

บทที่ 1

ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง

จากที่ทราบกันอยู่ทั่วไปว่ามนุษย์นั้นเป็นสัตว์สังคม เมื่อมนุษย์เป็นสัตว์สังคมแล้วย่อมเกิดการรวมตัวกันเกิดขึ้นเป็นสังคมหรือกลุ่มบุคคล จากการรวมตัวนี้ก่อให้เกิดสถานะของผู้นำของสังคมขึ้นมาและวิวัฒนาการมาเป็นลำดับจนเกิดเป็นการปกครองระบอบต่าง ๆ ที่มีได้ค้ำจนถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ผู้ปกครองใช้อำนาจของผู้นำสังคมอย่างไม่มีขีดจำกัด จนกระทั่งเกิดการรุกร้าสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครองอย่างมากจนไม่อาจยอมรับได้และเกิดการลุกขึ้นต่อต้านของผู้อยู่ใต้การปกครองขึ้นมาเรียกร้องให้ต้องจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง และการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองที่เก่าแก่ที่สุดและเป็นที่ยึดกันอยู่ทั่วไปนั้นได้แก่การจำกัดอำนาจผู้ปกครองที่ปรากฏในเอกสาร Magna Carta จากการใช้อำนาจอย่างเกินเลยของผู้ปกครองทำให้เกิดวิวัฒนาการเกี่ยวกับข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ที่ได้รับการยอมรับที่สุดแนวความคิดหนึ่งได้แก่แนวความคิดตามแนวคิดลสิกของ Georg Jellinek ที่แบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพเป็น 3 ประเภท ได้แก่ Status Negativus Status Positivus และ Status Activus ซึ่งมีภารกิจแตกต่างกันไป โดย Status Negativus มีภารกิจในการป้องกันการแทรกแซงการใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน สำหรับ Status Positivus เป็นสิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐมีความจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซง จึงทำให้ปัจเจกชนนั้นสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ ส่วน Status Activus นั้น คือ สิทธิพลเมือง เช่น สิทธิเลือกตั้ง หรือ การเข้าไปมีส่วนร่วมในองค์กรของรัฐ เป็นต้น¹

ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐ หรือแม้แต่องค์กรนิติบัญญัติเองก็ต้องผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐนั้นไม่อาจกระทำการอย่างใด ๆ ที่จะกระทบต่อแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งเราอาจพิจารณาได้จากการกระทำอย่างใด ๆ ขององค์กรดังกล่าวว่ากระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ โดยอาศัย “หลักนิติรัฐ” ที่เป็นกรอบในการวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐนั้นเป็นการกระทำที่เกินเลยและกระทบต่อแก่นของสิทธิ เสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ซึ่งจะทำให้การศึกษาต่อไปในบทนี้ โดยจะเริ่มทำการศึกษาวว่ารัฐมีภารกิจประการใดบ้างเป็นลำดับแรก

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2547), น. 62 - 66.

1.1 ภารกิจของรัฐ

เป็นที่ทราบกันดีว่าในปัจจุบันนี้รัฐมีภารกิจมากมายตามสภาวะสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจึงทำให้รัฐสมัยใหม่ (Modern State) มีภารกิจหลักอยู่ 2 ประเภท² คือ

1. ภารกิจพื้นฐานของรัฐ (Primary Function of The State)
2. ภารกิจลำดับรองของรัฐ (Secondary Functions of The State)

เมื่อพิจารณาจากที่มาทางประวัติศาสตร์ของรัฐ พบว่าภารกิจขั้นต่ำสุดที่ไม่อาจตัดทอนลงได้อีกเพราะเป็นภารกิจที่มีความจำเป็นต่อการดำรงรักษารัฐให้คงอยู่ คือ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายของศัตรูภายนอก³ และการดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความมั่นคงปลอดภัยภายในรัฐ หรืออาจเรียกในอีกลักษณะหนึ่งว่าภารกิจที่เรียกว่า “รัฐเฝ้ายาม”³ จากภารกิจพื้นฐานของรัฐดังกล่าว จึงทำให้ทราบว่า รัฐมีภาระหน้าที่ที่สำคัญอย่างยิ่งในการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยทั้งภายในประเทศและจากภัยคุกคามจากภายนอกประเทศ ที่ไม่อาจให้ใครมาดำเนินการแทนได้ และจากสาเหตุดังกล่าว จึงส่งผลให้หน่วยงานทางปกครองมีภารกิจในการดำเนินการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยทั้งจากภายในและภายนอกประเทศ และภารกิจเหล่านี้ส่งผลให้การกระทำของรัฐนั้นมีลักษณะเช่นใดนั้น ผู้เขียนจะดำเนินการศึกษาในหัวข้อต่อไปโดยเริ่มทำการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครองเป็นอันดับแรก

1.2 ความหมายของฝ่ายปกครอง

ศ ดร.ประยูร กาญจนดุล ได้ให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” คือ ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานประจำนั้น มีหน้าที่และกำลังคนตลอดจนเครื่องมือที่จะ

² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529) , น.33 - 36.

³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2551) , น.19.

ดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ”⁴

Michel STASSINOPOULOUS⁵, ได้กล่าวไว้ในคำอธิบายหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ว่า ฝ่ายปกครอง (Administration) ได้แก่ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยูในการบังคับบัญชา หรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของรัฐบาล (Government)

Jean Rivero กล่าวไว้ว่า ฝ่ายบริหาร (Executive) อันได้แก่ รัฐบาล (Government) และ ฝ่ายปกครอง (Administration) ซึ่งฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรฝ่ายบริหารได้กำหนดไว้⁶ และถือว่าเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพ ของราษฎรมากที่สุด ทั้งนี้เพราะ รัฐบาลเป็นผู้บัญชาการกองกำลังทหารและตำรวจ จึงอยู่ในวิสัยที่จะคุกคามสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อยู่ตลอดเวลา เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จึงได้ถือเอาประสิทธิภาพของงานในความรับผิดชอบของตนเป็นสำคัญ กับเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นอุปสรรคขัดขวางการปฏิบัติการกิจของตน ดังนั้น การที่ รัฐเสรีประชาธิปไตยต่างก็พยายามสถาปนา หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงชอบด้วยเหตุผล⁷

Hattmut Maurer อธิบายว่า การให้ความหมายของฝ่ายปกครองนั้นแบ่งเป็นการให้ความหมายในทางเนื้อหา (Verwaltung im materiellen Sinn) และ ฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ (Verwaltung im formellen Sinn) โดยการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหานั้นหมายถึง องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งทำภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ของรัฐ โดยถือว่าเป็น

⁴ ประยูร กาญจนดุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2523) , น. 13 - 16.

⁵ Michel STASSINOPOULOUS, Traité des actes administratifs, (paris, L.G.D.J. , 1973), pp. 18-19 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543) , น.67-68.

⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,2545) น.89.

⁷ Jean RIVERO in Les Libertés publiques, Tome 1 Les duoits de l'homme, 6e édition , (Paris, PUF, 1991) อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543) ,น.111

ภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้การให้ความหมายของฝ่ายปกครองนั้นอาจแบ่งเป็น 2 ลักษณะคือ การให้ความหมายในทางปฏิเสธ (negative) และ การให้ความหมายในทางพรรณนา (positive)⁸

โดยการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธ (negative)⁹ นั้น มีพื้นฐานจากหลักคำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งทำให้ภารกิจของฝ่ายปกครองนั้นหมายถึง ภารกิจที่มีใช้ภารกิจในทางนิติบัญญัติ และไม่ใช่ภารกิจในทางตุลาการ ทั้งนี้ Otto Mayer และ Felinek ให้ความหมายของฝ่ายปกครองในลักษณะปฏิเสธว่า คือองค์กรที่ทำภารกิจของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจมหาชนที่ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ซึ่งทำให้ทราบว่าฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยมีความเกี่ยวข้องกับการทำภารกิจของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในลักษณะนี้ไม่อาจทำให้ความหมายของฝ่ายปกครองชัดเจนได้ เพราะ อำนาจฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ นั้น มิได้มีแต่ “ฝ่ายปกครอง” เท่านั้น ยังมี “รัฐบาล” ประกอบอยู่ในอำนาจฝ่ายบริหาร และ การให้คำนิยามในทางปฏิเสธไม่อาจให้ความหมายขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการได้อย่างชัดเจน

เนื่องจากการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในเชิงพรรณนา (positive)¹⁰ นั้น มีสาเหตุจากการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางปฏิเสธไม่สามารถทำให้เข้าใจความหมายของฝ่ายปกครองได้ จึงมีการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางพรรณนา เช่น Peters ให้ความหมายว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐมีผลในทางความเป็นจริงขึ้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง สำหรับ Forsthoff เห็นว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในทางสังคมในขอบเขตของกฎหมายและอยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย ตามความเห็นของ Giacometti นั้น ฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรที่ใช้กฎหมาย โดยที่การใช้กฎหมายนั้นมิใช่เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาท และไม่ใช้การใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในส่วนของ Thieme ให้ความหมายฝ่ายปกครองไว้ว่า หมายถึง องค์กรที่มีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการ

⁸ Hartmut Maurer , Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl, München 1992 , S.2 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547) , น.11.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.12.

¹⁰ เพ็ญอ้าง, น.12.

ดำเนินการที่มีการตัดสินใจแล้วโดยฝ่ายการเมือง และ Luhmann ให้ความหมายของฝ่ายปกครองไว้ว่า คือองค์กรที่การวินิจฉัยขององค์กรนั้นผูกพันต่อกฎหมาย นอกจากนี้ Woff ให้ความหมายของฝ่ายปกครองไว้ว่า หมายถึง องค์กรที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเป็นองค์กรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ

รวมทั้งมีการให้ความหมายของฝ่ายปกครองในทางรูปแบบ (Verwaltung im formellen Sinn) ว่าหมายถึง ฝ่ายปกครองที่ทำภาระหน้าที่ในทางปกครองโดยรวม ภาระหน้าที่ที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า ภาระหน้าที่นั้นเป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้หรือไม่ และการพิจารณาว่าองค์กรใดมีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือไม่ นั้น องค์กรดังกล่าวต้องมีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ ดังนี้¹¹

1. พิจารณาในแง่ของภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องมีภาระหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของส่วนรวมและเรื่องของมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม

2. พิจารณาในแง่ผลประโยชน์ การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ผลประโยชน์สาธารณะในบางกรณีย่อมสอดคล้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

3. พิจารณาจากการดำเนินการ การดำเนินการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการโดยมีความมุ่งหมายไปในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติการตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในลักษณะที่เป็นนามธรรมทั่วไป (generell-abstrakt) และฝ่ายปกครองต้องทำให้สิ่งที่ป็นนามธรรม-ทั่วไปเหล่านั้นเป็นรูปธรรมที่เป็นจริงขึ้น ทั้งนี้ การดำเนินการของฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะอื่น ๆ อีกได้แต่ก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายและต้องผูกพันต่อแนวนโยบายของรัฐบาล

4. พิจารณาจากลักษณะการกระทำ การกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการใช้มาตรการที่เป็นรูปธรรมในกรณีใดกรณีหนึ่ง และเป็นการทำให้เกิดผลเป็นจริงตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้

¹¹ H. J. Wolff, O. Bachof, R. Stober, Verwaltungsrecht I , 10 Aufl, München 1992 , S.30 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) , น.13.

นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาองค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งสามารถจำแนกออกเป็นรัฐบาลและฝ่ายปกครอง โดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐบาล ซึ่งอาจแบ่งแยกองค์กรฝ่ายปกครองออกเป็น องค์กรตาม“หลักการรวมอำนาจ” และ องค์กรตาม“หลักการกระจายอำนาจ” ทั้งนี้องค์กรฝ่ายปกครองตามหลักการรวมอำนาจนั้น อาจแบ่งแยกได้เป็น หลักการรวมอำนาจส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ทั้งหลาย และ หลักการแบ่งอำนาจ ได้แก่ ราชการส่วนภูมิภาค คือ จังหวัดและอำเภอ สำหรับการจัดองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจนั้นแบ่งแยกออกเป็น การกระจายอำนาจทางพื้นที่ ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา เป็นต้น ส่วน การกระจายอำนาจทางกิจการนั้นได้แก่ กิจการของรัฐที่จะต้องจัดทำเพิ่มมากขึ้นและสลับซับซ้อนขึ้นกว่าแต่ก่อน ซึ่งอาจแบ่งแยกออกเป็น 2 รูปแบบ คือ รัฐวิสาหกิจ และ องค์กรมหาชน¹²

จากการศึกษาความหมายของฝ่ายปกครองทำให้ สามารถให้คำจำกัดความของฝ่ายปกครองโดยสรุปได้ว่า คือ หน่วยงานของรัฐที่อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งในบริการสาธารณะพื้นฐาน และ บริการสาธารณะลำดับรอง กับมีหน้าที่ในการนํานโยบายของรัฐบาลไปปฏิบัติการให้เป็นรูปธรรม โดยการปฏิบัติการตามนโยบายของฝ่ายปกครองดังกล่าวต้องเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครองหรือฝ่ายปกครองนั้นอาจมีการใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างเกินเลยอันเนื่องมาจากฝ่ายปกครองนั้นมุ่งหมายจะปฏิบัติการกิจของตนให้สำเร็จลุล่วงแต่เพียงประการเดียว โดยมีได้คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากสาเหตุดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องมีระบบการควบคุมการกระทำทางปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้ทราบถึงระบบการควบคุมการกระทำทางปกครองกล่าว จึงทำการศึกษาถึงการควบคุมฝ่ายปกครองในหัวข้อต่อไป

1.3 การควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นถือว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยฝ่ายปกครองนั้น เนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองในบางครั้งอาจมองข้ามผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของตน ถ้าหากไม่มีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองแล้ว จะทำให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่ได้รับมอบตามกฎหมายอย่างขาดความระมัดระวัง รวมทั้ง

¹² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.14 - 15.

จะทำให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองมิได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายนั้น ทั้งนี้มีหลักการที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาจากนักวิชาการในอดีตเพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมฝ่ายปกครองที่มีประสิทธิภาพ และเป็นที่ยุติกันดีคือ “หลักนิติรัฐ” ซึ่งเป็นคำที่นักประวัติศาสตร์และนักปรัชญาการเมืองทางตะวันตกใช้เรียก “รัฐ” ที่ยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ราษฎรได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นได้ตามแต่จะเห็นสมควร¹³ ทั้งนี้ได้มีนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านที่ได้กล่าวถึงหลักนิติรัฐไว้ดังนี้

ศ ดร.หยุด แสงอุทัย ปริญญาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนได้กล่าวถึง นิติรัฐ¹⁴ สรุปความได้ว่า รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ยอมเป็นนิติรัฐ (Rule of Law) คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง โดยแนวความคิดนี้พัฒนามาจากกลุ่มประชาชนที่ฝักใฝ่ในลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individual) และจากแนวความคิดดังกล่าวทำให้รัฐมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด ซึ่งแนวความคิดเรื่องนิติรัฐเกิดขึ้นจากการต่อสู้ ระหว่างราษฎร กับ ผู้ปกครองตามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยราษฎรได้เริ่มเรียกร้องเสรีภาพขึ้นก่อนโดยในระยะเริ่มแรกราษฎรขอให้ตนมีเสรีภาพเท่านั้น โดยขอให้ตนพ้นจากการใช้อำนาจรัฐในทางที่ผิด และเพื่อที่จะให้ราษฎรได้มีเสรีภาพนี้ จึงก่อให้เกิดแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจที่มีหลักว่า สิทธิและเสรีภาพของราษฎรมีอยู่ก่อนแล้ว รวมทั้งสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่มีขอบเขตแต่อำนาจรัฐที่จะเข้ามาจำกัดรายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะมีขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดให้รัฐทำได้เท่านั้น ซึ่งอาจสรุปแนวความคิดเรื่องนิติรัฐ ได้ดังนี้

1. ในประเทศนั้นกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งใดทั้งหมด
2. ประเทศที่เป็นนิติรัฐ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐต้องกำหนดไว้แน่นอนโดยต้องแบ่งแยกอำนาจ นิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ
3. ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยต้องบัญญัติหลักประกันในเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้จะต้องให้ศาลควบคุมฝ่ายปกครอง

¹³ สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย”, วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 14, ฉบับที่ 3, น.56, (ก.ย.2527).

¹⁴ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538) , น.123-126.

รศ.สมยศ เชื้อไทย กล่าวไว้ว่า¹⁵ นิติรัฐนั้นมิใช่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรต่อราษฎรเท่านั้นแต่หมายรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรด้วยเนื่องจาก นิติรัฐ นั้นคือการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ และรัฐมีอำนาจอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ รัฐจะกระทำการใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ รวมทั้ง รศ.สมยศ ฯ ได้ให้ความหมายของ หลักนิติรัฐไว้ว่า ทำยที่สุดของหลักนิติรัฐนั้นขึ้นอยู่กับที่การประกันสิทธิ เสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชน ได้แก่

1. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ไม่กระทำการใด ได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง

2. หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติ ตราขึ้นนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดน แห่งสิทธิ เสรีภาพของราษฎร และต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในเขตแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

3. หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ หมายถึง การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย ควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ศ.ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้กล่าวไว้ว่า นิติรัฐ¹⁶ นั้นอาจแบ่งแยกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ คือ หลักนิติรัฐในทางรูปแบบ และ หลักนิติรัฐในแง่ของเนื้อหา โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. หลักนิติรัฐในแง่ของรูปแบบ นั้นประกอบด้วยหลักต่าง ๆ 4 หลักด้วยกัน คือ

1.1 หลักการแยกอำนาจ

1.2 หลักการที่วางกฎหมายตามรูปแบบยอมผูกมัดอำนาจรัฐ

1.3 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทางศาล

1.4 หลักการคุ้มครองเชื้อถือและไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อมาตรการของรัฐ

¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น.128-129.

¹⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา , 2549) , น.242.

2. หลักนิติรัฐในแง่ของเนื้อหาสามารถแยกพิจารณาเป็นหลักต่าง ๆ ได้อีก 3 ประการคือ

2.1 หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

2.2 หลักที่ว่า มาตรการของรัฐต้องมีความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งมีเกณฑ์ในการพิจารณาประกอบด้วย หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และ หลักความพอสมควรแก่เหตุที่ดี

2.3 หลักการชดเชย ให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย อันเกิดจากการกระทำมิชอบของรัฐ

รศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์¹⁷ ได้กล่าวถึง “นิติรัฐ” ไว้ว่าเป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนาในโลกตะวันตกโดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมายเพื่อมิให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยตนเอง แต่ต้องการให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ ดังนั้นการใช้อำนาจบริหารของผู้ทรงอำนาจบริหารนั้นจะต้องกระทำที่สอดคล้องกับกฎหมายทั้งนี้ “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) ซึ่งมีแก่นแท้ของหลักการคือกฎหมายต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ทรงอำนาจปกครองใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจและภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนเสมอภาคกัน รวมทั้งบุคคลจะต้องทราบก่อนล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์บังคับให้ตนทำอะไรหรือไม่ให้ตนทำอะไรผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลปฏิบัติตนได้สอดคล้องกับกฎหมาย ซึ่งสรุปไว้ว่า เป็นการจำกัดอำนาจของรัฐโดยกฎหมายการทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการนั้นฐานและคุณค่าทางกฎหมายโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ โดยมีใช้หลักการที่เรียกร่องให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ของบุคคลเท่าที่จำเป็นแต่เรียกร่องรัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างจริงในสังคม ทั้งนี้ “นิติรัฐ” นั้นประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 2 ส่วน ได้แก่ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และ องค์ประกอบในทางเนื้อหา ดังนี้

1) ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ นั้นเป็นการที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้น ตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้เพื่อจำกัดอำนาจรัฐลง หรือ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็น หลักนิติรัฐที่มุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อยที่สำคัญ ได้แก่ หลักการแบ่งอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและนิติธรรม”, รัฐศาสตร์สาร รัฐศาสตร์ธรรมศาสตร์ 60 ปี / รัฐศาสตร์สาร 30 ปี, เล่มที่ 1, น.182-195, (2552).

2) ความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหา นั้นเป็นการที่รัฐประกันสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรม และถูกต้องเมื่อพิจารณาหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาแล้ว ย่อมต้องจะเป็นยุติธรรมรัฐ (Gerechtigkeitsstaat) ได้แก่ หลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย หลักห้ามตรากฎหมายย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคล หลักความพอสมควรแก่เหตุ และ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลย่อมมีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรโดยตรง

จากการศึกษาความหมายของ “นิติรัฐ” ตามความเห็นของนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิ นั้นสามารถสรุปความได้ว่า หลักนิติรัฐ” (Rechtssataatsprincip) หรือ หลักนิติธรรม (The Rule of Law) คือหลักการที่เป็นเครื่องมือในฐานะ “เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปในอีกลักษณะหนึ่งว่า เป็นรัฐที่มีกฎหมายอยู่สูงสุดและมีแก่นหรือสาระสำคัญอยู่ที่การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ ดังที่ปรากฏในคำปรารภปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ความว่า “เพื่อป้องกันมิให้มนุษย์จำต้องก่อการจลาจลขึ้นในฐานะที่เป็นวิถีทางสุดท้ายในการต่อต้านทรราชย์และการกดขี่ข่มเหง จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องประกันสิทธิมนุษยชนโดยอาศัยหลักนิติธรรม”¹⁸ นอกจากนี้แล้ว “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” ยังมีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิด ดังคำกล่าวที่ว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้หากปราศจากนิติรัฐ และเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นที่ควรค่าแก่การเรียกว่า “นิติรัฐ”¹⁹ ซึ่งอาจสรุปหลักการสำคัญที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐได้ดังนี้

1. หลักแบ่งแยกอำนาจ
2. หลักการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนทางศาล
3. หลักการกฎหมายตามรูปแบบยอมผูกมัดอำนาจรัฐ

¹⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.65.

¹⁹ Michel FROMONT, Alfred RIEG, (Sous la direction de), Introduction au droit allemande, Tome II Droit public – Droit privé op. cit. p.13 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543) , น. 65 - 66.

4. หลักการคุ้มครองเชื้อถือและไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อมาตรการของรัฐ
5. หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน
6. มาตรการของรัฐต้องมีความพอสมควรแก่เหตุ
7. หลักการชดเชยความเสียหาย อันเกิดจากการกระทำของรัฐ
8. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง
9. หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
10. หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ
11. ความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

จากความหมายของ “นิติรัฐ” ข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า “นิติรัฐ” นั้นหมายถึง รัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมายเป็นสำคัญ ในการประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการกระทำอันมิชอบ จากองค์กรของรัฐ โดยมีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และ อำนาจตุลาการ ออกจากกัน รวมทั้งต้องมีศาลที่มีความเป็นอิสระทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำของรัฐให้เป็นไปตามหลัก ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อมิให้การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยอาศัยหลักความพอสมควรแก่เหตุที่มีสถานะเปรียบเสมือนหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่รัฐประชาธิปไตยให้การยอมรับและนำมาเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบการกระทำของรัฐเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเมื่อทราบความหมายของ “นิติรัฐ” แล้วในลำดับต่อไปจะทำการศึกษาถึงภารกิจของหลัก “นิติรัฐ” ว่าหลักการนี้มีหน้าที่อย่างไรในการควบคุมการกระทำของรัฐ โดยจะทำการศึกษาเฉพาะหลักการที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จำนวน 4 หลักการด้วยกัน อันได้แก่ หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและหลักประกันสิทธิสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ดังนี้

1.3.1 หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาความหมายของ “นิติรัฐ” ทำให้พบว่า หลักการนี้เป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองในระบบประชาธิปไตย กล่าวคือ เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับและนำไปปฏิบัติโดยรัฐที่มีการปกครองในระบบประชาธิปไตย โดยหลักการนี้มี

วัตถุประสงค์หลักประการหนึ่ง เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพขั้นมูลฐานที่ประกอบไปด้วย สิทธิเสรีภาพบุคคลโดยแท้ เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁰ แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนในประเทศนั้นได้บัญญัติไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ การบัญญัติรับรองไว้อย่างบริบูรณ์ คือ การบัญญัติรับรองไว้โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ กับการบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพันธ์ กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นในภายหลัง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือในการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประเทศ²¹

จากความจำเป็นในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยองค์กรหลักของประเทศ อันได้แก่ องค์กรที่ทำหน้าที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ทำหน้าที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้ อำนาจตุลาการ ต้องใช้อำนาจที่เป็นไปตามเจตนารมณ์และหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ กล่าวคือ การใช้อำนาจอย่างใด ๆ โดยองค์กรดังกล่าว จะต้องคำนึงถึง สิทธิ เสรีภาพ และ กรอบในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้อย่างเคร่งครัด โดย สภานิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายที่กระทบต่อแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจอย่างใด ๆ ในการบริหารประเทศหรือดำเนินกิจการในทางปกครอง ในประการที่ไม่ขัดต่อหลักการที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรตุลาการ ต้องใช้อำนาจตุลาการเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมิให้ขัดต่อหลักนิติรัฐ เนื่องจากหลักการนิติรัฐนี้เป็นหลักการที่มีสถานะเทียบเท่าหลักการที่บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หลักนิติรัฐ นี้เป็นหลักการที่มีศักดิ์เทียบเท่าหลักการที่บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จากการใช้ขององค์กรต่าง ๆ ที่เป็นองค์กรที่ก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจในลักษณะที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงส่งผลให้องค์กรที่ก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญเหล่านั้น ล้วนต้องใช้อำนาจของตนให้สอดคล้องกับหลัก “หลักนิติรัฐ”

²⁰ สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 13 , น.56.

²¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 18 , น.63 - 65.

1.3.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง²²

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นหมายถึง ฝ่ายปกครอง (Administration) อันได้แก่ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล จะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชน ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แม้การกระทำนั้น ๆ จะเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม²³ โดยมีสาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังนี้

1.3.2.1 กฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง

กฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจการกระทำของฝ่ายปกครอง หมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั้นได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จึงทำให้เห็นว่า กฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดในการใช้อำนาจหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าหลักการนี้เป็นกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น โดยปกติแล้วจะเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และ กฎหมายลำดับรอง หรือ อนุบัญญัติ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติ อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ เป็นต้น โดยหลักการนี้มีที่มาจากแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นเป็นหลักการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย โดยแบ่งออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และ อำนาจตุลาการ โดยมีความมุ่งหมายมิให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยแบบรวมศูนย์ (Concentration) ซึ่งจะส่งผลให้เกิดอำนาจเด็ดขาด และทำให้ผู้ทรงอำนาจนั้นอาจมีพฤติกรรมเลว

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18, น.67 - 107.

²³ R. CARRÉ de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat Paris, Serey, p. 222 , pp. 488 3 489., H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Fourth Edition, (Oxford, Clarendon Press, 1980), pp. 23 – 24 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2543) , น. 67 - 68.

ลงอย่างถึงที่สุดเพราะ เมื่อคนทุกคนเมื่อมีอำนาจแล้ว มักจะมัวเมาในอำนาจและมักจะใช้อำนาจอย่างเกินเลยอยู่เสมอหากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารรวมกันอยู่ในบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันแล้ว เสรีภาพจะไม่มีเลย²⁴ ซึ่งเห็นได้ว่าหลักการนี้เป็นหลักการที่มีความสำคัญยิ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตย เพื่อให้เกิดการดุลและคานกันระหว่างอำนาจในระดับเดียวกัน เพื่อให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างแท้จริง

1.3.2.2 กฎหมายเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง

กฎหมายที่เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง นั้นได้แก่ พระราชบัญญัติ หรือ กฎหมายที่มีค่าบังคับดังเช่น พระราชบัญญัติ กฎหมายประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป ที่ประกอบไปด้วย หลักความเป็นกลาง หลักการฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง หลักการบังคับบัญชา หลักความเป็นอิสระขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชน หลักความไม่มีผลให้บังคับย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง และ หลักที่ว่า การบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง สำหรับข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองที่สำคัญที่สุดอีกประการหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายรวมถึง หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการที่ฝ่ายปกครองที่มีได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หลักการที่สำคัญและต้องกล่าวถึงคงจะต้องกล่าวถึงนั้น ได้แก่ หลักความเสมอภาค (Principle of Equality before the law) และหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)

หลักความเสมอภาค นั้นอาจกล่าวในอีกลักษณะหนึ่งว่า คือ สิทธิที่ราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน²⁵ ดังนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองไว้ โดยวางหลักไว้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค สำหรับหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นอาจกล่าวไว้โดยสรุปว่า เป็น

²⁴ MONTESQUIEU, L'Esprit des lois XI, Ch. IV, คำแปลเป็นของนายเด็อน บุนนาค, การแยกอำนาจ, (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ.2487), น.8 – 9 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543) , น. 76.

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18 , น.95.

หลักการที่มีความมุ่งหมายในการตรวจสอบองค์กรของรัฐ เพื่อให้ใช้อำนาจที่ได้รับมอบทั้งตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมาย ให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและผลเสียที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งจะทำให้การศึกษาโดยละเอียดในลำดับต่อไป

1.3.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย²⁶

เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า ความหมายของหลักการนี้โดยสรุปนั้น หมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นบังคับใช้ภายในรัฐนั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากจะทำการศึกษาลักษณะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วนั้น ในเบื้องต้นควรทำการศึกษาความหมายของ “กฎหมาย” เพื่อให้ทราบถึงความหมายของคำดังกล่าวโดยจะเริ่มทำการศึกษาคำความหมายของ “กฎหมาย” เป็นลำดับแรกดังนี้

“กฎหมาย” ตามความหมายของ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายไว้ว่า กฎที่สถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐตราขึ้น หรือที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศ เพื่อใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตาม หรือเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือระหว่างบุคคลกับรัฐ²⁷

ส่วนเล็คเซอ์กฎหมายของ พระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์²⁸ ทรงให้ความหมายของ “กฎหมาย” ไว้ว่า คือคำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตาม ตามธรรมดาต้องโทษ

จากความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ข้างต้นนั้น อาจให้คำจำกัดความของกฎหมายโดยสรุปได้ว่า กฎหมาย คือสิ่งที่รัฐตราขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือเพื่อก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคล หรือ ระหว่างบุคคลกับรัฐ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศ และเมื่อไม่ปฏิบัติตามย่อมมีโทษ โดยฝ่ายบริหาร นั้นเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศ

²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 18 , น.111 - 135.

²⁷ ราชบัณฑิตยสถาน , *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542* , (กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คพับลิเคชั่นส์, 2546) , น.4.

²⁸ เล็คเซอ์กฎหมายของ พระเจ้าลูกยาเธอพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร) อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธรรมสาร จำกัด, 2538) , น.47 - 48.

ภายหลังจากทราบความหมายของ “กฎหมาย” แล้วในลำดับต่อไปจะทำการศึกษาหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อให้ทราบถึงรายละเอียดของหลักการที่เป็นกรอบในการใช้อำนาจในการตรากฎหมาย โดยหลักการนี้มีหลักที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยจำนวน 3 หลักการ อันได้แก่ กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้อง มีความชัดเจนแน่นอน ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ และ กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น โดยหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่สำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่อาจกระทำการใช้อำนาจโดยละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ว่าจะเป็น การใช้อำนาจโดยฝ่ายบริหาร หรือ แม้แต่นิติบัญญัติเองก็ตาม จึงขอกล่าวถึงรายละเอียดของหลักการทั้ง 3 หลักการเพื่อให้ทราบถึงกรอบความคิดของหลักการทั้ง 3 หลักการดังนี้

1.3.3.1 กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน²⁹

หลักกฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจนนั้น มีความมุ่งหมายให้กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร จะต้องบัญญัติเงื่อนไขไว้ให้ชัดเจนว่าให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่ง บังคับให้บุคคลประเภทใด กระทำอะไรหรือห้ามมิให้กระทำการอะไรในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายนี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดเสียมิได้เพื่อให้ราษฎรสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีมาแต่กำเนิดกระทำการใด ๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพ และในทางจิตใจ บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใด ๆ ถ้าหากไม่อาจคาดหมายได้ว่ากรกระทำของตนนั้นจะมีผลทางกฎหมายอย่างไรและผลทางกฎหมายนั้นจะทำให้ตนต้องได้หรือเสียประโยชน์อย่างไร ดังนั้น ศาลที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะพิพากษาว่า กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหากกฎหมายนั้นไม่มีความชัดเจนแน่นอนเท่าที่ควร

²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมสาร, 2538) , น.53 - 56.

ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ได้เคยตัดสินว่า ร่างรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรม ซึ่งกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรม ทำการตรวจค้นยานพาหนะที่มีได้ใช้เป็นที่อยู่อาศัยบนทางสาธารณะ ต่อหน้าเจ้าของหรือผู้ขับขี่ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก ร่างรัฐบัญญัติฉบับนี้มีได้กำหนดกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ตำรวจยุติธรรมซึ่งกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานตำรวจยุติธรรมจะใช้อำนาจตรวจค้นยานพาหนะได้ไว้ให้แน่นอนชัดเจน³⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการนี้เป็นหลักการที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ การตรากฎหมายของสภานิติบัญญัติ ต้องสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย เพื่อให้สิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง หากปราศจากซึ่งหลักการนี้แล้ว สภานิติบัญญัติอาจตรากฎหมายที่มีลักษณะคลุมเครือจนกระทั่งประชาชนเกิดความไม่แน่ใจว่าการกระทำของตนจะผิดกฎหมายหรือไม่อันส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของประชาชน สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะถูกล่วงละเมิดได้ง่ายเนื่องจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าหลักกฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจนนั้น ควรหมายรวมถึง การบัญญัติเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพออีกประการหนึ่ง

1.3.3.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุ³¹

หลักความพอสมควรแก่เหตุ³¹ นั้น เป็นหลักการที่เป็นกรอบในการตรากฎหมายที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้น ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้เป็น หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้ โดยได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป จึงมีค่าบังคับเสมอกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ แม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตย

³⁰ คำวินิจฉัย ลงวันที่ 12 มกราคม ค.ศ.1977 ใน Louis FAVOREU et Loic PHILIP , *Les grandes decisions du conseil constitutionnel*, (Paris,Sirey, 1979), pp. 391-406 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทธรรมสาร จำกัด, 2538) , น.55.

³¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 29*, น.59 - 61.

ส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติไว้ ดังนั้นจึงส่งผลให้ องค์การต่าง ๆ ของรัฐ นับตั้งแต่ ฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือ องค์การตุลาการ ต้องเคารพกับหลักเกณฑ์นี้และจะกระทำการใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการนี้ไม่ได้ ซึ่งหลักการนี้ประกอบด้วยหลักการย่อยอยู่ 3 หลักการด้วยกัน ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality Stricto sensu) โดยมีรายละเอียดของทั้ง 3 หลักการดังนี้

ก. หลักความสัมฤทธิ์ผล

หลักความสัมฤทธิ์ผล หมายถึง มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริง ๆ ในผู้อื่น เช่น รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น และมาตรการนั้นก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดจลาจล สงครามกลางเมือง หรือความเสื่อมทรามทางจิตใจของประชาชนได้จริง ๆ กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นไปตามหลักความสัมฤทธิ์ผล และจึงทำให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะกระทำได้ก็เฉพาะแต่เพียงเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้น มิให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนอื่น ๆ หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ดังนั้นการตรากฎหมายบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือห้ามมิให้ราษฎรกระทำการใด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือมิให้ราษฎรกระทำการใด ที่ส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวมีคุณลักษณะที่บิดเบือนไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายแล้ว ย่อมก่อให้เกิดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว

ข. หลักความจำเป็น

หลักความจำเป็น นั้นเป็นมาตรการสำหรับพิจารณาว่ากฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น สำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุตามจุดมุ่งประสงค์ และมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด ดังนั้น ถ้าหากว่ามีมาตรการที่สามารถทำให้ผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริง ๆ ในทางปฏิบัติให้เหลืออยู่หลายมาตรการ แต่ละมาตรการมีระดับแห่งความรุนแรงมากน้อยแตกต่างกัน ถ้าและฝ่ายนิติบัญญัติเลือกกำหนดมาตรการที่รุนแรงกว่า กฎหมายนั้นย่อม

ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพราะตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยแล้ว รัฐจะเรียกร้องให้ราษฎรจำต้องยอมสละสิทธิและเสรีภาพของตนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้ย่อมเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ค. หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น มีความมุ่งหมายให้มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าก่อความเสียหายให้แก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยส่วนรวม กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งแม้จะสามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริง ๆ ในทางปฏิบัติ (สัมฤทธิ์ผล) และมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด (จำเป็น) ก็ตาม แต่หากได้ลงมือใช้บังคับแล้วจะยังให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชนและ/หรือ แก่สังคมเป็นอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับ ก็อาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพราะอาจกล่าวได้ว่าเป็นการลงทุนที่ขาดทุน

จากหลักความพอสมควรแก่เหตุข้างต้นนี้ทำให้พบว่านอกจากฝ่ายปกครองที่ต้องเคารพต่อหลักการทั้ง 2 หลักดังกล่าวแล้วยังปรากฏว่า ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ต้องเคารพในหลักการดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเองอาจใช้อำนาจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ไม่แตกต่างจากองค์กรฝ่ายปกครอง จึงทำให้เห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นกรอบที่สำคัญยิ่งในการตรากฎหมาย เพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับในประเทศไปตามอำเภอใจ และหลักการนี้เป็นหลักการที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยจะยอมรับเอาหลักการนี้ไปบังคับใช้แม้ว่าจะมิได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม หลักความพอสมควรแก่เหตุนี้มีสาระสำคัญที่ประกอบไปด้วย หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และ หลักความพอสมควรแก่เหตุในกฎหมายอย่างแคบ ทั้งนี้ หลักความสัมฤทธิ์ผลนั้น มีหลักการโดยสรุปว่า กฎหมายที่ตราออกมาบังคับใช้สามารถแก้ไขปัญหาที่กฎหมายนั้นมีภาระหน้าที่ ในการแก้ปัญหานั้นได้ และหลักความจำเป็น หมายถึง การตรากฎหมายหรือมาตรการที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร ต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น เพื่อให้เจตนารมณ์ หรือ ความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปโดย กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด สำหรับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้น

อาจกล่าวโดยสรุปว่า การออกกฎหมายหรือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนเมื่อเทียบกับผลเสียที่ได้รับจากมาตรการดังกล่าวหรืออาจกล่าวในอีกนัยหนึ่งว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนั้นต้องเป็นการลงทุน(การใช้อำนาจตามกฎหมายหรือการตรากฎหมาย) ในลักษณะที่ได้กำไร(ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อมหาชนมากกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจดังกล่าว)

นอกจากนี้ได้ปรากฏเหตุการณ์ในอดีตที่อาจใช้เป็นหลักฐานยืนยันว่าสมานิติบัญญัติเองก็อาจใช้อำนาจในประการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นเดียวกับการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ การใช้อำนาจของสมานิติบัญญัติของประเทศในทวีปยุโรประหว่างศตวรรษที่ 19 อันนำมาซึ่งสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ส่งผลให้ความเชื่อมั่นศรัทธาในสมานิติบัญญัติ ที่มีสมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยตรงมาจากประชาชนและถือว่าเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายของชาวยุโรปลดลง ชาวยุโรปจึงให้ความสนใจฟื้นฟูแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยการนำเอาหลักแห่งความถูกต้องและยุติธรรมซึ่งถือว่าเป็น Higher law มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจน และกำหนดเครื่องมือเหนี่ยวรั้งทางกฎหมายมิให้เกิดการละเมิดหลักการนี้ได้โดยง่าย ซึ่งนำมาสู่การตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ³² จากการใช้อำนาจของสมานิติบัญญัติในลักษณะที่เป็นการละเมิดซึ่งสิทธิ เสรีภาพของประชาชนนั้นนำมาซึ่งการควบคุมตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดยองค์กรตุลาการดังกล่าวดังกล่าว

สำหรับในประเทศไทยได้มีการใช้อำนาจของสมานิติบัญญัติในประการที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกับเหตุการณ์ในทวีปยุโรปในช่วงศตวรรษที่ 19 กล่าวคือเนื่องมาจากวิวัฒนาการของการปกครองระบอบประชาธิปไตยในประเทศไทยที่ยังไม่พัฒนาเท่าที่ควร จึงทำให้เกิดการทำรัฐประหารเป็นจำนวนหลายครั้ง โดยเหตุผลที่ฝ่ายทหารใช้เป็นเงื่อนไขในการปฏิวัติได้แก่ การทุจริตของนักการเมือง เป็นต้น และในระหว่างการควบคุมประเทศของคณะรัฐประหาร มักจะมีกฎหมายออกมาบังคับใช้เป็นจำนวนมาก และจากการทำรัฐประหารครั้งล่าสุดเมื่อ วันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้มีการจัดตั้งสมานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อทำหน้าที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา ที่ประกอบไปด้วยบุคคลต่าง ๆ ในภาครัฐ

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 10, ฉบับที่ 4, น.524-525, (2520).

ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ จากภูมิภาคต่าง ๆ³³ โดยสภาดังกล่าวมีภารกิจตรา กฎหมายในช่วงเวลาก่อนการจัดการเลือกตั้ง ซึ่งสภาดังกล่าวได้ตราพระราชบัญญัติการรักษา ความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 ที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเพื่อแก้ไขปัญหาคความ มั่นคงในยามปกติเป็นอย่างมากหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการให้อำนาจจนเกินจำเป็นและอำนาจ ตามกฎหมายดังกล่าวยังกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของในสภาวะปกติเป็นอย่างมาก เช่น การ ห้ามใช้เส้นทางคมนาคมที่กำหนด และการบัญญัติให้การควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะ เป็นการกระทำทางปกครองตามกฎหมายนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองด้วยการกำหนดให้อำนาจ ในการตรวจสอบเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม เป็นต้น อันจะเห็นได้ว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้ได้ กระทำการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในลักษณะข่มเหงประชาชน กล่าวคือ สภานิติบัญญัติ แห่งชาติ ได้ตรากฎหมายโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็น จนกระทั่งทำให้ฝ่ายปกครองนั้น ได้รับอำนาจตามกฎหมายมากจนเกินจำเป็น ซึ่งเป็นการชี้ให้เห็นว่ามีใช่แต่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ กระทำการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แม้แต่สภานิติบัญญัติเองก็อาจกระทำการใน ลักษณะดังกล่าวนี้ได้ ดังนั้น การใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติในการตรากฎหมาย สมควรอยู่ใน กรอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งมีสถานะเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปเช่นเดียวกันกับการใช้ อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง

รวมทั้งภายหลังกการตราพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 โดยสภานิติบัญญัติที่มีสถานะเป็นสภาผู้แทนราษฎร หลังจากการรัฐประหาร โดย คปค. นั้นเกิดการบังคับใช้มาตรการตามกฎหมายดังกล่าวโดย คณะรัฐมนตรี ในลักษณะที่เกินกว่าความ จำเป็นและบังคับใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 ในลักษณะที่บิดเบือนจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมาย ในพื้นที่เขตดุสิต และ จังหวัด เชียงใหม่ ระหว่างการประชุมของ แนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ กล่าวคือ การ ประกาศบังคับใช้กฎหมายความมั่นคงในพื้นที่ดังกล่าว โดยอาศัยแต่เพียงการข่าวที่มีแหล่งที่มาไม่ชัดเจน และยังไม่ปรากฏสิ่งบอกเหตุที่ชัดเจนว่าจะเกิดความรุนแรงจากการชุมนุมหรือไม่ ดังนั้นการใช้ กฎหมายความมั่นคงในพื้นที่เขตดุสิต และ จังหวัดเชียงใหม่ เพื่อรองรับการประชุมของกลุ่ม แนวร่วม ประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ จึงเป็นการใช้อำนาจที่เกินความจำเป็น อันเป็นการกระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะใช้สิทธิต่าง ๆ ในการชุมนุม โดยเสรีและไม่ต้องหวาดระแวง ต่ออำนาจที่มีความไม่ชัดเจนของฝ่ายบริหาร เพื่อให้ทราบถึงกรอบของการใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติ

³³ มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549

ที่จะส่งผลให้กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนเกินจำเป็นแล้ว จะขอกล่าวถึงหลักการ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ในลำดับต่อไป

1.3.3.3 กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพนั้น³⁴

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหาร ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่ไม่อาจใช้อำนาจโดยการตรากฎหมายตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของราษฎร บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตัดหรือเพิกถอนสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของราษฎรย่อมจะมีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติมีกฎหมายที่ขีดวงแห่งสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของราษฎร โดยการกำหนดเงื่อนไขให้ราษฎรต้องปฏิบัติก่อนที่จะใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ไว้อย่างเคร่งครัดจนถึงขนาดที่ว่าแทบจะไม่มีราษฎรคนใดปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้เอาเสียเลย กฎหมายที่ ขีดวง สิทธิหรือเสรีภาพล้ำเข้าไปถึง แก่น (Core) หรือ สาระสำคัญ (Essence) ของสิทธิหรือเสรีภาพ หรือเมื่อพิจารณาตามเนื้อความแล้วมีผลไม่แตกต่างกับกฎหมายที่ตัดหรือเพิกถอนสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเลย ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949 มาตรา 19 ข้อ 2 จึงบัญญัติไว้ว่า “ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ก็ตามการอันอาจกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทำมิได้” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 29 ได้บัญญัติเงื่อนไขการบัญญัติกฎหมายการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.61 - 62.

จากการที่ “กฎหมาย” คือ กฎที่สภานิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้น หรือ เกิดขึ้นจากจารีตประเพณี อันเป็นที่ยอมรับ เพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการบริหารประเทศ แต่อย่างไรก็ตามการตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารนั้น ต้องเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการดำรงไว้ซึ่งบริการสาธารณะ³⁵ และหากตรากฎหมายขึ้นมาบังคับใช้ในลักษณะที่เกินกว่าความจำเป็นแล้ว ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อมาตรฐานของกฎหมายและความน่าเชื่อถือของนานาชาติ รวมทั้งหากได้ตรากฎหมายในลักษณะที่เป็นการลดสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญจนเกินจำเป็นนั้น ย่อมเป็นการกระทำของสภานิติบัญญัติที่กระทบแก่นและสาระสำคัญของสิทธิ รวมทั้งกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชนที่อยู่ในรัฐ และการให้อำนาจพิเศษแก่กฎหมายที่มีความมุ่งหมายที่บังคับใช้ในสถานการณ์ปกติ ดังเช่นพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 มาตรา 18 ที่กำหนดให้ กองอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร อาจใช้อำนาจพิเศษ อันได้แก่ (1) ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด (2) ห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น (3) ห้ามออกนอกเคหสถานในเวลาที่กำหนด (4) ห้ามนำอาวุธออกนอกเคหสถาน (5) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้อยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้อยานพาหนะ (6) ให้บุคคลปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันอันตรายที่เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน ในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์สำหรับแก้ไขปัญหามันในสถานการณ์พิเศษ อันได้แก่ พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ย่อมจะเป็นการตรากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารจนเกินจำเป็นต่อแก้ปัญหามันในยามปกติ ที่มีกลไกของรัฐในรูปแบบอื่นที่สามารถนำมาใช้ในการ

³⁵ A. Pizzi, “La défense de la liberté et des droits fondamentaux de l’homme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d’Italie”, in Revue de la Commission internationale de Juristes, Geneve, (1963), Tome IV., No.2 p.307, E. Forsthoff, “Traité de droit administratif allemand”, (Bruxelles, Bruylant, 1969), p. 130 อ้างใน สมยศ เชื้อไทย และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย”, วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 14, ฉบับที่ 3, น.57, (ก.ย.2527).

แก้ปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการให้อำนาจในลักษณะพิเศษแก่ฝ่ายบริหารใน สถานการณ์ปกตินั้น เป็นการใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติที่เกินจำเป็นที่ส่งผลกระทบต่อ สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ที่ต้องอยู่ในพื้นที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว

ตามที่ได้ทำการศึกษาความหมายของหลัก “นิติรัฐ” หรือ หลักนิติธรรม นั้นทำให้พบว่า หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่สำคัญและประสิทธิภาพที่สุดหลักการหนึ่งในการควบคุมฝ่าย ปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจ ตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ โดยมีหลักการที่สำคัญ ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทางปกครอง ที่มีหลักความพอสมควรแก่เหตุ และ หลักความเสมอภาคอยู่ในนั้น กับหลัก ความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักนิติรัฐนั้น จะเป็นหลักการที่ ได้รับการยอมรับอย่างทั่วไป แต่หากไม่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามหลักการนั้นๆ เพื่อให้ ประชาชนได้รับความคุ้มครองแล้วก็เป็นการไร้ประโยชน์ จึงมีความจำเป็นที่ต้องให้หลักประกันการ เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในชั้นศาลและสิทธิในการร้องทุกข์ของประชาชน เพื่อให้ทราบถึง แนวความคิดของหลักการดังกล่าว จึงจะทำการศึกษหลักการประกันสิทธิในกระบวนการ พิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และชั้นศาลซึ่งในลำดับต่อไป

1.3.4 หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และชั้นศาล³⁶

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลเรียกร้องให้รัฐ ต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ของรัฐได้อย่าง เต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคล เปิดโอกาสให้ บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทาง กฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็น กระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (fair) ด้วย หนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจ มหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17*, น.193.

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของหลักการข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าหลักประกันนี้เป็นหลักประกันที่มีความสำคัญและมีภารกิจในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อมิให้ได้รับผลกระทบการใช้อำนาจอันมิชอบ ตามอำเภอใจ และไม่ใส่ใจต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชน จากฝ่ายปกครอง ทั้งนี้หลักการดังกล่าว ย่อมต้องบังคับใช้แก่กฎหมายทุกฉบับที่มีความมุ่งหมายใช้บังคับในสถานการณ์ปกติ กล่าวคือ การตรากฎหมายใด ๆ โดยสภานิติบัญญัติที่กำหนดให้ยกเว้นกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ โดยไม่มีเหตุอันสมควร เช่น กฎหมายที่ใช้แก้ปัญหาความมั่นคงในสถานการณ์ปกติแล้ว ย่อมเป็นการใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติที่ขัดต่อหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ รวมทั้งหลักการนี้ได้รับรองสิทธิของราษฎรให้สามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อ “ศาล” ได้ ซึ่งความหมายของ “ศาล” ตามหลักการนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรหมายถึง ศาลแห่งชาติที่มีอำนาจเยียวยาความเสียหายของผู้เดือดร้อนเสียหายได้อย่างแท้จริงเมื่อพิจารณาตามกรอบอำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ และมีกระบวนการพิจารณาที่เอื้ออำนวยต่อการสร้างความเป็นธรรมในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ดังนั้น การใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติในการตรากฎหมายใด ๆ ที่ส่งผลให้การได้รับการเยียวยาความเสียหายของประชาชนผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนเสียหายนั้น มีภาระมากขึ้นอันเนื่องมาจากกระบวนการพิจารณาของศาล หรือ การตรากฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีตามกฎหมายนั้น ๆ โดยมีใช้ศาลที่มีอำนาจอย่างแท้จริงตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาแห่งคดีแล้ว ย่อมเป็นการใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชน โดยขัดต่อหลักหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในศาล ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งในหลักนิติรัฐ

จากการศึกษา หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นกรอบที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการใช้อำนาจรัฐ โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นทั้งที่มาของอำนาจและเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งในสถานะของหลักนิติรัฐ ที่เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น มีหลักการที่สำคัญได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักความเสมอภาค ที่เป็นหลักการที่สำคัญในการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ตามหลักการนั้นแม้จะเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับแต่หากไม่มีการบังคับใช้โดยองค์กรที่มีอำนาจแล้ว หลักการดังกล่าวก็หาประโยชน์แต่อย่างใด จึงทำให้เห็นได้ว่า องค์กรศาลนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างยิ่ง แต่การนำหลักนิติรัฐ ไปเป็นเครื่องมือในการ

ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ ในรูปแบบใดบ้างนั้นมีความจำเป็นต้องทราบถึงความจำเป็นของการควบคุมฝ่ายปกครองและรูปแบบในการควบคุมฝ่ายปกครองว่า การควบคุมฝ่ายปกครองนั้นเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดและมีรูปแบบการควบคุมในลักษณะเช่น ซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับถัดไป

1.3.5 ขอบเขตการควบคุมฝ่ายปกครอง³⁷

จากภารกิจของรัฐสมัยใหม่ที่มีภารกิจใหญ่อยู่ 2 ประเภท คือ ภารกิจพื้นฐานของรัฐ อันได้แก่ ภารกิจเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ และ การดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยภายในรัฐ และ ภารกิจลำดับรองของรัฐ อันได้แก่ กิจการรัฐวิสาหกิจ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เป็นต้น ทั้งนี้การปฏิบัติการอันเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐในการรักษา ความมั่นคง ดูแลความเรียบร้อยภายในรัฐ นั้น ทำให้ฝ่ายปกครอง จำเป็นต้องมีอำนาจตามกฎหมายเพื่อบังคับการให้ เป็นไปตามหน้าที่ของตนซึ่งการให้อำนาจตามกฎหมายนั้น ฝ่ายปกครองเองก็อาจใช้อำนาจตามที่ได้รับมอบหมายในทางทุจริต บิดเบือน หรือ ผิดไปจากที่กฎหมายกำหนด จึงมีความจำเป็นต้องมีระบบในการควบคุมการกระทำทางปกครองขึ้นมาตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงความหมายของ การกระทำทางปกครอง ความจำเป็นในการควบคุมการกระทำทางปกครอง เพื่อให้ทราบถึงลักษณะของการกระทำทางปกครองและความจำเป็นในการควบคุมการกระทำทางปกครอง อันจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ในลำดับต่อไป

1.3.5.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

รศ.สมยศ เชื้อไทย³⁸ ได้กล่าวไว้ว่า การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง โดยการกระทำของรัฐจะแสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นผู้แทนของคนที่เรียกว่าองค์กรของรัฐ การแสดงเจตนาหรือการกระทำการของบุคคลธรรมดาที่เป็นองค์กรของรัฐมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่มิได้ผูกพันต่อบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือการกระทำใน

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น.23 – 49

³⁸ สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3, น.60, (ก.ย.2530) ฉบับกฎหมายมหาชน.

ฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด และการพิจารณาว่าอย่างไรจะเป็นการกระทำในฐานะเป็นองค์กรของรัฐนั้น จะพิจารณาจากของวัตถุประสงค์ของรัฐ กล่าวคือ ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาหรือคุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ

ความเห็นของ รศ.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์³⁹ มีความเห็นว่า โดยหลักแล้ว การกระทำทางปกครอง คือ ผลผลิต (Product) ของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ความเห็นของ Jean Rivero⁴⁰ นั้นอาจกล่าวพอสรุปได้ว่า การกระทำทางปกครอง คือ การที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะโดยการใช้อำนาจมหาชน

ความเห็นของ รศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁴¹ ได้อธิบายไว้ใน หนังสือหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง ไว้พอสรุปได้ความว่า การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นสามารถแบ่งได้เป็นลักษณะใหญ่ ๆ อยู่ 2 ลักษณะคือ การกระทำในแดนของกฎหมายมหาชนที่ฝ่ายปกครองมีสถานะที่เหนือกว่า เช่นการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ ในกรณีการสั่งรื้อถอนอาคารที่ทรุดโทรม และมีลักษณะน่าเป็นอันตราย กับ การกระทำในแดนกฎหมายเอกชนที่ฝ่ายปกครองยอมตนลงมากกระทำการในสถานะที่ตนมีสถานะเท่าเทียมกับเอกชน เช่น การทำสัญญาซื้ออุปกรณ์สำนักงาน เป็นต้น

จากการศึกษาความเห็นของนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิสามารถสรุปได้ว่า การกระทำทางปกครองนั้นคือ การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็น นามธรรม – ทั่วไป หรือที่ทราบกันในชื่อของ “กฎ” กับ การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็น รูปธรรม – เฉพาะราย หรือที่ทราบกันในชื่อของ “คำสั่งทางปกครอง” และการกระทำทางปกครองดังกล่าวนี้

³⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน”, เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน รุ่นที่ 20 , (2548), น. 2.

⁴⁰ Jean Rivero et Waline, Droit administrative, Dalloz 16e edition ,(1996), p.12. อ้างใน ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป โดย วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธ์, เจตน์ สถาวรศีลพร, ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , (ตุลาคม 2551) , น.165.

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน , 2548) , น.66 - 71.

อาจมีการกระทำในบางลักษณะที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่า ฝ่ายปกครองมุ่งที่จะปฏิบัติภารกิจของตน จนกระทั่งไม่คำนึงถึงเสรีภาพของประชาชนอยู่เสมอ จึงมีความจำเป็นต้องมีระบบการควบคุมฝ่ายปกครองมิให้ใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำการใด ๆ อันละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าว

1.3.5.2 ความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายปกครอง

จากภารกิจของรัฐที่มีมากขึ้นตามการเปลี่ยนแปลงของโลก และจากการเรียกร้องของประชาชนให้รัฐมีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน จึงส่งผลให้ การปฏิบัติภารกิจของรัฐนั้นมากขึ้น ซึ่งทำให้การใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นมีโอกาสที่จะกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้มากขึ้นกว่าเดิมเช่นกัน จากการทำรัฐนั้นทำภารกิจในด้าน การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร และ ป้องกันภัยคุกคามจากภายนอกประเทศเป็นหลัก หากไม่มีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองจากการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแล้วนั้น อาจทำให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใด ๆ ในทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเกี่ยวกับ ชีวิต และทรัพย์สินของประชาชนจนเกินสมควรและส่งผลให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายนั้น มิได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายหรือคุ้มครองจากการใช้อำนาจโดยฝ่ายปกครองอย่างเพียงพอ เมื่อได้ทราบถึงเหตุผลและความจำเป็นของการควบคุมการกระทำทางปกครองแล้ว ในลำดับต่อไปจะทำการศึกษาถึงรูปแบบของการควบคุมการกระทำทางปกครองว่า มีรูปแบบอย่างไรและสามารถแบ่งได้ออกเป็นกี่ลักษณะ

1.3.5.3 รูปแบบการควบคุมการกระทำทางปกครอง

จากที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจมหาชนในลักษณะอำนาจเหนือ และการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีความมุ่งประสงค์ที่จะจัดทำบริการสาธารณะให้ประสบผลสำเร็จเป็นสำคัญ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงใช้อำนาจตามกฎหมายในการปฏิบัติภารกิจดังกล่าวในลักษณะที่เกินเลยอยู่เสมอ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ในกรอบที่มีความเหมาะสม ไม่รุกรานสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันส่งผลกระทบจนเกินกว่าความจำเป็นแห่งกรณี ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบการควบคุมการกระทำทางปกครองดังนี้

ขอบเขตการควบคุมฝ่ายปกครองอาจกล่าวได้ว่าแบ่งแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การควบคุมโดยการพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมและวัตถุประสงค์ของการควบคุม ซึ่งการควบคุมโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมประกอบไปด้วยการควบคุมเหนือตัวบุคคล และการควบคุมเหนือการกระทำ ทั้งนี้การควบคุมเหนือตัวบุคคลนั้นได้แก่ การควบคุมเหนือบุคคลภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมแบบกำกับดูแล และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น ปปช.⁴² เป็นต้น ส่วนการควบคุมเหนือการกระทำนั้น เป็นการควบคุมที่เป็นความมุ่งหมายหลักในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยการควบคุมการกระทำฝ่ายปกครองนั้นจะควบคุมการกระทำในทางกฎหมายกับปฏิบัติการทางปกครอง โดยการควบคุมการกระทำในทางกฎหมายจะเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย⁴³ ส่วนปฏิบัติการทางปกครองนั้นเป็นการกระทำทางกายภาพซึ่งหากได้ปฏิบัติไปแล้วเกิดความเสียหายขึ้นนั้นจะเป็นเรื่องของการกระทำละเมิดโดยฝ่ายปกครอง

สำหรับการควบคุมวัตถุประสงค์ (object) ของการควบคุมนั้น จะมุ่งควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ โดยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการควบคุมที่มีความสำคัญที่สุดในการควบคุมการกระทำทางปกครอง ซึ่งจะมีทั้งการควบคุมภายในฝ่ายปกครองโดยผู้บังคับบัญชา ผู้มีอำนาจกำกับดูแล และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น องค์การตุลาการ องค์การทางการเมือง เป็นต้น ทั้งนี้ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายจะมีการควบคุมอยู่ 2 ลักษณะได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

ก. หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ(วิธีบัญญัติ) นั้นจะพิจารณาจากเกณฑ์อำนาจหน้าที่กระบวนกร และแบบของการกระทำ โดยการพิจารณาจะมุ่งในประเด็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่กระทำการใดๆ และ พิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติก่อนจะดำเนินการกระทำทางปกครองอย่างไร วมทั้งพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้น เป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ นอกจากนี้การกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่

⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น.32 - 33.

⁴³ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น.23.

ข. หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสาระบัญญัติหรือในทางเนื้อหา

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (สารบัญญัติ) นั้นเป็นการควบคุมการกระทำทางปกครองมิให้คำสั่งทางปกครองนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายและหลักกฎหมายที่ถูกต้อง ไม่ใช่ดุลพินิจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช่ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือหลักกฎหมายทั่วไป รวมทั้งคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ ความสัมพันธ์ หรือ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าการพิจารณาถึงความเหมาะสม ความจำเป็น และความสมดุลระหว่างที่ถูกกระทบกับผลที่ได้รับจากการกระทำนั้น โดยพิจารณาว่า มาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดนั้นเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด และ มาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นดังกล่าวเป็นมาตรการที่พิจารณาผลกระทบต่อผลที่ได้รับแล้วอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ศาลปกครองได้นำหลักการนี้มาใช้ในการพิจารณาคดี กรณีประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เรื่องกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี⁴⁴ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ และหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหานั้น เป็นหลักการที่มีความเป็นเหตุเป็นผลและสามารถนำมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ โดยไม่ส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการของฝ่ายบริหาร รวมทั้งศาลปกครองได้ยอมรับและนำเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในการพิพากษาคดีตามตัวอย่างข้างต้นแล้ว ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับโดยองค์กรศาลที่ทำหน้าที่ในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร แต่การควบคุมฝ่ายปกครองนั้นมีอยู่หลายลักษณะที่สำคัญ ซึ่งจะขอกกล่าวถึงรายละเอียดของลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครองในหัวข้อต่อไป

ค. ลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองอาจแบ่งออกเป็น 2 ส่วนหลัก ได้แก่ การควบคุมแบบป้องกัน และการควบคุมแบบแก้ไข สำหรับการควบคุมแบบป้องกันเป็นการควบคุมในระยะเวลาก่อนการออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นเมื่ออยู่ 3 ลักษณะ คือ การ

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น.43 – 45.

ควบคุมโดยองค์กร การควบคุมโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม และการควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการและการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ส่วนการควบคุมแบบแก้ไข นั้นเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองภายหลังออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิของประชาชน และเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนและมีหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเพียงพอ ทั้งนี้รูปแบบของการควบคุมแบบแก้ไขนั้นมีอยู่ 2 ลักษณะ⁴⁵

1) การควบคุมภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมในรูปแบบนี้เป็นการควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่มีตำแหน่งหน้าที่สูงกว่า การควบคุมในรูปแบบนี้เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองที่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเข้าถึงได้โดยง่ายและประหยัดค่าใช้จ่าย เนื่องจาก การดำเนินการตามกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองนั้นเป็นการดำเนินการในลักษณะที่ไม่มีข้อพิพาท ส่วนการดำเนินการในชั้นศาลนั้นเป็นการดำเนินการในลักษณะมีข้อพิพาทระหว่างกัน รวมทั้งการควบคุมแบบนี้ยังสามารถควบคุมการใช้ดุลพินิจได้อย่างสมบูรณ์

2) การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรศาล

เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการควบคุมฝ่ายปกครองที่มีความมุ่งประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน จากการใช้อำนาจที่มีขอบของฝ่ายปกครอง โดยการควบคุมฝ่ายปกครองในอีกลักษณะหนึ่งที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ารูปแบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครองนั้นได้แก่ การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรศาล ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรศาลเป็นรูปแบบการควบคุมที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้การควบคุมโดยองค์กรศาลนี้เป็นการควบคุมที่เก่าแก่ และแพร่หลายมากที่สุด โดยอาจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ระบบควบคุมการกระทำทางปกครองที่ศาลมีอำนาจควบคุมจะต้องมีกฎหมายพิเศษ กำหนดหรือสภาพของการกระทำนั้นมีลักษณะพิพาทหรือกึ่งพิพาทและระบบศาลที่มีอำนาจทั่วไปในการควบคุมโดยศาลมีอำนาจในการควบคุมการกระทำทางปกครองได้ เว้นแต่ กฎหมายจะบัญญัติจำกัดอำนาจไว้ในบางกรณี

จากการศึกษาข้างต้นนั้น พบว่า การควบคุมการกระทำทางปกครองประกอบไปด้วย 2 ส่วนหลักคือ ส่วนของหลักการที่นำมาเป็นกรอบความคิดในการควบคุมการกระทำทางปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ และ วัตถุประสงค์ของการควบคุม กับ

⁴⁵ Hartmut Maurer , Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl, (München 1992) , S.215 อ้างใน บรรณเจติ สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547) , น.34.

ส่วนขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมซึ่งได้แก่องค์กรทางการเมือง องค์กรพิเศษ และองค์กรศาล รวมทั้งการควบคุมการกระทำทางปกครองนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองนั้นอาจใช้อำนาจที่เกินเลยและการใช้อำนาจที่เกินเลยนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การควบคุมฝ่ายปกครองที่ประกอบไปด้วยส่วนของหลักการ และ องค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมการกระทำทางปกครองนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ในอันที่จะทำให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบให้ นั้น โดยเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และทำให้ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายปกครองนั้น มีหนทางได้รับการเยียวยาความเสียหายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามการได้รับความเยียวยาความเสียหายโดยเฉพาะจากองค์กรศาลนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่งได้แก่ ระบบกระบวนการพิจารณาคดีในศาลนั้น ๆ ว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาลนั้นจะสามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนได้มากน้อยเพียงใด

1.3.5.4 รูปแบบวิธีพิจารณาคดีกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

องค์กรศาลที่มีหน้าที่อำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ประกอบไปด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตามรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันไป โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึง ศาลยุติธรรม และ ศาลปกครอง โดยมุ่งพิจารณาในประเด็น ระบบวิธีพิจารณาคดีในแต่ละศาล เพื่อศึกษารูปแบบของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมและศาลปกครองว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างกันนั้นอาจให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้มากน้อยเพียงใด โดยจะเริ่มศึกษาระบบการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรศาล ที่แบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ⁴⁶ ได้แก่

1. ระบบที่ศาลยุติธรรมเป็นหลัก เป็นระบบที่ใช้กันอย่างแพร่หลายที่สุด และศาลพิเศษล้วนอยู่กับศาลระบบหลักนี้
2. ระบบศาลคู่ นั้นเป็นระบบที่มีประเทศฝรั่งเศสเป็นแม่แบบ โดยมีการแบ่งแยกศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกัน ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายลงวันที่ 16 - 20 สิงหาคม พ.ศ.1790

⁴⁶ โภคิน พลกุล, "รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง", วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 12, ฉบับที่ 1, น.57 – 68 , (ก.ย.2524).

3. ระบบที่เขตอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ระบบนี้ปรากฏอยู่ในประเทศเบลเยียม โดยมี C.E. เป็นศาลสูง และมีศาลปกครองชั้นต้นเช่นประเทศฝรั่งเศส แต่ศาลเหล่านี้อยู่ภายใต้ศาลยุติธรรม

4. ระบบที่ศาลปกครองเป็นศาลพิเศษอิสระ เป็นระบบที่ใช้อยู่ในประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นระบบศาลพิเศษหลายศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะของตนรวมอยู่ในกระบวนการยุติธรรมอันเดียวกัน

ซึ่งประเทศไทยนำแนวความคิดของระบบศาลคู่มาเป็นรูปแบบในการจัดระบบศาล กล่าวคือ เป็นระบบที่มีศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรมเพื่อทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง และมีสาระสำคัญอีกประการหนึ่งคือ ศาลปกครองนั้นมีรูปแบบของกระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่แตกต่างจากศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลปกครองจะมีระบบวิธีพิจารณาคดีที่เรียกว่า ระบบไต่สวนที่ศาลมีบทบาทหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล สำหรับ ศาลยุติธรรมนั้นจะมีระบบวิธีพิจารณาคดีที่เรียกว่า ระบบกล่าวหา ที่ศาลมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะของเป็นผู้กำกับมิให้กระบวนการในชั้นศาลผิดไปจากที่กฎหมายกำหนด และทำหน้าที่ตัดสินคดีโดยคู่ความในคดีมีหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดของคดี⁴⁷

สำหรับศาลปกครองของไทย นำกระบวนการพิจารณาในระบบไต่สวนมาใช้เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความในคดี โดยระบบไต่สวนนี้ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การดำเนินกระบวนการพิจารณาถือเป็นอำนาจหน้าที่หลักของศาล ส่วนคู่ความในคดีและจำเลยมีหน้าที่เป็นผู้ช่วยเหลือศาลในการค้นหาความจริง และ ศาลไม่ต้องผูกพันต่อข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอในคดีเท่านั้น⁴⁸ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาจากสถานะของคู่ความในคดีที่ปรากฏเป็นข้อพิพาทในศาลปกครองแล้ว จะพบว่าคู่ความที่เป็นคู่พิพาทในศาลปกครองจะมีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายหนึ่งจะเป็นหน่วยงานของรัฐ และ อีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นเอกชนหรือประชาชน ซึ่งฝ่ายเอกชนหรือประชาชนจะมีความความยากลำบากในการแสวงหาพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองโดยหน่วยงานของรัฐหรือหลักฐานนั้นเป็นหลักฐานที่มีชั้นความลับ ที่บุคคลโดยทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้ ดังนั้นเพื่อสร้างความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองให้แก่คู่ความ จึงกำหนดให้รูปแบบของกระบวนการพิจารณาคดีในศาลปกครองมีรูปแบบเป็นระบบไต่สวน เนื่องจากระบบไต่สวน

⁴⁷ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551) , น. 1 – 4.

⁴⁸ คีตงาม คงตระกูล, "วิธีพิจารณาคดีปกครอง : อำนาจตุลาการในระบบไต่สวน", วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 4, ฉบับที่ 3, น.111, (ก.ย. – ธ.ค. 2547).

นั้นศาลจะไม่ต้องผูกพันต่อพยานหลักฐานที่คู่ความเสนอขึ้นต่อศาล และสามารถแสวงหาพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณาคดีเพิ่มเติมได้ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลมิได้มีบทบาทเป็นกรรมการดังเช่นใน “ระบบกล่าวหา” แต่ศาลมีบทบาทเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและแสวงหาความจริงในคดีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล ดังนั้น การนำระบบกล่าวหามาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีที่คู่ความมีสถานะไม่เท่าเทียมกันดังเช่นในคดีปกครองแล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาคดี และทำให้มีข้อสงสัยว่าสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง อย่างแท้จริงหรือไม่

นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 บัญญัติว่า “ศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น”

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในมาตราดังกล่าวทำให้เห็นว่า องค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมการกระทำทางปกครองอย่างแท้จริงนั้นได้แก่ ศาลปกครอง ดังนั้นการกำหนดให้การควบคุมตรวจสอบการกระทำใน หมวด 2 ของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม จึงก่อให้เกิดความสงสัยถึงประสิทธิภาพในการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายจากการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ ของกองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ซึ่งจะชี้ให้เห็นถึงปัญหาดังกล่าวในบทต่อไป