

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับการอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน

พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรการในการควบคุมอาวุธปืนเป็นการเฉพาะ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมปริมาณและการใช้อาวุธปืนของประชาชนให้มีจำนวนจำกัด เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม และความมั่นคงของประเทศ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ในการขออนุญาตมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนของบุคคลหรือนิติบุคคลที่ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเสียก่อน ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติอาวุธปืน พ.ศ. 2490 ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้บุคคลหรือนิติบุคคลมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน ตามความในมาตรา 7 มาตรา 9 และมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืน พ.ศ. 2490 นั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ยังต้องคำนึงถึงความเหมาะสมในการตีความและการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีด้วย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ถูกต้อง และเป็นธรรม จึงสมควรศึกษาแนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับการอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน เพื่อให้การใช้ดุลพินิจและกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครองสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติอาวุธปืน พ.ศ. 2490

2.1 แนวความคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมการมีและการใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน

แนวความคิดเรื่องการให้ประชาชนมีและใช้อาวุธปืนนี้มีการถกเถียงกันอย่างมากมาเป็นเวลานานแล้ว สามารถประมวลเป็นแนวทางใหญ่ๆ ได้ 2 แนวทาง คือ แนวทางแรกมีความเห็นว่เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม ไม่สมควรอนุญาตให้มีอาวุธปืนทั้งสิ้น โดยเห็นว่า ถ้าไม่มีอาวุธปืนในสังคมก็就不用มีการประกอบอาชญากรรม นอกจากนี้ยังเห็นว่า ความจำเป็นที่จะต้องให้ประชาชนมีอาวุธปืนเพื่อป้องกันตนเองนั้นมีน้อย เนื่องจากคดีอาชญากรรมเกิดขึ้นส่วนใหญ่พบว่าไม่ถึงร้อยละ 1 ที่ใช้อาวุธปืนเพื่อป้องกันตนเอง นอกจากนี้ผู้ที่มอาวุธปืนส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้มีอิทธิพลหรือมีกำลังเงินสูง เนื่องจากการขอใบอนุญาตนั้น

ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงเปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิพลสามารถมีและพกอาวุธปืนติดตัวได้อย่างถูกกฎหมาย ดังนั้น เมื่อคนส่วนใหญ่ไม่ได้รับประโยชน์จากอาวุธปืนทั้งมีความไม่เท่าเทียมกันดังกล่าว ก็ควรจะยกเลิกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืน ส่วนแนวทางที่สองมีความเห็นว่า ในเมื่อรัฐไม่สามารถปราบปรามอาชญากรรมให้หมดสิ้นไปจากสังคม ทั้งไม่อาจให้ความคุ้มครองดูแลความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินให้กับประชาชนได้ทุกที่ทุกเวลา ประชาชนจึงควรมีสติที่จะปกป้องตนเองด้วยการมีอาวุธปืนไว้ใช้เป็นเครื่องมือ ในการป้องกันตนเองในชีวิตและทรัพย์สิน นอกจากนี้ยังเห็นว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพมิให้ประชาชนมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ในขณะที่รัฐยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการใช้อาวุธปืนเถื่อนในการประกอบอาชญากรรมได้กลับจะเป็นการสร้างปัญหาการนำเข้าอาวุธปืนเถื่อนใช้มีความรุนแรงมากขึ้น เนื่องจากประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครองจากรัฐในความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน

ข้อถกเถียงดังกล่าวข้างต้นต่างก็มีเหตุผลที่รับฟังได้และควรนำมาพิจารณาว่าประชาชนควรมีสติและมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนหรือไม่ ตลอดจนขอบเขตการอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนนั้น ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของประชาชน ตลอดจนสิทธิในการป้องกันตัวเองของบุคคลเสียก่อน จากนั้นจึงพิจารณาแนวความคิดในการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวด้วย “หลักนิติรัฐ” และเพื่อให้แนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาวุธปืนของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จึงพิจารณากฎหมายอาวุธปืนของต่างประเทศด้วยว่ามีความแตกต่างกันทั้งในระบบกฎหมายและแนวความคิดในการควบคุมอาวุธปืนมาพิจารณาประกอบด้วยเพื่อเปรียบเทียบและเลือกมาตรการที่เห็นว่าดีและมีความเหมาะสมสำหรับประเทศไทยมาใช้ให้เป็นประโยชน์มากที่สุด

2.1.1 แนวความคิดและหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

ในทางนิติปรัชญามีปรัชญาหรือทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญอยู่สองทฤษฎี คือ ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (The Natural Law Theory) และปรัชญากฎหมายบ้านเมือง (The Positive Law Theory)¹ ซึ่งทั้งสองทฤษฎีนี้มีแนวความคิดที่ขัดแย้งกันอย่างรุนแรงในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และการใช้อำนาจรัฐในการปกครองบ้านเมือง แต่ปรัชญากฎหมายบ้านเมืองจะมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายทั้งหลายยิ่งกว่าปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะปรัชญากฎหมายบ้านเมืองมีลักษณะเป็นรูปธรรมสามารถมองเห็นได้และเข้าใจได้ง่ายกว่าปรัชญากฎหมาย

¹จาก “ปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง,” โดย วิษณุ เครืองาม, 2520, บทบัญญัติ, 34 (3), น.432.

ธรรมชาติซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมเข้าใจยาก ปรัชญากฎหมายธรรมชาติจึงมักจะถูกโจมตีว่าไม่ใช่สิ่งที่มีตัวตนจริงเป็นแต่เพียงความคิดของนักปราชญ์²

1) ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (The Natural Law Theory) หมายถึง “กฎหมายซึ่งบุคคลอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ คือ เกิดมีมาเองโดยมนุษย์ไม่ได้ทำขึ้นเป็นกฎหมายอยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ กฎหมายจึงขึ้นอยู่กับเหตุผลซึ่งมีอยู่แล้วในธรรมชาติความถูกต้องหรือความผิดไม่อาจเปลี่ยนแปลงด้วยอำนาจหรือตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งเรื่องนี้ซีเซโร (Cicero) ได้กล่าวไว้อย่างไพเราะว่า “กฎหมาย คือ เหตุผลอันเป็นกฎธรรมชาติ ซึ่งสากลและนิรันดร์”³

แนวความคิดนี้อุบัติขึ้นเพื่อโต้แย้งการใช้อำนาจกดขี่ของผู้ปกครองหรือ “จำกัดอำนาจรัฐ” พร้อมคุ้มครอง “เสรีภาพ” ก่อให้เกิด “นิติธรรม” กับ “นิติรัฐ” โดยเฉพาะในซีกโลกตะวันตก ภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งเรืองในอังกฤษ ค.ศ. 1688 การประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 “ชาวตะวันตกถือว่าสิ่งสำคัญสำหรับชีวิตมนุษย์คือ “เสรีภาพ” แต่เสรีภาพจะมีไม่ได้ถ้าการใช้อำนาจของผู้ปกครองเป็น “อติวิสัย” ฉะนั้น จึงต้องควบคุมหรือจำกัดการใช้อำนาจโดยวางขอบเขตหรือกฎเกณฑ์ไว้ และที่สำคัญ กฎเกณฑ์นี้ต้องเป็น “ภาววิสัย” จากผู้ปกครอง จากนั้น “เหตุผล” (ความยุติธรรม) และ “เสรีภาพ” จึงได้ถูกรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญตลอดจนกฎหมายอื่น ทำให้ความจำเป็นที่จะอ้างกฎหมายธรรมชาติปรากฏในรูปของ “สิทธิมนุษยชน”

ผลของปรัชญากฎหมายธรรมชาติ

ผลของแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติก่อให้เกิดแนวความคิดพื้นฐานสำคัญในเรื่องสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งสิทธิมนุษยชนซึ่งได้ปรากฏให้เห็นมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 18 ดังจะเห็นได้ในเอกสารที่ประกาศคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลต่างๆ นับแต่ “The English Bill of Rights” ในอังกฤษปี ค.ศ. 1689 “American Declaration of Independence” ในอเมริกาปี ค.ศ. 1776 “Declaration of the Right of Men and Citizens” ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งทั้งหมดได้พัฒนาต่อมาเป็น UN’S Universal Declaration of Human Rights ซึ่งรู้จักกันในนามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในปี ค.ศ. 1948⁴

²จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป(น.128), โดย หยุต แสงอุทัย, 2520, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³จาก ปรัชญาเบื้องต้นและตรรกวิทยาเบื้องต้น (น.153-154), โดย กิริติ บุญเจือ, 2512, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ผดุงวิทยาการพิมพ์.

⁴จาก ปรัชญาสิทธิมนุษยชนและพันธกรณีในสังคมไทย (น.57), โดย เฉลิมเกียรติ ผิวนวล, 2530, กรุงเทพฯ : กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม.

สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ประวัติศาสตร์อันยาวนานของปรัชญากฎหมายธรรมชาติ แสดงให้เห็นบทบาทความสำคัญของปรัชญากฎหมายธรรมชาติในการมีส่วนร่วมพัฒนาระบบกฎหมายของตะวันตกนับแต่ยุคสมัยของโรมันเรื่อยมาให้มีความเหมาะสมและมีความเป็นธรรมอยู่เสมอ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองต่างก็มีแนวความคิดพื้นฐานมาจากปรัชญากฎหมายธรรมชาติ โดยปรัชญากฎหมายธรรมชาติเปรียบเสมือนสัญลักษณ์ของการต่อสู้ทางอุดมคติเพื่อเป้าหมายแห่งสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนความเสมอภาคของมนุษย์ อันเป็นเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งในปัจจุบันปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและหลักการพื้นฐานเรื่องสิทธิเสรีภาพประชาชนในรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศเป็นผลพวงของอิทธิพลความคิดกฎหมายธรรมชาติ⁵

ภายใต้พัฒนาการทางสังคมและการเมืองในปัจจุบันรวมทั้งวิถีคิดที่ปรับตัวในลักษณะเชื่อมโยงสัมพันธ์กัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ปรัชญากฎหมายธรรมชาติยังแสดงบทบาททางความคิดอยู่ในสองลักษณะ กล่าวคือ ในแง่ความเป็นทฤษฎีกฎหมายที่สนับสนุนอุดมคติทางกฎหมายเชิงจริยธรรมและในแง่ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิซึ่งสนับสนุนเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) สำหรับบทบาทของปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ในแง่ทฤษฎีกฎหมายซึ่งสนับสนุนอุดมคติทางกฎหมายเชิงจริยธรรม โดยสรุปแล้วแสดงออกที่ความคิดหรือความเชื่อเรื่องหลักอุดมคติที่อยู่เหนือกฎหมายของรัฐ เพราะว่าสิทธิมนุษยชนคือสิทธิของมนุษย์หรือสิทธิในฐานะที่บุคคลเกิดมาเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิในร่างกาย ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพต่างๆ ในการดำรงชีวิตความเป็นอยู่ของบุคคล เป็นต้นย่อมเกิดหรือมีขึ้นตามธรรมชาติและแนวความคิดของสังคม สิทธิมนุษยชนจึงเป็นเรื่องของอุดมการณ์และแนวความคิดที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งแต่ละประเทศย่อมมีอยู่ต่างกัน จำเป็นต้องปรับใช้ให้เหมาะสมแก่สภาพของสังคมของแต่ละประเทศไปและเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นจึงเป็นหน้าที่ของรัฐ ที่จะต้องดำเนินการปกครองไปในทางที่จะไม่เป็นอุปสรรคหรือขัดกับหลักการแห่งสิทธิเสรีภาพเหล่านั้น⁶

⁵จาก นิติปรัชญา (น.156), โดย จริญญา โฆษณานันท์, 2538, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁶จาก สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ (น.3), โดย กุลพล พลวัน, 2520, กรุงเทพฯ : บริษัท แอดวานซ์ มีเดีย จำกัด.

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สงบลงประเทศต่างๆ ได้รวมตัวกันตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น มีคณะกรรมการพิจารณาร่างเอกสารคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและมีการประกาศใช้โดยใช้ชื่อว่า “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (Universal Declaration of Human Rights) องค์การสหประชาชาติประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948⁷ ซึ่งแม้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวเป็นเพียง “มาตรฐานร่วมกัน” สำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่ไม่มีฐานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแก่บรรดาประเทศสมาชิก องค์การสหประชาชาติที่ร่วมลงมติยอมรับปฏิญญาสากลดังกล่าว แต่เป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติควรปฏิบัติตามบทบัญญัติของปฏิญญาสากลฯ โดยเคร่งครัด อย่างน้อยที่สุดด้วยการยกเลิกแก้ไขกฎหมายและมาตรการต่างๆ ที่ลิดรอนสิทธิมนุษยชนและพยายามบัญญัติกฎหมายภายในและกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อให้สิทธิมนุษยชนได้รับการคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของปฏิญญาสากลดังกล่าว⁸

สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้คุ้มครองไว้ในข้อ 1 ที่ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาอิสระเสรีและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผลและมโนธรรมและควรปฏิบัติต่อกันอย่างฉันพี่น้อง” และข้อ 3 ที่ว่า “บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีภาพและในความมั่นคงแห่งร่างกาย”⁹

สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1976

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้คุ้มครองไว้ในภาค 3 ข้อ 6.1 “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิโดยธรรมชาติในการดำรงชีวิต สิทธินี้ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไม่มีบุคคลใดสามารถล่วงชีวิตของใครได้”¹⁰

⁷จาก “หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ”, โดย โกศล โสภาคย์จิตร, 2520, วารสารนิติศาสตร์, 3 (2), น.29.

⁸แหล่งเดิม. (น.6).

⁹สิทธิมนุษยชน โดยคณะกรรมการประสานงานองค์กรสิทธิมนุษยชน (กปส.). 2540 แปลและเรียบเรียงโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสันติภาพองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (UNESCO). น.4.

¹⁰แหล่งเดิม. (น.23).

2) ปรัชญากฎหมายบ้านเมือง (The Positive Law Theory) หลังจากทีแนความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เกิดกฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมืองเพิ่มขึ้นมากมาย จนในระยะหลังเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปมีการกำเนิดและขยายตัวพื้นฟูรัฐชาติ (Nation State) สมัยใหม่ที่มีดินแดนแน่นอนและมีการปกครองเหนือดินแดนที่แน่นอนตายตัว ชนชั้นกลางเริ่มมีอำนาจและมีเสรีภาพในสังคมมากขึ้นพร้อมๆ กับการเสื่อมลงของระบบศักดินา โดยเฉพาะเมื่อแนวความคิดเรื่อง “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน” (Doctrine of Popular Sovereignty) ทำให้คนเชื่อว่า “เมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนแล้ว แม้จะยกย่องอำนาจอธิปไตยให้เป็นอำนาจอสูงสุด มีอำนาสิทธิที่สมบูรณ์ไม่มีขอบเขตจำกัดเพียงใดคงไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนได้”¹¹ ความรู้สึกของคนทั่วไปจึงกลับกลายไปรู้สึกว่าการที่บัญญัติขึ้นนั้นแท้ที่จริงเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐชาติ คือ รัฐชาติจะบัญญัติกฎหมายอย่างไรก็ได้ตามใจชอบ แนวโน้มในการบัญญัติกฎหมายในช่วงหลังจึงเปลี่ยนแปลงไปเป็นการบัญญัติกฎหมายตาม “เจตจำนง” (Will) ของรัฐซึ่งเป็นแนวคิดในทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) แม้ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองจะก่อตัวขึ้นตามความต้องการของรัฐในสมัยนั้นที่ต้องการความมั่นคงของอำนาจหรือความชัดเจนของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใช้เพื่อการจัดระเบียบสังคมที่กำลังพัฒนาในรูปรัฐชาติสมัยใหม่ และเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรด้วย แต่เมื่อทฤษฎีนี้ยืนยันความเชื่อที่ว่ากฎหมายเป็นอำนาจหรือคำสั่งของรัฐชาติเช่นนี้ จึงมีลักษณะเป็นดาบสองคมในตัวเองซึ่งสุดแล้วแต่คุณธรรมของรัฐชาติว่าจะเป็นเผด็จการโดยธรรมหรืออธรรม ผลของปรัชญากฎหมายบ้านเมืองจึงทำให้ คำว่า “กฎหมาย” ไม่ใช่เรื่องของเหตุผลต่อไป แต่เป็นเรื่องของ “เจตจำนง” หรือ “อำนาจ” ของรัฐแทน แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายจึงเปลี่ยนแปลงจากการบัญญัติตามเหตุผลไปเป็นบัญญัติโดยอำนาจของรัฐ (Power Theory of Law)

แนวความคิดและเหตุผลการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68

1) แนวความคิดและเหตุผลที่ให้อำนาจนุคคลใช้สิทธิป้องกัน

การที่กฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ให้อำนาจนุคคลในการป้องกันสิทธิของตนและบุคคลอื่น กรณีที่ได้กระทำไปภายในขอบเขตซึ่งจะมีผลให้ผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้ คือ

¹¹จาก ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น (น.127), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2538, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

(1) เหตุผลในทางกฎหมายธรรมชาติ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ สิทธิที่อยู่ในหลักกฎหมายธรรมชาติ (Law of Nature) โดยเป็นหลักธรรมชาติที่บุคคลผู้ถูกระบุร้ายที่จะมีสิทธิในการป้องกันตนเอง¹² นอกจากนี้ถ้าจะกล่าวกันในแง่สัญญาธรรมชาติของมนุษย์แล้วจะเห็นได้ว่ามนุษย์มีสัญญาธรรมะที่จะต้องต่อสู้เพื่อความอยู่รอดเพื่อเผชิญกับภัยธรรมชาติ ภัยจากสัตว์ หรือภัยจากมนุษย์ด้วยกัน สัญญาธรรมะดังกล่าวควรจะได้รับยอมรับจากกฎหมายตามสมควร มิฉะนั้นจะดูเหมือนว่ากฎหมายปล่อยให้ประชาชนต้องเผชิญหน้ากับชะตากรรมเพียงลำพังโดยสิ้นธรรมชาติของมนุษย์

(2) สืบเนื่องจากสิทธิที่อยู่ในหลักกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวในข้อ 1 เมื่อมีการทำสัญญาประชาคมโดยยอมสละอำนาจให้รัฐบาลประการเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม แต่โดยเหตุที่รัฐไม่มีเครื่องมืออันเพียงพอในการป้องกันการกระทำความผิดในปัจจุบันทันด่วน ถ้าไม่ให้อำนาจสิทธิป้องกันตนเองไว้แล้ว การปฏิบัติงาน ผู้กระทำความผิดจะต้องเสี่ยงยอมให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามกฎหมายแก่ตนได้ ซึ่งไม่เป็นการถูกต้องนัก ด้วยเหตุนี้จึงได้รับบัญญัติให้สิทธิแก่บุคคลในการที่จะกระทำการใดลงไปในเรื่องที่เป็นผิดกฎหมายเพื่อป้องกันตนหรือผู้อื่นได้¹³

(3) เหตุผลเรื่องรัฐไม่อาจคุ้มครองบุคคลได้อย่างทั่วถึง เป็นเหตุผลที่สนับสนุนในเรื่องการไม่เอาผิดและโทษแก่ผู้กระทำการเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นได้มีมานานตั้งแต่โบราณกาลแล้ว นักปรัชญาหลายท่าน ได้แก่ ซิเซโร (Cicero) โกรติอุส (Grotius) วูลฟ์ (Wolff) และการารา (Carrara) เห็นว่าเมื่อเจ้าหน้าที่บ้านเมืองไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนได้ทั่วถึงแล้ว ประชาชนมีเหตุผลเพียงพอที่จะคุ้มครองป้องกันตนเองได้ รูสโซ (Rousseau) เห็นว่าเมื่อเกิดการทำร้ายร่างกายโดยไม่ชอบธรรมแล้วสัญญาระหว่างประชาคมก็เป็นอันไม่ใช้บังคับต้องกลับสู่สภาพธรรมชาติและต้องใช้กำลังป้องกันตนเอง เกเยอ (Geyer) เห็นว่า จะต้องตอบภัยด้วยภัย การป้องกันก็คือ การตอบแทนภัยอันเกิดจากการประทุษร้าย จึงเท่ากับหักกลบลบล้างกันไป¹⁴

(4) เหตุผลในทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา การลงโทษบุคคลผู้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมิได้มีประโยชน์และมีได้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อให้ผู้นั้นกลับตัวเป็นคนดีแต่อย่างใด เพราะบุคคลผู้ใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้กระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันมิชอบด้วย

¹²From *The General Part of The Criminal Law of Norway* (pp.153), by Johannes Andenaes, 1965, London : Sweet & Magwell.

¹³จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1* (น.316), โดย พิชณน์ จักรางกูร, 2527, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.

¹⁴จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น.87), โดย เสริม วินิจัยกุล, 2482, กรุงเทพฯ : ม.ป.พ.

กฎหมาย มิได้มีเจตนาชั่วร้ายในการกระทำผิดทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสายตาของกฎหมาย อาญาไม่ถือว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการเลวทรามแต่ประการใด

(5) เหตุผลในทางความถูกต้องและความไม่ถูกต้อง เป็นเหตุผลที่มาจากภานิตของเยอรมันที่ว่าความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง ซึ่งในเรื่องของการป้องกันนั้น เป็นการขัดแย้งระหว่างความถูกต้องและความไม่ถูกต้อง ผู้ใช้สิทธิในการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจะอยู่ฝ่ายของความถูกต้อง ในขณะที่ผู้ประทุษร้ายจะอยู่ฝ่ายของความไม่ถูกต้อง¹⁵ การประทุษร้ายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมของกฎหมาย (Protected Interest) ของผู้ใช้สิทธิป้องกันย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการโต้ตอบการประทุษร้าย

2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยป้องกันในประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 68 “ผู้ใดจำต้องกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

สิทธิแห่งการป้องกันเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด คือ มนุษย์ทุกคนที่เกิดมาในโลกมีสิทธิป้องกันตนและบุคคลอื่นได้ โดยมีสิทธิที่จะกระทำแก่ผู้กระทำเพื่อที่จะป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายได้ สิทธิอันนี้ไม่ใช่ให้ไว้เพื่อที่จะให้คนที่โกรธแค้นบุคคลกระทำการลงโทษแก่บุคคลด้วยกันเอง แต่โดยเหตุที่รัฐไม่มีเครื่องมืออันเพียงพอในการป้องกันการกระทำความผิดในปัจจุบันทันด่วน¹⁶ ซึ่งการกระทำเพื่อป้องกัน (Self Defense) หมายความว่า การที่บุคคลหนึ่งใช้กำลังแก่อีกบุคคลหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าการใช้กำลังเช่นนั้นจำเป็นสำหรับการป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากการถูกทำร้ายและสำหรับการป้องกันทรัพย์สินของตนเองหรือของผู้อื่นจากการถูกทำให้เสียหายหรือสูญหายผู้กระทำไม่มีความผิดถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ และเหตุผลที่สนับสนุนอำนาจที่ให้กระทำได้นี้คือการยอมรับความจริงว่าบุลชนเมื่อเผชิญหน้ากับภัยธรรมชาติคุกคามหรือภัยจากบุคคลก็ตาม ย่อมจะต้องต่อสู้เพื่อการอยู่รอด กฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาได้ยอมรับการกระทำอันเนื่องมาจากสัญชาตญาณดังกล่าวของคนธรรมดาทั่วไป แต่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่เรากระทำได้เพียงการอันสมควรแก่เหตุเพื่อให้พ้นอันตรายเท่านั้น เพราะเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายต่อไป

¹⁵From *Proportionality and the Psychotic Aggressor : A Vignette in comparative Criminal Theory* (pp. 367,380), by George p. Fletcher, 1973, (อ้างถึงใน สวนิต สดงคุณท์,2544:15)

¹⁶คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญากฎ 1 (น.316). เล่มเดิม

3) การกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า

หลักเรื่องการป้องกันทั้งในต่างประเทศและตามประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่าหลักสำคัญประการหนึ่งอันเป็นเงื่อนไขที่จะก่อสิทธิในการป้องกันที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับนั้น คือ หลักเรื่องภัยอันตรายใกล้จะถึงกล่าวคือ ในกรณีที่ภัยอันตรายยังไม่เกิดขึ้น แต่ผู้กระทำคาดว่าจะเกิดขึ้นหรือน่าจะเกิดขึ้น จะใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ โดยการเตรียมการป้องกันภัยอันตรายจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่ยังไม่เกิดขึ้น เพียงแต่เชื่อว่าจะเกิดขึ้นไม่ช้า ซึ่งเรียกว่าการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า การที่บุคคลจะต้องกระทำการไว้ เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้าอาจเกิดจากเหตุหลักๆ ดังนี้¹⁷

(1) เหตุผลในเรื่องความปลอดภัยของประชาชน โดยหลักแล้วบุคคลทุกคนมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ของตนซึ่งหากผู้ใดล่วงละเมิดย่อมมีความผิด ดังนั้น บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะป้องกันภัยอันตรายที่กำลังจะมาถึงหรือกำลังเกิดขึ้นกับสิทธิต่างๆ ของตนได้โดยชอบธรรมโดยปกติเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และให้ความคุ้มครองภัยอันตรายต่างๆ อันละเมิดต่อกฎหมายให้แก่ประชาชนด้วยการใช้อำนาจรัฐตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้มีอำนาจกระทำได้อต่อผู้ฝ่าฝืนหรือผู้ก่อภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้น แต่ด้วยเหตุที่ประชาชนอันเป็นพลเมืองของรัฐมีจำนวนมากกว่ากำลังเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะสามารถให้ความคุ้มครองได้อย่างทั่วถึงและทันทั่วถึง ฉะนั้น เมื่อภัยอันตรายเกิดขึ้นหรือมีผู้พยายามจะก่อให้เกิดภัยอันตรายขึ้น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจเข้ามาให้ความคุ้มครองความปลอดภัยหรือช่วยเหลือได้ทันทั่วถึงต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ก็อาจจะทำให้เกิดผลเลวร้ายเกินกว่าผู้รับภัยอันตรายจะแก้ไขได้ด้วยเหตุผลนี้ ประชาชนจึงควรกระทำการป้องกันภัยอันตรายอันอาจจะเกิดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนเพื่อความปลอดภัย ประกอบกับในสภาพสังคมปัจจุบันปัญหาอาชญากรรมนับวันจะทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นอันส่งผลต่อความหวาดกลัวภัยของประชาชนที่รู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินเพิ่มมากขึ้น สิ่งที่ปรากฏเป็นรูปธรรมให้เห็นอยู่ในปัจจุบัน คือ การสร้างเหล็กดัดเพื่อป้องกันมิให้มีผู้บุกรุกเข้าไปในสิ่งก่อสร้างหรืออาคารที่พักอาศัย ตลอดจนการปักเศษแก้วหรือเหล็กแหลมคมตามรั้วบ้าน เป็นต้น

(2) เหตุผลในทางนโยบายอาญา นโยบายอาญาของรัฐที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ฉะนั้นหากบุคคลใดจะใช้สิทธิป้องกันอาชญากรรมในอนาคตอันอาจจะเกิดขึ้นได้ตามสถานการณ์หรือแม้จะยังไม่มีอาชญากรรมเกิดขึ้นก็ตามโดยที่บุคคลนั้นไม่มีเจตนาชั่วร้ายในการป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าแล้ว การที่กฎหมายจะลงโทษบุคคลผู้กระทำการ

¹⁷ จาก การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย : ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำไว้เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า (น.62-64), โดย เอกพล ปริมา, 2542, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เพื่อป้องกันสิทธิล่วงหน้ดังกล่าว น่าจะเป็นการขัดกับหลักนโยบายอาญาดังกล่าวข้างต้น ซึ่งอาจมีผลทำให้บุคคลผู้ที่เป็นพลเมืองดีต้องถูกลงโทษและน่าจะไม่เป็นการยุติธรรมด้วยเลยที่จะใช้กฎหมายลงโทษคนดีเพื่อรักษาคนไม่ดีไว้ ด้วยเหตุนี้ประชาชนจึงอาจใช้สิทธิป้องกันภัยอันตรายไว้ล่วงหน้า เพื่อเป็นการป้องกันมิให้บุคคลนั้นได้รับอันตรายจากการประกอบอาชญากรรมที่อาจจะเกิดขึ้นเมื่อไรก็ได้

เมื่อพิจารณาจากทั้งสองเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงควรอนุญาตให้ประชาชนสามารถกระทำการป้องกันตัว รวมทั้งการเตรียมการไว้เพื่อการป้องกันตัวไว้ล่วงหน้าได้ภายใต้บังคับของกฎหมาย คือ การเตรียมการป้องกัน คือ การมีอาวุธปืนตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 และการใช้กำลังป้องกัน คือ การใช้อาวุธหรือใช้กำลังป้องกันแก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติที่ว่าบุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน รวมทั้งแนวคิดให้ประชาชนมีอำนาจกระทำการเพื่อป้องกันสิทธิและเสรีภาพด้วยการมีและใช้อาวุธปืนได้ แต่เนื่องจากอาวุธปืนดังกล่าวมีอานุภาพร้ายแรง ผู้ใดได้ครอบครองจะรู้สึกถึงความมีอำนาจและฮึกเหิมจนอาจเกิดความประมาทซึ่งจะเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวมได้โดยง่าย รัฐในฐานะผู้ควบคุมดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยแก่สังคมจึงต้องกำหนดมาตรการในการควบคุมและจำกัดการใช้อาวุธปืนดังกล่าว ซึ่งมาตรการดังกล่าวถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายธรรมชาติในอันที่จะมีอาวุธปืนเพื่อป้องกันตนเอง แต่ในทางทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองรัฐสามารถกระทำได้เพราะกฎหมายบ้านเมืองเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ที่มีสภาพบังคับ ดังนั้น คำถามที่ว่ารัฐจะออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดการมีและใช้อาวุธปืนของประชาชนได้หรือไม่ เพียงใด ต้องพิจารณาหาคำตอบจากแนวความคิดการจำกัดอำนาจรัฐด้วยหลัก “นิติรัฐ”

2.1.2 แนวความคิดและหลักการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน

ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 แล้วได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก และอีกหลายฉบับ จนกระทั่งถึงฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกายของประชาชนชาวไทยไว้ในมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรง

เป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

ในเรื่องการมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนนั้น ถือว่าเป็นสิทธิของปวงชนชาวไทยที่ควรได้รับความรับรองคุ้มครองสิทธิในเรื่องดังกล่าว ตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว เนื่องจากเป็นสิทธิที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะอาวุธปืนเป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงโดยสภาพ มีทั้งคุณประโยชน์และโทษหลายประการเมื่อมีความจำเป็นที่รัฐต้องให้สิทธิประชาชนชาวไทยมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนได้ รัฐจึงต้องกำหนดมาตรการควบคุมเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมในความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน แต่ทั้งนี้ในการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้

1) การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน มนุษย์เป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินมาตั้งแต่ยุคโบราณแล้ว และเมื่อมนุษย์เริ่มใช้กฎหมายมาควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคม สิทธิในที่ดินก็ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมาย ซึ่งในระยะแรกจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างเอกชนที่ใช้กันระหว่างเอกชนด้วยกันเอง จะนำมาใช้กับรัฐไม่ได้ สิทธิในทรัพย์สินจึงเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน เมื่อใดที่รัฐต้องการทรัพย์สินของเอกชน เอกชนก็ไม่อาจขัดขืนได้จนในที่สุดเมื่อปลายสมัยกลางที่ชนชั้นกลางได้ก่อกำเนิดขึ้นพร้อมแนวความคิดเสรีนิยมได้เรียกร้องให้รัฐคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน รัฐจะละเมิดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนมิได้¹⁸

(1) สิทธิในทรัพย์สินในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน ผลของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติและทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตยทางการเมืองในยุคหลังระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทำให้มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของเอกชนไว้ในเอกสารสำคัญทางการเมืองของบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย โดยการนำเอาปรัชญาอุดมการณ์ทางการเมืองและสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติทั้งหลายมาบัญญัติเป็นสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง สิทธิในทรัพย์สินถือว่าเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของความเป็นมนุษย์ที่ไม่อาจพรากไปเสียได้ ตามคำสอนทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของจอห์น ล็อก ถือว่าเป็นเรื่องที่ซื้อไม่ได้ ขายไม่ขาด แนวความคิดดังกล่าวปรากฏให้เห็นในเอกสารสำคัญทางการเมืองต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

¹⁸ จาก การใช้ประโยชน์จากที่ดินที่รัฐเวนคืนจากประชาชน (น.10), โดย นัยนา เกิดวิชัย, 2549, กรุงเทพฯ: มปท..

Magna Carta ของอังกฤษบัญญัติรับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนไว้ในมาตรา 39 ว่า “เสรีชนย่อมไม่ถูกจับกุมคุมขัง ถูกยึดทรัพย์สมบัติ ถูกประหารหรือถูกเนรเทศหรือถูกกักขังด้วยวิธีอื่น และเราจะไม่ทำการหรือให้มีการดำเนินการเป็นปฏิปักษ์กับเสรีชน เว้นแต่จะเป็นไปตามคำพิพากษาของฐานันดรและสอดคล้องกับกฎหมายของแผ่นดิน”

Bill of Rights ในปี ค.ศ. 1776 บัญญัติว่า “โดยธรรมชาติแล้วมนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกันและมีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด แม้เมื่อได้ตกลงดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม โดยสัญญาประชาคมใด ๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ไม่อาจพรากสิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต ในเสรีภาพ ในการแสวงหาและการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน”¹⁹

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 กล่าวถึง สิทธิในทรัพย์สินไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 17 ดังต่อไปนี้²⁰

“มาตรา 2 วัตถุประสงค์ของสังคมการเมืองทุกสังคมย่อมเป็นไปเพื่อการคุ้มครองรักษาสิทธิตามธรรมชาติซึ่งไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพกรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัย และการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง”

“มาตรา 17 กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์และจะละเมิดมิได้ บุคคลไม่อาจถูกพรากกรรมสิทธิ์ไปจากตน เว้นแต่เมื่อมีความจำเป็นสาธารณะที่กำหนดโดยกฎหมายและภายใต้เงื่อนไขการให้ค่าทดแทนก่อนการเวนคืนและค่าทดแทนนั้นต้องเป็นธรรม”

การที่มนุษย์สามารถสร้างแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อใช้เป็นหลักประกันต่อการพัฒนาบุคลิกภาพของปัจเจกชนนั้น นับว่าเป็นวิกรรมในประวัติศาสตร์ของชาติพันธุ์มนุษย์²¹ เพราะการยอมรับสิทธิดังกล่าวเท่ากับเป็นการปฏิเสธอำนาจสิทธิขาดของรัฐที่จะเข้าย่ำสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้นเพื่อกันส่วนที่เรียกว่าเป็นเสรีภาพหรือแดนอิสระของปัจเจกชนให้พ้นจากการเข้ายุ่งเกี่ยวของรัฐซึ่งปล่อยให้รัฐเข้ามายุ่งเกี่ยวในส่วนนี้ได้ รัฐก็อาจจบการชีวิตของประชาชนในที่สุด และเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 องค์การสหประชาชาติได้ประกาศรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของมนุษย์ไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และสิทธิประการหนึ่ง

¹⁹จาก สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.34-36), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2542, กรุงเทพฯ : ม.ป.ท.

²⁰จาก กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ (น.67-68) โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2536, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

²¹จาก คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน (น.34-36), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2535, กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์.

ที่ได้กล่าวไว้ในปณินยานี้ คือ สิทธิในทรัพย์สิน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 17 ว่า (1) บุคคลมีสิทธิทั้งในฐานะลำพังตนเอง ตลอดจนการร่วมกับผู้อื่นในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน (2) การยึดเอาทรัพย์สินของบุคคลใดไปเสียโดยพลการจะกระทำมิได้

(2) หลักกรรมสิทธิในรัฐเสรีประชาธิปไตย ในบรรดาสหิทธิในทรัพย์สินนั้น กรรมสิทธิถือได้ว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินซึ่งมีศักดิ์สูงสุดเหนือทรัพย์สินนั้นกรรมสิทธิได้รับการยืนยันอย่างหนักแน่นในยุคเสรีนิยมโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสในยุคศักดินา แม้ว่าหลักกรรมสิทธิจะเป็นที่ยอมรับแต่ก็มีข้อจำกัดอยู่มาก กษัตริย์หรือเจ้าศักดินาสามารถเกณฑ์ทรัพย์สินไปใช้ประโยชน์ได้ตลอดเวลา กรรมสิทธิจึงมีความสำคัญน้อยหลังจากการปฏิวัติพัฒนาการความคิดเสรีนิยมนำไปสู่ความเห็นที่ว่ากรรมสิทธิเป็นเครื่องมือที่ขาดไม่ได้ในการทำให้มนุษย์มีเสรีภาพอย่างแท้จริง การประกาศรับรองหลักกรรมสิทธิในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 จึงมีขึ้นเพื่อยืนยันความศักดิ์สิทธิ์ของหลักกรรมสิทธิ คำว่า “กรรมสิทธิ” มาจากคำว่า “Dominium” ในกฎหมายโรมันซึ่งปรากฏอยู่ใน Corpus Juris Civilis ของพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) ถือว่าเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่สมบูรณ์ที่สุดในสถาบันกฎหมายเอกชน เจ้าของกรรมสิทธิมีสิทธิในการใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอนและทำลายทรัพย์สินของตนอย่างสมบูรณ์ สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้บ้าง แต่ยังคงถือว่ามีความสมบูรณ์อยู่ ลักษณะสำคัญของหลักกรรมสิทธิมีอยู่ 2 ประการ คือ (ก) เด็ดขาดแน่นอนและเป็นสิทธิส่วนบุคคล และ (ข) มีลักษณะถาวรในกฎหมายโรมัน เจ้าของกรรมสิทธิมีสิทธิครอบครอง (Jus Possidendi) สิทธิใช้สอย (Jus Utendi) สิทธิที่จะได้ดอกผล (Jus Fruendi) กับสิทธิที่จะจำหน่าย และทำลายทรัพย์สิน (Jus Abutendi) ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจกรรมสิทธิของเจ้าของไว้ในมาตรา 544 ว่า “กรรมสิทธิคือสิทธิใช้สอย หาประโยชน์และจำหน่ายทรัพย์สินอย่างเต็มที่เด็ดขาด แต่การใช้สิทธินี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือข้อบังคับใด ๆ”²²

หลักกรรมสิทธิมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (ก) ผู้ทรงกรรมสิทธิ ได้แก่ เอกชนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล (ข) วัตถุแห่งกรรมสิทธิ ได้แก่ ตัวทรัพย์สิน แต่ที่มีปัญหาหากมากที่สุดคืออสังหาริมทรัพย์หรือที่ดิน เพราะอาจถือได้ว่าการรับรองหลักกรรมสิทธิมีขึ้นก็เพื่อคุ้มครองความเป็นเจ้าของที่ดินของเอกชน และสิทธิในอสังหาริมทรัพย์เป็นสิทธิที่มีข้อจำกัดมากที่สุด และ (ค) ขอบเขตของกรรมสิทธิ ซึ่งมีการพัฒนาแนวความคิดทางสังคมจากปัจเจกชนนิยมไปสู่แนวคิดที่

²² จาก “รัฐธรรมนูญกับเศรษฐกิจของไทย,” โดย อุทก มงคลนาวัน, 2525, วารสารกฎหมาย, 8 (1), น.33-34.

มุ่งประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมอันนำไปสู่การจำกัดการใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ เช่น การเวนคืน การโอนเป็นของชาติในวิสาหกิจต่าง ๆ ข้อจำกัดสิทธิในการก่อสร้างอาคาร การเก็บภาษีทรัพย์สิน²³

(3) การจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน

ก. แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ภาระหน้าที่ของรัฐได้เติบโตและมีความซับซ้อนขึ้นเป็นลำดับ รัฐได้แทรกแซงเข้าไปทุกวิถีแห่งการดำเนินกิจกรรมทางสังคม ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมทางเศรษฐกิจ การเงินการส่งเสริมสวัสดิการสังคม การศึกษาและการสาธารณสุข ส่งผลให้อำนาจของรัฐมีมากขึ้นและแทรกแซงเข้าไปในวิถีชีวิตของคนในสังคมแทบทุกด้าน รัฐได้ใช้อำนาจบังคับเอากับประชาชนอย่างกว้างขวาง ด้วยการออกคำสั่ง การอนุญาต การห้าม การออกกฎ หรือการได้มาซึ่งทรัพย์สินของเอกชน กฎหมายต่าง ๆ ได้ตราขึ้นออกใช้บังคับเพื่อสนองนโยบายสาธารณะ และบางฉบับก็มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับการปฏิรูปที่ดิน กฎหมายควบคุมอาคาร ฯลฯ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้มีความหมายเพียงว่ารัฐจะไปเพิกถอนไม่ได้เท่านั้น แต่มิได้หมายความว่ารัฐจะจำกัดมิได้ เพราะไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศใดรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างสมบูรณ์โดยปราศจากเงื่อนไข²⁴ เสรีภาพที่ไม่มีขอบเขตจำกัด ย่อมทำให้เกิดสภาวะอนาธิปไตย (Anarchie) เพราะทุกคนย่อมใช้เสรีภาพของตนอย่างเต็มที่ ไม่สนใจว่าจะไปกระทบบุคคลอื่น ผู้อ่อนแอก็ไม่สามารถอยู่ได้ในสังคม ผลคือทำให้เกิดสภาวะของการไร้เสรีภาพ ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจปล่อยให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่าง ๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงจัดระเบียบของรัฐ แต่รัฐต้องเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองมิให้มีการก้าวล่วงเสรีภาพต่อกัน

นอกจากนี้ รัฐยังมีผลประโยชน์สาธารณะ (public interest) ที่จะต้องดำรงรักษาไว้ บางกรณีรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อประชาชนว่ารัฐจะถ่วงดุลสิทธิเสรีภาพของราษฎรก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัดเป็นการทั่วไปว่ารัฐจะดำเนินการได้ในกรณีใดบ้าง และภายในขอบเขตอย่างไร อนึ่ง กฎหมายจะให้อำนาจรัฐรุกรานสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐไว้อย่างคลุมเครือหรือเกินกว่าความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะย่อมถือว่าขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ กรณีจึงอาจกล่าว

²³ จาก “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” โดย สุรพล นิติไกรพจน์, 2537, วารสารนิติศาสตร์, 24 (3), น.818-822.

²⁴ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.16-17). เล่มเดิม

ได้ว่าภารกิจของรัฐที่ขยายตัวออกไปเพื่อการดำเนินการใด ๆ อันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะเป็นสิ่งที่นำมาใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน²⁵

ข. การจำกัดกรรมสิทธิ์ สิทธิในทรัพย์สินของเอกชน จัดได้ว่าเป็นประเภทหนึ่งของเสรีภาพในกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่บรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยให้การรับรองคุ้มครองไว้โดยรัฐธรรมนูญ แต่รัฐก็สามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ เหตุผลสำคัญที่สุดเป็นเหตุผลเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนโดยทั่วไป นั่นคือเพื่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ในปัจจุบันหลักกรรมสิทธิ์จะแสดงบทบาทพร้อมกันสองด้าน คือ ด้านหนึ่งเอกชนมีอิสระในการใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตน อีกด้านหนึ่งกรรมสิทธิ์มีความผูกพันต่อสังคม กล่าวคือ การใช้สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยรวมด้วย ในฐานะที่เจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นส่วนหนึ่งของสังคม ในการแสดงบทบาทด้านแรกได้เรียกร้องให้มีการประกันสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันการแสดงบทบาทในด้านที่สองก็เรียกร้องให้รัฐสามารถออกกฎหมายมากำหนดขอบเขตการใช้สอยทรัพย์สินของเจ้าของเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะได้ เดิมกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักสิทธิในทรัพย์สินหรือหลักกรรมสิทธิ์มากจนถึงกับถือว่าเป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์ ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ และให้หลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย ต่อมาภายหลังแนวความคิดทางการเมืองแบบสังคมนิยมที่เข้ามามีบทบาทในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้ส่งผลกระทบต่อหลักสิทธิในทรัพย์สินเป็นอย่างมาก ลีออน ดูกิตต์ (Leon Duguit) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสได้ปฏิเสธแนวความคิดที่ว่าสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิตามธรรมชาติชนิดหนึ่งของมนุษย์ แต่เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินจะต้องมีอยู่เนื่องจากหน้าที่ตามสังคมชนิดหนึ่ง กล่าวคือ เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินจะใช้สอยทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของตนเองเท่านั้นหาได้ไม่ แต่ต้องปฏิบัติตามภาระที่มีต่อสังคมอีกด้วย รัฐจึงชอบที่จะเข้ามาแทรกแซงการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมได้

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ยอมรับว่าสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิที่มีมาแต่กำเนิดแต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสิทธิในทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อการบรรลุถึงสิ่งที่ดีที่สุดของประชาคมทางการเมืองด้วย กรณีจึงได้รับการมองว่าการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินคงมีอยู่เพียงบางส่วนเท่านั้น กล่าวคือ ไม่ห้ามที่รัฐจะพรากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปจากเอกชน แต่รัฐต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนนั้นด้วย ซึ่งเป็นหลักประกันเพียงหนทางเดียวที่เหลืออยู่²⁶ กฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bürgerliches Gesetzbuch) ซึ่งใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 1900 ก็มีได้ให้ความสำคัญกับสิทธิในทรัพย์สินจนถึงขนาดว่าเป็นสิทธิที่ไม่มีเงื่อนไขหรือ

²⁵กฎหมายปกครอง (น.13-14). เล่มเดิม

²⁶คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน (น.49-50). เล่มเดิม.

ไม่อาจถูกละเมิดได้ มาตรา 903 ของกฎหมายนี้ได้วางหลักการเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินว่าเจ้าของทรัพย์สินสามารถใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอน ทำลายและหวงกั้นทรัพย์สินของตนจากการเข้าเกี่ยวข้องของผู้อื่น ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายและสิทธิของผู้อื่นด้วย ในรัฐธรรมนูญฉบับไวมาซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม ค.ศ. 1919 ก็ได้วางหลักประกันในหลักกรรมสิทธิ์ไว้ท่ามกลางการต่อสู้ทางแนวความคิดระหว่างระบบสังคมนิยมและทุนนิยมในขณะนั้น จึงได้มีการประนีประนอมทางแนวความคิดของทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาดแต่จะมีการวางเงื่อนไขไว้ว่ากรรมสิทธิ์ย่อมก่อปรด้วยหน้าที่ การใช้กรรมสิทธิ์ควรเป็นไปในแนวทางที่ส่งเสริมประโยชน์สาธารณะพร้อมกันไปด้วย (มาตรา 153 อนุมาตรา 3) นอกจากนี้ รัฐยังสามารถโดยกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนที่มีความเหมาะสมให้เป็นกิจกรรมของส่วนรวมได้โดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของการใช้ค่าทดแทนเช่นเดียวกับกรณีของการเวนคืน (มาตรา 156 อนุมาตรา 1 ประโยคที่ 1) ปัจจุบันสิทธิการเป็นเจ้าของทรัพย์สินถูกรับรองไว้ในมาตรา 14 ววรรค 1 ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law หรือ Grundgesetz) โดยวางหลักว่าเอกชนชอบที่จะใช้ประโยชน์อย่างเต็มที่และได้รับประโยชน์สูงสุดจากทรัพย์สินของตนในทุกกรณีที่กฎหมายอนุญาตไว้ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายพื้นฐานได้กำหนด “หน้าที่ในทางสังคม” (social obligation) ของสิทธิในทรัพย์สินไว้ในวรรคสองของมาตราเดียวกันว่า “ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่ การใช้สอยทรัพย์สินต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม” หมายความว่า สิทธิในการจัดการทรัพย์สินของเอกชนได้ถูกจำกัดไว้โดย “ประโยชน์ของคนทั้งชาติ” (commonweal) ซึ่งมีผลทำให้สิทธิในทรัพย์สินได้สูญเสียความสำคัญและหมดสภาพของการเป็นสิทธิสูงสุดและเด็ดขาด และเป็นที่ยอมรับกันว่าสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีเงื่อนไขและละเมิดมิได้นั้นไม่สามารถเป็นไปได้อีกต่อไปในความเป็นจริง การใช้สอยทรัพย์สินของเอกชนต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและไม่ไปกระทบต่อประโยชน์ของเอกชนอื่น รัฐมีความชอบธรรมในอันที่จะจำกัดสิทธิในทรัพย์สินผ่านทางบทบัญญัติแห่งกฎหมายและสร้างความสมดุลของสิทธิในทรัพย์สินเข้ากับประโยชน์สาธารณะ²⁷

2.1.3 หลักการจำกัดอำนาจรัฐด้วยหลักนิติรัฐ

หลักและทฤษฎีในการสนับสนุนแนวคิดในการควบคุมฝ่ายปกครองในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไป เช่น ในประเทศภาคพื้นยุโรปมีทฤษฎีหลัก “นิติรัฐ” (Legal state) ในอังกฤษมีหลัก “นิติธรรม” (The Rule of Law) ทฤษฎีเหล่านี้ถือว่าเป็นปรัชญาที่เป็นหัวใจของกฎหมายมหาชน โดยคำว่า “นิติรัฐ” มาจากคำว่า นิติ หมายถึง กฎหมาย และรัฐ หมายถึง ประเทศซึ่งมีองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ ดินแดน ประชากร รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย เมื่อรวมกันแล้วจึงหมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย องค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการ

²⁷กฎหมายปกครอง (น.15-16). เล่มเดิม.

ใดๆ ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้ากระทำการใดที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งและองค์กรฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น จึงจำเป็นต้องจัดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²⁸ โดยนักวิชาการได้ให้ความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำจำกัดความของหลักนิติรัฐไว้ว่า หมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้น โดยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องมีกฎหมายเป็นรากฐาน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากผิดไปจากที่กำหนดไว้ ถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และหากรัฐหรือองค์กรของรัฐฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้น ต้องมีกลไกและกระบวนการที่บุคคลสามารถทำให้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นสิ้นสุดไป และหากเกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคล บุคคลนั้นสามารถเรียกให้รัฐหรือองค์กรของรัฐชดเชยค่าเสียหายได้ เรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งหลายได้มอบอำนาจในการควบคุมนี้ไว้ที่ศาลซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ได้²⁹

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้คำจำกัดความว่า “นิติรัฐ” หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น พัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเพณีจึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด³⁰

²⁸ จาก *กฎหมายปกครอง* (น.2), โดย สำนักงานคณะกรรมการ, 2535, กรุงเทพฯ : ม.ป.พ.

²⁹ จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3* (น.52-53), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

³⁰ จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น.92), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2537, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย “ความคิดเรื่องนิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ ผักไฟในสิทธิปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิบัพัญญูติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นกรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือ ขอมตนอยู่ได้ บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราใบที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นจะผูกมัดรัฐ อยู่เสมอ และโดยการที่มีบัพัญญูติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็น หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร”³¹

อย่างไรก็ตาม การให้นิยามดังกล่าวอาจยังไม่ชัดเจน การนิยาม “นิติรัฐ” ที่ให้ชัดเจน ต้องอธิบายเทียบกับ “รัฐตำรวจ” ดังที่นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กาเร เดอมัลแบร์ (R. Carr de Malberg) ให้นิยาม “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้

ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินการอะไรก็ได้ที่ ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวความคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึง วัตถุประสงค์นั้น จะทำอะไรก็ได้ตรงกันข้ามกับ “นิติรัฐ” ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องขอมตนอยู่ใต้ระบบ กฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐขอมตนอยู่ ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนด สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐ หรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผล ร่วมกัน นั่นคือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐ คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกจากไปจากที่ ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครอง เข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้ บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจ กระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น

³¹จาก คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.127), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2535, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

(loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดี เพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้นระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”

จากที่กล่าวมาแล้วอาจสรุปได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดๆ อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจ ฉะนั้น ในนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีความสำคัญ³² ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายในหลักนิติรัฐ คือ การกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชนเป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย หน้าที่ของนิติรัฐ คือ รัฐที่รับใช้ประชาชน³³ และการควบคุมการกระทำของรัฐให้ชอบด้วยกฎหมายมีวิธีการดังต่อไปนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติ คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในนิติรัฐ คือ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ เว้นแต่ที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ต้องออกโดยประชาชนหรือองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน³⁴ อนึ่งหากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีปัญหาว่าฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรืออาจมีการตั้งองค์กรเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยก็ได้ หากศาลเห็นว่ากฎหมายที่ออกมานั้นขัดรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นจะไม่มีผลบังคับตั้งแต่นั้น

³² จาก กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (น.49-50), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

³³ พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.96). เล่มเดิม.

³⁴ กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (น.278). เล่มเดิม.

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ

การกระทำทางตุลาการ คือ การใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีต่างๆ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการในนิติรัฐ คือ มีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะตุลาการเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามแม้องค์กรตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันองค์กรตุลาการต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตามตัวบทกฎหมาย ในระบบกฎหมายจึงต้องมีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการ เช่น การที่กำหนดให้ศาลมี ๓ ชั้น โดยให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาศาลล่าง หรือการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดว่าคำพิพากษาของศาลสูงอื่นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างเช่นในเยอรมนี เป็นต้น

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร

ฝ่ายบริหารอาจแยกได้เป็น 2 ส่วน คือ รัฐบาลกับฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเรียกการกระทำของฝ่ายบริหารทั้ง ๒ ส่วนได้ว่า การกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง เฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง มีหลักว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง ที่จะกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ถ้าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีกระบวนการควบคุม เช่น ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน และถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบด้วย หากเป็นการปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย อนึ่ง ที่กล่าวว่า การกระทำของรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น การกระทำของรัฐบาล ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เช่น การเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสู่การพิจารณาของสภา หรือการยุบสภาโดยนายกรัฐมนตรี เป็นต้น และการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การลงนามในหนังสือสนธิสัญญาใดๆ เป็นต้น การกระทำของรัฐบาลก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย คือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลในการกระทำของรัฐบาล และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องศาลแม้จะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องว่ารัฐบาลกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ค่าเสียหายไม่ได้³⁵

³⁵ แหล่งเดิม. (น.177-179).

2.1.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และจะทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ หลักดังกล่าวทำให้เกิดผลตามมาคือการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใดๆ ได้ ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้งที่มาของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วย หลักการย่อย 2 หลักการ ดังนี้³⁶ หลักการที่หนึ่ง คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนอยู่กับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะไม่มีความหมาย ด้วยเหตุนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้ และหลักการที่สอง คือ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก

³⁶จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (น.17-25), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2549, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

1) หลักการใช้ดุลพินิจ

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครอง โดยการตรากฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดให้เหมาะสมกับสถานการณ์ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดนั้น เมื่อฝ่ายปกครองกระทำอยู่ในกรอบของกฎหมายแล้ว องค์กรภายนอกที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบหรือศาลไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจได้ แต่หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด องค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบสามารถเข้ามาตรวจสอบได้แต่เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจเท่านั้น³⁷ ซึ่งดุลพินิจของฝ่ายปกครองกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยอิสระในการตัดสินใจว่าจะเลือกกระทำการใดในหลายอย่าง ซึ่งหากฝ่ายปกครองเลือกกระทำการอย่างใด เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายโดยมิเหตุผลอันสมควรแล้ว การกระทำที่ทํานั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น

2) หลักพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน

ในระบบกฎหมายมหาชนในยุโรปยอมรับหลักแห่งความได้สัดส่วนมานานแล้วว่าเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (Moderation) หลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้พัฒนาขึ้นมาเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐโดยมิให้ใช้อำนาจรัฐเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตของความเหมาะสม ความจำเป็น ขาดการสร้างดุลยภาพที่มีขึ้นระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ หลักแห่งความได้สัดส่วนจึงเป็นที่ยอมรับของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แม้รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะไม่ได้บัญญัติหลักแห่งความได้สัดส่วนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Bloc Constitutionnel)³⁸

³⁷ จาก กฎหมายปกครอง (น.49), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2546, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

³⁸ จาก หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.147), โดย เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

หลักแห่งความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อยๆ สามประการ คือ

(1) หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (หลักแห่งความเหมาะสม) เป็นหลักที่บังคับว่าในบรรดามาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น โดยหากกฎหมายมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น เช่น ป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ มาตรการนั้นจะต้องอยู่ในวิสัยที่จะจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริงๆ หรือในกรณีหากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในด้านใดด้านหนึ่ง เช่น รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการนั้นต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดจลาจล สงครามการเมือง หรือความเสื่อมทรามทางจิตใจของประชาชนได้จริงๆ เป็นต้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดที่ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดสัมฤทธิ์ผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมเรียกร้องความสัมพันธ์เชิงเหตุและผลระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล ดังนั้นหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลจึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสามัญสำนึก (Common sense) มาตรการที่ไม่อาจก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการจะให้เกิดได้อย่างแน่แท้หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงกันข้ามตามที่ต้องการจะให้เกิดที่แท้จริงแล้วเป็นมาตรการที่ไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิงในสายตาของคนที่มีความสติสัมปชัญญะเต็มบริบูรณ์ และเนื่องจากบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ทางปกครองแล้ว ล้วนแล้วแต่เป็นคนที่มีความไม่วิกล ดังนั้น หากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะใช้ให้เกิดเข้าข่ายการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ (Abuse of Power)³⁹

(2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่าในบรรดามาตรการหลายๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้แต่ถ้าว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพต่อประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

³⁹ แหล่งเดิม. (น.149).

น้อยที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำเป็นต้องเลือกบุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม เช่น มาตรการเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยอาคารที่ประสบปัญหาอัคคีภัย กฎหมายอาจกำหนดมาตรการต่างๆ ที่สามารถทำให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย คือ การรักษาความปลอดภัยของประชาชน ฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและต้องเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

ในส่วนของศาลไทยก็ได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554 การก่อสร้างสะพานทางเดินเป็นโครงการที่รัฐจัดให้มีขึ้นที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและวัฒนธรรม อาชีพ ความปลอดภัย วิถีชีวิต หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชุมชนหรือสังคม และเมื่อลักษณะทางกายภาพของสะพานได้ทำลายสภาพความเป็นธรรมชาติความร่มรื่นและทัศนียภาพที่น่าดูที่มีอยู่เดิมและอาจทำลายความเงียบสงบของการอยู่อาศัยของประชาชนในบริเวณดังกล่าว ซึ่งมีผลทำให้สิทธิในการดำรงชีวิตอย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของชาวชุมชนสูญเสียไป จึงต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก่อน การไม่ดำเนินการจึงเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ การร้องขอให้มีการก่อสร้างสะพานก็เกิดจากประชาชนจำนวนน้อย อีกทั้งการจัดทำเอกสารคำร้องขอก็ได้ทำขึ้นภายหลังจากที่หน่วยงานทางปกครองดำเนินโครงการจนเสร็จสิ้นแล้ว และมีการคัดค้านจากประชาชนจำนวนมากและประชาชนส่วนใหญ่ไม่ได้รับประโยชน์ไม่เกิดความคุ้มค่าในการใช้ประโยชน์การก่อสร้างสะพานจึงส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตอย่างปกติสุขของประชาชนมากเกินไป เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ⁴⁰

(3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของฝ่ายปกครอง และเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและกระทบกระเทือนต่อสิทธิและ

⁴⁰ แหล่งเดิม. (น.151).

เสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดและก่อให้เกิดประโยชน์แห่งมหาชนมากที่สุด หรือกล่าวคือในบรรดามาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดเมื่อได้ลงมือปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรานั้นแล้วจะยังผลให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะบังเกิดความเสียหายแล้ว ในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องไม่ใช้มาตรานั้นไปบังคับใช้กับประชาชน หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้จึงเรียกร้องว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชนต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษและถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้ว ย่อมถือได้ว่ามาตรานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้มาตรการใดที่ก่อโทษให้แก่ประชาชนหรือส่วนรวมมากกว่าก่อประโยชน์ แม้มาตรานั้นจะเป็นมาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วจะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความจำเป็นก็ตาม มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับไม่ได้

กล่าวโดยสรุป การใช้อำนาจของทุกๆ องค์การของรัฐต้องคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนซึ่งประกอบด้วยหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่เป็นไปตามหลักใดหลักหนึ่งดังที่กล่าวมาแล้ว การใช้อำนาจนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งบังคับว่าก่อนจะใช้มาตรการใดตามกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุตามความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจไว้ได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อความเสียหายต่อประชาชนน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการใดซึ่งหากให้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ประชาชนหรือแก่สังคมโดยรวม⁴¹

2.1.5 แนวความคิดเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหนังสือเวียน

1) แนวความคิดและลักษณะหนังสือเวียนในต่างประเทศ

(1) สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการ “หนังสือเวียน” มีลักษณะบังคับกล่าวคือข้าราชการจะต้องถือว่า การตีความรัฐบัญญัติโดยหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นการตีความที่ถูกต้องแล้ว และตนจะต้องถือ

⁴¹ แหล่งเดิม. (น.152-154).

ปฏิบัติตามแนวทางที่หนังสือเวียนระบุไว้ ลักษณะบังคับนี้มีผลมาจากหน้าที่ของราชการที่จะต้องเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาของตน และส่วนที่เกี่ยวกับราษฎรหนังสือเวียนมิได้มีลักษณะบังคับเลขหนังสือเวียนไม่อาจใช้ขึ้นราษฎรได้ โดยเฉพาะการตีความกฎหมายและหนังสือเวียนนั้นไม่มีผลผูกพันศาล รัฐบัญญัติเท่านั้นที่มีผลผูกพันศาล การตีความกฎหมายโดยฝ่ายปกครองอาจถูกหักล้างโดยการตีความในทางตรงกันข้ามของศาลได้ โดยสรุปหนังสือเวียนมิได้เพิ่มเติมอะไรต่อความชอบด้วยกฎหมายที่มีอยู่เดิม หนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของความชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นเพียงที่มาหรือบ่อเกิดของหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะต้องเคารพเชื่อฟังภายในกรอบของฝ่ายปกครอง หนังสือเวียนจึงเป็นเพียงตัวอย่างที่เด่นชัดที่สุดของมาตรการภายใน อย่างไรก็ตาม แนวคำวินิจฉัยของศาลมิได้ถือปฏิบัติกับ “หนังสือเวียน” หรือ “คำสั่งของหน่วยงาน” ทุกอย่างในแนวทางเดียวกันหมด กล่าวคือ (1) หนังสือเวียนอาจได้รับการวิเคราะห์ว่าเป็น “คำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง” หรือไม่ก็ได้แล้วแต่กรณี (2) แนวคำวินิจฉัยของศาลในปัจจุบันแยกกรณีระหว่าง “หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการอธิบายหรือตีความ” และ “หนังสือเวียนที่เป็นการวางกฎข้อบังคับ” หนังสือเวียนประเภทแรกเท่านั้นที่มีลักษณะเป็นมาตรการภายใน ส่วนหนังสือเวียนประเภทที่สอง มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ⁴²

ก. หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการอธิบายหรือตีความตามปกติ “หนังสือเวียน” ประเภทนี้จะแสดงถึงคำสั่ง คำแนะนำ คำอธิบาย ซึ่งออกโดยผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงาน โดยเฉพาะรัฐมนตรีและมีถึงผู้ใต้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาของตน ส่วนใหญ่หนังสือเวียนมักจะเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายหรือกฎข้อบังคับในเรื่องหนึ่งเรื่องใด โดยเฉพาะ กล่าวคือ หนังสือเวียนจะอธิบายหรือตีความบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อกำหนดของข้อบังคับดังกล่าว “หนังสือเวียน” จะระบุถึงวิธีการดำเนินการ ข้อควรระวัง การตรวจสอบที่จะต้องกระทำ กำหนดเวลาในการดำเนินการ หนังสือเวียนเหล่านี้ซึ่งบางครั้งก็เรียกกันว่าคำสั่งหรือบันทึกล้วนมีความสำคัญในทางปฏิบัติเป็นอย่างมาก ในทางปฏิบัติข้าราชการมักจะรองจนกว่าตนจะได้รับหนังสือเวียนเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายหรือกฎข้อบังคับในเรื่องหนึ่งเรื่องใดก่อนจึงจะบังคับใช้กฎหมายหรือกฎข้อบังคับดังกล่าว ถึงแม้ว่ากฎหมายหรือกฎข้อบังคับนั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วก็ตาม โดยทั่วไปแล้วมักจะเรียกหนังสือเวียนโดยระบุให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า “หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความ”⁴³

⁴²จาก สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ และมาตรการภายในฝ่ายปกครอง (น.95-98), โดย ยงยุทธ อนุกุล, 2533, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴³แหล่งเดิม. (น.98-99).

ข. หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ หนังสือเวียนประเภทแรกข้างต้นเป็นหนังสือเวียนที่แท้จริง ต่างกับหนังสือเวียนอีกประเภทหนึ่งซึ่งมีรูปแบบ ชื่อเรียก หรือลักษณะภายนอกของหนังสือเวียน แต่แท้ที่จริงแล้วเป็นหนังสือเวียนที่มีเนื้อหาทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเนื้อหาเช่นนี้ทำให้หนังสือเวียนประเภทนี้มีลักษณะเป็น “นิติกรรมที่เป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัย” ซึ่งตามธรรมดาแล้วควรจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์เช่นนี้ไว้ ภายใต้ชื่อเรียกว่า “กฎข้อบังคับ” และภายใต้รูปแบบมากกว่า หนังสือเวียนประเภทที่สองนี้ถูกเรียกว่า “หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ”⁴⁴

ค. สถานะและระบบกฎหมายของหนังสือเวียน แบ่งเป็นสองกรณี คือ กรณีที่หนึ่ง ระบบกฎหมายและสถานภาพของหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการอธิบายหรือตีความตามแนวคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลได้กำหนดสถานภาพของหนังสือเวียนดังกล่าวว่า หนังสือเวียนประเภทนี้มุ่งใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของทางราชการ ถึงแม้ว่าหนังสือเวียนประเภทนี้จะต้องประกาศโฆษณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 มาตรา 9 ก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถนำไปใช้กับราษฎรได้ ในความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับทางราชการ ถือว่าไม่มีหนังสือเวียนประเภทนี้อยู่เลย กล่าวสรุปได้ว่าราษฎรมีสิทธิที่จะยกหนังสือเวียนที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นอ้างอิงกับฝ่ายปกครองหรือศาลเพื่อโต้แย้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่ไม่สอดคล้องกับหนังสือเวียนดังกล่าวได้ เพื่อเรียกร้องว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่กำลังจะออกมานั้นจะต้องเป็นไปโดยไม่ขัดแย้งกับหนังสือเวียนดังกล่าว หรืออีกนัยหนึ่งคือฝ่ายปกครองถูกมัดโดยแนวปฏิบัติของตนที่ได้รับการเปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว และกรณีที่สอง ระบบกฎหมายและสถานภาพของหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ หนังสือเวียนลักษณะดังกล่าวก็คือกฎข้อบังคับ ผลที่ตามมาคือหนังสือเวียนประเภทนี้จะออกหรือกำหนดขึ้นมาได้ก็ต่อเมื่อผู้ออกหรือผู้กำหนดมีอำนาจออกกฎข้อบังคับในเรื่องนั้นและได้กระทำในรูปแบบที่กำหนดไว้สำหรับการใช้อำนาจดังกล่าว และผลอีกประการหนึ่งก็คือหนังสือเวียนดังกล่าวอาจถูกฟ้องคดีของให้สั่งเพิกถอนได้โดยผู้มีส่วนได้เสียทุกคน และการฝ่าฝืนหนังสือเวียนดังกล่าวก็เป็นกรณีของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น หนังสือเวียนที่ผู้อำนวยการสถาบันอุดมศึกษาสั่งห้ามการลงทะเบียนเรียน เพื่อทำปริญญาในระดับปริญญาโทสองปริญญาพร้อมกันโดยผู้อำนวยการมิได้ใช้รูปแบบและมิได้ปรึกษารองอธิการบดีที่เกี่ยวข้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ สำหรับการใช้อำนาจเช่นว่านั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลในระยะหลังนี้เป็นไปในทางที่จะยอมรับว่าหนังสือเวียนที่มี

⁴⁴แหล่งเดิม. (น.99).

ลักษณะเป็นกฎข้อบังคับได้อย่างจำกัดขึ้น ซึ่งเท่ากับมิได้เป็นไปในแนวทางที่จะให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรมากขึ้น เนื่องจากการฟ้องคดีได้ยากขึ้น⁴⁵

(2) อังกฤษ

ปัจจุบันกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารมีจำนวนมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นออกมาในรูปของคำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่ถูกสร้างขึ้นโดยรัฐมนตรี ส่วนราชการ หรือองค์กรอื่นที่ได้รับอำนาจตามกฎหมายจากองค์กรนิติบัญญัติ สำหรับกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองที่สร้างขึ้นเพื่อการจัดการภายในองค์กรของหน่วยราชการไม่ได้เป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ว่าด้วยประการใดๆ ทั้งสิ้น เส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกับกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองนั้นยังไม่ชัดเจนและยังเคลือบคลุมอยู่ แต่กฎเกณฑ์เหล่านี้ได้รับการปฏิบัติเสมือนกับว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมาย สำหรับหนังสือเวียนของส่วนราชการเป็นแบบธรรมดาทั่วไปของเอกสารของฝ่ายปกครองในการจัดทำคำแนะนำไปยังเจ้าหน้าที่ในต่างจังหวัดหรือองค์กรท้องถิ่น เพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ หนังสือเวียนหลายฉบับมีการระบุหมายเลขและจัดพิมพ์ หลายฉบับเป็นเรื่องการกำหนดนโยบายสิ่งเหล่านี้จึงมีความสำคัญมากต่อสาธารณะเพราะว่าเป็นสิ่งที่วางแนวทางเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐบาลและแนวปฏิบัติในการใช้อำนาจดุลพินิจ สิ่งนี้จึงไม่มีผลทางกฎหมายในตัวเองและไม่มีอำนาจบังคับตามพระราชบัญญัติแต่เป็นเสมือนยานพาหนะในการขนส่ง คำแนะนำในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ส่วนราชการต่างๆ ได้มีการออกหนังสือเวียนไปยังหน่วยงานต่างๆ เป็นจำนวนมาก โดยหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นการติดต่อกันระหว่างบุคคลในตัวของหนังสือเวียนเอง ไม่ได้ระบุอะไรเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย หรือผลทางกฎหมายหนังสือเวียนเป็นการแจ้งเรื่องราวหรืออธิบายวัตถุประสงค์ของกฎหมายใหม่ การแจ้งเรื่องราวอาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลที่เรียกร้องให้หน่วยงานต่างปฏิบัติตาม ซึ่งเรื่องนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายแต่อย่างไร หนังสือเวียนอาจบรรจุคำแนะนำในการปฏิบัติหน้าที่หรือให้อำนาจหรือบังคับหน้าที่แก่ผู้รับหรือจะบรรจุแนวทางไว้เป็นการทั่วไป เช่น กำหนดแนวทางไปยังองค์การบริหารสุขภาพแห่งชาติให้เรียกเก็บค่าใช้จ่ายจากคนไข้สำหรับการอยู่ในโรงพยาบาล ในกรณีนี้เป็นที่สังเกตว่าหนังสือเวียนมีผลกระทบต่อฐานะทางกฎหมายของบุคคลที่สามคือคนไข้⁴⁶

2) แนวความคิดและลักษณะหนังสือเวียนในประเทศไทย

สาระของระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนที่ใช้ในวงราชการไทยในปัจจุบันได้กำหนดขึ้นเพื่อความคล่องตัวและประโยชน์ในการดำเนินการบริการสาธารณะและการบริหาร

⁴⁵แหล่งเดิม. (น.105,107-108).

⁴⁶แหล่งเดิม. (น.126,131-132).

ราชการแผ่นดินให้เป็นไปโดยความสะดวกเรียบร้อยและเป็นระเบียบแบบแผนเดียวกัน ในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ผลบังคับหนังสือเวียนและแนวทางปฏิบัติราชการในการออกคำสั่งต่างๆ อาจแยกได้เป็น 2 กรณี คือ⁴⁷

(1) กรณีบังคับภายในระบบบริหารงานของรัฐ หนังสือเวียนหรือแนวทางปฏิบัติราชการในประเทศไทยที่ชอบด้วยกฎหมายและกฎเกณฑ์ลำดับรองทั้งหลายย่อมมีผลให้ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบบริหารงานของรัฐต้องปฏิบัติตามในฐานะเป็น “ระเบียบแบบแผน” ของทางราชการการฝ่าฝืนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ย่อมมีความผิดวินัยตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 หรือกฎหมายจัดตั้งองค์กรกระจายอำนาจนั้นๆ แต่ไม่ทำให้การนั้นโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกระบบบริหารงานของรัฐเสียไป

(2) การใช้หนังสือเวียนหรือแนวทางหรือระเบียบปฏิบัติต่อบุคคลนอกระบบบริหารงานของรัฐในระบบกฎหมายไทยไม่มีการแยกแยะอย่างชัดเจนในข้อแตกต่างระหว่าง “หนังสือเวียน” กับ “แนวทางการออกคำสั่ง” เหมือนของฝรั่งเศสในการพิจารณาผลทางกฎหมายในระบบกฎหมายไทยของสิ่งเหล่านี้ก็จะต้องอาศัยแนวกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ

ก. หากหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นการ “ตีความ” กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ลำดับรองให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันนั้นจะมีผลบังคับได้ ภายในหน่วยงานแต่ถ้าหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นการเพิ่มเติมหรือขัดแย้งกับกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงก็จะต้องถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะเมื่ออ้างหนังสือเวียนหรือระเบียบปฏิบัติดังกล่าวไปทำให้คำสั่งทางปกครองไปกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลภายนอกระบบบริหารงานของรัฐ

ข. หากเป็น “แนวทาง” ที่กำหนดสาระของคำสั่งไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าเป็น “คำสั่งที่กระทรวงหรือกรม” “นโยบายกระทรวงหรือกรม” “คำชี้แจง” “ระเบียบปฏิบัติ” หรือ “ระเบียบ” หากกำหนดผูกมัดดุลพินิจที่กฎหมายให้ไว้แก่เจ้าพนักงานก็ดี วางกฎเกณฑ์ทำคำสั่งเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ลำดับรองก็ดี วางกฎเกณฑ์ขัดแย้งกับกฎหมาย หรือกฎเกณฑ์ลำดับรองก็ดี ต้องถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น สำหรับกรณีหนังสือเวียนใดหากเป็นเพียงอธิบายความหมายของกฎหมาย (กฎหมายภายในความหมายอย่างกว้าง) ให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติก็เป็นเพียงหนังสือเวียนเพื่อให้การตีความซึ่งใช้ได้ไม่เป็นปัญหา ส่วนเนื้อหาที่ตีความจะถูกต้อง

⁴⁷ จาก คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น.82-83), โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543, กรุงเทพฯ : จีระการพิมพ์.

หรือไม่ก็พิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยที่สภาพของหนังสือเวียนนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายโดยตรงจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น หนังสือเวียนประเภทนี้เจ้าหน้าที่จะอ้างมาเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้ และเอกชนที่ถูกกระทบก็ไม่อาจอ้างอิงหรือฟ้องร้องให้เพิกถอนหนังสือเวียนนั้น อันเป็นอุปสรรคจากกลไกสมมติของกฎหมาย (legal fiction) ที่ทำให้ฟ้องร้องหนังสือเวียนโดยตรงไม่ได้ อันเป็นความบกพร่องของกฎหมายอย่างหนึ่งแต่ถ้าเนื้อหาของหนังสือเวียนใดมีลักษณะเป็นการเพิ่มเติมแตกต่างไปจากกฎหมาย (กฎหมายในความหมายอย่างกว้าง) ก็จะมีสภาพเป็นการออกกฎหมายจึงเรียกกันว่า หนังสือเวียนที่มีสภาพเป็นกฎ ซึ่งจะต้องคว่าผู้ออกมีอำนาจที่จะออกกฎในเรื่องนั้นหรือไม่ ทั้งในฐานะผู้บังคับบัญชาขององค์กรหรือฐานะที่ได้รับมอบอำนาจให้ออกกฎหมายลูกบท เพื่อไม่ให้เสี่ยงไปออกหนังสือเวียนไม่เป็นทางการเหล่านี้แทนกฎ ถ้าผู้นั้นไม่มีอำนาจออกกฎในเรื่องนั้นหนังสือเวียนนั้นก็ไม่ใช่กฎหมาย และอาจถูกเพิกถอนได้

3) แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

คดีหมายเลขที่ อ.473/2556 คดีหมายเลขคำที่ อ.277/2552 วินิจฉัยว่า ในการดำเนินการป้องกัน ไข้ระวัง และควบคุมโรคไข้หวัดนกในเขตสงสัยว่า มีโรคระบาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 มาตรา 18 และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 แม้ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีหนังสือห้ามจับแจ้งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดสั่งการให้เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในหนังสือทั้งห้าฉบับนั้นก็ตามแต่หนังสือดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นการกำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุม ป้องกัน บำบัดโรคสัตว์ และการระบาศวิทยาทางสัตวแพทย์ สำหรับให้สัตวแพทย์ในท้องที่ที่ถูกกำหนดให้เป็นเขตสงสัยว่ามีโรคระบาดชนิดไข้หวัดนกใช้เป็นแนวทางในการออกคำสั่งหรือการกระทำอื่นใดตามขอบอำนาจที่สัตวแพทย์นั้นมีอยู่ตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 ให้มีมาตรฐานอย่างเดียวกัน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความลักลั่นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือการใช้อำนาจตามอำเภอใจของสัตวแพทย์ หนังสือทั้งห้าฉบับดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นเพียงหนังสือเวียนที่ผู้บังคับบัญชาได้จัดทำขึ้น เพื่อวางแนวทางปฏิบัติให้แก่ผู้ได้บังคับบัญชายึดถือในการบังคับการตามกฎหมาย ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กรณีถือเป็นขั้นตอนการดำเนินการภายในของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงยังไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี แต่หากจะมีความเดือดร้อนหรือเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดีก็ถือเป็นความเดือดร้อนหรือเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจของสัตวแพทย์ตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 ในการออกคำสั่งหรือการกระทำอื่นใดตามแนวทางปฏิบัติดังกล่าว ซึ่งผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งการกระทำของสัตวแพทย์มาในคดีนี้ แต่อย่างไร เมื่อ

หนังสือทั้งห้าฉบับข้างต้นไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนหนังสือทั้งห้าฉบับดังกล่าวต่อศาล

2.2 ความหมาย แนวความคิดและหลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

2.2.1 ความหมายดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครอง โดยการตรากฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดให้เหมาะสมกับสถานการณ์ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดนั้น เมื่อฝ่ายปกครองกระทำอยู่ในกรอบของกฎหมายแล้ว องค์การภายนอกที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบหรือศาลไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจได้ แต่หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด องค์การที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบสามารถเข้ามาตรวจสอบได้แต่เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจเท่านั้น⁴⁸ ซึ่งอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายไว้ ดังนี้

ดร.ฤทัย หงส์ศิริ ได้อธิบายว่า การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการตัดสินใจโดยอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด หรือกระทำการไปในทางใด ในกรณีที่กฎหมายกำหนดทางเลือกให้หลายทาง ซึ่งหากฝ่ายปกครองเลือกกระทำการในทางใดโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น แต่หากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว กรณีนี้ไม่ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย เพื่อให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้⁴⁹

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จิรนิติ หะวานนท์ ได้กล่าวว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างใด โดยบรรดาทางเลือกเหล่านั้นล้วนชอบด้วยกฎหมาย หากมีกรณีที่ทางเลือกบางอย่างมิชอบด้วยกฎหมาย ดุลพินิจจะลดลงไปตามลำดับ⁵⁰

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในเรื่องเฉพาะราย ดุลพินิจนี้

⁴⁸กฎหมายปกครอง (น.49). เล่มเดิม.

⁴⁹จาก นิติกรรมทางปกครอง (น.306), โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2543, กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

⁵⁰จาก ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น.445), โดย จิรนิติ หะวานนท์, 2543, กรุงเทพฯ : พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย).

อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁵¹ กล่าวคือ ดุลพินิจจะต้องผูกพันอยู่กับบรรทัดฐานที่องค์กรนั้นได้กำหนดไว้ หากมีการเปลี่ยนแปลงไปจากบรรทัดฐานเดิม ฝ่ายปกครองจะต้องมีคำอธิบายให้ได้ตามหลักเหตุผล

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา อธิบายไว้ว่า การที่ฝ่ายปกครองมีความสามารถตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองอย่างใดในบรรดาคำสั่งทางปกครองหลายๆ คำสั่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย⁵²

สำหรับในต่างประเทศได้ให้คำนิยามของคำว่า “ดุลพินิจ” ไว้⁵³ ดังนี้

อังกฤษ ดุลพินิจ หมายถึง อำนาจที่เลือกกระทำการอย่างใดในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายมีทางเดียวย่อมไม่ใช่ดุลพินิจ แต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่

สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดไว้เพิ่มเติมว่า เจ้าพนักงานของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการที่เป็นไปได้หลายทาง หรือเลือกที่ไม่กระทำการ ซึ่งการเลือกไม่กระทำย่อมถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจเช่นกัน

ฝรั่งเศส ขยายเพิ่มขึ้นอีกว่า อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดโอกาสให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หมายถึง การที่กฎหมายกำหนดทางเลือกให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยอิสระในการตัดสินใจว่าจะเลือกกระทำการใดในหลายอย่าง ซึ่งหากฝ่ายปกครองเลือกกระทำการอย่างใด เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว การกระทำที่ทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น หากเปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับการใช้ดุลพินิจของศาลในคดีอาญาแล้ว จะเห็นว่าในคดีอาญาสามารถแบ่งกฎหมายออกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบความผิด คือ ฐานความผิดต่างๆ และส่วนที่เป็นผลของกฎหมาย คือ โทษ ดุลพินิจของศาลจะอยู่ในส่วนที่เป็นผลของกฎหมายเท่านั้น เช่น เมื่อผู้ใดมีการกระทำการใดที่ครบองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์แล้ว ศาลจะใช้ดุลพินิจว่าผู้นั้นผิดหรือไม่ผิดกฎหมายอาญาฐานลักทรัพย์ไม่ได้

⁵¹จาก “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสากวรงค์, 2529, บทบัญญัติ, 42 (1), น.53.

⁵²จาก คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น.406), โดย มานิตย์ จุมปา, 2546, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁵³จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (น.123-124), โดย จิรนิติ หะวานนท์, 2554, กรุงเทพฯ : พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย).

ต้องถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในส่วนผลของกฎหมาย เช่น กฎหมายให้อำนาจศาลในการลงโทษได้ไม่เกิน 3 ปี กล่าวคือ ศาลจะใช้ดุลพินิจลงโทษ 1 ปี 2 ปี ก็ได้ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็เช่นกัน โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในส่วนผลของกฎหมาย

2.2.2 เหตุผลที่ให้อำนาจการใช้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง

เนื่องจากในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ ซึ่งยึดมั่นในหลักนิติรัฐโดยมีหลักการสำคัญอยู่หลักการหนึ่งที่เรียกว่า “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principle of the Legality of Administrative Action) ไว้⁵⁴ มีความหมายว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถกระทำการใดๆ ที่อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง จึงถือได้ว่าการกระทำทางปกครองเป็นเพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น และลักษณะสำคัญของกฎหมายที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีการตรากฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายนั้นต้องบัญญัติกำหนดให้ชัดเจนว่าให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด กระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร โดยแต่มิได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายถึงขนาดสามารถขจัดดุลพินิจให้หมดสิ้นไปจากการบริหารรัฐกิจนั้นเท่ากับว่า “เป็นการสร้างวิมานในอากาศ” (Visionary) ทั้งนี้ เพราะรัฐเสรีประชาธิปไตยได้มีความมุ่งหมายเพียงเพื่อประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎรเท่านั้น แต่ยังมี ความมุ่งหมายในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ราษฎรทุกคนในทุกกรณีอีกด้วย ซึ่งมาตรการของฝ่ายปกครองที่ยุติธรรม คือ มาตรการที่สามารถตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนได้ หรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลที่สุด แต่ในขณะเดียวกันต้องกระทบสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรน้อยที่สุด (Proportionality) เมื่อความต้องการของประชาชนส่วนรวมนั้นมิได้คงที่หากแต่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพการณ์ทางสังคมในแต่ละกาลเทศะ ดังนั้น จึงเหลือวิถีที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้บรรลุความมุ่งหมายทั้งสองประการได้อย่างสมบูรณ์ โดยอาจเนื่องมาจากความแตกต่างในพื้นฐานจิตใจของมนุษย์แต่ละคน ความหลากหลายของพฤติกรรมมนุษย์และสรรพสิ่งต่างๆ ย่อมเป็นอุปสรรคที่จะบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นการทั่วไปและแน่นอนชัดเจนว่าในกรณีใด อะไร

⁵⁴จาก “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” โดย วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, 2532, *วารสารกฎหมายปกครอง*, 8 (1), น.33-34.

คือความยุติธรรม ซึ่งการตรากฎหมายให้มีลักษณะทั่วไปและแน่นอนชัดเจนจำต้องจัดบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ไว้เป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์ประเภทเดียวกัน ตามหลักการเดียวกัน บุคคล สิ่งของและเหตุการณ์ แม้มีลักษณะร่วมกันอยู่พอที่จะจัดเป็นประเภทเดียวกันได้ แต่สิ่งเหล่านั้นไม่ได้เหมือนกันหมดในทุกแง่มุม ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องคำนึงถึงแต่ลักษณะร่วมและละเลยไม่คำนึงถึงลักษณะที่บุคคล สิ่งของ และเหตุการณ์มีความแตกต่างกันออกไป

ดังนั้น เมื่อนำกฎหมายซึ่งกำหนดบังคับให้บุคคลประเภทใดกระทำการอย่างใดหรือห้ามมิให้กระทำการอย่างใด เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดเกิดขึ้นไปใช้บังคับแก่บุคคลใดในเฉพาะกรณีแล้ว อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคลนั้นในเฉพาะกรณีนั้น ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้เกิด “ความยุติธรรมเฉพาะกรณี” ขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายได้บ้าง ซึ่งมีคำกล่าวที่ว่าแม้ดุลพินิจเป็น “สิ่งชั่วร้าย” แต่เป็น “สิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” ทั้งนี้ เพราะการให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองเป็นวิธีการเดียวเท่านั้นที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายสามารถให้ดำเนินไปได้อย่างยุติธรรม⁵⁵

2.2.3 การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มิใช่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการใดตามอำเภอใจ เนื่องจากดุลพินิจมิใช่การตัดสินใจโดยไร้ขอบเขตหรือไร้ทิศทาง หากแต่ต้องกระทำโดยรอบคอบภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นขั้นตอนและกระบวนการหนึ่งของการใช้กฎหมาย ซึ่งต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ในทุกๆ ด้าน ฉะนั้น ฝ่ายปกครองต้องพัฒนาศักยภาพของตนเอง เพื่อให้มีความสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมและไม่ขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองสามารถแยกได้ 2 ประเภท ดังนี้

1) อำนาจผูกพัน (Mandatory Power – Competence Lice) หรืออำนาจผูกมัดหรืออำนาจหน้าที่⁵⁶ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้⁵⁷ ซึ่งกฎหมายจะกำหนดผลไว้เพียงประการเดียว การกำหนดให้อำนาจผูกพันแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงต้องอยู่บนพื้นฐานความคิดในเรื่องความ

⁵⁵ พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.196-198). เล่มเดิม

⁵⁶ จาก กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ เล่ม 1 (น.102), โดย อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส, 2527, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁵⁷ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.41). เล่มเดิม

ยุติธรรม โดยทั่วไป คือ ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย⁵⁸ เช่น กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองรับจดทะเบียนให้เอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบัญญัติกำหนดเงื่อนไขที่เอกชนต้องปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน เมื่อเอกชนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ครบถ้วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องถูกบังคับโดยกฎหมายที่ต้องรับจดทะเบียนให้ตามที่ร้องขอ หรือเมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียนครอบครัวต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ เห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนี้แท้ที่จริงแล้ว คือ หน้าที่หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า อำนาจผูกพัน คือ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งในลักษณะที่ไม่มีทางเลือกอย่างอื่น ถ้ามีข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายต้องการต้องสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้ ถ้าไม่ปฏิบัติตามการกระทำของฝ่ายปกครองจะไม่มีผลใช้บังคับได้ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2546 ได้วินิจฉัยว่า ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เพียงแต่กำหนดให้ผู้จัดตั้งสถานบริการตามมาตรา 3(4) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบก่อนการจัดตั้งไม่น้อยกว่า 15 วัน และให้ผู้รับแจ้งออกหลักฐานการแจ้งให้แก่ผู้แจ้งการจัดตั้งสถานบริการ ในการนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการตรวจสอบก่อนว่า ผู้แจ้งการจัดตั้งสถานบริการมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 6 และสถานที่ตั้งสถานบริการไม่ขัดต่อมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน อีกทั้งผู้แจ้งได้จัดลักษณะอาคารภายนอกและภายในของสถานบริการไม่ขัดต่อข้อ 9 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2521) ตามความในพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้องตามกฎหมาย พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมผูกพันที่ต้องออกใบรับแจ้งให้ การออกหรือไม่ออกใบรับแจ้งให้ผู้จัดตั้งสถานบริการตามมาตรา 3(4) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 จึงมีลักษณะเป็นอำนาจผูกพัน ดังนั้น เมื่อคณะทำงานตรวจสอบการจัดตั้งสถานบริการได้รายงานว่าการจัดตั้งสถานบริการที่พิพาทชอบด้วยกฎหมายและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้มีข้อโต้แย้งแต่ประการใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงต้องผูกพันที่จะต้องออกใบรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้แก่ผู้ฟ้องคดี การไม่ออกใบรับแจ้งให้ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และการที่มีข้ออ้างว่าสถานบริการที่พิพาทตั้งอยู่นอกพื้นที่อนุญาตให้ตั้งสถานบริการตามร่างพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตพื้นที่เพื่อตั้งสถานบริการในพื้นที่จังหวัดภูเก็ต จึงเป็นนโยบายของกระทรวงมหาดไทยที่กำหนดเขตพื้นที่ตั้งสถานบริการ

⁵⁸ จาก “การกระทำทางปกครอง,” โดย สมยศ เชื้อไทย, 2530, วารสารนิติศาสตร์, 17 (3), น.57.

เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่อาจรับฟังได้ เนื่องจากนโยบายของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายรองรับจึงไม่อาจนำมาใช้บังคับได้

2) อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power - Pouvoir discretionnaire) เป็นอำนาจที่กฎหมายให้อิสระภาพในการเลือกกระทำการแก่ฝ่ายปกครอง⁵⁹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่าง ซึ่งในแต่ละอย่างต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน⁶⁰ การที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เนื่องมาจากวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป เป็นผลให้การใช้กฎหมายสามารถยืดหยุ่นคล่องตัว สอดคล้อง และเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะราย เป็นกรณีที่ต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี⁶¹ นอกจากนั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ในเรื่องหลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ภายใต้อำนาจหลักความเสมอภาคในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เมื่อฝ่ายปกครองเคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดและได้ออกคำสั่งทางปกครองให้ประชาชนคนใดไปแล้ว ย่อมต้องผูกพันในการวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่ออกให้ใหม่ต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษภายใต้อำนาจหลักความสมควรแก่เหตุหรือหลักแห่งความได้สัดส่วน⁶² ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่สามารถดำเนินการตามความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกันต้องก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด และห้ามฝ่ายปกครองออกมาตรการใดๆ ซึ่งหากได้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่ตกแก่ราษฎรและหรือแก่สังคมโดยรวม⁶³ ซึ่งอำนาจดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองใช้มีทั้งดุลพินิจอย่างสมบูรณ์ (Absolute

⁵⁹ จาก “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง,” โดย โกลิน พลกุล, 2524, วารสารนิติศาสตร์, 12 (1), น.71.

⁶⁰ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.51). เล่มเดิม.

⁶¹ การกระทำทางปกครอง (น.57). เล่มเดิม.

⁶² จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1 (น.574), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶³ จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น.44-45), โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ. : ธรรมสาร.

Discretion) กล่าวคือ กฎหมายไม่มีการกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้ ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้วิธีการใดก็ได้ หรือบางครั้งเรียกว่า ดุลพินิจอย่างกว้าง⁶⁴ ส่วนการใช้ดุลพินิจอย่างจำกัด (Limited Discretion) เป็นอำนาจที่อยู่ระหว่างอำนาจดุลพินิจอย่างสมบูรณ์กับอำนาจผูกพัน กล่าวคือ มีดุลพินิจให้เลือกใช้ได้บ้าง แต่กระทำการนอกเหนือจากนี้ไม่ได้บางครั้งเรียกว่า ดุลพินิจอย่างแคบ จึงสรุปได้ว่าการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างสมบูรณ์หรืออย่างจำกัดนั้น ขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้เพียงใด ดังนั้น การที่พิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องนั้นเพียงใด อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ⁶⁵

ประการที่หนึ่ง กฎหมายไม่ได้วางเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ในการสั่งการในเรื่องนั้นไว้เป็นการเฉพาะ หรือกฎหมายให้เจ้าหน้าที่เลือกสั่งการอย่างไรในหลายอย่าง กรณีนี้จะต้องพิจารณากฎหมายเป็นหลักว่ากฎหมายวางหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือทางเลือกให้สั่งการไว้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 บัญญัติว่า

“ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติดำเนินการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม ดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้

การสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้สั่งพักได้ครั้งละไม่เกินสามสิบวัน”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งการใดๆ ตามมาตรานี้ได้ต่อเมื่อมีเหตุว่าผู้รับอนุญาตขาดคุณสมบัติหรือดำเนินการขัดต่อหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ดังนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุหรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจนั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจเลือกสั่งการโดยอาศัยเหตุอื่น หากปรากฏเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจหรือทางเลือกในการใช้อำนาจได้ 3 ทาง ได้แก่ ไม่ต่ออายุใบอนุญาต สั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาว่าควรใช้ดุลพินิจไปในทางใดโดยอาศัยข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละเรื่อง⁶⁶ ในกรณีที่กฎหมายวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจไว้มาก หรือบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีทางเลือกสั่งการไว้น้อย ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวจะลดลงตามลำดับหรือแทบจะไม่มีเลย ในกรณีที่กฎหมายได้วางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการสั่งการไว้ทุกประการ แต่ถ้ากฎหมายวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจไว้น้อย หรือบัญญัติให้ทางเลือกสั่งการไว้มาก ดุลพินิจของ

⁶⁴ พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.187). เล่มเดิม.

⁶⁵ นิติกรรมทางปกครอง (น.307-312). เล่มเดิม.

⁶⁶ แหล่งเดิม.

เจ้าหน้าที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวมากขึ้นตามลำดับ เช่น กรณีการจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดให้ผู้มีเงื่อนไขครบตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้มีสิทธิร้องขอให้จดทะเบียนสมรสได้และให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรส นายทะเบียนจะใช้ดุลพินิจไม่จดทะเบียนสมรสหรืออ้างเหตุอื่นที่ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ เช่น อ้างว่ามีคำสั่งกระทรวงมหาดไทยห้ามจดทะเบียนสมรสให้คนไทยกับหญิงต่างด้าวที่ยังไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวไม่ได้ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 580/2527 หรือกรณีรัฐมนตรีมีอำนาจถอนสัญชาติไทยของผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยตามมาตรา 7 ทวิ วรรคสอง กรณีผู้อพยพที่เข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เมื่อมีพฤติการณ์อันสมควรเพื่อความมั่นคงหรือประโยชน์ของรัฐตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 18 เห็นได้ว่า แม้รัฐมนตรีไม่มีดุลพินิจหรือทางออกอื่นในเรื่องของอำนาจสั่งการ เนื่องจากรัฐมนตรีมีอำนาจเพียงถอนสัญชาติไทย แต่รัฐมนตรีมีอำนาจมากในการพิจารณาว่ามีพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงต่างๆ ที่อาจเป็นเหตุหรือเงื่อนไขที่ใช้อำนาจถอนสัญชาติหรือไม่

ประการที่สอง การใช้ดุลพินิจสั่งการของฝ่ายปกครองนั้น ต้องไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผลอย่างชัดเจน เนื่องจากการที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณพิจารณาเลือกสั่งการหรือไม่สั่งการหรือสั่งการให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีเพื่อประโยชน์ของประชาชน หลักเกณฑ์นี้มีลักษณะเป็นการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจหรือวิจารณญาณของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้หลักเหตุผลและสามัญสำนึก⁶⁷ ดังนั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ควบคุมได้ทุกกรณี ประกอบกับเมื่อเวลาผ่านไปส่งผลให้พฤติกรรมของมนุษย์และสถานการณ์ในสังคมเปลี่ยนแปลงไป แม้ฝ่ายนิติบัญญัติพยายามบัญญัติกฎหมายให้สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงแต่ละประเภทได้ แต่ในความเป็นจริงข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่อาจเหมือนกันทุกแง่มุม การบัญญัติกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความเหมาะสมในแต่ละกรณี ย่อมส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคมและก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยรวมได้อย่างแท้จริง

⁶⁷ แหล่งเดิม.

2.2.4 ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองและการใช้ดุลพินิจในแต่ละเรื่องนั้นมีขั้นตอนหลายขั้นตอนแตกต่างกันไป โดยทั่วไปอาจแยกพิจารณาได้เป็น 4 ขั้นตอนใหญ่ๆ คือ การสืบสวนข้อเท็จจริงและการพิสูจน์ความจริง การตีความกฎหมายและการพิสูจน์ถึงเนื้อหาขององค์ประกอบของกฎหมาย การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายหรือการปรับบทกฎหมาย การพิจารณาในส่วนผลของกฎหมายว่ากฎหมายให้ปฏิบัติอย่างไร ตำแหน่งแห่งอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายและกระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนของการสืบสวนข้อเท็จจริง และการพิสูจน์ความจริงไม่สามารถใช้ดุลพินิจในส่วนขั้นตอนอื่นได้ ฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจได้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจใน 2 ส่วน คือ

1) ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ เป็นส่วนของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจโดยอาจเกิดขึ้นจากธรรมชาติ การกระทำของบุคคล คุณสมบัติของสิ่งของหรือบุคคล หรือเกิดจากสภาวะทางสังคม และอาจเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งลักษณะของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุจะมีความหมายกว้าง เพื่อให้กฎหมายสามารถนำไปใช้กับข้อเท็จจริงได้หลายๆ เรื่อง⁶⁸ กล่าวคือ ในการตรวจสอบข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดว่าเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้โดยอาศัยพยานหลักฐานต่างๆ แล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานนั้นเพียงพอที่ทำให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นจริงหรือไม่

2) องค์ประกอบส่วนผล คือ ผลทางกฎหมายเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น เป็นกรณีที่ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐเกิดมีหน้าที่หรือมีความสามารถในการออกคำสั่งใดๆ ตามที่เห็นสมควร⁶⁹ เช่น พระบัญญัติสถานบริการที่กำหนดว่าถ้าผู้ได้รับใบอนุญาตสถานบริการแล้วไปประกอบกิจการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ส่วนนี้คือองค์ประกอบส่วนเหตุ องค์ประกอบส่วนผล คือ ต้องถูกเพิกถอนใบอนุญาต ไม่ต่อใบอนุญาต หรือพักใบอนุญาต

การที่กฎหมายได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรฝ่ายปกครองเพียงใด จำต้องพิจารณาประเด็นสำคัญตามขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจดังต่อไปนี้

(1) ดุลพินิจในการตีความกฎหมายและการพิสูจน์ถึงเนื้อหาขององค์ประกอบของกฎหมาย โดยปกติแล้วดุลพินิจการตีความกฎหมายถือเป็นส่วนหนึ่งของดุลพินิจในการปรับบทกฎหมาย

⁶⁸คำอธิบายกฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป) (น.124). เล่มเดิม.

⁶⁹จาก หลักกฎหมายมหาชน (น.453), โดย ภิรัชญา วัฒนรุ่ง, 2550, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

กล่าวคือ เป็นดุลพินิจในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงในองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งหากใช้ถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนแล้วฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตีความหรือปรับบทกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจโดยบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายที่ใช้ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะหรือถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิคแล้ว เช่น “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” หรือ “สภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ” หรือใช้ถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิค เช่น “อาหารที่มีสิ่งที่เป็นอันตรายแก่สุขภาพ” ซึ่งทำให้บางครั้งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วโดยตีความให้เหมาะสมและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายเป็นกรณีๆ ไป ในส่วนนี้นักวิชาการได้มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจในชั้นตอนนี้ได้หรือไม่ เพียงใด ดังนี้

แนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยใช้ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะนั้น สามารถพิจารณาประเภทของถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะและสาระสำคัญของอำนาจดุลพินิจในการตีความตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ ดังนี้

ประเภทของถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะ

ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดข้อเท็จจริงโดยใช้ถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะ เช่น ความผาสุกของประชาชน ผลประโยชน์สาธารณะ ความจำเป็น ความมั่นคง และระเบียบของสาธารณะ ความปลอดภัย และความคล่องตัวในการจราจร อันตราย และการรบกวน การกระทบกระเทือนถึงความสวยงามของบ้านเมือง หรือทัศนียภาพ การก่อสร้างที่สุภาพ ความน่าไว้วางใจ ความเหมาะสม ความสามารถ ศีลธรรมอันดี ฯลฯ⁷⁰ ซึ่งอาจแบ่งถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะได้เป็น 2 ประเภท คือ⁷¹

ก. ถ้อยคำที่เป็นเรื่องทางข้อเท็จจริง (Empirical Concept) เป็นถ้อยคำที่กำหนดเกี่ยวกับเหตุการณ์หรือสิ่งของ อาจเป็นวัตถุที่รับรู้เห็นได้หรือประสบการณ์จากเหตุการณ์ เช่น คำว่า “แนวปฏิบัติทางการค้า” หรือ “พื้นที่อันตราย” “กลางคืน” เป็นต้น แต่การวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องกระทำอย่างภาวะวิสัย กล่าวคือ พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริง

ข. ถ้อยคำที่ต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายพิเศษในทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญหลายด้านหรือเฉพาะด้านรวมกัน (Normative Concept) โดยแสดงออกเป็นถ้อยคำที่มีคุณค่าบาง

⁷⁰พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.272-273). เล่มเดิม.

⁷¹From *German Administrative Law in Common Law Perspective* (pp. 95), by Mahendra P.Singh, (อ้างถึงใน การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น.41-42), โดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2534)

ประการ เช่น “ลามกอนาจาร” “ความสงบเรียบร้อย” และ “ศีลธรรมอันดี” เป็นต้น จากถ้อยคำดังกล่าวข้างต้น ต้องอาศัยความเห็นของผู้ตีความซึ่งอาจไม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นประสพการณ์ทั่วไปโดยไม่อาจเล็งอรรถวิสัยของผู้ตีความนั้น คือ ไม่อาจหลีกเลี่ยงมุมมองหรือความคิดของผู้ตีความได้ การที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงของผู้ประเมินแต่ละคนก็อาจมีความเห็นแตกต่างกันได้และไม่อาจกล่าวได้ว่าความเห็นของใครถูกต้องเพียงผู้เดียว

(2) สาระสำคัญของอำนาจดุลพินิจในการตีความกฎหมาย

การนำข้อเท็จจริงมาพิจารณาถ้อยคำนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุด้วยถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจน ย่อมถือได้ว่ากฎหมายไม่ให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจ แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนเป็นถ้อยคำที่ไม่อาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปในการตีความไว้ล่วงหน้าได้ หากแต่ต้องตีความเฉพาะเรื่องเป็นกรณี ๆ ไป อีกทั้งเป็นถ้อยคำที่วิญญูชนอาจมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่าข้อเท็จจริงใดอยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่⁷² ซึ่งฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการวินิจฉัยหรือไม่ จึงเป็นข้อถกเถียงกันทางวิชาการที่มีความเห็นและเหตุผลที่แตกต่างกันออกไปกล่าวคือ

ก. ความเห็นที่ว่า การควบคุมตรวจสอบการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองในกรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำประเภทที่ต้องนำมาตีความให้ความหมายพิเศษในทางวิชาการ (Normative Concept) นั้น ในการตรวจสอบควบคุมการตีความดังกล่าวศาลปกครองจะถูกจำกัดขอบเขตลง จึงมีผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ โดยให้เหตุผลว่าศาลปกครองไม่อยู่ในฐานะที่ทบทวนคำวินิจฉัยได้ จึงจำเป็นต้องยอมรับการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในเรื่องดังกล่าว เช่น การประเมินเนื้อหา ความหมายหรือการตีความถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะจากประสพการณ์ความรู้ หรือความสามารถพิเศษ ซึ่งศาลปกครองยอมรับที่ไม่ทบทวนคำวินิจฉัยนั้นอีก⁷³

ข. ความเห็นที่ว่า ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมายมีความเห็นว่าถ้อยคำที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุไม่ว่าชัดเจนหรือไม่ชัดเจน เป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ศาลปกครองสามารถทบทวนคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้เสมอ ถือว่าศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด ไม่ว่าฝ่ายปกครองใช้ถ้อยคำอย่างไร ถ้อยคำนั้นชัดเจนหรือไม่ก็ตาม จึงเห็นได้ว่าศาลปกครองถือหลักว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมาย ข้อยกเว้นของหลักนี้เกิดขึ้นภายใต้กรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนประเภทที่ต้องนำมาตีความให้ความหมายเพิ่มเติม

⁷² การกระทำทางปกครอง (น.54). เล่มเดิม.

⁷³ พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.275). เล่มเดิม.

ทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายด้านรวมกัน สรุปได้ว่าแนวคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการตีความกฎหมายนั้น ในทางคำরাไม่ เป็นข้อยุติว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการตีความกฎหมายหรือไม่ และเห็นว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญไม่จำเป็นต้องอยู่ในรูปคณะหรือองค์กรกลุ่มก็ได้ แต่ในส่วนของแนวคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยว่าถ้าคณะกรรมการฝ่ายปกครองประกอบด้วยกรรมการหลายคนที่มีความอิสระทำนองเดียวกับศาล ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งศาลถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการตีความกฎหมาย เว้นแต่กรณีตีความให้อำนาจโดยบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงประเภท Normative Concept เท่านั้น

แนวความคิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนนี้ แต่เดิมการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในชั้นตอนนี้หรือไม่ขึ้นอยู่กับที่ศาลควบคุมหรือไม่ควบคุม กล่าวคือ ถ้าศาลสามารถควบคุมฝ่ายปกครองได้ถือว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในชั้นตอนนี้ แต่หากศาลไม่สามารถควบคุมฝ่ายปกครองได้ถือว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ในกรณีศาลสามารถควบคุมนี้ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนกรณีศาลไม่สามารถควบคุมได้ ถือเป็นปัญหาความเหมาะสม ซึ่งกรณีใดเป็นปัญหาข้อกฎหมายและกรณีใดเป็นปัญหาความเหมาะสมนี้ไม่สามารถจำแนกได้ก่อนที่ศาลตัดสินใจว่าศาลสามารถควบคุมหรือไม่ควบคุม⁷⁴ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้แนวคิดที่เป็นที่ยอมรับในสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ ฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง (Conseil d'Etat) แล้ว พบว่า บางกรณีศาลได้มีการขยายขอบเขตในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ในบางกรณีศาลจำกัดขอบเขตในการควบคุมไว้ โดยในกรณีศาลขยายขอบเขตในการควบคุมนั้น ทำให้ดูเหมือนว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

3) ดุลพินิจในขั้นตอนการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริง คือ ขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือที่มีอยู่จริงตามที่ได้สืบสวนข้อเท็จจริง เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ในกรณีเฉพาะเรื่องโดยมีกระบวนการย่อยๆ ในการวินิจฉัย ดังนี้ การตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมาย การแบ่งแยก

⁷⁴From *International and Comparative Law Quarterly* (pp.521-524), by Carol Harlow, 1980, (อ้างอิงใน เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล (น.26). เล่มเดิม)

ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องออกเป็นข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด และการเปรียบเทียบว่า ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเหมือนหรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายหรือไม่ โดยปกติ การปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” ไม่ใช่ “ปัญหาตุลพินิจ” ที่ ฝ่ายปกครองสามารถวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่เห็นสมควร⁷⁵ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนในกรณีที่กฎหมาย บัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายที่ชัดเจน ฝ่ายปกครองย่อมไม่มี ตุลพินิจวินิจฉัยว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นอย่างอื่น แต่ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอัน เป็นองค์ประกอบ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอน (Indefinite Concepts) ยังมีข้อถกเถียงทาง วิชาการว่า ฝ่ายปกครองมีตุลพินิจกำหนดความหมายอย่างอิสระหรือไม่ ถ้อยคำที่ไม่อาจกำหนด ความหมายแน่นอน คือ ถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความและวิญญูชนอาจเข้าใจความหมาย แตกต่างกันได้ เช่น “การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ” “การกระทำที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรม” “อาคารหรือโรงเรียนที่อยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมน่ารังเกียจ” เป็นต้น ซึ่งยังมีข้อถกเถียงกันว่าเป็น “ปัญหาข้อกฎหมาย” หรือ “ตุลพินิจ”

4) ตุลพินิจในขั้นตอนการตัดสินใจ เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับ บทกฎหมายเสร็จแล้ว ข้อพิจารณาต่อไปคือกฎหมายกำหนดการใช้อำนาจกระทำการของฝ่าย ปกครองไว้อย่างไร กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียว หรือ กำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกกระทำการได้หลายประการเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจอยู่ในรูปการกระทำการหรือการงดเว้นกระทำการก็ได้ บทกฎหมายอาจกำหนดให้เลือกกระทำ การอย่างใดในสองอย่างหรือมากกว่านั้นขึ้นไป หรือเลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ ฝ่ายปกครองย่อมมีตุลพินิจที่จะเลือกกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตน ภายใต้ กรอบของกฎหมายนั้น

บทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง 2 ประการ ดังนี้

(1) ตุลพินิจตัดสินใจว่าให้อำนาจหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ” ในทาง ตรงข้ามกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีตุลพินิจอาจใช้คำว่า “ต้อง”⁷⁶

(2) ตุลพินิจเลือกการกระทำ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะราย เพื่อให้บทบัญญัติกฎหมาย ตลอดจนการใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและมีเป้าหมายสูงสุดที่การทำความยุติธรรมให้เกิดขึ้น

⁷⁵จาก กฎหมายปกครอง (น.204-205), โดย นัยนา เกิดวิชัย, 2541, นครปฐม : นิติณย.

⁷⁶พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.261). เล่มเดิม.

เฉพาะราย เมื่อฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจต่อไปว่ากระทำเป็นประการใด โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย ในการออกนิติกรรมทางปกครองเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เพื่อหาทางแก้ปัญหาได้อย่างเหมาะสมและยุติธรรมที่สุดสำหรับเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องตั้งคำถามเสมอว่า เพื่อวัตถุประสงค์ใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจและประเด็นในเรื่องใดที่เป็นแบบอย่างได้ดีในการนำไปวินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายนั้น ในกรณีที่สามารถนำเอาเรื่องวัตถุประสงค์และความยุติธรรมมาพิจารณาได้ เช่น ดุลพินิจที่ใช้ในการสลายการชุมนุมที่มีได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในการประกันความมั่นคงและระเบียบสาธารณะ หากมีการชุมนุมประท้วงที่มีได้แจ้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ทราบก่อนล่วงหน้าเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต้องพิสูจน์ว่าการชุมนุมนี้มีผลกระทบถึงเรื่องอะไรต้องใช้มาตรการอะไรหรือต้องเพิ่มจำนวนเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยมากขึ้นเท่าไร ในระหว่างที่การชุมนุมนั้นขยายตัวมากขึ้น และการดำเนินการสลายการชุมนุมอย่างไรจึงประสบผล⁷⁷

ข. การใช้ดุลพินิจทั่วไป ในเบื้องต้นดุลพินิจฝ่ายปกครองมุ่งใช้เฉพาะราย แต่สามารถใช้เป็นการทั่วไปได้ เมื่อหัวหน้าหรือผู้บังคับบัญชาออกแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ชั้นต้น ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาทั้งหลายมีความเป็นเอกภาพในการมองจากด้านของประชาชน การใช้ดุลพินิจที่ผูกพันกับแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองหรือการใช้ดุลพินิจทั่วไป เช่นนี้เป็นการเสริมหลัก “การปฏิบัติต่อประชาชนโดยเสมอภาค”⁷⁸

การใช้ดุลพินิจเฉพาะรายและการใช้ดุลพินิจทั่วไปอาจขัดแย้งกันได้ ต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจทั่วไปมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ในกรณีที่มีการขัดแย้งกันควรใช้วิธีประนีประนอม กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นต้นจะต้องผูกพันกับแนวปฏิบัติภายในหรือการใช้ดุลพินิจทั่วไป แต่ในกรณีพิเศษอาจจะใช้ดุลพินิจเฉพาะรายได้⁷⁹

(3) การควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐ เป็นระบบสำคัญพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในปัจจุบันมีกฎหมายจำนวนมากที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าในทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง ดังนั้น

⁷⁷แหล่งเดิม. (น.262).

⁷⁸แหล่งเดิม.

⁷⁹แหล่งเดิม. (น.263).

ระบบการควบคุมการใช้อำนาจที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องมีลักษณะครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของรัฐทุกประเภทให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นธรรม และต้องมีหลักการที่ดี การแทรกแซงปัจเจกบุคคล นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ 3 ประการ ดังนี้

1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และต้องใช้อำนาจนั้นภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น ต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรฝ่ายตุลาการจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้⁸⁰

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้ความเห็นเกี่ยวกับระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ดีว่าควรมีลักษณะ ดังนี้

ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐในทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปโดยทั่วถึง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กร เพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่างๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียวหรือมีน้อยองค์กร อาจไม่เพียงพอกับการดูแลตรวจสอบกิจกรรมของ

⁸⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น.66), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2552, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

รัฐทุกด้านได้อย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้น ต้องไม่ซ้ำซ้อนและต้องเสริมซึ่งกันและกัน

ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจอรัฐ ต้องมีความเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมนั้นสร้างสมดุลภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจอรัฐ เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้ไปพร้อมกัน

ประการที่สาม องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้นต้องมีลักษณะเป็น “อิสระ” ในการตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั่นเอง ต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย

ประการสุดท้าย เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบขององค์กรตรวจสอบตามวิธีการข้างต้นแล้ว ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้อย่างกว้างขวางขึ้น อันทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ดังนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจอรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงมีสิทธินำเรื่องมาให้องค์กรควบคุมพิจารณาได้⁸¹ อย่างไรก็ตาม หลายประเทศต่างรับรู้ถึงปัญหาของตนและมีกลไกการตรวจสอบฝ่ายปกครองที่แตกต่างกันออกไปโดยคำนึงถึงสถานะหรือบริบทในสังคมของตนว่าเป็นอย่างไร และหาทางคิดค้นกลไกในการนำมาปรับใช้กับสถานการณ์ที่เป็นปัญหาของตน ซึ่งการควบคุมการใช้อำนาจอบริหารของฝ่ายบริหาร และอำนาจปกครองของฝ่ายปกครองในประเทศเสรีประชาธิปไตยต่างๆ อาจแยกได้ 2 ระบบ คือ

1) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายบริหาร ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชา และการกำกับดูแล

(1) การควบคุมบังคับบัญชาเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตนในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา และหากเห็นว่าการกระทำใดของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นได้ โดยผู้บังคับบัญชาสามารถใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้โดยพลการ หรือเมื่อเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นมาร้องทุกข์

⁸¹จาก “ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ.” โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, วารสารกฎหมายปกครอง, 13 (2), น.14-16.

หรือร้องเรียน⁸² ซึ่งการร้องทุกข์ (recall) หมายถึง วิธีการทุกอย่างที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้สิทธิเรียกร้องให้องค์กรของรัฐแก้ไขสถานะทางกฎหมายของตนให้ถูกต้อง รวมถึงวิธีการร้องเรียนทุกวิธีที่จัดให้มีขึ้นตามกฎหมายด้วย⁸³ ซึ่งการร้องเรียนอาจร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาขององค์กรฝ่ายปกครอง หรือร้องเรียนต่อคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารวิธีหนึ่ง โดยวิธีดังกล่าวเป็นการร้องเรียนฝ่ายปกครองที่กระทำการหรือมีนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง หรือร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาไม่ว่าการร้องเรียนจะกระทำเป็นหนังสือ ด้วยวาจา หรือกระทำการด้วยวาจาเป็นกลุ่มมาร้องเรียนต่อฝ่ายบริหาร การควบคุมโดยวิธีนี้มีอยู่ในทุกประเทศ แต่รูปแบบการควบคุมที่ไม่มีวิธีการที่แน่นอน และไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท หรือการร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารอาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือสั่งการนั่นเอง เพื่อให้ทบทวนข้อเท็จจริงและข้อวินิจฉัยของตนเสียใหม่ หรืออาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่าผู้ดำเนินการหรือสั่งการนั้น วิธีการดังกล่าวนี้มีข้อเสีย คือ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเป็นวิธีการที่ไม่มีวิธีพิจารณาที่แน่นอนไม่อาจให้ความยุติธรรมแก่เอกชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองได้ เพราะอาจไม่ได้รับการพิจารณาหรือผู้บังคับบัญชาอาจมีความลำเอียงเข้าข้างผู้ได้บังคับบัญชาของตน เนื่องจากมีความรับผิดชอบอยู่ด้วย ดังนั้น จึงมีวิธีการอีกอย่างหนึ่งที่ทำให้หลักประกันและความเป็นธรรมแก่เอกชนมากขึ้น โดยใช้วิธีในลักษณะกึ่งข้อพิพาท กล่าวคือ เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยให้เจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการ แต่มิใช่ศาลวินิจฉัยกรณีโต้แย้งในลักษณะที่เป็นคดีข้อพิพาท โดยมีวิธีพิจารณาเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่มีประโยชน์ขัดแย้งกันวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ให้มีการรับฟังพยานหรือให้มีการตรวจสอบให้ความเห็นโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลางและไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่ที่เกี่ยวข้องไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการกฎหมายได้กำหนดให้อุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อศาลในข้อกฎหมายได้ หรือในบางกรณีอาจให้อุทธรณ์ได้ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ในอังกฤษ เรียกว่า คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นคณะกรรมการของฝ่ายบริหาร (Administrative Tribunals) ถูกจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติมีหน้าที่เฉพาะเรื่องแตกต่างกันไปตามแต่ที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้

(2) การกำกับดูแล เป็นกรณีที่องค์กรการปกครองส่วนกลางหรือองค์กรขององค์กรปกครองส่วนภูมิภาคใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น กรุงเทพมหานคร เทศบาล ฯลฯ และการกระทำขององค์กร

⁸² หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น.66). เล่มเดิม.

⁸³ กฎหมายปกครอง (น.246). เล่มเดิม.

ขององค์การมหาชน เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นต้น ผู้ว่าราชการจังหวัดและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างเทศบัญญัติที่สภาเทศบาลต่างๆ ได้จัดทำขึ้น และหากเห็นว่าการทำงานขององค์กรขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือขององค์กรขององค์การมหาชนไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์การขององค์การปกครองส่วนกลางหรือองค์กรขององค์การปกครองส่วนภูมิภาคมีอำนาจไม่อนุญาติให้การกระทำนั้นมีผลบังคับ ชกเลิก หรือเพิกถอนการกระทำนั้น แล้วแต่กรณี⁸⁴

2) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งการควบคุมได้ดังนี้

(1) การควบคุมโดยรัฐสภา ในประเทศไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้เปิดโอกาสให้รัฐสภาควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐมนตรีได้ทั้งหมด เช่น ให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสติตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ หรือให้วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญ และมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญเพื่อทำการสอบสวนการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องต่างๆ ได้ เป็นต้น⁸⁵

(2) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล เป็นหลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าการควบคุมระบบอื่นๆ เนื่องจาก

ก. ศาลหรือตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมขององค์กรทางการเมือง อันได้แก่ รัฐสภา รัฐบาล หรือฝ่ายปกครอง ความเป็นอิสระของศาลนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่ากรณีพิพาทระหว่างตนกับฝ่ายปกครองจะได้รับการพิจารณาโดยคนกลางที่ปราศจากอคติลำเอียง ส่วนการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลก็ตาม องค์กรผู้มีหน้าที่ควบคุมจะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีทั้งสิ้น ดังนั้น จึงไม่อาจจะขจัดความสงสัยในความมีอคติลำเอียงให้หมดสิ้นไปได้ ซึ่งจะปรากฏชัดเจนในกรณีของการควบคุมบังคับบัญชา โดยปกติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆ มักใช้อำนาจตามกฎหมายออกคำวินิจฉัยสั่งการไปตาม “แนวปฏิบัติ” ที่ผู้บังคับบัญชาชั้นสูงของตนกำหนดไว้ไว้ในหนังสือเวียนเสมอ แต่แนวปฏิบัติไม่ใช่กฎหมายอันองค์กรฝ่ายปกครองจะใช้บังคับแก่เอกชนได้ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2383/2526 ซึ่งแนวปฏิบัติมีฐานะเป็นเพียงข้อแนะนำจากผู้บังคับบัญชาเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่กฎหมายให้แก่ตนออกคำวินิจฉัยสั่งการแตกต่างไปจากแนวปฏิบัติก็ได้ แต่เนื่องจาก

⁸⁴หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น.66). เล่มเดิม.

⁸⁵แหล่งเดิม. (น.68).

ผู้บังคับบัญชามีอำนาจให้คุณให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจึงถือและปฏิบัติตามแนวปฏิบัติอย่างเคร่งครัด แม้ว่าแนวปฏิบัตินั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม⁸⁶

ข. เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ จึงเป็นหลักประกันว่าทุกข์หรือความเดือดร้อนของราษฎรหากมีอยู่จริงจะได้รับการแก้ไขภายในเวลาอันสมควร⁸⁷

ค. วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตนและหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ การเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่ใช้อำนาจไปตามอำเภอใจ และการเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตน และหรือหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่นั้น ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าคำพิพากษาของศาลได้วางอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ถูกต้องแท้จริง⁸⁸

ง. ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปทางใด ให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไปเช่นนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจเช่นกัน ทั้งนี้ เพราะเป็นการบังคับให้ผู้พิพากษาต้องไตร่ตรองใคร่ครวญให้รอบคอบว่าคำพิพากษาของตนมีเหตุผลที่วิญญูชนรับฟังได้หรือไม่ และให้พิพากษาคดีไปในทางที่มีเหตุผลอันวิญญูชนรับฟังได้เท่านั้น⁸⁹

2.3 แนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับการควบคุมการมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนของต่างประเทศ

การศึกษาแนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับการควบคุมการมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนของต่างประเทศ ถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งที่จะช่วยให้ทราบถึงความแตกต่างระหว่างแนวความคิดและหลักการในเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศและของประเทศไทย ทำให้ทราบถึงผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายของประเทศนั้นๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการนำมา

⁸⁶แหล่งเดิม. (น.69).

⁸⁷แหล่งเดิม. (น.70).

⁸⁸แหล่งเดิม. (น.71).

⁸⁹แหล่งเดิม.

เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทย ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศอาจมีความแตกต่างในเรื่องของพื้นฐานแนวความคิด สภาพแวดล้อม และขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างกัน ในการเขียนวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ได้เลือกศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น อังกฤษ และสหพันธรัฐมาเลเซีย เพื่อให้เห็นความแตกต่างทั้งประเทศที่มีวัฒนธรรมเช่นเดียวกับประเทศไทยคือสหพันธรัฐมาเลเซียและเป็นประเทศเพื่อนบ้านของไทย หรือประเทศที่ความแตกต่างกันระหว่างทวีป คือ สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ส่วนญี่ปุ่นนั้นอยู่ในทวีปเอเชียด้วยกันแต่มีพื้นที่ห่างกันพอสมควร

2.3.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามีแนวทางการควบคุมที่ผ่อนคลายมากเนื่องจากเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อสิทธิเสรีภาพมาโดยตลอดกฎหมายของสหรัฐอเมริกาไม่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นในการปกครองประเทศ ทั้งยังกำหนดการมีอาวุธของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญบทที่แก้ไขที่ 2 สิทธิในกองทหารอาสาสมัครบัญญัติว่า “กองทหารอาสาสมัครซึ่งมีการจัดระเบียบอย่างดี เป็นสิ่งจำเป็นต่อความมั่นคงของรัฐเสรีจะตัดสิทธิของประชาชนจะมีและถืออาวุธปืนได้” บทแก้ไขนี้ได้เขียนขึ้นเพื่อคุ้มครองมลรัฐและกองอาสาสมัครประจำท้องถิ่นให้พ้นจากอำนาจของรัฐบาลกลางและได้เป็นการตกลงกันมานานแล้วว่า บทแก้ไขนี้กำหนดขึ้นไว้เพื่อป้องกันการแทรกแซงของรัฐบาลกลางในกองทหารอาสาสมัคร มิใช่เป็นรับประกันว่าพลเมืองแต่ละคนมีสิทธิที่จะมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองหรือถืออาวุธ ดังนั้น จึงมีความเห็นกันว่าบทแก้ไขนี้ไม่ได้ผูกมัดมลรัฐ⁹⁰

การวางระเบียบเกี่ยวกับอาวุธปืน ศาลสูงสุดได้ให้ข้อสังเกตไว้ในคดี *United States v. Cruikshank* ว่าบทแก้ไขที่ 2 นี้ไม่ได้รับประกันสิทธิของเอกชนใดๆ ที่จะซื้อหรือใช้อาวุธปืน รัฐบาลมีสิทธิที่จะเก็บภาษีและวางระเบียบเกี่ยวกับการผลิตอาวุธปืนรวมทั้งการขนย้ายในการค้าระหว่างมลรัฐและระเบียบข้อบังคับเช่นนั้นไม่ขัดกับบทแก้ไขที่ 2⁹¹ อย่างไรก็ตาม ระเบียบเกี่ยวกับอาวุธปืนก็เหมือนกฎหมายของรัฐบาลกลางอื่น คือ จะต้องเป็นตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อป้องกันสิทธิในที่ดินรวมตลอดถึงทรัพย์สิน และความปลอดภัยในชีวิตร่างกายยังทำให้การมีอาวุธปืนเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับสังคมสหรัฐอเมริกานั้น ดังนั้น ประชาชนในสหรัฐอเมริกาจึงมีความรู้สึ้อยู่ตลอดเวลาว่า การมีอาวุธปืนเป็นสิทธิพื้นฐาน

⁹⁰From *116 U.S. 252*, by *Pressor v. Illinois*, 1886, (อ้างถึงใน สวนิต สงคคุณท์, 2544, น.98)

⁹¹ *Ibid.*

ของบุคคลเพียงแต่ยอมให้รัฐเข้ามาควบคุมได้บางส่วนเพื่อความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคมส่วนรวมเท่านั้น กล่าวได้ว่าประชาชนชาวอเมริกันมีสิทธิและเสรีภาพในการมีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนแต่เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรมและความรุนแรง ซึ่งเป็นเหตุผลความจำเป็นที่สำคัญในการออกบทบัญญัติและบังคับใช้รัฐบัญญัติกฎหมายอาวุธปืนของสหรัฐอเมริกาให้ตัวแทนจำหน่ายเป็นผู้รับผิดชอบในการตรวจสอบข้อมูลเบื้องต้น เพราะสหรัฐอเมริกาแทบจะไม่มีมาตรการในการควบคุมอาวุธปืนโดยตรงต่อประชาชนเลย เนื่องจากประเทศนี้เป็นประเทศแห่งเสรีภาพจากประวัติศาสตร์การต่อสู้มายาวนาน ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แต่จะใช้วิธีควบคุมทางอ้อมโดยการผลัดภาระการตรวจสอบให้ตัวแทนจำหน่ายอาวุธปืนเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ซื้ออาวุธปืน ซึ่งหากปรากฏว่ามีการบิดเบือนข้อมูลในการตรวจสอบดังกล่าวตัวแทนจำหน่ายจะต้องถูกเพิกถอนใบอนุญาต โดยการตรวจสอบตัวแทนจำหน่ายนั้น รัฐจะเป็นผู้ตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง กฎหมายอาวุธปืนของสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้า การขนส่งข้ามรัฐและประเทศ การควบคุมจึงกระทำได้ตั้งแต่สินค้าออกจากโรงงานจนถึงการขนส่ง นอกจากนี้การมอบให้ตัวแทนจำหน่ายเป็นผู้ทำการเก็บรักษาข้อมูลเกี่ยวกับหลักฐานการนำเข้า การผลิตการขนส่งใบเสร็จการขายหรือการจัดการอื่นเกี่ยวกับอาวุธปืนที่จะเกิดขึ้นจากการทำธุรกิจตามรูปแบบ การจัดทำกรบันทึกข้อมูลโดยถ้ามีเหตุอันน่าเชื่อถือว่ามีการฝ่าฝืนจะมีคณะรัฐมนตรีตรวจสอบยังมีผลดีอีกหลายประการ คือ ตัวแทนจำหน่ายซึ่งเป็นองค์กรเอกชนโดยทั่วไปมักจะมีเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ดี หรือทันสมัยกว่าทางราชการ ดังนั้น ระบบการตรวจสอบและการบันทึกจัดเก็บจึงเป็นระบบ อีกทั้งอาวุธปืนที่จำหน่ายจะมีหมายเลขมาตั้งแต่โรงงานผลิตอาวุธปืน ซึ่งมีประสิทธิภาพมากกว่าภาครัฐประกอบกับความรับผิดชอบขององค์กรที่ผูกติดอยู่กับการตรวจสอบดังกล่าวทำให้การควบคุมหลักเกณฑ์การให้มีอาวุธปืนมีผลให้เห็นเป็นรูปธรรม โดยที่รัฐไม่ต้องลงทุนทั้งแรงและงบประมาณ กฎหมายอาวุธปืนของสหรัฐอเมริกายังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดเขตในการห้ามการครอบครองอาวุธปืน เช่น เขตโรงเรียนโดยการกำหนดเงื่อนไขในการพาอาวุธปืนไว้เฉพาะเพื่อความปลอดภัย อีกทั้งมีการห้ามการครอบครองอาวุธปืนและอาวุธอันตรายในสถานที่ราชการ

แนวความคิดในการกำหนดมาตรการควบคุมความรับผิดชอบของเจ้าของอาวุธปืนที่เกิดจากความละเลยไม่ดูแลอาวุธปืนของตนที่รับอนุญาตจนก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น เช่น การที่นำลูกปืนมาใช้ดังกล่าวข้างต้น เพราะการละเลยไม่จัดเก็บอาวุธปืนให้อยู่ในที่ปลอดภัยเพื่อให้เกิดความรับผิดชอบในการระมัดระวังดูแลอาวุธปืนในความครอบครองของตนมากขึ้น โดยการต้องชดใช้ความเสียหายแม้ไม่ได้เกิดจากกระทำของตนโดยตรงก็ตาม ซึ่งอาจมีผลทำให้บุคคลต้องการมี

อาวุธปืนน้อยลงและถ้ามีอาวุธปืนอยู่ในครอบครองอยู่แล้วก็จะได้เพิ่มความระมัดระวังในการดูแลอาวุธปืนมากขึ้น⁹²

2.3.2 ญี่ปุ่น⁹³

การควบคุมอาวุธปืนในญี่ปุ่นนั้นได้มีการควบคุมมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 แล้ว หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 การควบคุมปืนนั้นเข้มงวดขึ้นมาก พลเรือนจำนวนมากไม่เคยเห็นอาวุธปืนในชีวิต บุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าของปืนล่าสัตว์และการล่าสัตว์หรือล่านกโดยใช้อาวุธปืนนั้นต้องมีการเสียภาษีการล่าสัตว์และต้องได้รับใบอนุญาตครอบครองอาวุธปืน ใบอนุญาตล่าสัตว์ และมีการลงทะเบียนการล่าสัตว์ด้วย กระบวนการในการขอรับใบอนุญาตครอบครองอาวุธปืนนั้นจะมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้เวลานาน จึงทำให้จำนวนบุคคลผู้ซึ่งครอบครองอาวุธปืนลดลงอย่างมาก เนื่องจากกฎระเบียบที่เข้มงวดดังกล่าว

กฎหมายควบคุมการครอบครองอาวุธปืนและดาบ ค.ศ. 1958 นั้น บัญญัติขึ้นมาแทนที่กฎหมายปี ค.ศ. 1950 ได้มีการเปลี่ยนแปลงข้อบังคับในกฎหมาย ปี ค.ศ. 1950 แต่การห้ามโดยทั่วไปสำหรับการครอบครองอาวุธปืนโดยพลเรือนนั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป หนึ่งใน การเปลี่ยนแปลงที่ถูกนำมาใช้ในกฎหมายปี ค.ศ.1958 นั้นคือการห้ามพกพาอาวุธปืนหรือดาบ ไม่ว่าจะ เป็นการพกพาโดยมีใบอนุญาตเป็นเจ้าของอาวุธปืนหรือดาบ ปีก่อนหน้านั้นได้มีการต่อสู้ของแก๊ง ที่มีชื่อเสียงโดยใช้อาวุธปืนและดาบ เจ้าหน้าที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ประเมินว่าครั้งหนึ่งของอาวุธปืนและดาบได้ใช้ในการต่อสู้ของแก๊งดังกล่าว โดยได้มีการออกใบอนุญาตแล้วและ อีกครั้งหนึ่งไม่มีใบอนุญาต จึงทำให้เกิดการแก้ไขกฎหมายปี ค.ศ. 1950 เนื่องจากรัฐบาลต้องการที่จะป้องกันหรือลดปริมาณการใช้อาวุธปืนหรือดาบโดยแก๊ง และกฎหมายปี ค.ศ. 1958 ได้รับการแก้ไขบ่อยครั้งตามความไม่พอใจของสังคมหลังจากเกิดอาชญากรรมหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับอาวุธปืน การแก้ไขในแต่ละครั้งนั้นทำให้มีข้อจำกัดรัดกุมขึ้น เช่น เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจจะรู้ว่าอาวุธปืนที่ผิดกฎหมายถูกนำเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งผลให้มีกฎหมายการจัดทำใบอนุญาตนำเข้าอาวุธปืนในปี ค.ศ. 1965 หลังจากบุคคลอายุ 18 ปี ซึ่งมีใบอนุญาตเป็นเจ้าของอาวุธปืนไรเฟิลล่าสัตว์ 2 กระบอก ฆ่าเจ้าหน้าที่ตำรวจและดำเนินต่อไปซึ่งการยิงต่อสู้กับเจ้าหน้าที่ตำรวจในปี ค.ศ. 1965 ส่งผลให้อายุของการเป็นเจ้าของใบอนุญาตครอบครองปืนไรเฟิลล่าสัตว์ได้เพิ่มขึ้นจากบุคคลอายุ 18 ปี เป็น 20 ปี หลังจากอาวุธปืนจำลองได้ถูกใช้ในการก่ออาชญากรรมในปี ค.ศ. 1960 รวมไปถึง

⁹²จาก ปัญหาและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืนศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ (น.139), โดย สวนิต สดงคุณท์, 2544, กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁹³ Library of Congress, Firearms-Control Legislation and Policy: Japan, Retrieved May 15, 2014 from <http://www.loc.gov/law/help/firearms-control/japan.php>.

การจับเครื่องบิน การครอบครองอาวุธปืนจำลองจึงถูกต้องห้าม ต่อมาปืนอัดลมเริ่มถูกควบคุมโดยการแก้ไขในปี ค.ศ. 2006 หลังจากมีฆาตกร 5 คน ใช้ปืนสั้น ในปี ค.ศ. 2008 จึงได้มีการแก้ไขข้อจำกัดในการครอบครองปืนสั้นดังกล่าว มาตราหนึ่งของกฎหมายปี ค.ศ. 1958 มีจุดประสงค์ที่จะให้มีมาตรการที่จำเป็นในการควบคุมเพื่อป้องกันอันตรายและการบาดเจ็บที่เกิดจากการครอบครองอาวุธปืนและดาบ การครอบครองหมายความว่ามิวัดใดๆ ที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมโดยบุคคลรวมถึง การจัดเก็บและการพกพาด้วย การครอบครองอาวุธปืนและส่วนประกอบของอาวุธปืนนั้นถูกจำกัดอย่างเคร่งครัดตามกฎหมาย สมาชิกของกองกำลังป้องกันตนเอง ข้าราชการอื่น และบุคคลผู้ซึ่งได้รับการอนุญาต จากรัฐบาลที่จะใช้อาวุธปืนเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจง เช่น การล่าสัตว์ นกยิงเป้า นักกีฬาที่แข่งขันในการแข่งขันระดับประเทศ หรือ การแข่งขันระหว่างประเทศ ตัวแทนจำหน่ายอาวุธปืน ผู้ผลิต ผู้ส่งออกอาวุธปืน และผู้สะสมปืนโบราณ การโอน การให้ยืม การยืมอาวุธปืนหรือส่วนประกอบของอาวุธปืนก็ถูกจำกัดเช่นกัน คำว่า “อาวุธปืน” นี้หมายถึง ปืนพก ปืนไรเฟิล ปืนกล ปืนล่าสัตว์ หรือปืนอื่นที่ใช้ดินปืน และปืนลมที่ถูกกระทุงโดยสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เพื่อจะขออนุญาตครอบครองอาวุธปืน บุคคลต้องทำคำร้องต่อคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะระดับจังหวัด ที่ซึ่งบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาซึ่งระบุว่าอาวุธปืนที่ตนครอบครองและประสงค์ที่จะใช้อยู่ ณ ที่นั้น ชนิดของอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตให้ครอบครองนั้นถูกจำกัด ขึ้นอยู่กับจุดประสงค์ของการครอบครอง ได้แก่ ปืนล่าสัตว์ (ปืนไรเฟิล และ ปืนพก) หรือ ปืนลม ไม่รวมปืนพกอัดลม ที่ใช้ในการยิงเป้าบิน การล่าสัตว์ หรือป้องกันอันตรายจากนกและสัตว์ อาวุธปืนพิเศษที่ใช้สำหรับธุรกิจเฉพาะ เช่น การช่วยเหลือชีวิต โรงฆ่าสัตว์ การประมง และการก่อสร้าง อาวุธปืนที่ใช้ในการทดสอบหรือวิจัย และ ปืนพกและปืนลมพกที่ใช้ในการแข่งขันกีฬานานาชาติเมื่อถูกแนะนำโดยบุคคลผู้ซึ่งถูกกำหนดโดยคณะกรรมการ

2.3.3 อังกฤษ⁹⁴

อังกฤษนับได้ว่าเป็นประเทศผู้นำในเรื่องของกฎหมายและสิทธิมนุษยชนเนื่องจากเป็นเจ้าของบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิที่เรียกว่า Bill of Rights ซึ่งถือว่าเป็นแม่บทหรือเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญทั่วโลก ทั้งสหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ และสหพันธรัฐมาเลเซียต่างรับอิทธิพลมาจากบทบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของตน โดยใช้ชื่อ Bill of Rights ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของราษฎรตามมาอย่างชื่อกฎหมายของอังกฤษ และที่สำคัญประเทศดังกล่าวต่างเคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษมาแล้วทั้งสิ้น กฎหมายอาวุธปืนของอังกฤษเองจึงเป็นต้นแบบกฎหมายอาวุธปืนในประเทศต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น

⁹⁴ปัญหาและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืนศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ (น.48).
เล่มเดิม

การควบคุมอาวุธปืนมีหลักการใหญ่ คือ ห้ามมีอาวุธปืนแต่เนื่องจากประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของอังกฤษมีการล่าสัตว์ทั้งที่ใช้เป็นอาหารและการล่าสัตว์ที่เป็นการศึกษา อีกทั้งยังเป็นปศุสัตว์ขนาดใหญ่จำเป็นต้องมีและใช้อาวุธปืนเพื่อการดังกล่าว ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการให้มีและใช้อาวุธปืนจึงสอดคล้องกับธรรมชาติและวัฒนธรรมของประเทศ ส่วนวัตถุประสงค์ของอาวุธปืนกีฬาได้กำหนดไว้ชัดเจนตามกฎหมาย (Firearms Amendment) Act 1997 บัญญัติว่าเป็นพระราชบัญญัติที่แก้ไขพระราชบัญญัติอาวุธปืน ค.ศ. 1968 – 1992 เพื่อเป็นบทบัญญัติในการพิจารณาออกใบอนุญาตและเป็นกฎเกณฑ์ควบคุมต่อสโมสรปืนพกต่างๆ เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในการควบคุมการครอบครองการจัดการที่เกี่ยวกับอาวุธปืน และจุดประสงค์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีการกำหนดการอนุญาตให้มีซึ่งปืนพกที่มีลำกล้องขนาดเล็ก เพื่อการซ้อมยิงเป้าในสโมสร⁹⁵

แนวความคิดที่จะควบคุมไม่ให้ประชาชนมีและใช้อาวุธปืนอย่างจริงจังไม่เว้นแม้แต่ตำรวจซึ่งทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยให้กับบ้านเมือง การควบคุมอาวุธปืนของอังกฤษคือการแบ่งประเภทของอาวุธปืนตามอนุภาพความร้ายแรง ซึ่งลำดับประเทศดังกล่าวนี้จะเป็นตัวกำหนดบุคคลผู้มีอำนาจในการให้อนุญาตอาวุธปืน เช่น อาวุธปืนสั้นที่มีอนุภาพไม่ร้ายแรง การอนุญาตให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้างานตำรวจ แต่ถ้าเป็นอาวุธปืนชนิดอนุภาพร้ายแรงการอนุญาตให้อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอังกฤษ แต่ถ้าเป็นปืนกีฬาหรือปืนล่าสัตว์กับไม่ควบคุมหรือควบคุมน้อย การควบคุมจะเป็นการกำหนดให้ใช้อาวุธปืนนั้นภายในสถานที่กำหนดคือชมรมยิงปืนหรือสโมสรยิงปืนที่มีการซ้อมยิงเป้า การพาอาวุธปืนเป็นกีฬา (ปืนอัดลม) คิดตัวอาจไม่มีความผิดหากมีหลักฐานมาแสดงได้ว่า เป็นสมาชิกของชมรมหรือสโมสรดังกล่าว นอกจากนี้การจัดแบ่งประเภทความร้ายแรงของอาวุธปืนไว้เป็นระดับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การขออนุญาตในความเข้มข้นและผู้มีอำนาจอนุญาตโดยได้กำหนดตำแหน่งในการให้อนุญาตอาวุธปืน ตลอดจนกำหนดบทลงโทษแตกต่างกันในแต่ละระดับได้อย่างชัดเจน รวมถึงวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการปฏิบัติผิดเงื่อนไขข้อกำหนดไว้ละเอียดครอบคลุมและชัดเจนในทางปฏิบัติโดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาเรื่องอาวุธปืนประกอบด้วย ประธานหนึ่งคนและกรรมการอีก 12 คน ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอังกฤษแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิและประสบการณ์เกี่ยวกับอาวุธปืน ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาบททวนข้อกำหนดและจัดทำข้อคิดเห็นเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอังกฤษเป็นระยะหากเห็นว่า ควรมีการปรับปรุงแก้ไขมีการจัดทำรายงานกิจกรรมประจำปี⁹⁶

⁹⁵แหล่งเดิม. (น.129).

⁹⁶ แหล่งเดิม. (น.143).

2.3.4 สหพันธรัฐมาเลเซีย

สหพันธรัฐมาเลเซียเป็นอาณานิคมของอังกฤษมาจนกระทั่งวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2500 (ค.ศ. 1957) จึงได้รับเอกราชและสถาปนาประเทศเป็น “สหพันธรัฐมาลายา” ต่อมาเมื่อวันที่ 16 กันยายน 2006 (ค.ศ. 1963) ได้มีการเปลี่ยนชื่อประเทศใหม่เป็น “สหพันธรัฐมาเลเซีย” และใช้ชื่อนี้มาจนถึงปัจจุบัน สหพันธรัฐมาเลเซียจัดรูปแบบรัฐบาลแบบรัฐสภาที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข มีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาลโดยจัดรูปแบบประเทศเป็นรัฐรวม 13 มลรัฐ แบบสหพันธรัฐ

กฎหมายอาวุธปืนของสหพันธรัฐมาเลเซีย ได้แก่ พระราชบัญญัติอาวุธ ค.ศ. 1960 (Arms Act 1960 (Act 206)) ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันคือกฎหมายฉบับที่ 206 ว่าด้วยอาวุธปืน ปี ค.ศ. 1960 ซึ่งกำหนดให้ใช้บังคับแก่อาวุธปืน สิ่งเทียมอาวุธปืน และกระสุนปืน ในเรื่องการครอบครองกฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียถือว่าถ้าพบสิ่งใดๆ ที่บรรจุอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืน ให้ถือว่ามิใช่ไว้ในครอบครองของตน ซึ่งอาวุธปืน เครื่องกระสุน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืน เว้นแต่จะมีข้อแก้ตัวพิสูจน์ให้เห็นว่ามิได้เป็นเช่นนั้น แม้แต่พบในบ้านเรือนใด หรืออาคารต่างๆ ในที่ซึ่งอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืนใดๆ ถูกพบก็ให้ถือว่าเป็นผู้มิใช่ไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืนดังกล่าวนี้ ทั้งนี้ ตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายนี้จนกว่าจะพิสูจน์ให้เห็นว่ามิได้เป็นเช่นนั้น กรณีจะเป็นการครอบครองอาวุธปืนหรือไม่นั้น ตามกฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นผู้ครอบครองซึ่งการกระทำการพิสูจน์จะตกแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า มิได้เป็นผู้ครอบครองดังที่กล่าวหา⁹⁷

วัตถุประสงค์ของการอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน สามารถอนุมานจากมาตรา 39 ที่กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดใช้ปืนยิง เว้นแต่จะยิง ณ สถานที่ซึ่งได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ใช้เป็นสนามยิงปืนจากอธิบดีตำรวจแห่งสถานที่นั้นตั้งอยู่หรือเพื่อป้องกันชีวิตหรือทรัพย์สิน หรือได้รับอำนาจให้ยิง ฆ่า หรือล่าสัตว์หรือนกต่างๆ และกระทำตามอำนาจที่ให้ไว้ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตสัตว์ป่าหรือผู้นั้นเป็นคนในสังกัดกองทัพหรือเจ้าพนักงานตำรวจ หรือนุคคลอื่นใดในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกระทำภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน สรุปได้ว่าสหพันธรัฐมาเลเซียมีกฎหมายอาวุธปืนที่มีโครงสร้างคล้ายคลึงกับกฎหมายอาวุธปืนของประเทศไทยมากที่สุด เริ่มจากการขออนุญาตมีและใช้อาวุธปืน และการขออนุญาตพกพาอาวุธปืน โดยจะต้องมีการขออนุญาตจากผู้มีอำนาจทั้งสองกรณีการอนุญาตจะพิจารณาจากเหตุผลของการมิใช่ไว้ในครอบครอง ยึดถือ หรือควบคุม และยังต้องพิจารณาอีกว่าการอนุญาตจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของสาธารณชนหรือต่อผลประโยชน์ของ

⁹⁷แหล่งเดิม. (น.77).

สาธารณชนด้วย และกฎหมายอาวุธปืนของสหพันธรัฐมาเลเซียมะมีระบบการตรวจสอบต่อเนื่อง ไม่ขาดตอน เพราะใบอนุญาตอาวุธปืนและใบอนุญาตพกพาอาวุธปืนมีอายุเพียงหนึ่งปีเท่านั้น จึงต้องมีการขอต่อใบอนุญาตใหม่ซึ่งจะมีข้อมูลต่อเนื่องที่ทันสมัย โดยรายการต่างๆ ของใบอนุญาตอาวุธปืนหรือใบอนุญาตพกพาอาวุธปืนทุกๆ ใบอนุญาตที่ออกให้จะลงไว้ในทะเบียนซึ่งอธิบดีตำรวจแห่งรัฐเก็บรักษาตามรูปแบบและวิธีการและสถานที่ดังที่กำหนดไว้ ทำให้รัฐสามารถทราบเคลื่อนไหวและสภาพของการใช้งานอาวุธปืนได้ตลอดเวลา นับว่าเป็นแนวความคิดหรือมาตรการที่สามารถควบคุมการใช้อาวุธปืนในการกระทำความผิดได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ สหพันธรัฐมาเลเซียจะให้ความสำคัญกับการดูแลรักษาอาวุธปืนภายหลังจากได้รับใบอนุญาตแล้วอีกด้วย เพราะถ้าบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตแล้วละเลยไม่ดูแลปล่อยให้อาวุธปืนสูญหายจะต้องมีโทษทางอาญาคด้วย กฎหมายของประเทศนี้จึงมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเดินทางออกนอกประเทศของผู้ได้รับใบอนุญาตให้ครอบครองอาวุธปืน ถ้ามีกำหนดเวลาเกินกว่า 3 เดือน ต้องมีการฝากหรือโอนอาวุธปืนดังกล่าวไว้แก่บุคคลที่กฎหมายให้อนุญาตหรือฝากสถานีดำรวจ⁹⁸

⁹⁸แหล่งเดิม. (น.130,143-144).