บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง ในการควบคุมและลงโทษผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม

การประกอบธุรกิจโดยทั่วไปนั้นเป็นเรื่องสิทธิเสรีภาพที่รัฐมักจะไม่เข้าไปแทรกแซงมากนัก เนื่องด้วยต้องการให้กลไกลของตลาดเป็นตัวขับเคลื่อนและผลักดันได้ด้วยตัวเองแต่หากการประกอบธุรกิจนั้นเป็นการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรของรัฐและเป็นการให้บริการแก่ประชาชนเป็นวงกว้างอย่างเช่น การประกอบกิจการโทรคมนาคมมีสินค้าเป็นคลื่นความถี่ซึ่งเป็นทรัพยากรของชาติ รัฐจึงจำเป็นที่ต้องเข้ามามีบทบาทในเชิงของการกำกับดูแลทั้งในมุมของการประกอบกิจการและรวมถึงการคุ้มครองประชาชนผู้ใช้บริการเพื่อให้การใช้ทรัพยากรของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด ในเบื้องต้นจึงจะต้องทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการ ความเป็นมาให้เข้าใจหลักการพื้นฐานเสียก่อนว่าทำไมรัฐ ถึงต้องเข้ามาแทรกแซงการดำเนินการของเอกชน

การศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การควบคุมการกระทำทางปกครอง และการคุ้มครองผู้บริโภค นั้นก็เพื่อให้รู้ที่มาถึงมาตรการทางกฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือของรัฐในการกำหนดเกณฑ์ แนวทาง ตลอดจนการจัดการหรือควบคุมของรัฐ ตลอดจนหลักการเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบัน

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เคารพหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจึงถูกจำแนกออกเป็น 3 กลุ่ม[1] ตามลักษณะของอำนาจที่องค์กรนั้นมีและใช้คือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ แต่ปัญหาใหญ่ปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นหลังจากรัฐธรรมนูญแห่ง

[1] นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). *กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (ตอนที่ 1)*. สืบค้นวันที่ 1 มกราคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=840

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้บังคับคือ สถานะขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจใดในอำนาจอธิปไตย อยู่ใน “ฝ่าย” ใดของสถาบันหลักทั้งสาม และปัญหาว่าการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวจะสามารถถูกควบคุมตรวจสอบได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่ง ณ จุดนี้ จำแนก “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ 1. องค์กรตามรัฐธรรมนูญประเภทศาล 2. องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจในตัวเองซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน 3. องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ไม่มีอำนาจในตัวเอง ซึ่งเป็นปัญหาว่าการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านี้จะสามารถถูกควบคุมตรวจสอบได้หรือไม่ และโดยองค์กรใดจะมีแนวทางหรือมาตรการอย่างไรที่จะควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหา แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐจึงจะเป็นคำตอบโดยอธิบายได้ตามหลักดังต่อไปนี้

2.1.1 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้ตามที่แต่ละคนเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ซึ่งมีคุณค่าสูงสุด[2] รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้คำอธิบายแนวคิดและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐไว้สรุปได้ดังนี้ รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพ ได้เป็น 3 ประเภท คือ[3]

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

---

[2]สมยศ เชื้อไทย. (2552). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. น.171

[3]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). “นิติรัฐ:หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย”, ในหนังสือ *“ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน”*. กรุงเทพ : นิติธรรม. หน้า 1-7

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร

สาระสำคัญของหลักนิติรัฐ มีอยู่ 3 ประการ ดังนี้

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างใดและกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

2.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คือการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หมายความว่าในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎร

กระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบกฎหมายกำหนดไว้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งซึ่งตามหลักการนี้ทำให้ฝ่ายบริหารผูกต่อกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎหมาย หลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง ที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ คือหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ประการหนึ่ง และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อีกประการหนึ่ง

1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้ คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้จะมีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใดอาจตั้งเป็นประเด็นอภิปรายได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงผลผูกพันทั่วไปประกอบกับลำดับชั้นของกฎหมายแล้ว เราอาจสรุปได้ว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมาย

ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไป (กฎหมายลำดับรองหรือที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรียกว่า “กฎ”) ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติรวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่น รัฐมนตรีไม่อาจตรากฎกระทรวงให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 30 ได้ หากมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่เป็นรูปธรรมที่มีผลเฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองทั้งหลายทั้งปวงที่ตนเองตราขึ้นบังคับตลอดจนกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรจะออกคำสั่งเก็บภาษีเกินกว่าที่ปรากฏในประมวลรัษฎากรไม่ได้ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้มีความเห็นว่าในกรณีที่วัตถุแห่งคดีเป็นเรื่องการฟ้องโต้แย้ง กฎ คำว่า “กฎหมาย” ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ทั้งปวงทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่ากฎและเป็นมาตรในการตรวจสอบว่าองค์กรฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎโดยถูกต้องหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายประเพณี(กรณีที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎ) และหลักกฎหมายทั่วไปแต่ถ้าวัตถุแห่งคดีเป็นเรื่องการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คำว่า “กฎหมาย” ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนอกจากจะหมายถึงกฎเกณฑ์ทั้งปวงที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังหมายถึง “กฎ” (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองตนเองและองค์การมหาชน ฯลฯ) อีกด้วยเพราะเราจะใช้กฎเป็นมาตรในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นกัน

ถึงแม้ว่าหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวไม่ได้มีเนื้อหาเลยไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมาหากองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย การกำหนดผลในทางกฎหมายดังกล่าวถือเป็นเรื่องนิตินโยบายที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่าหากระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว ระบบกฎหมายนั้นๆจะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย ในทางวิชาการและในระบบกฎหมายไทย การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายอาจเกิดผล

ในทางกฎหมายได้แตกต่างกันหลายกรณี เช่น การกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการ หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น

2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ตามหลักประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 2 และ 3 นั้น ต้องถือว่ารัฐสภาซึ่งสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องราวต่างๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎรทั้งนี้ ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎกติกาพื้นฐานแห่งรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ราษฎร ด้วยเหตุผลเช่นนี้ หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภาจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองหาได้ไม่

แม้คำว่า “นิติรัฐ” จะไม่ปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่หากพิจารณามาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญให้ดีแล้ว จะพบว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับนี้อย่างชัดเจนยิ่งกว่ารัฐธรรมนูญฉบับใดๆ ก่อนหน้านี้ หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้เพื่อที่ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าว จะกำหนดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ในกรอบที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปกฎหมาย หรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้ประชาชนรู้ล่วงหน้าแล้วนั้น

ในที่สุดแล้วเรายังอาจให้เหตุผลสำหรับการยอมรับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ได้จากหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ เช่นกัน หากพิจารณารัฐธรรมนูญฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมวด 3 ซึ่งว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยแล้ว จะพบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเป็นหลัก ทั้งนี้โดยเปิดโอกาสให้รัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดหรือล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฯ รับรองไว้นั้นภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญฯ บัญญัติไว้ ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจดังกล่าวไว้ให้

มีข้อพึงสังเกตว่า โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้นหรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

3) ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”

เมื่อพิจารณาหลักการย่อยทั้งสองของหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” แล้ว จะพบว่าหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายนั้น” เป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใดส่วนหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจนั้น” อาจเป็นที่ถกเถียงโต้แย้งและมีมติแตกต่างกันได้ว่าหลักการนี้จะต้องบังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ หรือไม่

หากพิเคราะห์หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ประกอบกับเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิของราษฎรได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจสิทธิที่กล่าวถึงนี้ไม่ได้หมายความเฉพาะสิทธิต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น แต่หมายถึงสิทธิที่ราษฎรได้รับมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย กรณีที่กล่าวมานี้ดูจะไม่มีปัญหาใดๆ สำหรับการบังคับใช้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” แต่หากเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล แต่กระทำการในลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลนั้นใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ หรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ราษฎร กรณีดังกล่าวนี้

ยังจำเป็นที่จะต้องเรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยมีฐานทางกฎหมายรองรับหรือไม่กล่าวอีกนัยหนึ่งจำเป็นที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวและมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ ปัญหานี้ยังเป็นปัญหาที่หาข้อยุติที่แน่นอนในทางวิชาการไม่ได้ แม้ในต่างประเทศการยึดถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ก็มีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ย่อมมีความหมาย ดังนี้

ก. มาตรการใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎร จำเป็นที่จะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ มาตรการดังกล่าวนั้น เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลไปเข้ารับราชการทหาร การเข้าตรวจค้นเคหสถาน การลงโทษทางวินัย เป็นต้น

ข. มาตรการใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎรนั้นจะต้องมีรากฐานความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกร การอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรม จะต้องมีการกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากมาตรการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งให้ประโยชน์แก่เอกชนรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นมาตรการที่เห็นได้ชัดว่ากระทบกับสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนรายอื่นแล้ว จำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครองอย่างชัดแจ้งเสมอ มิฉะนั้นแล้ว การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญได้

2.1.3 หลักความเสมอภาค

1) ความหมายของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคใต้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อ

บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้ [4]

2) ประเภทของหลักความเสมอภาค

(1) หลักความเสมอภาคทั่วไป

หลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใดๆของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมิได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ

(2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องคือหลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุกๆเรื่องโดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุกๆ คนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกกัดโดยใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎเกณฑ์ใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก [5]

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องหมายถึงกฎหมายได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจแบ่งหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องออกได้ดังนี้[6]

---

[4] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ .(2550).*หลักความเสมอภาค*.สืบค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2556,จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=657&Page=1

[5] แหล่งเดิม.

[6] บรรเจิด สิงคะเนติ. (2555). *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. หน้า 160-161.

ก. ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม หมายความว่า เมื่อมีกรณีที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล บุคคลทุกคนที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในศาลที่มีเขตอำนาจได้อย่างเท่าเทียมกัน และได้รับการพิจารณาตามกระบวนการพิจารณาอย่างเดียวกัน

ข. ความเสมอภาคในการเข้าทำงานในภาครัฐ หมายความว่า บุคคลทุกคนที่เป็นคนไทยที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนฯ หรือตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม หรือตามกฎหมายอื่นที่กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้าทำหน้าที่ในภาครัฐ บุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะสมัครเข้ารับราชการได้โดยทั่วไปแล้วกระบวนการคัดเลือกที่จะดำเนินการโดยมีการสอบแข่งขันเพื่อพิจารณาความรู้จากความสมมารถของบุคคล การนำหลักเกณฑ์อื่นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานอกจากพิจารณาจากความรู้ความสามารถของบุคคล จึงเป็นกรณีที่อาจขัดกับหลักความเสมอภาค

ค. ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง หมายความว่า บุคคลทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมกำหนดไว้ย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน

ง. ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ได้แก่ ความเสมอภาคในการชำระภาษีให้แก่รัฐมากน้อยตามความสามารถของแต่ละบุคคล ความเสมอภาคในการรับราชการทหารของชายไทยทุกคนที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไปจะต้องเข้ารับราชการทหารประจำการ

จ. ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ เช่น บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอภาคในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปี หรือบุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

2.1.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ประเทศหรือรัฐเสรีประชาธิปไตย ยึดมั่นในลัทธิปัจเจกนิยม(Individualism) ทั้งสิ้น โดยลัทธินี้สอนว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมจะปรากฏตัวออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง มนุษย์ทุกคนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” ภายในแดนแห่งเสรีภาพของตนนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใดๆก็ได้อย่างอิสระ ปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของผู้ปกครอง ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆที่มนุษย์แต่ละคนจำต้องมีและใช้ไปเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจซึ่งรวมกันแล้วเรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” ให้แก่ราษฎรแต่

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่างๆให้ราษฎรนั้นมีความหมายเพียงว่าองค์กรของรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น จะเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นไม่ได้เท่านั้น หาได้เลยไปถึงขนาดว่าองค์กรของรัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างๆใดไม่ได้เลยไม่ ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือในอันที่จะธำรงรักษาไว้ ซึ่งประโยชน์มหาชน องค์กรของรัฐย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้ราษฎรแต่ละคนกระทำการบางอย่าง หรือห้ามมิให้ราษฎรแต่ละคนการทำการบางอย่างได้เสมอ[7]

2.1.5 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

1) ความหมายของจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

โดยทั่วไปแล้วการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญย่อมมีขอบเขตจำกัดเสมอ ไม่มีสิทธิและเสรีภาพใดที่ไม่มีขอบเขตจำกัด เพราะหากสิทธิและเสรีภาพไม่มีขอบเขตจำกัดเลย สภาวะอนาธิปไตย (anarchie) ย่อมเกิดขึ้นเหมือนเมื่อครั้งที่มนุษย์อยู่ในสังคมเถื่อน เพราะทุกคนใช้สิทธิและเสรีภาพเต็มที่ และจะกระทบชีวิต ทรัพย์สิน ร่างกาย ผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่ในสังคมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาสและถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพหมด การใช้สิทธิและเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขต จึงเป็นเหตุให้เกิดการไร้สิทธิและเสรีภาพ[8] ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อเกิดหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพย่อมมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเสมอ

2) ขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดและวางหลักการเกี่ยวกับขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้คือ “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) การใช้สิทธิและเสรีภาพของตนต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นหลักการทั่วไป ที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลหนึ่งจะก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตหรือกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่งย่อมไม่ได้ เพราะแต่ละบุคคลก็ย่อมมีขอบเขตสิทธิและเสรีภาพของตน และอาจจะใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ตัวอย่างเช่น “เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ” การชุมนุมโดยสงบนั้นหมายถึง การชุมนุมที่ไม่ก่อให้เกิด

---

[7] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์.(2538*). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.* หน้า 15-17

[8] ชนินทร์ ติชาวัน. สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย. สืบค้นวันที่ 3 มกราคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1236

ความวุ่นวาย หรือต้องไม่เป็นการยุยงก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคม ดังนั้น หากมีการชุมนุมเกิดขึ้นและมีลักษณะเป็นการก่อความวุ่นวายขึ้นในสังคมย่อมไม่ใช่เป็นการชุมนุมโดยสงบตามที่รัฐธรรมนูญรับรองแต่อย่างใด

(2) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศอันเกิดจากเจตจำนงของประชาชนร่วมกัน ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงต้องกระทำโดยไม่เป็นไปในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำว่าปฏิปักษ์นั้น หมายถึง ฝ่ายตรงกันข้าม ข้าศึก ศัตรู เพราะฉะนั้น ปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญจึง หมายถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นฝ่ายตรงข้าม หรือไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพที่จะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการกระทำที่มีความมุ่งหมายในอันที่จะทำให้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีผลใช้บังคับ หรือเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อทำให้มีการเปลี่ยนแปลงสิ่งอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ต้องไม่ใช้ไปในทางเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ หรือเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือต้องไม่ใช้ไปเพื่อล้มล้างตัวรัฐธรรมนูญ หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่มิได้หมายความว่า จะใช้ไปในทางแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้ถูกต้องขึ้นหรือดีขึ้นตามเจตนารมณ์หรือตามหลักการพื้นฐานดังกล่าวไม่ได้

(3) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องใช้สิทธิและเสรีภาพของตนภายใต้ข้อจำกัดของศีลธรรมอันดีของประชาชน คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” นี้ เป็นทัศนะในด้านจริยธรรมของมหาชนในสังคม ซึ่งอาจมีความหมายแตกต่างกันสำหรับแต่ละสังคมและเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย และย่อมขึ้นอยู่กับความรู้สึกร่วมกันของบุคคลในสังคมหนึ่งๆ ต่อเรื่องนั้น โดยทั่วไป มักเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างหญิงชาย กิจการเกี่ยวกับศาสนา ความเชื่อถือหรือวัฒนธรรมประเพณีของแต่ละสังคม การกำหนดขอบเขตในการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่า ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ เป็นการบัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของสังคม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและสันติสุขของสังคมโดยรวม การใช้สิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในเรื่องลามกอนาจารหรือเรื่องทางเพศอันไม่ใช่เรื่องในทางวิชาการ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้สังคมเห็นด้วยกับ

การมีเพศสัมพันธ์รวมกลุ่มและไม่ต้องคำนึงถึงคู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเช่นนี้ย่อมเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะพฤติกรรมการมีเพศสัมพันธ์รวมกลุ่มนั้นไม่สอดคล้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นพื้นฐานสำคัญของจารีตประเพณีของสังคมไทย การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

3) ลักษณะของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชน[9]

(1) กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป

กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไปเป็นไปตามหลักแห่งความเสมอภาค ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น กฎหมายที่บังคับหรือห้ามประชาชนหรือให้อำนาจฝ่ายบริการออกคำสั่งบังคับหรือห้ามบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่ง กระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น จึงถือว่าเป็นกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป

(2) กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน

ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดไม่ได้แก่การที่ราษฎรจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการต่างๆ ซึ่งบุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใดๆลงไป หากไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้นๆของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลทางกฎหมายอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นจะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจนเพื่อให้สามารถขจัดดุลพินิจจากฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้ได้บ้างในบางกรณี

(3) กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจะต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังหมายความว่า จะต้องประกาศโฆษณากฎหมายนั้นให้ราษฎรทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษาก่อนที่จะนำไปใช้บังคับแก่ราษฎร และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้

(4) กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย 3 หลักการด้วยกัน คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

---

[9] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ .(2538) *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 89-90

โดยหลักการดังกล่าวบังคับแก่กฎหมายที่จำกัดหรือใช้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นมาตรการดังนี้

ก. มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือใช้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงๆในทางปฏิบัติ และหากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เช่น ป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ มาตรการนั้นก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริงๆ ดังนั้นการตรากฎหมายบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือห้ามมิให้กระทำการใดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับให้ราษฎรกระทำการใดหรือห้ามมิให้กระทำการใด โดยที่สิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือประโยชน์มหาชนไม่ได้รับการคุ้มครองให้ดีขึ้นมาเลย จึงเท่ากับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ข. มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือเป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีของราษฎรน้อยที่สุด ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินความจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้ย่อมเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ค. มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชน กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งแม้จะเหมาะสมและจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งไว้ก็ตาม แต่หากได้ลงมือบังคับการเป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังทำให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชนหรือสังคมเป็นอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่มหาชนได้รับก็น่าจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

(5) กฎหมายต้องไม่กระทบต่อสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ

แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบัญญัติจะมีอำนาจตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนก็ตามแต่ไม่มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้เพิกถอนสิทธิหรือเสรีภาพในด้านใดด้านหนึ่งย่อมมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ เช่น ความผิดทางอาญา ที่กำหนด

ระวางโทษอย่างทารุณโหดร้าย เช่น ตัดแขน ตัดขา หรือคุมไว้ในห้องมืดปราศจากแสงสว่างย่อมเป็นการกระทบต่อสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นส่วนมากเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนส่วนรวม โดยอาจเป็นการจัดทำในรูปของการบริการประชาชนในด้านต่างๆ เช่น การจัดให้มีน้ำประปา ไฟฟ้า หรือถนน ซึ่งเป็นกิจการสาธารณูปโภค หรือเป็นการวางหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น การกำหนดจรรยาบรรณ หรือมรรยาทวิชาชีพของแพทย์หรือทนายความ การออกข้อกำหนดห้ามส่งเสียงดังในที่สาธารณะ หรือห้ามทิ้งขยะมูลฝอยลงในคูคลอง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และดำรงชีวิตอยู่อย่างสงบสุข[10]

ด้วยภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและดำเนินภารกิจต่างๆ ของรัฐดังกล่าว ซึ่งเป็นภารกิจของรัฐสมัยใหม่ที่จะต้องมีการดำเนินการอย่างต่อเนื่อง หรือในบางกรณีอาจจะต้องเข้าจัดการแก้ไขเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นด้วยความรวดเร็วและทันต่อเหตุการณ์ รวมทั้งกำหนดมาตรการป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายจึงจำเป็นที่จะต้องมีเครื่องมือหรือกลไกในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ซึ่งส่วนมากจะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิคที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตของประชาชนมากขึ้นตามความซับซ้อนของสภาวะทางสังคมในปัจจุบัน เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการก่อสร้าง ดัดแปลง หรือต่อเติมอาคาร กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมมลพิษ กฎหมายเกี่ยวกับการสาธารณสุข หรือกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง เป็นต้น ซึ่งมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา หรือมาตรการเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหายในทางแพ่ง ไม่สามารถนำมาบังคับใช้เพื่อให้กฎหมายบรรลุผลได้ทุกกรณี ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายโดยมอบ

---

[10] ฤทัย หงส์สิริ. (2545). *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: จิรรัชการพิมพ์. น.173.

อำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลก่อน ซึ่งเรียกว่า “การบังคับของฝ่ายปกครอง” ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถบังคับใช้กฎหมายในการปฏิบัติราชการทางปกครองด้านต่างๆ ให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายได้อย่างแท้จริง ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการที่แตกต่างจากหลักกฎหมายเอกชนที่ว่าบุคคลไม่อาจใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนเองได้โดยพลการที่เรียกกันว่า “การตั้งศาลเตี้ย” เพราะไม่เช่นนั้นแล้วบ้านเมืองก็จะเกิดความสับสนวุ่นวายขึ้นได้

มนตรี ชนกนำชัย ได้ให้ความหมายของคำว่า “มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง (Administrative Sanctions)”[11] ไว้ว่าหมายถึง “มาตรการหรือวิธีการที่รัฐสภาบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองให้สามารถบังคับการกับผู้ที่เป็นผู้จัดทำ เพื่อใช้บังคับกับประชาชนที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง และกรณีบังคับกับผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุผลและเพื่อความจำเป็นเร่งด่วนในการจัดบริการสาธารณะ”

จากนิยามดังกล่าวจึงอาจแยกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 กรณี คือ

1. มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือกฎ มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในกรณีนี้เป็นการบังคับเมื่อมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรฐานบังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายได้เองทันทีที่ปรากฏข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายฉบับนั้นๆ บัญญัติไว้ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษ[12]ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เช่นเดียวกับการลงโทษทางอาญา แต่ความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายประเภทนี้เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติให้

---

[11] มนตรี ชนกนำชัย. (2540). *มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 25.

[12] การลงโทษเป็นเครื่องมือควบคุมสังคมอย่างหนึ่งเพื่อให้บุคคลอยู่ในระเบียบเพื่อรักษาสถานะเดิมเพื่อให้บุคคลประพฤติเป็นแบบเดียวกัน และจะต้องเป็นการแสดงอำนาจของสังคมหรือของรัฐเหนือบุคคลนั้น การลงโทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือการสูญเสียสิทธิต่างๆ แก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎข้อบังคับหรือกฎหมาย. Walter C. Reckless, The Crime Problem, 4th ed., (New York : Appleton-Century-Croft, 1967), p.487, อ้างถึงใน สุพจน์ สุโรจน์. (2531). *วิธีการลงโทษและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด*, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1, หน่วยที่ 1-7, (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพมหานคร : วิคตอรี่เพาเวอร์พอยท์, 2531, น. 172.

เป็นความผิดหรือเกิดจากการที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำหรือกำหนดให้ต้องกระทำการใดอันมิใช่ความผิดโดยสภาพ ซึ่งไม่ใช่ความผิดที่เป็นความชั่วอันเป็นความผิดโดยตัวของมันเองและเป็นการกระทำที่มีผลกระทบร้ายแรงต่อบุคคลหรือสังคมถึงขั้นเป็นความผิดอาญาจึงมิใช่สิ่งที่บุคคลทั่วไปรู้และเข้าใจได้ในตัวเอง ซึ่งอาจเรียกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในกรณีนี้ว่า “การลงโทษทางปกครอง” เช่น การออกคำสั่งปรับของเจ้าพนักงานควบคุมมลพิษในกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมการสั่งยึดหรือพักใช้ใบอนุญาตขับขี่ในกรณีที่ผู้ขับขี่ได้กระทำความผิดกฎหมายเกี่ยวกับการจราจรหรือการยกเลิกหรือเพิกถอนใบอนุญาตในการประกอบกิจการ[13]เป็นต้น

2. มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในกรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติตาม แต่ผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งดังกล่าวละเลยหรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้เอง มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในกรณีนี้จึงอาจเรียกได้ว่าเป็น “การบังคับตามคำสั่งทางปกครอง” หรือที่เรียกในทางวิชาการว่า “การบังคับทางปกครอง”

ดังนั้น “การบังคับทางปกครอง” จึงเป็นเพียงวิธีการหนึ่งของมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในการบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายนอกเหนือจากมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองที่เป็น “การลงโทษทางปกครอง”

---

[13] ในบางกรณีการยกเลิกหรือเพิกถอนใบอนุญาตก็มีลักษณะเป็นการบังคับทางปกครอง หากตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจคู่ขนาน (parallelism des competences) ที่ให้อำนาจองค์กรที่มีอำนาจอนุญาตสามารถเพิกถอนการอนุญาตนั้นได้ หากผู้ที่ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตนั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ในขณะที่การยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุญาตที่เป็นโทษทางปกครองจะอยู่บนพื้นฐานของการละเมิดกฎหมายและมุ่งลงโทษการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ซึ่งจะต้องมีกฎหมายบัญญัติโทษดังกล่าวไว้เสมอ ; คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 มีนาคม 1970 คดี min int/Sideyn et Desonneville, อ้างถึงใน กฤษณ์ วสีนนท์, *รายงานวิจัย เรื่อง มาตรการบังคับทางปกครอง ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส,* เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547, พฤษภาคม). น. 32.

เมื่อได้ทราบถึงข้อความคิดพื้นฐานของการบังคับทางปกครองแล้ว ในการศึกษาแนวความคิดทั่วไปในการบังคับทางปกครองต่อไปนี้ ก็จะได้กล่าวถึงความหมายและวัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครอง ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับทางปกครองมาตรการในการบังคับทางปกครอง และการศึกษาเปรียบเทียบการบังคับทางปกครองและการบังคับคดีด้วย

2.2.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครอง

ในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาความหมายและลักษณะสำคัญของ “การบังคับทางปกครอง” รวมทั้งความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ในการบังคับ เพื่อเป็นการสร้างพื้นความรู้อันจะเป็นประโยชน์ในการศึกษารายละเอียดในเรื่องการบังคับทางปกครองต่อไป โดยได้แบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น ความหมายของการบังคับทางปกครอง และวัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครอง ซึ่งพิจารณาในรายละเอียดได้ดังนี้

ก) ความหมายของการบังคับทางปกครอง

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ได้ให้คำนิยามคำว่า “การบังคับทางปกครอง” ว่าหมายถึง “การดำเนินการของเจ้าหน้าที่โดยใช้การบังคับทางปกครองกับประชาชนที่มีภาระผูกพันต้องปฏิบัติการตามหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง”[14]

Professor Dr. Hartmut Maurer ศาสตราจารย์ทางกฎหมายปกครองที่มีชื่อเสียงมากในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้ให้ความหมายของ “การบังคับทางปกครอง” ไว้ว่า

“การบังคับทางปกครอง หมายถึง กระบวนการทางปกครองที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Behörde) เพื่อบังคับกับประชาชนผู้ซึ่งมีภาระผูกพันที่ต้องปฏิบัติการตามหน้าที่แห่งกฎหมายมหาชน (öffentlich-rechtlich Verpflichtungen)”[15]

---

[14] ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. น. 183-184.

[15] Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr.1 S. 450 ; Vgl. Chweickhardt/Brunn, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 914, S. 371 อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, *“กฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”*, ใน เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ 5 เรื่อง การเตรียมการรองรับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง : ประสบการณ์ของเยอรมัน, (พ.ศ. 2539), น. 86.

จากนิยามความหมายข้างต้น แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของ “การบังคับทางปกครอง” 2 ประการ คือ

(1) ปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประชาชนจะต้องถูกบังคับทางปกครองก็คือ “ภาระผูกพันที่ต้องปฏิบัติการตามหน้าที่แห่งกฎหมายมหาชน” ซึ่งโดยหลักแล้วบทบัญญัติของกฎหมาย (Gezetze) นั่นเองจะเป็นสิ่งที่บอกให้ประชาชนรู้ถึงภาระผูกพันดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายภาษีอากรเป็นสิ่งที่กำหนดให้ประชาชนมีภาระผูกพันที่ต้องชำระภาษี กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารกำหนดให้ประชาชนมีภาระผูกพันที่ต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะดำเนินการก่อสร้างอาคาร กฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร กำหนดให้ประชาชนมีภาระผูกพันที่จะต้องเข้ารับราชการทหารเมื่อมีอายุครบกำหนดตามกฎหมาย เป็นต้น

(2) ในกระบวนวิธีการบังคับคดีโดยทั่วไปนั้น ประชาชนทั่วไป (Burger) ไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการบังคับคดีได้ด้วยตัวเอง หากแต่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลหรือร้องขอต่อองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับคดี เพื่อให้ดำเนินการบังคับคดี แต่ในกระบวนการบังคับทางปกครองนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Behörde) สามารถที่จะดำเนินการบังคับทางปกครองได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลหรือองค์กรอื่นใดของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับคดีก่อน

ดังนั้น จึงอาจสรุปความหมายของ “การบังคับทางปกครอง” ได้ว่า เป็นมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง (Administrative Sanctions) ประการหนึ่ง และเป็นเครื่องมือที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้มอบให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองเพื่อนำมาบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมาย โดยกฎหมายบัญญัติให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจบังคับการกับผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้เองตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลก่อน ซึ่งเหตุผลสำคัญที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถบังคับการได้เองก็เนื่องมาจากภาระหน้าที่ในการปฏิบัติราชการในด้านต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งภารกิจทางปกครองบางอย่างจะต้องมีการดำเนินการด้วยความต่อเนื่องรวดเร็ว เช่น การจัดเก็บภาษีลักษณะต่างๆ เพื่อนำมาเป็นเงินงบประมาณแผ่นดินสำหรับใช้จ่ายในการบริหารประเทศ หรือในบางกรณีที่จะต้องมีการจัดการแก้ไขหรือป้องกันปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อ

ประโยชน์ของส่วนรวม เช่น กรณีที่จะส่งผลกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สิน หรือสุขภาพและอนามัยของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการควบคุมอาคาร การควบคุมโรคติดต่อ หรือการควบคุมมลพิษจากแหล่งต่างๆ ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำส่งทางปกครองกำหนดภาระหน้าที่แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติ เช่น ให้ชำระเงิน ให้กระทำหรือละเว้นกระทำการต่างๆ และหากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการบังคับโดยผ่านกระบวนการทางศาล ซึ่งมีกระบวนพิจารณาที่ยุ่งยากซับซ้อน ประกอบกับศาลมีคดีที่จะต้องพิจารณาเป็นจำนวนมากแล้ว จะทำให้กระบวนการบังคับทางปกครองเกิดความล่าช้า ส่งผลให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองขาดความต่อเนื่อง หรือทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วนั้นดำเนินต่อไปจนยากที่จะควบคุมหรือแก้ไขเยียวยาได้ทัน อันจะมีผลกระทบต่อประชาชนโดยส่วนรวมได้

จากความหมายของการบังคับทางปกครองดังกล่าว จึงอาจสรุปลักษณะสำคัญของการบังคับทางปกครองได้ดังนี้

(1) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติก่อน เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงจะสามารถบังคับการให้ความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครองบรรลุผลสำเร็จ

(2) การบังคับทางปกครองเป็นการดำเนินการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง

(3) บุคคลที่จะถูกบังคับทางปกครอง ได้แก่ บุคคลใดก็ตามที่มีภาระหน้าที่หรือความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แต่การบังคับทางปกครองไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุผลที่ว่าทรัพย์สินของรัฐย่อมไม่อยู่ในความรับผิดแห่งการบังคับคดี เพื่อรักษาทรัพย์สินไว้สำหรับดำเนินภารกิจทางปกครองต่อไป

(4) เนื่องจากคำสั่งบังคับทางปกครองมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงต้องนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองมาใช้ด้วย เช่น หลักการฟังความสองฝ่าย

หลักการให้เหตุผล และการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

ข) วัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครอง

การบังคับทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการบังคับการกับผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ละเลยหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้กฎหมายบรรลุผลตามเจตนารมณ์ โดยองค์กรฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบังคับกับผู้ที่จะต้องถูกบังคับได้เองโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาจากศาลก่อน ซึ่งอาจสรุปวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายให้อำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองมีอำนาจบังคับการได้เอง ดังนี้

(1) เพื่อเป็นการบีบบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของการออกกฎหมายนั้นได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ การที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองก็เพื่อทำให้กฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมและใช้บังคับกับข้อเท็จจริงต่างๆ โดยไม่จำกัดจำนวน มีลักษณะเป็นรูปธรรมใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะราย อันมีผลทำให้บุคคลที่รับคำสั่งทางปกครองรับรู้สิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายของตน[16] และเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งหรือผู้ที่ต้องตกอยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติตามแล้ว หากบุคคลดังกล่าวไม่เห็นด้วย ก็ชอบที่โต้แย้งคัดค้านตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าไม่ใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ชอบที่จะดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองตามมาตรการบังคับที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ เพื่อให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายนั้นๆ

(2) เพื่อความต่อเนื่องในการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครอง เช่น ประมวลรัษฎากรมาตรา 12 ได้กำหนดให้อธิบดีกรมสรรพากร รองอธิบดีกรมสรรพากร สรรพากรเขต ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายอำเภอ แล้วแต่กรณี มีอำนาจยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ค้างภาษีอากรโดยมิต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นก่อนเพื่อทดแทนหรือ

---

[16] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. น. 101-102.

เยียวยาความเสียหายจากการที่รัฐต้องขาดรายได้จากภาษีอากรที่ค้างชำระซึ่งถ้าฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการบังคับชำระภาษีอากรค้างโดยผ่านกระบวนการทางศาลก่อนก็จะทำให้การบังคับชำระภาษีอากรค้างซึ่งมีเป็นจำนวนมากในแต่ละปี ต้องล่าช้าไม่ทันต่อความต้องการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดิน อันจะทำให้การดำเนินภารกิจต่างๆ ของฝ่ายปกครองต้องหยุดชะงัก และขาดความต่อเนื่องในการปฏิบัติงาน ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม

(3) เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้อย่างรวดเร็วและทันต่อเหตุการณ์ เนื่องจากในบางกรณีฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่เป็นการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาปัญหา ซึ่งหากไม่รีบดำเนินการแล้วจะยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือต่อสังคมส่วนรวมมากขึ้น ประกอบกับกระบวนการแก้ไขเยียวยาความเสียหายโดยองค์กรตุลาการมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนและใช้เวลานาน ทำให้ไม่สามารถดำเนินการกับเหตุการณ์หรือปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทันท่วงที ส่งผลให้เกิดความเสียหายมากขึ้น ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2539 มาตรา 144 กำหนดให้สำนักงานกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) มีอำนาจสั่งให้บริษัทหลักทรัพย์ที่มีฐานะหรือมีการดำเนินงานในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชนถอดถอนกรรมการผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์ผู้เป็นต้นเหตุออกจากตำแหน่งและให้แต่งตั้งบุคคลอื่นโดยความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. เข้าดำรงตำแหน่งแทน เนื่องจากกิจการดังกล่าวเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อถือทางการเงินของประชาชนหรือเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของคนจำนวนมากๆ หากตรวจสอบพบความเสียหายความเสียหายแล้วไม่รีบดำเนินการแก้ไข ความเสียหายที่เกิดจะส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อประโยชน์มหาชนและระบบเศรษฐกิจการเงินของประเทศ และอาจส่งผลต่อเนื่องถึงความสงบเรียบร้อยภายในประเทศอีกด้วย[17] ดังนั้น หากบริษัทไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง กฎหมายจึงกำหนดให้สำนักงาน ก.ล.ต. ด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจสั่งถอดถอนกรรมการ

---

[17] โสมนัส เที่ยงวิบูลย์วงศ์.(2531). *มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับดูแลและแก้ไขปัญหาบริษัทเงินทุน* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตปริญญา).กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.น.132-147.

ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์ซึ่งบริษัทหลักทรัพย์นั้นไม่ถอดถอนและแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดไปดำรงตำแหน่งแทนผู้ซึ่งถูกถอดถอนได้ ตามมาตรา 145

(4) เพื่อเป็นการตอบสนองและคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นผู้ใช้กฎหมายในการปฏิบัติราชการทางปกครองในด้านต่างๆ โดยเฉพาะภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งวัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครองดังที่กล่าวมาไม่ว่าจะเป็นเพื่อเป็นการบีบบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุผลตามเจตนารมณ์หรือเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินภารกิจทางปกครองได้อย่างต่อเนื่อง รวมทั้งเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้อย่างรวดเร็วและทันต่อเหตุการณ์ ทั้งหลายทั้งปวงก็ล้วนแล้วแต่มีความมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินภารกิจทางปกครองได้บรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการตอบสนองและคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอันเป็นวัตถุประสงค์หลักในการปฏิบัติราชการทางปกครอง

2.2.2 คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับทางปกครอง

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่า “การบังคับทางปกครอง” คือ การบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง “คำสั่งทางปกครอง” จึงเป็นฐานหรือที่มาของอำนาจบังคับการ แต่คำสั่งทางปกครองก็มีเนื้อหาที่หลากหลายขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง และขอบเขตของกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจไว้ ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงเป็นการศึกษาถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับทางปกครอง โดยเริ่มศึกษาจาก ความหมายและลักษณะของคำสั่งทางปกครอง ประเภทของคำสั่งทางปกครอง และ คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับทางปกครอง ดังนี้

ก) ความหมายและลักษณะของคำสั่งทางปกครอง

“คำสั่งทางปกครอง” หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่าหรืออำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้กับบุคคลเป็นการเฉพาะเจาะจงโดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมด้วยและการกระทำมีลักษณะเป็นรูปธรรมชัดเจน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ว่า เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้าง

นิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ หรือการวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียนแต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (เช่น กฎกระทรวง เพราะกฎไม่มีลักษณะเป็นการสั่งเฉพาะราย แต่เป็นการประกาศโดยทั่วไป) และการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง[18] ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีสองความหมาย คือ ความหมายโดยแท้ประการหนึ่ง และความหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปในกฎกระทรวงอีกประการหนึ่ง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดว่าการใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้ก็เนื่องจากในบางกรณีอาจมีข้อโต้เถียงกันได้ว่าคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เองย่อมจะช่วยขจัดความไม่ชัดเจนของการกระทำของฝ่ายปกครอง

จากนิยามดังกล่าวข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” ในระบบกฎหมายไทยมีความหมายตรงกับ “นิติกรรมทางปกครอง” หรืออาจเรียกว่า “คำสั่งในทางปกครอง” (Verwaltungsakt) ในความหมายของกฎหมายเยอรมัน[19] และ “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มี

---

[18] กฎกระทรวงฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ

(1) การดำเนินเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีของ

ก. สั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อเช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ข. การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ค. การสั่งยกเลิกกระบวนพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

ง. การสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน

(2) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

[19] ประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Verwaltungs-verfahrensgeaetzt) ได้กำหนดนิยามคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 35 ว่า “นิติกรรมทางปกครองหมายความถึง บรรดาคำสั่ง คำวินิจฉัย คำอนุญาต หรือมาตรการอื่นๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือวางข้อกำหนดให้มีผลทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอกเป็นกรณีเฉพาะราย ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน”, อ้างไว้ใน สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 17, น. 64 (กันยายน 2530) ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองในความหมายของกฎหมายเยอรมันจึงมีความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ หมายถึงเฉพาะนิติ

ผลกระทบ" ในความหมายของกฎหมายฝรั่งเศส[20] ดังนั้น การออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงเป็นการทำให้สิทธิหน้าที่ต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอย่างเป็นนามธรรมกลายเป็นกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับบุคคลเฉพาะรายอันทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งได้ทราบถึงสิทธิหน้าที่ของตนว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป[21] ซึ่งอาจสรุปลักษณะของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง[22] แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจมอบหมายให้เอกชนกระทำการแทนในนามของรัฐได้ การกระทำของเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจรัฐนี้ก็เป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น ใบรับรองการผ่านการตรวจสภาพรถยนต์ที่ออกโดยบริษัทเอกชนซึ่งได้รับมอบอำนาจรัฐให้มีอำนาจตรวจสภาพรถยนต์ ก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง

(2) คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าในการวินิจฉัยสั่งการโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือบุคคลที่รับคำสั่ง

(3) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการแสดงเจตนาในทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์ขึ้นอันมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหน้าที่ของบุคคล เช่น คำสั่งอนุญาตอนุมัติต่างๆ เป็นต้น

กรรมฝ่ายเดียวเฉพาะราย หรือที่เรียกว่า "คำสั่งทางปกครอง" และรวมถึง "คำสั่งทั่วไปทางปกครอง" ซึ่งเป็นนิติกรรมที่มีลักษณะเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมแต่กำหนดจำนวนบุคคลไม่ได้จึงมีลักษณะทั่วไป แต่ไม่รวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะทั่วไป หรือ "กฎ"

[20] ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง (act administrative)" มีความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครอง หมายความรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเฉพาะรายหรือที่เรียกว่า "คำสั่งทางปกครอง" นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวลักษณะทั่วไป หรือที่เรียกว่า "กฎ" และนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่ายหรือที่เรียกว่า "สัญญาทางปกครอง" ด้วย

[21] แหล่งเดิม. น. 107-108.

[22] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์.(2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* กรุงเทพมหานคร : จิรรัชการพิมพ์. น. 101.

ซึ่งต่างจากปฏิบัติการทางปกครองที่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลในทางข้อเท็จจริงบางประการเท่านั้นโดยไม่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด

(4) คำสั่งทางปกครองเป็นการสั่งการที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงภายนอกฝ่ายปกครอง ลักษณะของคำสั่งทางปกครองข้อนี้เป็นข้อแบ่งแยกระหว่างคำสั่งทางปกครองและคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง

(5) คำสั่งทางปกครองต้องมีผลเฉพาะกรณี กล่าวคือ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้มีผลกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ คำสั่งทางปกครองจึงต่างจาก “กฎ” ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่กำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวน[23]

ข) ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองอาจแบ่งได้เป็นหลายประเภทแล้วแต่ว่าจะนำเรื่องใดมาเป็นหลักในการพิจารณาหรือเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาเรื่องใด เช่น หากจะพิจารณาเรื่องการยกเลิกและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ก็อาจแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาจากผลของคำสั่งเป็นหลักได้เป็น 3 ประเภท คือ คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ คำสั่งทางปกครองที่เพิ่มภาระ และคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง หรือหากจะพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์และผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ก็อาจจะแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาในแง่กระบวนการ ขั้นตอน และรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจแยกคำสั่งทางปกครองได้เป็น 3 ประเภท คือ คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการร้องขอ คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอมของผู้รับคำสั่ง และคำสั่งทางปกครองที่ต้องทำตามแบบ[24] ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเรื่องการบังคับทางปกครอง จึงควรแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองในแง่ที่เป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่แก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่ง รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้แบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

---

[23] แหล่งเดิม. น. 118.

[24] โปรดดูรายละเอียดของคำสั่งทางปกครองประเภทต่างๆ ใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, น.123-125.

1) คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่พิจารณาจากเนื้อหาของคำสั่งแล้วเป็นเรื่องที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเอาสิทธิหน้าที่ที่ปรากฏในกฎหมายซึ่งมีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรมมากำหนดให้ชัดเจนและมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องการผลทางกายภาพ กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่สั่งเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง โดยให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด[25] เช่น คำสั่งเรียกเก็บภาษีอาคารซึ่งระบุจำนวนภาษีอากรอย่างชัดเจนว่า ผู้รับคำสั่งมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าภาษีอากรเป็นจำนวนเงินเท่าใด

2) คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิเป็นคำสั่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางมหาชนให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่ง เช่น การออกใบอนุญาตต่างๆ สภาพการณ์ของการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้มีลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเรียกคำสั่งทางปกครองนี้ว่าอย่างไร (ใบอนุญาต คำสั่งอนุมัติ สัมปทานบัตร ฯลฯ) กล่าวคือ สิทธิที่ผู้ได้รับคำสั่งต้องการนั้นเป็นเรื่องที่ในเบื้องต้นบุคคลนั้นต้องห้ามมิให้ปฏิบัติ ต่อเมื่อได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้วจึงปฏิบัติได้ เช่น ก่อนได้รับใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ บุคคลย่อมต้องห้ามมิให้ขับขี่รถยนต์ เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงสามารถขับขี่รถยนต์ได้ เป็นต้น

3) คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันนิติสัมพันธ์ในทางปกครองซึ่งเป็นที่โต้แย้งกันว่ามีอยู่หรือไม่หรือมีอยู่ในลักษณะใดให้ได้ผลเป็นยุติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล เช่น คำสั่งยืนยันว่าบุคคลผู้ได้รับคำสั่งเป็นบุคคลสัญชาติไทย เป็นต้น

4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับทางปกครอง

เนื่องจากการบังคับทางปกครองเป็นการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับทางปกครองจึงต้องมีลักษณะเป็นคำสั่งที่กำหนดภาระหน้าที่

---

[25] แหล่งเดิม. น. 331-332.

หรือมีผลบังคับผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม เช่น คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงเป็นคำสั่งที่ไม่มีผลในตัวเอง แต่เป็นคำสั่งที่ต้องมีการปฏิบัติการทางกายภาพ คือ การปฏิบัติตามคำสั่ง ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครองประเภทที่แปรบทกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม ส่วนมาตรการบังคับเมื่อมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเพื่อให้เกิดผลตามคำสั่งทางปกครองนั้น จะแยกออกเป็น 2 กรณี คือ มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน และมาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำการ (อันไม่ใช่การให้ชำระเงิน) ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

ส่วนคำสั่งทางปกรองที่ไม่ต้องมีการบังคับทางปกครองจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในตัวเองหรือเป็นคำสั่งที่มีผลในกฎหมายโดยตรง การเกิดผลจะสำเร็จในตัวทันทีที่คำสั่งทางปกครองมีผลโดยไม่จำเป็นที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองอีก ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครองประเภทที่เป็นการก่อตั้งสิทธิและคำสั่งทางปกครองที่เป็นการยืนยันสิทธิ ส่วนมาตรการบังคับในกรณีที่มีการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้อาจใช้มาตรการบังคับทางอาญาหรือทางวินัยก็ได้ เช่น ผู้ใดประกอบกิจการโรงงานโดยไม่มีใบอนุญาตต้องถูกลงโทษอาญาตามที่กฎหมายกำหนด[26]

2.2.3 มาตรการในการบังคับทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว เราอาจแบ่งมาตรการในการดำเนินการบังคับทางปกครองโดยพิจารณาตามวัตถุแห่งการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้เป็น 2 กรณี คือ[27]

1) มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน

คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน เช่น คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากร เงินค่าบริการต่างๆ หรือเงินสมทบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกดำเนินการบังคับทางปกครองตามมาตรการบังคับอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

ก) การเรียกเงินเพิ่มและเบี้ยปรับ

---

[26] แหล่งเดิม. น. 331.

[27] กมลชัย รัตนสกาวงศ์.(2545). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4).กรุงเทพมหานคร : วิญญชน. น. 70-78.

การเรียกเงินเพิ่มเป็นการบังคับทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการบีบบังคับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองให้รีบปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยเร็ว มาตรการเรียกเงินเพิ่มมักจะนำมาใช้กับคำสั่งทางปกครองที่เรียกให้ชำระภาษีอากร หรือเงินค่าบริการต่างๆ โดยมักจะกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของจำนวนเงินที่ต้องชำระ เช่น จะต้องเสียเงินเพิ่มร้อยละ 3 ต่อเดือนของเงินภาษีที่ต้องจ่าย เป็นต้น ส่วนเบี้ยปรับนั้นก็เป็นการบังคับทางปกครองทำนองเดียวกับเงินเพิ่ม แต่จะกำหนดจำนวนเงินสูงกว่าและปรับเพียงครั้งเดียว โดยมักจะกำหนดเป็นจำนวนเท่าของจำนวนเงินที่จะต้องชำระ เช่น ผู้ต้องเสียภาษีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งประเมินภาษีอากรของเจ้าพนักงานประเมินอาจจะต้องเสียเบี้ยปรับหนึ่งเท่าหรือสองเท่าของจำนวนเงินภาษีอากรที่จะต้องชำระ เป็นต้น

ข) การยึด อายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สิน

โดยทั่วไปแล้วมาตรการในการบังคับโดยการยึด หรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินเป็นมาตรการบังคับคดีในทางแพ่ง กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของศาล เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีและแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเข้าดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาและนำมาขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระให้แก่ตนได้ ดังนั้น เมื่อนำการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินมาใช้เป็นมาตรการในการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองชำระเงิน ซึ่งมักจะเป็นกรณีการบังคับชำระหนี้ภาษีอากรลักษณะต่างๆ กฎหมายจึงกำหนดวิธีการในการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการของการบังคับคดีแพ่ง

ค) การกักขัง

การกักขังในกรณีนี้ไม่ใช่โทษทางอาญาและไม่ใช่มาตรการบังคับทางปกครองที่ดำรงอยู่โดยตัวเอง (kein selbstandiges Zwangsmitte) แต่เป็นมาตรการที่ใช้แทนค่าปรับบังคับการเท่านั้น ซึ่งแม้ค่าปรับบังคับการจะเป็นมาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ แต่ก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินด้วย โดยในกรณีที่หน่วยงานที่บังคับการตามคำสั่งทางปกครองไม่อาจบังคับชำระเงินจากค่าปรับบังคับการได้

หน่วยงานนั้นอาจยื่นคำร้องต่อศาลปกครองขอให้ศาลปกครองสั่งให้กักขังผู้รับคำสั่งทางปกครองแทนค่าปรับบังคับการได้[28]

2) มาตรการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร คำสั่งให้ระงับการก่อสร้างอาคาร เป็นต้น ซึ่งการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกดำเนินการบังคับทางปกครองตามมาตรการบังคับอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

ก) การกระทำการแทน

การบังคับทางปกครองโดยการกระทำการแทนนี้ เป็นการบังคับโดยการให้บุคคลภายนอกหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้ากระทำการตามคำสั่งทางปกครองแทนผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครอง โดยผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่างๆ

ข) การกำหนดค่าปรับบังคับการ

การกำหนดค่าปรับทางปกครองเป็นการบังคับทางปกครองในกรณีที่ไม่สามารถหรือไม่อยู่ในวิสัยที่จะให้ผู้อื่นกระทำการแทนได้ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการที่ต้องทำเอง เช่น คำสั่งให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือคำสั่งให้ละเว้นกระทำการ หรือแม้จะเป็นกรณีที่สามารถดำเนินการแทนได้แต่ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่ามาตรการกระทำการแทนไม่อาจนำมาใช้ได้แล้ว เช่น ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการกระทำการแทนที่มีจำนวนสูงเกินไป เจ้าหน้าที่ก็สามารถใช้มาตรการกำหนดค่าปรับบังคับการได้

ค) การบังคับโดยตรง

การบังคับโดยตรงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังทางภายภาพเข้าบังคับโดยตรงต่อผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองเพื่อให้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองซึ่งมาตรการบังคับโดยตรงนี้ถือว่าเป็นมาตรการบังคับที่รุนแรงที่สุด เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้เมื่อไม่อาจนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับได้และจะต้องใช้อย่างพอสมควรแก่กรณี เช่น การใช้

---

[28] วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2548, พฤษภาคม). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* (รายงานผลการวิจัย). เสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.น. 99-100.

มาตรการกระทำการแทนหรือกำหนดค่าปรับทางปกครองไม่บรรลุผลหรือไม่เหมาะสม นอกจากนี้ การบังคับโดยตรงยังเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก ดังนั้น การนำมาตรการบังคับโดยตรงมาใช้จะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น เช่น การยกรถที่จอดในที่ห้ามจอดไปไว้ที่สถานีตรวจ การฉีดแก๊สน้ำตาเพื่อสลายการชุมนุมประท้วง เป็นต้น[29]

ง) การจับกุมกักขังผู้ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง

มาตรการบังคับนี้เป็นมาตรการที่ใช้ในการบังคับคดีแพ่งที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีขับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบริวารออกจากอสังหาริมทรัพย์แล้ว ลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบริวารไม่ออกไปจากอสังหาริมทรัพย์ เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจรายงานต่อศาลขอให้มีคำสั่งจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาและบริวารได้ ซึ่งในการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในบางกรณีก็มีความจำเป็นที่จะต้องนำมามาตรการนี้มาใช้บังคับด้วย[30] เช่น กรณีที่ผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนไม่ยอมรื้อถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลนั้นได้

จ) การเพิกถอนใบอนุญาต

แม้การออกใบอนุญาตจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยสภาพของคำสั่งไม่ต้องมีการบังคับทางปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากใบอนุญาตมักจะกำหนดเงื่อนไขซึ่งก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น หากผู้ที่ได้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต กฎหมายจึงกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจใช้มาตรการบังคับโดยเพิกถอนใบอนุญาตนั้นได้ ซึ่งมาตรการเพิกถอนใบอนุญาตนี้เป็นมาตรการที่ใช้โดยทั่วไปในกฎหมายปกครองแทบทุกฉบับ เช่น ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตนายทะเบียนมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตได้ เป็นต้น

---

[29] แหล่งเดิม. น. 100

[30] เล่มเดิม. น. 77.

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม

รัฐมีแนวคิดว่า การบริหารงานทางเศรษฐกิจรัฐเป็นผู้ปกครองย่อมมีอำนาจสั่งการ กฎหมายโทรคมนาคมปัจจุบันมีลักษณะเป็นกฎหมายเศรษฐกิจ อีกทั้งมีความสำคัญต่อความมั่นคงเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม รัฐต้องมีบทบาทสำคัญในการควบคุมกิจการโทรคมนาคมในการผูกขาดกิจการโทรคมนาคม แนวคิดและบรรทัดฐานดังกล่าวมาจากแนวคิดดังต่อไปนี้

1) แนวคิดการให้ความสำคัญทางด้านสังคม การโทรคมนาคมเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของประชาชน รัฐจึงต้องจัดหาให้กับความต้องการของประชาชน จากแนวคิดนี้ทำให้รัฐให้ความสำคัญทางด้านสังคมมากกว่าด้านเศรษฐกิจ ซึ่งรัฐจะตั้งเป้าหมายการให้บริการบนพื้นฐานการให้บริการสาธารณะมีความต่อเนื่องในการให้บริการ มีการปรับปรุง มีการให้บริการที่มีความเสมอภาคเป็นกลางมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม มีบริการอย่างทั่วถึงเพื่อให้การโทรคมนาคมมีบริการอย่างทั่วถึงทุกพื้นที่ทุกคนมีสิทธิใช้ มีความเท่าเทียมกันในเมืองกับชนบท

2) แนวความคิดและบรรทัดฐานเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคม ในฐานะที่เป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาด โดยธรรมชาติกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาดโดยธรรมชาติเพราะเป็นกิจการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง

3) แนวความคิดและบรรทัดฐานเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคมเป็นเรื่องพื้นฐานในการพัฒนาประเทศการให้บริการโทรคมนาคมเป็นการให้บริการเพื่อตอบสนองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และยังก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากต่อรัฐและประชาชนไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ทางสังคมหรือประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมทั้งในทางตรงและทางอ้อม

4) แนวความคิดและบรรทัดฐานเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคมในฐานะที่เป็นเรื่องความมั่นคงของรัฐ รัฐในอดีตใช้กิจการโทรคมนาคมเป็นเครื่องมือในการต่อสู้การเมือง ปัจจุบันบรรทัดฐานด้านความมั่นคงนี้ได้ลดความสำคัญลง แต่ยังกำหนดการควบคุมกิจการโทรคมนาคมอย่างเคร่งครัด ไม่แยกประเภทของการบริการ ทำให้เกิดการผูกขาดในกิจการโทรคมนาคม

จากแนวความคิดดังกล่าวข้างต้น ลักษณะของกฎหมายโทรคมนาคมของไทยจึงให้ความสำคัญแก่ความมั่นคงและประโยชน์สาธารณะ รัฐจึงต้องเป็นผู้กำกับดูแลและสงวนอำนาจ

ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมไว้กับรัฐ โดยอาจจะให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมประกอบกิจการกับรัฐในรูปสัมปทาน

ประเทศไทยแต่เดิมยังไม่มีองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมอย่างเป็นรูปธรรม เนื่องจากผู้ให้บริการโทรคมนาคม เช่น การสื่อสารแห่งประเทศไทย และองค์การโทรศัพท์แห่ประเทศไทย บางครั้งก็เป็นผู้กำกับดูแลเสียเอง โดยรัฐไม่ให้ความสำคัญในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม เพราะเห็นว่าเป็นหน่วยงานของรัฐ มีนโยบายเพื่อให้บริการสาธารณะ ไม่ได้หวังกำไร จึงไม่มีความจำเป็นในการกำกับดูแล

การที่ให้หน่วยงานรัฐระดับกระทรวงมีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย โดยมีคณะกรรมการบริหารความถี่วิทยุขึ้นตรงต่อกระทรวง ทำหน้าที่อนุมัติการใช้คลื่นความถี่ โดยมีกรมไปรษณีย์โทรเลขทำหน้าที่ควบคุมบริหารความถี่วิทยุ จึงเป็นการบริหารงานแบบราชการมีการบังคับบัญชาเป็นลำดับขั้น การตัดสินใจในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมจึงมีกฎระเบียบมากมายของระบบราชการเกิดความล่าช้าในการตัดสินใจเมื่อองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมอยู่ในหน่วยงานของรัฐบาลจึงขาดความเป็นอิสระ อาจถูกแทรกแซงทางการเมืองหรือกลุ่มผลประโยชน์ที่มีความใกล้ชิดกับนักการเมืองนำไปสู่ความไม่ยุติธรรม ขาดความโปร่งใส

จากการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจลักษณะของกฎหมายโทรคมนาคมที่เน้นความสำคัญทางด้านความมั่นคงและบริการสาธารณะเปลี่ยนแปลงไป เพราะการที่มีความต้องการบริการโทรคมนาคมเพิ่มมากขึ้น กฎหมายโทรคมนาคมของไทยไม่มีความยืดหยุ่น ไม่สามารถตามได้ทันกับความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ จึงเกิดแนวคิดตลาดเสรีในการประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่หลักการค้าเสรีใช่ว่ารัฐจะปล่อยให้เอกชนประกอบกิจการโทรคมนาคมได้อย่างอิสระ การที่รัฐต้องควบคุมดูแล ปกป้องและรักษายังไม่เป็นการเพียงพอ รัฐยังต้องมีการเพิ่มหน้าที่ในการวางแผน การบังคับทิศทาง และการนำทาง ในการประกอบกิจการโทรคมนาคม รัฐจึงต้องคงอำนาจในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมไว้กับรัฐ แต่หน่วยงานรัฐไม่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการเจริญเติบโตของกิจการโทรคมนาคม เพราะกฎหมายโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นกฎหมายเศรษฐกิจจึงต้องมีความยืดหยุ่น เปลี่ยนแปลงได้ทันการเติบโตของเทคโนโลยีและเศรษฐกิจด้วยวิธีดำเนินการที่รวดเร็ว

2.3.1 ความเป็นมาของกิจการโทรคมนาคม

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้กำหนดให้โทรเลขเป็นกิจการภายใต้การดำเนินการของรัฐ และได้มีการตรากฎหมายโทรเลขจุลศักราช 1246 (พ.ศ. 2427) ซึ่งในมาตรา 3 ได้บัญญัติไว้ว่า “เจ้าพนักงานกรมโทรเลขภายในราชอาณาเขตกรุงสยาม จะมีผลประโยชนสิทธิขาดในการทำกิจทั้งปวงที่จะมีมา คือ การบอกและการรับฤาการเก็บและส่งคำโทรเลข...” ดังนั้น จะเห็นได้ว่าผลประโยชน์และสิทธิขาดในการดำเนินการด้านโทรเลขเป็นของรัฐ ต่อมา ในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 สภาผู้แทนราษฎรถวายคำปรึกษาว่า “เนื่องจากพาณิชยกรรมของประเทศไทยได้เจริญขึ้น สมควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการโทรเลขและโทรศัพท์ ซึ่งยังคงใช้อยู่ในเวลานี้ เพื่อให้ความสะดวกแก่ประชาชนและเหมาะสม ควรแก่กาลสมัยยิ่งขึ้น” จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล่าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นเรียกว่า “พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พุทธศักราช 2477” และโปรดให้ยกเลิกกฎหมายโทรเลข จุลศักราช 1246 ต่อในมาปี พ.ศ. 2478 ได้มีการตราพระราชบัญญัติวิทยุโทรเลข พ.ศ. 2453 และพระราชบัญญัติวิทยุโทรเลข (เพิ่มเติม) พ.ศ. 2464 กับพระราชบัญญัติวิทยุโทรเลข (เพิ่มเติม) พ.ศ. 2475[31]

ในปี พ.ศ. 2497 ได้มีการตราพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 ขึ้น โดยมีเหตุผลว่า เพื่อความสะดวกในการติดต่อสื่อสารของประชาชน สมควรที่จะต้องปรับปรุงบริการโทรศัพท์ทุกประเภทให้มีข่ายกว้างและทันสมัยยิ่งขึ้นทุกจังหวัด โดยการจัดตั้งเป็นองค์การ ดังนั้น จึงได้แยกกิจการโทรศัพท์ในเขตจังหวัดพระนครและจังหวัดธนบุรี ซึ่งกองโทรศัพท์กรมไปรษณีย์โทรเลขดำเนินการอยู่ และกิจการโทรศัพท์ในเขตจังหวัดอื่น กับกิจการโทรศัพท์ทางไกล ซึ่งกองโทรเลข กรมไปรษณีย์โทรเลขดำเนินการอยู่นั้นมาร่วมกันจัดตั้งขึ้นเป็นองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเพื่อดำเนินกิจการด้านโทรศัพท์โดยเฉพาะ

ต่อมาในปี พ.ศ. 2498 ได้มีการตราพระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498 และพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2498 ขึ้น และได้ยกเลิกพระราชบัญญัติวิทยุสื่อสาร พ.ศ. 2478 ไป เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว คือ รัฐบาลในขณะนั้นมีความมุ่งหวังจะให้การวิทยุคมนาคมเจริญวิวัฒนาการไปตามกาลสมัย ทั้งกฎหมายว่าด้วยวิทยุสื่อสารตามพระราชบัญญัติวิทยุสื่อสาร พ.ศ. 2478 ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วถึง 6 ครั้ง จึงสมควรปรับปรุงให้เป็นฉบับเดียวกัน และแยกเรื่องวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ออกจากกันเป็นพระราชบัญญัติต่างหาก

---

[31] คณะกรรมาธิการวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและพลังงานของวุฒิสภา. (2539). *“เทคโนโลยีสารสนเทศกับกฎหมายโทรคมนาคมในยุคโลกาภิวัฒน์”*, น. 77-79

ในปี พ.ศ. 2519 รัฐบาลได้เห็นความสำคัญของการพัฒนากิจการโทรคมนาคมให้ทันกับความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีสมัยใหม่ จึงได้ปรับปรุงระบบการบริหารงานไปรษณีย์โทรเลขให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถขยายงานและสนองความต้องการของผู้ใช้บริการได้อย่างทันท่วงที โดยแยกงานในส่วนของการให้บริการและการปฏิบัติงานด้านไปรษณีย์และโทรคมนาคม มาจัดตั้งเป็น “การสื่อสารแห่งประเทศไทย” ซึ่งมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ในการจัดตั้งการสื่อสารแห่งประเทศไทยนี้ ได้มีการตราพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 ขึ้น

2.3.2 สาเหตุที่ต้องมีการกำกับดูแล

กิจการโทรคมนาคมเป็นเทคโนโลยีที่ให้อำนาจมีความสำคัญเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม จึงจำเป็นต้องมีการกำกับดูแลไม่รูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมต้องมี “ภารกิจ” ที่ชัดเจน ภารกิจของการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมหมายถึงสิ่งต่อไปนี้[32]

1) การก้าวไปสู่เป้าหมายทางสังคม ในส่วนที่เป็นนโยบายของกิจการโทรคมนาคมเป้าหมายดังกล่าวรวมถึงแนวคิดที่จะให้บริการแบบทั่วถึง (Universal Service) ทุกพื้นที่ทุกกลุ่มชนภายในเวลาอันสมควร รวมถึงการให้บริการแก่ผู้มีรายได้น้อยหรือผู้พิการด้วยก็ได้

2) การปกป้องผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการการกำกับดูแลต้องปกป้องผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการและรับพิจารณาเรื่องราวร้องเรียนต่างๆ

3) การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอุตสาหกรรม การทำเพื่อให้แน่ใจว่ามีผู้เข้าแข่งขันด้านอุตสาหกรรม การให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในส่วนที่จะให้มีการแข่งขัน

4) การก้าวไปสู่ความเท่าเทียมกัน เมื่อใดที่มีการแข่งขันนโยบายในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม ต้องเปิดให้มีการแข่งขัน มีโอกาสเท่าเทียมกันระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคม

5) กำกับดูแลให้บริการโทรคมนาคมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้ให้บริการโทรคมนาคมต้องเป็นการให้บริการโดยหน้าที่ ต้องควบคุมคุณภาพในราคาที่เหมาะสมต้องให้บริการอย่างทั่วถึงและป้องกันมิให้ใช้ความได้เปรียบในการประกอบกิจการโทรคมนาคม เพื่อจำกัดคู่แข่งเพื่อไม่ให้เข้ามาแข่งขัน

6) สนับสนุนให้มีการคิดค้นสิ่งใหม่ องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลต้องสนับสนุนให้มีการคิดค้นการให้บริการแบบใหม่ และจำกัดอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นจากการคิดค้น

---

[32] International Telecommunication Union.(2001, February). *The Changing Role of Government in an Era of Telecom Deregulation. Report of the Colloqium held at ITU Headquarters 17 – 19 February 2001,* Geneva. Switzerland. pp. 22 – 25.

7) การสร้างสภาพที่สอดคล้องกับหลักวิชาการเพื่อให้เกิดการปฏิบัติจริงที่มีประสิทธิผล เช่น การวางแผนควบคุมและปรับหมายเลขให้ทันสมัย หรือการกำหนดสภาพต่างๆ ทางวิชาการและทางการเงินให้สามารถเชื่อมโยงเครือข่ายของผู้ให้บริการโทรคมนาคมเข้าด้วยกัน

8) จัดการทรัพยากรต่าง ๆ ที่ต้องใช้ร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรต่าง ๆ ทางกายภาพและการใช้สิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ระยะยาวสั้นของคลื่นความถี่หรือสิทธิในการใช้ร่วมกันนั้น

9) กระตุ้นให้มีการลงทุนในเครือข่ายสาธารณะ ในบางประเทศมีความต้องการให้มีการเร่งลงทุนในด้านโครงสร้างพื้นฐานของเครือข่ายสาธารณะ โดยให้มีความทันสมัยและมีประสิทธิภาพขึ้น จะต้องสร้างสภาพการณ์ที่เอื้ออำนวยต่อการเร่งลงทุนนั้น ๆ

การกำหนดความหมายจำเพาะของคำว่า ภารกิจของผู้กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในแต่ละประเทศจะสะท้อนให้เห็นถึงการผันแปรของเหตุการณ์แวดล้อมในประเทศนั้น ๆ เช่น สภาพการพัฒนาของเครือข่ายโทรคมนาคมสาธารณะระดับของการพัฒนาทางเศรษฐกิจ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมาย และลักษณะการบริหารรัฐกิจในระดับชาติ

บทบาทของกลุ่มต่าง ๆ ที่มีผลประโยชน์ต่างกัน เช่น กลุ่มผู้ใช้โทรคมนาคมในทางธุรกิจ กลุ่มผู้ใช้โทรคมนาคมในที่พักอาศัย และกลุ่มผู้ใช้โทรคมนาคมสาธารณะ ผู้ใช้บริการดังกล่าวอาจไม่พอใจผู้ให้บริการหรือจากหน่วยงานของรัฐที่กุมอำนาจทางเศรษฐกิจ ที่ไม่สามารถให้บริการความถี่ผู้ใช้บริการต้องการได้ ต่างเป็นตัวกำหนดรูปแบบของภารกิจในการกำกับดูแลทั้งสิ้น

ด้วยเหตุนี้ภารกิจในการควบคุมกำกับดูแลของประเทศที่มีปัจจัยต่าง ๆ ดังกล่าวเป็นตัวกำหนด จึงค่อนข้างจะแตกต่างกับภารกิจอย่างเดียวกันของประเทศที่พัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา

2.3.3 สิ่งที่ต้องกำกับดูแล

องค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมมีหน้าที่ต้องกำกับดูแลดังต่อไปนี้

1) การกำหนดมาตรฐานทางวิชาการ

2) ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ให้บริการโทรคมนาคม

3) ควบคุมพิกัดอัตราค่าบริการที่ผู้ให้บริการโทรคมนาคมมีสิทธิจะเรียกเก็บ

4) ให้การรับรองโครงการลงทุนทางการเงินและทางการก่อสร้างของผู้ให้บริการโทรคมนาคม

5) กำหนดระยะเวลา (ทางการเงิน การบริหารจัดการและทางวิชาการ) ในการเชื่อมโยงเครือข่ายของผู้ให้บริการโทรคมนาคมต่างรายเข้าด้วยกัน

6) ควบคุมรูปแบบในการรับรองอุปกรณ์ที่ใช้ประกอบการกิจการโทรคมนาคม และการต่อเชื่อมเข้ากับเครือข่ายสาธารณะ

7) ควบคุมการใช้ประโยชน์จากความถี่วิทยุ

อย่างไรก็ตาม ใช่ว่าองค์กรกำกับดูและจะต้องกำกับดูแลไปเสียทั้งหมด การกำกับดูแลขึ้นอยู่กับภารกิจ เฉพาะของประเทศนั้น ๆ ว่าเหมาะสมหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาว่าสิ่งใดควรจะกำกับดูแลสิ่งใดไม่ควรกำกับดูแล

2.3.4 วิธีการกำกับดูแล

หลังจากที่กำหนดภารกิจและตัดสินว่าจะเลือกกำกับดูแลสิ่งใดแล้ว องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลสามารถจะเลือกวิธีปฏิบัติภารกิจให้สำเร็จโดยวิธีต่าง ๆ กันดังนี้[33]

1) องค์กรกำกับดูแลจะต้องดำเนินการควบคุมกำกับดูแลเป็นประจำอีกนานเท่าใด และจะต้องละเว้นการปฏิบัติงานตามหน้าที่นั้นอีกนานเท่าใด ตัวอย่างในสหรัฐอเมริกาได้แก่กรณีที่คณะกรรมาธิการการสื่อสาร (Federal Communication Commission : FCC) เข้าดำเนินการตามหน้าที่ เพื่อจัดให้มีการเชื่อมโยงเครือข่ายอื่น ๆ เข้ากับเครือข่ายสลับสายโทรศัพท์สาธารณะที่มีอยู่แล้ว ที่ต้องกระทำอย่างต่อเนื่องและในลักษณะบังคับ ตรงกันข้ามกับประเทศอาร์เจนตินาและในประเทศอังกฤษ ที่องค์กรกำกับดูแลสามารถใช้ดุลพินิจได้ กล่าวคือ จะใช้อำนาจตามหน้าที่ก็ต่อเมื่อผู้ให้บริการโทรคมนาคม (ไม่ว่าจะเป็นรายที่ให้บริการมานานแล้ว หรือว่าเป็นรายที่ให้บริการใหม่) ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามความตกลงที่ได้ให้ไว้เท่านั้น

2) ผลทางตรงหรือทางอ้อมในการทำหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแล จะออกมามากน้อยเพียงใด ตัวอย่างเช่น ถ้าเป้าหมายของการกำกับดูแลคือการลดค่าบริการก็มีปัญหาว่าองค์กรกำกับดูแล จะใช้วิธีควบคุมราคาโดยตรง หรือว่าจะใช้วิธีส่งเสริมโครงสร้างอุตสาหกรรมไปในทางที่เอื้อต่อการให้ได้มาซึ่งราคาค่าบริการที่ลดลงจนถึงระดับที่ต้องการหรืออีกตัวอย่าง เช่น องค์กรกำกับดูแลจะใช้วิธีบังคับตรง ๆ ให้มีการขยายหรือปรับเครือข่ายให้ทันสมัย ให้ได้ตามเป้าหมายที่ต้องการหรือว่าจะใช้วิธีมุ่งตั้งเครื่องส่งเสริมต่าง ๆ เพื่อการล่อใจผู้ให้บริการโทรคมนาคมให้แสวงหาหนทางที่จะทำให้สำเร็จตามเป้าหมายดังกล่าว

จะควบคุมดูแลอย่างไร ไม่มีแบบอย่างที่แน่นอนที่จะรับประกันความสำเร็จในการทำหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม ความน่าเชื่อถือและความสำเร็จจะเกิดขึ้นได้ก็แต่จากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนั่นเอง

---

[33] คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย.(2555). *"ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม."*. (พิมพ์ครั้งที่ 1) . น. 51-55

2.4 แนวคิดและหลักการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม

แนวคิดดั้งเดิม รัฐเห็นว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐและรัฐ (แต่เพียงผู้เดียว) ที่มีหน้าที่ในการจัดให้บริการโทรคมนาคมแก่ประชาชน ดังนั้น รัฐจึงผูกขาดตลาดโทรคมนาคมมาโดยตลอด ประกอบกับแนวคิดดังกล่าวยังสอดคล้องกับทฤษฎีการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายมหาชน ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเห็นว่าเป็นหน้าที่หลักของรัฐที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงเป็นการเน้นย้ำว่ารัฐมีหน้าที่ในการให้บริการโทรคมนาคมเหมือนกับบริการสาธารณะประเภทอื่นๆ ดังเช่น การบริการด้านไปรษณีย์ การบริการด้านการขนส่ง เป็นต้น แนวคิดว่าด้วยการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมที่มุ่งเน้นในการให้อนุญาตเอกชนประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยมิใช่ทำหน้าที่แทนรัฐ จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจและเป็นประเด็นที่ค่อนข้างใหม่ และมีการถกเถียงกันอย่างมากในแวดวงวิชาการ และหลายประเทศโต้แย้งว่าการอนุญาตให้เอกชนดำเนินการให้บริการโทรคมนาคมไม่ใช่สิ่งที่จำเป็นสำหรับอุตสาหกรรมโทรคมนาคมแต่อย่างใด

ภายใต้ระบบการแข่งขันเสรี หลักเกณฑ์การอนุญาตเพื่อให้เอกชนเข้ามาประกอบกิจการนั้นมีลักษณะที่แตกต่างอย่างมีนัยสำคัญกับหลักเกณฑ์ในช่วงเวลาที่รัฐผูกขาดกิจการโทรคมนาคมอยู่หลายประการด้วยกัน

ระยะเริ่มต้นสำหรับการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมในหลายประเทศ รัฐอาจจะจัดให้ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่เป็นของรัฐที่มีอยู่แต่เดิม ซึ่งการจัดให้ใบอนุญาตดังกล่าวถือว่าเป็นขั้นตอนเริ่มแรกที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงจากระบบการผูกขาดโดยรัฐมาเป็นระบบการแข่งขันเสรี ขณะเดียวกันก็สามารถกำหนดเงื่อนไข สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ในใบอนุญาตเพื่อรักษาความมั่นคงและเป็นการรับประกันการจัดทำบริการโทรคมนาคมและเพื่อป้องกันปัญหาบางประการที่อาจจะเกิดขึ้นในระยะเริ่มแรกในช่วงเปลี่ยนผ่านระบบได้ และการกำหนดเงื่อนไข สิทธิและหน้าที่ต่างๆ ในใบอนุญาตอย่างละเอียดยังสามารถสร้างความชัดเจนและความมั่นใจสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย เช่น นักลงทุน ผู้ประกอบกิจการ (รายใหม่และรายเดิม) ผู้บริโภค รัฐบาล เป็นต้น อีกทั้ง ยังเป็นช่วงเวลาที่องค์กรกำกับดูแลสามารถเตรียมความพร้อมและทำการเรียนรู้การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมภายใต้ระบบการแข่งขันเสรีได้ก่อนที่จะมีการเปิดตลาดเสรีอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “การอนุญาต” มีความสำคัญมาก ในระยะเริ่มต้นที่มีการเปลี่ยนผ่านจากระบบการผูกขาดโดยรัฐไปสู่ระบบการแข่งขันเสรี เนื่องจากกระบวนการอนุญาตที่โปร่งใสจะเป็นเครื่องมือที่รัฐสามารถใช้สร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ที่ต้องการเข้า

มาประกอบกิจการ ตลอดจนเจ้าหนี้ของผู้ประกอบกิจการที่ให้กู้เงินมาใช้ในการก่อสร้างและปรับปรุงโครงสร้างพื้นฐานทางด้านโทรคมนาคม

ดังนั้น “การอนุญาต” ภายใต้บริบทการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคม จึงเปรียบเสมือนเป็นประตูที่ใช้เปลี่ยนผ่านและสามารถนำไปสู่ความสำเร็จของระบบการแข่งขันเสรีในท้ายที่สุด

การใช้ “การอนุญาต” เป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลการอนุญาตเป็นจุดเริ่มต้นสำหรับการปฏิรูปกิจการโทรคมนาคมไปสู่ระบบการแข่งขันเสรี และยังสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดจำนวนผู้ประกอบกิจการที่ทำการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าใช้กำหนดระดับการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมได้ กล่าวคือ หากตลาดมีการแข่งขันน้อยเกินไปก็สามารถเพิ่มจำนวนผู้ประกอบกิจการโดยการออกใบอนุญาตเพิ่มได้ ในทางกลับกันหากตลาดมีการแข่งขันที่มากเกินไปก็สามารถจำกัดจำนวนผู้ประกอบกิจการในตลาดได้เช่นเดียวกัน อีกทั้งการอนุญาตยังเป็นขั้นตอนในการกลั่นกรองและคัดเลือกคุณสมบัติของนักลงทุนที่ต้องการประกอบกิจการโทรคมนาคม เพื่อสร้างการบริการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดสำหรับผู้บริโภคได้ อนึ่ง การอนุญาตเป็นเทคนิคอย่างหนึ่งสำหรับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมภายใต้ระบบการแข่งขันเสรี ซึ่งวัตถุประสงค์สำหรับการอนุญาตสามารถจำแนกได้ ดังนี้

(ก) กิจการโทรคมนาคมในฐานะที่เป็นบริการสาธารณะประเภทที่เป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของประเทศจึงมีความจำเป็นจะต้องทำการกำกับดูแลทุกประเทศมีความเห็นพ้องกันว่าการให้บริการโทรคมนาคมประเภทพื้นฐานเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่งที่จำเป็นสำหรับการดำรงชีวิตของประชาชน ขณะเดียวกันทุกประเทศก็ไม่อาจปฏิเสธกระแสการแปรรูปกิจการโทรคมนาคมที่มุ่งเน้นการแข่งขันเสรีซึ่งกำลังแผ่ขยายไปทั่วโลกได้ ดังนั้น ประเทศ (ซึ่งแต่เดิมรัฐทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการแต่เพียงผู้เดียว) ที่มีความจำเป็นจะต้องเปิดให้มีการแข่งขันเสรีในอุตสาหกรรมโทรคมนาคม รัฐจึงจำเป็นจะต้องเปลี่ยนแปลงบทบาทและหน้าที่ของตนโดยทำหน้าที่ในการกำกับดูแลแทน ทั้งนี้ก็เพื่อจะได้ตอบสนองต่อประโยชน์ของสาธารณชนมากที่สุด และเครื่องมือที่สำคัญประเภทหนึ่งที่รัฐใช้ในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม ก็คือ “กระบวนการในการอนุญาต”

(ข) การขยายโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้มีการบริการอย่างทั่วถึง

วัตถุประสงค์ในการขยายโครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้มีการบริการอย่างทั่วถึง เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่สำคัญและอาจถูกกำหนดให้เป็นเงื่อนไขการอนุญาตให้ผู้ประกอบกิจการรายใหม่ที่เข้ามาในตลาดโทรคมนาคมได้ เนื่องจาก หากจำนวนของผู้ประกอบกิจการรายเดิมที่อยู่ในตลาดมาก่อนแล้วไม่เพียงพอต่อการขยายโครงข่ายพื้นฐานทางด้านโทรคมนาคม จึงทำให้ไม่สามารถ

ให้บริการได้อย่างทั่วถึงทั้งประเทศได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้มักพบในประเทศกำลังพัฒนาที่ยังมีโครงสร้างพื้นฐานทางด้านโทรคมนาคมที่ไม่เพียงพอ ดังนั้น รัฐอาจกำหนดเงื่อนไขการอนุญาตโดยกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการมีหน้าที่ในการจัดทำโครงข่ายพื้นฐานทางด้านโทรคมนาคมโดยให้บริการครอบคลุมพื้นที่ใด พื้นที่หนึ่งตามที่ระบุไว้ในการอนุญาตได้ และการระบุเงื่อนไขดังกล่าวนี้จะมีความสำคัญมากขึ้น หากผู้ประกอบกิจการที่ถูกแปรรูปเป็นผู้ประกอบกิจการของรัฐหรือเป็นการให้อนุญาตโดยแลกเปลี่ยนกับสิทธิพิเศษในการประกอบกิจการบางประการ เช่น ใบอนุญาตที่ให้สิทธิในการใช้คลื่นความถี่ที่มีจำกัด การออกใบอนุญาตประเภท duopoly cellular licence เป็นต้น

(ค) การแปรรูปโดยมีวัตถุประสงค์ในทางพาณิชย์หรือการแปรรูปเพื่อให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำบริการ

แม้ว่ารัฐจะมีหน้าที่ในการให้บริการโทรคมนาคม แต่ทางปฏิบัติพบว่ารัฐอาจจะไม่สามารถให้บริการได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากเหตุผลหลายประการด้วยกัน เช่น ขาดแคลนเงินทุน ขาดแคลนบุคลากรผู้เชี่ยวชาญ หรือขั้นตอนที่ยุ่งยากของระบบการบริหารงานภาครัฐ เป็นต้น ดังนั้น การอนุญาตให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดทำบริการบางส่วนหรือทั้งหมดก็เป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถใช้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ และรัฐอาจจะกำหนดเงื่อนไขหรือกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการที่เป็นเอกชนสำหรับการขออนุญาตได้ ยิ่งไปกว่านั้น นักลงทุนหรือเอกชนซึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการก็สามารถทราบได้ล่วงหน้า ถึงภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหากได้รับการอนุญาต

(ง) การกำกับดูแลโครงสร้างของตลาดโทรคมนาคม

สิ่งที่สำคัญที่สุดในการบริหารจัดการกิจการโทรคมนาคมโดยผ่านระบบกลไกตลาด คือ จำนวนผู้ประกอบกิจการที่แข่งขันในตลาดโทรคมนาคมซึ่งการอนุญาตเป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งที่รัฐสามารถใช้ควบคุมจำนวนผู้ประกอบกิจการในตลาดโทรคมนาคมได้ กล่าวคือ หากต้องการให้ตลาดมีการแข่งขันกันมากขึ้นก็สามารถทำได้โดยการอนุญาตให้ผู้ประกอบกิจการรายใหม่เข้าสู่ตลาดเพื่อเพิ่มจำนวนผู้ประกอบกิจการในตลาด ในทางกลับกันหากต้องการให้ตลาดมีการแข่งขันกันน้อยลงก็สามารถจำกัดจำนวนผู้ประกอบกิจการ โดยการระงับการอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการรายใหม่ได้

บางประเทศใช้เทคนิคการอนุญาตในการสร้างตลาดโทรคมนาคมให้มีรูปแบบผูกขาดหรือรูปแบบกึ่งผูกขาดที่มีผู้ประกอบกิจการเพียงสองถึงสามรายเท่านั้น หรือการให้สิทธิพิเศษบางประการสำหรับผู้ประกอบกิจการที่เข้ามาลงทุนในระยะเริ่มแรก ดังเช่นที่มักจะปรากฏในประเทศ

กำลังพัฒนาที่กำลังดำเนินการแปรรูปผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่เป็นของรัฐ ซึ่งผลของการอนุญาตที่มีเงื่อนไขในการคงสถานะผู้ประกอบกิจการรายหนึ่ง รายใดให้ผูกขาดในตลาดโทรคมนาคมในช่วงระยะเวลาหนึ่งก็เพื่อแสวงหาผลกำไรให้กับรัฐ ถึงแม้ว่าทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติจะเห็นพ้องกันว่า การผูกขาดตลาดโทรคมนาคมจะส่งผลให้ประสิทธิภาพหรือประโยชน์ที่จะได้รับจากการบริหารจัดการโดยผ่านกลไกตลาดลดลง แต่การที่รัฐกระทำการดังกล่าว รัฐมักจะเล็งเห็นว่าในระยะเริ่มแรกที่มีการเปลี่ยนผ่านระบบการบริหารจัดการจากการผูกขาดไปยังการบริหารจัดการโดยผ่านกลไกตลาดในระยะเริ่มแรกมักจะมีปัญหาเกิดขึ้นและประกอบกับการผูกขาดตลาดโทรคมนาคมก็สามารถแสวงหากำไรในเบื้องต้นเพื่อชดเชยจำนวนหนี้สินของผู้ประกอบกิจการ (ที่เป็นของรัฐ) ที่มีก่อนหน้า[34]

อย่างไรก็ดี การสร้างตลาดโทรคมนาคมเพื่อให้มีการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบกิจการโดยใช้การอนุญาตเป็นเครื่องมือไม่สามารถนำมาใช้ได้ทุกกรณี เนื่องจากการประกอบกิจการโทรคมนาคมบางประเภทอาจจะไม่สามารถใช้กลไกตลาดเป็นเครื่องมือได้ เช่น การให้บริการภายในพื้นที่ที่ไม่มีการแข่งขันหรือเป็นพื้นที่ที่ไม่คุ้มค่ากับการลงทุน หรือการประกอบกิจการโทรศัพท์พื้นฐานที่มีการให้บริการโดยผู้ให้บริการรายเดิมซึ่งเป็นผู้ครองตลาดส่วนใหญ่อยู่ก่อนแล้วและแนวโน้มผู้ใช้บริการในอนาคตก็มักจะมีการใช้งานที่ลดลง เป็นต้น

(จ) การสร้างกรอบกติกาการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบกิจการ

การอนุญาตสามารถใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการกำหนดระดับการแข่งขันสำหรับตลาดโทรคมนาคมและสามารถใช้จำกัดการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบกิจการรายเดิมที่ให้บริการอยู่ก่อนแล้ว อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อตลาดโทรคมนาคมได้ เช่น การกำหนดไว้ในการอนุญาตว่าห้ามผู้ประกอบกิจการกระทำการที่มีลักษณะที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันหรือการค้าที่เป็นธรรม เป็นต้น ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวมีผลให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องตระหนักถึงการปฏิบัติตามกฎหมายโทรคมนาคมและยังต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าอีกด้วย

(ฉ) การจัดสรรทรัพยากรที่มีจำนวนจำกัด

ทรัพยากรในการประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นทรัพยากรที่จำกัดซึ่งคำว่า “จำกัด” ตามนัยนี้มิได้หมายความว่าเมื่อนำทรัพยากรดังกล่าวมาใช้แล้วจะหมดไปจากประเทศ แต่เป็นนัยที่เมื่อนำทรัพยากรนั้นมาจำหน่ายให้ผู้ประกอบกิจการรายหนึ่ง รายใดแล้วย่อมไม่สามารถจำหน่าย

---

[34] คมสัน บุญเทียม.(2552 – 2553). *“ผลประโยชน์จากกฎหมายการประกอบกิจการโทรคมนาคม.”* ร่มพฤกษ์,28(1). น. 145-151

ให้กับผู้ประกอบกิจการรายอื่นได้อีก ดังนั้น เมื่อทรัพยากรมีปริมาณที่จำกัดผลที่ตามมาก็คือรัฐจำเป็นจะต้องจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดนั้นให้กับผู้ประกอบกิจการที่สามารถนำทรัพยากรมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด เช่น คลื่นความถี่เป็นทรัพยากรที่จำเป็นสำหรับการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนซึ่งรัฐจะต้องจัดสรรคลื่นความถี่ให้กับผู้ประกอบกิจการที่มีความสามารถในการใช้คลื่นความถี่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด และเมื่อรัฐจัดสรรคลื่นความถี่ในช่วงสัญญาณใดแล้วผู้ประกอบกิจการรายอื่นย่อมไม่สามารถใช้คลื่นความถี่ในช่วงสัญญาณเดียวกันได้อีก หรือกรณีที่รัฐให้สิทธิผู้ประกอบกิจการรายหนึ่งสร้างโครงข่ายในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งแล้วย่อมไม่สามารถอนุญาตให้ผู้ประกอบกิจการรายอื่นสร้างโครงข่ายในพื้นที่นั้น ๆ ได้อีกเนื่องจาก (บริเวณ) พื้นที่เป็นทรัพยากรที่มีจำกัด เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น การจัดสรรทรัพยากรโดยผ่านการอนุญาตเป็นเครื่องมือประเภทหนึ่งของรัฐที่ใช้ในการรักษาสมดุลระหว่างการแข่งขันที่เป็นธรรมกับประโยชน์ส่วนรวมได้ เช่น การจัดสรรคลื่นความถี่โดยวิธีการจัดประมูลซึ่งรัฐสามารถกำหนดราคาได้สูงถึงหลายหมื่นล้านบาทเพื่อจะได้นำเงินที่ได้จากการประมูลไปพัฒนากิจการอื่นของรัฐที่จำเป็นสำหรับประโยชน์ส่วนรวม หรือการตั้งราคาการอนุญาตในราคาที่ต่ำเพื่อให้ต้นทุนในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบกิจการลดลงและจะทำให้ผู้บริโภคได้รับการบริการที่ราคาถูกลงตามไปด้วย หรือกรณีของ “สิทธิแห่งทาง” (The rights of way) ที่รัฐสามารถมีรายได้จำนวนมหาศาลจากการอนุญาตให้ผู้ประกอบกิจการสร้างโครงข่ายพาดผ่านพื้นที่ของประชาชนทั้งทางพื้นดิน ทางน้ำ และทางอากาศ แต่ในมิติของเศรษฐศาสตร์แล้ว ข้อจำกัดในเรื่องสิทธิแห่งทางอาจจะมีผลให้การบริการประเภทใหม่ๆ เกิดขึ้นได้ช้าลงและอาจมีผลให้ราคาค่าบริการสูงขึ้นได้ เป็นต้น

(ช) สร้างรายได้ให้แก่รัฐ

รัฐสามารถมีรายได้จำนวนมหาศาลจากค่าธรรมเนียมการอนุญาตประกอบกิจการได้ ซึ่งทางปฏิบัติ พึงเห็นได้ว่าบางประเทศมีรายได้มากมายถึงหลายหมื่นล้านบาทหรือมากถึงแสนล้านบาท ทั้งนี้ ขึ้นกับเทคนิคในการหารายได้จากการอนุญาตซึ่งมีหลายรูปแบบด้วยกัน เช่น วิธีการประมูลซึ่งรัฐจะได้รับเงินจำนวนมากในคราวแรกที่มีการประมูล หรือวิธีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการอนุญาตรายปีเพื่อสร้างความต่อเนื่องของรายได้ที่รัฐจะได้รับตลอดระยะเวลาการอนุญาต หรือวิธีการอนุญาตแก่ผู้ประกอบกิจการรายใหม่เพื่อเพิ่มการแข่งขันในตลาดให้สูงขึ้นโดยรัฐคาดหวังว่าจะมีรายได้เพิ่มขึ้นจากภาษีที่เพิ่มขึ้น เป็นต้น

(ซ) การคุ้มครองผู้บริโภค

รัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคให้เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการอนุญาตได้ ซึ่งจะมีผลให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรงเนื่องจากถือได้เป็นเงื่อนไขหนึ่งในการอนุญาต เช่น การกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องแสดงรายละเอียดของใบเรียกเก็บค่าบริการ การกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องจัดให้ผู้บริโภคสามารถเรียกออกได้กรณีฉุกเฉินเร่งด่วนโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย หรือกระบวนการแก้ไขเรื่องร้องเรียน เป็นต้น

(ฌ) การสร้างความมั่นคงในกระบวนการกำกับดูแล

การอนุญาตที่มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการและการกำหนดหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลอย่างชัดเจนจะสามารถสร้างความเชื่อมั่นในกระบวนการกำกับดูแลได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งความชัดเจนของเงื่อนไขการอนุญาตเป็นสิ่งที่จำเป็นมากในสถานการณ์ที่ต้องการดึงดูดผู้ประกอบกิจการต่างชาติเพื่อให้มาลงทุนภายในประเทศ เนื่องจากผู้ประกอบกิจการเหล่านั้นสามารถวิเคราะห์ปัจจัยเสี่ยงต่างๆ โดยผ่านเงื่อนไขการอนุญาตได้

หลักการพื้นฐาน ที่จะต้องคำนึงถึง สำหรับการอนุญาตการกำหนดรายละเอียดสำหรับการอนุญาตมีความแตกต่างกันตามแต่ลักษณะเฉพาะของแต่ละประเทศ ลักษณะเฉพาะของการบริการ และลักษณะเฉพาะของผู้ประกอบกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดรายละเอียดดังกล่าวควรจะต้องคำนึงถึงศักยภาพในการกำกับดูแลด้วย กล่าวคือ หากการกำกับดูแลมีประสิทธิภาพมาก การกำหนดรายละเอียดสำหรับการอนุญาตก็อาจจะมีรายละเอียดน้อยกว่า ในทางกลับกัน หากการกำกับดูแลยังไม่สามารถทำได้ดีนักก็ควรกำหนดรายละเอียดให้มีความชัดเจนมากขึ้น ทั้งนี้ ก็เพื่อจะได้สามารถแบ่งเบาภาระหน้าที่ของการกำกับดูแลได้ เช่น ในประเทศที่มีการจัดทำประกาศหลักเกณฑ์การกำหนดราคา (Price regulation regime) การกำหนดรายละเอียดสำหรับการอนุญาตก็ไม่จำเป็นจะต้องกำหนดในเรื่องดังกล่าว แต่สำหรับ ในประเทศที่ไม่มีการจัดทำประกาศหลักเกณฑ์ดังกล่าว (การกำหนดราคา) ก็จำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดไว้ในการอนุญาต เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารายละเอียดในการกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตอาจจะมีความหลากหลายและแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่โดยกรอบแนวคิดพื้นฐานในการอนุญาตควรจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(ก) หลักเกณฑ์ว่าด้วยความโปร่งใส

“ความโปร่งใสเป็นกุญแจสำคัญที่สุดสำหรับความสำเร็จในเรื่องกระบวนการอนุญาต”

หลักเกณฑ์ที่มีความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาต จะทำให้กระบวนการในการอนุญาตจะต้องดำเนินไปอย่างเปิดเผยและสามารถตรวจสอบได้จากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง การใช้ดุลพินิจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาต ก็ควรจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามที่ประกาศล่วงหน้าเท่านั้น ทั้งนี้ ก็เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและกระบวนการอนุญาต และหลักเกณฑ์ว่าด้วยความโปร่งใสก็ควรจะนำมาใช้กับกระบวนการต่อการอนุญาตและกระบวนการเพิกถอนการอนุญาตเช่นเดียวกัน

หลักเกณฑ์ความโปร่งใสในกระบวนการอนุญาต สามารถทำได้หลากหลายวิธี เช่น การประกาศหลักเกณฑ์หรือกระบวนการในการอนุญาตล่วงหน้าอย่างละเอียดและชัดเจนภายในระยะเวลาพอสมควรที่จะให้ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถทราบข้อมูลได้อย่างครบถ้วน การแบ่งแยกขั้นตอนในการพิจารณาคัดเลือกคุณสมบัติและขั้นตอนในการคัดเลือกผู้ที่เหมาะสมที่จะได้รับการอนุญาตที่เป็นขั้นตอนสุดท้ายออกจากกัน การคืนซองประมูลสำหรับผู้ที่ไม่ผ่านการพิจารณาคัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นโดยไม่มีการเปิดซองก่อน การเปิดเผยจำนวนเงินที่ผู้ชนะการประมูลเสนอต่อสาธารณะ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ความโปร่งใสในการอนุญาตที่ถูกปรับใช้กับการอนุญาตแต่ละประเภทย่อมมีลักษณะที่แตกต่างกัน แต่จากทัศนะของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาตเห็นว่าหลักเกณฑ์ความโปร่งใสเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถสร้างความเชื่อมั่นให้กับหน่วยงานที่มีอำนาจในการอนุญาตได้ เนื่องจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องสามารถเห็นได้ถึงการทำงานทีละขั้นตอนอย่างสมเหตุสมผลและสามารถเห็นถึงการปฏิบัติระหว่างผู้ที่ขออนุญาตด้วยกันอย่างเท่าเทียมกัน ขณะที่อุปสรรคประการสำคัญสำหรับการสร้างกระบวนการอนุญาตให้มีความโปร่งใส ก็คือ ระยะเวลาการดำเนินการและงบประมาณที่ใช้จะมีมากกว่าการดำเนินการในกระบวนการที่ไม่โปร่งใส แต่การดำเนินกระบวนการที่ไม่โปร่งใสจะเป็นตัวทำลายความเชื่อมั่นในการลงทุนสำหรับผู้ประกอบกิจการ และยังทำลายความเชื่อมั่นในการกำกับดูแลตลาดโทรคมนาคม ซึ่งจะมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อกระบวนการเปิดเสรีและกระบวนการแปรรูปอุตสาหกรรมโทรคมนาคมในอนาคต

(ข) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ

การเปิดโอกาสให้สาธารณชนได้มีส่วนร่วมในกระบวนการอนุญาตเป็นสิ่งที่สมควรจะกระทำอย่างยิ่งเพื่อแสดงให้เห็นถึงกระบวนการที่โปร่งใสและสามารถทราบถึงความคิดเห็นของผู้บริโภค ของผู้ประกอบกิจการ หรือของผู้ที่มีส่วนได้เสียต่อการอนุญาต อีกทั้ง การรับฟังความคิดเห็น

จากทุกภาคส่วนก่อนการอนุญาตจะเป็นการเพิ่มโอกาสในการกระบวนการออกใบอนุญาตให้ประสบความสำเร็จมากขึ้น (เนื่องจากจะมีผู้คัดค้านน้อยลง)

กระบวนการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะจะมีความสำคัญมากขึ้นหากเป็นกระบวนการเพื่อกำหนดเงื่อนไขการอนุญาตที่มีลักษณะทั่วไป เนื่องจาก เงื่อนไขการขออนุญาตที่มีลักษณะทั่วไปนั้น หากผู้ประกอบกิจการสามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขตามที่กำหนดได้ก็จะได้รับอนุญาตโดยทันที ซึ่งไม่มีขั้นตอนที่จะเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการหรือภาคส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตสามารถแสดงความคิดเห็นได้ก่อนการอนุญาตซึ่งต่างกับกระบวนการอนุญาตสำหรับผู้ประกอบกิจการเฉพาะรายที่จะเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการหรือภาคส่วนที่เกี่ยวข้องมีการเสนอความคิดเห็นก่อนการอนุญาต เช่น กระบวนการรับฟังความคิดเห็นสำหรับการอนุญาตประกอบกิจการโดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่ เป็นต้น

อันที่จริงแล้ว การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการให้ประชาชนและภาคส่วนที่เกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนรับรู้และเสนอแนะความคิดเห็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต ดังนั้น การจัดรับฟังความคิดเห็นสาธารณะจึงอาจจัดทำในรูปแบบที่เป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ ก็ได้ แต่สาระสำคัญของการจัดรับฟังความคิดเห็นสาธารณะคือ การเผยแพร่เนื้อหาที่ต้องการรับฟังเพื่อให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องรับทราบและการคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนที่สะท้อนถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตดังกล่าว

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะเป็นขั้นตอนที่สำคัญอีกขั้นตอนหนึ่งสำหรับการสร้างหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นธรรมและกระบวนการที่โปร่งใสในการอนุญาต อีกทั้งยังเป็นการสร้างความเข้าใจระหว่างผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกภาคส่วนและสร้างความโปร่งใสของกระบวนการกำกับดูแลอีกด้วย

(ค) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดค่าธรรมเนียมการอนุญาต

วงการอุตสาหกรรมโทรคมนาคมมิได้ให้ความหมายอย่างละเอียดของคำว่า “ค่าธรรมเนียมการอนุญาต” ดังนั้น ขอบเขตหรือรายละเอียดของค่าธรรมเนียมการอนุญาตจึงแตกต่างกันตามบริบทของแต่ละประเทศ เช่น บางประเทศค่าธรรมเนียมการอนุญาตอาจจะหมายถึงค่าเช่าใช้โครงข่ายโทรคมนาคมและสิทธิการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น หรือ ค่าธรรมเนียมการอนุญาตอาจจะรวมถึงค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการภายในองค์กรกำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่ หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาตอาจจะรวมถึงค่าใช้จ่ายในการกำกับดูแลคลื่นความถี่ทั้งหมดตั้งแต่การอนุญาต การกำกับดูแล การระงับข้อพิพาทในการเชื่อมต่อโครงข่าย เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้ว่าขอบเขตของค่าธรรมเนียมการอนุญาตอาจจะไม่มีความชัดเจนว่าประกอบด้วยสิ่งใดบ้าง แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าค่าธรรมเนียมการอนุญาตไม่ควรรวมถึงค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นหรือไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม ซึ่งแนวทางการคิดคำนวณค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่โปร่งใสมากที่สุด คือ การคิดคำนวณแบบสะท้อนต้นทุน (the cost recovery schemes) โดยวิธีการคิดคำนวณรูปแบบนี้จะคิดคำนวณเฉพาะค่าใช้จ่ายที่ใช้ในกระบวนการอนุญาตขององค์กรที่มีอำนาจในการอนุญาตเท่านั้นและเมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการอนุญาตแล้วก็จะคิดคำนวณค่าใช้จ่ายในการกำกับดูแลทั้งกระบวนการและนำมาเฉลี่ยกับจำนวนผู้ประกอบกิจการที่ได้รับการอนุญาตทั้งหมด

การเฉลี่ยต้นทุนการกำกับดูแลกับจำนวนผู้ประกอบกิจการในตลาดโทรคมนาคมสามารถทำได้หลากหลายวิธี เช่น การเฉลี่ยต้นทุนโดยตั้งบนฐานของสัดส่วนรายได้ (ผู้ประกอบกิจการที่มีรายได้มากก็จะเสียค่าใช้จ่ายมาก) การเฉลี่ยต้นทุนโดยตั้งบนฐานของสัดส่วนพื้นที่การประกอบกิจการ (ผู้ประกอบกิจการที่ครอบคลุมพื้นที่มากก็จะเสียค่าใช้จ่ายมาก) หรือการเฉลี่ยต้นทุนตามประเภทของการบริการ เป็นต้น และวิธีการเฉลี่ยต้นทุนโดยตั้งบนฐานของสัดส่วนรายได้เป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมมากที่สุด

กรณีตัวอย่าง

สหภาพยุโรปได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในเรื่องความโปร่งใสและปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่สูงเกินไป จึงมีการเสนอให้มีการแก้ไขข้อกำหนดที่แนวปฏิบัติของสมาชิกสหภาพยุโรปประจำปี ค.ศ. 1997 ในปี ค.ศ. 2000 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

“ข้อ 15 ค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่เรียกเก็บจากผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมเพื่อให้ครอบคลุมค่าใช้จ่ายทั้งหมดขององค์กรกำกับดูแลในการดำเนินการกำกับดูแลและการดำเนินกระบวนให้อนุญาตผู้ประกอบกิจการ ซึ่งค่าใช้จ่ายขององค์กรดังกล่าวควรเป็นค่าใช้จ่ายที่จำกัดเฉพาะการดำเนินการใดๆ ที่เป็นการดำเนินการในปัจจุบันเท่านั้น (มิใช่การคิดคำนวณรายจ่ายเพื่อดำเนินการในอนาคต) ดังนั้น การประเมินค่าใช้จ่ายขององค์กรควรจะแสดงในรูปแบบของงบประมาณรายได้และรายจ่ายประจำปีเพื่อแสดงถึงความโปร่งใสของการจัดเก็บค่าธรรมเนียมการอนุญาต

อนึ่ง ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการองค์กรที่จัดเก็บจากผู้ประกอบกิจการไม่ควรเป็นอุปสรรคในการเข้ามาประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการรายใดรายหนึ่ง ดังนั้น ภาระเรื่องค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการองค์กรจึงควรจะถูกจัดสรรให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการที่เกี่ยวข้อง

ทั้งหมดอย่างได้สัดส่วนที่เป็นธรรมโดยคิดคำนวณจากรอบบัญชีของปีก่อน ๆ และผู้ประกอบกิจการขนาดกลางและขนาดย่อมไม่ควรจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้"

"ข้อ 16 นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการองค์กรก็อาจจะมีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมใช้การใช้คลื่นความถี่และจำนวนเลขหมาย ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการจัดสรรทรัพยากรที่ดีที่สุดและการจัดเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวไม่ควรขัดขวางการพัฒนาการสร้างสรรค์การบริการใหม่และการแข่งขันในตลาด"