

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

ในบทนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืน ได้แก่ ทฤษฎีการเวนคืน ทฤษฎีบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาค และทฤษฎีเกี่ยวสิทธิในที่ดิน ตลอดจนความเป็นมา วิวัฒนาการ เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์อย่างเป็นธรรม ศึกษากรณีการควบคุมดุลยพินิจของคณะกรรมการผู้มีอำนาจกำหนดเงินค่าทดแทนเบื้องต้น

2.1 ทฤษฎีการเวนคืน

2.1.1 ความหมายของการเวนคืน

การเวนคืน คือ การใช้อำนาจรัฐพรากเอาอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นของรัฐ เพื่อนำมาใช้ในงานสาธารณะภายใต้เงื่อนไขว่าต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชน ด้วยการชดเชยค่าตอบแทนที่เป็นธรรม¹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้อำนาจเวนคืนดังกล่าว เรียกว่า “eminent domain” สำหรับประเทศอังกฤษ เรียกว่า “compulsory acquired” ในประเทศแคนาดา เรียกว่า “expropriation” คำว่า “expropriation” ถูกคิดค้นขึ้นโดย โกรเชียส (Grotius) เมื่อ ค.ศ. 1625 เพื่ออธิบายให้เห็นภาพการใช้อำนาจบังคับเอาทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ การใช้อำนาจเวนคืนอาจถือได้ว่าเป็นสิทธิในทางการเมืองของรัฐที่ตกทอดเป็นมรดกควบคู่กันมากับความเป็นรัฐ ภายใต้พื้นฐานของความจำเป็นและผลประโยชน์ของสังคมที่รัฐต้องเข้าถือเอาทรัพย์สินบรรดาที่เป็นของสมาชิกในสังคมมาใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐ อันเป็นประโยชน์ที่มีความสำคัญต่อสังคมโดยรวมยิ่งกว่าเป็นที่ยอมรับกันว่าในสังคมการเมืองของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐมีภารกิจที่สืบเนื่องกันมาโดยตลอด คือ หน้าที่ในการพิทักษ์รักษาการดำรงอยู่ของตนเอง ป้องกันและส่งเสริมผลประโยชน์ และสวัสดิการสังคม การพรากทรัพย์สินของเอกชนเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินการกิจดังกล่าวของรัฐจึงเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้โดยชอบธรรม การใช้อำนาจเวนคืน

¹ สมพร จุลสุทธิ. (2557). *หลักเกณฑ์การคิดค่าชดเชยทรัพย์สิน เพื่อพิจารณาผลกระทบต่อโครงการ กรณีศึกษาการพัฒนาโครงการแหล่งน้ำ*. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารงานก่อสร้าง, คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 8.

จึงเป็นการแสดงออกความมีอธิปไตยของรัฐ อำนาจในการเวนคืนจะครอบคลุมทรัพย์สินของเอกชนทุกชนิด ทุกประเภทและทุกลักษณะ รวมไปถึงสิทธิไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิ และสิทธิทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน

ดังนั้น หากทรัพย์สินใดรัฐได้มาโดยการซื้อ การแลกเปลี่ยน การอุทิศให้ของเอกชนหรือเจ้าของทรัพย์สินยินยอมให้รัฐใช้สอย แม้รัฐจะได้นำทรัพย์สินที่ได้มานั้นไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเวนคืนทรัพย์สิน สาละสำคัญของการใช้อำนาจเวนคืน คือ การบังคับเอาทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐโดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของนั่นเอง

จากการศึกษาเรื่องการเวนคืนดังกล่าวมานี้ สามารถสรุปความหมายของการเวนคืนได้ว่า “การเวนคืน คือ การใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐบังคับเอาอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นก่อน โดยการใช้อำนาจนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนมานั้นต้องนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะและต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกเวนคืน”

2.1.2 ความแตกต่างระหว่างการเวนคืนกับข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์

ลักษณะที่สำคัญของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คือ การทำให้เกิดความเสียหายหรือรอนสิทธิ “injuriouly affecting” ในอสังหาริมทรัพย์ผลประโยชน์อันพึงมีพึงได้ทุกประการจากทรัพย์สินไปจากเจ้าของ แม้รัฐจะไม่ตั้งใจเพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของตนก็ตาม มาตรการของรัฐบางอย่างมีผลเป็นการแทรกแซงทางกายภาพ (physical interference) ต่อสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินของเอกชนที่จะกีดกันมิให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับซึ่งโดยสละแล้วมีความรุนแรงถึงขนาดเป็นการตัดทอนสิทธิดังกล่าว เห็นได้ว่ามาตรการของรัฐที่เป็นการจำกัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นอาจเป็นได้ทั้งการเวนคืนหรือการกำหนดเพียงข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์ มีปัญหาว่าการกระทำของรัฐที่เป็นการเวนคืนกับการกำหนดข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์มีข้อแตกต่างกันอย่างไร เพราะผลลัพธ์ที่ได้จะมีความแตกต่างกัน² กล่าวคือ หากกรณีเป็นการเวนคืนเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ชอบที่จะได้รับค่าทดแทน หากเป็นเพียงข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ไม่อาจเรียกร้องค่าทดแทนได้ เพราะทั้งสองกรณีต่างมีความคล้ายคลึงกันในหลักการคงแตกต่างกันในแง่ระดับความรุนแรงแห่งการจำกัดสิทธิเท่านั้น

² นัยนา เกิดวิชัย. (2549). รายงานการวิจัยการใช้ประโยชน์จากที่ดิน ที่รัฐเวนคืนจากประชาชน. สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. หน้า 29.

ในประเทศเยอรมัน ได้มีการเสนอทฤษฎีต่าง ๆ เพื่อแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการเวนคืนกับข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไว้ 3 ทฤษฎี³ ดังต่อไปนี้

2.1.2.1 ทฤษฎีการเสียสละพิเศษ (Sonderopfertheorie)

การเวนคืน คือ การลบล้างกรรมสิทธิ์ ไม่ว่าจะถอนกรรมสิทธิ์นั้นเลยหรือเพียงแค่เพิ่มภาระให้แก่กรรมสิทธิ์นั้น ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อผลประโยชน์ของสังคมนั้น ๆ หากการลบล้างกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งเมื่อเทียบกับบุคคลอื่นแล้วเขาถูกกระทบเป็นพิเศษอย่างไม่เท่าเทียมกับคนอื่น โดยเขาต้องเสียสละให้แก่ส่วนรวมเป็นพิเศษต่างจากคนอื่นอันไม่เป็นไปตามหลักแห่งความเสมอภาคที่ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐโดยเท่าเทียมกัน กรณีจึงถือเป็นการเวนคืน ความเสียสละพิเศษนี้จะต้องได้รับการทดแทน แต่ข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์เป็นกรณีที่จำกัดสิทธิการใช้ทรัพย์สินเป็นการทั่วไปที่ทุกคนต้องได้รับผลเช่นเดียวกันทั้งหมด ด้วยความเสมอภาคกรณีจึงไม่ต้องมีการใช้ค่าทดแทนให้

2.1.2.2 ทฤษฎีการแบ่งตามเนื้อหา (Materielle Abgrenzungstheorie)

กรณีจะถือเป็นการเวนคืนเมื่อส่วนที่ได้รับการคุ้มครองของกรรมสิทธิ์ถูกรบกวนหรือกันลบล้างกรรมสิทธิ์นั้น เจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ควรต้องทนรับสภาพอีกต่อไป หรือเมื่อเสรีภาพในการจัดการทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์ถูกรบกวนทำให้อำนาจกรรมสิทธิ์ไม่อาจทำหน้าที่ได้ต่อไป

2.1.2.3 ทฤษฎีความผูกพันของกรรมสิทธิ์ที่มีต่อสังคม (Sozialbindungstheorie)

ทฤษฎีนี้ถือว่า การเวนคืน คือ การลบล้างกรรมสิทธิ์ทุกรูปแบบ ที่เกินไปกว่าความผูกพันที่มีต่อสังคมของกรรมสิทธิ์เอง การพิจารณาว่าการลบล้างกรรมสิทธิ์ใดอยู่นอกเหนือความผูกพันที่มีต่อสังคมหรือไม่ ดูได้จาก การลบล้างกรรมสิทธิ์นั้นสอดคล้องกับหลักการสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ก็จะมีความแตกต่างกันไปตามประเภทของตัวทรัพย์สิน โดยหากไม่สอดคล้องก็ถือว่าเป็นการเวนคืน เช่น กรณีที่ดินที่ตั้งอยู่บริเวณรอบนอกของเมือง เจ้าของที่ดินจะต้องยอมรับแผนพัฒนาที่เกี่ยวกับการจัดให้มีสวนสาธารณะ โดยเจ้าของที่ดินต้องไม่ปลูกสร้างอาคารสูงใด ๆ ลงบนที่ดินของตน โดยถือเป็นพันธะข้อตกลงที่เจ้าของที่ดินมีต่อสังคมและสอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานจึงไม่ถือว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวเป็นการเวนคืน เป็นต้น

การพิจารณาแนวคิดทฤษฎีต่าง ๆ ดังกล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า กรณีจะเป็นการเวนคืนนั้นจะมีลักษณะเป็นรูปธรรม ส่งผลกระทบโดยตรงไปยังเอกชนแต่ละคน และมีลักษณะเป็นการพรากกรรมสิทธิ์ไปจากเจ้าของ ส่วนข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะมีลักษณะ

³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2538). *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า. 76-77

เป็นนามธรรมใช้ได้เป็นการทั่วไปกับบุคคลหรือกลุ่มคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงเกิดขึ้นเนื่องจากตัวทรัพย์สินนั่นเองที่ก่อภาระแก่ตัวทรัพย์สินและมีใช้มีผลกระทบต่อเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยตรง

2.1.3 หลักเกณฑ์การเวนคืน

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ⁴ ดังต่อไปนี้ คือ

ประการที่หนึ่ง ต้องอาศัยอำนาจของกฎหมาย

ประการที่สอง ต้องมีวัตถุประสงค์ของการเวนคืนเพื่อการอันเป็นประโยชน์สาธารณะ

และ

ประการที่สาม ต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรม

2.1.3.1 อาศัยอำนาจของกฎหมาย

หลักเกณฑ์การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์และประการที่ว่าต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายหมายความว่า รัฐจะเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประชาชนได้นั้น ต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่รัฐไว้อย่างชัดเจน หากไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ รัฐย่อมกระทำไม่ได้

2.1.3.2 ต้องมีวัตถุประสงค์ของการเวนคืนเพื่อการอันเป็นประโยชน์สาธารณะ

หลักเกณฑ์การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในประการนี้สืบเนื่องมาจากทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ หมายความว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำได้ในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในอันที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะเท่านั้น หากไม่มีความจำเป็นอย่างเพียงพอในการนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐย่อมไม่มีอำนาจเวนคืน

2.1.3.3 ต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรม

ค่าทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นหลักประกันที่สำคัญของประชาชนต่อการใช้อำนาจรัฐเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ประชาชนต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมถือเป็นกรณีที่ประชาชนผู้นั้นต้องแบกรับภาระหน้าที่ที่มีต่อสาธารณะมากเกินไปกว่าบุคคลที่อยู่ร่วมสังคมเดียวกัน การบีบบังคับเอาทรัพย์สินมาโดยไม่มีการเยียวยาความเสียหาย ย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกต่อต้านขึ้นได้ว่ารัฐใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม และอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม

ปัญหาที่ประเทศส่วนใหญ่ต้องเผชิญคล้ายคลึงกันในการเวนคืนแต่ละครั้ง คือ การกำหนดค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกเวนคืน ในประเทศสวีเดน เซอร์แลนด์ การกำหนด

⁴ กัมปนาท แสงทอง. *ประเมินค่าทรัพย์สินให้เป็นธรรมก่อนการเวนคืนเพื่อพัฒนาชาติ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <https://www.thaiappraisal.org/thai/essay/contestpeople50.htm>

ค่าทดแทนใช้หลักราคาเต็ม (full value) ประเทศอิตาลี ใช้หลักการชำระที่เป็นธรรม (just payment) ประเทศฝรั่งเศส ใช้หลักยุติธรรมและทันที (just and immediate) ประเทศเดนมาร์ก ใช้หลักราคาขาย (sale value) และประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลักค่าทดแทนที่เป็นธรรม (just compensation) หลักการกำหนดค่าทดแทนเหล่านี้เป็นเพียงหลักการกว้างๆ ที่แต่ละประเทศใช้ในการกำหนดค่าทดแทนตามระบบกฎหมายของตน ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่จะสร้างความพอใจให้แก่เอกชนในทุกกรณีที่มีการเวนคืน เพราะในแต่ละกรณีจะมีข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่แตกต่างกัน หลายประเทศจึงมีการวางหลักเกณฑ์กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเกี่ยวกับการกำหนดค่าทดแทนในรูปของกฎ ระเบียบ คำสั่งไว้เป็นจำนวนมาก

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า “การเวนคืน” จึงหมายถึง การใช้อำนาจโดยรัฐเพื่อกระทำการบังคับซื้อ บังคับขาย ทรัพย์สินของเอกชนในกิจการอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ภายใต้เงื่อนไขการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามการกำหนดค่าทดแทนที่เป็นธรรม เป็นสิ่งที่ป็นนามธรรมไม่อาจกำหนดขอบเขต ให้คำนิยามที่ถูกต้องหรือดีที่สุดได้ กฎหมายเวนคืนจึงมีหน้าที่ในการบรรเทาลดทอนความเดือดร้อนให้แก่ประชาชนผู้ถูกเวนคืนให้มากที่สุด

2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการบริการสาธารณะ

การใช้อำนาจของรัฐ เพื่อดำเนินการในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะต้องตั้งอยู่บนหลักบริการสาธารณะซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในการใช้อำนาจเพื่อกิจการด้านมหาชน เพราะรัฐจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นการดำเนินการบางอย่างของรัฐจึงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องกระทบต่อสิทธิตามที่กฎหมายรับรองของเอกชน เพื่อตอบสนองและรับรองต่อความต้องการของประชาชนในประเทศอันเป็นที่มาของหลักการบริการสาธารณะ

2.2.1 ความหมายของการบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะในประเทศไทยเริ่มมีขึ้นในระยะเวลาไม่นานมานี้เอง ดังนั้นการจำกัดความของการบริการสาธารณะตามแนวคิดดังกล่าวที่ครอบคลุมถึงการบริการสาธารณะทุกประเภทจึงเป็นเรื่องยากที่จะหาคำจำกัดความที่ครอบคลุมและเหมาะสม และยังไม่สามารถทำได้ การนำเอาคำจำกัดความของการบริการสาธารณะที่นักกฎหมายต่าง ๆ ได้ให้ความหมายของการบริการสาธารณะไว้เพื่อนำมาหาหลักเกณฑ์ของการบริการสาธารณะอันจะเป็นผลนำไปสู่การนิยามความหมายของการบริการสาธารณะที่มีความหมายเฉพาะ

ศาสตราจารย์โอริยู (Maurice Hauion) การบริการสาธารณะเป็นบริการทางเทคนิค เพื่อสาธารณะ (เป็นบริการ) ที่สม่ำเสมอและต่อเนื่อง เพื่อสนองความต้องการของส่วนรวม โดยองค์กรของรัฐที่มีได้มุ่งหาทำไร⁵

ศาสตราจารย์คูกี (Leon Dugit) กิจกรรมทุกประเภทที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครองเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จทั้งนี้เพราะกิจกรรมเหล่านี้โดยสภาพแล้วไม่อาจจะทำให้สำเร็จได้ หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางการปกครอง⁶

ศาสตราจารย์ชาปู (Rene Chapu) กิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ให้หรือดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณประโยชน์⁷

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการ หรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน⁸

รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล โดยมองจากองค์กรที่จัดทำว่าต้องเป็นฝ่ายปกครองได้ ถูกละทิ้งไป และเมื่อหันมามองในแง่เนื้อหาที่ยังไม่สมบูรณ์ จึงหันมาอธิบายใหม่โดยดูจากวิธีบริหารเพราะบริการสาธารณะอาจจะทำโดยฝ่ายปกครองหรือเอกชนก็ได้ และอาจใช้กฎหมายมหาชนหรือเอกชนบังคับก็ได้ เพียงแต่ว่าบริการสาธารณะประเภทใดจะใช้กฎหมายใดเป็นกฎหมายหลักและกฎหมายใดเป็นกฎหมายรองเขตอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรมจะขึ้นอยู่กับว่าเป็นการบริหารแบบไหนเป็นสำคัญ⁹

ศาสตราจารย์ ดร. ชรินทร์ สันประเสริฐ กิจกรรมทั้งหลายซึ่งดำเนินการโดยนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความพอใจและสนองความต้องการของประชาชนในเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนรวม การป้องกันประเทศ การขนส่งทางรถไฟ การทะเบียนราษฎร เป็นต้น

⁵ รังสิกร อุปพงษ์. (2531). “ทฤษฎีการบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส”. *วารสารนิติศาสตร์*, 18(3), หน้า 39-40.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2531). *ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส*: เอกสารโครงการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรสัญญาทางปกครอง. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 58.

⁸ โภคิน พลกุล. (2528). *ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 คดีปกครองฝรั่งเศส* กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 106.

⁹ ประยูร กาญจนกุล. (2549). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ซ้ำครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์. หน้า 126-132.

ผู้วิจัยเห็นว่า การบริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมอันอยู่ภายใต้อำนาจรัฐ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม หรือก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดอันมีลักษณะเพื่อสร้างผลประโยชน์ให้แก่ประชาชนภายในรัฐ รัฐจึงจำเป็นต้องบริหารจัดการส่วนของการใช้อำนาจมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคล เพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์และผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด

2.2.2 ประเภทของการบริการสาธารณะ

กฎหมายปกครองฝรั่งเศส แบ่งบริการสาธารณะออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ บริการสาธารณะทางปกครอง (Services Publics Administratifs) และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (Services Publics Industriels et commerciaux) ซึ่งบริการสาธารณะทางปกครองจะต้องจัดทำเพื่อสนองความต้องการของประชาชน การดูแลรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน

2.2.3 หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะเป็นกิจการที่ตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะแต่กิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะทุกอย่างมิใช่การบริการสาธารณะเสมอไป เฉพาะแต่กิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและรัฐเล็งเห็นว่า จำเป็นต้องแทรกแซงจัดการหรือควบคุมดูแล จึงเป็นกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เป็นบริการสาธารณะ ดังนี้¹⁰

2.2.3.1 หนึ่งหลักความเป็นกลาง

มุ่งควบคุมที่ตัวเจ้าหน้าที่ให้ทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลางพิจารณาวินิจฉัยเรื่องต่างๆ อย่างปราศจากอคติ มีผลต่อสัญญาของฝ่ายปกครองห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินกระบวนการทำสัญญามีส่วนได้เสียกับเอกชนที่เสนอตัวเข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง

2.2.3.2 หลักความต่อเนื่อง

เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ การบริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำหลักการสำคัญของหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะคือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา

การบริการสาธารณะจึงเป็นการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมการดำเนินการบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องจะหยุดชะงักไม่ได้ เพราะมิฉะนั้นจะมีผลกระทบ

¹⁰ ประยูร กาญจนกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 18 – 27.

ต่อสังคม หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นรากฐานอันเป็นที่มาสำคัญของหลักกฎหมายปกครอง

2.2.3.3 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประเทศชาติด้วย เมื่อการบริการสาธารณะเป็นการดำเนินการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ของบ้านเมืองไม่ว่าทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง ดังนั้น การบริการสาธารณะที่ดีต้องได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ เพื่อให้การบริการสาธารณะนั้นสามารถตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอย่างมีประสิทธิภาพ

2.2.4 หลักความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ

หลักความเสมอภาคในแง่สิทธิของประชาชนที่จะได้รับการบริการจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันแต่หลักความเสมอภาคไม่ได้ห้ามฝ่ายปกครองที่จะปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะแตกต่างกันในลักษณะที่ต่างกัน การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลจะไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นต้องเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์สาธารณะและเลือกใช้อย่างเหมาะสมกับสถานะที่แตกต่างทั้งในแง่รูปแบบและวิธีการ ดังนั้น บุคคลทุกคนจึงมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐหรือฝ่ายปกครองอย่างเท่าเทียมกัน

ดังนั้น สิ่งสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ คือ การดำเนินกิจการเพื่อการอันเป็นสาธารณประโยชน์ โดยผ่านกลไกทั้งสี่ประการคือ หลักความเป็นกลาง หลักความต่อเนื่อง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอและหลักความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ เพื่อให้สามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของความต้องการของประชาชน

2.3 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น หลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ควบคุมมิให้ใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจโดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้

2.3.1 รากฐานแนวคิดของหลักความเสมอภาค

บุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน การยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ การยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (natural law) “บุคคลทุกคนเกิดมาเสมอภาคกันและมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน คิดคว้ามลิตินี่ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้”¹¹ เป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับสิทธิปัจเจกชนนิยม ซึ่งกำเนิดของระบบปัจเจกชนนิยมในทางกฎหมายมหาชนคือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ด้วยการปฏิวัติ ปี ค.ศ. 1789 ได้ยกเลิกระบอบกษัตริย์ที่ปกครองด้วยระบบศักดินา ซึ่งบุคคลขึ้นอยู่กับฐานันดรตอนและชนชั้นที่ตนสังกัด แต่ผู้ปฏิวัติได้ยกความสำคัญของปัจเจกชนขึ้นแทน ด้วยคำประกาศนี้ให้ความสำคัญกับคนแต่ละคนรวมทั้งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นว่าเป็นหัวใจของสังคมตามทฤษฎีนี้ถือว่าหัวใจของสังคมอยู่ที่การยอมรับคุณค่าของทุกคนแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม รัฐหรือสังคมไม่สามารถก้าวท้าวสิทธิของเขาได้เว้นเพื่อประโยชน์ส่วนร่วม¹² อันจะเห็นได้จากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีข้อความว่า “มนุษย์เกิดมาและมีชีวิตอยู่โดยอิสระและโดยเสมอภาคภายใต้กฎหมายความแตกต่างในสังคมจะมีได้ก็เพื่อประโยชน์อันร่วมกัน” ต่อมาความคิดที่ว่ามนุษย์เกิดมาเสมอภาคกันตามปณิญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปี ค.ศ. 1789 ได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี 1946 และปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน 1958 โดยได้แสดงความเชื่อมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ โดยรัฐธรรมนูญปี 1958 ได้ยืนยันปณิญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี 1789 และนำเข้าบทของรัฐธรรมนูญปี 1946 ไว้ด้วย

ดังนั้น จึงถือได้ว่าความคิดที่เป็นรากฐานของหลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญและหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นเรื่องเดียวกัน คือเรื่องหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตยดังจะเห็นได้จากอุดมคติในการปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส อันได้แก่ เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ 3 ประกอบกับ มาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนาและต่อมาประเทศต่าง ๆ ก็ได้้นำแนวคิดดังกล่าวไประบุในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักความเสมอภาคอย่างเป็นรูปธรรมนั่นเอง

¹¹ สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 138.

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2546). *คำอธิบายกฎหมายมหาชนเล่ม 1* (พิมพ์ซ้ำครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 70.

จากแนวคิดหลักความเสมอภาคในระบบสากลขั้นต้นได้มีอิทธิพลต่อประเทศไทยในการกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคเช่นกัน โดยก่อนการปฏิวัติการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 นั้น ประเทศไทยไม่มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้แต่ประการใด ซึ่งเห็นได้จากการมีส่วนร่วมทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่ทำโดยบุคคลบางกลุ่มเท่านั้นเมื่อคณะราษฎรทำการปฏิวัติจึงได้ร่างประกาศ 6 ประการซึ่งมีหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง¹³

แต่อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 จะมีได้กล่าวถึงหลักความเสมอภาคไว้โดยเฉพาะๆซึ่งก็น่าจะเป็นเพราะต้องการความรวดเร็วและมุ่งให้เป็นธรรมนูญฉบับชั่วคราว ทั้งอีกคณะราษฎรเห็นว่าได้ยอมรับหลักความเสมอภาคไว้ในประกาศ 6 ประการ ซึ่งถือเป็นปฏิญญาแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสยามที่มีผลบังคับได้ ดังเช่น รัฐธรรมนูญอยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้มีการซ้ำซ้อนแต่ประการใด แต่ตามรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2475 มีก็เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคในการออกเสียงเลือกตั้งโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า “ราษฎรไม่ว่าจะเพศใด...ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้...” หลังจากนั้นรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับที่บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้โดยชัดเจนโดยมักบัญญัติให้ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิดหรือศาสนาใดย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอกัน¹⁴

2.3.2 ความหมายของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอภาคกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีความเสมอภาคแต่ประการใด¹⁵ ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้ภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination)

¹³ ปรีดี พนมยงค์. (2553). “คณะราษฎรกับการอภิวัฒน์ประชาธิปไตย 24 มิถุนายน,” ใน *ความคิดประชาธิปไตยของปรีดี พนมยงค์* (พิมพ์ซ้ำครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: แมคคาฟาง. หน้า 41-43.

¹⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2543). หลักความเสมอภาค. *วารสารนิติศาสตร์*, 30(2), หน้า 175.

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค*. กรุงเทพฯ: อรุณสภา. หน้า 1-2.

2.3.3 ประเภทของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถแยกประเภทของหลักความเสมอภาคได้ 2 ประเภท ดังนี้¹⁶

2.3.3.1 หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นไม่ได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้ว ก็ให้มันเป็นไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ

2.3.3.2 หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องคือ หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น ความสำคัญระหว่างความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุกคนย่อมได้รับตามหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้นด้วยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งยอมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก

2.3.4 หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค

หลักของความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่เนื่องจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป การปฏิบัติแก่บุคคลตามหลักความเสมอภาคย่อมแตกต่างกันไป ซึ่งหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคเพื่อให้เกิดความยุติธรรม มีดังนี้

2.3.4.1 ต้องใช้กฎเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคนเว้นแต่ว่าสถานการณ์แตกต่างกันไป

หลักเกณฑ์ทั่วไปของการปฏิบัติคือต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกันในสถานการณ์เดียวกัน เว้นแต่ว่าสถานการณ์นั้นแตกต่างออกไป กล่าวคือ เหตุการณ์ที่เหมือนกันหรือที่เหมือนกันในสาระสำคัญนั้น ต้องได้รับการปฏิบัติโดยกฎเกณฑ์เช่นเดียวกัน ถ้าหากไม่ใช่เรื่องที่มีสภาพการณ์

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15, หน้า 7-12.

อย่างเดียวกันก็สามารถปฏิบัติแตกต่างกันได้ ขึ้นอยู่กับบริบทแห่งสภาพการณ์และจะต้องจำกัดหลักเกณฑ์รายละเอียดของสภาพการณ์นั้น ๆ

2.3.4.2 การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องมีความสำคัญกับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้น

กฎเกณฑ์นั้นต้องคำนึงถึงสาระสำคัญของกฎเกณฑ์ คือกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แม้จะอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนั้นแตกต่างกันแล้วกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับนั้นต้องแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ แม้จะอยู่ในสภาพการณ์เดียวกัน แต่หากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงมีความแตกต่างกัน การใช้กฎเกณฑ์จึงต้องแตกต่างกันไปด้วย

2.3.4.3 การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน

การปฏิบัติต่อบุคคลตามหลักความเสมอภาคนั้นย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของปัจเจกชน หลักความเสมอภาคในการใช้หลักเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชนนั้นหาได้ไม่ เช่น ในกรณีที่มีความไม่สงบเกิดขึ้นในบ้านเมืองทางการจำเป็นต้องใช้มาตรการบางอย่างเพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขกลับมาสู่บ้านเมืองอย่างรวดเร็วที่สุดและการใช้มาตรการดังกล่าวนั้นสะท้อนให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติและการเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาค ผู้ที่เดือดร้อนจากการกระดังกล่าวจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคต่อรัฐหาได้ไม่

2.3.4.4 การอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคนั้นก็ไม่ต้องเป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างไม่สามารถยอมรับได้

การอ้างประโยชน์สาธารณะในการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นแม้จะถือเป็นการกระทบต่อหลักแห่งความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ แต่การกระทำดังกล่าวนี้จะต้องไม่ก่อให้เกิดความแบ่งแยกอย่างไม่สามารถยอมรับได้ ที่เห็นได้ชัดเจนคือ การแบ่งแยกที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น

2.3.4.5 การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่

การเลือกปฏิบัติที่มุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ หรือการปฏิบัติในทางบวก คือการดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกันในลักษณะชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและยกระดับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นเพื่อทดแทนความไม่เท่าเทียมกันที่ดำรงอยู่¹⁷ แต่การเลือกปฏิบัติดังกล่าวหากผู้ใช้อำนาจไม่จัดหาสมดุลที่เหมาะสมย่อมกลายเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมเช่นกัน

¹⁷ F.MELIN-SOUCRAMENINE. (1977). “Les adaptations du principe d’egalite a la diversite des tereitoires,” RFDA. p 911. อ้างถึงในสมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความเสมอภาค, *วารสารนิติศาสตร์*, 30(2), หน้า 170.

2.3.4.6 การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากระบบที่แตกต่างกัน

ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นอาจมีผลสืบเนื่องจากการมีระบบที่แตกต่างกัน ดังนั้น การพิจารณาเปรียบเทียบว่ามีการปฏิบัติเท่าเทียมกันหรือไม่ ต้องมีการเปรียบเทียบว่าอยู่ในระบบ เดียวกันหรือไม่ ในกรณีนี้มีอาจกล่าวได้ว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันอันเป็นข้อต่อหลัก ความเสมอภาค ทั้งนี้เพราะระบบของราชการกับระบบของเอกชนนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้น บางกรณีจึงไม่อาจนำระบบที่แตกต่างกันมาพิจารณาเปรียบเทียบกับปฏิบัติที่แตกต่างกันได้¹⁸ กล่าวคือ ระบบที่แตกต่างกันย่อมมีบรรทัดฐานที่ต่างกัน

2.3.4.7 การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากประเพณี

ขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกัน อาจเป็นเหตุผลในการปฏิบัติให้แตกต่างกัน ด้วยการปฏิบัติตามขนบธรรมเนียมมันต้องไม่ยึดหลักการปฏิบัติกันมายาวนานเป็นเกณฑ์ ในการ พิจารณาความถูกต้อง แต่จะต้องใช้หลักความยุติธรรมของประชาชนในขณะปัจจุบันเป็นเกณฑ์ใน การพิจารณา

ผู้วิจัยเห็นว่า หลักความเสมอภาคเพื่อให้เกิดความยุติธรรมจะต้องปฏิบัติต่อทุกคน อย่างเท่าเทียม แต่ในบางลักษณะสภาพการณ์ ข้อเท็จจริง สาระสำคัญ ปัจจัยต่าง ๆ ที่มีผลกระทบ ซึ่งก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ รัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจจึงมีความจำเป็นที่จะต้องบริหารสัดส่วนของ หลักความเสมอภาค เพื่อประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองสามารถที่จะยอมรับและปฏิบัติตามได้

2.3.5 หลักการให้ความเสมอภาคแก่ผู้อยู่ใต้การปกครอง

นอกจากหลักที่ว่าฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายแล้วฝ่ายปกครองความ ผูกพันที่จะให้ผลปฏิบัติแก่ประชาชนพลเมืองโดยเสมอภาคกันด้วย การปฏิบัติของฝ่ายปกครอง ต้องเป็นไปอย่างสม่ำเสมอสำหรับทุกคน และเพื่อให้มีหลักประกันในความเสมอภาคนี้ บทกฎหมาย จึงวางหลักเกณฑ์ ไว้ให้ฝ่ายปกครองในกรณีที่อนุญาตให้ล่วงล้ำสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลไว้ ล่วงหน้าเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียของผู้ใด โดยเฉพาะ¹⁹ กล่าวคือ ประชาชนพลเมืองทุกคนจึงมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในการใช้อำนาจของฝ่าย ปกครองด้วยความเสมอภาคอย่างเท่าเทียม

ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งอยู่ ภายใต้อำนาจการปกครองให้มีความเสมอภาคกัน และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือหลักที่ว่ารัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจทางปกครองจะต้องปฏิบัติ ต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่าง เดียวกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกัน ให้แตกต่างกันและห้ามเลือก

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 21.

¹⁹ ประยูร กาญจนกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 63-66.

ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง แต่การเลือกปฏิบัติ ที่มีเหตุอันเกิดจากสภาพข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ หรือการเลือกปฏิบัติเพื่อประโยชน์ สาธารณะ ตลอดจนการเลือกปฏิบัติเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นนั้น สามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดการ โครงสร้างของความเสมอภาค เพื่อสร้างสมดุลของความเท่าเทียมในฐานะมนุษย์ เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมและลดความเหลื่อมล้ำ อันเป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งของสังคมไทยในปัจจุบันที่มีมาอย่างยาวนาน

2.4 หลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ

2.4.1 ความหมายของหลักความได้สัดส่วน

หลักหลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) เป็นพื้นฐานสาระสำคัญจากแนวความคิดตามหลักนิติรัฐภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงทางสังคมวิทยาการเมืองและทางเศรษฐกิจ จำต้องมีการบัญญัติกฎหมายมากขึ้น โดยให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งกฎและข้อบังคับต่าง ๆ สิ่งเหล่านี้ต้องเป็นไปตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้และจำต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องเหมาะสมและมีความสมเหตุสมผล

ในต่างประเทศต่าง เช่น เยอรมัน อิตาลีและสเปน ได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้เพื่อเป็นหลักแห่งความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นเป็นทวีคูณ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องส่วนได้เสียอันเกี่ยวกับสิทธิบุคคลตามกฎหมายฝ่ายปกครอง หรือองค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจดุลพินิจในรูปแบบของคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นอกจากนี้ ประชาคมยุโรปยังได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้ตามมาตรา 5 EC (ex Article 3b) ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมทั้งในประเทศสวีเดนก็ได้บรรจุเป็นกฎหมายสวีเดน ในหมวดที่ 2 อันว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของบุคคล อีกทั้งหลักการนี้ยังได้ถูกนำไปปรับใช้กับกฎหมายอาญา เพื่อหาหลักสัดส่วนในการกำหนดโทษทางอาญา และได้นำไปใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎบัตรสหประชาชาติตามมาตรา 51 ในความชอบด้วยกฎหมายของการทำสงคราม รวมทั้งนำไปใช้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการชั่งน้ำหนักการบังคับใช้ กรณีที่จะเมิดสิทธิตามสนธิสัญญาในยูโกสลาเวียของนาโต้ ซึ่งเห็นได้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้แล้วหลักความพอสมควรแก่เหตุยังเป็นพื้นฐานที่สำคัญ

และเป็นเครื่องมือของศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญในประเทศ 29 ต่าง ๆ สำหรับใช้ในการ ชั่งน้ำหนักว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐเป็นไปตามลักษณะส่วนที่เหมาะสม และจำเป็นหรือไม่เพียงใด²⁰

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุ จากหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผลที่ได้รับ (means and ends) หรือ ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (cause and effect) โดยในระยะแรกของการพัฒนาได้มีการ เรียกร้องให้มาตรการที่รัฐนำมาใช้ต้องก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ (suitable means) มากที่สุด แต่มาตรการ ที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์มากที่สุดนั้น อาจไม่ใช่มาตรการที่ล่งละเมิดหรือก่อให้เกิดความเสียหาย แก่บุคคลน้อยที่สุด ศาลจึงเพิ่มองค์ประกอบข้อที่สองว่า ในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ นั้นองค์กรของรัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลน้อยที่สุด หลังจากนั้น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลได้พัฒนาองค์ประกอบข้อที่สาม ซึ่งเรียกร้องว่า การก้าวล่วง ต่อสิทธิของบุคคลจะต้องได้สัดส่วนที่เหมาะสมกับผลที่เกิดขึ้น²¹ จากการพัฒนาดังกล่าวได้นำไปสู่ การแบ่งแยกหลักความพอสมควรแก่เหตุออกเป็น หลักการย่อย 3 หลักการ คือ หลักความเหมาะสม (The Principle of Suitability) หลักความจำเป็น (The Principle of Necessity) และ หลักความ พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (The Principle of Proportionality stricto sensu) แต่อย่างไรก็ดี มีนักวิทยาศาสตร์ชาวเยอรมันบางท่านได้แบ่งแยกหลักการย่อยของหลักความ พอสมควรแก่เหตุไว้เพียง 2 หลักการย่อย คือ หลักความจำเป็นและหลักความพอสมควรแก่เหตุใน ความหมายอย่างแคบ โดยแยกหลักความเหมาะสมไปเป็นข้อห้ามต่างหาก และบางท่านได้ตัดหลัก ความเหมาะสมออกไปเสีย²² แต่ถึงกระนั้นก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ก็ได้นำหลักการย่อยของหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้ง 3 หลักการย่อยมาใช้ในการตรวจสอบ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังเช่น ในคดีที่มีการโต้แย้งมาตรการในการตรวจสอบจดหมาย ตรวจสอบ การติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์และการติดต่อสื่อสารโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ศาลได้ วินิจฉัยว่าตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนนั้น มาตรการตรวจสอบ ดังกล่าวจะต้องมีความเหมาะสม (Geegnet) เพื่อให้มาตรการในการแทรกแซงสิทธิในการ ติดต่อสื่อสารมีผลต่อการคุ้มครองต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง กล่าวคือ การแทรกแซงกล่าวต้องเป็น

²⁰ วุฒิชัย จิตานู. (2549). “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality)”. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 8(22), หน้า 41-43.

²¹ Nicholas Emiliou. (1996). *The Principle of Proportionality in European Law*. London: Kluwer Law International. p. 23-24.

²² Ibid, p. 25.

มาตรการเพื่อให้สามารถรับรู้ได้ทันเวลาและสามารถที่จะค้นพบอันตรายอันเกิดจากการ โจมตี โดยอาวุธต่อเยอรมันได้ นอกจากนี้ มาตรการนั้นต้องมีความจำเป็น (Erforderlich) ด้วย และหากมี มาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า โดยสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้แล้ว มาตรการดังกล่าว ก็ไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นและท้ายที่สุดมาตรการการตรวจสอบดังกล่าว ต้องได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) ซึ่งหมายความว่า มาตรการตรวจสอบนั้นจะต้องวางอยู่ในความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างผลที่ได้มาจาก มาตรการตรวจสอบดังกล่าวกับผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน²³

ในประเทศไทยได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายของ “หลักความได้สัดส่วน” ไว้ดังนี้

บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายความหมาย “หลักความได้สัดส่วน” ตามกฎหมายในประเทศ สาธารณรัฐเยอรมันว่าเป็นหลักการที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผล สมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ โดยมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ²⁴

สมคิด เลิศไพฑูรย์ อธิบายความหมาย “หลักความได้สัดส่วน” ว่า หากฝ่ายปกครองจะใช้ อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องใช้อำนาจเท่าที่จำเป็น การละเมิดสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการละเมิดนั้นมีขนาดเกินสมควรเมื่อ เปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและการใช้อำนาจนั้นต้องสัมพันธ์ และได้สัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมาย และการตัดสินใจ โดยต้อง พิจารณาวิธีการ เป้าหมาย และข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองนั้น ๆ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักกฎหมายที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องนำกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุด มาใช้บังคับกับเอกชน²⁵

ดังนั้น หลักความได้สัดส่วน จึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของแนวคิด ตามหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจ ตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ โดยรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนเมื่อมี กฎหมายให้อำนาจเป็นสำคัญต้องทำทุกอย่างตามกฎหมาย ต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยมีองค์กรตุลาการ มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่ามีการใช้อำนาจถูกต้อง

²³ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 274.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 247.

²⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2533). หลักความได้สัดส่วน. *วารสารนิติศาสตร์*, 20(1), หน้า 99-100.

ตามกฎหมายเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือไม่ และในขณะที่เดียวกันก็ไม่ได้หมายความว่าประชาชนในรัฐสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนอย่างไร้ขอบเขต ด้วยเหตุที่รัฐมีหน้าที่ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ จึงมีอำนาจบังคับให้ประชาชนในรัฐกระทำการหรือเว้นกระทำการในบางเรื่อง ภายใต้ข้อจำกัดว่ารัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะและเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น โดยนัยนี้ ประชาชนในรัฐจึงต้องเสียดุลเสรีภาพของตนบางเรื่องเพื่อประโยชน์ส่วนรวม²⁶

หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักการที่สำคัญที่ช่วยควบคุมการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเกินขอบเขต อีกทั้ง ผู้อยู่ภายใต้การปกครองย่อมที่จะมีเครื่องมือในการถ่วงดุลอำนาจของผู้ปกครองมิให้กระทำการได้ตามอำเภอใจ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) จึงเป็นหลักกฎหมายที่ได้อยู่ภายใต้หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปประการหนึ่ง ซึ่งบังคับให้รัฐที่ใช้อำนาจดำเนินมาตรการหรือกิจกรรมอันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ประกอบด้วยหลักการ 3 ประการ ดังนี้

2.4.2 หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of suitability)

หลักการนี้เป็นหลักการ ที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น โดยความหมายเดิมของหลักการนี้จะต้องปรากฏอย่างชัดเจนว่ามาตรการใด ๆ ที่รัฐนำมาใช้ ต้องบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ส่วนความหมายในแนวใหม่ หากมาตรการที่รัฐนำมาใช้ได้รับการประเมินว่ามีความเป็นไปได้อย่างชัดเจนที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ก็เป็นมาตรการที่ชอบหลักการนี้²⁷ มาตรการที่ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองใช้อำนาจบังคับในการกระทำทางปกครองในระบบบริการสาธารณะที่มีต่อประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติได้อย่างเหมาะสม

²⁶ อักษราทร จุฬารัตน์. (2552). บทบาทใหม่ศาลปกครองไทยในการสัมมนาใหญ่ประจำปี ครั้งที่ 1 พ.ศ. 2551 ของสถาบันสัญญาธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์หัวข้อ “นิติรัฐ” ในสังคมไทย, *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 8(1), หน้า 4-6. และปรานี สุขศรี. (2552). *การคุ้มครองสิทธิของข้าราชการโดยศาลปกครอง*: ศึกษาการอ้าง “เหตุผล” ในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ, สารนิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิตสาขาการบริหารงานยุติธรรม ภาควิชาสังคมสงเคราะห์ศาสตร์, คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 24

²⁷ ศรีรัตน์ นามนีสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาและการปรับใช้ในระบอบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14.

2.4.3 หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)

มาตรการหรือวิธีการที่ใช้นั้นต้องกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด ซึ่งควรจะรวมถึง การเกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะด้านอื่น ๆ ที่จำกัดที่สุด เช่น กระทบต่อทรัพยากร ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างน้อยที่สุด ซึ่งล้วนเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะด้วย ดังนั้น ในกรณีที่รัฐหรือหน่วยงานรัฐมีทางเลือกหลายทางในดำเนินมาตรการหรือวิธีการนั้นต้องใช้ ทางเลือกที่ก่อผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุดและจำเป็นที่สุด เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าเป็นหลักการของการ แทรกแซงที่น้อยที่สุด ซึ่งมีความหมายว่า รัฐต้องละเว้นจากการแทรกแซงสิทธิ และเสรีภาพนั้น หากมีมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นเดียวกัน โดยรัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่เกิด ความรุนแรงน้อยที่สุด²⁸

2.4.4 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)

ความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ กล่าวคือ มาตรการของรัฐจะต้องไม่อยู่ เหนือขอบเขตดังกล่าวที่ได้กำหนดไว้ การดำเนินการใด ๆ ต้องคำนึงถึงผลกระทบอันเกิดจาก การแทรกแซงเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่มีต่อประโยชน์สาธารณะที่กำหนดไว้ รัฐจะต้องจัดหา สมดุลในการดำเนินมาตรการหรือวิธีการนั้นรัฐต้องคำนึงถึงการได้สัดส่วนอย่างเหมาะสมระหว่าง ประโยชน์สาธารณะที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกกระทบ มาตรการของรัฐ จะเป็นมาตรการที่ไม่สามารถยอมรับได้หากสร้างภาระและไม่ได้สัดส่วนกับขอบเขตของ วัตถุประสงค์ หลักการนี้ต้องการให้มีการกระทำที่มีความสมดุลสิทธิซึ่งถูกจำกัด โดยการกระทำ ของรัฐนั้นจะต้องชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ของมาตรการ และในการตัดสินใจว่าสิ่งใดจะมีน้ำหนัก มากกว่ากัน ต้องมีการประเมินสถานการณ์ทั้งหมด ดังนั้น ความจำเป็นและความรุนแรงของการ ถ่วงละเมิด รวมทั้งความสำคัญและความรีบด่วนของประโยชน์สาธารณะต้องมีความสอดคล้องกับ ภาระที่เกิดขึ้น

หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นหลักการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในฐานะผู้ใช้ อำนาจปกครองไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ซึ่งสามารถสรุปความสำคัญ ได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง มาตรการของรัฐจะต้องเหมาะสมและยอมรับได้เพื่อที่จะบรรลุ วัตถุประสงค์ตามหลักความเหมาะสม การจำกัดหรือลดละสิทธิของประชาชนจะกระทำได้อัน อาศัยบทบัญญัติตามที่องค์การนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้น

²⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 166-167.

ประการที่สอง มาตรการของรัฐจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการองค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด มาบัญญัติเป็นกฎหมาย

ประการที่สาม มาตรการของรัฐเพื่อใช้บังคับนั้น นอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว จะต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุด้วยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องจัดการสมดุลของประโยชน์มหาชนจะได้รับต่อประโยชน์ที่เอกชนจะต้องเสียสละไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็น

2.5 ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน

2.5.1 วิวัฒนาการของสิทธิในที่ดินของเอกชน

ในสังคมบรรพกาล (primitive societies) เป็นสังคมที่แบ่งเป็นสังคมล่าสัตว์และสังคมกสิกรรมนั้น สังคมล่าสัตว์เป็นสังคมที่ต้องอาศัยธรรมชาติเป็นหลักไม่รู้จักทำมาหากินด้วยการเกษตรยังชีพด้วยการจับสัตว์เป็นอาหารต้องเสาะแสวงหาไปเรื่อย ๆ ทุกคนต้องหาเลี้ยงชีพ และเนื่องจากไม่รู้จักกันเพราะปลูกจึงยังไม่มีกรอบครองที่ดิน²⁹ จะเห็นได้ว่า ในสังคมบรรพกาลเป็นสังคมที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนตัวได้ โดยเฉพาะที่ดินถือว่าเป็นของกลางไม่มีใครหวงห้ามเป็นของตนเองโดยเฉพาะ ต่อมาเมื่อรู้จักวิธีการเพาะปลูกและมีการพัฒนาเทคนิคในการเพาะปลูกดีขึ้นทำให้ผลผลิตเพิ่มมากขึ้น ผู้คนจึงเริ่มอยู่ติดที่เริ่มมีการจับจองเข้าครอบครองที่ดินเพื่อใช้ในการเพาะปลูกแต่เดิมที่ดินยังไม่เป็นของบุคคลแต่ละคน แต่ตกเป็นของเผ่า (tribe) ร่วมกันโดยมีการแบ่งปันที่ดินทำกินในระหว่างครัวเรือนเป็นระยะสั้นๆ ต่อมาเมื่อวิธีการเพาะปลูกดีขึ้นผู้ทำกินต้องการยึดที่ดินไว้นานกว่าเดิม จนในที่สุดก็เลือกวิธีการแบ่งปันที่ดิน ที่ดินจึงตกเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของครอบครัว โดยมีหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้ยึดถือแทนสมาชิกในครอบครัว ต่อมาเมื่อหัวหน้าเผ่ามีมากขึ้นเป็นเหตุให้หัวหน้าครอบครัวมีอำนาจน้อยลง จึงทำให้หัวหน้าเผ่ามีอำนาจถือที่ดินแทนหัวหน้าครอบครัว ต่อมาเมื่อมีการรวมตัวเป็นประเทศชาติใหญ่ก็ยิ่งส่งเสริมให้ผู้ปกครองมีอำนาจมากยิ่งขึ้น จึงเริ่มมีการแบ่งปันที่ดินให้แก่สมาชิก บุคคลแต่ละคนจึงเริ่มมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่กรรมสิทธิ์ที่เกิดขึ้นนี้เป็นกรรมสิทธิ์ที่มีลักษณะแตกต่างกับกรรมสิทธิ์ใน

²⁹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช คณะนิติศาสตร์. (2534). *เอกสารสอนวิชากฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 31.

อสังหาริมทรัพย์เป็นอันมาก เพราะยังไม่มีมีการแยกออกจากการครอบครอง เจ้าของจะต้องเป็นผู้อยู่อาศัยหรือทำกินจึงจะมีสิทธิหวงห้ามคนอื่น หากอพยพคนออกจากที่หรือเลิกทำประโยชน์แล้วที่ดินจะกลับมาเป็นของกลาง ผู้ใดจะเข้าไปทำประโยชน์ต่อไปก็ได้ ต่างกับกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ซึ่งเจ้าของสามารถนำติดตัวได้อำนาจของเจ้าของจึงเด็ดขาด ต่อมาเมื่อกรรมสิทธิ์แยกออกจากการครอบครองได้แล้ว ที่ดินจึงเริ่มมีคุณค่าทางเศรษฐกิจและการปกครองมากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี สมัยที่การเมืองการปกครองเป็นการปกครองดินแดนแทนที่จะเป็นการปกครองหมู่บ้าน โดยเฉพาะอย่างสมัยก่อนการที่ประชาชนยึดถือหวงห้ามที่ดินไว้เป็นของตนเองอาจเป็นปรีภักย์ต่ออำนาจของผู้ปกครอง ดังนั้น สิทธิเด็ดขาดเหนือที่ดินก็ยังคงเป็นของผู้ปกครองแต่กระนั้นก็ยังมีการแบ่งปันที่ดินให้ประชาชนตามสมควรแก่ตำแหน่งและกำลัง³⁰

สมัยต่อมา เมื่อการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินแยกออกจากการครอบครองแล้ว ที่ดินจึงเริ่มเป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าต่างหากจากผลประโยชน์ที่ทำได้จากที่ดิน แต่สิทธิในที่ดินก็ยังไม่เหมือนสิทธิในสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ เพราะสมัยนั้นเป็นสมัยของการปกครองดินแดนมีพระเจ้าแผ่นดินเป็นเจ้าของอาณาเขต ดังนั้น การที่เจ้าของที่ดินจะหวงห้ามที่ดินที่ยึดถือไว้ในอำนาจของตนก็จะเป็นปรีภักย์ต่ออำนาจของพระเจ้าแผ่นดินในประเทศที่พระเจ้าแผ่นดินมีอำนาจมาก พระองค์พยายามตัดตอนและจำกัดสิทธิของเจ้าของที่ดินมิให้เป็นอันตรายต่ออำนาจของพระองค์ได้ ดังนั้นโดยส่วนใหญ่แล้ว จึงต้องบัญญัติขึ้นมาเป็นกฎหมายว่าที่ดินทั้งหมดเป็นของพระเจ้าแผ่นดิน³¹

ต่อมา ได้เกิดแนวความคิดในทางการเมืองว่า สิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิพื้นฐานทางเศรษฐกิจอันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน Human right³² เช่นเดียวกับสิทธิชีวิตร่างกาย สิทธิในครอบครัว สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินจึงถือเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิด และไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่ทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎรมาตั้งแต่แรกเริ่มของการมีชีวิต³³

นับแต่ปลายศตวรรษที่ 18 ถึงต้นศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นยุคที่ลัทธิเสรีนิยมและปัจเจกชนนิยมแพร่หลายและฟื้นฟูจนถึงสุดขีด อำนาจและบทบาทของรัฐไม่ว่าในทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ถูกจำกัดและควบคุมโดยกลไกหลายประการเพื่อมิให้ไปกระทบบุคคล ปัจเจกชนจะใช้

³⁰ ร.แสงกาต์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 295 – 297, 390

³¹ ภาสกร ชุมhuri. (2536). *คำอธิบายกฎหมายที่ดิน* (พิมพ์ซ้ำครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 19-22.

³² Maurice Cranston. (1962). *Human Rights Today*. London: Ampers and Book. p. 45.

³³ ปาน แดงประเสริฐ. (2537). *ปัญหาค่าทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ศึกษาเฉพาะกรณีการอุทธรณ์เงินค่าทดแทน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 14-16.

สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้สามารถก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกันเอง ประกอบกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่มีปรัชญาพื้นฐานว่า เมื่อบุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จะทำให้บุคคลนั้น ๆ มีกำลังใจในการทำงานในการแสวงหาทรัพย์สินเพิ่มเติม และเก็บรักษาไว้ เพื่อประโยชน์ของตนเอง

ครั้นเมื่อยุคลัทธิเสรีนิยมเริ่มเสื่อมลง ประชาชนเริ่มเรียกร้องให้รักเอาใจใส่ในการปรับปรุงสภาพการดำรงชีวิตของคนยากจนให้ดีขึ้น และข้อเรียกร้องนี้เองที่สนับสนุนให้รัฐเข้าไปแทรกแซงกิจการของเอกชน และแนวความคิดว่าด้วย “รัฐสวัสดิการ” จึงได้เกิดขึ้น ปัจจุบันรัฐได้กลายเป็นเครื่องมือในอันจะส่งเสริมสวัสดิการของสังคมและเศรษฐกิจของประชาชน รัฐสมัยใหม่พยายามที่จะส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคมและยอมรับบทบาทเป็นผู้กระทำการกิจกรรมของรัฐ จึงขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวางไม่ว่าจะด้านการขนส่ง การสร้างถนน ทางด่วน การศึกษา การสาธารณสุข ควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการกิจเหล่านี้ จึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือในการบริหาร และรัฐสภาจำเป็นต้องให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถดำเนินการจัดบริการสาธารณะต่าง ๆ ให้บรรลุจุดมุ่งหมายของรัฐสวัสดิการ³⁴

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้รัฐสมัยใหม่จะเข้าแทรกแซงกิจการของเอกชนได้ แต่แนวความคิดในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง โดยเฉพาะแต่ต่อมาได้เริ่มเปลี่ยนแปลงมาเป็นการร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อหาทางคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้ดียิ่งขึ้น ดังปรากฏอยู่ในปณิญาสากกล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนมาตรา 17 ว่า

(1) บุคคลมีสิทธิทั้งในฐานะลำพังตนเอง ตลอดจนการร่วมมือกับผู้อื่นในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

(2) การยึดเอาทรัพย์สินของบุคคลใดไปเสียโดยพลการจะกระทำมิได้

จึงเห็นได้ว่าสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนจะได้รับการยืนยันจากนานาชาติ ดังนั้นฝ่ายบริหารจึงมีภารกิจที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะและจำเป็นต้องพัฒนาประเทศทั้งในด้านอุตสาหกรรม การคมนาคม ตลอดจนการจัดให้มีสาธารณูปโภคต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมในการดำเนินการของฝ่ายบริหารนี้อาจมีผลกระทบกระทั่งถึงสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนได้ ฝ่ายบริหารจึงต้องตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในที่ดินขึ้นมาบังคับใช้ ซึ่งลักษณะของการตรากฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจมหาชนที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน

³⁴ สมยศ เชื้อไทย. (2533). “กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง 1,” เอกสารประกอบการบรรยาย, บัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 10-11.

2.5.2 แนวความคิดการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชน

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนมีทฤษฎีทางกฎหมายรับรองและคุ้มครองอย่างชัดเจนและแน่นอน ดังนั้นแม้ว่ารัฐจะมีอำนาจมหาชนอันมีพื้นฐานมาจากหลักการบริการสาธารณะ ซึ่งรัฐสามารถเวนคืนที่ดินของเอกชนมาใช้เพื่อดำเนินกิจการดังกล่าวได้ก็ตาม แต่รัฐจะดำเนินการไปกระทบสิทธิของเอกชนมากจนเกินไปไม่ได้ รัฐจึงต้องเคารพต่อสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนด้วยการจ่ายเงินค่าทดแทนด้วยราคาที่เป็นธรรม รัฐจึงมีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องบริหารจัดการสัดส่วนในการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเอกชนควบคู่กับการบริหารหลักการบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนผู้อยู่ใต้อาณาจักรรัฐ

2.5.3 ลักษณะสำคัญของกรรมสิทธิ์

กฎหมายไทยมิได้ให้คำจำกัดความหรือนิยามของคำว่า “กรรมสิทธิ์” ไว้โดยชัดแจ้ง แต่ได้กล่าวถึงอำนาจของเจ้าของทรัพย์สินซึ่งมีสิทธิที่จะใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น รวมถึงสิทธิในการติดตามและเอาทรัพย์สินจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ ตลอดจนมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย³⁵ จะเห็นได้ว่ากรรมสิทธิ์เป็นที่รวมของสิทธิทั้งหลายอันบุคคลพึงมีเหนือทรัพย์สิน และเมื่อพิจารณากรรมสิทธิ์ตามมาตราดังกล่าวแล้วเห็นว่าลักษณะของกรรมสิทธิ์พิเศษยิ่งกว่าทรัพย์สินประการอื่น ๆ 3 ประการดังนี้

2.5.3.1 กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาด

กล่าวคือ กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาดแต่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเป็นที่ทราบกันดีว่าสังคมประกอบขึ้นจากประชาชนพลเมืองที่เรียกว่าบุคคลทางกฎหมาย ดังนั้นหัวใจของกฎหมายคือสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ต้องใช้สิทธิและปฏิบัติตามหน้าที่เพราะเหตุว่าถ้าบุคคลแต่ละคนใช้สิทธิโดยปราศจากขอบเขตและไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่สังคมกำหนดไว้ก็จะมีแต่ความวุ่นวายและไม่สงบสุข³⁶ ด้วยเหตุนี้การที่จะปล่อยให้บุคคลใช้สิทธิโดยไม่มีขอบเขตที่ดี การที่จะปล่อยให้บุคคลละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ดี ย่อมจะทำให้บุคคลอื่นหรือสังคมดำรงอยู่ด้วยความสงบสุขมิได้ จึงเกิด

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 บัญญัติว่า ภายในบังคับแห่งกฎหมายเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้นกับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย

³⁶ วิชาญ อุดมทรัพย์. (2517). *สิทธิและหน้าที่ของบุคคลอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 83 – 85.

หลักกฎหมายในทางใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการใช้สิทธิก็คือการปฏิบัติหน้าที่ที่ดีบุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริตเสมอ³⁷

2.5.3.2 กรรมสิทธิ์ก่อให้เกิดอำนาจหวงกันโดยเฉพาะ

อำนาจหวงกันหรืออำนาจในการหวงห้ามมิให้บุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับ ครอบครอง ครอบครอง การใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลก็เป็นไปเช่นเดียวกับลักษณะของทรัพย์สิน โดยทั่วไปสำหรับกรรมสิทธิ์นั้นอำนาจหวงกันมีลักษณะพิเศษที่กฎหมายให้ไว้โดยเฉพาะแก่ ผู้ถือกรรมสิทธิ์เท่านั้น ส่วนทรัพย์สินประเภทอื่นไม่มีอำนาจหวงกันเหมือนกรรมสิทธิ์เช่นผู้ทรง สิทธิในภาระจำยอมที่ดินไม่มีอำนาจหวงกันมิให้บุคคลอื่นเข้ามาแสวงสิทธิในภาระทรัพย์สิน แปรเปลี่ยนได้³⁸

2.5.3.3 กรรมสิทธิ์มีลักษณะถาวรโดยแท้

ทรัพย์สินทุกประเภทโดยทั่วไปเป็นสิทธิที่มีลักษณะมั่นคงและถาวรโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรรมสิทธิ์นั้นก็มีลักษณะถาวรยิ่งกว่าทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ โดยทฤษฎีแล้วกรรมสิทธิ์ไม่มี กำหนดเวลาสิ้นสุดเพราะไม่มีกฎหมายใดบัญญัติว่ากรรมสิทธิ์จะสิ้นสุดลงโดยผลของกาลเวลา ทรัพย์สินอื่น ๆ อาจสิ้นสุดไปโดยผลแห่งกาลเวลาได้ เช่น ภาระจำยอม เป็นต้น³⁹ นอกจากนี้ กรรมสิทธิ์ยังมีความมั่นคงกล่าวคือแม้ผู้ทรงกรรมสิทธิ์ตายไปกรรมสิทธิ์ก็ยังคงตกทอดไปยังทายาท เสมอและยังคงอยู่ตลอดไปตราบเท่าที่ยังมีระยะสืบต่อไปจึงจึงต่างจากทรัพย์สินบางประเภท เช่น สิทธิอาศัย⁴⁰ จึงถือว่ากรรมสิทธิ์เป็นสิทธิยังคงอยู่ตลอดไปได้มีลักษณะเป็นสิทธิที่มีความคงทนถาวร แท้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินพ.ศ. 2497 ได้บัญญัติให้ที่ดินที่เจ้าของปล่อยให้ ว่างเปล่าเกินเวลาที่กฎหมายกำหนดตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐจึงเป็นผลให้กรรมสิทธิ์ใน ที่ดินอาจสิ้นไปโดยผลของกาลเวลา⁴¹

2.5.4 การจำกัดกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

ในปัจจุบันรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาปัจจัยพื้นฐานต่าง ๆ เพื่อรับรองการเจริญเติบโตของ ประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม รัฐจึงมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินเพื่อการก่อสร้างถนนและ ระบบขนส่งมวลชนที่ดีเพื่อการพัฒนาาระบบอุตสาหกรรมและเกษตรกรรม การสาธารณสุขโลก

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 การใช้สิทธิแห่งตนที่ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำ โดยสุจริต

³⁸ วิษณุ อุคมทรัพย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 85.

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1399 ภาระจำยอมนั้น ถ้ามิได้ใช้สืบปี ท่านว่ายอมสิ้นไป

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1404 สิทธิอาศัยนั้นจะโอนกันไม่ได้แม้โดยมรดก

⁴¹ วิษณุ อุคมทรัพย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 85 – 86.

การป้องกันประเทศให้ก้าวหน้าสำหรับการรองรับปริมาณของประชากรในอนาคต รัฐจึงต้องขยายกิจการด้านสาธารณูปโภคเพิ่มมากขึ้นด้วย เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเป็นสิ่งที่พึงเคารพ รัฐย่อมต้องให้ความคุ้มครองและไม่เข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิในทรัพย์สิน เว้นแต่จะเป็นไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าเมื่อบุคคลมาอยู่ร่วมกันในรัฐย่อมต้องมีหน้าที่ในการตอบแทนรัฐ จึงเป็นหลักที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว แม้ว่ารัฐจะเคารพต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเพียงใดก็อาจจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลได้

1.5.4.1 เหตุผลความจำเป็นในการจำกัดกรรมสิทธิ์

สิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิหนึ่งที่รัฐให้การรับรองและคุ้มครอง โดยการรับรองและคุ้มครองนี้มีได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้จะถูกจำกัดมิได้เลย สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้หากการจำกัดนั้นเป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเพื่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์แห่งมหาชน⁴² แม้ว่าสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนจัดได้ว่าเป็นประเภทหนึ่งของเสรีภาพในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ แต่รัฐก็สามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้หากทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยรัฐจะต้องตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการจำกัดกรรมสิทธิ์ออกมาบังคับมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็กฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับการโอนกิจการรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ให้เป็นของชาติ เป็นต้น

ทั้งนี้ กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดกรรมสิทธิ์ของประชาชนจะต้องระบุเหตุผลและความจำเป็นในการกระทำของรัฐดังกล่าว การจำกัดกรรมสิทธิ์จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ และต้องไม่กระทบสิทธิของผู้ที่ถูกจำกัดมากจนเกินไป

2.5.4.2 รูปแบบในการจำกัดกรรมสิทธิ์

สิทธิในทรัพย์สินถือเป็นสิทธิพื้นฐานที่ได้การรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวอาจถูกพรากไปจากเจ้าของโดยรัฐ ด้วยเหตุผลความจำเป็นที่รัฐจะต้องได้มาซึ่งทรัพย์สินของประชาชน เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐจึงต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินของประชาชนมาเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ การที่รัฐจะใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับเอาทรัพย์สินของบุคคลมาเป็นของรัฐ ใช้ในกิจกรรมสาธารณะภายใต้เงื่อนไขว่าต้องมีการเยียวยาความ

⁴² เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, รวบรวมโดย พนม เยี่ยมประยูร, (2538). “กฎกระทรวงที่ใช้บังคับผังเมืองรวมกับการจำกัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน” ในอาจารย์บุญหาหนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, หน้า 298.

เสียหายที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนด้วยการชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นธรรม กระบวนการเวนคืนจึงถือว่าเป็นการจำกัดกรรมสิทธิ์ที่รุนแรง

ดังนั้นต้องมีการบัญญัติรับรองอำนาจเช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะการเวนคืนเป็นการพรากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของประชาชนไป และมีผลเท่ากับเป็นการยกเว้นหลักสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ โดยการเวนคืนจะต้องมีบทกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดแจ้งและต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและความจำเป็นในการพัฒนาประเทศ

นอกจากนี้รัฐยังมีหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่ประชาชนด้วยการชดใช้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อความเป็นธรรมในสังคม เนื่องจากประชาชนนั้นต้องรับภาระมากกว่ารัฐผู้ซึ่งมิได้ถูกพรากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ดังนั้น จะเห็นได้ว่ารูปแบบในการจำกัดกรรมสิทธิ์นั้นจำต้องชัดแจ้ง โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งให้อำนาจไว้เท่านั้น

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี รวมถึงหลักการดังกล่าวข้างต้นแล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการอันจำเป็นในกิจการสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น รัฐจำต้องใช้อำนาจในการลิดรอนสิทธิของเอกชนเพื่อนำไปจัดทำบริการสาธารณะ ประโยชน์สาธารณะ จึงหมายความว่า การจัดทำบริการแก่ประชาชน เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนตามทฤษฎีการบริการสาธารณะ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ จึงเป็นหนึ่งในมาตรการของรัฐที่เข้าไปรบกวนสิทธิในการใช้สอยอสังหาริมทรัพย์ของปัจเจกบุคคล และมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหลักกรรมสิทธิ์ได้รับการรับรองในฐานะเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ อีกทั้งเป็นหลักสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้มีการรับรองให้แก่ประชาชน แต่หากมีเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดกรรมสิทธิ์เพื่อประโยชน์มหาชน รัฐย่อมจำกัดกรรมสิทธิ์ได้ดังเช่น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ และการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้อง “เหมาะสม” กับมาตรการที่รัฐใช้จำกัดหรือลิดรอนสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น ประชาชนผู้ถูกเวนคืนจำต้องได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนจากการถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยการได้รับเงินค่าชดเชยอสังหาริมทรัพย์ที่เหมาะสมและเป็นธรรม

ดังนั้น การกำหนดราคาค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ถูกเวนคืนจึงต้องอาศัยหลักการ แนวคิด ทฤษฎี ข้างต้นมาปรับใช้ในการกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ได้รับผลกระทบน้อยที่สุด และการกำหนดเงินค่าทดแทนนั้นรัฐจะต้อง หาดัดส่วน

ระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับต่อประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียอันเนื่องมาจากการเวนคืน
นั้นให้มีความเหมาะสมตามความจำเป็น