

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ และการคืนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงแนวคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ว่ามีแนวคิด วิวัฒนาการ ความหมาย และประเภทอย่างไร รวมถึงตลอดถึงแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สิน วิวัฒนาการทางความคิด หลักกรรมสิทธิ์ในรัฐเสรีประชาธิปไตย การจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน และทฤษฎีเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพนี้ กำเนิดมาจากแนวความคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” โดยมีสาระสำคัญคือ มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเท่าเทียมกัน มีสิทธิบางประการ ที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดจนกระทั่งตาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นมีพื้นฐาน โดยตรงมาจากธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันมีอยู่โดยธรรมชาติและมีลักษณะ เป็นเอกเทศแยกออกจากกฎหมาย ในสมัยกรีกและโรมันโบราณนั้น ได้มีการเริ่มต้นความคิดทาง ปรัชญาที่สามารถจะพัฒนาต่อไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ได้ ทั้งนี้ ความมุ่งหมายที่แท้จริงที่ได้มี การเสนอความคิดเรื่องสิทธิ ตามธรรมชาติขึ้นมา ก็เพื่อจำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐ

2.1.1 แนวความคิดพื้นฐานเรื่องสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันนี้พัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุค กลางของยุโรป ชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนางและกษัตริย์ให้หลักประกันในสิทธิ และเสรีภาพบางประการแก่พวกตน โดยการให้หลักประกันดังกล่าวมักจะกระทำในรูปของเอกสาร ต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงอย่างมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ มหากฎบัตร Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 อันเป็นข้อเรียกร้องซึ่งเกิดมาจากการที่พวกขุนนาง ไม่พอใจพระเจ้าจอห์นซึ่งปกครองประเทศอังกฤษ เหตุเพราะพระเจ้าจอห์นมักจะเก็บภาษีตามใจ ชอบเพื่อนำไปใช้ในการสงคราม ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการรบพุ่งกัน เมื่อพระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ จึงต้องยอมประทับตราลงใน Magna Carta โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์จะ

¹ จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 396 - 397), โดย บุญศรี มีวงศ์ชูโชษ, 2549, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

เก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสรชนไม้อาจจะถูกจับกุม ค่อมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”²

พัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยรัฐสมัยใหม่ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในศตวรรษที่ 17 ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจในสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของสมัยใหม่ โดยในขั้นแรกได้เกิดพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวขึ้นในประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 17 ใน ค.ศ. 1628 สภากษัตริย์และสภาสมาชิกของประเทศอังกฤษได้ร่วมกันยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล โดยบังคับพระเจ้าชาร์ลให้ยอมรับเอกสารที่เรียกว่า “Petition of Right” ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้ (1) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใด ๆ โดยปราศจากความยินยอม โดยพระราชบัญญัติของสภา (2) บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือค่อมขัง เว้นไว้แต่จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบก ทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก (4) การสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยกฏอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอนและแสดงว่าเป็นโมฆะจาก Petition of Right ได้มีการกำหนดสถานะแห่งสิทธิตามกฎหมายระหว่างองค์พระมหากษัตริย์กับรัฐสภา ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ความหมายของเสรีภาพที่มีมาแต่ดั้งเดิมนั้นเปลี่ยนแปลงไป เพราะนับแต่นั้นเป็นต้นมา ไพร่ฟ้าข้าแผ่นดินทั้งหลายแห่งองค์พระมหากษัตริย์ก็สามารถอ้างสิทธิต่าง ๆ ได้ โดยอ้างพระบรมราชโองการที่ยืนยันความมีอยู่แห่งสิทธิตนเอง³

หลักการของสิทธิเสรีภาพโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนนั้นพัฒนามาสู่ปัจจุบัน โดยการกำหนดวางหลักของสิทธิและเสรีภาพ เงื่อนไขและหลักการจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นอยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด หรือเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในรัฐ โดยถือว่าการที่ราษฎรต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญระบอบประชาธิปไตยนั้นก็เพราะประสงค์จะให้ตนมีสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน จะมีบทบัญญัติกำหนดเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้ทั้งสิ้น หรือกรณีของประเทศคือ รับรองว่าปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองที่ประกาศเมื่อ 26 สิงหาคม 1789 นั้น ยังคงใช้ได้โดยรับรองไว้ในคำปรารภและเพิ่มเติมสิทธิเสรีภาพบางอย่างลงไว้ในคำปรารภนั้นด้วย⁴

² จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (น. 40 - 41), โดย บรรณเจดิง สิงคะเนติ, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

³ แหล่งเดิม.

⁴ จาก หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 153), โดย หยุด แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

การที่มนุษย์เรามีความเชื่อว่า ประชาชน “มีสิทธิในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐ” โดยรัฐมีหน้าที่ละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิดในสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชนนั้น เราอาจกล่าวได้ว่ามีสาเหตุสืบเนื่องมาจากแนวความคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาติ คำสอนของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสอนของ John Locke เป็นแรงบันดาลใจอย่างสำคัญต่อการจัดทำเอกสารสำคัญทางรัฐธรรมนูญในเวลาต่อ ๆ มา ดังจะเห็นได้ว่า Bill of Rights ค.ศ. 1689 ของรัฐ Virginia ประกาศไว้ตั้งแต่ข้อความแรกว่า “โดยธรรมชาติแล้วมนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกันและมีสิทธิบางประการติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด แม้เมื่อได้ตกลงดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม โดยสัญญาประชาคมใด ๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ก็ไม่อาจจะพรากสิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ สิทธิในการแสวงหาและการเป็นเจ้าของทรัพย์สินและสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน”⁵ คำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence of United States 1776) “ถือว่าความจริงดังต่อไปนี้มีความชัดเจนในตัว มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมีอาจสละละทิ้งได้บางประการให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน” คำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789 (The Declaration of the right of men and of the citizen 1789) ยืนยันว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพและมีสิทธิต่าง ๆ เท่าเทียมกัน” นอกจากนี้ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)⁶ เองก็ได้ยืนยันไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ศักดิ์ศรีและสิทธิที่มวลมนุษย์มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันและที่มนุษย์ไม่อาจสละละทิ้งไปเสียได้ เป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรมและสันติภาพของโลก”⁷

2.1.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

คำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” นั้น ประกอบด้วยคำสองคำ คือ คำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ” ซึ่งคำว่า “สิทธิ” ในความหมายอันเป็นที่เข้าใจกันในระบบกฎหมายทั่วไปนั้น หมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้” ทั้งนี้ มีผู้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ดังต่อไปนี้

⁵ Maurice Cranston (1962). Human Rights To - Day. p. 7. อ้างถึงใน *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ: ศึกษาารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้* อย่างเหมาะสม (รายงานผลการวิจัย) (น. 26 – 27), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

⁶ จาก *พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน* (น. 209), โดย กุลพล พลวัน, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁷ ดูคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.1948 (The Universal Declaration of Human Rights (1948).

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย⁸ ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” เอาไว้ว่ามีสองความหมายได้แก่ การมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ คือ “อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง” และการมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้” อันเป็นแนวความคิดของ Jhering

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์⁹ ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ หมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย”

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปริญญา เทวานฤมิตรกุล¹⁰ ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ หมายถึง “ประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง ทั้งที่เป็นรูปธรรมจับต้องได้ และที่เป็นนามธรรม ถ้ากฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสูงสุดคือ รัฐธรรมนูญคุ้มครองและรับรองสิทธิใด ก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกันด้วย”

ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต และคณะ¹¹ มีความเห็นเรื่อง “สิทธิ” นี้ว่า หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและบุคคลอื่น หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่น หรือหลายคนกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน”

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ¹² ได้ให้คำจำกัดความดังนี้

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับคนอื่นต้องกระทำตามสิทธิของเรา แต่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพต่างก็ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายสูงสุด และ “เสรีภาพ” คือ อำนาจที่จะทำอะไรก็ได้ โดยมีอำนาจที่เลือกประพฤติกหรือไม่ประพฤติใดอย่างใดอย่างหนึ่ง

⁸ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (น. 225 - 226), โดย หยุต แสงอุทัย, 2545, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

⁹ จาก *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (น. 22), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2543), กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

¹⁰ จาก *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน* (น. 7 - 8), โดย ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, 2543, กรุงเทพฯ: องค์การคำครุสภา.

¹¹ จาก *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28* (น. 86), โดย อุดม รัฐอมฤต และคณะ, 2544, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹² จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (น. 348), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ¹³ ได้แบ่งแยก “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ออกจากความหมายของคำว่า “สิทธิตามความหมายทั่วไป” โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง “อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง กลุ่มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกชนดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน”

รองศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้หมายถึง ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่น เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์ อันเป็นส่วนที่พึงได้ของบุคคลนั้น หรือเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน กฎหมายที่รับรองสิทธิแก่บุคคลนั้นอาจจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ได้ ดังนั้น สิทธิ (Rights) จึงเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย¹⁴ ซึ่งมีลักษณะดังนี้

ก. ต้องมีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง ซึ่งอาจรับรองไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสิทธิบางอย่างกฎหมายแพ่งไม่ได้รับรองไว้โดยตรง แต่รับรองทางอ้อมในกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่จะไม่ถูกบุคคลอื่นลักเอาไป

ข. สิทธิต้องมีผู้ทรงสิทธิ (Subject of Law) ซึ่งตามกฎหมายแล้วผู้ทรงสิทธิมี 2 ประเภท คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล แต่ในปัจจุบันกฎหมายยังได้ขยายความรวมถึงกลุ่มหรือคณะบุคคลที่ไม่ใช่นิติบุคคลก็ถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิได้ เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งยังเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แต่ตามประมวลกฎหมายรัชฎากรถือว่าห้างหุ้นส่วนสามัญยังเป็นหน่วยภาษีชนิดหลังที่ต้องเสียภาษีด้วย เมื่อผู้ทรงสิทธิถูกบุคคลอื่นมาละเมิดสิทธิ ผู้ทรงสิทธิสามารถจะดำเนินกระบวนการคุ้มครองสิทธิของตน เช่น การฟ้องคดี เป็นต้น เพื่อให้มีการเยียวยาที่ถูกละเมิดสิทธิ

¹³ จาก *หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่* (น. 47), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁴ จาก *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (น. 204 - 205), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ก. สิทธิต้องมีวัตถุแห่งสิทธิ (Object of Rights) คือ สิทธิมีเนื้อหาว่าสิทธิของผู้ทรงสิทธิจะมีลักษณะรายละเอียดและขอบเขตเพียงใด วัตถุแห่งสิทธิอาจเกิดจากเจตนาของกลุ่มตนเอง และบางครั้งถูกกำหนดโดยกฎหมาย แต่โดยแท้จริงแล้ววัตถุแห่งสิทธิ มี 3 ประการ คือ ประการแรก คือ การให้กระทำการ ประการที่สอง คือ การให้งดเว้นกระทำการ และประการที่สาม คือ การให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือชำระราคา

ง. สิทธิต้องมีหน้าที่ควบคู่ไปด้วยเสมอ หน้าที่ในที่นี้ คือ หน้าที่ที่จะนำไปสู่ทางเสียหาย เมื่อมีการละเมิดสิทธิหรือเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามสิทธิ เช่น สัญญากู้ยืมเงิน ผู้ให้กู้เป็นผู้ทรงสิทธิ วัตถุแห่งสิทธิ คือ เงินต้นและดอกเบี้ย ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ยืมที่จะต้องชำระเงินคืนแก่ผู้ให้กู้พร้อมดอกเบี้ย

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” (Liberty) นั้น มีผู้ให้ความหมายไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์¹⁵ ให้ความหมายคำว่า “เสรีภาพ” ไว้หมายถึง “ภาวะของมนุษย์ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น มีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ”

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ¹⁶ เห็นว่า “เสรีภาพ” หมายถึง “อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล”

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปริญญา เทวานฤมิตรกุล¹⁷ ให้ความเห็นเกี่ยวกับ “เสรีภาพ” ไว้ว่า หมายถึง “ความมีอิสระที่จะกระทำการหรือการงดเว้นการกระทำในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพใดก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ ที่จะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพนั้น ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำนี้เป็นประโยชน์ชนิดหนึ่ง ดังนั้นเสรีภาพจึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่ง เมื่อกล่าวถึงคำว่า “สิทธิ” โดยไม่เจาะจง จึงหมายความรวมถึง “เสรีภาพ” ด้วย”

รองศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญชนาวัฒน์ ให้ความหมายคำว่า “เสรีภาพ” หมายถึง สภาพการหรือสภาวะของบุคคลที่มีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยความประสงค์ของตนเองและไม่อยู่ภายใต้ความครอบงำหรือแทรกแซงของบุคคลอื่น กล่าวคือ เสรีภาพเป็นอิสระในการกำหนดตนเอง¹⁸

¹⁵ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 22). เล่มเดิม.

¹⁶ หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (น. 47). เล่มเดิม.

¹⁷ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน (น. 7 - 8). เล่มเดิม.

¹⁸ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 205). เล่มเดิม.

สิทธิและเสรีภาพนั้นมักเป็นไปในทางเดียวกันเสมอและบางที่อาจแตกต่างกัน สิทธิเสรีภาพนั้นถือว่าจัดอยู่ในขอบข่ายของคำว่า สิทธิมนุษยชน (Human Right) ซึ่งถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ที่บุคคลอื่น ๆ นั้นต้องคุ้มครองและไม่ละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการกระทำการ¹⁹

2.1.3 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ความหมายของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน คือ “บรรดาสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพทุกประเภทและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคม และสิทธิทางเศรษฐกิจ รวมถึงสิทธิอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ได้บัญญัติการคุ้มครองสิทธิประเภทต่าง ๆ ไว้เป็นการวางพื้นฐานของสิทธิขั้นพื้นฐาน เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั่วโลกที่ประเทศต่าง ๆ ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.1.4 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น มีวิธีการแบ่งได้หลายวิธีด้วยกัน ได้แก่ การแบ่งโดยวิธีการใช้สิทธิเสรีภาพ การแบ่งจากการพิจารณาตัวผู้ทรงสิทธิ และการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การแบ่งโดยวิธีการใช้สิทธิเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยวิธีการใช้สิทธิเสรีภาพนั้น เป็นการแบ่งตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน²⁰ โดยแบ่งเป็น สิทธิเสรีภาพที่ปลอดจากการแทรกแซงของรัฐ (status negativus) สิทธิเสรีภาพที่เรียกร้องเอาจากรัฐ (status positivus) และสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงทางการเมือง (status activus)

ก. สิทธิเสรีภาพที่ปลอดจากการแทรกแซงของรัฐ (status negativus)

หมายถึง กรณีที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลสามารถดำเนินการไปได้เอง โดยไม่ต้องอาศัยการดำเนินการใด ๆ จากรัฐ สิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้จะปรากฏออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน จากสิทธิในการป้องกันของบุคคลดังกล่าวทำให้บุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือมีการละเมิดจากรัฐหรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้น

¹⁹ จาก ที่มาของกฎหมายมหาชน (น. 29), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2549, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²⁰ หลักพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (น. 48). เล่มเดิม.

จากการกระทำดังกล่าวได้²¹ สิทธิประเภทนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ได้แก่ เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในเคหสถาน และเสรีภาพในการสื่อสาร เป็นต้น

ข. สิทธิเสรีภาพที่เรียกร่องเอาจากรัฐ (status positivus)

หมายถึง กรณีที่ใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องอาศัยการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากรัฐ จึงจะสัมฤทธิ์ผลตามความมุ่งหมาย โดยสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ปรากฏออกมาในรูปของสิทธิประเภท “สิทธิเรียกร่อง”²² สิทธิประเภทนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ได้แก่ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุข และสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาล เป็นต้น

ค. สิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงทางการเมือง (status activus)

หมายถึง กรณีที่ใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ โดยสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิพลเมือง” ซึ่งได้แก่ สิทธิของผู้เลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ และสิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นต้น

2) การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ²³

สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้สามารถพิจารณาจากผู้ซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง ซึ่งอาจแบ่งสิทธิและเสรีภาพ 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชน (Human Rights) และสิทธิของพลเมือง (Citizen Rights)

(1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights) คือ²⁴ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิดและไม่อาจถูกพรากไปจากรายกายได้ โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของรายกาย สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนทุกคน โดยมิได้มีการแบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นชนชาติใด เชื้อชาติใด หรือนับถือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผลแต่

²¹ แหล่งเดิม.

²² แหล่งเดิม.

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ Maurice CRANSTON, Human Rights To-day, (London, Ampersand book, 1962 (อ้างถึงใน สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 40). เล่มเดิม).

เพียงอย่างเดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมี
 สังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” เกิดขึ้น²⁵ ตัวอย่างของสิทธิมนุษยชน ได้แก่

1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย
 เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร
 เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมายและสิทธิในครอบครัว เกียรติยศ
 ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

2) เสรีภาพในการแสดงความคิดและความคิดเห็น เช่น เสรีภาพในการถือ
 ศาสนา นิิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติ
 หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน เสรีภาพในการศึกษาอบรม และเสรีภาพในการแสดง
 ความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น เป็นต้น

3) สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจบางประการ เช่น สิทธิใน
 ทรัพย์สินและเสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับผู้อื่น เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง
 แก่ทุก ๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด
 หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความ
 คุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ๆ ด้วย สิทธิดังกล่าวนี้ถือเป็นคุณลักษณะเฉพาะตัวของมนุษย์
 ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และมนุษย์
 ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น

(2) สิทธิของพลเมือง (Citizen Rights) คือ สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเข้า
 มีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ และสิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็เฉพาะแต่ภายหลัง
 เวลาที่สังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” อุบัติขึ้นแล้วเท่านั้น²⁶ สิทธิพลเมือง ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญ
 มุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น²⁷

²⁵ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 44). เล่มเดิม.

²⁶ แหล่งเดิม.

²⁷ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรม
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 50), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543, กรุงเทพฯ:
 สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่สังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” อุบัติขึ้นมาเท่านั้นก่อนหน้านั้นความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองย่อมไม่อาจก่อตัวขึ้นมาได้เลย กรณีจะเป็นประการใดก็ตาม ถือกันว่าสิทธิของพลเมืองนี้ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง²⁸ ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมก็ตาม เป็นวิธีคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของตนเองที่มั่นใจได้วิธีหนึ่งในหลาย ๆ วิธีนั่นเอง “ผู้ปกครอง” ที่มาจากการเลือกตั้งโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมของราษฎร และอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบของราษฎรอยู่ตลอดเวลา ย่อมไม่อาจกดขี่ห่มเหงราษฎรได้ง่าย ๆ เหมือนกับ “ผู้ปกครอง” ที่สถาปนาตนเองโดยพลการ

3) การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ เป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือหากอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพแล้วอยู่ในเงื่อนไขประเภทใด ซึ่งมีการกำหนดรูปแบบของเงื่อนไขของกฎหมายไว้ 3 รูปแบบ ได้แก่

(1) สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป

ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเพียงแต่เรียกร้องว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น อาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนี้ไม่อาจเรียกร้องเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประการอื่น สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น เสรีภาพในเคหสถาน ตามมาตรา 33 วรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข” และวรรคสามบัญญัติว่า “การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองหรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถานไว้แต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดว่า “เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวว่าไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เพราะโดยแท้จริงแล้ว การจำกัดเสรีภาพยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป²⁹

²⁸ Jean Rivero. (1991). *Les liberterpubliques, Tome I : Les droits de l'homme*. Pp. 62 - 63 (อ้างอิงในสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 28). เล่มเดิม).

²⁹ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (น. 64 - 66). เล่มเดิม.

(2) สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ

ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเรียกร้องว่า การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ โดยกฎหมายนั้นจะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งหรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายพิเศษตามรัฐธรรมนูญตามราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น เสรีภาพในการเดินทาง ตามมาตรา 34 วรรคสอง บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การวางผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์” ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพมากขึ้น กล่าวคือการจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง ตามมาตรา 34 จะกระทำได้อีกแต่เฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติได้จำกัดเสรีภาพในการเดินทางนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางดังกล่าวย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ³⁰

(3) สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย

เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพนั้น ไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 37 สิทธิของผู้มีสัญชาติไทยที่จะไม่ถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร ตามมาตรา 34 วรรคสาม เป็นต้น

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้สามารถทำให้เข้าใจถึงประเภทของเงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิต่าง ๆ ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือในกรณีของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษในกรณีจะต้องตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมเป็นการแสดงถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้³¹

³⁰ แหล่งเดิม.

³¹ แหล่งเดิม.

2.2 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของมนุษย์ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเป็นรากฐานที่สำคัญที่รัฐจักต้องยอมรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน โดยต้องบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศ อันได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นสิ่งที่ยืนยันถึงการเคารพ และให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.2.1 หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามความคิดรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย ซึ่งพื้นฐานความคิดมาจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ได้ถือหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพจากกฎหมาย Bill of Rights ของประเทศอังกฤษ ปณิญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส (The Declaration of Rights of man and of the Citizen) และความตื่นตัวของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งมีอิทธิพลต่อการประกาศสิทธิมนุษยชนสากลของสหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948³²

วิวัฒนาการแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพทางเศรษฐกิจของประชาชนนั้นมีมูลฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในฐานะที่มนุษย์เกิดมาย่อมต้องมีสิทธิแห่งความเสมอภาคในการเป็นมนุษย์ มีสิทธิ ในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพ มีสิทธิที่จะได้รับการศึกษา การดูแลทางด้านสุขภาพอนามัย และความปลอดภัย ตลอดจนการมีสภาพชีวิตที่สมควรกับการเกิดมาเป็นมนุษย์ มีที่อยู่อาศัย มีอาหาร ยารักษาโรค เสื้อผ้า เครื่องนุ่งห่ม ป้องกันภัยจากความร้อน ความหนาว และมีความมั่นคงปลอดภัยปราศจากความหวาดกลัว มีเสรีภาพทางการเมือง ความคิด อุดมการณ์ การแสดงออก มีสิทธิเข้าถึงการพัฒนา และวิทยาการ เพื่อนำมาสู่การพัฒนาชีวิตที่ดีขึ้น³³

ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะเป็สิทธิที่เป็นคุณลักษณะประจำตัวตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละบุคคล (สิทธิมนุษยชน) หรือบรรดาสิทธิเสรีภาพที่ได้มาภายหลัง (สิทธิพลเมือง) เป็นหลักที่บรรดารัฐในระบอบเสรีประชาธิปไตยต้องชำระไว้เป็นอุดมการณ์ในการปกครองประเทศ อุดมการณ์ที่ยึดมั่นในหลักความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของ

³² จาก “สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก,” โดย วุฒิชัย จิตตานุ, 2546, *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, น. 75 - 77.

³³ ลาวัณย์ อดิชาติกุล. (2554). *การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพทางเศรษฐกิจของประชาชน*. สืบค้น 20 เมษายน 2558, จาก <http://law.stou.ac.th/blogs/articles/archive/2011/04/08/49.aspx>.

มนุษย์ มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ มนุษย์แต่ละคนสามารถกระทำสิ่งใด ๆ ก็ได้ ในแดนแห่งเสรีภาพของตน (Sphere of individual liberty) กล่าวคือ ภายในเขตแดนแห่งเสรีภาพของตนนั้นจะมีความเป็นอิสระ อิสระจากการแทรกแซงใด ๆ จากบุคคลอื่นแม้กระทั่งรัฐเองก็ตาม³⁴

2.2.2 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

การรับรองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ถือเป็นหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น องค์การของรัฐจึงต้องเคารพและมีหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ อันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐนั้นมีสามระดับด้วยกัน คือ

1. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐ องค์การของรัฐไม่สามารถละเมิดสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ได้เลย เสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพเด็ดขาด เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อและศาสนา ดังนั้นถ้ามีกฎหมายที่ตราออกมาแล้วกระทบต่อเสรีภาพแบบเด็ดขาดดังกล่าวก็ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ³⁵

2. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร เพราะฝ่ายบริหารมีอำนาจตามความเป็นจริง เช่น มีกำลังทหารและกำลังตำรวจอยู่ในอำนาจ ดังนั้นการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องกระทำโดยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น ด้วยเหตุที่ว่า การจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้นต้องเป็นกฎหมายที่ตราออกมาจากประชาชนหรือจากตัวแทนของประชาชนในรัฐสภาไม่ใช่ตราออกมาจากองค์กรอื่น ๆ ที่มีใช้ตัวแทนของประชาชน เช่น การกำหนดโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาถือว่าเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของประชาชน แต่ก็สามารถทำได้เพราะเป็นกฎหมายที่ตราออกมาจากรัฐสภา หรือการเวนคืนที่ดินของประชาชนก็ถือว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในกรรมสิทธิ์ของประชาชน แต่ก็ทำได้เพราะมีกฎหมายเวนคืนที่ดินที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

3. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิด ต้องให้ประชาชนสามารถไปฟ้องร้องต่อศาลได้ เช่น ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพขัดรัฐธรรมนูญ ต้องมีองค์กรชี้ขาดให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ถ้าฝ่ายบริหารละเมิดเสรีภาพก็ต้องให้มีองค์กรชี้ขาดให้หยุดการกระทำและใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากนี้รัฐยังต้องมีภาระที่จะต้องดูแลกรณีเอกชนคนหนึ่งละเมิดสิทธิ

³⁴ จาก การได้รับการปฏิบัติในเชิงสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขังเรือนจำจังหวัดเลย (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 55 - 56), โดย เกียรติศักดิ์ บัวมาศ, 2547, เลข : สถาบันราชภัฏเลย.

³⁵ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (น. 194 - 195), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

เสรีภาพเอกชนอีกคนหนึ่ง โดยกำหนดให้ศาลทำหน้าที่เยียวยาความเสียหายแก่ประชาชนและ
ลงโทษผู้ที่กระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน³⁶

สิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
ได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองไว้นั้น หากแยกออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ จะแบ่งออกได้เป็น
3 ประเภท คือ (1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล (2) สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และ (3) สิทธิ
และเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง แต่หากแบ่งตามสาระของสิทธิและเสรีภาพ
อาจแบ่งออกได้เป็น 13 ส่วน โดยแต่ละส่วนมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้³⁷

1. ความมีอยู่ของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ รับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความ
เป็นมนุษย์ รวมทั้งสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ และกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ
เพื่อไม่ให้กระทบกับสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

2. ความเสมอภาค กำหนดหลักเรื่องความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มี
ความแตกต่างกัน เพื่อให้ทุกคนเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

3. สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิต
และร่างกายในเคหสถาน การเลือกที่อยู่อาศัย การเดินทาง เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นส่วนตัว
การสื่อสาร การนับถือศาสนา และการป้องกันมิให้รัฐบังคับใช้แรงงาน

4. สิทธิในกระบวนการยุติธรรม รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล
เกี่ยวกับความรับผิดชอบอาญาที่ไม่ต้องรับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่
กระทำความผิด ความเสมอภาคและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย และการได้รับความ
ช่วยเหลือทางกฎหมาย

5. สิทธิในทรัพย์สิน รับรองความมั่นคงในการถือครองทรัพย์สิน และคุ้มครองสิทธิ
ของผู้ถูกเวนคืนทรัพย์สินที่ต้องได้รับการกำหนดค่าทดแทนที่เป็นธรรม

6. สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ รับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบ
อาชีพการแข่งขันทางธุรกิจที่เป็นธรรม ความปลอดภัย สวัสดิภาพ และการดำรงชีพของคนทำงาน

³⁶ แหล่งเดิม.

³⁷ จาก “สิทธิและเสรีภาพของประชาชน : ความคุ้มครองที่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายและกฎ” ใน
รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 12 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ
ประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ” (น. 2 - 4), โดย กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, 2557, กรุงเทพฯ: สำนักงาน
ศาลรัฐธรรมนูญ.

7. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น คุ้มครองป้องกันมิให้รัฐสั่งปิดกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ คุ้มครองให้ประชาชนได้รับข้อมูลข่าวสารที่หลากหลาย และป้องกันมิให้มีการยึดครองหรือแทรกแซงทั้งทางตรงและทางอ้อม

8. สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา รับรองและคุ้มครองให้มีความเสมอภาคในการได้รับการศึกษาซึ่งรัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึง มีคุณภาพและเหมาะสม คุ้มครองเสรีภาพทางวิชาการที่ไม่ขัดต่อหน้าที่พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน³⁸

9. สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ รับรองและคุ้มครองให้ประชาชนได้รับบริการทางสาธารณสุขจากรัฐอย่างเสมอภาค

10. สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน รับรองและคุ้มครองการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะ การรับรู้และการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การร้องทุกข์ การโต้แย้งการปฏิบัติราชการในทางปกครอง และสิทธิของบุคคลในการฟ้องหน่วยงานของรัฐ

11. เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม รับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ คุ้มครองให้ได้รับความสะดวกในการใช้พื้นที่สาธารณะ และคุ้มครองการรวมกันเป็นกลุ่ม รวมทั้งการตั้งพรรคการเมืองในระบบรัฐสภา³⁹

12. สิทธิชุมชน รับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชน ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และคุ้มครองบุคคลในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และการได้รับประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

13. สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ รับรองและคุ้มครองบุคคลในการต่อต้านโดยสันติวิธีต่อการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองด้วยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามวิถีทางตามรัฐธรรมนูญ

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สิน

สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลเริ่มได้รับการรับรองและคุ้มครองในราวศตวรรษที่ 16 และ 17 นักคิดชาวตะวันตกได้เสนอทฤษฎีที่สำคัญ เช่น ทฤษฎีสัญญาประชาคม และแนวความคิดแบบมนุษยนิยม ทำให้นักคิดที่ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีหรือแนวคิดดังกล่าวได้เรียกร้องสิทธิที่เห็นว่ามีผลจำเป็นต่อประชาชน กล่าวคือ สิทธิในชีวิตและร่างกายและกรรมสิทธิ์ เป็นต้น กรรมสิทธิ์ได้รับการยอมรับให้มีสถานะเท่าเทียมกันกับเสรีภาพ สิทธิในชีวิต และร่างกาย โดยเฉพาะ John Lock ซึ่งเขียนหนังสือที่มีความสำคัญยิ่ง คือ “Two Treatises on Civil Government”

³⁸ แหล่งเดิม.

³⁹ แหล่งเดิม.

โดย John Lock เห็นว่า ชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม ซึ่งกรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดของยุคกลางและตามแนวความคิดของศตวรรษที่ 17 ถือว่ารวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย สำหรับในระบบ Common Law แล้ว Sir Edward Coke เป็นผู้หนึ่งที่สนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต และกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายบัญญัติและได้ก่อให้เกิดพัฒนาการต่อเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต ร่างกาย และกรรมสิทธิ์ โดย Coke เห็นว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย Common Law หรือแม้แต่ในประกาศสิทธิมนุษยย์และสิทธิพลเมืองในช่วงของการปฏิวัติของฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งได้มีการกล่าวถึง เสรีภาพและหลักการที่สำคัญหนึ่งในนั้นก็คือ สิทธิในกรรมสิทธิ์⁴⁰

2.3.1 สิทธิในทรัพย์สินถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

สิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่ง ตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายบ้านเมือง รัฐบาลจะเข้าไปก้าวก่ายโดยอำเภอใจไม่ได้ และถือได้ว่าสิทธิในทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของความเป็นมนุษย์ที่ไม่อาจพรากไปเสียได้ ซึ่งตามคำสอนทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติของ John Locke ถือว่าเป็นเรื่องที่ซื้อไม่ได้ ขายไม่ขาด แนวความคิดดังกล่าวสะท้อนอยู่ในเอกสารสำคัญทางการเมืองต่าง ๆ ดังนี้

(ก) Magna Carta ของอังกฤษ บัญญัติรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไว้ว่า “เสรีชนย่อมไม่ถูกจับกุมคุมขัง ถูกยึดทรัพย์สมบัติ ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกักขังด้วยวิธีอื่น และเราจะไม่ทำการหรือให้มีการดำเนินการเป็นปรปักษ์กับเสรีชน เว้นแต่จะเป็นไปตามคำพิพากษาของฐานันดรและสอดคล้องกับกฎหมายของแผ่นดิน”⁴¹

(ข) Bill of Rights ในปี ค.ศ. 1689 บัญญัติว่า⁴² “โดยธรรมชาติแล้วมนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกันและมีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด แม้เมื่อได้ตกลงดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมโดยสัญญาประชาคมใด ๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ก็ไม่อาจพรากสิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพในการแสวงหาและการเป็นเจ้าของทรัพย์สินและในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน”

⁴⁰ จาก หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 35 – 37), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁴¹ Magna Carta ของอังกฤษ มาตรา 39.

⁴² สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 34 - 36). เล่มเดิม.

(ค) คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 กล่าวถึง สิทธิในทรัพย์สินไว้ใน มาตรา 2 และ มาตรา 17⁴³ ว่า “วัตถุประสงค์ของสังคมการเมืองทุกสังคมย่อมเป็นไปเพื่อการคุ้มครองรักษาสิทธิตามธรรมชาติซึ่งไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัย และการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง”⁴⁴ และ “กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์และจะละเมิดมิได้ บุคคลไม่อาจถูกพรากกรรมสิทธิ์ไปจากตน เว้นแต่เมื่อมีความจำเป็นสาธารณะที่กำหนดโดยกฎหมายและภายใต้เงื่อนไขการให้ค่าทดแทนก่อนการเวนคืน และค่าทดแทนนั้นต้องเป็นธรรม”⁴⁵

จะเห็นได้ว่าการที่สามารถสร้างแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อใช้เป็นหลักประกันต่อการพัฒนาบุคลิกภาพของปัจเจกชนนั้น นับได้ว่าเป็นวิวัฒนาการในประวัติศาสตร์ของชาติพันธุ์มนุษย์⁴⁶ เพราะการยอมรับสิทธิดังกล่าวเท่ากับเป็นการปฏิเสธอำนาจสิทธิขาดของรัฐที่จะเข้ามาย่ำยีสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน เนื่องจากสิทธิขั้นพื้นฐานเกิดขึ้นเพื่อกันส่วนที่เรียกว่าเป็นเสรีภาพหรือดินแดนอิสระของปัจเจกชนให้พ้นจากการเข้ามายุ่งเกี่ยวของรัฐ ซึ่งหากปล่อยให้รัฐเข้ามายุ่งเกี่ยวในส่วนนี้ได้ รัฐก็อาจบงการชีวิตของประชาชนในที่สุด และเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 องค์การสหประชาชาติได้ประกาศรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของมนุษย์ไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และสิทธิประการหนึ่งที่ได้มีการกล่าวไว้ในปฏิญญาดังกล่าวก็คือ สิทธิในทรัพย์สิน โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 17 ว่า

(1) บุคคลมีสิทธิทั้งในฐานะลำพังตนเองตลอดจนการร่วมกับผู้อื่นในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

(2) การยึดเอาทรัพย์สินของบุคคลใดไปเสียโดยพลการจะกระทำมิได้

ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีต เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลไว้ใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง ซึ่งหมายความว่า สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ แต่ขอบเขตแห่งสิทธิในทรัพย์สินและการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินอาจมีได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยประมวลกฎหมาย

⁴³ จาก *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*. (น. 67 - 68), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2546, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁴⁴ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 มาตรา 2.

⁴⁵ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 มาตรา 17.

⁴⁶ จาก *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน* (น. 39), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2535, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1335 บัญญัติเรื่องแดนแห่งกรรมสิทธิ์ไว้ว่า ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแดนแห่งกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้น กินทั้งเหนือพื้นพื้นดินและใต้พื้นดินด้วย ส่วนขอบเขตแห่งการใช้สิทธิและการรับรองกรรมสิทธิ์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 บัญญัติไว้ว่า ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สิน มีสิทธิใช้สอยจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย⁴⁷

2.3.2 หลักกรรมสิทธิ์ในรัฐเสรีประชาธิปไตย

หลักกรรมสิทธิ์นั้นเริ่มปรากฏตั้งแต่สมัยโรมัน โดยถือว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สินซึ่งมีศักดิ์สูงสุดเหนือทรัพย์สินนั้น และได้รับการยืนยันต่อมาในยุคเสรีนิยมโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังการปฏิวัติของฝรั่งเศสได้มีการพัฒนาแนวความคิดไปสู่ความเห็นที่ว่ากรรมสิทธิ์เป็นเครื่องมือที่ขาดไม่ได้ในการนำคนไปสู่เสรีภาพอย่างแท้จริง ตามประกาศรับรองหลักกรรมสิทธิ์ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 มีขึ้นเพื่อยืนยันความศักดิ์สิทธิ์ของหลักกรรมสิทธิ์และได้วางหลักการที่จะขจัดให้หมดไปซึ่งข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ทั้งหลายที่เคยมีมาแต่เดิมในสมัยก่อนการปฏิวัติ⁴⁸

ระบบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของประเทศไทย ได้รับการยอมรับในสมัยกรุงสุโขทัย ปรากฏหลักฐานในศิลาจารึกสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช มีข้อความแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพการค้าขายในเวลานั้นว่ามีเสรีภาพอย่างเต็มที่ ดังจารึกที่ว่า “เพื่อนจูงวัวไปค้า จี๋ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงือนค้าทองค้า” นอกจากนี้ ยังมีข้อความที่ว่า “สร้างป่าหมากป่าพลูทุกแห่ง ป่าพร้าวก็หลายในเมืองนี้ ป่าลากก็หลายในเมืองนี้ หมากม่วงก็หลายในเมืองนี้ หมากขามก็หลายในเมืองนี้ ใครสร้างได้ไว้แก่มัน” ซึ่งแสดงถึงระบบกรรมสิทธิ์ที่ชัดเจน⁴⁹

⁴⁷ จาก การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานผลการวิจัย) (น. 87 – 88), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, และกล้า สมทวนิช, 2556, กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁸ จาก “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส ตอนที่ 2,” โดย สุรพล นิติไกรพจน์, 2537, *วารสารนิติศาสตร์*, น. 812 - 813.

⁴⁹ จาก *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History)* (น. 67), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สำหรับกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ตามกฎหมายเก่าของไทย พระมหากษัตริย์เท่านั้นที่เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินทั้งปวงในประเทศ ดังข้อความในพระอัยการเบ็ดเสร็จ พ.ศ. 1903 ที่ว่า “ที่ดินในแคว้นกรุงเทพมหานคร ศรีอยุธยามหาฉลภพนพรัตนราชธานีบุรีรมย์ เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรหาไม่ได้” ซึ่งแสดงว่าประชาชนเพียงแต่ครอบครองเพื่อทำมาหากินเท่านั้น มิได้มีกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด⁵⁰

การอ้างสิทธิในที่ดินเป็นเรื่องระหว่างราษฎรด้วยกันเองว่าใครครอบครองและทำประโยชน์อยู่ก่อน ถ้าที่ดินนั้นได้มีการทำประโยชน์แล้ว คือ เป็นนาหรือสวน ราษฎรสามารถซื้อขายกันได้ แต่ห้ามราษฎรซื้อขายที่ดินรกร้างว่างเปล่า แต่ถ้าผู้ปกครองบ้านเมืองจะใช้ประโยชน์ในที่ดินแห่งใดก็สามารถเรียกคืนได้ ดังคำอธิบายของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เกี่ยวกับกฎหมายที่ดินว่า “...ที่ดินทั้งหมด เป็นที่ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว หาได้ทรงเป็นเจ้าของชีวิตอย่างเดียว ทรงเป็นพระเจ้าแผ่นดินด้วย...เพราะเหตุนี้จึงทรงมีอำนาจที่จะไล่คนที่อยู่ในที่ดินนั้นออกได้ ไม่ต้องพระราชทานค่าทำขวัญ...” ต่อมาเมื่อมีการเปิดประเทศและมีการค้าขายกับต่างประเทศมากขึ้น สินค้าออกที่มีค่าในเวลานั้น คือ ข้าว ทำให้มีการปลูกข้าวเพิ่มมากขึ้น ที่ดินจึงมีความสำคัญ จนกระทั่ง พ.ศ. 2444 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงโปรดเกล้าฯ ให้มีการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดิน โดยให้กระทรวงเกษตราธิการดำเนินการออกโฉนดที่ดินบริเวณเมืองกรุงเก่าเป็นแห่งแรก และถือว่าโฉนดที่ดินแบบใหม่ที่รัฐออกให้เป็นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยมีหอที่ดินประจำเมืองดูแลในเรื่องนี้⁵¹

1) ความหมายของ “กรรมสิทธิ์”

คำว่า “กรรมสิทธิ์” (Eigentum) ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานมีอยู่สองส่วนใหญ่ ๆ⁵² ประการหนึ่ง คือ สิทธิในทรัพย์สินตามกฎหมายเอกชน เช่น สิทธิจำนำ สิทธิเก็บกิน สิทธิครอบครอง ซึ่งเป็นสิทธิที่ขอบด้วยกฎหมาย สิทธิเรียกร้องทางหนี้ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ฯลฯ และอีกประการหนึ่ง คือ สิทธิบางประการในกฎหมายมหาชน หากสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่บุคคลผู้ทรงสิทธิมีส่วนทำให้เกิดมาโดยกำลังหรือทรัพย์สินของตนเอง เช่น สิทธิในการได้รับเงินประกันสังคม เป็นต้น

⁵⁰ ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History) (น. 100 - 101). เล่มเดิม.

⁵¹ จาก “การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลจากการเวนคืนตามกฎหมายไทย” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: ชุดที่ 9* (น. 367), โดย กมล โสคติโถก, 2553, กรุงเทพฯ: บริษัท พี. เพรส จำกัด.

⁵² จาก *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ : ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ* (น. 45 - 46), โดย วรเจตน์ ภาศิริตัน, 2555, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

2) ลักษณะของกรรมสิทธิ์

“กรรมสิทธิ์” มาจากคำว่า “Dominium” ในกฎหมายโรมันของพระเจ้าจัสติเนียน ซึ่งถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ที่สุดในสถาบันกฎหมายเอกชนเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิอย่างสมบูรณ์ในการใช้สอย จำหน่าย จ่าย โอน และทำลายทรัพย์สินของตน สิทธิดังกล่าวได้ถูกจำกัดบ้างแต่ก็ยังถือว่ามีความสมบูรณ์อยู่⁵³ กรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ลักษณะของทรัพย์สิน คือ เป็นสิทธิที่ใช้นับกับบุคคลทั่วโลก สิทธิในทรัพย์สินบางครั้งเรียกว่า สิทธิเด็ดขาด หมายความว่า เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ผู้เดียวที่มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น ผู้ใดจะมาแบ่งแยกทรัพย์สินนั้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้ และเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นในลักษณะถาวร กรรมสิทธิ์นั้นไม่มีเงื่อนไข สมบูรณ์ และจะละเมิดไม่ได้ หากเจ้าของมิได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้น ก็ไม่ทำให้กรรมสิทธิ์นั้นหายไป⁵⁴

3) อำนาจของกรรมสิทธิ์

ในกฎหมายโรมัน เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิครอบครอง ใช้สอย ได้ดอกรผล และจำหน่ายหรือทำลายซึ่งทรัพย์สิน ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ของเจ้าของไว้ในมาตรา 544 ว่า “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’ on n’ en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements” (กรรมสิทธิ์ คือ สิทธิใช้สอยหาประโยชน์และจำหน่ายทรัพย์สินอย่างเต็มที่เด็ดขาด แต่การใช้สิทธินี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือข้อบังคับใด ๆ)⁵⁵ สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของเจ้าของกรรมสิทธิ์ไว้ใน มาตรา 1336 ว่า “เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกรผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย”

⁵³ จาก F.H. Lawson. *Introduction to the Law of Property*, London: Clarendon Press, 1977, p. 87. (อ้างถึงใน *ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 25), โดย ศุภเชษฐ์ คุสุวรรณ, 2540, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁴ จาก “กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส,” โดย อุกฤษ มงคลนาวิน, 2525, *บทบัณฑิตย* น. 583 - 584.

⁵⁵ *กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส* (น. 581 - 582). เล่มเดิม.

ดังนั้นโดยสรุปแล้ว อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ ได้แก่ สิทธิใช้สอย สิทธิที่จะได้ดอกผล สิทธิในการจำหน่าย สิทธิติดตามมาคืน และสิทธิขัดขวาง

4) การบังคับทางกฎหมายของหลักกรรมสิทธิ์

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยจะบัญญัติรับรองในเรื่องของกรรมสิทธิ์ไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะออกกฎหมายใดขึ้นมาปฏิเสธหรือลบล้างหลักกรรมสิทธิ์ไปโดยสิ้นเชิงจากระบบกฎหมายไม่ได้ อย่างไรก็ตาม การรับรองและคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลนั้น รัฐไม่ได้รับรองคุ้มครองโดยเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไข ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจกำหนดเนื้อหาและขอบเขตของกรรมสิทธิ์ ตลอดจนหน้าที่ของกรรมสิทธิ์ที่มีต่อส่วนรวมให้เป็นรูปธรรม ภายใต้กรอบของหน้าที่ที่ “กรรมสิทธิ์” มีต่อส่วนรวม ฝ่ายนิติบัญญัติจึงสามารถตรากฎหมายจำกัดการใช้แสวงหาประโยชน์จากกรรมสิทธิ์ หรือตรากฎหมายกำหนดให้ผู้ทรงกรรมสิทธิ์ต้องยอมรับการกระทำการประการที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมได้⁵⁶

5) องค์ประกอบของหลักกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์มีองค์ประกอบ ดังนี้⁵⁷

- (1) ผู้ทรงกรรมสิทธิ์ ได้แก่ เอกชนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล
- (2) วัตถุแห่งกรรมสิทธิ์ ได้แก่ ทรัพย์สิน แต่ที่มีปัญหามากที่สุดคืออสังหาริมทรัพย์หรือที่ดิน เพราะอาจถือได้ว่าการรับรองหลักกรรมสิทธิ์มีขึ้นก็เพื่อคุ้มครองความเป็นเจ้าของที่ดินของเอกชนและสิทธิในอสังหาริมทรัพย์เป็นสิทธิที่มีข้อจำกัดมากที่สุด
- (3) ขอบเขตของกรรมสิทธิ์ ได้มีการพัฒนาแนวความคิดทางสังคมจากปัจเจกชนนิยมไปสู่แนวความคิดที่มุ่งประโยชน์ต่อสังคมโดยส่วนรวมอันนำไปสู่การจำกัดการใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ เช่น การเวนคืน การโอนเป็นของชาติในวิสาหกิจต่าง ๆ (Nationalization) ข้อจำกัดสิทธิในการก่อสร้างอาคารและการเก็บภาษีทรัพย์สิน

⁵⁶ กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ (น. 44). เล่มเดิม.

⁵⁷ จาก สิทธิการเรียกคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 50), โดย วิชชุดา อุ่นจิตติกุล, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

2.4 การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินในรัฐเสรีประชาธิปไตย

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นกรณีที่รัฐทำการกีดกัน ขัดขวาง หรือปฏิเสธ การกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญของปัจเจกบุคคล ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะราย (คำสั่งทางปกครอง) หรือเกิดขึ้นในลักษณะทั่วไป (กฎหมาย)⁵⁸ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วรัฐสามารถจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพ จะต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญสองประการ คือ การจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพจะต้องกำหนดเป็นกฎหมายไม่ใช่เป็นการกระทำตามอำเภอใจ และจะต้องมีเหตุจำเป็นเพื่อความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสังคม ความปลอดภัยของประชาชน ศีลธรรมของประชาชนหรือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล⁵⁹

2.4.1 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ภาระหน้าที่ของรัฐได้เติบโตและทวีความซับซ้อนขึ้นเป็นลำดับเนื่องจากรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาปัจจัยพื้นฐานต่าง ๆ เพื่อรองรับการเจริญเติบโตของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และเป็นส่วนสนับสนุนที่สำคัญในการส่งเสริมให้มีการขยายตัวทางเศรษฐกิจแก่ภาคเอกชน สร้างงานให้ประชาชนสามารถมีรายได้ใช้ชีวิตและเลี้ยงดูครอบครัวของตนเอง อีกทั้งรัฐมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินเพื่อก่อสร้างถนน และระบบขนส่งมวลชนที่ดีเพื่อพัฒนาระบบอุตสาหกรรมและเกษตรกรรมให้ก้าวหน้าสำหรับรองรับปริมาณของประชากรในอนาคต และเป็นเหตุให้รัฐต้องขยายกิจการด้านสาธารณูปโภคเพิ่มมากขึ้นด้วย สำหรับประเทศที่ต้องปกครองในระบอบประชาธิปไตยถือว่าสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเป็นสิ่งที่พึงเคารพ รัฐย่อมให้ความคุ้มครองและไม่เข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิในทรัพย์สิน เว้นแต่จะเป็นไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า เมื่อบุคคลมาอยู่ร่วมกันในรัฐย่อมมีหน้าที่ที่ต้องตอบแทนรัฐโดยถือหลักว่าประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว จึงเป็นหลักที่ยอมรับกันทั่วไปว่าแม้รัฐจะเคารพต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเพียงใด ก็อาจจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลได้ในกรณีเพื่อประโยชน์ส่วนรวม⁶⁰

⁵⁸ จาก สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 47), โดย ไพโรจน์ พลเพชร และณัฐกร ศรีแก้ว, 2549, กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษาและพัฒนาสันติวิธี มหาวิทยาลัยมหิดล.

⁵⁹ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน (น. 98). เล่มเดิม.

⁶⁰ จาก “การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์,” โดย ประพันธ์ ทรัพย์แสง, 2526, วารสารคฤหาสน์, น. 52 - 53.

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรไว้ มีความหมายเพียงว่ารัฐจะไปเพิกถอนมิได้เท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะจำกัดมิได้ เพราะไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศใดรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างสัมบูรณ์ปราศจากเงื่อนไข⁶¹ ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจปล่อยให้ราษฎรใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่าง ๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงจัดระเบียบของรัฐ แต่รัฐต้องเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองมิให้มีการก้าวล่วงเสรีภาพกัน นอกจากนี้รัฐยังมีผลประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ที่จะต้องดำรงรักษาไว้ในบางกรณีรัฐจึงไม่อาจล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้เหมือนกัน แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่ารัฐจะกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัดเป็นการทั่วไปว่า รัฐจะดำเนินการในกรณีใดบ้าง และภายในขอบเขตอย่างไร อนึ่ง กฎหมายจะให้อำนาจรัฐรุกล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็เพียงแต่เท่าที่จำเป็นแก่การดำรงรักษาไว้ ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐไว้อย่างคลุมเครือหรือเกินเลยกว่าความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะย่อมถือว่าขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นภารกิจของรัฐที่ขยายตัวออกไปเพื่อการดำเนินการใด ๆ อันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ เป็นสิ่งที่น่าสนใจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ความต้องการของส่วนรวมที่สำคัญมีด้วยกัน 2 ประการ⁶² คือ (ก) ความต้องการได้รับความปลอดภัย (ข) ความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต เช่น ความสะดวกในการคมนาคมและการสาธารณสุขโลก รัฐจึงมีหน้าที่ต้องสนองความต้องการเหล่านี้จึงต้องเข้าแทรกแซงในทุกกรณีเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ⁶³

สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนจัดได้ว่าเป็นประเภทหนึ่งของเสรีภาพในกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่บรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยให้การรับรองคุ้มครองไว้โดยรัฐธรรมนูญ⁶⁴ แต่รัฐก็สามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ เหตุผลสำคัญที่สุดก็คงเป็นเหตุผลเดียวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนโดยทั่วไป นั่นคือ เพื่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ในปัจจุบันหลักกรรมสิทธิ์จะแสดงบทบาทพร้อมกัน 2 ด้าน คือ ด้านหนึ่ง เอกชนมีอิสระในการใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์

⁶¹ จาก *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (น. 16 - 17). โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

⁶² จาก *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น. 39 - 40), โดย ประยูร กาญจนกุล, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶³ จาก *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (น. 30 - 31), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2536, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁶⁴ จาก Mutsuo Nakamura, *Freedom of Economic Activities and the Right to Property*, 3 (1990). (อ้างถึงใน *ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย* (น. 38). เล่มเดิม).

ของตน อีกด้านหนึ่ง กรรมสิทธิ์มีความผูกพันต่อสังคม การใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคล จึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวมด้วย ทั้งนี้ ในฐานะที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ก็เป็น ส่วนหนึ่งของสังคม ในการแสดงบทบาทด้านแรกได้เรียกร้องให้มีการประกันสิทธิดังกล่าวไว้ใน รัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันการแสดงบทบาทในด้านที่สอง ก็เรียกร้องให้รัฐสามารถออก กฎหมายมากำหนดขอบเขตหรือลักษณะการใช้สอยทรัพย์สินของเจ้าของเพื่อให้เกิดประโยชน์ ต่อสาธารณะได้⁶⁵

ปรัชญาที่ได้แสดงถึงเหตุผลของสาเหตุที่จำต้องมีการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของมนุษย์ นั้นคือ ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ของรูสโซ โดยได้กล่าวเป็นเชิงประชดประชันไว้ ว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพ พร้อมกับพันธนาการแห่งโซ่ตรวน” ซึ่งอธิบายถึงความพึงพาระหว่าง ปัจเจกชนกับรัฐในขณะที่พลเมืองยอมมอบกายให้รัฐเป็นผู้ปกครอง โดยยอมจำกัดสิทธิ อิสรภาพ ของตนเอง ขณะเดียวกันรัฐก็ไม่อาจจะบัญญัติกฎหมายพรากสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ได้และ กฎหมายเช่นนั้นจักต้องไม่ขัดต่อเจตจำนงของประชาคมส่วนใหญ่⁶⁶ ฉะนั้น ในการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของบุคคลนั้นมิใช่ว่ารัฐจะอ้างว่ามีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่กฎหมายนั้นต้องมีความชอบธรรมตามหลักนิติธรรม ประกอบกับต้องมีวัตถุประสงค์ที่กำหนดอีกด้วย

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้เหตุผลในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ โดยการพิจารณาความมุ่งหมายที่สำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ได้ 3 ประการ คือ

(1) เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น

การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นถือว่าเป็นเหตุผลประการสำคัญในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพทั้งหลาย โดยต้องพิจารณาว่าสิทธิของบุคคลอื่นนั้น มีความหมายและขอบเขตเพียงใด การพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลอื่น จำเป็นที่จะต้องย้อนกลับไปพิจารณามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ ดั้งเดิม ซึ่งตามทัศนะคติของ John Locke เห็นว่า มนุษย์ตามสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมนั้น เป็นสภาวะที่ มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ สามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองได้ภายในขอบเขตของกฎ ธรรมชาติ นอกจากนี้ในสภาวะธรรมชาตินั้น มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน

⁶⁵ ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย (น. 38 - 39). เล่มเดิม.

⁶⁶ จาก สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย (น. 11), โดย วิชัย ศรีรัตน์, 2546, นนทบุรี: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ตามแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้นการคุ้มครองเสรีภาพให้เกิดขึ้นกับบุคคลโดยเท่าเทียมกันจึงตั้งอยู่ในหลักการที่ว่า “เสรีภาพของบุคคลหนึ่งย่อมมีข้อจำกัดอยู่ที่เสรีภาพของบุคคลอื่น ๆ”⁶⁷

(2) เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ

การดำรงอยู่ของรัฐ หรือการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ ถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาคมนั้น ความมั่นคงของรัฐเป็นผลมาจากหน้าที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ตามแนวความคิดของนักกฎหมายธรรมชาติ ความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและความสามารถในการปฏิบัติภาระหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลได้⁶⁸

(3) เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ประโยชน์สาธารณะ ถือว่าเป็นเหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ โดย “ประโยชน์สาธารณะ” นั้น ถือเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนในเรื่อง “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้น มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ต่อมา กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ได้ถือตามแนวดังกล่าว สำหรับในประเทศไทยได้ยอมรับหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ซึ่งนอกจากจะใช้บังคับแก่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันมีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะแล้ว หลักดังกล่าวยังนำไปใช้บังคับกับเรื่องอื่น ๆ อีกหลายด้วย⁶⁹

⁶⁷ จาก หลักการพื้นฐานสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (น. 147), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁶⁸ แหล่งเดิม.

⁶⁹ แหล่งเดิม.

สำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้⁷⁰ ดังนี้

1. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
2. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ
3. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องกระทำเท่าที่จำเป็น
4. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น

2.4.2 รูปแบบในการจำกัดกรรมสิทธิ์

ทรัพย์สินทุกชนิดต่างอยู่ภายใต้ข้อจำกัดการใช้ที่ว่า “Sic utere tuo ut non alienum laedas” กล่าวคือ ทุกคนย่อมมีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินตราบเท่าที่ไม่ทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นและสังคม ซึ่งผลที่สุดแล้วรัฐมีอำนาจที่จะออกกฎหมายการควบคุมการใช้สอยทรัพย์สินเพื่อป้องกันความมั่นคงปลอดภัย สาธารณะ และส่งเสริมสวัสดิการอันดีของรัฐ สวัสดิภาพ ความดีงามร่วมกันและศีลธรรมอันดีของชุมชน เพราะฉะนั้นภายใต้การใช้อำนาจเช่นนี้ของรัฐ สิทธิในทรัพย์สินย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย⁷¹

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยอมรับว่าอำนาจกรรมสิทธิ์จะต้องอยู่ภายในบังคับและขอบเขตข้อจำกัดแห่งกฎหมาย นั้นหมายความว่า หลักกรรมสิทธิ์ยังคงได้รับการเคารพและยอมรับอยู่ หากแต่อาจมีการจำกัดอำนาจจัดการทรัพย์สินของเจ้าของหรือเจ้าของอาจ

⁷⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29.

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

⁷¹ จาก American Jurisprudence, Second Edition, Volume 26. p. 327 - 328 (อ้างถึงใน ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย (น. 45). เล่มเดิม).

ต้องยอมรับภาระอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่น ซึ่งข้อจำกัดอำนาจกรรมสิทธิ์ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ ทางจำเป็น ภาระจำยอม การใช้สิทธิบนอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องไม่ก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น เป็นต้น⁷²

ข้อจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ

1) ข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์

การกำหนดข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์เป็นกรณีรัฐยังปล่อยให้เอกชนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ แต่มีการวางเงื่อนไขอันจำเป็นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อจำกัดคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน โดยปกติมักเป็นการจำกัดสิทธิใช้สอยทรัพย์สินในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง เพื่อไม่ให้เอกชนคนใดคนหนึ่งใช้สอยทรัพย์สินของตนในทางที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือในบางกรณีเจ้าของทรัพย์สินยังอาจต้องยอมให้ผู้อื่นเข้าใช้สอยทรัพย์สินของตนด้วย นอกจากนี้ข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์อาจมีความมุ่งประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสังคม เช่น กฎหมายอาจบังคับให้เจ้าของที่ดินต้องไม่ปลูกสร้างอาคารที่สูงเกินกว่ากำหนดไว้เพื่อการปลอดภัยในการเดินอากาศ หรือกฎหมายผังเมืองที่บังคับให้เอกชนต้องใช้ประโยชน์ที่ดินตามแผนการที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง หรือกฎหมายโรงงานอุตสาหกรรมที่บังคับให้ต้องมีการบำบัดน้ำเสียที่เกิดจากการกระบวนการผลิตก่อนปล่อยออกสู่สิ่งแวดล้อมเพื่อความปลอดภัยในทางสาธารณสุข⁷³

2) การเวนคืน

การเวนคืนคือการใช้อำนาจรัฐพรากอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นของรัฐเพื่อนำมาใช้ในงานสาธารณะภายใต้เงื่อนไขว่า ต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนด้วยการชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม ในประเทศสหรัฐอเมริกาการใช้อำนาจเวนคืนดังกล่าว เรียกว่า “Eminent domain” สำหรับประเทศอังกฤษ เรียกว่า “Compulsory acquired” ในประเทศแคนาดา เรียกว่า “Expropriation” คำว่า “Expropriation” ถูกคิดค้นขึ้น โดย Grogius เมื่อปี ค.ศ. 1625 เพื่ออธิบายให้เห็นถึงสภาพการใช้อำนาจบังคับเอาทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ การใช้อำนาจเวนคืนอาจถือได้ว่าเป็นสิทธิในทางการเมืองของรัฐที่ตกทอดเป็นมรดกควบคู่กันมากับความเป็นรัฐภายใต้พื้นฐานของความจำเป็นและผลประโยชน์ของสังคมที่รัฐต้องเข้าถือเอาทรัพย์สินบรรดาที่เป็นของสมาชิกในสังคมมาใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐ อันเป็นประโยชน์ที่มีความสำคัญต่อสังคมโดยรวมยิ่งกว่าเป็นที่ยอมรับกันว่าในสังคมการเมืองของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐมีภารกิจที่สืบเนื่องกันมาโดยตลอด คือ หน้าที่ในการพิทักษ์รักษาการดำรงอยู่ของตนเอง ป้องกันและส่งเสริมผลประโยชน์และ

⁷² ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย (น. 196). เล่มเดิม.

⁷³ ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย (น. 45 - 49). เล่มเดิม.

สวัสดิการสังคม การพรากทรัพย์สินของเอกชนเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินการกิจดังกล่าวของรัฐ จึงเป็นสิ่งที่สามารถจัดทำได้โดยชอบธรรม การใช้อำนาจเวนคืนเป็นเพียงการแสดงออกถึงความมีอธิปไตยของรัฐ อาจในการเวนคืนจะครอบคลุมทรัพย์สินของเอกชนทุกชนิด ทุกประเภท และทุกลักษณะ รวมไปถึงสิทธิไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิและสิทธิทุกประเภท ที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน⁷⁴

ในทางปฏิบัติเกิดปัญหาการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการเวนคืน ซึ่งต้องมีการจ่ายค่าทดแทน และการกำหนดข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์ซึ่งไม่ต้องชดใช้ค่าทดแทนโดยมีผู้เสนอทฤษฎีเพื่อแยกความแตกต่างไว้ 3 ทฤษฎี⁷⁵ ด้วยกัน คือ

(1) ทฤษฎีเสียสละพิเศษ (Sonderopfer theorie) ตามทฤษฎีนี้การเวนคืนคือการล่งล้างกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะถอนกรรมสิทธิ์นั้นเลยหรือเพียงแค่เพิ่มภาระให้แก่กรรมสิทธิ์นั้น ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ของสังคมนั้น ๆ หากการล่งล้างกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งเมื่อเทียบกับบุคคลอื่นแล้ว เขาถูกกระทบเป็นพิเศษไม่เท่าเทียมกับคนอื่น โดยเขาต้องเสียสละให้แก่ส่วนรวมเป็นพิเศษต่างจากคนอื่น อันไม่เป็นไปตามหลักแห่งความเสมอภาคที่ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐโดยเท่าเทียมกัน กรณีจึงถือว่าเป็นการเวนคืน ความเสียสละพิเศษนี้ต้องได้รับการทดแทน แต่ข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์เป็นกรณีที่จำกัดสิทธิการใช้ทรัพย์สินเป็นการทั่วไปที่ทุกคนต้องได้รับผลเช่นเดียวกันทั้งหมดโดยความเสมอภาค กรณีจึงไม่ต้องมีการใช้ค่าทดแทนให้

(2) ทฤษฎีการแบ่งตามเนื้อหา (materielle Abgrenzungstheorie) ทฤษฎีนี้พยายามใช้เนื้อหาของเวนคืนและการกำหนดข้อผูกมัดกรรมสิทธิ์เป็นตัวแบ่ง โดยกรณีที่จะเป็นการเวนคืนนั้นอาจพิจารณาว่าเมื่อส่วนที่ได้รับการคุ้มครองจากกรรมสิทธิ์ถูกกระทบกระเทือนหรือการล่งล้างกรรมสิทธิ์นั้น เจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ควรต้องทนรับสภาพอีกต่อไป หรือเมื่อเสรีภาพในการจัดทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์ถูกกระทบกระเทือน ให้อำนาจกรรมสิทธิ์ไม่อาจทำหน้าที่ของมันต่อไปได้

(3) ทฤษฎีความผูกพันของกรรมสิทธิ์ที่มีต่อสังคม (Sozialbindungs theorie) ทฤษฎีนี้พิจารณาจากความผูกพันที่มีต่อสังคมของกรรมสิทธิ์ ซึ่งตามทฤษฎีนี้การเวนคืน คือ การล่งล้างกรรมสิทธิ์ทุกรูปแบบที่เกินไปกว่าความผูกพันที่มีต่อสังคมของกรรมสิทธิ์เอง การพิจารณาว่าการ

⁷⁴ แหล่งเดิม.

⁷⁵ จาก กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน (น. 76 – 77), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2538, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ล่งล้ากรรมสิทธิ์โดยอยู่นอกเหนือความผูกพันที่มีต่อสังคมหรือไม่ คู่ได้จากการล่งล้ากรรมสิทธิ์นั้น สอดคล้องกับหลักตามสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ หากไม่สอดคล้องก็จะถือว่าเป็นการเวนคืน

2.5 แนวคิดและทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

2.5.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจรัฐ

1) ความหมายของรัฐ

คำว่า “รัฐ” ในภาษาฝรั่งเศส ใช้คำว่า “E’tat” ส่วนในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “State” โดยนัยของคำดังกล่าวได้แสดงถึงบทบาทในตัวเองไม่ว่าในทางการเมืองหรือในแง่ที่เป็นสัญลักษณ์แห่งความถูกต้อง การทำให้รัฐเปรียบเสมือนเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์แสดงให้เห็นถึงขั้วของความร่วมมือกันระหว่างระบบการเมือง และระบบกฎหมาย ทั้งนี้ คำว่า “รัฐ” นั้นปรากฏอยู่ในช่วงรอยต่อระหว่างศตวรรษที่ 15 กับศตวรรษที่ 16 โดยก่อนหน้านั้นไม่ปรากฏว่ามีการใช้คำดังกล่าวอยู่เลย แต่นักปรัชญาในยุคก่อน ใช้คำว่า Polis, res publica, civitas, regnum, communitas perfecta ในความหมายของโครงสร้างทางการเมือง หรือใช้คำว่า la Couronne de royaume ในความหมายของอาณาจักรแห่งพระราช ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการก่อประชาคมของมนุษย์อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองที่ใช้อำนาจบังคับหรือคำสั่งที่มีต่อผู้ที่อยู่ใต้การปกครองและผู้ที่อยู่ใต้การปกครองต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำสั่งบังคับดังกล่าว⁷⁶

“รัฐ” ในทางนิติศาสตร์มาจากคำในภาษาละตินว่า “Status” ที่แปลว่า สิ่งที่ยืนขึ้น (ce qui est debout) กล่าวคือ รัฐเป็นสิ่งที่ยืนขึ้นได้ด้วยอำนาจหรือพลังของตนเองอย่างเป็นอิสระ ซึ่งพลังหรืออำนาจกับความเป็นอิสระนี้เองที่เป็นที่มาของอำนาจรัฐที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” โดยนัยของความหมายดังกล่าวก็ได้แสดงให้เห็นถึงขนาดและขอบตำแหน่งที่อยู่เหนือการประทุษร้ายของพลเมืองหรือผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง รัฐนั้นไม่ได้เป็นผลจากเหตุการณ์ตามธรรมชาติที่ทำให้เกิดรัฐขึ้นเพราะสามารถพบฐานที่มั่นที่ก่อให้เกิดรัฐขึ้นได้ ถ้ามองในแง่ดังกล่าว รัฐนั้นเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นหรือถูกผลิตขึ้นจากประวัติศาสตร์ กล่าวคือ รัฐเป็นผลผลิตที่เกิดจากประวัติศาสตร์แห่งชนชาตินั้น ๆ⁷⁷

⁷⁶ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 63 - 64). เล่มเดิม.

⁷⁷ แหล่งเดิม.

ในวงการกฎหมายของไทย คำว่า “รัฐ” นี้ มีนักวิชาการได้อธิบายและให้ความหมายไว้หลากหลาย ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.วิญญู เครื่องงาม⁷⁸ ได้อธิบายไว้ว่า “รัฐ หมายถึง สังคมการเมืองขนาดใหญ่ซึ่งประกอบด้วยดินแดนหรืออาณาเขตอันแน่ชัด และราษฎรหรือสมาชิกของสังคมทางการเมืองนั้น ๆ ตลอดจนอำเภothาการเมืองการปกครองในอันที่จะรักษารัฐนั้นไว้ให้ดำรงต่อไปได้”

รองศาสตราจารย์ ดร.กิจบดี ชินเบญจภูษ⁷⁹ ให้ความหมายไว้ว่า “รัฐ หมายถึง คณะบุคคลที่มีอำนาจและหน้าที่ในการบริหารประเทศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คือ รัฐบาลซึ่งประกอบไปด้วยคณะรัฐมนตรี และข้าราชการ โดยทั่วไปที่มีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายในการบริหารประเทศ”

นอกจากนี้ “รัฐ” ยังหมายความถึง สิ่งที่มีสภาพดำรงอยู่ และเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นโดยประชาชนกลุ่มหนึ่ง รวมตัวกันจัดการปกครองตนเองเพื่อประโยชน์ร่วมกัน โดยทั่วไปเห็นตรงกันว่า การเป็นรัฐนั้นจะต้องมี (1) มีจำนวนราษฎรที่แน่ชัด (2) มีอาณาเขตที่แน่นอน (3) มีการจัดองค์กรในการปกครอง และ (4) มีอิสระในการปกครองตนเอง จอห์น ล็อก (John Locke) กล่าวว่าด้วยความเห็นพ้องและยินยอมด้วยกัน มนุษย์ได้สร้างสังคมขึ้นให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจที่จะกระทำการได้อย่างบุคคลคนหนึ่ง โดยดำเนินการตามเจตจำนงของฝ่ายข้างมาก “รัฐ” จึงเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นตามสภาพความเป็นจริงทางการเมืองและสังคม โดยในรัฐหนึ่ง ๆ จะมีการเก็บภาษีและมีรายได้มาเป็นการคลังของรัฐ และจะมีบุคลากรดำเนินงานด้านต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญของรัฐนั้น ๆ รัฐจึงยอมก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ผูกพันบุคคลต่าง ๆ ได้ ทั้งในฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นการคลังของรัฐ และในฐานะผู้มีอำนาจตามกฎหมายของรัฐที่จะกอนิเทศัมพันธ์ต่าง ๆ กับเอกชนในแง่ของกฎหมายปกครองและกฎหมายพิเศษต่าง ๆ ที่ให้อำนาจรัฐจากสภาพที่ “รัฐ” เป็นผู้ทรงสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ นี้เอง “รัฐ” จึงเป็นบุคคลในกฎหมาย (subject of law) โดยสภาพ⁸⁰

2) ลักษณะการใช้อำนาจรัฐ

การใช้อำนาจรัฐที่จะสร้างความชอบธรรม โดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติเพื่อเป็นการภารกิจพื้นฐานและภารกิจลำดับรองของรัฐต่าง ๆ ที่มีอยู่ในรัฐเพื่อนำไปสู่ความเป็นระเบียบเรียบร้อย รักษาความมั่นคงปลอดภัยและส่งเสริมสวัสดิภาพของราษฎรทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

⁷⁸ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 4), โดย วิญญู เครื่องงาม, 2530, กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.

⁷⁹ จาก *หลักกฎหมายมหาชน Principles of Public law* (น. 71), โดย กิจบดี ชินเบญจภูษ, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁸⁰ จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น. 61 - 63), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์, กรุงเทพฯ: จิรัชการพิมพ์.

ในช่วงแรก คือ การสร้างชาติ ซึ่งการสร้างชาติในยุคแรกสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ต้องดำเนินการภายใต้ระบบของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ คือ ระบบกฎหมาย และโดยเฉพาะกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายเทคนิคในการช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสร้างชาติ การจะสร้างชาติจึงจำเป็นต้องสร้างอุดมคติในชาติให้มีการถือกฎหมายเป็นใหญ่ สภาพบังคับของกฎหมายเทคนิคจึงเป็นไปได้ ซึ่งในที่สุดทำให้เกิดหลัก “นิติรัฐ” (Legal State) เพราะฉะนั้นกฎหมายมหาชนจึงเป็นกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อผลักดันภารกิจของรัฐให้ดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ ความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมาย คือ เมื่อรวมเข้ากับความคิดในเรื่องการปกครองสูงสุดที่รัฐสนับสนุนอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของผู้ปกครองทำให้เกิด “นิติรัฐ” ถูกสถาปนาขึ้นมาอย่างจริงจัง⁸¹

หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญในการปกครองที่ในสังคมนั้นต่างเรียกร้องให้มี ให้ปรากฏ และบังเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ หลักดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยทั้งในทางลบและในทางบวก กล่าวคือ ในทางลบนั้น เป็นหลักที่ได้แย้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมของฌอง โบแดง ซึ่งเป็นผู้เรียกอำนาจอธิปไตยในการปกครองว่า อำนาจอธิปไตย (sovereignty) โดยให้ลักษณะของอำนาจอธิปไตยว่า ปราศจากขอบเขต ถาวร สูงสุดล้นพ้น และแสดงออกโดยการออกและยกเลิกกฎหมาย อำนาจอธิปไตยจึงแบ่งแยกมิได้และเป็นนิรันดร์ ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยจึงอยู่เหนือกฎหมาย⁸²

คำว่า “นิติรัฐ” ได้มีผู้ให้คำนิยามไว้หลายท่าน ดังต่อไปนี้

กาเร เดอ มัลแบร์ (R. Carré de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กล่าวว่า⁸³ “นิติรัฐ (Etat de droit, Legal State หรือ Rechtsstat) เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎหมายประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎหมายสองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ รัฐไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้น กระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อรัฐเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน

⁸¹ สิทธิการเรียกคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (น. 24 - 25). เล่มเดิม.

⁸² หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 106). เล่มเดิม.

⁸³ กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (น. 279 - 280). เล่มเดิม.

รัฐหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น รัฐไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อประชาชนได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย”

รองศาสตราจารย์ ดร. กิจบติ ชินเบญจภูษ ใ้ข้อธิบายว่า⁸⁴ “หลักนิติรัฐ คือ การปกครองโดย “กฎหมาย” ซึ่งกฎหมายที่นำมาใช้นั้นจะต้องมาจากประชาชน ไม่ใช่มาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มคนใดกลุ่มคนหนึ่ง “หลักนิติรัฐ” มีหลักการดังนี้ คือ

1. รัฐและฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายที่ประชาชนหรือตัวแทนของประชาชนบัญญัติเป็นหลักในการปกครอง
2. การดำเนินกิจการใด ๆ ก็ตามของรัฐและฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินไปตามกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม
3. รัฐและฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้
4. การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องตรวจสอบและควบคุมได้”

สรุปได้ว่า “หลักนิติรัฐ” นี้ มีความหมายว่า รัฐบาลหรือหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะกระทำการใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อกฎหมายอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เป็นหลักที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายถือเป็นหลักที่ประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรตามรัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามความเข้าใจของฝ่ายปกครองได้มีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งจาก “หลักนิติรัฐ” นี้ ทำให้เกิดหลักในกฎหมายมหาชนอื่น ๆ อีก เป็นความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักการควบคุมองค์กรทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ ซึ่งหลักนิติรัฐเหล่านี้จะเป็นเครื่องประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้จริง ก็ต่อเมื่ออำนาจรัฐจะต้องไม่รวมศูนย์บุคคลเพียงคนเดียว หรือองค์กรเพียงองค์กรเดียว เพราะฉะนั้นหลักการแบ่งอำนาจที่จัดให้องค์กรใช้อำนาจต่างองค์กรเป็นอิสระต่อกัน จึงเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้การปกครองหลักนิติรัฐสัมฤทธิ์ผลหรือเป็นจริงขึ้นมาได้

การใช้อำนาจรัฐต้องคำนึงถึงหลักแห่งความเสมอภาค (Principle of Equality before The Law) และหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักที่อยู่ในบทบัญญัติทั้งหลายแห่งรัฐธรรมนูญรวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ไม่ได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

⁸⁴ หลักกฎหมายมหาชน *Principles of Public law* (น. 39). เล่มเดิม.

หลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง

“หลักแห่งความเสมอภาค” หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันนี้ มีบทบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เองก็ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 5 บัญญัติว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน” และในมาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ตามหลักรัฐธรรมนูญหลักนี้ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วยต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไป ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาค⁸⁵

หลักแห่งความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระที่สำคัญที่แตกต่างกันออกไป ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้น องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกันและในทางปฏิบัติก็มีการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท เช่น ข้าราชการ ทนายความ วิศวกร เกษตรกร ฯลฯ และปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันเหมือนกันและต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไป นอกจากนี้บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆอันเป็นการรอนสิทธิหรือทำให้เสียประโยชน์อันควรมีควรมิได้ เพราะเหตุที่นับถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อ⁸⁶

“หลักแห่งความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักการขึ้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจนี้ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะ พอประมาณ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญ ของรัฐเสรีนิยมประชาธิปไตย ส่วนใหญ่ไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกัน คือ

⁸⁵ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 34 - 38). เล่มเดิม.

⁸⁶ แหล่งเดิม.

(1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)

เป็นหลักการที่บังคับว่าในบรรดากฎหมายที่กฎหมายเปิดช่องให้ตนออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายกำหนดคลุล่วงไปได้เท่านั้น มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่มีผลใช้บังคับได้ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมนี้เรียกร่องความสัมพันธ์เชิงเหตุและผล ระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น ทั้งนี้ โดยให้มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับเป็นเหตุและสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดเป็นผล ดังนั้น หลักแห่งความเหมาะสมจึงเป็นสิ่งที่เดียวกันกับสามัญสำนึก (common sense) นั่นเอง หากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองต้องการจะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือจากตัวที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้น เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)⁸⁷

(2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)

เป็นหลักการที่ว่าในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จคลุล่วงไปได้ แต่ถ้าว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความหวั่นไหวน้อยที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้าย สองสิ่งที่จำเป็นต้องเลือกบุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการและเป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเกี่ยวกับการดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม⁸⁸

(3) หลักแห่งความได้สัดส่วนมีความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense)

เป็นหลักการที่เรียกร่องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่ประชาชนหรือเกิดขึ้นแก่สังคมโดยรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการ

⁸⁷ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 38 - 39). เล่มเดิม.

⁸⁸ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 40 - 42). เล่มเดิม.

ให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ ดังนั้น องค์ประกอบข้อที่ 3 ของหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้จึงบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการซึ่งผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่า หากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไป ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคม โดยส่วนรวม ฝ่ายปกครองต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม เมื่อบังคับตามหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันอย่างเคร่งครัดแล้ว ในกรณีที่มีมาตรการต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับให้ได้ทุกมาตรการก่อความเสียหายแก่เอกชนและหรือสังคม โดยส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับ ฝ่ายปกครองต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำกรอย่างใดเลยทีเดียว⁸⁹

3) ภารกิจของรัฐ

พัฒนาการภารกิจของรัฐนั้น อาจสรุปลำดับได้เป็น 4 ช่วงใหญ่ ๆ⁹⁰ ดังนี้

(1) ภารกิจของรัฐตามลัทธิปีตาธรรม (Paternalism) ซึ่งอำนาจของรัฐ (กษัตริย์) กว้างขวางและมีอำนาจสูงสุดในทุก ๆ ด้าน จะถูกจำกัดก็เฉพาะแต่ที่มีขนบธรรมเนียมและประเพณีกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น รัฐจึงเข้าไปควบคุมแทรกแซงในทางเศรษฐกิจมาตั้งแต่นั้น

(2) ภารกิจของรัฐตามลัทธิเสรีนิยมซึ่งรัฐจำกัดบทบาทของตนอยู่เฉพาะภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) คือ การรักษาความมั่นคงภายนอกและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐเท่านั้น ส่วนภารกิจนอกเหนือจากนี้ถือว่าเป็นธุรกิจของเอกชนทั้งสิ้นเพราะลัทธิเสรีนิยมถือว่า “รัฐบาลที่ปกครองน้อยที่สุดคือรัฐบาลที่ดีที่สุด”

(3) ภารกิจของรัฐตามลัทธิสังคมนิยมซึ่งเห็นว่ารัฐจะต้องเป็นผู้เข้ามาดำเนินการในวิถีชีวิตของชาติทุกด้านแทนปัจเจกชนและปฏิเสธบทบาทของเอกชน

(4) ภารกิจของรัฐตามลัทธิ Collectivism เป็นแนวความคิดซึ่งสนับสนุนให้รัฐเข้าไปแทรกแซงวิสาหกิจเอกชนและระบบเศรษฐกิจของชาติ และเป็นลัทธิที่ให้กำเนิดรัฐแบบรัฐสวัสดิการ ภารกิจของรัฐสวัสดิการมีขอบเขตกว้างขวาง ไม่เพียงแต่เฉพาะภารกิจพื้นฐานซึ่งจำเป็นต่อการดำรงอยู่ของรัฐเท่านั้น แต่ได้ขยายไปถึงภารกิจซึ่งเดิมปล่อยให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ

⁸⁹ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (น. 42 - 45). เล่มเดิม.

⁹⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 184 - 186), โดย ชามูซัย แสงศักดิ์, 2546, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

รัฐสมัยใหม่มีภารกิจที่ตนจัดทำอยู่ แยกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน⁹¹ คือ

(1) ภารกิจพื้นฐานของรัฐ (Primary function)

ภารกิจพื้นฐานของรัฐ คือ การป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทและยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออีกนัยหนึ่งคือการดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความมั่นคงปลอดภัย ความมั่นคงปลอดภัยนี้มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ ความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชน และความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกชุมชน

ความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชน หมายถึง ความมั่นคงปลอดภัยจากการละเมิดชีวิตร่างกาย ทรัพย์สินของเอกชนแต่ละคน ทั้งที่ตั้งใจและไม่ตั้งใจ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชนนั้นกระทำได้ ด้วยกระบวนการทางนิติบัญญัติและการเก็บภาษีอากรจากประชาชน และการตรากฎหมายกำหนดแบบแผนการประพฤติของบุคคลในความสัมพันธ์ระหว่างกันและกัน และการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตราขึ้นและล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชนทั้งสิ้น และการเก็บภาษีอากรก็เป็นเครื่องมือที่รัฐใช้หารายได้ไว้ใช้จ่ายในการประกอบภารกิจของรัฐ

ความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกประเทศ หมายถึง การประทุษร้ายซึ่งอาจเกิดจากความจงใจ เช่น ถูกประทุษร้ายด้วยกำลังทหารของรัฐอื่น หรือเกิดจากการประทุษร้ายโดยไม่จงใจ เช่น ในกรณีที่อุตสาหกรรมภายในรัฐต้องล้มละลายเนื่องจากการทุ่มตลาดสินค้าจากต่างประเทศ ทำให้สินค้าต่างประเทศราคาถูกกว่าสินค้าที่ผลิตขึ้นภายในประเทศมาก ถึงขนาดที่สินค้าที่ผลิตภายในประเทศจำหน่ายไม่ออกก็ได้ การรักษาความมั่นคงปลอดภัยจากการประทุษร้ายจากภายนอกประเทศนั้น กระทำได้โดยการสร้างแสงสัญญาณทางทหาร ทำสนธิสัญญา และประเดิมสัมพันธไมตรี กับต่างประเทศ ตลอดจนเจรจาตกลงกับต่างประเทศ เกี่ยวกับการค่าและภาษีอากร เป็นต้น⁹²

(2) ภารกิจอันดับรองของรัฐ (Secondary Function)

ภารกิจอันดับรองของรัฐ คือ การส่งเสริมสวัสดิภาพ ตลอดจนการกระจายความมั่งคั่งของชาติไปยังประชาชนกลุ่มต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม และส่งเสริมสวัสดิภาพของราษฎรทุกคน เช่น ให้บริการการศึกษา การรักษาพยาบาล การส่งเสริมคมนาคม การพักผ่อนหย่อนใจ ส่งเสริมการเล่นกีฬาเพื่อให้ราษฎรมีสุภาพแข็งแรง ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม อัตรการว่างงาน คุ้มครองการบริโภคของราษฎร ฯลฯ เนื่องจากการกิจอันดับรองของรัฐนี้ รัฐเพิ่มเติมขึ้นเพื่อมุ่งหมายจะปรับปรุงวิถีชีวิตของราษฎรให้ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่แต่เดิมหรือเพิ่มสิทธิใหม่หรือกระจาย

⁹¹ สิทธิการเรียกคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (น. 33 - 35). เล่มเดิม.

⁹² แหล่งเดิม.

สิทธิที่มีอยู่เดิมให้ถึงมือราษฎรอย่างทั่วถึง จึงมีผู้เรียกภารกิจประเภทนี้อีกอย่างหนึ่งว่า “Positive Function of state” หรือ “Social Function”

2.5.2 แนวคิดและทฤษฎีบริการสาธารณะ

หลักบริการสาธารณะถือได้ว่าเป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการใช้อำนาจมหาชนของรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เนื่องจากรัฐมีภารกิจหลักในการดำเนินกิจกรรมในทางที่เป็นการสร้างประโยชน์ให้เกิดแก่ประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง รวมถึงการดำเนินกิจการทุกประเภทที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นงานราชการที่กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ จัดทำเอง งานซึ่งองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น และองค์การของรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการจัดทำโดยไม่ใช้วิธีดำเนินงานอย่างราชการ ตลอดจนกิจการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองให้ออกชนรับสัมปทานไปทำแทนภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครองด้วย⁹³

1) ความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะ

การจำกัดความของคำว่า “บริการสาธารณะ” นั้นได้มีผู้ให้คำจำกัดความไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์มอริส ออริยู (Maurice Hauriou)⁹⁴ ได้ให้คำจำกัดความของการบริการสาธารณะว่า การบริการทางสาธารณะเป็นการบริการทางเทคนิคเพื่อสาธารณะ (เป็นบริการ) ที่สม่ำเสมอและต่อเนื่องเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวม โดยองค์กรของรัฐที่มีได้มุ่งหาทำไร

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล กล่าวว่า⁹⁵ บริการสาธารณะ หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

รองศาสตราจารย์ ดร. กิจบดี ชินเบญจกุล กล่าวว่า⁹⁶ การบริการสาธารณะ หมายถึง การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้การอำนาจการหรือในการควบคุมของฝ่ายปกครองเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งกิจการเหล่านั้นโดยสภาพแล้ว ไม่อาจจะบรรลุผลสำเร็จตามเป้าประสงค์ได้ หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย

⁹³ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 104). เล่มเดิม.

⁹⁴ จาก “ทฤษฎีการบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส,” โดย รังสิกร อุปพงษ์, 2531, วารสารนิติศาสตร์, 18, น. 54 - 55.

⁹⁵ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 108). เล่มเดิม.

⁹⁶ หลักกฎหมายมหาชน *Principles of Public law* (น. 74). เล่มเดิม.

นายชาญชัย แสวงศักดิ์⁹⁷ ได้อธิบายเกี่ยวกับแนวความคิดและหลักกฎหมายพอสรุปว่า กิจกรรม (Activite) ของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “ตำรวจทางปกครอง” (Police administrative) และบริการสาธารณะ (Service public) กิจกรรมของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์ของกิจกรรมที่ต่างกัน กล่าวคือ “ตำรวจทางปกครอง” คือ การใช้อำนาจผู้ต้องการมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง โดยการป้องกันจะเป็นไปตามในรูปแบบของการออกกฎหรือคำสั่งมาใช้บังคับล่วงหน้า ผู้ใช้อำนาจ “ตำรวจทางปกครอง” อาจไม่ใช่ตำรวจก็ได้ เช่น อธิบดีกรมป่าไม้ เป็นตำรวจทางปกครองเกี่ยวกับป่าไม้ การออกกฎหรือคำสั่งดังกล่าวอาจมีผลเป็นการวางกฎเกณฑ์ระเบียบทั่วไป เช่น กฎจราจร หรือการมีผลเป็นการสั่งเฉพาะราย เช่น การอนุมัติ การอนุญาต ก็ได้ โดย “ตำรวจทางปกครอง” นั้น มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการที่ต่างจาก “ตำรวจทางยุติธรรม” คือ ตำรวจทางปกครอง มีหน้าที่ป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบในขณะที่ “ตำรวจทางยุติธรรม” มีหน้าที่ปราบปรามความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว

ส่วนบริการสาธารณะนั้น เป็นกิจกรรมอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม บริการสาธารณะจะมีลักษณะหนึ่งที่แตกต่างกันจาก “ตำรวจทางปกครอง” คือ “ตำรวจทางปกครอง” เป็นกิจกรรมที่ทางตำรวจใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการควบคุมและรักษาความสงบเรียบร้อย ส่วนบริการสาธารณะเป็นการให้บริการแก่ประชาชนหรือการดำเนินการอื่นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน

นอกจากนี้มีความเห็นของนักวิชาการบางท่าน⁹⁸ ได้กล่าวว่า บริการสาธารณะ หมายถึงองค์การที่มีขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน หรือทำให้เกิดความสะดวกสบายในการอยู่ร่วมกันในชุมชน เช่น องค์การรถไฟ องค์การแก๊ส หรือองค์การขนส่งสาธารณะ เป็นต้น โดยองค์การดังกล่าวมุ่งเน้นถึงภาระของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการจัดทำในฐานะรัฐสวัสดิการและมีรูปแบบในการจัดทำที่แตกต่างกันไปตามลักษณะของงานที่องค์การฝ่ายปกครองนั้นรับผิดชอบ โดยมีกฎหมายรองรับเพื่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ

“การบริการสาธารณะ” มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

1. การบริการสาธารณะ จะต้องเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือความควบคุมของฝ่ายปกครองโดยเป็นการจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน นั่นก็

⁹⁷ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 73 - 74). เล่มเดิม.

⁹⁸ จาก การจัดทำบริการสาธารณะท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษาจากปัญหาทั่วไปที่เกิดขึ้นในกรณีเทศบาลและกรุงเทพมหานคร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 4), โดย สิริพร มณีกันต์, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คือเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจการของรัฐ แต่เนื่องจากปัจจุบันภารกิจของรัฐมีมากขึ้น กิจกรรมบางอย่างที่ต้องใช้เทคโนโลยีในการจัดทำสูง ใช้เงินลงทุนสูง หรือใช้บุคลากรจำนวนมากมาจัดทำ ซึ่งรัฐอาจไม่มีความพร้อม จึงต้องมอบให้บุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการ โดยรัฐจะเป็นผู้ควบคุมมาตรฐานของบริการสาธารณะ ควบคุมความปลอดภัยรวมทั้งควบคุมอัตราค่าบริการ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์สูงสุดและเดือดร้อนน้อยที่สุด⁹⁹

2. การบริการสาธารณะ จะต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ ซึ่งความต้องการส่วนรวมของประชาชนอาจแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ ความต้องการที่จะมีชีวิตอยู่อย่างสุขสบายและความต้องการที่จะใช้ชีวิตอยู่ในสังคมอย่างปลอดภัย ดังนั้น บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำจึงต้องมีลักษณะที่สนองความต้องการของประชาชนทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นนี้ กิจการใดที่รัฐเห็นว่ามี ความจำเป็นต่อการอยู่อย่างปลอดภัยหรือการอยู่อย่างสบายของประชาชน รัฐก็จะต้องเข้าไปจัดทำกิจการนั้น และนอกจากนี้ ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดได้ รัฐจะต้องทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน¹⁰⁰

นอกจากนี้ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐนั้น รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดได้ รัฐจะต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

2) ประเภทของบริการสาธารณะ

ในทางทฤษฎีนั้นแม้จะมีความพยายามที่จะแบ่งประเภทของบริการสาธารณะออกเป็นหลายประเภทก็ตาม แต่ในที่สุดแล้ว บริการสาธารณะก็แบ่งได้เป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

(1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการดูแลรักษาความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน

บริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกิจการที่รัฐจัดทำให้ประชาชนโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน และนอกจากนี้ เนื่องจากเนื้อหาของบริการสาธารณะทางปกครองจะเป็นเรื่องที่เป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้ง “อำนาจพิเศษ”

⁹⁹ จาก *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น. 161), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁰⁰ แหล่งเดิม.

ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ บริการสาธารณะทางปกครองจะได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น¹⁰¹

(2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ที่ได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะขึ้นมาใหม่ เรียกว่า “บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม” โดยหลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Société commercial de l’Ouest africain หรือที่เรียกกันติดปากว่า คดี Bac d’Eloka ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1921 คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ในประเทศ Ivory Coast ซึ่งเป็นประเทศอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายปกครองของประเทศดังกล่าวได้จัดให้มีบริการเรือขนส่งบรรทุกสิ่งของและผู้โดยสารข้ามฟาก ต่อมาเรือข้ามฟากลำหนึ่งชื่อ Bac d’Eloka ได้จมลง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รถยนต์ของบริษัทเอกชนรายหนึ่ง บริษัทจึงได้ยื่นฟ้องฝ่ายปกครองผู้จัดทำบริการเรือข้ามฟากต่อศาลยุติธรรม แต่ฝ่ายปกครองโต้แย้งว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดให้มีบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงควรอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ต่อมาเมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลคดีขัดกันเพื่อพิจารณาว่าคดีดังกล่าวควรอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลใด ศาลคดีขัดกันจึงได้พิจารณาว่า การที่ฝ่ายปกครองจัดให้มีบริการเรือข้ามฟากโดยเก็บค่าตอบแทนนั้น มีลักษณะเป็นการจัดทำบริการขนส่งในสภาพเดียวกับเอกชนทั่วไป ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนและภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดี คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงนับได้ว่าเป็นต้นกำเนิดของการแบ่งประเภทของบริการสาธารณะออกเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ เป็นกิจการที่รัฐจัดทำ แต่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเอกชน¹⁰²

3) หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ

โดยทั่วไปแล้ว กิจกรรมซึ่งจัดว่าเป็นบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะประเภทใดหรือเป็นบริการสาธารณะที่จัดทำโดยผู้ใด ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น

¹⁰¹ จาก *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (น. 35 - 37), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁰² แหล่งเดิม.

ในการจัดทำบริการสาธารณะมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ

(1) หลักว่าด้วยความเสมอภาค

เมื่อรัฐได้เข้ามาจัดทำบริการสาธารณะ รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใด โดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิจะได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเสมอหน้ากันโดยหลักด้วยความเสมอภาค นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากรัฐต้องไม่มีจุดมุ่งหมายในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์โดยส่วนรวมของประชาชนทุกคน โดยประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยหลักในเรื่องความเสมอภาคนี้มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในสิทธิซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิที่มนุษย์ชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ในมาตราหนึ่งที่บัญญัติว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้แต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” หลักดังกล่าวเป็นการรับรองขึ้นพื้นฐานของสิทธิที่จะต้องมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย ซึ่งหมายถึง ความเสมอภาคทางด้านสถานะภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา¹⁰³

จะเห็นได้ว่า หลักว่าด้วยความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะนี้มีความสำคัญกับกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากบริการสาธารณะไม่ได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะแต่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้นประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากการบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ซึ่งหมายความว่าความรวมถึงความเสมอภาคที่ได้รับบริการอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นการค้าบริการหรือการบริการ ความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐที่จะต้องมีการเรียกประกวดราคา หรือประมูล เพื่อให้บุคคลทั่วไป มีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นซึ่งเป็นผู้สัญญาของรัฐ รวมทั้งความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับรัฐอย่างเท่าเทียมกัน โดยการสอบแข่งขันกับบุคคลอื่น ๆ ภายใต้งบเงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านความรู้ความสามารถระดับพื้นฐาน

¹⁰³ หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (น. 44 - 52). เล่มเดิม..

(2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

การบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีการจำเป็นสำหรับประชาชนซึ่งการบริการสาธารณะต้องมีการหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ผู้ใช้บริการก็จะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ดังนั้นการจัดทำบริการสาธารณะรัฐจึงต้องมีความต่อเนื่องและสำหรับความต่อเนื่องดังกล่าวนี้ไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนตายตัวว่า จะต้องมิลักษณะอย่างไร ตามบริการสาธารณะบางประการซึ่งต้องจัดทำอย่างถาวร อาชีพการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาล ความต่อเนื่องก็จะหมายถึงการทำบริการสาธารณะประเภทนั้น ๆ ตลอดเวลา 24 ชั่วโมง ในขณะที่การบริการสาธารณะบางประเภท เช่น ห้องสมุดประชาชน สามารถกำหนดวันหยุดได้และหากในเรื่องความต่อเนื่องยังต้องขึ้นอยู่กับยุคสมัยและสภาพสังคมประกอบกันอีก ได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณี Winhell ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 โดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน Tardieu ได้กล่าวว่า “ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของการบริการสาธารณะ” และหลังจากนั้นมาศาลปกครองก็ได้ยึดถือแนวทางดังกล่าวมาจนเป็นหลักการขึ้นพื้นฐานของการบริการสาธารณะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป¹⁰⁴

(3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หมายถึง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงการบริการสาธารณะให้ทันต่อความต้องการของผู้ใช้บริการอยู่เสมอเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน ดังนั้นการบริการสาธารณะที่ดีจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา เพื่อให้มีความเหมาะสมทันต่อสถานการณ์และความจำเป็นในขณะนั้น และเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับความต้องการส่วนรวมของประชาชนอีกด้วย

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะแตกต่างจากหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องที่มีลักษณะเป็น “กฎหมาย” ของบริการสาธารณะหรือหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไม่ได้ถูกกล่าวถึงอย่างชัดแจ้งในคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่เป็นการกล่าวพาดพิงหรือให้ข้อคิดเห็น โดยสภาพจากการจัดทำบริการสาธารณะทั่ว ๆ ไป ที่มีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการของประชาชนเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่มีความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็น่าจะได้รับ ความเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย¹⁰⁵

¹⁰⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 80 - 82), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2553, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

¹⁰⁵ แหล่งเดิม.

หลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงตลอดกระบวนการในการจัดทำบริการสาธารณะของตน

4) วิธีจัดทำบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครอง

วิธีที่ฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะนั้นอาจทำโดยใช้ระบบราชการหรือระบบรัฐวิสาหกิจก็ได้ และบางทีก็ใช้ระบบวิธีดำเนินการอย่างเอกชน และในบางกรณีฝ่ายปกครองก็จัดทำกิจการบางอย่างอันไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะด้วย¹⁰⁶

บริการเอกชนของฝ่ายปกครอง

กิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้น ไม่มีแต่เฉพาะกิจการที่เป็นบริการสาธารณะเท่านั้น ในปัจจุบันนี้ฝ่ายปกครองยังจัดทำกิจการอันมีลักษณะอย่างเดียวกับเอกชนและอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเอกชนด้วย เพราะความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ของประชาชนได้มีมากขึ้น ในกรณีที่รัฐเห็นว่าบริการของเอกชนไม่เพียงพอที่จะสนองประโยชน์ส่วนรวมได้ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะได้เข้าวางระเบียบควบคุมกิจการส่วนเอกชนแล้วก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ต้องเข้าดำเนินการนั้นเสียเอง โดยจัดทำตามวิธีการอย่างเดียวกับเอกชน ไม่ใช่วิธีการจัดทำเป็นบริการสาธารณะภายใต้บังคับกฎหมายปกครอง

การโอนกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐหรือที่เรียกว่า Nationalization ก็เป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองเข้าทำกิจการอย่างเดียวกับเอกชน เพราะรัฐเอากิจการของเอกชนมาจัดทำเอง

กิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำอย่างเดียวกับกิจการส่วนเอกชนนั้น เรียกว่าวิสาหกิจเอกชนของฝ่ายปกครอง เพื่อให้สอดคล้องกับคำว่า “บริการสาธารณะ” จะขอเรียกว่า “บริการเอกชนของฝ่ายปกครอง” อันไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ เช่น การจัดทำประโยชน์เกี่ยวกับที่ดินของรัฐที่ไม่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เป็นต้นว่าการให้เช่าที่ดิน หรือการให้เช่าอาคารอันเป็นราชพัสดุหรือศาสนสมบัติ การจัดทำการค้าหรืออุตสาหกรรมอันเป็นการกระทำที่ไม่ใช่อำนาจในทางปกครอง

บริการเอกชนของฝ่ายปกครองอันเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองของประเทศไทยทำมีอยู่หลายอย่าง เช่น กิจการของโรงงานยาสูบ บริษัทไม้อัดไทย จำกัด องค์กรคลังสินค้า องค์กรตลาดเพื่อเกษตรกร องค์กรแก้ว องค์กรสวนสัตว์ เป็นต้น¹⁰⁷

นอกจากที่จัดทำโดยองค์กรของรัฐบาลแล้ว บริการเอกชนของฝ่ายปกครองในประเทศไทยยังได้จัดทำในรูปแบบอย่างเดียวกับเอกชน โดยไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ กล่าวคือ รัฐถือหุ้นไม่เกิน

¹⁰⁶ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 124 - 145). เล่มเดิม.

¹⁰⁷ แหล่งเดิม.

ร้อยละ 50 เช่น ธนาคารกรุงเทพ จำกัด ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด บริษัทชลประทานซีเมนต์ จำกัด บริษัทปูนซีเมนต์ไทย จำกัด บริษัทพีชกลีกรรม จำกัด บริษัทอุตสาหกรรมน้ำตาลแห่งประเทศไทย จำกัด บริษัทจังหวัดต่าง ๆ ที่รัฐถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 ฯลฯ

การประกอบธุรกิจโดยฝ่ายปกครองในด้านต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นนี้ มีลักษณะเป็นบริการเอกชนที่เห็นได้ชัดยิ่งกว่าบริการที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจ เพราะได้ก่อตั้งเป็นหน่วยงานเอกชนตามกฎหมายเอกชน คือบริษัทจำกัด ซึ่งจัดตั้งตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำนั้น เมื่อสรุปแล้วก็มีทั้งกิจการที่จัดทำเป็นบริการสาธารณะซึ่งรวมถึงราชการด้วย และกิจการที่ไม่เป็นราชการ เช่น กิจการต่าง ๆ ที่ทำโดยรัฐวิสาหกิจ แต่ยังคงเป็นบริการสาธารณะอยู่ นอกจากนี้ยังมีกิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำอย่างเดียวกับเอกชน โดยไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ เช่น กิจการค้า การตั้งโรงงานผลิตสินค้าต่าง ๆ เป็นต้น เพราะว่าการประกอบการค้าและอุตสาหกรรมเป็นกิจการอย่างเดียวกับกิจการส่วนเอกชน และวิธีการดำเนินการก็ใช้วิธีตามกฎหมายเอกชน ไม่ได้ใช้อำนาจพิเศษทางปกครองตามวิธีการในกฎหมายปกครอง กิจการเหล่านี้ถือว่าเป็นบริการเอกชนของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ดีบริการเอกชนของฝ่ายปกครองนี้ แม้ว่าจะมีลักษณะเหมือนกับกิจการของเอกชนก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ต้องดำเนินการ โดยเคารพต่อหลักการให้ความเสมอภาคแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครอง โดยให้มีสิทธิได้รับผลปฏิบัติจากกิจการที่ทำนั้นเท่าเทียมกัน มิใช่กระทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลหรือคณะบุคคลใดโดยเฉพาะ ซึ่งทั้งนี้เป็นข้อแตกต่างกับกิจการของเอกชน เพราะเอกชนไม่มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการให้ความเสมอภาคดังกล่าวแต่ประการใด

2.5.3 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

1) มโนทัศน์ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ

ในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในการปกครองนั้น รัฐอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของเอกชนได้ในหลายรูปแบบด้วยกัน เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ที่กระทำการแทนรัฐอาจกระทำการอันละเมิดสิทธิของเอกชนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกับเอกชน รัฐออกกฎหมายเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนให้มาเป็นของรัฐ หรือออกคำสั่งทางปกครองจำกัดสิทธิของเอกชนในการเดินทางหรือในการใช้สิทธิในทรัพย์สินบางประการหรือสร้างโรงงานอุตสาหกรรมโดยส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในบริเวณนั้น การกระทำต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ อาจทำให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อการใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าทดแทนความเสียหายให้กับบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายได้ คำว่า “รัฐ” ในที่นี้ใช้ในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ หมายถึงบรรดาผู้ทรง

อำนาจมหาชนและเป็นนิติบุคคลทั้งหลายซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ สหพันธ์ มลรัฐ และนิติบุคคลมหาชนอื่น เช่น องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น มูลนิธิมหาชน เป็นต้น¹⁰⁸

ในระบบกฎหมายเยอรมัน คำว่า “ความรับผิดชอบของรัฐ” (Staatshaftung) ใช้กันอยู่ในหลายความหมาย ในความหมายอย่างแคบ ความรับผิดชอบของรัฐ หมายถึง หน้าที่รับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความรับผิดชอบของรัฐในความหมายนี้จำกัดเฉพาะความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจมหาชนเป็นสำคัญ ส่วนในความหมายอย่างกว้าง ความรับผิดชอบของรัฐ หมายถึง หน้าที่รับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตนไม่ว่าการกระทำนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำโดยใช้อำนาจมหาชนหรือกระทำในแดนของกฎหมายเอกชน ความรับผิดชอบของรัฐในความหมายนี้จึงครอบคลุมทั้งความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ หรือการผิดสัญญา ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง หรือการเวนคืนทรัพย์สินของเอกชน เป็นต้น นอกจากการใช้คำว่าความรับผิดชอบของรัฐในความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบแล้ว ตำราบางเล่มยังใช้คำว่า “ความรับผิดชอบของรัฐ” ในความหมายอย่างกลางด้วย ในความหมายนี้ความรับผิดชอบของรัฐ หมายถึง หน้าที่รับผิดชอบของรัฐสำหรับความเสียหายอันเกิดแก่สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผลมาจากการใช้อำนาจมหาชน ไม่ว่าความเสียหายจะเกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่หมายรวมถึงความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายเอกชน¹⁰⁹

2) ประเภทความรับผิดชอบของรัฐ

ความรับผิดชอบของรัฐอาจแบ่งแยกออกได้เป็นหลายประเภทขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ หากพิจารณาจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยคำนึงถึงความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเกณฑ์แล้ว เราอาจแยกความรับผิดชอบของรัฐออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทหนึ่ง หากพิจารณาจาก “ความผิด” (Verschulden : fault) ซึ่งมีรูปแบบสำคัญสองรูปแบบ คือ เจตนาหรือประมาทเลินเล่อแล้ว เราอาจแยกความรับผิดชอบของรัฐ

¹⁰⁸ กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ : ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ (น. 7 - 8). เล่มเดิม.

¹⁰⁹ แหล่งเดิม.

ออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ได้เช่นกัน คือ ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยมีความผิด และความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำโดยไม่มีผิด¹¹⁰

ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อเป็นความรับผิดชอบที่รัฐต้องเข้าไปชดใช้ “ค่าสินไหมทดแทน” ให้แก่เอกชนที่ต้องเสียหายจากการกระทำที่ถือว่าถูกดำเนินคดีขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ส่วนความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากการกระทำที่ไม่เจตนาหรือไม่ประมาทเลินเล่อ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยก็ตาม จะเป็นกรณีที่รัฐรับผิดชอบชดใช้ “ค่าทดแทนความเสียหาย” ให้แก่เอกชนที่ต้องเสียหายหรือรับบาปเคราะห์เป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่นเพราะเหตุที่รัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพราะเหตุที่รัฐ (องค์กรเจ้าหน้าที่) กระทำการละเมิดกฎหมายโดยไม่สามารถที่จะตำหนิรัฐได้เพราะไม่ได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ เช่น การที่รัฐเวนคืนที่ดินของเอกชนเพื่อใช้ในการก่อสร้างหรือถ่วงลำแดนกรรมสิทธิ์ของบุคคลโดยไม่เจตนาและไม่ได้ประมาทเลินเล่อ เป็นต้น¹¹¹

นอกจากนี้ รัฐอาจมีความรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ทางปกครองได้เช่นกัน เช่น ความรับผิดชอบอันเกิดจากสัญญาทางปกครอง การจัดการงานนอกสั่งทางปกครอง ความรับผิดชอบในกรณีที่ได้ทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย หรือนิติสัมพันธ์ทางหนี้ลักษณะอื่นยิ่งไปกว่านั้น ในปัจจุบันนี้ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันยังขยายออกไปครอบคลุมถึงความรับผิดชอบในการครอบครองทรัพย์สินอันตราหหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตรายอันเป็นความรับผิดชอบโดยเด็ดขาด ตลอดจนความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเมิดกฎหมายสหภาพยุโรปอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในระบบกฎหมายเยอรมันบุคคลอาจเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบได้ในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

1. สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบเนื่องจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แก่
 - ก) สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบจากการทำละเมิดของเจ้าหน้าที่
 - ข) สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่เสมือนหนึ่งการเวนคืน
 - ค) สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบสำหรับการถ่วงลำสิทธิอื่นใดของตนซึ่งไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹¹⁰ กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ : ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ (น. 7 - 12). เล่มเดิม.

¹¹¹ แหล่งเดิม.

ง) สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการจัดผลอันไม่ปรารถนาที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จ) สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐงดเว้นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของตนจากการใช้อำนาจมหาชนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต

2. สิทธิในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนความเสียหายที่บุคคลได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

ก) สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนการเวนคืน

ข) สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนสำหรับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก่อให้เกิดผลกระทบสืบเนื่องกับทรัพย์สินของบุคคล

ค) สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนสำหรับการล่วงล้ำสิทธิอื่นใดที่ไม่ใช่สิทธิในทรัพย์สิน

3. สิทธิของบุคคลในการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบเนื่องจากนิติสัมพันธ์ในทางนี้ทางปกครอง เช่น

ก) สัญญาทางปกครอง

ข) จัดการงานนอกสั่งทางปกครอง

ค) สิทธิเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ไปโดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมายในทางปกครอง

ง) นิติสัมพันธ์จากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินทางปกครอง

4. สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบในกรณีอื่น ๆ เช่น สิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายอันเนื่องมาจากทรัพย์สินอันตรายที่อยู่ในความครอบครองของรัฐหรือสิทธิเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ เป็นต้น

2.5.4 ทฤษฎีและหลักเกณฑ์การเวนคืน

1) ความหมายของการเวนคืน

การเวนคืน คือ การใช้อำนาจรัฐพรากเอาอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนมาเป็นของรัฐเพื่อนำมาใช้ในงานสาธารณะภายใต้เงื่อนไขว่า ต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนด้วยการชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม ในประเทศสหรัฐอเมริกาการใช้อำนาจเวนคืนดังกล่าว เรียกว่า “Eminent domain” สำหรับประเทศอังกฤษ เรียกว่า “Compulsory acquired” ในประเทศแคนาดา เรียกว่า “Expropriation” ทั้งนี้ คำว่า “Expropriation” ถูกคิดค้นขึ้นโดย Grotius เมื่อปี ค.ศ. 1625 เพื่ออธิบายให้เห็นถึงภาพการใช้อำนาจบังคับเอาทรัพย์สินมาเป็นของรัฐ การใช้อำนาจเวนคืนอาจถือได้ว่า เป็นสิทธิในทางการเมืองของรัฐที่ตกทอดเป็นมรดกตกทอดมาคู่กันมาด้วยความป็นรัฐภายใต้

พื้นฐานของความจำเป็นและผลประโยชน์ของสังคมที่รัฐต้องเข้าถือเอาทรัพย์สินบรรดาที่เป็นของสมาชิกในสังคมมาใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐ อันเป็นประโยชน์ที่มีความสำคัญต่อสังคมโดยส่วนรวม ยิ่งกว่า เป็นที่ยอมรับกันว่าในสังคมการเมืองของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐมีภารกิจที่สืบเนื่องกันมาโดยตลอด คือ หน้าที่ในการพิทักษ์รักษาการดำรงอยู่ของตนเอง ป้องกันและส่งเสริมผลประโยชน์และสวัสดิการสังคม การพินาศทรัพย์สินของเอกชนเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินภารกิจดังกล่าวของรัฐจึงเป็นสิ่งที่สามารถจัดทำได้โดยชอบธรรม การใช้อำนาจอเวนคืนเป็นเพียงการแสดงออกถึงความมืออธิปไตยของรัฐ อำนาจในการเวนคืนจะครอบคลุมทรัพย์สินของเอกชนทุกชนิด ทุกประเภท และทุกลักษณะ รวมไปถึงสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิหรือบุคคลสิทธิและสิทธิทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน¹¹²

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 (The fifth amendment) ได้บัญญัติว่า “ไม่มีบุคคลใดที่จะถูกพรากไปซึ่งชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากการดำเนินการตามกระบวนการโดยชอบด้วยกฎหมาย (Due process of law) เอกชนผู้ซึ่งพบสิ่งของเขาถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ชอบที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรม” ส่วนในประเทศอังกฤษซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีหลักกฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัดว่าการเอาทรัพย์สินของเอกชนมาด้วยวิธีการบังคับเวนคืนนั้น จะต้องมีการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่เอกชนผู้ต้องเสียหายด้วย¹¹³

ดังนั้น หากทรัพย์สินใดรัฐได้มาโดยการซื้อ การแลกเปลี่ยน การอุทิศให้ของเอกชน หรือของเจ้าของทรัพย์สินยินยอมให้รัฐใช้สอย แม้จะได้นำทรัพย์สินที่ได้มานั้นไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจเวนคืนทรัพย์สิน สาละสำคัญของ การใช้อำนาจเวนคืน คือ การบังคับเอาทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐ โดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของนั่นเอง¹¹⁴

2) การรับรองการใช้อำนาจเวนคืนของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ

การเวนคืนเป็นการพินาศสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐที่เป็นรูปแบบของการจำกัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รุนแรงที่สุด จึงต้องมีการบัญญัติรับรองการใช้อำนาจเวนคืนของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยวางเงื่อนไขว่าการเอาทรัพย์สินของประชาชนไปใช้นั้นต้องเป็นไป

¹¹² ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย (น. 67 - 68). เล่มเดิม.

¹¹³ ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย (น. 69). เล่มเดิม.

¹¹⁴ จาก การใช้ประโยชน์จากที่ดินที่รัฐเวนคืนจากประชาชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 25 - 26), โดย นัยนา เกิดวิชัย, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

เพื่อประโยชน์สาธารณะ แล้วต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกเวนคืน ดังตัวอย่าง รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ต่อไปนี้¹¹⁵

รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹¹⁶

รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1961 กำหนดไว้ว่า สิทธิในทรัพย์สินและ สิทธิในการรับมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง สภาพและขอบเขตของสิทธิให้เป็นไปตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย¹¹⁷ การมีทรัพย์สินย่อมมีหน้าที่ด้วย และการใช้ทรัพย์สินจะต้องกระทำในลักษณะเพื่อ ส่วนรวม¹¹⁸ ทั้งนี้ การเวนคืนจะกระทำได้แต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยอำนาจแห่งกฎหมายหรือ โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งบัญญัติถึงลักษณะและขอบเขตค่าชดเชยด้วย การกำหนดค่าทดแทนนั้นให้คำนึงถึงผลประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ของผู้เสียหาย โดยกรณีที่ไม่อาจตกลงกันในเรื่องค่าชดเชยให้ฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้¹¹⁹

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1972 กำหนดไว้ว่า สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง สภาพของสิทธิและข้อจำกัดสิทธิให้กำหนดไว้ในกฎหมาย การใช้สิทธิใน ทรัพย์สินจะต้องไม่ขัดต่อสวัสดิภาพของประชาชน และในกรณีที่มีการยึด ใช้ หรือจำกัดทรัพย์สิน ของเอกชนเพื่อสาธารณประโยชน์ จำนวนค่าชดเชยและวิธีการชดเชยให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย¹²⁰

รัฐธรรมนูญเบลเยียม

รัฐธรรมนูญเบลเยียม กำหนดไว้ว่า บุคคลจะถูกพรากไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ ก็เฉพาะแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะ และเฉพาะแต่กรณีและตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งยังจะต้องได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมก่อนด้วย¹²¹

¹¹⁵ แหล่งเดิม.

¹¹⁶ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1961

¹¹⁷ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1961 มาตรา 14 (1).

¹¹⁸ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1961 มาตรา 14 (2).

¹¹⁹ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1961 มาตรา 14 (3).

¹²⁰ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1972 มาตรา 20 (1).

¹²¹ รัฐธรรมนูญเบลเยียม มาตรา 11.

รัฐธรรมนูญอิหร่าน

รัฐธรรมนูญอิหร่าน กำหนดไว้ว่า การยึดทรัพย์สินของบุคคลจะกระทำมิได้ ยกเว้นแต่กฎหมายของทางศาสนาให้กระทำได้ ซึ่งต้องมีการกำหนดราคาที่เป็นธรรมของทรัพย์สินนั้น และมีการชดเชยที่เป็นธรรม¹²²

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี¹²³

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ.1961 กำหนดไว้ว่า บุคคลมีสิทธิในทรัพย์สินและมรดก การจำกัดสิทธิเหล่านี้จะกระทำได้ก็แต่โดยกฎหมายเพื่อรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม¹²⁴

รัฐธรรมนูญสหรัฐเม็กซิโก¹²⁵

รัฐธรรมนูญสหรัฐเม็กซิโก ค.ศ.1917 กำหนดไว้ว่า กรรมสิทธิ์ในที่ดินและน้ำที่อยู่ในเขตแดนของรัฐ เป็นของรัฐซึ่งมีอำนาจโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่เอกชนได้ โดยมีสภาพการเป็นทรัพย์สินของเอกชน จะยึดทรัพย์สินของเอกชนไม่ได้ ยกเว้นเพื่อสาธารณูปโภค และมีการเสียดำทดแทนที่เป็นธรรม¹²⁶

3) หลักเกณฑ์การเวนคืน

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้ คือ

(1) ต้องอาศัยอำนาจของกฎหมาย

หลักเกณฑ์ของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในประการที่ว่าต้องอาศัยอำนาจของกฎหมาย หมายความว่า รัฐจะเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประชาชนได้นั้น ต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่รัฐไว้อย่างชัดเจน หากไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ รัฐย่อมกระทำไม่ได้¹²⁷

(2) ต้องมีวัตถุประสงค์ของการเวนคืนเพื่อการอันเป็นประโยชน์สาธารณะ

หลักเกณฑ์ของการเวนคืนในอสังหาริมทรัพย์ในประการนี้สืบเนื่องมาจากทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ หมายความว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำได้ในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในอันที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และหากไม่มีความจำเป็นอย่างเพียงพอในการนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐย่อมไม่มีอำนาจเวนคืน¹²⁸

¹²² รัฐธรรมนูญอิหร่าน แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1925 และ 1957. มาตรา 15.

¹²³ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1961

¹²⁴ รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี มาตรา 36.

¹²⁵ ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1917

¹²⁶ รัฐธรรมนูญสหรัฐเม็กซิโก มาตรา 27.

¹²⁷ การใช้ประโยชน์จากที่ดินที่รัฐเวนคืนจากประชาชน (น.29 - 31). เล่มเดิม.

¹²⁸ แหล่งเดิม.

(3) ต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรม

ค่าทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ถือเป็นหลักประกันที่สำคัญของประชาชนต่อการใช้อำนาจรัฐเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีหลักกฎหมายทั่วไปที่กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ ก็คือ “หลักเสียสละ” (Principle of sacrifice) ซึ่งมีสาระสำคัญว่าทรัพย์สินของประชาชนจะไม่ถูกเวนคืนไปใช้ประโยชน์สาธารณะโดยปราศจากการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรม เพราะเหตุว่าการที่ประชาชนต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ถือเป็นกรณีที่ประชาชนผู้นั้นต้องแบกรับภาระหน้าที่ที่มีต่อสาธารณะมากเกินไปกว่าบุคคลที่อยู่ร่วมสังคมเดียวกัน จึงต้องมีกลไกในการเยียวยาแก่เขา การบีบบังคับเอาทรัพย์สินมาโดยไม่มีการเยียวยาความเสียหายย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกต่อต้านขึ้นได้ว่ารัฐใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม และอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม¹²⁹

¹²⁹ แหล่งเดิม.