

การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย



นายพันวิษณ์ โรจน์ตันติ

สถาบันวิทยบริการ
วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
สาขาวิชานิติศาสตร์

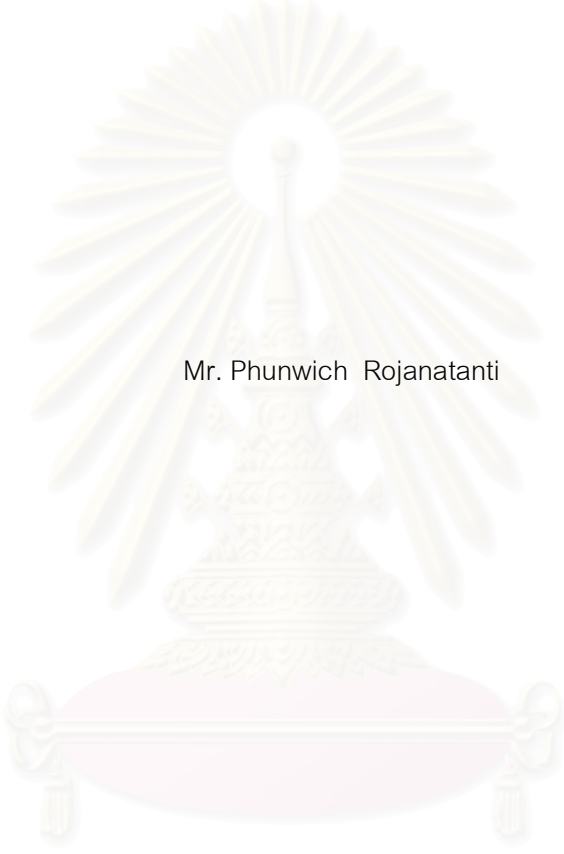
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2545

ISBN 974-17-2410-1

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE RECONCILIATION OF PUBLIC INTEREST AND INDIVIDUAL LIBERTY
IN THAI LEGISLATION PROCESS



Mr. Phunwich Rojanatanti

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2002

ISBN 974-17-2410-1

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรา
 กฎหมาย
 โดย นายพันวิชฌ์ โรจนตันติ
 สาขาวิชา นิติศาสตร์
 อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วน
 หนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
 (ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

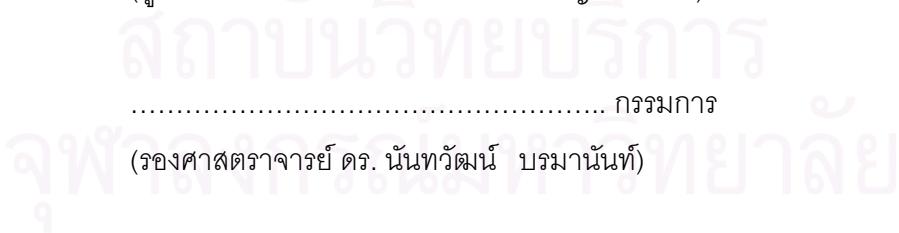
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
 (รองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา
 (ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)

..... กรรมการ
 (รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรรมานันท์)

..... กรรมการ
 (อาจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ)



พันวิฑณ์ โจนตันติ : การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการ
ตรากฎหมาย (THE RECONCILIATION OF PUBLIC INTEREST AND INDIVIDUAL
LIBERTY IN THAI LEGISLATION PROCESS) อาจารย์ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์
ดร. เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์ , 125 หน้า . ISBN : 974-17-2410-1.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวทางหรือวิธีการในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิ
เสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย เนื่องจากกฎหมายที่ถูกตราขึ้นแม้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์
สาธารณะ แต่ก็อาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองภายใต้
รัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาแนวทางในการประสาน “ประโยชน์สาธารณะ” กับ “สิทธิ
เสรีภาพ” เพื่อใช้เป็นหลักการในการออกกฎหมายให้สามารถตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่เป็นการ
กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมากเกินไป

จากการศึกษาพบว่าแนวความคิดเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ” อาจถือได้ว่าเป็นขอบเขตที่
กว้างขวางที่สุดของกฎหมายมหาชน ซึ่งในการใช้อำนาจอรัฐเพื่อตรากฎหมายออกมาใช้บังคับต้องเป็นไปเพื่อ
จัดทำหรือรักษาซึ่งประโยชน์สาธารณะ หรือเป็นการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมในสังคมให้มาก
ที่สุด ส่วนแนวความคิดเรื่อง “สิทธิเสรีภาพ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีการรับรองและ
คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมถึงได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของ
ประชาชนไว้ในมาตรา 29

หากองค์กรที่มีหน้าที่ตรากฎหมายคือองค์กรนิติบัญญัติ ไม่ได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ในการ
ประสานประโยชน์สาธารณะกับการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการใช้อำนาจของตนตรากฎหมายแล้ว
กฎหมายดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในสังคม เนื่องจากกฎหมายฉบับใดที่คำนึงถึงแต่ประโยชน์
สาธารณะเพียงด้านเดียวก็อาจทำให้ประชาชนเดือดร้อน หรือกฎหมายฉบับใดมุ่งที่จะรับรองและคุ้มครองสิทธิ
เสรีภาพของปัจเจกชนเพียงด้านเดียวก็ไม่อาจก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะได้

ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน
ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องเป็นแนวทางหรือวิธีการที่ทำให้ความเสียหายจากการถูกระทบ
สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยรัฐเกิดขึ้นน้อยที่สุด ในขณะที่รัฐสามารถดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้
สูงสุด นั่นคือ หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักสำคัญที่ทำให้การตรากฎหมาย สามารถประสานความต้องการ
ของสองสิ่งที่ขัดแย้งกันให้ดำเนินไปควบคู่กัน กล่าวคือ หน้าที่ในการการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย
ออกมาเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะฝ่ายหนึ่งกับสิทธิเสรีภาพที่ปัจเจกชนได้รับความคุ้มครองอีกฝ่ายหนึ่ง

สาขาวิชานิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2545

ลายมือชื่อนิติ.....
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4286093934 : MAJOR LAWS

KEY WORDS : RECONCILIATION / PUBLIC INTEREST / INDIVIDUAL LIBERTY

PHUNWICH ROJANATANTI : THE RECONCILIATION OF PUBLIC INTEREST AND INDIVIDUAL LIBERTY IN THAI LEGISLATION PROCESS. THESIS ADVISOR : ASSIST PROF. KRIENKRAI CHAROENTHANAVAT, Ph.d. ,125 PP. ISBN 974-17-2410-1

This thesis aims to study the methods in the reconciliation of public interest and individual liberties in the Thai legislative process. Although an act is passed to enhance public interest, it might result in a limitation of individual liberty protected under the Constitution. Hence, proper methods in the above stated reconciliation are very important to response to the call of public interest and to avoid unnecessary limitation on individual liberty.

“Public interest” is the most extensive scope of the public law. That is to say, an act is approved in order to provide public services or maintain public interest as well as social requisition. “Liberty”, on the other hand, must be considered since it is recognized by the constitution. Section 29 of the Thai Constitution states the rule on legislation affecting individual liberty.

Unless the legislative branch follows the reconciling way in passing a law, there will be some conflicts in the society. A law promulgated solely for public interest will likely cause individuals to suffer, while a law concerned only individual liberty cannot bring about public interest.

Ultimately, the legislative should passes a law uplifting public interest, yet minimizing the lost from lessening individual liberty. The principle behind this goal is so-called “Principle of Proportionality” , the most crucial principle in legislation.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Field of study.....Laws.....Student's signature.....

Academic year.....2002.....Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ที่ได้กรุณาใช้เวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา โดยตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ท่านได้ให้ทั้งความรู้ แง่คิด และข้อแนะนำเกี่ยวกับประเด็นทางกฎหมายมากมายอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งกรุณาช่วยตรวจทาน แก้ไข เนื้อหาวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ และอาจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ กรรมการวิทยานิพนธ์ ที่ได้ใช้เวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้กรุณาให้คำแนะนำ และได้ชี้แนะประเด็นอันเป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งยังได้เสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดีตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณไพโรจน์ ไรจน์ตันติ และคุณกนกพรธน ไรจน์ตันติ บิดามารดา ผู้ซึ่งเป็นที่รักยิ่งที่ได้มอบความรัก ความห่วงใย และโอกาสทางการศึกษาให้แก่ผู้เขียน รวมทั้งขอขอบคุณสมาชิกครอบครัวไรจน์ตันติทุกท่าน ที่คอยช่วยเหลือผู้เขียนเสมอมาจนกระทั่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร อาจารย์ณรงค์เดช สรุโฆษิต คุณจักรา ยอดมณี รวมทั้งเพื่อนๆ รุ่น 38 ตลอดจนพี่ๆ น้องๆ ในรั้วคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกๆ ท่าน และท่านที่ไม่สามารถเอ่ยนามได้ครบถ้วนในที่นี้ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ด้วยดี

ทำยนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตา แก่บิดามารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน ที่ได้มีส่วนเกื้อกูลเสริมสร้างรากฐานที่สำคัญที่สุดสำหรับผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

พันวิษณ ไรจน์ตันติ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.3 ขอบเขตของการวิจัย	2
1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	2
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	2
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
บทที่ 2 แนวความคิดและทฤษฎีของประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของปัจเจกชน.....	4
2.1 แนวความคิดและทฤษฎีของประโยชน์สาธารณะ.....	4
2.1.1 ความหมายของประโยชน์สาธารณะ.....	4
2.1.2 ลักษณะของประโยชน์สาธารณะที่ปรากฏในกฎหมายมหาชน.....	7
2.1.3 วัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะ.....	9
2.1.3.1 ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นขอบเขตอย่างกว้าง.....	9
2.1.3.2 ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นการควบคุมความชอบ ด้วยกฎหมาย.....	12

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.1.3.3 ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่ตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ.....	14
2.1.4 องค์กรของรัฐที่สัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะ	14
2.2 แนวความคิด ทฤษฎี ที่มาของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน.....	18
2.2.1 แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนความหมายของ ประโยชน์สาธารณะ.....	19
2.2.1.1 หลักนิติรัฐ.....	19
2.2.1.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม.....	22
2.2.2 การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540).....	25
2.2.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ.....	26
2.2.2.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ.....	31
ก. สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามเนื้อหา.....	31
ข. สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามการกำเนิด.....	34
ค. สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามอาการที่ใช้.....	35
2.2.2.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ.....	35
2.3 แนวคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ.....	35
2.3.1 ข้อพิจารณาในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ.....	35
2.3.1.1 องค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพ.....	37
2.3.1.2 การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพ.....	38
2.3.1.3 เงื่อนไขที่กฎหมายในการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ.....	41
ก. เงื่อนไขในทางรูปแบบ.....	41
ข. เงื่อนไขในทางเนื้อหา.....	42
2.3.2 เหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ.....	45

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.3.2.1 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองเสรีภาพผู้อื่นและ คุ้มครองสังคม.....	46
2.3.2.2 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อรักษา ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.....	47
2.3.2.3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อการดำรงอยู่และเพื่อ ความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ	50
2.3.2.4 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะ.....	51
บทที่ 3 หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตาม กฎหมายไทย.....	58
3.1 เกณฑ์การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตาม มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (พ.ศ. 2540).....	58
3.1.1 รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ.....	61
3.1.2 การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป.....	62
3.1.3 การระบุนับบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพ.....	64
3.1.4 การจำกัดสิทธิจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพมิได้.....	68
3.1.5 หลักการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน	71
3.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน	74
3.2.1 หลักความเสมอภาค	74
3.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ.....	77
3.2.3 หลักความได้สัดส่วน.....	79
3.2.3.1 หลักความเหมาะสม.....	81
3.2.3.2 หลักความจำเป็น.....	81
3.2.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ.....	83

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพกับปัจเจกชนที่ปรากฏในกฎหมายไทยบางฉบับ.....	85
4.1 กลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์	
สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพกับปัจเจกชน.....	85
4.1.1 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล.....	86
4.1.1.1 พระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545.....	86
4.1.1.2 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545.....	88
4.1.2 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยมุ่งให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย.....	90
4.1.2.1 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร พ.ศ. 2518...	90
4.1.2.2 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535.....	93
4.1.3 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำหน้าที่ของรัฐ.....	95
4.1.3.1 พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530....	95
4.1.3.2 พระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ พ.ศ. 2476.....	98
4.1.4 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในรูปของการจัดทำบริการสาธารณะในสาธารณูปโภค.....	99
4.1.4.1 พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522.....	100
4.1.4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530.....	102
4.1.4.3 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535.....	106
4.2 กลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์	
สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพกับปัจเจกชน.....	108
4.2.1 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540.....	108

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2.2 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่... พ.ศ.....).....	109
4.2.2.1 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535.....	110
4.2.2.2 ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ (ฉบับที่พ.ศ.....).....	112
บทที่ 5 บทสรุป.....	114
รายการอ้างอิง.....	120
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	125

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ได้ให้การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของปัจเจกชนไว้หลายอย่าง ซึ่งถือว่าเป็นไปตามแนวทางของหลักรัฐธรรมนูญนิยม การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้เพิ่มเติมการรับรองและคุ้มครองสิทธิมากขึ้นกว่าแต่ก่อนมาก เช่น การรับรองสิทธิส่วนบุคคล การรับรองมิให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การรับรองความเสมอภาคของบุคคล การรับรองและคุ้มครองสิทธิในการอนุรักษ์จารีตประเพณีและการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น โดยอาจจะถือว่าการรับรองและคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนนั้น เป็นหลักการที่สำคัญอันหนึ่งของหลักรัฐธรรมนูญนิยมที่ต้องได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของประโยชน์สาธารณะนั้น จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ หรือประโยชน์ของคนหมู่มากในสังคม ซึ่งแยกออกจากการเป็นส่วนตัว หรือความเป็นส่วนบุคคล ดังนั้นรัฐในฐานะผู้มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงดำเนินการเพื่อความ ต้องการของคนส่วนใหญ่ซึ่งอาจจะไม่ใช่ทุกคน ซึ่งอาจเกิดปัญหากระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนบางคน โดยจุดนี้เองที่ถือว่าเป็นหลักข้อยกเว้นที่จะอนุญาตรัฐให้กระทำการใดๆ อันมีผลกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ แต่จะต้องอยู่บนเหตุผลเป็นไปเพื่อความ ต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงต้องมีบางคนที่อาจจะต้องยอมเสียสละประโยชน์ส่วนตัว อัน ได้แก่ สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองบางประการ

จะเห็นได้ว่าเรื่องของประโยชน์สาธารณะและเรื่องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนนั้น เป็นเรื่องที่ขัดแย้งกันในบางกรณี จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องหาวิธีการที่จะทำการประสานประโยชน์ สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้ได้ โดยวิธีการนั้นต้องเป็นวิธีการที่ประสานและสร้าง คุณภาพให้เกิดขึ้นมากที่สุด ทั้งนี้ จะทำให้รัฐสามารถดำเนินกิจการเพื่อเป็นประโยชน์สาธารณะ ให้แก่ประชาชนมากที่สุด ในขณะที่เดียวกันก็กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อย ที่สุดด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ วิธีการดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่จะลดความขัดแย้งในสังคมลงได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีของประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540
3. เพื่อศึกษาหาแนวทางในทางประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาและวิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 และพระราชบัญญัติต่างๆ

1.4 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษารวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสาร ตำรา บทความที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาและวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) กฎหมาย ร่างกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

การคุ้มครองและการรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เป็นหัวใจหลักสำคัญอันหนึ่งของหลักรัฐธรรมนูญนิยม ที่ต้องได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทสูงสุดของรัฐ แต่ในบางครั้งการรับรองและคุ้มครองดังกล่าวก็มีข้อจำกัดบ้าง เช่น เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นจึงควรมีแนวความคิดในการประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเข้าด้วยกัน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

นำผลจากการศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับ
สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เป็นแนวทางในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ
ประชาชน



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีของประโยชน์สาธารณะ กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

การที่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคมภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น สมาชิกทุกคนในสังคมต่างก็มีสิทธิและเสรีภาพเป็นของตนเองแต่ละปัจเจกชน แต่เมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นจำนวนมากจึงก่อให้เกิดความต้องการของมหาชนขึ้น ซึ่งก็คือความต้องการส่วนใหญ่ในสังคม จากความต้องการดังกล่าวจึงส่งผลให้รัฐหรือฝ่ายปกครองจำต้องกระทำการอย่างใดลงไปเพื่อตอบสนองความต้องการนั้น เราอาจเรียกความต้องการอันเป็นความต้องการเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ในสังคมหรือความต้องการเพื่อสาธารณประโยชน์ว่า "ประโยชน์สาธารณะ" จากข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ในการปกครองประเทศนั้นมีสิ่งที่สำคัญ 2 ประการที่รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึง ประการแรก คือ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน และประการที่สอง คือ ประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่จะต้องประสานประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเข้าด้วยกัน ในบทนี้จะได้ศึกษาแนวความคิดทฤษฎีของประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ต่อไป

2.1 แนวความคิดและทฤษฎีของประโยชน์สาธารณะ

2.1.1 ความหมายของประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

ในการศึกษาความหมายของประโยชน์สาธารณะนั้น อาจศึกษาได้จากความหมายในพจนานุกรมฉบับภาษาอังกฤษและการให้ความหมายของนักปรัชญา ดังนี้

(1) Black's Law Dictionary¹ ได้ให้ความหมายของประโยชน์สาธารณะไว้ว่า

"Public Interest" หมายถึงถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสังคมโดยรวมอาจจะเป็นผลประโยชน์ทางการเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดที่ทำให้สิทธิหรือความรับผิดชอบทางกฎหมายของ

¹ Henry campbell, Black's Law Dictionary with Pronunciations , six edition (MN : West Publishing Co., 1990) , p.1229.

ประชาชนส่วนใหญ่ถูกระทบ แต่มิได้หมายความว่าถึงสิ่งใดก็ตามที่มีความหมายอย่างแคบเพียงแค่ว่า ความสงสัยใคร่รู้หรือเป็นแค่เพียงผลประโยชน์ของท้องถิ่นใดซึ่งถูกระทบจากเรื่องราวที่พิพาทอยู่เท่านั้น ประโยชน์สาธารณะนับเป็นผลประโยชน์ร่วมกันของประชาชนโดยรวมในกิจการของรัฐบาลระดับท้องถิ่น มลรัฐ หรือระดับชาติ²

(2) เจอรามี เบนธัม ได้ให้ความหมายของคำว่าประโยชน์สาธารณะไว้ว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดของประชาชนจำนวนมากที่สุด และอาจมองได้จากหลายแง่มุมด้วยกัน

(3) จังจาร์คส์ รุสโซ เห็นว่าผลประโยชน์สาธารณะคือเจตนารมณ์ของสาธารณะหรือคนส่วนใหญ่

(4) เอ็ดมันด์ เบอริค เห็นว่าเป็นผลประโยชน์ของสาธารณชนหรือของชาติที่เป็นผลพวงมาจากการอภิปรายของสมาชิกรัฐสภา³

(5) ชุนประเสริฐ สุภมาตรา ได้อธิบายว่าประโยชน์มหาชนคือประโยชน์ส่วนรวมของทุกคน มิใช่เป็นประโยชน์ของคนใดๆ โดยเฉพาะเจาะจง บางคนจึงต้องยอมสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งเท่ากับเป็นการเสียประโยชน์ทางหนึ่ง แต่ได้ประโยชน์อีกทางหนึ่ง⁴

(6) ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้ความหมายของประโยชน์สาธารณะว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่⁵

² คดี Russell v. Wheeler, 165 Colo. 296, 439 P.2d 43, 46 อ้างถึงใน Black's Law Dictionary, หน้า 1229.

³ J.d. william, public administration อ้างถึงใน ดิน ปรัชญพฤทธิ, ศัพท์รัฐประศาสนศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 329-330.

⁴ ชุนประเสริฐ สุภมาตรา, กฎหมายปกครอง (คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2480), หน้า 75.

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 333.

(7) รองศาสตราจารย์ ดร.วรวจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของประโยชน์สาธารณะว่า เป็นความต้องการอันร่วมกันของราษฎรที่ต้องการความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ความกินดีอยู่ดีทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจของราษฎรแต่ละคน ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในสังคม ซึ่งความต้องการดังกล่าวเป็นความต้องการของราษฎรแต่ละคนที่ตรงกัน จึงถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ตาม พึงสังเกตได้ว่า ประโยชน์มหาชนนี้มีใช่ผลรวมของความต้องการของราษฎรแต่ละคนเสมอไป เนื่องจากบางกรณีอาจเห็นว่าประโยชน์บางประการของราษฎร บางครั้งก็เป็นปฏิปักษ์กับประโยชน์มหาชน และราษฎรสามารถกระทำการที่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์มหาชน เพราะการใช้อำนาจอธิปไตยเป็นการแสดงออกซึ่งประโยชน์มหาชน อาจเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยไม่คำนึงถึงถึงเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงก็ได้⁶

อย่างไรก็ตาม ความหมายของสาธารณะประโยชน์ดังกล่าวข้างต้นถือได้ว่าเป็นการให้นิยามที่มีลักษณะเป็นนามธรรม จึงเป็นการยากที่จะนิยามความหมายของประโยชน์สาธารณะให้มีความครอบคลุมชัดเจน ดังนั้น จึงต้องอาศัยแนวทางในการปฏิบัติซึ่งเป็นการดำเนินการของฝ่ายปกครองมาใช้ประกอบในการนิยามความหมายของประโยชน์สาธารณะที่บัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการศึกษาถึงวิธีการดำเนินงานของรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครอง รวมทั้งความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม เพื่อเป็นการสร้างดุลยภาพระหว่างอำนาจอธิปไตยกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในทางปฏิบัติอันเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น John D. Montgomery นักกฎหมายชาวอเมริกันได้ให้นิยามประโยชน์สาธารณะไว้ 3 ประการดังนี้⁷

1. ประโยชน์สาธารณะในแง่เนื้อหาหรือเป้าหมาย (Goal Conception) โดยนัยนี้ฝ่ายปกครองต้องสร้างความพึงพอใจในประโยชน์ให้มากที่สุด เมื่อเกิดปัญหาถกเถียงเกี่ยวกับการกระทำของรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครอง การค้นหาเป้าหมายของการกระทำจะเป็นแนวทางยุติปัญหาได้
2. ประโยชน์สาธารณะในแง่ของกระบวนการ (Procedural Conception) โดยนัยนี้ถ้าพิจารณาจากเป้าหมายแล้วยังไม่อาจหาข้อยุติได้ก็ต้องแก้ไขโดยใช้กระบวนการซึ่งเป็นที่

⁶ วรวจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 21.

⁷ John D. Montgomery, "Public Interest In The Ideologies De National Development" ,The Public Interest (New York : Atherton Press,1967), p.218.

ยอมรับของการกระทำนั้น จึงจะเป็นที่ยอมรับว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ เช่น การทำประชาพิจารณ์ต่อกระบวนการของรัฐที่เป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เป็นต้น

3. ประโยชน์สาธารณะในแง่ที่เป็นความซื่อสัตย์ต่อสังคม (Loyalty to a Public Order) ตามนัยนี้จะนำมาพิจารณาเมื่อความหมายตามเป้าหมายและกระบวนการไม่ชัดเจน ผู้ปฏิบัติจึงต้องมีความสุจริตใจในการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยการหลีกเลี่ยงการใช้ความรุนแรง

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า “ประโยชน์สาธารณะ” หมายถึง ผลประโยชน์ที่ได้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม โดยผลประโยชน์ที่ว่ามีไม่ได้มีลักษณะที่ให้ประโยชน์เป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใด หรือตัวบุคคลที่ดำเนินการเอง หรือกลุ่มสมาชิกใดในสังคม นอกจากนี้ผลประโยชน์สาธารณะนั้นยังเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมจากการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในอันที่จะตอบสนองความต้องการของคนในสังคมทั้งในทางความมั่นคง ทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ หรือการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานทั้งหลาย แต่ทั้งนี้ไม่ใช่ว่าทุกคนในสังคมจะได้รับประโยชน์สาธารณะดังกล่าวเพียงแต่ตรงกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมก็เพียงพอ และประโยชน์ที่นี้อาจเป็นประโยชน์ในปัจจุบันหรือเป็นประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ทำให้สมาชิกแต่ละคนในสังคมอาจจะได้รับประโยชน์เช่นว่านั้นไม่เท่าเทียมกัน และสมาชิกของสังคมอาจจะสามารถรับรู้ถึงประโยชน์ที่ตนเองได้รับนั้นหรือไม่ก็สำคัญ

2.1.2 ลักษณะของประโยชน์สาธารณะที่ปรากฏในกฎหมายมหาชน

ลักษณะของประโยชน์สาธารณะจะเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของบุคคลในสังคมโดยส่วนใหญ่ หรือเป็นการตอบสนองความต้องการของคนอื่นซึ่งไม่ใช่เพื่อตัวผู้กระทำการเอง และอาจเป็นการกระทำของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสังคมโดยรวม หรือเพื่อให้สมาชิกในสังคมได้ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวหรือได้รับประโยชน์จากกิจการที่รัฐดำเนินการ แต่อย่างไรก็ตามประโยชน์สาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่สร้างความพึงพอใจให้แก่ทุกคนในสังคม ซึ่งการที่รัฐดำเนินการเพื่อให้ทุกคนในสังคมมีความพึงพอใจและได้รับประโยชน์ที่เท่าเทียมกันคงเป็นเพียงแนวความคิดทางทฤษฎีไม่สามารถนำมาปฏิบัติได้จริง แม้ว่าลักษณะของประโยชน์สาธารณะดังกล่าวจะไม่สามารถตอบสนองความต้องการของคนในสังคมได้แต่ต้องเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับความต้องการส่วนใหญ่ในสังคม และจะต้องไม่ใช่เป็นไปเพื่อความต้องการของผู้ที่ดำเนินการจัดทำการกระทำนั้น หรือเป็นการจงใจเพื่อประโยชน์ของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

ประโยชน์สาธารณะที่ปรากฏในกฎหมายมหาชนนั้นมีลักษณะสำคัญที่น่าพิจารณา คือ รัฐหรือฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ดำเนินกิจการต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมได้ในฐานะเป็นผู้ที่มีอำนาจโดยตรงในการที่จะต้องจัดทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ ส่วนกิจการที่รัฐจะกระทำนั้นต้องพิจารณาจากความต้องการของบุคคลในสังคมว่าเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ไม่ใช่ความต้องการคนเพียงคนเดียวหรือคนกลุ่มน้อย ซึ่งความต้องการดังกล่าวนั้น อาจจะเป็นความต้องการพื้นฐานของคนจำนวนมากที่มีความต้องการเหมือนกัน เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ถือว่าความต้องการนั้น ๆ เป็นความต้องการของส่วนรวมได้ ดังตัวอย่างเช่น คนในสังคมต้องการความเป็นอยู่ที่สงบสุข ซึ่งความต้องการดังกล่าวเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม ความต้องการในลักษณะนี้จึงถือเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น รัฐจึงต้องดำเนินการให้มีการป้องกันประเทศโดยการตราพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530 หรือคนส่วนใหญ่ในสังคมต้องการความสะดวกสบายในการเดินทางรัฐจึงต้องจัดบริการถนนสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการดังกล่าวโดยการตราพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543 เป็นต้น นอกจากนี้ ประโยชน์สาธารณะอาจปรากฏในรูปแบบที่รัฐกระทำการเพื่อตอบสนองความต้องการของรัฐเอง แต่มีจุดมุ่งหมายเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นเป้าหมายสุดท้าย เช่น การที่รัฐวางแผนทางในการจัดเก็บภาษีเพื่อให้รัฐมีกำลังเงินงบประมาณมากพอที่จะนำเงินงบประมาณของรัฐไปลงทุนในสาธารณูปโภคเพื่อประชาชน เช่น การจัดสร้างการทางหลวงแผ่นดิน การจัดบริการไฟฟ้า ประปา เป็นต้น

การพิจารณาประโยชน์สาธารณะที่ปรากฏในกฎหมายมหาชนนอกจากจะต้องพิจารณาว่าเป็นประโยชน์ต่อคนส่วนมากในสังคมซึ่งจะต้องไม่ใช่เป็นประโยชน์ต่อเฉพาะกลุ่มหรือตัวผู้จัดทำเองแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงความต้องการของคนในสังคมที่สามารถเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา เช่น ในอดีตการเดินทางโดยใช้รถลากเป็นยานพาหนะ ก็ต้องการถนนที่ทำด้วยดินก็เพียงพอ แต่ต่อมาความต้องการเปลี่ยนแปลงไปจากการใช้รถลากเป็นพาหนะในการเดินทางมาเป็นรถยนต์ รถไฟ ถนนดินเหล่านั้นก็ไม่สามารถสนองความต้องการได้ จึงต้องมีการสร้างถนนลาดยาง ทางรถไฟ หรือถนนคอนกรีตขึ้นมาแทนจึงมีการตราพระราชบัญญัติการรถไฟ พ.ศ.2494 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 เป็นต้น ดังนั้นหากรัฐเพิกเฉยไม่ตอบรับกับความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปก็อาจกลายเป็นว่าไม่สามารถตอบสนองความต้องการของสาธารณชนได้ ดังตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 ซึ่งต่อมารัฐออกมาพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ.2542 ออกมายกเลิกเนื่องจากความเหมาะสมและข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป เป็นต้น

การที่รัฐต้องกระทำกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นหลักกฎหมายที่บังคับให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายที่มีสภาพและวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แม้ว่ากฎหมายที่ออกมานั้นจะกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนบ้างก็ให้สามารถกระทำได้หากฝ่ายปกครองเห็นว่ามิใช่ประโยชน์กับส่วนรวม

2.1.3 วัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะ

ความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเอกชนก็คือหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการโดยที่วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่กฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์เฉพาะตนโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นแนวความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะจึงปรากฏเด่นชัดในกฎหมายมหาชน และกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มุ่งเสริมสร้างความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนให้มีความเข้าใจและสามารถทำให้เกิดความสงบสุขในการอยู่รวมเป็นสังคม เมื่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนแยกเป็นสิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนแล้วก็อาจจะเข้าใจว่าเป็นเรื่องของแต่ละปัจเจกชน แต่การที่แต่ละปัจเจกชนมีความต้องการตรงกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในอันที่ถูกคุ้มครองและรับรองโดยกฎหมาย ดังนั้นเท่ากับว่าเป็นความต้องการของมหาชนที่ตรงกันเป็นประโยชน์สาธารณะนั่นเอง ดังนั้นการทำงานและดำเนินการของรัฐและหน่วยงานของรัฐจึงถูกผูกพันกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกฎหมายมหาชนก็ต้องการที่จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อมหาชนหรือประชาชนโดยส่วนรวม “ประโยชน์สาธารณะ” จึงเข้ามาเป็นตัวแปรที่ฝ่ายรัฐต้องพิจารณาและให้ความสำคัญอยู่ตลอดเวลา ผูกพันกับการกระทำและผลที่จะเกิดจากการกระทำดังกล่าว ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในบางครั้งการกระทำนั้นก็อาจจะมีผลทำให้ปัจเจกชนบางคนหรือบางกลุ่มถูกกระทบสิทธิเสรีภาพหรือถูกละเมิด แต่ถ้าการนั้นได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่จะได้รับเมื่อเทียบกันแล้วสมประโยชน์มหาชนมากกว่าและอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ปัจเจกชนผู้นั้นหรือกลุ่มนั้นก็ไม้อาจได้แย้งการกระทำนั้นได้

2.1.3.1 ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นขอบเขตอย่างกว้าง

แนวความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะอาจถือได้ว่าเป็นขอบเขตกว้างที่สุดของการใช้กฎหมายมหาชน กล่าวคือการใช้อำนาจของรัฐต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจัดองค์กรและการให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐเหนือเอกชนจึงต้องเป็นไปเพื่อตอบสนอง

ประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การกระทำใดก็ตามที่ไม่ถือว่าเป็นการตอบสนองประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือองค์กรของรัฐจะกระทำไม่ได้ ซึ่งแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะนี้ได้ถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานของกฎหมายสารบัญญัติแทบทั้งสิ้น อาทิเช่น⁸

(1) ทฤษฎีบริการสาธารณะ (Theorie de service public) คำว่าบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสปรากฏอยู่ในงานเขียนของนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนหลายคน เช่น

ศาสตราจารย์ Rene' Chapus กล่าวว่า กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการหรือดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณะประโยชน์

ศาสตราจารย์ Geston Je'ze กล่าวว่า การจะพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะก็ให้ดูที่จุดมุ่งหมายของการก่อตั้งองค์กรหรือกิจกรรมนั้น

ศาสตราจารย์ Jean de Soto กล่าวว่า คำนิยามของบริการสาธารณะอาจแยกเป็นสองลักษณะคือทางด้านการเมือง เช่น ความปลอดภัย และทางด้านกฎหมาย เช่น เกิดจากความไม่เพียงพอหรือไม่สามารถจัดทำได้โดยเอกชน

ศาสตราจารย์ Le'on Duguit กล่าวว่า หมายถึง กิจกรรมทุกประเภทที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครองเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้ เพราะกิจการเหล่านี้โดยสภาพแล้วไม่อาจทำสำเร็จได้หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง⁹

ในส่วนของนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนในประเทศไทยนั้น ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะว่า “บริการ

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 342-344.

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 3-5.

สาธารณะ” หมายถึงกิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน¹⁰

จากความหมายข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า การจะเป็นบริการสาธารณะได้นั้นจะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้ ประการแรก ต้องเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น หากเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่มุ่งต่อประโยชน์ส่วนตัวขององค์กรโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นทางการเงินหรือทางอื่นก็ไม่ถือเป็นบริการสาธารณะ ประการที่สอง ผู้ประกอบกิจกรรมสาธารณะนั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือกระทำภายใต้การควบคุมของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ดังนั้น การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะของเอกชนที่ไม่มีการควบคุมโดยตรงจากองค์กรของรัฐ เช่น สมาคม มูลนิธิ จึงไม่ใช่บริการสาธารณะ ประการสุดท้าย คือวิธีการที่ใช้ในการกระทำต้องเป็นวิธีการตามกฎหมายมหาชนซึ่งไม่ใช่กฎหมายทั่วไป

(2) ทฤษฎีสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (domaine public) ทรัพย์สินใดจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้นั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญ ดังนี้ คือ เป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่ใช้หรือสงวนไว้เพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกัน หรือเป็นทรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ซึ่งหมายถึงจะต้องใช้เพื่อดำเนินบริการสาธารณะ เช่น สถานที่ราชการ บ่อม เรือรบ ฯลฯ ดังนั้น ทรัพย์สินของแผ่นดินที่ไม่มีลักษณะเช่นว่านี้ไม่ถือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่อาจจะเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินประเภทอื่น เช่น ที่ราชพัสดุ ซึ่งสามารถนำมาหาประโยชน์หรือหารายได้เหมือนทรัพย์สินของเอกชนได้ และถ้าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน กฎหมายมหาชนจะให้ความคุ้มครองพิเศษ คือ บังคับคดีไม่ได้ ยกอายุความขึ้นต่อผู้รัฐไม่ได้และจำหน่ายโอนโดยกฎหมาย ในขณะที่เป็นทรัพย์สินธรรมดาของแผ่นดินจะได้รับความคุ้มครองเพียงบังคับคดีไม่ได้เท่านั้น

(3) การตั้งองค์กรมหาชน (Etablissement public) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือราชการอิสระ ต่างต้องเป็นไปเพื่อดำเนินกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของมหาชน

¹⁰ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 24-25, 142.

2.1.3.2 ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อรัฐและหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ผลก็คือศาลต้องมีหน้าที่ควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำหรือนิติกรรมการปกครองออกนอกกรอบประโยชน์สาธารณะ ซึ่งส่งผลสำคัญทางกฎหมายมหาชนหลายประการทางกฎหมายดังนี้¹¹

ประการแรก การใช้อำนาจมหาชนที่กฎหมายให้กับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์ของกลุ่มที่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ ก่อให้เกิดสภาพ "การใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์" หรือ "การใช้อำนาจโดยบิดผัน" (détournement de pouvoir) ซึ่งศาลพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้

ประการที่สอง ถ้าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ไม่ดำเนินการ ศาลจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดทางปกครองได้ ดังตัวอย่างในบางสถานการณ์ เช่น ในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงแม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือแม้มีกฎหมายแต่อำนาจที่กฎหมายให้ไว้ไม่เพียงพอ ศาลปกครองก็ถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะระหว่างนั้น แม้จะเกินอำนาจที่กฎหมายให้ไว้หรือจะขัดกฎหมาย¹² ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้ควบคุมของศาลปกครองตั้งที่ประธานสภาแห่งรัฐโอดอง (Odent) กล่าวไว้ว่า "หลักกฎหมายเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง (circonstances exceptionnelles) นี้ อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ การรักษาเอกราชของชาติไว้เหนืออื่นใด เมื่อชาตินั้นถูกคุกคามถึงเป็นถึงตาย ความจำเป็นเฉพาะหน้าสำคัญเหนือกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมาย และเฉพาะเหตุนี้เท่านั้นที่ความชอบธรรมอยู่เหนือความชอบด้วยกฎหมาย เจตนารมณ์อยู่เหนือตัวหนังสือ"

ประการที่สาม ในการใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายให้ไว้เพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องนั้นถ้าฝ่ายปกครองใช้ "ประโยชน์สาธารณะ" เป็นเครื่องตัดสินในเรื่องนั้น ๆ เช่น อนุมัติหรือไม่อนุมัติต้องถือว่าชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น เช่น ในการสอบคัดเลือกเมื่อมีคนได้คะแนนเท่ากันหลายคน ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเลือกคนที่อยู่ในเมืองนั้น เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการทำงาน ศาลถือว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ตรงกันข้ามการจำกัด

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 345.

¹² ดู คำพิพากษา C.E. 31 มีนาคม 1954 Baudet, Rec., p. 196.

อำนาจดุลพินิจของตนเองโดยไม่ดูข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องถือเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลเพิกถอนได้ แต่ถ้าในเรื่องนั้นกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจเลย แต่ให้อำนาจผูกพัน คือ ถ้าครบเงื่อนไขต้องกระทำ ศาลก็ไม่อาจใช้ "ประโยชน์สาธารณะ" มาควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เพราะถึงอย่างไรฝ่ายปกครองก็ต้องทำตามกฎหมายนั้นอยู่แล้ว

ประการที่สี่ ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นฝ่ายปกครองจะทำเกิน "ประโยชน์สาธารณะ" ที่ตนมีหน้าที่ต้องตอบสนองไม่ได้ และถ้าในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งไปกระทบกับประโยชน์สาธารณะอีกอย่างหนึ่งอย่างรุนแรง โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงให้เห็นว่าพยายามประสานประโยชน์สาธารณะ 2 อย่างนี้ให้ดีที่สุด ไม่ให้ขัดแย้งกันมาก ถึงขนาดอันหนึ่งทำลายอีกอันหนึ่ง ศาลก็จะเพิกถอนกระทำอันหลังที่ไปกระทบอันแรกที่มีอยู่ก่อน เช่น ในการทำทางด่วน (ประโยชน์สาธารณะทางหลวง) ฝ่ายปกครองตัดถนนทางด่วนนั้นเข้าไปตรงกลางโรงพยาบาลโรคประสาท (ประโยชน์สาธารณะทางสาธารณสุข) เลย สภาแห่งรัฐพิพากษาว่า "ในเงื่อนไขเช่นนี้ แม้การก่อสร้างทางทั้งสองจะเป็นประโยชน์ในการคมนาคม แต่ก็ชอบที่จะขอให้ศาลเพิกถอนได้ เพราะการมีทางและการใช้ทางนั้นจะเกิดการรบกวนอย่างรุนแรงต่อการรักษาพยาบาลผู้ป่วยทางจิตของจังหวัด อันเป็นการกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างรุนแรง ถึงขั้นตอนเพิกถอนการประกาศให้ทางหลวงสายนี้เป็นสาธารณประโยชน์" ซึ่งพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนอธิบายว่าเป็นเพราะ "ฝ่ายปกครองไม่ได้ประสานประโยชน์สาธารณะ 2 อย่างที่ขัดกัน" ให้ดี¹³ ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจะไปรบกวนการดำเนินการของโรงพยาบาล ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ถึงขนาดให้โรงพยาบาลต้องเลิกการบริการทางสาธารณสุขต่อประชาชน เพราะเหตุที่โดนถนนตัดผ่าน เท่ากับว่าได้มีการคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เป็นผู้ป่วยในโรงพยาบาล ถึงประโยชน์ที่จะได้จากการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อกิจการทั้งสองต่างก็เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเหมือนกัน ฝ่ายปกครองที่ต้องการสร้างถนนก็ควรจะหาความสมดุลที่จะประสานระหว่างประโยชน์สาธารณะของกิจการทั้งสองและสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนผู้ที่ได้ประโยชน์ และเสียประโยชน์พิจารณาไปพร้อมกัน ถ้าหากว่ามีทางออกทางอื่นที่ดีและทุกฝ่ายได้รับประโยชน์ ฝ่ายปกครองก็ต้องเลือกทางดังกล่าวก่อน เช่น ตัดถนนอ้อมโรงพยาบาล หรือเปลี่ยนเส้นทาง แม้จะมีผลกระทบคือค่าใช้จ่ายในการตัดถนนอาจสูงขึ้น แต่ก็ทำให้สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ป่วยในโรงพยาบาลได้ เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพก็เป็นกรกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นกัน

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 342-347.

2.1.3.3 ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐ

องค์กรรัฐในฐานะผู้แทนประชาชนจะต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของประชาชน ซึ่งก็คือการยึดถือประโยชน์สาธารณะเป็นที่หลักทำให้ไม่สามารถจะกระทำการใด ๆ อันมีผลลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือมีผลทำให้ประโยชน์สาธารณะไม่ได้รับการตอบสนองเท่าที่ควรจะเป็น ดังนั้น การนำเอาประโยชน์สาธารณะมาเป็นเกณฑ์การพิจารณาตรวจสอบถึงการกระทำของรัฐว่าสมกับวัตถุประสงค์หรือไม่¹⁴

ประโยชน์สาธารณะในฐานะตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานของรัฐว่าเป็นการใช้อำนาจที่มีเกินขอบเขตหรือผิดวัตถุประสงค์หรือไม่ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจโดยบิดผัน (détournement de pouvoir) ซึ่งในกรณีนี้องค์กรศาลสามารถเพิกถอนและเข้ามาเยียวยาได้ ป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองเพิกเฉยต่อหน้าที่ที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิเช่นนั้น ศาลอาจถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากมีอำนาจและหน้าที่ที่ต้องกระทำ แต่ไม่กระทำการตามอำนาจที่มี แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณี เช่น สถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง

2.1.4 องค์กรของรัฐที่สัมพันธ์กับประโยชน์สาธารณะ

ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐกับประโยชน์สาธารณะนั้นมีความสัมพันธ์เชิงภารกิจที่แตกต่างคือ องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่พิจารณาว่าอะไรเป็นประโยชน์หรือไม่เพื่อตรากฎหมายออกมาบังคับใช้เนื่องจากเป็นตัวแทนของประชาชน รวมทั้งทำการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจและหน้าที่ให้แก่ฝ่ายบริหารในการนำไปปฏิบัติให้บรรลุวัตถุประสงค์และองค์กรฝ่ายบริหารมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ โดยการปฏิบัติตามการกำหนดหน้าที่ที่กำหนดในกฎหมาย สมเจตนารมณ์ของกฎหมาย และองค์กรตุลาการทำหน้าที่คอยตัดสินหรือเมื่อข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งว่าหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ โดยเฉพาะทำการชี้ขาดถึงประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้แต่ไม่แน่ชัด ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึง

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 345 – 347.

ความสัมพันธ์ดังกล่าวในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐคือองค์กรนิติบัญญัติ กับประโยชน์สาธารณะ ดังนี้

การปกครองในระบบรัฐสภาที่มีการแบ่งองค์กรที่ใช้อำนาจเป็น 3 ฝ่ายคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ โดยแต่ละองค์กรจะมีการคานและถ่วงดุลย์อำนาจระหว่างกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมาย โดยหลักสำคัญในการออกกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงเพื่อไม่ให้กฎหมายที่ออกมาไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อประชาชน คือ เนื้อหา เวลาและสถานที่ รายละเอียดดังต่อไปนี้

ก. เนื้อหา

เนื้อหาของกฎหมายต้องมีความเหมาะสมเป็นไปตามหลักนิติธรรมและมีความมุ่งหมายของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองและตอบสนองต่อประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม¹⁵ ในปัจจุบันนี้ตามสภาพเศรษฐกิจสังคมและสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปจากอดีตมาก จึงทำให้เกิดการขยายขอบเขตของเนื้อหาประโยชน์สาธารณะกว้างกว่าเดิม กล่าวคือ ในปัจจุบันมีการออกกฎหมายโดยคำนึงประโยชน์สาธารณะเพื่อตอบสนองตามความต้องการของประชาชนที่เพิ่มมากขึ้นโดยเฉพาะในทางเศรษฐกิจ ในอดีตประโยชน์สาธารณะทางเศรษฐกิจไม่เป็นที่ยอมรับ ลักษณะของกฎหมายต่าง ๆ ที่ออกมาจะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้กับฝ่ายปกครองของรัฐ ดำเนินกิจการต่างๆ ที่เป็นประโยชน์สาธารณะ ถือว่าเป็นการดำเนินการต่างๆ นั้น เป็นหน้าที่ของรัฐไม่ใช่เอกชน เช่น การบำรุงรักษากองทัพควรเป็นหน้าที่ของกระทรวงกลาโหม เพราะเป็นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศจึงไม่ควรให้เอกชนเข้ามาดำเนินการ เป็นต้น เมื่อข้อเท็จจริงทางสังคม การเมืองและสภาพเศรษฐกิจเปลี่ยนไป เกิดการเรียกร้องให้ภาครัฐเข้ามามีบทบาทแทรกแซงทางเศรษฐกิจและสังคม โดยใช้กฎหมายเป็นกลไกที่สำคัญในการแก้ไขความต้องการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงมีการตรากฎหมายรับรองประโยชน์สาธารณะขึ้นใหม่ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจ พ.ศ. 2541 เป็นต้น

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 339 – 340.

ข. เวลาหรือยุคสมัย

ขอบเขตของประโยชน์สาธารณะในแง่ของเวลา คือ เมื่อเวลาเปลี่ยนไป ความต้องการของประชาชนส่วนรวมอาจจะมีการเปลี่ยนแปลง การพิจารณาว่าอะไรที่เป็นประโยชน์สาธารณะต้องมีการคำนึงถึงช่วงระยะเวลา เนื่องจากคนเรามีความต้องการที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น สิ่งที่เป็นประโยชน์สาธารณะในปัจจุบันอาจจะไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะอีกต่อไปหากอนาคตความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป

นอกจากนี้ ขอบเขตของประโยชน์สาธารณะในด้านเวลาอาจหมายถึง ความเหมาะสมของระยะเวลาในการบังคับใช้กฎหมาย ถ้าในขณะนั้นกฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับความต้องการของสังคมส่วนรวมก็ถือได้ว่ามีความเหมาะสมทางด้านเวลา หากต่อมาความต้องการเปลี่ยนแปลงไปหรือกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถตอบสนองได้อีกต่อไป ก็เท่ากับว่าไม่มีความเหมาะสมทางด้านของเวลาก็จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและสนองความต้องการของประชาชนในขณะนั้น

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการเวนคืนและการผังเมือง แต่เดิมนั้นศาลจำกัดตัวเองอยู่ที่การพิจารณาว่าการเวนคืนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชน (utilité publique) หรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาอย่างนามธรรมและทั่วไป เมื่อนิยามของคำว่า “ประโยชน์มหาชน” มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาตามการพัฒนาของการแทรกแซงทางเศรษฐกิจและสังคม การควบคุมของศาลจึงลดประสิทธิภาพลงเรื่อย ๆ เพื่อปกป้องประโยชน์มหาชน รัฐได้นำแนวคิดความได้สัดส่วนมาใช้โดยตัดสินอย่างแข็งขันว่า “การดำเนินการอย่างหนึ่งจะสามารถเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์มหาชนในทางกฎหมายได้ถ้าการดำเนินการนั้นกระทบต่อทรัพย์สินของเอกชน โดยที่ราคาและข้อเสียทางสังคมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นนั้นไม่เกินเลยประโยชน์ที่ได้รับ” ซึ่งการพิจารณาถึงประโยชน์ในช่วงระยะเวลานั้นๆประกอบด้วย¹⁶

¹⁶ 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle Est"*, Rec. 410 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักแห่งความได้สัดส่วน,” *วารสารนิติศาสตร์* 20 (2533) : 104.

ค. สถานที่และผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ผู้ที่มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ คือ องค์กรของฝ่ายปกครองซึ่งมีทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น โดยในแต่ละส่วนมีอำนาจและหน้าที่เป็นของตนเองในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ลักษณะของประโยชน์สาธารณะจะไม่เด็ดขาดหรือชี้ชัดลงไปแน่นอน แต่จะมีความสัมพันธ์กับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ทำให้ลักษณะของประโยชน์สาธารณะเป็นพลวัตไม่หยุดนิ่ง

นอกจากหลัก 3 ประการข้างต้น ซึ่งเป็นหลักสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงในการออกกฎหมายเพื่อเป็นการคุ้มครองปัจเจกชนแล้ว ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องออกกฎหมายที่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพบางประการของปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าวจะมีการกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ รัฐสภาจะเป็นผู้ตัดสินว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ รัฐสภาตรากฎหมายแต่ละฉบับก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ การที่จะออกกฎหมายเพื่อที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้น อาจมีการเขียนอธิบายในหลักการและเหตุผลในการออกกฎหมายแต่ละฉบับเพื่อแสดงวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายนั้นๆ หรืออาจจะปรากฏอยู่ในเนื้อหาของกฎหมาย เช่น

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งได้มีการระบุเหตุผลไว้ในหมายเหตุของการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้คือ โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจการลงทุนและการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹⁷

พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ เป็นการตอบสนองต่อความต้องการใช้ไฟฟ้าของประชาชน และเพื่อให้การดำเนินการผลิตกระแสไฟฟ้าสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน

¹⁷ ราชกิจจานุเบกษา , เล่ม 116 ตอนที่ 123ก ลงวันที่ 4 ธันวาคม 2542

และการดำเนินการของภาคธุรกิจ จึงให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอำนาจใช้สอยและครอบครองอสังหาริมทรัพย์ เพื่อประโยชน์ในการสำรวจแหล่งพลังงานและสถานที่สำหรับใช้ผลิตกระแสไฟฟ้าโดยจะจ่ายค่าชดเชยให้กับบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ ในอัตราที่เป็นธรรม เพื่อให้บรรลุประโยชน์ในการผลิตกระแสไฟฟ้าให้ประชาชนส่วนรวมใช้ ปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2535 ออกมาแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากหลักสำคัญที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วเพื่อให้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติสามารถรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้สมดังเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้องคำนึงถึงหลักความเหมาะสมและหลักความจำเป็นประกอบในการออกกฎหมายแต่ละฉบับ

2.2 แนวความคิด ทฤษฎี ที่มาของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

แนวความคิดและทฤษฎีในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในปัจจุบันได้มีการพัฒนาเป็นระยะเวลายาวนานในทางประวัติศาสตร์ตั้งแต่ยุคกลางของยุโรป โดยมีเหตุการณ์สำคัญที่เด่นชัดในแนวความคิดดังกล่าว จากการประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา (Bills of Right) และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ทั้งสองประเทศเป็นรูปแบบของการรับรองสิทธิและเสรีภาพที่มีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆทั่วโลกให้เห็นถึงความสำคัญของการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งการรับรองสิทธิดังกล่าวมักจะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ

ในรัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นรัฐธรรมนูญจะบัญญัติสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนไว้ ซึ่งสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเพียง “แม่บท” ซึ่งจะต้องมีกฎหมายออกมาขยายความหมาย เงื่อนไข ขอบเขต มาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน รวมทั้งกำหนดหน้าที่ของบุคคลทั่วไปให้เคารพสิทธินั้นและกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน แต่การออกกฎหมายขยายรายละเอียดดังกล่าวจำต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเป็นหลัก เช่น เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติถึงเสรีภาพในเคหสถาน กฎหมายลำดับรองควรเคารพเจตนารมณ์เรื่องการคุ้มครองสิทธิในที่อยู่อาศัยไม่จำกัดขอบเขตเพียงแค่อุณหภูมิที่พักอาศัย หรือเมื่อ

รัฐธรรมนูญบัญญัติถึงสิทธิในทรัพย์สิน จะออกกฎหมายคุ้มครองตามโดยจำกัดขอบเขตเพียง สंहามทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้

รัฐธรรมนูญนอกจากจะมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ แล้ว ในรัฐธรรมนูญก็ยังมี การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในบางกรณี สืบเนื่องจากคนบางคน หรือทุกคนอาจต้องถูกจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้สอดคล้องกับ ทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ว่า บุคคลที่เข้ามาอยู่รวมกันเป็นสังคมต้องสละสิทธิบางประการเพื่อแลก กับประโยชน์ที่จะได้จากการมาอยู่รวมเป็นสมาชิกของสังคม

2.2.1 แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน

สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในรัฐเป็นสิ่งที่รัฐต้องให้การยอมรับและคุ้มครอง ดูแลมิให้ถูกลิดรอนในการใช้สิทธิและเสรีภาพ โดยนำหลักนิติรัฐและหลักรัฐธรรมนูญนิยามมา คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งสาระสำคัญของทั้ง 2 หลักข้างต้นมีดังนี้

2.2.2.1 หลักนิติรัฐ (Rule of Law)

หลักนิติรัฐ (Rule of Law) หรือหลักนิติธรรมนี้เป็นหลักหนึ่งซึ่งเป็นที่ ยอมรับของรัฐประชาธิปไตยในปัจจุบันและถือเป็นหลักสำคัญในการปกครองของรัฐ ซึ่งหมายถึง การที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง เท่ากับว่าอำนาจอธิปไตยของ รัฐได้ถูกจำกัดลงโดยข้อจำกัดตามกฎหมายซึ่งรัฐตราขึ้นเอง ดังนั้นรัฐต้องเคารพใน สิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่ปัจเจกชน เมื่อใดก็ตามที่รัฐจะกระทำการใดอันเป็น การกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนรัฐต้องอาศัยกฎหมายเพื่อให้กระทำการ ได้¹⁸ และนอกจากการรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้วรัฐที่เป็นนิติรัฐนั้นจะต้องมีลักษณะ ดังนี้¹⁹

¹⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่าย ปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชา นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 10.

¹⁹ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 124-126.

1. กฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งใดหมด เมื่อมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว แม้จะเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐก็ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้วเจ้าพนักงานกระทำการใดๆ ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เจ้าพนักงานของรัฐก็ย่อมมีความผิด

2. ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐยอมกำหนดไว้แน่นอน ดังนั้น หากรัฐโดยอมรับหลักนิติรัฐแล้วยอมจะแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ โดยกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจทั้ง 3 นี้ไว้อย่างชัดเจน

3. ผู้พิพากษาต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยทั่วไปจะต้องมีหลักประกันนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถพิจารณาพิพากษาได้โดยอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของหน่วยงานใด ส่งผลให้ประชาชนได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง

การสังเกตว่ารัฐโดยอมรับหลักนิติรัฐในการปกครองรัฐของตน พิจารณาได้จากรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นมีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งสิทธิเสรีภาพที่รับรองโดยทั่วไปก็คือ เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น

เมื่อหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมคือหลักการสำคัญต่อการปกครองรัฐ ผลที่ตามมาก็คือ เมื่อจะต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนคนหนึ่งคนใด องค์กรทั้งหลายของรัฐจึงจำเป็นต้องถามตนเองก่อนว่ามีกฎหมายฉบับใดและมาตราใดให้อำนาจแก่ตนในการกระทำ การเช่นนั้นหรือไม่ และหากไม่มีองค์กรของรัฐนั้นๆ ก็จะต้องละเว้นที่จะไม่ไปกระทำการดังกล่าวด้วยเหตุดังนี้ เมื่อต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใด เพื่อแสดงให้เห็นว่าตนมีอำนาจกระทำได้ คำสั่งทั้งหลายขององค์กรของรัฐ จึงต้องเริ่มต้นด้วยความข้อความที่ว่า “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ... แห่งกฎหมาย...” เพื่อยืนยันถึงอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งของตน²⁰

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมนี้ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆของรัฐได้อย่างมี

²⁰ อีระ สุธีวรางกูร, “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง,” วารสารนิติศาสตร์ 29 (ธันวาคม 2542) : 580 - 581.

ประสิทธิภาพที่สุด ดังนั้น ปฎิญาสาสกลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 จึงได้ประกาศไว้ในคำปรารภว่า “เพื่อป้องกันมิให้มนุษย์จำต้องก่อการจลาจลขึ้นในฐานะที่เป็นวิถีทางสุดท้ายในการต่อต้านทรราชย์และการกดขี่ข่มเหง จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องประกันสิทธิมนุษยชนโดยอาศัยหลักนิติธรรม” นอกจากนั้นแล้วหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมนี้ ยังมีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิดถึงขนาดกล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐและเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นจึงจะควรค่าแก่การเรียกว่า “นิติรัฐ”²¹

ตามทีเ้าใจในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ หลักนิติรัฐ หรือ หลักนิติธรรมมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” (The Principle of the Legality of Administrative Action) และ “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” (The Principle of the constitutionality of Legislation)²² ซึ่งจะหมายความว่า การกระทำในทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐไม่สามารถกระทำการใดๆ อันอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพต่อปัจเจกชน ข้อยกเว้นอาจจะกระทบได้ก็ตามที่กฎหมายกำหนดแต่ละกรณี เช่น เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่การกระทำดังกล่าวก็ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ก่อนและกฎหมายนั้นก็ต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกด้วย ดังนั้น การที่รัฐนำหลักนิติรัฐมาใช้ก็เท่ากับเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งหลักนิติรัฐนี้ มีหลักการที่ตรงกันข้ามกับรัฐตำรวจ (police state) ซึ่งเป็นการที่องค์กรที่ใช้อำนาจสามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ อีกทั้งวัตถุประสงค์เป็นตัวกำหนดวิธีการ รัฐตำรวจจึงสามารถทำการใด ๆ ก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำดังกล่าวชอบธรรมหรือไม่ เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งที่ประสงค์ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะกระทบสิทธิเสรีภาพปัจเจกชนหรือไม่ก็ตาม²³

²¹ Michel FROMONT, Alfred RIEG, (Sous la direction de), Introduction au droit allemand, Tome II, Droit public – Droit prive’, op. cit., p. 13, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 66.

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 65 - 66.

²³ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, ที่มาของกฎหมายมหาชน, เอกสารประกอบการสอนกฎหมายมหาชนเบื้องต้น คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541, หน้า 190.

นอกจากนี้ประเทศเยอรมันในเรื่องหลักนิติรัฐกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง นั้นหลักนิติรัฐเรียกร้องตรากฎหมายให้ชัดเจนเพื่อประชาชนจะได้ทราบว่ามีความหมายบัญญัติห้าม หรือให้สิทธิใดไว้อย่างไรบ้าง และให้มีองค์ตุลาการเพื่อประกันสิทธิให้แก่ประชาชนในกรณีที่ได้รับความสะดวกจากการกระทำของฝ่ายปกครอง²⁴

ในส่วนของประเทศไทยก็ถือว่ามีกรปกครองโดยกฎหมายที่เรียกว่านิติรัฐ ไม่ใช่ การปกครองโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง อะไรก็ตามที่กฎหมายไม่ห้าม ประชาชนทำได้ทั้งสิ้น เพราะถือเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก การจำกัดโดยกฎหมายเป็นข้อยกเว้น แต่ในทางตรงกันข้าม หากเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้มีอำนาจรัฐ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ต้องถือว่าทำไม่ได้ และถ้าจะทำอะไรที่ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมาย²⁵

2.2.1.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

เป็นแนวความคิดที่จะใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรให้เป็นเครื่องมือ ในการกำหนดรูปแบบในการปกครองประเทศและกำหนดกลไกของโครงสร้างพื้นฐาน ในการจัด องค์การบริหารของรัฐ จากพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์พบว่าในระยะแรก ๆ ของบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญตามแนวทางของรัฐธรรมนูญนิยมมีลักษณะค่อนข้างจะจำกัด มีจำนวนบทบัญญัติไม่ มาก และมักจะเน้นในการระบุถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอันเป็นปัญหาดั้งเดิม ที่เกิดจากการ ใช้อำนาจโดยมิชอบของบรรดาพระมหากษัตริย์ในยุโรป²⁶ รัฐธรรมนูญที่เขียนขึ้นตามแนวทางของ หลักรัฐธรรมนูญนิยมของแต่ละประเทศ ย่อมมีความแตกต่างกันออกไปตามสภาพสังคมและ พัฒนาการการปกครองที่มีมาตั้งแต่อดีต รวมถึงความพร้อมของกลไกที่ใช้บริหารและปกครอง ประเทศที่แต่ละประเทศมีและใช้อยู่ในขณะที่เขียนรัฐธรรมนูญ การร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตาม หลักรัฐธรรมนูญนิยมมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะกำหนดกลไกที่เป็น infra-structure ในการ

²⁴ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537), หน้า 186-7.

²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ” คำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา (20 มิถุนายน 2544), หน้า 67.

²⁶ อมร จันทรสุมบูรณ์, คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) : ทางออกของ ประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2537), หน้า 9.

บริหารงานของรัฐ โดยมีความมุ่งหมายหลายประการ เช่น เพื่อการถ่วงดุลของอำนาจในการปกครอง ความมีเสถียรภาพขององค์กรทางการเมือง และการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เป็นต้น

ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ถือได้ว่าเป็นประเทศที่มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายมหาชนและเป็นประเทศที่วางรากฐานการจัดทำรัฐธรรมนูญในระบบรัฐสภา ซึ่งเป็นระบบที่มีปัญหาการผูกขาดของอำนาจพรรคการเมืองที่รวมกลุ่มกันเข้ามาครอบครองอำนาจทั้งในรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ซึ่งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันประสบความสำเร็จในการนำแนวทางรัฐธรรมนูญนิยมมาใช้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทำให้รูปแบบและกลไกของระบบรัฐสภาของทั้ง 2 ประเทศ ที่เรียกว่า “rationalized parliamentary system” หรือระบบรัฐสภาสมัยใหม่เป็นแบบอย่างในการเขียนรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยด้วย หลักรัฐธรรมนูญนิยมในระบบรัฐสภาของประเทศเยอรมันเริ่มในปี ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2484) และหลักรัฐธรรมนูญนิยมในระบบรัฐสภาของประเทศฝรั่งเศสเริ่มในปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501)²⁷

หลักรัฐธรรมนูญนิยมเป็นหลักการที่ว่าด้วยการทำให้รัฐธรรมนูญมีความสมบูรณ์ในทุกด้านเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการนำไปใช้ปกครองประเทศ หลักรัฐธรรมนูญนิยมเป็นกระแสความคิดที่ให้ความสำคัญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะที่เป็นสัญญาประชาคม โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญดังนี้²⁸

ก. จำกัดอำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เกิดขึ้นก่อน และยังคงอยู่จนทุกวันนี้

ข. สร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม โดยเฉพาะสังคมที่ถึงแม้ว่าจะมีความเสมอภาคทางกฎหมายแต่มีความไม่เท่าเทียมในความเป็นจริงเพราะเหตุจากสถานะทางเศรษฐกิจและสังคม จึงจำเป็นที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นกติกาหลักของสังคมต้องลงไปมีบทบาทในการสถาปนาความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นโดยให้ความคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26 – 27.

²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ” คำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 59.

ค. สร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาลในระบบการเมืองเป็น กระแสที่เกิดขึ้นมาเมื่อประมาณ 50 ปีมานี้ คือ จะต้องใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐบาลซึ่งมีหน้าที่บริหารบ้านเมือง มีเสถียรภาพเพียงพอที่จะทำงานบริหารบ้านเมืองให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย มีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาของคนในสังคมได้

รัฐต้องนำหลักรัฐธรรมนูญนิยมมาปรับใช้โดยดำเนินการให้บรรลुวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นไปตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยม ซึ่งอาจแยกเป็นหลักที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

(1) ในรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนภายในรัฐให้ได้รับการคุ้มครอง เช่น สิทธิในเคหสถาน สิทธิในการนับถือศาสนา สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่ ฯลฯ ซึ่งการรับรองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะผูกพันองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐสภาหรือศาล

(2) มีการวางมาตรการในการควบคุมในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยอาจมีองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าว เช่น ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ศาลปกครอง หรือ อาจมีการเพิ่มวิธีการในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงาน เช่น ต้องมีการให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองทุกครั้ง

(3) มีการเสริมสร้างให้รัฐบาลมีความมั่นคงในการปกครองประเทศทำให้มีการแทรกแซงจากภายนอกได้ยากขึ้น ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความมั่นคงต่อประเทศชาติโดยส่วนรวม กล่าวคือ มีการจัดสรรการใช้อำนาจรัฐให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการปฏิรูปการเมือง

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐธรรมนูญที่ดีต้องมีหลักการของรัฐธรรมนูญนิยมโดยการจัดการรูปแบบองค์กรทางการเมืองและองค์กรของฝ่ายบริหาร รวมไปถึงการมีแนวทางการปฏิบัติงานที่ชัดเจน ลดขั้นตอนที่ไม่มีประสิทธิภาพ ลดพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว นอกจากนี้ได้มีการกำหนดรายละเอียดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว

ปัจจัยที่จะมีผลต่อเนื่องในการดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรองที่ออกมาขยายความและทำให้เกิดผลเป็นรูปธรรมในทางปฏิบัติ

ในประเทศไทยหากพิจารณาบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2540) พบว่าได้มีการขยายสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนโดยการเพิ่มบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้เป็นจำนวน 53 มาตรา ทั้งนี้โดยบัญญัติรับรองไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยในมาตรา 26-65 และในหมวด 8 ศาล ในส่วนที่ 1 บททั่วไปในมาตรา 237-347 เป็นจำนวน 11 มาตราซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2.2.2 การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540)

แนวความคิดในเรื่องของการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในประเทศไทยได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมาตั้งแต่ในอดีต นับตั้งแต่การที่คณะราษฎรปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย พ.ศ. 2475 จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 16 ฉบับ ซึ่งบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีมากบ้างน้อยบ้าง ซึ่งในรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเมื่อประกาศใช้ไปได้ไม่นานก็ถูกยกเลิกโดยคณะปฏิวัติเสมอ ทำให้บทบัญญัติเรื่องการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการพัฒนาและเอาใจใส่เท่าที่ควร ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทยไม่เหมือนกับการได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศในยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศเยอรมัน อีกทั้งความรู้และความเข้าใจในสิทธิหน้าที่ของประชาชนชาวไทยยังมีข้อจำกัดอยู่มาก แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2540) ก็ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่มากและเป็นระบบดังปรากฏอยู่ใน หมวด 3 ว่าด้วยเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ดังนั้นการที่รัฐจะมีอำนาจในการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชน หากว่าการตรากฎหมายนั้นมีมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะกระทำได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับสิทธิและเสรีภาพที่ประชาชนได้รับการคุ้มครองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นและไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาแล้ว รัฐเองก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยสิทธิและเสรีภาพ

ของประชาชนยังได้รับการคุ้มครองจากองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ได้แก่ องค์กรทางฝ่าย นิติบัญญัติ องค์กรทางฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการ²⁹

2.2.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

(1) อาจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้คำจำกัดความดังนี้

“สิทธิ” (Rights) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่า อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคน กระทำบางอย่างบางประการ ให้เกิดประโยชน์แก่ตน

“เสรีภาพ” (Liberty) คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีเหนือตนเอง³⁰

(2) ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำจำกัดความดังนี้

“สิทธิ” หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับคนอื่นต้องการกระทำตามสิทธิเรา แต่ไม่ว่าจะจะเป็นสิทธิหรือเสรีภาพต่างก็ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายสูงสุด และ “เสรีภาพ” คือ อำนาจที่จะกระทำอะไรก็ได้ โดยมีอำนาจที่เลือกประพฤดิหรือไม่ประพฤดิอย่างใดอย่างหนึ่ง³¹

²⁹ ปัญญา อุดชาชน, สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติระหว่างปี พ.ศ. 2540-2541 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2543), หน้า 26.

³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, หน้า 16.

³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 348.

(3) ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้คำจำกัดความดังนี้

“สิทธิ” ตามรัฐธรรมนูญเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนบุคคลต่อรัฐและสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลในทางปฏิบัติ

“เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล หรือเสรีภาพย่อมก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่ผู้อื่นไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจในกระทำหรือไม่กระทำการของบุคคลนั้น³²

(4) ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ได้ให้คำจำกัดความดังนี้

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย”

ความหมายของสิทธิที่กล่าวข้างต้นเป็น “สิทธิ” ตามความหมายทั่วไปแต่ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้นถือว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” (das subjektive oeffentliche Recht) หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกชนดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึงการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน (die institutionellen Garantien) ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญสิ่งที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลในทางปฏิบัติ

³² บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2543), หน้า 47-48.

ตัวอย่างของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เช่น ตามมาตรา 43 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้ อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...” หรือตาม มาตรา 52 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ...” เป็นต้น

คำที่เรียกว่า “right” ในภาษาอังกฤษนั้น ภาษาไทยเรียกว่า “สิทธิ” ซึ่งเป็นการแปลหรือบัญญัติขึ้นใหม่ในสมัยหลังให้ตรงกัน และใช้ในความหมายที่กว้างขวาง ตรงกับ คำว่า “right” ไม่ว่าจะขอบเขตของ “right” จะขยายไปเพียงใด คำว่า “สิทธิ” ก็ขยายความตามไปถึงเพียงนั้น ด้วยเหตุนี้เมื่อกล่าวถึง right to title or ownership เราก็มีคำว่า กรรมสิทธิ์เมื่อกล่าวถึง copyright, natural right หรือ human rights เราก็มีคำว่า ลิขสิทธิ์ สิทธิธรรมชาติ และสิทธิมนุษยชน ถือว่าเป็นการใช้คำว่า “สิทธิ” ในแนวคิดที่ตรงกัน³³

ส่วนเสรีภาพ หมายถึง ความอิสระที่กระทำการหรืองดเว้นการกระทำการ โดยมากจะใช้ในความหมายที่ว่า “จะทำอะไรก็ได้” มากกว่าจะทำหรือไม่ก็ได้ เช่น เมื่อพูดถึงสิทธิในการพูด ความหมายจะค่อนข้างไปในทางที่ว่า จะพูดหรือไม่ก็ได้ เรียกว่าเป็นการเลือก (choice) ถ้าพูดตามกฎหมายก็ได้รับความคุ้มครอง แต่ถ้าจะไม่พูดกฎหมายก็ไม่ว่าอะไร หากใช้คำว่าเสรีภาพในการพูดความหมายจะค่อนข้างไปในทางที่ว่า จะพูดอะไร อย่างไร ก็ได้ เรียกว่าเป็นขอบเขต (scope) มากกว่าจะเป็นเรื่องของการเลือก แต่เอาเข้าจริงแล้วเวลานี้ก็ใช้ปนๆ กันไป บางทีก็เรียกประกอบกันเป็นคำเดียวว่า สิทธิเสรีภาพ บางทีก็เรียกว่า สิทธิในเสรีภาพ คือเสรีภาพที่เป็นสิทธิชนิดหนึ่ง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มีการพูดแยกออกเป็น “ชีวิต ร่างกาย ออนามัย ทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิทั้งสิ้น และกล่าวถึงเสรีภาพ ซึ่งหมายถึงความสามารถในการเคลื่อนไหว เช่น ถ้าเอาเขาไปกักขังก็ถือว่าละเมิดต่อเสรีภาพไม่ใช่ชีวิต ร่างกาย หรือออนามัย นอกจากนี้ยังกล่าวถึง “หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” อันหมายถึงสิทธิบรรดาที่ยังไม่ได้กล่าวถึง เช่น สิทธิในชื่อเสียง หรือการไม่ให้ใครมาด่าว่า (คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487) แสดงว่ากฎหมายแพ่งก็เห็นว่าเสรีภาพเป็นสิทธิอย่างหนึ่งด้วยนั่นเอง จะเรียกว่าสิทธิในการเคลื่อนไหวก็ได้ เพราะบรรดา

³³ วิษณุ เครืองาม, “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, สู่สิทธิมนุษยชน! สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทยปัจจุบัน? (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า

หัวข้อที่กล่าวมาในมาตรา 420 เป็นเรื่องของสิทธิทั้งสิ้นดังที่พูดกันว่าละเมิดคือการประทุษร้ายต่อสิทธิผู้อื่น หรือการลวงสิทธิผิดหน้าที่ต่อสิทธิต่อผู้อื่น³⁴

สรุปจากความหมายของสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแสดงให้เห็นว่าสิทธิกับเสรีภาพมีลักษณะที่แตกต่างกันคือสิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตนอันเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำหรือไม่กระทำในสิ่งตนประสงค์จะกระทำหรือไม่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งก็คืออำนาจที่จะกระทำการใดก็ได้ โดยที่การกระทำนั้นๆ ไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายเท่ากับบุคคลอื่นและแม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้นก็เพียงหน้าที่ที่จะต้องละเว้นจากกระทำใด ๆ ที่เป็นอันอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น ตัวอย่างเช่น หากประชาชนต้องการที่จะเดินขบวนก็สามารถทำได้ ถ้าหากว่าการเดินขบวนนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม ข้อแตกต่างระหว่างสิทธิกับเสรีภาพก็คือ สิทธิเปรียบเสมือนหนึ่งรัฐต้องกระทำการให้แก่ประชาชน ซึ่งมักจะเป็นเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะอันมีประโยชน์ต่อส่วนรวม ซึ่งหากว่ารัฐไม่จัดทำบริการสาธารณะก็จะยังไม่เกิดพันธะหรือหนี้ให้รัฐต้องปฏิบัติตามหรือยังไม่เกิดสิทธิแก่ประชาชนในการเรียกร้องให้จัดทำบริการดังกล่าวได้ ในขณะที่เสรีภาพนั้นเพียงแต่มีการรับรองเสรีภาพแล้วประชาชนก็สามารถใช้เสรีภาพนั้นได้ทันที³⁵

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2540) มีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องดังต่อไปนี้

- การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- ความเสมอภาค
- สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย
- สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

³⁵ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์, ปัญหาสิทธิและเสรีภาพมหาชนชั้นสูง, เอกสารประกอบการสอนปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545, อัดสำเนา.

- สิทธิที่จะได้รับสันนิษฐานในคดีอาญาว่าเป็นผู้บริสุทธิ์
- สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัว
- เสรีภาพในเคหสถาน
- เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่
- เสรีภาพในการสื่อสาร
- เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิกาย ลัทธิทางศาสนา
- เสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน
- เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น
- เสรีภาพในทางวิชาการ
- เสรีภาพในการศึกษาอบรม
- เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ
- เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น
- สิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม
- เสรีภาพในพรรคการเมือง
- สิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน การสืบมรดกและการได้รับค่าเวนคืน
- เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรี
- ความคุ้มครองที่จะไม่ถูกเกณฑ์แรงงาน
- สิทธิรักษาพยาบาลฟรี
- สิทธิเด็กและเยาวชน
- สิทธิคนชราอายุเกิน 60 ปี
- สิทธิผู้พิการหรือทุพพลภาพ
- สิทธิที่จะร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพและสิ่งแวดล้อมที่ดี
- สิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
- สิทธิผู้บริโภค

- สิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ
- สิทธิได้รับข้อมูลในกิจกรรมที่จะมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัยคุณภาพชีวิต
- สิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครอง
- สิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์
- สิทธิในการฟ้องหน่วยราชการ
- สิทธิในการต่อต้านการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย

2.2.2.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ³⁶

สิทธิและเสรีภาพอาจแบ่งเป็น 3 ประเภทได้ดังนี้ สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามเนื้อหา สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามกำหนด และสิทธิและเสรีภาพจำแนกตามอาการที่ใช้

ก. สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามเนื้อหา

เมื่ออาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 7 ประเภท คือ 1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล 2) สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด 3) สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ 4) สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม 5) สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง 6) สิทธิในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน และ 7) สิทธิที่จะตรวจสอบการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2540) มีบทบัญญัติในเรื่องของสิทธิเสรีภาพที่จำแนกตามเนื้อหา ดังนี้³⁷

³⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 23-28.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34 – 39.

1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล บัญญัติอยู่ในมาตราต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ เช่น เสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 35), สิทธิในครอบครัว ความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศและชื่อเสียง (มาตรา 34) เสรีภาพในการเลือกการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย ภายในราชอาณาจักร (มาตรา 36) และสิทธิในความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกายจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดทางอาญา (มาตรา 33 และมาตรา 31) เป็นต้น

2) สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงความคิดเห็น รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ในเรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติตามศานากิจหรือพิธีกรรม จะต้องไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 38) สิทธิในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่า 12 ปี โดยเริ่มนับจากชั้นประถม โดยที่รัฐต้องจัดให้เป็นการทั่วถึงและไม่เก็บค่าใช้จ่าย (มาตรา 43) เสรีภาพในทางวิชาการ การฝึกอบรม การเรียนการสอน การเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 42) หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์หรือโฆษณา การสื่อความหมายโดยวิธีอื่น (มาตรา 39 วรรคหนึ่ง) เป็นต้น

3) สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ในเรื่องของสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก (มาตรา 48), สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่ดินสงฆ์หรือวัดถูกเวนคืนเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรตามธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการปฏิรูปที่ดิน การอุตสาหกรรม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น (มาตรา 49) สิทธิในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพ การแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม (มาตรา 50) เป็นต้น

4) สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติในเรื่องของเสรีภาพในการรวมกลุ่ม จัดตั้งเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ องค์กรเอกชน สหกรณ์ หรือหมู่คณะอย่างอื่นในมาตรา 45

5) สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิเสรีภาพทางการเมืองในเรื่องเสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน และเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองให้เป็นไปตาม

เจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 47) สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 105) สิทธิเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 124) สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 107) และสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 125) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ (มาตรา 44) สิทธิของผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนห้าหมื่นคนในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย (มาตรา 170)

6) สิทธิที่จะตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติดังนี้ สิทธิของบุคคลในอันที่จะได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น (มาตรา 58) สิทธิของบุคคลในอันที่จะได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นก่อนการอนุญาตหรือดำเนินโครงการ หรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว (มาตรา 59) เป็นต้น

7) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ดังนี้บทบัญญัติที่รับรองว่าบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน (มาตรา 30 วรรคหนึ่ง) การรับรองว่าชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน (มาตรา 30 วรรคสอง) การห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายภาพหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (มาตรา 30 วรรคสาม) การคุ้มครองบุคคลมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือทำให้เสียประโยชน์อันควรมีควรได้เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนาบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อที่แตกต่างจากบุคคลอื่น (มาตรา 38 วรรคสอง) เป็นต้น

ข. สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามการกำเนิด

เมื่อพิจารณาการกำหนดของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ ได้บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้วสามารถจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกเป็น 2 ประเภท

(1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights)³⁸ คือ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปได้ ตัวอย่างของสิทธิมนุษยชนมีตัวอย่างดังนี้คือ สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น เสรีภาพทางความคิด การแสดงความคิดเห็น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาและการปฏิบัติตามพิธีกรรมตามความเชื่อ ในศาสนาเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การแสดง การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจบางประการ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาอันดีสัมพันธ์กับบุคคลอื่น เป็นต้น จะเห็นได้ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิด และไม่สามารถสละสิทธิและเสรีภาพนี้ได้

(2) สิทธิพลเมือง (Citizen's Rights) คือ สิทธิและเสรีภาพอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งคือ บรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองซึ่งก็คือ เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ หรือสิทธิในการวิพากษ์วิจารณ์การเป็นต้น สิทธิพลเมืองจะเกิดขึ้นเฉพาะในภายหลังจากการเกิดขึ้นของสังคมรัฐ

³⁸ Maurice Cranston, Human Rights to Day, London, Ampersand Book, 1962 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, หน้า 40-44.

ค. สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามอาการที่ใช้

เมื่อพิจารณาอาการที่ใช้แล้วอาจจำแนกสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ออกเป็น 2 ประเภทด้วยกันคือ 1) สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมหรือสิทธิเสรีภาพในทางความคิด หมายถึง เสรีภาพในการนับถือหรือเสรีภาพในอันที่จะไม่นับถือ ศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธิ นิยมในทางศาสนา และ 2) สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ คือสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหวส่วนต่าง ๆ ของร่างกายตามที่ได้คิด

2.3 แนวความคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อประชาชนมาอยู่รวมกันเป็นสังคมหากประชาชนแต่ละคนใช้เสรีภาพของตน อย่างเต็มที่แล้วอาจก่อให้เกิดการกระทบกระทั่งกันภายในสังคม ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยภายในสังคม ประชาชนจึงต้องสละสิทธิเสรีภาพบางส่วนของตนเพื่อให้รัฐเข้ามาควบคุม การใช้สิทธิและเสรีภาพบางประการได้ ทั้งนี้ การควบคุมหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายดังจะได้อธิบายต่อไป

2.3.1 ข้อพิจารณาในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) นั้นได้มุ่งเน้น การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก ส่วนการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นถือเป็น ข้อยกเว้น ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้ต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยจะต้อง มีการตรวจสอบเงื่อนไขต่างๆ ก่อน ซึ่งตามความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่และตามความเห็น ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเห็นว่าการตรวจสอบการกระทำของรัฐที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพจะต้องดำเนินการตรวจสอบตามขั้นตอนต่างๆ ดังต่อไปนี้³⁹

ขั้นตอนแรก จะต้องตรวจสอบว่าการกระทำของบุคคลหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่ง คุ้มครองนั้นอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

³⁹Albert Bleckmann, *Stsstsrecht II-Die Grundrechte*, 4 Aufl., 1977, S.399 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 139.

การตรวจสอบในขั้นตอนแรกนี้เป็นการตรวจสอบเพื่อต้องการทำให้องค์ประกอบของสิทธิเสรีภาพในแต่ละเรื่องมีความชัดเจนตามหลักการตีความรัฐธรรมนูญก่อน และหลังจากนั้นจึงตรวจสอบว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้นอยู่ภายใต้นิยามดังกล่าวหรือไม่

ขั้นตอนที่สอง จะต้องตรวจสอบว่าผู้ที่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพได้ทำการแทรกแซงในองค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ ทั้งนี้เฉพาะกรณีของการแทรกแซงต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพเท่านั้นที่สิทธิเสรีภาพนั้นสามารถแสดงให้เห็นถึงภารกิจในการป้องกันได้เมื่อเข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้วจึงต้องตรวจสอบตามเงื่อนไขอื่นต่อไป

ขั้นตอนที่สาม การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นอาจกระทำตามเงื่อนไขในทางกฎหมายตามที่กำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างไร โดยจะต้องตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่

ขั้นตอนที่สี่ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่ภายใต้หลักการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย เช่น หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป หลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิ และหลักการจำกัดสิทธิจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิมิได้ เป็นต้น

ขั้นตอนที่ห้า การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสิทธิและเสรีภาพแต่ละเรื่อง

ขั้นตอนที่หก การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย

ส่วนการตรวจสอบการกระทำของรัฐที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ แต่เป็นการให้ศาลสูงสุดของแต่ละศาลเป็นผู้ควบคุมพิจารณาการวินิจฉัยของศาลในระดับต่ำกว่า เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 28 วรรคสองที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” จะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 27 ที่บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวงตามมาตรานี้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง เพราะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 27 จะไร้ซึ่งความหมายหากไม่มีองค์กรเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่าได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้นในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาตามมาตรา 28 วรรคสองประกอบกับมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่าอำนาจรัฐแต่ละอำนาจอาจกระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองได้ในขอบเขตของการใช้อำนาจแต่ละอำนาจ กล่าวคือ หากฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด บุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าวอาจดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลและใช้สิทธิตามมาตรา 264 โดยโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติของมาตรา 6 และให้ศาลนั้นเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย⁴⁰

2.3.1.1 องค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพ

องค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพนั้น มาจากการตีความสิทธิและเสรีภาพแต่ละสิทธิ ซึ่งจะต้องมีการกำหนดขอบเขตสิทธิและเสรีภาพแต่ละสิทธิให้ชัดเจน⁴¹ เช่น คำว่า “เคหสถาน” ตามมาตรา 35 หรือคำว่า “วิชาการ” ตามมาตรา 42 หรือ “เสรีภาพในการชุมนุม” ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญว่ามีขอบเขตเพียงใด ในการพิจารณาเรื่องของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น การจะกล่าวว่ามีขอบเขตอันใดอันหนึ่งที่ได้กระทำการนั้นเป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ ขึ้นแรกต้องกำหนดขอบเขตของแดนสิทธิและเสรีภาพให้ได้เสียก่อน หากมีการล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิและเสรีภาพนั้น จึงจะกล่าวได้ว่าเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพ ตัวอย่างเช่น มาตรา 44 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองในมาตรานี้คือ การชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ดังนั้นหากมีการชุมนุมโดยก่อให้เกิดความวุ่นวายหรือชุมนุมโดยใช้อาวุธ ย่อมไม่อยู่ในขอบเขตของสิทธิและ

⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน ,2544), หน้า 172-174.

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 140-141.

เสรีภาพในการชุมนุมที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้ หากมีการใช้มาตรการเพื่อขัดขวางการชุมนุมดังกล่าว กรณีจึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุม จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพย่อมมีข้อจำกัดของการคุ้มครองอยู่ในตัว การกระทำใดๆ ที่อยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพจึงจะสามารถเรียกได้ว่าเป็น “การใช้สิทธิและเสรีภาพ” การกระทำนั้นรวมถึงการละเว้นการกระทำด้วย หรือที่เรียกว่า “เสรีภาพในทางปฏิเสธ” ตัวอย่างเช่น การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ซึ่งย่อมหมาความรวมถึงการคุ้มครองการมีอยู่ของกรรมสิทธิ์ และการใช้ประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนั้น สิ่งเหล่านี้ย่อมรวมอยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองด้วย

ดังนี้จะสามารถสรุปได้ว่า การจะทำการตรวจสอบเงื่อนไขในทางกฎหมายว่า การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขหรือไม่เราจะสามารถตรวจสอบเฉพาะกรณีการแทรกแซงภายในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ หรือภายในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพเท่านั้น หากไม่ใช่เป็นกรณีการแทรกแซงในขอบเขตดังกล่าวก็ไม่มีควมจำเป็นต้องมีการตรวจสอบว่าการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ได้เป็นไปตามเงื่อนไขหรือเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

2.3.1.2 การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพ

การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำของรัฐ จะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำของปัจเจกชนที่รัฐได้ทำการกีดกัน ขัดขวาง หรือปฏิเสธ เป็นการกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นอาจเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะราย (คำสั่งทางปกครอง) หรือเกิดขึ้นในลักษณะทั่วไป (กฎหมาย) ซึ่งการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายอยู่ 2 ประการดังนี้⁴²

ก. ภายในขอบเขตเงื่อนไขของการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพถ้าเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพโดยฝ่ายปกครอง การนิยามคำว่า “การแทรกแซง” ดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการแทรกแซงสิทธิดังกล่าวได้ ตามหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 141-143.

ข. เจื่อนไขของกฎหมายเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการแทรกแซงของรัฐในสิทธิและเสรีภาพ เมื่อรัฐประสงค์จะแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับ ความคุ้มครอง ในกรณีนี้จำเป็นต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิเสรีภาพนั้นได้ผ่านกระบวนการตรากฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ หรือเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ เป็นต้น ดังนั้น ความหมายของ "การแทรกแซง" ในกรณีนี้จึงมีความสำคัญสำหรับทฤษฎีทั่วไปของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพนั้นได้มีหลักเกณฑ์ในการแทรกแซง 4 หลักเกณฑ์ ดังนี้⁴³

เจื่อนไขประการแรก การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำในขั้นตอนสุดท้าย หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ได้รับการเน้นย้ำเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการเวนคืน ตามหลักการนี้ถือว่าการแทรกแซงเกิดขึ้น เมื่อองค์กรของรัฐประสงค์ที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพ เช่นการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม โดยฝ่ายปกครองได้สลายการชุมนุม ในทางตรงกันข้าม แนวคิดนี้เห็นว่าหากเจ้าหน้าที่จำเป็นต้องปิดกั้นถนนและการปิดถนนดังกล่าวทำให้บริเวณนั้นไม่มีลูกค้า กรณีนี้ไม่ถือว่าการแทรกแซงแต่อย่างใด เพราะผลที่เกิดขึ้นนั้นมีใช้ความประสงค์ของเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด

เจื่อนไขประการที่สอง การกระทำของรัฐนั้นจะต้องก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยตรง เช่น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ให้เงินสนับสนุนกิจการของเอกชนรายใดรายหนึ่ง การให้การสนับสนุนดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบกับคู่แข่งชั้นทางการค้าเนื่องจากกิจการรายหลังนี้มิได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐ เพื่อให้สามารถทำการแข่งขันกับเจ้าของกิจการรายแรกได้ เจ้าของกิจการรายหลังจำเป็นต้องปรับราคาให้สูงขึ้น และด้วยเหตุดังกล่าวนี้อาจทำให้เจ้าของกิจการรายหลังต้องสูญเสียลูกค้าไปจำนวนมาก ในกรณีนี้ถือว่าเป็นผลกระทบอันมีผลโดยตรงทางอ้อมเท่านั้น

เจื่อนไขประการที่สาม อันเป็นเจื่อนไขประการสำคัญสำหรับการให้ความหมายของคำว่า "การแทรกแซง" ตามแนวคิดดั้งเดิม คือการกระทำของรัฐนั้นจะต้องเป็นการกระทำในทางกฎหมาย เช่น กฎระเบียบ คำวินิจฉัย หรือคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น การกระทำ

⁴³ Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 9. Aufl., S 64 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 142.

ในทางข้อเท็จจริง หรือที่เรียกว่าการกระทำในลักษณะของการปฏิบัติการ ไม่อยู่ในขอบเขตของการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ

เงื่อนไขประการสุดท้าย การแทรกแซงนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการบังคับหรือเป็นคำสั่ง ซึ่งหมายถึงการใช้อำนาจมหาชนฝ่ายเดียว ดังนั้น ในกรณีของการกระทำในลักษณะของสัญญาจึงไม่รวมอยู่ในความหมายของการแทรกแซงหรือในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้สละสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่มีการแทรกแซงแต่อย่างใดแม้ฝ่ายหนึ่งจะใช้อำนาจมหาชนกระทำการฝ่ายเดียวก็ตาม

สำหรับความหมายของ "การแทรกแซง" ตามความหมายของยุคใหม่ได้ขยายความหมายของ "การแทรกแซง" ให้กว้างขึ้นโดยรวมกฎเกณฑ์ทั้ง 4 ประการของความหมายดั้งเดิมอยู่ด้วย ตามความหมายของ "การแทรกแซง" ของยุคใหม่ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง "การกระทำของรัฐทั้งหลาย ซึ่งทำให้การสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนไม่อาจเป็นไปได้" โดยตามความหมายของยุคใหม่นั้นเห็นว่า การกระทำของรัฐนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำในขั้นสุดท้ายหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยมุ่งประสงค์หรือไม่ หรือไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงหรือโดยอ้อมหรือไม่ หรือไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางกฎหมายหรือในทางข้อเท็จจริง และไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะคำสั่งหรือไม่ก็ตามย่อมถือว่าเป็นการแทรกแซงทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตามการกระทำของรัฐนั้นต้องเป็นการกระทำโดยอำนาจมหาชนที่ก่อให้เกิดผลเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ตัวอย่างของการกระทำที่มีได้เป็นการกระทำในลักษณะของการบังคับหรือคำสั่ง เช่นการดักฟังทางโทรศัพท์ ซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการแทรกแซงในข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ เป็นต้น แต่ในการขยายความของคำว่า "การแทรกแซง" ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาหลายประการ กล่าวคือ การให้ความหมายของการแทรกแซงรวมถึงผลของการกระทำทั้งที่มีได้เจตนาหรือเป็นผลโดยอ้อม ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจมิได้ก่อให้เกิดผลต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดเท่านั้น อาจก่อให้เกิดผลต่อบุคคลที่สามด้วย ซึ่งตามสภาพการณ์แล้วการกระทำของรัฐมิได้มุ่งหมายต่อบุคคลนั้น นอกจากนี้ การให้ความหมายของการแทรกแซงรวมถึงการกระทำในข้อเท็จจริงด้วยย่อมก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการกำหนดขอบเขตของการกระทำของรัฐ

2.3.1.3 เงื่อนไขของกฎหมายในการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ

แบ่งออกได้เป็น 2 กรณีดังนี้

1) เงื่อนไขในทางรูปแบบ

การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อการแทรกแซงนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายในทางรูปแบบ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้⁴⁴

- กฎหมายที่จะแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพต้องมีความชัดเจน บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวต้องชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนต้องสามารถทราบได้ว่าการแทรกแซงเช่นใดบ้างที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำได้ หรือภายใต้เงื่อนไขเช่นใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกระทำได้ เช่น ความหมายของ "ความสงบเรียบร้อยของสังคม" มีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด

- กฎหมายนั้นจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอหากกฎหมายนั้นได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจหรือมีความอิสระในการตีความถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนในตัวเอง เช่น คำว่า "ประโยชน์สาธารณะ" หรือ "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" เป็นต้น เพราะตามหลักนิติรัฐ "ดุลพินิจ" หรือ "การตีความถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนในตัวเอง" ย่อมมีขอบเขตและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ดุลพินิจหรือการตีความถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนในตัวเองนั้น จะต้องสามารถถูกตรวจสอบได้หากเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ

- กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ขาดความชัดเจนหากกฎหมายนั้นได้กำหนดเงื่อนไขของการอนุญาต ในกรณีที่มีเงื่อนไขครบถ้วนแล้ว แต่การอนุญาตหรือไม่นั้นยังให้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เช่น "เจ้าหน้าที่สามารถจะออกใบอนุญาตได้เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด" ตามหลักนิติรัฐจะต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดุลพินิจดังกล่าว โดยต้องกำหนดว่า "เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายเจ้าหน้าที่จะต้องอนุญาตให้" ในกรณีเช่นนี้จึงก่อให้เกิดสิทธิในการขอให้ออกใบอนุญาตดังกล่าว

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 139.

- กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่สามารถคาดหมายได้ว่า ฝ่ายปกครองสามารถเข้าแทรกแซงได้หรือไม่ การแทรกแซงนั้นจะต้องวางอยู่บนเงื่อนไขของกฎหมายที่แน่นอนชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นถึงขนาดที่ทำให้ประชาชนสามารถทราบเป็นการล่วงหน้าว่าฝ่ายปกครองจะแทรกแซงในสิทธิของตนหรือไม่ หรือหากจะแทรกแซงจะแทรกแซงเมื่อใด เพราะฝ่ายนิติบัญญัติมิได้มีหน้าที่ในการกำหนดหน้าที่ในการแทรกแซงของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขในทางรูปแบบของกฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามหลักประกันการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ด้วย เช่น กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรือกฎหมายนั้นจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

2) เงื่อนไขในทางเนื้อหา

เงื่อนไขในทางเนื้อหาของ การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁴⁵ ได้วินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งละเมิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่แสดงถึงเงื่อนไขของการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ กฎหมายที่ละเมิดรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการตรวจสอบว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการออกกฎหมายนั้นหรือไม่ กระบวนการในการออกกฎหมายเป็นไปตามที่กำหนดไว้หรือไม่ นอกจากนี้จะต้องตรวจสอบว่ามีการละเมิดหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักนิติรัฐหรือไม่ เป็นต้น โดยอาจแบ่งเงื่อนไขในทางเนื้อหาของ การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพได้ ดังนี้

(1) การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

⁴⁵ BverfGE (Elfes-Urteil) 6,32 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2543), หน้า 145.

(ก) การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย นั้น เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่กระทำได้ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ หรือการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพจะต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ

(ข) ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมีข้อแตกต่างระหว่างเงื่อนไขของกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร กับเงื่อนไขของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

เงื่อนไขของกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร คือเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่มีการกล่าวไว้ว่าอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ หรือที่มีการกำหนดไว้ในสิทธิและเสรีภาพแต่ละสิทธิ เงื่อนไขของกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอาจแยกออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

- สิทธิและเสรีภาพที่จะจำกัดได้ตามเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป

สิทธิและเสรีภาพที่จะจำกัดได้ตามเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป คือกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น อาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายนี้หมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญจะให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลักแต่องค์กรณีบัญญัติอาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควรโดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษสำหรับการออกกฎหมายฉบับนั้น⁴⁶ ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพที่ถูกจำกัดได้ตามกฎหมายทั่วไป เช่น เสรีภาพในเคหสถาน มาตรา 35 วรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือในมาตรา 48 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถาน หรือการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินไว้ แต่

⁴⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร”ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” วารสารนิติศาสตร์ 30,2(มิถุนายน : 2543) : 186.

ได้กำหนด เพียงว่า “เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งเป็นการแสดงถึงว่าในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นสมควรจำกัดสิทธิของบุคคลในการจำกัดสิทธิดังกล่าวเพียงไรก็อาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ ทั้งนี้ แม้จะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ตามที่เห็นสมควร องค์การนิติบัญญัติก็ต้องตรากฎหมายให้มีความสอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ซึ่งได้กล่าวได้กล่าวถึงในหัวข้อ 3.1 ด้วย อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าองค์การนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายมาลบล้างสิทธินี้ได้แต่สามารถทำได้เพียงการออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้ข้อจำกัดทั่วไปเท่านั้น

- สิทธิและเสรีภาพที่จะจำกัดได้ตามเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ

สิทธิและเสรีภาพที่จะจำกัดได้ตามเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ คือกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายนั้นจะต้องผูกพันอยู่กับสถานะการณ์ใดสถานะการณ์หนึ่งหรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ได้วัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น เสรีภาพในการเดินทางมาตรา 36 การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การวางผังเมืองหรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ หรือเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ มาตรา 44 การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในกรณีเฉพาะการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ดังกล่าวรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้เช่นนี้องค์การนิติบัญญัติย่อมตรากฎหมายลบล้างตำแหน่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตเท่านั้น และนอกเหนือจากเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ฝ่ายนิติบัญญัติยังต้องคำนึงถึงเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิอื่นๆ ตามมาตรา 29 ด้วย หากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ย่อมขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

- สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาดนั้น คือกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิโดยกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ตัวอย่างของบทบัญญัติประเภทนี้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 38 ที่บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนาอย่างบริบูรณ์ตราบเท่าที่ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น เป็นต้น

เมื่อศึกษาข้อพิจารณาในการจำกัดสิทธิข้างต้นจะเห็นได้ว่าในระบบการรับรองสิทธิเสรีภาพประเภทแรกนั้น รัฐมีอิสระและดุลพินิจมากที่สุดในการเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ในขณะที่ในระบบที่สองนั้นรัฐมีอิสระและดุลพินิจลดลง ส่วนในระบบที่สามนั้นรัฐไม่อาจเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เลยแต่รัฐสามารถทำได้เพียงการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเท่านั้น อนึ่ง กรอบหรือเขตแดนแห่งสิทธินั้น มิได้มีเฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หากแต่อาจเกิดขึ้นจากการขัดกันของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ด้วย⁴⁷

- (1) การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน
- (2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของ

สิทธิและเสรีภาพ

2.3.2 เหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อกฎหมายกำหนดให้สิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลหนึ่งก็ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นด้วยในการที่จะไม่กระทำการอันเป็นการก้าวล่วงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น ซึ่งโดยหลักแล้วรัฐต้องให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน รวมทั้งกำหนดมาตรการที่ทำให้ทุกคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้อย่างเท่าเทียมกัน แต่การที่จะให้ทุกคนได้รับความเท่าเทียมกัน

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 187.

ในทางปฏิบัติเป็นที่เรื่องที่ยาก ดังนั้น รัฐจึงต้องออกกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและในขณะเดียวกันรัฐก็ต้องออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยบุคคลหนึ่งที่จะไม่เป็นการกระทบต่อบุคคลอื่น และในทางกลับกันบุคคลอื่นก็ไม่สามารถใช้สิทธิเสรีภาพที่มีมาทำให้เราเสื่อมสิทธิเช่นกัน ซึ่งในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อเหตุผลดังต่อไปนี้⁴⁸

2.3.2.1 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองเสรีภาพผู้อื่นและคุ้มครองสังคม

เหตุผลเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นถือว่าเป็นเหตุผลสำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งตามความเห็นของ Duerig เห็นว่า “สิทธิของบุคคลอื่น” นั้นเป็นข้อจำกัดที่มีอยู่ในสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย⁴⁹ โดยสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นนี้เป็นเหตุผลอันชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และการพิจารณาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นจำต้องย้อนไปพิจารณามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ ตามทัศนะของ จอห์น ล็อก (John Locke) มองว่า มนุษย์กับสังคมแยกจากกันไม่ได้ เพราะสังคมเกิดมาจากมนุษย์ สังคมนั้นจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อความสงบสุขของมนุษย์ผู้ซึ่งเป็นสมาชิกในสังคม ซึ่งตามทัศนะของล็อก เห็นว่ามนุษย์ตามสภาวะดั้งเดิมนั้นเป็นสภาวะที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ โดยมนุษย์สามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองได้ภายในขอบเขตของกฎธรรมชาติ นอกจากนี้ ในสภาวะธรรมชาตินั้นมนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และตามแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติการที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันนั้นก่อให้เกิดผลว่า ไม่มีบุคคลใดที่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะทุกคนต่างมีอิสระและเท่าเทียมกัน

ดังนั้น เมื่อเกิดรัฐขึ้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงได้รับการรับรองโดยกฎเกณฑ์ของรัฐ “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงมีได้อยู่ในสภาวะธรรมชาติอีกต่อไป หากแต่ได้ถูกกำหนดให้เป็นกฎหมายซึ่งออกโดยอำนาจของรัฐ ดังนั้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงยังคงเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพที่แฝงอยู่โดยตรรกะในทางกฎหมาย แต่ได้เปลี่ยนจากตรรกะในทางกฎหมายในสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมมาเป็นตรรกะในทางกฎหมายของกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งการกำหนดให้สิทธิแก่

⁴⁸ Klaus Stern, Das staatsrecht der bundesrepublik Deutschland, Band 111/2 Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, S 302 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 147.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

บุคคลอื่นในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดเสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่ง โดยการจำกัดสิทธิของบุคคล อาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชน แต่เงื่อนไขดังกล่าวยังไม่ใช่เงื่อนไขที่เพียงพอ หน้าที่ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชนนั้นฝ่ายนิติบัญญัติอาจยกขึ้นเพื่อให้เป็นสิทธิของผู้ได้รับประโยชน์ได้ ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้อำนาจในทางกฎหมายแก่บุคคล เพื่อบุคคลนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายในผลประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองได้ เฉพาะกรณีที่ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ในกรณีนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็น “สิทธิของบุคคลอื่น” ซึ่งเป็นความชอบธรรมในการจำกัดขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ถ้าหากปราศจากการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชนก็ดี หรือในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงผลสะท้อนจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายก็ดี ในกรณีนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ⁵⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หากไม่มีการจำกัดเสรีภาพของประชาชนแล้ว หากประชาชนใช้เสรีภาพของตนโดยไม่คำนึงถึงเสรีภาพของบุคคลอื่น ก็จะทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในสังคม เช่น เสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อของศาสนา อาจขัดกับเสรีภาพในการประท้วงของคนที่ไม่เชื่อ เป็นต้น ดังนั้นรัฐอาจต้องออกกฎหมายมาให้ความสำคัญกับเสรีภาพหนึ่งมากกว่าเสรีภาพหนึ่ง หรือในบางเรื่องรัฐจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับตัวของเสรีภาพ จึงต้องออกกฎหมายมาให้ความสำคัญกับทั้งสองเสรีภาพ โดยจำกัดเสรีภาพทั้งสองเพื่อให้ใช้ได้โดยไม่ขัดกับการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ทำเพื่อคุ้มครองเสรีภาพทั้งของบุคคลและคุ้มครองสังคมด้วย

2.3.2.2 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า **"ความสงบเรียบร้อยของประชาชน"** เป็นหลักเบื้องต้นในการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ปรากฏอยู่เป็นหลักกฎหมายของประเทศต่างๆ แนวความคิดเกี่ยวกับ **"ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"** มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ต่อมาภายหลังกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา 1131 และมาตรา 1133) และ

⁵⁰ Klaus Stern, *Das staatsrecht der bundesrepublik Deutschland*, s306-307 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540*, หน้า 148-149.

กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (มาตรา 90) ได้ถือแนวดังกล่าว โดยในชั้นแรกได้ยอมรับเฉพาะที่ใช้บังคับแก่หลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ต่อมาปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าแนวความคิดดังกล่าวได้กลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้ยอมรับหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งนอกจากจะใช้บังคับแก่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ (มาตรา 113) แล้ว หลักดังกล่าวยังนำไปใช้บังคับกับเรื่องอื่นๆอีกหลายเรื่อง ส่วนการให้คำจำกัดความคำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" นั้นเป็นเรื่องยากที่จะจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวแต่วัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้อาจกล่าวได้ว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" มีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่มีผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญมากกว่า กล่าวโดยสรุป "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" หมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม⁵¹

ความหมายของคำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีผู้ให้นิยามไว้ว่า หมายถึง เรื่องใดที่มีได้เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระทั่งไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁵²

ดังนั้นคำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" ย่อมหมายถึง วินัยข้อบังคับแก่บุคคลเพื่อรักษาไว้ให้มั่นคงซึ่งความปลอดภัย และเพื่อรักษาความยุติธรรมให้มีอยู่ในความเกี่ยวพันระหว่างประชาชนและยังกินความตลอดถึงรัฐประศาสนนโยบายหรือความปลอดภัยของประเทศ และบุคคลในประเทศด้วย⁵³

⁵¹ อุกฤษ มงคลนาวิน , "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," บท

บัณฑิตย 32 (2518) : 13-14.

⁵² เสนีย์ ปราโมช , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : อักษรสาส์น , 2509) , หน้า 148.

⁵³ วิริยะ เกิดศิริ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้ (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2517) , หน้า 17.

ส่วนคำว่า "ศีลธรรม" พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 หมายถึง "ความประพฤติที่ดีที่ชอบ" ดังนั้น "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" จึงหมายถึง "ความประพฤติที่ดีที่ชอบของประชาชน"

ตามความเห็นของ ศ.ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน เห็นว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" หมายถึง ทศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการที่จะถือว่าการใดเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนน่าจะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติการที่จะถือว่าการใดขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยโดยความยากลำบากอย่างยิ่ง ยิ่งกว่านั้นหลักศีลธรรมอันดีโดยทั่วไปมีความใกล้เคียงกับ "หลักความสงบเรียบร้อย" มากจนอาจกล่าวได้ว่าเรื่องใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เช่น ความตกลงที่ทำให้มนุษย์เสื่อมเสียศักดิ์ศรี นอกจากจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยแล้วยังขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย⁵⁴

อย่างไรก็ดี ในทางวิชาการนิติศาสตร์ อาจให้คำจำกัดความได้ว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" หมายถึง ธรรมเนียมประเพณีอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปในสังคมนั้นๆ ดังนั้นศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงมีความหมายกว้างกว่าหลักศีลธรรมในทางศาสนา กล่าวคือ หากการกระทำใดขัดต่อหลักการทางศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยชัดแจ้ง อาจจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมนั้นก็ได้ แต่การกระทำหลายอย่างที่ไม่ขัดต่อหลักการในศาสนา เช่น ศาสนามีข้อกำหนดครอบคลุมไม่ถึง แต่ความรู้สึกของสังคมเห็นว่าเป็นการขัดต่อธรรมเนียมประเพณีอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของสังคมนั้นๆ ก็อาจถือเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไปตามยุคสมัยของสภาพสังคมที่อาจเปลี่ยนแปลงไป ช่วงระยะเวลาหนึ่งอาจถือว่าการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปอาจเห็นว่าการไม่ขัดก็ได้ แต่หลักศาสนาไม่มีการเปลี่ยนแปลง ดังนั้น ศีลธรรมในสังคมนั้นอาจจะไม่เป็นที่ยอมรับในอีกสังคมหนึ่งแม้ในประเทศเดียวกัน กฎหมายจึงต้องใช้คำว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" คือ ต้องยอมรับโดยทั่วไปในสังคมไทย แม้ว่าจะนับถือศาสนา มีวัฒนธรรม หรือภาษาแตกต่างกัน⁵⁵

⁵⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน" บทบัญญัติ, 11:25.

⁵⁵ กุลพล พลวัน, เสรีภาพทางวิชาการ (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี, 2541), หน้า 104.

จึงอาจกล่าวได้ว่า ศีลธรรมนั้นเป็นความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ ว่าการกระทำเช่นไรเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ศีลธรรมเกี่ยวข้องกับกฎหมายเพราะศีลธรรมเป็นรากฐานของกฎหมายและมนุษย์ยอมรับว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ยุติธรรมต่อเมื่อกฎหมายนั้นสอดคล้องกับความรู้สึกทางศีลธรรมของตนด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายมักจะมุ่งแต่เพียงการดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม แต่ศีลธรรมมุ่งที่จะให้มนุษย์มีทั้งความดีทั้งทางร่างกายและจิตใจ ดังนั้น ในบางครั้งถ้าเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายแล้วผู้กระทำผิดอาจได้รับการลงโทษทางสังคมด้วย นอกเหนือไปจากการลงโทษโดยกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

2.3.2.3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ

ความมั่นคงแห่งรัฐ คือ การที่ประเทศชาติสามารถดำรงอยู่ได้อย่างสงบสุขพอควร ปลอดภัยจากการคุกคามหรือการรุกรานจากศัตรู สามารถพัฒนาประเทศให้ก้าวหน้าในระดับที่เหมาะสมกับขีดความสามารถทางการงบประมาณของตน ประชาชนมีความอยู่ดีกินดีมีรายได้พอควรแก่สภาพ ประเทศชาติมีเกียรติและศักดิ์ศรีได้รับการยอมรับนับถือจากนานาประเทศ⁵⁶

รากฐานของการทำหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ ถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาคม ความมั่นคงของรัฐเป็นผลมาจากการที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ตามแนวความคิดของนักกฎหมายธรรมชาติ ความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและความสามารถทำภาระหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลได้ การย้อนกลับไปพิจารณาการทำภาระหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐกับความมั่นคงปลอดภัยของสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นการแสดงถึงความเกี่ยวพันของความชอบธรรมในยุคดั้งเดิมที่ยังคงมีมาจนถึงปัจจุบันนี้⁵⁷

⁵⁶ ขจัดภัย บุรุษพัฒน์, ความมั่นคงแห่งชาติ (กรุงเทพมหานคร : กรมการปกครอง, 2521), หน้า 2.

⁵⁷ Klaus Stern, Das staatsrecht der bundesrepublik Deutschland, s322. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 150.

ดังนั้น ความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐนั้นย่อมได้รับการยอมรับว่าเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจกำหนดรูปแบบของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้แก่พลเมืองของตน โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทำหน้าที่ดังกล่าวด้วย⁵⁸ เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ในการเสียภาษี หรือการกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ต่างๆ เป็นต้น

2.3.2.4 การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะ

การที่รัฐจะใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น ต้องกระทำไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้เฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติรับรองเท่านั้น ตัวอย่างเช่น หากองค์กรของรัฐใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการเดินทางหรือการเลือกถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร องค์กรของรัฐจะไม่มีอำนาจกระทำได้หากมิได้กระทำไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ด้วยเหตุนี้หากรัฐสภาได้ตรากฎหมายหรือองค์กรฝ่ายปกครองได้ออกกฎหรือข้อบังคับเพื่อเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลโดยมิได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติดังกล่าวย่อมเป็นอันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและยังผลให้ใช้บังคับมิได้ตามนัยของรัฐธรรมนูญมาตรา 6 อย่างไรก็ตาม ควรตระหนักด้วยว่าประโยชน์สาธารณะนั้นไม่จำเป็นต้องถูกบัญญัติด้วยรัฐธรรมนูญเสมอไป แต่องค์กรผู้ใช้อำนาจตรากฎหมายอย่างเช่นรัฐสภาที่ย่อมมีอำนาจกำหนดประโยชน์สาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามดุลพินิจของตน สำหรับใช้เป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ ต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญด้วย⁵⁹

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หากองค์กรของรัฐองค์กรใดใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยเป็นไปเพื่อประโยชน์อื่นไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์สาธารณะอื่น

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

⁵⁹ ธีระ สุธีวรางกูร, "การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง" วารสารนิติศาสตร์ 29, 4 (ธันวาคม 2545) : หน้า 584.

นอกจากนี้ประโยชน์สาธารณะตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย การใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวย่อมเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ⁶⁰

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2542 ที่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับการนำเอาเรื่องของประโยชน์สาธารณะมาเป็นข้อยกเว้นเพื่อทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีการพิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ.... มาตรา 6 (3), (6)⁶¹ ที่ให้รัฐมนตรีมีอำนาจประกาศกำหนดเขตทำสวนยาง วิธีการทำสวนยางในบางท้องที่ เป็นไปตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การให้รัฐมนตรีประกาศกำหนดเขตทำสวนยางและวิธีการทำสวนยางในบางท้องที่ได้ดังที่ปรากฏในมาตรา 6 (3) (6) จะเป็นไปตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง⁶² ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลเป็นการคุ้มครองเกษตรกรผู้ทำสวนยางโดยส่วนรวม เพื่อประโยชน์สำหรับการควบคุมการผลิตหรือค้าขายในบางช่วงที่เกิดวิกฤติเมื่อราคายางตกต่ำเพราะผลผลิตมากเกินไปหรือคุณภาพไม่ได้มาตรฐาน จึงเป็นบทบัญญัติเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากยางเป็นพืชเศรษฐกิจที่สำคัญ หากมีการผลิตไม่มีขอบเขตจะเกิดผลกระทบต่อด้านเศรษฐกิจ ทั้งการกำหนดเขตทำสวนยางก็เป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ อันจะเป็นประโยชน์โดยรวมทางด้านเศรษฐกิจของประเทศและยังป้องกันการบุกรุกป่าสงวนได้อีกทางทั้งเป็นการรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมด้วย ความในมาตรา 6(3) (6) จึงเป็นไปตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคสอง

นอกจากนี้ปัญหาที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งคือความขัดแย้งระหว่างประโยชน์สาธารณะทั่วไปกับประโยชน์สาธารณะเฉพาะเรื่อง เนื่องจากประโยชน์สาธารณะอาจแบ่งเป็นประโยชน์สาธารณะทั่วไปกับ ประโยชน์สาธารณะเฉพาะเรื่อง หรือเฉพาะท้องถิ่น

ประโยชน์สาธารณะทั่วไป ได้แก่ ผลประโยชน์ได้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศในภาพรวม อันเป็นหน้าที่ที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำ ได้แก่

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁶¹ ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542

⁶² มาตรา 50 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

กิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคง การพัฒนาชีวิตความเป็นอยู่ รวมถึงการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ เป็นต้น โดยผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวนั้น ได้มีการพิจารณาว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นเป็นการทั่วไปในระดับชาติ

ประโยชน์สาธารณะเฉพาะท้องถิ่น ได้แก่ ผลประโยชน์ที่ได้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในเฉพาะท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่ง แต่ไม่ได้เป็นผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อกลุ่มบุคคลใดในท้องถิ่นเป็นการเฉพาะราย แต่เป็นผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อชุมชนในท้องถิ่นนั้นๆ

อย่างไรก็ตามทั้งประโยชน์สาธารณะทั่วไป และประโยชน์สาธารณะเฉพาะท้องถิ่นต่างก็มีจุดประสงค์เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน ซึ่งประโยชน์สาธารณะไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่สร้างความพึงพอใจให้แก่ทุกคนในสังคม การที่รัฐจะดำเนินการเพื่อทำให้ทุกคนพึงพอใจและได้รับประโยชน์ที่เท่าเทียมกัน คงเป็นเพียงแนวคิดทางทฤษฎีที่ไม่สามารถปฏิบัติ ได้จริง ดังนั้น การกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเฉพาะท้องถิ่น และประโยชน์สาธารณะทั่วไปอาจเกิดขัดแย้งกัน⁶³ ตัวอย่างเช่น ในกรณีของเขื่อนปากมูล เขื่อนแก่งเสือเต้นและในกรณีของฝายราชสีไศล รายละเอียดดังต่อไปนี้

กรณีเขื่อนปากมูล เขื่อนแก่งเสือเต้น หรือโครงการโรงไฟฟ้าถ่านหิน ดังกล่าวองค์กรฝ่ายปกครองมักอ้างว่าเป็นกิจกรรมหรือเป็นการกระทำทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะทั่วไปเสมอ ในขณะที่ประชาชนบางส่วนได้แย้งว่ามีกิจกรรมหรือการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และบางส่วนก็ได้แย้งว่าเป็นประโยชน์สาธารณะที่มีผลกระทบมากมายหลายด้าน ที่เป็นผลเสียมากกว่าผลดี ความขัดแย้งดังกล่าวจึงเป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับภาวะวิสัยของ “ประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งต่างฝ่ายต่างอ้างข้อเท็จจริงและเหตุผลที่แตกต่างกัน และโดยส่วนมากประชาชนมักจะกล่าวอ้างว่าองค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำทางปกครองโดยมี “ความประสงค์ในใจ”⁶⁴ (Mobile) นอกเหนือไปจาก “ประโยชน์สาธารณะเฉพาะด้าน ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ” แต่ในความเป็นจริง การกระทำทางปกครองที่นอกเหนือไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีตั้งใจและไม่ตั้งใจ⁶⁵

⁶³ รัญญลักษณ์ เกตุศร, “สาธารณะประโยชน์ในกฎหมายปกครอง” วิทยานิพนธ์ปริญญาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2543, หน้า 77-83.

⁶⁴ ธีระ สุธีวรางกูร, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย,” หน้า

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

กรณีความขัดแย้งดังกล่าวในปัจจุบันได้เกิดขึ้นมากมาย และยังไม่อาจยุติลงได้ ความขัดแย้งนี้ส่วนหนึ่งเกิดจากการที่องค์กรฝ่ายปกครองมิได้ทำการศึกษาวิจัยให้รอบคอบก่อนการดำเนินโครงการต่างๆว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่แท้จริงหรือไม่ หรือเป็นประโยชน์สาธารณะที่ไม่ได้ส่วนกับความเสียหาย และแม้ว่าประชาชนจะให้เหตุผลคัดค้านอย่างไร องค์กรฝ่ายปกครองก็มิได้หยุดทบทวน หรือรับฟังคำโต้แย้งคัดค้านของประชาชนก่อน กลับเร่งรัดดำเนินโครงการต่อไป จนปรากฏข้อเท็จจริงว่าโครงการนั้นส่งผลกระทบต่ออย่างมากมาย ทั้งแก่ระบบนิเวศวิทยา การดำรงชีพของประชาชนในท้องถิ่น การสูญเสียทรัพยากรธรรมชาติที่หลากหลาย จนก่อให้เกิดการประท้วงคัดค้านตลอดมา ดังตัวอย่างต่อไปนี้

กรณีการสร้างเขื่อนปากมูลที่ อำเภอปากมูล จังหวัดอุบลราชธานี โดยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯอ้างว่า จะสามารถนำพลังงานจากน้ำในเขื่อนมาผลิตกระแสไฟฟ้าใช้ได้ ทั้งภาคกลางและภาคอีสาน โดยที่ปริมาณน้ำในเขื่อนจะไม่สูงมากขนาดส่งผลกระทบต่อท่วมบ้านประชาชนที่อยู่ใกล้เคียง ส่วนปัญหาที่ประชาชนเกรงว่าปลาจะสูญพันธุ์ เนื่องจากการสร้างเขื่อนปิดกั้นทำให้ปลาไม่สามารถไปวางไข่ยังตำแหน่งเดิมได้ ซึ่งเรื่องนี้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตยืนยันว่าไม่ส่งผลกระทบต่อใด ๆ เพราะได้สร้างบันไดให้ปลากระโจนข้ามไปยังเหนือเขื่อนได้

การสร้างเขื่อนดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปต่อประชาชนโดยส่วนรวม ในแง่ของการผลิตกระแสไฟฟ้าอันเป็นการตอบสนองความต้องการในการใช้ไฟฟ้าของภาคกลางและภาคอีสาน ส่วนประโยชน์สาธารณะเฉพาะท้องถิ่นจากกรณีดังกล่าว คือ ประชาชนในท้องถิ่นได้รับการตอบสนองต่อความต้องการใช้กระแสไฟฟ้าและแหล่งท่องเที่ยวเหนือเขื่อนซึ่งเป็นผลพลอยได้ ในขณะที่ประชาชนในท้องถิ่นก็ยังคงต้องการการดำรงชีพ และการประกอบอาชีพดั้งเดิมไว้ จากเหตุผลที่ว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะทั่วไปทำให้ประชาชนในท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบต้องยอมเสียละสิทธิเสรีภาพบางประการ ก็จะเป็นเพียงการถูกเวนคืนที่ดิน และการดำรงชีพที่ได้รับผลกระทบได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากการสร้างเขื่อน แต่จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผลกระทบที่ประชาชนในท้องถิ่นได้รับมีมากกว่าที่ได้รับการชี้แจงจากทางราชการก่อนที่จะมีการดำเนินการ ไม่ว่าจะเป็นพื้นที่ที่ถูกน้ำท่วมเป็นบริเวณกว้างกว่าเดิม ปริมาณและจำนวนของพันธุ์ปลาที่มีอยู่ลดลง ซึ่งส่งผลกระทบต่อการดำรงชีพและการประกอบอาชีพเป็นอย่างมาก โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า น้ำได้ท่วมขังบริเวณที่ทำกินของประชาชนในท้องถิ่น จนไม่สามารถประกอบอาชีพต่อไปได้ ส่วนกรณีพันธุ์ปลาในเขื่อนที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตสร้างบันไดให้ปลากระโจนนั้น ผล

ปรากฏว่า แต่เดิมแม่น้ำมูลมีพื้นที่ปลา 65 ชนิด ขณะนี้มีปลาผ่านบันไดได้เพียง 56 ชนิด สาเหตุอาจเกิดขึ้นเพราะความลาดเอียงของบันไดไม่ได้สัดส่วนกับความสูงของเขื่อน รวมทั้งความแรงของกระแสน้ำและความแข็งแรงของปลาแต่ละพันธุ์ ปริมาณของออกซิเจนในน้ำ คุณภูมิของน้ำ ซึ่งมีส่วนสัมพันธ์กันทั้งสิ้น⁶⁶ นอกจากนี้ประชาชนจากอำเภอปากมูลยังได้เรียกร้องขอให้รัฐบาลจ่ายค่าชดเชยให้สำหรับกรณีที่น่าในเขื่อนไหลบ่าท่วมที่ทำกินของประชาชนเป็นบริเวณกว้าง เพื่อนำเงินไปลงทุนทำอาชีพอย่างอื่น ต่อไป กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นกรณีที่ประโยชน์สาธารณะทั่วไปมีความขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะเฉพาะท้องถิ่น

เช่นเดียวกันกับกรณีฝายราชสีไศลที่มีลักษณะขัดแย้งกันระหว่าง

ประโยชน์สาธารณะทั่วไปกับประโยชน์สาธารณะเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะท้องถิ่น ซึ่งขณะนี้ประชาชนจากอำเภอราชสีไศลก็ยังคงประท้วงเรียกร้องให้รัฐบาลจ่ายค่าชดเชยให้ ข้อเท็จจริงอันเป็นมูลเหตุของการเรียกร้องเกิดขึ้นเนื่องจากกรมพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน (สำนักงานพลังงานแห่งชาติในปัจจุบัน) เห็นว่าภาคตะวันออกเฉียงเหนือประสบปัญหาความแห้งแล้ง ขาดแคลนน้ำ และปริมาณน้ำไม่เพียงพอต่อการเพาะปลูก อุตสาหกรรม และบริโภคต่อเนื่องกัน จากสภาวะการณ์ดังกล่าว รัฐบาลเห็นว่าจะมีความจำเป็นจะต้องแก้ไขปัญหาภัยแล้งซ้ำซากของภูมิภาคนี้ จึงกำหนดให้มีการศึกษาโครงการผันน้ำจากแม่น้ำโขงสู่ลุ่มน้ำมูลและน้ำชี จากผลการศึกษาความเหมาะสมของโครงการพบว่า โครงการโขง - ชี - มูล จะสามารถจัดหาและบริหารการใช้น้ำอย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะเป็นการแก้ไขปัญหาการขาดแคลนน้ำ ตลอดจนช่วยลดปัญหาภัยแล้งได้ และมีศักยภาพทางเทคนิคสามารถส่งน้ำให้แก่พื้นที่การเกษตรได้เป็นอย่างดี ซึ่งจะประกอบด้วยโครงการย่อยๆ ทั้งหมด 29 โครงการ โดยมีโครงการฝายราชสีไศล ตัวฝายตั้งอยู่ที่บ้านปากห้วย ตำบลบัวทุ่ง อำเภอราชสีไศล จังหวัดศรีสะเกษ เป็นส่วนหนึ่งของระบบผันน้ำบนลำน้ำมูล⁶⁷

กรมพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน ได้เสนอสภาตำบลที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่โครงการ เพื่อขอใช้พื้นที่ประโยชน์สาธารณะในการก่อสร้างโครงการ และได้รับความเห็นชอบจากสภาตำบล รวมทั้งราษฎรจำนวน 535 ราย ที่ครอบครองที่ดินบริเวณเข้าโครงการและบริเวณผนัง

⁶⁶ สมหมาย ปาริจฉัตต์, “บันไดปลาโจน น้ำเป็นของปลา ฟ้าเป็นของนก,” มติชนรายวัน (29 ตุลาคม 2539) : หน้า 4.

⁶⁷ ไพศาล สังข์โวลี, “บทเรียนค่าชดเชยฝายราชสีไศล กรณีศึกษาการแก้ปัญหาไม่รู้จัก,” ผู้จัดการรายวัน (18 กุมภาพันธ์ 2541) : หน้า 5.

กั้นน้ำ เพราะเห็นประโยชน์ที่ราษฎรในพื้นที่จะมีน้ำอุปโภคบริโภค และใช้เพื่อการเกษตร จึงมีมติเห็นด้วยและยืนยันไม่เรียกร้องค่าทดแทนจากทางราชการแต่อย่างใด กรมพัฒนาและส่งเสริมพลังงานจึงให้ราษฎรจำนวน 535 รายดังกล่าว ทำหนังสือยืนยันไม่ขอรับค่าชดเชยหรือค่าทดแทนใด ๆ ทั้งสิ้น

การก่อสร้างฝายเริ่มตั้งแต่เดือนมีนาคม 2535 ก่อสร้างแล้วเสร็จ เริ่มกักเก็บน้ำในเดือนตุลาคม 2536 ฝ่ายราชสีไศลมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยยกระดับน้ำในลำน้ำมูล เป็นระยะทาง 120 กิโลเมตร และลำน้ำสาขา ได้แก่ ห้วยทับทัน ระยะทาง 26 กิโลเมตร ลำน้ำเสียว 15 กิโลเมตร ห้วยน้ำเค็ม 5 กิโลเมตร ห้วยพลับพลา 7 กิโลเมตร เป็นระยะทางรวม 53 กิโลเมตร คาดว่าจะสูบน้ำช่วยเหลือเกษตรกรได้ตลอดปี โดยในระยะแรกสามารถส่งน้ำให้แก่พื้นที่เกษตรกรรมได้ประมาณ 35,000 ไร่ รวมถึงสามารถลดระดับน้ำ ระบายน้ำช่วงที่มีน้ำหลากและระบายตะกอนที่ทับถมหน้าฝายได้ ปลายปี 2538 มีการรวมตัวของประชาชน โดยการสนับสนุนขององค์กรประชาชนชุมชนเรียกร้องขอค่าชดเชยในพื้นที่ 3 อำเภอ คือ อำเภอรัตนบุรี จังหวัดสุรินทร์ อำเภอราชสีไศล จังหวัดศรีสะเกษ และอำเภอโพธิ์ทราย จังหวัดร้อยเอ็ด

โดยข้อมูลของสมาชิกคนจนแจ้งว่า ก่อนการก่อสร้าง กรมพัฒนาและส่งเสริมพลังงานได้แจ้งต่อกำนันผู้ใหญ่บ้านและผู้เกี่ยวข้อง รวมทั้งออกเอกสารชี้แจงว่าจะสร้างเป็น “ฝายยาง” ขนาดความสูง 4.5 เมตร ความจุการกักเก็บน้ำประมาณ 31.8 ล้านลูกบาศก์เมตร ซึ่งโครงการจะเก็บกักน้ำไว้เฉพาะในลำน้ำมูล ซึ่งประชาชนเข้าใจว่า คงไม่ส่งผลกระทบต่อพื้นที่ป่าบุง ป่าทาม อันเป็นที่ดินทำกิน ทะเลเลี้ยงสัตว์ และเป็นแหล่งหาอาหารธรรมชาติเพื่อการยังชีพของพวกเขาจึงไม่ได้แสดงปฏิกิริยาใด ๆ แต่เมื่อมีการก่อสร้างจริงกลับมีการสร้าง “เขื่อนคอนกรีต” ความสูง 9 เมตร ขึ้นกั้นแม่น้ำมูลสามารถเก็บกักน้ำได้ 74.4 ล้านลูกบาศก์เมตร และมีค่าก่อสร้างเพิ่มขึ้นจาก 140.9 ล้านบาท เป็น 875.14 ล้านบาท

เมื่อมีการเก็บกักน้ำในเดือนตุลาคม 2536 พื้นที่ป่าบุง ป่าทาม ที่เป็นทั้งที่ดินทำกิน และพื้นที่ประกอบอาชีพจึงถูกน้ำท่วม กรมพัฒนาและส่งเสริมแรงงานให้ตัวเลขว่า มีพื้นที่น้ำท่วมทั้งสิ้น 20 ตารางกิโลเมตร หรือ 12,500 ไร่ แต่ในความเป็นจริง เกิดภาวะน้ำท่วมเป็นอาณาบริเวณไม่น้อยกว่า 50,000 ไร่ ซึ่งประชาชนไม่สามารถประกอบอาชีพต่อไปได้ การก่อสร้างดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปต่อประชาชนโดยส่วนรวมการ

สร้างเชื่อดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกิดประโยชน์ในแง่ของการผลิตกระแสไฟฟ้าอันเป็นการตอบสนองความต้องการในการใช้ไฟฟ้าของประชาชน ส่วนประโยชน์สาธารณะเฉพาะท้องถิ่นจากกรณีดังกล่าว คือ ประชาชนในท้องถิ่นที่มีการก่อสร้างได้รับการตอบสนองต่อความต้องการใช้กระแสไฟฟ้าและแหล่งท่องเที่ยวเหนือเขื่อนซึ่งเป็นผลพลอยได้ ในขณะที่เดียวกันประชาชนในท้องถิ่นก็ยังคงต้องการการดำรงชีพ และการประกอบอาชีพดั้งเดิมไว้ จากเหตุผลที่ว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะทั่วไปทำให้ประชาชนในท้องถิ่นที่ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างต้องยอมเสียละสิทธิเสรีภาพบางประการ และการดำรงชีพที่ได้รับผลกระทบจะต้องได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากการก่อสร้าง แต่จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นผลกระทบที่ประชาชนในท้องถิ่นได้รับมีมากกว่าที่ได้รับการชี้แจงจากทางราชการก่อนที่จะมีการดำเนินการ เหมือนกับกรณีของเขื่อนปากมูล **จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่ประโยชน์สาธารณะทั่วไปไม่มีความขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะเฉพาะท้องถิ่น**

จากกรณีเขื่อนปากมูลและฝ่ายราชินีเสลดดังกล่าวข้างต้น ต่างมีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การก่อสร้างเขื่อนและฝายได้ก่อให้เกิดปัญหาอย่างใหญ่หลวงต่อประชาชนในท้องถิ่น โดยที่องค์กรฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบก็ไม่สามารถตอบคำถามหรือแก้ไขปัญหาให้แก่ประชาชนได้ กรณีที่เกิดขึ้นเป็นข้อขัดแย้งระหว่างสิ่งที่อ้างว่าเป็นประโยชน์สาธารณะทั่วไป กับประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นที่ยังไม่สามารถยุติลงได้

การกระทำที่เป็นประโยชน์สาธารณะที่แท้จริงนั้นต้องเป็นไปเพื่อคนส่วนใหญ่ คนส่วนใหญ่ในที่นี้พึงแยกเป็นคนส่วนใหญ่ในส่วนกลางหรือคนส่วนใหญ่ในท้องถิ่น หากโครงการนั้นเป็นไปเพื่อคนส่วนใหญ่ทั่วไป ปัญหาที่ต้องพิจารณามีเพียงกรณีเดียวคือ การเป็นประโยชน์สาธารณะที่แท้จริง แต่หากโครงการนั้นส่งผลกระทบต่อท้องถิ่นด้วย ปัญหาที่ต้องพิจารณามีสองประการ คือ จะถือประโยชน์ของฝ่ายใดเป็นสำคัญ ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาคือ ระหว่างประโยชน์สาธารณะทั่วไป กับประโยชน์สาธารณะของท้องถิ่น ฝ่ายใดได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์มากกว่า ซึ่งต้องนำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาเป็นหลักในการพิจารณา ดังนั้นสภาพความขัดแย้งในแนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะในประเทศไทย ในขณะนี้ส่วนหนึ่งเกิดจากการที่องค์กรฝ่ายปกครองทำให้ประชาชนเข้าใจผิดว่าการกระทำทางปกครองนั้นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์สาธารณะที่ไม่ได้สัดส่วน รวมทั้งกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองไม่เข้าใจภารกิจของตนด้วย ความขัดแย้งในลักษณะนี้หากปล่อยให้ยืดเยื้อ อาจมีผลต่อความเจริญของสังคมและสร้างความเสื่อมศรัทธาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองอีกด้วย

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของ ปัจเจกชนตามกฎหมายไทย

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีของประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้วจะเห็นได้ว่า ในการปกครองประเทศนั้นรัฐต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนควบคู่กันไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองกับสิทธิประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะได้รับจากรัฐในรูปประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงมีความจำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะดังกล่าวมาใช้ในการตรากฎหมายเพื่อสร้างดุลยภาพของสิ่งสองสิ่งที่ขัดแย้งและสวนทางกัน ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) เพื่อนำมาใช้เป็นหลักในการวิเคราะห์หลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่ปรากฏในกฎหมายไทยต่อไป

3.1 หลักเกณฑ์การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)

ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้หลายมาตรา นอกจากนี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 28 และมาตรา 29 ดังนั้นในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงต้องพิจารณาทั้ง 2 มาตราควบคู่กันไป โดยมาตรา 28 ถือเป็นมาตราที่วางหลักทั่วไปในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และมาตรา 29 เป็นข้อยกเว้น ทั้งนี้ มาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ได้บัญญัติไว้ว่า

"มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้"

กล่าวคือ ประชาชนต้องใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีโดยต้องไม่ไปละเมิดต่อบุคคลอื่น อันถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองสังคมโดยรวมการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพได้รับความคุ้มครอง สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

อย่างไรก็ดี การที่รัฐยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะยอมให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่างๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆจากรัฐ กล่าวคือ ในบางกรณีหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะต้องรักษาไว้ รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่างได้ แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของรัฐจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง¹ แต่หากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ของไทยจะพบว่า แม้จะมีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ แต่ก็มักจะมีบทบัญญัติต่อท้ายว่า "สิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้นๆ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ" ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้มักจะมีกฎหมายออกมากำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่เป็นข้อจำกัดและลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้มากมาย ทำให้ประชาชนไม่สามารถอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาได้แย้งบทกฎหมายที่ออกมาจำกัดและลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้² ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 29 ดังนี้

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2540) , หน้า 2-3.

²ชาติ ชัยเดชสุริยะ และมานิตย์ จุมปา, รัฐธรรมนูญของเรา , สถาบันกฎหมายอาญา , 2541 , หน้า 5.

"มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้"

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม"

หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 29 จะพบว่า มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อวางหลักในการจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรอื่นๆที่ได้รับอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติไม่ให้กระทำการตรากฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับอื่นใดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ไปมีผลกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือกฎหมายลำดับรองต่างๆจะออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็เฉพาะแต่กรณีที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้โดยเฉพาะเท่านั้น มิฉะนั้น กฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและส่งผลให้กฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้เพราะการที่รัฐธรรมนูญมีสถานะสูงกว่ากฎหมายอื่นทำให้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ดังที่มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติรับรองไว้ว่า "รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้"

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) มีดังนี้

3.1.1 รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้มีเฉพาะบทบัญญัติในการคุ้มครองรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น แต่ยังมีบทบัญญัติในการที่จะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย โดยได้บัญญัติในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างกว้างๆ ในส่วนของรายละเอียดที่เกี่ยวกับความหมาย ขอบเขตตลอดจนเงื่อนไขต่างๆ รวมถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพซึ่งจำเป็นต้องมีกฎหมายออกมาขยายความ เพื่อให้เกิดความชัดเจน ดังนั้นเมื่อรัฐธรรมนูญพูดถึงสิทธิและเสรีภาพใด จึงมิได้สมบูรณ์อยู่เพียงแค่นั้นจะต้องมีกฎหมายออกมารับรองและขยายความ แต่ทั้งนี้การที่รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ³ รวมถึงหลักสิทธิมนุษยชน ตลอดจนปรัชญาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพได้รับการคุ้มครองมากที่สุด⁴

สำหรับหลักเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ (มาตรา 29 วรรคแรก) จากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐสามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ก็มีข้อจำกัดของกฎหมายดังกล่าวคือกฎหมายนั้นจะต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ มีสถานภาพบังคับใช้เป็นการทั่วไป รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ต้องเป็นการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงสถานะและลำดับศักดิ์ของกฎหมาย รวมถึงหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อ

³ วิษณุ เครืองาม. "สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, สู่สิทธิมนุษยชน! สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทยปัจจุบัน?, หน้า 4.

⁴ ปัญญา อุดชาชน, สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติระหว่างปี พ.ศ.2540 - 2541, หน้า 21.

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในรัฐ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ เพราะอยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่า⁵ ดังนั้น ก่อนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะทำการตรากฎหมายออกมา รัฐสภาจะต้องทำการตรวจสอบพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวก่อนว่าอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 6 หรือไม่ โดยมาตรา 6 ได้บัญญัติว่า "รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้"

3.1.2 การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป

หลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณาในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายก็คือ หลักที่ว่าด้วยการให้กฎหมายมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายนี้ที่มาจากหลักความเสมอภาค และรัฐธรรมนูญได้วางหลักในเรื่องดังกล่าวว่า "บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน และบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน" ดังนั้น ที่กล่าวว่า กฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปจึงไม่ได้หมายความว่า "กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน" (*La loi doit etre la meme pour tous*) คงหมายความว่า "กฎหมาย ... ต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง" (มาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) เท่านั้น ดังคำกล่าวของ รุสโซ ที่ว่า "กฎหมายอาจกำหนดให้มีเอกสิทธิ์ต่างๆ ขึ้น แต่จะต้องไม่ระบุตัวบุคคลผู้ซึ่งจะทรงเอกสิทธิ์เหล่านั้น กฎหมายอาจแบ่งแยกพลเมืองออกเป็นชนชั้นต่างๆ และนอกจากนั้นแล้วยังอาจกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะให้อยู่ในแต่ละชนชั้น แต่จะต้องไม่กำหนดให้บุคคลนั้นอยู่ในชนชั้นนี้บุคคลนี้อยู่ในชนชั้นโน้น กฎหมายอาจกำหนดให้ประเทศมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งขึ้นครองราชย์โดยการสืบสันตติวงศ์ แต่จะต้องไม่ระบุพระนามาภิไธยของพระมหากษัตริย์หรือราชวงศ์ กล่าวโดยสรุป การตรากฎหมายขึ้นใช้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , ปัญหาสิทธิและเสรีภาพมหาชนชั้นสูง, เอกสารประกอบการสอนปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545, อัดสำเนา.

โดยเฉพาะไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ⁶ ดังนั้น การที่ผ่านนิติบัญญัติตรากฎหมาย บังคับให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด ประเภทหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งกระทำการ อย่างใดอย่างหนึ่งเมื่อ ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ประเภทใดประเภทหนึ่งเกิดขึ้น ก็ถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไปตามของหลักความเสมอภาคแล้ว

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะต้องมิผลใช้ บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็น การเฉพาะเจาะจง ทำให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพกับประชาชนมีความเสมอภาคในการบังคับใช้ กฎหมาย อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนว่าจะกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนในกรณีใดและภายในขอบเขตเท่าใดและไม่มีทางเลือกปฏิบัติ ซึ่งหลักของความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 29 วรรค 2 นั้นมีเนื้อหาและสาระสำคัญเทียบเคียงได้กับ รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน (Grundgesetz) ในมาตรา 19 วรรค 1 ที่บัญญัติหลักในเรื่องนี้ไว้ (มาตรา 29 วรรค 2 และมาตรา 19 วรรค 1) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มีมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit mit Einzelfallverbot) นั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยปราศจากการควบคุม และป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงใน ขอบเขตของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีลักษณะที่เป็นการทั่วไป และไม่มีลักษณะที่เฉพาะเจาะจงในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด การบังคับใช้ กฎหมายให้มีลักษณะเป็นการทั่วไปนั้น H. Hofmann ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลักษณะทั่วไป” ดังนี้⁷

⁶ Jean Jacques ROUSSEAU, Du contrat social, Book II, Chap. Vi, cited by F.A. HAYEK, in The Constitution of Liberty, the University of Chicago Press, 1960. P. 194, อ้างถึง ใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, หน้า 118-119.

⁷ Klaus Stern, Staatsrecht Band III/2, S735 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ หลักพื้นฐานของ สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 175.

1. ลักษณะทั่วไปในแง่ของเวลา คือ กฎหมายมีผลใช้บังคับอยู่ภายใต้เงื่อนไขของเวลา โดยที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับตลอดเวลาจนกระทั่งมีกฎหมายที่ออกมาภายหลังไม่ได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว

2. ลักษณะทั่วไปในแง่ของบุคคลและเนื้อหาของกฎหมาย คือ กฎหมายที่ตราออกมานั้น ไม่สามารถจะไปกำหนดจำนวนบุคคลที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องได้ และกฎหมายดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป (Allgemeinheit) และมีความเป็นนามธรรมทั่วไป (abstrakt – generell) ทำให้การตรากฎหมายต้องมีลักษณะตามข้างต้น แต่ในการบัญญัติกฎหมายโดยอาศัยหลักการดังกล่าวเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยาก จึงทำให้เกิดการผสมผสานลักษณะดังกล่าวเข้าด้วยกัน

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับประชาชนทุกคน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนได้รับความคุ้มครอง โดยอาจกล่าวได้ว่าหลักความเสมอภาคเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันหรือเหมือนกัน หรือจะต้องมีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกันออกไป ซึ่งสอดคล้องกับหลักของการไม่เลือกปฏิบัติ⁸

3.1.3 การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 มาตรา 29 วรรค 2 บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย...” ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 19 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) ที่ว่า “ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและ

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักความเสมอภาค, หน้า 3.

จะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องอ้างถึง มาตราของสิทธิพื้นฐานนั้นด้วย”⁹ หลัก Zitiergebot มีความสำคัญเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติต้องทำการพิจารณาไตร่ตรองและตรวจสอบประเมินผลก่อนที่จะทำการตรากฎหมายที่จะมีผลเป็นการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีความรอบคอบมากขึ้น เพราะต้องมีการชั่งน้ำหนักผลดีผลเสียที่จะเกิดขึ้น ทั้งนี้การระบุบทมาตราแห่งรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ทำให้กฎหมายที่ตราออกมานั้นมีความถูกต้องสมบูรณ์ ไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งเกิดความชัดเจนและง่ายในการตรวจสอบว่าการตรากฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นไปตามเจือใจและอยู่ในขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่¹⁰

ในการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน มาตรา 19 วรรค 1 พบว่า หลัก Zitiergebot นั้นเป็นหลักที่ก่อให้เกิดหลักประกันเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้นที่อาจจะถูกจำกัดได้ ทั้งนี้โดยอาศัยพื้นฐานของเจือใจที่ได้กำหนดอยู่ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และหลัก Zitiergebot จะไม่ถูกนำมาใช้กับกฎเกณฑ์ที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่กระทำการออกกฎหมายที่ดังกล่าวอันเกิดจากข้อผูกพันที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการออกกฎเกณฑ์ตามที่ได้มีการกำหนดอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆ เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมทราบดีอยู่แล้วว่าตนได้กระทำการอยู่ภายในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับสิทธิพื้นฐาน จากหลักการดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะไม่นำหลัก Zitiergebot มาใช้กับเรื่องของสิทธิเสรีภาพบางประการ หรืออาจจะนำมาใช้ค่อนข้างน้อย โดยศาลรัฐธรรมนูญจะไม่นำหลัก Zitiergebot มาใช้กับกรณีดังต่อไปนี้¹¹

1. สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 2 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญเพราะการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้เจือใจกฎหมายทั่วไป¹²
2. สิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยวิธีการต่างๆ ตามมาตรา 5(2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไป¹³

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 173.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 177.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 179 – 180.

¹² (BverfGE 10, 89(99). 28, 36 (46); 64, 72 (80))

¹³ (BverfGE 28, 282 (289); 33, 52 (77f))

3. สิทธิในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดโดยกฎหมาย¹⁴

4. กรรมสิทธิ์และสิทธิในการรับมรดกตามมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้กำหนดให้มีการกำหนดรายละเอียดและข้อจำกัดได้โดยกฎหมาย¹⁵

5. การเวนคืนตามมาตรา 14 วรรค 3 ของรัฐธรรมนูญ¹⁶

ในประเทศไทยปรากฏหลัก Zitiergebot อยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 มาตรา 29 วรรค 2 ที่วางหลักเรื่องการระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ทำให้เกิดปัญหาในการใช้ดังนี้¹⁷

ก. บทบัญญัติลักษณะใดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต้องระบุนไว้ในกฎหมาย

การที่มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ต้องระบอบบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น เป็นเรื่องที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ แต่ในขณะเดียวกันบทบัญญัติดังกล่าวได้มีข้อยกเว้นไว้ว่าหากมีกรณีจำเป็นตามหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องที่กำหนดไว้ก็อาจตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นได้ ซึ่งได้แก่บทบัญญัติต่างๆ ตามที่บัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย เช่น มาตรา 31 วรรคสาม มาตรา 35 วรรคสอง มาตรา 36 วรรคสอง มาตรา 37 วรรคสอง มาตรา 39 วรรคสอง และวรรคสี่ มาตรา 44 วรรคสอง มาตรา 45 วรรคสอง มาตรา 49 มาตรา 50 วรรคสอง มาตรา 51 และมาตรา 64

¹⁴ (BverfGE 13, 97(122); 28, 36 (46); 64, 72 (80))

¹⁵ (BverfGE 21, 92(93)ว 24. 367 (396); 64, 72 (80))

¹⁶ (BverfGE 24, 367 (308))

¹⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 183.

ข. การระบุบัญญัติมาตราที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นสมควรระบุในส่วนของกฎหมาย

ในกรณีการระบุบทบัญญัติมาตราที่ให้อำนาจในกรณีของพระราชบัญญัตินั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะพิเศษ) ได้พิจารณาถึงประเภทของกฎหมายและรูปแบบของกฎหมาย และแนวทางในการระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ มีความเห็นเป็น 2 ความเห็นดังนี้

ความเห็นแรก เห็นควรให้มีการอ้างไว้ในเหตุผลประกอบร่างกฎหมาย แต่ก็มีปัญหาตามมาว่าเหตุผลประกอบร่างกฎหมายมีได้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

ความเห็นที่สอง เห็นควรให้มีการอ้างไว้ในคำปรารภ แต่การอ้างไว้ในคำปรารภว่าบทบัญญัติมาตราใดตามรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจมากก็ดูเหมือนกับว่าเป็นการขัดกับ รัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรค 2 เนื่องจากไม่ได้มีการระบุให้ระบุในคำปรารภ อีกทั้งยังอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ง่ายเกี่ยวกับเนื้อหาของพระราชบัญญัติที่ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องของสิทธิเสรีภาพตามที่ได้มีการระบุมาตราอ้างไว้เท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้วพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งๆ ไม่ได้มีเฉพาะบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น แต่ในหนึ่ง พระราชบัญญัติที่มีการระบุบทบัญญัติมาตราที่อ้างอาจจะมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบางส่วนเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน บางส่วนมิได้เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือบางส่วนอาจมีลักษณะที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ได้

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น แนวทางที่เหมาะสมนั้นน่าจะอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยการยกอ้างขึ้นเป็นอีก มาตราหนึ่งในพระราชบัญญัตินั้นๆ เพื่อระบุว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หรือมีส่วนเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดบ้าง ซึ่งวิธีการนั้นนอกจากจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คือ ประชาชนยังคงรับรู้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพได้โดยทราบที่มาของบทบัญญัติมาตราในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติอันเป็นการจำกัดสิทธิและ

เสรีภาพแล้ว ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพหลายเรื่อง ก็ยังสามารถระบุไว้ในมาตราเดียวกันนี้ได้ทั้งหมดโดยไม่กระทบต่อบทบัญญัติมาตราอื่นของกฎหมายด้วย

ค. ในปัจจุบันนี้แนวทางและรูปแบบในการระบุบทบัญญัตินี้ก็ยังไม่มีความแน่ชัดว่าควรจะเป็นไปในแนวทางและรูปแบบใด

แม้ว่าจะเกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการระบุบทบัญญัติที่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้นแล้ว ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวก็ได้มีการวินิจฉัยมาโดยตรงก็ตาม แต่จากปัญหาข้อเท็จจริงดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งของการเขียนระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งวุฒิสภาเห็นควรให้เขียนไว้ในคำปรารภ ในขณะที่สภาผู้แทนราษฎรเห็นควรบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของกฎหมาย ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไปคือ ปัญหาที่ว่าหากไม่มีการระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ จะมีผลประการใด แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัยประเด็นนี้ไว้โดยตรงก็ตาม แต่จากปัญหาในทางข้อเท็จจริงที่ดี จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ดี จะเห็นได้ว่าการระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 เป็นเรื่องที่มีความสำคัญในการบัญญัติกฎหมายซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีแนวโน้มว่าศาลจะวินิจฉัยให้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

3.1.4 การจำกัดสิทธิจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพมิได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2540) ได้มีบทบัญญัติที่รับรองในเรื่องของการจำกัดสิทธิมิให้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง โดยวางหลักว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ดังนั้น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติต้องการออกกฎหมายออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ คือจะต้องมีการระบุการจำกัดดังกล่าวพร้อมด้วยเหตุผลในการจำกัดควบคู่กันไป แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายที่ตัดหรือลดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

โดยเด็ดขาด เพราะจะไปกระทบถึงสาระสำคัญของเรื่องที่จะไปกระทบกระเทือนตัวสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของสาระสำคัญของเรื่องที่จะไปกระทบกระเทือนสิทธิของประชาชน อีกทั้งการกระทำดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁸

ตัวอย่างของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้แก่ มาตรา 46 (4) แห่งพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ.2524 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535 บทบัญญัติดังกล่าวมีความว่า “พรรคการเมืองย่อมเลิกด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังต่อไปนี้.....(4) ไม่มีสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการเลือกตั้งทั่วไป” การกำหนดเงื่อนไขแห่งการดำรงอยู่ของพรรคการเมืองว่าต้องมีสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการเลือกตั้งทั่วไปทุกครั้ง หากในการเลือกตั้งทั่วไปคราวใดไม่มีสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ให้ถือว่าพรรคการเมืองต้องเลิกไปโดยอัตโนมัติเป็นการ “จำกัด” เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจการในทางการเมืองตามวิถีทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขถ้าเข้าไปกระทบถึง “แก่นแห่งสิทธิ” หรือ “สาระสำคัญ” ของเสรีภาพดังกล่าวแล้ว จะมีพรรคการเมืองที่พรรคกันที่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการดำรงอยู่ของพรรคการเมืองตามที่บทบัญญัตินี้กำหนดไว้ได้

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่จะไปกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ ซึ่งเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนในการป้องกันการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะให้มีผลกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ จึงเป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอีกทางหนึ่ง มีทฤษฎีอยู่ 2 ทฤษฎี¹⁹ คือ

ก. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ (die absolute Wesengehalttheorie) ตามแนวความคิดนี้ แยกเขตแดนแห่งสิทธิออกเป็น 2 ส่วน โดยใน ส่วนที่ 1 เป็นส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพนั้นได้ และส่วนที่ 2 คือ เป็นเขตแดนที่รัฐไม่อาจก้าวล่วง

¹⁸ **มาตรา 6** รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัติเป็นอันใช้บังคับมิได้

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า193.

เข้าไปได้โดย เป็นเขตที่ได้รับความคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ แต่ในความเห็นในทฤษฎีนี้ยังมีความเห็นในรายละเอียดที่แตกต่างกัน คือตามบทบัญญัติมาตรา 19 วรรค 2²⁰ ที่บัญญัติว่า “ไม่ว่ากรณีใดๆ” นั้น แสดงให้เห็นว่ามุ่งในการคุ้มครองสิทธิในเชิงสถาบัน (Institutionsgarantie) การคุ้มครองในเชิงสถาบันเช่น การให้หลักประกันแก่สิทธิในการปกครองตนเองขององค์กรปกครองท้องถิ่น และการคุ้มครองเชิงสถาบันนี้ ไม่อาจกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิได้ ไม่ว่าจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดเงื่อนไขเวลาใดและในสถานการณ์ใดก็ตาม

ข. ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ (die relative Wesengehalttheorie) ตามแนวความคิดนี้เห็นว่าจะไม่สมควรให้มีการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลที่เหนือกว่าที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นภายใต้พฤติกรรมการดังกล่าวจึงน่าจะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพได้

หลักการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ในประเทศเยอรมัน ก็ยังมีปัญหาที่มีอาจจะระบุชัดเจนลงไปได้ว่าอะไรหรือสิ่งใดเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wesengehalt eines Grundrechts) ออกมาได้ แต่ก็ได้มีการพยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยใช้เกณฑ์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Wuerde des Menschen) มาเป็นเกณฑ์ที่ช่วยในการพิจารณา โดยถือว่าเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน เท่ากับว่าหากมีการละเมิดหรือกระทบกระเทือนถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้วก็เท่ากับว่าเกิดการกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพแล้ว

การที่ต้องคอยควบคุมมิให้มีการออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปกระทบถึงสาระสำคัญของสิทธินั้น มีลักษณะเป็นเงื่อนไขที่ในบางกรณีประชาชนควรมีสิทธิและเสรีภาพเด็ดขาดโดยไม่มีการจำกัดเลย แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีก็ควรจะมีการจำกัดให้อยู่ภายใน

²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน มาตรา 19 (2) “ไม่ว่ากรณีใดๆ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้”

ขอบเขต โดยให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ²¹ หากกฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิ ทำให้มีผลไม่แตกต่างจากการเพิกถอนสิทธิของประชาชนเลย²² ดังนั้นการที่หลีกเลี่ยงไม่ให้กฎหมายที่ตราออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพียงเท่าที่จำเป็น แต่หากว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพจนถึงแก่นของสิทธิเสรีภาพก็จะกระทำมิได้จะกระทำได้แค่เพียงไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติอาจจะเป็นการยากที่จะบอกว่าอะไรคือสาระสำคัญ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักการต่างๆดังที่อธิบายมาข้างต้นประกอบกันจึงทำให้กฎหมายที่ตราออกมาไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะไปกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ เช่น เมื่อรัฐธรรมนูญให้บุคคลมีสิทธิร้องทุกข์แล้ว รัฐจะออกกฎหมายห้ามไม่ให้บุคคลใช้สิทธิเสนอเรื่องร้องทุกข์ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองไว้ไม่ได้²³

3.1.5 หลักการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้วางหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กรณีที่รัฐจะจำกัดสิทธิเป็นเพียงข้อยกเว้นที่จำกัดเท่านั้น โดยจะต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดและเพียงเท่าที่จำเป็น อันเป็นการวางขอบเขตการใช้อำนาจรัฐยิ่งกว่าการใช้อำนาจจำกัดสิทธิของบุคคล และหากรัฐใช้ข้อยกเว้นในมาตรานี้เกินความจำเป็น ก็จะเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ²⁴

มาตรการหนึ่งที่ทำให้กฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นกฎหมายที่ได้รับการยอมรับ ก็คือการพยายามให้กฎหมายนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของ

²¹ ภวิภา ไชยดวง, “การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 43.

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, หน้า 132.

²³ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไป, หน้า 136.

²⁴ มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 91.

ประชาชนน้อยที่สุด หรือเลือกเอามาตรากฎที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด แต่ก็ยังเป็นมาตรากฎที่สามารถทำให้เกิดผลในทางปฏิบัติตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้เกิดขึ้น ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการออกกฎหมายที่มีผลให้ประชาชนต้องสละสิทธิเสรีภาพที่มีอยู่ หรือทำให้การใช้สิทธิเสรีภาพที่มีอยู่เกิดข้อจำกัดขึ้น จะต้องเป็นกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุดเท่าที่จะกระทำได้อยู่ภายในขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายเท่านั้น อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ การให้การจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพที่รับรองเอาไว้ในนั้นกระทำได้เท่าที่จำเป็นโดยกฎหมายเท่านั้นเป็นข้อยกเว้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) ได้บัญญัติหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนกระทำได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้นอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่ง “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น...” ซึ่งหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรแก่เหตุ (Ueber massverbot) หรือหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhalthismaessigkeit) หรือหลักมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebermassverbbt) เป็นหลักสำคัญยิ่งในการนำมาใช้สำหรับควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน²⁵

จากการพิจารณาถึงองค์ประกอบ 3 ประการข้างต้นคือ สถานการณ์ วัตถุประสงค์ และนิติกรรมทางปกครองที่ได้สัดส่วนกัน โดยการนำมาซึ่งนำหนักและพิจารณาประกอบกัน จึงเห็นได้ว่าหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นนั้น มีความสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ รายละเอียดดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อหลักความได้สัดส่วน

จากหลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ มีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2542 ที่มีการวินิจฉัยถึงการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 , หน้า 194.

ในส่วนขอประเด็นที่ให้เกษตรกรต้องปลูกยางพันธุ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดว่าเหมาะสมที่จะปลูก และต้องทำสวนยางตามวิธีการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด จะเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคหนึ่งหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการที่เกษตรกรต้องปลูกยางและต้องทำสวนยางตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดดังที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ....มาตรา 9²⁶ นั้น จะเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่ รัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” นอกจากนี้คำปรารภวรรคสองของร่างพระราชบัญญัตินี้ซึ่งมีความว่า “พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” **จึงเป็นการระบุไว้แล้วว่ามิมีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล** แม้จะถือว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคหนึ่ง ก็เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่าที่จำเป็นเท่านั้น **และมีได้เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ** ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” มาตรา 29 วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” นอกจากนี้การที่รัฐมนตรีจะประกาศกำหนดเขตทำสวนยางหรือวิธีการทำสวนยางได้ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการก่อน ในส่วนของคณะกรรมการเองก็มีผู้แทนสถาบันเกษตรกรที่เป็นนิติบุคคล เจ้าของโรงทำยาง เจ้าของโรงผลิตภัณฑ์ยาง และผู้ค้ายางรวมอยู่ด้วย รัฐมนตรีมีอำนาจใช้อำนาจได้เองโดยลำพัง

จะเห็นได้ว่าศาลได้นำหลักเกณฑ์ต่างๆ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญมาประกอบการพิจารณาถึงการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งการออกกฎหมายดังกล่าวกระทำมิได้หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 29

²⁶ ปัจจุบันคือมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ.2542

3.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

สามารถแบ่งออกเป็น 3 หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

3.2.1 หลักความเสมอภาค

คือ หลักที่มีเกณฑ์กว้างๆสรุปได้ว่า เป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ²⁷ ทั้งนี้เพราะหลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่เรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นอย่างเท่าเทียมกัน แต่การจะพิจารณาว่าอะไรเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเหมือนกันหรือแตกต่างกันนั้นจะต้องอาศัยการพิจารณาเป็นเรื่องไป โดยอาจจะมีการเปรียบเทียบระหว่างข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริง หรือระหว่างบุคคลสองคน หรือระหว่างบุคคลสองกลุ่ม เพราะหากปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่พิจารณาถึงสิ่งเหล่านี้ก็จะกลายเป็นความไม่เท่าเทียมกันได้²⁸

ตัวอย่างของการเปรียบเทียบเพื่อพิจารณาว่าเป็นไปตามหลักความเสมอภาคหรือไม่ เช่น

1. การนำสิ่งที่มีสาระแตกต่างกันมาเปรียบเทียบกันโดยปฏิบัติต่อสิ่งที่นำมาเปรียบเทียบอย่างเท่าเทียมกัน ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เสมอภาค เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษาช่วยเหลือแก่เด็กพิการและเด็กปกติในจำนวนเท่ากัน จะถือว่าการกระทำของรัฐเป็นไปโดยไม่เสมอภาคเพราะรัฐปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันอย่างเท่าเทียมกัน แต่ในทางกลับกันหากรัฐให้ทุนการศึกษาแต่เฉพาะกับเด็กพิการโดยไม่ให้เด็กปกติ แม้จะเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันแต่ก็เป็นปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันโดยมีเหตุผลอันควรรับฟังได้ คือ เด็กพิการกับเด็กปกติมีลักษณะที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ ดังนั้น เด็กทั้งสองกลุ่มจึงสมควรได้รับการปฏิบัติที่

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักความเสมอภาค (โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 : สถาบันพระปกเกล้า , 2543) , หน้า 3.

²⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 7.

แตกต่างกัน ในกรณีนี้จึงไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคเพราะการปฏิบัติที่แตกต่างกันกับสิ่งที่มีสาระสำคัญที่ต่างกันไม่ถือว่าขัดกับหลักความเสมอภาค

2. การนำสิ่งที่มีสาระเหมือนกันมาเปรียบเทียบกันโดยการปฏิบัติต่อสิ่งที้นำมาเปรียบเทียบกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เสมอภาค เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์คัดเลือกบุคคลเข้าเรียนต่อในระดับมหาวิทยาลัยว่าผู้ชายเท่านั้นที่จะเข้าเรียนในมหาวิทยาลัยได้ กรณีนี้สาระสำคัญของความเป็นชายและหญิงต่อการศึกษาไม่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงขัดต่อหลักความเสมอภาคเพราะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน

3. การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยทุกๆ เรื่องโดยมิได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของเรื่องนั้นๆ แล้วในที่สุดก็อาจจะนำไปสู่การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ เช่น การกำหนดให้ประชาชนทุกคนเสียภาษีเท่ากันหมดโดยไม่พิจารณาถึงรายได้ของแต่ละคนว่ามีมากน้อยต่างกันแล้ว ย่อมเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกัน ในที่สุดความไม่เสมอภาคย่อมเกิดขึ้น²⁹

หลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) สามารถแยกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

1. **หลักความเสมอภาคทั่วไป** ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใดๆ ของรัฐเพื่อเรียกร้องไม่ให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่พิจารณาถึงเนื้อหาสาระและป้องกันไม่ให้รัฐไม่สามารถให้เหตุผลที่รับฟังได้ในกรณีพิจารณาเรื่องดังกล่าว เช่น การกำหนดว่าบุคคลที่จะมีสิทธิสมัครสอบแข่งขันเป็นปลัดอำเภอจะต้องเป็นเพศชายเท่านั้น รัฐจะต้องมีเหตุผลอันวิญญูชนรับฟังได้ว่าเพศหญิงไม่เหมาะแก่การปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนี้

²⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 8.

* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) ได้กำหนดว่าหลักในเรื่องความเสมอภาคทั่วไปไว้ในมาตรา 30 วรรคหนึ่งว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

อย่างไร³⁰ หรืออีกตัวอย่าง เช่น โรงเรียนแห่งหนึ่งได้วางกฎเกณฑ์ของการสอบเข้าเรียนว่า จะให้คะแนนพิเศษแก่ผู้สมัครสอบเข้าที่เป็นบุตรของข้าราชการในโรงเรียน ซึ่งกรณีนี้ไม่อาจจะค้นหาเหตุผลอันอาจรับฟังได้จากการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ ดังนั้น จึงถือได้ว่าเป็นการวางกฎเกณฑ์อย่างอำพราง³¹

2. หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เป็นหลักกฎหมายพิเศษที่ต้องนำมาใช้พิจารณาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป คือ ถ้ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายใดขัดกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายนั้นขัดกับหลักความเสมอภาคทั่วไปอีกหรือไม่ ในทางกลับกันหากกฎเกณฑ์หรือกฎหมายใดไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ยังคงพิจารณาว่าขัดกับหลักความเสมอภาคทั่วไปหรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) ได้กำหนดถึงหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้หลายเรื่อง³² เช่น

- หญิงและชายมีสิทธิเท่าเทียมกัน (หลักความเสมอภาคของหญิงและชาย) ตามมาตรา 30 วรรคสอง
- บุคคลมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่า 12 ปี (หลักความเสมอภาคในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐาน) ตามมาตรา 43
- บุคคลมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานและผู้ป่วยมีสิทธิได้รับบริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (หลักความเสมอภาคในการรับบริการทางสาธารณสุข) ตามมาตรา 52
- เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ เด็กและเยาวชนซึ่ง

³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง,” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2542), หน้า 143.

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักความเสมอภาค, หน้า 7.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 9-10.

ไม่มีผู้ดูแลมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ (หลักความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองและการอบรมเลี้ยงดูจากรัฐ) ตามมาตรา 53

- บุคคลอายุเกิน 60 ปีบริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ (หลักความเสมอภาคในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ) ตามมาตรา 54

- ผู้พิการหรือทุพพลภาพมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ (หลักความเสมอภาคในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ) ตามมาตรา 55

- ผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน (หลักความเสมอภาคในการเลือกตั้ง) ตามมาตรา 104

- รัฐต้องให้การสนับสนุนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างเท่าเทียมกัน (หลักความเสมอภาคของพรรคการเมือง) ตามมาตรา 113

- รัฐต้องให้การสนับสนุนการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาอย่างเท่าเทียมกัน (หลักความเสมอภาคของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นวุฒิสภา) ตามมาตรา 129

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปหรือหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องปฏิบัติต่อคนทุกคนเสมอภาคกัน กล่าวคือ รัฐยังมีสิทธิที่จะเลือกปฏิบัติได้แต่จะต้องเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมและสามารถอธิบายให้เห็นถึงความสมเหตุสมผลได้ว่าการเลือกปฏิบัติดังกล่าวมิได้มาจากความลำเอียงแต่อย่างใด³³

3.2.2 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

โดยผลของหลักความเสมอภาคทำให้ต้องมีการรับรองหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) จะพบว่าได้บัญญัติรับรองไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติไว้ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง

³³ แก้วสรร อติโพธิ, “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย,” ใน รวมสาระรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มติชน, 2541) , หน้า 173.

ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การเลือกปฏิบัติใดๆที่อาศัยคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 วรรคสาม คือ ถิ่นกำเนิด , เชื้อชาติ , ภาษา , เพศ , อายุ , สภาพทางกายหรือสุขภาพ , สถานะของบุคคล , ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม , ความเชื่อทางศาสนา , การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง มาเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติให้แตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลอื่นอันอาจรับฟังได้นั้นอาจเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ เช่น ในการสอบเข้ามหาวิทยาลัย ทบวงมหาวิทยาลัยได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับผู้ที่สมัครเข้าศึกษาในแต่ละสาขาวิชาเอาไว้ เช่น ผู้จะสมัครเข้าศึกษาในสาขาวิชาพยาบาลจะต้องเป็นคนโสด อายุไม่ต่ำกว่า 16 ปีแต่ไม่เกิน 25 ปี ส่วนสูงไม่ต่ำกว่า 150 เซนติเมตร น้ำหนักไม่ต่ำกว่า 40 กิโลกรัม ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยคุณสมบัติที่มาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คือ สถานะของบุคคล อายุ เหตุแห่งสภาพทางกาย ดังนั้น ในการสอบเข้ามหาวิทยาลัยปีการศึกษา 2541 เงื่อนไขและคุณสมบัติดังกล่าวจึงถูกยกเลิกไป³⁴

แต่หากการเลือกปฏิบัติเกิดจากเหตุผลอื่นนอกจากคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 วรรคสามแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดรัฐธรรมนูญ เช่น การเลือกปฏิบัติเกิดจากการที่บุคคลนั้นไม่ยอมรับเครื่องแต่งกายของบริษัทนั้น ทำให้ถูกปฏิเสธไม่รับบุคคลนั้นเข้าทำงานกรณีนี้ไม่ใช่การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 จึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดกับรัฐธรรมนูญ

บางกรณีหากมีความจำเป็นต้องอาศัยความแตกต่างที่กำหนดไว้ในมาตรา 30 มาเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติให้แตกต่างกันก็ได้หมายความว่า จะขัดกับหลักความเสมอภาคเสมอไป เช่น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เฉพาะบุคคลผู้มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์เป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

³⁴ มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม , พ.ศ.2542) , หน้า 56.

กรณีนี้แม้จะมีการใช้อายุเป็นเกณฑ์ในการกำหนดผู้มีสิทธิเลือกตั้ง แต่ก็ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดกับหลักความเสมอภาคเพราะบุคคลทุกคนเมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ย่อมจะได้สิทธิเลือกตั้งเช่นกัน³⁵

นอกจากนี้ การที่มาตรา 30 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) กำหนดว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม” นั้น ก็เพื่อเป็นการยืนยันให้ชัดเจนว่าการที่รัฐปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลหนึ่งกลุ่มบุคคลใดในลักษณะที่แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไปนั้น เป็นการกระทำเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เช่น การที่รัฐใช้เงินจำนวนมากเพื่อสร้างลิฟท์ที่สถานีรถไฟทำให้คนพิการที่ไม่สามารถเดินขึ้นบันไดได้มีโอกาสใช้รถไฟเช่นเดียวกับคนปกติทั่วไป ก็ไม่ถือเป็นการใช้งบประมาณไปในทางที่เป็นการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม เพราะเป็นการกระทำเพื่อขจัดอุปสรรคให้คนพิการสามารถใช้รถไฟได้เช่นเดียวกับบุคคลปกติทั่วไป ทั้งนี้ หากมองความหมายโดยนัยของบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคสี่แล้วจะเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ยืนยันในหลักการว่า การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่พิจารณาถึงความแตกต่างของบุคคลนั้นอาจกลายเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้³⁶

3.2.3 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นหลักที่มีความสำคัญยิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องนำมาปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและได้มีพัฒนาการมานานในระบบกฎหมายเยอรมัน ในปัจจุบันหลักความได้สัดส่วนก็ยังคงถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการกระทำไปมีผลเป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจและเป็นเกณฑ์มาตรฐานสำคัญที่รัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการ

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักความเสมอภาค, หน้า 17.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

กระทำของรัฐ³⁷ โดยเฉพาะในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ในประเทศเยอรมันได้จัดให้หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ³⁸

ในประเทศไทยก็มีหลักเกณฑ์ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลักแห่งความได้สัดส่วนกล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 มาตรา 29 วรรคแรก ที่บัญญัติไว้ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น” ถ้อยคำที่ว่าเท่า “ที่จำเป็นเท่านั้น” ก็มีความหมายเหมือนกันกับความจำเป็นและการยอมรับหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ³⁹ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของรัฐและประโยชน์ของปัจเจกชน เนื่องจากบางครั้งผลประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของปัจเจกชนก็มีความขัดแย้งกัน แนวทางในการประสานสิ่งที่ขัดแย้งกันก็จำเป็นต้องอาศัยหลักการเพื่อความ จำเป็นหรือหลักแห่งความได้สัดส่วนมาใช้โดยอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรม

เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของหลักความได้สัดส่วนพบว่า หลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ⁴⁰ คือ หลักความจำเป็น หลักความเหมาะสม และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ อธิบายได้ดังนี้

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 195.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 211-112.

³⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ 30 (มิถุนายน 2543) : 187.

⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 200.

3.2.3.1 หลักความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit)

หลักความเหมาะสมหมายความว่ามาตรการที่ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนต้องเป็นมาตรการที่ใช้บังคับได้จริงเกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้เป็นไป ซึ่งความเหมาะสมคือมาตรการที่ใช้ต้องสมกับประโยชน์ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติต้องการจะตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยฝ่ายนิติบัญญัติก็มีเหตุและวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นที่ตั้ง มาตรการที่ปรากฏในกฎหมายนั้นต้องเป็นมาตรการที่สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายดังกล่าว อีกทั้งต้องเป็นมาตรการที่ดีที่สุดหรือเหมาะสมที่สุด และประการสำคัญต้องเกิดผลในทางปฏิบัติได้จริง เช่น มาตรการในการคาดเข็มขัดนิรภัยในขณะขับรถของกรมการขนส่งทางบกได้เลือกเอามาตรการคาดเข็มขัดนิรภัย ซึ่งในความเป็นจริงอาจมีหลายมาตรการที่มีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ และตอบสนองต่อจุดประสงค์ในการออกมาใช้บังคับได้ หากว่าผู้ขับรถยนต์ไม่คาดเข็มขัดก็อาจจะถูกตำรวจจับ ผู้ขับรถยนต์ดังกล่าวจะอ้างว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพในการขับรถไม่ได้ เพราะมาตรการดังกล่าวถูกกลั่นกรองมาแล้ว ว่ามีความเหมาะสมและเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ รวมทั้งการลดทอนสิทธิเสรีภาพก็เหมาะสมกับผลของความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินอันอาจเกิดจากการขับรถยนต์ที่คนขับไม่ได้คาดเข็มขัดนิรภัย แต่ในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการทำการเลือกเอามาตรการใดมาตราหนึ่งจากหลายๆ มาตรการ ดังนั้นในการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้นั้นจะต้องอาศัยประสบการณ์และการคาดการณ์ในอนาคตถึงความเป็นไปได้ในการนำไปปฏิบัติ ซึ่งก็เป็นดุลพินิจที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกมาตรการนั้นๆ เพราะมาตรการที่ไม่เหมาะสมก็ถือว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญได้⁴¹

3.2.3.2 หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit)

หลักความจำเป็นเป็นมาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติใช้ในการพิจารณาเปรียบเทียบถึงมาตรการต่างๆว่ามาตรการใดเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นในอันที่จะดำเนินการให้เกิดผลได้ตามที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการ⁴² โดยมีความเหมาะสมและก่อให้เกิดผลกระทบต่อปัจเจก

⁴¹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 201.

⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน :“มาตรฐานในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ : 189.

ชนน้อย ที่สุด หรืออาจกล่าวได้ว่า ความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มีอยู่ หากการบรรลุป่าหมายเดียวกัน หรือผลสำเร็จที่ดีกว่า สามารถจะกระทำได้โดยใช้วิธีการหรือมาตรการอื่นเพื่อก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า ทั้งในทางตำราและคำพิพากษาของศาลถือกันว่าหลักความจำเป็นเป็นหลักการหนึ่งของการแทรกแซงน้อยที่สุด⁴³ ดังนั้น ถ้ามีมาตรการอยู่หลายมาตรการให้เลือก ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุดเพียงมาตรการเดียวเท่านั้น เพราะหากว่าฝ่ายนิติบัญญัติเลือกเอามาตรการที่สร้างภาระแก่ประชาชนมากเกินไปในขณะที่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่าให้เลือกก็เท่ากับเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นในการบรรลุถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁴⁴ ในอันที่ต้อการรักษาผลประโยชน์ของประชาชนและไม่ต้องการสร้างภาระหรือกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในเรื่องของหลักความจำเป็นได้มีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ได้ใช้หลักความจำเป็นใช้บังคับกับคดีที่เป็นบรรทัดฐานคือ คดี *C.E., 19 mai 1993, Benjamin* โดยในคดีนี้ชมรมส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งเมือง Nevers ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะจัดประชุมทางวรรณกรรมและได้เชิญนาย Rene' Benjamin เข้าร่วมปาฐกถาด้วย สหภาพครูได้แจ้งต่อนายกเทศมนตรีว่าจะทำการต่อต้านเพื่อขัดขวางการแสดงปาฐกถาของนาย Benjamin ทุกวิถีทาง เนื่องจากนาย Benjamin ได้เคยกล่าวถ้อยคำดูหมิ่นเหยียดหยามบรรดาครูผู้สอนนับสนุนโรงเรียนของรัฐสหภาพ ตลอดจนกลุ่มฝ่ายซ้ายต่างๆมาร่วมชุมนุมเพื่อต่อต้านนาย Benjamin ด้วย นายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nevers พิจารณ์แล้วเห็นว่า การเดินทางมาปาฐกถาของนาย Rene' Benjamin ในงานวรรณกรรม น่าจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในเมือง จึงอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 97 แห่งกฎหมายลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1884 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “นายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ออกมาตรการที่จำเป็นแก่การรักษาความสงบเรียบร้อย” ออกคำสั่ง

⁴³ Bverfge7, 377 (405) ; 14, 288(303) ; 16, 147 (172) ; L.Hirschberg, Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit, 1981 S.56 F; R. Dechsling, Das Verhaeltnismaessigkeitsgebot, 1989, S.51 ff. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 204.

⁴⁴ เกียรติไกร เจริญธนาวัฒน์, ปัญหาสิทธิและเสรีภาพมหาชนชั้นสูง, เอกสารประกอบการสอนปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545, อัดสำเนา.

ห้ามมิให้มีการจัดประชุมการฟังการปาฐกถาของนาย Rene' Benjamin ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุด แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสพิพากษาว่าคำสั่งของนายกเทศมนตรีเมือง Nevers ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดย ศาลให้เหตุผลว่าความไม่สงบเรียบร้อยที่อาจเกิดขึ้นจากการมาปาฐกถาของนาย Rene' Benjamin ใน เมือง Nevers นั้น มิได้มีความร้ายแรงถึงขนาดที่นายกเทศมนตรีไม่สามารถที่จะป้องกันโดยวิธีการหรือ จัดหามาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่ากำลังดังกล่าว ซึ่งนายกเทศมนตรีควรจะหาวิธีการอื่นแทน การออกคำสั่งห้ามดังกล่าว ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนเกิน ขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยของเมือง Nevers⁴⁵

3.2.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigke it im en geren Sinne)

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือหลักความพอสมควรแก่ เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ เป็นมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ สาธารณะของมหาชนกับประโยชน์ของปัจเจกชนที่ต้องเสียไปจากการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบนี้เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweck) และ วิธีการ (Mittel) โดยที่หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบนี้ มีหลักการว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรืออาจ กล่าวได้ว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่าง วิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้⁴⁶ ในการที่จะบอกว่ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราออกมา มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้มีการนำเอาหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบไปพิจารณา หรือไม่นั้น สามารถพิจารณาได้จากสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งจะประสงค์คุ้มครอง เช่น การจำกัดมิให้แจก ใบปลิวในที่สาธารณะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของถนนหนทาง เมื่อ พิจารณาถึงสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองและระดับความรุนแรงของมาตรการทางกฎหมาย

⁴⁵ M. LONG , P. WEIL, G. BRAIBANT, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 7e édition, Paris, Sirey, 1978, pp. 217-222, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 , หน้า 89-90.

⁴⁶ บรรณเจติ สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 206.

แล้ว จึงเห็นว่าหากการละเมิดสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองอยู่ในระดับที่พอสมควรแก่เหตุ ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมชอบที่จะตรากฎหมายดังกล่าวขึ้นใช้บังคับ⁴⁷ แต่หากกฎหมายดังกล่าวเมื่อใช้บังคับไปแล้วก่อให้เกิดผลเสียแก่ประชาชนหรือไม่สัดส่วนเมื่อเทียบกับประโยชน์สาธารณะของมหาชนที่จะได้รับ กฎหมายดังกล่าวก็ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁴⁸

ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบก็คือมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้พิจารณาก่อนการตรากฎหมาย โดยการชั่งน้ำหนักถึงผลที่จะได้ว่าต้องมีผลดีมากกว่าผลเสีย ประโยชน์สาธารณะที่ได้ต้องคุ้มค้ำกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกถูกลิดรอน และก็ยังต้องมีผลบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ ด้วย



สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตรฐาน” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ : 189.

⁴⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาปัญหาสิทธิและเสรีภาพมหาชนขั้นสูง, ระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, อัดสำเนา.

บทที่ 4

วิเคราะห์หลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของ ปัจเจกชนที่ปรากฏในกฎหมายไทย (บางฉบับ)

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ก็คือ แนวทางหรือวิธีการที่ทำให้ความเสียหายจากการถูกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยรัฐเกิดขึ้น น้อยที่สุด ในขณะที่รัฐก็สามารถที่จะดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้สูงสุด ซึ่งจากการศึกษา วิเคราะห์กฎหมายไทย (บางฉบับ) พบว่าได้มีการวางแนวทางในการประสานประโยชน์ไว้หลายวิธีไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาความเสียหาย หรือกำหนดวิธีการและขั้นตอนที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด และเท่าที่จำเป็น โดยที่วิธีการที่ใช้นั้นต้องได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่จะได้รับจึงจะถือว่าเป็นการ ประสานความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของรัฐกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้เกิดดุลยภาพ ในการ วิเคราะห์หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะแยกกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 4.1 กลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับ สิทธิเสรีภาพกับปัจเจกชน
- 4.2 กลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับ สิทธิเสรีภาพกับปัจเจกชน

4.1 กลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับ สิทธิเสรีภาพกับปัจเจกชน

การแบ่งกลุ่มกฎหมายที่ทำการวิเคราะห์ในหัวข้อนี้จะพบว่า เป็นไปตามหลักเกณฑ์ใน การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการตรากฎหมาย โดยวัตถุประสงค์ ในการตราพระราชบัญญัติต่าง ๆ คือ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งอาจจะแบ่งออกเป็นกลุ่มย่อย ๆ เพื่อ สะดวกในการวิเคราะห์เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ที่ใกล้เคียงกัน ดังต่อไปนี้

4.1.1 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

กลุ่มพระราชบัญญัติที่จะทำการวิเคราะห์ต่อไปนี้ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลหนึ่งไม่ให้ถูกอีกบุคคลหนึ่งกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้ได้รับความเสียหาย ซึ่งบุคคลอื่นในสังคมย่อมต้องการให้รัฐมีมาตรการมาคุ้มครองจากการละเมิดดังกล่าว จึงทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นมาจะมีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ตามวัตถุประสงค์ข้างต้น ซึ่งหลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ระหว่างรัฐกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่พบมักปรากฏในรูปของการคุ้มครอง ดังพระราชบัญญัติต่อไปนี้เป็นตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 พระราชบัญญัติป้องกันการทุบตลาด พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2532 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เป็นต้น โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างพระราชบัญญัติที่จะนำมาวิเคราะห์ ดังนี้

4.1.1.1 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และควบคุมการประกอบธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรง เนื่องด้วยในปัจจุบันการขายตรงและตลาดแบบตรงเข้ามามีบทบาทอย่างมาก และมีการดำเนินการในลักษณะเป็นการชักชวนให้บุคคลเข้าร่วมเป็นเครือข่ายในการประกอบธุรกิจขายตรงหรือในการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง โดยมีการตกลงให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการหาผู้เข้าร่วมเครือข่าย เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนจึงต้องมีการออกกฎหมายฉบับนี้มาควบคุม ดูแล เนื่องจากธุรกิจประเภทนี้เป็นการเสนอขายสินค้าและบริการโดยตรงต่อผู้บริโภค

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติบางประการที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 50 ได้รับรองและคุ้มครองไว้ แต่จากลักษณะของการขายตรงและตลาดแบบตรงมีลักษณะที่ง่ายต่อการฉ้อโกงประชาชน อาจทำให้ประชาชนได้รับความเสียหายจากการประกอบธุรกิจขายตรงที่ยากแก่การควบคุม โดยเฉพาะมีการ

กำหนดผลตอบแทนจากการชักชวนให้ประชาชนเข้ามาเป็นสมาชิกแทนการเสนอขายสินค้าแก่ประชาชน เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองประชาชนในสังคมให้ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและมีการควบคุมการประกอบธุรกิจดังกล่าวจึงมีการกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบการขายตรงต้องจดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรง¹ หรือจดทะเบียนการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง² นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรง ให้เป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดและออกคำสั่ง เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้มีประสิทธิภาพ ซึ่งในการออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องมีการคำนึงถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้บริโภค ผู้จำหน่ายอิสระ ตัวแทนขายตรง และผู้ประกอบการ เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายเกินความจำเป็น หรือเกิดความเสียหายเป็นจำนวนที่ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับ ตามหลักความได้สัดส่วนที่ได้กล่าวมาแล้ว

การที่รัฐเข้ามากำหนดการประกอบวิธีการประกอบธุรกิจขายตรงและธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบการค้า ซึ่งกระทำภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ที่วางหลักเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้จำกัดเสรีภาพในการประกอบการดังเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของประชาชนในสังคม แต่ก็ไม่ได้กำหนดการจำกัดจนกระทบถึงสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ คือไม่ได้ห้ามประกอบธุรกิจขายตรงหรือตลาดแบบตรง เพียงแต่มีบทบัญญัติจำกัดการประกอบธุรกิจบางประการเท่านั้น

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้อาศัยหลักการประสานประโยชน์ในเรื่องของการกำหนดการประกอบธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ในการกำหนดให้มีการจดทะเบียนก็เพื่อประโยชน์ในการควบคุม และสะดวกในการดูแลให้ความรู้ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์กับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

¹ มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

“ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบธุรกิจขายตรง เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรงตามพระราชบัญญัตินี้”

² มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

“ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง เว้นแต่จะได้จดทะเบียนการประกอบธุรกิจตลาดตรงตามพระราชบัญญัตินี้”

4.1.1.2 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติฉบับนี้ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุม กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการเปิดเผยข้อมูลทางการค้าและความลับทางการค้า ซึ่งเป็นการควบคุมข้อมูลทางการค้า ซึ่งยังไม่รู้จักกันเป็นการทั่วไป หรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคลทั่วไปหรือบุคคลที่โดยปกติแล้วต้องมีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว และข้อมูลทางการค้านั้นเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และเป็นข้อมูลที่ผู้ควบคุมความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ การที่รัฐต้องกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาก็เพราะว่าในปัจจุบันข้อมูลทางการค้ามีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์สูงมาก การเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าอาจก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคมหรือทำให้บุคคลใดต้องได้รับความเสียหายจากการเผยแพร่ความลับทางการค้าที่ไม่ถูกต้อง

บทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติฉบับนี้เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังที่ปรากฏในคำปรารภว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับ มาตรา 31 มาตรา 35 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้สามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวสามารถกระทำได้เมื่อการเปิดเผยหรือการใช้ความลับทางการค้ากระทำโดยหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีหน้าที่ดูแลรักษาความลับทางการค้า เช่น ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือความปลอดภัยของสาธารณชน หรือในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า³ เป็นต้น การเปิดเผยในกรณีข้างต้นเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์

³ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

“การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้แก่ความลับทางการค้า มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า

- (1) การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยบุคคลที่ได้รับความลับทางการค้านั้นมาโดยทางนิติกรรม โดยไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้มาโดยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของบุคคลอื่น
- (2) การเปิดเผยหรือใช้ซึ่งความลับทางการค้าโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้นในกรณีดังต่อไปนี้

สาธารณะซึ่งทำให้การเปิดเผยข้อมูลทางการค้าดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิความลับในทางการค้า เพราะประโยชน์สาธารณะที่ได้รับนั้นย่อมมีความสำคัญมากเพียงพอที่จะทำให้ข้อมูลของเอกชนบางรายจำเป็นต้องถูกเปิดเผย ซึ่งอาจเป็นผลเสียต่อการประกอบธุรกิจพาณิชย์ที่ข้อมูลทางการค้ามีผลในการแข่งขันของตลาดการค้าเสรี ข้อมูลทางการค้าที่เป็นความลับหากมีการเปิดเผยอาจทำให้ผู้ประกอบการเสียเปรียบทางการค้า ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนดให้เรื่องการปกปิดความลับทางการค้าเป็นประเด็นหลัก ส่วนการเปิดเผยความลับทางการค้าเป็นข้อยกเว้น เพื่อเป็นการป้องกันและรักษาสิทธิของบุคคลในข้อมูลทางการค้า

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์สาธารณะที่หน่วยงานของรัฐได้มาจากการเปิดเผยข้อมูลหรือความลับทางการค้า กับเอกชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิในความลับทางการค้าที่ถูกเปิดเผยที่พบคือ การเปิดเผยข้อมูลแม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ก็กระทำมิได้เท่าที่มีการกำหนดขอบเขตเอาไว้ จึงทำให้การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะทำได้เท่าที่จำเป็น และไม่มากจนทำให้การประกอบธุรกิจเกิดความไม่เป็นธรรม มิเช่นนั้นแล้วจะขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจ ในส่วนของความละเมิดความลับทางการค้าที่กฎหมายว่าด้วยความรู้ความลับของข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจยังไม่ครอบคลุมถึงการละเมิดความลับทางการค้าดังกล่าว

กลุ่มพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ยกตัวอย่างข้างต้นมีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยอาศัยความสำคัญของประโยชน์สาธารณะในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นมาเป็นข้อจำกัด

-
- (๙) ในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือความปลอดภัยของสาธารณชน หรือ
- (๑๐) ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า และในกรณีดังกล่าว หน่วยงานของรัฐซึ่งดูแลรักษาความลับทางการค้านั้น หรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ความลับทางการค้านี้ไป ได้ดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม...”

4.1.2 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยมีวัตถุประสงค์ให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย

พระราชบัญญัติในกลุ่มที่จะทำการวิเคราะห์ต่อไปนี้จะตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมุ่งให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อยไม่ให้เกิดความเดือดร้อน หรืออยู่ในภาวะจลาจล ขาดความเป็นระเบียบ จึงมีมาตรการบางอย่างที่ไปจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อเป็นการป้องกันและควบคุมไม่ให้เกิดการใช้เสรีภาพจนเป็นเหตุให้เกิดความวุ่นวายในสังคม เนื่องจากความต้องการของประชาชนในการดำรงชีวิตอยู่ในสังคมที่มีความสงบสุข มีระเบียบเรียบร้อย บ้านเมืองมีความสวยงาม น่าอยู่นั้นเป็นประโยชน์สาธารณะที่ตรงกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ จากการวิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการประสานระหว่างประโยชน์ของรัฐที่ต้องการให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย กับสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ต้องถูกระทบเพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย กับสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ต้องการถูกระทบเพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อยนั้น แยกพิจารณาดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 พระราชบัญญัติคณะกรรมการจัดการจราจรทางบก พ.ศ.2521 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นต้น โดยขอยกตัวอย่างพระราชบัญญัติมาวิเคราะห์ ดังนี้

4.1.2.1 พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518

พระราชบัญญัติฉบับนี้ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงเกี่ยวกับสิทธิและการถือครองในที่ดินเพื่อเกษตรกรรม โดยรัฐอาจจะนำที่ดินของรัฐหรือจัดซื้อหรือเวนคืนจากเจ้าของที่ดินที่ไม่ได้มีการทำประโยชน์ในที่ดินนั้นด้วยตนเอง หรือมีที่ดินเกินสิทธิตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติฉบับนี้ เพื่อจัดที่ดินให้แก่เกษตรกรซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศมีความยากจนและเป็นผู้ที่ไม่มียี่ดินของตนเองหรือเป็นเกษตรกรที่มีที่ดินเล็กน้อยไม่พอเพียงแก่การครองชีพ และผู้เป็นเจ้าของที่ดินก็คือนายทุนผู้ซึ่งไม่ได้ใช้ที่ดินเพื่อการเกษตรแต่มักจะปล่อยให้ดินโดยปราศจากการใช้ประโยชน์ ปัญหาที่สืบเนื่องมาจากกรณีดังกล่าว คือการที่เกษตรกรต้องเช่าที่ดินจากนายทุนเพื่อทำการเพาะปลูก หรือจำนองที่ดินกับนายทุนเพื่อนำเงินไปเป็นทุนในการเพาะปลูก ประกอบกับการละทิ้งถิ่นฐานของประชากรวัยทำงานที่มักจะอพยพแรงงานจากภาคเกษตรกรรมไปสู่ภาคอุตสาหกรรม หรือหางานทำในกรุงเทพมหานคร เนื่องจากไม่มีที่ดินที่จะทำการเพาะปลูก ซึ่งทำให้เกิดภาวะการขาดแคลนแรงงานในภาคเกษตร จึงทำให้ผลผลิตลดจำนวนลงไม่เพียงพอกับค่าเช่าที่ดินหนี้สินเพิ่มมากขึ้น ที่ดินหลุดจำนอง

เปลี่ยนการถือครองไปสู่นายทุน จากกรณีดังกล่าวส่งผลให้เกิดความไม่สงบในสังคมมีส่วนทำให้สถิติอาชญากรรมสูงขึ้น ดังนั้นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่มีประสิทธิภาพ คือการกระจายการถือครองที่ดินให้มีความเหมาะสมกับการใช้ประโยชน์ในที่ดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ดินที่เหมาะสมกับภาคเกษตรกรรม

รัฐจึงได้มีการดำเนินงานเพื่อให้เกษตรกรที่เป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศมีที่ทำกินประกอบอาชีพเกษตรเป็นของตนเอง และมีการจัดที่ดินให้มีการทำประโยชน์ในที่ดินที่เหมาะสมแก่การเกษตรแทนการปล่อยว่างไว้การเข้าทำประโยชน์ การดำเนินการดังกล่าวถือว่าการกระทำที่เป็นประโยชน์สาธารณะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนส่วนใหญ่และเป็นการพัฒนาอาชีพเกษตรกรรมในทางตรงกันข้าม ผลจากการดำเนินการดังกล่าวอาจเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางราย เนื่องจากอาจถูกเวนคืนที่ดิน เมื่อรัฐเห็นว่าที่ดินในบริเวณใดสมควรนำมาปฏิรูปที่ดินจะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดิน ซึ่งทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเข้าไปในที่ดินของประชาชนเพื่อทำการรังวัดได้แต่ต้องแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองทราบก่อน ในการแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินทราบล่วงหน้าจึงไม่ได้เป็นกรณีที่จะละเมิดเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญมาตรา 48 และยังมีอำนาจในกรณีที่มีความจำเป็นและโดยสมควรสามารถมีอำนาจขูดดิน ตัดรานกิ่งไม้ และการกระทำการอย่างอื่นแก่สิ่งกีดขวางการสำรวจรังวัดได้เท่าที่จำเป็น โดยให้คำนึงถึงการที่จะให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายน้อยที่สุด⁴ ซึ่งสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ถูกรบกวนและทรัพย์สินที่เป็นต้นไม้ก็อาจจะถูกตัดรานได้หากกีดขวางการสำรวจรังวัดที่ดิน ทำให้แดนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินถูกจำกัดลง

⁴ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 มาตรา 27

“เมื่อได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินใช้บังคับในท้องที่ใดแล้ว ภายในเขตปฏิรูปที่ดิน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือผู้ซึ่งปฏิบัติงานร่วมกับพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดังต่อไปนี้

- (1) เข้าไปทำการอันจำเป็นเพื่อการสำรวจรังวัดได้ แต่ต้องแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินทราบเสียก่อน
- (2) ทำเครื่องหมายขอบเขตหรือแนวเขตโดยปักหลักหรือขุดร่องแนวในกรณีที่ต้องสร้างหมุดหลักฐานการแผนที่ในที่ดินของผู้ใด ก็ให้มีอำนาจสร้างหมุดหลักฐานลงได้ตามความจำเป็น

ในเขตปฏิรูปที่ดินเมื่อมีการสำรวจรังวัดแล้วหากเป็นการสมควรอาจดำเนินการจัดซื้อที่ดินหรือเวนคืนที่ดินได้⁵ ถ้าปรากฏว่าที่ดินแปลงเดียวหรือหลายแปลงที่มากกว่าห้าสิบไร่ซึ่งเจ้าของที่ดินเป็นผู้ประกอบเกษตรกรรมด้วยตนเอง จำนวนที่ดินที่มากกว่าห้าสิบไร่อาจถูกเวนคืนหรือจัดซื้อได้หรือในกรณีที่มีที่ดินมากกว่าหนึ่งร้อยไร่ซึ่งเจ้าของที่ดินทำการเกษตรกรรมเลี้ยงสัตว์ใหญ่ จำนวนที่ดินที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่ก็อาจจะถูกเวนคืนหรือรัฐมีอำนาจบังคับซื้อได้ **กรณีดังนี้สิทธิเสรีภาพในแดนกรรมสิทธิ์ของเอกชนเจ้าของที่ดินถูกกระทบกระเทือน** เนื่องจากการเป็นเจ้าของที่ดินถูกจำกัดด้วยจำนวนที่ดิน ซึ่งสวนทางกับเสรีภาพในทรัพย์สินของเอกชนที่พึงมีการในการถือครองที่ดินจำนวนมากโดยอาจจะใช้ประโยชน์หรือไม่ก็เป็นสิทธิที่ไม่ควรถูกควบคุมจากบุคคลอื่น **การที่รัฐเข้ามาบังคับซื้อที่ดินหรือดำเนินการเวนคืนทำให้เจ้าของที่ดินได้รับความเสียหาย แต่รัฐได้ประโยชน์จากการถือครองที่ดินที่เป็นธรรมในการมอบที่ดินที่รัฐได้มาให้แก่เกษตรกรที่ขาดที่ทำกินและทำให้ที่ดินว่างเปล่าถูกนำมาทำประโยชน์**

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ที่รัฐได้จากการปฏิรูปที่ดินกับการสูญเสียสิทธิในที่ดินของเอกชนเจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืน คือการนำหลักความได้สัดส่วนมากำหนดทั้งในการออกพระราชกฤษฎีกาว่าต้องพิจารณาแล้วว่าที่ดินบริเวณใดที่มีโอกาสนำมาปฏิรูป เพื่อให้ไม่มีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดที่ดินเป็นบริเวณที่กว้างเกินความจำเป็น และในขั้นตอนการสำรวจรังวัดก็ได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนในแง่ของการกระทำที่เหมาะสมในการเข้าสำรวจรังวัดในที่ดินของเอกชนรวมถึงการตัดรานกิ่งไม้รากไม้ก็ทำได้เท่าที่จะเกิดเสียหายน้อยที่สุดแก่การสำรวจรังวัดเท่านั้น เป็นกรอบที่กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ไม่ให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตจนทำให้เจ้าของที่ดินได้รับความเสียหายเกินสมควร

เมื่อมีความจำเป็นและโดยสมควร พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจขุดดินตัดรานกิ่งไม้และกระทำการอย่างอื่นแก่สิ่งกีดขวางการสำรวจรังวัดได้เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงการที่จะให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายน้อยที่สุด

ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินและผู้ที่เกี่ยวข้องอำนวยความสะดวกตามสมควร”

⁵ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518

“ในเขตปฏิรูปที่ดิน เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเห็นว่าที่ดินบริเวณใดสมควรดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ให้ ส.ป.ก.มีอำนาจจัดซื้อหรือดำเนินการเวนคืนที่ดินได้...”

ในกรณีเจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนก็มีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าตอบแทนโดยมีการนำเอาสภาพความอุดมสมบูรณ์ และทำเลที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์ประกอบกับมูลค่าของผลิตผลเกษตรกรรมหลักที่สามารถผลิตได้จากที่ดินในท้องที่นั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด⁶ ซึ่งการได้ค่าทดแทนดังกล่าวเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนเจ้าของที่ดินให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด

4.1.2.2 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2535 มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองให้ประชาชนในสังคมมีความเป็นอยู่และอนามัยที่ดี จึงมีการให้อำนาจแก่รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสามารถกำหนดจำนวนคนต่อพื้นที่ของอาคาร เพื่อจำกัดจำนวนคนต่อพื้นที่ในอาคารไม่ให้มากเกินไป⁷ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพลักษณะของการอยู่อาศัยและยังอาจเกิดอันตราย และในกรณีที่เกิดหรือมี

⁶ มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518

“ให้คณะกรรมการกำหนดเงินค่าตอบแทนโดยคำนึงถึงการได้มา สภาพความอุดมสมบูรณ์ และทำเลที่ตั้งของที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ประกอบกับมูลค่าของผลิตผลเกษตรกรรมหลักที่สามารถผลิตได้จากที่ดินในท้องที่นั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคมและแก่บรรดาเกษตรกรผู้ที่จะต้องรับภาระจ่ายค่าที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์แก่ ส.ป.ก.ต่อไปด้วย

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือแจ้งจำนวนเงินค่าทดแทนให้เจ้าของที่ดินหรือผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าตอบแทนทราบ ถ้าเจ้าของที่ดินหรือผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนไม่เห็นชอบด้วยกับจำนวนเงินค่าทดแทนดังกล่าว มีสิทธิอุทธรณ์ได้ ตามมาตรา 40”

⁷ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

“ในกรณีที่มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในที่หรือทางสาธารณะให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้บุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับการก่อหรืออาจก่อให้เกิดเหตุรำคาญนั้น ระวังหรือป้องกันเหตุรำคาญภายในเวลาอันสมควรตามที่ระบุไว้ในคำสั่ง และถ้าเห็นสมควรจะให้กระทำโดยวิธีใดเพื่อระวังหรือป้องกันเหตุรำคาญนั้น หรือสมควรกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันมิให้มีเหตุรำคาญเกิดขึ้นอีกในอนาคต ให้ระบุไว้ในคำสั่งได้

เหตุอันควรสงสัยว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมในการดำรงชีพ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงให้อำนาจอธิบดีกรมอนามัยมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าของวัตถุหรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจก่อให้เกิดหรืออาจเกิดความเสียหายดังกล่าวระงับการกระทำหรือให้กระทำการใดๆ เพื่อแก้ไขหรือป้องกันความเสียหายเท่าที่จำเป็นได้ตามที่อธิบดีกรมอนามัยเห็นสมควร⁸ อำนาจสั่งการของอธิบดีมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่ก็อยู่บนพื้นฐานของการการกระทำเพื่อประโยชน์แก่สาธารณะ

จากการศึกษาพระราชบัญญัติฉบับนี้ พบว่าในการให้อำนาจแก่รัฐมนตรีตามมาตรา 27 หรือการให้อำนาจแก่อธิบดีตามมาตรา 8 สามารถสั่งการให้ประชาชนต้องได้รับผลกระทบในการอยู่อาศัย ในบางครั้งการกระทำหรืองดการกระทำที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความสงบสุขของสังคม ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย โดยการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นตามหลักการประสานประโยชน์สาธารณะ ก็คือความสงบเรียบร้อยของสังคมที่จะได้รับกับสิทธิเสรีภาพประชาชนที่ถูกกระทบกระเทือน

ในกรณีที่ปรากฏแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามวรรคหนึ่ง และเหตุรำคาญที่เกิดขึ้นอาจเกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นระงับเหตุรำคาญนั้น และอาจจัดการตามความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญนั้นขึ้นอีก โดยบุคคลซึ่งเป็นต้นเหตุหรือเกี่ยวข้องกับภารกิจก่อให้เกิดเหตุรำคาญต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดการนั้น”

⁸ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

“ในกรณีที่เกิดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสภาวะความเป็นอยู่ที่เหมาะสมกับการดำรงชีพของประชาชนซึ่งจำเป็นต้องมีการแก้ไขโดยเร่งด่วน ให้อธิบดีกรมอนามัยมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าของวัตถุหรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจก่อให้เกิดหรืออาจเกิดความเสียหายดังกล่าวระงับการกระทำหรือให้กระทำการใดๆ เพื่อแก้ไขหรือป้องกันความเสียหายเช่นว่านั้นได้ตามที่เห็นสมควร...”

4.1.3 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความดำรงอยู่ และเพื่อความสามารถในการทำหน้าที่ของรัฐ

พระราชบัญญัติในกลุ่มที่จะทำการวิเคราะห์ต่อไปนี้จะตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนเพื่อความมั่นคงของประเทศ และเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมในการป้องกันประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากประชาชนทุกคนในประเทศต่างก็ต้องการดำรงชีพอยู่ในสังคมและในประเทศที่มีความมั่นคงด้วยกันทั้งสิ้น และเห็นได้ว่าความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและความสามารถทำภาระหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลหรือประชาชนได้ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะที่มีอยู่เหนือปัจเจกชนจำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชน โดยมีจุดประสงค์เพื่อความมั่นคงของประเทศ สิทธิเสรีภาพที่อาจจะถูกระทบ อาทิ สิทธิเสรีภาพในร่างกาย อาจถูกเกณฑ์แรงงาน หรือสิทธิในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ในกรณีเกณฑ์ทรัพย์สิน เป็นต้น ดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติต่อไป นี้ เช่น พระราชบัญญัติชาวกรองแห่งชาติ พ.ศ.2528 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการกระทำอันเป็นโจรสลัด พ.ศ.2534 พระราชบัญญัติความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ.2502 พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530 พระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ พ.ศ. 2476 โดยยกตัวอย่างบางพระราชบัญญัติมาวิเคราะห์ ดังนี้

4.1.3.1 พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะรักษาความมั่นคง จึงมีบทบัญญัติบางประการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในด้านความมั่นคง การเกณฑ์ช่วยราชการทหารมี 2 กรณีคือ กรณีการเกณฑ์ช่วยราชการทหารในเวลาปกติ และกรณีการเกณฑ์ช่วยราชการทหารในเวลาไม่ปกติ การเกณฑ์ช่วยราชการทหารในเวลาปกติมีวัตถุประสงค์เพื่อทดสอบและเตรียมความพร้อมของกำลังพล สำหรับกรณีของการเกณฑ์ช่วยราชการในเวลาไม่ปกติ ได้แก่การเกณฑ์ช่วยราชการทหารในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบหรือสงคราม หรือในระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศกฎอัยการศึก⁹

⁹ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530

การเกณฑ์ช่วยราชการทหารในเวลาไม่ปกตินี้อาจเกณฑ์ได้ทั้งทรัพย์สินและแรงงาน¹⁰ เช่น อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน เครื่องกล เครื่องมือ เครื่องใช้สำหรับการสร้าง ซ่อมแซม บำรุงรักษา เส้นทางคมนาคมและยานพาหนะเพื่อกิจการของทางราชการทหาร เสบียงอาหารสำหรับคนหรือสัตว์ คนงาน คนนำทาง คนเดินข่าวสาร ล่าม หรือผู้ที่อาจเป็นประโยชน์และจำเป็นแก่กิจการของทางราชการทหาร เป็นต้น ซึ่งการเกณฑ์แรงงานดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อบุคคลทั้งทางทรัพย์สินและสิทธิ

“การเกณฑ์ในเวลาไม่ปกติ ให้กระทำได้

- (1) ในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบหรือการสงคราม นับแต่วันเวลาที่ได้มีคำสั่งให้ทหารเตรียมเข้าทำการรบ หรือนับแต่วันที่ได้ประกาศสงคราม แล้วแต่กรณี และให้ใช้ทั่วราชอาณาจักร
- (2) ในระหว่างเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน นับแต่วันเวลาและในเขตที่ได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน
- (3) ในระหว่างเวลาที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก นับแต่วันเวลาและในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก”

¹⁰ มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530

“การเกณฑ์ในเวลาไม่ปกติอาจเกณฑ์ทรัพย์สินและแรงงานได้ดังต่อไปนี้

- (1) ทรัพย์สินตามมาตรา 11 และมาตรา 12
- (2) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด และไฟโรเทคนิค
- (3) เครื่องมือสื่อสารและเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ตลอดจนอะไหล่และอุปกรณ์ของเครื่องมือดังกล่าว
- (4) เครื่องกล เครื่องมือ เครื่องใช้และสิ่งอื่นที่ใช้สำหรับการสร้างซ่อมแซมหรือบำรุงรักษาเส้นทางคมนาคมและยานพาหนะเพื่อกิจการของทางราชการทหาร
- (5) สิ่งต่างๆที่มีไว้เพื่อใช้หรือเพื่อประโยชน์สำหรับจัดที่พักแรมหรือโรงพยาบาล
- (6) เสบียงอาหารสำหรับคนหรือสัตว์
- (7) คนงาน คนนำทาง คนเดินข่าวสาร ล่าม หรือผู้ที่อาจเป็นประโยชน์แก่กิจการของทางราชการทหาร
- (8) แรงงานและทรัพย์สินอื่นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเห็นว่าเป็นประโยชน์และจำเป็นแก่กิจการของทางราชการ”

เสรีภาพในร่างกาย คือ การที่ถูกเกณฑ์ทรัพย์สินไปนั้น สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลผู้เป็นเจ้าของถูก ละเมิด และการเกณฑ์แรงงานคนไม่ว่าจะเป็นคนนำสาร คนงาน หรือเปิดโอกาสให้ดุลพินิจแก่ เจ้าหน้าที่ในการเลือกเกณฑ์บุคคลที่ทางการเห็นว่าเป็นประโยชน์และจำเป็นแก่ราชการทหารได้ ถือ เป็นการลู่กล้าแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งการละเมิดดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม คือ เพื่อกิจการในราชการของทางทหารอันเป็นความจำเป็นในการการรักษาเอกราชและความ มั่นคงของประเทศ รวมถึงความพร้อมพร้อมของกองทัพ ซึ่งความมั่นคงของประเทศมีความ สำคัญและมีประโยชน์อยู่เหนือกว่าสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย และทรัพย์สินที่บุคคล ไม่อาจปฏิเสธได้

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์สาธารณะของรัฐในเรื่องของ การรักษาความมั่นคงของประเทศกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น ได้มีการนำเอาหลักเรื่อง ความจำเป็นและความได้สัดส่วนมาใช้ กล่าวคือ การนำความจำเป็นไปเป็นเงื่อนไขเมื่อเกิด สถานการณ์พิเศษ เช่น ภาวะสงคราม หรือการประกาศกฎอัยการศึก เป็นต้น โดยเงื่อนไขบังคับ ดังกล่าวเช่น หากมีเหตุการณ์อันจำเป็นเกิดขึ้นจึงจะสามารถกระทำการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สิน ดังกล่าวได้ อีกทั้งยังได้นำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่ามีความเหมาะสม และตามสมควรเท่านั้น คือการเกณฑ์ช่วยราชการทหารดังกล่าวต้องเกิดประโยชน์แก่ราชการทหาร สูงสุด ในขณะที่เดียวกันก็ต้องไม่เป็นการเกินสัดส่วนจนทำให้ประชาชนผู้ถูกเกณฑ์ช่วยราชการทหาร ต้องได้รับความเสียหายมากเกินไป โดยได้มีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ทหารจ่ายค่าเสียหายตาม จำนวนค่าเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน¹¹ หรือในกรณีที่ทรัพย์สินของประชาชนถูกรัฐใช้ อำนาจบังคับซื้อหรือเช่าทรัพย์สิน ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากรัฐ โดยการไต่ราคาหรือค่าเช่าปานกลาง โดยการกำหนดราคาหรือค่าเช่าดังกล่าวจะใช้ราคาท้องที่นั้นเป็น หลักในการพิจารณา¹²

¹¹ มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530

“ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจ่ายค่าเสียหายตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารกำหนดตามมาตรา 37 หรือที่คณะกรรมการกำหนดตามมาตรา 38 ภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร หรือ ประธานกรรมการ แล้วแต่กรณี มีหนังสือแจ้งจำนวนค่าเสียหายไปยังเจ้าของหรือผู้ครอบครอง ทรัพย์สิน”

¹² มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530

4.1.3.2 พระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ พ.ศ. 2476

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์แห่งความสงบสุขของแผ่นดิน โดยการควบคุม จัดการ และกำหนดการสั่งเข้ามาและการมีไว้ในครอบครองซึ่งยุทธภัณฑ์ ซึ่งต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ ในปี พ.ศ. 2530 เพื่อปรับปรุงบทกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับสภาพของประเทศที่เปลี่ยนไปและเพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัยให้แก่รัฐ

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขปี พ.ศ. 2530 มาตรา 29 ได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่เป็นประโยชน์ในการระงับหรือป้องกันอันตรายอันอาจเกิดแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือทรัพย์สินอื่น หรือเพื่อคุ้มครองอนามัยของบุคคล ถ้าสถานที่ผลิตยุทธภัณฑ์ สถานที่เก็บยุทธภัณฑ์ เครื่องจักรกล หรือเครื่องมือเครื่องใช้ในสถานที่นั้นอยู่ในสภาพที่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้ ให้ปลัดกระทรวงกลาโหม มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้หยุดประกอบกิจการทั้งหมด หรือแต่บางส่วนเป็นการชั่วคราวในระหว่างเวลาดังกล่าวได้ การมีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเป็นการกระทำที่กระทบกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนผู้ประกอบการดังกล่าว ทำให้การดำเนินธุรกิจสะดุดหยุดลง

และในบทบัญญัติมาตรา 39 ได้วางหลักไว้ว่า เพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือประโยชน์สุขของประชาชน หรือในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดซึ่งสั่งหรือกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจ

“ในกรณีจำเป็นถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเห็นว่าจะต้องจัดซื้อหรือเช่าทรัพย์สินที่อาจจะเรียกเกณฑ์ได้ตามมาตรา 11 (3) และ(4) แล้ว ให้มีอำนาจบังคับซื้อหรือเช่าทรัพย์สินนั้นได้ ตามราคาหรือค่าเช่าที่เจ้าพนักงานปกครองท้องที่แห่งท้องที่ที่บังคับซื้อหรือเช่าทรัพย์สินนั้นเป็นผู้กำหนด โดยใช้ราคาหรือค่าเช่าปานกลางในท้องที่นั้นเป็นหลักในการพิจารณา

การฟ้องคดีเรียกให้ชำระราคาหรือค่าเช่าทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งเจ้าของหรือผู้ครอบครองต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันครบกำหนดชำระราคาหรือวันส่งคืนทรัพย์สินที่เช่า แล้วแต่กรณี

เมื่อทางราชการทหารหมดความจำเป็นที่จะต้องซื้อทรัพย์สินที่จัดซื้อตามวรรคหนึ่งแล้ว เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ซื้อไปนั้นไม่มีสิทธิที่จะขอซื้อทรัพย์สินนั้นคืนได้ตามราคาปานกลางในท้องที่ที่ซื้อคืนซึ่งทั้งสองฝ่ายจะตกลงกัน”

เพิกถอนใบอนุญาตได้ จะเห็นได้ว่าในมาตรา ๓๓ มีการให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งเป็นการกระทบเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนได้

แต่ทั้ง 2 กรณีข้างต้นเป็นการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อเอกชนบางรายในการประกอบอาชีพหรือดำเนินธุรกิจให้ต้องได้รับผลกระทบ แต่ทั้งนี้ก็เป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศชาติ เพื่อความสงบสุขเรียบร้อยภายในประเทศ หรือเพื่อเป็นการป้องกันอันตรายอันอาจเกิดขึ้น จึงทำให้รัฐสามารถนำเอาเหตุผลเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประเทศมาอ้างในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

หลักเกณฑ์การประสานประโยชน์ที่พบคือ ในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีการกำหนดให้ปลัดกระทรวงกลาโหมมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้หยุดประกอบกิจการทั้งหมด หรือแต่บางส่วนเป็นการชั่วคราว ในระหว่างเวลาที่มีเหตุการณ์ที่อาจเป็นอันตรายเกิดขึ้น จึงเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดให้อำนาจเป็นไปตามเงื่อนไขของเวลาที่มีเหตุการณ์ไม่สงบเท่านั้น

จากการศึกษากลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐพบว่า มีการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐสามารถทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เช่น การเกณฑ์แรงงาน การเกณฑ์ทรัพย์สิน การบังคับซื้อ การห้ามประกอบกิจการบางส่วนหรือทั้งหมด เป็นต้น โดยเหตุผลที่ใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ ความดำรงอยู่ของรัฐ ความมั่นคงของประเทศ หรือเพื่อความสงบสุขเรียบร้อยในประเทศ ซึ่งเหตุผลทั้งหลายเหล่านี้ก็คือความต้องการของประชาชนที่ตรงกัน อันถือได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

4.1.4 พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ในรูปของการจัดทำบริการสาธารณะในสาธารณูปโภค

พระราชบัญญัติในกลุ่มที่จะได้วิเคราะห์ต่อไปนี้จะ เป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ที่จะเกิดต่อสาธารณะชน ในรูปของการจัดทำบริการสาธารณะในบรรดาสาธารณูปโภค เช่น การประปา การไฟฟ้า การขนส่งมวลชน เป็นต้น ซึ่งในเวเนคืนที่ดินจากเอกชนเพื่อจัดทำสถานีหรือจัดวางระบบสาธารณูปโภค ในบางสภาวะการณที่มี ความจำเป็นฉุกเฉิน แรงด่วนต้องเข้าไปในเคหะสถานหรือที่ดินของปัจเจกชน เพื่อทำการซ่อมแซมเพื่อไม่ให้เกิดภาวะขาดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เช่น สภาวะฝนฟ้าคะนองมีเสาไฟฟ้าล้มลง ถือ

ว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่เจ้าหน้าที่ที่สามารถเข้าไปในเคหสถานหรือที่ดินของปัจเจกชนเพื่อทำการซ่อมแซมให้การให้บริการไฟฟ้าเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ซึ่งอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของปัจเจกชนบ้าง แต่โดยที่ประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับมีความสำคัญมากกว่าจึงกระทำได้ ส่วนหลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบ ปรากฏในหลายรูปแบบ ดังเช่น ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ เช่น พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ.2510 พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ.2501 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2511 พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 เป็นต้น โดยยกตัวอย่างวิเคราะห์บางพระราชบัญญัตินี้

4.1.4.1 พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ.2522

พระราชบัญญัตินี้ได้มีการจัดตั้งองค์กรที่เป็นนิติบุคคลขึ้นเรียกว่า “การประปาส่วนภูมิภาค” เพื่อให้มีหน้าที่ในการประกอบและส่งเสริมธุรกิจการประปา โดยการสำรวจจัดหาแหล่งน้ำดิบและจัดให้ได้มาซึ่งแหล่งน้ำดิบ เพื่อใช้ในการผลิตน้ำประปา ฯลฯ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่การให้บริการสาธารณูปโภค โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและสุขภาพอนามัยของประชาชนเป็นสำคัญ เห็นได้ว่าภาระหน้าที่ของการประปาส่วนภูมิกาศนั้นล้วนแต่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งสิ้น ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวในบางครั้งเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการมีความจำเป็นที่จะต้องใช้สอยหรือเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีใช้ที่อยู่อาศัยของบุคคลใด ๆ เป็นการชั่วคราว หากมีความจำเป็นในการสำรวจเพื่อสร้างหรือบำรุงรักษาระบบการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปา ฯลฯ¹³ และในบางกรณี การประปาส่วนภูมิกาศก็มีความจำเป็นต้องรื้อ

¹³ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

“เพื่อประโยชน์ในการสร้างและบำรุงรักษาระบบการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปา เช่น แหล่งน้ำดิบ ท่อน้ำ โรงสูบน้ำ เครื่องวัดปริมาณน้ำ ถังพักน้ำ โรงกรองน้ำ ถังตะกอน และอุปกรณ์ต่างๆ ให้พนักงานและลูกจ้างมีอำนาจใช้สอยหรือเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีใช้ที่อยู่อาศัยของบุคคลใดๆ เป็นการชั่วคราวภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) การใช้สอยหรือครอบครองนั้นเป็นการจำเป็นสำหรับการสำรวจเพื่อสร้างหรือบำรุงรักษาระบบการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปา หรือเป็นการจำเป็นสำหรับการป้องกัน

ถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้น หรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ใน บริเวณที่ดิน ที่เดินท่อน้ำ และติดตั้งอุปกรณ์ที่ใช้ในการผลิต การส่ง และการจำหน่าย น้ำประปา¹⁴ หรือในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหาย พนักงานและลูกจ้างของการประปาส่วนภูมิภาคอาจเข้าไปในที่ดินหรือสถานที่ของบุคคลใดๆ เพื่อตรวจ ซ่อมแซม หรือแก้ไขระบบการผลิต การส่งและการจำหน่ายน้ำประปาได้¹⁵ นอกจากนี้ หากมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เพื่อใช้ในการวางหรือ จัดสร้างระบบการผลิต การส่ง และจำหน่ายน้ำประปา เมื่อไม่สามารถจะตกลงในเรื่องการ โอนกันได้ การประปาส่วนภูมิภาคมีอำนาจที่จะดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการ เวนคืนอสังหาริมทรัพย์¹⁶

อันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดแก่ระบบการผลิต การส่ง และการจำหน่าย น้ำประปา...”

¹⁴ มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

“ในการผลิต การส่ง และจำหน่ายน้ำประปา ให้ กปภ. มีอำนาจเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ ไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินของบุคคลใดๆในเมื่อที่ดินนั้นมีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย

ให้ กปภ. มีอำนาจกำหนดบริเวณที่ดินที่เดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์โดยมีความกว้างจากท่อน้ำด้านละไม่เกินสองเมตรห้าสิบเซนติเมตรสำหรับท่อน้ำขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบ เซนติเมตรขึ้นไป และให้ กปภ. ทำเครื่องหมายแสดงเขตไว้ในบริเวณดังกล่าวตามระเบียบที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนด

ในบริเวณที่กำหนดตามวรรคสอง ให้ กปภ. มีอำนาจรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้น หรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใดๆ ได้โดยต้องจ่ายค่าทดแทนในการที่ใช้ที่ดิน และการรื้อ ถอนหรือตัดฟัน แล้วแต่กรณี ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองด้วยจำนวนเงินอันเป็นธรรม เว้นแต่เจ้าของ หรือผู้ครอบครองเป็นผู้ได้รับประโยชน์ค้ำค่าในการกระทำนั้นอยู่ด้วย ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ ในจำนวนเงินค่าทดแทน ให้นำมาตรา 29 วรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม...”

¹⁵ มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

“ ในกรณีจำเป็นและเร่งด่วนเพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหาย พนักงานและลูกจ้างอาจ เข้าไปในที่ดินหรือสถานที่ของบุคคลใดๆเพื่อตรวจ ซ่อมแซมหรือแก้ไขระบบการผลิต การส่งและการ จำหน่ายน้ำประปาได้แต่ถ้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองอยู่ ณ ที่นั้นด้วยก็ให้พนักงานหรือลูกจ้างแจ้งให้ เจ้าของหรือผู้ครอบครองทราบก่อน...”

¹⁶ มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐจึงมีความจำเป็นต้องกระทำการอันอาจมีผลกระทบหรืออิทธิพลต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน โดยอาศัยอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายเพื่อให้สามารถดำเนินการอันเป็นการบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่อง ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ของคนในสังคมส่วนใหญ่ ดังนั้น การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนในบางกรณีจึงเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้

วิธีการประสานประโยชน์ของรัฐกับสิทธิของประชาชนที่ถูกจำกัดโดยผลของพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การกำหนดให้การเวนคืนเป็นไปโดยผลของกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่มีผลเป็นการกำหนดค่าเสียหาย นอกจากนี้ในพระราชบัญญัตินี้ยังมีการกำหนดการพิจารณาถึงความจำเป็นก่อนที่เจ้าพนักงานจะกระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน

4.1.4.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีที่มีรัฐมีความจำเป็นที่ต้องการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อจัดทำกิจการใดๆ อันจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค เพื่อป้องกันประเทศ เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ เพื่อประโยชน์ต่อการผังเมือง การพัฒนาการเกษตร การอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นๆ¹⁷ เป็นต้น โดยที่ไม่ได้มีการตกลงในเรื่องของการเวนคืนหรือการโอนไว้เป็นการ

“เมื่อ กปภ. มีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ในการวางหรือจัดสร้างระบบการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปา ถ้าไม่สามารถตกลงในเรื่องการโอนกันได้ ให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์”

¹⁷ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530

“เมื่อรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อกิจการใดๆ อันจำเป็นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อการผังเมือง หรือเพื่อการพัฒนาการเกษตร หรืออุตสาหกรรม หรือเพื่อการปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการเวนคืนตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้...”

อย่างอื่นโดยเฉพาะ โดยดำเนินการเวนคืนตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฉบับนี้

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติบางประการที่มีผลไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการถือครองกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ เช่น เมื่อรัฐมีความประสงค์ที่ดินในบริเวณใดก็จะออกพระราชกฤษฎีกามากำหนดเขตที่ดินที่ต้องการเวนคืนดังกล่าว หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากพระราชกฤษฎีกาสามารถเข้าไปในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นภายในที่ดินเพื่อทำการสำรวจประกอบการเวนคืนได้ 2 กรณีนี้ประชาชนจึงถูกรุกล้ำเสรีภาพในเคหสถาน นอกจากนี้ในกรณีที่ที่ดินของประชาชนถูกเวนคืนไปทั้งหมดทำให้ประชาชนถูกกระทบสิทธิไปถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิในที่ดินนั้น ประชาชนเจ้าของที่ดินรายนั้นต้องได้รับความเสียหายอย่างมากจากการกระทำของรัฐ แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจเวนคืนที่ดิน ได้ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 49¹⁸ ซึ่งได้วางหลักว่าการเวนคืนให้กระทำได้เท่าที่จำเป็น เพื่อประโยชน์แก่สาธารณะและมีการชดเชยค่าเสียหายตามสมควร

¹⁸ มาตรา 49 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

“การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายในการเวนคืนนั้น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การกำหนดค่าทดแทนตามวรรคหนึ่ง ต้องกำหนดให้อย่างเป็นธรรมโดยคำนึงถึงราคาซื้อขายกันตามปกติ การได้มา สภาพและที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์ และความเสียหายของผู้ถูกเวนคืน

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุนิวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ไว้ให้ชัดแจ้ง ถ้ามิได้ใช้เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าว ต้องคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาท

การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทตามวรรคสาม และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดเชยไป ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ที่พบในพระราชบัญญัติฉบับนี้คือ มีการกำหนดในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ที่วางหลักว่า เมื่อรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องได้สิ่งহারิมทรัพย์เพื่อกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นๆ ถ้าไม่ได้มีการตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการเวนคืนตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนฉบับนี้ ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 49 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

และการกำหนดในมาตรา 6(3) ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่กำหนดว่า "กำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนเท่าที่จำเป็น" จึงเห็นได้ว่าสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นการควบคุมรัฐไม่ให้ทำการเวนคืนที่ดินตามอำเภอใจ แต่ต้องเป็นไปตามที่รัฐต้องการเท่านั้น เพราะหากรัฐดำเนินการที่ดินมากเกินไปจนความจำเป็นแล้วก็ยอมทำให้ประชาชนได้รับความเสียหายโดยไม่มีเหตุอันสมควร ไปจนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิ โดยไม่มีกฎหมายใดระบุให้อำนาจกระทำได้ จึงขัดกับมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งวางหลักเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีกฎหมาย ระบุให้กระทำได้นั้น เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ในการเวนคืนที่ดินของประชาชนก็มีการกำหนดให้ประชาชนได้รับค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรม ซึ่งถือว่าการชดเชยค่าทดแทนเป็นการเยียวยาสิทธิของประชาชนที่ถูกเวนคืนที่ดินไป ในกรณีที่ผู้ที่ถูกเวนคืนเห็นว่าค่าทดแทนน้อยกว่าที่ควรจะได้รับหรือไม่เป็นธรรมก็มีสิทธิอุทธรณ์ได้ แต่ต้องไม่เป็นการอุทธรณ์เพื่อแสวงหากำไรจากการเวนคืน เพราะการเวนคืนดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเอกราชผู้ถูกเวนคืนต้องจำยอมเพื่อการดังกล่าว โดยได้รับค่าตอบแทนตามสมควรอย่างเป็นธรรมซึ่งเหมาะสมแก่กรณี

นอกจากนี้แล้วเพื่อไม่ให้เอกชนเจ้าของที่ดินต้องถูกกระทบสิทธิจนเกิดแต่ความเสียหาย เพื่อความยุติธรรมในมาตรา 20¹⁹ ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังกำหนดไว้ว่า ในกรณีต้อง

¹⁹ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530

“ในกรณีที่ต้องเวนคืนที่ดินแปลงใดแต่เพียงบางส่วน ถ้าเนื้อที่ดินส่วนที่เหลืออยู่นั้นน้อยกว่ายี่สิบห้าตารางวา หรือด้านหนึ่งด้านใดน้อยกว่าห้าวา และที่ดินส่วนที่เหลืออยู่นั้นมิได้ติดต่อกันเป็นผืนเดียวกันกับที่ดินแปลงอื่นของเจ้าของเดียวกัน หากเจ้าของร้องขอให้เจ้าหน้าที่เวนคืนหรือจัดซื้อที่ดินส่วนที่เหลือด้วย

เวนคืนที่ดิน แปลงใดแต่เพียงบางส่วน ถ้าที่ดินที่เหลืออยู่นั้นน้อยกว่า 25 ตารางวา หรือด้านหนึ่งด้านใดน้อยกว่า 5 วา แล้วที่ดินส่วนที่เหลือนั้นมิได้ติดต่อกันเป็นผืนเดียวกันกับที่ดินแปลงอื่นของเจ้าของเดียวกัน หากจับจองที่ดินขอให้ทำการเวนคืน หรือจัดซื้อที่ดินดังกล่าวได้ด้วย ทั้งนี้เพื่อให้เอกชนผู้ที่เหลือที่ดินจากการเวนคืนต้องเสียประโยชน์จากที่ดินเนื่องจากเหลือที่ดินเป็นบริเวณที่น้อยเกินไปจนไม่เกิดประโยชน์ แม้ว่าที่ดินดังกล่าวอาจจะมากเกินความจำเป็นต่อความต้องการ แต่รัฐก็ต้องทำการเวนคืนหรือจัดซื้อที่ดิน เพื่อให้ไม่ให้อาณาที่ดินต้องได้รับความเสียหายมากเกินไปจนสมควร ในทางกลับกัน เอกชนก็ไม่สามารถบังคับให้รัฐซื้อที่ดินได้ หากว่าไม่เข้ากับข้อกำหนดดังกล่าว

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 3453/2540 บทบัญญัติตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาตรา 20 วรรคหนึ่ง ที่ระบุถึงกรณีที่ต้องเวนคืนที่ดินแปลงใด แต่เพียงบางส่วน ถ้าเนื้อที่ดินส่วนที่เหลืออยู่น้อยกว่า ยี่สิบห้าตารางวา หรือด้านหนึ่งด้านใดน้อยกว่าห้าวา และที่ดินส่วนที่เหลืออยู่นั้นมิได้ติดต่อกันเป็นผืนเดียวกันกับที่ดินแปลงอื่นของเจ้าของเดียวกัน หากเจ้าของร้องขอให้เจ้าหน้าที่เวนคืนหรือจัดซื้อที่ดินส่วนที่เหลือด้วย ทั้งนี้เพราะที่ดินส่วนที่เหลืออยู่นั้น มีน้อยหรือมีสภาพไม่เหมาะสมที่จะใช้ประโยชน์ต่อไป ปรากฏว่าที่ดินโจทก์ทั้งห้าที่เหลือจากการเวนคืนมีจำนวน 361 ตารางวา และเป็นผืนเดียวติดต่อกันมิได้ถูกแบ่งแยกเป็นส่วนๆ หากที่ดินส่วนที่เหลือจากการเวนคืนนี้มีด้านใดด้านหนึ่งน้อยกว่าห้าวา ซึ่งสภาพไม่เหมาะสมที่จะใช้ทำประโยชน์ต่อไปแล้ว โจทก์ทั้งห้าก็ชอบที่จะร้องขอให้เจ้าหน้าที่เวนคืนหรือจัดซื้อที่ดิน ส่วนที่เหลือนี้ทั้งหมดได้ แต่โจทก์ทั้งห้าก็ชอบที่จะร้องขอให้เจ้าหน้าที่เวนคืนหรือจัดซื้อที่ดินส่วนที่เหลือนี้ทั้งหมดได้ แต่โจทก์ทั้งห้าใช้ที่ดินส่วนที่เหลือนี้เนื้อที่ประมาณ 321 ตารางวา ทำถนนคอนกรีตเพื่อประโยชน์ของโจทก์ทั้งห้าแล้วจนเหลือที่ดินอยู่ประมาณ 40 ตารางวา ซึ่งมีสภาพไม่เหมาะสมที่จะใช้ประโยชน์ต่อไป แสดงว่าสภาพของที่ดินในส่วนนี้เกิดจากการกระทำของโจทก์ทั้งห้ามิใช่เกิดจากการเวนคืนโดยตรง โจทก์ทั้งห้าจึงไม่มีสิทธิร้องขอให้เจ้าหน้าที่เวนคืนหรือจัดซื้อที่ดินเฉพาะส่วนนี้ตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 4114/2539 แม้ว่าการเวนคืนที่ดินของโจทก์ทั้งสองเป็นไปตาม พ.ร.บ.เวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างทางหลวงแผ่นดินสายแยกถนนจรัญสนิทวงศ์ฯ พ.ศ.2524 ซึ่งกฎหมายแม่บทว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างหรือขยายทางหลวงที่ใช้บังคับอยู่ใน

ในกรณีที่มีการจัดซื้อที่ดินให้นำมาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 33 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ขณะนั้นคือ ป.ว.295 ก็ตาม แต่ขณะที่ พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม ป.ว.295 (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2530 พ.ร.บ.ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 และประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 44 มีผลบังคับใช้ ดังนั้นการกำหนดค่าทดแทนที่ดินของโจทก์ทั้งสองจึงต้องดำเนินการตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 21 ซึ่งมาตรา 21 ให้กำหนดค่าทดแทนที่จะให้แก่ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนโดยคำนึงถึง (1) ถึง (5) ที่ศาลล่างทั้งสองกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินตามบัญชีกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนที่ดินตามบัญชีกำหนดจำนวนราคาที่ดินตามราคาตลาดเพื่อใช้เป็นทุนทรัพย์สำหรับเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของกรรมที่ดิน ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2534 และเป็นราคาที่โจทก์ทั้งสองอุทธรณ์ขอเพิ่มเงินค่าทดแทนต่อรัฐมนตรีฯ ด้วย จึงเป็นธรรมเนียมแก่โจทก์ทั้งสองผู้ถูกเวนคืนและสังคมซึ่งชอบด้วยความมุ่งหมายหลักของมาตรา 21 แล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 25/2540 พ.ร.บ.เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในท้องที่แขวงสุรวงศ์ พ.ศ.2516 ระบุเหตุที่ต้องเวนคืนไว้ว่า เพื่อประโยชน์ของรัฐในการสร้างทางและปรับปรุงระบบระบายน้ำสำหรับกรุงเทพมหานคร โดยมาตรา 3 กำหนดให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เป็นเจ้าหน้าที่เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การสร้างทางและระบบระบายน้ำในเขตกรุงเทพมหานครเป็นหน้าที่ของโจทก์โดยตรงของจำเลยที่ 1 ตามมาตรา 89 (6) แห่ง พ.ร.บ.ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร จำเลยที่ 2 จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในกิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของจำเลยที่ 1 ในฐานะเป็นผู้แทนของจำเลยที่ 1 และจำเลยทั้งสองมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินทดแทนในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่โจทก์ผู้มีสิทธิได้รับเงินโจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสองให้ร่วมกันจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่โจทก์ได้ เจตนารมณ์ของ พ.ร.บ.ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 มุ่งประสงค์ให้มีการนำเอาราคาที่ดินที่สูงขึ้นนั้นมาหักออกจากค่าทดแทนได้ตามมาตรา 21 วรรคสอง ดังนั้น แม้จะยังไม่มี พ.ร.ฎ. กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณราคาที่ดินที่สูงขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 วรรคสี่ออกมาใช้บังคับก็ตาม เมื่อได้ความว่าที่ดินของโจทก์ส่วนที่เหลือจากการเวนคืนมีราคาสูงขึ้นจำเลยทั้งสองยอมมีสิทธิที่จะนำราคาที่ดินที่สูงขึ้นมาหักกลับเงินค่าทดแทนที่จะต้องจ่ายให้แก่โจทก์

4.1.4.3 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการควบคุม รักษา ขยาย และสงวนเขตทางหลวง เพื่อประโยชน์ในการคมนาคม การขนส่งภายในประเทศ รวมถึงการควบคุม การจัดระเบียบ การ

วางหลักเกณฑ์เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกในการเดินทาง ดังนั้น ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ข้างต้น รัฐอาจออกมาตรการที่มีผลเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อให้การคมนาคมขนส่งเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะในการเดินทาง การขนส่งของประชาชน ในมาตรา 68²⁰ แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งให้อำนาจรัฐในการกำหนดเขตที่ต้องการเวนคืนเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ของเอกชน เพื่อที่จะสร้างหรือขยายทางหลวง อันเป็นผลให้สิทธิในที่ดินของเอกชนนั้นหมดไป การเวนคืนที่ดินของรัฐสามารถกระทำได้โดยต้องอยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นและความได้สัดส่วน กล่าวคือ หากมีวิธีอื่นหรือวิธีที่จะหลีกเลี่ยงมิให้มีการเวนคืนได้ รัฐต้องเลือกวิธีนั้น รัฐจะสามารถเลือกวิธีที่มีการเวนคืนก็ต่อเมื่อไม่มีวิธีอื่นที่ดีกว่า จึงจำเป็นต้องเลือกวิธีนั้นและนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาว่าระหว่างประโยชน์สาธารณะของรัฐกับเอกชนที่ขัดแย้งกันนั้นประโยชน์ของฝ่ายใดมีความสำคัญมากกว่ากัน หากผลออกมาว่าประโยชน์ที่รัฐจะได้รับมีมากกว่า การเวนคืนดังกล่าวถึงจะเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนสามารถออกพระราชกฤษฎีกามาเวนคืนได้ตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 29 กำหนดไว้

หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์ที่พบในพระราชบัญญัติฉบับนี้คือการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาถึงความจำเป็นก่อนที่จะออกพระราชกฤษฎีกาเวนคืนที่ดินที่เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งกับฝ่ายรัฐที่ได้ประโยชน์ในการจัดทำบริหารสาธารณะกับเอกชนที่ถูกกระทบสิทธิเสรีภาพ

²⁰ มาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535

“เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างหรือขยายทางหลวง ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การโอนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาตามวรรคหนึ่ง โดยมีได้มีการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ให้ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียม”

4.2 กลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์ สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าฝ่ายนิติบัญญัติสามารถจะตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นอกจากนี้ในการตรากฎหมายดังกล่าวจะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ซึ่งได้แก่ หลักแห่งความได้สัดส่วน อันประกอบไปด้วยหลักความจำเป็น หลักความเหมาะสม และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ มาประกอบการพิจารณาด้วยแต่อย่างไรก็ตาม ยังมีกฎหมายที่ไม่ได้ตราขึ้นตามหลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ดังกล่าว มีผลทำให้กฎหมายเหล่านั้นไม่สามารถประสานความขัดแย้งระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้อยู่ในจุดสมดุลได้ เช่นพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ.....

4.2.1 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2)

พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะควบคุม กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพพยาบาลให้มีมาตรฐาน และมีการปฏิบัติเป็นไปในแนวทางเดียวกัน รวมไปถึงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกและต่ออายุใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบันสาขาการพยาบาล

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติบางประการที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยมีการกำหนดให้ใบอนุญาตผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ที่ออกโดยกฎหมายฉบับอื่น²¹ ซึ่งจากเดิมที่ใบอนุญาตดังกล่าวสามารถใช้ได้ตลอดชีพก็สามารถใช้ได้เพียง 5 ปี

²¹ พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2479 และพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ.2528

เท่านั้น²² ทำให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตดังกล่าวเสียประโยชน์ไม่สามารถประกอบอาชีพได้ถ้าไม่ต่อใบอนุญาตเมื่อพ้นกำหนดเวลา 5 ปี ทั้งที่ใบอนุญาตดังกล่าวแต่เดิมมีอายุตลอดชีพ แต่เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับการควบคุมดูแลผู้ที่ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ให้มีมาตรฐานที่สูงขึ้นแล้ว เหตุผลดังกล่าวจึงเป็นเหตุผลที่เหมาะสมในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากการกำหนดอายุและการต่ออายุใบอนุญาตทำให้สามารถทราบจำนวนของผู้ได้รับอนุญาตอันเป็นประโยชน์ในการควบคุม ดูแล ส่งเสริม พัฒนามาตรฐานความรู้ และกำหนดต่ออายุใบอนุญาตเฉพาะผู้ที่มีคุณสมบัติครบตามหลักเกณฑ์

แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ขาดหลักการประสานประโยชน์สาธารณะที่ได้รับจากการออกพระราชบัญญัติฉบับนี้กับสิทธิเสรีภาพของผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ที่เสียไปจากการกำหนดหลักเกณฑ์ในการต่อใบอนุญาตของผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ เนื่องจากไม่มีการระบุนามตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้กฎกระทรวง และข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติฉบับนี้ เป็นอันสิ้นผลเนื่องจากขัดกับบทบัญญัติในมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมายหรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ดังนั้นจึงควรระบุนามตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด

4.2.2 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11)

พ.ศ. 2535 และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ.....

นอกจากพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น ยังมีร่างกฎหมายบางฉบับที่ไม่ได้ได้ตราขึ้นตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน คือ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

²² มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ.2540

(ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 โดยเมื่อวันที่ 15 มกราคม พ.ศ. 2535 คณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษาลงมติให้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวรวม 2 ฉบับ ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่รัฐสภาพิจารณาเมื่อวันที่ 15 มกราคม พ.ศ. 2535 พร้อมด้วยบันทึกหลักการและเหตุผล โดยที่ร่างกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ได้ถูกเสนอในระหว่างที่นายอานันท์ ปันยารชุน ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติบางประการของร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ ไม่ได้มีการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน คือ มีการกำหนดโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด และมีลักษณะเป็นการกำหนดครองดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณาวินิจฉัยคดี โดยแยกพิจารณาดังนี้

4.2.2.1 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535

โดยมีหลักการเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษตามมาตรา 326 และมาตรา 328 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งให้เหตุผลว่าด้วยปรากฏว่าในปัจจุบันมีผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทมากขึ้น ขณะเดียวกันบทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษที่ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิด ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์จึงทำให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวไม่เกรงกลัว สมควรแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษให้สูงขึ้น จึงจำเป็นต้องตามพระราชบัญญัตินี้²³

²³ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.....

"...**มาตรา 3** ให้ยกเลิกความในมาตรา 326 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 326 ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

มาตรา 4 ให้ยกเลิกความในมาตรา 328 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 328 ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง

ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดโทษปรับทางอาญาที่แก้ไขเป็นปรับไม่เกิน 200,000 บาท นั้นเป็นโทษปรับที่สูงมากเมื่อเทียบกับโทษจำคุก 2 ปี ซึ่งในปกติการกำหนดโทษทางกฎหมายอาญา ส่วนใหญ่มักจะกำหนดโทษจำคุก 1 ปี และโทษปรับคือ 10,000 บาท แต่ในมาตรา 326 มีการกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ปรับไม่เกิน 20,000 บาท ก็ถือได้ว่าการกำหนดโทษปรับที่สูงกว่าปกติอยู่แล้ว และในมาตรา 328 มีการกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับไม่เกิน 200,000 บาท จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดโทษที่สูงมากกว่าปกติมาก จนทำให้ขาดสมดุลกันระหว่างโทษจำคุกและโทษปรับการออกกฎหมายดังกล่าวจึงขาดการคำนึงถึงหลักการทั่วไปในการกำหนดโทษปรับกับโทษจำคุก รวมถึงขาดการนำเอาหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาใช้ เพื่อทำให้กฎหมายเกิดสมดุล คือการที่ให้เหตุผลพบว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษที่ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์จึงทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัว จึงต้องมีการเพิ่มเติมอัตราโทษให้สูงขึ้น แต่การเพิ่มเติมโทษให้สูงขึ้นนั้นไม่ได้สัดส่วนดังกล่าว หากมีการนำเอาหลักแห่งความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณา นำจะทำให้การกำหนดโทษดังกล่าวมีความสมดุลกันระหว่างโทษปรับกับโทษจำคุกมากขึ้น

อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ได้ผ่านการพิจารณาของสภาฯ 3 วาระรวด และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวก็ได้ทรงลงพระปรมาภิไธย ทำให้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 มีผลบังคับเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับโดยสมบูรณ์แล้ว ซึ่งอาจถือได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อย่างอื่น กระทำโดยการกระจายเสียง หรือโดยการ กระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิด
ระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท"

4.2.2.2 ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ.....

บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติฯ คือ หลักการกำหนดค่าเสียหายขั้นต่ำกรณีกระทำละเมิดโดยหมิ่นประมาทเหตุผลด้วยปรากฏว่าในปัจจุบันมีผู้กระทำผิดฐานหมิ่นประมาท โดยการโฆษณามากขึ้น และความรับผิดชอบเพื่อละเมิดสำหรับผู้กระทำผิดซึ่งต้องรับผิดชอบค่าเสียหายมิได้กำหนดไว้ให้เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชื่อเสียง จึงทำให้ผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัวต่อบทบัญญัติของกฎหมาย สมควรกำหนดค่าเสียหายขั้นต่ำเพื่อละเมิดในกรณีนี้ขึ้นจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้²⁴

ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญาให้ส่วนของการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่สูงขึ้น ซึ่งในหลักการพิจารณากำหนดความเสียหายในทางแพ่งนั้น เป็นอำนาจของศาลที่ใช้ดุลพินิจในการพิจารณากำหนดโดยคำนึงถึงลักษณะของความเสียหายกับพฤติการณ์แวดล้อมแต่ละกรณีของผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท

²⁴ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่...) พ.ศ.....

"...มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 438 ภายใต้บังคับมาตรา 447 ทวิ ค่าสินไหมทดแทนจะถึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามความแก่พฤติกรรม และความร้ายแรงแห่งละเมิด"

มาตรา 4 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 447 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

"มาตรา 447 ทวิ ค่าเสียหายตามมาตรา 423 วรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยการโฆษณาด้วยหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ หรือด้วยสื่อมวลชนอย่างอื่นให้ศาลกำหนดให้เท่ากับเงินจำนวนยี่สิบเท่าของอัตราโทษปรับขั้นสูง ที่กำหนดไว้ในมาตรา 328 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เว้นแต่จะมีการพิสูจน์ความเสียหายได้มากกว่านั้น"

หลักการนี้เป็นหลักการที่ดีอยู่แล้วสำหรับการให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษค่าปรับแก่ผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท กฎหมายอาญาได้มีการปรับปรุงแก้ไขและวางโทษสูงขึ้นอยู่แล้ว น่าจะเป็นการเพียงพอแล้วสำหรับการกำหนดโทษในอดีตอาญา แต่มีการกำหนดให้มีผลผูกพันทางแพ่งด้วย ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายเป็นการบังคับศาลว่าศาลจะต้องลงโทษให้สูงขึ้น ซึ่งในมาตรา 447 ทวิ ค่าเสียหายตามมาตรา 423 วรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยการโฆษณาด้วยหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ หรือด้วยสื่อมวลชนอย่างอื่นให้ศาลกำหนดให้เท่ากับจำนวนเงิน 20 เท่าของอัตราโทษปรับขั้นสูงซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 328 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เว้นแต่จะเป็นการพิสูจน์ความเสียหายได้มากกว่านั้น ในกฎหมายอาญามีโทษปรับ 200,000 บาท ดังนั้นหากบังคับให้ศาลกำหนดวางกำหนดค่าสินไหมทดแทนถึง 20 เท่า ก็คือ 4 ล้านบาท

นอกจากนี้แล้วถ้าความเสียหายมากกว่านั้น ศาลก็มีอำนาจกำหนดได้ด้วย แต่ถ้าความเสียหายสูงกว่า 4 ล้านบาท ศาลก็กำหนดได้ แต่กฎหมายบังคับดุลพินิจศาลไม่มีทางกำหนดเป็นอย่างอื่นได้ ซึ่งควรจะนำเอาความหนักเบาและความร้ายแรงแห่งความผิดความร้ายแรงแห่งความเสียหายรวมถึงผลเสียหายที่ผู้ถูกระทำได้รับมาเป็นหลักเกณฑ์ในการคำนวณ

ซึ่งจะเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายแพ่ง ดังนั้นการที่กฎหมายกำหนดค่าเสียหายคดีหมิ่นประมาทอย่างน้อยที่สุดคือ 4,000,000 บาท โดยปิดโอกาสในการใช้ดุลพินิจของศาล มีผลทำให้ไม่ได้สัดส่วนในการกำหนดโทษในส่วนของค่าเสียหาย รวมทั้งอาจจะทำให้มีผลเป็นการสูญเสียการคำนวณระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ เนื่องจากคดีหมิ่นประมาทมีความเฉพาะตามแต่พฤติการณ์แห่งคดี เช่น ข้อความที่หมิ่นประมาทสื่อที่ใช้ วิธีการ ความร้ายแรง ชื่อเสียง และฐานะของผู้เสียหาย ดังนั้นการกำหนดค่าเสียหายให้เท่ากันทุกคดี ตามร่างพระราชบัญญัติข้างต้น จึงไม่เป็นการเหมาะสม กฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เนื่องจากขาดการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาในการกำหนดโทษและวิธีการพิจารณารอคดีของศาลดังกล่าว กฎหมายฉบับนี้จึงขัดกับหลักการของการรักษาประโยชน์สาธารณะ และสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน แต่อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายฉบับนี้ถึงแม้จะผ่านการพิจารณาของสภา 3 วรระรวด แต่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย จนเป็นที่วิพากวิจารณ์ของประชาชนอย่างกว้างขวาง จนในที่สุดไม่ได้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย

บทที่ 5

บทสรุป

ปรัชญาหรือหัวใจของกฎหมายมหาชนคือเรื่องอำนาจรัฐ การใช้อำนาจรัฐและการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ดังปรากฏอย่างเห็นได้ชัดในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ต้องกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ แต่ในขณะเดียวกันการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐนั้นก็เป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่งยวดเช่นกัน โดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์

ในสังคมที่อยู่ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยประกอบด้วยสมาชิกที่มีสิทธิและเสรีภาพเป็นของแต่ละปัจเจกชน รัฐมีหน้าที่ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน รวมถึงการดำเนินกิจการเพื่อเป็นการตอบสนองของความต้องการของปัจเจกชนโดยรวมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวของรัฐอาจมีผลเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในเวลาเดียวกัน รัฐจึงต้องหาทางที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะและในเวลาเดียวกันก็อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนบ้าง แต่อย่างไรก็ตามรัฐก็พยายามที่จะให้มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือของปัจเจกชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ และจากการศึกษาจะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์อยู่หลายหลักเกณฑ์ที่รัฐต้องคำนึงถึงเพื่อเป็นแนวทางในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้อยู่ในจุดดุลยภาพ เช่น หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค หลักนิติรัฐ หลักรัฐธรรมนูญนิยม เป็นต้น

คำว่า "ประโยชน์สาธารณะ" คือผลประโยชน์ที่ได้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม โดยผลประโยชน์ที่ว่านี้ไม่ได้มีลักษณะที่ทำให้ประโยชน์เป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใด หรือตัวบุคคลที่ดำเนินการเอง หรือกลุ่มสมาชิกใดในสังคม นอกจากนี้ผลประโยชน์สาธารณะนั้นเกิดขึ้นจากการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐในอันที่จะตอบสนองความต้องการของคนในสังคมทั้งในทางความมั่นคง ทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ หรือการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานทั้งหลาย แต่ทั้งนี้ไม่ใช่ทุกคนในสังคมจะได้รับประโยชน์สาธารณะดังกล่าวเพียงแค่ว่าตรงกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมก็เพียงพอ และประโยชน์ที่ว่านี้อาจเป็นประโยชน์ในปัจจุบันหรือเป็นประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ทำให้สมาชิกแต่ละคนในสังคมอาจจะได้รับ

ประโยชน์เช่นว่านั้นไม่เท่าเทียมกัน และสมาชิกของสังคมอาจจะสามารถรับรู้ถึงประโยชน์ที่ตนเองได้รับนั้นหรือไม่ก็สำคัญ

การที่รัฐดำเนินการเพื่อให้ทุกคนในสังคมเกิดความพอใจหรือทุกคนในสังคมได้รับประโยชน์จากการกระทำของรัฐที่เท่าเทียมกัน คงเป็นเพียงทางทฤษฎีที่ไม่สามารถเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ แม้ว่าการกระทำของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวจะไม่สามารถตอบสนองความต้องการของทุกคนได้แต่ก็ต้องสอดคล้องกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม

แนวความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะจึงถือได้ว่าเป็นขอบเขตที่กว้างที่สุดของการใช้กฎหมายมหาชน กล่าวคือการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปเพื่อจัดทำหรือรักษาประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจัดองค์กรและการให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐให้อำนาจเหนือปัจเจกชน จึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นการกระทำใดที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือองค์กรของรัฐจะกระทำไม่ได้ ซึ่งแนวความคิดนี้ได้สะท้อนในเรื่องของการตรากฎหมาย

จากการศึกษาสามารถสรุปความหมายของคำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” ได้ว่าสิทธิกับเสรีภาพมีลักษณะที่แตกต่างกันคือ สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลในอีกคนหนึ่ง หรือหลายคนกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตนอันเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและป้องกันให้ แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำหรือในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งก็คืออำนาจที่จะกระทำการใดก็ได้ โดยที่การกระทำนั้นๆ ไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นและแม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้นก็เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องละเว้นจากกระทำใด ๆ ที่เป็นอันอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น ข้อแตกต่างระหว่างสิทธิกับเสรีภาพก็คือ สิทธิเปรียบเสมือนหนี้ที่รัฐต้องกระทำการให้แก่ประชาชน ซึ่งมักจะเป็นเรื่องของการจัดทำบริการสาธารณะอันมีประโยชน์ต่อส่วนรวม ซึ่งหากว่ารัฐไม่จัดทำบริการสาธารณะก็จะยังไม่เกิดพันธะหรือหนี้ให้รัฐต้องปฏิบัติตาม หรือยังไม่เกิดสิทธิแก่ประชาชนในการเรียกร้องให้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้ ในขณะที่เสรีภาพเพียงแต่มีการรับรองเสรีภาพแล้วประชาชนก็สามารถใช้เสรีภาพนั้นได้ทันที¹

¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ปัญหาสิทธิและเสรีภาพมหาชนชั้นสูง, เอกสารประกอบการสอนปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้มากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ โดยได้มีการบัญญัติไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย เช่น การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง และเลือกถิ่นที่อยู่ เป็นต้น นอกจากการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้วางหลักในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ด้วย เนื่องจากในบางสิทธิและเสรีภาพก็ควรถูกจำกัดลงเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขโดยเฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะ สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายจะถูกจำกัดลงได้ก็โดยกฎหมายเท่านั้น

การออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้วางหลักไว้ในมาตรา 29 ได้แก่ การออกกฎหมายนั้นรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิต้องมีผลเป็นการทั่วไป การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ และหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วน

จะเห็นได้ว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ สามารถกระทำได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดข้างต้น และต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนี้แล้วอาจจะเกิดปัญหาขัดแย้งระหว่างความต้องการของรัฐกับความต้องการของปัจเจกชน จึงต้องหาแนวทางในการประสานผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายเข้าด้วยกัน

จากการศึกษาทำให้เห็นได้ว่าองค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะในส่วนขององค์กรนิติบัญญัตินั้นจะเห็นได้อย่างแจ่มชัดว่ามีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายของรัฐ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของมหาชน ดังนั้นในการออกกฎหมายดังกล่าวองค์กรนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงการที่อาจจะต้องไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชน และในขณะเดียวกันต้องรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับสาธารณูปโภค กฎหมายที่เกี่ยวกับการคมนาคม เป็นต้น จะเห็นได้อย่างแจ่มชัดว่าเป็นกฎหมายที่เป็นปัญหาในกรณีดังกล่าวมากที่สุด

จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่าในส่วนขององค์กรณีบัญญัตินั้น รัฐสภาเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงในการตรากฎหมายและกำหนดขอบเขตของกฎหมายว่าเรื่องใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเนื้อหาของกฎหมายจะต้องมีความเหมาะสมสามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ มีความเหมาะสมด้านระยะเวลาในการบังคับใช้กฎหมายและสอดคล้องกับสถานที่และผู้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องออกกฎหมายที่มีผลเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะ เช่น หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นหลักที่มีความสำคัญยิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องนำมาปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและได้มีพัฒนาการมานานในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักความได้สัดส่วนถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการกระทำไปมีผลเป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจและเป็นเกณฑ์มาตรฐานสำคัญที่รัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ² โดยเฉพาะในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน นอกจากนี้ในประเทศเยอรมันได้จัดให้หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ³ ซึ่งหลักความได้สัดส่วนประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ 3 ประการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ

องค์กรณีบัญญัติต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในการใช้อำนาจของตนตรากฎหมายเพื่อสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักเกณฑ์ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ก็คือ แนวทางหรือวิธีการที่ทำให้ความเสียหายจากการถูกรบกวนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยรัฐเกิดขึ้นน้อยที่สุด ในขณะที่รัฐสามารถดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้สูงสุด ซึ่งวิธีการประสานประโยชน์ที่พบจากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายไทย พบว่าได้มีการวางแนวทางในการเยียวยาความเสียหาย หรือกำหนด

²บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 195.

³เรื่องเดียวกัน, หน้า 211-112.

วิธีการและขั้นตอนให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด และเท่าที่จำเป็น โดยวิธีการที่ใช้จะต้องได้ สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่จะได้รับ จึงจะถือว่าเป็นการประสานความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของ รัฐกับสิทธิ เสรีภาพของปัจเจกชนให้เกิดดุลยภาพ เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ. 2530 พระราชบัญญัติการประปานคร หลวง พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.2545 เป็นต้น

โดยหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของ ปัจเจกชนในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ คือ หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักสำคัญที่ทำให้ การตรากฎหมาย สามารถประสานความต้องการของสองสิ่งที่ขัดแย้งกันให้ดำเนินไปควบคู่กัน กล่าวคือ หน้าที่ในการการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายออกมาเพื่อรักษาประโยชน์ สาธารณะฝ่ายหนึ่ง กับสิทธิเสรีภาพที่ปัจเจกชนได้รับความคุ้มครองอีกฝ่ายหนึ่ง

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ข้างต้น อาจสรุปข้อดีของการนำหลักเกณฑ์การ ประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและข้อเสียที่ไม่นำหลักเกณฑ์ดังกล่าว มาใช้ มีดังต่อไปนี้ โดยข้อดีได้แก่ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการรับรองและคุ้มครอง จากการใช้อำนาจอรัฐเนื่องจากได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การตรากฎหมาย กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ที่มีผลเป็นการกำหนดสิทธิและเสรีภาพ ทำให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายที่มาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ที่มีการนำเอาหลักความได้ สัดส่วนมาใช้ จะเป็นที่ยอมรับจากประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าว ด้วยเหตุที่ หลักความได้สัดส่วนประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ 3 ประการ คือ หลักความจำเป็น หลักความ เหมาะสม และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ ทำให้กฎหมายดังกล่าวมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพ เท่าที่จำเป็น ในการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ อีกทั้งทำให้กระบวนการตรา กฎหมายมีการพิจารณาและต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจก ชน เพื่อไม่ให้กฎหมายที่ออกมาไร้ซึ่งความสมดุล ไม่ว่าจะเป็นการคำนึงถึงประโยชน์ของฝ่ายรัฐ หรือสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไป

ข้อเสียของการไม่นำหลักเกณฑ์การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพ ของปัจเจกชนมาใช้ในกระบวนการตรากฎหมาย มีผลทำให้กระบวนการตรากฎหมายที่มีได้ คำนึงถึงและไม่นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาประกอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ก่อให้เกิดความไร้สมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน และอาจทำให้

กฎหมายฉบับนั้นไม่ได้เป็นที่ได้รับการยอมรับจากประชาชนส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายฉบับนั้น
ไม่ได้ผลอย่างเต็มที่เพราะขาดซึ่งความเข้าใจของฝ่ายนิติบัญญัติในกฎเกณฑ์การประสาน
ประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าว



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2537.

กุลพล พลวัน. เสรีภาพทางวิชาการ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ สำนักงานกฤษฎีกา, 2541.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ . เอกสารประกอบการบรรยายวิชาปัญหาสิทธิและเสรีภาพมหาชนชั้นสูง . ระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. อัดสำเนา. 2545.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ . ที่มาของกฎหมายมหาชน . เอกสารประกอบการสอนกฎหมายมหาชนเบื้องต้น คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2541.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ . องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

แก้วสรร อติโพธิ. สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย. รวมสารรัฐธรรมนูฉบับประชาชน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มติชน, 2541.

ขจิตภัย บุรุษพัฒน์. ความมั่นคงแห่งชาติ. กรุงเทพมหานคร : กรมการปกครอง, 2521.

ขุนประเสริฐ สุภมาตรา. กฎหมายปกครอง. คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2480.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

- ชาติ ชัยเดชสุริยะ และมานิตย์ จุมปา. รัฐธรรมนูญของเรา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิสถาบันกฎหมายอาญา , 2541.
- ติน ปรัชญพฤทธิ์. ศัพท์รัฐประศาสนศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- ธัญญลักษณ์ เกตุศร. สาระณะประโยชน์ในกฎหมายปกครอง . วิทยานิพนธ์ปริญญาบัณฑิตมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2543
- ธีระ สุธีวรางกูร การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง. วารสารนิติศาสตร์ 29 ,4 (ธันวาคม 2545) : 578-592.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2544.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักความเสมอภาค. โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า , 2543.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,2543.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน ,2544.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- ประยูร กาญจนดุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2536.
- ปัญญา อุดชาชน. สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติระหว่างปี พ.ศ.2540 - 2541. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2543.

พระราชบัญญัติการเกณฑ์ช่วยราชการทหาร พ.ศ.2530

พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518

พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ.2510

พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ.2501

พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2511

พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503

พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ.2543

พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2479

พระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติควบคุมยุทธภัณฑ์ พ.ศ.2476

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2532

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติป้องกันการทุบตลาด พ.ศ.2507

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530

พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ.2528

ภวิภา ไชยดวง. การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชา นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน,2542.

มานิต จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ(พ.ศ.2540). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม ,2541.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : "มาตรฐาน" ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ. วารสารนิติศาสตร์ 30,2 (มิถุนายน 2543) : 164-194.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา , 2542.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2540.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,2543.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.

วิริยะ เกิดศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2517.

วิษณุ เครืองาม. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. สู่สิทธิมนุษยชน! สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทย ปัจจุบัน?. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักแห่งความได้สัดส่วน. วารสารนิติศาสตร์ 20 (2533) : 98-109.

เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อักษรสาส์น , 2509.

หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.

อมร จันทรมบูรณ์. คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) : ทางออกของประเทศไทย
กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2537.

อุกฤษ มงคลนาวิน. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. บทบัญญัติ 32 (2518) :
10-19.

ภาษาต่างประเทศ

Black's Law Dictionary with Pronunciations , six edition. MN : West Publishing Co., 1990.

John D. Montgomery. Public Interest In The Ideologies De National Development. The Public Interest. New York : Atherton Press, 1967.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายพันวิชนี โรจนตันติ เกิดเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2519 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2541 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2542



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย