

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐาน หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยรับรองตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1996 ประเทศไทยได้รับหลักการดังกล่าวมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน การควบคุมเนื้อหาละครโทรทัศน์เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชน ในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหาละครโทรทัศน์จึงต้องทราบถึงแนวคิด ความหมายและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การควบคุมเนื้อหาละครโทรทัศน์สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมาย สามารถดำเนินการให้บรรลุตามความมุ่งหมายได้

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ก่อนมีรัฐมนุษย์ดำรงอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ซึ่งเป็นสภาวะที่ไม่มีผู้ปกครอง มนุษย์ทุกคนสามารถกระทำการใดๆ ได้ตามใจปรารถนา ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าอะไรถูกหรือผิด มีเพียงกฎธรรมชาติที่เป็นข้อจำกัดของการกระทำ¹⁰ ต่อมามนุษย์เริ่มมีการรวมกลุ่มกันเป็นสังคมที่ไม่ซับซ้อน จากครอบครัวและขยายไปสู่โคตรตระกูลและเผ่าพันธุ์¹¹ มีหัวหน้าเผ่าที่เข้มแข็งและเป็นที่ยอมรับ ต่อมาเมื่อสังคมขยายใหญ่ขึ้น มีความหลากหลายของเผ่าพันธุ์ จึงทำให้เกิดนครรัฐเป็นสังคมที่รวมกันของหลายเผ่าพันธุ์ที่มีความสัมพันธ์ร่วมกันทางศาสนาและการเมือง ผู้นำที่มีบทบาทสำคัญ คือ ศาสนจักร เช่น นครรัฐกรีก นครรัฐโรมัน รัฐ (state) ในช่วงระหว่างศตวรรษที่ 15 - 16¹² ต่อมาเมื่อศาสนจักรเสื่อมลง ผู้คนสมัยนั้นเห็นว่า ศาสนจักรควรมีหน้าที่เฉพาะอบรมสั่งสอนคติความเชื่อ ส่วนการเมืองการปกครองควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายอาณาจักร คือ เจ้าผู้ครองนครหรือกษัตริย์ที่เข้มแข็ง และเมื่อผู้ปกครองเข้มแข็งรวบรวมแว่นแคว้นเป็นปึกแผ่นมั่นคง สังคม

¹⁰ สิทธิกร ศักดิ์แสง. (2553). *หลักกฎหมายมหาชน*. หน้า 146

¹¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2555). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. หน้า 27

¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. หน้า 63 - 64

ก็จะสงบสุข¹³ เมื่อมนุษย์มารวมกันเป็นรัฐและตกลงสถาปนาผู้ปกครองขึ้น ให้คำมั่นสัญญาต่อกันว่าแต่ละคนจะยอมเชื่อฟังและปฏิบัติตามผู้ปกครอง เรียกสัญญาดังกล่าวว่า “สัญญาประชาคม”¹⁴

แนวคิดที่ว่ารัฐเกิดจากสัญญาประชาคมเป็นแนวคิดที่อธิบายการก่อกำเนิดพันธสัญญาของคนในสังคม โดยสัญญาดังกล่าวกำหนดความสัมพันธ์ของอำนาจภายในรัฐ มีนักปรัชญาหลายท่านได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาประชาคมไว้น่าสนใจดังนี้¹⁵

(1) สัญญาประชาคมของโทมัส ฮอบส์ เห็นว่า โดยสัญชาตญาณมนุษย์มีความเห็นแก่ตัว โหดร้าย ทุกคนต่างแย่งกันปกป้องสิทธิของตนเพื่อความมั่นคงและปลอดภัยในชีวิตตนเอง มนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่ไม่มีขอบเขตในการกระทำการใดๆ ผู้มีกำลังใช้อำนาจแย่งชิงสิ่งที่ตนต้องการมาครอบครอง ทุกคนมีสภาพเหมือนกับต้องทำสงครามต่อกันตลอดเวลา เนื่องจากฮอบส์มองว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันทางธรรมชาติ ทั้งทางกายและใจ แต่อาจมีบางอย่างที่แตกต่างกัน เช่น ความแข็งแรง สติปัญญา แต่ความเท่าเทียมดังกล่าวนำมาซึ่งความยุ่งยาก ความขัดแย้ง ทุกคนตกอยู่ในสภาวะอันตรายไม่มีความปลอดภัยและมั่นคง เพื่อให้เกิดสันติภาพทุกคนจึงร่วมกันทำพันธสัญญา โดยทุกคนจะสละเสรีภาพส่วนที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น เสรีภาพที่สละเท่ากับสิทธิของตนจะไม่ถูกละเมิดเช่นกัน พันธสัญญาดังกล่าวเป็นสิ่งที่ประชาชนทำสัญญากันเอง รัฐเป็นคนกลางที่ได้รับมอบให้ใช้อำนาจสูงสุดเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิตามพันธสัญญา รัฐจึงไม่ใช่คู่สัญญาและเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดเหนือประชาชน แนวคิดนี้เป็นแนวคิดเบื้องต้นที่นำไปสู่ระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

(2) สัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก มีความเห็นสอดคล้องกับฮอบส์ที่มองว่า มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพตามธรรมชาติและต่างมุ่งแสวงหาความมั่นคงของชีวิต แต่ขณะเดียวกันก็มีความเห็นที่แตกต่างกับฮอบส์ในประเด็นสภาวะธรรมชาติของมนุษย์ ล็อกมองว่าไม่ได้ต้องการต่อสู้แข่งขัน แต่ทุกคนตระหนักถึงความเสมอภาคและสันติภาพ เมื่อมีความขัดแย้งต่างก็บังคับตามสิทธิที่ตนมีตามธรรมชาติและลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง ในส่วนของสัญญาประชาคมนั้น ล็อกเห็นว่าประชาชนได้ทำพันธสัญญา 2 สัญญา สัญญาฉบับแรกเป็นสัญญาระหว่างประชาชนด้วยกันเอง เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขความขัดแย้งระหว่างกันเอง และเพื่อความมั่นคงของชีวิตแต่ละคน สัญญาฉบับที่สองเป็นสัญญาที่ประชาชนทำกับรัฐเพื่อที่จะมาควบคุมและคุ้มครองเสรีภาพ เมื่อรัฐมีสถานะเป็นคู่สัญญา การที่ประชาชนยอมรับสภาพปกครองของรัฐ ปฏิบัติตามกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นเพื่อความสงบและมั่นคงในชีวิตของทุกคน ขณะเดียวกันเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพ

¹³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 28 - 29

¹⁴ สิทธิกร ศักดิ์แสง. เล่มเดิม. หน้า 146

¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก. เล่มเดิม. หน้า 68-74

ของประชาชน รัฐเองก็มีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายด้วย การกระทำของรัฐสามารถตรวจสอบได้โดยประชาชน

(3) สัญญาประชาคมของฌอง ฌาคส์ รูสโซ มีความเห็นสอดคล้องกับฮอบส์ในแง่ที่ว่า เสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนมีไม่จำกัด การที่ทุกคนพยายามใช้เสรีภาพของตนเองอย่างไร้ขอบเขตจะก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในชีวิตแต่ละคน ประชาชนจึงมาตกลงทำสัญญาประชาคมวางกฎเกณฑ์การอยู่ร่วมกัน โดยจำกัดเสรีภาพที่ไร้ขอบเขตของตนเองลง และเกิดเสรีภาพใหม่ที่เป็นเจตจำนงร่วมของประชาคมขึ้น กฎหมายคือเจตจำนงร่วมที่เกิดจากประชาชน ที่ทุกคนในสังคมต้องปฏิบัติตาม ฝ่ายปกครองเข้ามาทำหน้าที่ดูแลรักษากฎหมายไม่ให้ใครฝ่าฝืนแต่ไม่ใช่เจ้าของอำนาจอธิปไตย และเมื่อประชาชนปฏิบัติตามเจตจำนงร่วมก็จะได้รับเสรีภาพธรรมชาติกลับคืนมา ดังนั้น อำนาจอธิปไตยที่แท้จริงจึงเป็นของทุกคน ฝ่ายปกครองเป็นเพียงผู้แทนชั่วคราวของประชาชน ไม่ถือว่าประชาชนโอนอำนาจดังกล่าวให้กับฝ่ายปกครอง เพราะอำนาจอธิปไตยไม่สามารถจำหน่ายโอน รวมทั้งไม่สามารถแบ่งแยกหรือจำกัดได้ ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดตามที่กฎหมายกำหนด เป็นทฤษฎีที่นำไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย

จากทฤษฎีสัญญาประชาคมข้างต้นจะเห็นว่า ในรัฐประชาธิปไตยจะให้ความสำคัญกับการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยฝ่ายปกครองจะมีอำนาจหน้าที่อย่างจำกัดภายใต้กฎหมาย การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายและสามารถตรวจสอบได้ หรือที่เรียกว่า “นิติรัฐ” หรือ legal state เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า rechtsstaat เป็นคำที่นักวิชาการทางตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่งซึ่งยอมรับและรับรองให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควร การที่รัฐจะกระทำการใด ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หลักนิติรัฐเรียกร้องในเชิงเนื้อหาในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนแก่นสาระของสิทธิเสรีภาพ กฎหมายจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้และใช้บังคับทั่วไป ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลทั้ง ๆ ที่จะต้องคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย และองค์กรของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนอย่างเท่าเทียมกันตามหลักความเสมอภาค ซึ่งหลักเหล่านี้ถือว่าเป็นหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาที่รัฐเสรีประชาธิปไตยจะต้องมีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครอง¹⁶ หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค เพราะว่าสิทธิทั้งสองประการ

¹⁶ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ก. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. หน้า 1

นี้เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ในรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องเคารพขอบเขตและเสรีภาพของปัจเจกชน การที่รัฐจะแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพจะพึงทำได้เมื่อปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วเท่านั้น

2.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

(1) ความหมายของสิทธิ

ขุนประเสริฐศุภมาตรา อ้างโดยนันทวัฒน์ บรมานันท์ สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือความสามารถซึ่งกฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลผู้หนึ่งมีอำนาจร้องขอให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ¹⁷

หยุด แสงอุทัย สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และคุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ เมื่อสิทธิเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้บุคคลหนึ่ง บุคคลอื่นก็มีหน้าที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามประโยชน์นั้น สิทธิและหน้าที่จึงเป็นของคู่กันเสมอ¹⁸

วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน หรือบุคคลอื่น¹⁹

สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้สรุปลักษณะสำคัญของสิทธิไว้ 3 ประการดังนี้

- 1) สิทธิเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่เลือกใช้หรือไม่ใช้ก็ได้
- 2) สิทธิเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของเจ้าของสิทธิและไม่ละเมิดในสิทธิของผู้อื่น รวมทั้งเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรือไม่กระทำการที่จะเป็นการขัดขวางแทรกแซงการใช้สิทธิ

- 3) การเกิดขึ้นของสิทธิเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิเท่านั้น²⁰

จากแนวคิดข้างต้นพอสรุปความหมายของสิทธิได้ว่า สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายได้รับรองให้บุคคลสามารถกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ตามความสมัครใจ และกฎหมายได้คุ้มครองสิทธิไม่ให้ผู้ใดมาละเมิดไม่ว่าจะโดยบุคคลอื่นหรือรัฐ

¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก. (2548). *การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (รายงานผลการวิจัย). หน้า 8

¹⁸ หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดยสมยศ เชื้อไทย. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. หน้า 167 – 169

¹⁹ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ข. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540*. หน้า 22

²⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2548). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. หน้า 46

(2) ความหมายของเสรีภาพ

Salmond อ้างโดยหยุด แสงอุทัย เสรีภาพ หมายถึง ประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใดๆ ต่อตนเอง บุคคลสามารถกระทำการใดๆ ตามชอบใจในข่ายเสรีภาพตามกฎหมายโดยไม่ถูกขัดขวางโดยกฎหมาย

วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ เสรีภาพ หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือปราศจากการหน่วงเหนี่ยวกักขัง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่เท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่คุณคนนั้นประสงค์จะทำ²¹

สมคิด เลิศไพฑูรย์ เสรีภาพ หมายถึง การที่บุคคลจะกระทำการหรือไม่กระทำการใดโดยใจสมัครอันปราศจากการบังคับหรืออยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลอื่นหรือรัฐ²²

จากแนวความคิดข้างต้นพอสามารถสรุปความหมายของเสรีภาพได้ว่า ภาวะที่บุคคลมีอิสระที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ โดยปราศจากการแทรกแซงจากสิ่งใดๆ

จากความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงพบความแตกต่างระหว่างคำดังกล่าว คือ “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลที่จะต้องให้ยอมรับการใช้สิทธิของเจ้าของสิทธิ และ “เสรีภาพ” เป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่ในตัวเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซง เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด

2.1.2 สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

แม้ตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติจะเชื่อว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่มิได้อยู่ตามธรรมชาติ แต่การที่ต้องนำสิทธิและเสรีภาพมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดรูปธรรม²³ และโดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้แก่บุคคลในการกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ จึงก่อให้เกิดอำนาจในการเรียกร้องไม่ให้องค์กรของรัฐเข้าแทรกแซงการใช้สิทธิของบุคคล ซึ่งเขตแดนของสิทธิที่รัฐธรรมนูญได้รับการรับรองและคุ้มครองดังกล่าวบุคคลมีอิสระที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ เพื่อให้สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองมีความชัดเจนยิ่งขึ้นจึงต้องมีการตรากฎหมายมาขยายรายละเอียดของสิทธิ

²¹ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ข. เล่มเดิม. หน้า 22

²² สมคิด เลิศไพฑูรย์. เล่มเดิม. หน้า 47

²³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ข. เล่มเดิม. หน้า 185

และเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทบัญญัติอีกชั้นหนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้นอาจกำหนดความหมาย เงื่อนไข ขอบเขต มาตรการคุ้มครอง รวมทั้งกำหนดบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนก็ได้²⁴

สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับรัฐ และผูกพันผู้ใช้อำนาจรัฐต้องเคารพ ปกป้อง และคุ้มครอง เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ²⁵

เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ตามปกติเสรีภาพไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลใด แต่หากเป็นเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็น “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นที่จะไม่เข้าไปรบกวนการใช้อำนาจในการกระทำการหรือไม่กระทำการของบุคคลนั้น²⁶

ผลของการรับรองสิทธิและเสรีภาพ เมื่อบุคคลในรัฐมีสิทธิและเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีบทกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐ รัฐย่อมมีหน้าที่เอื้ออำนวยให้บุคคลในรัฐได้รับประโยชน์สมดังสิทธินั้น หน้าที่ของรัฐดังกล่าวแยกได้เป็น 2 ประการ

ประการแรก หน้าที่กระทำการ เมื่อบุคคลในรัฐมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธินั้นจะสมประโยชน์ได้ก็แต่ด้วยการกระทำการของรัฐ บุคคลย่อมสามารถบังคับให้รัฐกระทำการเพื่อให้สิทธิของตนสมประโยชน์ได้ เช่น สิทธิในความเท่าเทียมกัน ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทำให้รัฐมีหน้าที่แก้ไขกฎหมายภายในอื่นที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญนี้ เป็นต้น

ประการที่สอง หน้าที่งดเว้นกระทำการ สำหรับสิทธิและเสรีภาพบางประการ เมื่อบุคคลในรัฐใดมีสิทธิและเสรีภาพในการกระทำการใด บุคคลในรัฐนั้นย่อมกระทำการนั้นได้โดยอิสระ ปราศจากการแทรกแซงของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐเป็นฝ่ายต้องงดเว้นกระทำการ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการนับถือศาสนา หากได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ รัฐย่อมต้องมีหน้าที่ละเว้นการเข้าแทรกแซงหรือปราบปราม แต่ทั้งนี้การตีความบทบัญญัติในกฎหมายก็เป็นสิ่งสำคัญซึ่งจะต้องคำนึงถึง เพราะรัฐอาจใช้การตีความกฎหมายเป็นเครื่องมือในการวางหลักเกณฑ์ตลอดจนระดับความหนักเบาแห่งการงดเว้นกระทำการได้

²⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก. เล่มเดิม. หน้า 9 - 10

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ ก. (2552). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 51

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 51 - 52

2.1.3 ประเภทของสิทธิ

ได้มีการแบ่งแยกสิทธิโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิเพื่อกำหนดขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิแต่ละประเภท สามารถแบ่งสิทธิตามผู้ทรงสิทธิออกเป็น 2 ประเภทดังนี้

(1) สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิของทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนมีมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิสากลที่รัฐส่วนใหญ่ยอมรับ ไม่สามารถจำหน่าย จ่าย โอน และไม่อาจแบ่งแยกได้ แนวคิดนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดมนุษยนิยม สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่บุคคลใช้ในการป้องกันแดนเสรีภาพของตนจากอำนาจรัฐและจากบุคคลอื่น เพื่อให้สิทธิมนุษยชนมีผลบังคับได้ จึงมีการกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการปกป้องสิทธิมนุษยชน สิทธิมนุษยชนต่างจากสิทธิพลเมือง เนื่องจากสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคน แต่สิทธิพลเมืองเป็นสิทธิเฉพาะพลเมืองของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในเสรีภาพทางความคิด สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก²⁷

(2) สิทธิพลเมือง เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งหมายจะคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น สิทธิของพลเมืองเป็นสิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งคือบรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง อันได้แก่สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมือง สิทธิในการเลือกตั้งหรือรับสมัครรับเลือกตั้ง²⁸

2.1.4 ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ

โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญจะกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพโดยกำหนดให้ออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างชัดเจน แต่แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดให้ขอบเขตการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างชัดเจนในบางเรื่อง ก็มิได้หมายความว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพจะทำได้โดยไม่จำกัด ทั้งนี้ เนื่องจากสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ คือ พฤติกรรมระหว่างมนุษย์ด้วยกัน ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น สังคมและรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพจึงต้องมีขอบเขตดังนี้²⁹

(1) การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น สิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายไม่ได้ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อบุคคลพลเมืองเท่านั้น หากแต่ก่อให้เกิด

²⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 198 - 199

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ ก. เล่มเดิม. หน้า 53

²⁹ วนิตา แสงสารพันธ์. (2554). *หลักกฎหมายสื่อมวลชน*. หน้า 17 - 19

ผลผูกพันรัฐในการคุ้มครองแก่บุคคลที่สามไปพร้อมกัน ดังนั้น รัฐอาจดำเนินการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ โดยกำหนดมาตรการไม่ว่าโดยทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ เพื่อที่จะเยียวยาสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่สามที่ถูกละเมิด และรัฐต้องปฏิเสธการกระทำของบุคคลใดก็ตามที่กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย

(2) การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งการพิจารณาว่าเป็นปฏิปักษ์รัฐธรรมนูญหรือไม่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณี เช่น กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2 บัญญัติว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” สาระสำคัญของมาตรานี้มี 2 ประการ คือ การปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยและต้องเป็นประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพซึ่งกระทบสาระสำคัญดังกล่าวย่อมเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เช่น การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อเปลี่ยนหลักการปกครองจากรบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบเผด็จการ

(3) การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศีลธรรมอันดีเป็นขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพ ศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นตัวกำหนดขอบเขตกฎหมาย เช่น นิติกรรมที่ละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมเป็นโมฆะ ซึ่งศีลธรรมอันดีมีขอบเขตเพียงไรขึ้นกับความรู้สึกในทางศีลธรรมของประชามชนนั้นๆ อย่างไรก็ตามบางครั้งทัศนคติในทางศีลธรรมของประชาชนอาจมีความคิดเห็นที่ต่างกัน จึงจำเป็นต้องใช้ทัศนคติของคนส่วนใหญ่เป็นบรรทัดฐาน นอกจากนี้ขอบเขตที่ใช้พิจารณาประกอบเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือสังคมส่วนร่วมด้วย

เพื่อให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพเกิดผลได้จริง ในทางปฏิบัติ รัฐต้องมีหน้าที่ในการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือแก่ประชาชนในการใช้สิทธิและเสรีภาพด้วย

2.1.5 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย

การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ มีพื้นฐานความคิดจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Rights) ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐละเมิดต่อสิทธิ แต่อย่างไรก็ดี สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด หากว่าสิทธินั้นเป็นการขัดต่อผลประโยชน์มหาชนหรือความปลอดภัยสาธารณะอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย การดำรงชีพพลานามัย สิ่งแวดล้อม อันมีผลเป็นการกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเป็นภัยสาธารณะ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองอาจถูกจำกัดได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้³⁰ หลักการพื้นฐานที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงในการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ประกอบด้วยหลักการดังนี้³¹

(1) หลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ

การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

1) หลักความเหมาะสม มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายต้องเหมาะสมที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เห็นชัดว่าไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ ถือได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่เหมาะสม จึงขัดรัฐธรรมนูญ

2) หลักความจำเป็น มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติกฎหมาย

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายต้องเป็นมาตรการพอสมควรแก่เหตุ เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน โดยพิจารณาจากสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งจะคุ้มครองปัจเจกชนเทียบกับระดับความรุนแรงของมาตรการตามกฎหมายที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนว่าเป็นมาตรการพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ฉะนั้น หากมาตรการก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมน้อยกว่าประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียเนื่องจากการปฏิบัติตามมาตรการนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะนำมาตรการนั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมายไม่ได้ แม้มาตรการนั้นจะสามารถดำเนินการบรรลุวัตถุประสงค์ได้ตามหลักความเหมาะสมและเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อบุคคลน้อยที่สุดตามหลักความจำเป็นก็ตาม³²

(2) การคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ แม้องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ก็ตาม แต่องค์กรนิติบัญญัติไม่มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิ

³⁰ สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554). *คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 36 - 37

³¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 162 - 166

³² สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. เล่มเดิม. หน้า 38

และเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นการกระทบกระเทือนถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิ และเสรีภาพ

(3) หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เพื่อป้องกันองค์กรณีบัญญัติใช้อำนาจตามอำเภอใจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และป้องกันไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญรับรอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้ในการดำเนินการทางปกครองให้บรรลุภารกิจหน้าที่ ถือเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายปกครอง หลักการนี้จึงมีผลคุ้มครองมิให้องค์กรณีบัญญัติล่วงล้ำเข้ามาใช้อำนาจฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ดี กฎหมายที่องค์กรณีบัญญัติตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายได้นิยามไว้ เช่น ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ ผู้เยาว์ กรณีเหล่านี้ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

(4) หลักการให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิ ในการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจ องค์กรณีบัญญัติจะต้องอ้างหรือระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในกฎหมาย เพื่อทำหน้าที่เตือนองค์กรณีบัญญัติไม่ให้เข้าไปแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยไม่ตั้งใจหรือปราศจากการไตร่ตรองอย่างรอบคอบ เพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ และเพื่อเป็นเครื่องมือให้ฝ่ายปกครองในการใช้และตีความกฎหมายด้วย

2.1.6 สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชน

ประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยยอมรับเสรีภาพสื่อมวลชนในการพูด การเขียน การพิมพ์และการโฆษณาเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องรับรองและคุ้มครอง ถือว่าเป็นการให้หลักประกันสำคัญในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เป็นสิทธิทางแพ่งและการเมืองด้วย ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งที่รัฐต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแบ่งออกได้ 2 ประเภท³³

ประเภทแรก สิทธิทางการเมืองและทางแพ่ง ส่วนใหญ่เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ยอมรับมานานและรัฐจะต้องให้ความเคารพ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน รวมทั้งเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์และการโฆษณา จัดเป็นสิทธิในทางลบ คือ จำกัดอำนาจรัฐมิให้กระทำการใดๆ แก่พลเมืองตามอำเภอใจ

³³ วรวิทย์ ฤทธิพิศ. (2538). สื่อมวลชนกับความรับผิดชอบทางกฎหมาย. หน้า 24 - 26

ประเภทสอง สิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิที่จะตั้งสหพันธ์กรรมการ สิทธิประเภทนี้จัดเป็นสิทธิเชิงบวก บัญญัติขึ้นเพื่อให้รัฐจัดบริการแก่พลเมือง

สิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนจึงหมายถึง ความมีอิสระในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารไปสู่ประชาชน โดยไม่ถูกขัดขวางหรือแทรกแซง โดยรัฐหรือฝ่ายทุน ขณะเดียวกันการทำหน้าที่ของสื่อมวลชนต้องการพลสิทธิของผู้อื่นด้วย เช่น ไม่เสนอข้อมูลที่เป็นการหมิ่นประมาทบุคคลอื่น สื่อมวลชนจึงผูกพันใกล้ชิดกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน³⁴

สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองประกอบด้วยเรื่องสำคัญ 4 ประการดังนี้

(1) เสรีภาพในข่าวสาร

การดำเนินงานของสื่อมวลชนในด้านต่างๆ ส่วนที่เป็นเนื้อหาหลักและถือว่ามีค่ามากที่สุดในการรายงานข่าว คือ ข่าวสาร โดยที่เสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดเห็นไม่ว่าด้วยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือวิธีการอื่นใดอันเป็นการสื่อความหมายรับรู้ รับทราบเรื่องราวต่างๆ ในสังคม เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ในฐานะสื่อมวลชนที่เป็นสื่อกลางทำหน้าที่เสนอข้อมูลข่าวสาร การทำหน้าที่ของสื่อมวลชนในการแสดงความคิดเห็นจะเกิดขึ้นได้เมื่อสื่อมวลชนได้รับข้อมูลที่เพียงพอ สื่อมวลชนจึงจำเป็นต้องมีหลักประกันสิทธิในการที่จะแสวงหาข้อมูลข่าวสารรวมทั้งความคิดเห็นทุกชนิดทั้งด้านการเมือง การปกครอง การเศรษฐกิจ การทหาร หรือกิจการอื่นนำเสนอสู่การรับรู้ของประชาชน เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือแสวงหาข้อมูลข่าวสารจึงมีความผูกพันใกล้ชิดกับเสรีภาพของประชาชนในการได้รับข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น³⁵ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ได้รับรองเสรีภาพในข่าวสารของสื่อมวลชนไว้³⁶

สำหรับประเทศไทยภายหลังจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ได้รับรองสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะไว้อย่างชัดเจน

³⁴ สมคิด บางโม. (2551). *กฎหมายและจริยธรรมสื่อสารมวลชน*. หน้า 11

³⁵ วนิตา แสงสารพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 41

³⁶ Article 19. "...2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice..."

ในมาตรา 58³⁷ ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นฐานอำนาจในการออกพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 แม้ต่อมาจะมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่หลักการดังกล่าวก็ยังคงได้รับการรับรองต่อเนื่องในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 56³⁸ อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะของประชาชนย่อมต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน หากการเปิดเผยข้อมูลนั้นส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครอง ของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล โดยถือว่าการจำกัดเสรีภาพในข่าวสาร หรือการปฏิเสธสิทธิในการแสวงหาข่าวสารเท่ากับเป็นการปฏิเสธสิทธิที่จะรับรู้ของประชาชนนั่นเอง

(2) เสรีภาพในการพิมพ์

เป็นเสรีภาพของผู้ประกอบวิชาชีพหนังสือพิมพ์ เป็นขั้นตอนในการดำเนินการพิมพ์เพื่อนำออกเผยแพร่สู่ประชาชน ในการพิมพ์ต้องให้หนังสือพิมพ์มีเสรีภาพในการพิมพ์โดยปราศจากการเซนเซอร์ กล่าวคือ เสรีภาพในการพิมพ์และเผยแพร่ข่าวสารของสื่อมวลชนจะต้องกระทำโดยการปล่อยให้มีการตีพิมพ์เผยแพร่เรื่องราวข่าวสารได้ก่อน และหากข้อความข่าวสารนั้นผิดกฎหมาย ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือสังคมส่วนรวม ก็ค่อยดำเนินคดีกับสื่อมวลชนนั้น ดังนั้น การจำกัดสิทธิของสื่อมวลชนตั้งแต่เริ่มแรก หรือการให้นำข่าวหรือบทความไปให้เจ้าหน้าที่รัฐตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์ หรือสื่อมวลชนอื่นจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม รัฐมีอำนาจกระทำการเพื่อรักษาความลับของทางราชการทหาร โดยการตรวจข่าวได้

การควบคุมจำกัดสิทธิก่อนการแสดงความคิดเห็นมีความแตกต่างจากการลงโทษภายหลังการแสดงความคิดเห็น เนื่องจากการถูกห้ามพิมพ์ก่อนโดยรัฐ ประชาชนจะไม่สามารถรับรู้ข้อความที่ถูกยับยั้งเลยว่าเป็นอย่างไร สมควรหรือไม่ แต่การลงโทษโดยรับภายหลังการพิมพ์และ

³⁷ “มาตรา 58 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสาร สาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้น จะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

³⁸ “มาตรา 56 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสาร สาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่ การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้น จะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

เผยแพร่แก่สาธารณชนแล้ว ประชาชนมีโอกาสได้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไม่ให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตและได้ทราบเหตุผลในการลงโทษได้

(3) เสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์

การปกครองระบอบประชาธิปไตย สื่อมวลชนมีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นผู้ควบคุมสอดส่องการทำงานของรัฐ สื่อมวลชนในฐานะสื่อกลางสามารถกระทำได้โดยการเสนอข่าวและวิพากษ์วิจารณ์ รายงานให้ประชาชนได้ทราบถึงนโยบายของรัฐ ตลอดจนการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ และเป็นเสมือนตัวแทนประชาชนในการเสนอความต้องการของประชาชนให้รัฐทราบ

(4) เสรีภาพในการจำหน่ายจ่ายแจก

แม้สื่อมวลชนจะมีเสรีภาพในข่าวสาร เสรีภาพในการพิมพ์ และเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์ แต่หากสื่อมวลชนขาดเสรีภาพในการจำหน่ายจ่ายแจกอันเป็นหลักประกันในการรักษากระแสการไหลของข่าวสารให้เป็นไปอย่างอิสระและต่อเนื่องแล้ว เสรีภาพที่ได้มาทั้ง 3 ประการข้างต้นก็ไม่มีความหมายอย่างสิ้นเชิง สื่อมวลชนจึงต้องมีเสรีภาพในการจำหน่ายจ่ายแจกโดยปราศจากการเข้าควบคุมหรือแทรกแซงโดยรัฐด้วย³⁹

2.1.7 ขอบเขตการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามกฎหมาย

เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าว แสดงความคิดเห็น และสิทธิของประชาชนทั่วไปในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารแม้จะเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตย แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น ศีลธรรมอันดีของสังคม หรือประโยชน์สาธารณะ จึงต้องมีกลไกในการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชน หลักการในการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนเป็นหลักเกณฑ์และกลไกทางกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขกฎหมาย แม้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนจะได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติและได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันการใช้สิทธิเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ แต่สิทธิดังกล่าวมิได้เป็นสิทธิเสรีภาพที่บริบูรณ์ (absolute right) ที่มีอาจถูกจำกัดได้แต่ประการใด หากสื่อมวลชนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนและประเทศชาติ รัฐย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดหลักการในการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชน ซึ่งการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนสามารถถูกจำกัดได้ภายใต้หลัก 4 ประการดังนี้⁴⁰

³⁹ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มนมยงศ์. (2554). *กฎหมายและจริยธรรมสื่อมวลชน LW 295*. หน้า 14 - 16

⁴⁰ วนิตา แสงสารพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 32 - 35

(1) หลักความมั่นคงของรัฐ

เนื่องจากอำนาจอธิปไตยของรัฐจะสามารถถูกใช้หรือแสดงออกได้ก็แต่โดยอาศัยความมีอยู่ของรัฐ ความมั่นคงของรัฐ ซึ่งหากรัฐปราศจากความมั่นคงแล้วการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ย่อมไม่อาจมีขึ้นได้ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐในบางกรณีจึงต้องมีการลิดรอนหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เพื่อให้รัฐดำรงอยู่ได้อย่างปลอดภัย

การควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนภายใต้หลักความมั่นคงของรัฐ จึงหมายถึงความถึงความมั่นคงเป็นเอกภาพ และบูรณภาพของรัฐ หรือความมั่นคงในองค์ประกอบแห่งรัฐ ได้แก่ ดินแดน อำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น ความมั่นคงในระบอบการปกครอง ตามรัฐธรรมนูญ อำนาจการปกครอง ระบบกฎหมายและการบังคับการตามกฎหมาย ซึ่งความมั่นคงของรัฐมิได้หมายความถึงความมั่นคงทางการทหารหรือการป้องกันเขตแดนของรัฐเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความมั่นคงภายในรัฐ ความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจ หรือฐานะทางการเงินที่อาจจะกระทบต่ออำนาจต่อรองของรัฐกับต่างประเทศ หรือความมีประสิทธิภาพในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย เป็นหลักการที่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966⁴¹ ข้อ 4 กำหนดไว้ในภาวะฉุกเฉินซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยง

⁴¹ “Article 4

1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin....”

“Article 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.
3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:
 - (a) For respect of the rights or reputations of others;
 - (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.”

กติกานี้ได้ตามความผูกพันของสถานการณ์ ทั้งนี้ ต้องไม่ขัดกับพันธกรณีอื่น และต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศิ่ว เพศ ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์สังคม และข้อ 19 ได้รับรองบุคคลทุกคนให้มีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังนี้⁴²

1) ทุกคนมีสิทธิที่จะถือเอาความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

2) ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการแสวงหา รับและแจกจ่ายข่าวสารทุกชนิด โดยไม่คำนึงถึงเขตแดน ไม่ว่าจะเข้าไปในรูปแบบการพูด การเขียน หรือการพิมพ์ ศิลปะ หรือการสื่อสารอย่างอื่นตามแต่จะเลือกใช้

3) การใช้สิทธิเสรีภาพตามสองวรรคแรก จะต้องกระทำหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ พิเศษ การจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้ จะกระทำได้ก็แต่เฉพาะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่าที่จำเป็น ได้แก่ การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสุขภาพของประชาชน หรือศีลธรรมอันดี

(2) หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁴³

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่อยู่เหนือประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวม หากกฎหมายของรัฐใดปราศจากศีลธรรมอันดี จะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการดำรงชีวิต การใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารสามารถถูกจำกัดได้ หากเป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมส่วนรวม ซึ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้น เป็นเรื่องของความสงบสุขของประชาชนที่รวมกันอยู่ในประเทศชาติเป็นส่วนรวม การใดที่มีลักษณะขัดต่อความสงบสุขของประชาชนและประเทศชาติเป็นส่วนรวมแล้ว ย่อมขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีจะมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศภายใต้เหตุผลและคุณค่าทางสังคมที่มีความแตกต่างกัน การพิจารณาว่าสิ่งใดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีจึงมักพิจารณาภายใต้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจปกครองในสังคมนั้น ประกอบกับความรู้สึกนึกคิดของสังคมส่วนรวมในขณะนั้นประกอบด้วย หลักการดังกล่าวปรากฏในกฎหมายรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966⁴⁴ ที่กำหนดให้โฆษณาชวนเชื่อใดๆ เพื่อการสงคราม

⁴² คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์. เล่มเดิม. หน้า 19 – 20.

⁴³ วนิตา แสงสารพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 35 - 42

⁴⁴ “Article 20

1. Any propaganda for war shall be prohibited by law.

การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติพันธุ์ เผ่าพันธุ์หรือศาสนา ซึ่งช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ดังนั้น แม้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่หากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนและสาธารณชน ในการเสนอรับรู้ข้อมูลข่าวสารก็เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมที่เหนือกว่า

(3) หลักการเคารพสิทธิส่วนบุคคลและชื่อเสียงของบุคคลอื่น

เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติและรับรองนั้น ล้วนเป็นไปเพื่อปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคล ด้วยเหตุนี้เสรีภาพต่างๆ จึงย่อมอยู่ภายใต้จุดมุ่งหมายที่จะปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลนั่นเอง ซึ่งหลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนโดยสิทธิของผู้อื่นนี้เป็นข้อจำกัดที่ได้วิวัฒนาการมานานับศตวรรษแล้ว ดังสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “Neminem Laedere” คือ ไม่พึงกระทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้น จะต้องไม่เป็นอันตรายหรือเป็นการทำลายล้าง หรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แม้สิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนจะได้รับการส่งเสริมสนับสนุนมากเพียงใดก็ตาม หากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจกระทำการ โดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน การให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น จึงเป็นความพยายามให้เกิดความสมดุลของคุณค่าในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการเคารพการเป็นมนุษย์ ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลนั้น เป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพัง โดยปราศจากการรบกวนและมีขอบเขตกว้างขวาง เป็นสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลที่คาดหมายได้ว่า ข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลที่สาม หรือต่อสาธารณชน โดยปราศจากความยินยอม ซึ่งการเปิดเผยนั้น อาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเดือดร้อน อับอาย หรือได้รับความทุกข์ทรมานใจ ซึ่งข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนี้ หมายรวมถึงข้อเท็จจริง รูปภาพ ไม่ว่าจะเป็นภาพถ่ายหรือลักษณะของวิดีโอเทป หรือความคิดเห็นในลักษณะอื่นๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากขอบเขตของสิทธิดังกล่าวจะพบว่า มีขอบเขตกว้างขวางมาก ดังนั้น การใช้สิทธิของสื่อมวลชนในการแสวงหาข้อมูลข่าวสารเพื่อนำเสนอเข้าสู่ความรับรู้ของประชาชนในบางกรณีจึงอาจกระทบกับสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น และก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิได้ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญและคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนบุคคลมากที่สุดประเทศหนึ่ง การตีพิมพ์บทความที่มีชื่อเสียงที่เกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลชื่อ “The Right to Privacy” โดย Samuel

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.”

D. Warren และ Louis D. Brandeis ในวารสารกฎหมายของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (The Right to Privacy,⁴ Harvard L.R.193 (1890)) บทความดังกล่าวเป็นบทความที่มีอิทธิพลที่สุดที่ยอมรับว่า “สิทธิส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่สำคัญควรได้รับความคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวก็ได้รับการจำกัดบางประการ สิทธิส่วนบุคคลย่อมไม่ขัดขวางต่อการเผยแพร่เรื่องราวอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ไม่คุ้มครองบุคคลซึ่งได้แสดงเจตนาสละสิทธิที่จะมีความเป็นอยู่โดยรอดพ้นจากการรับรู้ของสาธารณะ ไม่ขัดขวางต่อการสื่อสารเรื่องราวใดๆ ซึ่งได้รับเอกสิทธิภายใต้กฎหมายกับการหมิ่นประมาท แม้จะเป็นเรื่องส่วนตัวก็ตาม และสิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมระงับไปเมื่อมีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงโดยตัวบุคคลนั่นเอง หรือโดยได้รับการยินยอมจากบุคคลนั้น แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมจะไม่กระทบกระเทือนโดยอ้างเหตุผลว่า ข้อความที่เผยแพร่เป็นความจริง เพราะสิทธินี้ไม่ได้มีไว้เพื่อเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายแก่คุณลักษณะของบุคคล แต่มีไว้เพื่อชดเชยค่าเสียหายแก่สิทธิในชีวิตส่วนตัว ซึ่งสิทธินี้มีไว้เพื่อป้องกันการบิดเบือนชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่นเท่านั้น แต่เพื่อป้องกันมิให้นำไปเผยแพร่โดยเด็ดขาด” การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลจำต้องคำนึงถึงมาตรฐานทางกฎหมาย จารีตประเพณี และมาตรฐานความรู้สึกนึกคิดของวิญญูชนตามสมควรแก่ฐานะและพฤติการณ์ของบุคคลแต่ละบุคคลเป็นเกณฑ์ ดังเช่นในกรณีของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะซึ่งจะมีขอบเขตความเป็นส่วนตัวน้อยกว่าบุคคลทั่วไปเป็นต้น

(4) หลักการป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

ความเสื่อมทรามทางจิตใจเป็นการทำให้ความรู้สึกหรือมโนธรรมตกต่ำ เช่น การตีพิมพ์ภาพลามกอนาจาร การเขียนข้อความที่ลักษณะชั่วร้ายกามรมย์ ส่วนสุขภาพ หมายถึง ความสุขที่ปราศจากโรค ความสบาย การเสนอข่าวหรือคำแนะนำให้ประชาชนบริโภคอาหาร ยา สมุนไพร หรือสารอื่นใดก็ตาม ซึ่งไม่มีการรับรองจากรัฐบาลที่รับผิดชอบโดยตรง ไม่มีหลักการประกันความปลอดภัยอย่างแท้จริง เพราะฉะนั้นการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน จึงเป็นการจำกัดในเชิงป้องกันมิให้เกิดผลร้ายจากการใช้สิทธิเสรีภาพ ทั้งนี้ เนื่องจากความเสื่อมทรามทางจิตใจเป็นสิ่งที่เป็นามธรรมอันเกิดขึ้นจากภายในจิตใจ อันอาจส่งผลให้มาตรฐานทางศีลธรรมของประชาชนเสื่อมลง นำมาซึ่งผลร้ายที่เป็นรูปธรรมที่กระทบต่อสังคมได้ เช่น การตีพิมพ์บทความหรือรูปลามกอาจก่อให้เกิดผลต่อพฤติกรรมทางเพศที่ไม่เหมาะสมต่อสังคม การโฆษณาชวนเชื่อหรือการเผยแพร่ให้ประชาชนเห็นว่า การสูบบุหรี่เป็นสิ่งที่ทันสมัยทั้งที่เป็นสิ่งไม่ดีต่อสุขภาพย่อมส่งเสริมให้ประชาชนได้รับผลร้ายต่อสุขภาพอนามัย ดังนั้น เสรีภาพในการพูดการเขียน การพิมพ์ และการโฆษณาอันอาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือผลเสียดังกล่าวย่อมถูกจำกัดได้ตาม

รัฐธรรมนูญ โดยต้องคำนึงถึงคุณค่าและประโยชน์ของสังคมซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม วัฒนธรรม และกาลเทศะ ร่วมกันด้วย

นอกจากหลักการที่สำคัญ 4 ประการ ข้างต้น การใช้อำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญยังต้องคำนึงถึงหลักแห่งความเสมอภาคอันเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายไปพร้อมๆ กัน หลักการแห่งความเสมอภาคนี้หมายความว่า ประชาชนจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน โดยองค์การของรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลอื่นที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันตามลักษณะเฉพาะของบุคคล ด้วยเหตุนี้เมื่อรัฐประสงค์ที่จะตรากฎหมายใดออกมาใช้บังคับกับประชาชน การใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยไม่แบ่งแยกประเภทของบุคคลหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

2.2 แนวคิดและทฤษฎีบริการสาธารณะ

เมื่อมนุษย์ตกลงมาอยู่ร่วมกันเป็นรัฐยอมจำกัดสิทธิและเสรีภาพของตนลง และมีสัญญาประชาคมร่วมกันกับรัฐว่า รัฐต้องใช้อำนาจที่ประชาชนมอบให้เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ขณะเดียวกันทุกคนยินยอมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของรัฐ และยอมเสียภาษีให้กับรัฐเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ⁴⁵ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการทำกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแบ่งกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสองลักษณะ ลักษณะแรกเป็นความต้องการได้รับความปลอดภัยในการดำเนินชีวิต กับลักษณะที่สองเป็นความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต⁴⁶

(1) ลักษณะแรกเป็นความต้องการได้รับความปลอดภัยในการดำเนินชีวิต เป็นภารกิจที่จะทำให้รัฐดำรงชีวิตอยู่ได้ไม่ถูกทำลายหรือสูญสลายไปที่เรียกว่า ความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ หากพิจารณาในแง่รัฐมีภารกิจ 2 ด้าน คือ

1) ภารกิจต่อภายนอก ได้แก่ กิจการทหาร และกิจการต่างประเทศ สำหรับกิจการทหารรัฐต้องจัดตั้งหน่วยงาน คือ กระทรวงกลาโหมและกองทัพ ขึ้นมารับผิดชอบเพื่อปฏิบัติการกิจดังกล่าว ส่วนกิจการด้านต่างประเทศ เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ของรัฐ เพราะหากรัฐใดมีความสัมพันธ์ทางการทูตที่ดีกับนานาประเทศ รัฐนั้นก็จะมี ความมั่นคงและปลอดภัย เพราะไม่มีศัตรูมารุกราน

⁴⁵ สิทธิกร ศักดิ์แสง. เล่มเดิม. หน้า 181

⁴⁶ มานิตย์ จุมปา ก. (2554). คำอธิบายกฎหมายปกครองเล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1. หน้า 85 - 86

2) การกึ่งภายใน คือ การดำเนินการเพื่อทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยและมีสันติสุขภายในชุมชนต่างๆ รัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของประชาชนแต่ละคนไม่ให้ถูกละเมิดโดยมีกฎหมายเป็นกลไกของรัฐในการทำหน้าที่ดังกล่าว หน่วยงานที่ต้องจัดตั้งขึ้นมาเพื่อรักษากฎหมาย คุ้มครองชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินและเสรีภาพของประชาชน

รัฐต้องดำเนินการเองโดยการจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า “ส่วนราชการ” เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ เพราะเป็นภารกิจอันเป็นสาระสำคัญที่แสดงลักษณะความเป็นรัฐ ต้องใช้อำนาจมหาชนของรัฐเข้าดำเนินการและบังคับการหรือนัยหนึ่งเป็น “ภารกิจทางปกครอง” นั่นเอง องค์การเอกชนอื่นๆ จึงดำเนินการแทนมิได้⁴⁷

(2) ลักษณะที่สองเป็นความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิตเป็นภารกิจที่จะทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้นหรือได้มาตรฐานขั้นต่ำในฐานะเป็นมนุษย์ เป็นภารกิจด้านทำนุบำรุงชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนให้กินดีอยู่ดี จึงเป็นงานด้านการพัฒนา เศรษฐกิจและสังคมของรัฐ สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ⁴⁸

1) ภารกิจทางด้านเศรษฐกิจ คือ ภารกิจด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ได้แก่ การผลิตสินค้าอุปโภคบริโภคต่างๆ การค้าขาย งานบริการ การสื่อสารรูปแบบต่างๆ ซึ่งรัฐดำเนินการเองหรือมอบให้เอกชนดำเนินการ

2) ภารกิจทางด้านสังคม ได้แก่ การให้บริการสาธารณะทางสังคมหรือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น การรักษาพยาบาล การกีฬา การคมนาคม การศึกษา การส่งเสริมและอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรมของชาติ การสังคมสงเคราะห์ แรงงานและสวัสดิการสังคม เป็นต้น ซึ่งรัฐอาจดำเนินการเองหรือให้เอกชนดำเนินการแทน เช่นเดียวกับการกิจด้านเศรษฐกิจก็ได้

บริการสาธารณะลักษณะที่สองเป็นภารกิจเกี่ยวกับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิตนั้น รัฐอาจมอบหมายหรือยอมให้องค์การของเอกชน หรือชุมชนอื่นๆ ทำภารกิจอันดังรองได้ เพราะเป็นกิจกรรมเพื่อปรับปรุงชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนให้ดีขึ้น ซึ่งเป็นงานพัฒนาเพื่อทำให้ประชาชน “กินดีอยู่ดี มีความสุข” ด้วยเหตุนี้จึงไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนเข้าจัดการหรือดำเนินการเหมือนภารกิจลักษณะแรก⁴⁹

⁴⁷ สมยศ เชื้อไทย. (2553). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. หน้า 136 – 137

⁴⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ ก. (2531). *เอกสารประกอบคำบรรยาย ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง โครงการอบรมนิติกรหลักสูตรสัญญาทางปกครอง วันที่ 28 กันยายน 2531*. หน้า 58.

⁴⁹ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 136 – 137

จากความต้องการของประชาชนทั้งสองประการดังกล่าว จะเห็นได้ว่าบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจรัฐ คือ บริการสาธารณะที่เป็นภารกิจขั้นพื้นฐานของรัฐ (primary function of state) และภารกิจเสริมหรือภารกิจอันดับรองของรัฐ (secondary function of state) ดังนี้⁵⁰

ภารกิจขั้นพื้นฐานของรัฐ (primary function of state) เป็นภารกิจหลักของรัฐที่ทุกรัฐจำเป็นต้องทำในการกระจายความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของพลเมืองของตน ภารกิจขั้นพื้นฐานของรัฐคือการกระทำต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ได้แก่

ก) การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ เป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในรัฐ เช่น การจลาจล (การที่ประชาชนกลุ่มหนึ่งก่อเหตุวุ่นวายขึ้นเพื่อต่อต้านเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น การเผาอาคารสถานที่) สงครามกลางเมือง (การที่ประชาชนภายในรัฐเดียวกัน 2 กลุ่ม จับอาวุธเข้าต่อสู้กัน) ไม่ว่าจะการจลาจลหรือสงครามกลางเมืองก็ทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล เมื่อเกิดความไม่สงบเรียบร้อยภายในบ้านเมืองหรือความไม่สงบเรียบร้อยภายในรัฐ รัฐต้องมีมาตรการทางสังคมและมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้ภารกิจของรัฐบรรลุเป้าหมาย ตอบสนองความต้องการของประชาชน การทำภารกิจขั้นพื้นฐานมิได้มุ่งหมายเพื่อปรับปรุงสวัสดิภาพของประชาชนให้ดีขึ้นกว่าเดิม แต่เป็นไปด้วยความมุ่งหมายที่จะรักษาสภาพเดิมของรัฐที่มีอยู่ไม่ให้ลดน้อยลง

ข) การรักษาป้องกันรัฐ เป็นการรักษาป้องกันรัฐที่เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นภายนอกรัฐ เพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐ รัฐจำเป็นต้องสร้างแสนยานุภาพทางทหารและการเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ

ภารกิจเสริมหรือภารกิจอันดับรองของรัฐ (secondary function of state) เป็นภารกิจใดๆ ที่รัฐทำเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพของประชาชน เพื่อกระจายความมั่นคงไปยังราษฎรเพื่อบำบัดทุกข์ บำรุงสุขแก่ราษฎร และเพื่อส่งเสริมความยุติธรรมทางเศรษฐกิจและทางสังคมแก่ประชาชน ภารกิจเสริมหรือภารกิจลำดับรองมีความเกี่ยวข้องกับภารกิจขั้นพื้นฐาน เช่น การสังคมสงเคราะห์ ภารกิจลำดับรองของรัฐเป็นภารกิจที่จะทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น หรือได้มาตรฐานขั้นต่ำในฐานะเป็นมนุษย์ เป็นภารกิจด้านทำนุบำรุงชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนให้กินดีอยู่ดี จึงเป็นงานด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ แบ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ⁵¹

⁵⁰ สิทธิกร ศักดิ์แสง, เล่มเดิม, หน้า 183 - 186

⁵¹ ชาญชัย แสงศักดิ์ ก., เล่มเดิม, หน้า 58.

ค) ภารกิจทางด้านเศรษฐกิจ คือ บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ได้แก่ การเหมืองแร่ การป่าไม้ การผลิตสินค้าอุปโภคบริโภคต่างๆ การค้าขาย งานบริการ และส่วนด้านการพาณิชยกรรม ได้แก่ การสาธารณูปโภค การสื่อสารรูปแบบต่างๆ

ง) ภารกิจทางด้านสังคมและวัฒนธรรม ได้แก่ การให้บริการสาธารณะทางสังคมหรือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน เช่น การรักษาพยาบาล การกีฬา การคมนาคม การศึกษา การส่งเสริมและอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรมของชาติ การสังคมสงเคราะห์ แรงงานและสวัสดิการสังคม เป็นต้น ซึ่งรัฐอาจดำเนินการเองหรือให้เอกชนดำเนินการแทนเช่นเดียวกับการกิจด้านเศรษฐกิจก็ได้

ภารกิจลำดับรองต่างจากภารกิจขั้นพื้นฐาน เพราะภารกิจขั้นพื้นฐานรัฐต้องดำเนินการเอง โดยการจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า “ส่วนราชการ” เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ เพราะเป็นภารกิจอันเป็นสาระสำคัญที่แสดงลักษณะความเป็นรัฐ และภารกิจดังกล่าวต้องใช้อำนาจมหาชนของรัฐเข้าดำเนินการและบังคับการหรือนัยหนึ่งเป็น “ภารกิจทางปกครอง” นั่นเอง องค์การเอกชนอื่นๆ จึงดำเนินการแทนมิได้ แต่ภารกิจลำดับรองไม่เป็นเช่นนั้น กล่าวคือ รัฐอาจมอบหมายหรือยอมให้องค์การของเอกชน หรือชุมชนอื่นๆ ทำภารกิจอันสำรองได้ เพราะภารกิจลำดับรองเป็นกิจกรรม

เพื่อปรับปรุงชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนให้ดีขึ้น ซึ่งเป็นงานพัฒนาเพื่อทำให้ประชาชน “กินดีอยู่ดี มีความสุข” ถ้ารัฐใดเน้นปฏิบัติการกิจลำดับรองเป็นพิเศษ รัฐนั้นจะมีลักษณะเป็นรัฐสวัสดิการ⁵²

2.2.1 วิวัฒนาการในการจัดทำบริการของรัฐ

ความเป็นมาของข้อความคิดว่าด้วยอำนาจมหาชนนี้เกิดขึ้นจากฐานความคิดสองฐาน ฐานความคิดแรก เป็นข้อความคิดที่พัฒนามาจากโรมัน เป็นทฤษฎีที่รัฐใช้เพื่อสนับสนุนอำนาจรัฐตามทฤษฎีนี้อำนาจมหาชน หมายถึงรัฐ (องค์กร) และการใช้อำนาจรัฐ จากทฤษฎีนี้ทำให้เห็นว่าอำนาจมหาชนกับรัฐเป็นสิ่งเดียวกัน ดังนั้น เจตจำนงของรัฐจะเป็นใหญ่เหนือเจตจำนงของปัจเจกชน ในขณะที่แนวคิดสมัยใหม่พัฒนาหลักทฤษฎีอำนาจมหาชนมาเป็นว่า อำนาจมหาชนเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐ รัฐเป็นผู้ถืออำนาจมหาชน เพราะรัฐมีหน้าที่ต้องเป็นผู้รักษาประโยชน์สาธารณะ⁵³

หลักอำนาจมหาชนในความหมายหลัง พัฒนาต่อมาทำให้เกิดทฤษฎีแบ่งแยกวิธีการทำภารกิจของรัฐออกเป็นสองประเภท คือ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่ต้องใช้อำนาจเหนือ (acte d'autorité) และการกระทำที่ใช้การบริหารจัดการ (acte de gestion) โดยการกระทำที่ต้องใช้

⁵² สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 136 – 137

⁵³ บุนผา อัครพิมาน. (2545). *สัญญาทางปกครอง แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย*. หน้า 17 – 18.

อำนาจเหนือจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองและใช้หลักกฎหมายปกครอง ในขณะที่การกระทำที่ใช้การบริหารจัดการจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและใช้หลักกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้โดยเฉพาะ

หลักของทฤษฎีการแยกการกระทำของรัฐออกเป็นสองลักษณะดังกล่าว ได้แยกทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนออกจากกัน ซึ่งในความเป็นจริงไม่สามารถนำมาอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในการดำเนินกิจกรรมของรัฐได้ ดังนั้น ทฤษฎีจึงหมดความสำคัญลง แต่อย่างไรก็ดี บริการสาธารณะและอำนาจมหาชนก็มีบทบาทเชื่อมโยงซึ่งกันและกัน เพราะบริการสาธารณะถือเป็นภารกิจของรัฐและเครื่องมือที่รัฐใช้ก็ใช้อำนาจมหาชนหรือใช้วิธีบริหารจัดการแบบเอกชนก็ได้ แต่ถึงแม้รัฐจะเลือกใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชน อำนาจมหาชนก็ยังเป็นของรัฐ และเป็นอำนาจที่รัฐไม่อาจสละได้ ดังนั้น เมื่อมีความจำเป็นเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ รัฐก็ต้องนำอำนาจมหาชนออกมาใช้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพสามารถตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวม และทฤษฎีว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะและว่าด้วยอำนาจมหาชนนี้ ก็ถือว่าเป็นทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่มีผลต่อหลักกฎหมายปกครองเป็นอย่างมาก

2.2.2 หลักเกณฑ์การจัดทำบริการสาธารณะ

หลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะแบ่งได้เป็น 3 หลักเกณฑ์ดังนี้

(1) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง การบริการสาธารณะต้องกระทำต่อเนื่องอยู่ตลอดเวลา เพราะความต้องการของประชาชนมีอยู่ตลอดเวลา หากมีการหยุดชะงักของบริการสาธารณะย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน เครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องมีหลายวิธี⁵⁴

- 1) ห้ามเจ้าหน้าที่รัฐนัดหยุดงาน
- 2) ห้ามเจ้าหน้าที่รัฐที่ประสงค์จะลาออกหยุดงานจนกว่าจะได้รับอนุมัติ
- 3) ในสัญญาทางปกครอง หากเอกชนคู่สัญญาทำงานล่าช้าเสร็จไม่ทันกำหนด ฝ่ายปกครองมีอำนาจเข้าทำการแทนได้เองหรือมอบให้เอกชนอื่นทำแทน โดยคู่สัญญาต้องเสียดำเสียหายและดอกเบี้ย

- 4) สัญญาทางปกครอง หากฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาที่เป็นเอกชนจะหยุดปฏิบัติการตามสัญญาไม่ได้ แต่สามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองภายหลัง

⁵⁴ มานิตย์ จุมปา ก. เล่มเดิม. หน้า 90 - 91

5) สัญญาทางปกครอง หากเอกชนคู่สัญญาประสบปัญหาในการดำเนินงาน อันเกิดจากเหตุที่คาดหมายไม่ได้ล่วงหน้า ฝ่ายปกครองต้องเข้ามาช่วยเหลือ เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินการต่อไปได้

(2) หลักว่าด้วยความเสมอภาค การที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ไม่ว่าจะเป็นราคาค่าบริการหรือการบริการ⁵⁵ บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาค จะเลือกปฏิบัติไม่ได้ ความเสมอภาคนี้ครอบคลุมทั้งความเสมอภาคต่อประชาชนผู้รับบริการ ความเสมอภาคต่อประชาชนผู้สมัครเข้าทำงานในหน่วยงานรัฐ และความเสมอภาคต่อเอกชนที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาสัมปทานกับรัฐ⁵⁶

(3) หลักว่าด้วยการเปลี่ยนแปลง บริการสาธารณะที่ดีจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งปรับปรุงให้เข้ากับความต้องการส่วนรวมของประชาชน⁵⁷ เนื่องจากความต้องการของประชาชนไม่หยุดนิ่งอยู่กับที่แต่แปรผันตามสภาพความเจริญของสังคม การดำเนินการบริการสาธารณะให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการดังนี้

1) รัฐอาจเปลี่ยนแปลงฐานะตามกฎหมายของข้าราชการ โดยไม่ต้องขอรับความยินยอมจากข้าราชการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการประชาชน

2) รัฐสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาทางปกครองได้เพียงฝ่ายเดียว หากกิจกรรมที่กำหนดในสัญญาปกครองขณะทำสัญญามีการเปลี่ยนไป⁵⁸

2.2.3 การจัดทำบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะเป็นหน้าที่โดยตรงของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองอาจลงมือทำบริการสาธารณะเองหรือให้องค์กรอื่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครองกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดก็ได้ เดิมบริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐ แต่ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงได้มีการมอบบริการสาธารณะบางประเภท

⁵⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข. (2553). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 351 -352.

⁵⁶ มานิตย์ จุมปา ก. เล่มเดิม. หน้า 119

⁵⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข. เล่มเดิม. หน้า 358

⁵⁸ มานิตย์ จุมปา ก. เล่มเดิม. หน้า 115

ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำ หรือในบางกรณีรัฐ (ส่วนกลาง) อาจร่วมกันจัดทำบริการ สาธารณะกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจรัฐจะต้องเป็นบริการ สาธารณะที่มีความสำคัญต่อความเป็นเอกภาพของรัฐ ซึ่งต้องพิจารณาถึงลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

1) เป็นภารกิจที่ประชาชนทั่วทั้งประเทศมีส่วนได้เสียเหมือนกัน จึงต้องมีองค์กร กลางเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วทั้งประเทศเพื่อให้เกิดความ เป็นเอกภาพ

2) เป็นภารกิจที่รัฐสามารถจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า กล่าวคือ เป็นกิจการที่ต้องอาศัยงบประมาณและวิธีการในการดำเนินการระดับสูง จึงต้องใช้งบประมาณ ของรัฐในการดำเนินการเพื่อเหตุผลในเรื่องของความประหยัด

ก) หน้าที่ในการป้องกันประเทศ เพื่อให้เกิดความสงบสุขและความมั่นใจ แก่ประชาชนของรัฐที่จะได้รับการคุ้มครองจากฝ่ายปกครองว่าจะไม่ถูกรัฐอื่นเข้ามารุกรานทำลาย ล้างชีวิตและทรัพย์สิน

ข) หน้าที่ในด้านการรักษาความสงบภายใน จะต้องจัดให้มีระบบกระบวนการ ยุติธรรมและระบบควบคุมสังคม (social control) ให้เกิดความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การเยียวยาเมื่อถูกละเมิดหรือรบกวนสิทธิของประชาชนในรัฐซึ่งต้องดำเนินการคาบเกี่ยวกัน ในท้องถิ่นแต่ละแห่งทั่วประเทศ

ค) หน้าที่ในการรักษาความมั่นคงและเสถียรภาพในทางเศรษฐกิจ เป็นภารกิจ ที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐมีอำนาจในการจัดทำ เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับ เงินตราและการรักษาเสถียรภาพของเงินตรา เป็นต้น

ง) หน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชนในรัฐเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น กิจการด้านการทูต เป็นต้น

นอกจากนี้ อำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐยังหมายความรวมถึง หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นภารกิจลำดับรอง (secondary function) ซึ่งโดยทั่วไป ภารกิจลำดับรองนี้รัฐสามารถกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นดำเนินการได้หากภารกิจนั้นเป็นเรื่อง เกี่ยวกับผลประโยชน์มหาชนของท้องถิ่น แต่หากภารกิจนั้นเป็นการดำเนินการที่ครอบคลุม ทั่วประเทศ ก็จะต้องเป็นหน้าที่ของรัฐที่จัดทำ เช่น กิจการไปรษณีย์ การสื่อสาร การคมนาคม

(2) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ บริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสอดคล้องกับความต้องการของคนในท้องถิ่น ได้แก่ บริการสาธารณะที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1) เป็นกิจการที่เป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนในท้องถิ่นนั้นที่สามารถแยกออกหรือมีลักษณะแตกต่างไปจากท้องถิ่นอื่น เช่น การกำจัดขยะมูลฝอย การจัดให้มีและบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ การจัดการศึกษาขั้นต้น เป็นต้น

2) เป็นกิจการที่ใกล้ชิดกับคนในท้องถิ่น อันได้แก่ การให้บริการที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของคนในท้องถิ่น เช่น การฃาปนกิจ การจัดให้มีน้ำสะอาด ไฟฟ้า การดูแลที่สาธารณะในเขตท้องถิ่น เป็นต้น⁵⁹

(3) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจ รัฐวิสาหกิจถูกสร้างขึ้นมาเพื่อสร้างความคล่องตัวให้กับรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ และแก้ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดหลายๆ ประการที่เกิดจากระบบราชการ เช่น ระเบียบแบบแผนต่างๆ ของทางราชการที่ไม่ก่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินงานและเกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงาน อีกทั้งระบบราชการก็ไม่เหมาะสมสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่มีลักษณะกึ่งการดำเนินธุรกิจ

เช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน ด้วยเหตุนี้รัฐจึงตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้นมาแตกต่างจากระบบราชการเพื่อให้สามารถจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด หากพิจารณาโดยทั่วไปรัฐวิสาหกิจ (public enterprise) มีลักษณะของตนเองดังนี้ คือ⁶⁰

1) ฐานะเป็นนิติบุคคลแยกออกไปต่างหากจากรัฐและส่วนราชการที่มีอยู่แต่เดิม มีความเป็นอิสระทั้งในทางการเงิน การบริหารงานและการบริหารบุคคล

2) มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการภารกิจในทางอุตสาหกรรมและการพาณิชย์อันเป็นภารกิจสมัยใหม่ที่รัฐถูกเรียกร้องให้เข้าไปรับผิดชอบดำเนินการตามความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการของอุตสาหกรรมและการค้าที่เติบโตอย่างรวดเร็วในสังคมสมัยใหม่

3) เนื่องจากภารกิจดังกล่าวเป็นภารกิจที่มีค่าตอบแทนการให้บริการและผู้ได้รับประโยชน์จะเป็นผู้ได้รับประโยชน์ยิ่งกว่าบุคคลอื่นๆ จากการดำเนินการขององค์กรของรัฐ ดังนั้นผู้ได้รับประโยชน์จึงต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐตามสัดส่วนที่ตนได้รับประโยชน์เพื่อมิให้ประชาชนผู้เสียภาษีอากรต้องมาร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบริการที่ตนอาจไม่เคยใช้บริการเลย องค์กร

⁵⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข. เล่มเดิม, หน้า 385 - 386

⁶⁰ ชาญชัย แสงวงศ์ ข. (2549). *องค์การมหาชนและหน่วยงานบริการรูปแบบพิเศษ: หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ*. หน้า 99 - 100 .

ผู้รับผิดชอบภารกิจเหล่านี้จึงต้องดำเนินการในเชิงพาณิชย์ คือ เรียกค่าตอบแทนจากการขายสินค้าหรือบริการของตนโดยไม่ต้องพึ่งพาเงินจากรัฐ

4) รัฐวิสาหกิจจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบจากรัฐ เนื่องจากส่วนใหญ่แล้วในเวลาที่ยุทธศาสตร์รัฐวิสาหกิจขึ้นมาจะทำให้เงินลงทุนซึ่งมาจากภาษีอากรของประชาชน ดังนั้นจึงต้องมีการกำกับดูแลเพื่อเป็นหลักประกันมิให้เงินรั่วไหลหรือใช้เงินผิดวัตถุประสงค์

(4) บริการสาธารณะที่จัดทำโดยองค์กรมหาชน

เนื่องจากหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ แต่เป็นหน่วยงานรูปแบบอื่นที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีข้อแตกต่างกันหลายประการ เช่น ระบบการบริหารงาน รูปแบบ ความสัมพันธ์กับรัฐ ความแตกต่างทั้งหลายจึงทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบของหน่วยงานแต่ละหน่วยงานซึ่งส่งผลให้การจัดทำบริการสาธารณะของบางหน่วยงานเป็นไปได้ผลดีเท่าที่ควร ดังนั้น จึงมีแนวความคิดที่จะให้มีกฎหมายกลางออกมารองรับหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ โดยกำหนดขอบเขต อำนาจหน้าที่ ระบบการบริหารงานและความสัมพันธ์กับรัฐไว้ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยในปี พ.ศ. 2542 ได้มีการตรากฎหมายชื่อ พระราชบัญญัติองค์กรมหาชน พ.ศ. 2542 ขึ้น เพื่อกำหนดสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐที่มีส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเอาไว้

สำหรับการจัดตั้งองค์กรมหาชนนั้นมีพระราชบัญญัติองค์กรมหาชน พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายกลางที่กำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และวิธีการในการจัดตั้งและการดำเนินงานขององค์กรมหาชนเอาไว้ โดยมาตรา 5 วรรคแรกของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้รัฐบาลเป็นผู้ริเริ่มให้มีการจัดตั้งองค์กรมหาชนโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา “เมื่อรัฐบาลมีแผนงานหรือนโยบายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ และมีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจโดยมีความมุ่งหมายให้มีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด จะจัดตั้งเป็นองค์กรมหาชนโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้ ดังนั้น องค์กรประกอบในการพิจารณาจัดตั้งองค์กรมหาชนสามารถแยกออกได้ 3 ประการ⁶¹ ดังนี้

1) เมื่อรัฐบาลมีแผนงานหรือนโยบายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นแผนงานหรือนโยบายเฉพาะกิจได้

2) แผนงานการจัดทำบริการสาธารณะนั้น มีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่ที่แตกต่างจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจซึ่งจะต้องพิจารณาประเภทของบริการ

⁶¹ แหล่งเดิม. หน้า 211

สาธารณสุขตามมาตรา 5 วรรคสอง และปัญหาความซ้ำซ้อนหรือขัดแย้งในการดำเนินงานกับหน่วยงานอื่นตามมาตรา 8 และมาตรา 9 ประกอบด้วย

3) การจัดตั้งหน่วยงานบริหารขึ้นใหม่นั้นมีความมุ่งหมายให้มีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและบุคคลให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

(5) บริการสาธารณสุขที่จัดทำโดยเอกชน แม้บริการสาธารณสุขเป็นกิจกรรมที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำ แต่เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะชนอย่างสูงสุด หากรัฐพิจารณาเห็นว่าบริการสาธารณสุขใด เอกชนสามารถจัดทำได้ รัฐก็สามารถมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณสุขนั้นได้ ถือว่าเป็นข้อยกเว้นหลักการจัดทำบริการสาธารณสุข โดยรัฐ เมื่อเอกชนมีความสามารถจัดทำบริการสาธารณสุข รัฐก็สามารถมอบหมายให้เอกชนนำไปจัดทำได้ โดยอยู่ภายใต้กำกับดูแลโดยรัฐ

1) การมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการทางสังคมและวัฒนธรรม วิธีมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณสุขทางสังคมและวัฒนธรรมในลักษณะบริการสาธารณสุขทางปกครอง ที่รัฐมอบหมายให้เอกชนใช้อำนาจทางปกครองกับรัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการทางปกครอง โดยอยู่ภายใต้กำกับดูแลจากรัฐดังนี้⁶²

ก) การมอบหมายให้เอกชนใช้อำนาจปกครอง โดยรัฐเป็นผู้มอบหมายให้เอกชนใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขทางปกครองในด้านสังคมและวัฒนธรรม ได้แก่ การมอบหมายให้องค์กรวิชาชีพใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การมอบหมายให้สภานายความใช้อำนาจทางปกครองในการออกใบอนุญาตว่าความ หรือเพิกถอนใบอนุญาตที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่สภานายความได้ออกระเบียบกำหนดไว้

ข) การมอบหมายให้เอกชนดำเนินการทางปกครอง โดยรัฐเป็นผู้มอบหมายให้เอกชนดำเนินการทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณสุขด้านสังคมและวัฒนธรรม ได้แก่ สถาบันการศึกษาเอกชน โรงพยาบาลเอกชน ซึ่งเอกชนเหล่านั้นรัฐมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองจัดทำบริการสาธารณสุขในลักษณะของสัญญาทางปกครอง

2) การมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณสุขทางเศรษฐกิจ วิธีการมอบหมายให้เอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณสุขทางเศรษฐกิจ เป็นการบริการสาธารณสุขทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม สามารถจัดทำได้ 2 วิธี ได้แก่

ก) การให้ผูกขาด การที่ฝ่ายปกครองให้สิทธิพิเศษแก่เอกชนที่จะจัดทำบริการสาธารณสุขบางอย่างได้แต่เพียงผู้เดียวในระยะเวลาหนึ่ง โดยมีข้อสัญญาว่าเอกชนจะต้องจ่ายเงินค่าสิทธิจำนวนหนึ่งให้แก่รัฐเป็นการตอบแทนสิทธิที่ได้รับผูกขาดผลกำไรที่ได้จากกิจการนั้นตกเป็นของผู้รับผูกขาด

⁶² สิทธิกร สักดิ์แสง. เล่มเดิม. หน้า 189 - 191

ข) การให้สัมปทานกับเอกชน เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชน มีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุนและความเสี่ยงภัย ของตนเอง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชน ผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น

ความแตกต่างของการผูกขาดกับการให้สัมปทาน คือ การผูกขาดเป็นการให้สิทธิผู้รับ ผูกขาดเพียงผู้เดียวในการจัดทำบริการสาธารณะ ขณะที่การให้สัมปทานรัฐอาจให้สัมปทาน แก่บุคคลหลายคนในเวลาเดียวกันได้ นอกจากนี้การผูกขาด ผู้ได้รับผูกขาดต้องจ่ายค่าสิทธิ จำนวนหนึ่งแก่รัฐตอบแทนการให้สิทธิ แต่ผู้รับสัมปทานไม่ต้องจ่ายเงินค่าสิทธิเป็นการตอบแทนรัฐ ทั้งนี้ เพราะบริการสาธารณะที่ให้สัมปทานเป็นกิจการที่จำเป็นแก่ประชาชน เช่น กิจการ สาธารณูปโภคมิได้เป็นกิจการที่จัดทำเพื่อหารายได้ให้แก่รัฐเหมือนกิจการที่ให้ผูกขาด ด้วยเหตุนี้ ในบางกรณีรัฐอาจให้เงินอุดหนุนหรือเงินกู้เพื่อให้เอกชนรับสัมปทานไปจัดทำแทน โดยรัฐไม่ต้อง ลงทุนจัดทำเอง

2.2.4 องค์กรกำกับดูแลอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะ

จากแนวคิดการให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริการสาธารณะโดยเฉพาะในกิจการ สาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นกิจการผูกขาดโดยธรรมชาติ กิจการดังกล่าวจำเป็นต้องมีการกำกับ ดูแลที่ดีและเหมาะสมเพื่อทำหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภคทั้งในด้านราคา คุณภาพ บริการ มาตรฐานความปลอดภัย และต้องสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุนว่าจะได้รับความเป็นธรรม ในการลงทุน ขณะเดียวกันการกำกับดูแลที่ดีจะต้องมีกลไกเพื่อสนองวัตถุประสงค์ของรัฐในด้าน สังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม การกำกับดูแลกิจการสาธารณูปโภคดังกล่าวในหลายประเทศ ที่ประสบความสำเร็จจะกระทำโดยองค์กรกำกับดูแลอิสระ เพื่อให้มีความเป็นอิสระในการ ดำเนินการทั้งจากนักการเมือง ผู้กำหนดนโยบายและผู้ประกอบการเอกชน หลักการสำคัญของ องค์กรกำกับดูแลอิสระสามารถแบ่งได้ 5 ประการ⁶³

ประการแรก องค์กรกำกับดูแลอิสระจะต้องมีความชัดเจนในบทบาทและวัตถุประสงค์ มีการแบ่งแยกความรับผิดชอบที่ชัดเจนขององค์กรกำกับดูแล และหน่วยงานที่กำหนดนโยบาย เพื่อให้เป็นที่เชื่อถือและเป็นธรรม

ประการที่สอง องค์กรกำกับดูแลต้องมีบุคลากรที่ดีและมีงบประมาณที่เพียงพอ ในการปฏิบัติหน้าที่

⁶³ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข. เล่มเดิม. หน้า 416 - 417

ประการที่สาม องค์กรกำกับดูแลจะต้องมีอิสระในการทำงาน มีอำนาจในการดำเนินการต่อผู้ประกอบการและมีอำนาจในการบังคับการตามสั่ง โดยปราศจากการแทรกแซงที่ไม่เหมาะสมจากนักการเมืองหรือผู้ประกอบการ

ประการที่สี่ องค์กรกำกับดูแลจะต้องมีความสม่ำเสมอในการกำกับดูแลให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันทุกกิจการ ทั้งนี้ เพื่อให้มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันต่อผู้ประกอบการทุกราย

ประการสุดท้าย องค์กรกำกับดูแลจะต้องได้รับความเชื่อถือจากประชาชนและนักลงทุนในการดำเนินการกำกับดูแล รวมทั้งต้องมีกระบวนการที่โปร่งใสในการระงับข้อพิพาทและการพิจารณาคำอุทธรณ์เรื่องต่างๆ

นอกจากองค์กรกำกับดูแลจะต้องมีความเป็นอิสระในการดำเนินการแล้ว องค์กรกำกับดูแลควรมีอำนาจหน้าที่ดังนี้⁶⁴

(1) การอนุญาตประกอบกิจการ เมื่อมีการอนุญาตให้ประกอบกิจการในเรื่องนั้นๆ แล้ว ต้องกำกับดูแลผู้ถือใบอนุญาตประกอบกิจการให้เป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขในใบอนุญาตในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุณภาพของการให้บริการ พิกัดอัตราค่าบริการ การลงทุน ข้อห้ามในการกระทำการอันเป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้า นอกจากนี้ยังต้องเป็นที่ปรึกษาและประสานงานขั้นตอนในการขออนุญาตและกำหนดค่าธรรมเนียมการอนุญาต

(2) กำหนดอัตราค่าบริการ เช่น กำหนดและทบทวนระดับและพิกัดอัตราค่าบริการตามระยะเวลาที่กำหนดให้สอดคล้องกับนโยบายราคาตามที่กำหนดโดยรัฐบาลและตามที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายจัดตั้งในกรณีที่ไม่มีการแข่งขันเพียงพอ หรือเป็นกิจการที่มีลักษณะผูกขาด รวมทั้งการกำหนดให้ผู้ประกอบการให้ข้อมูลที่ครบถ้วนตามที่ร้องขอ

(3) การกำหนดคุณภาพบริการ รวมทั้งควบคุมตรวจสอบการบริการ

(4) การส่งเสริมการแข่งขันและป้องกันการผูกขาด เป็นการกำกับดูแลการกระทำที่เป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้าในกิจการสาธารณูปโภค โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลอิสระ

(5) การคุ้มครองผู้บริโภค โดยการรับเรื่องร้องเรียน สอบสวนคำร้องเรียน ดำเนินการแก้ไข ระงับข้อพิพาท และลงโทษผู้ประกอบการตามระเบียบและเงื่อนไขในการอนุญาตประกอบการ กำหนดบทลงโทษและลงโทษผู้ประกอบการ

(6) ทบทวนการอนุญาต การเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขใบอนุญาตโดยปรึกษากับผู้ประกอบการ ออกคำสั่งชั่วคราวและคำสั่งถึงที่สุด ในกรณีมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขใบอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต กรณีมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขอย่างต่อเนื่อง

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้า 420 - 422

(7) ให้คำแนะนำเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแล

2.3 แนวคิดและทฤษฎีคำสั่งทางปกครองและการควบคุม

การกระทำของฝ่ายปกครองมีหลายรูป เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการ สิ่งกีดขวางจราจร การสร้างหรือรื้อสิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น การกระทำนั้นอาจเป็นการกระทำทางแพ่ง หรือทางปกครอง⁶⁵ ไม่มีบทบาทในทางกฎหมายมหาชนได้ แต่อาจมีผลทางแพ่งในลักษณะนิติกรรม หรือนิติเหตุก็ได้

การกำหนดนิยามคำว่า “การกระทำทางปกครอง” อาจทำได้ 2 วิธี คือ วิธีแรกเป็นการพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำทางปกครอง และพิจารณาว่าการกระทำนั้นมาจากองค์กรฝ่ายปกครอง⁶⁶ เป็นการนิยามในเชิงปฏิเสธ กล่าวคือ เป็นการกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ หรือทางตุลาการ แต่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่เป็นฝ่ายปกครองมิใช่ฝ่ายการเมือง วิธีที่สอง เป็นการนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ การกระทำที่มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิของประชาชน การกระทำที่ให้ผลประโยชน์แก่ประชาชน รวมถึงการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย การกระทำทางปกครองเหล่านี้จะไม่รวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่ง เช่น การจัดซื้อจัดจ้าง การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำทางปกครอง คือ การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือประชาชน และใช้อำนาจนั้นสั่งการมากระทบสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของประชาชน ภายใต้ขอบเขตกฎหมายมหาชน⁶⁷

2.3.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้นิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁶⁵ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2554). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 25.

⁶⁶ ประยูร กาญจนกุล. (2549). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. หน้า 158.

⁶⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. เล่มเดิม. หน้า 25 - 28.

ทั้งนี้ ได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

- 1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อมา ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
- 2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
- 3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาข้อเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
- 4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน
- 5) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

จากความหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว อาจแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ⁶⁸ ดังนี้

(1) การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายถึง ผู้มีอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจทางปกครองของรัฐในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเจ้าหน้าที่อาจจัดเป็น 3 ประเภท คือ

1) บุคคลธรรมดา เช่น รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมาย เช่น ในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 บัญญัติให้อธิบดีกรมที่ดินหรือซึ่งอธิบดีกรมที่ดินมอบหมายและผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจสั่งเพิกถอน แก้ไข หรือออกใบแทนหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน โดยบุคคลธรรมดา มิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะบุคลากรในภาครัฐเท่านั้น บุคลากรในภาคเอกชนก็อาจเป็นเจ้าหน้าที่ ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้ หากปรากฏว่าการกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจรัฐตามที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ เช่น ช่างรังวัดเอกชนที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินของบุคคลใดๆ เพื่อทำการรังวัดหรือเคลื่อนย้ายหลักหมายเขตที่ดิน ตามมาตรา 48 พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 หรือการออกไปรับรองการตรวจสภาพรถยนต์ของสถานตรวจสภาพรถยนต์ที่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 เป็นต้น

2) คณะบุคคล เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า เป็นต้น ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ตามกฎหมายในรูปของคณะกรรมการ เช่น คณะกรรมการผู้ชำนาญการตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ

⁶⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 101 - 103.

พ.ศ. 2535 มีอำนาจพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยคณะบุคคลมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะในภาครัฐเท่านั้น แต่อาจเป็นเอกชนก็ได้ เช่น สภานายความซึ่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มอบหมายให้ใช้อำนาจจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ รวมทั้งควบคุมมรรยาทของทนายความ⁶⁹

3) นิติบุคคลมหาชน เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐไปกระทบสิทธิของประชาชน และอาจถูกประชาชนฟ้องโต้แย้งคำสั่งได้ รวมถึงสภาวิชาชีพ มูลนิธิที่มีจุดประสงค์เพื่อประชาชน คดีพิพาทที่เกิดจากองค์กรเหล่านี้ต้องขึ้นศาลปกครอง⁷⁰ นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนด เช่น มาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้บริษัทหลักทรัพย์มีสำนักงานสาขาได้ หรือกรณีสหภาพเกษตรกรซึ่งเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเกษตรกรรม พ.ศ. 2537 บัญญัติให้สหภาพเกษตรกรมีอำนาจหน้าที่รับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเกษตรกรรม

(2) การกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายเดียว ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับแก่เอกชน เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง หรือการรับจดทะเบียนและรวมไปถึงการไม่อนุญาต การไม่อนุมัติ การไม่รับวินิจฉัยอุทธรณ์ การไม่รับรอง และการไม่รับจดทะเบียน ดังนั้น จึงต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายบังคับแก่เอกชน การวางหลักว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครองมีความหมายในตัวว่า กรณีจะต้องไม่ใช่การใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติหรือการใช้อำนาจในทางตุลาการ โดยไม่จำกัดเฉพาะพระราชบัญญัติ อาจเป็นกฎหมายลำดับรองก็ได้ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ หรือข้อบังคับ และอาจมีปัญหาว່รวรรวมถึง “หลักกฎหมายทั่วไป” ด้วยหรือไม่ ซึ่งหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและหลักจารีตประเพณีย่อมมีอยู่แน่นอนและอาจใช้ในการก่อให้เกิดประโยชน์แก่เอกชนได้ แต่ในกรณีที่เป็นการทำให้ “สิทธิ” ของเอกชนเสื่อมเสีย นั้น โดยหลักนิติธรรมแล้วสมควรต้องมีฐานอำนาจของกฎหมายลายลักษณ์อักษรสนับสนุนเป็นหลัก ในกรณีที่มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ครบถ้วนและเกิดช่องว่างทางกฎหมายที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามความรับผิดชอบหรือจะรักษาประโยชน์สาธารณะ อาจต้องยอมรับให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการออกคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้น ในกรณีการบังคับ

⁶⁹ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ค. (2541). “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง”. *รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. หน้า 41.

⁷⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์. เล่มเดิม. หน้า 35.

ตามสัญญาจึงไม่อยู่ในองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง เช่น การที่รัฐวิสาหกิจมีหนังสือเรียกให้เอกชนชำระค่าบริการไฟฟ้า น้ำประปา หรือโทรศัพท์ เพราะเป็นกรณีที่เอกชนได้ทำสัญญาขอใช้บริการกับหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ

(3) การกระทำนั้นมึลักษณะเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองต้องมุ่งกำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การสั่งให้รื้อถอนอาคาร การสั่งพักใช้ใบอนุญาตว่าความเป็นเวลา 2 ปี การสั่งให้ชำระภาษี เป็นต้น โดยสถานะระหว่างผู้ออกคำสั่งกับผู้รับคำสั่งไม่เท่าเทียมกัน ไม่เหมือนกับนิติกรรมทางแพ่งที่อยู่บนพื้นฐานความเสมอภาค⁷¹

(4) การกระทำนั้นเกิดผลเฉพาะกรณี จากนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ที่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และโดยที่ “กฎ” หมายถึง บทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ คำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลบังคับแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่น การอนุญาตให้ นาย ก. ก่อสร้างอาคารสูง 4 ชั้น หรือคำสั่งทางปกครองอาจมีผลบังคับแก่กรณีใด เป็นการเฉพาะ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจดับเพลิงสั่งห้ามมิให้ผู้ใดเข้าไปในห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่งซึ่งกำลังเกิดเพลิงไหม้ เป็นต้น องค์ประกอบในข้อนี้จึงทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากกฎ เพราะกฎจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยเป็นเพียงการวางหลักไว้แต่ยังไม่ใช้กับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดโดยเฉพาะ คำสั่งทางปกครองโดยสภาพจะต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง แต่คำสั่งทางปกครองจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ได้ เช่น มีการปลูกสร้างอาคารในที่สาธารณะโดยผู้กระทำไม่อยู่ การออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารใช้วิธีประกาศให้ผู้กระทำรื้อถอนออกไปโดยไม่ระบุชื่อผู้นั้น อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่แจ้งชัดและใช้บังคับเฉพาะกรณี อาจเป็น “คำสั่งรวม” หรือ “คำสั่งทั่วไป” ที่ใช้บังคับกลุ่มบุคคลก็ได้ เช่น ตำรวจออกคำสั่งห้ามทุกคนมาชุมนุมในสถานที่แห่งหนึ่งในวันรุ่งขึ้น หรือห้ามบุคคลทุกคนเข้าไปในอาคารที่มีสภาพเสี่ยงต่อการพังทลาย หรือคำสั่งห้ามบุคคลทุกคนเข้าไปในเขตอนุรักษ์ธรรมชาติ หรือป้ายสัญญาณจราจรกำหนดวิธีเดินรถ⁷²

(5) การกระทำนั้นมีผลภายนอกโดยตรง องค์ประกอบในข้อนี้มีความสำคัญในการชี้ชัดให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อใด ซึ่งโดยปกติคำสั่งทางปกครองจะเกิดผลใช้บังคับต่อบุคคลได้ตั้งแต่วันที่บุคคลนั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

⁷¹ แหล่งเดิม . หน้า 39.

⁷² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 102-103.

2.3.2 การควบคุมฝ่ายปกครอง

การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีเป้าหมายคือประโยชน์สาธารณะ การดำเนินการที่จะบรรลุเป้าหมายฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชน ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือที่อาจกระทบต่อปัจเจกบุคคล ในขณะที่ภารกิจของรัฐสมัยใหม่ได้ขยายขอบเขตไปอย่างกว้างขวางจากเดิมที่มีหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ ดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ และรักษาความมั่นคงของประเทศจากการรุกรานภายนอกประเทศ เมื่อภารกิจของรัฐขยายออกไปมากขึ้น การใช้อำนาจมหาชนของรัฐก็จะไปกระทบสิทธิของประชาชนมากขึ้น จึงต้องมีกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย⁷³

“การควบคุมทางปกครอง” หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเองและการควบคุมจากภายนอก⁷⁴ วัตถุประสงค์ของการควบคุม สามารถแบ่งออกได้ 2 ประการดังนี้⁷⁵

(1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำทางปกครองมีหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมทางปกครอง คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้น การควบคุมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง หรือโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองจึงสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วย 2 หลักเกณฑ์คือ หลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ จะเป็นการพิจารณาในเรื่องอำนาจหน้าที่และกระบวนการของการกระทำ

ก) อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ การพิจารณาอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดหรือทางเนื้อหา การกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายทั้งในด้านของอำนาจหน้าที่และพื้นที่ความรับผิดชอบด้วย

ข) กระบวนการ โดยหลักพื้นฐานกระบวนการเป็นวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่สำหรับกระบวนการที่กฎหมาย

⁷³ บรรเจิด สิงคะเนติ ข. (2556). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. หน้า 19.

⁷⁴ ชาญชัย แสงวงศ์ ค. (2553). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 295

⁷⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ ข. เล่มเดิม. หน้า 33 - 47.

กำหนดให้ต้องดำเนินการ หากไม่ดำเนินการอาจส่งผลให้การกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

1. หลักการยื่นคำร้อง เป็นหลักการที่ใช้ในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งการอนุมัติ อนุญาต เจ้าหน้าที่ที่จะสามารถพิจารณาได้เมื่อมีการยื่นคำร้องขอมาจากบุคคลที่เกี่ยวข้องก่อน

2. หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้อง เป็นหลักการสำคัญที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงในการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 30 “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” หากในการพิจารณาทางปกครองเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ให้คู่กรณีมีโอกาสทราบข้อเท็จจริงและไม่มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานในการพิจารณาทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่กระทบสิทธิคู่กรณี คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจมีความบกพร่องในแง่ของการดำเนินการและกระทบถึงความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองได้ อย่างไรก็ดี มาตรา 30 วรรคสองได้กำหนดข้อยกเว้นให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการเป็นอย่างอื่น เมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าจะไปก่อความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง เป็นต้น

3. หลักการปรึกษาหารือหรือขอความคิดเห็นจากหน่วยงานอื่น หากกฎหมายกำหนดให้ก่อนออกคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งต้องขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่นก่อน การออกคำสั่งทางปกครองโดยมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่ของรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

ค) แบบของการกระทำ เป็นสาระสำคัญที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ง) หลักการให้เหตุผล คำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ไม่มีการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติได้ การให้เหตุผลต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณา และข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสบัญญัติหรือในทางเนื้อหา มีหลักเกณฑ์ดังนี้

ก) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย หลักการมีขัดแย้งกับกฎหมายนั้นหมายถึงกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการ

ทางปกครอง และต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีผลใช้บังคับอยู่ รวมทั้งต้องไม่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปด้วยเรียกว่า “หลักความมาก่อนของกฎหมาย”

ข) กฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครอง ต้องชอบด้วยกฎหมาย การออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครอง โดยเฉพาะที่อาจกระทบสิทธิของบุคคล นอกจากจะมีกฎหมายให้อำนาจแล้ว จะต้องตรวจสอบด้วยว่ากฎหมายที่ให้อำนาจชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากกฎหมายที่ให้อำนาจเป็นพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากกฎหมายที่ให้อำนาจเป็นกฎหมายลำดับรอง กฎหมายลำดับรองต้องไม่ขัดกับพระราชบัญญัติและรัฐธรรมนูญ

ค) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองต้องไม่มีข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจต้องอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไป

ง) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับหลักพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน การพิจารณาตามหลักพอสมควรแก่เหตุ จะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้กับผลที่กระทบต่อสิทธิของบุคคล โดยพิจารณาถึงสัดส่วนที่สมเหตุสมผล

จ) หลักความแน่นอนชัดเจน คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน เพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์ให้ผู้รับคำสั่งกระทำการหรือไม่กระทำการใด

ฉ) เจื่อนใจความชอบด้วยกฎหมายอื่น เจื่อนใจเหล่านี้มีผลมาจากตรรกะทางกฎหมายกับข้อจำกัดทางข้อเท็จจริงทำให้ไม่สามารถบรรลุตามความมุ่งหมายของคำสั่งได้

(2) การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือการควบคุมความเหมาะสม

เป็นการควบคุมในส่วนของผลของกฎหมาย จะเกิดขึ้นได้เมื่อกฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่า 1 ทางเลือก เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุดสำหรับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง หรือที่เรียกว่า “การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ หรือการควบคุมความเหมาะสมนั้น เป็นการควบคุมการเลือกผลในทางกฎหมายว่า ฝ่ายปกครองได้เลือกมาตรการไว้อย่างเหมาะสมหรือไม่ เป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่ ฝ่ายปกครอง เนื่องจากการร่างกฎหมายไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดในทุกกรณีของข้อเท็จจริงได้ครบถ้วน จึงจำเป็นต้องให้ผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งหมายถึงฝ่ายปกครอง มีดุลพินิจที่จะเลือกผลของกฎหมายอันใดอันหนึ่งให้เหมาะสมสอดคล้องกับกรณีนั้นๆ มิใช่อำนาจ

กำกับดูแล แต่เป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และการก้าวล่วงเข้าไปในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งการควบคุมรูปแบบนี้ศาลไม่อาจเข้าไปควบคุมความเหมาะสมหรือเปลี่ยนแปลงการใช้ดุลพินิจได้ เนื่องจากมิได้เป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางฝ่ายบริหาร ศาลคงมีแต่อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

2.3.3 วิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองจะกระทำ 2 วิธีดังนี้

(1) การควบคุมก่อนดำเนินการ เป็นการควบคุมแบบป้องกัน จะควบคุมในขั้นตอนเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครองมีขั้นตอนเริ่มตั้งแต่คิดเตรียมจนถึงออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อป้องกันมิให้ออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบ และไม่เหมาะสม⁷⁶ จึงเกิดกระบวนการควบคุมแบบนี้ขึ้น วิธีการควบคุมก่อนดำเนินการแบ่งเป็น 3 ประเภทย่อย⁷⁷ คือ

1) การควบคุมโดยการปรึกษาหารือองค์การที่ปรึกษา เช่น ขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาร่างกฎหมายหรือให้คำปรึกษาทางกฎหมาย

2) การควบคุมโดยทำให้ประชาชนมีส่วนร่วม ซึ่งการมีส่วนร่วมของประชาชนทำได้ 3 วิธี

ก) การโต้แย้งคัดค้านก่อนที่หน่วยงานทางปกครองจะมีคำสั่งทางปกครอง

ข) การปรึกษาหารือกับกลุ่มบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย

ค) การรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียโดยตรง เพื่อให้ประชาชนสามารถป้องกันผลประโยชน์ของตนก่อนฝ่ายปกครองจะดำเนินการ

3) การควบคุมโดยทำให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ และทำให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายก่อนดำเนินการนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้พิจารณาความเหมาะสมในการออกคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือไปจากการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่างจากการควบคุมภายหลังการดำเนินการที่มุ่งเน้นไปที่ความชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีการควบคุมก่อนดำเนินการที่มีการกำหนดขั้นตอนที่ซับซ้อนมากไป จะทำให้การออกคำสั่งทางปกครองล่าช้าไม่ทันการ ฝ่ายปกครองจึงมักละเลยการควบคุมรูปแบบนี้ หรือทำพอเป็นพิธี จึงจำเป็นต้องมีมาตรการควบคุมภายหลังการดำเนินการมาเสริมด้วย⁷⁸

⁷⁶ มานิตย์ จุมปา ก. เล่มเดิม. หน้า 561

⁷⁷ ชาญชัย แสงวงศ์ ค. เล่มเดิม. หน้า 297

⁷⁸ มานิตย์ จุมปา ก. เล่มเดิม. หน้า 562

(2) การควบคุมภายหลังการดำเนินการหรือการควบคุมแบบแก้ไข เป็นการควบคุมภายหลังฝ่ายปกครองมีคำสั่งทางปกครอง วิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองภายหลังดำเนินการ มีผลทางกฎหมาย 2 ประการ

1) ถือว่าคำสั่งตกเป็นโมฆะ ผลทางกฎหมายถือว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้น เป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ คำสั่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

2) ถือว่าคำสั่งยังคงสมบูรณ์อยู่ แต่อาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้ เป็นกรณีคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดา เช่น การออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ⁷⁹

2.3.4 องค์กรที่ควบคุมฝ่ายปกครอง

พิจารณาองค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ

(1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เป็นควบคุมที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองด้วยกัน โดยสายการบังคับบัญชาที่เหนือกว่าเพื่อให้มีการตรวจสอบ ทบทวน หรือแก้ไข การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ดำเนินไปแล้ว การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองทำได้ 2 รูปแบบ คือ การร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร (การร้องเรียนนี้ไม่มีรูปแบบเคร่งครัด อาจทำได้หลายทางก็ได้ ขณะเดียวกันการควบคุมก็ไม่มีวิธีการที่แน่นอนเช่นกัน) และวิธีการลักษณะกิ่งข้อพิพาท (มีองค์กรหนึ่งภายในฝ่ายปกครองที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพประชาชน ซึ่งไม่ใช่ศาล ตั้งคณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่เฉพาะเรื่องตามที่กฎหมายกำหนด มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นรูปแบบ)⁸⁰

การอุทธรณ์หรือการร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการที่เกิดขึ้นจากกฎหมายภายในหน่วยงานเป็นการทบทวนตรวจสอบภายในองค์กร แต่เป็นการตรวจสอบคนละคณะกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ การออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการอุทธรณ์หรือร้องทุกข์ เนื่องจากผู้ทำคำสั่งทางปกครองอาจทำคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาด อันเกิดจากภาระหน้าที่ที่มาก กระบวนการทำคำสั่งยุ่งยากซับซ้อน จึงอาจทำให้เกิดความผิดพลาดคลาดเคลื่อนของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้น การกลั่นกรองภายในจึงเป็นหนทางที่ให้ความเป็นธรรมที่รวดเร็วกว่าการใช้อำนาจศาลปกครอง ในการตรวจสอบ เพราะการตรวจสอบภายในองค์กรนี้สามารถตรวจสอบได้ทั้งความเหมาะสมและ

⁷⁹ แหล่งเดิม. หน้า 563 - 564

⁸⁰ แหล่งเดิม. หน้า 565

ความชอบด้วยกฎหมาย หากพบข้อผิดพลาดหรือไม่เหมาะสมผู้พิจารณาอุทธรณ์ก็สามารถยกเลิกแก้ไขให้ถูกต้องหรือเหมาะสมได้⁸¹

1) การควบคุมบังคับบัญชา การควบคุมรูปแบบนี้เกิดจากหลักการรวมอำนาจ (centralization) หลักการบังคับบัญชาเกิดจากการจัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครองแต่ละองค์กร ด้วยเหตุที่ผู้บังคับบัญชาแต่ละระดับชั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาทุกคน ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจต่อผู้ใต้บังคับบัญชาดังนี้

ก) อำนาจสั่งการหรือแนะนำผู้ใต้บังคับบัญชาให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นคำสั่งเฉพาะรายหรือเป็นการทั่วไปก็ได้

ข) อำนาจเพิกถอนการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา

ค) อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชา

ง) อำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาในกรณีจำเป็นเร่งด่วน หรือกรณีผู้ใต้บังคับบัญชาละเลยไม่ยอมใช้อำนาจตามกฎหมาย

คำสั่งระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครองไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่คำสั่งลงโทษวินัย บรรจุแต่งตั้ง เลื่อนขั้นเงินเดือน พักราชการ ให้ออกจากราชการ⁸²

การควบคุมบังคับบัญชาสามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการดำเนินกิจกรรมทางปกครองด้วย การร้องเรียนจะทำได้ 2 ระดับ คือ

ระดับแรก ร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองให้ทบทวนคำสั่งนั้น

ระดับสอง การขอให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองทบทวนคำสั่ง⁸³

2) การควบคุมแบบกำกับดูแล การควบคุมรูปแบบนี้เกิดจากหลักการกระจายอำนาจ (decentralization) กล่าวคือ รัฐโอนกิจการบริการสาธารณะบางอย่างซึ่งเดิมอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐไปให้องค์กรมหาชนอื่นดำเนินการ เพื่อรักษาความอิสระขององค์กรมหาชนอื่นอันเป็นวัตถุประสงค์ของหลักการกระจายอำนาจ การควบคุมกำกับดูแลจึงต้องมีขอบเขตจำกัดตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดในกฎหมายเท่านั้น ซึ่งผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจควบคุมได้เฉพาะในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรภายใต้กำกับเท่านั้น ไม่มีอำนาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจขององค์กรภายใต้กำกับ การควบคุมจึงเป็นไปเท่าที่จำเป็นและ

⁸¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. เล่มเดิม. หน้า 154 - 155

⁸² วิษณุ วรรณฤกษ์ ยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดวารศีลพร. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. หน้า 249 -252

⁸³ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก. เล่มเดิม. หน้า 476 - 478.

ต้องไม่กระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเอง หากมีการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจเพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการกระทำ หรือสั่งเพิกถอนการกระทำ คำสั่งในการกำกับดูแลเป็นคำสั่งทางปกครอง เพื่อคุ้มครององค์การภายใต้กำกับจากการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจกำกับดูแล จึงให้องค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจกำกับดูแลว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁸⁴

ในประเทศฝรั่งเศสอำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจของนิติบุคคลเดียวกันซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ในขณะที่อำนาจกำกับดูแลก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลทางกฎหมายมหาชน

การกำกับดูแลในทางปกครองมี 2 ลักษณะ คือ การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคล (อำนาจแต่งตั้งและถอดถอนหัวหน้าหน่วยงาน) และการกำกับดูแลเหนือการกระทำ (ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ)⁸⁵

(2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

แม้มีการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง แต่ก็ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองซึ่งได้แก่องค์กรตุลาการ⁸⁶ เหตุผลสำคัญที่ต้องมีการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ คือ

1) ความเป็นอิสระของตุลาการผู้พิจารณาคดี

องค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร ดังเช่นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น ความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยจึงเป็นหลักประกันที่สำคัญต่อกระบวนการตรวจสอบ สร้างความเชื่อมั่นว่าตุลาการที่พิจารณาไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ออกคำสั่งทางปกครอง

2) การต้องวินิจฉัยข้อพิพาท ศาลต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่ตัดสินไม่ได้ ต่างจากการควบคุมโดยองค์กรอื่นที่ไม่มีการบังคับให้ต้องดำเนินการ ซึ่งต่างจากฝ่ายบริหารที่สามารถเลือกที่จะไม่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้เมื่อเห็นว่าไม่จำเป็นหรือไม่ใช่เรื่องที่ต้องพิจารณา โดยเลือกวิธีที่จะประนีประนอมกันภายในองค์กรมากกว่า หากตกลงกันภายในองค์กรได้แล้วก็สั่งยุติเรื่องคือไม่พิจารณาเรื่องอีกต่อไปไม่มีการจัดทำเป็นคำพิพากษาแต่ประการใด

⁸⁴ วิษณุ วรรณุญ ยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 253 - 255

⁸⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก. เล่มเดิม. หน้า 479 - 480

⁸⁶ มานิตย์ จุมปา ข. (2551). *ถาม-ตอบ กฎหมายปกครอง*. หน้า 103

3) วิธีพิจารณาที่เปิดเผย

การพิจารณาคดีของศาลต้องเปิดเผย เปิดโอกาสให้คู่ความเสนอพยานหลักฐานประกอบ ข้อกล่าวอ้าง และให้อีกฝ่ายสามารถหักล้างได้ และเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ารับฟังการพิจารณาคดีได้ ซึ่งองค์กรอื่นยังไม่มี แต่การพิจารณาของฝ่ายบริหารจะดำเนินการพิจารณาภายในถือเป็นความลับ บุคคลภายนอกไม่สามารถเข้าฟังหรือมีส่วนร่วมในการพิจารณาได้

4) การให้เหตุผล

คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลต้องให้เหตุผลในคำวินิจฉัยที่ชัดเจน ทำให้ไม่อาจคัดค้านคดีตามอำเภอใจได้ อันถือว่าเป็นเรื่องที่ชัดเจนในคำพิพากษาและจะได้ทราบว่าเหตุใดศาลจึงได้พิจารณาเช่นนั้น และสามารถนำไปอ้างได้

ความแตกต่างระหว่างการควบคุมโดยองค์กรตุลาการและการควบคุมภายในองค์กร⁸⁷

(1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถหยิบเรื่องที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสมมาพิจารณาได้เองโดยไม่ต้องรอให้มีการโต้แย้งหรือคัดค้าน ในขณะที่การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ การจะหยิบเรื่องที่ไม่น่าชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการกระทำทางปกครองขึ้นมาพิจารณาเองไม่ได้ ต้องรอให้มีผู้นำเรื่องเสนอให้องค์กรตุลาการพิจารณาเสียก่อน

(2) ขอบเขตขององค์กรที่ควบคุมภายในฝ่ายปกครองนั้นสามารถตรวจสอบการกระทำทางปกครองนั้นได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและความเหมาะสม ในขณะที่การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้น ศาลจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น การตรวจสอบความเหมาะสมถือเป็นข้อยกเว้น

(3) ผลของการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองนั้นไม่เป็นที่ยุติ ผู้ที่ไม่พอใจสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ แต่ผลการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้นจะเป็นที่สุดกรณีที่เป็นคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการสูงสุด

(4) ขอบเขตอำนาจในการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองนั้นองค์กรควบคุมภายในฝ่ายปกครองสามารถสั่งการให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำทางปกครองนั้นได้ ในขณะที่องค์กรตุลาการกระทำได้โดยหลักเพียงการเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่ไม่อาจสั่งการให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดได้

ความแตกต่างระหว่างการควบคุมภายในฝ่ายปกครองกับการควบคุมโดยการฟ้องคดีต่อศาล จะพบว่า การควบคุมภายในโดยการร้องเรียนฝ่ายปกครองเปิดโอกาสให้มีการควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและการใช้ดุลพินิจหรือความเหมาะสมในการออกคำสั่ง แต่การฟ้อง

⁸⁷ กมลชัย รัตนสกาวัสส์. เล่มเดิม. หน้า 25 - 27.

คดีต่อศาลนั้น ศาลจะควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นไม่สามารถตรวจสอบความเหมาะสมในการทำคำสั่ง⁸⁸

2.4 แนวคิดและทฤษฎีการมีส่วนร่วม

ชาล์ กาคู อ่างโดยชาญชัย แสวงศักดิ์ กล่าวว่า ในระบอบประชาธิปไตย การมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจทางการเมืองเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ที่อยู่ได้ปกครองในฐานะที่เป็นพลเมืองผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ต่างๆ⁸⁹ การมีส่วนร่วมของประชาชนในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นสิ่งสำคัญ การมีส่วนร่วมของประชาชนกระทำได้ทั้งทางตรงโดยตัวประชาชนเอง และทางอ้อมโดยผ่านผู้แทน ในการกำหนดนโยบายต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม เนื่องจากความเห็นของประชาชนเป็นสิ่งที่สะท้อนความต้องการของผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริง ขณะเดียวกันก็เป็นกลไกที่ช่วยให้ผู้มีส่วนร่วมเกิดความรู้สึกความเป็นเจ้าของ ผู้มีส่วนร่วมย่อมยินยอมรับหลักเกณฑ์ที่รัฐกำหนดได้อย่างสมัครใจ และลดปัญหาข้อขัดแย้ง ดังนั้น จึงควรทำความเข้าใจหลักการพื้นฐานของการมีส่วนร่วมโดยศึกษาจากแนวคิดและทฤษฎีการมีส่วนร่วม

2.4.1 ความหมายของการมีส่วนร่วม

United Nations อ่างโดยวชิรวัชร งามละม่อม การมีส่วนร่วม หมายถึง การเข้าร่วมอย่างกระตือรือร้นและมีพลังของประชาชนในด้านต่างๆ ได้แก่ ในการตัดสินใจเพื่อกำหนดเป้าหมายของสังคมและการจัดสรรทรัพยากรเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย และปฏิบัติตามแผนการหรือโครงการต่างๆ ด้วยความเต็มใจ

วชิรวัชร งามละม่อม การมีส่วนร่วม หมายถึง การเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกภาคส่วนร่วมมือกันในการตัดสินใจ การดำเนินกิจกรรม การติดตามตรวจสอบ และการประเมินผลร่วมกัน เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เสมอภาคนำผลที่ได้มาปรับปรุงแก้ไขพัฒนางานเพื่อพัฒนาหรือใช้ความคิดสร้างสรรค์ และความเชี่ยวชาญของแต่ละคนในการแก้ปัญหาของชุมชนและพัฒนางานในกลุ่มให้มีความโปร่งใสและให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น⁹⁰

William Erwin อ่างโดยฉวีลลิต บุรีกุล และคณะ การมีส่วนร่วม หมายถึง กระบวนการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินงานพัฒนา ร่วมคิด ร่วมตัดสินใจ แก้ปัญหา

⁸⁸ แหล่งเดิม. หน้า 483

⁸⁹ ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. หน้า 101

⁹⁰ วชิรวัชร งามละม่อม. (2556). *ทฤษฎีการมีส่วนร่วม*. สืบค้นเมื่อ 2 มกราคม 2557, จาก

ของตนเอง ร่วมใช้ความคิดสร้างสรรค์ ความรู้ และความชำนาญเข้ากับการใช้วิทยาการที่เหมาะสม และสนับสนุนติดตามผลการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้อง

ถวิลวดี บุรีกุล การมีส่วนร่วม หมายถึง กระบวนการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม ในทุกขั้นตอนตั้งแต่การร่วมรับรู้ ร่วมคิดริเริ่ม ร่วมตัดสินใจ ร่วมปฏิบัติ และร่วมตรวจสอบ โดยใช้ พลังความสามารถในด้านต่างๆ ของตน ร่วมกับความรู้อะเอียดและวิทยาการที่เหมาะสม พร้อมไปกับ เป็นผู้รับแบ่งปันผลประโยชน์ และร่วมรับผิดชอบผลที่ตามมา⁹¹

Cohen and Uphoff อ้างโดยภริดี ลีภากรณ์ การมีส่วนร่วม หมายถึง การเปิดโอกาส ให้สมาชิกได้มีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนกรดำเนินการใน 4 มิติ คือ การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจว่าจะทำอะไรและทำอย่างไร การมีส่วนร่วมในการปฏิบัติตามทางเลือกที่ตัดสินใจ การมีส่วนร่วม ในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการ และการมีส่วนร่วมในการประเมินผล⁹²

(1) การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจว่าจะทำอะไรและทำอย่างไร เป็นการร่วมกันกำหนด ทางเลือก ประเมินเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียแต่ละทางเลือก และนำไปสู่การตัดสินใจเลือก ทางเลือกที่เหมาะสม

(2) การมีส่วนร่วมในการปฏิบัติตามทางเลือกที่ตัดสินใจ อาจเป็นการช่วยเหลือ ด้านทรัพยากร การบริหารงาน การประสานงาน เป็นต้น

(3) การมีส่วนร่วมในการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการ การจัดสรร ผลประโยชน์จะต้องพิจารณาทั้งสองด้าน คือ ผลทางบวกและผลที่เกิดขึ้นในทางลบที่เป็นประโยชน์ และผลเสียของโครงการต่อบุคคลและสังคม และจัดสรรผลประโยชน์ให้ทุกฝ่ายอย่างเป็นธรรม

(4) การมีส่วนร่วมในการประเมินผล เป็นรูปแบบที่มีประโยชน์มาก เนื่องจาก ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบสามารถติดตามการดำเนินการโครงการได้

กล่าวโดยสรุป การมีส่วนร่วม หมายถึง การเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม ในการดำเนินการโครงการ ไม่ว่าจะในรูปแบบการตัดสินใจ การปฏิบัติ การรับผลประโยชน์ หรือการ ติดตามตรวจสอบ เพื่อให้การดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและได้รับการ ยอมรับของสังคม

⁹¹ ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ. (2547). การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการ ทำงานของรัฐบาลและองค์กรอิสระ (รายงานผลการวิจัย). หน้า 59 - 60

⁹² ภริดี ลีภากรณ์. (2554). ปัจจัยที่มีผลต่อการมีส่วนร่วมในการจัดการสิ่งแวดล้อมในเขตควบคุมมลพิษ กรณีศึกษาชุมชนมาบฉลุ อ.เมือง จ.ระยอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). หน้า 19

2.4.2 รูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชนต่อกิจการของรัฐ

การมีส่วนร่วมของประชาชนต่อกิจการของรัฐมีหลายระดับ ขึ้นกับรัฐแต่ละยุคจะให้ความสำคัญต่อประชาชนมากน้อยเพียงใด วิธีการมีส่วนร่วมของประชาชนทำได้หลายวิธี ฤทธิลดี บุรีกุล ได้แบ่งระดับการมีส่วนร่วมของประชาชนไว้ 7 ระดับ สามารถเรียงระดับการมีส่วนร่วมของประชาชนจากน้อยไปหามากโดยสรุปได้ดังนี้

(1) ระดับการให้ข้อมูล เป็นการมีส่วนร่วมระดับน้อยสุด เป็นวิธีการที่ง่ายที่สุดในการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้กำหนดนโยบายหรือผู้วางแผนโครงการกับประชาชน เพื่อให้ข้อมูลแก่ประชาชนเกี่ยวกับการตัดสินใจของผู้กำหนดนโยบาย แต่ไม่เปิดโอกาสให้แสดงความคิดเห็นหรือเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด เพื่อป้องกันมิให้รัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจในการให้หรือไม่ให้ข้อมูลแก่ประชาชน จึงควรมีข้อกำหนดให้รัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำและกระทำอย่างทั่วถึง ยกเว้นข้อมูลบางประเภท เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ

(2) ระดับเปิดรับความคิดเห็นจากประชาชน โดยผู้กำหนดนโยบายหรือผู้วางแผนโครงการดำเนินการเชิญชวนประชาชนให้มารับรู้ข้อมูลของโครงการและร่วมแสดงความคิดเห็น ผู้กำหนดนโยบายจะได้รับข้อมูลมากขึ้นและต้องประเมินข้อดีข้อเสียเพื่อให้การตัดสินใจชัดเจนยิ่งขึ้น การมีส่วนร่วมระดับนี้จะมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเมื่อประชาชนที่มีส่วนได้เสียได้ข้อมูลที่ถูกต้องเพียงพอ

(3) ระดับการปรึกษาหารือ มีลักษณะเป็นการเจรจาอย่างเป็นทางการระหว่างผู้กำหนดนโยบาย ผู้วางแผนโครงการ และประชาชน เพื่อประเมินความก้าวหน้าและประเด็นข้อสงสัยต่างๆ เช่น การจัดประชุม

(4) ระดับการวางแผนร่วมกัน เป็นลักษณะการมีส่วนร่วมที่มีขอบเขตกว้างขึ้น ประชาชนกับผู้กำหนดนโยบายหรือผู้วางแผนโครงการมีความรับผิดชอบร่วมกันในการวางแผนเตรียมโครงการและร่วมรับผิดชอบในผลที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ การมีส่วนร่วมระดับนี้เหมาะที่จะใช้สำหรับการพิจารณาประเด็นที่มีความยุ่งยาก ซับซ้อน และมีข้อโต้แย้งมาก เช่น การใช้อนุญาตอุตสาหกรรมเพื่อระงับข้อพิพาท การเจรจาประนีประนอมยอมความ

(5) ระดับร่วมปฏิบัติ เป็นกรณีที่ผู้กำหนดนโยบายหรือผู้วางแผนโครงการและประชาชนร่วมกับดำเนินการตามนโยบายหรือโครงการเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ที่วางไว้

(6) ระดับร่วมติดตาม ตรวจสอบ ประเมินผล เป็นระดับการมีส่วนร่วมที่มีผู้เข้าร่วมน้อย แต่มีประโยชน์ต่อผู้เกี่ยวข้องมาก การติดตาม ตรวจสอบ ประเมินผล อาจอยู่ในรูปแบบการจัดตั้งคณะกรรมการที่มาจากหลายฝ่าย หรือการสอบถามประชาชนโดยการสอบถาม การมีส่วนร่วม

รูปแบบนี้จะมีประโยชน์ในการพิจารณาจัดสรรประโยชน์ให้ยุติธรรม และช่วยในการปรับปรุงนโยบายหรือโครงการให้ทันสมัย และสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนตลอดเวลา

(7) ระดับการควบคุมโดยประชาชน เป็นการมีส่วนร่วมของประชาชนในระดับสูงสุด เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งที่มีอยู่ทั้งหมด เช่น การลงประชามติ ซึ่งการทำประชามติจะสามารถสะท้อนความต้องการของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีการกำหนดประเด็นที่ชัดเจน รวมทั้งประชาชนต้องมีความรู้ความเข้าใจประเด็นดังกล่าวเป็นอย่างดีทั้งข้อดีและข้อเสีย สำหรับประเทศที่มีการพัฒนาทางการเมืองแล้ว การลงประชามติจะมีผลบังคับให้รัฐบาลต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากการลงประชามติเป็นกระบวนการคืนอำนาจให้ประชาชนในการกำหนดนโยบายของประเทศ เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่สำหรับประเทศกำลังพัฒนาผลการลงประชามติไม่มีสภาพบังคับแต่เป็นแค่เพียงคำแนะนำสำหรับรัฐบาลเท่านั้น⁹³

2.4.3 ทฤษฎีสื่อแบบประชาธิปไตยแบบเน้นการมีส่วนร่วม

ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยมีแนวคิดหลักคือ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน แต่ในความเป็นจริงเป็นไปได้ยากที่ทุกคนจะใช้อำนาจอธิปไตยบัญญัติ บริหาร และตุลาการโดยตรงด้วยตัวเองได้ จึงต้องมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทนซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยอ้อมในลักษณะที่ประชาชนเลือกผู้แทนของตนไปทำหน้าที่ในฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ แต่ในกรณีที่เป็นนโยบายสำคัญก็เปิดโอกาสให้ประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยสามารถใช้อำนาจอธิปไตยได้ โดยวิธีการทำประชามติ⁹⁴ ทฤษฎีสื่อแบบประชาธิปไตยแบบเน้นการมีส่วนร่วมเป็นแนวคิดในการกำหนดบทบาทหน้าที่สื่อมวลชนโดยแนวคิดประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมมาใช้ มีแนวคิดหลักสื่อมวลชนควรทำหน้าที่เพื่อประชาชน แนวคิดนี้จึงต่อต้านการผูกขาดกิจการสื่อ และการนำสื่อไปใช้เพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจมากเกินไป การเสนอข้อมูลข่าวสารต้องมีความหลากหลายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร สิทธิในการใช้ช่องทางสื่อสารเพื่อสร้างความสัมพันธ์ในชุมชน ส่งเสริมวัฒนธรรม รวมถึงเสรีภาพในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างผู้ส่งสารกับผู้รับสาร ดังนั้น บทบาทหน้าที่สำคัญของสื่อมวลชนได้แก่

(1) พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงสื่อมวลชน และมีสิทธิใช้สื่อเพื่อตอบสนองความต้องการของตน

⁹³ ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ. (2551). *เอกสารประกอบการศึกษาดูงานของคณะกรรมการพัฒนาการเมืองและการมีส่วนร่วมของประชาชน วุฒิสภา*. หน้า 8 - 13

⁹⁴ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. (2541). “การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กับความเป็นประชาธิปไตยทางตรง”. *วารสารกฎหมายปกครอง*. หน้า 58

- (2) องค์กรสื่อและเนื้อหาสื่อจะไม่ถูกควบคุมจากหน่วยงานรัฐ
- (3) ชุมชนเป็นเจ้าของสื่อได้
- (4) การสื่อสารมีความสำคัญมาก ไม่ควรปล่อยให้อยู่ในการควบคุมเฉพาะในแวดวงนักวิชาชีพเท่านั้น แต่ควรให้ผู้ชมมีส่วนร่วมในการควบคุมด้วย⁹⁵

⁹⁵ ยุบล เบ็ญจรงค์กิจ. (2553). การศึกษาเพื่อจัดทำแผนการดำเนินงานการปฏิรูปสื่อ (รายงานผลการวิจัย). หน้า 14 - 15