

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมาย เพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพที่เกิดจากพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

ประชากรส่วนใหญ่ในประเทศไทยประกอบอาชีพเกษตรกรรมเป็นหลัก และเกษตรกรรมส่วนใหญ่ก็เป็นเกษตรกรรมที่มีฐานะยากจน จะต้องประสบปัญหาการขาดทุน เนื่องจากผลผลิตทางการเกษตรตกต่ำ ซึ่งผลผลิตเหล่านั้นถูกทำลายจากศัตรูพืชมากมาย รวมทั้งปัญหาค่าใช้จ่ายในเรื่องสารเคมีกำจัดศัตรูพืช และจากการใช้สารเคมีกำจัดศัตรูพืชที่เข้มข้น ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของเกษตรกร ซึ่งการนำเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่ เช่น การตัดต่อพันธุกรรมพืชมาใช้ จะเกิดประโยชน์โดยตรงต่อเกษตรกร โดยพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมจะมีความทนทานต่อโรคเป็นประโยชน์ในการนำมาใช้ในการพัฒนาความเป็นอยู่ และสวัสดิการที่ดีของเกษตรกร ในขณะที่เดียวกันอาจมีผลกระทบต่อชีวิตปกติซึ่งมีอยู่เดิมตามธรรมชาติ จึงต้องตระหนักถึงความสำคัญของความปลอดภัยทางชีวภาพ โดยมีกฎหมายเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพที่เหมาะสม ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพที่เกิดจากพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

2.1 แนวคิดและทฤษฎีภารกิจของรัฐ

การศึกษาเรื่องภารกิจของรัฐจะช่วยให้มีความเข้าใจลักษณะการกระทำและการจัดระเบียบองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อดำเนินการให้บรรลุภารกิจหรือจุดประสงค์ของรัฐ¹ โดยจะได้ศึกษาถึงทฤษฎีเกี่ยวกับภารกิจของรัฐ ประเภทของภารกิจของรัฐ และองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับภารกิจของรัฐ

ในทางทฤษฎีมีแนวความคิดที่แตกต่างกันในการพิจารณาภารกิจของรัฐ กล่าวคือ แนวความคิดหนึ่งเห็นว่ารัฐนั้นเกิดขึ้นและมีชีวิตดำรงอยู่ในตัวเอง ไม่มีจุดประสงค์หรือภารกิจอะไร

¹ จาก หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 135), โดยสมยศ เชื้อไทย, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เป็นพิเศษ แต่มีแนวความคิดอีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่ารัฐนั้นเป็นสิ่งที่มิอาจประสงค์ เพราะรัฐเกิดขึ้นจากการรวมตัวของกลุ่มมนุษย์เพื่อสนองความต้องการร่วมกันของสังคมมนุษย์ที่เรียกว่า “Common Good” หรือประโยชน์สุขของมหาชน หรือบางทฤษฎีเรียกว่า “General Will” ซึ่งทฤษฎีภารกิจของรัฐ แบ่งได้เป็น 2 แนว คือ²

1) ทฤษฎีสัมบูรณ์ เห็นว่า ภารกิจของรัฐมีอยู่ประการเดียวและไม่เปลี่ยนแปลงด้วย เช่น ทฤษฎีแนวเสรีนิยมจะเน้นภารกิจในการให้ความปลอดภัยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งนำไปสู่รูปแบบของรัฐ ที่เรียกว่า “นิติรัฐ” หรือ “รัฐคนเฝ้ายาม” แต่ถ้าเป็นทฤษฎีเผด็จการจะเน้นภารกิจการใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม โดยไม่สนใจสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน รัฐตามแนวความคิดนี้เน้นการขยายอำนาจรัฐ ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิภาพในการรักษาประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งนำไปสู่รูปแบบของรัฐที่เรียกว่า “รัฐตำรวจ”

2) ทฤษฎีสัมพัทธ์ เห็นว่า รัฐมีภารกิจได้หลายอย่างและเปลี่ยนไปตามยุคสมัย

2.1.2 ประเภทของภารกิจของรัฐ

คำสอนหรือทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยรัฐไม่ได้มุ่งศึกษาว่ารัฐใดรัฐหนึ่งเป็นการเฉพาะ ในการอธิบายภารกิจของรัฐต่าง ๆ ย่อมต้องพิจารณาด้วยว่ารัฐแต่ละรัฐอาจกำหนดเป้าหมายเอาไว้แตกต่างกันภารกิจของรัฐจึงอาจแตกต่างกัน เมื่อพิจารณารัฐแต่ละรัฐที่ยอมรับนับถือคุณค่าของหลักประชาธิปไตยและคุณค่าของหลักนิติรัฐแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่ารัฐมีภารกิจที่สำคัญ ดังต่อไปนี้³

1) การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและความปลอดภัยของรัฐ

ภารกิจของรัฐในเรื่องนี้ถือได้ว่าเป็นภารกิจดั้งเดิมและภารกิจพื้นฐานของรัฐ เพื่อให้ภารกิจดังกล่าวบรรลุผลจึงจำเป็นที่ระบบกฎหมายจะต้องกำหนดให้รัฐเป็นผู้ที่ผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพ การผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยภายในนั้นในอีกด้านหนึ่งก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ปัจเจกบุคคลในการที่จะไม่ใช้กำลังทางกายภาพในการบังคับการตามสิทธิของตนด้วยตนเอง เพราะหากให้ปัจเจกบุคคลบังคับการตามสิ่งที่บุคคลนั้นเห็นว่าถูกต้องแล้ว ความวุ่นวายก็จะเกิดขึ้นทั่วไปในรัฐ นอกจากนี้ รัฐยังผูกขาดการใช้กำลังทางทหารในการป้องกันบูรณภาพแห่งดินแดนอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การรักษาความปลอดภัยของรัฐนั้น รัฐย่อมไม่ได้กระทำเฉพาะการมีกองทัพไว้เพื่อป้องกันประเทศเท่านั้น แต่ต้องกระทำโดยการเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศอีกด้วย ดังนั้น รัฐจึงทรงไว้ซึ่งอำนาจในทางารทูต ตลอดจนความสามารถในการทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ และมี

² แหล่งเดิม. (น. 135-136).

³ จาก คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 75-77), โดยวรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ความสามารถในการทำสนธิสัญญารวมตัวกับประเทศต่าง ๆ เป็นองค์การระหว่างประเทศหรือยิ่งไปกว่านั้นก็คือเพื่อเป็นองค์การเหนือรัฐเพื่อสร้างสันติสุขในระดับภูมิภาคอันเป็นการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยของรัฐอีกทางหนึ่งด้วย

2) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

การที่ระบบกฎหมายยอมรับสิทธิมนุษยชนตลอดจนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น ย่อมมีผลจำกัดขอบเขตการกระทำของรัฐ ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ จะกำหนดเขตแดนแห่งสิทธิของปัจเจกบุคคลซึ่งรัฐไม่สามารถก้าวล่วงได้หรือหากสามารถก้าวล่วงได้ ก็ย่อมจะต้องทำตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ได้มีฐานะเพียงผู้ที่จะก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเท่านั้น ในอีกด้านหนึ่งรัฐย่อมมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านั้นด้วย การกิจดังกล่าวนี้ทำให้รัฐต้องจัดโครงสร้าง ตลอดจนกระบวนการทางกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เช่น การกำหนดให้มีศาลปกครองตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ยิ่งไปกว่านั้นรัฐย่อมมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการล่วงละเมิดโดยบุคคลที่สามด้วย ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ปรากฏว่ามีอันตรายคุกคามถึงชีวิตหรือความปลอดภัยในร่างกายจากบุคคลที่สามอันเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำโดยผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ รัฐย่อมมีหน้าที่เข้าขัดขวางการกระทำนั้นเพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตและความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลที่ถูกล่วงละเมิด อาจกล่าวเป็นหลักได้ว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่จะทำให้รัฐมีหน้าที่งดเว้นการกระทำที่ก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่ยังทำให้รัฐมีหน้าที่กระทำการป้องกันสิทธิจากการถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลที่สามด้วย

3) การจัดการศึกษาและการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม

ในรัฐสมัยใหม่ที่เป็นประชาธิปไตยและนิติรัฐ รัฐมีภารกิจในการทำให้ประชาชนสามารถแสดงศักยภาพของความเป็นมนุษย์ออกมาโดยสมบูรณ์ตามความสามารถของแต่ละบุคคล การจัดการศึกษาให้ความรู้ทางวิชาการ การฝึกอบรมอาชีพ การสอนให้รู้จักการอดทนอดกลั้นต่อความคิดเห็นที่แตกต่างออกไป ตลอดจนการอบรมบ่มเพาะให้ประชาชนมีความรับผิดชอบต่อส่วนรวม ย่อมจะช่วยให้คนในสังคมมีความรู้ความสามารถและใช้ชีวิตในสังคมร่วมกันได้อย่างมีคุณภาพ อย่างไรก็ตาม การจัดการศึกษา ตลอดจนการทำนุบำรุงส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมนั้น ไม่ใช่ที่รัฐสามารถกระทำได้โดยไม่มีข้อจำกัด ในรัฐสมัยใหม่ที่แยกตัวออกจากเป้าหมายทางศาสนาและยอมรับความเป็นพหุนิยมหรือความแตกต่างหลากหลายในความคิดความเชื่อ นั้น รัฐย่อมต้องเคารพสิทธิในความคิดความเชื่อส่วนบุคคล เคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานในพลเมือง การจัดการศึกษาของรัฐ

จึงไม่ใช่การยึดเยื้อความเชื่อทางศาสนาหรือลัทธิอื่นหนึ่งอันใดให้แก่พลเมืองของตน ในส่วนที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม ตลอดจนการสื่อสารมวลชนนั้น รัฐต้องระมัดระวังมิให้การสนับสนุนส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมกลายเป็นการกำหนดเนื้อหาของศิลปวัฒนธรรม หรือบังคับให้บุคคลต้องแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมตามความต้องการของรัฐ

4) การจัดสวัสดิการสังคมและการสร้างความเป็นธรรมในสังคม

การทำให้ชีวิตของพลเมืองในรัฐเป็นชีวิตที่มีคุณภาพย่อมเป็นภารกิจสำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐมีอาจปฏิเสธไม่กระทำได้ รัฐย่อมมีหน้าที่ในการจัดการให้พลเมืองสามารถดำรงชีวิตอยู่ในรัฐได้อย่างมีความหมายในฐานะมนุษย์ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีหน้าที่ในการจัดทำบริการ ตลอดจนสวัสดิการขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมือง เพื่อให้พลเมืองมีมาตรฐานในการดำรงชีวิตที่ดี เช่น การจัดให้มีการรักษาพยาบาล การจัดให้มีบำนาญหรือเงินสงเคราะห์คนชรา เป็นต้น

5) การส่งเสริมและควบคุมกำกับเศรษฐกิจ

การที่รัฐมีภารกิจหลายประการที่กล่าวมาข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งภารกิจในด้านสวัสดิการสังคมนั้น ทำให้รัฐไม่อาจที่จะปฏิเสธการหารายได้เพื่อไว้ใช้ปฏิบัติการเหล่านั้นได้ แหล่งรายได้ที่สำคัญที่สุดของรัฐ ก็คือ ภาษีอากร จนอาจกล่าวได้ว่า รัฐสมัยใหม่เป็นรัฐภาษีอากร การที่รัฐจะเข้าไปหารายได้โดยดำเนินการธุรกิจแบบเดียวกับเอกชนเพื่อมุ่งแสวงหารายได้ตลอดจนผลกำไรนั้น มีข้อจำกัดอยู่มากทั้งในทางกฎหมายและโดยระบบเศรษฐกิจแบบตลาดที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น รัฐจึงต้องพยายามส่งเสริมให้ระบบเศรษฐกิจเติบโตเพื่อประโยชน์ในทางภาษีอากรอันเป็นแหล่งรายได้ของรัฐ

ในการดำเนินการเพื่อควบคุมกำกับเศรษฐกิจนั้น รัฐอาจกระทำได้โดยกำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นกรอบในการดำเนินการทางเศรษฐกิจตลอดจนการทำธุรกิจของผู้ประกอบการต่าง ๆ รวมทั้งกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมการแข่งขันให้เป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม เช่น การตรากฎหมายว่าด้วยการป้องกันการผูกขาด นอกจากนี้ รัฐยังอาจเข้าไปดำเนินการ ในเชิงรุกเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจหรือกำกับทิศทางการพัฒนาเศรษฐกิจได้อีกด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนแก่ผู้ประกอบการ เป็นต้น

6) การพิทักษ์รักษาสสิ่งแวดล้อม

ภารกิจในทางสิ่งแวดล้อมถือได้ว่าเป็นภารกิจที่ค่อนข้างใหม่สำหรับรัฐ ในทางนิติศาสตร์ในวิชาการที่ศึกษาเรื่องราวเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม คือ วิชากฎหมายสิ่งแวดล้อมนั้นก็ป็นวิชาที่ถือกำเนิดขึ้นราวประมาณ 40 กว่าปีมานี้ในยุโรป การพิทักษ์รักษาสสิ่งแวดล้อมมีเป้าหมายอยู่ที่การรักษาสภาวะธรรมชาติ ขจัดการกระทำที่รบกวนหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สภาวะธรรมชาติจนอาจเป็นอันตรายต่อบรรดาลสิ่งมีชีวิตทั้งหลาย การพิทักษ์รักษาสภาวะธรรมชาติมีทั้ง

กรณีที่จะจะไปในส่วนใดส่วนหนึ่งของสภาวะแวดล้อม เช่น ดิน น้ำ อากาศ ภูมิอากาศ ป่าไม้ และกรณีที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างกันในสภาวะแวดล้อมทั้งหมด

2.1.3 องค์การที่จัดทำบริการสาธารณะ

ฌ็อง ริเวโร อธิบายว่า นอกจากการใช้อำนาจรัฐควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์การของรัฐฝ่ายบริหารยังมีหน้าที่ในการจัดทำกิจกรรมที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่างๆ ฯลฯ⁴

ประยูร กาญจนดุล ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะ หมายความว่า กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน⁵

มานิตย์ จุมปา ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะไว้ว่า บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นการตอบสนองความต้องการของประชาชน เช่น การคมนาคมขนส่ง การศึกษา การสาธารณสุข เป็นต้น⁶

นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไว้ว่า บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ⁷

1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึง กรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่

⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 75), โดยชาญชัย แสวงศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵ จาก คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 108), โดยประยูร กาญจนดุล, 2549, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 85), โดยมานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁷ จาก บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (พิมพ์ครั้งที่ 1), โดยนันทวัฒน์ บรมานันท์, 2541, กรุงเทพฯ: นิติธรรม (อ้างใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 75), โดยชาญชัย แสวงศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน).

รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

2) กิจกรรมดังกล่าวในข้อ 1) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น บริการสาธารณะส่วนใหญ่รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำโดยให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ ต่อมารัฐได้เพิ่มวิธีการจัดทำสาธารณะขึ้นโดยจัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐประเภทพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะประเภท และต่อมา มีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่นเต็มรูปแบบในปี ค.ศ. 1982 จึงมีการมอบบริการสาธารณะหลาย ๆ ประเภทให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำแทนรัฐ การบริการสาธารณะซึ่งโดยสภาพแล้วฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำเองก็ได้ จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองเข้าไปควบคุมดูแลจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเพื่อให้บริการที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกับที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ

องค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะแยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่⁸

1) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐ จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่เมื่อพิจารณาจากสภาพของบริการสาธารณะนั้นแล้ว เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำหรือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและมีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั้งประเทศอย่างทั่วถึง อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกระจายอำนาจก็ได้มีการมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ ดังนั้น บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐจึงมี 2 ประเภท คือ

(1) บริการสาธารณะระดับชาติ ได้แก่ บริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้จัดทำอันได้แก่กิจกรรมที่เกี่ยวกับความมั่นคงและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม รวมทั้งการพัฒนาสังคมและวัฒนธรรม บริการสาธารณะระดับชาติเป็นบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำอย่างทั่วถึงตลอดทั้งประเทศ

(2) บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น ได้แก่ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินการจัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยบริการสาธารณะระดับชาติมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ กับบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่แท้ ๆ ของ

⁸ จาก *สัญญาทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 32-34), โดยนันทวัฒน์ บรมานันท์, 2553, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ บริการสาธารณะระดับเทศบาล บริการสาธารณะระดับจังหวัด และบริการสาธารณะระดับภาค

บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจรัฐจะต้องเป็นบริการสาธารณะที่มีความสำคัญต่อความเป็นเอกภาพของรัฐ ซึ่งต้องพิจารณาถึงลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ⁹

(1) เป็นภารกิจที่ประชาชนทั่วทั้งประเทศมีส่วนได้เสียเหมือนกัน จึงต้องมีองค์กรกลางเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วทั้งประเทศเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพ

(2) เป็นภารกิจที่รัฐสามารถจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า กล่าวคือ เป็นกิจการที่ต้องอาศัยงบประมาณและวิธีการในการดำเนินการระดับสูง จึงต้องใช้งบประมาณของรัฐในการดำเนินการเพื่อเหตุผลในเรื่องของความประหยัด

วิธีที่ฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะนั้นอาจทำโดยใช้ระบบราชการหรือรัฐวิสาหกิจ มีรายละเอียดดังนี้¹⁰

(1) ระบบราชการ

บริการสาธารณะที่จัดทำเป็นราชการนั้น เป็นบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเองโดยเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง อยู่ในความอำนาจการและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ดำเนินการโดยอาศัยอำนาจพิเศษในทางปกครองและด้วยเงินในงบประมาณของรัฐหรืองบประมาณขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่น เช่น เทศบาล เป็นต้น เพราะฉะนั้นบริการสาธารณะที่จัดทำเป็นราชการมีลักษณะของบริการสาธารณะ ดังต่อไปนี้¹¹

ก. บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การคลัง เป็นต้น

ข. บริการสาธารณะต้องมีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน แบ่งออกเป็นความต้องการได้รับความปลอดภัย และความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำรงชีวิต ฉะนั้น บริการสาธารณะจึงต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เพราะเป็นกิจการที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะโดยตรง

⁹ จาก มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย (น. 107), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2555, บริษัท พี.เพรส จำกัด (อ้างใน ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการน้ำโดยรัฐในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 37), โดยชลธิชา ติงทองด้วง, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต).

¹⁰ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 116-126). เล่มเดิม.

¹¹ แหล่งเดิม. (น. 111-126).

ค. การจัดระเบียบและวิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมาย เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ เช่น รัฐอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงฐานะตามกฎหมายของข้าราชการได้ทุกเมื่อโดยบทกฎหมายด้วยการกระทำของรัฐฝ่ายเดียว ไม่ต้องขอรับความยินยอมจากข้าราชการก่อน

ง. บริการสาธารณะจะต้องจัดดำเนินการอยู่เป็นนิจและโดยสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่ประชาชน ถ้าบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือได้รับความเสียหาย เช่น บริการเกี่ยวกับไฟฟ้า น้ำประปาหรือการขนส่งมวลชนหยุดชะงัก ย่อมจะก่อความเดือดร้อนและความเสียหายให้แก่ประชาชนอย่างที่จะประมาณมิได้ ด้วยเหตุนี้บริการสาธารณะที่จัดทำเป็นราชการ จึงถือเป็นหลักสำคัญที่จะต้องทำให้ติดต่อกันโดยสม่ำเสมอเป็นนิจ เพราะความต้องการของประชาชนย่อมมีอยู่ตลอดเวลา และฝ่ายปกครองก็ได้รับอำนาจจากกฎหมายที่จะจัดการให้บริการสาธารณะดำเนินไปตามปกติ หากผู้ใดมาทำให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักก็มีอำนาจที่จะปราบปรามได้

จ. เอกชนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน เนื่องจากบริการสาธารณะมิได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่จัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยเสมอเท่าเทียมกัน ถ้าเป็นกิจการที่จัดทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลโดยเฉพาะก็ไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองย่อมมีความเสมอภาคในการได้รับผลปฏิบัติหรือประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน และมีความเสมอภาคในภาระหน้าที่อันพึงมีต่อบริการสาธารณะด้วย ทั้งนี้ภายใต้ระเบียบที่กฎหมายกำหนดไว้

ฉ. เจ้าหน้าที่ของราชนั้นมีฐานะเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐหรือขององค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีความเกี่ยวพันตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายที่วางหลักบังคับไว้ก่อนแล้วสำหรับตำแหน่งหน้าที่ราชการ และใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องเป็นหลักทั่วไป

ช. ทรัพย์สินที่ใช้ในราชการมีลักษณะเป็นทรัพย์สินของรัฐที่ไม่อยู่ใต้บังคับแห่งหลักกฎหมายธรรมดาเหมือนกับทรัพย์สินของเอกชน เช่น สาธารณสมบัติของแผ่นดินจะยึดหรือยกอายุขึ้นเป็นข้อต่อสู้กรรมสิทธิ์กับรัฐไม่ได้ นอกจากนี้ สาธารณสมบัติของแผ่นดินจะโอนกรรมสิทธิ์ได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองให้ใช้ทรัพย์สินของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

ฉ. การกระทำและการปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินราชการนั้นย่อมมีวิธีการแตกต่างกับการกระทำของเอกชน และอาจมีผลบังคับฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องมีการแสดงเจตนา ร่วมกัน เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับให้เอกชนทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย และ ฝ่ายปกครองมีวิธีปฏิบัติบางอย่างอันอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนซึ่งเอกชนจะทำได้ เดียวกับฝ่ายปกครองไม่ได้

ญ. เนื่องจากราชการเป็นบริการสาธารณะที่จำเป็น ซึ่งจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน ประชาชนจึงได้รับประโยชน์โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนหรือบริการโดยตรง นอกจาก ภาษีอากรอันเป็นภาระตั้งบังคับเพื่อหารายได้ให้ฝ่ายปกครองนำไปใช้จัดทำบริการสาธารณะเพื่อ สนองความต้องการของประชาชน เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นกิจการที่ ฝ่ายปกครองทำได้โดยไม่ต้องคิดค่าบริการ

(2) ระบบรัฐวิสาหกิจ

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจถูกสร้างขึ้นเนื่องจากการจัดทำบริการ สาธารณะโดยส่วนราชการมีระบบระเบียบแบบแผนที่รัดกุมและไม่คล่องตัว ทำให้เกิดความล่าช้า ในการดำเนินการและบางครั้งบริการสาธารณะที่จัดทำโดยส่วนราชการไม่สามารถให้บริการแก่ ประชาชนได้ทันต่อความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมและ เศรษฐกิจ โดยเฉพาะบริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและการค้า ดังนั้น การจัดทำบริการ สาธารณะที่มีลักษณะในทางเศรษฐกิจโดยส่วนราชการจึงไม่เหมาะสม จึงจำเป็นต้องหาวิธีการ จัดการบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับเรื่องทางเศรษฐกิจที่เหมาะสม โดยการนำระบบการปฏิบัติงานที่ ไม่ถือเรื่องระเบียบแบบแผนเคร่งครัดมาใช้ ระบบเช่นนี้ได้แก่ รัฐวิสาหกิจ¹²

2) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการ สาธารณะมาเป็นเวลานานแล้ว การมีส่วนร่วมของเอกชนสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ การมี ส่วนร่วมทางอ้อมกับการมีส่วนร่วมทางตรง มีรายละเอียดดังนี้¹³

(1) การมีส่วนร่วมทางอ้อม ได้แก่ การเข้ามามีส่วนร่วมของเอกชนในการจัดทำบริการ สาธารณะโดยรัฐ ด้วยวิธีการต่าง ๆ ได้แก่

ก. การเลือกตั้ง ภายใต้ระบบการปกครองแบบกระจายอำนาจ ประชาชนผู้สนใจ สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ด้วยการสมัคร รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

¹² คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 126). เล่มเดิม.

¹³ สัญญาทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 33-34). เล่มเดิม.

ข. คณะที่ปรึกษา ในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้ผู้รับผิดชอบหรือหัวหน้าฝ่ายปกครองในหน่วยงานต้องขอความเห็นจากหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจ การไม่ปฏิบัติตามจะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนได้

ค. การร่วมให้ความเห็น ฝ่ายปกครองอาจเชิญเอกชนมาปรึกษาหารือเพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องก่อนที่จะตัดสินใจดำเนินการได้

(2) การมีส่วนร่วมทางตรง บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐที่จะจัดทำ แต่ต่อมาเมื่อรัฐมีภาระมากขึ้น กิจการบางอย่างรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเอง เพราะเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างดีและรวดเร็วทันความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะ จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนซึ่งมีความสนใจและความพร้อมเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

การมอบอำนาจให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ หมายความว่า การกระทำที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้ เพราะโดยสภาพแล้วเอกชนไม่ได้มีหน้าที่ที่จะจัดทำบริการสาธารณะ เพราะบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐตัดสินใจอนุมัติหรืออนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนจึงสามารถเข้ามาดำเนินการได้ ซึ่งเอกชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะได้ในกรณีที่เป็นการสัมปทาน และองค์การวิชาชีพ¹⁴

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับนิติบุคคลมหาชน

การจัดทำบริการสาธารณะทั้งปวงย่อมมีนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินงาน เว้นแต่ บริการสาธารณะที่ให้เอกชนรับไปทำแทนฝ่ายปกครอง¹⁵ ดังนั้น องค์กรใดใช้อำนาจรัฐออกคำสั่งทางปกครองได้ องค์กรนั้นย่อมมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน¹⁶ ซึ่งจะศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับนิติบุคคลมหาชน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 ความหมายของนิติบุคคล

ในอดีตเมื่อกล่าวถึง “บุคคล” จะมีความหมายถึงเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น เนื่องจากการพิจารณาบุคคลจะมุ่งไปที่คนในลักษณะที่เป็นธรรมชาติและสิ่งมีชีวิต ต่อมาเมื่อสังคมมีการ

¹⁴ แหล่งเดิม. (น. 34).

¹⁵ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 127). เล่มเดิม.

¹⁶ จาก กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 8) (น. 35), โดยกมลชัย รัตนสกววงศ์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

พัฒนาขึ้นประกอบกับการรวมตัวของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจการค้า จึงเกิดแนวคิดที่ต้องการให้สิ่งที่มารวมกันนั้นสามารถถือสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกในการดำเนินกิจการดังกล่าว จึงมีการแยกภาวะที่รวมกันนั้นออกมาเป็นบุคคลตามกฎหมายต่างหากจากบุคคลที่มารวมกันและเรียกว่า “นิติบุคคล”¹⁷

นิติบุคคล คือ กลุ่มบุคคล องค์กร หรือทรัพย์สินที่จัดสรรไว้เป็นกองทุนเพื่อดำเนินกิจการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นบุคคลอีกประเภทหนึ่งที่มีใช้บุคคลธรรมดา และให้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีหรือพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น¹⁸

บุคคลตามกฎหมายมี 2 จำพวก ได้แก่

- 1) บุคคลธรรมดา ซึ่งได้แก่ คน หรือนุษย์ปุถุชน
- 2) นิติบุคคล เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นให้สิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา¹⁹ ซึ่งแยกออกได้เป็น นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน

2.2.2 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับนิติบุคคล

ในเรื่องการยอมรับสภาพความเป็นนิติบุคคลนั้น มีทฤษฎีหลายทฤษฎี เช่น ทฤษฎีสมมติ ทฤษฎียึดถืออำนาจของรัฐ ทฤษฎีที่เห็นว่านิติบุคคลได้เกิดขึ้นจริงและดำรงฐานะจริง ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเกิดขึ้น เพราะผลของสัญญา หรือเพราะมีนิติสัมพันธ์ต่อกันที่เกิดจากสัญญา ทฤษฎีที่ถือความจำเป็นในการค้า ทฤษฎีที่ยึดถือนิติบุคคลเกิดจากการรวมกลุ่มของคณะบุคคล²⁰ ที่มีความขัดแย้งและเป็นปัญหาที่นักกฎหมายได้โต้เถียงกันมา โดยมีทฤษฎีที่สำคัญอยู่ 2 ทฤษฎี²¹

- 1) ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีของนักกฎหมายแบบปฏิฐานนิยม ผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้ ได้แก่ Savigny นักกฎหมายชาวเยอรมัน ซึ่งได้ให้คำอธิบายไว้ว่า บุคคลธรรมดาในฐานะปัจเจกบุคคลหรือ

¹⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 86). เล่มเดิม.

¹⁸ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 127). เล่มเดิม.

¹⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 11), โดยมานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล (น. 6), โดยประสิทธิ์ โหมะวิไลกุล, 2543, กรุงเทพฯ: นิติธรรม (อ้างใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 11), โดยมานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

²¹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 86-87). เล่มเดิม.

คนแต่ละคนเท่านั้นที่จะมีความสามารถในทางกฎหมาย คือ เป็นผู้ทรงสิทธิหรือตัวการแห่งกฎหมาย คือ มีนิติสัมพันธ์หรือก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายได้²² ทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย หากได้มีความเป็นอยู่อย่างแท้จริงไม่ เป็นแค่เพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติให้มีขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่ทำนองเดียวกับบุคคลธรรมดาและให้สามารถแสดงเจตนาได้ด้วย แต่เนื่องจากนิติบุคคลไม่อาจแสดงเจตนาได้เอง จึงต้องแสดงออกโดยผ่านทางผู้แทนของนิติบุคคล ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลจะมีสิทธิเท่าที่กฎหมายกำหนดให้เท่านั้น และกฎหมายอาจจะให้สภาพนิติบุคคลหรือถอนสภาพนิติบุคคลเมื่อใดก็ได้ เพราะเกิดขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย ทฤษฎีนี้ได้มีผู้ถือตามมาเป็นเวลานาน แต่บัดนี้ได้เสื่อมความนิยมไปแล้ว เพราะเป็นทฤษฎีที่ไม่สามารถอธิบายอย่างแจ่มแจ้งได้ในทุกกรณี เช่น ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดรัฐจึงเป็นนิติบุคคล ถ้านิติบุคคลจะเกิดขึ้นได้แต่โดยกฎหมาย เพราะเป็นสิ่งที่กฎหมายสร้างสรรค์ขึ้นแล้วเหตุใดรัฐซึ่งกฎหมายมิได้สร้างขึ้นจึงมีสภาพเป็นนิติบุคคล นอกจากนี้เมื่อนิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้น ไม่มีตัวตน จะอ้างเจตนาของสิ่งที่ไม่มีตัวตนได้อย่างไร

ตามทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้น นิติบุคคลจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีกฎหมายสร้างขึ้น แต่เมื่อมาพิจารณาให้กว้างออกไป จะเห็นว่ารัฐซึ่งก็เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเหมือนกันแต่รัฐเกิดขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมายแล้วรัฐเกิดขึ้นด้วยอะไร อะไรที่สร้างรัฐขึ้น

2) ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริง

เนื่องจากทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่สมมติอาจมีข้อโต้แย้งได้ดังที่กล่าวมาแล้ว นักนิติศาสตร์อีกพวกหนึ่งจึงอธิบายให้เหตุผลเป็นอย่างอื่นโดยกล่าวว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริงมิใช่สมมติขึ้นอย่างลอย ๆ ด้วยเหตุนี้ นิติบุคคลจึงสามารถมีเจตนาอันแสดงออกโดยทางส่วนประกอบของนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้ เพราะนิติบุคคลเป็นที่รวมบุคคลธรรมดา นิติบุคคลมิใช่เป็นสิ่งที่กฎหมายสร้างขึ้นตามชอบใจ กฎหมายเป็นเพียงแต่รับรองสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคลซึ่งมีอยู่แล้วและควบคุมนิติบุคคลโดยกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ เท่านั้น ถ้ากฎหมายไม่รับรองสภาพของนิติบุคคล ก็เท่ากับฝ่าฝืนธรรมชาติ ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่พิชุนได้ยกคำว่า “บุคคลธรรมดา” นั้นเป็นศัพท์ที่ใช้ในกฎหมายเพื่อให้มีความถึงมนุษย์ซึ่งอยู่ได้บังคับบัญชาแห่งกฎหมาย แต่นิติบุคคลมิได้มีสภาพเหมือนบุคคลธรรมดาอย่างแท้จริง สิทธิและหน้าที่บางอย่างก็มิได้เหมือนบุคคลธรรมดา เช่น ความสามารถที่จะทำการสมรส เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ จะถือว่านิติบุคคลมีความเป็นอยู่โดยธรรมชาติเหมือนกับบุคคลธรรมดาจึงไม่ตรงกับความจริง²³

²² หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 188). เล่มเดิม.

²³ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 87). เล่มเดิม.

ดังนั้น ปัจจุบันนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าการโต้แย้งกันของทฤษฎีทั้งสองดังกล่าวเป็นเรื่องของการมองปัญหาที่ไม่ถูกต้อง เพราะจริง ๆ แล้วไม่ว่ากลุ่มบุคคลหรือบุคคลธรรมดา การที่จะเป็นวัตถุแห่งกฎหมายได้ก็เป็นเรื่องนามธรรมเหมือนกัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าทั้งเรื่องสมมติและเรื่องจริง แต่เป็นเรื่องที่เป็นผลแห่งการยอมรับของกฎหมายด้วยกัน และวัตถุแห่งกฎหมายหรือบุคคลในทางกฎหมายในที่นี้หมายถึงศูนย์แห่งผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย ซึ่งก็คือบุคคลธรรมดาและกลุ่มบุคคลซึ่งเป็นที่ยอมรับของบุคคลธรรมดา ความจริงนิติบุคคลมิได้เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น หรือเป็นบุคคลที่มีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง นิติบุคคลเป็นที่ยอมรับของบุคคลธรรมดาหรือทรัพย์สิน เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่ง ซึ่งมีใช้เพื่อประโยชน์เฉพาะตัวบุคคลธรรมดา เช่น บุคคลธรรมดาที่รวมกันเป็นสมาคม บริษัทจำกัด เป็นต้น การให้สภาพนิติบุคคลเป็นวิธีการหรือเทคนิคอันหนึ่งของกฎหมาย ซึ่งคิดขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการที่จะให้บุคคลธรรมดาและทรัพย์สินที่มารวมกันนั้นสามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ได้อย่างสะดวกโดยนิติบุคคล²⁴

2.2.3 ประเภทของนิติบุคคล

สมคิด เลิศไพฑูรย์ อธิบายว่า นิติบุคคลมี 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนหรือเรียกว่า “นิติบุคคลเอกชน” และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือเรียกว่า “นิติบุคคลมหาชน”²⁵

การแบ่งแยกนิติบุคคลสองประเภทดังกล่าวข้างต้นมักจะอาศัยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ประกอบกัน คือ กฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้น กิจกรรมที่นิติบุคคลนั้นดำเนินการและการใช้อำนาจของนิติบุคคลนั้น ดังนั้น ถ้านิติบุคคลใดจัดตั้งโดยกฎหมายมหาชน มีกิจกรรมที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” และมีใช้อำนาจมหาชน นิติบุคคลนั้นมักจะเป็นนิติบุคคลมหาชน ในขณะที่นิติบุคคลใดจัดตั้งโดยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดำเนินกิจกรรมที่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของเอกชน และไม่มีการใช้อำนาจมหาชนแต่ประการใด นิติบุคคลนั้นก็มักจะเป็นนิติบุคคลเอกชน

²⁴ แหล่งเดิม. (น. 87-88).

²⁵ จาก สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย (รายงานวิจัย) เสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ (น. 34), โดยสมคิด เลิศไพฑูรย์, 2539 (อ้างใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 88), โดยชาญชัย แสวงศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน).

ความแตกต่างระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนกับนิติบุคคลในกฎหมายเอกชน มีรายละเอียดดังต่อไปนี้²⁶

1) การจัดตั้งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ต้องมีบทกฎหมายจัดตั้งโดยเฉพาะ เช่น การจัดตั้งกระทรวงหรือกรมต้องทำด้วยพระราชบัญญัติ และการยุบเลิกนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนก็เช่นเดียวกับการจัดตั้ง ต้องมีกฎหมายยุบเลิกโดยเฉพาะ

ส่วนนิติบุคคลในกฎหมายเอกชน บริษัทจำกัด หรือสมาคม ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายสำหรับจัดตั้งเป็นพิเศษ เมื่อได้ปฏิบัติตามถ้อยตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น เมื่อได้จดทะเบียนถูกต้องแล้วก็จัดตั้งขึ้นได้ และนิติบุคคลเอกชนยุบเลิกโดยนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาโดยอิสระของเอกชน

2) นิติบุคคลต่าง ๆ ในกฎหมายมหาชนมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ต่างระดับกัน ย่อมมีอำนาจหน้าที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่น กระทรวงมีอำนาจมากกว่ากรม เป็นต้น ทั้งนี้ สุดแล้วแต่อำนาจหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้แก่นิติบุคคลนั้น ๆ

ส่วนนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนมีฐานะเสมอกันตามกฎหมาย สมาคมก็ดี บริษัทจำกัดก็ดี มิได้มีสิทธิพิเศษตามกฎหมายมากกว่าสมาคมอื่นหรือบริษัทอื่น

3) อำนาจพิเศษบางอย่างในทางปกครองจะพึงมีได้แต่นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่น การเก็บภาษีอากร การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การออกคำสั่งบังคับฝ่ายเดียว

ส่วนนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนไม่มีอำนาจพิเศษเช่นว่านี้

ดังนั้น จะเห็นว่า นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนนั้นอยู่ได้บังคับกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง เพราะฉะนั้นจึงมีลักษณะพิเศษนอกเหนือไปจากลักษณะของนิติบุคคลในกฎหมายเอกชน²⁷

2.2.4 นิติบุคคลมหาชน

1) ลักษณะของนิติบุคคลมหาชน

นิติบุคคลมหาชน หมายถึง นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายมหาชน มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และมีอำนาจมหาชนในการที่จะสั่งการได้แต่เพียงฝ่ายเดียว²⁸

นิติบุคคลมหาชน หมายถึง นิติบุคคลที่มีอำนาจมหาชนและมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภารกิจของรัฐ เช่น การรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาความสงบเรียบร้อยของ

²⁶ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 131-132). เล่มเดิม.

²⁷ แหล่งเดิม. (น. 132).

²⁸ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 12). เล่มเดิม.

สังคม คุณค่าความเป็นอยู่ของราษฎรให้มีมาตรฐานที่ดี นิติบุคคลมหาชนโดยปกติจึงหมายถึงรัฐ หรือหน่วยงานทางปกครองหรือองค์การมหาชนที่จัดทำบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ²⁹

นิติบุคคลมหาชน หมายถึง องค์การที่ใช้อำนาจรัฐไปกระทบสิทธิของประชาชน และอาจถูกประชาชนฟ้องโต้แย้งคำสั่งของตนเอง รวมถึงสภาวิชาชีพ มูลนิธิที่มีจุดประสงค์เพื่อประชาชน คดีพิพาทที่เกิดจากองค์กรเหล่านี้ก็ต้องขึ้นศาลปกครอง เพราะเป็นองค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลในมหาชน ในขณะที่เดียวกัน นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน อาจจะเป็นนิติบุคคลในทางแพ่งก็ได้ เพื่อให้สามารถไปทำนิติกรรมทางแพ่งได้ องค์กรใดก็ได้แล้วแต่ที่ใช้อำนาจรัฐ ถ้าองค์กรนั้นมีอำนาจในการสั่งการใช้มาตรการต่าง ๆ ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประชาชนอาจใช้สิทธิทางศาลได้ โดยฟ้องร้องให้ศาลตรวจสอบ ยกเลิกคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย องค์กรใดก็ได้แล้วแต่ที่ใช้อำนาจของรัฐ ถ้าองค์กรนั้นมีอำนาจในการสั่งการ ใช้มาตรการต่าง ๆ ไปกระทบสิทธิเสรีภาพ ทรัพย์สิน ของประชาชน ประชาชนอาจใช้สิทธิทางศาลได้ โดยฟ้องร้องให้ศาลตรวจสอบ ยกเลิกคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการสถาปนาความเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนขึ้น³⁰

นิติบุคคลมหาชนมีฐานะพิเศษ คือ มีอำนาจมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะ จึงผูกพันต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญากับเอกชน ความรับผิดชอบของนิติบุคคลมหาชนเป็นความรับผิดชอบต่อการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม หากนิติบุคคลมหาชนมีความประสงค์จะผูกพันตามสัญญากับเอกชนก็ย่อมทำได้ แต่การบังคับตามสิทธิของเอกชนต่อนิติบุคคลมหาชนก็ย่อมจำกัดเฉพาะการเรียกร้องค่าเสียหาย ไม่อาจบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในทุกกรณี เพราะต้องคำนึงถึงประโยชน์มหาชน หรือภารกิจสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชนด้วย และไม่อาจบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของแผ่นดินได้³¹

2) ประเภทนิติบุคคลมหาชน

นิติบุคคลมหาชน แบ่งตามลักษณะทางเนื้อหาได้ 3 ประเภท คือ³²

(1) คณะบุคคล หมายถึง กลุ่มคนที่รวมเข้ากันโดยมีวัตถุประสงค์ของตนเอง นิติบุคคลมหาชนประเภทนี้ปกติเป็นหน่วยงานทางปกครอง คือ มีอำนาจจัดระเบียบปกครองคนเหนือพื้นที่หรืออาณาเขตแห่งใดแห่งหนึ่ง ได้แก่ รัฐหรือหน่วยงานการปกครองท้องถิ่น เช่น เทศบาล นอกจากนั้นนิติบุคคลประเภทนี้อาจเป็นนิติบุคคลที่ไม่มีอำนาจเหนือพื้นที่แห่งใดแห่งหนึ่ง

²⁹ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 190). เล่มเดิม.

³⁰ กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 8) (น. 35). เล่มเดิม.

³¹ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 190). เล่มเดิม.

³² แหล่งเดิม. (น. 191-192).

แต่มีอำนาจเหนือบุคคลที่รวมตัวเข้าด้วยกันโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ได้แก่ องค์การทางวิชาชีพต่าง ๆ เช่น แพทยสภา สภานายความ เป็นต้น

(2) หน่วยงาน หมายถึง หน่วยของงาน ซึ่งประกอบด้วยคนและทรัพย์สินที่รัฐจัดตั้งขึ้น เพื่อทำหน้าที่เป็นกลไกในการทำภารกิจของรัฐหรือจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยกำหนดให้เป็นหน่วยทางกฎหมายหรือเป็นนิติบุคคล ดังนั้น หน่วยงานจึงมีทรัพย์สินรวมทั้งบุคลากรของตนเอง แต่ต้องเข้าไปตามภารกิจของรัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้ง ไม่อาจกำหนดภารกิจหรือวัตถุประสงค์ของตนเองได้ นิติบุคคลมหาชนประเภทนี้ในระบบกฎหมายไทย ได้แก่ ส่วนราชการที่เรียกว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยธุรการของศาลต่าง ๆ ที่เรียกว่า สำนักงานศาล

(3) กองทุนหรือกองทุนทรัพย์สิน หมายถึง เงินงบประมาณแผ่นดินหรือทรัพย์สินของรัฐ ซึ่งรัฐบาลจัดสรรแยกไว้ต่างหากไม่รวมอยู่ในระบบเงินงบประมาณแผ่นดินหรือระบบทรัพย์สินของรัฐ ทั้งนี้เพื่อบำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐหรือทำภารกิจของรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่กำหนดไว้โดยให้เป็นนิติบุคคลมหาชน เช่น กองทุนให้กู้ยืมเงินเพื่อการศึกษา เป็นต้น นิติบุคคลมหาชนประเภทนี้ต่างจากนิติบุคคลที่เป็นหน่วยงานตรงที่สาระสำคัญของนิติบุคคลประเภทนี้คือ กองทรัพย์สินที่แน่นอนถ้าเปรียบเทียบกับนิติบุคคลเอกชนตามกฎหมายแพ่ง ก็คือมีมูลนิธิที่เป็นทรัพย์สินของเอกชนที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบำเนินการด้านสาธารณกุศลเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

2.2.5 นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนไทยและในต่างประเทศ

1) นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนไทย

สุนทร มณีสวัสดิ์ อธิบายว่า ในประเทศไทยแต่เดิมมิได้มีแนวความคิดเรื่องนิติบุคคล ต่อมาเมื่ออิทธิพลของประเทศตะวันตกเริ่มเข้ามามีบทบาท จึงได้เริ่มมีนิติบุคคลขึ้นในประเทศไทย เมื่อจุลศักราช 1250 ดังคำรับสั่งของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ว่า ขั้นแรกที่สุดจะมีบุคคลใดโดยนิติสมมติ นั่น คือ ในเรื่องบริษัทขุดคลองแลคูนาสยาม เมื่อปีจุลศักราช 1250 มีเรื่อง ดังนี้ มีฝรั่งขออำนาจขุดคลอง รัฐบาลไม่สมควรใจที่จะให้เพราะฝรั่งไม่อยู่ในบังคับไทย จึงตกลงกันให้มี “กัปนี” ขึ้นตามแบบฝรั่ง เพื่อประโยชน์ให้กัปนีนี้เป็นเหมือนบุคคลที่มีชีวิต คือ อาจมีทรัพย์สินได้และมีอำนาจฟ้องในศาลได้ด้วย ในชั้นความเข้าใจถึงกฎหมายฝรั่งในส่วนบุคคลโดยนิติสมมติอยู่นั้นอยู่ข้างจะบกพร่อง³³

³³ จาก *สถานะทางกฎหมายของวัดไทย* (น. 67), โดยสุนทร มณีสวัสดิ์, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2531 (อ้างใน *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 196), โดยชาญชัย แสวงศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิทยุชน).

รัฐนั้นโดยหลักการทางกฎหมายแล้ว ต้องถือว่ามีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน แต่นักกฎหมายไทยมักจะเห็นว่า รัฐเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายใน แต่ยอมรับให้หน่วยงานหรือองค์การที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการตามภารกิจของรัฐเป็นนิติบุคคล เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานในภูมิภาค คือ จังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล หน่วยงานเหล่านี้เป็นเพียงกลไกหรือองคาพยพหรือส่วนต่าง ๆ อันเป็น “ร่างกายของรัฐ” จึงไม่ควรกำหนดให้เป็นนิติบุคคลอีก แต่องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยที่แยกออกไปจากรัฐเพียงแต่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ที่เรียกว่า “อำนาจกำกับดูแล” องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงเป็นนิติบุคคลมหาชนที่แท้จริง เพราะมีภารกิจของตนเอง มีเงินงบประมาณและทรัพย์สินของตนเอง รวมทั้งมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเปรียบเสมือน “ลูกของรัฐ” ที่มีชีวิตแตกต่างหากจากรัฐ แต่อยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครอง³⁴

นิติบุคคลมหาชนตามกฎหมายไทย จำแนกได้ดังนี้

(1) ทบวงการเมือง

ทบวงการเมือง หมายความว่า นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่เป็นองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง อันได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม รวมทั้งส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล องค์การของราชการบริหารส่วนภูมิภาค อันได้แก่ จังหวัด และองค์การแห่งราชการบริหารส่วนท้องถิ่น

คำว่า “ทบวงการเมือง” นี้เป็นคำที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 มาแต่เดิม โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 72 และมาตรา 73 แต่คำนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2535 ได้ตัดมาตรา 72 และมาตรา 73 ออกไปทั้งหมด และไม่ได้กล่าวถึงทบวงการเมืองเลยในหมวด 2 ว่าด้วยนิติบุคคล ทั้งนี้คงจะเห็นว่าทบวงการเมืองมิได้มีขึ้นด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มีด้วยอาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายอื่นอันเป็นกฎหมายมหาชน จึงไม่สมควรที่จะบัญญัติเรื่องทบวงการเมืองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นกฎหมายเอกชน แต่คำว่า “ทบวงการเมือง” ก็ยังคงมีอยู่ในกฎหมายมหาชนที่วางระเบียบเกี่ยวกับราชการบริหาร เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มาตรา 72 ได้บัญญัติว่า “คำว่า ทบวงการเมือง ตามกฎหมายอื่นที่มีอยู่ก่อนวันที่

³⁴ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 192). เล่มเดิม.

พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้หมายความถึง กระทรวง ทบวง กรม ตามพระราชบัญญัติแล้วแต่กรณี³⁵

ก. กระทรวง ทบวง กรม ตามหลักกฎหมายปกครองของไทยถือว่า กระทรวง ทบวง และกรมอันเป็นส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงหรือทบวง มีสภาพเป็นนิติบุคคลโดยเฉพาะเป็นส่วน ๆ ไป ซึ่งเท่ากับเป็นการจำแนกหน่วยงานของรัฐให้มีสภาพเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐด้วย

คำว่า กระทรวง ทบวง กรม นี้ หมายความว่า องค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ให้จัดระเบียบราชการบริหารส่วนกลาง ดังนี้³⁶

- (1) สำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งมีฐานะเป็นกระทรวง
- (2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง
- (3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง
- (4) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัด

หรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง

ส่วนราชการตาม (1) (2) (3) และ (4) มีฐานะเป็นนิติบุคคล

นริศ ชำนาญชานนท์ ให้คำอธิบายว่า การบัญญัติให้กระทรวงและกรมเป็นนิติบุคคลนั้น มีเหตุผล 3 ประการ คือ³⁷

ประการที่หนึ่ง เพื่อแก้ไขปัญหาการฟ้องคดีของประชาชน ซึ่งแต่เดิมประชาชนที่ไม่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของเสนาบดีและข้าราชการของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไม่อาจฟ้องคดีเสนาบดีหรือข้าราชการได้ ถ้าจะฟ้องจะต้องขอพระบรมราชานุญาตเสียก่อน

ประการที่สอง เมื่อมีการจัดตั้งกระทรวงและกรมขึ้นมา แต่ละกระทรวงและกรมต่างก็มุ่งที่จะสร้างความยิ่งใหญ่ให้กับหน่วยงานของตน จึงต้องการให้หน่วยงานของตนมีฐานะเป็นนิติบุคคล เพื่อที่หน่วยงานของตนจะได้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์

³⁵ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 133). เล่มเดิม.

³⁶ แหล่งเดิม. (น. 134-135).

³⁷ จาก สถานะทางกฎหมายของกระทรวง ทบวง กรม ปัญหาอุปสรรคที่มีผลต่อการบริหารราชการแผ่นดินในประเทศไทย (น. 76-100), โดยนริศ ชำนาญชานนท์, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2537 (อ้างใน กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 197), โดยชาญชัย แสวงศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิทยุชน).

ประการที่สาม มีความเข้าใจผิดในขณะนั้นว่า กระทรวงและกรมในประเทศอังกฤษ ซึ่งไทยเลียนแบบมานั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคล

ถ้าหากพิจารณาจากหลักการแล้ว กระทรวงหรือกรมที่เป็นนิติบุคคลมิได้แยกออกจาก รัฐอย่างแท้จริง แต่ยังคงรวมอยู่ในรัฐอันเป็นนิติบุคคลใหญ่ เพราะงบประมาณของกระทรวงหรือ กรมก็รวมอยู่ในงบประมาณแผ่นดิน ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณฉบับเดียวกัน เพราะเป็นเงิน ของรัฐโดยส่วนรวมนั่นเอง ถ้ากระทรวงและกรมเป็นนิติบุคคลโดยอิสระ ก็ควรมีงบประมาณของ ตนเองเป็นส่วนตัดแยกออกจากงบประมาณแผ่นดิน เช่น งบประมาณของเทศบาล เป็นต้น ถึงแม้ว่า กฎหมายไทยจะบัญญัติให้กระทรวงและกรม รวมทั้งทบวงเป็นนิติบุคคลโดยเอกเทศก็ตาม แต่ กระทรวง ทบวง กรม ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งของนิติบุคคลใหญ่ คือ รัฐ³⁸

ข. จังหวัด การที่มีกฎหมายบัญญัติให้จังหวัด ในฐานะที่เป็นหน่วยงานในราชการ บริหารส่วนภูมิภาคมีฐานะเป็นนิติบุคคลนี้ ได้มีมาตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้บังคับ พระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2495 และกฎหมายจัดระเบียบราชการบริหารที่ประกาศใช้ บังคับในสมัยต่อ ๆ มา คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2515 และ แม้แต่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 51 และมาตรา 52 ที่ใช้ บังคับอยู่ในปัจจุบันได้บัญญัติให้จังหวัดในฐานะเป็นราชการบริหารส่วนภูมิภาคเป็นนิติบุคคล³⁹

ค. องค์การปกครองท้องถิ่น เป็นการจัดรูปแบบการปกครองอย่างหนึ่งซึ่งรัฐกระจาย อำนาจไปให้ประชาชนในท้องถิ่นได้มีโอกาสปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของตน ถึงแม้ว่า องค์การปกครองท้องถิ่นจะมีลักษณะเป็นทบวงการเมือง แต่ก็ยังเป็นนิติบุคคลมหาชนโดยแท้จริง ทั้งนี้ เนื่องจากองค์การปกครองท้องถิ่นมีงบประมาณเป็นของตนเอง มิได้รวมอยู่กับงบประมาณแผ่นดิน มี เจ้าหน้าที่ของตนเองแยกออกจากเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาค นอกจากนี้ยังมีทรัพย์สินต่าง ๆ เป็นของตนเองด้วย ในแง่ความสัมพันธ์กับรัฐนั้น ราชการส่วนกลาง และส่วนภูมิภาคซึ่งเป็นหน่วยย่อยของรัฐมีหน้าที่ในการกำกับดูแลการบริหารงานขององค์การ ปกครองท้องถิ่นให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จะเข้ามาใช้ดุลพินิจสั่งการในเรื่องที่ เกี่ยวกับการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้นไม่ได้ ด้วยเหตุนี้กระทรวง ในฐานะเป็นองค์กรของรัฐจึงอาจฟ้องร้องเป็นคดีความกับองค์การปกครองท้องถิ่นได้ โดยไม่ถือว่าผิดหลักทางทฤษฎีแต่อย่างใด ดังนั้น ปัจจุบันองค์การปกครองท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา⁴⁰

³⁸ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 193-194). เล่มเดิม.

³⁹ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 135). เล่มเดิม.

⁴⁰ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 56-58). เล่มเดิม.

(2) องค์การของรัฐบาล

องค์การของรัฐบาลนี้มีกฎหมายจัดตั้งและให้สภาพนิติบุคคลเป็นราย ๆ ไป เพื่อจัดทำบริการสาธารณะหรือบริการเอกชนของฝ่ายปกครองในรูปแบบที่ไม่เป็นราชการ และเจ้าหน้าที่ขององค์การของรัฐบาลก็ไม่มีฐานะเป็นข้าราชการ

การจัดตั้งองค์การของรัฐบาลโดยทั่วไปจัดตั้งด้วยพระราชกฤษฎีกาอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งได้บัญญัติเป็นหลักการไว้ว่า เมื่อรัฐบาลเห็นเป็นการสมควรจะจัดตั้งองค์การเพื่อดำเนินกิจการอันเป็นสาธารณประโยชน์ หรือเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หรือช่วยเหลือในการครองชีพ หรืออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน โดยใช้เงินทุนจากงบประมาณแผ่นดิน ก็ให้กระทำได้โดยตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเป็นราย ๆ ไป และให้องค์การที่จัดตั้งขึ้นมีฐานะเป็นนิติบุคคล

องค์การของรัฐบาลที่ได้จัดตั้งขึ้นด้วยพระราชกฤษฎีกาโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เช่น องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร นอกจากนี้ยังมีองค์การของรัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นด้วยพระราชบัญญัติ องค์การเช่นนี้เป็นองค์การที่ได้รับอำนาจพิเศษบางอย่างในทางปกครอง เช่น การเข้าใช้และครอบครองที่ดินของรัฐและของเอกชน อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การใช้อำนาจพิเศษในทางปกครองดังกล่าวนี้ เป็นการจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคล จึงต้องตราพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้า นครหลวง พ.ศ. 2501 พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2504 แต่อย่างไรก็ดีคือองค์การที่จัดตั้งด้วยพระราชบัญญัติ แม้จะได้รับอำนาจพิเศษบางอย่างในทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการ ก็หาไม่อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการบริหารเหมือนกับทบวงการเมืองไม่⁴¹

(3) องค์การมหาชน

องค์การมหาชนเป็นนิติบุคคลมหาชนที่รัฐจัดตั้งขึ้น เพื่อให้จัดทำภารกิจที่เป็นบริการสาธารณะ ทั้งนี้โดยมีการจัดองค์การในรูปแบบที่ไม่เป็นส่วนราชการ และไม่ถือว่าเป็นรัฐวิสาหกิจ เพราะไม่ได้ประกอบกิจการในทางพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรม บรรดาเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในองค์การมหาชนไม่ถือว่าเป็นข้าราชการ องค์การมหาชนมีบุคลากร ทรัพย์สินแยกออกจากทางภาครัฐ โดยทั่วไปแล้วองค์การมหาชนจะทำหน้าที่ในด้านการศึกษา เศรษฐกิจ การสังคมสงเคราะห์ ตลอดจนการทะนุบำรุงศิลปวัฒนธรรมที่รัฐไม่ต้องการให้จัดทำในรูปของส่วนราชการ ทั้งนี้เพื่อความเป็นอิสระและคล่องตัวในการบริหาร ซึ่งปัจจุบันมีองค์การมหาชน 2 ประเภท คือ องค์การมหาชนที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ และองค์การมหาชนที่ได้รับ

⁴¹ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 137-138). เล่มเดิม.

การจัดตั้งขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาที่อาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542⁴²

(4) หน่วยงานของรัฐประเภทอื่น

ในยุคหลังระบบกฎหมายไทยได้กำหนดให้หน่วยงานบางประเภทที่ทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการขององค์กรอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคล แต่ไม่เป็นส่วนราชการ เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะเช่นนี้แม้ไม่เป็นส่วนราชการ แต่ตามระบบกฎหมายไทยก็ต้องถือเป็นนิติบุคคลมหาชนด้วย

(5) องค์การวิชาชีพ

องค์การวิชาชีพเป็นหน่วยงานที่รัฐจัดตั้งขึ้นให้ควบคุมการประกอบวิชาชีพบางวิชาชีพ เช่น วิชาชีพกฎหมาย แพทย์ วิศวกร สถาปนิก โดยปกติองค์การวิชาชีพจะได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งจะกำหนดโครงสร้างขององค์การวิชาชีพ และระบบการควบคุมมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ซึ่งองค์การวิชาชีพไม่ว่าจะเป็นสภานายความ แพทยสภา สภาวิศวกร เนติบัณฑิตยสภา มีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน เพียงแต่มีความเป็นอิสระในการบริหารจัดการองค์การเท่านั้น แต่ภารกิจที่องค์การวิชาชีพดำเนินการนั้นต้องใช้อำนาจมหาชนและเป็นการกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ⁴³

(6) วัดในพระพุทธศาสนา

วัดที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลมหาชนในระบบกฎหมายไทยนั้นมีแต่เฉพาะวัดในพระพุทธศาสนาที่ได้มีประกาศกระทรวงศึกษาธิการออกตามความในกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ประกาศจัดตั้งเป็นวัดและมีฐานะเป็นนิติบุคคล

การที่กฎหมายไทยถือว่าวัดในพระพุทธศาสนาเท่านั้นที่เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนก็เพราะพลเมืองของประเทศไทยนับถือศาสนาพุทธ ประเทศไทยจึงเป็นชุมชนชาวพุทธ รัฐไทยจึงถือเอากิจการเกี่ยวกับพระพุทธศาสนาเป็นงานของรัฐหรือเป็นราชการอย่างหนึ่ง ซึ่งอยู่ในหน้าที่ของสำนักส่งเสริมพระพุทธศาสนาและกระทรวงศึกษาธิการ ดังนั้น องค์การที่มีหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับศาสนาพุทธ คือ วัด จึงมีฐานะเป็นนิติบุคคล⁴⁴ ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับสถานะ

⁴² คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 59). เล่มเดิม.

⁴³ แหล่งเดิม. (น. 59-60).

⁴⁴ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 196). เล่มเดิม.

ความเป็นนิติบุคคลของวัด เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1932/2526⁴⁵

วัดตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ.2505 มี 2 ประเภท ได้แก่ วัดที่ได้รับพระราชทานวิสุงคามสีมา⁴⁶ และสำนักสงฆ์⁴⁷ วัดที่จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลก็เฉพาะวัดที่ได้ประกาศตั้งวัดด้วยกฎหมายเฉพาะ คือ ประกาศกระทรวงศึกษาธิการตามกฎหมายที่ออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 การสร้าง การตั้ง การรวม การย้าย การยุบเลิกวัด และการขอรับพระราชทานวิสุงคามสีมาต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดในกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505⁴⁸ และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ฉะนั้น วัดที่ยังไม่มีการประกาศโดยกระทรวงศึกษาธิการให้จัดตั้งเป็นวัด จึงยังไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล⁴⁹

2) นิติบุคคลมหาชนในต่างประเทศ

ประเทศต่าง ๆ ในยุโรป ซึ่งไม่ถือว่ากระทรวง ทบวง กรม มีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ เพราะถือว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นนิติบุคคลมหาชน กระทรวง ทบวง กรม เป็นแต่เพียงกลไกของรัฐ ผู้ใดจะฟ้องร้องส่วนราชการก็ต้องฟ้องร้องรัฐไม่ใช่ฟ้องร้องกระทรวงหรือกรม⁵⁰

นิติบุคคลมหาชนในประเทศเยอรมัน มีอยู่ 3 ประเภท คือ องค์การหมู่คณะมหาชน องค์การบริการมหาชน และมูลนิธิมหาชน สำหรับรัฐนั้น เนื่องจากประเทศเยอรมันเป็นสหพันธรัฐ ซึ่งมีทั้งสหพันธรัฐและมลรัฐต่าง ๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นสหพันธรัฐ โดยทั้งสหพันธรัฐและมลรัฐต่างก็เป็นรัฐซึ่งทรงสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายโดยรัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่สหพันธรัฐและมลรัฐมีต่อกันไว้ในระบบกฎหมายของเยอรมันจึงยอมรับกันโดยทั่วไปว่า รัฐเป็นนิติบุคคล⁵¹

ระบบกฎหมายมหาชนสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้รับการพัฒนากฎหมายมหาชนมาเป็นเวลานาน ทำให้มีการแบ่งแยกนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนออกจากรัฐเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1932/2526 วัดโจทก์ตั้งเป็นสำนักสงฆ์มาตั้งแต่ พ.ศ. 2500 ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 31 บัญญัติว่า วัดมีสองอย่าง คือ วัดที่ได้รับพระราชทานวิสุงคามสีมา และสำนักสงฆ์ สำนักสงฆ์ที่ได้รับอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายแล้ว แม้จะยังมิได้รับพระราชทานวิสุงคามสีมาก็เป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 72 (เดิม) จึงมีสิทธิครอบครองที่ดินที่มีผู้ยกให้เป็นของวัดได้.

⁴⁶ วิสุงคามสีมา คือ เขตพื้นที่ที่ดินที่ได้มีประกาศพระบรมราชโองการพระราชทานให้แก่วัด สำหรับใช้เป็นที่ตั้งพระอุโบสถหรือโบสถ์ อันเป็นสถานที่ศักดิ์สิทธิ์สำหรับประกอบสังฆกรรม

⁴⁷ สำนักสงฆ์ คือ วัดที่ยังมิได้รับพระราชทานวิสุงคามสีมา

⁴⁸ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 196-197). เล่มเดิม.

⁴⁹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 20). เล่มเดิม.

⁵⁰ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 193). เล่มเดิม.

⁵¹ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 94). เล่มเดิม.

อย่างเป็นระบบ⁵² นิติบุคคลมหาชนในประเทศนี้แยกพิจารณาได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ รัฐ และนิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐซึ่ง ได้แก่ องค์การปกครองท้องถิ่นและองค์การมหาชน⁵³

ขอล่าถึงเฉพาะนิติบุคคลในกรณีที่เป็นรัฐ ดังนี้

โกคิน พลกุล อธิบายว่า เป็นที่ยอมรับในทางความเป็นจริงและในทางทฤษฎีว่า รัฐในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นนิติบุคคล ความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นจะแตกต่างจากนิติบุคคลอื่น ๆ เพราะในแง่หนึ่งรัฐ ก็คือ สภาพความเป็นจริงทางการเมืองและสังคม รัฐไม่เพียงเป็นนิติบุคคลเท่านั้น หากยังสามารถพิจารณาความหมายของรัฐในแง่ขั้นสูงทางสังคม ทางระบบเศรษฐกิจ สังคมได้อีกด้วย ในแง่กฎหมายปกครอง จะมองรัฐในแง่ของนิติบุคคลเป็นสำคัญ มิได้มองที่องค์ประกอบในทางสังคมวิทยาของรัฐ การที่กล่าวว่ารัฐเป็นนิติบุคคลนั้นก็เพราะรัฐมีองค์ประกอบของนิติบุคคลครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นด้านทรัพย์สิน บุคลากร ผู้แทน ฯลฯ⁵⁴

ในทางทฤษฎีแล้ว สาธารณรัฐฝรั่งเศสยอมรับกันโดยทั่วไปว่า “รัฐ” มีความเป็นนิติบุคคลโดยสภาพไม่ว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายในก็ตาม ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองถึงสภาพความเป็นนิติบุคคลดังกล่าวแต่ประการใด เพราะรัฐมีองค์ประกอบของความเป็นนิติบุคคลโดยครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นด้านทรัพย์สินซึ่งรัฐสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ ในด้านผู้แทนนั้นมีผู้เข้ามาดำรงตำแหน่งในการทางการเมืองเพื่อทำหน้าที่ในการประกอบกิจการต่าง ๆ แทนรัฐ นอกจากนี้รัฐยังมีสิทธิตามกฎหมายต่าง ๆ รวมไปถึงหน้าที่ตามกฎหมายอีกด้วย ผลของการที่รัฐเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายในของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ทำให้กระทรวง ทบวง กรม ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอีก ดังนั้น ประชาชนโดยทั่วไปจึงไม่สามารถที่จะฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้ หากประชาชนมีความต้องการที่จะฟ้องร้องหน่วยงานดังกล่าวจะต้องฟ้องรัฐเท่านั้น⁵⁵

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะไม่มีกำหนดจำนวน และอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีไว้ในรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่ในพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ซึ่งก็หมายความว่าจำนวน กระทรวงและทบวงจะไม่แน่นอน เพราะผันแปรตามจำนวนรัฐมนตรีนั่นเอง แต่เป็นอำนาจของประธานาธิบดี

⁵² จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย (น. 48), โดยเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵³ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 88). เล่มเดิม.

⁵⁴ จาก “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส,” โดยโกคิน พลกุล, 2530 (สิงหาคม), วารสารกฎหมายปกครอง, 6(2), น. 292-293 (อ้างใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 88-89), โดยชาญชัย แสวงศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน).

⁵⁵ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย (น. 48-49). เล่มเดิม.

และนายกรัฐมนตรี การตั้งรัฐมนตรีทั้งคณะหรือรายบุคคลจะกระทำโดยพระราชกฤษฎีกาของประธานาธิบดี ตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรี

การที่กระทรวง ทบวง กรมไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลก่อให้เกิดผลดีหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการปรับเปลี่ยนกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ เพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น หากต้องการจัดตั้งกระทรวงใหม่ที่ไม่เคยมีการจัดตั้งมาก่อน ก็สามารถโอนหน่วยงานต่าง ๆ มาสังกัดกระทรวงนี้ได้ ในขณะที่หากมีความจำเป็นต้องยุบกระทรวง ทบวง กรมใด เพราะไม่มีความจำเป็นต้องคงกระทรวง ทบวง กรมนั้นไว้อีกต่อไป ก็สามารถกระทำได้โดยกฎหมายระดับพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น⁵⁶ และการเป็นนิติบุคคลของรัฐ แสดงออกถึงความเป็นเอกภาพของรัฐ กล่าวคือ ในแง่ของการคลังงบประมาณของส่วนกลางและส่วนภูมิภาคย่อมเป็นงบประมาณของรัฐหรือของแผ่นดินทั้งสิ้น กระทรวงการคลังเป็นเพียงองค์กรที่ควบคุมการหารายได้และการใช้จ่ายเงินของรัฐ⁵⁷

สรุปได้ว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นรัฐที่มีความเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ ไม่ว่าจะตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน โดยผลของการที่รัฐเป็นนิติบุคคลนั้น ทำให้หน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐนั้น ไม่ว่าจะเป็หน่วยงานกลาง เช่น กระทรวง ทบวง กรม ล้วนแล้วแต่ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลทั้งสิ้น⁵⁸

2.2.6 ความเป็นนิติบุคคลของรัฐ

รัฐเป็นบุคคล ๆ หนึ่งที่มีความสามารถทางกฎหมายแตกต่างหากจากเอกชนแต่ละคนที่เป็นสมาชิกของรัฐ เพราะรัฐมีเจตจำนงของตนเองแตกต่างหากจากเอกชนแต่ละคน หรือราษฎรแต่ละคนที่เข้ามารวมกันเป็นรัฐ เจตจำนงของรัฐเป็นเจตจำนงที่มีฐานะเหนือกว่าเจตจำนงของสมาชิกแต่ละคน เพราะเป็นเจตจำนงรวมของทุกคน รัฐจึงมีอำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามเจตจำนงของตนเองได้ เรียกว่า มีอำนาจอหาชนหรืออำนาจรัฐ ดังนั้น รัฐจึงเป็นสิ่งที่มีความเหนือกว่าบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนทั้งหลายที่อยู่ภายในอาณาเขตของรัฐ เหตุผลที่รัฐเป็นนิติบุคคลหนึ่งแตกต่างหากจากสมาชิกแต่ละคน มาจากข้อเท็จจริง 2 ประการ คือ ความมีเอกภาพและความต่อเนื่องหรือลักษณะสืบเนื่องแสดงให้เห็นว่ารัฐมีความเป็นตัวตน หรือมีความดำรงอยู่ของตนเอง แยกจากสมาชิกแต่ละคนหรือทางกฎหมาย เรียกว่า มีความเป็นบุคคลทางกฎหมายหรือเป็น “นิติบุคคล” คือ มีความสามารถที่จะทรงสิทธิหรือมีสิทธิหน้าที่ของตนเองได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการจัดระเบียบเพื่อให้มีบุคคลธรรมดาทำหน้าที่รักษาสิทธิหรือก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์กับผู้ทรงสิทธิ

⁵⁶ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 90). เล่มเดิม.

⁵⁷ จาก หลักกฎหมายมหาชน (น. 201), โดยปรีชา จำรัสศรี, 2555, กรุงเทพฯ: สุตรไพศาล.

⁵⁸ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย (น. 51). เล่มเดิม.

หรือบุคคลทางกฎหมายอื่น ๆ หรือทำหน้าที่เป็นกลไก ในการแสดงเจตนาของกลุ่มคนที่รวมกันเป็นรัฐ ที่เรียกว่า องค์การของรัฐ ระเบียบดังกล่าวนี้ คือ รัฐธรรมนูญของรัฐซึ่งอาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์การของรัฐ อำนาจหน้าที่ของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านั้น รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ว่า จะมีความสัมพันธ์อย่างไร และหากมีข้อพิพาทระหว่างองค์กรเหล่านั้นหรือระหว่างองค์กรกับเอกชนที่เป็นสมาชิกจะมีองค์กรใดเป็นผู้ชี้ขาด

ผลของการถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลทางกฎหมาย ทำให้ผู้ปกครองหรือรัฐบาลเป็นเพียงผู้แสดงเจตนาของรัฐหรือเป็นองค์การของรัฐ ดังนั้น การใด ๆ ที่รัฐบาลได้ทำลงไปจึงเป็นการกระทำของรัฐ สิทธิหรือหน้าที่ที่รัฐบาลได้ก่อตั้งจึงยังคงดำรงอยู่แม้รัฐบาลขณะนั้นจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม⁵⁹

ความคิดที่ถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลทางกฎหมายแตกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่เป็นสมาชิกของรัฐ โดยการยอมรับให้รัฐเป็นนิติบุคคลก่อให้เกิดผลประโยชน์หลายประการ ดังนี้⁶⁰

ประการที่หนึ่ง ทำให้เกิดความต่อเนื่องในการดำรงอยู่ของรัฐ

ประการที่สอง ทำให้ข้อผูกพันของรัฐมีลักษณะสืบเนื่องไม่ขาดตอน แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองประเทศหรือรัฐบาลซึ่งถือว่าเป็นองค์การหนึ่งของรัฐเท่านั้นจึงทำให้มีความเป็นเอกภาพ

ประการที่สาม ทำให้รัฐมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและมิงบประมาณการใช้จ่ายของตนเอง

ประการที่สี่ ในด้านกฎหมายระหว่างประเทศทำให้รัฐมีสิทธิและหน้าที่ของตนเอง สามารถดำเนินกิจการแทนสมาชิกของตนในกิจการระหว่างประเทศไทยและทำให้รัฐมีฐานะอย่างสมบูรณ์ที่จะดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศ นอกจากนั้นยังทำให้เกิดความเสมอภาคภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ความเป็นรัฐเกิดขึ้นเมื่อเข้าลักษณะ 4 ประการ คือ มีประชากร ดินแดน อำนาจอธิปไตย และมีระเบียบการปกครองสังคมมนุษย์ที่เข้าลักษณะทั้ง 4 อย่างนี้ก็เกิดรัฐขึ้น และเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายมหาชนภายในก็ถือว่าเป็นนิติบุคคลเหมือนกันแต่ว่าหลักข้อนี้กฎหมายมหาชนของไทยไม่ได้ถือตาม เราถือแต่เพียงว่ารัฐเป็นนิติบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายมหาชนภายในไม่ได้กล่าวถึงรัฐ แต่จำแนกออกไปว่า กระทรวง ทบวง กรม เป็น

⁵⁹ หลักกฎหมาย กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 183-185). เล่มเดิม.

⁶⁰ แหล่งเดิม. (น. 186).

นิติบุคคล ไม่พุดถึงรัฐ แต่หลักกฎหมายมหาชนของต่างประเทศถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคล กระทรวง ทบวง กรม ไม่ได้เป็นนิติบุคคล⁶¹

การที่ระบบกฎหมายของประเทศไทยไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคลของรัฐ แต่ถือว่า กระทรวง ทบวง กรม เป็นนิติบุคคลนั้น เป็นเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดการขาดความเป็นเอกภาพ ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ทั้งนี้เนื่องมาจากการยอมรับความเป็นนิติบุคคลของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ปฏิเสธความเป็นนิติบุคคลของรัฐตามกฎหมายภายใน⁶² ก่อให้เกิดความไม่คล่องตัวของระบบบริหารราชการแผ่นดิน และอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการมีความซ้ำซ้อนกันกับรัฐหรือสร้างความซับซ้อนให้กับระบบราชการ และจากฐานะความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ ส่งผลกระทบต่อระบบบริหารงานภาครัฐและอุปสรรคต่อความพยายามในการปฏิรูประบบราชการ โดยมีนัยสำคัญ 2 ประการ คือ⁶³

ประการแรก ความเป็นนิติบุคคลทำลายความเชื่อมโยงกับรัฐ และความเชื่อมโยงกับส่วนราชการอื่น ๆ แม้ในทางกฎหมายส่วนราชการจะเป็นเพียงตัวแทนของรัฐ การกระทำใด ๆ ของส่วนราชการเป็นการทำแทนและในนามรัฐ แต่การที่สถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐไม่ได้ถูกรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ความมีตัวตนของรัฐและความเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายขาดความชัดเจน และขาดการยอมรับอย่างแท้จริง แม้ว่าในทางวิชาการ นิติศาสตร์จะถือว่ารัฐเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชน แต่ตราบใดที่หลักการนี้ยังไม่ถูกรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร บรรดานักกฎหมายซึ่งเป็นผู้ปรับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะผู้พิพากษา ยังคงมีความหวั่นเกรงในการที่จะวินิจฉัยใด ๆ อันจะเป็นการยอมรับว่า รัฐสามารถทรงสิทธิและหน้าที่ได้ในทางกฎหมาย

ในขณะที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดรับรองให้รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ได้ในทางกฎหมาย ตัวแทนของรัฐ อันได้แก่ ส่วนราชการต่าง ๆ กลับมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อตั้งความเป็นนิติบุคคลขึ้นมา ความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการนี้เองย่อมมาดบังความเป็นตัวตนของรัฐในทางกฎหมาย ประกอบกับความเชื่อที่ว่าเมื่อเป็นนิติบุคคลแล้วย่อมมีสิทธิและหน้าที่อย่างอิสระ ย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกการมีตัวตนซึ่งดำรงอยู่อย่างเอกเทศไม่เกี่ยวข้องกับส่วนราชการอื่น ๆ

⁶¹ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 129). เล่มเดิม.

⁶² หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย (น. 53). เล่มเดิม.

⁶³ คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 27-28). เล่มเดิม.

ประการที่สอง ความเป็นนิติบุคคลสร้างความรู้สึกรู้สึกในความเป็นเจ้าของทรัพยากรบุคคล งบประมาณ และทรัพย์สิน ในเชิงหลักการทรัพยากรบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของส่วนราชการล้วนแต่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทรัพย์สินที่ส่วนราชการถือครองอยู่ในฐานะผู้ทรงสิทธิแล้วแต่เป็นการถือครองไว้แทนรัฐ หรือแม้กระทั่งงบประมาณซึ่งได้รับการจัดสรรก็เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติการกิจของรัฐ แต่การที่รัฐไม่ถูกรับรองให้มีตัวตนจึงสร้างความรู้สึกรู้สึกในความเป็นเจ้าของบุคคล งบประมาณ หรือทรัพย์สิน และตนมีอิสระในการจัดการทรัพยากรดังกล่าวอย่างเต็มที่ในฐานะเป็นเจ้าของ นอกจากนี้การที่มีกฎหมายบัญญัติให้การบริหารจัดการทรัพยากรบุคคล งบประมาณหรือทรัพย์สิน เป็นสิทธิขาดของส่วนราชการที่เป็นเจ้าของบุคคล งบประมาณ หรือทรัพย์สินนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการจัดการทรัพยากรดังกล่าว ซึ่งกระจุกตัวอยู่ที่ส่วนราชการระดับกรมเป็นส่วนใหญ่ที่เรียกว่า “ระบบบริหารฐานกรม” ย่อมสร้างความลำบากให้แก่รัฐในการที่จะเข้ามาบริหารจัดการทรัพยากรบุคคล งบประมาณ หรือทรัพย์สินในภาพรวมเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้ การไม่ยอมรับให้รัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคลย่อมก่อให้เกิดปัญหาหลายประการได้แก่⁶⁴

1) ปัญหาที่เกิดจากขอบอำนาจของกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งต่างก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลแต่ละส่วนไป

ตามพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ได้บัญญัติถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่ของแต่ละกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งอำนาจหน้าที่จะมีมากน้อยเพียงใดต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายให้อำนาจหน้าที่แค่ไหน การกำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมา เช่น กรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทรวง ทบวง กรมใด มีอำนาจหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ

ปัญหาที่จะเกิดในกรณีที่โดยภาระหน้าที่บางอย่าง ซึ่งโดยสภาพเห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แต่ไม่มีกฎหมายฉบับใดบัญญัติให้ชัดแจ้งว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมใดโดยเฉพาะ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่อเอกชนผู้ได้รับความเสียหาย ทั้งนี้เพราะเอกชนไม่สามารถฟ้องร้องรัฐได้ เนื่องจากรัฐไม่ใช่นิติบุคคลจะฟ้องกระทรวง ทบวง กรมก็ไม่ได้ เพราะการฟ้องนิติบุคคลจะต้องฟ้องนิติบุคคลนั้นตามอำนาจหน้าที่ที่นิติบุคคลนั้นมีอยู่

⁶⁴ จาก เอกสารคำสอนวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย (น. 279-280), โดยศาสตราจารย์คณะนิติศาสตร์, 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

นอกจากนี้ยังเกิดปัญหาที่ตามมาอีกประการหนึ่ง เกี่ยวกับการฟ้องคดีผู้กระทำผิด โดยเฉพาะในคดีความผิดต่อสิ่งแวดล้อม เช่น กรณีสำนักงานอัยการสูงสุดไม่ฟ้องโรงงานน้ำตาลที่ทิ้งน้ำเสียไปในลำน้ำพอง อันเป็นเหตุให้ปลาในลำน้ำพองตาย ทั้งนี้ เนื่องจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายว่า กรมประมงหรือกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้รับผิดชอบหรือเป็นผู้เสียหายในเรื่องนี้ ทำให้สำนักงานอัยการสูงสุดไม่สามารถเริ่มต้นคดีได้ เนื่องจากผู้เริ่มต้นฟ้องคดีต้องเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงเท่านั้น

2) ปัญหาที่เกิดจากการฟ้องร้องคดี ระหว่างส่วนราชการด้วยกันเอง

เนื่องจากกระทรวง ทบวง กรม ในประเทศไทยเป็นนิติบุคคล ดังนั้น เมื่อกระทรวง ทบวง กรมใด ได้รับความเสียหายก็สามารถดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ตนได้รับการคุ้มครอง เช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปได้ แม้กระทั่งความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกระทรวง ทบวง กรม ด้วยกันเองก็สามารถฟ้องร้องคดีต่อกันและกันได้ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ไม่สมควรให้เกิดขึ้น เพราะเป็นการทำลายเอกภาพของการบริหารราชการส่วนกลาง

3) ปัญหาการฟ้องร้องกระทรวง ทบวง กรม เป็นจำเลยของเอกชน

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ผู้ที่จะเป็นคู่ความได้จะต้องเป็นบุคคล และเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีนั้น ดังนั้น การฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐ ต้องพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐนั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ ซึ่งถ้าหน่วยงานของรัฐ เช่น รัฐบาลไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ประชาชนก็ไม่สามารถฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้ ดังนั้น หากประชาชนประสงค์ที่จะฟ้องร้องรัฐบาล ประชาชนต้องฟ้องรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลไปจนครบจำนวนของคณะรัฐมนตรี ทำให้ก่อปัญหาในการฟ้องร้องของประชาชนต่อหน่วยงานของรัฐเป็นอย่างยิ่ง

4) ปัญหาที่เกิดจากความยากลำบากในการจัดตั้ง และยุบเลิกกระทรวง ทบวง กรม

การจัดตั้ง การยุบเลิก กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด ในประเทศไทยกฎหมายกำหนดให้กระทำโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการปรับปรุงการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งต้องอาศัยความรวดเร็วและเปลี่ยนแปลงให้ทันกับสถานการณ์ของโลกยุคปัจจุบัน ปัญหาดังกล่าว คือ การที่รัฐบาลต้องการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง กระทรวง ทบวง กรม เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาล รัฐบาลก็จะประสบปัญหาการจัดตั้ง ยุบเลิก เปลี่ยนแปลง กระทรวง ทบวง กรม เนื่องจากหน่วยงานข้างต้นมีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งต้องกระทำโดยการตราพระราชบัญญัติ ซึ่งจะต้องใช้เวลาหลายเดือนหรือหลายปี

5) ปัญหาที่รัฐเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย

การไม่ยอมรับว่ารัฐเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยภายในนั้น แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยกลับยอมรับว่ารัฐเป็นนิติบุคคล เช่น รัฐไทยสามารถทำสนธิสัญญาหรืออนุสัญญากับประเทศต่าง ๆ ได้ ซึ่งมีผลเป็นการผูกพันกับต่างประเทศนั่นเอง ดังนั้น การยอมรับว่ารัฐไทยเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่ไม่ยอมรับว่าเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายในถือว่าเป็นสิ่งแปลกประหลาดในระบบกฎหมายมหาชนเป็นอย่างยิ่ง คงไม่สามารถอธิบายให้ประเทศอื่น ๆ เข้าใจได้ว่าเป็นเช่นนี้ แม้ในทางปฏิบัติจะไม่มีปัญหามากขึ้น แต่ในทางวิชาการเป็นการสะท้อนให้เห็นความด้อยพัฒนาของระบบกฎหมายมหาชนของไทยเป็นอย่างยิ่ง

2.3 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชน

แนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของการปกครองระบอบประชาธิปไตย หรือการปกครองโดยประชาชน แนวคิดดังกล่าวปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 ข้อ 6 “...พลเมืองทุกคนมีสิทธิออกกฎหมายโดยตนเองเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรง หรือโดยผ่านผู้แทน...” หรือข้อ 14 “พลเมืองทุกคนมีสิทธิกำหนดความจำเป็นที่ต้องมีภาษีอากรประเภทใดให้ความเห็นชอบภาษีอากร ติดตามการใช้ภาษีอากร กำหนดจำนวนภาษีฐานภาษี การชำระและระยะเวลาการเก็บอากร ทั้งนี้ โดยเข้าร่วมในการกระทำด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้แทนราษฎร”⁶⁵

แนวความคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นเป็นแนวความคิดที่เกิดขึ้นและอยู่เคียงคู่กับการปกครองระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากระบอบการปกครองนี้ถือว่าอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจอุดมสูงสุดในการปกครองประเทศนั้นมาจากประชาชน และประชาชนเป็นผู้ให้สัตยาบันนิติองค์กรต่าง ๆ ของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่จะให้ประชาชนมีสิทธิที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ซึ่งประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติรับรองสิทธินี้ของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่การรับรองสิทธิดังกล่าวจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับบริบททางสังคม การเมือง และการปกครองของประเทศนั้น ๆ และความพร้อมของประชาชนว่ามีความรู้และเข้าใจถึงสิทธิดังกล่าวมากน้อยเพียงใด⁶⁶

⁶⁵ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย (น. 208). เล่มเดิม.

⁶⁶ จาก รัฐธรรมนูญกับการมีส่วนร่วมของประชาชน ในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 47-78), โดยสุนีย์ มัลลิกะมาส, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2.3.1 ความหมายของหลักการมีส่วนร่วมของประชาชน

กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน (Public Participation) เป็นกระบวนการซึ่งสาธารณชนมีความห่วงกังวล มีความต้องการ และมีทักษะที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐที่จะตัดสินใจ กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นกระบวนการสื่อสารสองทางที่มีเป้าหมายโดยรวมเพื่อที่จะให้เกิดการตัดสินใจที่ดีขึ้นและจะต้องได้รับการสนับสนุนจากสาธารณชน⁶⁷

องค์การสหประชาชาติ (United Nations) ให้ความหมายของคำว่า “การมีส่วนร่วม” หมายถึง กระบวนการที่ประชาชนระดับต่าง ๆ เข้าไปเกี่ยวข้องกับโครงการหรือกิจกรรมหนึ่ง ๆ โดยสมัครใจ และด้วยความกระตือรือร้น ในกระบวนการตัดสินใจมีการกำหนดเป้าหมายสังคมและกำหนดการใช้ทรัพยากรเพื่อให้การบริหารกิจกรรมและโครงการนั้นบรรลุผล โดยมีแนวทางพื้นฐานอยู่ 3 ประการ คือ ร่วมตัดสินใจในการพัฒนา ร่วมสนับสนุนความพยายามในการบริหารการพัฒนา และร่วมปันผลประโยชน์ที่ได้จากการพัฒนา⁶⁸

ธนาคารโลก (World Bank) ให้ความหมายว่า การมีส่วนร่วม คือ การที่ประชาชนผู้มีส่วนได้เสียเข้าไปมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจกำหนดเป้าหมายการพัฒนาและการใช้ทรัพยากรที่มีผลกระทบต่อพวกเขา⁶⁹

พจนานุกรมอังกฤษฉบับออกฟอร์ด ได้ให้คำนิยามคำว่า “การมีส่วนร่วม” (Participation) ไว้ว่า เป็นการมีส่วนร่วม (ร่วมกับคนอื่น) ในการกระทำบางอย่างหรือบางเรื่อง คำว่า “การมีส่วนร่วม” โดยมากมักจะใช้ในความหมายตรงกันข้ามกับคำว่า “การเมินเฉย” (Apathy) ฉะนั้น คำว่า “การมีส่วนร่วม” ตามความหมายข้างต้น จึงหมายถึง การที่บุคคลร่วมกันกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือในประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่บุคคลนั้นสนใจ ไม่ว่าเขาจะได้ปฏิบัติการเพื่อแสดงถึงความสนใจอย่างจริงจังหรือไม่ก็ตาม และไม่จำเป็นที่บุคคลนั้นจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมนั้นโดยตรงก็ได้ เพียงแค่มีทัศนคติ ความคิดเห็น ความสนใจ ความห่วงใย ก็เพียงพอแล้วที่จะเรียกว่าเป็นการมีส่วนร่วมได้⁷⁰

⁶⁷ จาก คู่มือการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจของชุมชน (น. 1), โดยเจมส์ แอล เกรตัน, 2547, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

⁶⁸ จาก การดำเนินโครงการที่มีผลกระทบด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมกับการมีส่วนร่วมของประชาชน. (น. 15), โดยสร ปิ่นอักษรสกุล, 2548, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

⁶⁹ แหล่งเดิม. (น. 16).

⁷⁰ จาก การมีส่วนร่วมของประชาชนในอำนาจตุลาการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.6-7), โดยภัทราวุธ มกรเวส, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

การมีส่วนร่วมของประชาชน คือ กระบวนการที่ประชาชนผู้ที่มีความสนใจ ผู้ที่ได้รับผลกระทบ หรือผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งอาจมีทั้งปัจเจกบุคคล ชุมชน หน่วยงานของภาครัฐและภาคเอกชน ได้มีโอกาสในการแสดงความคิดเห็น ให้คำปรึกษาหารือ และแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อแสวงหาทางเลือก และร่วมกันในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ ของรัฐบาลได้อย่างเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับร่วมกันทุกฝ่าย⁷¹

การมีส่วนร่วมของประชาชน หมายความว่า การมีส่วนร่วมของประชาชนเปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสังคมและการเมือง ในอดีตการมีส่วนร่วมของประชาชนมักหมายถึง การมีส่วนร่วมทางการเมือง โดยให้ความสำคัญกับการไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หากแต่ปัจจุบัน สังคมให้ความสำคัญกับประชาธิปไตยทางตรงและประชาธิปไตยที่ประชาชนปกครองตนเอง ส่งผลให้ความหมายของการมีส่วนร่วมของประชาชนมีขอบเขตกว้างขวางขึ้น⁷²

การมีส่วนร่วมยังอธิบายได้ในหลายมิติทั้งในแง่ของมิติความลึกและทั้งในเชิงกว้าง รายละเอียดมีดังนี้⁷³

1) การมีส่วนร่วมในความหมายที่แคบ คือ การพิจารณาถึงการมีส่วนช่วยเหลือโดยสมัครใจ โดยประชาชนต่อโครงการใดโครงการหนึ่งของโครงการสาธารณะต่าง ๆ ที่คาดว่าจะส่งผลต่อการพัฒนาชาติแต่ไม่ได้หวังจะให้ประชาชนเปลี่ยนแปลงโครงการหรือวิจารณ์เนื้อหาของโครงการ

2) การมีส่วนร่วมในความหมายที่กว้าง หมายถึง การให้ประชาชนในชนบทรู้สึกตื่นตัวเพื่อที่จะทราบถึงการรับความช่วยเหลือและตอบสนองต่อโครงการพัฒนา ขณะเดียวกันก็สนับสนุนความคิดริเริ่มของคนในท้องถิ่น

3) ในเรื่องของการพัฒนาชนบท การมีส่วนร่วม คือ การให้ประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจ กระบวนการดำเนินการ และร่วมรับผลประโยชน์จากโครงการพัฒนา นอกจากนี้ยังเกี่ยวข้องกับความพยายามที่จะประเมินผลโครงการนั้น ๆ ด้วย

⁷¹ จาก “การมีส่วนร่วมของประชาชนในโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม: ศึกษาปัญหาการดำเนินโครงการโรงไฟฟ้าพลังความร้อน,” โดยณัฐพร อรุณทอง, 2556 (เมษายน-มิถุนายน), วารสารวิชาการศาลปกครอง, 13 (2), น. 23.

⁷² จาก คู่มือ การมีส่วนร่วมของประชาชนสำหรับผู้บริหารท้องถิ่น (น. 17), โดยอรทัย ถักผล, 2552, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

⁷³ จาก การมีส่วนร่วม: แนวคิด ทฤษฎีและกระบวนการ เอกสารประกอบการศึกษาดูงานของคณะกรรมการการพัฒนาทางการเมืองและการมีส่วนร่วมของประชาชน วุฒิสภา (น. 5), โดยถวิลวดี บุรีกุล, 2551, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

4) การมีส่วนร่วมของประชาชนในการพัฒนานั้นอาจเข้าใจอย่างกว้าง ๆ ได้ว่า คือ การที่ประชาชนได้เข้าร่วมอย่างแข็งขันในกระบวนการตัดสินใจต่าง ๆ ในเรื่องที่จะมีผลกระทบต่อเขา

5) การมีส่วนร่วมในชุมชน หมายถึง การที่ประชาชนจะมีทั้งสิทธิและหน้าที่ที่จะเข้าร่วมในการแก้ปัญหาของเขา มีความรับผิดชอบมากขึ้นที่จะสำรวจตรวจสอบความจำเป็นในเรื่องต่าง ๆ การระดมทรัพยากรท้องถิ่น และเสนอแนวทางแก้ไขใหม่ ๆ เช่นเดียวกับการก่อตั้งและดำรงรักษาองค์กรต่าง ๆ ในท้องถิ่น

6) การมีส่วนร่วมนั้นจะต้องเป็นกระบวนการดำเนินการอย่างแข็งขัน ซึ่งหมายถึงว่าบุคคลหรือกลุ่มที่มีส่วนร่วมนั้น ได้เป็นผู้มีความริเริ่มและได้มุ่งใช้ความพยายามตลอดจนความเป็นตัวของตัวเองที่จะดำเนินการตามความริเริ่มนั้น

7) การมีส่วนร่วม คือ การที่ได้มีการจัดการที่จะใช้ความพยายามที่จะเพิ่มความสามารถที่จะควบคุมทรัพยากรและระเบียบในสถาบันต่าง ๆ ในสภาพสังคมนั้น ๆ ทั้งนี้ โดยกลุ่มที่ดำเนินการและความเคลื่อนไหวที่จะดำเนินการนี้ไม่ถูกควบคุมโดยทรัพยากรและระเบียบต่าง ๆ

การมีส่วนร่วมของประชาชน คือ การเข้ามาช่วยเหลือหรือร่วมในกระบวนการดำเนินงานต่าง ๆ ของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่ของประชาชน เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแท้และสอดคล้องกับวิถีการดำเนินชีวิต ทำให้เกิดประสิทธิผลและสร้างความสมดุลระหว่างรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครองกับประชาชนซึ่งเป็นผู้อยู่ใต้การปกครองแห่งรัฐ ในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยส่วนใหญ่จึงเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้ แต่การมีส่วนร่วมและใช้สิทธิทางการเมืองดังกล่าวจะต้องและสอดคล้องกับความเป็นจริงได้ต่อเมื่อประชาชนได้รู้หรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการที่จำเป็นที่รัฐสามารถเปิดเผยได้ และไม่เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือประโยชน์สำคัญของเอกชนอื่นในรัฐนั้น การได้รู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการนั้นถือว่าเป็นสิทธิของประชาชนที่รัฐพึงจะต้องให้และคุ้มครอง เพราะการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้อง โปร่งใส และได้สัดส่วนที่เหมาะสมจะทำให้ประชาชนสามารถจะทำความเข้าใจในการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐ อันจะช่วยลดความขัดแย้งระหว่างรัฐกับประชาชนลงไปได้⁷⁴

ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชน คือ กระบวนการที่ภาครัฐกับภาคประชาชนมีส่วนร่วมกัน ในเรื่องต่าง ๆ โดยเข้ามามีส่วนร่วมตั้งแต่การรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ร่วมดำเนินการในโครงการหรือกิจกรรม โดยการปรึกษาหารือ แลกเปลี่ยนความคิดเห็น ซึ่งถือว่าเป็นการเปิดโอกาสให้

⁷⁴ รัฐธรรมนูญกับการมีส่วนร่วมของประชาชน ในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 109). เล่มเดิม.

ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นในสิ่งที่ตนเองต้องการต่อภาครัฐ และร่วมคิด ตัดสินใจร่วมกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์และมีความเสียหายน้อยที่สุด อีกทั้งเป็นการลดความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นจากความไม่เข้าใจกันระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนด้วย

2.3.2 ทฤษฎีการมีส่วนร่วม

ทฤษฎีการมีส่วนร่วมอาจมีอยู่มากมายหลายทฤษฎีด้วยกัน แต่สามารถแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ดังนี้⁷⁵

1) ทฤษฎีประชาธิปไตยแบบตัวแทน

ทฤษฎีนี้เน้นความเป็นผู้แทนของผู้นำ และถือว่าการมีส่วนร่วมในการเลือกตั้งหรือ ถอดถอนผู้นำเป็นเครื่องหมายของการที่จะทำให้หลักประกันกับการบริหารงานที่ดี อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้เน้นเฉพาะการวางโครงสร้างของสถาบันเพื่อเป็นเครื่องมือในการให้ผู้ตามเข้ามามีส่วนร่วม เท่านั้น เช่น การเลือกตั้งทั่วไป การเลือกตั้งโดยลงคะแนนลับ จะเห็นได้ว่า การมีส่วนร่วมตามนัย ทฤษฎีนี้ได้เปิดโอกาสให้ผู้ตามได้เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานของบรรดาผู้นำต่าง ๆ ที่เสนอ ตัวเข้าสมัครรับเลือกตั้ง แต่บรรดาผู้ตามนั้นเป็นเพียงแค่ไม่ระดับเท่านั้น

2) ทฤษฎีประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม

ทฤษฎีตามแนวความคิดของการมีส่วนร่วมไม่ได้มีวัตถุประสงค์เฉพาะการเลือกตั้งหรือ ถอดถอนผู้นำเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการเข้าไปมีส่วนร่วมในทุกขั้นตอนของการวางนโยบาย ยิ่งกว่านั้นทฤษฎีนี้ยังมองว่าการมีส่วนร่วมเป็นการให้การศึกษา และพัฒนาการกระทำทางการเมือง และสังคมที่มีความรับผิดชอบ และการไม่ยอมให้ผู้ตามเข้าไปมีส่วนร่วมนับได้ว่าเป็นการคุกคาม เสรีภาพของผู้ตามอีกด้วย เงื่อนไขสำคัญของการทำให้ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมมีความเป็นไปได้ ก็คือ ความเป็นพลเมืองที่มีเสรีภาพและความเท่าเทียมกัน อันเป็นหลักการสำคัญของทฤษฎี ประชาธิปไตยที่เน้นกันมาโดยตลอด

2.3.3 เงื่อนไขพื้นฐานและรูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชน

เงื่อนไขพื้นฐานของการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น ประชาชนต้องมีอิสระและมีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะเข้าร่วมหรือไม่ก็ได้ การเข้าร่วมของประชาชนต้องเกิดจากความสมัครใจ โดยไม่ได้ถูกบังคับให้เข้าร่วม ประชาชนที่เข้าร่วมในกิจกรรมใดจะต้องมีสิทธิเท่าเทียมกัน

⁷⁵ จาก เอกสารประกอบการสอนชุดวิชาพฤติกรรมมนุษย์ในองค์กร, โดยดิน ปรัชญพฤทธิ. 2539, อ้างใน การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่น: กรณีศึกษาองค์การบริหารส่วนตำบล ในจังหวัดเชียงใหม่ (น. 16), โดยพวงทอง โยธาใหญ่, 2545 (อ้างใน ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครอง สิทธิชุมชนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พุทธศักราช 2542 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 26), โดยสุนทร ศิริวัฒน์, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต).

หรือมีความเสมอภาคกับผู้เข้าร่วมคนอื่น ๆ และประชาชนจะต้องมีความสามารถและมีความรู้พอที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมนั้น ๆ เนื่องจากในบางกิจกรรมอาจมีความซับซ้อน หากให้ประชาชนที่เข้าร่วมในกิจกรรมไม่มีความสามารถหรือไม่มีความรู้เพียงพอในกิจกรรมนั้น ๆ การเข้าร่วมย่อมเกิดขึ้นไม่ได้⁷⁶

รูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นอาจมีลักษณะที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครองของรัฐว่าจะยอมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมได้ในระดับใดบ้าง ซึ่งจะเห็นได้ว่ารูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชนอาจแบ่งได้เป็น 5 รูปแบบ ดังนี้⁷⁷

1) การรับรู้และการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร โดยประชาชนผู้มีส่วนได้เสียจะต้องได้รับแจ้งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับรายละเอียดต่าง ๆ ของโครงการที่จะดำเนินการ รวมทั้งผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ซึ่งการได้รับแจ้งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใด ๆ และเมื่อได้รับแจ้งข้อมูลข่าวสารแล้ว ประชาชนก็มีโอกาสที่จะเสนอข้อมูลข่าวสารของตนเองเพิ่มเติมได้ด้วย เพื่อให้เกิดความครอบคลุมของข้อมูลให้มากที่สุด

2) การร่วมคิดร่วมปรึกษารหรือ เป็นรูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วยการปรึกษารหรือกันระหว่างผู้ดำเนินโครงการกับประชาชนผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบ เพื่อเป็นการรับฟังความคิดเห็นและตรวจสอบข้อมูลเพิ่มเติม เพื่อนำไปเป็นข้อเสนอแนะประกอบทางเลือก อันจะเป็นประโยชน์ที่สำคัญต่อการพิจารณาโครงการ อีกทั้งยังเป็นการกระจายข้อมูลข่าวสารไปยังประชาชนทั่วไปและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความเข้าใจในโครงการและกิจกรรมต่าง ๆ มากขึ้นด้วย

3) การประชุมรับฟังความคิดเห็น เป็นรูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชนที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ประชาชนฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และผู้มีอำนาจตัดสินใจในการดำเนินโครงการหรือกิจการได้มีเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและทำความเข้าใจถึงเหตุผลของแต่ละฝ่าย การประชุมรับฟังความคิดเห็นแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่

(1) การประชุมในระดับชุมชน ซึ่งจะจัดขึ้นในชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากโครงการ โดยในที่ประชุมต้องมีการอธิบายเกี่ยวกับลักษณะของโครงการ และผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดขึ้น และต้องมีการถามตอบปัญหากันอย่างกว้างขวาง

⁷⁶ การมีส่วนร่วม: แนวคิด ทฤษฎีและกระบวนการ. เอกสารประกอบการศึกษาการดูงานของคณะกรรมการการพัฒนาทางการเมืองและการมีส่วนร่วมของประชาชน วุฒิสภา (น. 6). เล่มเดิม.

⁷⁷ การมีส่วนร่วมของประชาชนในโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม: ศึกษาปัญหาการดำเนินโครงการ โรงไฟฟ้าพลังความร้อน (น. 26-28). เล่มเดิม.

(2) การประชุมรับฟังความคิดเห็นในเชิงวิชาการ เป็นการประชุมที่อาจจะจัดขึ้นได้ ในที่สาธารณะทั่วไปและมักจะนำไปใช้สำหรับโครงการที่มีข้อโต้แย้งในเชิงวิชาการ จึงต้องมีการ เชิญผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขามาช่วยในการอธิบายซักถามและให้ความเห็นต่อโครงการ สำหรับผล ของการประชุมในรูปแบบนี้จะต้องมีการนำเสนอต่อผู้เข้าร่วมประชุมและเสนอต่อสาธารณชนด้วย

(3) การจัดทำประชาพิจารณ์ เป็นการจัดเวทีการประชุมที่มีการนำเสนอข้อมูลอย่าง เปิดเผย ทั้งจากฝ่ายหน่วยงานเจ้าของโครงการและฝ่ายประชาชนผู้มีส่วนได้เสียจากการดำเนิน โครงการ ในการประชุมจะต้องมีองค์ประกอบของผู้เข้าร่วมประชุมที่เป็นที่ยอมรับ มีหลักเกณฑ์ และประเด็นการพิจารณาที่ชัดเจนและทุกฝ่ายต้องรับทราบทั่วกัน

4) การร่วมกันในการตัดสินใจ เป็นรูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยมุ่งที่จะ ให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากโครงการ เช่น คนที่อยู่อาศัยในพื้นที่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการ พิจารณาและตัดสินใจ โดยอาจจะเลือกตัวแทนของตนเข้าไปเป็นกรรมการในคณะกรรมการที่มี อำนาจตัดสินใจด้วย

5) การใช้กลไกทางกฎหมาย เป็น “แบบการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยทางอ้อม รูปแบบหนึ่ง” ด้วยการเรียกร้องสิทธิหรือการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการไม่ได้รับความ เป็นธรรม และเป็นการเรียกร้องเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ที่ตนเองคิดว่าสมควรจะได้รับ

2.3.4 การมีส่วนร่วมของประชาชนในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

แนวความคิดเรื่องสิทธิในสิ่งแวดล้อมได้รับปรากฏขึ้นพร้อมกับพัฒนาการ ด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งมีวิวัฒนาการเมื่อไม่นานมานี้ อันเป็นผลมาจากความวิตกกังวลของมนุษยชาติ ต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพแวดล้อมว่าอาจจะต้องสูญสลายลงไป เนื่องจากการกระทำของมนุษย์ ประกอบกับการที่โลกได้รับผลกระทบจากปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องซึ่งได้สร้าง ความเสียหายให้กับมนุษย์และสิ่งแวดล้อมอย่างใหญ่หลวง ด้วยเหตุดังกล่าว จึงเป็นที่มาของ แนวความคิดที่ว่า “สิ่งแวดล้อมควรถือเป็นสมบัติร่วมกันของมนุษยชาติ” และถือเป็นหน้าที่ของ ทุก ๆ คนที่จะต้องร่วมมือกันอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนี้ไว้ให้ดำรงอยู่กับมนุษย์ ตลอดไป ทั้งนี้ เพื่อที่มนุษย์จะได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวนี้ได้อย่างยั่งยืนและ สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีและเหมาะสม ทั้งในปัจจุบันและอนาคต⁷⁸

สิทธิในสิ่งแวดล้อม หมายถึง สิทธิที่จะได้อยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี ที่สะอาด ปราศจาก มลพิษ และมีทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างพอเพียง แก่ความจำเป็นพื้นฐานในการดำรงชีวิต สิทธิในสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่พึง

⁷⁸ จาก กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (น. 26), โดยอุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ได้รับการคุ้มครองจากรัฐ การเรียกร้องของประชาชนจะให้สิทธิในสิ่งแวดล้อมก็เพื่อที่จะไม่ให้รัฐได้อ่านาจอและหน้าตัวอย่างไร้ขีดจำกัด จนเป็นเหตุให้เกิดการทำลายหรือสร้างความเสื่อมแก่สิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติขึ้นและส่งผลกระทบต่อประชาชน รัฐมีหน้าที่ที่จะใช้อำนาจทางปกครองที่จะสร้างหลักประกันขั้นต่ำที่จะคุ้มครองให้ประชาชนได้อยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีซึ่งสิทธิในสิ่งแวดล้อมนี้จะต้องได้รับการยืนยันในสิทธินี้ของประชาชนด้วยการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย⁷⁹

สิทธิในสิ่งแวดล้อมมีหลักเกณฑ์สำคัญว่า สิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิตความเป็นอยู่ของมนุษย์ และบุคคลแต่ละคนเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะสงวน รักษา และควบคุมคุณภาพของสิ่งแวดล้อมเพื่อความสุขสบายของตนเอง เมื่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมถูกคุกคามเนื่องจากมลพิษหรือการทำลายทรัพยากรธรรมชาติก็สามารถบังคับการตามวัตถุประสงค์แห่งสิทธิได้ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าเกิดความเสียหายหรือภัยอันตรายขึ้นกับชีวิต ทรัพย์สิน และสุขภาพอนามัยของผู้คนมากน้อยเพียงใดหรือไม่⁸⁰

ระดับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอาจแยกออกเป็น 6 ระดับ คือ⁸¹

ระดับที่ 1 ร่วมรับรู้ หมายถึง รัฐได้ให้ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับโครงการหรือกิจกรรมแก่ประชาชนเมื่อรัฐมีความคิดริเริ่มหรือมีนโยบายที่จะให้มีโครงการหรือกิจกรรมนั้น ๆ แล้วเปิดโอกาสให้ประชาชนได้รับรู้ โดยการให้ข้อมูลข่าวสาร ซึ่งการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่มอบให้แก่ประชาชนนั้น นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการให้ประชาชนได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมด้วย

⁷⁹ รัฐธรรมนูญกับการมีส่วนร่วมของประชาชน ในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 62). เล่มเดิม.

⁸⁰ จาก “การศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งกองทุนทดแทนความเสียหายต่อสุขภาพจากมลพิษ” (รายงานวิจัย) คณะนิเทศศาสตร์ร่วมกับสถาบันวิจัยสภาวะแวดล้อม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ศูนย์ทุนอุดหนุนการวิจัยจากมูลนิธิญี่ปุ่น (Japan Foundation) (น. 91), โดยศูนย์ มัลลิกะมาส และคณะ, 2531 (อ้างใน รัฐธรรมนูญกับการมีส่วนร่วมของประชาชน ในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 62), โดยศูนย์ มัลลิกะมาส, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

⁸¹ รัฐธรรมนูญกับการมีส่วนร่วมของประชาชน ในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 57-62). เล่มเดิม.

ระดับที่ 2 ร่วมคิด ร่วมแสดงความคิดเห็น หมายถึง เมื่อประชาชนได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารจากรัฐแล้ว ประชาชนจะร่วมค้นหาปัญหา สาเหตุของปัญหา ความจำเป็นและความต้องการที่ต้องให้มีโครงการหรือกิจกรรมนั้น พร้อมร่วมแสดงความคิดเห็นเพื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือกิจกรรมหรือหน่วยงานหรือผู้มีอำนาจตัดสินใจจะได้นำไปใช้ในการประกอบการพิจารณาต่อไป

ระดับที่ 3 ร่วมพิจารณา ร่วมตัดสินใจ หมายถึง ร่วมพิจารณาเห็นด้วยหรือไม่กับโครงการหรือกิจกรรม การเลือกพื้นที่ตั้งโครงการ โดยเฉพาะประชาชนที่อยู่ในพื้นที่ที่จะตั้งโครงการจะมีส่วนร่วมพิจารณารับหรือปฏิเสธไม่ให้โครงการตั้งในพื้นที่หากเห็นว่า มาตรการที่จะใช้มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือมีการติดตามตรวจสอบไม่ชัดเจนหรือไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมตรวจสอบด้วย

ระดับที่ 4 ร่วมดำเนินการ หมายถึง ร่วมในการลงทุน ร่วมในการคัดเลือกผู้ปฏิบัติงานหรือร่วมปฏิบัติงานเอง ในระดับการมีส่วนร่วมนี้อาจจะทำได้ในทุกประเภทของโครงการ เช่น หากเป็นโครงการที่จำเป็นต้องใช้ผู้มีความรู้เฉพาะด้าน ผู้ชำนาญการหรือใช้เทคโนโลยีขั้นสูงแล้ว บางครั้งเป็นความยุ่งยากที่จะทำให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมปฏิบัติงานได้ แต่หากเป็นโครงการหรือกิจกรรมระดับท้องถิ่น เช่น การจัดการป่า ชวาบ้านหรือประชาชนในท้องถิ่นก็เข้าร่วมดำเนินการได้

ระดับที่ 5 ร่วมติดตาม ตรวจสอบและประเมินผล หมายถึง การร่วมตรวจสอบและติดตามการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมนั้น ๆ ว่าบรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นโครงการหรือกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้มีการนำมาตรการลดผลกระทบมาใช้หรือไม่ มีการใช้ระบบติดตามตรวจสอบเพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ การมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างมาก เพราะประชาชนทำหน้าที่คอยเฝ้าระวังและเตือนภัย การดำเนินโครงการเพื่อป้องกันและแก้ไขได้ทันทั่วทั้งก่อนที่จะมีผลร้ายที่จะเกิดขึ้น เมื่อมีการดำเนินโครงการแล้วก็ต้องมีการประเมินผลว่าการดำเนินการนั้นบรรลุตามเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์มากน้อยเพียงใด เพื่อจะได้เป็นแนวทางในการพิจารณานำเอามาตรการที่เหมาะสมมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ระดับที่ 6 ร่วมรับผล หมายถึง การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่ดำเนินไปแล้ว ย่อมได้มาซึ่งผลประโยชน์และผลกระทบด้านบวกและด้านลบ ทั้งต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อม โดยที่ประชาชนหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะต้องรับเอาผลที่เกิดขึ้นมานั้น

การมีส่วนร่วมของประชาชนทั้ง 6 ระดับนั้น หากประชาชนได้มีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมด้วยทุกระดับแล้วย่อมถือว่าเป็นการมีส่วนร่วมที่สมบูรณ์ตามแนวความคิดการมีส่วนร่วมของประชาชน อย่างไรก็ตาม การมีส่วนร่วมของประชาชนย่อมต้องคำนึงถึงประเภทโครงการหรือ

กิจกรรม กระบวนการดำเนินงาน ช่วงเวลาในการเข้าไปมีส่วนร่วม ระดับของการมีส่วนร่วม องค์กร หรือกลุ่มบุคคลหรือปัจเจกบุคคลที่มีส่วนร่วม และกฎหมายรองรับการมีส่วนร่วมของประชาชน⁸²

2.3.5 ประโยชน์ของการมีส่วนร่วมของประชาชน

การมีส่วนร่วมของประชาชนไม่ว่าในหน่วยงานใดก็ตามเป็นสิ่งที่พึงปรารถนา เพราะการมีส่วนร่วมมีคุณประโยชน์หลากหลายประการ อย่างไรก็ตาม ประโยชน์ที่จะได้จากการมีส่วนร่วมของประชาชนขึ้นอยู่กับความจริงใจและความจริงจังในการดำเนินการด้วย ประโยชน์โดยทั่วไป คือ⁸³

1) เพิ่มคุณภาพการตัดสินใจ การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ข้อมูลข่าวสาร และความคิดเห็นต่าง ๆ จะช่วยให้ได้ข้อมูลประกอบการตัดสินใจที่ครบถ้วนรอบคอบมากขึ้น นอกจากนี้ยังช่วยให้เกิดทางเลือกใหม่ ทำให้การตัดสินใจรอบคอบและได้รับการยอมรับมากขึ้น โดยเฉพาะการตัดสินใจที่กระทบกับประชาชนโดยตรง

2) ลดค่าใช้จ่ายและการสูญเสียเวลา เมื่อการตัดสินใจนั้นได้รับการยอมรับ ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมตั้งแต่ต้น รับทราบข้อมูลคำอธิบายต่าง ๆ เห็นประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับ จะช่วยลดความขัดแย้งระหว่างการนำไปปฏิบัติ แน่แน่นอนว่ากระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนมีค่าใช้จ่ายและใช้ระยะเวลา แต่เมื่อประชาชนยอมรับ การนำโครงการไปสู่การปฏิบัติจะรวดเร็วขึ้น ซึ่งในประเด็นนี้จะเห็นว่าโครงการของภาครัฐที่เร่งการตัดสินใจหรือปกปิด เมื่อประชาชนทราบภายหลัง และต่อต้านบางโครงการนำไปสู่การปฏิบัติไม่ได้ ถ้าช้าเป็นปี ๆ บางโครงการสามารถก่อสร้างได้เสร็จและประชาชนไม่ยอมให้เข้าไปดำเนินการกลายเป็นอนุสาวรีย์ร้าง ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าเสียดายงบประมาณดังกล่าวสามารถนำไปสร้างคุณประโยชน์ได้มากมาย

3) การสร้างฉันทามติ สำหรับสถานการณ์ปัจจุบันการสร้างฉันทามติอาจเป็นเรื่องยาก สังคมเรากลายร่างเป็นพหุลักษณะและต้องยอมรับความหลากหลายแตกต่างทางความคิด กลไกที่ช่วยให้ความแตกต่างนั้นได้มีการแลกเปลี่ยน คือ กลไกการมีส่วนร่วมของประชาชน ในทางหลักการเราเชื่อว่าการมีส่วนร่วมของประชาชนอาจช่วยป้องกันความขัดแย้งได้ แต่ในสังคมไทยที่ผ่านมา ภาครัฐมักดำเนินการตัดสินใจไปก่อน เมื่อประชาชนต่อต้านจึงจัดกระบวนการการมีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งช้าไปแล้ว หากเกิดเป็นความขัดแย้งขึ้น จำเป็นต้องใช้หลักการจัดการความขัดแย้งเข้ามาแทน ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงสามารถช่วยลดความขัดแย้งทางการเมืองและเกิดความชอบธรรมในการตัดสินใจของรัฐ

⁸² แหล่งเดิม. (น. 62).

⁸³ คู่มือ คู่มือ การมีส่วนร่วมของประชาชนสำหรับผู้บริหารท้องถิ่น (น. 26-28). เล่มเดิม.

4) ร่วมมือในการนำไปปฏิบัติ การมีส่วนร่วมของประชาชนเมื่อประสบความสำเร็จ จะทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกเป็นเจ้าของและมีความกระตือรือร้นในการช่วยให้เกิดผลในทางปฏิบัติ

5) ช่วยทำให้ผู้บริหารท้องถิ่นมีความใกล้ชิดกับประชาชน การมีส่วนร่วมของประชาชนช่วยให้ผู้บริหารและผู้ปฏิบัติงานในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกิดความใกล้ชิด สร้างความสัมพันธ์ที่ดี สร้างความรู้สึกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นของประชาชนไม่ใช่เป็นของนักการเมืองเท่านั้น นอกจากนั้นด้วยความใกล้ชิด ผู้บริหารท้องถิ่นจะไวต่อความรู้สึกห่วงกังวลของประชาชนและเกิดความตระหนักในการตอบสนองต่อความกังวลของประชาชน

6) ช่วยพัฒนาความเชี่ยวชาญและความคิดสร้างสรรค์ของสาธาณชน การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นการให้การศึกษาแก่ประชาชน เพื่อเรียนรู้กระบวนการตัดสินใจและเป็นเวทีฝึกผู้นำชุมชน

7) ช่วยทำให้ประชาชนสนใจประเด็นสาธารณะมากขึ้น การมีส่วนร่วมเป็นการเพิ่มทุนทางสังคม และช่วยเสริมสร้างให้ประชาชนเป็นพลเมืองที่กระตือรือร้นสอดคล้องกับการปกครองตามหลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม

2.4 การตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ

John Locke นักปรัชญาชาวอังกฤษและ Montesquieu นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส มีแนวคิดสอดคล้องกันว่า มนุษย์และสังคมนั้นแยกจากกันไม่ได้ มนุษย์ทุกคนเกิดมามีสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคกัน การใช้อำนาจอรัฐจึงไม่ควรอยู่ที่องค์กรใดเพียงองค์กรเดียว เพราะตามธรรมชาติของมนุษย์ เมื่อมีอำนาจแล้วมักใช้อำนาจตามอำเภอใจ จึงควรให้มีองค์กรผู้ใช้อำนาจมากกว่าหนึ่งองค์กร เพื่อถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน และการใช้อำนาจของผู้ปกครองต้องสามารถควบคุมตรวจสอบได้ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ผู้ปกครองไม่สามารถใช้อำนาจเหนือประชาชนได้ตามอำเภอใจ นอกจากจะได้รับความยินยอมจากประชาชน และการศึกษาถึงหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.4.1 หลักนิติธรรม

วิวัฒนาการของคำว่า “นิติธรรม”⁸⁴ นักปราชญ์สมัยกรีกโบราณค้นพบว่า การที่ผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจทางการเมืองมีอำนาจที่จะใช้กำลังบังคับผู้ได้ปกครองได้นั้น อาจใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางที่ดี เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความเป็นธรรมในสังคม ไม่ใช่ใช้อำนาจไป

⁸⁴ หลักกฎหมายมหาชน (น. 107). เล่มเดิม.

ในทางที่ดีเพื่อถ่วงดุลอำนาจ คังนั้น นักปราชญ์กรีกจึงคิดค้นหลักการสำคัญทางการเมืองและทางกฎหมายที่จะต้องอาศัยกฎหมายเป็นหลักในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองที่มีต่อผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยกำหนดให้อำนาจดังกล่าวต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสิทธิเสรีภาพของทุกคน ควรใช้ระบอบการปกครองที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมากกว่าระบอบการปกครองที่ขึ้นอยู่กับกระทำการตามอำเภอใจของผู้ปกครอง

Cicero ได้นำแนวความคิดดังกล่าวมาพัฒนาโดยกล่าวว่าหน้าที่ของผู้ปกครอง ก็คือการตระหนักว่าตนเป็นตัวแทนของรัฐและจะต้องเคารพกฎหมาย

ในสมัยกลางอิทธิพลของศาสนจักรทำให้มีแนวความคิดว่าการใช้อำนาจของผู้ปกครองจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย แต่กฎหมายที่ศาสนจักรกล่าวอ้างนั้นเป็นกฎหมายที่ได้รับแรงบันดาลใจจากพระเจ้า ซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่กษัตริย์หรือเจ้าชายทรงตราขึ้น ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษนั้น กฎหมายและรัฐแยกต่างหากจากกัน โดยถือว่า ผู้ปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหลักพื้นฐานของระบบกฎหมายอังกฤษนั้น ถือว่ามีกฎหมายของประเทศอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่อยู่เหนือกษัตริย์และกษัตริย์ใช้อำนาจของกษัตริย์

หลักอำนาจอธิปไตยได้เกิดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 17 แทนที่กฎหมายของพระเจ้าเป็นเจ้าและกษัตริย์มุ่งไปสู่ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในอังกฤษ กษัตริย์ในราชวงศ์ สจ๊วต ได้อ้างกฎหมายของพระเจ้าเป็นเจ้าที่ทำให้กษัตริย์มีพระราชอำนาจ แต่ได้รับการต่อต้านจากผู้พิพากษาในศาลหลวงและรัฐสภาซึ่งในที่สุดก็เป็นที่ยอมรับกันว่า หลักกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นกฎหมายสูงสุดที่อยู่เหนือกษัตริย์และฝ่ายบริหาร เว้นแต่รัฐสภาจะตราพระราชบัญญัติออกมากำหนดเป็นอย่างอื่น นับแต่นั้นมาหลักนิติธรรมหมายถึงหลักความเป็นใหญ่ของกฎหมาย โดย “กฎหมาย” นั้นประกอบด้วยพระราชบัญญัติที่รัฐสภาก่อร่างขึ้นและหลักกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลเท่าที่มีได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยพระราชบัญญัติ

คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้น วงการกฎหมายไทยแปลมาจากคำว่า The Rule of Law ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมาย⁸⁵ คนแรก ๆ ที่เริ่มใช้คำนี้ขึ้นมา คือ

⁸⁵ จาก หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน (น. 329). โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวอังกฤษที่ชื่อ A.V. Dicey ซึ่งเขียนไว้ในหนังสือของตนที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution ในปลายศตวรรษที่ 19⁸⁶

Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ คือ⁸⁷

1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคนไม่ว่าใคร แม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย

3) กฎหมายจะต้องได้รับการตรารึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตรารึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต

4) กฎหมายจะต้องได้รับการตรารึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม

5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง

6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็ต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องกัน กล่าวคือ ต้องบังคับให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กล่าวว่า หลักนิติธรรม ควรมี 4 ประการ คือ⁸⁸

ประการที่หนึ่ง คือ องค์ประกอบด้านสาระ หลักนิติธรรมจะเป็นหลักนิติธรรมได้ ก็ต้องมีมิติด้านสารบัญญัติ กล่าวคือ ทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ประชาชนคนธรรมดา ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยเสมอภาคกัน มิใช่อยู่ภายใต้อำนาจอำเภอใจของคน กฎหมายดังกล่าวย่อมต้องสูงสุด และรับรองคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลจะไม่มีหลักนิติธรรมอยู่ หากกฎหมายมุ่งคุ้มครองแต่ผู้ใช้อำนาจปกครอง เพราะฉะนั้น หลักนิติธรรมจึงสัมพันธ์กันอย่างแยกไม่ออกกับสิทธิมนุษยชน และสิทธิเสรีภาพของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง คือ องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย กล่าวคือ รัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ตามวิธีการ รูปแบบ เวลา และสถานที่

⁸⁶ จาก หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย, โดยบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, สถาบันวิจัยและพัฒนาสีกี้, (อัสตานา).

⁸⁷ หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน (น. 335). เล่มเดิม.

⁸⁸ หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย. เล่มเดิม.

โดยวิธีการต้องเป็นไปตามกฎหมายจะใช้วิธีการนอกกฎหมายไม่ได้ ในเรื่องรูปแบบที่สำคัญกฎหมายให้ใช้กฎหมายในรูปแบบใดก็ต้องใช้ให้ถูกหรือเวลาในสถานการณ์ปกติ ทหารจะใช้อำนาจกับประชาชนนั้นเป็นไปไม่ได้ จะต้องอยู่ในสถานการณ์สงคราม ในเรื่องนั้น นอกจากหมายถึงเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจมาแล้ว ยังหมายความว่าถึงต้องทำด้วยความรวดเร็วด้วยกระบวนการยุติธรรมนั้น หากล่าช้าก็เท่ากับเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม

ประการที่สาม คือ องค์ประกอบด้านองค์กร กล่าวคือ จะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ อธิปไตย หลักนิติธรรมจะมีไม่ได้หากศาลไม่เป็นอิสระออกจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือบริหาร และหลักนิติธรรมก็จะมีไม่ได้เช่นกัน หากฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายได้ตามใจชอบ และที่สำคัญคือจะต้องมีศาลที่เป็นอิสระ สุจริต และเที่ยงธรรม

ประการที่สี่ คือ องค์ประกอบด้านเป้าหมาย กล่าวคือ การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย การตัดสินใจคดีนั้นจะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นโดยเที่ยงธรรม

2.4.2 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด⁸⁹

คำว่า “นิติรัฐ” นี้เป็นคำซึ่งนักวิชาการทางตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่งซึ่งยอมรับและรับรองให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ราษฎรแต่ละคนจะเห็นสมควร⁹⁰ คำว่า “นิติรัฐ” หรือ Rechtsstaat เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน ซึ่งอาจให้ความหมายว่า รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุด สำหรับสังคมเป็นการทั่วไป สรุปได้ว่า นิติรัฐ ก็คือ รัฐที่ปกครองตามหลักเหตุผลเพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข ต่อมา Friedrich Julius Stahl ได้อธิบายความหมายของคำว่า นิติรัฐ ว่า รัฐควรจะเป็น นิติรัฐ ซึ่งเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาของรัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ ดังนั้น รัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในการทำให้อำนาจความมุ่งหมายดังกล่าว โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล และจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิด

⁸⁹ จาก สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 65), โดยวรพจน์ วิศวพิชญ์, 2543, กรุงเทพฯ: วิทยูชน.

⁹⁰ จาก ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 1), โดยวรพจน์ วิศวพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว นอกจากนั้นรัฐไม่ควรจะใช้อำนาจเหนือของรัฐบังคับบุคคลตามแนวทางที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล⁹¹

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายเรื่องหลักนิติรัฐไว้ สรุปได้ว่าตามแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้น ถือว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมีทฤษฎีนิติรัฐ ซึ่ง รุสโซ และมงเตสกีเยอ ได้เสนอแนวความคิดไว้เป็นคนแรก ๆ และการเดอ มัลแบร์ ได้สรุป แนวความคิดไว้ชัดเจน สรุปได้ว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมควรใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้⁹²

หลักการสำคัญอันเป็นสาระสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” มีรายละเอียด ดังต่อไปนี้⁹³

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการนี้เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

2) หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่ง กับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งสิทธิทั้งสองประการนี้ถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ดังนั้น รัฐประชาธิปไตยจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขต

⁹¹ จาก หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 21), โดยบรรเจิด สิงคะเนติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁹² จาก กฎหมายมหาชน: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน - เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 48-55), โดยบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม (อ้างใน คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 64-65), โดยชาญชัย แสวงศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน).

⁹³ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 22-32). เล่มเดิม.

ของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะกระทำได้อ้อมเมื่อมีกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นจึงจะสามารถกระทำได้ หลักการที่บัญญัติเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งแก่บุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ หลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น องค์กรของรัฐจึงต้องเคารพเช่นกัน ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐนั้น มี 3 ระดับ คือ⁹⁴

(1) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐ องค์กรของรัฐไม่สามารถละเมิดสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ได้เลย เสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพเด็ดขาด เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อและศาสนา ดังนั้น ถ้ามีกฎหมายที่ตราออกมาแล้วกระทบต่อเสรีภาพแบบเด็ดขาดดังกล่าวก็ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร เพราะฝ่ายบริหารมีอำนาจตามความเป็นจริง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้อ้อมเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรารัฐขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างใดและกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ⁹⁵

(3) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิด ต้องให้ประชาชนสามารถไปฟ้องร้องต่อศาลได้ เช่น ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพขัดรัฐธรรมนูญ ต้องมีองค์กรชี้ขาดให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ถ้าฝ่ายบริหารละเมิดเสรีภาพก็ต้องให้มีองค์กรชี้ขาดให้หยุดการกระทำ

⁹⁴ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (น. 194-195), โดยเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁹⁵ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 66). เล่มเดิม.

และใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากนี้ รัฐยังต้องมีภาระที่จะต้องดูแลกรณีเอกชนคนหนึ่งละเมิดสิทธิเสรีภาพเอกชนอีกคนหนึ่ง โดยกำหนดให้ศาลทำหน้าที่เยียวยาความเสียหายแก่ประชาชนและลงโทษผู้ที่กระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ⁹⁶

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักการนี้เรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดี จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือเรียกว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” มีรายละเอียดดังนี้⁹⁷

(1) หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวที่ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพ

⁹⁶ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 23-24). เล่มเดิม.

⁹⁷ จาก กฎหมายปกครองทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 47-55), โดยวรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.

ของอำนาจรัฐ และความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายใดมิได้ ด้วยเหตุนี้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้ ดังนั้น การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายนั้น อาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายตามที่สุดระทำการดังกล่าวต้องการ หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง

(2) หลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น หลักการนี้เป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับเหตุผลเบื้องต้น “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ซึ่งอธิบายโดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐและหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำการล่วงล้ำดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจดังกล่าวไว้ให้

4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักการนี้เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นไปตามหลักดังต่อไปนี้⁹⁸

(1) หลักความแน่นอนของกฎหมาย เป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย ซึ่งหลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักที่เรียกว่า การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่จะต้องคำนึงถึงหากจะกระทำการอันใดอันหนึ่งและกฎหมายดังกล่าวมีชื่อเรียกอย่างใดบ้าง

(2) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง เป็นหลักการเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว

⁹⁸ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 26-27). เล่มเดิม.

(3) หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือเรียกว่า “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีหลักที่เป็นสาระสำคัญ 3 หลักการ กล่าวคือ

ก. หลักความเหมาะสม หมายถึง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

ข. หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้ และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด

ค. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมาแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลักการนี้หมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันต่อกฎหมาย และทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น ซึ่งหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ ความมุ่งหมายของหลักดังกล่าวมุ่งการคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซงโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ

6) หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มิโทษโดยไม่มีความผิด” หลักนี้เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา นอกเหนือจากเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาแล้ว หลักดังกล่าวยังมีผลใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง เรื่องโทษทางวินัยและการลงโทษในทางวิธีเรียงตามข้อบังคับขององค์กรในทางวิชาชีพด้วย หลักการนี้วางอยู่บนพื้นฐาน หลักการกระทำ หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย หลักความแน่นอนชัดเจน และหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัชนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้

การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดว่าเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐนั้นเป็นลักษณะของระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นการทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้นเป็นพิเศษ⁹⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักนิติรัฐดังกล่าวข้างต้นไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” นอกจากนั้น บทบัญญัติอื่น ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็จะนำหลักการดังกล่าวข้างต้นไปบัญญัติรับรองไว้เป็นวรรคสองของแต่ละมาตราโดยวรรคหนึ่งจะบัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งให้แก่บุคคล เช่น มาตรา 43 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ส่วนวรรคสองของมาตรา 43 บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ...”

ดังนั้น จึงสรุป หลักนิติรัฐ ได้ว่าเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ซึ่งการควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ¹⁰⁰

2.4.3 หลักความเสมอภาค

แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในปัจจุบันได้รับการรับรองอย่างชัดแจ้งโดยถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมาย” ที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งผู้ที่มีความคิดเช่นนี้ได้แสดงความคิดเห็นต่อต้านลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยต้องการกีดกันพระมหากษัตริย์ไม่ให้ใช้พระราช

⁹⁹ แหล่งเดิม. (น. 28-32).

¹⁰⁰ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 20) (น. 67). เล่มเดิม.

อำนาจพิชิตทำนองคลองธรรมโดยอ้างถึงหลักกฎหมายที่ว่า “บุคคลทุกคนเกิดมามีเสมอกันและมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน คิดตัวมาสิทธินี้ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้”¹⁰¹

หลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยังเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับลัทธิปัจเจกชนนิยมในสมัยนั้นด้วยโดยได้ให้ความสำคัญกับปัจเจกชนและสิทธิทั้งหลายของปัจเจกชนซึ่งจุดกำเนิดของระบบปัจเจกชนนิยมในทางกฎหมายมหาชน คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 โดยการปฏิวัติปี 1789 นี้ได้ยกเลิกระบอบกษัตริย์ที่ปกครองด้วยระบบศักดินาซึ่งบุคคลขึ้นอยู่กับฐานันดรและชนชั้นที่ตนสังกัด แต่ผู้ปฏิวัติได้ยกความสำคัญของปัจเจกชนขึ้นแทน โดยคำประกาศนี้ให้ความสำคัญกับคนแต่ละคนรวมทั้งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นว่าเป็นหัวใจของสังคม ตามทฤษฎีนี้ถือว่าหัวใจของสังคมอยู่ที่การยอมรับคุณค่าของทุกคนแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม รัฐหรือสังคมไม่สามารถก้าวท้าวสิทธิของเขาได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม¹⁰² อันจะเห็นได้จากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ.1789 ซึ่งมีข้อความว่า “มนุษย์เกิดมาและมีชีวิตอยู่โดยอิสระและโดยเสมอกันภายใต้กฎหมายความแตกต่างในสังคมจะมีได้ก็เพื่อประโยชน์อันร่วมกัน” ต่อมาความคิดที่ว่ามนุษย์เกิดมามีเสมอกันตามปณิญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปี ค.ศ.1789 นี้ได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี 1946 และปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน 1958 โดยได้แสดงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติโดยรัฐธรรมนูญปี 1958 ได้ยืนยันปณิญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี 1946 ไว้ด้วย¹⁰³

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากสิทธิในชีวิตและร่างกายที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตามธรรมชาติ และทุกคนจะต้องเคารพในสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน อันมี

¹⁰¹ จาก คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 138), โดยสมยศ เชื้อไทย, 2535, กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์ (อ้างใน หลักความเสมอภาค. โดยเกรียงไกร เจริญชนวัฒน์, 3 มกราคม 2548, สืบค้น 20 ธันวาคม 2557, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=657>).

¹⁰² จาก คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1 (น. 70), โดยบรรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน (อ้างใน หลักความเสมอภาค. โดยเกรียงไกร เจริญชนวัฒน์, 3 มกราคม 2548, สืบค้น 20 ธันวาคม 2557, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=657>).

¹⁰³ เกรียงไกร เจริญชนวัฒน์. (2548). หลักความเสมอภาค. สืบค้น 20 ธันวาคม 2557, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=657>

ลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลและกับสังคม แม้รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นย่อมไร้ความหมายถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ด้วย เพราะหลักความเสมอภาคเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มนุษย์จะดำรงอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีหากมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับมนุษย์คนอื่น ๆ ในสังคม หลักความเสมอภาค จึงหมายถึง ความเสมอภาคในกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ ไม่ใช่หมายความว่าทุกคนจะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของและความเสมอภาคในกฎหมายนี้อาจเป็นได้ทั้งในทางสิทธิและในทางหน้าที่หรือภาระ ความเสมอภาคในทางหน้าที่หรือภาระ ได้แก่ ความเสมอภาคในการเสียภาษีอากรตามความสามารถของแต่ละบุคคลหรือความเสมอภาคในการรับราชการเป็นทหาร¹⁰⁴

จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไป ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติอย่างเดียวกัน¹⁰⁵ ซึ่งรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจะต้องบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 30¹⁰⁶

หลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศไทย แบ่งได้ 2 ประเภท ดังนี้¹⁰⁷

1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย หมายความว่า บุคคลไม่ว่าจะมีฐานะทางกฎหมายอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน สถานะทางกฎหมายไม่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์แก่บุคคลเหล่านั้นแต่อย่างใด ดังนั้น หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายจึงเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐเพื่อให้ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน

2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายถึง กฎหมายได้บัญญัติถึงความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจแบ่งหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ได้แก่ ความ

¹⁰⁴ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 154-155). เล่มเดิม.

¹⁰⁵ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 (น. 95). เล่มเดิม.

¹⁰⁶ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 155). เล่มเดิม.

¹⁰⁷ แหล่งเดิม. (น. 159-160).

เสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม ความเสมอภาคในการเข้าทำงานภาครัฐ ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ และความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ

หลักความเสมอภาคนั้นนำไปสู่ความผูกพันตนเองของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งความผูกพันดังกล่าวนี้ย่อมได้รับการยืนยันจากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองอย่างต่อเนื่อง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งในแนวทางนั้นมาโดยตลอด ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอาจจะใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมาได้ เว้นแต่จะมีเหตุผลที่สำคัญที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมา ใดๆ มา แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติที่ได้ปฏิบัติมาเป็นเวลายาวนานในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้เมื่อการเปลี่ยนแปลงนั้นได้ผ่านการไตร่ตรองอย่างมีเหตุผล และการเปลี่ยนแปลงนั้นจะนำไปสู่การปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันในอนาคต¹⁰⁸

หลักความเสมอภาคนั้น มิได้หมายความว่า ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อแตกต่างแต่อย่างใด ดังนั้น ในเรื่องนี้กรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันสองข้อเท็จจริง จะต้องนำข้อเท็จจริงทั้งสองนั้นมาเปรียบเทียบกับกันเสีย อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบกันต้องคำนึงว่าไม่มีข้อเท็จจริงใดที่จะเหมือนทุกประการ ดังนั้น การเปรียบเทียบกันจึงมีความหมายเพียงการเปรียบเทียบกันในสาระสำคัญเท่านั้น โดยบุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือข้อเท็จจริงหนึ่งสามารถเปรียบเทียบกับอีกบุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือข้อเท็จจริงหนึ่งได้โดยนำลักษณะที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องนั้น ใดๆ เป็นจุดยึดโยงในการเปรียบเทียบ หลักความเสมอภาคได้รับอิทธิพลจากงานเขียนของ Gerhard Leibholz เห็นว่า การพิจารณาว่าอะไรเป็นสาระสำคัญหรือไม่นั้น มีเนื้อหาเช่นเดียวกับหลักข้อห้ามมิให้ใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งมีหลักอันเป็นสาระสำคัญว่า “จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันไม่ให้แตกต่างกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกัน ไม่ให้เท่าเทียมกัน” ดังนั้น จากหลักกฎหมายดังกล่าวมิได้ห้ามมิให้ปฏิบัติให้แตกต่างกัน แต่ในทางตรงข้ามการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันกลับเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาค¹⁰⁹

¹⁰⁸ จาก การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ : ศึกษากรณีการไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (น. 25-26), โดยสุรพงษ์ อินทรถาวร, 2549 (อ้างใน ปัญหาเกี่ยวกับการมีมติชี้มูลความผิดทางวินัยโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ: ศึกษาเฉพาะกรณีตามมาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 14), โดยอัญชิสา วลีชาติ, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต).

¹⁰⁹ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 131-132). เล่มเดิม.

2.4.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

พรชัย เลื่อนฉวี ให้ความหมายของ “สิทธิ” (Right) และ “เสรีภาพ” (Liberty) ไว้ว่า “สิทธิ” (Right) หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองและบังคับให้ เช่น สิทธิในการรับมรดก เป็นต้น เป็นสิทธิที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของเรา

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สถานภาพของบุคคลที่ไม่ขึ้นอยู่กับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือหมายถึง อำนาจที่จะกระทำการโดยไม่อยู่ภายใต้การข่มขู่ของผู้ใด หรือหมายถึง อำนาจของบุคคลที่จะกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย...”¹¹⁰

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “สิทธิ” (Right) และ “เสรีภาพ” (Liberty) ไว้ว่า “สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ เป็นต้นว่าอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน

“เสรีภาพ” (Liberty) คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง¹¹¹

การจำกัดสิทธิเสรีภาพมีความมุ่งหมายที่สำคัญ คือ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ และเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ¹¹²

การใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดจะก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตยขึ้นในรัฐได้ และนำไปสู่การไม่มีสิทธิและเสรีภาพเหลืออยู่เลย ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อเข้ามাজัดระบบการคุ้มครองประชาชน จัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อมิให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งไปกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ ในสังคมหรือต่อประโยชน์สาธารณะ ดังเห็นได้จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม

¹¹⁰ จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 151-152), โดยพรชัย เลื่อนฉวี, 2554, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹¹¹ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 (น. 20-21). เล่มเดิม.

¹¹² หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 204). เล่มเดิม.

ค.ศ.1789 ข้อ 4 “เสรีภาพ คือ ความสามารถที่กระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้ จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น” ข้อ 5 “กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้าม ใครจะมาห้ามไม่ให้ทำย่อมไม่ได้ และในทำนองกลับกัน บุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ” นอกจากนี้ ในปญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มาตรา 29.2 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย”¹¹³

กฎเกณฑ์ในการจัดระบบการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐต้องตระหนักถึง คือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมและคุ้มครองเสรีภาพของผู้อื่น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการละเมิดของบุคคลอื่น การกำหนดหน้าที่แก่รัฐที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพใหม่ ๆ¹¹⁴

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรต้องมีลักษณะ 5 ประการ¹¹⁵

- 1) กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป
- 2) การไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย
- 3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีความแน่นอนชัดเจน
- 4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักความได้

สัดส่วน

- 5) กฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

¹¹³ หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (น. 31). เล่มเดิม.

¹¹⁴ แหล่งเดิม. (น. 32).

¹¹⁵ แหล่งเดิม. (น. 151-160).

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นการแสดงออกถึงลักษณะร่วมกันของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหากพิจารณาจากหลักเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องที่มีความสำคัญนั้น องค์กฤษฎีกาบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดโดย องค์กฤษฎีกาเอง องค์กฤษฎีกาไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่น เป็นผู้กำหนดได้ และกรณีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กฤษฎีกาจะต้องพิจารณากำหนดเอง จะมอบอำนาจให้องค์กรที่ออกกฎหมาย ลำดับรองทำการกำหนดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้¹¹⁶

หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจนี้ ได้แก่ หลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้ อำนาจของตนอย่างเหมาะสมพอประมาณ ถึงแม้รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ ไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ หลักแห่งความได้สัดส่วน มีหลักการ 3 หลักการ คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนใน ความหมายอย่างแคบ โดยพิจารณาได้ ดังนี้¹¹⁷

1) หลักความสัมฤทธิ์ผล บรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้ บังคับแก่ราษฎรได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจิตรญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้ เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้ เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อ หลักการดังกล่าว จึงไม่มีผลใช้บังคับได้ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมาย ฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น ทั้งนี้ โดยให้มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับเป็นเหตุ และให้สิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล ดังนั้น หลักความสัมฤทธิ์ผลจึง เป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก หากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไป ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะใช้ มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายประสงค์จะ ให้เกิดขึ้น เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

2) หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการ ซึ่งล้วน แต่ชอบด้วยหลักสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่

¹¹⁶ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 234). เล่มเดิม.

¹¹⁷ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 85-92). เล่มเดิม.

ให้อำนาจได้ แต่ทว่า แต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลระหว่างความเสียหาย อันจะเกิดขึ้นกับเอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ มาตรการต่าง ๆ ที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด

จึงสรุปได้ว่า หลักแห่งความได้สัดส่วนบังคับให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้จริง แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากได้ลงมือใช้บังคับแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและ/หรือแก่สังคมโดยรวม¹¹⁸

รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทไว้ในระดับที่แตกต่างกันไป ดังนี้¹¹⁹

1) สิทธิเสรีภาพสัมบูรณ์ เป็นสิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด ไม่อนุญาตให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 37 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹¹⁸ แหล่งเดิม. (น. 94).

¹¹⁹ จาก “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” โดยวรเจตน์ ภาคีรัตน์, วารสารนิติศาสตร์, 30(2), น.185-187, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อที่แตกต่างจากบุคคลอื่น”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพข้างต้น รัฐไม่อาจเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เลย ทำได้เฉพาะการกำหนดกรอบหรือเขตแดนแห่งสิทธิที่รัฐจะคุ้มครองให้เท่านั้น

2) สิทธิเสรีภาพสัมพัทธ์ มีรายละเอียดดังนี้

(1) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษ สำหรับการออกกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งหมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลัก แต่องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควร เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 41 ที่บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การสืบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบมรดกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติเห็นสมควรจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างไร ก็อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินนี้ได้ อย่างไรก็ตามองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายมาลบล้างสิทธินี้ได้ ได้แก่จำกัดเท่านั้น อนึ่ง การออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น แม้จะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ตามที่เห็นสมควร องค์กรนิติบัญญัติก็ต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแล้ว รัฐมีอิสระและดุลพินิจมากที่สุดในการที่จะเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล

(2) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อาจเป็นสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 63 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้เช่นนี้ องค์การนิติบัญญัติย่อมตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาต ซึ่งตรงกับเงื่อนไขในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่งที่ว่า “...เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด” นอกจากนี้องค์การนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขอื่น ๆ ตามมาตรา 29 ด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแล้ว รัฐมีอิสระและดุลพินิจลดลงในการที่จะเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล¹²⁰

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพสามารถทำได้ในกรณีเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่นและในขณะเดียวกันเพื่อคุ้มครองสังคมด้วย เงื่อนไขที่กำหนดในรัฐธรรมนูญดังกล่าวถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพของคณนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนต่อเงื่อนไขที่กำหนดไว้¹²¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

¹²⁰ แหล่งเดิม. (น. 187).

¹²¹ หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (น. 138). เล่มเดิม.

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ คือรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด เนื่องจากหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นมีว่า สิ่งที่จะมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น สิ่งนั้นต้องผ่านการยินยอมหรือการบัญญัติออกมาจากประชาชน อันเป็นไปตามหลักสัญญาประชาคมของรูสโซ การที่ตัวแทนของประชาชนในรัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ก็แสดงให้เห็นว่า เป็นการที่ประชาชนได้ยินยอมให้ตัวแทนของตนออกกฎหมายดังกล่าวมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมาย ขอบังคับใด ๆ มาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้¹²²

ตามมาตรา 29 วรรคสาม ให้นำบทบัญญัติของวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้ด้วยโดยอนุโลมแก่กฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในกฎหมายลำดับรองจะกระทำได้เพียงใดนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้แล้ว ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้นจะต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้แล้ว ฉะนั้น จึงไม่ต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้ในการตรากฎหมายลำดับรอง จึงอ้างบทอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการออกกฎหมายลำดับรองซึ่งเป็นแบบปกติประกอบกับอ้างมาตราในกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นการดำเนินการตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ¹²³

¹²² แหล่งเดิม. (น. 139).

¹²³ หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 249). เล่มเดิม.

2.5 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและมติคณะรัฐมนตรี

การศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและมติคณะรัฐมนตรีในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงความหมายของกฎหมายอำนาจในการออกกฎหมาย เจเนอรัลในทางรูปแบบของความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎหมาย ความหมายของมติคณะรัฐมนตรี และสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.5.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้บัญญัติความหมายของกฎหมายไว้เหมือนกันว่า กฎหมายหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แสดงให้เห็นว่า กฎเป็นกฎหมายหรือเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย¹²⁴ นอกจากนี้ถ้ามาตรการใดมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะแล้วไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอะไร มาตรการนั้น ก็คือ “กฎหมาย”¹²⁵

รัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไว้ แต่เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปว่าฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ซึ่งกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจต้องเป็นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ คือพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ¹²⁶

หลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายนั้น มีนักวิชาการหลายท่าน ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์การออกกฎหมายอย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้กล่าวถึงการออกกฎหมายและสถานะของกฎหมายว่า บทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารให้อำนาจบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นที่มาของกฎหมายปกครองและมีผลใช้บังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป แต่กฎหมายที่ออกจะต้องมีฐานะต่ำกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล ซึ่งการออกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวยังถูก

¹²⁴ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 270). เล่มเดิม.

¹²⁵ จาก กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 119), โดยชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: สื่อปัญญา (MEDIA OF KNOWLEDGE).

¹²⁶ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 271). เล่มเดิม.

กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจในการออกกฎ¹²⁷ โดยขอบเขตของการเป็นกฎจะต้องประกอบด้วย 3 ลักษณะ ดังนี้¹²⁸

1) กฎที่เป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ตามหลักทั่วไปจะมีบทกำหนดโทษหรือเรียกเก็บภาษีไม่ได้ เพราะการออกบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ย่อมต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน แต่กฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น สามารถออกได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน

2) กฎที่เป็นบทบัญญัติที่ออกมาเพื่อกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บท จะมีข้อความขัดแย้งหรือมีเนื้อหาเกินกว่าที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไม่ได้ เพราะกฎที่ออกมาโดยฝ่ายบริหารเป็นเพียงกฎหมายที่ออกมาเพื่อความสะดวกในการใช้พระราชบัญญัติเท่านั้น

3) กฎเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหาร จะต้องอ้างอิงกฎหมายแม่บทเสมอทุกกรณี หรือกฎที่ออกมาบังคับใช้จากฝ่ายบริหารทุกเรื่องจะต้องมีการอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการออกเสมอ เพราะในอดีตเคยมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการออกกฎเสมอ เพื่อมิให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจการออกบทกฎหมายที่ทับซ้อนกัน จึงไม่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะออกกฎหมายที่มีฐานะเท่ากับพระราชบัญญัติ ด้วยเหตุดังกล่าวการออกกฎในปัจจุบัน กระทรวงที่ออกกฎจึงต้องระบุมাত্রาที่ให้อำนาจในการออกกฎไว้อย่างชัดเจนทุกครั้งว่ากระทรวงใช้อำนาจตามมาตราใดของกฎหมายแม่บทใดในการออกกฎมาบังคับใช้

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่า การออกกฎทุกชนิดจะต้องมีกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติเป็นฐานแห่งอำนาจ จะอ้างรัฐธรรมนูญลอย ๆ เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎไม่ได้ โดยกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎนั้น จะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ ตลอดจนขอบเขตแห่งอำนาจในการออกกฎไว้ด้วย¹²⁹

ในกรณีที่การออกกฎนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดบังคับให้องค์กรที่ตรากฎจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจใน

¹²⁷ จาก ปัญหาการออกกฎของกระทรวงมหาดไทยเพื่อควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษากรณีเทศบาล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 173-174), โดยพสธร พันธุ์สุวรรณ, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹²⁸ แหล่งเดิม.

¹²⁹ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 273). เล่มเดิม.

การตราภูนั้นด้วย การระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตราภูดังกล่าวนี้เป็นแบบของการออกกฎ การฝ่าฝืนภูเกณฑ์ดังกล่าวคือ การตราภูที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่อ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจยอมทำให้ภูนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้กำหนดองค์กรผู้ทรงอำนาจในการออกกฎไว้ว่า องค์กรของรัฐองค์กรใดบ้างที่รัฐสภาจะตราภูหมายมอบอำนาจให้ออกกฎได้ เฉพาะแต่การตราพระราชกฤษฎีกาเท่านั้นที่กำหนดให้เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่พระองค์ทรงใช้ตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ส่วนการออกกฎในกรณีอื่น ๆ องค์กรใดจะเป็นผู้ทรงอำนาจนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทนั้นเองจะกำหนดไว้ ผลจากการนี้ทำให้ในระบบกฎหมายไทย ผู้ทรงอำนาจในการออกกฎจึงมีความหลากหลายอย่างยิ่ง ตั้งแต่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีโดยลำพัง อธิบดี คณะกรรมการต่าง ๆ เป็นต้น นอกจากนี้แบบพิธี กระบวนการ และขั้นตอนในการออกกฎเป็นไปตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการออกกฎ ตลอดจนภูเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น ภูเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ได้รับผลกระทบในกฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ในกรณีที่ภูนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายขององค์กรบัญญัติ เช่น เทศบัญญัติ ข้อบังคับ แพทยสภา การตรวจสอบกระบวนการตราภูจะต้องตรวจสอบไปถึงผู้มีอำนาจริเริ่มหรือเสนอให้มีการตราภู กระบวนการตัดสินใจลงมติความยินยอมขององค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนกระบวนการประกาศใช้นั้นด้วย ถึงแม้ว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดว่า ภูจะต้องได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เนื่องจากโดยเหตุผลของเรื่องภูเป็นภูเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน กรณีจึงเป็นเรื่องที่บังคับอยู่ในตัวเองว่า การออกภูต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

การยกเลิกภูจะต้องกระทำโดยการออกกฎในลำดับชั้นเดียวกันหรือโดยกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า การออกกฎเพื่อยกเลิกภูจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางรูปแบบและเนื้อหาของความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎด้วยเช่นกัน¹³⁰

2.5.2 มติคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด ในทางคำราสามารถแยกการกระทำของคณะรัฐมนตรีได้เป็น 2 กรณี คือ ในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็น

¹³⁰ แหล่งเดิม. (น. 273-276).

การกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล และกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งเฉพาะแต่การกระทำที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติเท่านั้นที่ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

การกระทำของคณะรัฐมนตรีทั้งสองส่วนนี้เป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ จึงยากที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด จึงมีปัญหาสถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีว่ามีเพียงใด¹³¹

มติคณะรัฐมนตรี (The resolution of the cabinet) หมายถึง ผลของการตัดสินใจร่วมของคณะรัฐมนตรี ที่มีอำนาจหน้าที่ร่วมกันในการบริหารราชการแผ่นดิน¹³²

มติคณะรัฐมนตรี คือ ผลการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรีในการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายของคณะรัฐมนตรี เช่น มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการอนุมัติร่างกฎหมาย การอนุมัติงบประมาณ การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ การกำหนดระเบียบและแบบแผนในการปฏิบัติราชการ¹³³

ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีถือเป็นการแสดงออกซึ่งการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีที่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน

เมื่อมีการประชุมของคณะรัฐมนตรี จะมีการตัดสินใจลงมติในเรื่องต่าง ๆ ร่วมกัน และมีผลของการประชุมออกมาเป็นมติของที่ประชุม มติของคณะรัฐมนตรีย่อมผูกพันกับรัฐมนตรีทุกคนตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน อีกทั้งมติคณะรัฐมนตรีเป็นการกำหนดแนวทางให้แก่ส่วนราชการต่าง ๆ ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นฝ่ายบริหารและเป็นหัวหน้าของฝ่ายปกครองมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน¹³⁴

¹³¹ หลักกฎหมายปกครองวันละนิด สถานะทางกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี”, สืบค้น 11 ธ.ค.2557, จาก <https://th-th.facebook.com/DroitAdministrative/posts/576069199075661>.

¹³² จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 254), โดยเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹³³ จาก ถาม-ตอบ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี (เล่ม 1) (น. 1), โดยคณะทำงานศึกษามติคณะรัฐมนตรี, 2553 (สิงหาคม), กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี.

¹³⁴ จาก ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ.2548 : ศึกษาเฉพาะบทบัญญัติ มาตรา 7 และมาตรา 8 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 116), โดยณัฏฐ์ ธนภัทรจิรัฏฐ์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

นักกฎหมายไทยในอดีตมีความเข้าใจว่า “มติคณะรัฐมนตรีมิใช่กฎหมาย” เนื่องจากเข้าใจกันว่า “กฎหมาย” ในที่นั้นมีความหมายอย่างแคบเป็นกฎที่มีศักดิ์ระดับสูง เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือกฎหมายลูกอื่น ๆ แต่ในปัจจุบันนักกฎหมายได้ยอมรับแล้วว่า หากมติคณะรัฐมนตรีใดมีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์และระบบกฎหมายยอมรับบังคับใช้กฎเกณฑ์ตามนั้น มติคณะรัฐมนตรีก็ย่อมเป็น “กฎ” ของฝ่ายปกครองหรือเป็นกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง¹³⁵ ดังนั้น ในการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีจึงต้องพิจารณาเนื้อหาและผลบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ซึ่งสามารถจำแนกมติคณะรัฐมนตรีออกเป็น 3 ลักษณะ คือ มีสถานะเป็นนโยบาย มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง และมีสถานะเป็นกฎ มีรายละเอียดดังนี้

1) มีสถานะเป็นนโยบาย

มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้เป็นการกำหนดแนวทางการบริหารงานแผ่นดินอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือจากที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา เช่น ในความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม หรือในการกำหนดแนวทางปฏิบัติทางสังคมและวัฒนธรรม เช่น การใช้ศัพท์ภาษาต่าง ๆ เป็นต้น จึงไม่ใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย นอกจากนี้ มติคณะรัฐมนตรีในบางกรณีก็เป็นเพียงการดำเนินงานภายในของฝ่ายปกครองที่ยังไม่มีผลกระทบสิทธิของบุคคลใด ๆ ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงสู่บุคคลภายนอก มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงไม่เป็นกฎ และคำสั่งทางปกครอง เป็นเพียงแต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น¹³⁶ แต่ในหลายกรณีจะแบ่งแยกเป็น “นโยบาย” ต่างหากจาก “กฎ” ไม่ได้ เพราะนโยบาย ก็คือ การกำหนดเป้าหมายที่ต้องการจะดำเนินงานไปสู่สิ่งนั้น กรณีจึงมีผลโน้มน้าวให้กระทำตามเช่นกัน นอกจากจะเขียนไว้กว้างขวางมากจนนำมาปรับในการทำคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องไม่ได้โดยตรง¹³⁷

2) มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง

มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ และกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรหรือคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ เช่น คณะกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย และคณะกรรมการการทำเรือแห่งประเทศไทย

¹³⁵ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 133). เล่มเดิม.

¹³⁶ หลักกฎหมายปกครองวันละนิด สถานะทางกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี”, สืบค้น 11 ธ.ค. 2557, จาก <https://th-th.facebook.com/DroitAdministrative/posts/576069199075661>

¹³⁷ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 134). เล่มเดิม.

เป็นต้น นอกจากนี้ อาจมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางสาระของเรื่องเฉพาะเรื่อง¹³⁸ หรือ มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบการแต่งตั้ง โยกย้ายข้าราชการในตำแหน่งระดับสูงต่าง ๆ ถือว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง¹³⁹

3) มีสถานะเป็น “กฎ”

การจะพิจารณาได้ว่ามติคณะรัฐมนตรีใดมีสภาพเป็น “กฎ” จำต้องทำความเข้าใจถึงความหมาย ฐานอำนาจในการออกกฎ เงื่อนไขในทางรูปแบบและเนื้อหาของความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎเสียก่อน

ในการตราพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง ซึ่งเป็นกฎหมายตามรูปแบบของฝ่ายบริหาร โดยหลักแล้วจะนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วลงมติต่อไป มติที่เห็นชอบเหล่านี้เป็นมติของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะเป็นมติคณะรัฐมนตรีออกมานับว่าได้รับรองสิ่งที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายตามรูปแบบต่อไปในอนาคต โดยที่มติคณะรัฐมนตรีเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมายลำดับรอง แต่เป็นมติที่ยืนยันสิ่งที่จะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายตามรูปแบบในอนาคต นั่นคือ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายและเป็นกฎหมายลำดับรอง ตามลำดับ¹⁴⁰ แต่มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปหรือเป็นแนวทางปฏิบัติที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม มิใช่มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง จึงมีสถานะเป็นกฎ¹⁴¹

มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎนี้มุ่งต่อผลในกฎหมายแก่บุคคลในองค์กรฝ่ายปกครอง โดยหน่วยงานและบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตาม ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดินมีบทบัญญัติหลายมาตราที่บัญญัติรองรับการดำเนินงานของกระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการต่าง ๆ ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น การไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีถือเป็นความผิดทางวินัยอย่างหนึ่ง และคณะรัฐมนตรีเคยมีมติให้หน่วยงานราชการกำชับเจ้าหน้าที่ให้ถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีโดยเคร่งครัด หากฝ่าฝืนให้พิจารณาลงโทษทางวินัยทุกราย นอกจากนี้ คณะรัฐมนตรียังมีอำนาจกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรเหล่านั้นและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีอำนาจควบคุมกำกับดูแลพนักงานของรัฐในองค์กรดังกล่าวด้วย มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้จึงมีสภาพ

¹³⁸ แหล่งเดิม.

¹³⁹ หลักกฎหมายปกครองวันละนิด สถานะทางกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี”, สืบค้น 11 ธ.ค.2557, จาก <https://th-th.facebook.com/DroitAdministrative/posts/576069199075661>

¹⁴⁰ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 256). เล่มเดิม.

¹⁴¹ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 135). เล่มเดิม.

บังคับในทางปกครอง หรือมีผลทางกฎหมายในหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมตลอดถึงข้าราชการและพนักงานของรัฐในหน่วยงานดังกล่าว ต้องปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนย่อมมีความผิดตามมา ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนด หลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมาย มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้มิได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจเกิดผลกระทบต่อประชาชน ได้ด้วย ซึ่งบางกรณีอาจเป็นผลกระทบที่สำคัญที่ต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย¹⁴²

การใช้อำนาจบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายอาจมีหลายวิธีแตกต่างกันตามประเภทของ หน่วยงานของรัฐ เช่น กรณีข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการฝ่ายบริหารอื่น การไม่ปฏิบัติตาม มติคณะรัฐมนตรีจะเป็นความผิดทางวินัยโดยตรง และอาจถูกนายกรัฐมนตรียกเป็นผู้บังคับบัญชา ข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวง ทบวง กรม บังคับให้ปฏิบัติได้ หากฝ่าฝืนจะ ผิดฐานขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชาอีกกระทงหนึ่ง ในราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคอาจกล่าวได้ว่า คณะรัฐมนตรีสามารถมีมติให้ปฏิบัติโดยตรงได้ แต่ในส่วนของการปกครองส่วนท้องถิ่นและ รัฐวิสาหกิจนั้นประสงค์ให้มีอิสระในการดำเนินงานโดยมิได้ขึ้นอยู่กับมติคณะรัฐมนตรีโดยตรง หากแต่อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งอีกชั้นหนึ่ง อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า ราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจจะไม่อยู่ในความควบคุมของคณะรัฐมนตรี เพราะประโยชน์ ในส่วนรวมของประเทศย่อมสูงกว่าอิสระในการดำเนินงานขององค์กรเอกเทศเหล่านี้ กฎหมายบาง ฉบับระบุชัดให้ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น มาตรา 123 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 แต่ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นมิได้มีบทบัญญัติแจ้งชัด เช่นนั้น ในส่วนรัฐวิสาหกิจแทบทุกแห่งกฎหมายที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจแห่งนั้นจะบัญญัติให้ต้องทำ ตามมติคณะรัฐมนตรีด้วย แต่ก็ยังมีบางแห่งที่ไม่ได้กำหนดไว้ เช่น กรณีของกองทุนสงเคราะห์ การทำสวนยาง องค์การสะพานปลา และบรรดารัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการ จัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เป็นต้น¹⁴³

¹⁴² หลักกฎหมายปกครองวันละนิด สถานะทางกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี”, สืบค้น 11 ธ.ค. 2557, จาก <https://th-th.facebook.com/DroitAdministrative/posts/576069199075661>

¹⁴³ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 138-139). เล่มเดิม.

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1338/2525¹⁴⁴ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89-90/2530¹⁴⁵ มีข้อสังเกตว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89-90/2530 กรณีของธนาคารกรุงไทยเป็นบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่ไม่มีกลไกการบริหารที่ยึดโยงโดยตรงมายังคณะรัฐมนตรี และโดยทั่วไปจะถือว่าเป็นบริษัทที่เป็นรัฐวิสาหกิจจะอยู่ในบังคับกฎหมายเอกชนมากกว่า ซึ่งต่างกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1338/2525 กฎหมายของการท่าเรือแห่งประเทศไทยบัญญัติไว้แจ้งชัด แต่ศาลฎีกาเห็นว่ารัฐวิสาหกิจทุกประเภทต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีด้วย¹⁴⁶

ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีเป็นผลการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรี ในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งคณะรัฐมนตรีอาจใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ๆ มติคณะรัฐมนตรีอาจมีลักษณะเป็นงานนโยบาย หรืออาจมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย หรืออาจมีลักษณะเป็นกฎซึ่งมีผลเป็นมาตรการหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปหรือแนวทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม

ตัวอย่างมติคณะรัฐมนตรีที่ถือว่าเป็น “กฎ”

หากพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองแล้วจะพบว่า มีคำพิพากษาจำนวนหนึ่งที่ศาลปกครองถือว่ามติคณะรัฐมนตรีมีสภาพเป็นกฎ¹⁴⁷

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ถือว่ามติคณะรัฐมนตรีมีสถานะเป็น “กฎ”¹⁴⁸

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2545 มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2532 มีเจตนารมณ์ที่จะให้มีการจ่ายเงินค่าขนย้ายแก่ผู้ครอบครองที่ดินที่ไม่มีเอกสารสิทธิ ทั้งที่อยู่ในเขตหรือนอกเขตสงวนหวงห้ามของทางราชการ แต่อยู่ในเขตทำการก่อสร้างการชลประทาน

¹⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1338/2525 วินิจฉัยว่า การท่าเรือแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจต้องอยู่ในบังคับมติคณะรัฐมนตรี เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติห้ามรัฐวิสาหกิจทุกแห่งปรับปรุงเงินเดือน การท่าเรือแห่งประเทศไทยจะไปทำข้อตกลงกับสหภาพแรงงานเพิ่มเงินเดือนให้พนักงานไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติการท่าเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2502 บัญญัติให้รัฐมนตรีมีอำนาจยับยั้งการกระทำใด ๆ ที่ขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีได้

¹⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89-90/2530 วินิจฉัยว่า ธนาคารกรุงไทยซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจย่อมต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่ห้ามทำข้อตกลงปรับปรุงเงินเดือนกับสหภาพแรงงาน

¹⁴⁶ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น. 139). เล่มเดิม.

¹⁴⁷ กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 277). เล่มเดิม.

¹⁴⁸ หลักกฎหมายปกครองวันละนิด สถานะทางกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี”, สืบค้น 11 ธ.ค. 2557,

โดยมีเงื่อนไขสำคัญ คือ ต้องครอบครองทำประโยชน์มาก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเข้าดำเนินการก่อสร้าง สำหรับการออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวงเป็นเพียงเอกสารหลักฐานที่จัดให้มีขึ้นเพื่อแสดงเขตที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไว้เป็นหลักฐานเท่านั้น ตามมาตรา 8 ตรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของการเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ดังนั้น เมื่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมิได้กำหนดคชกเว้นมิให้จ่ายเงินค่าขนย้ายให้แก่ราษฎรผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินที่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2537 ที่ไม่อนุมัติค่าขนย้ายให้แก่ผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินพิพาท จึงไม่ขัดแย้งกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2532 กรณีผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้แย้งว่าหากมีการจ่ายเงินค่าขนย้ายให้แก่ผู้บุกรุกย่อม ไม่เป็นกรรมแก่ราษฎรที่รักษาและปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ขัดแย้งกับมติคณะรัฐมนตรีโดยตรง ที่กำหนดเงื่อนไขของผู้มีสิทธิได้รับค่าขนย้ายเฉพาะผู้ที่เข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินก่อน วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เริ่มโครงการก่อสร้างชลประทาน โดยไม่คำนึงว่าที่ดินที่ราษฎรครอบครอง ทำประโยชน์อยู่ก่อนนั้นจะเป็นที่ดินของรัฐประเภทใด เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวจึงรับฟังไม่ได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546 มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติซึ่งบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามโดยมีสภาพบังคับ มีสถานะเป็นกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้สิทธิพิเศษแก่ ทสท. ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์แก่หน่วยงานของรัฐ อันเป็นการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีกรณีพิเศษตามข้อ 26 (2) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ฯ อันมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปกับหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะเป็นกฎ การให้สิทธิพิเศษแก่ ทสท. ตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีข้างต้น อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาร่วมงานและร่วมลงทุนกับ ทสท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถือว่าเป็นการออกกฎอันเป็นการลดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เข้าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐ ตามนัยมาตรา 335 (2) ของรัฐธรรมนูญฯ และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติรับรองไว้ กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามสัญญา

2.6 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมและแนวทางการทดลองเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

การศึกษาข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมและแนวทางการทดลองเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมในหัวข้อนี้ เพื่อทำความเข้าใจในเบื้องต้นเกี่ยวกับพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม โดยจะได้ศึกษาถึงความหมายและวิวัฒนาการของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม เงื่อนไขการศึกษาทดลอง ตรวจสอบและมาตรการป้องกันและควบคุมความปลอดภัยทางชีวภาพของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม ตลอดจนข้อดีและข้อเสียของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.6.1 ความหมายและวิวัฒนาการของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม

คำว่า Genetically Modified Organism เป็นสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม¹⁴⁹ ที่ได้จากความก้าวหน้าของวิทยาการด้านเทคโนโลยีชีวภาพและชีววิทยาระดับโมเลกุล (Molecular Biology) โดยการตัดต่อยีนจากสิ่งมีชีวิตหนึ่งใส่เข้าไปในสิ่งมีชีวิตอีกชนิดหนึ่ง เพื่อให้เกิดลักษณะหรือคุณสมบัติใหม่ตามต้องการ หรือทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงไปจากพันธุ์ที่มีอยู่ในธรรมชาติ โดยอาศัยเทคนิคทางพันธุวิศวกรรมที่เรียกว่า รีคอมบิแนนท์ดีเอ็นเอ (Recombinant DNA)¹⁵⁰

สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม หรือสิ่งมีชีวิตดัดแปรพันธุกรรม (Genetically Modified Organism (GMOs)) หมายถึง สิ่งมีชีวิตใดก็ตามที่มีการตัดต่อ ตัดแต่ง ดัดแปลง หรือเปลี่ยนแปลงสารพันธุกรรม หรือผสมผสานสารพันธุกรรมใหม่ โดยอาศัยเทคนิคทางพันธุวิศวกรรม ซึ่งทำให้ได้สิ่งมีชีวิตที่มีคุณสมบัติเพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากพันธุ์เดิม¹⁵¹

ดังนั้น สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม คือ สิ่งมีชีวิตใดที่ได้จากกระบวนการในการนำสารพันธุกรรมจากสิ่งมีชีวิตทั้งที่เป็นสารพันธุกรรมธรรมชาติ สารพันธุกรรมที่ดัดแปลงจากธรรมชาติหรือสารพันธุกรรมที่สังเคราะห์ขึ้น ถ่ายเข้าไปรวมหรือรวมอย่างถาวรกับสารพันธุกรรมเดิมของสิ่งมีชีวิตทำให้มีลักษณะที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนตามธรรมชาติ

¹⁴⁹ จาก สถานภาพของประเทศไทยตามพิธีสารคาร์ตาเฮน่าว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ , โดย บรรพต ฌ ป้อมเพชร, ข่าวสารเทคโนโลยีชีวภาพ AG-BIO (1), 2554 (มกราคม-มีนาคม). น.10.

¹⁵⁰ จาก รายงานการสืบค้นข้อมูลความก้าวหน้าและสถานะทางเทคโนโลยีชีวภาพของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงทางพันธุกรรม (GMOs) ในประเทศสหรัฐอเมริกา (น. 5), โดยนรินทร์ เรืองพานิช, 2553 (มกราคม-ธันวาคม), สำนักงานที่ปรึกษาด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ประจำกรุงวอชิงตัน.ดี.ซี.

¹⁵¹ จาก แนวปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพ (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 2), โดยคณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพ, 2555 (กุมภาพันธ์), มหาวิทยาลัยมหิดล: ทองสุขพรินทร์.

การแบ่งประเภทของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม (GMOs) จัดแบ่งได้ 3 ประเภทดังต่อไปนี้¹⁵²

1) จุลินทรีย์ที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม เป็นการถ่ายยีนเป้าหมายหรือยีนที่มีคุณสมบัติพิเศษที่ต้องการไปสู่จุลินทรีย์ เพื่อให้จุลินทรีย์สามารถสร้างสารหรือมีการแสดงออกเฉพาะตามที่ต้องการ ทำได้โดยอาศัยเทคนิค รีคอมบิแนนท์ดีเอ็นเอ (Recombinant DNA) และใช้เทคโนโลยีชีวภาพในการผลิตและสกัดแยกสารที่ต้องการออกมาจากกระบวนการผลิต ทั้งนี้ประโยชน์ที่ได้รับจากจุลินทรีย์ดัดแปลงทางพันธุกรรม เช่น โยเกิร์ต ไวน์ ยีสต์ GM เป็นต้น

2) พืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม การสร้างพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมจะอาศัยเทคนิคทางพันธุวิศวกรรม ที่เรียกว่า รีคอมบิแนนท์ดีเอ็นเอ (Recombinant DNA) เช่นเดียวกัน ยีนนี้สามารถมาจากสายพันธุ์เดียวกันหรือข้ามสายพันธุ์ โดยมีการดัดแปลงพันธุกรรมในพืชที่มีบทบาทสำคัญต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ ได้แก่ ข้าว ถั่วเหลือง มันสำปะหลัง ข้าวโพด ข้าวสาลี มันฝรั่ง เป็นต้น เมื่อได้ปริมาณยีนหรือดีเอ็นเอที่ต้องการในปริมาณที่มากเพียงพอแล้ว จากนั้นจะเป็นวิธีการถ่ายยีนเข้าสู่พืช จากนั้นก็นำไปเพาะเลี้ยง ชักนำให้เกิดยอดและพัฒนาเซลล์พืชให้เจริญเติบโตเป็นต้นพืชต้นใหม่ที่มียีนที่แสดงลักษณะที่ต้องการสอดแทรกอยู่ภายในโครโมโซมพืช พืชชนิดใหม่นี้จึงมีการเปลี่ยนแปลงทางพันธุกรรมไปจากพืชดั้งเดิม

3) สัตว์ที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม ในอดีตการปรับปรุงพันธุ์สัตว์มักใช้ผสมเทียมหรือการผสมในหลอดทดลอง แทนการผสมพันธุ์ตามธรรมชาติ โดยนักวิทยาศาสตร์จะคัดเลือกสัตว์ที่มีคุณลักษณะที่ต้องการและนำสุจิจากพ่อพันธุ์กับไข่จากแม่พันธุ์มาผสมกันในหลอดทดลอง และให้ไข่ที่ได้รับการผสมเจริญเติบโตเป็นตัวอ่อน จากนั้นจะนำไปถ่ายฝากตัวอ่อนนี้ในแม่พันธุ์ต่อไป ปัจจุบันนักวิทยาศาสตร์ได้มีการพัฒนาสัตว์ดัดแปลงพันธุกรรม โดยการถ่ายยีนที่มีลักษณะที่ต้องการจากสิ่งมีชีวิตอื่น อาทิ สัตว์ชนิดอื่น เพื่อให้ได้ลักษณะที่เป็นประโยชน์ตามที่ต้องการและสัตว์ดัดแปลงทางพันธุกรรมชนิดแรกที่ประสบความสำเร็จ ได้แก่ การทดลองดัดแปลงทางพันธุกรรมในหนู

สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมถูกสร้างขึ้นมาเป็นครั้งแรกในปี 1973 โดย Stanley Cohen และ Herbert Boyer สร้างแบคทีเรีย E.coli ซึ่งมีการแสดงออกทางลักษณะของยีนที่ได้จากเชื้อแบคทีเรีย Salmonella หลังจากนั้นในเดือนกุมภาพันธ์ 1975 ได้มีการจัดประชุมเกี่ยวกับเทคโนโลยีใหม่และประเมินความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น ณ ศูนย์ประชุม Asilomar

¹⁵² รายงานการสืบค้นข้อมูลความก้าวหน้าและสถานะทางเทคโนโลยีชีวภาพของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงทางพันธุกรรม (GMOs) ในประเทศสหรัฐอเมริกา (น. 8-15). เล่มเดิม.

เมือง Monterey มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ผลการประชุมสรุปได้ว่า สถาบันวิจัยสุขภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องดูแลเทคโนโลยีนี้อย่างใกล้ชิดจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเทคโนโลยีนี้ปลอดภัย ต่อมา Herbet Boyer ได้จัดตั้งบริษัท Genentech ซึ่งเป็นบริษัทแรกที่ใช้เทคโนโลยี รีคอมบิแนนท์ดีเอ็นเอ (Recombinant DNA) และในปี 1978 บริษัทนี้ได้ประกาศความสำเร็จในการผลิต อินซูลิน (Insulin) จากแบคทีเรีย E.coli

พืชเป็นแหล่งอาหารที่สำคัญของมนุษย์ ในอดีตก่อนการสร้างพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม มนุษย์ได้ปรับปรุงผลผลิตโดยใช้วิธีการคัดเลือกพันธุ์ตามธรรมชาติ ต่อมาได้มีการคัดเลือกพันธุ์โดยอาศัยความรู้ทางวิทยาศาสตร์ในการผสมข้ามพันธุ์และคัดเลือกพันธุ์เพื่อให้ได้ลักษณะที่ต้องการ เรียกว่า การปรับปรุงพันธุ์แบบดั้งเดิม นักวิทยาศาสตร์ได้คิดค้นการปรับปรุงแบบใหม่โดยใช้เทคนิคทางพันธุวิศวกรรมแทนที่วิธีการแบบดั้งเดิม จึงทำให้สามารถสร้างพืชที่มีลักษณะตามที่ต้องการได้ในระยะเวลาอันสั้น ให้ผลผลิตสูง ด้านทานต่อโรคและแมลง ทนทานต่อสภาพอากาศที่รุนแรง เพื่อนำไปสู่การแก้ไขปัญหาการขาดแคลนอาหารของมนุษย์ในอนาคตและส่งผลให้เกษตรกรมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น

ในปี 1996 ในมลรัฐฮาวาย ประเทศสหรัฐอเมริกา พืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมชนิดแรกที่ผลิตเป็นการค้า คือ มะละกอ โดยมะละกอตัดแปลงพันธุกรรมนี้มีคุณสมบัติด้านทานต่อโรคใบด่างจุดวงแหวน ซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญของการปลูกมะละกอทั่วโลก ต่อมาพืชอีกหลายชนิดได้ถูกพัฒนาเป็นพืชตัดแปลงทางพันธุกรรม เช่น ถั่วเหลือง ข้าวโพด ฝ้าย และคาโนลา เป็นต้น¹⁵³

2.6.2 แนวทางการทดลองเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

เงื่อนไขการศึกษาทดลอง ตรวจสอบและมาตรการป้องกันและควบคุมความปลอดภัยทางชีวภาพของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม มีการศึกษาทดลอง 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้¹⁵⁴

ขั้นตอนที่ 1 การศึกษาทดลองในโรงเรือนและ/หรือห้องปฏิบัติการ

1) สภาพโรงเรือนและ/หรือห้องปฏิบัติการ ต้องผ่านการตรวจสอบและรับรองจากคณะทำงานตรวจสอบความปลอดภัยทางชีวภาพภาคสนามของกรมวิชาการเกษตร ก่อนดำเนินการทดลองทุกครั้ง

¹⁵³ แหล่งเดิม. (น. 4-9).

¹⁵⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 118 ตอนพิเศษ 43 ง วันที่ 17 พฤษภาคม 2544 ท้าย ประกาศกรมวิชาการเกษตร เรื่อง กำหนดแนวทางปฏิบัติในการขออนุญาตนำเข้าหรือนำผ่านซึ่งสิ่งต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507 ที่แก้ไขแล้ว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544.

(1) สภาพโรงเรือน

ก. โรงเรือนทดลองต้องมีสภาพปิดมิดชิด พื้นเป็นคอนกรีต ผนังและหลังคาเป็นมุ้งลวดตาข่าย ขนาดละเอียดไม่น้อยกว่า 30 เมช (Mesh: thirty gauge 30/32 mesh wire gauge) หรือโรงเรือนกระจก ตามที่คณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร กำหนดตามความเหมาะสมของชนิดพืช

โรงเรือนต้องมีระบบป้องกันหนู แมลง หรือสัตว์อื่น ๆ ทุกชนิดไม่ให้เข้าไปได้ มีการป้องกันไม่ให้ละอองเกสรของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมออกไปภายนอกได้ และห้ามนำพืชหรือชิ้นส่วนของพืชที่ใช้ทดลองออกไปจากโรงเรือนทดลองโดยเด็ดขาด

ข. ประตูลงสู่โรงเรือนต้องติดป้ายบอกชนิดของพืช การทดลองและวิธีดำเนินงานรวมทั้งมีการบำรุงรักษาที่ดี มีชื่อผู้รับผิดชอบ พร้อมทั้งหมายเลขโทรศัพท์ที่สามารถติดต่อได้ เมื่อมีเหตุฉุกเฉิน และติดป้าย “บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องห้ามเข้า”

ค. โรงเรือนทดลองต้องอยู่ห่างจากโรงเรือนหรือแหล่งปลูกพืชอื่น ๆ ไม่น้อยกว่า 20 เมตร หรือระยะความปลอดภัยที่คณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร กำหนดตามความเหมาะสมของชนิดพืช

ง. โรงเรือนต้องมีห้องโถงด้านหน้าก่อนทางเข้าและทางออก ห้องโถงต้องมีแถบยางเหนียวป้องกันแมลงที่จะเข้า/ออกจากห้อง ยกเว้นโรงเรือนที่ปลูกติดกันกับตึกที่มีการควบคุมและป้องกันชีวภัย ไม่จำเป็นต้องมีห้องโถงด้านหน้าดังกล่าว

จ. มีเครื่องมือ อุปกรณ์สำหรับกำจัดพืชและวัสดุที่ใช้ในการทดลอง เช่น ตู้อบความร้อนสูง หรือเตาเผา

ฉ. โรงเรือนต้องรอบด้วยร่องน้ำ เพื่อป้องกันแมลงที่อาจเข้าไปภายในโรงเรือนได้ โดยร่องน้ำมีความกว้างไม่ต่ำกว่า 20 เซนติเมตร และมีน้ำหล่อตลอดเวลา

ช. มีสถานที่ที่เปลี่ยนรองเท้า สวมเสื้อคลุม และหมวกที่จัดเตรียมไว้ในห้องโถง พร้อมทั้งมีสถานที่สำหรับเดินจุ่มเท้าลงในน้ำยาฆ่าเชื้อให้ทั่วรองเท้าก่อนเข้าโรงเรือนและหลังจากออกจากโรงเรือน

ทั้งนี้ คณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตรจะเป็นผู้กำหนดลักษณะสภาพโรงเรือนตามความเหมาะสมในแต่ละพืชที่ทำการทดสอบ

(2) สภาพห้องปฏิบัติการ

ก. ห้องปฏิบัติการต้องมีลักษณะถูกต้องตามมาตรฐานความปลอดภัย ตามแนวทางปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพสำหรับการทดลองทางพันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพระดับห้องปฏิบัติการ กำหนดโดยคณะกรรมการกำหนดมาตรฐานความปลอดภัย

ในการทำงานด้านพันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพ ของศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ หรือตามที่คณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร เห็นชอบ

ข. ด้านหน้าประตูเข้าห้องปฏิบัติการต้องติดป้ายบอกเรื่องที่ต้องการทดลอง และติดป้าย “บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องห้ามเข้า”

2) การปฏิบัติงานในโรงเรือนและ/หรือห้องปฏิบัติการ

คณะทำงานตรวจสอบความปลอดภัยทางชีวภาพภาคสนาม จะเป็นผู้กำหนดการปฏิบัติงานในโรงเรือนและ/หรือห้องปฏิบัติการตามความเหมาะสมในแต่ละพืช ดังนี้

ก. โรงเรือนหรือห้องปฏิบัติการต้องได้รับการตรวจสอบเป็นประจำ เพื่อให้แน่ใจว่าระบบการควบคุมและป้องกันชีวภัยไม่บกพร่อง เครื่องกรองใยแก้ว รวมทั้งอุปกรณ์อื่น ๆ ต้องทำความสะอาดอย่างสม่ำเสมอ

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงหรือชำรุดนอกเหนือจากคณะทำงานตรวจสอบความปลอดภัยทางชีวภาพภาคสนามตรวจสอบแล้ว ต้องมีบันทึกไว้เป็นหลักฐานและแจ้งให้คณะทำงานตรวจสอบความปลอดภัยทางชีวภาพภาคสนามทราบ เพื่อตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง

ข. ประตูทุกประตูที่เข้าสู่โรงเรือนหรือห้องปฏิบัติการต้องปิดล็อกได้

ค. บุคคลที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตรเท่านั้นที่สามารถเข้าออกโรงเรือนหรือห้องปฏิบัติการได้ โดยบุคคลเหล่านี้ต้องได้รับการฝึกอบรมให้ปฏิบัติตามระเบียบและวิธีดำเนินงานในโรงเรือนและ/หรือห้องปฏิบัติการมาแล้ว

ง. ผู้ที่จะเข้าไปปฏิบัติงานภายในโรงเรือน ต้องทำความสะอาดมือให้สะอาด สวมรองเท้าป้องกัน สวมเสื้อคลุม และหมวกที่จัดเตรียมไว้ในห้องโถง พร้อมทั้งเดินจุ่มเท้าในน้ำยาฆ่าเชื้อโรคที่รองเท้าก่อนเข้าโรงเรือน และหลังออกจากโรงเรือน สิ่งสวมใส่เหล่านี้ต้องได้รับการซักล้างอย่างสม่ำเสมอ

จ. ดัชนีพืชและสิ่งทดลองทุกชนิดในโรงเรือนหรือห้องปฏิบัติการต้องได้รับการปฏิบัติด้านความปลอดภัยเช่นเดียวกับพืชที่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรม งานที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทดสอบพืชที่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรม ห้ามดำเนินการในโรงเรือนหรือห้องปฏิบัติการนี้

ฉ. ห้ามนำดัชนีพืชและสิ่งมีชีวิตที่ใช้ในการทดลองออกจากโรงเรือนและ/หรือห้องปฏิบัติการที่กำหนดไว้

ข. ล้างทดลองทุกชนิด เช่น ต้นพืช แมลง เนื้อเยื่อและของเสีย จะต้องใส่ภาชนะปิดมิดชิดก่อนนำเข้าหรือออกจากโรงเรือน ของเสียจากพืช เนื้อเยื่อ ดินหรือดินเทียมและภาชนะต้องได้รับการฆ่าเชื้อ หรือนำไปบดฆ่าเชื้ออย่างทั่วถึง ก่อนนำไปทิ้งหรือนำกลับไปใช้ใหม่

ฅ. ถ้าไม่ทำให้ผลการทดลองเสียหาย ควรพ่นสารป้องกันกำจัดแมลงทั่วทั้งต้นพืช โรงเรือนต้องได้รับการพ่นหรืออบด้วยสารป้องกันกำจัดแมลงและหนอย่างสม่ำเสมอ

ญ. เมื่อสิ้นสุดการทดลองให้ทำความสะอาดโรงเรือนหรือห้องปฏิบัติการ และพ่นสารป้องกันกำจัดแมลงให้ทั่ว เศษซากพืช ผลผลิตและแมลงให้เผาทำลายทันที

ย. เว้น ในกรณีที่ต้องศึกษาทดลองเกี่ยวกับผลผลิตก็ดำเนินการได้เฉพาะกรณีที่ได้ระบุอยู่ในแผนการทดลอง และได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจากคณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร

3) ข้อมูลที่ต้องศึกษาในโรงเรือนและ/หรือห้องปฏิบัติการ

ก. ลักษณะทางพฤกษศาสตร์ของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม เช่น ความสูง การเจริญเติบโต การแตกกิ่ง ใบ ดอก ฯลฯ โดยเปรียบเทียบกับพืชพันธุ์ปกติเดิมที่ไม่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม และพืชพันธุ์แนะนำหรือพันธุ์รับรองในท้องถิ่น

ข. ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับระบบการสืบพันธุ์ เช่น ลักษณะดอก การบานของดอก การพัฒนาของเกสรตัวผู้และเกสรตัวเมีย การแพร่กระจายละอองเกสร เพอร์เซ็นต์การผสม การติดเมล็ด โดยเปรียบเทียบกับพืชพันธุ์ปกติเดิมที่ไม่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม และพันธุ์แนะนำหรือพันธุ์รับรองในท้องถิ่น

ค. การผสมข้ามและการถ่ายทอดพันธุกรรมของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม กับพันธุ์พืชชนิดเดียวกันหรือพืชอื่น ๆ ในบริเวณใกล้เคียง

ง. การเป็นวัชพืชและวิธีป้องกันกำจัดของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม ศึกษาการเจริญเติบโต การเกิดโรค แมลง และวิธีการป้องกันกำจัด

จ. ผลกระทบของพันธุ์พืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมต่อแมลงที่เป็นประโยชน์ เช่น ผึ้ง แมลงห้ำ แมลงเบียน ฯลฯ

ฉ. ผลกระทบต่อจุลินทรีย์ในดิน โดยศึกษาวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบชนิดและจำนวนของจุลินทรีย์ในดินปลูกพืช ระหว่างพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมกับพืชพันธุ์แนะนำหรือพันธุ์รับรองในท้องถิ่น

ช. ผลกระทบต่อสัตว์บางชนิด เช่น หนู กระต่าย

ฅ. ผลกระทบต่อพืชและวัชพืชที่อยู่ข้างเคียงและพืชปลูกตามหลังพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

ญ. การศึกษาด้านอื่น ๆ ตามความเหมาะสม

คณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร จะเป็นผู้กำหนดข้อมูลและวิธีการตามความเหมาะสมของแต่ละชนิดพืช และคุณสมบัติของพืชที่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรมนั้น ๆ

ขั้นตอนที่ 2 การศึกษาทดลองในแปลงทดลอง

1) ลักษณะของแปลงทดลอง

(1) สถานที่ดำเนินการทดลองควรเป็นพื้นที่อิสระ และพื้นที่แปลงทดลองต้องเป็นพื้นราบที่มีความสม่ำเสมอและไม่มีน้ำท่วม

(2) ขนาดแปลงทดลองขึ้นกับความเหมาะสมของแต่ละการทดลองในแต่ละพืช และต้องล้อมรั้วแสดงขอบเขตแปลงทดลองที่แน่นอน

(3) แปลงทดลองจะต้องอยู่ห่างจากแปลงพืชอื่น ๆ ตามแนวทางการทดสอบความปลอดภัยทางชีวภาพของแต่ละพืช และติดป้าย “ห้ามเข้า” ให้เห็นชัดเจนในระยะห่างไม่ต่ำกว่า 10 เมตร

2) วิธีดำเนินงานและข้อปฏิบัติในเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพ

(1) ต้องปลูกพืชที่ไม่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรมล้อมรอบพืชที่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรม โดยมีจำนวนแถวตามที่กำหนดในแนวทางการทดลองของพืชแต่ละชนิด

(2) จำนวนต้นต่อสิ่งทดลองในแต่ละซ้ำเพื่อการบันทึกข้อมูลต้องไม่น้อยกว่า 10 ต้น

(3) ในกรณีแปลงทดลองอยู่ห่างไม่ถึงตามระยะที่กำหนด ถ้าจำเป็นต้องปลูกพืชชนิดเดียวกันในบริเวณใกล้เคียงต้องปลูกก่อนหรือหลังการปลูกพืชที่ได้รับการติดต่อสารพันธุกรรมตามที่กำหนดในแนวทางการทดลองเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพไม่น้อยกว่า 3 สัปดาห์

(4) ทำการกำจัดวัชพืชในแปลงทดลองด้วยสารเคมีหรือวิธีการอื่นใดที่เหมาะสมอย่างสม่ำเสมอ

(5) จัดให้มีสถานที่กำจัดเศษซากพืชและ/หรือน้ำที่ใช้ในการทดลองในบริเวณแปลงทดลอง

(6) เศษซากพืช วัชพืชและแมลงที่ตายอันเนื่องจากการทดลองให้ผู้รับผิดชอบการทดลองทำการกำจัด โดยเผาทำลายในสถานที่กำจัดเศษซากพืชและ/หรือน้ำที่ใช้ในการทดลองในบริเวณแปลงทดลอง

(7) ให้ชุดและเผาทำลายต้นพืชและชิ้นส่วนต่าง ๆ เมื่อเสร็จสิ้นแต่ละการทดลอง

(8) ภายหลังเสร็จสิ้นการทดลอง ให้เผาต้นพืชทั้งหมด แล้วไถพรวนดิน จากนั้นปล่อยพื้นที่ทิ้งไว้โดยไม่ปลูกพืชใด ๆ อย่างน้อย 3 เดือน และติดตามตรวจสอบการงอกของเมล็ดพืชดังกล่าว หากพบเห็นให้ทำลายทันที

3) การบันทึกข้อมูลในแปลงทดลอง

ทำการบันทึกข้อมูลต่าง ๆ ในพืชทุกพันธุ์ที่ใช้ทดลองตามลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

(1) ลักษณะทางพฤกษศาสตร์ของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม เช่น ความสูง การเจริญเติบโต การแตกกิ่ง ใบ ดอก ฯลฯ โดยเปรียบเทียบกับพันธุ์พืชปกติเดิมที่ไม่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม และพืชพันธุ์แนะนำหรือพันธุ์รับรองในท้องถิ่น

(2) ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับระบบการสืบพันธุ์ เช่น ลักษณะดอก การบานของดอก การพัฒนาของเกสรตัวผู้และเกสรตัวเมีย การแพร่กระจายละอองเกสร เพอร์เซ็นต์การผสม การติดเมล็ด โดยเปรียบเทียบกับพืชพันธุ์ปกติเดิมที่ไม่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม และพันธุ์แนะนำหรือพันธุ์รับรองในท้องถิ่น

(3) การผสมข้ามและการถ่ายทอดพันธุกรรมของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมกับพันธุ์พืชชนิดเดียวกันหรือพืชอื่น ๆ ในบริเวณใกล้เคียง

(4) การเกิดโรค การทำลายของแมลง และการเป็นวัชพืช

(5) ผลกระทบของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมต่อแมลงที่เป็นประโยชน์ เช่น ผึ้ง แมลงห้ำ แมลงเบียน ฯลฯ

(6) ผลกระทบต่อบุดินทรีย์ในดิน

(7) ผลกระทบต่อคน สัตว์และสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ

(8) ผลกระทบต่อพืชและวัชพืชที่อยู่ข้างเคียง และพืชปลูกตามหลังพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

(9) การศึกษาด้านอื่น ๆ ตามความเหมาะสม

คณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร จะเป็นผู้กำหนดข้อมูลและวิธีการตามความเหมาะสมของแต่ละชนิดพืช และคุณสมบัติของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมนั้น ๆ

ขั้นตอนที่ 3 การศึกษาทดลองในสภาพไร่

1) ลักษณะของแปลงทดลอง

(1) สถานที่ดำเนินการทดลองควรเป็นพื้นที่อิสระ และพื้นที่แปลงทดลองต้องเป็นพื้นราบที่มีความสม่ำเสมอและไม่มีน้ำท่วม

(2) ขนาดแปลงทดลองขึ้นกับความเหมาะสมของแต่ละการทดลองในแต่ละพืช และต้องล้อมรั้วแสดงขอบเขตแปลงทดลองที่แน่นอน

(3) แปลงทดลองจะต้องอยู่ห่างจากแปลงพืชอื่น ๆ ตามแนวทางการทดสอบความปลอดภัยทางชีวภาพของแต่ละพืช และติดป้าย “ห้ามเข้า” ให้เห็นชัดเจนในระยะห่างไม่ต่ำกว่า 10 เมตร

(4) ดำเนินการไม่น้อยกว่า 2 ท้องที่ หรือ 2 ฤดูปลูก

(5) จำนวนสถานที่ทำการทดลองและขนาดแปลงทดลองขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการทดลอง ทั้งนี้ ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร

2) วิธีดำเนินงานและข้อปฏิบัติในเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพ

(1) ต้องปลูกพืชชนิดหรือพันธุ์เดิมที่ไม่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมล้อมรอบพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม โดยมีจำนวนแถวตามที่กำหนดในแนวทางการทดลองของพืชแต่ละชนิด

(2) ในกรณีแปลงทดลองอยู่ห่างไม่ถึงตามระยะที่กำหนด ถ้าจำเป็นต้องปลูกพืชชนิดเดียวกันในบริเวณใกล้เคียงต้องปลูกก่อนหรือหลังการปลูกพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมตามที่กำหนดในแนวทางการทดลองเพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพ ไม่น้อยกว่า 3 สัปดาห์

(3) ทำการกำจัดวัชพืชในแปลงทดลองด้วยสารเคมีหรือวิธีการอื่นใดที่เหมาะสมอย่างสม่ำเสมอ

(4) จัดให้มีสถานที่กำจัดเศษซากพืชและ/หรือน้ำที่ใช้ในการทดลองในบริเวณแปลงทดลอง

(5) เศษซากพืช วัชพืชและแมลงที่ตายอันเนื่องจากการทดลองให้ผู้รับผิดชอบการทดลองทำการกำจัด โดยเผาทำลายในสถานที่กำจัดเศษซากพืชและ/หรือน้ำที่ใช้ในการทดลองในบริเวณแปลงทดลอง

(6) ให้ชุดและเผาทำลายต้นพืชและชิ้นส่วนต่าง ๆ เมื่อเสร็จสิ้นแต่ละการทดลอง

(7) ภายหลังเสร็จสิ้นการทดลอง ให้เผาต้นพืชทั้งหมด แล้วไถพรวนดิน จากนั้นปล่อยพื้นที่ทิ้งไว้โดยไม่ปลูกพืชใด ๆ อย่างน้อย 3 เดือน และติดตามตรวจสอบการงอกของเมล็ดพืชดังกล่าว หากพบเห็นให้ทำลายทันที

3) การบันทึกข้อมูลในแปลงทดลอง

ทำการบันทึกข้อมูลต่าง ๆ ในพืชทุกพันธุ์ที่ใช้ทดลองตามลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

(1) ลักษณะทางพฤกษศาสตร์ของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม เช่น ความสูง การเจริญเติบโต การแตกกิ่ง ใบ ดอก ฯลฯ โดยเปรียบเทียบกับพันธุ์พืชปกติเดิมที่ไม่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม และพืชพันธุ์แนะนำหรือพันธุ์รับรองในท้องถิ่น

(2) ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับระบบการสืบพันธุ์ เช่น ลักษณะดอก การบานของดอก การพัฒนาของเกสรตัวผู้และเกสรตัวเมีย การแพร่กระจายละอองเกสร เปอร์เซ็นต์การผสม การติดเมล็ดโดยเปรียบเทียบกับพืชพันธุ์ปกติเดิมที่ไม่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม และพันธุ์แนะนำหรือพันธุ์รับรองในท้องถิ่น

(3) การผสมข้ามและการถ่ายทอดพันธุกรรมของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมกับพันธุ์พืชชนิดเดียวกันหรือพืชอื่น ๆ ในบริเวณใกล้เคียง

(4) การเกิดโรค การทำลายของแมลง และการเป็นวัชพืช

(5) ผลกระทบของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมต่อแมลงที่เป็นประโยชน์ เช่น ผึ้ง แมลงห้ำ แมลงเบียน ฯลฯ

(6) ผลกระทบต่อจุลินทรีย์ในดิน

(7) ผลกระทบต่อคน สัตว์และสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ

(8) ผลกระทบต่อพืชและวัชพืชที่อยู่ข้างเคียง และพืชปลูกตามหลังพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

(9) การศึกษาด้านอื่น ๆ ตามความเหมาะสม

คณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร จะเป็นผู้กำหนดข้อมูลและวิธีการตามความเหมาะสมของแต่ละชนิดพืช และคุณสมบัติของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมนั้น ๆ

4) สรุปผล

(1) สรุปผลการประเมินหลังจากศึกษาทดลองและตรวจสอบความปลอดภัยทางชีวภาพทั้งในแปลงทดลอง (ขั้นตอนที่ 2) และในสภาพไร่ (ขั้นตอนที่ 3) แต่ละขั้นตอน อย่างน้อย 2 ครั้ง หรือ 2 ปี เสนอต่อคณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร กรมวิชาการเกษตร

(2) การติดตามตรวจสอบแปลงทดลองในสภาพไร่ (ขั้นตอนที่ 3) ควรแต่งตั้งนักวิชาการในศูนย์วิจัย/สถานีทดลองฯ ในพื้นที่นั้น ร่วมติดตามตรวจสอบความปลอดภัยในการดำเนินงาน

2.6.3 ข้อดีและข้อเสียของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม

1) ข้อดีของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม ดังนี้¹⁵⁵

(1) ประโยชน์ต่อเกษตรกร

ทำให้เกิดพืชสายพันธุ์ใหม่ที่มีความทนทานต่อสภาพแวดล้อม เช่น ทนต่อศัตรูพืช หรือมีความสามารถในการป้องกันตนเองจากศัตรูพืช เช่น เชื้อไวรัส เชื้อรา แบคทีเรีย แมลงศัตรูพืช หรือแม้แต่ยาฆ่าแมลง และยาปราบวัชพืช หรือในบางกรณีอาจเป็นพืชที่ทนแล้ง ทนดินเค็ม ดินเปรี้ยว คุณสมบัติ เช่นนี้เป็นประโยชน์ต่อเกษตรกร เราเรียกลักษณะเช่นนี้ว่าเป็น Agronomic traits

ทำให้เกิดพืชสายพันธุ์ใหม่ที่มีคุณสมบัติเหมาะแก่การเก็บรักษาเป็นเวลานาน ทำให้สามารถอยู่ได้นานวัน และขนส่งได้เป็นระยะทางไกลโดยไม่เน่าเสีย เช่น มะเขือเทศที่สุกช้า หรือแม้จะสุกแต่ก็ไม่อม เนื้อยังแข็ง และกรอบ ไม่อมหรือละเมื่อไปถึงมือผู้บริโภค ลักษณะนี้ก็ถือว่าเป็น Agronomic traits เช่นเดียวกัน เพราะให้ประโยชน์แก่เกษตรกรและผู้จำหน่าย สินค้า GMOs

(2) ประโยชน์ต่อผู้บริโภค

ทำให้เกิดธัญพืช ผัก หรือผลไม้ที่มีคุณสมบัติเพิ่มขึ้นในทางโภชนาการ เช่น ส้มหรือมะนาวที่มีวิตามินซีเพิ่มมากขึ้น หรือผลไม้ที่มีขนาดใหญ่ขึ้นกว่าเดิม ให้ผลมากกว่าเดิม ลักษณะเหล่านี้เป็นการเพิ่มคุณค่าเชิงคุณภาพ

ทำให้เกิดพันธุ์พืชใหม่ ๆ ที่มีคุณค่าในเชิงพาณิชย์ เช่น ดอกไม้หรือพืชจำพวกไม้ประดับสายพันธุ์ใหม่ที่มีรูปร่างแปลกกว่าเดิม ขนาดใหญ่กว่าเดิม สีสันทันเปลี่ยนไปจากเดิม หรือมีความคงทนกว่าเดิม ซึ่งถือว่าเป็นการเพิ่มคุณค่าเชิงคุณภาพเช่นกัน

(3) ประโยชน์ต่ออุตสาหกรรม

คุณสมบัติของพืชที่ทำให้ลดการใช้สารเคมี และช่วยให้ได้พืชผลมากขึ้นกว่าเดิมมีผลทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำลง วัตถุดิบที่มาจากภาคเกษตร เช่น กากถั่วเหลือง อาหารสัตว์จึงมีราคาถูกลง ทำให้เพิ่มอำนาจในการแข่งขัน นอกจากพืชแล้ว ยังมี GMOs หลายชนิดที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนี้ในอุตสาหกรรมอาหาร เช่น เอ็นไซม์ที่ใช้ในการผลิตน้ำผักและน้ำผลไม้ หรือเอ็นไซม์ โคโมซินที่ใช้ในการผลิตเนยแข็งแทบทั้งหมดเป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้จาก GMOs

¹⁵⁵ มรุรา สิริจันทร์. ข้อดีและข้อเสียของ GMOs. สืบค้น 22 ธันวาคม 2557, จาก

<http://digital.lib.kmutt.ac.th/magazine/issue4/articles/article2.html>.

(4) ประโยชน์ต่อสิ่งแวดล้อม

ประโยชน์ที่มีต่อสิ่งแวดล้อม คือ เมื่อพืชมีคุณสมบัติสามารถป้องกันศัตรูพืชได้เอง อัตราการใช้สารเคมีเพื่อปราบศัตรูพืชก็จะลดน้อยลงจนถึงไม่ต้องใช้เลย ทำให้ลดมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจากการใช้สารเคมี ปราบศัตรูพืช และลดอันตรายต่อเกษตรกรเองที่เกิดขึ้นจากพิษของการฉีดสารเหล่านั้นในปริมาณมาก หากยอมรับว่าการปรับปรุงพันธุ์ และการคัดเลือกพันธุ์พืชเป็นการเพิ่มความหลากหลายของสายพันธุ์ให้มากขึ้นแล้ว การพัฒนา GMOs ก็ย่อมมีผลทำให้เพิ่มความหลากหลายทางชีวภาพขึ้นเช่นกัน เนื่องจากยีนที่มีคุณสมบัติเด่นได้รับการคัดเลือกให้มีโอกาสแสดงออกได้ในสิ่งมีชีวิตหลากหลายสายพันธุ์มากขึ้น

2) ข้อเสียของพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม ดังนี้¹⁵⁶

(1) ความเสี่ยงต่อผู้บริโภค

สารอาหารจาก GMOs อาจมีสิ่งปนเปื้อนที่เป็นอันตราย เช่น กรดอะมิโน L-Tryptophan ของบริษัท Showa Denko ทำให้ผู้บริโภคในสหรัฐเกิดอาการป่วยและล้มตาย อย่างไรก็ตาม กรณีที่เกิดขึ้นนี้แท้จริงแล้วเป็นผลมาจากความบกพร่องในขั้นตอนการควบคุมคุณภาพ (Quality control) ทำให้มีสิ่งปนเปื้อนหลงเหลืออยู่ หลังจากกระบวนการทำให้บริสุทธิ์มิใช่ตัว GMOs ที่เป็นอันตราย

การเป็นพาหะของสารพิษ เช่น DNA จากไวรัสที่ใช้ในการทำ GMOs อาจเป็นอันตราย เช่น การทดลองของ Dr. Pusztai ที่ทดลองให้หนูกินมันฝรั่งดิบที่มี Lectin และพบว่าหนูมีภูมิคุ้มกันลดลง และมีอาการบวมผิดปกติของลำไส้

สารอาหารจาก GMOs อาจมีคุณค่าทางโภชนาการไม่เท่าอาหารปกติในธรรมชาติ เช่น รายงานที่ว่าถั่วเหลืองที่ตัดแต่งพันธุกรรมมี Isoflavone มากกว่าถั่วเหลืองธรรมดาเล็กน้อย ซึ่งสารชนิดนี้เป็นกลุ่มของสารที่เป็น Phytoestrogen (ฮอร์โมนพืช)

การเกิดสารภูมิแพ้ (Allergen) ซึ่งอาจได้มาจากแหล่งเดิมของยีนที่นำมาใช้ทำ GMOs นั้น ตัวอย่าง การใช้ยีนจากถั่ว Brazil nut มาทำ GMOs เพื่อเพิ่มคุณค่าโปรตีนในถั่วเหลืองสำหรับเป็นอาหารสัตว์

การดื้อยา กล่าวคือ เนื่องจากใน Marker gene มักจะใช้ยีนที่สร้างสารต่อต้านปฏิชีวนะ (Antibiotic resistance) ดังนั้น พืชใหม่ที่ได้อาจมีสารต้านปฏิชีวนะอยู่ด้วย

¹⁵⁶ แหล่งเดิม.

(2) ความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อม

สารพิษบางชนิดที่ใช้ปราบแมลงศัตรูพืช เช่น Bt toxin ที่มีอยู่ใน GMOs บางชนิด อาจมีผลกระทบต่อแมลงที่มีประโยชน์ชนิดอื่น ๆ เช่น ผลการทดลองของ Losey แห่งมหาวิทยาลัย Cornell ที่กล่าวถึงการศึกษาผลกระทบของสารฆ่าแมลงของเชื้อ *Bacillus thuringiensis* (บีที) ในข้าวโพดตัดแต่งพันธุกรรมที่มีต่อผีเสื้อ Monarch ซึ่งการทดลองเหล่านี้ทำในห้องทดลองภายใต้สภาพเงื่อนไขที่บีบคั้น และได้ให้ผลในขั้นต้นเท่านั้น การถ่ายเทยีนออกสู่สิ่งแวดล้อมทำให้เกิดผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพเนื่องจากมีสายพันธุ์ใหม่ที่เหนือกว่าสายพันธุ์ดั้งเดิมในธรรมชาติ หรือลักษณะสำคัญบางอย่างถูกถ่ายทอดไปยังสายพันธุ์ที่ไม่พึงประสงค์ หรือแม้กระทั่งการทำให้เกิดการดื้อต่อยาปราบวัชพืช