

บทที่ 2

แนวคิด หลักการ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พุทธศักราช 2493 มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและเหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาในกิจการที่เป็นทำนองการค้าหรือไม่ใช่กิจการในทำนองการค้าก็ตาม โดยมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันไม่ให้เกิดการใช้เครื่องขยายเสียงจนเกินระดับเสียงที่ดังจนเกินไปอันจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชน นั้น เนื่องจากการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงเป็นประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการควบคุมโดยรัฐ อันเป็นกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อสังคมหรือประชาชนโดยรวมได้ รัฐจึงได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้โดยมีการกำหนดให้ต้องมีการขออนุญาต ซึ่งในการทำความเข้าใจกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง นั้น จำเป็นต้องมีการกล่าวถึงหลักการที่อยู่เบื้องหลัง และหลักการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง ในบทนี้ผู้เขียนจึงขออธิบายแนวคิด หลักการ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง ดังนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง

มนุษย์ได้มีการติดต่อสื่อสารข้อความต่อกันมาเป็นเวลาช้านาน โดยมีการใช้สัญญาณต่างๆ แทนคำพูด จนต่อมาได้มีการพัฒนามาเป็นการใช้การเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรลงในกระดาษหรือวัตถุต่างๆ เพื่อให้ผู้รับสารสามารถเข้าใจในสิ่งที่ตนต้องการสื่อสารออกมาได้ และในการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงนี้ จำเป็นจะต้องศึกษาให้ทราบถึงข้อมูลที่เป็นพื้นฐานในเรื่องของความหมายที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาและเครื่องขยายเสียงเสียก่อน เพื่อที่จะทำให้สามารถเข้าใจความหมายและเรื่องราวในประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น เพื่อจะนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้อย่างสมบูรณ์ในหัวข้อต่อไป

2.1.1 ความหมายของการโฆษณา

การโฆษณา (Advertising) เป็นการสื่อสารข้อมูลแบบหนึ่งที่ไม่ใช้ตัวบุคคลโดยตรง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแจ้งข่าวสารจูงใจหรือเตือนความจำเกี่ยวกับสินค้าและบริการ หรือความคิด ซึ่งสื่อโฆษณาจะมีด้วยกันหลายรูปแบบประกอบด้วย สื่อสิ่งพิมพ์ ได้แก่ หนังสือพิมพ์ นิตยสาร สื่อแพร่

ภาพต่างๆ ได้แก่ วิทยุ โทรทัศน์ สื่อกลางแจ้ง ได้แก่ ป้ายโฆษณาต่างๆ และ สื่ออินเทอร์เน็ต¹ ซึ่งจากการรวบรวมนิยามความหมายของคำว่า โฆษณานั้น มีรายละเอียดพอสรุปได้ดังนี้

โฆษณา หมายความว่า การกระจายข่าวโดยทั่วไป โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ข่าวสารเพื่อพัฒนาความรู้สึคนึกคิด และเพื่อชักจูงให้มีการกระทำตามความประสงค์ของผู้โฆษณา²

การโฆษณา หมายความว่า เป็นการเชิญชวน ชักจูงให้ประชาชนเกิดความอยากที่จะใช้หรือกระตุ้นให้ประชาชนเกิดความต้องการใช้บริการ³

โฆษณา หมายถึงการสื่อสารที่ไม่ใช่การสื่อสารระหว่างบุคคลแต่เป็นการสื่อสารระดับมวลชนที่ผู้สื่อจะต้องจ่ายเงินค่าบริการในการสื่อสารข้อความต่างๆ เหล่านั้น ผู้สื่อจึงอาจเป็นบริษัท ธุรกิจเอกชน องค์กร หรือบุคคลใดๆ ที่เราในฐานะผู้รับสื่อจะรับรู้ข้อความโฆษณาและผู้สื่อนี้คือผู้ที่หวังว่าในการสื่อสารดังกล่าวนี้ เขาสามารถชักจูงกลุ่มคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งให้ปฏิบัติหน้าที่ตามคำแนะนำในข้อความโฆษณา⁴

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายของคำว่า โฆษณา ไว้ว่า การเผยแพร่ข้อความออกไปยังสาธารณชน การป่าวร้อง ป่าวประกาศ เช่น โฆษณาสินค้า และหมายถึงกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า⁵

โดยการโฆษณานี้จะเป็นเครื่องมือที่ผู้ทำการโฆษณาใช้เพื่อให้บรรลุผลตามเป้าหมายที่มุ่งหมายไว้ โดยความมุ่งหมายของการโฆษณาแต่ละอย่างนั้นย่อมมีความแตกต่างและหลากหลาย ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการทำหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง เช่น เพื่อบอกความแตกต่างในสินค้า ผลิตภัณฑ์ หรือเพื่อติดต่อสื่อสารระหว่างกัน หรือเพื่อกระตุ้นเร่งเร้าให้ผู้รับสารเกิดความต้องการซื้อผลิตภัณฑ์ไปใช้ หรือเพื่อช่วยให้การจัดจำหน่ายสินค้า ผลิตภัณฑ์เพิ่มขึ้น

¹ เสรี วงศ์มณฑา. (2546). *หลักการโฆษณา*. กรุงเทพฯ : ธรรมสาร. หน้า 22.

² อุดลย์ จาตุรงค์กล. (2518). *การโฆษณา*. กรุงเทพฯ : ธรรมศาสตร์. หน้า 3.

³ วิจิตร อาวะกุล. (2554). *การโฆษณา*. กรุงเทพฯ : ศูนย์หนังสือจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 63.

⁴ เสรี วงษ์มณฑา. *อั้งแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 8.

⁵ สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพฯ : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์. หน้า 273.

หรือเพื่อเพิ่มความชอบในสินค้ามากขึ้น หรือเพื่อช่วยลดต้นทุนการขายให้น้อยลงในทางอ้อม หรือเพื่อเตือนความทรงจำและช่วยเสริมแรงการโฆษณา เป็นต้น⁶

นอกจากนี้ นิยามคำว่า โฆษณาในกฎหมายของประเทศไทย ปรากฏว่า ได้มีพระราชบัญญัติอยู่หลายฉบับที่ได้ให้คำนิยามของคำว่า โฆษณา เอาไว้ เช่น ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พุทธศักราช 2522 ได้ให้คำนิยามของคำว่า โฆษณา ไว้ว่า หมายความว่า รวมถึงกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ทางการค้า⁷ ในพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พุทธศักราช 2535 ได้ให้ความหมายว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า⁸ ในพระราชบัญญัติควบคุม เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พุทธศักราช 2551 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ ในทางการค้า และให้ความหมายรวมถึงการสื่อสารการตลาด⁹ และในพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พุทธศักราช 2493 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของคำว่า “โฆษณา” ไว้คือ การบอกกล่าว แจ้งความ ชี้แจง แนะนำ หรือแสดงความคิดเห็นแก่ประชาชน¹⁰

Black’s Law Dictionary ซึ่งเป็นพจนานุกรมศัพท์กฎหมายที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย โดยถูกใช้เป็นแหล่งอ้างอิงของคำศัพท์ และสำนวนทางกฎหมาย ได้ให้ความหมายของคำว่า โฆษณา (Advertise) สรุปได้ว่า การโฆษณาเป็นการกระจายข้อมูลข่าวสารทั่วไปไม่ว่าด้วยวิธีการใดเกี่ยวกับ

⁶ ชาลิต อธิชะวีรียนันท์. (2557). *อิทธิพลของสื่อโฆษณาที่มีผลต่อการตัดสินใจซื้ออสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย*. สารนิพนธ์วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานวัตกรรมกรรมการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์, คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์และการผังเมือง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 5-6.

⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พุทธศักราช 2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า

ในพระราชบัญญัตินี้ “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า.

⁸ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พุทธศักราช 2535 มาตรา 3 บัญญัติว่า

ในพระราชบัญญัตินี้ “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า.

⁹ พระราชบัญญัติควบคุม เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พุทธศักราช 2551 มาตรา 3 บัญญัติว่า

ในพระราชบัญญัตินี้ “โฆษณา” หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และให้หมายความรวมถึงการสื่อสารการตลาด.

¹⁰ พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พุทธศักราช 2493 มาตรา 3 บัญญัติว่า

ในพระราชบัญญัตินี้ คำว่า “โฆษณา” หมายความว่า การบอกกล่าว แจ้ง ความ ชี้แจง แนะนำ หรือแสดงความคิดเห็น แก่ประชาชน.

สินค้า หรือบริการ หรือองค์กร หน่วยงาน หรือกระทำการใดอย่างหนึ่งเพื่อจูงใจให้เกิดการกระทำตามวัตถุประสงค์ของผู้ทำโฆษณา¹¹

2.1.2 การควบคุมการโฆษณา

โดยได้กล่าวมาแล้วว่าโฆษณานั้นจะทำหน้าที่นำข่าวสารโฆษณาไปสู่ผู้รับสารหรือผู้บริโภค ดังนั้น ข้อความหรือผลงานสร้างสรรค์ทางโฆษณาที่ออกแบบมานั้นไม่ว่าจะดีหรือไม่อย่างไร หากเลือกใช้สื่อโฆษณาที่ไม่เหมาะสมกับกลุ่มเป้าหมาย การโฆษณานั้นก็จะไม่ประสบความสำเร็จ แต่ด้วยเหตุที่สื่อมีมากมายหลายประเภท แต่ละประเภทยังแบ่งย่อยออกไปหลายชนิด ดังนั้น การเลือกสื่อโฆษณาที่เหมาะสมจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ปัจจุบันประเภทของโฆษณาได้มีการแบ่งออกเป็นหลายประเภท โดยการอ้างอิงถึงประเภทของสื่อที่นำมาใช้ในการโฆษณา ซึ่งสามารถแบ่งประเภทได้ดังต่อไปนี้¹²

1) การโฆษณาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Advertising) เช่น การโฆษณาทางโทรทัศน์ (Television Advertising) การโฆษณาผ่านสื่อวิทยุกระจายเสียง (Radio Advertising) และการโฆษณาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Online Advertising)

2) การโฆษณาผ่านสื่อสิ่งพิมพ์ (The Printed Media Advertising) เช่น การโฆษณาผ่านสื่อสิ่งพิมพ์ (Newspaper Advertising) การโฆษณาทางนิตยสาร (Magazine Advertising)

3) การโฆษณาประเภทอื่นๆ (Other Advertising) เช่น การโฆษณากลางแจ้ง (Outdoor Advertising) การโฆษณาทางยานพาหนะ (Vehicle Advertising)

4) การโฆษณา ณ จุดขาย (Point Of Sale Advertising)

¹¹ ADVERTISE. To give notice to, inform or notify, give public notice of, announce publicly, notice or observe. People v. Hopkins, 263 N.Y.S. 290,147 Misc. 12. To advise, announce, apprise, command, give notice of, inform, make known, publish. People v. Montague, 274 N.W. 347, 351, 280Mich. 610. On call to the public attention by any means whatsoever; Commonwealth v. Allison,227 Mass. 57, 116 N.E. 265, 266.It includes publication by hand bills, signs, bill boards, sound trucks and radio, Rust v. Missouri Dental Board,348 Mo. 616, 155 S.W.2d 80, 83; or in a newspaper, or by means of placards, or other written public notices ; Nicholsv. Nichols, 192 Ala. 206, 68 So. 186, 187. It is merely identification and description, apprising of quality and place, Rast v. Van Deman & Lewis Co., 240 U.S. 342, 36 S.Ct. 370,377, 60 L.Ed. 679. And "advertising purposes" are not limited to matters of vocation, or even avocation, but include advertisements essentially for unselfish purposes, Almind v. Sea Bea. Bryan A. Graner. (2000). **Black's Law Dictionary** (Seventh Edition). Minnesota : West Group. P.74.

¹² วรมน ทวีกิจอนุกุล. (2554). **ปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านโฆษณา ศึกษาเฉพาะกรณีโฆษณาแฝง**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 15.

จะเห็นได้ว่า โฆษณาเป็นรูปแบบหนึ่งของการสื่อสารข้อมูลข่าวสารจากผู้ผลิตหรือผู้ขายไปยังผู้บริโภค แต่โฆษณาต่างจากรูปแบบการให้ข้อมูลข่าวสารทั่วไปในแง่ที่ว่า โฆษณาส่วนใหญ่ มักมีการออกแบบสาร (Message) ให้มีลักษณะการโน้มน้าวใจไม่ทางตรงก็ทางอ้อม นั่นหมายความว่า โฆษณาโดยตัวเองย่อมมีอิทธิพลต่อผู้รับสารหรือผู้บริโภค จะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับ การออกแบบสื่อและสาร การวางแผนการเผยแพร่ หรือความถี่ที่ส่งไปยังผู้รับสาร ในขณะที่ด้วยกันปัจจัย ความแตกต่างระหว่างบุคคลของผู้รับสารเองก็มีผลต่อการรับอิทธิพลของการโฆษณาได้เช่นกัน ผู้รับสารที่มีวุฒิภาวะสูงกว่า หรือมีความสามารถรู้เท่าทันสื่อ (Media Literacy) มากกว่าก็จะสามารถ ทนต่อแรงจูงใจของโฆษณาได้ดีกว่า และไม่ตกเป็นเหยื่อของการโฆษณาได้โดยง่าย¹³ ดังนั้น หากปล่อยให้มีการโฆษณาโดยเสรีมากเกินไปก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้บริโภคได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึง ต้องเข้ามาควบคุมการโฆษณาสำหรับสินค้าหรือกิจการประเภทต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคหรือผู้ที่ เกี่ยวข้องไม่ให้ตกกระทบเป็นผลร้ายจากการโฆษณาที่ไม่ตรงกับข้อเท็จจริง หรือในอีกนัยหนึ่งคือ รัฐต้องเข้ามาควบคุมเนื้อหาการโฆษณาสินค้าบางประเภท สำหรับการควบคุมโฆษณาโดยภาครัฐของ ไทยนั้น ปรากฏอยู่ในกฎหมายหรือข้อบังคับหลายฉบับด้วยกัน เช่น

1) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พุทธศักราช 2522 การคุ้มครองผู้บริโภคตาม พระราชบัญญัตินี้เป็นการคุ้มครองเกี่ยวกับการโฆษณา ฉลากและด้านอื่นๆ ที่จำเป็นส่วนรวม กล่าวคือ ในด้านการโฆษณาได้ควบคุมโดยกำหนดไว้ว่าจะต้องไม่ใช่ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อ ผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม อีกทั้งการโฆษณาจะต้องไม่ กระทำด้วยวิธีการอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกายหรือจิตใจหรืออันอาจก่อให้เกิดความ รำคาญแก่ผู้บริโภค ส่วนในด้านฉลากได้ควบคุมสินค้าที่จำเป็นแก่ชีวิตประจำวันของผู้บริโภคโดย บังคับให้ต้องมีฉลากแสดงรายละเอียดที่สมบูรณ์ไว้ที่สินค้านั้นๆ สินค้าที่ถูกควบคุมในเรื่องฉลากจึง มีเพียงบางประเภทเท่านั้น สินค้าที่จะถูกควบคุมฉลากจะเป็นสินค้าที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ สุขภาพร่างกายหรือจิตใจ เนื่องจากในการใช้สินค้านั้นหรือโดยสภาพของสินค้านั้น หรือเป็นสินค้า ที่ประชาชนทั่วไปใช้เป็นประจำ การกำหนดฉลากของสินค้าจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคที่จะได้ รับทราบข้อเท็จจริงในสาระสำคัญของสินค้าเหล่านั้น และถ้ามีเหตุอันควรสงสัยว่าสินค้าใดอาจเป็น อันตรายต่อผู้บริโภค คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจสั่งให้ทดสอบหรือพิสูจน์สินค้านั้น รวมถึงสั่งให้ทำลายสินค้านั้นได้¹⁴

¹³ บุญอยู่ ขอพร ประเสริฐ. (2556). *การควบคุมการโฆษณาของไทย* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : www.oknation.nationtv.tv/blog/boonyou/2013/01/10/entry-1. [2564, 18 มีนาคม]

¹⁴ จันทน์ สันตะบุตร. (2535). *บริโภคอย่างไรจึงไม่ถูกเอาเปรียบ*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 11-12.

2) พระราชบัญญัติอาหาร พุทธศักราช 2522 เป็นการควบคุมเกี่ยวกับการห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้าเพื่อจำหน่าย หรือจำหน่ายซึ่งอาหารไม่บริสุทธิ์ อาหารผิดมาตรฐาน อาหารปลอม และเพื่อประโยชน์แก่การควบคุมอาหารให้ถูกสุขลักษณะหรือให้ปราศจากอันตรายแก่ผู้บริโภค ให้สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยามีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้รับอนุญาตผลิตหรือนำเข้า แก้ไข ส่งให้ทิ้งผลิต หรืองดนำเข้าซึ่งอาหารที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาต หรืออาหารที่ปรากฏจากการตรวจพิสูจน์ว่าเป็นอาหารที่ไม่ควรแก่การบริโภคได้

3) พระราชบัญญัติยา พุทธศักราช 2510 เป็นการควบคุมกิจการเกี่ยวกับการผลิตยา ขายยา และนำหรือส่งยาเข้ามาในราชอาณาจักรตลอดจนการควบคุมให้มีเกสัชกรรับผิดชอบเกี่ยวกับการขายยาอันตราย และส่วนอื่น ๆ อีกที่ยังไม่รัดกุมและเหมาะสมแก่ภาวะการณ์ในปัจจุบัน เพื่อความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชน

4) พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พุทธศักราช 2535 เป็นการควบคุมเกี่ยวกับกรณีประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนต้องเปลี่ยนแปลงระบบการกำกับดูแลเครื่องสำอางให้เป็นระบบเดียวกัน คือ ระบบการแจ้งรายละเอียดเครื่องสำอางก่อนที่จะผลิตหรือนำเข้าเครื่องสำอางเพื่อเป็นการปรับปรุงมาตรการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้บริโภคเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์เครื่องสำอางทั้งในด้านการห้ามผลิต นำเข้าหรือขายเครื่องสำอางบางประเภท การกำหนดวัตถุที่ห้ามใช้เป็นส่วนผสมในเครื่องสำอาง การกำหนดมาตรฐานของสถานที่ผลิตเครื่องสำอาง ภาชนะบรรจุ การรายงานข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องสำอาง มาตรการควบคุมฉลากและการโฆษณาเครื่องสำอาง และมาตรการควบคุมเครื่องสำอางที่ไม่ปลอดภัยในการใช้ เครื่องสำอางปลอม และเครื่องสำอางผิดมาตรฐานให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภค

5) พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พุทธศักราช 2551 เป็นการควบคุมเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาด้านสุขภาพ ครอบครัว อุบัติเหตุและอาชญากรรมซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จึงกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เพื่อช่วยลดปัญหาและผลกระทบทั้งด้านสังคมและเศรษฐกิจ ช่วยส่งเสริมสุขภาพของประชาชน โดยให้ตระหนักถึงพิษภัยของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

6) พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พุทธศักราช 2535 เป็นการควบคุมเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาสูบและการคุ้มครองสุขภาพของประชาชนจากโรคร้ายที่เกิดจากผลิตภัณฑ์ยาสูบ ประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการควบคุมยาสูบขององค์การอนามัยโลก ดังนั้น จึงได้กำหนดมาตรการควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ และยกระดับการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชน

2.1.3 ความหมายของเครื่องขยายเสียง

คำว่า “เครื่องขยายเสียง” นั้น ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือพจนานุกรมฉบับใดให้คำนิยามหรือความหมายไว้อย่างชัดเจน แต่ได้ปรากฏความหมายในคำภาษาอังกฤษว่า Amplifier หมายถึง อุปกรณ์ไฟฟ้าที่ทำให้เสียงดังขึ้น¹⁵ และคำว่า Loudspeaker หมายถึง อุปกรณ์ที่แปลงสัญญาณไฟฟ้าเป็นเสียงที่ใช้ในที่สาธารณะเพื่อให้ผู้คนจำนวนมากสามารถได้ยินเสียงคนพูดหรือเสียงดนตรี¹⁶ โดยเครื่องขยายเสียงนี้จะมีหลักการทำงานโดยสรุปคือ ขยายสัญญาณเสียงจากขนาดเล็กให้มีขนาดสัญญาณเสียงที่สูงขึ้น หรืออีกนัยหนึ่งคือทำให้มีความดังมากขึ้น ซึ่งการขยายสัญญาณเสียงนี้มีหลักการขึ้นพื้นฐานมาจากการใช้วงจรอิเล็กทรอนิกส์เพื่อไปขยายสัญญาณจากแหล่งกำเนิดของสัญญาณเสียง เพื่อควบคุมระดับความดัง ปรับแต่งโทนเสียง หรือปรับแต่งอื่นๆ ตามที่ต้องการ ให้เกิดการขยายกำลังมากขึ้นเพื่อใช้ขับลำโพง โดยแบ่งออกเป็นภาคสัญญาณได้สามส่วน คือ ภาคสัญญาณเข้า (Input Signal) ภาคขยายเสียง (Amplifier) และ ภาคสัญญาณออก (Output Signal)¹⁷

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบผลกระทบในการออกกฎหมาย

หากพิจารณาเบื้องต้นจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ซึ่งบทบัญญัติในหมวดนี้เป็นการกำหนดแนวทางให้รัฐจะต้องดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายของประเทศไทยให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้ประชาชนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้มีส่วนร่วมในการตรากฎหมายด้วย จึงได้มีการบัญญัติมาตรา 77¹⁸ ไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยมีมุ่งหมาย

¹⁵ “An electrical device that makes sounds louder” Cambridge University Press. (2020). *Cambridge dictionary*. (Online). Available : <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/amplifier>.

¹⁶ “A piece of equipment that changes electrical signals into sounds, especially used in public places so that large numbers of people can hear someone speaking or music playing” Cambridge University Press. (2020). *Cambridge dictionary*. (Online). Available : <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/loudspeaker>.

¹⁷ เมาลี กลิ่นหอม. (2556). *การใช้งานเครื่องขยายเสียง*. สำนักงานคณะกรรมการการอาชีวศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ. หน้า 6-7.

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 บัญญัติว่า

รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการก่อกวนประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ไม่ให้รัฐออกกฎหมายมากเกินไป เนื่องจากปัจจุบันพบว่ามีความหมายบางฉบับที่ล้าสมัย บังคับการไม่ได้แล้ว หรือไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในปัจจุบัน อีกทั้งเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพของประชาชน โดยควรคำนึงถึงข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ที่เป็นปัจจุบัน โดยในระยะต่อมาได้มีกำหนดหลักการมีส่วนร่วมของประชาชน ในขั้นตอนก่อนมีการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งผู้เสนอกฎหมายจะต้องมีการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นด้วย

2.2.1 การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis หรือ RIA)

เนื่องจากปัจจุบันมีความหมายบางฉบับที่ล้าสมัย บางฉบับไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือไม่สามารถบังคับใช้ได้เต็มประสิทธิภาพ รวมทั้งมีความหมายจำนวนมากที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพของประชาชน ซึ่งเจตนารมณ์มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติขึ้นมาก็เพื่อให้เกิดการพัฒนาและยกระดับของกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการสากล ป้องกันไม่ให้รัฐออกกฎหมายมากเกินไป ซึ่งปัจจุบันการตรากฎหมายหรือนโยบายได้หันมาให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวมากยิ่งขึ้นในช่วงที่ผ่านมา เราจะเห็นได้ว่าประเทศต่างๆ ทั่วโลก ได้มีการยกระดับคุณภาพของกฎหมายมาใช้กันอย่างแพร่หลายโดยอาศัยหลักการสำคัญประการหนึ่งคือ “การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย” หรือ Regulatory Impact Analysis หรือ RIA ซึ่งจะช่วยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องใช้ในการพิจารณาตรากฎหมายโดยคำนึงถึงผลกระทบทั้งที่อาจเกิดขึ้นจากการร่างกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย¹⁹ โดยวิธีการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายนั้น เดิมจะใช้เพียงเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์ต้นทุนในลักษณะที่กฎหมายแต่ละฉบับได้สร้างขึ้นมา แต่เมื่อเวลาผ่านไปก็ได้มุ่งให้ความสำคัญกับการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายทั้งก่อนและหลังด้วย กล่าวคือ นอกจากจะเป็นเครื่องมือใน

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสม กับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง.

¹⁹ เพลินตา ดันรังสรรค์. (2560). การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis : RIA).

การวิเคราะห์ต้นทุนที่กฎหมายแต่ละฉบับสร้างขึ้นมาแล้ว ยังจะต้องเป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์ผลลัพธ์จากกฎหมายอีกด้วย จึงอาจสะท้อนให้เห็นได้ว่าการมีกฎหมายเป็นจำนวนมากนั้นไม่ได้หมายความว่ากฎหมายเหล่านั้นจะดีหรือไม่ดี แต่จำเป็นต้องมีการประเมินด้วยว่ากฎหมายแต่ละฉบับนั้นมีความสอดคล้องกับนโยบายสาธารณะด้วยหรือไม่

สำหรับขั้นตอนและวิธีการในการประเมินต้นทุนและผลประโยชน์ในการตรากฎหมายดังกล่าวนี้ ประการแรก คือ ต้องกำหนดกรอบ เป้าหมาย วัตถุประสงค์ของการประเมินให้ชัดเจนก่อนโดยพิจารณาในเรื่องที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม หรือที่เกี่ยวข้องกับนโยบายที่สำคัญ ประการที่สอง คือ ต้องกำหนดกลุ่มเป้าหมายโดยเลือกจากบุคคล ชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายหากภายหลังได้มีการประกาศ ซึ่งพิจารณาจากจำนวน ความรุนแรงสภาพปัญหา หรือระยะเวลาที่ได้รับผลกระทบ จากนั้นจึงเลือกวิธีการที่เหมาะสม ซึ่งโดยทั่วไปมี 3 วิธี²⁰ ได้แก่

1) Benefit-Cost Analysis (BCA) เป็นวิธีการพื้นฐานในการคำนวณผลประโยชน์และต้นทุนในเชิงปริมาณในรูปของตัวเงิน และนำมาเปรียบเทียบระหว่างช่วงเวลาต่างๆ ได้

2) Cost-effectiveness Analysis (CEA) เป็นวิธีที่เหมาะสมสำหรับหน่วยงานที่มีงบประมาณและบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญอย่างจำกัด โดยวิธีการนี้เป็นการประเมินเฉพาะ ในส่วนของต้นทุนในการตรากฎหมายและต้นทุนของทางเลือกอื่นๆ เท่านั้น

3) Multi-criteria Analysis (MCA) เป็นการวิเคราะห์ที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของนโยบาย เพื่อนำมากำหนดปัจจัยที่จะเป็นตัวชี้วัดความสำเร็จของวัตถุประสงค์เหล่านั้น

2.2.2 หลักเกณฑ์วิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย

ในการตรากฎหมายที่จะต้องวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายจะมีหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า Reference Checklist For Regulatory Decision Making ซึ่งมีลักษณะเป็นรายการคำถามที่กำหนดให้ผู้ร่างกฎหมายต้องตอบให้ครบถ้วนก่อนที่จะมีการดำเนินการร่างกฎหมายจริงต่อไป เพื่อเป็นการประเมินและตรวจสอบผลกระทบในการออกกฎหมายอันอาจเป็นเหตุให้รัฐเข้าไปควบคุมหรือกำกับดูแล โดยแต่ละรายการคำถามนั้นจะเป็นคำถามปลายเปิด (Open Questions) ประกอบด้วย 10 คำถาม²¹ คือ

²⁰ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2557). *โครงการศึกษาวิจัยเรื่องการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis)* หน้า 20.

²¹ OECD. (2005). *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Challenges for Developing Countries*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258511.pdf>. [2564, 18 มีนาคม]

1) ลักษณะของปัญหาที่ทำให้มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายมีความชัดเจนและครบถ้วนหรือไม่ และจะต้องมีการให้รายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะพร้อมทั้งระดับของความรุนแรงของปัญหาและเหตุผลที่ทำให้เกิดปัญหาดังกล่าว

2) การเข้าแทรกแซงของภาครัฐเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งสามารถประเมินได้จากลักษณะของปัญหาตามข้อแรก ผลประโยชน์และต้นทุนของการแทรกแซงของรัฐและทางเลือกอื่นๆ ในการแก้ไขปัญหา

3) การออกกฎหมายเป็นวิธีที่ดีที่สุดของการแทรกแซงของภาครัฐหรือไม่ ทั้งนี้ ควรจะมีการประเมินผลประโยชน์และต้นทุนของวิธีการแทรกแซงของรัฐอื่นๆ เพื่อเปรียบเทียบระหว่างทางเลือกต่างๆ กับผลลัพธ์ที่เกิดจากกฎระเบียบและกลไกทางปกครองที่ต้องรองรับการบังคับใช้กฎระเบียบดังกล่าว

4) กฎระเบียบสอดคล้องกับกฎระเบียบอื่นๆ หรือไม่ เช่น กฎหมายที่ประเทศผูกพันไว้กับองค์การนาชาติ หรือในสัญญาการค้า กฎหมายว่าด้วยวิธีการปกครอง กฎหมายว่าด้วยการเปิดเผยข้อมูลของภาครัฐในกรณีที่เป็นอนุบัญญัติต้องพิจารณาว่ากฎหมายแม่บทได้ให้อำนาจหรือไม่ รวมทั้งกฎหมายต้องพิจารณาว่า ความสอดคล้องในการออกกฎหมายอยู่บนพื้นฐานของข้อบังคับของกฎหมายหรือไม่

5) หน่วยงานภาครัฐในระดับใดที่มีความเหมาะสมในการรับผิดชอบการดำเนินงานนี้ ในกรณีที่มีหน่วยงาน ทั้งในส่วนกลางและในระดับท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง ควรมีการออกแบบวิธีการในการประสานงานร่วมกันด้วย

6) ผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการออกกฎหมายเหมาะสมกับต้นทุนในการออกกฎหมายหรือไม่ โดยการคำนวณผลประโยชน์และต้นทุนในการออกกฎระเบียบที่เสนอเปรียบเทียบกับทางเลือกอื่นๆ

7) มีการประเมินผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลต่างๆ ในเศรษฐกิจและสังคมที่โปร่งใสหรือไม่ ทั้งนี้ กฎระเบียบของภาครัฐย่อมส่งผลให้กลุ่มบุคคลหรือธุรกิจบางกลุ่มได้ประโยชน์ ในขณะที่บางกลุ่มอาจเสียประโยชน์จึงควรที่จะมีการเปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับกลุ่มบุคคลหรือธุรกิจที่ได้หรือเสียประโยชน์จากกฎระเบียบต่อสาธารณชน

8) ข้อบัญญัติของกฎหมายมีความชัดเจน สอดคล้องกัน เข้าใจง่ายสำหรับผู้ใช้กฎหมายและประชาชนหรือไม่ ซึ่งหน่วยงานที่เสนอกฎระเบียบควรประเมินด้วยว่าผู้ใช้กฎหมายมีความเข้าใจในข้อบัญญัติของกฎหมายด้วยหรือไม่

9) ผู้มีส่วนได้เสียทุกภาคส่วนมีโอกาสแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับกฎหมายนั้นหรือไม่ ข้อบัญญัติของกฎหมาย ควรได้รับการพัฒนาอย่าง โปร่งใสจากการมีกระบวนการมีส่วนร่วมจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง อาทิภาค ธุรกิจ สหภาพการค้า หน่วยราชการในระดับต่างๆ เป็นต้น

10) กลยุทธ์และขั้นตอนที่จะบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติให้ประสบผลสำเร็จเป็นอย่างไร หน่วยงานที่เสนอ กฎระเบียบควรศึกษาวิเคราะห์ถึงการใช้ประโยชน์จากองค์กรที่เกี่ยวข้อง และกลไกที่สร้างแรงจูงใจ เพื่อที่จะให้การบังคับใช้กฎระเบียบมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ

หลักเกณฑ์การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย หรือการทำ RIA จะนำมาใช้กับกฎหมายทั้งในระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง รวมทั้ง กฎเกณฑ์ต่างๆ นอกจากนี้กระบวนการในการทาง RIA ของประเทศในกลุ่ม OECD²² จะให้ความสำคัญกับกระบวนการที่มี “ความโปร่งใส” เช่น ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง และต้องเปิดเผยรายงานผลการประเมินอย่างแพร่หลายผ่านทางเว็บไซต์ เป็นต้น และกำหนดให้มี “หน่วยงานกลาง” เพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบคุณภาพของรายงานและป้องกันไม่ให้ มีการบิดเบือนการเสนอกฎหมายที่ได้จัดทำขึ้นด้วย อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆ อาจจะนำเครื่องมืออื่นๆ มาใช้เป็นกลไกในการพัฒนามากกฎหมาย เพื่อทดแทนหรือเพิ่มเติมนอกเหนือจากการทำ RIA ดังกล่าวด้วยก็ได้

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาการกำหนดระบบอนุญาตในกฎหมาย

โดยที่มาตรา 77 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²³ บัญญัติให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่สำคัญ นอกจากนี้ มาตรา 258 แห่ง

²² องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ โออีซีดี (Organization for Economic Co-operation and Development - OECD) มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจให้แก่ประเทศสมาชิก โดยการปรับปรุง ประสิทธิภาพการบริหารจัดการ ส่งเสริมการค้าเสรีและให้ความช่วยเหลือเพื่อการพัฒนาทั้งในประเทศอุตสาหกรรมและประเทศที่กำลังพัฒนา ปัจจุบัน OECD ประกอบด้วยสมาชิก 34 ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา ชิลี สาธารณรัฐเช็ก เดนมาร์ก เอสโตเนีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ ฮังการี ไอร์แลนด์ ไอร์แลนด์ อิสราเอล อิตาลี ญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี ลักเซมเบิร์ก เม็กซิโก เนเธอร์แลนด์ นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ โปแลนด์ โปรตุเกส สโลวาเกีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ ตุรกี ออสเตรเลีย สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา และ 1 องค์กร คือสหภาพยุโรป นอกจากนี้ OECD ยังร่วมมือและมีข้อตกลงต่าง ๆ กับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกกว่า 70 ประเทศด้วย. กระทรวงการต่างประเทศ. *ข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.mfa.go.th. [2564, 23 มีนาคม]

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 วรรคสาม บัญญัติว่า

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศในด้านกฎหมาย²⁴ โดยกำหนดให้มีกลไกในการดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่างๆ ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยในส่วนที่เกี่ยวกับระบบอนุญาตนั้น กำหนดให้มีการใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว มีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁵ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550²⁶

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เหมาะสม พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง.

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 258 บัญญัติว่า

มาตรา 258 ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่างๆ ให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

ค. ด้านกฎหมาย

(1) มีกลไกให้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบการดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ

(2) ปฏิรูประบบการเรียนการสอนและการศึกษาอบรมวิชากฎหมายเพื่อพัฒนาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายให้เป็นผู้มีความรอบรู้ มีนิติทัศนะ และยึดมั่นในคุณธรรมและจริยธรรมของนักกฎหมาย

(3) พัฒนาระบบฐานข้อมูลกฎหมายของรัฐโดยใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลกฎหมายได้สะดวก และสามารถเข้าใจเนื้อหาของกฎหมายได้ง่าย

(4) จัดให้มีกลไกช่วยเหลือประชาชนในการจัดทำและเสนอร่างกฎหมาย.

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 87 บัญญัติว่า

รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำชูผู้ประกอบการ และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค.

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 84 บัญญัติว่า

รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการมีส่วนร่วมของประชาชน ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น

ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งจากการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน พบว่ามี การนำระบบที่ใช้ในการควบคุมและกำกับดูแลการประกอบอาชีพอยู่ 5 ระบบ ดังนี้²⁷

1) ระบบใบอนุญาต การอนุญาต และการอนุมัติ ก่อให้เกิดภาระให้แก่ประชาชนมากที่สุด เนื่องจากต้องมีการออกใบอนุญาต ต่ออายุใบอนุญาต ส่วนการอนุญาตและการอนุมัติ เป็นการขอ คำเนิการในแต่ละครั้ง

2) ระบบการจดทะเบียน เป็นระบบการอนุญาตประเภทหนึ่งที่ลดทอนลงมาจากระบบ อนุญาต กล่าวคือ เมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วก็สามารถประกอบกิจการหรือดำเนินการใดๆ ได้ จนกว่าจะถูกเพิกถอน

3) ระบบการขึ้นทะเบียน เป็นระบบที่มีลักษณะคล้ายกันกับการจดทะเบียน แต่จะใช้ เฉพาะกับการควบคุมการประกอบวิชาชีพหรือการผลิตสินค้า

4) ระบบจดทะเบียน เป็นระบบการควบคุมการประกอบอาชีพที่มีความยืดหยุ่นค่อนข้างมาก กล่าวคือ เป็นกรณีการแจ้งให้หน่วยงานของรัฐได้ทราบว่า ผู้ใดประกอบธุรกิจใด ที่ไหน อย่างไร เพื่อให้รัฐมีข้อมูลที่ได้จะนำไปใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายต่อไป

5) ระบบผสม โดยส่วนใหญ่ใช้บังคับกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพหรือ สินค้าที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของประชาชน

ซึ่งที่ผ่านมาจากที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น พบว่าในอดีตประเทศไทยก็ได้มีความพยายามใน การลดระบบใบอนุญาตมาอย่างต่อเนื่อง เช่น

(2) ส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจทางการเมือง การวาง แผนพัฒนาทางเศรษฐกิจ และสังคม รวมทั้งการจัดทำบริการสาธารณะ

(3) ส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกระดับ ใน รูปแบบขององค์กรทางวิชาชีพหรือตามสาขาอาชีพที่หลากหลาย หรือรูปแบบอื่น

(4) ส่งเสริมให้ประชาชนมีความเข้มแข็งในทางการเมือง และจัดให้มีกฎหมายจัดตั้งกองทุนพัฒนา การเมืองภาคพลเมืองเพื่อช่วยเหลือการดำเนินกิจกรรมสาธารณะของชุมชน รวมทั้งสนับสนุนการดำเนินการของ กลุ่มประชาชนที่รวมตัวกันในลักษณะเครือข่ายทุกรูปแบบให้สามารถแสดงความคิดเห็นและเสนอความต้องการ ของชุมชนในพื้นที่

(5) ส่งเสริมและให้การศึกษแก่ประชาชนเกี่ยวกับการพัฒนาการเมืองและการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมทั้งส่งเสริมให้ประชาชนได้ใช้สิทธิเลือกตั้งโดยสุจริตและ เทียงธรรม

การมีส่วนร่วมของประชาชนตามมาตรานี้ต้องคำนึงถึงสัดส่วนของหญิงและชายที่ใกล้เคียงกัน.

²⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560). *สรุปผลการสัมมนา โครงการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง การใช้ระบบใบอนุญาตในการตรากฎหมาย* หน้า 2 - 4.

1) ได้มีการตราพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พุทธศักราช 2558 เพื่อให้มีการทบทวนการใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็นทุก 5 ปี²⁸

2) แก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ต้องตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนของเอกสารภายใน 7 วัน หากไม่แจ้งจะนำมาเป็นเหตุในการปฏิเสธการอนุญาต เนื่องจากเอกสารไม่ครบไม่ได้²⁹

3) กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่มีพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจในการอนุญาตไว้โดยคำสั่งทางปกครองต้องจัดให้มีเหตุผล ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนการใช้ดุลพินิจ³⁰ และการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น³¹

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่ามีการใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบ กฎหมายต่างประเทศด้วย เช่น

1) หลักการใช้ระบบอนุญาตของสหภาพยุโรป³² หลักการใช้ระบบอนุญาตกับกิจการบริการ กล่าวคือ ใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็น โดยต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติแก่ผู้ประกอบการ และมีความพอสมควรแก่เหตุของเจ้าหน้าที่เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ อีกทั้งกระบวนการพิจารณาอนุญาตต้องชัดเจน โปร่งใส และสร้างภาระให้น้อยที่สุด

2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส³³ มีมาตรการควบคุมในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ประการแรก คือ มาตรการควบคุมก่อนหน้า รัฐจะมีบทบาทเชิงรุกในการใช้อำนาจพิจารณาซึ่งได้แก่ การอนุญาต การรับรอง และการขึ้นทะเบียน ประการที่สอง คือ มาตรการควบคุมภายหลัง รัฐมีบทบาทเชิงรับ ได้แก่ ตรวจสอบภายหลัง เช่น สั่งให้หยุดประกอบกิจการ ซึ่งจากผลของระบบอนุญาตนี้ก่อให้เกิดข้อเสนอในการเปลี่ยนวิธีคิดใหม่ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนต้องตั้งอยู่บนความไว้วางใจกัน เปลี่ยนการควบคุมก่อนหน้าเป็นควบคุมภายหลังโดยใช้ระบบแจ้งก่อนดำเนินการแทนการอนุญาต

²⁸ พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พุทธศักราช 2558.

²⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 มาตรา 27.

³⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 มาตรา 37.

³¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 มาตรา 39.

³² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 19 หน้า 4.

³³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 19 หน้า 5.

ซึ่งปัจจุบันฝรั่งเศสได้พยายามยกเลิกการใช้ระบบอนุญาต และใช้มาตรการควบคุม อื่นแทน เช่น การแจ้ง การขึ้นทะเบียน แก่ใช้ระบบอนุญาตให้สะดวกขึ้น โดยจัดให้มีจุดบริการแบบเบ็ดเสร็จ ยุบรวมใบอนุญาตให้เหลือเพียงใบเดียว รวมถึงนวัตกรรมการขออนุญาตออนไลน์หรือใช้ระบบอนุญาตโดยปริยาย

3) ระบบกฎหมายญี่ปุ่น³⁴ มีแบ่งการใช้ระบบอนุญาตจากที่ต้องกำหนดให้มีความเคร่งครัดมากที่สุดและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลานานที่สุด เช่น คำสั่งอนุญาต คำสั่งอนุมัติ การออกใบอนุญาต โดยมาตรการประเภทนี้จะนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมสูงหรือที่ต้องห้ามตามกฎหมาย รองลงมาคือมีความเคร่งครัดปานกลางและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาไม่มาก เช่น การรับรอง การตรวจสอบ การขึ้นทะเบียน ซึ่งมักนำไปใช้กับกิจการที่มีผลกระทบต่อสังคมบ้างเล็กน้อย ส่วนสุดท้ายคือ มีความเคร่งครัดน้อยที่สุดและมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาเร็วที่สุด ได้แก่ การแจ้ง การรายงาน ซึ่งมักนำไปใช้กับผลกระทบต่อสังคมในระดับต่ำ เพื่อมุ่งลดการแทรกแซงและการใช้ดุลพินิจจากภาครัฐ เพื่ออำนวยความสะดวกและสร้างความชัดเจนให้แก่ประชาชน

2.4 แนวคิดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

Georges Burdeau กล่าวว่า เสรีภาพถ้าไม่มีขอบเขตจำกัด สภาวะอนาธิปไตย (Anarchie) จะเกิดขึ้นดังเช่นครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมป่าเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่และกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สินร่างกายผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่สังคมได้ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาส และถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนหมด การมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุใหญ่ให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวมกันนี้เป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนืออื่นนี้เป็นรูปแบบการปกครองต่าง ๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดเหนือทุกคน เป็นกรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อ่อนแอกว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยรัฐจึงเป็นสิ่งจำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเป็นการปกป้องคุ้มครองไม่ให้รัฐและผู้อื่นมาล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของเรา³⁵

คำว่า สิทธิและเสรีภาพ มาจากคำว่า สิทธิ กับ เสรีภาพ ประกอบกัน ซึ่งความหมายนั้น มีนักวิชาการสาขานิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายไว้ เช่น

³⁴ ัญญพล สกฤตเมฆา. (2560). *การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นทดแทนระบบอนุญาต ในระบบกฎหมายต่างประเทศ*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 58-62.

³⁵ เกียรติกร เจริญธนวัฒน์. (2544). บทความพิเศษ: เรื่อง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 9*, หน้า 29.

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า คำว่า สิทธิ มีสองความหมาย คือ การมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ กล่าวคือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง อีกประการหนึ่ง คือ การมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้ ซึ่งได้อธิบายต่อไปว่า สิทธิตามกฎหมายมหาชนนั้น คือ การที่รัฐยอมผูกพันตนเองเพื่อประโยชน์ของเอกชน สิทธิตามกฎหมายมหาชนจึงเป็นสิทธิของราษฎรที่มีต่อรัฐและอำนาจสาธารณะอื่นๆ³⁶

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้อธิบายว่า สิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น³⁷

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต และคณะ ได้อธิบายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินและบุคคลอื่นๆ หรือเป็นการเรียกร้องให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน³⁸

รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ได้อธิบายว่า เสรีภาพ เป็นเงื่อนไขของบุคคลที่ไม่ขึ้นต่อผู้หนึ่งผู้ใด เสรีภาพคืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยประการสำคัญคือ บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้³⁹

ณัฐกร วิทิตานนท์ ให้ความหมายของ เสรีภาพ (Liberty) ในที่นี้หมายถึง ความเป็นอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำใดๆ⁴⁰

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้อธิบายความแตกต่างระหว่างสิทธิและ เสรีภาพ ว่า สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำใดๆ แต่เสรีภาพเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจจะกระทำการ อย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น⁴¹

จากการศึกษาความหมายที่ได้อธิบายดังกล่าวแล้ว สามารถสรุปได้ว่า สิทธิและเสรีภาพ มีความหมายต่างกัน กล่าวคือ คำว่า สิทธิ จะเป็นอำนาจของบุคคลที่มีเพื่อเรียกร้องให้บุคคลใดๆ กระทำ

³⁶ หยุด แสงอุทัย. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ : ประกายพริก. หน้า 225 - 226.

³⁷ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 22.

³⁸ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ : นานาสีพิมพ์. หน้า 44.

³⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 24.

⁴⁰ ณัฐกร วิทิตานนท์. (2553). *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 49-51.

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 53.

การหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่คำว่า เสรีภาพ จะเป็นลักษณะของอำนาจบุคคลที่มีในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำเภอใจของตน โดยปราศจากการกดขี่บังคับหรือ โน้มน้าวให้กระทำการอย่างใด ๆ นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้เปรียบเทียบความหมายของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ กับสิทธิตามความหมายทั่วไปว่า อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดๆ ถือว่าเป็น สิทธิตามกฎหมายมหาชน และรวมถึงการให้หลักประกันในทางหลักการ ในลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพปกป้องและคุ้มครองเพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ⁴²

รัฐธรรมนูญย่อมให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่าที่ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิจะแผ่ไปถึง การที่จะพิจารณาว่าขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละสิทธิ จะกินเนื้อที่เพียงใดนั้นพิจารณาได้จากบทบัญญัติของแต่ละสิทธินั้นเอง สิทธิขั้นพื้นฐานที่อาจจะไม่ได้มีความหมายชัดเจนต้องหาคำตอบต่อไปว่า กรณีที่ยกขึ้นมาจะเข้าข่ายของการได้รับความคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่จะเห็นได้ว่า จำเป็นต้องมีการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องเสียก่อน โดย การตีความหาขอบเขตการคุ้มครองดังกล่าวจะต้องยึดหลักที่ว่า ต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆมี ประสิทธิภาพสูงสุดด้วย และสำหรับกรณีที่มีความเป็นไปได้สองทาง ผู้ที่ทำการตีความก็จะต้องเลือกแนวทางที่จะทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีประสิทธิภาพสูงสุดด้วยเช่นเดียวกัน ที่สำคัญก็คือการแทรกแซง ที่จะกระทำต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นหลัก⁴³

การกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิใดสิทธิหนึ่งขึ้นกระทำก็เพื่อหาความเป็นไปได้เท่านั้น ว่าขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิใดสิทธิหนึ่งควรมีความครอบคลุม เพียงใด กล่าวคือเพื่อตอบคำถามว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับอะไร และจะปกป้องสิทธิจากอะไรเท่านั้น ไม่ใช่จะเป็นการกำหนดที่แน่นอนตายตัวลงไปทีเดียวว่า สำหรับกรณีนั้นๆในท้ายที่สุดแล้วจะต้องได้รับความคุ้มครองเพียงใด ทั้งนี้เพราะเป็นไปได้ต่อไปอีกว่า แม้ว่าขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิใดสิทธิหนึ่ง จะได้รับความกระทบกระเทือน กล่าวคือมีการล่วงล้ำสิทธิเกิดขึ้น แต่การ

⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 41, หน้า 50-51

⁴³ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, (2551), *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ:โครงการตำราและเอกสารการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 542-543.

ล้วงล้ำ ดังกล่าวอาจเป็นไปได้โดยชอบ เนื่องจากกฎเกณฑ์แห่งสิทธินั้นๆเปิดช่องให้มีการจำกัดสิทธิได้เป็นต้น⁴⁴

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทยนั้น มีลักษณะของ การจำกัดที่แตกต่างกันออกไป ความแตกต่างของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิ ขั้นพื้นฐานแสดงให้เห็นจะเห็นว่า การที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น จะต้องกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้นและกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขนี้ด้วย

1) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น โดยหลักจะต้องเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่รูปแบบ กล่าวคือ ผู้ตราจะต้องมีอำนาจที่จะตรากฎหมายได้ และมีการดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับตรากฎหมาย

2) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้นจะต้องมีความชัดเจน เพียงพอที่ ประชาชนจะทราบได้ว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิใด และต้องการจำกัดสิทธิดังกล่าว เพียงใด

3) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้นจะต้องเป็น ไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 26⁴⁵ ซึ่งวางกรอบไว้ดังนี้⁴⁶

3.1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

3.2) ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น

3.3) ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นไม่ได้

4) กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักความ พอสมควรแก่เหตุซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้คือ

4.1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

⁴⁴ บุญศรี มีวงษ์อุ โฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 544.

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26 บัญญัติว่า

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง.

⁴⁶ บุญศรี มีวงษ์อุ โฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 545-546.

4.2) มาตรการในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความจำเป็น กล่าวคือ ไม่มีมาตรการใดที่อ่อนกว่านั้น กล่าวคือกระทบสิทธิของประชาชนน้อยกว่านั้น เหลือให้เลือกอีกแล้ว

4.3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีความพอสมควรแก่เหตุตาม ความหมายอย่างแคบหรือพอจะคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าผู้ถูกจำกัดสิทธินั้นสามารถรับสภาพได้ และ หากดำเนินการแล้วจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ก็อาจจะกล่าวได้เลยว่าการดำเนินการนั้นๆ ขัดต่อหลักนี้

แนวความคิดพื้นฐานเรื่องจำกัดสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นกรณีที่รัฐทำ การกีดกันขัดขวาง หรือปฏิเสธการกระทำ ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญของปัจเจกบุคคล ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะราย (คำสั่งทางปกครอง) หรือเกิดขึ้นในลักษณะทั่วไป (กฎหมาย) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการกล่าวคือ

ประการแรก การกระทำนั้นต้องเกิดจากความมุ่งประสงค์ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ประการที่สอง การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน

ประการที่สาม การกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องเป็นการกระทำในทางกฎหมาย ประการที่สี่ การกระทำ ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มีลักษณะเป็นการบังคับ หรือเป็นคำสั่ง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนฝ่ายเดียว หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ ซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎี ดังนี้

2.4.1 สิทธิเสรีภาพแบบสัมบูรณ์⁴⁷

สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้รัฐธรรมนูญรับรองไว้เด็ดขาดไม่อนุญาติให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ เช่น บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความ เชื่อถือแตกต่างจากบุคคลอื่น หรือการจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

2.4.2 สิทธิเสรีภาพแบบสัมพัทธ์⁴⁸

⁴⁷ ชูติกาญจน์ สายอุตสาห์. (2561). *ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*

พุทธศักราช 2560. มหาวิทยาลัยปทุมธานี. หน้า 53.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54-55.

สิทธิเสรีภาพประเภทนี้รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษ หมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลัก แต่องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควรเช่น มาตรา 41 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า สิทธิ ของบุคคล ในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครองขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่ กฎหมายบัญญัติการสืบทอดย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบทอด ย่อมเป็นไป ตามที่กฎหมายบัญญัติ” แต่การออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นแม้จะเป็นกรณี ที่ รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำ ได้ตามที่เห็นสมควรก็ตามแต่องค์กรนิติบัญญัติก็ต้องตรากฎหมาย ให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามมาตรา 29 ด้วย

2.4.3 ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพแล้ว แม้จะมีสิทธิเสรีภาพบางประเภทที่อาจเด็ดขาดหรือ สมบูรณ์ไม่มีข้อจำกัด เช่น เสรีภาพในความเชื่อเสรีภาพในมโนธรรม เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น แต่ก็มีสิทธิเสรีภาพส่วนใหญ่มีข้อจำกัดกำกับอยู่ด้วย ดังนี้

1) ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อความมั่นคงแห่งชาติ แต่เดิมเข้าใจว่า หมายถึงความมั่นคงทางทหารแต่ในปัจจุบันนี้ยอมรับว่าความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง เป็นความมั่นคงแห่งชาติ ด้วย ดังนั้น สิทธิเสรีภาพย่อมอยู่ภายใต้ข้อบังคับว่าไม่ขัดต่อความมั่นคงแห่งชาติแต่ข้อจำกัดที่อ้าง ความมั่นคงควรทำในรูปกฎหมายซึ่งออกโดยรัฐสภาจะออกมาโดยคำสั่งหรือคำบัญชาของคณะ บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ได้

2) ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือรัฐประศาสนโนบายกฎหมายที่ ออกมา ใช้บังคับจำกัดเป็นไปตามนี้ได้แก่กฎหมายอาญา

3) ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การป้องกันการทำอนาจาร หรือการมอมเมาเยาวชน เป็นต้น

4) ข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองอนามัยของบุคคลหรือสังคม ได้แก่ กฎหมายผังเมือง กฎหมายควบคุมโรงงานอุตสาหกรรม กฎหมายปราบการค้าประเวณี เป็นต้น

นอกจากนี้วิธีจำกัดสิทธิและเสรีภาพทำได้ 3 วิธี คือ

1) ทำเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยตรง

2) ทำในรูปแบบอื่น คือการกำหนดหน้าที่ขึ้นอยู่กับสิทธิเสรีภาพว่าการใช้สิทธิเสรีภาพ ต้องคำนึงถึงหน้าที่พลเมืองหรืออาจออกเป็นกฎหมายมากำหนดหน้าที่ของอีกฝ่ายให้เคารพ สิทธิ ของผู้อื่น

3) ใช้วิธี Self-Restraint คือการรู้จักยับยั้งชั่งใจตนเอง ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องมีการให้ประชาชน รู้จักยับยั้ง มีจิตสำนึกต่อส่วนรวมหรือถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยตนเอง

นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุด จึงกระทำได้ เท่าที่จำเป็น ตามหลักความได้สัดส่วนซึ่งจะต้องประกอบด้วย หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบดังนี้ หลักความจำเป็นความเข้าใจต่อหลักความจำเป็น ในปัจจุบันนี้ได้รับการอธิบายในเชิงบอกเล่าว่า เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นที่เป็นมาตรการที่จำเป็นส่วนการอธิบายในเชิงปฏิเสธนั้นอาจอธิบายว่าความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้น ไม่มีอยู่หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้น หรือผลสำเร็จที่ดีกว่า สามารถจะกระทำโดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า

2.5 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ เป็นหลักการทางกฎหมายมหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยปรากฏคำดังกล่าวครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1798 โดยวิลเฮิม ปีเตอร์เซ็น ได้วิพากษ์วิจารณ์ Police State ไว้ในหนังสือโดยเปรียบเทียบกฎหมายของรัฐ (Staatsrecht) ซึ่งหมายถึง กฎหมายมหาชน คือ รัฐกำหนดที่เข้าชายตราขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมตามความพอใจของ “เจ้าชาย” กับ นิติรัฐ (Rechtsstaat) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับบุคคล เอกชน เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ กฎหมายธรรมชาติ หรือสิทธิมนุษยชน โดยนิติรัฐ เป็นหลักการที่ถือว่าสิทธิมนุษยชนยอมมาก่อนรัฐกำหนด รัฐกำหนดจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีการเคารพสิทธิมนุษยชน ซึ่งตรงข้ามกับ Police State ซึ่งเป็นหลักการที่ถือว่ารัฐกำหนดมาก่อนสิทธิมนุษยชน⁴⁹

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ได้อธิบายว่า เนื่องจากนิติรัฐเป็นหลักการหนึ่งที่รัฐยอมผูกพันตนกับกฎหมายที่ตนเป็นผู้ตราขึ้น กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจึงเป็นพื้นฐานที่มาแห่งอำนาจและจึงเป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่ของรัฐเองด้วย เมื่อรัฐบาลและฝ่ายปกครองได้อยู่ใต้กฎหมาย ยอมเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่างๆ แห่งกฎหมายทั้งในด้านการรับรองคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการปฏิบัติงานแล้ว ดังนั้น นิติรัฐ จึงเป็นรัฐที่มุ่งจำกัดและกำหนดกรอบการใช้อำนาจโดยกฎหมายเพื่อมุ่งหมายให้กระทำการปกครองประชาชนภายใต้กรอบของกฎหมายเท่านั้น จึงเป็นที่มาของหลักการว่า นิติรัฐ เป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยเจตจำนงของมนุษย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองรัฐ นั่นเอง⁵⁰

⁴⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2560). หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ : ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 55*. หน้า 21.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22 - 23.

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ บรรเจิด สิงคะเนติ ได้กล่าวถึง Theodor Maunz ซึ่งเป็นนักกฎหมายมหาชนได้อธิบายไว้ว่า หลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการที่เป็นสาระสำคัญ คือ

- 1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- 2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- 3) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง
- 4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
- 5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- 6) หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย
- 7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

โดยเขาเห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถือได้ว่าเป็นสิ่งสูงสุดของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายของรัฐและในประเทศแล้ว กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้เลย หากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่านั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมต้องไม่มีผลบังคับใช้ใดๆ สอดคล้องกับคำอธิบายของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ที่ได้กล่าวว่า หลักนิติรัฐจะเป็นประโยชน์แก่ระบอบประชาธิปไตยและกระบวนการยุติธรรมอย่างยิ่ง เพราะจะทำให้เกิดทฤษฎีหนึ่งขึ้นมาที่ว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมาย (le principe de hiérarchie des normes) หรือเรียกว่า “พีระมิดแห่งกฎหมาย” กล่าวคือ บรรดากฎหมายทางกฎหมายที่ใช้บังคับภายในรัฐจะมีลำดับชั้นสูงต่ำลดหลั่นกันลงมาโดยไม่ได้อยู่ในระนาบเดียวกันหมด ทั้งนี้ สามารถแบ่งระดับได้ 4 ระดับ คือ

- 1) รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุด
- 2) รัฐบัญญัติ หรือกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรา
- 3) อนุบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจที่รัฐบัญญัติได้ให้อำนาจไว้ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง
- 4) กฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายที่นิติบุคคลซึ่งได้รับการกระจายอำนาจจากรัฐเป็นผู้ตราขึ้น แบ่งได้เป็น กฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางเขตแดนหรือทางพื้นที่ เช่น กฎหมายที่หน่วยบริหารราชการส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ตราขึ้น ในรูปข้อบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค เช่น กฎหมายที่รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน

โดยทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมายนั้น จะพบว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ทำให้มีหลักการที่สำคัญเกิดขึ้นมาอีก คือ

1) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ หรือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติทั้งในเชิงเนื้อหาและในเชิงรูปแบบ

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง คือ รัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือเรียกว่า “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”⁵¹

3) หลักกฎหมายที่มีระดับต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีระดับสูงกว่ามิได้

2.5.1 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และของพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้มีหลักว่า มนุษย์เกิดมามีอิสระเสรี สิทธิเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่มนุษย์มีอยู่เดิมก่อน “รัฐ” หรือก่อน “อำนาจปกครองบังคับบัญชา”⁵² ซึ่งในเรื่องของหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเป็นพื้นฐานสำคัญอันมาจากกลุ่มแนวคิดดังต่อไปนี้⁵³

1) ลิทธิอนุรักษนิยม (Conservatism) เชื่อว่ากาลเวลาจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงระเบียบและความยุ่งยากในสังคมได้ และต่อต้านการเปลี่ยนแปลงทั้งหลายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

2) ลิทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เป็นแนวความคิดที่มีความเชื่อมั่นว่า รัฐควรที่จะสนับสนุนสิทธิของบุคคลในการคิด พุด และนับถือศาสนา โดยที่ห้ามรัฐเข้ามาแทรกแซงใดๆ ลิทธินี้บางครั้งอาจเรียกว่า เสรีนิยม (Liberalism) ซึ่งเน้นเสรีภาพของบุคคลนั่นเอง

3) ประชาธิปไตย (Democracy) คือ รูปแบบการปกครองที่เน้นประชาชนดำเนินการร่วมกัน คือ ต้องการให้เกิดความเห็นร่วมกันในเรื่องการเมืองการปกครอง หรือเรียกว่ากระบวนการมีส่วนร่วมในการปกครอง (Participation) โดยใช้เสียงข้างมากเป็นบรรทัดฐาน และมีหลักการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งกันและกัน (Checks And Balances)

4) หลักความยุติธรรม (Justice) สุภาษิตกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรมถือเสมือนหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่ในมโนธรรม เช่น ความยุติธรรมควรเป็นสิ่งที่ไม่ต้องซื้อหา เพราะไม่มีสิ่งใดที่น่าอูจาดไปมากกว่าความยุติธรรมที่หาซื้อด้วยเงิน หรือความยุติธรรมไม่เป็นสิ่งที่จะพึงปฏิเสธหรือฝัดผ่อน

⁵¹ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 23 - 24.

⁵² กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 12.

⁵³ จรุง สุภาพ. (2518). *หลักรัฐศาสตร์ฉบับพิสดาร แนวคิดทฤษฎีและประยุกต์*. กรุงเทพฯ : วัฒนาพานิชย์. หน้า 10.

การที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็เพราะต้องการความเป็นนิติรัฐ (Rechtsstaat) ที่สมบูรณ์ คือ ต้องเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย (The Rule Of Law) ซึ่งรัฐเป็นผู้ตรากฎหมาย และในประการสำคัญรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะต้องมีการรับรองสิทธิต่างๆ ของบุคคลเอาไว้ด้วย เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศอันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration Of Human Rights หรือ UDHR) กติการะหว่าง ประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant On Civil And Political Rights หรือ ICCPR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights หรือ ICESCR) เป็นต้น ทั้งนี้ การที่รัฐจะจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้ ในมุมมองของนิติรัฐแล้วจะกระทำได้ที่แต่เมื่อได้รับความยินยอมของประชาชนให้จำกัดสิทธิเสรีภาพตามกลไกแห่งนิติบัญญัติของรัฐดังที่ได้กล่าวมาแล้วเท่านั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยจะพบว่า มีความพยายามในการสร้างองค์กรและกลไกที่จะช่วยในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ด้วย คือ ศาลรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ แม้เวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองหลายครั้ง แต่ประเด็นเกี่ยวกับเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนยังคงได้รับการรับรองให้เกิดการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมอยู่ตลอด โดยเริ่มต้นจากการพัฒนาความรู้ความคิดและค่านิยมของคนในชาติให้เห็นถึงคุณค่า ความสำคัญของสิทธิมนุษยชนหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสร้างสำนึกในหน้าที่ของประชาชนทุกคน ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะการมีสิทธิเสรีภาพนั้นย่อมนำมาซึ่งหน้าที่ต่อสังคมส่วนรวมด้วยเช่นกัน ในทางตรงกันข้ามการมีเพียงสิทธิเสรีภาพอย่าง ไร้ขอบเขตย่อมไม่อาจนำมาซึ่งความเป็นนิติรัฐที่สมบูรณ์แท้จริงได้เลย⁵⁴

2.5.2 หลักความชอบกฎหมายในทางเนื้อหา

ในอดีตเป็นที่เข้าใจกันว่า ไม่มีสิ่งใดจะขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ (Puisseance Publique) อันเป็นอำนาจเหนือเอกชน ดังนั้น การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองก็ตามจึงมีความเป็นอำนาจสูงสุดและไม่มีข้อจำกัด แต่เมื่อมีการสร้างระบบรัฐธรรมนูญขึ้นให้เป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงสุดและได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายในลำดับชั้นต่ำกว่าไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายซึ่งจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า

⁵⁴ ประกิจ ประสิทธิ์สุกผล. (2560). *หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในนิติรัฐ*. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2. วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ, สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 13-14.

ไม่ได้ ผลลัพธ์หลักดังกล่าวจึงเป็นการทำให้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นถูกจำกัดลงและปราศจากอิสระในการดำเนินการตามอำเภอใจ

เมื่อหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายถูกสร้างขึ้นและนำมาใช้กับฝ่ายปกครอง จึงทำให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการได้เพียงตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ด้วยเหตุนี้ การให้ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายจึงมีผลโดยตรงต่อการทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าวฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจเกินกว่าความจำเป็นอันจะทำให้เกิดปัญหาแก่ประชาชนได้ ปัจจุบันจึงนำหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขของระบบกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว⁵⁵

2.5.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐ

หลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนี้ ประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก คือ การกระทำขององค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และการกระทำเหล่านั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ในที่นี้เรียกว่า ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ

ประการที่สอง คือ หากองค์กรของรัฐมีการกระทำใดๆ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐจะต้องมีกลไกที่จะทำให้การกระทำนั้นสิ้นผล และหากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด รัฐจะต้องมีการเยียวยาหรือชดเชยค่าเสียหายให้แก่บุคคลผู้เสียหายด้วย ในที่นี้เรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ ทั้งนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐแต่ละหลักการแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ หรือการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

หมายถึง การใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตราและออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายลำดับสูงสุดได้บัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งประการสำคัญคือกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้จะต้องผ่านกระบวนการตราและออกโดยองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนที่มีหน้าที่และอำนาจในการตราและออกกฎหมายมาใช้บังคับด้วย สำหรับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายนั้น จะมีการควบคุมโดยองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการตีความ

⁵⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์.(2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1229>.

กฎหมาย เช่น ศาลยุติธรรมหรือศาลรัฐธรรมนูญ ที่ทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁵⁶

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร หรือการกระทำของฝ่ายบริหาร

ฝ่ายบริหารนั้นมีสองส่วนด้วยกัน ส่วนที่หนึ่งเป็นฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล และส่วนที่สองเป็นฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นรัฐบาลนั้น เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (Government Act) จะถูกควบคุมทางการเมือง เช่น การตั้งกระทู้ถาม การลงมติไม่ไว้วางใจ เป็นต้น แต่จะไม่ถูกควบคุมโดยศาล ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองนั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงอาจทำให้มีกระทบและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนได้ จึงมีแนวคิดว่าการกระทำทางปกครอง (Administrative Act) ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและต้องมีการควบคุมตรวจสอบ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลปกครองจะเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจนี้⁵⁷

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำของฝ่ายตุลาการ

คือ การใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยหรือพิพากษาบรรดาคดีต่างๆ ซึ่งองค์กรตุลาการมีหน้าที่ควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของบุคคลและองค์กรของรัฐ โดยการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอีกนัยหนึ่งเรียกได้ว่าเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่สร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าองค์กรตุลาการจะถือเป็นองค์กรที่มีอิสระในการใช้อำนาจมากกว่าองค์กรอื่น เพราะเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามตัวบทกฎหมาย ต้องใช้กฎหมายด้วยความเที่ยงธรรมและปราศจากอคติด้วย จึงมีระบบศาลเกิดขึ้นเพื่อให้ศาลในระดับชั้นที่สูงกว่าสามารถควบคุมตรวจสอบได้ว่าศาลในระดับล่างวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁵⁸

⁵⁶ ธนพล ภาคสุข. (2560). *ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 21 - 22.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23 - 24.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

2.6 ทฤษฎีบริการสาธารณะ⁵⁹

บริการสาธารณะ คือกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประชาชนเป็นเป้าหมายสำคัญ โดยเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวมที่ทำโดยบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ผูกพันกับบุคคลมหาชนและอยู่ภายใต้ระบบของกฎหมายเฉพาะ ซึ่งการบริการสาธารณะประกอบไปด้วยกิจการดังนี้

- 1) กิจกรรมนั้นต้องกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องมุ่งหมายของการกระทำ
- 2) กิจกรรมนั้นต้องกระทำโดยบุคคลมหาชนหรือบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับมอบหมาย
- 3) การกระทำนั้นต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะซึ่งเป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำ

โดยหลักการของการบริการสาธารณะนั้นเป็นกิจกรรมที่ตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อรัฐเล็งเห็นถึงความจำเป็น รัฐจึงเข้าแทรกแซงจัดการหรือควบคุมดูแลเพื่อประโยชน์สาธารณะ มีหลักการสำคัญของการบริการสาธารณะ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักความเป็นกลาง หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน หลักความต่อเนื่อง และ หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงโดยมีรายละเอียด ดังนี้⁶⁰

หลักความเป็นกลาง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง โดยพิจารณา วินิจฉัยเรื่องต่างๆ โดยปราศจากอคติ

หลักความเสมอภาค บุคคลทุกคนจึงมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐหรือฝ่ายปกครองอย่างเท่าเทียมกัน รวมถึงการมีสิทธิได้รับบริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกันตามเงื่อนไข และลักษณะการใช้บริการสาธารณะ

หลักความได้สัดส่วน เพื่อให้ปัจเจกชนได้รับผลกระทบน้อยที่สุด ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนโดยคำนึงถึง

- 1) มาตรการที่เลือกใช้จะต้องมีความเหมาะสม สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้อย่างแท้จริง

⁵⁹ สุจิวรรณ รัตนประทีป. (2555). *ความรับผิดชอบของรัฐ : ศึกษากรณีการรับภาระเกินปกติ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 36.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37-38.

2) มาตรการที่เลือกใช้จะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยจะมีผลกระทบต่อสิทธิหรือสร้างภาระให้แก่ผู้ใดน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นแก่การบรรลุผล

3) ชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีที่เกิดต่อประโยชน์สาธารณะกับผลเสียหรือภาระของบุคคลใดแล้ว จะต้องปรากฏว่าผลดีที่จะเกิดต่อประโยชน์สาธารณะจะต้องมีมากกว่าอย่างชัดเจน

หลักความต่อเนื่อง การบริการสาธารณะเป็นการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวม ซึ่งการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องจะหยุดชะงักไม่ได้ เพราะจะส่งผลกระทบต่อสังคม หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะนี้จึงเป็นที่มาสำคัญของหลักกฎหมายปกครอง

หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง การบริการสาธารณะเป็นการดำเนินการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ของบ้านเมืองไม่ว่าจะเป็นสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และยุคสมัย ดังนั้น การบริการสาธารณะที่ดีต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ เพื่อให้การบริการสาธารณะนั้นสามารถตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอย่างมีประสิทธิภาพ

ประเภทของการบริการสาธารณะ แบ่งได้เป็น 3 ประเภท⁶¹คือ

1) การบริการสาธารณะทางปกครอง คือกิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน เป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชน โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายในประเทศการป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น

2) การบริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม คือ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองเข้าไปดำเนินการเช่นเดียวกับเอกชนให้เป็นทางเลือกเพิ่มเติมที่ประชาชนสามารถเลือกใช้ โดยรัฐจะต้องให้องค์กรมหาชนเพื่อดำเนินกิจกรรมดังกล่าว เช่น การขนส่ง หรือการคมนาคมทางเลือก เป็นต้น

3) การบริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม คือการบริการสาธารณะที่เป็นการให้บริการทางสังคมและวัฒนธรรมที่ต้องการความอิสระคล่องตัวในการทำงานโดยไม่มุ่งเน้นการทำกำไร เช่น การแสดงนาฏศิลป์ พิพิธภัณฑสถาน การกีฬา การศึกษาวิจัย เป็นต้น

⁶¹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิทยุชน. หน้า 75-79.