

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ การใช้อำนาจทางปกครอง การบริหาร จัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเล

การบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลเป็นภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่สำคัญประการหนึ่ง เพราะเหตุว่าทรัพยากรทางทะเลเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นแหล่งอาหารของประชาชน เป็นแหล่งสร้างอาชีพสร้างรายได้จากผลผลิตสัตว์น้ำที่ได้จากการทำประมงทางทะเล ทรัพยากรเหล่านี้แม้ว่าธรรมชาติจะสามารถผลิตขึ้นทดแทนได้ แต่ถ้าหากมีการนำมาใช้ประโยชน์ที่มากเกินไปหรือขาดการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอแล้ว จะส่งผลทำให้ปริมาณสัตว์น้ำลดน้อยถอยลงอย่างรวดเร็ว และเกิดผลกระทบต่อวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน ตลอดจนสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐาน รวมทั้งทฤษฎีทั้งหลายที่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการในการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเลดังกล่าว

2.1 แนวคิดพื้นฐานเรื่องสิทธิและเสรีภาพ

สำหรับประเทศที่มีการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยภายใต้ระบบนิติรัฐและระบบนิติธรรมนั้นจะมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นถือได้ว่าเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของผู้ทรงสิทธิหรือของประชาชนในรัฐที่ดีและมีประสิทธิภาพอย่างมาก แนวคิดในการให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นแนวความคิดที่มาจากประเทศตะวันตกที่เกิดจากกระบวนการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพจากชนชั้นผู้ปกครองโดยใช้ข้ออ้างของความชอบธรรมของประโยชน์ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งจำเป็นต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (humandignity) โดยมีความคิดพื้นฐานมาจากแนวความคิดในเรื่อง สิทธิธรรมชาติ สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ประชาชนยกขึ้นมาเพื่ออ้างหรือต่อสู้กับการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครอง กระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการที่ทำให้ได้มาแห่งสิทธิเป็นผลสืบเนื่องมาจากกฎหมายธรรมชาติโดยแนวความคิดนี้มีมาตั้งแต่สมัยกรีกและมีวิวัฒนาการมาเรื่อยๆ และแนวความคิดนี้ได้ปรากฏในงานเขียนของจอห์นล๊อค (John Locke) ในศตวรรษที่ 17 ที่มีผลต่ออิทธิพลแนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันเพราะเป็นแรงผลักดันในการปฏิวัติเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพ

ของโลกตะวันตกตลอดทั้งการจัดทำเอกสารเป็นรากฐานที่สำคัญในแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน เช่น คำประกาศอิสรภาพของอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 หรือคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองใน ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส จนในที่สุดได้มีการจัดทำปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้นมา ต่อมาภายหลังศตวรรษที่ 19 เริ่มมีการอภิปรายกันถึงสิทธิในระบบกฎหมายมหาชน¹กันเป็นอย่างมากจนก่อให้เกิดการแบ่งแยกสิทธิทางเอกชนและสิทธิทางมหาชนขึ้นมา ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

การศึกษาแนวคิดพื้นฐานเรื่องสิทธิและเสรีภาพ และหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชน เพื่อให้เกิดความเข้าใจนั้นจำเป็นที่จะต้องทราบความหมายของสิทธิและเสรีภาพเสียก่อน ในส่วนนี้จึงจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงความหมายของคำทั้งสองคำนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจและทราบความหมายของสิทธิและเสรีภาพเนื่องจากคำว่าสิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไปมักจะใช้รวมๆ ไปด้วยกันว่าสิทธิและเสรีภาพแต่ความจริงแล้วคำสองคำนี้มีความหมายแตกต่างกันคือ

คำว่าสิทธิ (right) โดยทั่วไปแล้วหมายถึงอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใดที่เกี่ยวข้องกับชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สินของตนหรือบุคคลอื่นหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้หรือประโยชน์ในทางใดทางหนึ่งทั้งที่เป็นรูปธรรมจับต้องได้และที่เป็นนามธรรม ดังนั้นหากอำนาจดังกล่าวของบุคคลที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครองให้ถูกระทบทำให้เสื่อมค่าหรือเสียไปแล้ว กฎหมายก็จะคุ้มครองบังคับให้ผู้ที่ทำให้สิทธิดังกล่าวของบุคคลอื่นต้องชดเชย โดยกฎหมายอาจกำหนดให้มีการชดเชยด้วยจำนวนเงินหรือต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ คือรัฐธรรมนูญ หากว่ารัฐธรรมนูญได้คุ้มครองและรับรองสิทธิใดๆ ไว้แล้วก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเคารพสิทธินั้นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้และหมายความรวมถึงการก่อให้เกิดหน้าที่แก่ประชาชนที่จะต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกันด้วย⁴

¹ แนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของชนชาวไทย (น. 4), โดยคณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะที่ 1 ในคณะกรรมการศึกษาแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

² คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 195) โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³ สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย, โดย ชนินทร์ ดิชาวัน, 2551, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2556, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1236>.

⁴ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 21), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายของประเทศไทยได้ให้ความหมายหรือคำจำกัดความของคำว่า “สิทธิ” ไว้ ดังนี้

หยุด แสงอุทัย⁵ ให้ความหมายของสิทธิไว้ว่าสิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายให้ไว้โดยมีเจตจำนงของตนเอง เป็นการมองในแง่ของเนื้อหา ส่วนการถือว่าสิทธิคือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองเป็นการมองในแง่จุดประสงค์ของสิทธิ ปัจจุบันถือว่าสิทธิเป็นประโยชน์และควรถือว่าสิทธิคืออำนาจที่กฎหมายให้เพื่อสำเร็จประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่าความหมายของคำว่าสิทธิ ได้แก่ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ หมายถึง เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่เป็นละเมิดด้วย

สถิต เล็งไธสง⁶ อธิบายว่า สิทธิสืบความหมายจากอำนาจและอำนาจมาจากพละหรือกำลังซึ่งเกิดจากร่างกายตามที่ธรรมชาติให้มา อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจหรือพละกำลังนี้จะใช้ได้เท่าที่กฎหมายรับรองเท่านั้น

นพนิต สุริยะ⁷ ยังอธิบายว่า สิทธิเป็นสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองให้ นั่น เป็นการมองในความหมายที่แคบเพราะสิทธิอาจได้รับการคุ้มครองจากปัจจัยอื่นๆ ที่มีกฎหมาย เช่น อาจเกิดจากจารีตประเพณีหรือศีลธรรม

ความหมายของสิทธิดังที่กล่าวข้างต้นเป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่สิทธิตามรัฐธรรมนูญ นั้น ถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดที่ได้บัญญัติให้การรับรอง คุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน นอกจากนี้ยังเป็นอำนาจที่ระบบกฎหมายมหาชนมอบหมายให้ไว้แก่ปัจเจกชนในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อประโยชน์แห่งบุคคลผู้ทรงสิทธินั้นด้วย

⁵ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น. 205), โดย หยุด แสงอุทัย, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶ การแก้ไขกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ไม่เป็นธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (น.1), โดย สถิต เล็งไธสง, 2537, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷ สิทธิมนุษยชน (น. 18), โดย นพนิต สุริยะ, 2537, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 58), โดย บรรณเจด สิงคะเนติ, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” (liberty) นั้นหมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน โดยปราศจากการครอบงำของบุคคลอื่น ไม่ถูกรบกวนหรือข่มขู่หรือขัดขวางจากบุคคลอื่นหรืออำนาจอื่น เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพใดก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐที่จะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพนั้นความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการนี้เป็นประโยชน์ชนิดหนึ่ง ดังนั้นเสรีภาพจึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่งเมื่อกล่าวถึงคำว่า “สิทธิ” โดยไม่เจาะจง จึงหมายความรวมถึงเสรีภาพด้วย

ตามความหมายของเสรีภาพดังกล่าวนี้ เสรีภาพจึงมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

1. เป็นความมีอิสระในการที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ
2. เป็นภาวะของมนุษย์ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น
3. เป็นภาวะของมนุษย์ที่ปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวางของบุคคลหรืออำนาจอื่น
4. เป็นอำนาจของมนุษย์ที่จะกำหนดการกระทำของตนเอง

ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างคำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่าสิทธิเป็นอำนาจของบุคคลที่มีอยู่เพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นหรือองค์กรของรัฐกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนหรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าสิทธินั้นก่อให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐหรือบุคคลอื่นในการที่จะต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธินั้นเอง แต่เสรีภาพนั้นคืออำนาจของบุคคลที่มีอยู่เหนือตนในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยอำเภอใจตน ผู้หนึ่งผู้ใดหาอาจเข้ามามีอิทธิพลโน้มน้าวหรือบังคับบัญชาให้บุคคลกระทำการเช่นนั้นไม่ และแม้ว่าการมีเสรีภาพจะมีผลให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นหรือองค์กรของรัฐก็ตาม แต่ก็เป็นที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางการใช้เสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือองค์กรของรัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนหรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

2.1.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

การจำแนกหรือแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายให้ความคุ้มครองรับรองไว้ อาจจำแนกหรือแบ่งประเภท โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น การจำแนกตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน การจำแนกตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ การจำแนกตามเงื่อนไข การจำกัดสิทธิและเสรีภาพการจำแนกตามแหล่งกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ การจำแนกตามอาการที่ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพใช้สิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นต้น¹⁰ โดยพิจารณาหลักเกณฑ์การ

⁹ แหล่งเดิม. (น. 22).

¹⁰ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 23). เล่มเดิม.

แบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพได้เป็นหลายประเภทด้วยกัน โดยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไปได้หลายลักษณะ ดังนี้¹¹

1) การพิจารณาสิทธิและเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

ประเภทแรกคือ สิทธิปฏิเสธ (statusnegativus) หมายถึง สิทธิที่จะป้องกันแดนสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลจากการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งโดยสิทธินี้ราษฎรย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐและเจ้าพนักงานของรัฐละเว้นที่จะไม่กล้ากรายหรือล่วงสิทธินี้สิทธิดังกล่าวนี้ ได้แก่ สิทธิตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิมนุษยชน (human rights)

ประเภทที่สองคือ สิทธิกระทำการ (statusactivus) หมายถึง สิทธิที่จะเข้ามามีส่วนช่วยในการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นสิทธิที่ราษฎรจะมีต่อรัฐสิทธิประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของสิทธิพลเมือง เช่น สิทธิเลือกตั้ง ซึ่งเป็นสิทธิที่ให้ไว้แก่ราษฎรในการที่จะก่อตั้งชีวิตในทางการเมืองของรัฐ

ประเภทที่สามคือ สิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการ (statuspositivus) หมายถึง สิทธิที่การใช้สิทธิของปัจเจกบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้ หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐสิทธิประเภทนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิประเภท สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ เช่น สิทธิในการดำเนินคดี

2) การพิจารณาสิทธิและเสรีภาพตามวัตถุหรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกได้เป็น 7 ประเภท ได้แก่

(1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกาย ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้ความรับรองคุ้มครองให้โดยการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามผู้กระทำ ความผิดทางอาญา เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันซึ่งรวมถึงสิทธิส่วนบุคคลที่จะกระทำการต่างๆ โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

(2) สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิกายศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน เสรีภาพในทางวิชาการ การศึกษาอบรม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ เป็นต้น

¹¹ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 52), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(3) สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการสืบมรดก สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรม กรณีที่กิจการถูกโอนเป็นของรัฐ สิทธิของบุคคลพิการหรือทุพพลภาพในอันที่จะได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ เป็นต้น

(4) สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม เช่น เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม สหภาพ สมาพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์กรเอกชน หรือหมู่คณะอื่นๆ เป็นต้น

(5) สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง เช่น เสรีภาพในการรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองตามวิถีทางการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา สิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เป็นต้น

(6) สิทธิที่จะตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น สิทธิของบุคคลในอันที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารสาธารณะที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานราชการ สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ ให้รับผิดชอบการกระทำหรือจากการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐนั้น เป็นต้น

(7) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน เช่น บทบัญญัติที่รับรองว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันในทางกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน บทบัญญัติที่รับรองว่าชายหญิงย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน บทบัญญัติที่ห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธินี้ โดยแท้จริงแล้วเป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิว่า สิทธิใดควรจะให้กับบุคคลทุกคน และสิทธิใดควรจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้นเท่านั้น ซึ่งการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จะนำไปสู่การแยกสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองของชาติออกจากสิทธิมนุษยชน หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการกำหนดขอบเขตในการคุ้มครองสิทธิแต่ละประเภทนั่นเอง

3) การพิจารณาสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากแหล่งกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) สิทธิมนุษยชน (Human Right) หมายถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน ในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง เสรีภาพในทางความคิดและการแสดง

ความคิดเห็น เป็นต้น ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนนี้มีมาตั้งแต่ปลายยุคกรีก แต่ได้รับการพัฒนาและแพร่หลายมากขึ้นในศตวรรษที่ 18 โดยสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ซึ่งเห็นว่าในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนและใช้สอยทรัพย์สินของตนตามแต่ที่ตนจะเห็นสมควร มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่แต่ละคนไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของผู้อื่นในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติและลงโทษผู้อื่นได้ด้วยตนเอง ดังนั้น จอห์น ล็อก (John Locke) ซึ่งเป็นนักปรัชญาชาวอังกฤษที่มีชีวิตอยู่ในช่วงการต่อสู้ในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญอังกฤษระหว่างกษัตริย์ ชุมนาง และสามัญชน ได้เขียนหนังสือหลายเล่มแสดงแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย¹² โดยมีความเห็นว่า สังคมเกิดขึ้นจากเจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ โดยมนุษย์ได้ร่วมกันทำ “สัญญาประชาคม” (Social Contract) ด้วยความมุ่งหมายเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของตนให้เป็นอย่างมีประสิทธิภาพกว่าที่เป็นอยู่ตามธรรมชาติ สิ่งที่มนุษย์ได้ตกลงสละให้แก่สังคมไป ได้แก่ อำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น ส่วนสิทธิในร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพนั้น มนุษย์หาได้สละไปด้วยไม่ สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และไม่มีผู้ใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้ แนวความคิดดังกล่าวเป็นแรงบันดาลใจ ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมในสมัยนั้น เช่น ในคำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 กล่าวว่า “มนุษย์ทุกคนถูกสร้างมาให้มีความเท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมีอาจสละละทิ้งได้ให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขใ้ตนเอง” เป็นต้น

(2) สิทธิพลเมือง (Citizen Right) หมายถึง สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐหรือบรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง เช่น สิทธิเลือกตั้งและสมัครเข้ารับการเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ เสรีภาพในการรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นต้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการก่อตั้งรัฐแล้ว และเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง

4) หากจำแนกหรือแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากอาการที่บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่¹³

¹² กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ (น. 70) โดย บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2550., กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹³ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 40). เล่มเดิม.

(1) สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Freedom of Conscience) หรือสิทธิและเสรีภาพในทางความคิด ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจ ไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม สิทธิดังกล่าวนี้จึงถือได้ว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพโดยบริบูรณ์ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น

(2) สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Freedom of Action) หมายถึง สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหวร่างกายตามที่ได้คิดและได้ตกลงใจไว้ได้แก่สิทธิและเสรีภาพอื่นๆ นอกจากสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมนั่นเอง เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยการพูด การเขียน การพิมพ์ เสรีภาพในการเดินทางหรือในการเลือกถิ่นที่อยู่ เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคม ดังนั้น รัฐจึงต้องจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ของราษฎรเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้สิทธิและเสรีภาพของตนไปกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม

2.1.3 หลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ หรือ legal state เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า rechtsstaat ซึ่งเป็นคำที่นักวิชาการทางตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่งซึ่งยอมรับและรับรองให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพ เช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ราษฎรแต่ละคนจะเห็นสมควร การที่รัฐจะกระทำการใดๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หลักนิติรัฐเรียกร้องในเชิงเนื้อหาในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนแก่นสาระของสิทธิเสรีภาพ กฎหมายจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้และใช้บังคับทั่วไป ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลต่างๆ ที่จะต้องคุ้มครองความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย และองค์กรของรัฐ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนอย่างเท่าเทียมกันตามหลักความเสมอภาค ซึ่งหลักเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาที่รัฐเสรีประชาธิปไตยจะต้องมีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครอง¹⁴

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค เพราะว่าสิทธิทั้งสองประการนี้เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ในรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องเคารพขอบเขตและเสรีภาพของปัจเจกชน การที่รัฐจะแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพจะพึงทำได้

¹⁴ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 1), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

เมื่อปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วเท่านั้น โดยมีหลักการในเรื่องนี้ที่สำคัญ คือ¹⁵

1) หลักการรับรองสิทธิเสรีภาพมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

หลักการรับรองสิทธิเสรีภาพมีผลบังคับเป็นการทั่วไป หมายความว่า การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ รวมทั้งสิทธิตามหลักความเสมอภาคมีผลบังคับทั่วไปแก่องค์กรรัฐทุกประเภทไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รวมทั้งองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ผลบังคับที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลบังคับทันทีไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายอื่นมารองรับ และประชาชนทุกคนมีอำนาจอ้างสิทธิเสรีภาพกับองค์กรรัฐได้ สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ชัดเจนและรับรองโดยปริยาย รัฐธรรมนูญมิได้ประกอบด้วยบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงหลักการและความคิดพื้นฐานบางประการซึ่งผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เนื่องจากเห็นว่าหลักการและความคิดพื้นฐานเหล่านี้มีความชัดเจนในตัวเองและเป็นมูลบทเบื้องต้นของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะมีได้บัญญัติรับรองไว้โดยชัดเจน แต่ถือหลักว่าที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยายตามมาตรา 27¹⁶ มีผลบังคับเป็นการทั่วไปด้วย

2) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองไว้เป็นการทั่วไปในการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ¹⁷ ไว้ว่า กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่าย

¹⁵ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 23). เล่มเดิม.

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดเจน โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายที่พึงปวง.

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม.

บริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องตราขึ้นใช้บังคับเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น หากตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อการอย่างอื่นนอกเหนือจากการอันรัฐธรรมนูญกำหนดไว้แม้การนั้นจะเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะก็ตาม ก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายในที่นี้มีได้จำกัดเฉพาะกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ยังรวมถึงกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารด้วย

3) การรับรองสิทธิและเสรีภาพตามประเภท

หลักนิติรัฐจะต้องให้ความสำคัญแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้รัฐล่วงล้ำโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมายโดยชอบและจะล่วงล้ำเกินไปกว่าความจำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่าที่รัฐธรรมนูญรับรองและจำกัดวัตถุประสงค์ตามประเภทแห่งสิทธิไม่ได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพตามประเภทเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ เช่น สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลสิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิและเสรีภาพในความคิดและการแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง เป็นต้น

4) หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ

หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการถือเป็นสาระสำคัญของการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิด ต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการนี้เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ การให้สิทธิแก่ประชาชนสามารถที่จะฟ้องร้องหรือดำเนินการต่างๆ ต่อศาลว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือใช้อำนาจหน้าที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือให้อำนาจไว้โดยการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือใช้อำนาจเกินกว่ากรอบที่กฎหมายกำหนดนั้น ทำให้ประชาชนต้องได้รับความเสียหาย เป็นการยอมรับว่าประชาชนของรัฐมีฐานะเป็นประธานแห่งสิทธิตนเอง

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่

ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ

2.1.4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทั้งในรูปแบบรัฐสภา หรือระบบประธานาธิบดี รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายขั้นพื้นฐานของรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้องมีหลักการที่สำคัญบัญญัติไว้ คือ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจในการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง หากแต่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนก็ต้องพิจารณาในเรื่องของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย ด้วยเหตุนี้ผู้ปกครองจึงมีความชอบธรรมในการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชนเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นการกระทบต่อสาระของสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ก็เพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงของรัฐ และเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและประชาชน

มนุษย์ทุกคนย่อมมีความหวงแหนในสิทธิและเสรีภาพของตนที่มีมาแต่กำเนิด เพราะการจะดำรงตนเป็นมนุษย์อยู่ในสังคมร่วมกับผู้อื่นได้นั้น ต้องมีความสามารถในการเคลื่อนไหวเนื้อตัวร่างกายและสามารถสวมสิทธิอันชอบธรรมได้ สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนจะปกป้องหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นมารบกวนหรือพรากจากตนไปได้

สิทธิ (Rights) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลที่จะกระทำการใดที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของตนหรือบุคคลอื่น สิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง สิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใดไม่กระทำการใดและก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้ใครมาแทรกแซง

เสรีภาพ (Liberty) คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-Determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลย่อมมีอยู่เหนือตนเอง

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุด จึงกระทำได้เท่าที่จำเป็น ตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะต้องประกอบด้วย หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ¹⁸ ดังนี้

1) หลักความเหมาะสม

¹⁸ มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการใช้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ (น. 12) โดย นรินทร์ จุ่มศรี. (2555). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

หลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งนั้นตามความหมายแต่เดิมที่ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษานั้น ได้อธิบายไว้ว่า มาตรการที่เหมาะสมคือมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก ส่วนการอธิบายตามแนวใหม่ซึ่งได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์ วิธีการ และความสัมพันธ์ ซึ่ง Pieroth และ Schlink ได้อธิบายว่า ความเหมาะสม หมายความว่าถึง สภาพการณ์ซึ่งรัฐได้กระทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้¹⁹ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม

2) หลักความจำเป็น

ความเข้าใจต่อ “หลักความจำเป็น” ในปัจจุบันนี้ ได้รับการอธิบายในเชิงบอกเล่าว่า เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นที่เป็นมาตรการที่จำเป็น ส่วนการอธิบายในเชิงปฏิเสธนั้นอาจอธิบายว่า ความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มีอยู่ หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้นหรือผลสำเร็จที่ดีกว่าสามารถจะกระทำได้โดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า

วราพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้กล่าวถึงหลักแห่งความจำเป็นไว้ ดังนี้

“หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการ ซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่า แต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายบริหารต้องตัดสินใจเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด”²⁰

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

โดยทั่วไปแล้วต่างยอมรับกันว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้นเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีหลักการว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่เหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรือหากจะกล่าวในเชิงบอกเล่าอาจกล่าวได้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

¹⁹ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 18). เล่มเดิม

²⁰ แหล่งเดิม. (น. 40)

ขอบเขตที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น อาจกล่าวได้ว่าอยู่ที่การได้รับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกชน บุคคล จะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรานั้น จะต้องมื่อน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบจนเกินกว่าขอบเขตและผลกระทบที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นการยืนยันถึงความสมควร (Angemessenheit) หรือความสมเหตุสมผล (Zumutbarkeit) อันมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับความหมายของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

การพิจารณาโดยรวมระหว่างผลกระทบของการแทรกแซงกับความสำคัญหรือเหตุผลของความเร่งด่วนในการแทรกแซงดังกล่าวมาแล้ว ยังคงคำนึงถึงขอบเขตของความสมเหตุสมผลของการแทรกแซงดังกล่าวด้วย

วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ได้กล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบไว้ ดังนี้ “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักเรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลระหว่างความเสียหาย อันจะเกิดขึ้นกับเอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ”²¹

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่จะทำการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ สามารถแยกพิจารณาได้ 2 ประการ²²

1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นการแสดงออกถึงลักษณะร่วมกันของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหากพิจารณาจากหลักเงื่อนไขของรัฐสภา ซึ่งหมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องที่มีความสำคัญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจ

²¹ แหล่งเดิม (น. 41.)

²² หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ (น. 247-249). เล่มเดิม.

มอบอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ และกรณีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณา กำหนดเอง จะมอบอำนาจให้องค์กรที่ออกกฎหมายลำดับรองทำการกำหนดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้

2) กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้จะต้องอยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะนั้นๆ

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า เงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมี 2 เงื่อนไข ได้แก่

(1) เงื่อนไขทั่วไป

(2) เงื่อนไขเฉพาะ

เงื่อนไขทั่วไปคือ กรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดา ส่วนเงื่อนไขเฉพาะคือ กรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดได้เมื่อเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้หมายความว่า การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ จะกระทำได้เฉพาะตามขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

2.1.5 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยรัฐใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการปกครองและกำหนดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ โดยการตรากฎหมายพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎข้อบังคับ ประกาศใดๆ นั้นจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 6 ในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับนั้น เนื้อหาสาระของกฎหมายอาจมีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่งว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และวรรคสาม ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติวรรคหนึ่ง และวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออก โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้กำหนดหลักการในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่ต้องมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย และใช้บังคับเฉพาะกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและกฎที่

ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น โดยมีหลักการที่สำคัญตามบทบัญญัติแห่ง มาตรา 29 ดังต่อไปนี้²³

1. หลัก คือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำ มิได้

2. ข้อยกเว้น คือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะทำ ได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่ จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

3. กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้ บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงและต้องระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

สำหรับประเทศไทยก็เช่นกัน ได้มีการกำหนดวิธีการที่ใช้สำหรับการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่ จำเป็นเท่านั้นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออก โดย อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

กำหนดว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และ เท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง โดยกฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคสอง โดย บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคสาม

²³ คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) (น. 124). โดยมานิตย์ จุมปา, 2550, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แต่ละประเภทไว้ในระดับที่แตกต่างกันไป²⁴ ดังนี้

1) สิทธิเสรีภาพสัมพัทธ์

(1) สิทธิเสรีภาพประเภทนี้รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษ หมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลัก แต่องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควร เช่น มาตรา 41 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติการสืบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการสืบมรดกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” แต่การออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น แม้จะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ตามที่เห็นสมควรก็ตาม แต่องค์กรนิติบัญญัติก็ต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามมาตรา 29 ด้วย

(2) สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้ก็แต่โดยการปฏิบัติ ตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น มาตรา 42 วรรคแรก บัญญัติว่า “การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะกิจการของรัฐ เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน การอนุรักษ์โบราณสถานและแหล่งทางประวัติศาสตร์ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืนนั้น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้เช่นนี้ องค์กรนิติบัญญัติย่อมตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาต ทั้งนี้ ต้องให้สอดคล้องกับ มาตรา 29 ด้วย

2) สิทธิเสรีภาพสัมบูรณ์ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้รัฐธรรมนูญรับรองไว้เด็ดขาด ไม่อนุญาตให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ เช่น มาตรา 37 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็น

²⁴ “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, (2543), *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 30, ฉบับที่ 2, (น.184-186).

ปฏิบัติต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อที่แตกต่างจากบุคคลอื่น

ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ องค์กรนิติบัญญัติต้องดำเนินการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่องค์กรนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจ องค์กรนิติบัญญัติต้องดำเนินการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ต่างๆ ตามมาตรา 29 ดังต่อไปนี้

(1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญเรียกร้องให้ “กระทำเท่าที่จำเป็น” การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหลักในเรื่องความจำเป็นไว้นี้ แสดงให้เห็นถึงร่องรอยของหลักนิติรัฐและการยอมรับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักการพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรนิติบัญญัติแม้ว่าโดยสภาพไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่องค์กรนิติบัญญัติก็อาจใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน ด้วยเหตุดังกล่าวเมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักพอสมควรแก่เหตุ ดังนี้

ก. หลักความเหมาะสม กฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิกับผลที่ได้รับจะต้องอยู่ในวิสัยที่จะบรรลุตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการ

ข. หลักความจำเป็น ต้องมีมาตรการที่เหมาะสมหลายประการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์และจะต้องหามาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด

ค. หลักความได้สัดส่วน ต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุในประโยชน์มหาชนที่ได้รับกับประโยชน์เอกชนที่เสียไป

(2) หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพคือ กฎหมายใดที่ตราขึ้นกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิ กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ ถือเป็นการคุ้มครองแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละชนิด

(3) หลักการมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปของกฎหมายและหลักการห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล

(4) หลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย หลักการนี้ใช้เฉพาะกฎหมายที่ตราขึ้นหลังรัฐธรรมนูญฉบับนี้และเพื่อเป็นเครื่องช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย²⁵

(5) การออกกฎที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ จะมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ได้ เว้นแต่เนื้อหาของบทบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติอนุญาตให้ออกกฎที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

2.2 แนวคิดพื้นฐานเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชน

การมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นมีที่มาจากรูปแบบการปกครองในระบบประชาธิปไตยนั่นเอง กล่าวคือ การปกครองในระบบประชาธิปไตย เน้นให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทหรือมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีการกระจายอำนาจและทรัพยากรต่างๆ ที่ไม่เท่าเทียมกันอันมีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนและวิธีการที่ประชาชนเหล่านั้นมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจที่มีผลกระทบต่อตน ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม จึงหมายถึง การที่อำนาจในการตัดสินใจไม่ควรเป็นของกลุ่มคนจำนวนน้อย แต่อำนาจควรได้รับการจัดสรรในระหว่างประชาชน เพื่อทุกๆ คนได้มีโอกาสที่จะมีอิทธิพล และจัดเป็นการกระจายอำนาจและเปิดต่อการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางของประชาชนในกระบวนการทางการเมือง ทั้งในระดับท้องถิ่นและระดับชาติจากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปหลักการหรือองค์ประกอบสำคัญของคำว่าประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมได้ ดังนี้

การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการเมืองและการบริหารเน้นการกระจายอำนาจในการตัดสินใจและการจัดสรรทรัพยากรต่างๆ ในระหว่างประชาชนให้เท่าเทียมกัน อำนาจในการตัดสินใจและการจัดสรรทรัพยากรต่างๆ นั้น จะส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน เพิ่มการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีความยืดหยุ่นได้ กล่าวคือ มีโครงสร้างการทำงานที่สามารถตรวจสอบได้ มีความโปร่งใสและคำนึงถึงความต้องการทรัพยากรของผู้มีส่วนร่วม การมีส่วนร่วมของประชาชนมีทั้งในระดับท้องถิ่นและระดับชาติ แคทท์ (Catt 1999, 39-56) ได้เสนอไว้ว่า องค์ประกอบและเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดของความเป็นประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม คือทุกคนสามารถยกประเด็นปัญหาใดปัญหาหนึ่งขึ้นมา เพื่อกำหนดเป็นวาระของการประชุม สามารถเสนอ

²⁵ แหล่งเดิม (น.186-190).

ทางเลือกและมีส่วนร่วมในการเลือกหรือการตัดสินใจสุดท้ายได้ เป็นการประชุมที่ทุกคนสามารถพูดคุยกันได้อย่างทั่วถึง (face-to-face meeting) มีการปรึกษาหารือ หรืออภิปรายประเด็นปัญหาที่หยิบยกมาพิจารณากันอย่างกว้างขวาง ทุกคนต้องการมีส่วนร่วมในการอภิปราย และสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเต็มที่ที่มีแนวโน้มที่พยายามจะให้เกิดความเห็นพ้อง (consensus) ร่วมกัน ในประเด็นปัญหาที่พิจารณาการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นกระบวนการซึ่งประชาชน หรือผู้มีส่วนได้ส่วนเสียได้มีโอกาสแสดงทัศนะและเข้าร่วมในกิจกรรมต่างๆ ที่มีผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน รวมทั้งมีการนำความคิดเห็นดังกล่าวไปประกอบการพิจารณากำหนดนโยบายและการตัดสินใจของรัฐ การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นกระบวนการสื่อสารในระบบเปิด กล่าวคือ เป็นการสื่อสารสองทาง ทั้งอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการ ซึ่งประกอบไปด้วยการแบ่งสรรข้อมูลร่วมกันระหว่างผู้มีส่วนได้เสียและเป็นการเสริมสร้างความสามัคคีในสังคม ทั้งนี้เพราะการมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นการเพิ่มคุณภาพของการตัดสินใจการลดค่าใช้จ่ายและการสูญเสียเวลา เป็นการสร้างฉันทมติ และทำให้ง่ายต่อการนำไปปฏิบัติ อีกทั้งยังช่วยหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าใน “กรณีที่ย่ำแย่ที่สุด” ช่วยให้เกิดความน่าเชื่อถือและความชอบธรรม และช่วยให้ทราบความห่วงกังวลของประชาชนและค่านิยมของสาธารณชน รวมทั้งเป็นการพัฒนาความเชี่ยวชาญและความคิดสร้างสรรค์ของสาธารณชน

การมีส่วนร่วมของประชาชนมีความสำคัญในการสร้างประชาธิปไตยอย่างยั่งยืนและส่งเสริมธรรมาภิบาลตลอดจนการบริหารงาน หากมีการมีส่วนร่วมของประชาชนมากขึ้นเพียงใดก็จะทำให้มีการตรวจสอบการทำงานของผู้บริหารและให้ผู้บริหารที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นการป้องกันนักการเมืองจากการกำหนดนโยบายที่ไม่เหมาะสมกับสังคมนั้นๆ นอกจากนี้การมีส่วนร่วมของประชาชนยังเป็นการสร้างความมั่นใจว่าเสียงของประชาชนจะมีคนรับฟัง อีกทั้งความต้องการหรือความปรารถนาของประชาชนก็จะได้รับการตอบสนอง

กล่าวโดยสรุป ระบบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ซึ่งเปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงทัศนะและมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องต่างๆ ที่จะมีผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน นอกจากจะช่วยให้การตัดสินใจของผู้เสนอโครงการหรือรัฐบาลมีความรอบคอบ และสอดคล้องกับปัญหาและความต้องการของประชาชนมากยิ่งขึ้นแล้ว ยังเป็นการควบคุมการบริหารงานของรัฐบาลให้มีความโปร่งใส (Transparency) ตอบสนองต่อปัญหาและความต้องการของประชาชน (Responsiveness) และมีความรับผิดชอบ หรือสามารถตอบคำถามของประชาชนได้ (Accountability) อีกด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการส่งเสริมการปกครองระบอบประชาธิปไตยให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้นอีกด้วย

ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy) หมายถึง การมีส่วนร่วมในทางการเมืองการปกครอง ตลอดจนการกำหนดวิถีชีวิตที่สอดคล้องกับการเมืองการปกครองแบบ

ประชาธิปไตย ทั้งนี้ไม่ว่าเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิเสรีภาพ หน้าที่ ตามระบอบการเมืองการปกครองที่ ไม่ไปก้าวท้าวหรือก่อความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นหรือสังคมส่วนรวม การมีส่วนร่วมในทางการเมืองการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอาจจะจำแนกเป็น 3 ระดับ คือ(1) การมีส่วนร่วมในระดับเบื้องต้น เช่น ร่วมแสดงความคิดเห็นในทางการเมือง ร่วมพูดคุยอภิปรายเรื่องราวทางการเมืองและ สถานการณ์ปัจจุบัน ร่วมลงชื่อ เพื่อเสนอเรื่องราวหรือประชาพิจารณ์เกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ในทางการเมือง รวมกลุ่มเล็กๆ เพื่อแสดงความคิดเห็นในทางการเมือง เป็นสมาชิกพรรคการเมือง (2) การมีส่วนร่วมในระดับกลาง เช่น ร่วมเดินขบวนเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรม ร่วมปราศรัยใน การชุมนุมเรียกร้องเรื่องราว ร่วมลงชื่อ เพื่อเสนอให้ฝ่ายที่มีอำนาจตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ร่วมอดข้าวประท้วงหรือร่วมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อเรียกร้อง และ (3) การมีส่วนร่วมใน ระดับสูง เช่น ร่วมลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ร่วมก่อตั้ง พรรคการเมือง ร่วมก่อตั้งรัฐบาล

2.2.1 ความหมายของการมีส่วนร่วมของประชาชน

คำว่า “การมีส่วนร่วม” (Participation) นั้น ตามพจนานุกรมอังกฤษฉบับอ็อกฟอร์ดได้ ให้คำนิยามไว้ว่า เป็นการมีส่วนร่วม (ร่วมกับคนอื่น) ในการกระทำบางอย่างหรือบางเรื่อง คำว่า “การมี ส่วนร่วม” โดยมากมักจะใช้ในความหมายตรงกันข้ามกับคำว่า “การเมินเฉย” (Apathy) ฉะนั้น คำว่า “การมีส่วนร่วม”ตามความหมายข้างต้น จึงหมายถึง การที่บุคคลร่วมกันกระทำการในเรื่องใดเรื่อง หนึ่งหรือในประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่บุคคลนั้นสนใจ ไม่ว่าเขาจะได้ปฏิบัติการเพื่อแสดงถึงความ สนใจอย่างจริงจังหรือไม่ก็ตาม และไม่จำเป็นที่บุคคลนั้นจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมนั้น โดยตรงก็ได้ เพียงแต่มีทัศนคติ ความคิดเห็น ความสนใจ ความห่วงใย ก็เพียงพอแล้วที่จะเรียกว่า เป็นการมีส่วนร่วมได้²⁶

คำจำกัดความของการมีส่วนร่วมนั้นมีเป็นจำนวนมากและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งในแง่การเมืองการปกครองที่เห็นว่า การเข้ามามีส่วนร่วมของชาวชนบทเป็นกระบวนการเรียนรู้ ซึ่งกันและกันของทุกฝ่าย และยังสามารถปูพื้นฐานความมั่นคงสำหรับวิวัฒนาการไปสู่การ ปกครองตนเองของท้องถิ่นได้ในบั้นปลาย และได้กล่าวถึงจุดเริ่มต้นของการมีส่วนร่วมของ ประชาชนว่า เริ่มต้นจากการเข้าร่วมกิจกรรมที่แต่ละคนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องและสนใจเป็น เรื่องๆ ไป เช่น การสร้างแหล่งกักเก็บน้ำฝน การศึกษา การสาธารณสุข เป็นต้น ข้อสำคัญกิจกรรม เหล่านี้จะต้องสัมพันธ์กับปัญหาและความต้องการของประชาชน

²⁶ การมีส่วนร่วมของประชาชนในอำนาจตุลาการ (น. 6-7), โดย ภัทรารุช มกรเวส, 2553, วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

การมีส่วนร่วมของประชาชน²⁷ เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะสำคัญของกระบวนการทางการเมืองและกระบวนการในการจัดการต่อปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบริหารงานของสังคมยุคใหม่ ที่เน้นปัจจัยในด้านการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นสำคัญ การมีส่วนร่วมของประชาชน โดยเฉพาะการเสนอข้อเรียกร้อง (Demand) และการสนับสนุน (Support) เป็นสิ่งที่แสดงถึงความสำคัญและวิธีการบริหารจัดการสังคมและชุมชนร่วมกัน การที่จะทำให้สังคมและระบบการเมืองอยู่ในดุลยภาพได้ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยปัจจัยในด้านการมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารจัดการและการนำเสนอข้อมูล ตลอดจนการตรวจสอบของสังคม ซึ่งถ้าหากระบบการเมืองปราศจากสิ่งเหล่านี้แล้ว ก็ไม่สามารถที่จะดำรงอยู่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นถือว่าเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง

ในกรณีของประเทศไทย การมีส่วนร่วมของประชาชนปรากฏในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2525-2529) เป็นต้นมา และรัฐได้ใช้การมีส่วนร่วมเป็นเครื่องมือในการให้ประชาชนเข้าร่วมโครงการต่างๆ ของรัฐ

การมีส่วนร่วมของประชาชน (Public Participation) เป็นแนวความคิดที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการบริหารงานในภาคสาธารณะตามระบอบประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นการบริหารงานของรัฐบาลระดับชาติ หรือการบริหารจัดการในระดับท้องถิ่น เนื่องจากปัจจัยในการชี้วัดความสำเร็จของการดำเนินงานว่ามีประสิทธิภาพหรือประสิทธิผลเพียงใดนั้น เรื่องของการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนนับว่าเป็นตัวแปรที่สำคัญที่จะทำให้ภารกิจดังกล่าวสามารถบรรลุได้ตามวัตถุประสงค์ ตลอดจนเป็นปรากฏการณ์สำคัญในการลดปัญหาความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมและชุมชน การบริหารงานของภาครัฐไม่ว่าจะเป็นในระดับส่วนกลางหรือระดับท้องถิ่น เป็นการบริหารที่อยู่บนพื้นฐานของความเกี่ยวข้องและส่งผลกระทบในระดับกว้างต่อประชาชนในสังคมและชุมชน ทั้งจากผลของการบังคับใช้กฎหมายหรือการดำเนินการตามนโยบายสาธารณะที่กำหนดไว้ ทั้งนี้หากประชาชนได้มีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูลหรือสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นหรือด้วยวิธีการอื่นใดก็ตาม ที่ทำให้ประชาชนส่วนใหญ่ไม่รู้สึกว่าตนเองเป็นผู้ถูกปกครองอยู่เพียงฝ่ายเดียว มีวิธีและช่องทางให้ประชาชนสามารถที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางความเป็นไปของการบริหารได้ จะเป็นส่วนสำคัญในการเสริมสร้างความชอบธรรมของการดำเนินการใดๆ และลดอุปสรรคในเรื่องของแรงต้าน ตลอดจนความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินการตามนโยบายได้

²⁷ การเมืองและการมีส่วนร่วมในระดับท้องถิ่น (น. 2-4), สารานุกรมการปกครองท้องถิ่นไทย หมวดประชาสังคมกับการปกครองท้องถิ่น, 2547, สถาบันพระปกเกล้า

การมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นแนวคิดที่ชี้ให้เห็นถึงลักษณะของการที่ประชาชนจะเข้าไปร่วมกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมอย่างแท้จริง ทั้งนี้ต้องอยู่บนพื้นฐานของการที่ประชาชนจะต้องมีอิสระในทางความคิด มีความรู้ความสามารถในการกระทำและมีความเต็มใจที่จะเข้าร่วมต่อกิจกรรมนั้นๆ

การมีส่วนร่วมยังอธิบายได้ในหลายมิติทั้งในแง่ของมิติความลึกและทั้งในเชิงกว้าง²⁸

1) การมีส่วนร่วมในความหมายที่แคบ คือ การพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมช่วยเหลือโดยสมัครใจ โดยประชาชนต่อโครงการใดโครงการหนึ่งของโครงการสาธารณะต่างๆ ที่คาดว่าจะส่งผลต่อการพัฒนาชาติแต่ไม่ได้หวังว่าจะให้ประชาชนเปลี่ยนแปลงโครงการหรือวิจารณ์เนื้อหาของโครงการ

2) การมีส่วนร่วมในความหมายที่กว้าง หมายถึง การให้ประชาชนในชนบทรู้สึกตื่นตัวเพื่อที่จะทราบถึงการรับความช่วยเหลือและตอบสนองต่อโครงการพัฒนา ขณะเดียวกันก็สนับสนุนความคิดริเริ่มของคนในท้องถิ่น

3) ในเรื่องของการพัฒนาชนบท การมีส่วนร่วม คือ การให้ประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจ กระบวนการดำเนินการ และร่วมรับผลประโยชน์จากโครงการพัฒนา นอกจากนี้ยังเกี่ยวข้องกับความพยายามที่จะประเมินผลโครงการนั้นๆ ด้วย

4) การมีส่วนร่วมของประชาชนในการพัฒนานั้นอาจเข้าใจอย่างกว้างๆ ได้ว่า คือ การที่ประชาชนได้เข้าร่วมอย่างแข็งขันในกระบวนการตัดสินใจต่างๆ ในเรื่องที่จะมีผลกระทบต่อเขา

5) การมีส่วนร่วมในชุมชน หมายถึง การที่ประชาชนจะมีทั้งสิทธิและหน้าที่ที่จะเข้าร่วมในการแก้ปัญหาของเขา มีความรับผิดชอบมากขึ้นที่จะสำรวจตรวจสอบความจำเป็นในเรื่องต่างๆ การระดมทรัพยากรท้องถิ่น และเสนอแนวทางแก้ไขใหม่ๆ เช่นเดียวกับการก่อตั้งและดำรงรักษาองค์กรต่างๆ ในท้องถิ่น

6) การมีส่วนร่วมนั้นจะต้องเป็นกระบวนการดำเนินการอย่างแข็งขัน ซึ่งหมายถึงว่าบุคคลหรือกลุ่มที่มีส่วนร่วมนั้น ได้เป็นผู้มีความริเริ่มและได้มุ่งใช้ความพยายามตลอดจนความเป็นตัวของตัวเองที่จะดำเนินการตามความริเริ่มนั้น

7) การมีส่วนร่วม คือ การที่ได้มีการจัดการที่จะใช้ความพยายามที่จะเพิ่มความสามารถที่จะควบคุมทรัพยากรและระเบียบในสถาบันต่างๆ ในสภาพสังคมนั้นๆ ทั้งนี้โดยกลุ่มที่ดำเนินการและความเคลื่อนไหวที่จะดำเนินการนี้ไม่ถูกควบคุมโดยทรัพยากรและระเบียบต่างๆ

²⁸ การมีส่วนร่วม : แนวคิด ทฤษฎีและกระบวนการ.เอกสารประกอบการศึกษาการดูงานของ คณะกรรมการการพัฒนาทางการเมืองและการมีส่วนร่วมของประชาชน (น. 5), โดย ถวิลวดี บุรีกุล, 2551, กรุงเทพฯ: วุฒิสภา.

การมีส่วนร่วมของประชาชนมีความสำคัญในการสร้างประชาธิปไตยอย่างยั่งยืนและส่งเสริมธรรมาภิบาลตลอดจนการบริหารงาน หากมีการมีส่วนร่วมของประชาชนมากขึ้นเพียงใดก็จะให้มีการตรวจสอบการทำงานของผู้บริหารและให้ผู้บริหารที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นการป้องกันนักการเมืองจากการกำหนดนโยบายที่ไม่เหมาะสมกับสังคมนั้นๆ นอกจากนี้การมีส่วนร่วมของประชาชนยังเป็นการสร้างความมั่นใจว่าเสียงของประชาชนจะมีคนรับฟัง อีกทั้งความต้องการหรือความปรารถนาของประชาชนก็จะได้รับการตอบสนอง

อย่างไรก็ดีในปัจจุบันมีผู้ให้ความหมายของการมีส่วนร่วมที่ทำให้เข้าใจง่ายขึ้นคือ กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นกระบวนการสื่อสารสองทางที่มีเป้าหมายโดยรวมเพื่อที่จะให้เกิดการตัดสินใจที่ดีขึ้นและได้รับการสนับสนุนจากสาธารณชน ซึ่งเป้าหมายของกระบวนการการมีส่วนร่วมของประชาชน ก็คือ การให้ข้อมูลต่อสาธารณชนและให้สาธารณชนแสดงความคิดเห็นต่อโครงการที่นำเสนอหรือนโยบายรัฐ และมีส่วนร่วมในการแก้ปัญหาเพื่อหาทางออกที่ดีที่สุดสำหรับทุกคน การมีส่วนร่วมของประชาชน ยังจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของแนวความคิดในการกระจายอำนาจจากส่วนกลางมาสู่ส่วนท้องถิ่น เพราะประชาชนในท้องถิ่น คือผู้ที่รู้ปัญหาและความต้องการของท้องถิ่นตนเองดีกว่าผู้อื่น การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเป็นการเปิดกว้างในความคิดเห็นโดยการสื่อสารสองทางในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประชาชน ซึ่งในแต่ละประเด็นนั้น ไม่สามารถใช้เกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งมาตัดสินใจได้เหมือนกัน²⁹

2.2.2 เงื่อนไขและรูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชน

การมีส่วนร่วมของประชาชนต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมการพัฒนาชุมชนได้โดยมีเงื่อนไขสำคัญดังนี้ คือ³⁰

1) ประชาชนต้องมีอิสรภาพในการที่จะมีส่วนร่วม (Freedom to Participate) หมายถึง ประชาชนมีอิสระที่จะเข้าร่วมหรือไม่ก็ได้ การเข้าร่วมต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ การถูกบังคับให้เข้าร่วมไม่ว่าจะในรูปแบบใดไม่ถือว่าเป็นการมีส่วนร่วม

2) ประชาชนต้องสามารถที่จะมีส่วนร่วม (Ability to Participate) ประชาชนหรือกลุ่มเป้าหมายจะต้องมีความสามารถพอที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมนั้นๆ หมายความว่า ในบางกิจกรรมแม้จะกำหนดว่าผู้เข้าร่วมมีเสรีภาพและเสมอภาค แต่กิจกรรมที่กำหนดไว้มีความซับซ้อนเกินความสามารถของกลุ่มเป้าหมาย การมีส่วนร่วมย่อมเกิดขึ้นไม่ได้

²⁹ แหล่งเดิม (น. 6).

³⁰ แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540: ปัญหา อุปสรรคและทางออก (น. 3), โดย คะเนิงนิจ ศรีบัวเอี่ยมและคณะ, 2545, สถาบันพระปกเกล้า.

3) ประชาชนต้องเต็มใจที่จะมีส่วนร่วม (Willingness to Participate) ประชาชนที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมใดต้องเกิดจากความสนใจที่สอดคล้องกับการมีส่วนร่วมนั้น

ในส่วนรูปแบบของการมีส่วนร่วมนั้น มีดังนี้³¹

(1) การมีส่วนร่วมแบบเป็นกันเอง ซึ่งเป็นไปโดยการอาสาสมัคร หรือการรวมตัวกันเองเพื่อแก้ปัญหาของตัวเอง เป็นการกระทำที่ไม่ได้รับความช่วยเหลือจากภายนอก

(2) การมีส่วนร่วมแบบชักนำ เป็นการเข้าร่วมโดยต้องการความเห็นชอบหรือการสนับสนุนโดยรัฐบาล ซึ่งเป็นรูปแบบที่เป็นลักษณะทั่วไปของประเทศกำลังพัฒนา

(3) การมีส่วนร่วมแบบบังคับ เป็นการเข้าร่วมภายใต้การดำเนินการตามนโยบายของรัฐ ภายใต้การจัดการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยการบังคับโดยตรง รูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่ส่งผลให้ผู้กระทำได้รับผลทันที แต่จะไม่ได้ผลในระยะยาว หรืออาจเกิดผลเสียที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนในที่สุด

นอกจากนี้ การที่จะให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของภาครัฐได้นั้นต้องมีการแบ่งระดับการมีส่วนร่วมของประชาชนไว้ด้วย

การมีส่วนร่วมของประชาชนสามารถแบ่งได้ออกเป็น³²

1. การมีส่วนร่วมในการวางแผน คือ การมีส่วนร่วมในการวิเคราะห์ปัญหา กำหนดลำดับความสำคัญ ตั้งเป้าหมาย กำหนดแนวทางดำเนินการ ติดตาม ประเมินผล และตัดสินใจ

2. การมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรม ประกอบด้วย การสนับสนุนด้านทรัพยากร และการประสานความร่วมมือ

3. การมีส่วนร่วมในการใช้ประโยชน์ คือ การนำเอากิจกรรมมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้ ซึ่งเป็นการเพิ่มระดับของการพึ่งตนเองและควบคุมทางสังคม

4. การมีส่วนร่วมในการได้รับประโยชน์ คือการแจกจ่ายผลประโยชน์การพัฒนาอย่างยุติธรรม

5. การมีส่วนร่วมในการประเมินผล เพื่อประชาชนในชุมชนจะได้ทราบถึงปัญหาอุปสรรคต่างๆ เพื่อร่วมกันดำเนินการหาทางแก้ไขต่อไป

³¹ แหล่งเดิม. (น. 5).

³² โครงการศึกษาพัฒนาการดำเนินงานการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม (น.2-5), โดยสถาบันวิจัยสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ร่วมกับ สถาบันวิจัยสภาวะแวดล้อม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2544) กองวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2.2.3 ระดับการมีส่วนร่วมของประชาชน³³

(1) ระดับการให้ข้อมูล (Informing) เป็นระดับการมีส่วนร่วมที่ดีที่สุดโดยรัฐหรือเจ้าของโครงการให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับประชาชนเมื่อกิจกรรมหรือโครงการพัฒนาต่างๆ ได้ถูกคิดริเริ่มแล้วโดยประชาชนมีสิทธิเพียงการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเท่านั้น โดยไม่มีช่องทางในการแสดงความคิดเห็นหรือเกี่ยวข้องใดๆ กับการตัดสินใจนั้นๆ อย่างไรก็ตามกล่าวได้ว่าระดับการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียนั้นเป็นจุดเริ่มต้นของการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม วิธีการให้ข้อมูลมีได้หลายเทคนิควิธีการ เช่น การประกาศผ่านหนังสือพิมพ์ การแจกแผ่นพับการแสดงนิทรรศการ เป็นต้น

(2) ระดับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (Information Provision) เป็นระดับที่สูงขึ้น ซึ่งเมื่อประชาชนผู้มีส่วนได้เสียได้รับข้อมูลข่าวสารแล้ว พวกเขาก็สามารถที่จะค้นหาสาเหตุของปัญหาวิเคราะห์ความจำเป็นและความต้องการของกิจกรรมหรือโครงการ และพิจารณาถึงข้อดีข้อเสียของทางเลือกต่างๆ ได้ดียิ่งขึ้น โดยที่รัฐหรือผู้มีอำนาจตัดสินใจเชิญชวนให้ประชาชนผู้มีส่วนได้เสียได้ร่วมแสดงความคิดเห็นต่อกิจกรรมหรือโครงการนั้นๆ เพื่อให้ผู้มีอำนาจในการตัดสินใจนำไปใช้ประกอบการตัดสินใจต่อไป

(3) ระดับการปรึกษาหารือ (Consultation) เป็นระดับขั้นที่มีการเปิดโอกาสให้มีการเจรจกันอย่างเป็นทางการ ระหว่างผู้กำหนดนโยบายเจ้าของโครงการประชาชนผู้ได้รับผลกระทบและสาธารณชนมีจุดมุ่งหมายเพื่อนำข้อมูลและผลการศึกษามาปรึกษาหารือกับประชาชนในประเด็นปัญหาทางเลือกทางแก้ไขที่เกี่ยวข้องกับนโยบายโครงการนั้นๆ โดยเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้แต่ไม่มีหลักประกันว่าแนวความคิดเหล่านั้นจะถูกนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอย่างเหมาะสมและมีผลต่อการตัดสินใจเพียงใดซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการมีส่วนร่วมในประเทศไทยส่วนใหญ่อยู่ในระดับนี้ โดยประเทศไทยได้มีการดำเนินการมีส่วนร่วมของประชาชนในโครงการที่มีผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนและคุณภาพของสิ่งแวดล้อมอยู่ในระดับนี้ผ่านทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้แก่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 และประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเรื่องกำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมและหลักเกณฑ์วิธีการระเบียบปฏิบัติและแนวทางการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2553

³³ การวิเคราะห์หลัก “การมีส่วนร่วมของประชาชน”. (น. 133-134) โดย จุฑารัตน์ ชมพันธ์ุ. “The Public Participation Handbook: Making Better Decisions through Citizen Involvement” ในบริบทประเทศไทย. วารสารการจัดการสิ่งแวดล้อมปีที่ 8 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2555.

(4) ระดับการสร้างความร่วมมือการวางแผนร่วมกัน (Involvement) เป็นระดับที่เปิดโอกาสให้มีการสื่อสารแบบสองทาง มีขอบเขตที่กว้างขึ้น มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับโครงการเปิดโอกาสให้มีการวางแผนร่วมกันในการเตรียมหรือการดำเนินโครงการ โดยเฉพาะความคิดเห็นที่นำไปสู่การลดผลกระทบที่อาจเกิดจากการดำเนินโครงการหรือการลดปัญหาความขัดแย้งเหมาะสำหรับการพิจารณาประเด็นที่มีความยุ่งยากซับซ้อนหรือมีข้อโต้แย้งมาก อย่างไรก็ตามผู้มีอำนาจตัดสินใจยังคงอำนาจการตัดสินใจขั้นสุดท้ายวิธีการมีส่วนร่วม เช่น การประชุมวางแผนแบบมีส่วนร่วมกลุ่มที่ปรึกษา

(5) ระดับการร่วมดำเนินการ (Partnership) ระดับนี้ผู้มีอำนาจตัดสินใจผู้ดำเนินนโยบายโครงการและประชาชนร่วมกันจัดทำหรือดำเนินการตามนโยบายหรือโครงการนั้นๆ เป็นการปฏิบัติตามนโยบายหรือดำเนินโครงการร่วมกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เป้าหมายที่วางไว้

(6) ระดับการร่วมตัดสินใจร่วมติดตามตรวจสอบและประเมินผล (Delegated Power) เป็นระดับที่ประชาชนมีสิทธิในการแลกเปลี่ยนกับผู้มีอำนาจตัดสินใจและสามารถเข้าร่วมตรวจสอบและติดตามผลการดำเนินการกิจกรรมหรือโครงการนั้นๆ ว่าบรรลุวัตถุประสงค์และเป้าหมายที่ตั้งไว้หรือไม่การมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินนโยบายและโครงการพัฒนาต่างๆ โดยเฉพาะการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้อย่างมากเนื่องจากประชาชนจะทำหน้าที่เฝ้าระวังติดตามตรวจสอบและเตือนภัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจกรรมหรือโครงการที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพประชาชน สังคม และคุณภาพสิ่งแวดล้อมโดยรูปแบบของการติดตามตรวจสอบและประเมินผลอาจอยู่ในรูปของการจัดตั้งคณะกรรมการกลางที่ประกอบด้วยผู้มีส่วนได้เสียที่ครอบคลุมทุกภาคส่วน

(7) ระดับการควบคุมโดยประชาชน (Citizen Control) เป็นระดับการมีส่วนร่วมขั้นสูงสุดโดยประชาชนสามารถริเริ่มนโยบายวางแผนและดำเนินโครงการต่างๆ ได้เองตั้งแต่ต้นโดยเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐเป็นเพียงผู้ให้การสนับสนุนการดำเนินงาน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วทั้งหมดในตอนต้น การมีส่วนร่วมของประชาชนก่อให้เกิดประโยชน์ของการมีส่วนร่วมของประชาชน ดังนี้³⁴

1) เพิ่มคุณภาพของการตัดสินใจ กระบวนการปรึกษาหารือสาธารณะชนช่วยให้เกิดการกระจ่ายในวัตถุประสงค์ และความต้องการของโครงการหรือนโยบายนั้นๆ ได้เสมอ สาธารณชนสามารถที่จะผลักดันให้เกิดการทบทวนข้อสันนิษฐานที่ปิดบังอยู่ บ่อยครั้งกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนก่อให้เกิดการพิจารณาถึงทางเลือกใหม่แทนวิธีการที่ได้เคยใช้กันมาในอดีต

³⁴ การมีส่วนร่วมของประชาชนในอำนาจตุลาการ. (น. 10-11). เล่มเดิม.

2) การลดค่าใช้จ่ายและการสูญเสียเวลา กระบวนการหรือโครงการการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างเต็มรูปแบบมักจะสิ้นเปลืองและเสียเวลา แต่ในทางปฏิบัติการมีส่วนร่วมของประชาชนตั้งแต่ต้นสามารถที่จะลดค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งของประชาชนได้

3) การสร้างฉันทามติ การมีส่วนร่วมของประชาชนสามารถที่จะสร้างข้อตกลงที่มั่นคงและยืนยาว รวมทั้งเกิดการยอมรับระหว่างกลุ่มขึ้น

4) การเพิ่มความง่ายต่อการนำไปปฏิบัติ การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจทำให้บุคคลรู้สึกถึงความเป็นเจ้าของการตัดสินใจนั้น และครั้งหนึ่งเมื่อได้ร่วมตัดสินใจแล้วย่อมต้องการที่จะเห็นสิ่งนั้นได้ถูกนำไปปฏิบัติ

5) การหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าในกรณีที่ย่ำแย่ที่สุด กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้กรณีจะแสดงความต้องการของกลุ่มและความห่วงกังวลที่ปราศจากความรู้สึกที่เป็นปฏิปักษ์ การมีส่วนร่วมของประชาชนตั้งแต่ต้นสามารถลดการเผชิญหน้ากันอย่างรุนแรงที่อาจเป็นไปได้

6) การดำรงไว้ซึ่งความน่าเชื่อถือและความชอบธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการตัดสินใจก่อให้เกิดความขัดแย้งก็ควรใช้กระบวนการตัดสินใจ ซึ่งโปร่งใสและน่าเชื่อถือต่อสาธารณชนและประชาชนมีส่วนร่วม

7) การพัฒนาความเชี่ยวชาญและความคิดสร้างสรรค์ของสาธารณชนผู้มีส่วนร่วมไม่เพียงแต่เรียนรู้เนื้อหา แต่เขายังได้เรียนรู้กระบวนการตัดสินใจโดยองค์กรส่วนท้องถิ่นของเขาควรจะเป็นอย่างไร และทำไมเขาจึงต้องตัดสินใจดังกล่าว

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับนิติบุคคลมหาชน

โดยทั่วไปการจัดทำบริการสาธารณะทั้งปวงย่อมมีนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินงาน เว้นแต่บริการสาธารณะที่ให้เอกชนรับไปทำแทนฝ่ายปกครอง

2.3.1 ความหมายและองค์ประกอบของนิติบุคคล

นิติบุคคล คือ กลุ่มบุคคล องค์กร หรือทรัพย์สินที่จัดสรรไว้เป็นกองทุนเพื่อดำเนินกิจการอันใดอันหนึ่ง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นบุคคลอีกประเภทหนึ่งที่มีใช้บุคคลธรรมดา และให้มีสิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีหรือพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น³⁵

³⁵ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 127), โดย ประยูร กาญจนดุล, 2549, พิมพ์ครั้งที่ 5 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

บุคคลในทางนิติศาสตร์ คือ ผู้ที่สามารถทรงสิทธิและมีหน้าที่ในทางกฎหมายได้ บุคคลตามกฎหมายมีอยู่ 2 จำพวกคือ (1) บุคคลธรรมดา ซึ่งได้แก่ คน หรือมนุษย์ปุถุชน (2) นิติบุคคล ซึ่งแยกออกได้เป็น นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน

ความแตกต่างระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

ประการที่หนึ่ง นิติบุคคลไม่อยู่ในสถานะไม่แน่นอนของชีวิตเหมือนบุคคลธรรมดา คือไม่สิ้นสุดเพราะการตาย

ประการที่สอง วัตถุประสงค์ที่ต่างกันคือว่าขณะที่บุคคลมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดได้ตามกฎหมาย แต่นิติบุคคลกระทำตามวัตถุประสงค์ที่ถูกจัดตั้ง

ประการที่สาม การเป็นบุคคลทางกฎหมายเป็นภาวะปกติของบุคคลธรรมดา การคุ้มครองพิเศษต้องมีสถานะทางกฎหมาย นิติบุคคลเกิดได้เพราะการแทรกแซงของอำนาจรัฐโดยตรงหรือมีเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติ

ประการที่สี่ ปกติบุคคลธรรมดามีความสามารถเท่ากันแต่นิติบุคคลมีความสามารถแตกต่างกันขึ้นอยู่กับกฎหมายกำหนดจะรับรองเพียงใด

2.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยสภาพนิติบุคคล

ทฤษฎีว่าด้วยสภาพนิติบุคคล ในเรื่องสภาพของนิติบุคคล มีทฤษฎีอยู่หลายทฤษฎี ซึ่งขัดแย้งต่อกันและเป็นปัญหาที่นักนิติศาสตร์เคยโต้เถียงกันมา โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริงมิใช่เป็นแต่เพียงสิ่งสมมติขึ้นเท่านั้น

(1) ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ

ทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย หากได้มีความเป็นอยู่อย่างแท้จริงเป็นแต่เพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติให้มีขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่ทำนองเดียวกับบุคคลธรรมดาและให้สามารถแสดงเจตนาได้ด้วย แต่เนื่องจากนิติบุคคลไม่อาจแสดงเจตนาได้เองจึงต้องแสดงออกโดยทางผู้แทนของนิติบุคคล นิติบุคคลจะมีสิทธิเท่าที่กฎหมายกำหนดให้เท่านั้นและกฎหมายอาจจะให้สภาพนิติบุคคลหรือถอนสภาพนิติบุคคลเมื่อใดก็ได้ เพราะเกิดขึ้นด้วยอำนาจกฎหมายทฤษฎีนี้ได้มีผู้ถือตามมาเป็นเวลานานแต่บัดนี้ได้เสื่อมความนิยมไปแล้วเพราะเป็นทฤษฎีที่ไม่สามารถอธิบายอย่างแจ่มแจ้งได้ในทุกกรณี เช่น ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดรัฐจึงเป็นนิติบุคคล ถ้านิติบุคคลจะเกิดขึ้นได้แต่โดยกฎหมาย เพราะเป็นสิ่งที่กฎหมายสร้างสรรค์ขึ้นแล้วเหตุใดรัฐซึ่งกฎหมายมิได้สร้างขึ้นจึงมีสภาพเป็นนิติบุคคล

นอกจากนี้เมื่อนิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้นไม่มีตัวตนจะอ้างเจตนาของสิ่งที่ไม่มีความเป็นอยู่ได้อย่างไร ตามทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้นนิติบุคคลจะเกิดขึ้น

ต่อเมื่อมีกฎหมายสร้างขึ้นแต่เมื่อมาพิจารณาให้กว้างออกไปจะเห็นว่ารัฐซึ่งก็เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเหมือนกันแต่รัฐเกิดขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมายแล้วรัฐเกิดขึ้นด้วยอะไรที่สร้างรัฐขึ้น³⁶ความเป็นรัฐเกิดขึ้นเมื่อเข้าลักษณะ 4 ประการคือ มีประชากร ดินแดน อำนาจอธิปไตยและมีระเบียบการปกครองสังคมมนุษย์ที่เข้าลักษณะทั้ง 4 อย่างนี้ก็เกิดรัฐขึ้นและเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายมหาชนภายในก็ถือว่าเป็นนิติบุคคลเหมือนกันแต่ว่าหลักข้อนี้กฎหมายมหาชนของไทยไม่ได้ถือตาม เราถือแต่เพียงว่ารัฐเป็นนิติบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายมหาชนภายในไม่ได้กล่าวถึงรัฐ แต่จำแนกออกไปว่า กระทรวง ทบวง กรม เป็นนิติบุคคล ไม่พูดถึงรัฐ แต่หลักกฎหมายมหาชนของต่างประเทศถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคล กระทรวง ทบวง กรม ไม่ได้เป็นนิติบุคคล

(2) ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริงเนื่องจากทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติอาจมีข้อโต้แย้งได้ดังที่กล่าวมาแล้ว นักนิติศาสตร์อีกพวกหนึ่งจึงอธิบายให้เหตุผลเป็นอย่างอื่น โดยกล่าวว่านิติบุคคลมีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริงมิใช่สมมติขึ้นอย่างลอยๆ ด้วยเหตุนี้นิติบุคคลจึงสามารถมีเจตนาอันแสดงออกโดยทางส่วนประกอบของนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้ เพราะนิติบุคคลเป็นที่รวมบุคคลธรรมดานิติบุคคลมิใช่เป็นสิ่งที่กฎหมายสร้างขึ้นตามชอบใจ กฎหมายเป็นเพียงแต่รับรองสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคลซึ่งมีอยู่แล้วและควบคุมนิติบุคคลโดยกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ เท่านั้นถ้ากฎหมายไม่รับรองสภาพของนิติบุคคลก็เท่ากับฝืนธรรมชาติ

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่พิสูจน์ได้ยากคำว่า “บุคคลธรรมดา” นั้นเป็นศัพท์ที่ใช้ในกฎหมายเพื่อให้มีความหมายถึงมนุษย์ซึ่งอยู่ได้บังคับบัญชาแห่งกฎหมายแต่นิติบุคคลมิได้มีสภาพเหมือนบุคคลธรรมดาอย่างแท้จริงสิทธิและหน้าที่บางอย่างก็มิได้เหมือนบุคคลธรรมดา เช่นความสามารถที่จะทำการสมรส เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จะถือว่านิติบุคคลมีความเป็นอยู่โดยธรรมชาติเหมือนกับบุคคลธรรมดาจึงไม่ตรงกับความจริง

(3) สภาพอันแท้จริงของนิติบุคคล

ความจริงนิติบุคคลมิได้เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นหรือเป็นบุคคลที่มีสภาพเป็นอยู่อย่างแท้จริง นิติบุคคลเป็นที่รวมบุคคลธรรมดาหรือทรัพย์สินเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่งซึ่งมิใช่เพื่อประโยชน์เฉพาะตัวบุคคลธรรมดา เช่นบุคคลธรรมดาที่รวมกันเป็นสมาคมบริษัทจำกัด เป็นต้น การให้สภาพนิติบุคคลเป็นวิธีการหรือเทคนิคอันหนึ่งของกฎหมายซึ่งคิดขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการที่จะให้บุคคลธรรมดาและทรัพย์สินที่มารวมกันนั้นสามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ได้อย่างสะดวกโดยนิติบุคคลนั่นเอง เพราะฉะนั้น การที่จะเถียงกันว่า

³⁶ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 86), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

นิติบุคคลเป็นสิ่งที่สมมติขึ้นโดยกฎหมายหรือเป็นบุคคลที่มีสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริงจึงไม่มีประโยชน์อย่างไร³⁷

2.3.3 ประเภทของนิติบุคคล

หลักว่าด้วยนิติบุคคลนั้นย่อมมีอยู่ทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เพราะฉะนั้นจึงอาจจำแนกนิติบุคคลออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

ประเภทที่หนึ่ง นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ซึ่งได้แก่ นิติบุคคลที่อยู่ได้บังคับกฎหมายมหาชน ซึ่งตามกฎหมายไทยก็คือ กระทรวง ทบวง กรม และทบวงการเมืองอื่นๆ ในราชการบริหารส่วนกลางจังหวัด องค์การต่างๆ แห่งราชการบริหารส่วนท้องถิ่น และองค์การของรัฐบาล ตลอดจนวัดในพระพุทธศาสนา

ประเภทที่สอง นิติบุคคลในกฎหมายเอกชน ซึ่งได้แก่ นิติบุคคลที่อยู่ได้บังคับกฎหมายเอกชน ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียนแล้ว บริษัทจำกัด สมาคม มูลนิธิที่ได้จดทะเบียนแล้ว นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนอาจได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะได้ แต่ไม่มีอำนาจพิเศษในทางปกครองเหมือนกับทบวงการเมือง ซึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน

2.3.4 ความแตกต่างระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนกับนิติบุคคลในกฎหมายเอกชน

นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น และนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเช่นบริษัท ห้างหุ้นส่วน มูลนิธิ สมาคม หรือสหกรณ์ สามารถพิจารณาความแตกต่างในสาระสำคัญดังนี้

ประการแรก การจัดตั้งและยุบเลิกนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน จะเกิดขึ้นได้จากการแทรกแซงของอำนาจรัฐ คือใช้อำนาจของกฎหมายไปกระทำการจัดตั้งหรือรับรองกล่าวคือ การจัดตั้งกระทรวงหรือกรมต้องทำด้วยพระราชบัญญัติ ขณะที่นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนมิได้โดยความยินยอมของบุคคลที่ประกอบกันจัดตั้งนิติบุคคล ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายสำหรับจัดตั้งเป็นพิเศษ เมื่อได้ปฏิบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น เมื่อได้จดทะเบียนถูกต้องแล้วก็จัดตั้งขึ้นได้

การยุบเลิกนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนก็เช่นเดียวกับการจัดตั้ง ต้องมีกฎหมายยุบเลิกโดยเฉพาะ แต่นิติบุคคลเอกชนจัดตั้งขึ้นและยกเลิกโดยนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาโดยอิสระของเอกชน

ประการที่สอง การเป็นสมาชิกในทางกฎหมายเอกชนการเป็นสมาชิกต้องเกิดจากความสมัครใจยินยอมขณะที่ในทางกฎหมายมหาชนเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย

³⁷ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 129). เล่มเดิม.

ประการที่สาม วัตถุประสงค์และการดำเนินงาน นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนปรากฏในตราสารการจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอยู่ในกฎหมายที่จัดตั้งหรือรับรองส่วนเนื้อหาในทางวัตถุประสงค์นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ส่วนนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

ประการที่สี่ นิติบุคคลมหาชนมีอำนาจในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชนนิติบุคคลต่างๆ ในกฎหมายมหาชนมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ต่างระดับกัน ย่อมมีอำนาจหน้าที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่น กระทรวงมีอำนาจมากกว่ากรม เป็นต้น แต่นิติบุคคลเอกชนไม่มีอำนาจมหาชนที่จะบังคับบุคคลอื่น ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจึงอยู่ในฐานะเท่าเทียมและเสมอกันตามกฎหมาย

ประการที่ห้า อำนาจพิเศษบางอย่างในทางปกครองจะพึงมีได้ แต่นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่น การเก็บภาษีอากร การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การออกคำสั่งบังคับฝ่ายเดียว อำนาจพิเศษนี้นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนหาไม่มี

ดังนั้น สรุปได้ว่า นิติบุคคลใดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายมหาชนมีภารกิจในการให้บริการสาธารณะและมีอำนาจในทางมหาชนที่จะบังคับกับเอกชนนิติบุคคลนั้นย่อมเป็นนิติบุคคลมหาชน แต่หากนิติบุคคลใดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชนมีภารกิจในการดำเนินการเพื่อประโยชน์เอกชนนิติบุคคลนั้นก็จะเป็นนิติบุคคลเอกชน

2.3.5 นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน

(1) ความหมายของนิติบุคคลมหาชน

สมยศ เชื้อไทย³⁸ ได้ให้ความหมายว่า นิติบุคคลมหาชน หมายถึง นิติบุคคลที่มีอำนาจมหาชนและมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจของรัฐ เช่น การรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดูแลความเป็นอยู่ของราษฎรให้มีมาตรฐานที่ดี นิติบุคคลมหาชนโดยปกติจึงหมายถึงรัฐ หรือหน่วยงานทางปกครองหรือองค์การมหาชนที่จัดทำบริการสาธารณะด้านต่างๆ

มานิตย์ จุมปา³⁹ ได้ให้ความหมายว่า นิติบุคคลมหาชน หมายถึง นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายมหาชน มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ และมีอำนาจมหาชน (อำนาจเหนือ) ในการที่จะสั่งการได้เพียงฝ่ายเดียว

³⁸ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น. 190), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2553, พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁹ คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น. 187) โดย มานิตย์ จุมปา, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(2) ประเภทนิติบุคคลมหาชน

นิติบุคคลมหาชนแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

ก. คณะบุคคล หมายถึง กลุ่มคนที่รวมเข้ากัน โดยมีวัตถุประสงค์ของตนเองและรวมเข้าจัดตั้งเป็นนิติบุคคล นิติบุคคลมหาชนประเภทนี้ปกติเป็นหน่วยงานทางปกครอง คือมีอำนาจจัดระเบียบปกครองคนเหนือพื้นที่หรืออาณาเขตแห่งใดแห่งหนึ่ง ได้แก่ รัฐหรือหน่วยงานการปกครองท้องถิ่น เช่น เทศบาล นอกจากนั้นนิติบุคคลประเภทนี้อาจเป็นนิติบุคคลที่ไม่มีอำนาจเหนือพื้นที่แห่งใดแห่งหนึ่ง แต่มีอำนาจเหนือบุคคลที่รวมตัวเข้าด้วยกัน โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ได้แก่ องค์กรทางวิชาชีพต่างๆ เช่น แพทยสภา สภานายความ เป็นต้น

ข. หน่วยงาน หมายถึง หน่วยของงาน ซึ่งประกอบด้วยคนและทรัพย์สินที่รัฐจัดตั้งขึ้น เพื่อทำหน้าที่เป็นกลไกในการทำภารกิจของรัฐหรือจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยกำหนดให้เป็นหน่วยทางกฎหมายหรือเป็นนิติบุคคล ดังนั้น หน่วยงานจึงมีทรัพย์สินรวมทั้งบุคลากรของตนเอง แต่ต้องเข้าไปตามภารกิจของรัฐที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้ง ไม่อาจกำหนดภารกิจหรือวัตถุประสงค์ของตนเองได้ นิติบุคคลมหาชนประเภทนี้ในระบบกฎหมายไทย ได้แก่ ส่วนราชการที่เรียกว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานของรัฐที่เรียกว่าองค์กรการมหาชน หรือหน่วยธุรการของศาลต่างๆ ที่เรียกว่า สำนักงานศาล

ค. กองทุนหรือกองทุนทรัพย์สิน หมายถึง เงินงบประมาณแผ่นดินหรือทรัพย์สินของรัฐ ซึ่งรัฐบาลจัดสรรแยกไว้ต่างหากไม่รวมอยู่ในระบบเงินงบประมาณแผ่นดินหรือระบบทรัพย์สินของรัฐ ทั้งนี้เพื่อดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐหรือทำภารกิจของรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่กำหนดไว้โดยให้เป็นนิติบุคคลมหาชน เช่น กองทุนให้กู้ยืมเงินเพื่อการศึกษา เป็นต้น นิติบุคคลมหาชนประเภทนี้ต่างจากนิติบุคคลที่เป็นหน่วยงานตรงที่สาระสำคัญของนิติบุคคลประเภทนี้คือกองทุนทรัพย์สินที่แน่นอน⁴⁰

(3) นิติบุคคลมหาชนในระบบกฎหมายไทย

นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนกำหนดให้รัฐนั้นโดยหลักการในทางกฎหมาย ถือว่ามีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน แต่นักกฎหมายไทยมักจะมองว่า⁴¹ รัฐเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายภายใน แต่ยอมรับให้หน่วยงานหรือองค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการตามภารกิจของรัฐเป็นนิติบุคคล เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานในภูมิภาคคือจังหวัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล หน่วยงานเหล่านี้เป็นเพียงกลไกหรือองค์ประกอบหรือส่วนต่างๆ อันเป็น “ร่างกายของรัฐ” จึงไม่ควรกำหนดให้เป็นนิติบุคคลอีก แต่องค์กรบริหารส่วน

⁴⁰ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น. 191-192), เล่มเดิม.

⁴¹ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 135), เล่มเดิม.

ท้องถิ่นหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยที่แยกออกไปจากรัฐเพียงแต่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ที่เรียกว่า “อำนาจกำกับดูแล” องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงเป็นนิติบุคคลมหาชนที่แท้จริง เพราะมีภารกิจของตนเอง มีเงินงบประมาณและทรัพย์สินของตนเอง รวมทั้งมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเปรียบเสมือน “ลูกของรัฐ” ที่มีชีวิตแยกต่างหากจากรัฐ แต่อยู่ในความควบคุมดูแลของรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครอง

นิติบุคคลมหาชนในระบบกฎหมายไทย ได้แก่

ก. ส่วนราชการ ตามกฎหมายเดิมเรียกว่า “ทบวงการเมือง” ซึ่งหมายถึง ส่วนราชการทั้งราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค รวมทั้งองค์การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีสภาพเป็นนิติบุคคลและมีอำนาจหน้าที่ในทางปกครอง ปัจจุบันได้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา

ส่วนราชการที่เรียกว่า กระทรวง ทบวง กรม ตามหลักกฎหมายของไทยถือว่า กระทรวงต่างๆ ทบวง และกรมซึ่งเป็นส่วนราชการที่ขึ้นต่อกระทรวง มีฐานะเป็นทบวงการเมืองหรือส่วนราชการและมีสภาพเป็นนิติบุคคลโดยเฉพาะ ซึ่งเท่ากับเป็นการจำแนกหน่วยงานของรัฐให้มีสภาพเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ หลักของกฎหมายไทยในเรื่องนี้จึงแตกต่างกับหลักกฎหมายของประเทศต่างๆ ในยุโรป ซึ่งไม่ถือว่ากระทรวง ทบวง กรม มีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ เพราะถือว่ารัฐเท่านั้นที่เป็นนิติบุคคลมหาชน กระทรวง ทบวง กรม เป็นแต่เพียงกลไกของรัฐ ผู้ใดจะฟ้องร้องส่วนราชการก็ต้องฟ้องร้องรัฐไม่ใช่ฟ้องร้องกระทรวงหรือกรม ตามหลักกฎหมายของไทย กระทรวงและกรมมีสภาพเป็นนิติบุคคลแต่ละส่วน จึงเป็นคู่ความในคดีและทำนิติกรรมต่างๆ ได้ในนามของตนเองโดยไม่ต้องอ้างรัฐ

ถ้าหากพิจารณาจากหลักการแล้ว กระทรวงหรือกรมที่เป็นนิติบุคคลมิได้แยกออกจากรัฐอย่างแท้จริง แต่ยังคงรวมอยู่ในรัฐอันเป็นนิติบุคคลใหญ่ เพราะงบประมาณของกระทรวงหรือกรมก็รวมอยู่ในงบประมาณแผ่นดิน ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณฉบับเดียวกัน เพราะเป็นเงินของรัฐโดยส่วนรวมนั่นเอง ถ้ากระทรวงและกรมเป็นนิติบุคคลโดยอิสระ ก็ควรมีงบประมาณของตนเองเป็นส่วนสัดแยกออกจากงบประมาณแผ่นดิน เช่น งบประมาณของเทศบาล เป็นต้น ถึงแม้ว่ากฎหมายไทยจะบัญญัติให้กระทรวงและกรม รวมทั้งทบวงเป็นนิติบุคคลโดยเอกเทศก็ตาม แต่กระทรวง ทบวง กรม ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งของนิติบุคคลใหญ่ คือ รัฐนั่นเอง

คำว่า กระทรวง ทบวง กรมนี้ หมายความว่าถึงองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ดังนี้ (1) สำนักนายกรัฐมนตรี (2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง (3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง (4) กรม หรือส่วน

ราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง

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

จังหวัด ในปัจจุบันกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินยังกำหนดให้จังหวัด ซึ่งเป็นหน่วยงานภูมิภาคหรือนัยหนึ่งเป็นสาขาของส่วนกลางมีฐานะเป็นนิติบุคคลด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการจำแนกหน่วยงานของรัฐให้มีสภาพเป็นนิติบุคคลด้วย การที่กฎหมายบัญญัติให้จังหวัด อันเป็นหน่วยงานในราชการบริหารส่วนภูมิภาคเป็นนิติบุคคลนี้ นับว่าไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายปกครอง เพราะราชการบริหารส่วนภูมิภาคเป็นแต่เพียงสาขาของราชการบริหารส่วนกลางที่ได้แบ่งออกไปทำในส่วนต่างๆ ของประเทศ โดยราชการบริหารส่วนกลางส่งเจ้าหน้าที่ของตนออกไปประจำบริหารราชการในเขตพื้นที่จังหวัดต่างๆ ภายใต้การบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง แต่มิได้แยกออกเป็นหน่วยงานอิสระจากราชการบริหารส่วนกลาง

องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น คือ องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นต่างๆ เพราะเป็นองค์การที่มีอำนาจหน้าที่ในการปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีการจัดระเบียบการปกครองเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่น โดยจัดให้ราษฎรมีส่วนในการปกครองท้องถิ่น องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายที่จัดระเบียบขององค์การบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นๆ

องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นมีหลายรูปแบบ ตามพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 70 ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ดังนี้ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล (ปัจจุบัน สุขาภิบาลได้ถูกยกเลิกไปแล้ว) ราชการส่วนท้องถิ่นตามที่มีกฎหมายกำหนด เช่น กรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา

ข. รัฐวิสาหกิจ ในประเทศไทยอาจจำแนกออกได้เป็น 3 จำพวก คือ⁴²

1) รัฐวิสาหกิจจำพวกที่เป็นหน่วยงานธุรกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ ซึ่งไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล เช่น โรงงานยาสูบของกระทรวงการคลัง สถานธนาภิบาลของกรมประชาสัมพันธ์ ซึ่งต้องให้ความเป็นนิติบุคคลของทบวงการเมือง ที่กำกับรัฐวิสาหกิจนั้น ในการทำนิติกรรมต่างๆ และในการถือกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน

2) รัฐวิสาหกิจจำพวกที่จัดตั้งเป็นองค์การของรัฐบาล และมีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยเอกเทศแยกจากส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจจำพวกนี้มีทุนทั้งสิ้นเป็นของรัฐ เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทย การท่าเรือแห่งประเทศไทย การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค องค์โทรศัพท์แห่งประเทศไทย เป็นต้น

⁴² แหล่งเดิม. (น. 122 -123).

3) รัฐวิสาหกิจจำพวกที่จัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล โดยทางราชการหรือองค์การของรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจอื่น มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ เช่น ธนาคารกรุงไทย จำกัด บริษัทการบินไทยจำกัด บริษัทขนส่งจำกัด เป็นต้น

อย่างไรก็ตามรัฐวิสาหกิจบางส่วนเกิดขึ้นจากข้อจำกัดของส่วนราชการ เนื่องจากส่วนราชการมีภารกิจที่จะต้องให้บริการสาธารณะมากมาย ประกอบกับในระยะต่อมามีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำภารกิจลำดับรองเพิ่มมากขึ้น ได้แก่ ภารกิจทางด้านอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ รวมถึงงานสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น ไฟฟ้า ประปา เป็นต้น

ในการดำเนินภารกิจของรัฐวิสาหกิจจะมีเพียงบุคคลบางกลุ่มหรือบางประเภทเท่านั้นที่จะได้รับบริการ บุคคลใดที่ใช้บริการจากรัฐวิสาหกิจก็จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมซึ่งต่างกับภารกิจของส่วนราชการที่ต้องให้บริการแก่ประชาชนทุกคนอย่างเสมอภาคกัน ไม่สามารถแบ่งกลุ่มหรือแบ่งประเภทได้ และนอกจากนี้การกำหนดให้รัฐวิสาหกิจมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชนก็สอดคล้องกับภารกิจในลำดับรองทางด้านเศรษฐกิจนี้ด้วย เนื่องจากภารกิจในด้านนี้มีการแข่งขันสูงจึงต้องการความคล่องตัวในการทำงาน การเน้นที่ประสิทธิภาพและคุณภาพของงานเป็นสำคัญหากให้รัฐดำเนินกิจการก็อาจจะไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร⁴³

ค. องค์การมหาชน

องค์การมหาชน ได้แก่ องค์การของรัฐบาลที่มีกฎหมายจัดตั้งและให้สภาพนิติบุคคลเป็นรายๆ ไป เพื่อจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบที่ไม่เป็นส่วนราชการ และเจ้าหน้าที่ขององค์การสาธารณะรัฐบาลก็ไม่มีฐานะเป็นข้าราชการ มีระบบบริหารของตนเอง องค์การของรัฐบาลนั้นตามกฎหมายที่มีอยู่ในเวลานี้ มีหน้าที่จัดทำกิจการในด้านการศึกษา ด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคมสงเคราะห์ ด้านสาธารณูปโภคหรือจัดทำธุรกิจของรัฐบางประการที่มีได้ทำเป็นแบบราชการและไม่มีอำนาจหน้าที่ในทางปกครองเหมือนกับทบวงการเมือง

ในปัจจุบันมีการปรับปรุงกฎหมายจัดตั้งองค์การของรัฐบาลใหม่ คือ พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งให้อำนาจรัฐบาลตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนที่มีภารกิจเฉพาะด้านในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีได้มุ่งแสวงหากำไร โดยมีระเบียบบริหารแนวใหม่ที่แตกต่างจากระเบียบบริหารส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ โดยมีเหตุผลในการตรากฎหมายฉบับนี้ว่า การดำเนินงานตามแผนงานและนโยบายเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ มักจะมีปัญหาความขัดแย้งในการดำเนินการ การซ้ำซ้อนของความรับผิดชอบใน

⁴³ งานวิจัยทางกฎหมายเรื่อง โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ (น. 18), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2547, คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ระหว่างส่วนราชการ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ก่อให้เกิดความล่าช้าและไม่คล่องตัวในการดำเนินการภายใต้ระเบียบของส่วนราชการ ดังนั้น เพื่อลดปัญหาดังกล่าวและเปิดโอกาสให้มีการจัดระบบบริหารแนวใหม่สำหรับภารกิจของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะมีความคล่องตัว และมีการใช้ประโยชน์ของทรัพยากรต่างๆ ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด รวมทั้งการบูรณาการให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเข้าร่วมการทำงานอย่างมีเอกภาพและประสานกันเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินการ จึงเห็นสมควรให้มีกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน เพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถจัดตั้งองค์การมหาชนที่มีระบบบริหารแตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ

นอกจากองค์การของรัฐบาลที่จัดตั้งด้วยพระราชกฤษฎีกา ยังมีองค์การของรัฐบาลบางองค์การที่จัดตั้งขึ้นด้วยพระราชบัญญัติ องค์การเช่นนี้เป็นองค์การที่ได้รับอำนาจพิเศษบางอย่างในทางปกครอง เช่น การเข้าใช้หรือครอบครองที่ดินของรัฐและของเอกชน อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การใช้อำนาจพิเศษในทางปกครองดังกล่าวนี้ เป็นการจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคล จึงต้องตราพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่น พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2504 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีองค์การที่จัดตั้งด้วยพระราชบัญญัติ แม้จะได้รับอำนาจพิเศษบางอย่างในทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการ ก็ห้ามมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการบริหารเหมือนกับส่วนราชการไม่

ง. วัดในพระพุทธศาสนา

วัดในพระพุทธศาสนาจัดว่าเป็นนิติบุคคล เพราะมีพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนวางระเบียบการจัดการวัดไว้ และถือว่าพระพุทธศาสนาเป็นศาสนาของรัฐ และถือเอากิจการเกี่ยวกับพระพุทธศาสนาเป็นราชการอย่างหนึ่ง ซึ่งอยู่ในหน้าที่ของกรมการศาสนา กระทรวงวัฒนธรรม⁴⁴ รวมทั้งคณะสงฆ์ไทย เพราะฉะนั้น องค์การที่มีหน้าที่ดำเนินกิจการเกี่ยวกับพระพุทธศาสนา คือ วัด จึงมีลักษณะเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน

จ. องค์การที่เป็นหน่วยราชการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นแบ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหน่วยงานราชการขององค์กรเหล่านี้จะมีสถานะเป็นนิติบุคคลมหาชน มีความเป็นอิสระ สามารถจัดการในเรื่องที่เกี่ยวกับภารกิจและบุคลากรด้วยตนเอง ทั้งนี้ เพื่อความเป็นอิสระจาก

⁴⁴ คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (น. 27), โดย มานิตย์ จูมปา, 2551, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

การแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร เช่น สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น⁴⁵

จากที่กล่าวมาข้างต้น ระบบนิติบุคคลมหาชนในประเทศไทยนั้น ได้ปรากฏชัดขึ้นในภายหลังจากที่ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 รัฐมีความจำเป็นที่ต้องดำเนินกิจกรรมในทางที่เป็นสาธารณประโยชน์สำหรับประเทศ จึงเรียกร้องให้มีการจัดองค์กรภายในรัฐ โดยคำนึงถึงภารกิจของแต่ละองค์กรเป็นสำคัญ เพื่อสามารถดำเนินกิจกรรมเหล่านั้นอันเป็นการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนอย่างทั่วถึง

(4) นิติบุคคลมหาชนในต่างประเทศ

ประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายมหาชนมาเป็นเวลานาน การแบ่งแยกนิติบุคคลมหาชนออกจากรัฐเป็นไปอย่างมีระบบ นิติบุคคลมหาชนในประเทศนี้แยกพิจารณาได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ รัฐ และนิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐซึ่งได้แก่องค์กรปกครองท้องถิ่นและองค์กรมหาชน⁴⁶

ก. รัฐ

โกลิน ฟลกุล อธิบายว่า รัฐเป็นที่ยอมรับในทางความเป็นจริงและในทางทฤษฎีว่า รัฐในประเทศฝรั่งเศสเป็นนิติบุคคล ความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นจะแตกต่างจากนิติบุคคลอื่นๆ เพราะในแง่หนึ่งรัฐก็คือ สภาพความเป็นจริงทางการเมืองและสังคม รัฐไม่เพียงเป็นนิติบุคคลเท่านั้น การที่กล่าวว่ารัฐเป็นนิติบุคคลนั้นก็เพราะรัฐมีองค์ประกอบของนิติบุคคลครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นด้านทรัพย์สิน บุคลากร ผู้แทน ฯลฯ⁴⁷

การที่ให้รัฐเป็นนิติบุคคลนั้นนับเป็นความก้าวหน้าแห่งแนวความคิดในทางกฎหมาย และมีประโยชน์มากเพราะทำให้เกิดความต่อเนื่องในการดำรงอยู่ของรัฐ รัฐจะไม่มีวันตาย ทำให้ข้อผูกพันต่างๆ ของรัฐดำเนินอย่างต่อเนื่อง แม้จะมีการเปลี่ยนตัวผู้บริหารของรัฐก็ตาม

เมื่อรัฐเป็นนิติบุคคลแล้ว กระทรวง ทบวง กรม ในประเทศฝรั่งเศสจึงไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น การกล่าวว่า ข้าพเจ้าฟ้องรัฐมนตรีกระทรวงนั้นกระทรวงนี้ หรือฟ้องผู้ว่าราชการ

⁴⁵ งานวิจัยทางกฎหมาย เรื่อง โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ (น. 19). เล่มเดิม.

⁴⁶ สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 34), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, กันยายน 2539, เสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ.

⁴⁷ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส (น. 292), โดย โกลิน ฟลกุล, สิงหาคม 2530,วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 6 ตอน 2.

จังหวัดคนนั้นคนนี้ ฯลฯ จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะบุคคลเหล่านี้ต่างเข้ามาในคดีในฐานะของตัวแทนของรัฐทั้งสิ้น การฟ้องคดีต่างๆ ก็คือ การฟ้องรัฐนั่นเอง

ในประเทศฝรั่งเศสจะไม่มีกำหนดจำนวนอำนาจและอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีไว้ในรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่ในพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ ซึ่งก็หมายความว่าจำนวน กระทรวงและทบวงจะไม่แน่นอน เพราะผันแปรตามจำนวนรัฐมนตรีนั่นเอง แต่เป็นอำนาจของประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี การตั้งรัฐมนตรีทั้งคณะหรือรายบุคคลจะกระทำโดยพระราชกฤษฎีกาของประธานาธิบดี ตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรี

การที่กระทรวง ทบวง กรมไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลก่อให้เกิดผลดีหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการปรับเปลี่ยนกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ เพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น หากต้องการจัดตั้งกระทรวงใหม่ที่ไม่เคยมีการจัดตั้งมาก่อนก็สามารถโอนหน่วยงานต่างๆ มาสังกัดกระทรวงนี้ได้ ในขณะที่เดียวกันหากมีความจำเป็นต้องยุบกระทรวง ทบวง กรมใด เพราะไม่มีความจำเป็นต้องคงกระทรวง ทบวง กรมนั้นไว้อีกต่อไปก็สามารถกระทำได้โดยกฎหมายระดับพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น

ข. นิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ

โกลิน พลกุล อธิบายว่า แนวความคิดในการจัดระเบียบบริหารและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสตั้งอยู่บนรากฐานของหลักว่าด้วยการรวมอำนาจและการกระจายอำนาจ การปกครองส่วนกลางและส่วนภูมิภาคนั้นถือว่าเป็นเรื่องของหลักว่าด้วยการรวมอำนาจ ซึ่งมีเพียงรัฐเท่านั้นที่เป็นนิติบุคคล มีรัฐบาล รัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด ฯลฯ เป็นตัวแทนของรัฐในแต่ละระดับและตามการแบ่งเขตพื้นที่ในการปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะบังคับบัญชา เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้นิติบุคคลเดียวกันคือรัฐ แต่การจัดระเบียบบริหารของรัฐนั้น นอกจากจะใช้วิธีที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว รัฐยังจำเป็นต้องใช้วิธีกระจายอำนาจอีกด้วย

การบริหารงานของรัฐด้วยวิธีการกระจายอำนาจนี้ รัฐได้สร้างนิติบุคคลมหาชนขึ้นมา นอกเหนือจากรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงาน โดยเฉพาะทางด้านการคลัง แต่นิติบุคคลดังกล่าวก็ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลกับนิติบุคคล ดังนั้น รัฐจึงใช้อำนาจกำกับดูแลเหนือนิติบุคคลมหาชนอื่น ไม่ใช่อำนาจบังคับบัญชา เช่น เจ้าหน้าที่ภายในนิติบุคคลมหาชนหนึ่งๆ ฟังใช้กัน⁴⁸

⁴⁸ คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 92), เล่มเดิม.

นิติบุคคลมหาชนอื่นนอกจากรัฐ ได้แก่ องค์กรกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือที่เรียกกันว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรกระจายอำนาจทางบริการหรือที่เรียกกันว่า องค์กรมหาชน

2.3.6 รัฐกับการเป็นนิติบุคคลมหาชน

รัฐแต่ละรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นย่อมมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีรัฐบาลของรัฐนั้นเป็นผู้แทนนิติบุคคล แต่รัฐตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ ซึ่งแตกต่างกันไปแต่ละรัฐ

โกลิน พลกุล อธิบายว่า รัฐเป็นนิติบุคคลที่มีลักษณะพิเศษกว่านิติบุคคลอื่น บรรดานิติบุคคลทั้งหลายมีแต่รัฐเท่านั้นที่เป็นอธิปไตยทั้งในแง่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน รัฐเป็นองค์กรเดียวที่สามารถกำหนดถึงอำนาจและหน้าที่ต่างๆ ของตน นิติบุคคลอื่นจะมีขึ้นได้หรือจะมีอำนาจหน้าที่ได้เพียงใด และอย่างไรนั้นก็แล้วแต่รัฐกำหนดขึ้นทั้งสิ้น รัฐจึงเป็นองค์กรที่ควบคุมนิติบุคคลอื่นทั้งหมด รัฐมีอำนาจกว้างขวางและทั่วไปเหนือดินแดนและสามารถกระทำการได้ทุกอย่าง

สำหรับประเทศไทย การที่มีการบัญญัติให้กระทรวง ทบวง กรมมีฐานะเป็นนิติบุคคลเป็นครั้งแรกนี้ มีเหตุผลที่สำคัญอยู่ 3 ประการ ได้แก่⁴⁹

ประการแรก เนื่องมาจากความต้องการแก้ไขปัญหาการฟ้องคดีของประชาชนนั่นเอง เพราะการกระทำต่างๆ ของเสนาบดีและข้าราชการของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอาจส่งผลกระทบต่อความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ เอกชนจึงควรจะมีฟ้องเสนาบดีหรือข้าราชการให้รับผิดชอบได้โดยไม่กระทบกระเทือนต่อองค์พระมหากษัตริย์

ประการที่สอง การที่กระทรวง ทบวง กรม ในประเทศไทยมีฐานะเป็นนิติบุคคลก็เนื่องจากเราปฏิรูประบบราชการ โดยเลียนแบบมาจากประเทศอังกฤษ และมีความเข้าใจผิดว่า กระทรวง ทบวง กรม ในประเทศอังกฤษก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลเช่นเดียวกันทั้งๆ ที่ทำเป็นเช่นนั้นไม่

ประการที่สาม ประเทศไทยปฏิรูประบบราชการบริหารด้วยการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้น ภายใต้การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การจัดตั้งดังกล่าวทำให้กระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ ตกเป็นสิทธิขาดแก่เสนาบดีนั้นๆ จึงทำให้กระทรวง ทบวง กรม มีลักษณะแยกขาดจากกันค่อนข้างเด็ดขาด ไม่มีการเชื่อมโยงประสานงานระหว่างกระทรวง การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่

⁴⁹ สถานะทางกฎหมายของกระทรวง ทบวง กรม : ปัญหา-อุปสรรคที่มีผลต่อการบริหารราชการแผ่นดินในประเทศไทย (น. 76), โดย นริศ ชำนาญชานันท์, 2537, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ระหว่างกระทรวง ทบวง กรม ดังกล่าว ได้ผลักดันให้แต่ละกระทรวงมุ่งที่จะสร้างควมยิ่งใหญ่ให้กับหน่วยงานของตน ซึ่งก็สามารถทำได้ด้วยการให้ฐานะนิติบุคคลแก่หน่วยงานของตน เพื่อให้หน่วยงานของตนจะได้มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์แบบแยกออกจากหน่วยงานอื่น

มีกฎหมายอีกหลายฉบับต่อมาที่บัญญัติให้กระทรวง ทบวง กรม มีฐานะเป็นนิติบุคคลควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งใช้มาจนถึง พ.ศ. 2545 จึงได้มีการยกเลิกและประกาศใช้พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ให้กระทรวง ทบวง กรมมีฐานะเป็นนิติบุคคลเสีย ซึ่งสันนิษฐานว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประสงค์ที่จะให้มีการแยกนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนออกจากรัฐบาลตามกฎหมายเอกชน กระทรวง ทบวง กรมซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนจึงไม่ควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน นอกจากนี้ การยกเลิกความเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มิได้กระทบต่อความเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม แต่ประการใด เพราะว่ากระทรวง ทบวง กรม ก็ยังคงมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

ปัจจุบันตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ประเทศไทยมีกระทรวง และทบวงที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลทั้งสิ้น 20 หน่วยงานและมีกรมที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอีกทั้งสิ้น 83 กรม⁵⁰ จะเห็นได้ว่าแม้จะมีการปรับโครงสร้างของระบบราชการใหม่ในปี พ.ศ. 2545 แต่ยังคงถือว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มีนิติบุคคลในระดับราชการบริหารส่วนกลางเป็นจำนวนมาก แม้ว่าการประกาศใช้พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2545 ที่ผ่านมาจะเป็นผลสืบเนื่องจากการปรับปรุงระบบราชการทั้งระบบ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางการบริหารประเทศตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยการปรับอำนาจหน้าที่และจัดส่วนราชการที่ปฏิบัติงานสัมพันธ์กันรวมไว้ในกลุ่มงานเดียวกัน อันส่งผลให้การปฏิบัติงานของส่วนราชการที่มีความเกี่ยวข้องกันสามารถทำงานร่วมกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประหยัดค่าใช้จ่าย และประการสำคัญ คือ การปฏิบัติงานของส่วนราชการต่างๆ

⁵⁰ จำนวนดังกล่าวเป็นจำนวนตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ซึ่งยังไม่นับรวมกรมต่างๆ ในกระทรวงกลาโหมและกระทรวงศึกษาธิการ ทั้งนี้ เพราะมาตรา 8 บัญญัติให้การจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหมเป็นไปตามกฎหมายข้อบังคับ และระเบียบแบบแผน และมาตรา 41 บัญญัติให้การจัดระเบียบราชการกระทรวงศึกษาธิการให้เป็นไปตามกฎหมาย

ย่อมมีแนวทาง เป้าหมาย และความรับผิดชอบที่ชัดเจน ก่อเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศชาติและส่วนรวม⁵¹

(1) การยอมรับให้รัฐเป็นนิติบุคคลก่อให้เกิดผลประโยชน์หลายประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ทำให้เกิดความต่อเนื่องในการดำรงอยู่ของรัฐ

ประการที่สอง ทำให้ข้อผูกพันของรัฐมีลักษณะสืบเนื่องไม่ขาดตอน แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองประเทศหรือรัฐบาลซึ่งถือว่าเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐเท่านั้นจึงทำให้มีความเป็นเอกภาพ

ประการที่สาม ทำให้รัฐมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและมิงบประมาณการใช้จ่ายของตนเอง

ประการที่สี่ ในด้านกฎหมายระหว่างประเทศทำให้รัฐมีสิทธิและหน้าที่ของตนเอง สามารถดำเนินกิจการแทนสมาชิกของตนในกิจการระหว่างประเทศไทยและทำให้รัฐมีฐานะอย่างสมบูรณ์ที่จะดำเนินคดีในศาลระหว่างประเทศนอกจากนั้นยังทำให้เกิดความเสมอภาคภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

(2) การไม่ยอมรับให้รัฐเป็นนิติบุคคล

การไม่ยอมรับว่ารัฐเป็นนิติบุคคลขัดต่อความเป็นจริง กล่าวคือในแง่บุคลากรข้าราชการพลเรือนของกระทรวง ทบวงหรือกรมใด มิใช่บุคลากรของกรมนั้น โดยเฉพาะแต่เป็นข้าราชการพลเรือนที่มีความสัมพันธ์กับรัฐมากกว่ากรมที่สังกัด

ผลกระทบจากความเข้าใจว่ารัฐไม่เป็นนิติบุคคลจึงต้องมีการกำหนดให้กระทรวง ทบวง กรมและจังหวัดเป็นนิติบุคคลและอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมในกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ทำให้เกิดปัญหาการเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม

ปัญหาการเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม การเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม นั้น เป็นต้นเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความไม่คล่องตัวของระบบบริหารราชการแผ่นดิน หากย้อนไปนับตั้งแต่ประเทศไทยมีแนวคิดให้กระทรวง ทบวง กรมมีฐานะเป็นนิติบุคคล จะพบว่าความเป็นนิติบุคคลนี้เองค่อยๆ สร้างความซับซ้อนให้กับระบบราชการ ตั้งแต่การสร้างความเป็นตัวตนในทางกฎหมาย ก่อตั้งอำนาจหน้าที่ อำนาจจัดการทรัพยากรและการถือครองทรัพย์สิน ทั้งที่ความสัมพันธ์ในเชิงกฎหมายระหว่างรัฐกับส่วนราชการ คือส่วนราชการเป็นเพียงตัวแทนของรัฐในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจของรัฐเท่านั้น ทั้งนี้ ผลกระทบจากฐานะความเป็นนิติบุคคลของ

⁵¹ งานวิจัยทางกฎหมาย เรื่อง โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ (น. 30). เล่มเดิม.

ส่วนราชการได้ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญยิ่งต่อระบบบริหารงานภาครัฐ ตลอดจนเป็นอุปสรรคต่อความพยายามในการปฏิรูประบบราชการ โดยมีนัยสำคัญ คือ

ประการแรก ความเป็นนิติบุคคลทำลายความเชื่อมโยงกับรัฐ และความเชื่อมโยงกับส่วนราชการอื่นๆ

แม้ในทางกฎหมายส่วนราชการจะเป็นเพียงตัวแทนของรัฐ การกระทำใดๆ ของส่วนราชการเป็นการทำแทนและในนามรัฐ แต่การที่สถานะความเป็นนิติบุคคลของรัฐ ไม่ได้ถูกรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรทำให้ความมีตัวตนของรัฐและความเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายขาดความชัดเจน และขาดการยอมรับอย่างแท้จริง แม้ว่าในทางวิชาการ นิติศาสตร์จะถือว่ารัฐเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชน แต่ตราบใดที่หลักการนี้ยังไม่ถูกรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร บรรดานักกฎหมายซึ่งเป็นผู้ปรับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะผู้พิพากษายังคงมีความหวั่นเกรงในการที่จะวินิจฉัยใด ๆ อันจะเป็นการยอมรับว่า รัฐสามารถทรงสิทธิและหน้าที่ได้ในทางกฎหมาย

ในขณะที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้รับรองให้รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ได้ในทางกฎหมาย ตัวแทนของรัฐอื่นได้แก่ ส่วนราชการต่างๆ กลับมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อตั้งความเป็นนิติบุคคลขึ้นมา ความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการนี้เองย่อมมาดบังความเป็นตัวตนของรัฐในทางกฎหมาย ประกอบกับความเชื่อที่ว่าเมื่อเป็นนิติบุคคลแล้วย่อมมีสิทธิและหน้าที่อย่างอิสระ ย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกการมีตัวตนซึ่งดำรงอยู่อย่างเอกเทศไม่เกี่ยวข้องกับส่วนราชการอื่นๆ

ประการที่สอง ความเป็นนิติบุคคลสร้างความรู้สึกลงในความเป็นเจ้าของทรัพยากรบุคคลงบประมาณ และทรัพย์สิน

ในเชิงหลักการทรัพยากรบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของส่วนราชการล้วนแต่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทรัพย์สินที่ส่วนราชการถือครองอยู่ในฐานะผู้ทรงสิทธิล้วนแล้วแต่เป็นการถือครองไว้แทนรัฐ หรือแม้กระทั่งงบประมาณซึ่งได้รับการจัดสรรก็เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติภารกิจของรัฐ แต่การที่รัฐไม่ถูกรับรองให้มีตัวตนจึงสร้างความรู้สึกลงในความเป็นเจ้าของบุคคล งบประมาณ หรือทรัพย์สิน และคนมีอิสระในการจัดการทรัพยากรดังกล่าวอย่างเต็มที่ในฐานะเป็นเจ้าของ นอกจากนี้การที่มีกฎหมายบัญญัติให้การบริหารบุคคล งบประมาณหรือทรัพย์สินเป็นสิทธิขาดของส่วนราชการที่เป็นเจ้าของบุคคล งบประมาณ หรือทรัพย์สินนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการจัดการทรัพยากรดังกล่าว ซึ่งกระจุกตัวอยู่ที่ส่วนราชการระดับกรมเป็นส่วนใหญ่ที่เรียกว่า “ระบบบริหารฐานกรม” ย่อมสร้างความลำบากให้แก่รัฐในการที่จะเข้ามาบริหารจัดการทรัพยากรบุคคล งบประมาณ หรือทรัพย์สินในภาพรวมเป็นอย่างมาก⁵²

⁵² คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการจัดระเบียบราชการบริหาร (น. 38-40). เล่มเดิม.

2.4 หลักการเกี่ยวกับกฎทางปกครอง

ธรรมนิติย์ สุมันตกุล⁵³ ได้ให้ความหมายของกฎทางปกครองไว้ดังนี้ กฎเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้ในการปฏิบัติราชการ ดำเนินการตามกฎหมาย นโยบาย และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎจะสร้างรายละเอียดที่กฎหมายให้อำนาจไปบังคับใช้ เพื่อให้กิจกรรมและนโยบายของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารสัมฤทธิ์ผล

การดำเนินการในอำนาจหน้าที่ทางบริหารนั้น ได้มีการอธิบายในทางตำราว่าฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร มีหน้าที่อยู่สองประการ คือ (1) หน้าที่ในการจัดทำบริการต่างๆ เพื่อประชาชน เช่น การจัดบริการทางด้านไฟฟ้า ประปา โทรคมนาคม ที่อยู่อาศัย การอำนวยความสะดวกธรรมชาติ สุขภาพ การศึกษา เป็นต้น และอีกหน้าที่หนึ่งคือ (2) การกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือนโยบาย อันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์นอกเหนือจากกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐาน หรือกฎหมายแม่บท บรรทัดฐานของศาล หรือแม้แต่ความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลต่อกฎหมายภายใน

หลักเกณฑ์ในการออกกฎนั้น⁵⁴ มีนักวิชาการหลายท่าน ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์การออกกฎไว้อย่างชัดเจน ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้กล่าวถึงการออกกฎและสถานะของกฎว่า บทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารผู้ใช้อำนาจบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นที่มาของกฎหมายปกครองและมีผลใช้บังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป แต่กฎหมายที่ออกจะต้องมีฐานะต่ำกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล ซึ่งการออกกฎในลักษณะดังกล่าวยังถูกกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจในการออกกฎ โดยขอบเขตของการเป็นกฎจะต้องประกอบด้วย 3 ลักษณะดังนี้

1) กฎที่เป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ตามหลักทั่วไปจะมีบทกำหนดโทษหรือเรียกเก็บภาษีไม่ได้ เพราะการออกบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ย่อมต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน แต่กฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น สามารถออกได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน

2) กฎที่เป็นบทบัญญัติที่ออกมาเพื่อกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บท จะมีข้อความขัดแย้งหรือมีเนื้อหาเกินกว่าที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไม่ได้ เพราะ

⁵³ การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2556, จาก

<http://www.lawreform.go.th>.

⁵⁴ ปัญหาการออกกฎของกระทรวงมหาดไทยเพื่อควบคุมองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย: ศึกษากรณีเทศบาล.(น.173 -174) โดย พสธร พันธุ์สุวรรณ , 2556,วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

กฎที่ออกมาโดยฝ่ายบริหารเป็นเพียงกฎหมายที่ออกมาเพื่อความสะดวกในการใช้พระราชบัญญัติเท่านั้น

3) กฎเป็นบทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหาร จะต้องอ้างอิงกฎหมายแม่บทเสมอทุกกรณี หรือกฎที่ออกมาบังคับใช้จากฝ่ายบริหารทุกเรื่องจะต้องมีการอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการออกเสมอ เพราะในอดีตเคยมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการออกกฎเสมอ เพื่อมิให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจการออกบทกฎหมายที่ทับซ้อนกัน จึงไม่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะออกกฎหมายที่มีฐานะเท่ากับพระราชบัญญัติ ด้วยเหตุดังกล่าวการออกกฎในปัจจุบัน กระทรวงที่ออกกฎจึงต้องระมัดระวังให้อำนาจในการออกกฎไว้อย่างชัดเจนทุกครั้งว่ากระทรวงใช้อำนาจตามมาตราใดของกฎหมายแม่บทใดในการออกกฎมาบังคับใช้

ความหมายของ “กฎ” ที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย ในบรรดากฎหมายทั้งหลาย พบว่า มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามความหมายของ คำว่า “กฎ” ไว้ว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็นิยามไว้โดยมีข้อความอย่างเดียวกัน

“กฎ” ตามความหมายโดยทั่วไปหมายถึง จดไว้เป็นหลักฐาน ตรา คำบังคับ หรือ ข้อกำหนดหรือข้อบัญญัติ ที่บังคับให้ต้องมีการปฏิบัติตาม⁵⁵ ส่วน “กฎ” ตามความหมายของ กฎหมายปกครอง⁵⁶หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ⁵⁷ ในทางปฏิบัติไม่ค่อยมีปัญหาหากนักในการวินิจฉัยว่า อะไรเป็น “กฎ” ในส่วนที่เป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ประกาศกระทรวง แต่มีประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติบางฉบับที่อาจทำให้ฝ่ายปกครองและประชาชน

⁵⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 , (น. 3) พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2546.

⁵⁶ กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชนที่วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบในทางปกครองของรัฐ และการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งวางหลักความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

⁵⁷ บทนิยาม “กฎ” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

เข้าใจสืบสนว่าเป็น “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง”⁵⁸ เนื่องจากบทนิยามได้ให้ความหมายของคำว่า “กฎ” หมายความว่า รวมถึงบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ อีกด้วย

ตามนิยามในกฎหมายข้างต้น จะเห็นได้ว่า “กฎ” อาจจะมีชื่อเรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ รวมถึงไปถึงคำสั่ง หนังสือเวียน หนังสือสั่งการ และการตีความกฎหมายที่ผู้มีอำนาจได้วินิจฉัยไว้ นิยามนี้จะบอกแต่ชื่อของกฎที่อาจมีชื่อต่างๆ แต่สาระสำคัญของกฎนั้นอยู่ในข้อความตอนท้ายของนิยาม คือ จะต้อง มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นการตั้งการของฝ่ายบริหารไม่ว่าโดยรูปแบบใด ที่มีผล ต่อพฤติกรรมของเอกชนให้ต้องกระทำตามหรือละเว้นการกระทำ ในความหมายนี้ กฎทางปกครอง จึงหมายถึง กฎหมายลำดับรอง (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ) รวมทั้ง การกำหนดนโยบายใดๆ ไม่ว่าในรูปแบบของหนังสือเวียน หนังสือสั่งการ การตีความอธิบาย หรือ การประกาศนโยบายของฝ่ายบริหารด้วย ซึ่งฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะให้มีการยอมรับและปฏิบัติตาม (Compliance) เป็นการทั่วไป

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของคำว่า “มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” ซึ่งกรณี ดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางการพิจารณาไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี หมายเลขแดงที่ พ.26/2546⁵⁹ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีไว้มีใจความว่า คำว่า “มีผลบังคับเป็นการ ทั่วไป” ไม่ได้หมายความว่าต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน อาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของ บุคคลก็ได้ โดยไม่คำนึงถึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใดแต่ไม่ใช่มีผลบังคับเจาะจง ตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น เมื่อมติของคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดี) เป็นการใช้อำนาจบริหาร ราชการแผ่นดิน อำนาจนี้อาจมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ

⁵⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่ จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะ เป็น การถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจด ทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ๑๗๑

⁵⁹ คำพิพากษา/คำสั่งที่น่าสนใจ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 26/2546. สืบค้น เมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.admincourt.go.th/>

รวมทั้งระเบียบหรือธรรมเนียมปฏิบัติ ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในงานด้านนโยบายเท่านั้น แต่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายปกครองด้วย มติของผู้ถูกฟ้องคดีจึงอาจมีลักษณะเป็นงานนโยบาย หรือมีลักษณะเป็นคำสั่งซึ่งมีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย หรือเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะหรืออาจมีลักษณะเป็นกฎซึ่งมีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามและในกรณีที่เป็นกฎนั้น อาจเป็นกฎที่เป็นลูกบท หรือเป็นกฎที่เป็นอิสระออกโดยอาศัยหลักการทั่วไปที่ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นองค์กรบริหารประเทศตามรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการใช้บังคับกฎหมายและการจัดการองค์กรให้เป็นไปโดยเรียบร้อยมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่เป็นกฎนี้มุ่งต่อผลในกฎหมายแก่บุคคลในองค์กรฝ่ายบริหาร โดยหน่วยงานและบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีในลักษณะนี้จึงมีสภาพบังคับในทางปกครองหรือมีผลทางกฎหมายให้หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจหน่วยงานอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตลอดจนถึงข้าราชการและพนักงานของรัฐในหน่วยงานดังกล่าวต้องปฏิบัติตามหากฝ่าฝืนย่อมมีความรับผิดชอบมา ดังนั้นมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็น“กฎ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กฎหมายปกครองถือว่าการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งจึงจำเป็นต้องทราบความหมายของการกระทำทางปกครองด้วย การกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งบุคคล หรือการออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

การกระทำทางปกครองอาจแยกได้เป็นสองลักษณะคือ นิติกรรมทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่⁶⁰ การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎหรือการออกคำสั่ง นิติกรรมทางปกครองสามารถแยกได้เป็นสองประเภทอีกเช่นกัน คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น บรรดากฎ ระเบียบต่างๆ และนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัว เช่น คำสั่งต่างๆ เป็นต้น

ปฏิบัติการทางปกครอง ได้แก่ การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีใช้เป็นการออกกฎ ออกคำสั่ง เช่น การเข้ารื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นต้น ปฏิบัติการทางปกครองมักจะเป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้ออกใช้ไปก่อนหน้าแล้ว เช่น

⁶⁰ สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2557, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=580>

ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารที่ฝ่าฝืนกฎหมายรื้อถอนอาคารนั้น หากเจ้าของอาคารไม่รู้
ถอน ฝ่ายปกครองก็จะเข้าไปรื้อถอน

เมื่อได้พิจารณาความหมายของการกระทำทางปกครองในข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการ
กระทำทางปกครองเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมาย
ดังนั้นกฎหมายปกครองก็เช่นกันที่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐใช้อำนาจ
ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครองหรือกฎหมายปกครองก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลัก
ที่ว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่” (Principles of Legality) นั่นเอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นหลักการพื้นฐานของการ
ใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยเรียกร่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐต้องผูกพันตนเองต่อกฎเกณฑ์ทาง
กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นและต่อกฎหมาย กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายองค์กรเจ้าหน้าที่ตรา
ขึ้นเอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ ต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว สิ่ง
ที่ต้องพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ กรณีอย่างไรจึงจะเรียกได้ว่าชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของ
เจ้าหน้าที่จะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น มีสิ่งที่จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของหลักความชอบด้วย
กฎหมาย ซึ่งประกอบไปด้วย 2 หลักการย่อยได้แก่ 1. หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ และ 2.
หลักการกระทำของเจ้าหน้าที่ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย กฎหมายในความหมายของคำว่า
“ชอบด้วยกฎหมาย” จึงมีบทบาท 2 มิติ มิติแรกกฎหมายในฐานะที่เป็นที่มาของอำนาจ (Source)
และมิติที่สอง กฎหมายในฐานะเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจและเมื่อใช้อำนาจกระทำการลงไป
แล้ว ก็ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เรียกร่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของรัฐจะกระทำ
การบางอย่างบางประการได้นั้นก็ต่อเมื่อ 1. มีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือมีฐานะอำนาจทางกฎหมาย
และ 2. กฎหมายที่เป็นปอเกิดแห่งอำนาจนั้นก็ต้องมีเนื้อหาที่ดี เช่น มีความแน่นอนชัดเจน ไม่จำกัด
สิทธิและเสรีภาพมากเกินไปเกินกว่าเหตุ เป็นต้น

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ เรียกร่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของรัฐจะกระทำ
การบางอย่างบางประการได้นั้นก็ต่อเมื่อมีกฎหมายในฐานะเป็นฐานที่มาของอำนาจ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ พบว่าระบบกฎหมาย
ออสเตรเลียเคร่งครัดกับหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจมากที่สุด รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย 1921 มาตรา 18
บัญญัติสรุปได้ว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำประการใดๆ ได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ
แห่งกฎหมาย ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายของรัฐในออสเตรเลียจะตัดสินใจกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะการ

นั้นจะมีผลดีหรือผลร้ายแก่บุคคลก็ต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้เสมอ”⁶¹

สิ่งที่จะต้องพิจารณาว่า กฎหมายที่เป็นฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกระทำที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นกฎหมายประเภทใดหรือเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ใดนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้แบ่ง เขตแดนในการออกกฎหมายที่กำหนดให้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร มาตรา 34 กำหนดให้รัฐสภามีอำนาจตราบัญญัติได้เฉพาะในเรื่องมาตรา 34 ให้เป็นอำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารจากบทบัญญัติ

⁶¹ Austria Constitution Article 18 [Rule of Law]

(1) The entire public administration shall be based on law.

(2) Every administrative authority can on the basis of law issue ordinances within its sphere of competence.

(3) If the immediate issue of measures, which require in accordance with the Constitution a resolution by the House of Representatives, becomes necessary to prevent obvious and irreparable damage to the community at a time when the House of Representatives is not assembled, cannot meet in time, or is impeded from action by circumstances beyond its control, the Federal President can at the recommendation of the Federal Government and on his and their responsibility take these measures by way of provisional law-amending ordinances. The Federal Government must present its recommendation with the consent of the Standing Sub-Committee to be appointed by the Main Committee of the House of Representatives (Article 55 (2)). Such an ordinance requires the countersignature of the Federal Government.

(4) Every ordinance issued in accordance with Paragraph (3) shall without delay be submitted by the Federal Government to the House of Representatives which if it is not in session at this time shall be convened by the Federal President, but if it is in session by the President of the House of Representatives, on one of the eight days following its submission. Within four weeks of the submission, the House of Representatives must either vote a corresponding federal law in place of the ordinance or pass a resolution demanding that the ordinance immediately become invalidated. In the latter case the Federal Government must immediately meet this demand. In order that the resolution of the House of Representatives may be adopted in time, the President shall at the latest submit the motion to the vote on the last day but one before expiry of the four weeks deadline; detailed provisions shall be made in the Standing Orders.

(5) The ordinances specified in Paragraph (3) may not contain an amendment to provisions of federal constitutional law and may have for their subject neither a permanent financial burden on the Federation nor a financial burden on the States, Districts, or Counties nor financial commitments for federal citizens nor an alienation of state property nor measures of matters specified in Article 10 (1) no.11 nor, finally, such as concern the right of collective association or rent protection.

ในมาตรา 34 และมาตรา 37 ย่อมหมายความว่า องค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ใช้บังคับในฝรั่งเศส มี 2 องค์กรสำคัญ ได้แก่ รัฐสภา และฝ่ายบริหาร ดังนั้น กฎหมายให้อำนาจ แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงเป็นได้ทั้งรัฐบัญญัติ และกฎหมายของฝ่ายบริหาร ซึ่งกฎหมายของฝ่ายบริหารนี้ได้รับอำนาจโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 37 นั่นเอง

ส่วนการพิจารณาเพิกถอนการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกครั้ง จะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจต่อการดำรงอยู่ของการมีอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐและส่งผลกระทบต่อบุคคลที่สุจริต ตลอดจนยากแก่การทำให้สถานะทางกฎหมายทั้งหลายกลับคืนสู่สภาพเดิม จากปัญหาดังกล่าว ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงได้คิดค้นเทคนิคการไม่เพิกถอนการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากปราศจากฐานทางกฎหมายรองรับเทคนิคการไม่เพิกถอนการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะใช้เทคนิคแก้ไขข้อบกพร่องโดยการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายโดยศาลได้ก็ต่อเมื่อศาลปกครองพิจารณาแล้วพบว่า มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สมบูรณ์อื่นๆ อยู่ ซึ่งหากองค์กรเจ้าหน้าที่หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นในการใช้อำนาจแล้วก็จะยังคงมีการกระทำแบบเดิมทุกประการ ศาลปกครองจะไม่เพิกถอนการกระทำที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์ แต่ศาลปกครองจะรักษาการกระทำเหล่านั้นต่อไป โดยมีการสลับเปลี่ยนฐานทางกฎหมายเพื่อรับรองการกระทำให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐ

ในระบบกฎหมายเยอรมนี เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐจะกระทำการใดๆ ได้ก็แต่เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่หรือเจ้าหน้าที่ในการกระทำนั้น ตามหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ หลักการนี้เป็นผลมาจากหลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ และหลักเสรีภาพนั่นเอง

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ใช้กับองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการใดที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น

นอกจากหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ จะใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประชาชนแล้ว ระบบกฎหมายเยอรมันยังขยายไปใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือความสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองด้วย ในกรณีที่มาตราการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเพื่อใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ เช่น ข้าราชการ นักเรียน ผู้ถูกควบคุมขัง ทหาร เป็นต้น โดยมาตรการดังกล่าวต้องมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลเหล่านั้น กรณีเช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนด

มาตรการได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจเสียก่อน แต่ถ้าเป็นมาตรการที่กำหนดเพื่อการบริหารจัดการในหน่วยงานและไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ กรณีเช่นนี้ ก็ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ เช่น โรงเรียนออกประกาศเปลี่ยนตารางการบรรยาย เป็นต้น

ระบบกฎหมายอิตาลียอมรับหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติให้อำนาจ กล่าวคือ การใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีแดนแห่งกฎหมายที่สงวนให้อำนาจในการกระทำนั้นไว้ (reserve di legge) อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวไม่ได้ใช้ทั่วไปเหมือนระบบกฎหมายเยอรมัน แต่การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นกรณีรัฐธรรมนูญกำหนดอนุญาตให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเสียก่อน เช่น รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ ศาลปกครองสูงสุดอิตาลี เคยยืนยันว่า การกระทำใดของฝ่ายปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎเกณฑ์เฉพาะให้อำนาจนั้น กฎเกณฑ์เฉพาะที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลนั้น อาจเป็นกฎหมายฝ่ายบริหารหรือกฎก็ได้ถ้ารัฐธรรมนูญกำหนดอนุญาตให้ตราเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือกฎ

หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เรียกร้องเฉพาะรูปแบบที่ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายกระทำการบางอย่างประการได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้นแต่เรียกร้องตามไปถึงเนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจอีกด้วย กล่าวคือ กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน มีผลเป็นการทั่วไป ชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพเกินกว่าเหตุ กฎหมายคงไม่อาจมีเนื้อความที่แน่นอนชัดเจนได้ทุกกรณี ในบางเรื่องกฎหมายจึงเปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกการกระทำได้หลายทาง หรือกฎหมายอาจบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (indefinite legal concept) เช่น ความสงบเรียบร้อย เป็นอันตรายต่อสุขภาพ บดบังทัศนียภาพ เป็นต้น เพื่อให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปรับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีให้เข้ากับถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงเหล่านั้น หรือที่เรียกว่า การให้คุณสมบัติทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแต่กฎหมายที่เปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจก็ได้ กฎหมายที่มีถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองปรับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีเข้ากับถ้อยคำเหล่านั้นก็ได้ ต้องไม่เปิดช่องกว้างมากจนเกินไป

กฎหมายที่เป็นฐานอำนาจให้กับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจนั้นต้องสมบูรณ์ มีผลทางกฎหมาย และชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เป็นการคัดค้านในศาลแล้วคู่ความโต้แย้งว่าการกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมาย (ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น) ที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ จึงมีประเด็นว่า กฎหมายที่เป็นฐานอำนาจของการกระทำทางปกครองนั้นขัดหรือ

แย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในบางประเทศกำหนดให้ประเด็นดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลแห่งคดีต้องส่งประเด็นดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเสียก่อน ตรงกันข้ามกับอีกบางประเทศที่กำหนดให้ศาลแห่งคดีมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวได้ด้วยตนเอง

จากการพิจารณาหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศต่างๆ ในยุโรป พอสรุปได้ 4 ประการ

ประการแรก คำว่า กฎหมาย ในหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ หรือฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือ กฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เว้นแต่ในบางประเทศที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นกฎหมายในระดับของฝ่ายบริหารหรือกฎได้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี เป็นต้น

ประการที่สอง หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ใช้เฉพาะกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น ในกรณีนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องค้นหากฎหมายที่ให้อำนาจแก่ตนให้พบจึงจะใช้อำนาจได้ ในกรณีที่ต้องการใช้อำนาจกระทำการบางอย่างประการไปโดยให้ประโยชน์แก่บุคคล องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายที่ให้อำนาจ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายออสเตรเลียหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจอย่างเคร่งครัด องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในออสเตรเลียจะตัดสินใจกระทำการใดๆ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นผลดีหรือผลร้ายแก่บุคคล ก็ต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้เสมอ

ประการที่สาม กฎหมาย ที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ต้องเป็นกฎหมายที่มีผลสมบูรณ์ หากกฎหมายนั้น ไม่มีผลใช้บังคับก็ดี กฎหมายนั้นสิ้นผลใช้บังคับก็ได้กฎหมายนั้นไม่ได้ดำรงอยู่ในระบบกฎหมาย หรือ โมฆะ ก็ดี กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญก็ดี ย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่สมบูรณ์ ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะปราศจากฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจ ตามหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

ประการที่สี่ กรณีที่มีการฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้น ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ การที่ศาลปกครองจะพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุดังกล่าวหรือไม่ ก็จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นปัญหาเบื้องต้นของคดีก่อนว่ากฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เสียก่อน

2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเล

การบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเลเป็นสิ่งที่รัฐจำเป็นต้องให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะเป็นภารกิจหรือหน้าที่ที่รัฐพึงต้องปฏิบัติเพื่อให้มีความสมบูรณ์ยั่งยืน ในเรื่องดังกล่าวนี้มีแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

2.5.1 แนวคิด ทฤษฎีในการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเล

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ตั้งอยู่ในบริเวณคาบสมุทร มีพื้นที่แนวชายฝั่งทะเลยาวทั้งสิ้นประมาณ 2,960 กิโลเมตร อยู่ทางฝั่งอันดามัน 750 กิโลเมตร ฝั่งอ่าวไทย 1,670 กิโลเมตร และตามเกาะต่างๆ 520 กิโลเมตร พื้นที่บริเวณชายฝั่งเหล่านี้ประกอบไปด้วยทรัพยากรธรรมชาติประเภทต่างๆ ทั้งป่าชายหาด ป่าชายเลน หญ้าทะเล และแนวปะการัง ซึ่งมีคุณค่าทั้งทางด้านนิเวศวิทยาและทางด้านเศรษฐกิจทั้งในระดับท้องถิ่นจนถึงระดับชาติ

นับตั้งแต่อดีต ทรัพยากรทางทะเลดังกล่าวถูกนำไปใช้เพื่อการพัฒนาประเทศ ในเงื่อนไขที่แตกต่างกันมาเป็นเวลานาน หากแต่ยังขาดการจัดการระบบและกลไกในการจัดการดูแลทรัพยากรทางทะเลที่มีประสิทธิภาพและยั่งยืน จนกระทั่งในปัจจุบันความต้องการในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้มีเพิ่มมากขึ้น กลุ่มผู้ใช้ประโยชน์และมิติของการใช้ประโยชน์มีมากขึ้น จนเกิดปัญหาความเสื่อมโทรมของทรัพยากร ดังนั้น เพื่อให้การพัฒนาประเทศสามารถดำเนินควบคู่ไปกับการอนุรักษ์ทรัพยากรได้อย่างยั่งยืน จึงมีความจำเป็นต้องมีการบูรณาการการจัดการทรัพยากรชายฝั่งที่เหมาะสม สำคัญยิ่งคือการมีส่วนร่วมจากกลุ่มผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกลุ่มต่างๆ ทั้งองค์กรภาครัฐ เอกชนที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำไปสู่ความยั่งยืนที่แท้จริง

ทรัพยากรทางทะเลจัดได้ว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติประเภทที่สร้างขึ้นใหม่ได้ (Renewable Resource) ประเทศใดแม้ว่าจะมีความได้เปรียบทางลักษณะพื้นที่ที่มีทรัพยากรทางทะเลมากมาย แต่ถ้าไม่รู้จักรู้ใช้ไม่รู้จักรักษา ทรัพยากรเสื่อมโทรมจนไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ หรืออาจต้องอาศัยระยะเวลายาวนานกว่าทรัพยากรจะฟื้นตัว ตรงกันข้ามกับประเทศที่แม้ว่าทรัพยากรทางทะเลจะมีอยู่ค่อนข้างจำกัด แต่ถ้ารู้จักรู้ใช้ก็จะสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพยากรนั้นได้ยาวนานและถาวร ดังนั้น ประเทศต่างๆ จึงต้องมีการจัดการทรัพยากรทางทะเลของตน เพื่อผลประโยชน์ขั้นสุดท้าย คือ ประโยชน์แก่ประชาชนในประเทศเป็นสำคัญ

การใช้ทรัพยากรทางทะเลที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปเป็นส่วนใหญ่ล้วนมีปัญหาหรือมีสาเหตุสืบเนื่องมาจากลักษณะของทรัพยากรทางทะเลเอง ทั้งนี้เพราะทรัพยากรทางทะเลเป็นทรัพยากรรวม (Common Property Resource) ไม่มีผู้ใดมีสิทธิเด็ดขาดในการใช้ทรัพยากรทางทะเลหรือป้องกันไม่ให้ผู้อื่นมาใช้ด้วยได้ ดังนั้นจึงไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดเป็นเจ้าของทรัพยากรทางทะเล โดยเฉพาะหรืออาจกล่าวได้ว่าทรัพยากรทางทะเลของประเทศใดก็มีประชาชนของประเทศนั้นเป็นเจ้าของ

ดังนั้น การประกอบกิจการประมงทะเลจึงเปิดโอกาสให้ผู้มีความสามารถเข้ามาประกอบอาชีพประมงหรือจับสัตว์น้ำได้โดยเสรี トラบใดที่ผู้ประกอบการประมงได้รับผลตอบแทนที่พอใจก็จะมีการขายกิจการประมงหรือมีผู้เข้ามาประกอบอาชีพประมงใหม่เรื่อย ๆ ผลที่ตามมาก็คือ มีการใช้ทรัพยากรประมงทะเลมากเกินไป ทำให้ทรัพยากรประมงทะเลเสื่อมโทรมอย่างรวดเร็ว และผู้ประกอบการประมงเองประสบภาวะขาดทุนการใช้ปัจจัยการผลิตทำประมง เช่น ทุน แรงงาน ถูกใช้อย่างไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้นถ้าหากไม่มีการจัดการทรัพยากรประมงทะเลที่เหมาะสมแล้ว มิใช่เพียงแต่ทรัพยากรที่มีอยู่จะถูกทำลายเท่านั้น แต่ยังจะเกิดผลเสียต่อผู้ประกอบการประมงเอง และจะมีผลกระทบต่อผู้บริโภค ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมด้วย

การบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเล หมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นผลให้แหล่งทรัพยากรประมงคงความอุดมสมบูรณ์และให้การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรประมงเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักวิชาการประมง รวมถึงการทำนุบำรุง ปรับปรุงและรักษาแหล่งทรัพยากรการประมง การพัฒนาเครื่องทำการประมง การทำการประมงและการนำทรัพยากรประมงมาใช้ประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและคุ้มค่า เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากทรัพยากรสัตว์น้ำอย่างเต็มที่ และมีผลตอบแทนทางเศรษฐกิจสูงสุดและถาวร

วัตถุประสงค์โดยทั่วไปของการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเล สามารถแยกได้เป็น 4 ประการคือ⁶²

1. วัตถุประสงค์ทางด้านวิชาการประมง (Biological Objectives) เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรประมงให้คงอยู่ สามารถใช้ประโยชน์ได้สูงสุดและยั่งยืน วัตถุประสงค์นี้ทำให้เกิดแนวความคิดในการจัดการทรัพยากรประมงโดยการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อจับสัตว์น้ำให้ได้ศักยภาพผลิตสูงสุด (Maximum Sustainable Yield - MSY) เหตุผลเนื่องจากถ้ามีการจับสัตว์น้ำต่ำกว่าระดับ MSY จะเป็นการสูญเสียทรัพยากรสัตว์น้ำไปโดยเปล่าประโยชน์ เพราะสัตว์น้ำถ้าไม่จับหรือจับน้อยไปก็จะตายเองตามธรรมชาติ แต่ถ้าจับมากเกินไปก็จะทำลายประชากรสัตว์น้ำ จึงต้องการระดับ MSY เพื่อมุ่งที่จะรักษาประชากรสัตว์น้ำอยู่ในระดับที่จะขยายแพร่พันธุ์เพื่อให้ได้ผลผลิตสูงสุดตลอดไป

2. วัตถุประสงค์ทางด้านเศรษฐศาสตร์ (Economics Objectives) เพื่อให้การใช้ทรัพยากรประมงเกิดประโยชน์สูงสุดทางเศรษฐกิจ วัตถุประสงค์นี้ทำให้เกิดแนวความคิดที่จะใช้มาตรการต่างๆ เพื่อให้ได้ผลตอบแทนสุทธิที่ได้รับจากการจับสัตว์น้ำสูงสุด (Maximum Economic

⁶² แนวความคิดในการจัดการทรัพยากรประมงของประเทศไทย (น. 318), โดย สมหญิง เจริญ ไตรรัตน์, 2525, บทความทางวิชาการ สาขาเศรษฐศาสตร์และเศรษฐศาสตร์การเกษตร เสนอในการประชุมวิชาการ ครั้งที่ 20 ณ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ 1- 5- กุมภาพันธ์ 2525.

Yield - MEY) เหตุผลของ MEY มิได้คำนึงถึงแต่เฉพาะทรัพยากรประมงอย่างเดียว แต่คำนึงถึงการ
ใช้ทรัพยากรทุกชนิด เช่น แรงงาน ทุน อุปกรณ์ทำประมงต่าง ๆ ที่มีอยู่อย่างจำกัดให้มีประสิทธิภาพ
สูงสุดด้วย โดยมุ่งที่จะให้มีการจัดสรรผลผลิตที่เหมาะสมใช้ต้นทุนต่ำสุดในการจับสัตว์น้ำ มีการ
ดึงดูดใจให้มีการปรับปรุงและนำเอาเทคนิคการทำประมงใหม่ ๆ มาใช้ให้ชาวประมงได้รับ
ผลตอบแทนที่เหมาะสม ตลอดจนรักษาเสถียรภาพในด้านผลผลิต ราคา และรายได้

3. วัตถุประสงค์ทางด้านสังคม (Social Objectives) เพื่อให้การใช้ทรัพยากรประมง
สร้างความกินดีอยู่ดีแก่ประชาชนในประเทศ วัตถุประสงค์นี้ทำให้เกิดแนวความคิดที่จะให้การ
จัดการทรัพยากรประมงเกิดผลประโยชน์ต่อสังคมสูงสุด (Maximum Social Yield) เช่น การ
กระจายรายได้ให้เท่าเทียมกันยิ่งขึ้น การลดปัญหาการว่างงาน เป็นต้น

4. วัตถุประสงค์ทางการเมือง (Political Objectives) การจัดการทรัพยากรประมง
โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อลดปัญหาทางการปกครอง เช่น ลดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จาก
แหล่งประมง เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับประเทศเพื่อนบ้านเรื่องอาณาเขตการทำประมง ตลอดจนการ
ป้องกันรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศชาติ และเพื่อความมั่นคงมี
เสถียรภาพของรัฐบาล เป็นต้น

ในการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเลเพื่อให้บรรลุ
วัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ จำเป็นต้องใช้มาตรการต่างๆ การจะใช้มาตรการให้เหมาะสมไม่ใช่เรื่อง
ง่าย เพราะการจัดการทรัพยากรทางทะเลนั้นมีความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของมนุษย์ซึ่งปกติไม่มี
แบบแผนที่แน่นอน และต้องคำนึงถึงปัญหาสภาพแวดล้อมทั้งด้านสังคม เศรษฐกิจ ทรัพยากร
ประมง และการเมืองด้วย มาตรการหนึ่งๆ อาจไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้พร้อมกัน
นอกจากนั้นแต่ละวัตถุประสงค์อาจขัดแย้งและอาจต้องมีการเสียสละวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งเพื่อให้
ได้มาซึ่งวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้การจัดการทรัพยากรประมงนั้นเหมาะสมกับ
สภาพแวดล้อมของประเทศ สถานะด้านทรัพยากรและความต้องการของสังคม

มาตรการทั่วไปที่ใช้ในการจัดการทรัพยากรประมง มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

1. มาตรการที่มีผลกระทบต่อขนาดของสัตว์น้ำที่จับได้ เช่น การกำหนดฤดูกาลทำ
ประมง การกำหนดขนาดสัตว์น้ำที่จับได้ เป็นต้น

2. มาตรการที่มีผลกระทบต่อปริมาณกำลังลงแรงประมง (Fishing Effort) เช่น การ
จำกัดเวลาทำการประมงหรือบริเวณทำประมง การจำกัดเครื่องมือทำประมง การกำหนดปริมาณการ
จับ (Quota) การใช้ระบบภาษี และการควบคุมอนุญาตบัตรทำประมง (License)

โดยปกติแล้ว ประเทศต่างๆ จะปล่อยให้มีการทำประมงโดยเสรี นอกจากนี้อาจมี
มาตรการกำหนดขนาดของสัตว์น้ำที่เหมาะสม หรือกำหนดฤดูทำประมง เพื่อป้องกันการทำลาย

ประชากรสัตว์น้ำ โดยเฉพาะเมื่อสัตว์น้ำชนิดนั้นสูญพันธุ์ง่าย หรืออาจมีการห้ามจับปลาในบริเวณปลาวางไข่ มาตรการอื่นๆ ที่มีผลกระทบต่อกำลังแรงประมงนั้นมักนำมาใช้เมื่อการใช้กำลังลงแรงประมงมากเกินไปจนเกินกว่าระดับที่จะให้ได้ MSY ผลคือมีการทำประมงมากเกินไปและส่งผลกระทบต่อผลตอบแทนที่ชาวประมงได้รับ มาตรการดังกล่าวนี้บางมาตรการมุ่งจะแก้ปัญหาทรัพยากรเสื่อมโทรม แต่ผลทำให้เกิดความไม่มีเสถียรภาพในด้านผลผลิต ราคาและรายได้ที่ชาวประมงได้รับ หรือมาตรการบางอย่างทำให้ต้นทุนการทำประมงสูงขึ้นโดยไม่จำเป็น เช่น การกำหนดปริมาณการจับสัตว์น้ำ (Quota) เมื่อใดที่ชาวประมงจับสัตว์น้ำถึงปริมาณที่กำหนดก็จะห้ามไม่ให้ชาวประมงจับสัตว์น้ำต่อไป วิธีนี้ทำให้ชาวประมงแต่ละคนพยายามจับสัตว์น้ำให้ได้มากที่สุดและเร็วที่สุดก่อนที่ปริมาณสัตว์น้ำจะถึงจำนวนที่กำหนด ผลคือทำให้ไม่มีเสถียรภาพในระดับราคา คือในช่วงแรกๆ ราคาสัตว์น้ำจะต่ำ เพราะสัตว์น้ำมีปริมาณมาก และราคาจะสูงขึ้นในช่วงต่อไป นอกจากนั้นยังอาจทำให้ต้นทุนในการเก็บรักษาสูงขึ้น ในขณะที่คุณภาพของสัตว์น้ำต่ำลง มาตรการบางอย่างมุ่งจะลดกำลังแรงประมงถึงระดับที่ทำให้ผลตอบแทนจากการทำประมงสูงสุด (MEY) เพราะ MEY จะประกันว่าการจัดการทรัพยากรประมงจะทำให้การจัดการทรัพยากรทุกอย่างในระบบเศรษฐกิจ มีประสิทธิภาพที่สุด เช่น การเก็บภาษี การจำกัดอายุบัตรการทำประมง แต่ผลอาจทำให้เกิดการว่างงาน นอกจากนั้นระดับ MEY ไม่ใช่ระดับที่ใช้ผลผลิตจากประมงสูงสุด จึงอาจจะกระทบต่อความต้องการบริโภคสินค้าสัตว์น้ำตลอดจนการส่งสัตว์น้ำออกได้ การกำหนดมาตรการต่างๆ บางอย่างอาจมีผลทำให้เกิดความขัดแย้ง ความไม่พอใจจนกระทั่งถึงกับมีการต่อต้านรัฐบาลซึ่งอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้รัฐบาลขาดความมั่นคงในทางการเมืองได้เช่นกัน

ดังนั้น การบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและการทำประมงทางทะเลจึงเป็นปัญหาที่ค่อนข้างละเอียดอ่อน นอกจากปัญหาเกี่ยวกับการขัดแย้งกันเองของวัตถุประสงค์ในการจัดการแล้ว ปัญหาอื่นๆ ที่ควรกล่าวถึง คือ การเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ต่างๆ เช่น การจัดการเพื่อจะสงวนรักษาทรัพยากรประมงอาจตามไม่ทันกับเทคนิคการทำประมงที่ทันสมัยมากยิ่งขึ้นทุกวัน ปัญหาในด้านภูมิศาสตร์ก็อาจทำให้การจัดการทรัพยากรประมงไม่ได้ผลเท่าที่ควร เช่น ทรัพยากรประมงอาจมีส่วนหนึ่งอยู่ในน่านน้ำของประเทศ และมีบางส่วนอยู่ในน่านน้ำระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้องค์กรที่รับผิดชอบไม่สามารถตัดสินใจที่จะใช้มาตรการใดๆ จัดการทรัพยากรประมงนั้นได้อย่างเต็มที่ เป็นต้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดการทรัพยากรประมงต้องอาศัยข้อมูลทางด้านวิชาการประมง (Scientific Input) ที่ถูกต้องและเพียงพอ นอกจากนั้นบริเวณทำประมงและแหล่งน้ำต่างๆ อาจใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น เช่น การขนส่ง การขุดแร่ และเป็นแหล่งอุตสาหกรรมต่างๆ อันทำให้เกิดมลภาวะเป็นพิษเป็นอันตรายต่อทรัพยากรสัตว์น้ำ การจัดการเพื่อแก้ปัญหานี้ก็ต้องการประสานงาน

ร่วมกันระหว่างทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และที่สำคัญที่สุดคือความสามารถในการนำเอามาตรการในการจัดการประมงมาบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ

2.5.2 พัฒนาการเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรประมงทางทะเลของประเทศไทย⁶³

การประมงทะเลของไทยได้เริ่มพัฒนาขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เริ่มแรกเป็นการขยายขอบเขตการประมงปลาทูด้วยเครื่องมือประเภทอวนล้อมจับ ผลผลิตสัตว์น้ำทะเลได้เพิ่มปริมาณจาก 120,173 ตัน ในปี พ.ศ. 2490 เป็น 146,471 ตัน ในปี พ.ศ. 2503 ซึ่งผลผลิตส่วนใหญ่เป็นสัตว์น้ำพวกปลาทูแล้ง

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2503 เป็นต้นมา การประมงทะเลได้มีการพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็วเนื่องจากผลสำเร็จในการทดลองใช้เครื่องมือประมงแบบอวนลากแผ่นตะเฆ่ซึ่งมีประสิทธิภาพในการจับสัตว์น้ำประเภทหน้าดินสูง ประกอบกับการค้นพบแหล่งประมงใหม่ๆ ในน่านน้ำนอกอาณาเขตตั้งแต่ปี พ.ศ. 2509 เป็นต้นมา ทำให้ปริมาณสัตว์น้ำทะเลเพิ่มขึ้นจนกระทั่งถึงปริมาณสูงสุดในปี พ.ศ. 2520 ประมาณกว่า 2 ล้านตัน⁶⁴ หรือเท่ากับร้อยละ 94 ของผลผลิตสัตว์น้ำทั้งประเทศ ปริมาณสัตว์น้ำทะเลที่จับได้นี้ประมาณร้อยละ 75 เป็นสัตว์น้ำประเภทปลา ซึ่งแยกได้เป็นปลาหน้าดินและปลาผิวน้ำในอัตราส่วน 51 :24 แม้ว่าปริมาณสัตว์น้ำประมงนี้จะสูง แต่มีมูลค่าประมาณร้อยละ 50 ของมูลค่ารวมเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากสัตว์น้ำประมงนี้ประกอบด้วยปลาเบ็ดเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งปลาเบ็ดเป็นปลาที่มีราคาต่ำและไม่สามารถใช้บริโภคได้โดยตรง จะใช้เป็นวัตถุดิบเพื่อผลิตปลาป่นหรือใช้เป็นอาหารสัตว์เท่านั้น ส่วนผลผลิตสัตว์น้ำประมง หอย กุ้ง และปลาหมึก มีปริมาณต่ำ แต่มูลค่าค่อนข้างสูง

สำหรับแหล่งทำประมงของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น อาจกล่าวได้ว่ามีอยู่ 2 แหล่งด้วยกัน คือ ทะเลในอ่าวไทยและทะเลอันดามัน กรมประมงได้ดำเนินการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับทรัพยากรสัตว์น้ำทะเลในอ่าวไทย ซึ่งให้เห็นว่าตั้งแต่ปี พ.ศ. 2516 เป็นต้นมา ปริมาณการจับปลาหน้าดินโดยการประมงอวนลากนั้นสูงเกินกว่าศักยภาพการผลิตของทรัพยากร (685,684 ตันต่อปี แต่ปี พ.ศ. 2520 มีการจับปลาหน้าดินถึงปริมาณ 925,671 ตัน) กำลังลงแรงประมงอวนลากที่มีอยู่ในปัจจุบันสูงกว่าระดับที่เหมาะสมถึงประมาณร้อยละ 58 ส่วนการประมงปลาผิวน้ำได้มีการประมงปลาผิวน้ำที่สำคัญทางเศรษฐกิจเต็มศักยภาพการผลิตสูงสุดของปลาเหล่านี้แล้ว

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาถึงปริมาณการจับปลาหน้าดินและปลาผิวน้ำและกำลังลงแรงประมงที่เหมาะสมในเชิงเศรษฐกิจในอ่าวไทย พบว่าถ้าจะให้การทำประมงได้รับผลตอบแทน

⁶³ แนวความคิดในการจัดการทรัพยากรประมงของประเทศไทย (น. 321-323). เล่มเดิม.

⁶⁴ แผนแม่บทการจัดการประมงทะเลของไทย (น. 5) กรมประมง กระทรวงเกษตรและสหกรณ์, 2553.

สุทธิสูงสุดในระยะยาวแล้ว จะต้องมีการลดกำลังลงแรงประมงถึงร้อยละ 73 สำหรับการจับปลาหน้าดิน และร้อยละ 71 สำหรับการจับปลาผิวน้ำ

ผลการศึกษาเกี่ยวกับทรัพยากรกุ้งทะเลและหมึก ก็ปรากฏว่าทรัพยากรสองชนิดนี้เริ่มอยู่ในภาวะเสื่อมโทรมเช่นกัน อัตราการจับเฉลี่ยรวมของสัตว์น้ำเหล่านี้เริ่มมีแนวโน้มลดลง โดยเฉพาะกุ้งขนาดใหญ่ กุ้งกระดาน หมึกกล้วย และหมึกหอม

สำหรับทรัพยากรสัตว์น้ำทะเลทางฝั่งอันดามันก็อยู่ในสภาวะเสื่อมโทรม เนื่องจากมีปริมาณจำกัดและได้มีการประมงมากเกินไป โดยเฉพาะในปี พ.ศ. 2512-2556 อันทำให้ทรัพยากรสัตว์น้ำเกือบทุกประเภทมีความชุกชุมน้อยมาก (ผลการศึกษาของผู้เชี่ยวชาญโครงการทะเลจีนใต้ พ.ศ. 2521 ผลตอบแทนของการทำประมงสูงสุดของปลาหน้าดินทางฝั่งอันดามันมีปริมาณ 200,000 ตัน แต่เมื่อปี พ.ศ. 2512 มีการจับปลาหน้าดินถึงปริมาณ 216,000 ตัน)⁶⁵

ดังนั้น โดยสรุปแล้วทรัพยากรสัตว์น้ำทะเลทั่วไปในบริเวณอ่าวไทยและฝั่งทะเลอันดามันได้ถูกจับใช้ประโยชน์จนเต็มศักยภาพการผลิตแล้วเป็นส่วนใหญ่ โอกาสที่จะขยายปริมาณการผลิตและกำลังลงแรงประมงทะเลขึ้นอีกนั้นจึงทำได้น้อยมาก

ปัญหาสำคัญเกี่ยวกับทรัพยากรประมงซึ่งต้องการการบริหารจัดการ สามารถแยกได้ดังนี้⁶⁶

1. ทรัพยากรประมงทะเล

1.1 ทรัพยากรสัตว์น้ำทะเล โดยเฉพาะในอ่าวไทยเสื่อมโทรม เพราะมีการทำประมงมากเกินไป สาเหตุมาจากการเพิ่มจำนวนเรือประมงอวนลาก ซึ่งเครื่องมือชนิดนี้จับสัตว์น้ำหน้าดินทุกชนิด ในช่วงปี พ.ศ. 2510-2514 ผลผลิตสัตว์น้ำเพิ่มขึ้นจากช่วงปี พ.ศ. 2505-2509 เก่าตัว แต่ถึงช่วงปี พ.ศ. 2515-2519 ผลผลิตสัตว์น้ำเพิ่มขึ้นร้อยละ 28.6 เท่านั้น แสดงการเพิ่มขึ้นในอัตราที่ลดลงและในปี พ.ศ. 2520 สัตว์น้ำทะเลมีปริมาณสูงสุดประมาณ 2.0 ล้านตัน แต่เริ่มลดลงเหลือประมาณ 1.9 ล้านตัน ในปี พ.ศ. 2521

นอกจากนั้น ผลจากการพัฒนาอวนลากเรือประมงอวนลาก ทำให้ทรัพยากรสัตว์น้ำหน้าดินเสื่อมโทรม ปริมาณจับเฉลี่ยต่อชั่วโมงลากอวนของเรือสำรวจประมง 2 ของกรมประมง ลดลงจากปริมาณ 231.6 กิโลกรัมต่อชั่วโมง ในปี พ.ศ. 2506 เป็นปริมาณ 47.3 กิโลกรัมต่อชั่วโมง ในปี พ.ศ. 2520 และในขณะเดียวกันสัตว์น้ำทะเลที่เคยใช้เพื่อการบริโภคของมนุษย์ลดลงจากร้อยละ 77 เป็นร้อยละ 50 ภายในระยะเวลา 10 ปี (จากปี พ.ศ. 2511-2522) และสัตว์น้ำทะเลใช้เพื่อการเลี้ยงสัตว์

⁶⁵งานสถิติการประมง (น.6) กรมประมง กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ , 2556.

⁶⁶แนวความคิดในการจัดการทรัพยากรประมงของประเทศไทย (น. 324). เล่มเดิม.

เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 15 เป็นร้อยละ 42 ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ทั้งนี้ จากส่วนประกอบของสัตว์น้ำทะเลที่ประกอบด้วยปลาเบ็ดมากขึ้น⁶⁷

1.2 การประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเล ของประเทศเพื่อนบ้านหลายประเทศ ทำให้บริเวณทำประมงของเรือประมงไทยลดลง ซึ่งประมาณว่าผลกระทบจากการนี้จะทำให้ทะเลหลวงซึ่งเคยเป็นแหล่งจับปลาของเรือประมงไทยไม่น้อยกว่า 300,000 ตารางไมล์ทะเล ต้องกลายเป็นเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศเพื่อนบ้าน⁶⁸ และจะทำให้ปริมาณสัตว์น้ำทะเลที่เคยจับได้โดยเรือประมงไทยลดลงประมาณปีละ 400,000-600,000 ตัน ดังนั้น โอกาสที่เรืออวนลากขนาดใหญ่ของไทยจะกลับเข้ามาทำประมงในเขตน่านน้ำไทยซึ่งทรัพยากรสัตว์น้ำลดลงทุกวันจึงมีมากขึ้น

ดังนั้น รัฐบาลจึงได้มีมาตรการต่างๆ ในการบริหารจัดการทรัพยากรประมงทางทะเล และช่วยเหลือชาวประมง โดยสรุปดังนี้

1. การอนุรักษ์ทรัพยากรจากอดีตถึงปัจจุบัน รัฐบาลได้มีมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรประมงในทะเลตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งเป็นมาตรการเกี่ยวกับการกำหนดฤดูทำการประมง กำหนดเขตทำการประมง กำหนดเครื่องมือประมงไม่ให้ทำประมงในบริเวณบางแห่ง และห้ามจับสัตว์น้ำบางชนิด ทั้งนี้ เพื่อรักษาสภาพสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ สงวนพันธุ์สัตว์น้ำในวัยอ่อนและไข่ของสัตว์น้ำไม่ให้ถูกจับและถูกทำลายมากเกินไป ตลอดจนเพื่อป้องกันการพิพาทกันเองระหว่างชาวประมง

2. การลดต้นทุนทำประมง สืบเนื่องมาจากปัญหาการมีการทำประมงมากเกินไป และราคาน้ำมันตลอดจนปัจจัยการผลิตอย่างอื่นมีราคาสูงขึ้น รัฐบาลจึงได้มีมาตรการช่วยเหลือชาวประมงเพื่อให้สามารถประกอบอาชีพประมงต่อไปได้ เช่น หาแหล่งเงินกู้ซึ่งมีอัตราดอกเบี้ยต่ำ ยกเลิกภาษีสำหรับเครื่องยนต์ที่ใช้ในการประมง ลดราคาน้ำมันดีเซลโดยหักส่วนที่เป็นต้นทุนการตลาดลิตรละ 20 สตางค์ ให้แก่สหกรณ์ประมงและกลุ่มเกษตรกรประมง พร้อมกับจัดหาน้ำมันดีเซลให้ตามความต้องการของกิจการประมงอย่างเพียงพอ

1.3 การเพิ่มรายได้พร้อมกับการลดต้นทุนทำประมง รัฐบาลได้มีมาตรการช่วยเหลือเพิ่มรายได้ให้แก่ชาวประมงโดยพยายามเพิ่มสิ่งอำนวยความสะดวกด้านตลาด เช่น จัดสร้างท่าเทียบเรือเพิ่มขึ้น สร้างห้องเย็นเก็บปลาสดเพิ่มขึ้นเพื่อป้องกันการเคลื่อนไหวของราคา ปรับปรุงการแปรรูป การลำเลียงขนส่งและการรักษา เพื่อให้ปลาเบ็ดและปลาผิวน้ำวัยอ่อนที่ปัจจุบันไม่ได้ใช้เพื่อการบริโภคโดยตรง ให้สามารถเป็นอาหารมนุษย์ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ราคาที่ชาวประมงได้รับสูงขึ้น ส่วน

⁶⁷ งานสถิติการประมง (น. 7). เล่มเดิม.

⁶⁸ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล (น. 4), โดย นาวาโท ทัศนอม เจริญผล, 2520, กรุงเทพฯ.

การช่วยเหลือทางอ้อม เช่น ชดเชยภาษีค่าเสื่อมราคาทรัพย์สิน ภาษีค่าซ่อมบำรุงสำหรับธุรกิจที่ส่งสินค้าสัตว์น้ำไปจำหน่ายต่างประเทศ ส่งเสริมการส่งออกสินค้าสัตว์น้ำไปจำหน่ายต่างประเทศให้มากขึ้น โดยกำหนดมาตรการในการรักษาระดับคุณภาพของสินค้าสัตว์น้ำให้อยู่ในมาตรฐานเดียวกัน และป้องกันการตัดราคากันเองของผู้ส่งออก ให้ผู้ส่งออกสัตว์น้ำทุกรายเข้าเป็นสมาชิกของสมาคมผู้ค้าสัตว์น้ำไทย และเพื่อให้ราคาปลาเปิดซึ่งชาวประมงจับได้เป็นส่วนใหญ่นั้นมีราคาไม่ต่ำกว่ากิโลกรัมละ 2.50 บาท รัฐบาลพยายามหาทางส่งเสริมปลาปนโดยการลดภาษีปลาปนส่งออกและให้โรงงานปรับปรุงคุณภาพปลาปนเพื่อแข่งขันกับตลาดต่างประเทศได้ นอกจากนี้ยังส่งเสริมให้มีการตั้งโรงงานแปรรูปสัตว์น้ำให้มากขึ้น รวมทั้งการเร่งรัดการค้นคว้าทดลองผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ เพื่อขยายตลาดและส่งเสริมให้มีการลงทุนในด้านนี้ให้กว้างขวางขึ้น

2. ปัญหาเกี่ยวกับการขยายเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเล ของประเทศเพื่อนบ้าน รัฐบาลไทยได้มีการเจรจาตกลงลงทุนทำประมงร่วมกับต่างประเทศ เช่น อินโดนีเซีย บังคลาเทศ เพื่อเพิ่มปริมาณสัตว์น้ำและขยายบริเวณทำประมงให้มากขึ้น ในปัจจุบันมีการตั้งคณะผู้แทนเพื่อเจรจาร่วมมือทำประมงกับต่างประเทศ ชื่อว่า “คณะกรรมการการประมงระหว่างประเทศ” ซึ่งมีความรับผิดชอบในการขยายกิจการทำการประมงของไทยในน่านน้ำต่างประเทศและแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการกับต่างประเทศ

ประเทศใดก็ตามที่ประสบปัญหาเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรประมง และจำเป็นต้องมีการจัดการทรัพยากรประมงให้ได้ผลอย่างจริงจังนั้น สิ่งทีหลีกเลี่ยงไม่ได้ก็คือจะต้องทราบสาเหตุของปัญหาเสียก่อนและดำเนินการแก้ไขด้วยการกำหนดมาตรการต่างๆ ในการจัดการที่เหมาะสม การแก้ปัญหาที่ผ่านมาของรัฐบาลนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุและเป็นการแก้ปัญหาในระยะสั้น ดังปรากฏชัดในการแก้ไขปัญหาของการประมงทะเล เมื่อมีปัญหาทรัพยากรเสื่อมโทรมทำให้ชาวประมงเดือดร้อน รัฐบาลต้องการบรรเทาความเดือดร้อนของชาวประมง จึงได้มีมาตรการต่างๆ ทั้งการลดต้นทุนการทำประมงและการเพิ่มรายได้ดังที่กล่าวมาแล้ว แม้ว่าผลของการลดต้นทุนหรือเพิ่มรายได้จะทำให้ชาวประมงได้รับผลตอบแทนดีขึ้นและสามารถทำประมงได้ต่อก็ตาม แต่ถ้าพิจารณาให้ละเอียดแล้วในที่สุดที่จะกลับเป็นผลเสียต่อทรัพยากรและชาวประมงเอง คือทรัพยากรที่เสื่อมโทรมอยู่แล้วจะไม่มีทางฟื้นตัวได้ ในขณะเดียวกันชาวประมงก็จะประสบกับปัญหาผลตอบแทนต่ำเช่นเดิมและต้องให้รัฐบาลช่วยเหลือต่อไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด มาตรการช่วยเหลือบางอย่าง เช่น การพยายามประกันราคาปลาเปิด อาจเท่ากับเป็นการเร่งให้ทรัพยากรประมงถูกทำลายเร็วขึ้นด้วย ส่วนมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากร เช่น การกำหนดฤดูทำการประมง กำหนดเขตทำประมง และกำหนดเครื่องมือไม่ให้ทำประมงในบริเวณบางแห่งหรือห้ามจับสัตว์น้ำบางชนิดนั้น แม้จะเป็นผลดีในการสงวนพันธุ์สัตว์น้ำ แต่อาจมีผลเสียทำให้เพิ่มความกดดัน

แก่ชาวประมงพาณิชย์บางกลุ่มที่ไม่สามารถทำประมงในฤดูหรือใช้เครื่องมือบริเวณที่ห้ามได้ จึงอาจต้องย้ายบริเวณทำประมง ซึ่งเป็นไปได้ว่าทางออกก็จะกลับมาทำประมงในบริเวณชายฝั่ง และอาจเกิดการขัดแย้งกับชาวประมงพื้นบ้านได้

สำหรับปัญหาบริเวณทำการประมงลดน้อยลง เพราะผลจากการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะนั้น แม้ว่าประเทศไทยจะได้มีการเจรจาตกลงจะลงทุนร่วมกับประเทศเพื่อนบ้านแต่ในทางปฏิบัติข้อตกลงเงื่อนไขต่างๆ นั้นยากที่จะสำเร็จได้ในระยะเวลาสั้น เพราะขั้นตอนต่างๆ ของการลงทุนทำประมงร่วมกันเช่น การตั้งบริษัทร่วมลงทุน การสัญญาเช่าเรือ การกำหนดราคาเรือ ราคาสัตว์น้ำ และการส่งเสริมการลงทุน ต้องผ่านความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของประเทศคู่สัญญามากมาย ดังนั้น ความหวังที่จะหาแหล่งประมงใหม่ที่ทรัพยากรสัตว์น้ำยังถูกใช้ไม่เต็มที่นั้น จึงค่อนข้างมีคณ หรือแม้ว่าการเจรจาลงทุนทำประมงร่วมกับประเทศอื่นจะประสบผลสำเร็จก็ไม่อาจหวังได้ว่าจะสามารถลงทุนร่วมกันได้เป็นการถาวร เพราะจะต้องมีวันหนึ่งที่ประเทศคู่สัญญาสามารถพัฒนาการทำประมงและพัฒนากองเรือประมงของตนเองได้ ในที่สุดเรือประมงของไทยก็อาจต้องกลับเข้ามาทำประมงในเขตน่านน้ำของประเทศไทยต่อไป

ดังนั้น การบริหารจัดการทรัพยากรประมงทะเลของประเทศไทย จึงจำเป็นต้องพิจารณาสาเหตุของปัญหา ซึ่งทราบแล้วว่าทรัพยากรประมงเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ โดยเฉพาะ เพราะฉะนั้นการดักตวงทรัพยากรมาใช้ประโยชน์จึงเป็นไปได้ในลักษณะเพื่อผลประโยชน์ส่วนบุคคล ตราบใดที่การประมงยังเปิดให้มีการเข้าออกหรือขยายกำลังลงแรงประมงได้อย่างเสรี การเกิดปัญหาเนื่องจากการทำประมงมากเกินไปกับการลงทุนมากเกินไปจนความจำเป็น (Over Fishing and Overcapitalisation) เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ การแก้ไขต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและต้องไม่ทำให้ชาวประมงถูกบังคับทางอ้อมให้มีต้นทุนในการทำประมงสูงขึ้นเกินความจำเป็น ตัวอย่างเช่น มาตรการกำหนดระยะเวลาทำประมงจาก 12 เดือน ลดลงเป็น 6 เดือน เป็นต้น (เมื่อระยะเวลาทำประมงเหลือเพียง 6 เดือน ชาวประมงอาจลงทุนติดตั้งอุปกรณ์ทันสมัยต่างๆ เพื่อจับสัตว์น้ำให้มากที่สุดและเร็วที่สุดส่วนระยะเวลาอีก 6 เดือน ที่ไม่ได้ทำประมง เรือและปัจจัยการผลิตอื่นๆ ถูกทิ้งไว้เฉย ๆ) ดังนั้น ในสภาพปัญหาในปัจจุบันมาตรการที่เหมาะสมที่สุด คือการลดจำนวนเรืออวนลาก เพื่อให้ทรัพยากรฟื้นตัวและชาวประมงที่ยังทำประมงอวนลากอยู่ต่อไปได้รับผลตอบแทนที่เหมาะสม และในสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยซึ่งมีปัญหาการว่างงาน การขาดดุลการชำระเงิน ควรลดจำนวนเรือให้ถึงระดับ การลดจำนวนเรือประมงสามารถใช้การจำกัดจำนวนใบอนุญาต (License Limitator) เป็นเครื่องมืออนุญาตที่ออกให้ชาวประมงอาจเป็นประเภทที่โอนให้ผู้อื่นไม่ได้ เมื่อผู้ที่ถือใบอนุญาตเลิกทำประมงก็เท่ากับเป็นการถอนใบอนุญาตทำประมงอวนลากทันที รัฐบาลอาจช่วยเร่งการลดจำนวนเรือ โดยตั้งกองทุนซื้อเรือประมงจากผู้

ต้องการเลิกอาชีพทำประมง (Bay-Back) เรือที่ซื้ออาจนำไปประมงขายต่อไปในอุตสาหกรรมอื่นๆ เช่น ขนส่ง ท่องเที่ยว ชุดแร่ เป็นต้น พร้อมกับพิจารณาเพิ่มค่าอาชญาบัตรให้สูงขึ้น เพราะผู้ที่ยังทำประมงอยู่จะได้รับผลประโยชน์เต็มที่ได้จากการใช้ทรัพยากรโดยตรงนอกจากนั้นรัฐบาลอาจกำหนดกฎเกณฑ์อื่นๆ ให้มีการลดจำนวนเรืออย่างรวดเร็ว เช่น การออกอาชญาบัตร 2 ประเภท ประเภทแรกมีสิทธิทำประมงอวนลากตลอดไป อีกประเภทอาจให้ทำอยู่ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่เงื่อนไขของการแบ่งประเภทอาชญาบัตรจะต้องศึกษาโดยละเอียดเพื่อให้เกิดความยุติธรรมที่สุด การดำเนินการลดจำนวนเรืออวนลากนั้น รัฐบาลต้องหาทางส่งเสริมหรือพัฒนาอาชีพอื่นๆ เช่น การเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำชายฝั่งเพื่อให้ชาวประมงที่ออกจากการประมงอวนลากมีงานทำ และอาจมีการจัดสรรเงินทุนจำนวนหนึ่งให้ชาวประมงอวนลากที่จะเปลี่ยนอาชีพผู้โดยมีเงื่อนไขน้อยที่สุด วงเงินที่จะให้ผู้ส่วนหนึ่งอาจได้มาจากเงินค่าอาชญาบัตรที่เก็บเพิ่มขึ้น เป็นการโอนเงินจากผู้ได้ประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรมาช่วยเหลือผู้เสียประโยชน์จากการเลิกใช้ทรัพยากรนั้น (เงินค่าอาชญาบัตรอาจเข้ากองทุนซื้อเรือคืน แต่ในระยะต่อไปควรนำมาใช้ในลักษณะที่จะให้ประโยชน์แก่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของทรัพยากร) และเมื่อมีการลดจำนวนเรือประมงอวนลากก็ต้องมีการกำหนดขนาดตาอวนกันธง เพื่อใช้จับสัตว์น้ำขนาดที่สมควรด้วย การลดจำนวนเรืออวนลากหากประสบผลสำเร็จก็จะไม่ทำให้ชาวประมงมีความกดดันจากมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากร ซึ่งรัฐบาลประกาศใช้อยู่ในปัจจุบันอีกต่อไป⁶⁹ ควบคู่ไปกับการลดจำนวนเรือประมงอวนลาก จำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐบาลจะต้องควบคุมจำนวนเรือประมงที่จับปลาผิวน้ำไม่ให้เพิ่มขึ้นได้อีก เพราะถ้าไม่มีการควบคุมแล้วชาวประมงที่ออกจากการทำประมงอวนลาก อาจย้ายเข้ามาทำการประมงปลาผิวน้ำซึ่งมีปริมาณการจับถึงศักยภาพการผลิตสูงสุดอยู่แล้ว อันจะทำให้รายได้ของชาวประมงที่จับปลาผิวน้ำต่ำลง นอกจากนั้นเมื่อชาวประมงอวนลากที่เหลือมีรายได้เพิ่มขึ้น อาจมีความต้องการเปลี่ยนแปลง ปรับปรุง ซ่อมอุปกรณ์เครื่องมือทำประมงต่างๆ เพิ่มขึ้น อันจะทำให้ราคาปัจจัยเหล่านี้สูงขึ้น ชาวประมงปลาผิวน้ำซึ่งมีรายได้ต่ำลงอาจไม่สามารถแข่งขันเพื่อซื้ออุปกรณ์ทำประมงต่างๆ ได้ ปัญหาดังกล่าวถ้าปล่อยให้เกิดขึ้นแล้วรัฐบาลจะต้องตามแก้ไขต่อไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด

อย่างไรก็ตามเพื่อให้มาตรการต่างๆ ที่ใช้ในการจัดการทรัพยากรประมงใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพจึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายข้อบังคับ ระเบียบต่างๆ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันและทันกับสถานการณ์ในอนาคตด้วย

แนวความคิดในการจัดการทรัพยากรประมงดังกล่าว มุ่งจะแก้ปัญหาเร่งด่วนที่เกิดขึ้นในอุตสาหกรรมประมง เพื่อให้การนำทรัพยากรประมงขึ้นมาใช้เหมาะสมกับกำลังผลิตของแหล่ง

⁶⁹ แนวความคิดในการจัดการทรัพยากรประมงของประเทศไทย (น. 329). เล่มเดิม.

ประมงและให้ได้รับประโยชน์จากทรัพยากรประมงตลอดจนมีผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่เหมาะสม แต่การจะพัฒนาการประมงของประเทศให้เจริญก้าวหน้าขึ้นนั้นจะต้องพัฒนาเป็นระบบ ตั้งแต่การหาแหล่งทรัพยากร การทำประมง การตลาด การบริโภค การใช้ประโยชน์จากสัตว์น้ำตลอดจนการพัฒนาความรู้ ความสามารถของนักวิชาการที่เกี่ยวข้อง และให้ความรู้ชาวประมงและประชาชนทั่วไปให้ตระหนักถึงความสำคัญของการอนุรักษ์ อนุรักษ์บำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอย่างยั่งยืน ตลอดจนการสร้างการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรประมงร่วมกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประชาชนและชุมชน เพื่อให้เกิดความร่วมมือในการระดมพลังคนจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในสังคม

กล่าวโดยสรุป ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหาเกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรทางทะเล เช่นเดียวกับหลายประเทศที่มีการพัฒนาการประมงและมีการเพิ่มของประชากรอย่างรวดเร็ว ปัญหาที่ต้องการการแก้ไขอย่างเร่งด่วนในปัจจุบัน คือปัญหาการมีการทำประมงมากเกินไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอ่าวไทย ซึ่งก่อให้เกิดทั้งความสูญเสียทางด้านทรัพยากรประมงและความสูญเสียทางด้านเศรษฐกิจ

การพัฒนาการประมงอวนลากอย่างรวดเร็วและปราศจากการควบคุมใดๆ นั้น ทำให้เกิดปัญหาทั้งในด้านการอนุรักษ์ทรัพยากร และการจัดสรรปัจจัยการผลิตต่างๆ ให้ได้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงสุด การที่เครื่องมืออวนลากจับสัตว์น้ำหน้าดิน ได้ปริมาณมากทำให้ชาวประมงมีรายได้สูงเป็นเหตุให้จำนวนเรือประมงเหล่านี้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และมีผลให้กำลังแรงงานประมงมากเกินกว่าระดับที่จะทำให้ปริมาณสัตว์น้ำที่จับได้อยู่ในระดับศักยภาพการผลิตสูงสุด ปรากฏว่าความอุดมสมบูรณ์ของประชากรสัตว์น้ำลดลงเรื่อยๆ และสัตว์น้ำตัวอ่อนเจริญเติบโตไม่ทันกับการเพิ่มขึ้นของจำนวนเรือและถูกจับก่อนถึงขนาดที่สมควร ในขณะที่เดียวกับที่ราคาปัจจัยการผลิตในการทำประมงสูงขึ้นและประเทศไทยได้รับความกดดันจากการประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศเพื่อนบ้าน ทำให้บริเวณทำประมงที่เคยเป็นทะเลหลวงกลายเป็นน่านน้ำอาณาเขต ซึ่งมีผลให้ปริมาณสัตว์น้ำที่จับได้โดยเรือประมงไทยลดน้อยลงอีก จึงปรากฏว่าชาวประมงอวนลากส่วนใหญ่ประสบภาวะขาดทุน การประกอบกิจการที่ขาดทุนจะเป็นแรงผลักดันให้ผู้ประกอบกิจการออกจากอุตสาหกรรมประมงอวนลากไปเองนั้นค่อนข้างยาก เพราะปัจจัยการผลิตในทางประมงเคลื่อนย้ายยาก ดังนั้นรัฐบาลต้องมีมาตรการบางอย่างเพื่อป้องกันไม่ให้ปัญหาดังกล่าวทวีความรุนแรงขึ้นอีกในอนาคต นั่นคือรัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงและให้มีการเลิกระบบแข่งขันเสรีในอุตสาหกรรมประมงอวนลาก การควบคุมจำนวนเรือประมงให้อยู่ในระดับเดิมในระยะสั้น และการลดจำนวนเรืออวนลากในระยะยาวเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่สุดแต่จะต้องอาศัยการเปลี่ยนแปลงหลายอย่าง รวมทั้งการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการประมงรวมทั้งกฎข้อบังคับระเบียบให้ทันกับสถานการณ์

ในปัจจุบันและอนาคต การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ใช่ไม่เคยปรากฏมาก่อน ในประเทศที่มีการพัฒนาการประมงเช่นประเทศแคนาดาก็ได้มีประสบการณ์ในการลดจำนวนเรือประมงมาแล้ว และกว่าจะประสบผลสำเร็จได้ก็ต้องอาศัยระยะเวลานานนับสิบปี และสภาพของปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้นจะไม่มีการจัดการทรัพยากรประมงวิธีใดที่ให้ผลดีที่สุดแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเพราะการเปลี่ยนแปลงใดๆ จากสิ่งที่เคยเป็นอยู่นั้น ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าจะต้องมีผู้รับประโยชน์และผู้เสียประโยชน์ การมีมาตรการลดจำนวนเรืออวนลากก็เช่นกัน ผู้ได้รับประโยชน์ในระยะยาวคือผู้ที่มีโอกาสที่จะทำประมงอยู่ต่อไปโดยมีคู่แข่งลดลง และผู้เสียประโยชน์ก็คือผู้ที่ต้องเลิกอาชีพประมงอวนลากหันไปทำประมงชนิดอื่น ซึ่งในระยะต้นอาจเกิดความขัดแย้งบ้าง จึงเป็นหน้าที่ของรัฐบาลที่จะต้องชี้แจงให้ชาวประมงเข้าใจถึงความจำเป็นในการรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวม และช่วยเหลือจัดหาและพัฒนาอาชีพใหม่ให้กับชาวประมงกลุ่มดังกล่าว ให้มีความรู้สึกที่ว่า อาชีพใหม่จะให้ความแน่นอนในรายได้มากกว่าการจะประกอบอาชีพประมงอวนลากต่อไป สิ่งที่สำคัญคือการจะให้ชาวประมงผู้ใดดำเนินกิจการอยู่ต่อไป หรือจะให้หันไปประกอบอาชีพอื่นนั้นจะต้องพิจารณาด้วยความละเอียดรอบคอบ ให้ชาวประมงผู้ที่ต้องออกไปจากอุตสาหกรรมนี้มีความรู้สึกที่ว่า รัฐบาลทำด้วยความยุติธรรมและจริงใจที่จะแก้สถานการณ์ในปัจจุบันเพื่อให้ทรัพยากรประมงปลาหน้าดินได้ถูกใช้ประโยชน์ได้ตลอดไป

นอกจากการลดจำนวนเรือประมงอวนลากแล้ว จะต้องมีการควบคุมการประมงปลาผิวน้ำไม่ให้มีการเพิ่มจำนวนเรือประมงที่จับปลาผิวน้ำได้อีก มิฉะนั้นแล้วปัญหาการใช้ทรัพยากรประมงปลาผิวน้ำก็จะเกิดขึ้นเช่นที่เกิดมาแล้วกับทรัพยากรประมงปลาหน้าดิน

อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายของการบริหารจัดการทรัพยากรประมงทางทะเลก็เพื่อความกินอยู่ดีของประชาชน ดังนั้น การสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดการทรัพยากรประมงทั้งระบบจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง การใช้มาตรการต่างๆ เพื่อพัฒนาทรัพยากรประมงนั้นย่อมมีทั้งมาตรการส่งเสริม อนุรักษ์ ตลอดจนการควบคุม สิ่งเหล่านี้จะประสบผลสำเร็จเมื่อได้รับความร่วมมือจากผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทั้งภาครัฐบาลและเอกชน ดังนั้นปัจจัยสำคัญที่สุดในการพัฒนาทรัพยากรประมงไม่ใช่ทรัพยากรประมงโดยตรงแต่เป็นทรัพยากร “คน” ที่เป็นผู้ใช้ทรัพยากรประมง ทรัพยากรชนิดหลังนี้ ไม่ใช่เพียงแต่มีความรู้ความสามารถเท่านั้น แต่จะต้องมีวินัย มีความซื่อตรงและเคารพสิทธิของผู้อื่น และที่ขาดไม่ได้ก็คือ ต้องมีความอดทน รู้จักเสียสละ และมีจิตสาธารณะ คุณสมบัติเหล่านี้จึงสามารถทำให้การพัฒนาการประมงดังกล่าวประสบผลสำเร็จและนำความเจริญมาสู่ประเทศชาติได้