สาธารณูปโภค⁴⁴ หมายความว่า สิ่งอำนวยความสะดวกที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้น เพื่อให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรใช้ประโยชน์ร่วมกันตามสัญญาหรือแผนผังโครงการที่ได้รับอนุญาต”

เพื่อแก้ไขปัญหาการตีความหมายผิดของคำว่า “สาธารณูปโภค” และ “บริการสาธารณะ” ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร อีกทั้งได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้จัดสรรในการดูแลบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะก่อนมีการส่งมอบให้แก่นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรไว้อย่างชัดเจน

2.2.3 แนวคิดการควบคุมการจัดทำสาธารณูปโภค

พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 23 ได้บัญญัติว่า

“ ผู้ใดประสงค์จะทำการจัดสรรที่ดินให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่พร้อมหลักฐานและรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่มีชื่อผู้ขอใบอนุญาตทำการจัดสรรที่ดินเป็นผู้มีสิทธิในที่ดิน โดยที่ดินนั้นต้องปลอดจากบุริมสิทธิใด ๆ เว้นแต่บุริมสิทธิในมูลชื่อขายอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีที่ดินที่ขอทำการจัดสรรที่ดินมีบุริมสิทธิในมูลชื่อขายอสังหาริมทรัพย์ หรือภาระการจำนอง ให้แสดงบันทึกความยินยอมให้ทำการจัดสรรที่ดินของผู้ทรงบุริมสิทธิหรือผู้รับจำนองและจำนวนเงินที่ผู้ทรงบุริมสิทธิหรือผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้จากที่ดินแปลงย่อยแต่ละแปลง และต้องระบุด้วยว่าที่ดินที่เป็นสาธารณูปโภคหรือที่ดินที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะไม่ต้องรับภาระหนี้บุริมสิทธิหรือจำนองดังกล่าว

(2) แผนผังแสดงจำนวนที่ดินแปลงย่อยที่จะขอจัดสรรและเนื้อที่โดยประมาณของแต่ละแปลง

⁴⁴ พระราชบัญญัติ การจัดสรรที่ดิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558.

“มาตรา 3 ให้เพิ่มบทนิยามคำว่า “สาธารณูปโภค” ระหว่างบทนิยามคำว่า “ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร” และคำว่า “บริการสาธารณะ” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

“สาธารณูปโภค” หมายความว่า สิ่งอำนวยความสะดวกที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรใช้ประโยชน์ร่วมกันตามสัญญาหรือแผนผังโครงการที่ได้รับอนุญาต”

(3) โครงการปรับปรุงที่ดินที่ขอจัดสรร การจัดให้มีสาธารณูปโภคและบริการ สาธารณะ รวมทั้งการปรับปรุงอื่นตามควรแก่สภาพของท้องถิ่น โดยแสดงผัง รายละเอียด และ รายการก่อสร้างประมาณการค่าก่อสร้าง และกำหนดเวลาที่จะจัดทำให้ แล้วเสร็จ ในกรณีที่ได้ มีการปรับปรุงที่ดินที่ขอจัดสรรหรือได้จัดทำสาธารณูปโภคหรือ บริการสาธารณะแล้วเสร็จทั้งหมด หรือบางส่วนก่อนขอทำการจัดสรรที่ดิน ให้แสดงแผนผังรายละเอียดและรายการก่อสร้างที่ได้ จัดทำแล้วเสร็จนั้นด้วย

(4) แผนงาน โครงการ และระยะเวลาการบำรุงรักษาสาธารณูปโภค

(5) วิธีการจำหน่ายที่ดินจัดสรรและการชำระราคาหรือค่าตอบแทน

(6) ภาระผูกพันต่าง ๆ ที่บุคคลอื่นมีส่วน ได้เสียเกี่ยวกับที่ดินที่ขอจัดสรรนั้น

(7) แบบสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรร

(8) ที่ตั้งสำนักงานของผู้ขอใบอนุญาตทำการจัดสรรที่ดิน

(9) ชื่อธนาคาร หรือสถาบันการเงินที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด ซึ่งจะเป็นผู้ค้ำประกันการจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะหรือการปรับปรุงที่ดิน และค้ำประกันการบำรุงรักษาสาธารณูปโภค และบริการสาธารณะ”

หลักเกณฑ์การจัดสรรที่ดินในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มีส่วนที่แตกต่างจากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ในการควบคุมวิธีการจัดทำสาธารณูปโภค ดังนี้

1) การแสดงแผนผังรายละเอียดการก่อสร้าง ทั้งในกรณีที่ทำกรปรับปรุงที่ดินหรือก่อสร้าง สาธารณูปโภค หรือบริการสาธารณะก่อนที่จะได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรร โดยต้องแสดงแผนผัง รายละเอียดการก่อสร้างที่ได้ทำไปแล้ว จากเดิมไม่ต้องแจ้งคณะกรรมการ นั้นก็เนื่องจากเดิมไม่มีการวางเงินค้ำประกันการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ การวางเงินค้ำประกัน ดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้จัดสรรที่ดินปล่อยปละละเลยไม่ดูแลบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการ สาธารณะภายในโครงการ

2) แผนงานและระยะเวลาในการรับผิดชอบบำรุงรักษาสาธารณูปโภค เพื่อเป็นการกำหนด ขอบเขตความรับผิดชอบในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคของผู้จัดสรรให้แน่นอนตั้งแต่เริ่ม และต้องหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาค้ำประกันตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในแผนผังโครงการ จัดสรร ซึ่งเป็นหน้าที่รับผิดชอบของผู้จัดสรรที่ต้องรับภาระในการดูแลรักษาสาธารณูปโภค และบริการสาธารณะในโครงการตามระยะเวลาที่ผู้จัดสรรเป็นผู้กำหนดหลังจากสิ้นสุดโครงการ⁴⁵

⁴⁵ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543. มาตรา 43.

3) ชื่อธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ค้ำประกันการจัดให้มีและบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ หรือการปรับปรุงที่ดินเพื่อให้มีผู้รับผิดชอบในกรณีผู้จัดสรรที่ดินไม่ปฏิบัติตามแผนผังหรือโครงการที่ได้รับอนุญาต เพื่อความมั่นใจของผู้ซื้อที่ดินจัดสรรว่าจะมีการก่อสร้างสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ (ถ้ามี) จนเสร็จ การที่ให้ธนาคารหรือสถาบันการเงินเป็นผู้ค้ำประกันนั้นเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุด แต่หากคณะกรรมการเห็นว่าธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ผู้จัดสรรเสนอนั้นไม่มีความน่าเชื่อถือก็สามารถให้เปลี่ยนหรือหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาค้ำประกันวงเงินเพิ่มได้ตามสมควร

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรอนุญาตให้ผู้ใดทำการจัดสรรที่ดินและผู้นั้นยังมีได้จัดให้มีสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะหรือการปรับปรุงที่ดิน หรือดำเนินการยังไม่แล้วเสร็จตามแผนผังโครงการ คณะกรรมการจะต้องให้ผู้ขอใบอนุญาตดำเนินการให้ธนาคาร หรือสถาบันการเงินที่ได้รับอนุญาตไว้ในแผนผังโครงการ นำเงินค้ำประกันมาชำระภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด เพื่อคณะกรรมการจะได้ใช้เงินนั้นในการดำเนินการจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะ หรือปรับปรุงที่ดินนั้นให้แล้วเสร็จตามแผนผังโครงการที่ได้รับอนุญาต หากมีเงินเหลือจะถือให้แก่ผู้ค้ำประกันโดยไม่ชักช้า

คณะกรรมการอาจมอบหมายให้ผู้ค้ำประกันเป็นผู้ดำเนินการจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะ หรือปรับปรุงที่ดินให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่คณะกรรมการกำหนดแทนการเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระเงินก็ได้ ถ้าผู้ค้ำประกันไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือไม่ทำให้แล้วเสร็จภายในกำหนด และหากจำนวนเงินที่ค้ำประกันไม่เพียงพอ หรือผู้ค้ำประกันไม่จ่ายเงินตามที่ค้ำประกันไว้ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ดี ผู้ขอใบอนุญาตทำการจัดสรรที่ดินจะเป็นผู้จ่ายเงินตามจำนวนที่ขาดให้แก่คณะกรรมการเพื่อดำเนินการให้แล้วเสร็จ

ในกรณีที่มีสัญญาที่ทำไว้กับคณะกรรมการ ให้ประธานคณะกรรมการมีอำนาจฟ้องและต่อสู้อย่างเต็มที่ในนามคณะกรรมการ

“สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาวะจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร และให้เป็นหน้าที่ของผู้จัดสรรที่ดินที่จะบำรุงรักษาสาธารณูปโภคดังกล่าว ให้คงสภาพดังเช่นที่ได้จัดทำขึ้นนั้นต่อไป และจะกระทำการใดอันเป็นเหตุให้ประโยชน์แห่งภาวะจำยอมลดไปหรือเสื่อมความสะดวกมิได้

ให้ผู้จัดสรรที่ดินจัดหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาทำสัญญาค้ำประกันการบำรุงรักษาสาธารณูปโภค ซึ่งผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้น และยังคงอยู่ในความรับผิดชอบในการบำรุงรักษาของผู้จัดสรรที่ดินตามวรรคหนึ่งกับคณะกรรมการ และให้นำมาตรา 24 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

2.3 หลักการที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดทำสาธารณูปโภค

2.3.1 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

การเกิดขึ้นของสิทธิและเสรีภาพมีที่มาจากแนวความคิด โดยแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางความคิดด้านหลักทฤษฎีของสำนักกฎหมายธรรมชาติ เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมกับสิทธิและเสรีภาพ มนุษย์สามารถคิด ตัดสินใจและกระทำการใด ๆ ในเรื่องของตนเองได้โดยอิสระ ซึ่งเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์ผู้นั้นอยู่ตลอดไม่ว่าเขาจะอยู่ในเขตการปกครองใดหรือเขาจะมีเชื้อชาติ ภาษา หรือนับถือศาสนาใด⁴⁶ สำนักกฎหมายธรรมชาติก็ถือว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมีโดยเสมอภาคกันนับเป็นศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ปัจจุบันเรารู้จักสิทธิและเสรีภาพในความหมายนี้ในฐานะสิทธิมนุษยชน⁴⁷

ตามทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองให้นิยามความหมายของสิทธิและเสรีภาพที่แตกต่างไปจากทฤษฎีของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ กล่าวคือ สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมองว่า

สิทธิ หมายถึง ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่น เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่ถือได้ของบุคคลนั้น หรือเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน บุคคลอื่นมีหน้าที่ที่จะไม่เข้ามาแทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิของผู้ทรงสิทธิเพื่อให้ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิของตนได้ตามเป้าหมาย

เราสามารถจำแนกสิทธิตามความหมายออกเป็น 2 แบบ คือสิทธิในฐานะที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้นและสิทธิในฐานะที่กฎหมายคุ้มครองมิให้ผู้ใดมาละเมิด⁴⁸

เสรีภาพ หมายถึง สภาพการณ์หรือสถานะของบุคคลที่มีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยความประสงค์ของตนเองการกระทำดังกล่าวมิได้อยู่ภายใต้การครอบงำหรือแทรกแซงของบุคคล⁴⁹

⁴⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (ครั้งที่ 6)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 184.

⁴⁷ สำเรียง เมฆเกรียงไกร. (2556). *การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: กรณีศึกษาแร่ใยหินโครไทล์ในประเทศไทย (Protection of People's Rights and Liberties : Case study on White Asbestos in Thailand)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 36.

⁴⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 174 - 180.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 182.

จอห์น สจวต มิลล์ (John Stuart Mill, 1806-1873) นักปรัชญาและนักเศรษฐศาสตร์การเมืองที่มีชื่อเสียงในศตวรรษที่ 19 สร้างนิยามความหมายของเสรีภาพไว้อย่างชัดเจนในงานเขียนของเขาที่มีชื่อว่า ON LIBERTY ความว่า

“บุคคลคนหนึ่งควรต้องมีเสรีภาพที่จะทำตามสิ่งที่เขาพอใจในเรื่องของเขาเอง แต่เขาไม่ควรจะมีเสรีภาพที่จะทำตามใจชอบในการกระทำ เพื่ออีกคนหนึ่ง โดยอ้างว่ากิจธุระของผู้นั้นเป็นกิจธุระของเขาเอง”⁵⁰

ด้วยเหตุนี้เสรีภาพจึงหมายถึง อิสระในการกำหนดตนเอง เป็นสภาวะของบุคคลที่เป็นอิสระเรียกอีกชื่อหนึ่งได้ว่า อิสระภาพ

ดังนั้นคำว่า สิทธิเสรีภาพ จึงสามารถตีความได้ว่า ความชอบธรรมของมนุษย์ที่จะสามารถใช้ยืนยันกับมนุษย์คนอื่น ได้เนื่องจากเมื่อมนุษย์คนหนึ่งมีสิทธิมนุษยชนคนอื่น ๆ ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำที่เกิดขึ้นจากความชอบธรรมดังกล่าว นอกจากหน้าที่ดังกล่าวแล้ว มนุษย์คนอื่นจะต้องไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว ไม่เข้าไปครอบงำความประสงค์ใด ๆ ที่มนุษย์ผู้เป็นเจ้าของสิทธิเสรีภาพปรารถนาที่จะกระทำ⁵¹

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประเทศแถบตะวันออกมีรากฐานที่แตกต่างกับแนวคิดของตะวันตกอยู่บ้าง ซึ่งทำให้แนวคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพอาจมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ที่มาของการเกิดขึ้นของเสรีภาพตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่เกิดจากการเรียกร้องของประชาชน หรือเป็นการที่พระมหากษัตริย์ หรือผู้นำประเทศได้เป็นผู้มอบให้แก่ประชาชนก็ย่อมมีความแตกต่างกัน ดังนั้นที่มาของสิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศหรือแต่ละฉบับ ย่อมมีความแตกต่างกันไปตามขอบเขตและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญนั้น ๆ

2.3.1.1 แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

เรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคล ได้รับความสนใจมาตั้งแต่ครั้งโบราณกาลในยุคโรมันและกรีกโบราณ มีนักปราชญ์ชื่อ อริสโตเติล (384-322 ปีก่อนคริสต์ศักราช) ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล ย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการเลือก ด้วยเหตุผลที่ถูกต้อง ย่อมช่วยให้

⁵⁰ สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (วช.). (2530). “*ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ*” (แปลจาก *On Liberty by John Stuart Mill*). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (วช). หน้า 33.

⁵¹ สำเรียง เมฆเกรียงไกร. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 47. หน้า 38.

เข้าถึงกฎธรรมชาติได้ และ ณ จุดนี้เอง คือสิทธิเสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์⁵² ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเข้าใจของมนุษย์ในยุคโบราณเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เชื่อว่ามนุษย์มีเสรีภาพอยู่แล้วตามธรรมชาติภายใต้เหตุผลที่ถูกต้อง โดยมีนักปราชญ์ในยุคเดียวกันชื่อ โสเครตีส เพลโต ได้สนับสนุนแนวความคิดนี้เช่นกัน⁵³ แต่มนุษย์ก็ยังมีสภาพเป็นเพียงส่วนหนึ่งของระบบการเมืองของรัฐเท่านั้น ความมีอยู่ของแต่ละบุคคลเป็นผลมาจากความมีอยู่ของรัฐ หากบุคคลต้องการที่จะมีบทบาทในนครรัฐผู้นั้นต้องเป็นเพศชายและไม่เป็นทาส โดยพลเมืองชาวโรมันจะมีแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ฉะนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในสมัยโบราณ จึงวนเวียนอยู่ในด้านการเข้ามามีส่วนร่วมในปรากฏการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นเท่านั้น เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพภายในรัฐ ยังมิได้มีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพจากรัฐแต่อย่างใด⁵⁴

มอง ฌาคส์ รูสโซ ผู้เสนอแนวความคิด สัญญาประชาคม ให้ความเห็นไว้ในหนังสือชื่อว่า *The Social Contract* ของเขาว่า แต่เดิมมนุษย์เกิดมามีเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด แต่เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันในสังคมมากขึ้น การทับซ้อนของเสรีภาพของมนุษย์แต่ละคนก็เพิ่มมากขึ้น เมื่อแต่ละคนต่างใช้เสรีภาพที่มีอย่างไม่จำกัด เสรีภาพนั้นจึงก่อความเสียหายให้แก่มนุษย์คนอื่นและสังคม รูสโซ จึงได้เสนอวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ว่า มนุษย์ควรเข้ามารวมตัวกันเพื่อทำสัญญาขึ้นมาฉบับหนึ่ง เป็นสัญญาที่ทุกคนในสังคมแสดงเจตจำนงร่วมกันที่จะสละเสรีภาพบางส่วนไป โดยยอมจำกัดตัวเองให้อยู่ในกรอบที่กำหนด ไม่ให้ตัวเองใช้สิทธิเสรีภาพที่มีไปสร้างความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น⁵⁵ แนวความคิดดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ซึ่งประเทศฝรั่งเศสก็ยืนยันในหลักการเดียวกันที่เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างอิสระ และเสมอภาคกันในสิทธิวัตถุประสงค์ทางการเมือง คือการรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติ ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคง ความปลอดภัย และการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง หากสังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยที่แน่ชัดสังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ

⁵² สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทรานิช. (2546). *การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

⁵³ บุญบา บรรหาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 28.

⁵⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2548). *หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 51.

⁵⁵ สำเรียง เมฆเกรียงไกร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 39.

และเมื่อมีการรับรองถึงสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนแล้ว ก็มีการเรียกร้องให้ประชาชนทุกคนได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน ทำให้เกิดหลักการห้ามปฏิบัติที่แตกต่าง ซึ่งเป็นหลักการที่ประกาศครั้งแรกในกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพ โดยไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางด้านเผ่าพันธุ์ เพศ ภาษา และศาสนา ต่อมาหลักการดังกล่าวได้ถูกบรรจุไว้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 3 โดยเขียนให้ชัดเจนขึ้นว่า “ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน” และ ตราสารสิทธิมนุษยชนต่อมาเกือบทุกเรื่อง อีกทั้งยังได้บรรจุหลักการนี้ไว้ในกติกา ระหว่างประเทศอีกด้วย⁵⁶

จากที่ได้กล่าวมานั้นแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ได้พัฒนาหลักการต่าง ๆ กลายมาเป็นหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่รัฐต่าง ๆ ที่มีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย ได้พัฒนาขึ้น เพื่อใช้เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหาร จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบดังนี้⁵⁷

- 1) กฎหมายจะต้องมีเจตนารมณ์เพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพ ไม่ใช่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอื่น หรือประโยชน์สาธารณะ
- 2) กฎหมายจะต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป
- 3) กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน กฎหมายจะต้องไม่จำกัด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหาร จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น

2.3.1.2 รัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

นับตั้งแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 ซึ่งได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรและฉบับชั่วคราว รวมแล้วทั้งสิ้น 20 ฉบับ เป็นที่ทราบกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใด ๆ ที่ใช้บังคับหรือจะใช้บังคับ

⁵⁶ บุญบา บรรหาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 30.

⁵⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). *กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 56.

จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทมิได้ เรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักการนี้ได้รับรองไว้ตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงปัจจุบัน⁵⁸

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 โดยบัญญัติไว้ในหมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวสยาม ได้วางหลักไว้อย่างกว้างว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาหรือลัทธิใด ๆ และมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน”⁵⁹ และ “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เลหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ”⁶⁰ แม้ว่าจะวางหลักไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ แต่ในเมื่อไม่มีกฎหมายมารองรับในบางเรื่องจึงมีการละเมิดจนเกิดผลเสียต่อการปกครอง

ดังนั้นในรัฐธรรมนูญทุกฉบับจึงให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักสำคัญตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นหลักการสำคัญที่ได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทุก ๆ ฉบับ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้มีการนำเรื่องสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาบัญญัติไว้ในหมวด 3 มาตรา 25-49 เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐ⁶¹

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายแนวคิดเรื่องนิติรัฐนี้ เป็นแนวคิดของประชาชนที่ฝังใฝ่ในสิทธิ ปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรับที่เป็นนิติรัฐ คือต้องมีบทบัญญัติที่สำคัญในเรื่องของเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในชีวิตร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ซึ่งรัฐจะไม่สามารถมาด้ากตัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องนี้ได้ ดังนั้นรัฐจึงควรถูกควบคุมการใช้อำนาจ โดยรัฐต้องอยู่ภายใต้ข้อกฎหมาย ดังนั้นหลักนิติรัฐจึงถือว่าเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร เป็นการคิดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยแท้⁶²

⁵⁸ พงษ์ธวัฒน์ บุญพิทักษ์. (2560). *สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?mid=1728. [2563, 17 กันยายน]

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495). มาตรา 25.

⁶⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495). มาตรา 26.

⁶¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 1 -7.

⁶² บุญบา บรรหาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 37.

2.3.2 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค⁶³ เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของการปกครองระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือเป็นหลักการที่ยอมรับว่ามนุษย์ทุกคนที่เกิดมามีความเท่าเทียมกัน และห้ามมิให้รัฐในฐานะผู้ปกครองใช้อำนาจปกครองเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพสถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นในทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ความสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักความเสมอภาคคือ เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจอธิปไตยตามอำเภอใจ การกระทำของรัฐที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหากเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดโดยเฉพาะ รัฐจะต้องสามารถให้คำอธิบายอันสมเหตุสมผลได้ว่าเพราะเหตุใดจึงดำเนินการเช่นนั้น หากเหตุผลที่ให้ไม่สามารถรับฟังได้อาจแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐกำลังใช้อำนาจอธิปไตยตามอำเภอใจและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยความไม่เป็นธรรม⁶⁴

2.3.2.1 แนวคิดของหลักความเสมอภาค

แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในปัจจุบันได้รับการรับรองอย่างชัดเจนโดยถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality before the law)⁶⁵ ที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ซึ่งผู้ที่มีความคิดเช่นนี้ได้แสดงความคิดเห็นต่อต้านลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยต้องการกีดกันพระมหากษัตริย์มิให้ใช้พระราชอำนาจผิดทำนองคลองธรรมโดยอ้างถึงหลักกฎหมายที่ว่า “บุคคลทุกคนเกิดมามีเสมอภาคกันและมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน คิดตัวมา สิทธินี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนได้”⁶⁶ และหลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยังเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับสิทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ในสมัยนั้นด้วยโดยได้ให้ความสำคัญ

⁶³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *หลักความเสมอภาค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>. [2563, 17 กันยายน]

⁶⁴ อภิวัฒน์ สุดสาว. (2560). *หลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%0%B9%88sub_Jun/8think/think16.pdf. [2563, 20 กันยายน]

⁶⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2544). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 34.

⁶⁶ สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 138.

กับปัจเจกชนและสิทธิทั้งหลายของปัจเจกชน ซึ่งจุดกำเนิดของระบบปัจเจกชนนิยมในทางกฎหมายมหาชน คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยการปฏิวัติปี 1789 นี้ได้ยกเลิกระบอบกษัตริย์ที่ปกครองด้วยระบบศักดินา ซึ่งบุคคลขึ้นอยู่กับฐานันดรและชนชั้นที่ตนสังกัด แต่ผู้ปฏิวัติได้ยกความสำคัญของปัจเจกชนขึ้นแทน โดยคำประกาศนี้ให้ความสำคัญกับคนแต่ละคนรวมทั้งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นว่าเป็นหัวใจของสังคม ตามทฤษฎีนี้ถือว่าหัวใจของสังคมอยู่ที่การยอมรับคุณค่าของทุกคนแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม รัฐหรือสังคมไม่สามารถก้าวท้าวสิทธิของเขาได้ เว้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม⁶⁷ อันจะเห็นได้จากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ.1789 ซึ่งมีข้อความว่า “มนุษย์เกิดมาและมีชีวิตอยู่โดยอิสระและโดยเสมอภาคภายใต้กฎหมายความแตกต่างในสังคมจะมีได้ก็เพื่อประโยชน์อันร่วมกัน” ต่อมาความคิดที่ว่ามนุษย์เกิดมาย่อมเสมอภาคกันตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปี ค.ศ. 1789 นี้ได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี 1946 และปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 โดยได้แสดงความเชื่อมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติโดยรัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1958 ได้ยืนยันปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี 1946 ไว้ด้วย⁶⁸

2.3.2.2 วิวัฒนาการแนวคิดของหลักความเสมอภาค

แนวความคิดเรื่องความเสมอภาคในสมัยดั้งเดิมนั้นเกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคโรมัน และต่อมาในสมัยกลางระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวคิดเรื่องความเสมอภาค โดยสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้นซึ่งแปรผันตามที่ดินและเจ้าของที่ดินเข้าศักดินา แต่อย่างไรก็ตามความไม่เสมอภาคดังกล่าวในสมัยกลางค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเกิดชนชั้นกลางที่เข้มแข็งขึ้นจนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งต่อมาได้มีเอกสารที่แสดงออกถึงหลักความเสมอภาคที่ดีที่สุด คือปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยบัญญัติรับรองไว้ถึง 3 มาตราได้แก่⁶⁹

⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 70.

⁶⁸ สาโรจน์ เอี่ยมมงคล. (2560). *การเสริมสร้างความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.library.coj.go.th/EbookInfo/index/14805/load>. [2563, 20 กันยายน]

⁶⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *หลักความเสมอภาค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>. [2563, 17 กันยายน]

มาตรา 1 “มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม”

มาตรา 6 “กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน...กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกัน เบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐ ตามความสามารถโดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน”

มาตรา 13 “เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน”

ในภายหลังแนวคิดของหลักความเสมอภาคดังกล่าวก็ได้ถูกนำไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศเพื่อเป็นการรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน อาทิ⁷⁰ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตราแรกว่า “ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นของประชาชน เป็นประชาธิปไตยและเป็นของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชน โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิดเชื้อชาติหรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย”⁷¹

รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมัน ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 บัญญัติไว้ในมาตรา 3⁷²

- “1. มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย
2. ชายและหญิงมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย รัฐผูกพันที่จะต้องดำเนินการให้ความเสมอภาคอย่างแท้จริงระหว่างหญิงและชาย และจะต้องดำเนินการให้ยกเลิกอุปสรรคที่ดำรงอยู่
3. บุคคลย่อมไม่ถูกเลือกปฏิบัติหรือมีอภิสิทธิ์เพราะเหตุในเรื่องเพศ ชาติกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา ชาติ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อ หรือความคิดเห็นในทางศาสนาหรือในทางการเมือง บุคคลย่อมไม่ถูกแบ่งแยกด้วยเหตุเพราะความพิการ”

รัฐธรรมนูญอิตาลี ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1947 บัญญัติไว้ในมาตรา 3⁷³ ว่า “พลเมืองทุกคนมีศักดิ์ศรีทางสังคมอย่างเดียวกันและเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายโดยปราศจากการแบ่งแยกเพราะเพศ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สภาพร่างกาย หรือ

⁷⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ กล้า สมุทรวนิช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52, หน้า 161-164.

⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งรัฐฝรั่งเศส, มาตรา 1.

⁷² บุษบา บรรหาร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21, หน้า 41.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

สภาพทางสังคม เป็นหน้าที่ของสาธารณรัฐที่จะต้องจัดอุปสรรคทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมที่ขัดขวางต่อการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงของผู้ใช้แรงงานในองค์กรทางการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดที่ไม่กระทบต่อเสรีภาพและความเสมอภาคของพลเมือง”

รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐออสเตรีย ฉบับปัจจุบันลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 บัญญัติไว้ในมาตรา 7⁴ ว่า

“1. พลเมืองของสหพันธ์ทุกคนมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย อภิสัทธีจากการเกิด เพศ สภาพร่างกาย ชนชั้น ศาสนาไม่อาจมิได้ บุคคลย่อมไม่ถูกกีดกันเพราะความพิการ สาธารณรัฐผูกพันที่จะคุ้มครองความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อคนพิการและบุคคลธรรมดาทั่วไปในทุกแง่มุมของชีวิตประจำวัน

2. สหพันธรัฐ มลรัฐและเทศบาลรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง มาตรการที่มุ่งส่งเสริมความเสมอภาคดังกล่าวย่อมได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามาตรการเหล่านั้นต้องการจัดความไม่เสมอภาคที่ดำรงอยู่...”

นอกจากนี้ยังมีเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับที่ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้เช่นกัน เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention of Civil and Political Rights), ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) โดยได้รับบุหลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน⁷⁵

จากแนวคิดหลักความเสมอภาคในระบบสากลข้างต้น ได้มีอิทธิพลต่อประเทศไทย ในการกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคเช่นกัน โดยก่อนการปฏิวัติการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 นั้นประเทศไทยไม่มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้แต่ประการใดซึ่งเห็นได้จากการมีส่วนร่วมทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่ทำโดยบุคคลบางกลุ่มเท่านั้นเมื่อคณะราษฎรทำการปฏิวัติจึงได้ร่างประกาศ 6 ประการซึ่งมีหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง⁷⁶

แต่อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 จะมีได้กล่าวถึงหลักความเสมอภาคไว้โดยเฉพาะซึ่งก็น่าจะเป็นเพราะต้องการความรวดเร็วและมุ่งให้เป็นธรรมนูญฉบับชั่วคราว ทั้งอีกคณะราษฎรเห็นว่าได้ยอมรับหลักความเสมอภาคไว้ในประกาศ 6 ประการ ซึ่งถือเป็นปฏิญญาแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสยามที่มีผลบังคับได้

⁷⁴ บุญบา บรรหาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 41.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

⁷⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ กล้า สมุทรวนิช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 174.

ดังเช่นรัฐธรรมนูญอยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้มีการเข้าช้อนแต่ประการใด แต่ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2475 นี้ก็เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคในการออกเสียงเลือกตั้งโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า “ราษฎรไม่ว่าเพศใด...ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้...” หลังจากนั้นก็มีรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับที่บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้โดยชัดแจ้งโดยมักบัญญัติให้ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอกัน⁷⁷ แต่การใช้กฎหมายของไทยนับตั้งแต่ที่ได้มีการนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรก หลักดังกล่าวแทบจะไม่ค่อยได้รับการกล่าวถึงหลักความเสมอภาคจึงเป็นเพียงหลักการที่บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้พัฒนาการของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นไปอย่างจำกัด⁷⁸

จากพัฒนาการของหลักความเสมอภาคที่มีมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน ที่ประเทศไทยได้รับมาจากระบบสากลนั้นจะเห็นได้ว่าพัฒนาการดังกล่าวมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไปจนกระทั่งมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ขึ้น พัฒนาการจึงได้มีการก้าวกระโดดอย่างเห็นได้ชัด โดยได้มีการนำแนวคิดหลักความเสมอภาคในต่างประเทศมาบัญญัติเป็นหลักความเสมอภาค ในมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญจึงทำให้มีความก้าวหน้าทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องทำความเข้าใจในแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคด้วยเพื่อจะทำให้หลักการดังกล่าวบังคับใช้ได้เป็นอย่างดีเป็นรูปธรรมซึ่งผลลัพธ์ก็จะเป็นการคุ้มครองประชาชนภายใต้หลักความเสมอภาคนั่นเอง

2.3.2.3 ความหมายของหลักความเสมอภาค

ความหมายตามหลักสิทธิมนุษยชน หมายถึง ความเท่าเทียมของมนุษย์ทุกคนในการได้รับสิทธิพื้นฐานตามหลักสิทธิมนุษยชน โดยผ่านการปฏิบัติต่อกันระหว่างมนุษย์ต่อมนุษย์ด้วยความเคารพต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ความหมายตามหลักกฎหมาย หมายถึง หลักการพื้นฐานของความยุติธรรม ที่กำหนดให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน⁷⁹ ความหมายตามระบอบประชาธิปไตยหมายถึง การที่ประชาชนทุกคนในประเทศ

⁷⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ กล้า สมุทรวณิช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 175.

⁷⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่อง หลักความเสมอภาค*. กรุงเทพฯ: อรุณสภา. หน้า 1 - 2.

⁷⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *หลักความเสมอภาค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>. [2563, 22 กันยายน]

มีความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในเรื่องสิ่งจำเป็นขั้นพื้นฐาน ในที่นี้สิ่งที่จำเป็นขั้นพื้นฐานต่อการอยู่รอดและพัฒนาตัวเองตามหลักสิทธิมนุษยชน คือ ปัจจัยสี่ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย การนับถือศาสนา การศึกษาและการรับรู้ข่าวสาร การเข้าถึงบริการสาธารณะและสวัสดิการสังคม การประกอบอาชีพ การมีส่วนร่วมทางการเมือง และการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น เด็กจะถูกปฏิเสธให้เข้าเรียนหนังสือ เพราะเป็นคริสต์หรือมุสลิม หรือเพราะความพิการ หรือเพราะไม่ใช่คนไทย ย่อมทำไม่ได้ หรือการถูกปฏิเสธไม่ให้เข้ารับการรักษาพยาบาลเพราะมีความเชื่อทางการเมืองต่างจากคนอื่น ก็ย่อมทำไม่ได้ และการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค⁸⁰

2.3.2.4 ประเภทของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท⁸¹ ดังนี้

1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคน ซึ่งสามารถยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างกับการใช้อำนาจกระทำหรือไม่กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของรัฐที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของตน ได้หากเรื่องนั้นมิได้มีการบัญญัติไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ตัวอย่างเช่น ความเสมอภาคในการได้รับบริการสาธารณะ ความเสมอภาคในการเข้าทำสัญญากับรัฐ ความเสมอภาคในการสอบบรรจุข้าราชการ กล่าวคือ ความเสมอภาคทั่วไป เป็นสิทธิของบุคคลที่จะเรียกร้องไม่ให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้อำนาจอย่างอำเภอใจไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยพิจารณาถึงเนื้อหา หรือไม่มีเหตุผลสนับสนุนที่จะรับฟังได้ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาคทั่วไป ดังนั้นหลักความเสมอภาคต่อหน้าที่ตามกฎหมาย จึงเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน⁸²

หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่ว่าดำเนินการทุกสิ่งทุกอย่างต้องทำเหมือนกันหมด แต่เป็นไปตามคำกล่าวของ H.L.A Hart⁸³ ที่ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *The Concept of Law* ว่า “*Treat like cases alike and treat different cases differently*” ซึ่งหมายความว่า “สิ่งที่เหมือนกัน

⁸⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 69, หน้า 38.

⁸¹ บุญบา บรรหาร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21, หน้า 46.

⁸² บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, (2556). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 277.

⁸³ นักปรัชญากฎหมายสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (ค.ศ.1907 – 1992).

ต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน สิ่งที่แตกต่างกันต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน” โดยมีหลักในการพิจารณาเรื่องความเสมอภาค แยกพิจารณาได้ดังนี้⁸⁴

(1) กรณีข้อเท็จจริงเดียวกัน รัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนด้วยกฎเกณฑ์เดียวกัน จึงจะถือว่าเสมอภาค เช่น ผู้ชายทุกคน (ข้อเท็จจริงเดียวกัน) กฎหมาย (กฎเกณฑ์เดียวกัน) บังคับให้ต้องถูกเกณฑ์ทหาร

(2) กรณีข้อเท็จจริงต่างกัน รัฐต้องปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่ต่างกันจึงจะถือว่าเสมอภาค เช่น ชายและหญิงมีข้อเท็จจริงทางสภาพร่างกายที่แตกต่างกัน กฎหมาย (กฎเกณฑ์) จึงกำหนดให้เฉพาะชายเท่านั้นที่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร หญิงไม่ต้องถูกเกณฑ์ทหาร ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนี้ต้องมีเหตุผลที่สามารถอธิบายและรับฟังได้ด้วย

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายถึง หลักความเสมอภาคที่นำมาใช้พิจารณาเฉพาะกรณี โดยต้องพิจารณาว่ากรณีใดจะขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหรือไม่ จึงต้องดูที่หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่กำหนดไว้ก่อนเสียก่อน หากเห็นว่าไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้ว กรณีดังกล่าวก็ไม่ต้องกลับมาพิจารณาหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก⁸⁵ ตัวอย่างของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหญิงและชาย เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุก ๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก⁸⁶ ตัวอย่างกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นได้แก่การคัดเลือกพนักงานคดีปกครองเฉพาะบุคคลที่ได้รับวุฒิปริญญาตรีเกียรตินิยม (คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 387/2548)

⁸⁴ มานิตย์ จุมปา. (2550). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: บริษัท วี. พรินท์ (1991) จำกัด. หน้า 116 – 117.

⁸⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 167.

⁸⁶ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 133.

2.3.2.5 หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค

หลักแห่งความเสมอภาค เป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันได้แต่โดยการใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติ เนื่องจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ดังนั้นการปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาคย่อมแตกต่างกันไป⁸⁷ ทั้งนี้ต้องเป็นความแตกต่างที่ยอมรับได้ปรากฏเป็นที่ยอมรับและนำไปปฏิบัติซึ่งมีผลเป็นการผูกพันองค์กรของรัฐที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตาม โดยในการปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวมีหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ดังนี้

1) ต้องใช้กฎเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคน เว้นแต่ว่าสถานการณ์แตกต่างกันไป หลักเกณฑ์ทั่วไปของการปฏิบัติ คือต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกันในสถานการณ์เดียวกัน เว้นแต่ว่าสถานการณ์นั้นแตกต่างออกไป จึงเป็นการต้องห้ามแก่ผู้บัญญัติกฎเกณฑ์ที่จะต้องไม่ออกกฎเกณฑ์ให้มีผลไม่เสมอภาคแก่บุคคล กล่าวคือเหตุการณ์ที่เหมือนกันหรือที่เหมือนกันในสาระสำคัญนั้นต้องได้รับการปฏิบัติโดยกฎเกณฑ์เช่นเดียวกัน แต่หากมีใช้เรื่องที่มีสภาพการณ์อย่างเดียวกันก็สามารถปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่มายังคับใช้แก่บุคคลซึ่งออกฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ย่อมมีเนื้อหา รายละเอียด และผลบังคับที่แตกต่างกันไปได้ เช่น ความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะจากรัฐ ประชาชนทุกคนสามารถใช้บริการรถเมล์ของรัฐอย่างเสมอภาคทุกคนซึ่งเป็นหลักความเสมอภาคอย่างกว้าง ๆ อีกตัวอย่างหนึ่ง การที่รัฐกำหนดราคาตั๋วรถไฟเป็นชั้นหนึ่ง ชั้นสองและชั้นสามตามปัจจัยทางเศรษฐกิจของแต่ละคนที่แตกต่างกันไปตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน⁸⁸

2) การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้น การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องคำนึงถึงสาระสำคัญของกฎเกณฑ์ คือกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้นถึงแม้จะอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนั้นแตกต่างกันแล้วกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับนั้นต้องแตกต่างกันไปด้วย แต่ถ้าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นสาระสำคัญและอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแล้ว กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับนั้นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่นกฎหมายบำเหน็จบำนาญกำหนดให้ข้าราชการต้องรับราชการ 10 ปี ขึ้นไปจึงจะมีสิทธิรับบำเหน็จบำนาญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายบัญญัติให้ข้าราชการซึ่งรับราชการเพียง 2 ปีที่ผู้บังคับบัญชาเห็นควรยกย่องให้ได้รับบำเหน็จบำนาญเท่ากับข้าราชการซึ่งได้

⁸⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *หลักความเสมอภาค*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>. [2563, 22 กันยายน]

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, (ออนไลน์).

บ้านอายุ 10 ปีเช่นนี้หาได้ไม่ เพราะเมื่อเหตุไม่เหมือนกันคือเวลาราชการไม่เท่ากันก็ควรได้รับผลปฏิบัติแตกต่างกันไม่ควรให้ได้รับผลปฏิบัติเสมอกันแม้ว่าจะอยู่ในสถานะที่เป็นข้าราชการเหมือนกันก็ตามที่⁸⁹

3) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน การปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคนั้นย่อมต้องคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของปัจเจกชน ดังนั้นจะอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชนนั้นหาได้ไม่ เช่น ในกรณีที่มีความไม่สงบเกิดขึ้นในบ้านเมืองทางการจำเป็นต้องใช้มาตรการบางอย่างเพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขกลับมาสู่บ้านเมืองอย่างรวดเร็วที่สุด และการใช้มาตรการดังกล่าวนั้นสะท้อนให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติ และการเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคผู้ที่เดือดร้อนจากการกระทำดังกล่าวจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคต่อรัฐหาได้ไม่⁹⁰

4) การอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคนั้นจะต้องไม่เป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ การอ้างประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้น แม้จะถือว่าเป็นการกระทบต่อหลักแห่งความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ตามแต่อย่างไรก็ดีการกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วก็ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ การแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้นั้นที่เห็นได้ชัดก็คือ การแบ่งแยกที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่อง แหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น⁹¹

5) การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ หรือการปฏิบัติในทางบวก คือการดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริม และยกระดับบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นเพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่⁹² ซึ่งหลักการนี้เกิดจากแนวคิดของประธานาธิบดีจอห์น เอฟ. เคนเนดี และประธานาธิบดีลินดอน บี. จอห์นสัน ที่ต้องการสร้างความเป็นธรรมขึ้นในสังคมอเมริกา โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับด้วยการตรากฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act) ขึ้นเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1964⁹³ และศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาดำเนินการตามหลักดังกล่าวโดยการตัดสินในคดี Regents of University of California V. Bakke 438 US265 (1978)

⁸⁹ สมยศ เชื้อไทย. (2535). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 139.

⁹⁰ บุญบา บรรหาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 48.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

⁹² สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 170.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 170.

ว่าการที่มหาวิทยาลัยสำรองที่นั่ง 16% ของคณะแพทยศาสตร์ให้แก่นักศึกษาชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ เป็นต้น นอกจากนี้หลักการเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่นี้ ยังได้รับจากรับรองจากศาลประชาคมยุโรป โดยมีการนำหลักเกณฑ์นี้มาตัดสินในคดี *Affaire linguistique belge* ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1969 ว่า “ความไม่เสมอภาคทางกฎหมายบางประเภทมีขึ้นเพื่อแก้ไขความไม่เสมอภาคในทางความเป็นจริง”⁹⁴

แต่อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสหลักการนี้กลับไม่ได้รับการยอมรับเพราะถือว่าขัดกับหลักความเสมอภาค โดยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วินิจฉัยได้ เมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ.1982 ว่าการที่รัฐสภาตรากฎหมายกำหนดว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลแบบบัญชีรายชื่อ นั้น บัญชีรายชื่อใดบัญชีรายชื่อหนึ่งจะมีผู้สมัครสมาชิกสภาเทศบาลเพศเดียวกันเกินกว่า 75% ไม่ได้ถือว่าขัดกับหลักความเสมอภาคที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁹⁵

2.3.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักการใช้ดุลพินิจ

2.3.3.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

มีนักวิชาการได้ให้ความหมายว่า “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” มีความหมายเดียวกันกับ “หลักความได้สัดส่วน” จนกล่าวได้ว่ามีหลักกฎหมายเดียวกัน ซึ่งหากกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศไทย ไม่ปรากฏชัดเจนว่าเกิดขึ้นเมื่อใด และมีรากฐานมาจากที่ใด มีเพียงความเห็นของนักวิชาการและรายงานวิจัยได้กล่าวว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ (Legal State) และมีบทบาทมากในกฎหมายมหาชนของเยอรมันและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญหรือในอีกความหมายหนึ่งคือ หลักความได้สัดส่วนเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁹⁶

วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ได้อธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยใช้ชื่อว่า “หลักความได้สัดส่วน” ไว้ในหนังสือ “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”⁹⁷ พอสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานความสัมพันธ์

⁹⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 171.

⁹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 89. หน้า 174.

⁹⁶ บุญบา บรรหาร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 51.

⁹⁷ วรพจน์ วิศวตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 85 - 91.

ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้อยู่ภายใต้อำนาจ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้ อำนาจของจนอย่างพอประมาณ โดยได้แบ่งแยกหลักความได้สัดส่วนเป็น 3 หลักย่อย คือ

1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) เป็นหลักการที่กำหนดว่าใน บรรดามาตรการ ที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้น ฝ่ายปกครอง ต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น สำเร็จลุล่วงไปได้

2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการ ซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล คือสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่มาตรการเหล่านั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออก มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด หลักนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไป ที่จำต้องเลือกบุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยที่สุด”⁹⁸

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality strict sensu) เป็นหลักการที่ทำให้เกิดดุลยภาพขึ้น ระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ / หรือ แก่สังคมโดยรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่าย ปกครองออกมาใช้บังคับ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้เรียกร่องว่า มาตรการ ที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง นำออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้อง ก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ⁹⁹

กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยใช้ชื่อว่า “หลักความสมควรแก่เหตุ” ในบทความวิชาการเรื่อง “ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วย กฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางการปกครองตามแบบกฎหมายเยอรมัน”¹⁰⁰ สรุปได้ว่า หลักความพอแก่เหตุ ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครอง ที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง (Belastende Verwaltungsakte) จะต้องมีความสัมพันธ์ ระหว่างมาตรการที่ใช้กับเป้าหมาย หรือผลที่ฝ่ายปกครองต้องการด้วย (Die Zweck-Mittel Relation) มาตรการที่กำหนดเป็นการกระทำไปสู้เป้าหมายนั้น จะต้องเป็นไปตามหลักความสมควรแก่เหตุ

⁹⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97. หน้า 89 – 191.

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 89 - 191.

¹⁰⁰ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2540). “ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับทางกฎหมาย ของนิติกรรมทางปกครองตามแบบกฎหมายเยอรมัน” ในบทความ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กายจนกุล (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 59.

ในความหมายอย่างกว้าง (Die Verhaeltnismaessigkeit i.w.s.) ซึ่งหมายความว่ามาตรการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น จะต้องมีความเหมาะสม มีความจำเป็นต้องใช้ และมีความได้สัดส่วนกับการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น หรือที่เรียกว่าความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หลักการนี้ โดยเนื้อหาแล้วจะต้องปรับเข้าเกณฑ์การพิจารณาดังต่อไปนี้

1) มาตรการที่ใช้ถือว่าเหมาะสม (Geeginet) เมื่อสามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้
 2) มาตรการที่เหมาะสมนี้ จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น (notwendig, eroderlich) หากใช้มาตรการอื่น ๆ จะเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับนิติกรรมทางปกครองหรือประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่ามาตรการที่จำเป็นดังกล่าว

3) มาตรการที่จำเป็นจะต้องใช้อย่างสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessig i.e.s.) โดยต้องไม่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผลตัวอย่าง เช่น การประกาศไม่ให้จับสัตว์น้ำในฤดูวางไข่ หรือประกาศไม่ให้ใช้อุปกรณ์บางประเภทจับสัตว์น้ำ ซึ่งเป็นกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพในการจับสัตว์น้ำ แต่หากไม่มีประกาศห้ามดังกล่าวจะทำให้จับน้ำสูญพันธุ์ จะทำให้ชาวประมงไม่มีสัตว์น้ำให้จับอีกจึงถือว่าการกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้เป็นมาตรการที่สมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ¹⁰¹

จากความเห็นของนักวิชาการที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจจะพอสรุปได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality) อาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการหนึ่งที่ห้ามไม่ให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐที่มีจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร หรือใช้อำนาจนั้นอย่างอำเภอใจ หากแต่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง การพิจารณาว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐอย่างอำเภอใจ หรือมาตรการของรัฐมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หรือเป็นการสร้างภาระให้กับบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือไม่นั้น จะต้องนำสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ซึ่งสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ¹⁰² ได้แก่

1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (The Principle Suitability) เป็นหลักการที่กำหนดให้มาตรการที่รัฐนำมาใช้บังคับต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นได้

¹⁰¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 59.

¹⁰² บุษบา บรรหาร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 57.

2) หลักความจำเป็น (The Principle of necessity) เป็นหลักการที่บังคับใช้ รัฐต้องใช้ มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (The Principle of proportionality strict sensu) เป็นหลักการที่บังคับให้รัฐต้องชั่งน้ำหนัก ระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับอันเกิดจากการใช้มาตรการนั้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับผลกระทบ

2.3.3.2 หลักการใช้ดุลพินิจ

ดุลพินิจตามความหมายของกฎหมายปกครอง หมายความว่า อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระ ที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด¹⁰³ จากความหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจสามารถเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างอิสระ

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายการควบคุมการใช้ดุลพินิจการปกครองโดยองค์กรตุลาการว่าอำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตามสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่ง โดยมีเนื้อความอย่างไร¹⁰⁴

รองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้สรุปคำอธิบายของ Vgl.G. Puttner นักกฎหมายชาวเยอรมันว่า ดุลพินิจฝ่ายปกครอง หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติ หรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจ อันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย¹⁰⁵

¹⁰³ ชำนาญวิทย์ เตรีตน์. (2560). *ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.law.moi.go.th/2551/article007.doc>. [2563, 22 กันยายน]

¹⁰⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2534). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”. *บทบัญญัติ*, 47(1). หน้า 45 - 46.

¹⁰⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 60.

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจเมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จะเห็นได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้

1) ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจ¹⁰⁶

การใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง ได้กำหนดไว้ 3 ขั้นตอน (1) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (2) การปรับบทกฎหมาย และ(3) การตัดสินใจ

(1) การวินิจฉัยข้อเท็จจริง ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใด จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานก่อนว่า ซึ่งการตรวจนี้ฝ่ายปกครองต้องอาศัยพยานหลักฐาน และวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ โดยที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามพยานหลักฐานไม่ใช่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร

(2) ขั้นตอนการปรับบท คือ ขั้นตอนการการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่นั้นตรงกับหลักที่กฎหมายบัญญัติในมาตราใด มีวิธีการดังนี้ (1) ตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในตัวบทกฎหมาย (2) แยกแยะข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องออกเป็นข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด และ (3) เปรียบเทียบข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องว่าเหมือน หรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายหรือไม่ ซึ่งกฎหมายจะบัญญัติข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจนแน่นอน แต่บางกรณีกฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ๆ และไม่มีคำจำกัดความไว้ กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะต้องปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อเท็จจริงที่บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยใช้วิจรรณญาณเสมือนเช่นวิญญูชน โดยทั่วไปพึงเข้าใจ เช่น คำว่า “การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ” “มีพฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคม” “การกระทำอันน่ารังเกียจ” เป็นต้น การที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและไม่แน่นอน แสดงให้เห็นโดยปริยายว่า มีเจตนารมณ์ให้การปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายแล้ว

(3) ขั้นตอนการตัดสินใจ เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายเสร็จแล้วข้อพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร ซึ่งต้องพิจารณาว่ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียว หรือ

¹⁰⁶ เถลิงศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์. (2561). *ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.stabundamrong.go.th/web/book/48/b8_48.pdf. [2563, 24 กันยายน]

หลายประการ หากกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองจะกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกตัดสินใจได้หลายทาง ดุลพินิจที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ประการ คือ

(1) ดุลพินิจตัดสินใจ ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ ดังเกิดได้จากถ้อยคำในกฎหมายมักใช้คำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” “เสียได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ” เช่นประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ให้อำนาจอธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจเรียกโฉนด หรือเอกสารที่จดทะเบียนสิทธิไว้โดยคลาดเคลื่อนอันไม่ชอบด้วยกฎหมายมาแก้ไขให้ถูกต้อง หรือเพิกถอนเสียได้ แต่อธิบดีกรมที่ดินจะใช้อำนาจตามมาตรานี้ หรือไม่ ย่อมอยู่ในดุลพินิจของอธิบดีกรมที่ดิน เป็นต้น

(2) ดุลพินิจเลือกกระทำ ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจว่าจะเลือกกระทำการใดในหลายประการให้สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงหรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

(2.1) ดุลพินิจที่จะเลือกกระทำกรณียกอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายประการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 26 ให้อำนาจพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจห้ามผู้หนึ่งผู้ใดมิให้ก่อเหตุรำคาญในที่หรือทางสาธารณะ หรือสถานที่เอกชนรวมทั้งการระงับเหตุรำคาญด้วย ตลอดทั้งการดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา บรรดาถนน ทางบก ทางน้ำ รางระบายน้ำ คู คลอง และสถานที่ต่าง ๆ ในเขตของตนให้ปราศจากเหตุรำคาญ ในการนี้ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อระงับ กำจัดและควบคุมเหตุรำคาญต่าง ๆ ได้ กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นกระทำการหลายอย่างซึ่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถเลือกกระทำกรณียกใดกรณียกหนึ่งได้เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ในแต่ละกรณีว่า กรณีใดควรใช้อำนาจระงับเหตุรำคาญ กรณีใดควรใช้อำนาจดูแล ปรับปรุง บำรุงรักษา เป็นต้น

(2.2) ดุลพินิจเลือกกระทำตัวเองภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดทางเลือกไว้¹⁰⁷ เช่น พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแล ที่ หรือทางสาธารณะเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแล ที่ หรือทางสาธารณะ คือ เพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป โดยมีได้กำหนดทางเลือกไว้เจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถกำหนดทางเลือกได้เองแต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไปตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนด¹⁰⁸

¹⁰⁷ สมชัย เลิศสุริยวงศ์. (2561). *หลักนิติธรรมกับดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?mid=9703. [2563, 24 กันยายน]

¹⁰⁸ เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์. (2561). *ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.stabundamrong.go.th/web/book/48/b8_48.pdf. [2563, 24 กันยายน]

จากเนื้อหาข้างต้นพอสรุปได้ดังนี้ คุณพินิจของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด เพื่อปรับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามยุคตามสมัยเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ตามกฎหมาย การใช้อำนาจคุณพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงใด ๆ มีความเป็นกลาง โปร่งใส เป็นธรรม และมีเหตุผลในการใช้อำนาจคุณพินิจที่เหมาะสมตรวจสอบได้ ซึ่งต่างกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพราะการใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจคุณพินิจแต่เป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจคุณพินิจไปโดยไม่ชอบก็อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง ศาลปกครอง หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และอาจต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยจากผลการกระทำนั้นได้¹⁰⁹

2.3.4 หลักการมีส่วนร่วม

2.3.4.1 ความหมายของการมีส่วนร่วม

สำหรับความหมายของการมีส่วนร่วม มีนักวิชาการทั้งชาวไทย และชาวต่างประเทศที่มีความรู้ ความสามารถ และทำวิจัย แต่งตำรา เกี่ยวกับเรื่องนี้มานาน ได้ให้ความหมายของการมีส่วนร่วมดังรายละเอียด ดังนี้

Arnstien (1969)¹¹⁰ การมีส่วนร่วม หมายถึง การเข้าไปมีส่วนร่วมโดยไม่มีบทบาทอะไรเลย ย่อมไม่ได้ผลการมีส่วนร่วมที่มีคุณภาพนั้น ผู้เข้าร่วมจะต้องรู้จักใช้อำนาจและสามารถควบคุมกิจกรรมนั้นได้จึงจะทำให้เกิดผลอย่างมีประสิทธิภาพ

Cohen & Uphoff (1981)¹¹¹ การมีส่วนร่วม หมายถึง สมาชิกของชุมชนต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องใน 4 มิติ ได้แก่ 1) การมีส่วนร่วมการตัดสินใจว่าควรทำอะไรและทำอย่างไร 2) การมีส่วนร่วมเสียสละในการพัฒนา รวมทั้งลงมือปฏิบัติตามที่ได้ตัดสินใจ 3) การมีส่วนร่วมในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงาน 4) การมีส่วนร่วมในการประเมินผลโครงการ

¹⁰⁹ ชำนาญวิทย์ เตรีตน์. (2560). *คุณพินิจของฝ่ายปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.law.moi.go.th/2551/article007.doc>. [2563, 22 กันยายน]

¹¹⁰ Arnstein, Sherry R. (1969). "A Ladder of Citizen Participation". *Journal of the American Planning Association*, 35(4). pp. 216 – 224.

¹¹¹ Cohen, J.M., & Uphoff, N.T. (1981). *Rural Development Participation: Concept and Measure For Project Design Implementation and Evaluation: Rural Development Committee Center for international Studies*. New York: Cornell University Press. PP 108 – 120.

พระพรนม¹¹² การมีส่วนร่วม หมายถึง เป็นการกระจายอำนาจให้ประชาชนได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาปัญหาความต้องการร่วมกัน ในการตัดสินใจร่วมกัน วางแผนดำเนินงานหรือแก้ไขปัญหาาร่วมกัน ดำเนินการหรือปฏิบัติงานร่วมกัน ตลอดจนรับรู้ผลดีเสียจนเกิดความภาคภูมิใจร่วมกัน

นรินทร์ชัย พัฒนพงศา¹¹³ การมีส่วนร่วม หมายถึง การที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่ไม่เคยได้เข้าร่วมในกิจกรรมต่าง ๆ หรือเข้าร่วมการตัดสินใจหรือเคยเล็กน้อยได้เข้าร่วมด้วยมากขึ้น เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาค มิใช่เพียงมีส่วนร่วมอย่างผิวเผินแต่เข้าร่วมด้วยแท้จริงยิ่งขึ้น

โดยสรุป การมีส่วนร่วม (Participation) เป็นกระบวนการสื่อสารในระบบเปิดซึ่งเป็นการสื่อสารสองทางระหว่างบุคคลกลุ่มบุคคลชุมชน หรือองค์การในการดำเนินกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งหรือหลายกิจกรรมทั้งเป็นทางการและไม่เป็นทางการ ซึ่งการมีส่วนร่วมจะเกี่ยวข้องกับกระบวนการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินงานพัฒนาร่วมคิด ร่วมตัดสินใจ ร่วมการดำเนินการและร่วมรับผลประโยชน์ โดยมีเป้าหมายเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายร่วมกันของกลุ่มและเป็นการเสริมสร้างความสามัคคีความรู้สึกร่วมรับผิดชอบกับกลุ่มด้วย¹¹⁴

2.3.4.2 กระบวนการมีส่วนร่วม

เมื่อก้าวถึงกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนแล้ว ต้องนึกถึงกระบวนการที่จะให้ประชาชนได้เข้ามามีบทบาทในทุกขั้นตอนของการมีส่วนร่วม เพราะอย่างน้อยที่สุดประชาชนจะต้องได้รับรู้ขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการตัดสินใจ ขั้นตอนการดำเนินงาน และขั้นตอนในการประเมินผลงาน เพื่อให้รับรู้ถึงความเป็นไปในกิจกรรมสาธารณะต่าง ๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนทั้งทางตรงและทางอ้อม¹¹⁵ ดังนั้น กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนมีนักวิชาการที่ได้ทำการวิจัย ได้กล่าวถึงกระบวนการมีส่วนร่วมตามประเด็นสำคัญต่าง ๆ เช่น

¹¹² วชิรวัชร งามละม่อม. (2561). *ทฤษฎีการมีส่วนร่วม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://learningofpublic.blogspot.com/2016/02/blog-post_79.html. [2563, 24 กันยายน]

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, (ออนไลน์).

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน, (ออนไลน์).

¹¹⁵ ทานตะวัน อินทร์จันทร์. (2546). *การมีส่วนร่วมของคณะกรรมการชุมชนในการพัฒนาชุมชนย่อยในเขตเทศบาลเมืองลำพูน*. การค้นคว้าอิสระรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 19.

อภิญญา กังสนารักษ์¹¹⁶ ได้นำเสนอกระบวนการมีส่วนร่วมของชุมชนว่า ชุมชนต้องมีส่วนร่วมใน 4 ขั้นตอน ได้แก่

(1) การมีส่วนร่วมในการริเริ่มโครงการ ร่วมค้นหาปัญหาและสาเหตุของปัญหา ภายในชุมชน ร่วมตัดสินใจกำหนดความต้องการและร่วมลำดับความสำคัญของความต้องการ

(2) การมีส่วนร่วมในขั้นการวางแผน กำหนดวัตถุประสงค์วิธีการแนวทางการดำเนินงาน รวมถึงทรัพยากรและแหล่งวิทยากรที่จะใช้ในโครงการ

(3) การมีส่วนร่วมในขั้นตอนการดำเนินโครงการ ทำประโยชน์ให้แก่โครงการ โดยร่วมช่วยเหลือด้านทุนทรัพย์ วัสดุอุปกรณ์ และแรงงาน

(4) การมีส่วนร่วมในการประเมินผลโครงการ เพื่อให้รู้ว่าผลจากการดำเนินงานบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือไม่ โดยสามารถกำหนดการประเมินผลเป็นระยะต่อเนื่องหรือประเมินผลรวมทั้งโครงการในคราวเดียวกันก็ได้

แอนดรูว์ และสตีเฟล (Andrew & Stiefel, 1980)¹¹⁷ ได้กล่าวถึงลักษณะของการมีส่วนร่วมไว้ 4 ประการ คือ

1. การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ
2. การมีส่วนร่วมในขั้นปฏิบัติการ
3. การมีส่วนร่วมในการรับผลประโยชน์
4. การมีส่วนร่วมในการประเมินผล

โคเฮน และอัฟฮอฟฟ์ (Cohen & Uphoff, 1977)¹¹⁸ ได้อธิบายและวิเคราะห์รูปแบบการมีส่วนร่วมโดยสามารถแบ่งออกเป็น 4 รูปแบบ คือ

1. การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ (Decision Making) ประกอบด้วย 3 ขั้นตอน คือ ริเริ่ม ตัดสินใจ ดำเนินการตัดสินใจและตัดสินใจลงมือปฏิบัติการ

2. การมีส่วนร่วมในการปฏิบัติการ (Implementation) ประกอบไปด้วยการสนับสนุนทางด้านทรัพยากร การเข้าร่วมในการบริหารและการประสานขอความร่วมมือ

¹¹⁶ อภิญญา กังสนารักษ์. (2544). *รูปแบบการบริหารแบบมีส่วนร่วมในองค์กรที่มีประสิทธิภาพระดับคณะของสถาบันอุดมศึกษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/65834>. [2563, 24 กันยายน]

¹¹⁷ ทานตะวัน อินทร์จันทร์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 115. หน้า 19.

¹¹⁸ ธนวัฒน์ คำภีลานนท์. (2550). *การมีส่วนร่วมของกรรมการชุมชนในการพัฒนาท้องถิ่น เทศบาลเมืองคูคต จังหวัดปทุมธานี*. วิทยานิพนธ์รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์, คณะมนุษยศาสตร์ และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร. หน้า 21 - 22.

3. การมีส่วนร่วมในผลประโยชน์ (Benefits) ทางด้านต่างๆ ประกอบไปด้วยผลประโยชน์ทางด้านวัสดุ ผลประโยชน์ทางสังคมและผลประโยชน์ส่วนบุคคล

4. การมีส่วนร่วมในการประเมินผล (Evaluation) เกี่ยวกับการควบคุมและการตรวจสอบการดำเนินงานทั้งหมด และเป็นการแสดงถึงการปรับตัวในการมีส่วนร่วมต่อไป

2.3.4.3 ประเภทการมีส่วนร่วม

เดเลีย บุริภักดี และผู้ร่วมวิจัย ได้สรุปไว้ใน ชุดวิชาการวิจัยชุมชน ชุดการเรียนรู้ด้วยตนเอง หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตการจัดการและประเมินโครงการว่า การมีส่วนร่วมของชุมชน แบ่งได้ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

(1) การมีส่วนร่วมแบบชายขอบ (Marginal Participation) เป็นการมีส่วนร่วมที่เกิดจากความสัมพันธ์เชิงอำนาจไม่เท่าเทียมกันกล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งรู้สึกด้อยอำนาจกว่า มีทรัพยากรหรือความรู้ด้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

(2) การมีส่วนร่วมแบบบางส่วน (Partial Participation) เป็นการมีส่วนร่วมที่เกิดจากการกำหนดนโยบายของรัฐ โดยไม่รู้ความต้องการของประชาชน ดังนั้น การมีส่วนร่วมจึงเป็นเพียงประชาชนได้ร่วมแสดงความคิดเห็นในการดำเนินกิจกรรมบางส่วนบางเรื่องเท่านั้น

(3) การมีส่วนร่วมแบบสมบูรณ์ (Full Participation) เป็นการมีส่วนร่วมในทุกขั้นตอนของการพัฒนาด้วยความเท่าเทียมกันทุกฝ่าย จัดเป็นการมีส่วนร่วมในการพัฒนาอย่างแท้จริงของประชาชนตามแนวความคิดและหลักการพัฒนาชุมชน เมื่อนำมาใช้ในการเรียนรู้จะสนับสนุนและส่งเสริมให้กระบวนการเรียนรู้ร่วมกันของชุมชนดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ¹¹⁹

เมตต์ เมตต์การุณจิต ได้กล่าวถึงประเภทของการมีส่วนร่วมไว้ในหนังสือการบริหารจัดการศึกษาแบบมีส่วนร่วม: ประชาชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และราชการ โดยสามารถจำแนกการมีส่วนร่วมออกเป็น 2 ประเภท¹²⁰ ดังนี้

(1) การมีส่วนร่วมโดยตรง การมีส่วนร่วมในการบริหารเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการตัดสินใจเป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบกิจกรรมโดยตรง เช่น ผู้บริหาร หัวหน้าโครงการ มักจะเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในรูปของกรรมการที่ปรึกษาที่ให้ข้อคิด ข้อเสนอแนะเพราะกิจกรรมบางอย่างอาจมีอุปสรรค ไม่สามารถแก้ปัญหาให้ลุล่วงไปได้ด้วยดี จึงจำเป็นต้องให้บุคคลอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ เพื่อให้ผลการตัดสินใจเป็นที่ยอมรับแก่คนทั่วไปหรือเกิดผลงาน

¹¹⁹ วชิรวัชร งามละม่อม. (2561). *ทฤษฎีการมีส่วนร่วม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://learningofpublic.blogspot.com/2016/02/blog-post_79.html. [2563, 24 กันยายน]

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน, (ออนไลน์)

ที่มีประสิทธิภาพ การมีส่วนร่วมโดยตรงจึงมีสาระสำคัญอยู่ที่ว่า เป็นการร่วมอย่างเป็นทางการและมักทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น คำสั่งแต่งตั้ง หนังสือเชิญประชุม บันทึกการประชุม เป็นต้น

(2) การมีส่วนร่วมโดยอ้อม การมีส่วนร่วมโดยอ้อมเป็นเรื่องของการทำกิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งให้บรรลุเป้าหมายอย่างไม่เป็นทางการ โดยไม่ได้ร่วมในการตัดสินใจในกระบวนการบริหาร แต่เป็นเรื่องของการให้การสนับสนุน ส่งเสริมให้บรรลุเป้าหมายเท่านั้น เช่น การบริจาคเงิน ทรัพย์สิน วัสดุอุปกรณ์ แรงงาน เข้าช่วยสมทบ ไม่ได้เข้าร่วมประชุมแต่ยินดีร่วมมือ เป็นต้น

2.3.4.4 ปัจจัยที่มีผลต่อการมีส่วนร่วม

การที่ชุมชนจะเข้ามามีส่วนร่วมนั้น มีปัจจัยที่ส่งผลให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมซึ่งมีนักวิชาการได้เสนอแนวคิด ดังนี้

รีดเดอร์ (Reeder, 1963)¹²¹ ได้สรุปปัจจัยต่าง ๆ ที่มีผลต่อการรักษาการมีส่วนร่วมของประชาชนไว้ 11 ประการ ดังนี้

1. การปฏิบัติตนให้สอดคล้องตามความเชื่อถือพื้นฐาน กล่าวคือ บุคคลและกลุ่มบุคคลเหมือนจะเลือกแบบวิธีการปฏิบัติ ซึ่งสอดคล้องและคล้ายคลึงกับความเชื่อพื้นฐานของตนเอง

2. มาตรฐานคุณค่าบุคคลและกลุ่มบุคคลดูเหมือนจะปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับมาตรฐานคุณค่าของตนเอง

3. เป้าหมายบุคคลและกลุ่มบุคคลดูเหมือนจะส่งเสริมป้องกันและรักษาเป้าหมายตน

4. ประสบการณ์ที่ผิดปกติธรรมดา พฤติกรรมของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบางครั้งมีรากฐานมาจากประสบการณ์ที่ผิดปกติธรรมดา

5. ความคาดหมายบุคคลและกลุ่มบุคคลจะประพฤติตามแบบที่ตนคาดหมายว่าจะต้องประพฤติในสถานการณ์เช่นนั้น ทั้งยังชอบปฏิบัติต่อผู้อื่นในลักษณะที่ตนคาดหวังจากผู้อื่นด้วยเช่นกัน

6. การมองแต่ตนเองบุคคลและกลุ่มบุคคลมักจะทำสิ่งต่าง ๆ ซึ่งคิดว่าตนเองสมควรกระทำเช่นนั้น

7. การบีบบังคับบุคคลและกลุ่มบุคคลมักจะทำสิ่งต่าง ๆ ด้วยความรู้สึกว่าตนถูกบังคับให้ทำ

¹²¹ ปรีดา เจษฎาวรางกูล. (2550). *การมีส่วนร่วมของกรรมการชุมชนในการพัฒนาชุมชนในเขตเทศบาลเมืองคูคต อำเภอลำลูกกา จังหวัดปทุมธานี*. การศึกษาอิสระรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต สาขาการปกครองท้องถิ่น, วิทยาลัยการปกครองท้องถิ่น มหาวิทยาลัยขอนแก่น. หน้า 26.

8. นิสัยและประเพณีบุคคลและกลุ่มบุคคลมักจะทำสิ่งต่าง ๆ ซึ่งเรามีนิสัยชอบกระทำ อยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ

9. โอกาสบุคคลและกลุ่มบุคคลมักจะเข้ามามีส่วนร่วมในรูปแบบการปฏิบัติของสังคม โดยเฉพาะในทางที่เกี่ยวข้องกับจำนวนและชนิดของโอกาส ซึ่งโครงการของสังคมเอื้ออำนวยเข้ามา มีส่วนร่วมกันในการกระทำเช่นนั้นเท่าที่พวกเขาได้รับรู้

10. ความสามารถบุคคลและกลุ่มบุคคลมักจะเข้ามามีส่วนร่วมกัน ในกิจกรรม บางอย่างที่เราเห็นว่าสามารถทำในสิ่งที่ต้องการให้เขาทำในสถานการณ์เช่นนั้น

11. การสนับสนุนบุคคลและกลุ่มบุคคลมักจะเริ่มปฏิบัติเมื่อเขารู้สึกว่าเขาได้รับการสนับสนุน ที่ดีพอให้กระทำการเช่นนั้น

องค์การอนามัยโลก (World Health Organization)¹²² เสนอปัจจัยพื้นฐานในการระดม การมีส่วนร่วมของประชาชน คือ

1. ปัจจัยของสิ่งจูงใจจากสภาพความเป็นจริงชาวบ้านที่จะเข้าร่วมกิจกรรมใดกิจกรรม หนึ่งทั้งในแง่การร่วมแรง ร่วมทรัพยากร หรืออื่น ๆ นั้น มีเหตุผลอยู่ 2 ประการ คือ

(1.1) การมองเห็นว่าตนจะได้ประโยชน์ตอบแทนในสิ่งที่ตนทำไป ซึ่งถือเป็นเรื่อง การกระตุ้นให้เกิดมีสิ่งจูงใจ

(1.2) การได้รับคำบอกกล่าวหรือชักชวนจากเพื่อนบ้านให้เข้าร่วม โดยมีสิ่งจูงใจ เป็นตัวนำซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของการก่อให้เกิดมีสิ่งจูงใจ

2. ปัจจัยโครงสร้างของช่องทางในการเข้ามามีส่วนร่วม แม้ว่าชาชนบทเป็นจำนวน มากจะเห็นประโยชน์ของการเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมการพัฒนาแต่ก็ไม่อาจเข้าร่วมกิจกรรมได้ เนื่องจากไม่เห็นช่องทางของการมีส่วนร่วม หรือเข้าร่วมแล้วก็ไม่ได้รับดังที่คาดคิดเอาไว้ เหตุจาก การเข้ามามีส่วนร่วมนั้นมิได้จัดรูปแบบความสัมพันธ์ที่เหมาะสม เช่น ภาวะผู้นำ ลักษณะการทำงาน กฎระเบียบ แบบแผน เป็นต้น ดังนั้นปัจจัยพื้นฐานทางด้าน โครงสร้างของช่องทางในการเข้ามามี ส่วนร่วมจึงควรมีลักษณะ

(2.1) เปิด โอกาสให้ทุกคนและทุกกลุ่ม ในชุมชนมี โอกาสเข้าร่วมในการพัฒนา รูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง โดยการเข้าร่วมอาจอยู่ในรูปของการมีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยมีตัวแทนก็ได้

(2.2) ควรมีกำหนดเวลาที่แน่ชัด เพื่อให้ผู้เข้าร่วมสามารถกำหนดเงื่อนไขของตนเองได้

¹²² ยูพิน ระพีพันธุ์. (2544). *ความรู้ ทักษะและการจัดการที่ส่งผลต่อการมีส่วนร่วมของคณะกรรมการชุมชนในการกำแนกประเภทมูลฝอยที่ใช้ในชีวิตประจำวันก่อนทิ้งในเขตเทศบาลเมืองพนัส อำเภอพนัสนิคม จังหวัดชลบุรี*. วิทยานิพนธ์พัฒนาชุมชนมหาบัณฑิต สาขาพัฒนาชุมชน, คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21 - 22.

(2.3) กำหนดลักษณะกิจกรรมที่แน่นอน

3. ปัจจัยอำนาจในการส่งเสริมกิจกรรมของการมีส่วนร่วม โดยปกติที่ผ่านมากิจกรรมหนึ่ง ๆ แม้ว่าประชาชนจะเห็นด้วยและมีโอกาสเข้าร่วม แต่ไม่อาจกำหนดเป้าหมาย วิธีการ หรือผลประโยชน์ของกิจกรรม เพราะสิ่งเหล่านี้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำ

โดยสรุป ปัจจัยที่ทำให้เกิดการมีส่วนร่วม ได้แก่

- (1) ปัจจัยด้านบุคคล ได้แก่ เพศ อายุ ระดับการศึกษา ประสบการณ์ต่าง ๆ
- (2) ปัจจัยด้านชุมชน ได้แก่ ชุมชนให้การสนับสนุนและเปิดโอกาสให้มีส่วนร่วม เลือกรูปแบบตัวแทน ชุมชนมีความสามัคคี และมีกลุ่มต่าง ๆ ที่สนับสนุนผลักดันการมีส่วนร่วม
- (3) ปัจจัยด้านองค์การ ได้แก่ บรรยากาศองค์กร การติดต่อสื่อสาร กฎระเบียบ การเอาใจใส่ กระจือรื้อร้นในการแก้ปัญหา มีประชาธิปไตยประชาคม
- (4) ปัจจัยด้านทัศนคติ ได้แก่ เจตคติต่อการมีส่วนร่วม และแรงจูงใจในการทำงาน

2.4 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง

2.4.1 ความหมายของโทษทางปกครอง

โทษทางปกครอง¹²³ หมายถึง โทษที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองลงโทษแก่ผู้กระทำ อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะสามารถดำเนินการต่อไปได้

สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส (Conseil d'Etat)¹²⁴ ได้ให้คำจำกัดความของ “โทษทางปกครอง” (Sanction administrative) “คำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้น โดยองค์กรฝ่ายปกครองในกรอบของการใช้อำนาจมหาชนเพื่อลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร”¹²⁵ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นกรณีการละเมิดหน้าที่ทางปกครอง (Obligations administratives) อันได้แก่ หน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลพึงกระทำหรือคว่นกระทำเพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะ

¹²³ อรรถสิทธิ์ กัณมถ. (2549). *ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

¹²⁴ Conseil d'État. (1995). *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*. Paris: La Documentation française. p. 35 - 36.

¹²⁵ “une sanction administrative est une décision unilatérale prise par une autorité administrative dans le cadre de prérogatives de puissance publique...[et] inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements”.

สำหรับในกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โทษทางปกครองจะขึ้นอยู่กับบริบทของการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ และที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการละเมิดต่อกฎ ระเบียบ ค.ศ.1987 โดยมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวให้ความหมายของการกระทำผิดทางปกครองว่า หมายถึง การกระทำผิดกฎหมายที่ต้องระวางโทษทางการเงินหรือโทษปรับ (Geldbusse) ดังนั้น ในทางกลับกันโทษทางปกครองจึงหมายถึง โทษทางการเงินหรือโทษปรับที่กำหนดขึ้นสำหรับการกระทำผิดทางปกครอง¹²⁶

ในระบบกฎหมายไทย อาจสรุปได้ว่าโทษทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจทำขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำผิดกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ ดังที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 51/2548¹²⁷ ว่าการที่คณะกรรมการบริหารตามร่างระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลฯ สั่งให้โรงงานชำระเบี้ยปรับแก่กองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย “มิใช่การกำหนดค่าปรับในทางอาญา แต่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่ต้องชำระเบี้ยปรับ จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง...” ซึ่งหากโรงงานไม่ชำระเบี้ยปรับซึ่งเป็นโทษทางปกครอง ก็ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ต่อไป¹²⁸

ซึ่งโทษทางปกครองนั้น เป็นโทษที่ได้รับการพัฒนามาในภายหลัง โดยเริ่มแรกโทษที่มีอยู่นั้นจะเป็นโทษทางอาญา เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปทำให้โทษทางอาญานั้นเริ่มที่จะไม่เหมาะสมกับสภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ เหตุเพราะการกระทำผิดรูปแบบใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นไม่ได้เป็นไปเพราะความชั่วร้ายหรือเจตนาร้ายอีกต่อไป แนวคิดเรื่องนำการลงโทษด้วยวิธีอื่นมาใช้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและผลสัมฤทธิ์จึงเกิดขึ้น โดยเริ่มจากการกำหนดโทษทางแพ่ง (Civil penalty) และกลายมาเป็นโทษทางปกครองในที่สุด โดยประเทศแรก ๆ ที่มีการนำโทษทางปกครองมาใช้ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งมีการพัฒนาการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกันอย่างมีระบบ ทำให้มีหลักกฎหมายปกครองมาบังคับใช้ในสังคมที่เป็นรูปธรรม แต่อย่างไรก็ดี ในช่วงแรกที่นำมาใช้ก็มีปัญหาและข้อถกเถียงกันว่า การลงโทษทางปกครองที่ไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมทางศาลนั้น จะเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

¹²⁶ อรรถสิทธิ์ กันมล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 123. หน้า 15.

¹²⁷ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายตามร่างระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ว่าด้วยเบี้ยปรับสำหรับโรงงานน้ำตาลทรายที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศระเบียบ หรือพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. ๒๕๒๗.

¹²⁸ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2556). *เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*. กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมายปกครอง. หน้า 4.

ที่กำหนดให้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาลงโทษบุคคลเป็นขององค์กรตุลาการหรือไม่¹²⁹ จนกระทั่งคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้การยอมรับผ่านคำวินิจฉัยว่า “โทษทางปกครองเป็นอำนาจโดยปกติของฝ่ายปกครองและมีขอบเขตที่กว้างมาก ไม่จำกัดเฉพาะการลงโทษต่อนิติสัมพันธ์ที่มีมาแล้วแล้วเท่านั้น” และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ว่าบรรทัดฐานว่า “โทษทางปกครองถือเป็นลักษณะของการลงโทษประเภทหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายของความผิด (Nullum crimen sine lege) หลักความชอบด้วยกฎหมายของโทษ (Nulla poena sine lege) หลักการไม่มีผลย้อนหลังของโทษที่รุนแรงกว่า หลักความจำเป็นของโทษ และหลักความได้สัดส่วนของโทษ”¹³⁰

2.4.2 หลักการกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.วราพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของคำว่า การกระทำทางปกครอง หมายถึง “ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง”¹³¹ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐทั่วไปในการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม การจัดทำกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องทำโดยอาศัย “เครื่องมือทางกฎหมาย” และการ “ปฏิบัติการ” เครื่องมือทางกฎหมายนั้นใช้สำหรับการก่อตั้งกิจกรรมของฝ่ายปกครอง การกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่และวิธีการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ส่วนการปฏิบัติการของฝ่ายปกครองนั้น ก็จะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน “เครื่องมือทางกฎหมาย” รวมทั้งฝ่ายปกครองเองก็สามารถที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นมาเพื่อให้การปฏิบัติการของตนได้ผลสำเร็จ แต่เนื่องด้วยภารกิจในทางปกครองมีความหลากหลาย ประเภทของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องมีความหลากหลายตามไปด้วย¹³²

การกระทำทางปกครอง ในทางกฎหมายนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic act) และลักษณะที่เป็นปฏิบัติการ (Real act) รายละเอียดมีดังนี้

1. ลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic act) เป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะเป็นระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองด้วยกันเอง หรือระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งแบ่งออกเป็น

¹²⁹ อรรถสิทธิ์ กัณมล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 123. หน้า 16.

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

¹³¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 279.

¹³² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 97.

การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ได้แก่ กฎและคำสั่ง กับการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมสองฝ่าย ได้แก่ สัญญาทางปกครอง ซึ่งอาจเรียกรวมกันว่าเป็น “นิติกรรมทางปกครอง”

นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง เป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ตามหลักกฎหมายปกครองของไทยที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีการแบ่งนิติกรรมฝ่ายเดียวไว้เป็นสองประเภท ดังนี้

(ก) นิติกรรมทางปกครองที่เป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5¹³³ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กฎจะมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ¹³⁴ คือ บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามเอาไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการ เป็นต้น ทำให้ไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนได้ แต่ทราบได้ว่าบุคคลประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้นิติกรรมที่ออกมานั้นเหมือนกันหมด และสิ่งที่ถูกกำหนดให้กระทำการ หรือห้ามกระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ได้ ถูกกำหนดเอาไว้อย่างเป็นนามธรรม (Abstract) เช่น บังคับให้ต้องกระทำการทุกครั้งที่มีกรณีที่กำหนดเกิดขึ้น ได้รับอนุญาตให้กระทำการได้ในวันเวลาที่กำหนด อย่างเช่นการอนุญาตให้จอดรถฝั่งขวาได้ในวันคี่ หรือห้ามมิให้ก่อสร้างอาคารที่สูงเกินกว่าที่ได้รับอนุญาต เป็นต้น

(ข) นิติกรรมทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หมายถึง¹³⁵

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

¹³³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 5.

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

¹³⁴ ชาญชัย แสงวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรุณที่ 131. หน้า 285.

¹³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 286.

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง นิติกรรมที่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การอนุมัติ การอนุญาต การไม่อนุญาต การแต่งตั้ง การโยกย้ายของฝ่ายปกครองต่าง ๆ เป็นต้น

2. ส่วนการปฏิบัติทางปกครอง¹³⁶ หมายถึง การกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพ ในการเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา (Real Act) พบเห็นได้มากมายในการปฏิบัติภารกิจของรัฐที่กระทำภายใต้อำนาจที่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติกำหนดเอาไว้ เช่น การบอกกล่าว การจัดการจราจร การอนุญาตให้ทำการจัดสรร การให้ความเห็น กระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง หรือมาตรการบังคับทางปกครองในการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกอากาศที่เข้าของฝ่าฝืน ไม่รื้อถอนตามคำสั่งของเจ้าพนักงานตามกฎหมายควบคุมอาคาร หรือการเข้ายึดรถออกจากที่ห้ามจอดเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามใบสั่ง เป็นต้น

ซึ่งทั้งกฎ คำสั่งทางปกครอง และการปฏิบัติทางปกครอง เป็นเครื่องมือที่สำคัญที่จะทำให้กฎหมายบรรลุผลเป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างเรียบร้อย ดังนั้น กฎหมายทุก ๆ ฉบับจึงมีบทกำหนดโทษแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติ หรือไม่กระทำการตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่รัฐออกภายใต้อำนาจของกฎหมายนั้น ๆ เพื่อให้การบริการสาธารณะและการจัดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม¹³⁷

2.4.3 วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางปกครอง

การลงโทษทางปกครอง เป็นมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำผิดได้ด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งแตกต่างจากการลงโทษอาญาที่ต้องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษาลงโทษ และมาตรการที่มุ่งลงโทษนั้นก็เป็นการลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย จึงแตกต่างจากมาตรการอื่น ๆ ของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันแต่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ยังอาจรวมไปถึงการกำหนดมาตรการเพื่อความสงบเรียบร้อยอันเป็นทั้งการลงโทษการกระทำผิดกฎหมายและเป็นการห้ามมิให้มีการกระทำผิดซึ่งส่งผลกระทบ

¹³⁶ สมยศ เชื้อไทย. (2530). “การกระทำทางปกครอง”. *วารสารนิติศาสตร์*, 3(17). หน้า 61 - 62.

¹³⁷ ชิงชัย โปษยานุวัตร. (2556). *การบังคับใช้โทษทางปกครองแทนโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 27.

ต่อประโยชน์สาธารณะในเชิงควบคุมพฤติกรรม¹³⁸ เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส กรณีการพักใช้ใบอนุญาตขับขี่รถยนต์เมื่อผู้ขับขี่กระทำผิดจราจร เป็นต้น

2.4.4 การบังคับโทษทางปกครอง

การบังคับโทษทางปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกับโทษทางอาญาหรือโทษในทางแพ่ง ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะนำมาตรการเหล่านั้นมาบังคับใช้กับประชาชนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือคำสั่งทางปกครองเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุผล¹³⁹ ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้ให้ความหมายของ “มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง” (Administrative Sanctions) ไว้ว่า หมายถึง “มาตรการหรือวิธีการที่รัฐสถาปนาบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองให้สามารถบังคับการกับประชาชนซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง และกรณีบังคับกับผู้ซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย หรือกฎ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุผล และเพื่อความจำเป็นเร่งด่วนในการจัดทำบริการสาธารณะ”¹⁴⁰ ซึ่งคำว่า “โทษทางปกครอง” นั้นในประเทศไทยยังไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยามเอาไว้เป็นการเฉพาะ

มาตรการในการบังคับโทษทางปกครอง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงต้องนำหลักเกณฑ์การบังคับทางปกครองมาใช้ โดยในประเทศไทยมีมาตรการบังคับทางปกครองพอสรุป ได้ดังนี้

2.4.4.1 มาตรการบังคับทางปกครองกรณีชำระเงิน

ในคำสั่งทางปกครองที่เป็นกรณีให้ชำระเงิน รัฐจะมีมาตรการบังคับทางปกครองแบ่งออกเป็น 3 มาตรา ได้แก่

1) การเรียกเงินเพิ่ม

เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง การเรียกเงินเพิ่มเป็นมาตรการในการบีบบังคับให้ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยเร็ว ซึ่งเปรียบเทียบกับ

¹³⁸ ภัทรพงศ์ ลือชัย. (2560). *ปัญหาการกำหนดโทษและมาตรการบังคับโทษ : ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่...)* พ.ศ... .วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 47.

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

¹⁴⁰ มนตรี ชนกล้าชัย. (2540). *มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 25.

ได้กับค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld) ของกฎหมายปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มักจะถูกนำมาใช้กับโทษปรับทางปกครอง

2) เบี้ยปรับและค่าปรับ

มาตรการบังคับทางปกครองเช่นเดียวกับเงินเพิ่ม แต่จะกำหนดจำนวนที่สูงกว่า และปรับเพียงครั้งเดียว ซึ่งมักกำหนดเอาไว้ในกฎหมายเฉพาะ¹⁴¹

3) การยึด आयัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่ต้องชำระเงิน

ตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539¹⁴² หากถึงกำหนดระยะเวลาแล้ว ยังไม่มีการชำระเงินให้ถูกต้องครบถ้วน และหากได้ดำเนินการเตือนแล้ว แต่ยังไม่มีการกระทำตามที่ได้รับการเตือนให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ที่มีหน้าที่ต้องชำระเงินนั้น โดยดำเนินการนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระให้ครบถ้วนได้ ให้นำวิธีการในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม

2.4.4.2 มาตรการบังคับทางปกครองกรณีกำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

มาตรการบังคับทางปกครอง กรณีกำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ¹⁴³ สามารถสรุปแบ่งออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้

¹⁴¹ จิงชัช โปษยาอนุวัตร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 137. หน้า 30.

¹⁴² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 57.

“คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้ใดชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงิน ให้ครบถ้วน

วิธีการยึด การอายัดและการขายทอดตลาดทรัพย์สินให้ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดย อนุโลม ส่วนผู้มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดหรือขายทอดตลาดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

¹⁴³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 58.

“คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทน โดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่

1) การให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เข้ากระทำการแทน หรือเจ้าพนักงานกระทำการแทน โดยให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เช่น คำสั่งให้เจ้าของอาคารหรือถอนอาคารที่ปลูกสร้างผิดแบบ หากเจ้าของอาคารไม่รื้อถอนอาคาร เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็อาจเข้าดำเนินการรื้อถอนเองหรือจ้างให้บุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนได้ โดยผู้อยู่ใต้คำสั่งทางปกครองจะต้องชำระเงินค่าใช้จ่ายให้แก่เจ้าพนักงานท้องถิ่น เป็นต้น

2) ค่าปรับทางปกครองหรือค่าปรับบังคับการ เป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่ใช้แก่คำสั่งทางปกครองที่ให้ผู้รับคำสั่งต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยตนเองหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจให้ผู้อื่นกระทำการแทนได้ดี หรือไม่อยู่ในวิสัยที่จะให้ผู้อื่นกระทำการแทนก็ตาม หากผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองเพิกเฉยหรือฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเข้ากระทำการแทนได้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงสามารถเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้แต่เฉพาะเพียงการกำหนดค่าปรับทางปกครองหรือกำหนดค่าปรับบังคับการ เนื่องจากค่าปรับบังคับการเป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดขึ้นเพื่อบังคับการกระทำหรือละเว้นการกระทำของบุคคลในอนาคต เช่น กำหนดห้ามใช้อาคาร แต่เจ้าของอาคารฝ่าฝืนเข้าไปใช้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็อาจจะกำหนดค่าปรับรายวันจนกว่าจะเลิกใช้อาคารก็ได้ เป็นต้น

3) การบังคับทางปกครองโดยตรงหรือการใช้กำลังบังคับทางกายภาพเป็นมาตรการที่รุนแรงกว่าสองมาตรการข้างต้น เป็นการบังคับทางปกครองที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าบังคับเอากับเนื้อตัว หรือทรัพย์สินของผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐโดยตรงไม่ว่าจะเป็นการเข้าทำลาย รื้อถอน หรือการอื่น ๆ

4) การจับกุมคุมขังผู้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เป็นมาตรการที่กฎหมายบางฉบับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจตามคำสั่งทางปกครอง

(2) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน เจ้าหน้าที่ระดับอำเภออาจกำหนดค่าปรับทางปกครองจำนวนเท่าใดสำหรับในกรณีใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มีโทษทางอาญาหรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่ง ทางปกครองให้กระทำหรือละเว้นกระทำก่อนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน”

5) การเพิกถอนหรือพักใช้ใบอนุญาตต่าง ๆ เป็นมาตรการที่มักปรากฏอยู่ในกฎหมายปกครองแทบทุกฉบับสำหรับกรณีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดเอาไว้ในใบอนุญาต ทั้งนี้ เพื่อเป็นการบังคับมิให้ผู้ฝ่าฝืนสามารถกระทำการตามใบอนุญาตนั้นได้อีกต่อไป ซึ่งอาจด้วยเหตุผลเพื่อมิให้กระทำผิดซ้ำอีกหรือเพื่อมิให้กระทำผิดซ้ำอีกหรือเพื่อรองจนกว่าจะได้เปลี่ยนแปลงพฤติกรรมแล้ว เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตจัดสรร

2.4.5 รูปแบบการลงโทษทางปกครอง

การกำหนดรูปแบบการลงโทษทางปกครองจะต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษ และสภาพของบริการสาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง โดยอาจแบ่งได้เป็นรูปแบบต่าง ๆ ดังต่อไปนี้¹⁴⁴

1) โทษทางการเงิน เป็นโทษที่มักอยู่ในรูปแบบของโทษปรับทางปกครอง หรือการมีคำสั่งระงับการจ่ายหรือให้หักเงินเหลือตามกฎหมาย ซึ่งจะมีการกำหนดโทษในอัตราที่สูงเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดการเกรงกลัวต่อกฎหมายและการกำหนดโทษขั้นต่ำสุดจนถึงสูงสุดก็เพื่อเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการลงโทษตามความเหมาะสม

2) โทษที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ มักเป็นโทษที่ต้องการมิให้มีการกระทำผิดตามใบอนุญาตหรือเงื่อนไขที่ใบอนุญาตเพื่อเป็นการตอบแทน ผลที่เกิดขึ้นทำให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตนั้นเสียโอกาสที่จะใช้ประโยชน์จากการที่ได้รับอนุญาตดังกล่าว

3) โทษที่กระทบต่อชื่อเสียง เป็นมาตรการลงโทษทางปกครองต่อการกระทำที่ต้องอาศัยความมีชื่อเสียง เป็นที่รู้จักและน่าเชื่อถือ (Good will) ของผู้ประกอบการเป็นหลักโดยใช้วิธีดำเนินการเปิดเผยต่อสาธารณะหรือประกาศแจ้งผู้มีส่วนได้เสีย หรือสาธารณชนถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำผิด

4) การเปรียบเทียบปรับคดีตามใบสั่ง เป็นมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะทำการเปรียบเทียบคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล อันเป็นการช่วยลดภาระขั้นตอนในการดำเนินคดี ตั้งแต่เจ้าหน้าที่สอบสวน พนักงานอัยการ และศาลในการพิจารณาคดีเล็กน้อย โดยเจ้าหน้าที่สามารถออกใบสั่ง (Infringement notice) แจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายให้มาชำระค่าปรับตามจำนวนเปรียบเทียบ แต่หากไม่ปฏิบัติตามก็จะถูกฟ้องร้องตามกฎหมายต่อศาล มาตรการนี้ก็ปรากฏชัดเจนอยู่ในกฎหมายจราจรทางบกของประเทศไทย

¹⁴⁴ ชิงชัย โปษยาอนุวัตร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 137. หน้า 31.

5) โทษทางปกครองรูปแบบอื่น ๆ โทษทางปกครองอาจถูกกำหนดเป็นรูปแบบอื่น ๆ ก็ได้ เช่น การหักคะแนนใบขับขี่รถยนต์ การจำกัดสิทธิทางการเงิน (Withholding financial benefits) หรือข้อตกลงที่ผลบังคับได้ (Enforcement undertaking หรือ Consent degree ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา)