



วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ถอดประกอบหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ
เพื่อใช้เป็นมาตรวัดการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน

ชื่อผู้แต่ง: วรพล มาลสุขุม

การอ้างอิงที่แนะนำ: วรพล มาลสุขุม, 'ถอดประกอบหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการ
สาธารณะเพื่อใช้เป็นมาตรวัดการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน' (2564) 4 วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 574.

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

**Baker
McKenzie.**



SAIJO DENKI



บริษัท ซัยโจ เด็นกิ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด สมาคมนิติศาสตร์ มธ.



ผู้สนับสนุนร่วม



โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ถอดประกอบหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
กับการบริหารจัดการสาธารณะเพื่อใช้เป็นมาตรวัดการบริหาร
จัดการน้ำแร่ร้อน*

Disassembling the Legal Principles Related to
Public Administration to be Applied as a Meter
for Hot Spring Management

วรพล มาลสุขุม[†]

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Voraphol Malsukhum

Lecturer, Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 13 สิงหาคม 2564; วันแก้ไขบทความ 9 ตุลาคม 2564; วันตอบรับบทความ 19 ตุลาคม 2564

บทคัดย่อ

การท่องเที่ยวเชิงสุขภาพเป็นอุตสาหกรรมกำลังเป็นที่นิยมและนำมาซึ่งมูลค่าในทางเศรษฐกิจของประเทศไทย น้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองเป็นแหล่งทรัพยากรที่มีคุณค่าและเอื้อต่อการท่องเที่ยว

* บทความนี้เป็นการนำเสนอเนื้อหาส่วนแรกของโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง ‘การศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนอง’ เสนอต่อ มูลนิธิเพื่อวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้า ในพระบรมราชูปถัมภ์ ในการนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณมูลนิธิเพื่อวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้าฯ ที่สนับสนุนโครงการศึกษาวิจัย ศาสตราจารย์ ดร. ศุภลักษณ์ พิณีจิวดล ที่ปรึกษาโครงการ นายทงศักดิ์ มหากุล นายสิริวิชญ์ ประดิษฐ์กุล นางสาวศศิวิมล ยอดสุทธิ และนางสาวภัทรนถน พิณีจิวดล ผู้ช่วยวิจัย ตลอดจนนายจตุพนัน ปิยมปุระ อดีตผู้ว่าราชการจังหวัดระนอง และ พ.อ.หญิง ผศ.ดร.พญ.ตั้งใจ สุวรรณกิตติ ที่สนับสนุนการประสานงานกับหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อให้การได้มาซึ่งข้อมูลที่จำเป็นต่อการวิจัย ตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องทุกท่าน.

[†] นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, Magister Juris and Doctor of Philosophy in Law, Corpus Christi College, University of Oxford.

เพราะอุดมไปด้วยแร่ธาตุที่สำคัญและมีประโยชน์ต่อร่างกาย ทำให้ได้รับการยกย่องให้เป็นน้ำแร่ร้อนที่มีคุณภาพดีติดอันดับโลก อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ อาทิ ประเทศเกาหลีใต้ พบว่าการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองยังมีโครงสร้างทางกฎหมายที่ไม่เหมาะสม อาทิ ปัญหาความไม่เพียงพอของเครื่องมือทางกฎหมายและองค์กรของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะในการบริหารจัดการ ความไม่ชัดเจนของขอบเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนการไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเนื่องมาจากการบริหารจัดการ ปัญหาเหล่านี้ อาจทำให้การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ คือ การนำแหล่งน้ำแร่ร้อนมาใช้เป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงสุขภาพเพื่อสร้างรายได้เข้าสู่รัฐเกิดข้อขัดข้อง จึงนำมาสู่การศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนอง เพื่อศึกษาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน โครงสร้างทางกฎหมายในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนอง ตลอดจนการพิจารณาว่าโครงสร้างทางกฎหมายเหล่านี้ตอบโจทย์หลักการกฎหมายได้ดีเพียงใด สามารถพัฒนาปรับปรุงได้อย่างไรบ้าง

บทความนี้นำเสนอผลการศึกษารายงาน ได้แก่ การถอดประกอบหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน ซึ่งจะใช้เป็นมาตรฐานว่าโครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนที่ดีพึงเป็นเช่นใด ไต่เรียงจากข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารจัดการสาธารณะ ความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารจัดการสาธารณะและกฎหมายปกครอง หลักการทางกฎหมายทั่วไปและหลักการทางกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ ตลอดจนแนวทางการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ

จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาความสัมพันธ์และการใช้หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนมีความปะปนและทับซ้อนกันเป็นกลุ่มก้อน จนไม่อาจกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนได้ แนวทางที่เกิดขึ้นในวงวิชาการ คือ การพยายามสร้างชุดคำอธิบายขึ้นอย่างหลากหลาย เพื่อรวบรวม จัดหมวดหมู่ หรือจัดระดับความสำคัญก่อนหลังในการคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ แทนที่จะใช้ชุดคำอธิบายทางวิชาการชุดใดชุดหนึ่ง หรือสร้างชุดคำอธิบายขึ้นใหม่ บทความนี้มุ่งนำเสนอแนวทางการพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวางโครงสร้างการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในลักษณะของรายการสิ่งของ (checklist) และพิจารณาว่าโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะสามารถตอบสนองรายการหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ได้ครบถ้วนและสมดุลหรือไม่

คำสำคัญ: การบริหารจัดการสาธารณะ, การจัดทำบริการสาธารณะ, การบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน, หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ, โครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะ

Abstract

Health tourism is of considerable value to the Thai economy, having become a popular industry during the past decade. The hot springs in Ranong province are particularly deemed to be a precious economic resource, since they contain various healthy minerals of high quality and are regarded as one of the best of their kind in the world. However, the legal framework for the management of these hot springs is considered to be inadequate compared to that of other countries in the region, such as South Korea, due to insufficient legal measures, expertise, authority, and coordination between state organs, and the ambiguous administration of the protection of individuals' rights and liberty. In this context, it fails to meet its proposed objective. Therefore, there is a need for a comparative study of the legal principles related to the public administration, the legal framework of hot springs management in South Korea and Ranong, and the efficiency of the two legal frameworks based on the studied legal principles.

This article represents the first part of the study, which involves disassembling the legal principles of hot spring management, including the general concept of public administration, the relationship between public administration and administrative law, the general and specific legal principles of public administration, as well as the relationship between them.

Since the studied principles overlap and the relationship between them appears to be mixed, conflicted, and indeterminate in nature, various legal scholars have attempted to create an academic concept to gather, categorise and prioritise them. Instead of choosing one of these concepts or creating a new one, it is proposed that this study should be based on considering whether the legal framework responds to all the relevant legal principles, and whether or not all the mechanisms in the framework are well-balanced in responding to those principles.

Keywords: Public Administration, Public Service, Hot Springs Management, Legal Principles Related to Public Administration, Legal Framework for Public Administration

บทนำ

การท่องเที่ยว นับเป็นอุตสาหกรรมที่มีอัตราการเจริญเติบโตอย่างก้าวกระโดด และสร้างรายได้แก่ระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญ¹ ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลจึงพยายามส่งเสริมสนับสนุนอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวในหลากหลายรูปแบบ โดยมีได้จำกัดอยู่เฉพาะเพียงแหล่งท่องเที่ยวในกรุงเทพมหานครหรือเมืองขนาดใหญ่เท่านั้น² จังหวัดระนองนับเป็นอีกหนึ่งจังหวัดที่มีการส่งเสริมการท่องเที่ยวอย่างเป็นรูปธรรม และถูกจัดอันดับโดยการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยให้เป็นหนึ่งในเส้นทางที่น่าท่องเที่ยว³ ซึ่งแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญของจังหวัดระนองอย่างหนึ่ง ได้แก่ แหล่งน้ำแร่ร้อน (hot spring) อันเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่กำลังเป็นที่นิยมอย่างมากในปัจจุบัน เนื่องจากแหล่งน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองอุดมไปด้วยแร่ธาตุที่มีประโยชน์ต่อร่างกาย และได้รับการยกย่องให้เป็นน้ำแร่ร้อนที่มีคุณภาพดีติดอันดับโลก จึงถูกพิจารณาในฐานะแหล่งท่องเที่ยวที่น่าจะก่อให้เกิดรายได้และการขยายการค้าการลงทุนต่อไปถึงอุตสาหกรรมท่องเที่ยวอื่น ๆ⁴

เมื่อน้ำแร่ร้อนและอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองมีศักยภาพที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อรายได้ของท้องถิ่น ตลอดจนจนระบบเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศสมควรที่จะได้รับการส่งเสริมสนับสนุนอย่างกว้างขวางขึ้น ก็ควรที่จะมีระบบการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งก็ต้องอาศัยความรู้ในศาสตร์ต่าง ๆ หลายแขนง ทั้งรัฐประศาสนศาสตร์ วิทยาศาสตร์ การแพทย์และสาธารณสุข เศรษฐศาสตร์ ตลอดจนการจัดการธุรกิจ⁵ ในกรณีนี้ กฎหมายก็ยังคงประกอบที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน

¹ ในปี พ.ศ. 2561 ที่ผ่านมา ประเทศไทยมีรายได้จากการท่องเที่ยวรวมกว่า 3.08 ล้านล้านบาท ซึ่งถือว่าเป็นประเทศที่มีรายได้จากการท่องเที่ยวสูงที่สุดเป็นอันดับ 4 ของโลก. โปรดดู BLT Bangkok, ‘ท่องเที่ยวไทยบูม รับนท. 38 ล้านคน กวาดรายได้เป็นอันดับ 4 ของโลก’ (BLT Bangkok, 6 กุมภาพันธ์ 2562) <<https://www.bltbangkok.com/poll/4619/>> สืบค้นเมื่อ 28 สิงหาคม 2563.

² แต่ยังคงแพร่หลายไปยังจังหวัดต่าง ๆ เพื่อให้เป็นไปตามแผนยุทธศาสตร์ชาติ ในการกระจายรายได้สู่จังหวัดท่องเที่ยวรอง เพื่อการพัฒนาอย่างมั่นคง มั่งคั่งและยั่งยืนของประเทศ ภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2561-2580 (5) ประเด็นการท่องเที่ยว.

³ MGR Online, “12 เมืองต้องห้าม...พลาด Plus” โฉมใหม่ เน้นท่องเที่ยวเชิงคุณภาพมากกว่าปริมาณ’ (MGR Online, 24 พฤศจิกายน 2560) <<https://mgronline.com/travel/detail/9600000118824>> สืบค้นเมื่อ 28 สิงหาคม 2563.

⁴ อนึ่ง จังหวัดระนองมีแหล่งน้ำแร่ร้อนที่สามารถลงแช่ตัวและเป็นสถานที่ท่องเที่ยวที่สำคัญ อาทิ แหล่งน้ำแร่ร้อนรักษาวาริน แหล่งน้ำแร่ร้อนพริ้ง แหล่งน้ำแร่ร้อนคลองบางริน. โปรดดู ปิ่น บุตรี, ‘เที่ยวสุขภาพดีที่ “ระนอง”...แช่น้ำแร่สุดฟิน กินเที่ยวเพลินใจ ไหว้เทพสุขภาพสุดอันซีน’ (MGR Online, 7 มกราคม (2561) <<https://mgronline.com/travel/detail/961000001846>> สืบค้นเมื่อ 28 สิงหาคม 2563.

⁵ โปรดดูเพิ่มเติมความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายกับศาสตร์อื่น ๆ อาทิ อุดมคติทางการเมือง (political ideology) การวิเคราะห์ทางเศรษฐกิจ (economic analysis) มนุษยวิทยา (anthropology) ซึ่งอาจถูกศึกษาในลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคม ใน Mauro Bussani and Ugo Mattei, *The Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge University Press 2012) 11-87; Annelise Riles, ‘Comparative Law and Socio-Legal Studies’ in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd edn, Oxford University Press 2019). อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์ในส่วนนี้ออกเหนือขอบเขตของบทความนี้ ซึ่งจะเน้นการศึกษากฎหมายในฐานะที่เป็นระเบียบแบบแผนความประพฤติมากกว่าข้อเท็จจริงในสังคม.

ซึ่งการดังกล่าวนับเป็นหนึ่งในการบริหารจัดการสาธารณะ (public administration) ที่รัฐสมัยใหม่พึงดำเนินการ อย่างไรก็ตาม ภายใต้งานที่สำรวจการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองและการสำรวจในเชิงเอกสาร ผู้เขียนพบปัญหาและอุปสรรคอันเป็นข้อจำกัดทางกฎหมายหลายประการ อาทิ ประการที่หนึ่ง ปัญหาความเพียงพอและชัดเจนของกลไกและเครื่องมือทางกฎหมายที่องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐจำเป็นต้องใช้ในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน

เนื่องจากการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนมีขั้นตอนที่ซับซ้อน ตั้งแต่การนิยามความเป็นน้ำแร่ร้อน การกำหนดนโยบายและแผนการพัฒนาแหล่งน้ำแร่ร้อน ระบบบริหารจัดการที่เกี่ยวข้องกับการค้นพบหรือขุดเจาะแหล่งน้ำแร่ร้อนใหม่ การวางหลักประกันการขุดเจาะ การอนุญาตให้ใช้น้ำแร่ร้อน การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับน้ำแร่ร้อน การกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้น้ำ การอนุรักษ์และควบคุมคุณภาพน้ำ ตลอดจนการรับรองสิทธิการใช้น้ำแร่ร้อนและการให้โอกาสเอกชนเข้าร่วมพัฒนาแหล่งน้ำแร่ร้อน ฯลฯ องค์กรของรัฐจึงจำเป็นต้องใช้เครื่องมือทางกฎหมายต่าง ๆ ในการดำเนินการขั้นตอนเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่า การกำหนดเครื่องมือทางกฎหมายเหล่านี้ยังมีความไม่ชัดเจนและกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ อาทิ การร่างกฎกระทรวงกำหนดกิจการอื่นในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ (ฉบับที่...) พ.ศ. เพื่อกำหนดให้ “กิจการน้ำพุเพื่อสุขภาพ” เป็นกิจการอย่างหนึ่งในคำนิยามของ “สถานประกอบการเพื่อสุขภาพ” ตามความในพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 เพื่อให้พระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนทั้งหมดในประเทศไทย⁶ การกำหนดเช่นนี้น่าจะก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากพระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ. 2559 มีเนื้อหาเกี่ยวกับการดำเนินการเกี่ยวกับสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ แต่ไม่ได้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนไว้โดยเฉพาะ จึงไม่ครอบคลุมถึงขั้นตอนการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนทั้งหมดดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น

ประการที่สอง การไม่มีองค์กรของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะและเป็นศูนย์กลางการประสานงานเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน

เนื่องจากการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนมีขั้นตอนที่ต้องดำเนินการจำนวนมาก และหลายขั้นตอนจำต้องอาศัยองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน อาทิ ความสามารถในทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์ และการสาธารณสุขเพื่อการตรวจคุณภาพน้ำแร่ร้อน การไม่มีองค์กรของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะเช่นนี้ น่าจะทำให้การตัดสินใจในเชิงนโยบายและการดำเนินการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนมีความขัดข้องเกิดขึ้นได้ง่าย⁷

⁶ ตลอดจนร่างกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ได้แก่ ร่างกฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานด้านสถานที่ ความปลอดภัย และการให้บริการในสถานประกอบการเพื่อสุขภาพประเภทกิจการน้ำพุเพื่อสุขภาพ พ.ศ. และร่างกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียม และการชำระค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับประกอบกิจการน้ำพุเพื่อสุขภาพ พ.ศ.

⁷ ผู้เขียนพบว่าจังหวัดระนองต้องทำหนังสือประสานขอความช่วยเหลือจากศูนย์วิทยาศาสตร์การแพทย์ที่ 11 จังหวัดสุราษฎร์ธานี ให้เป็นผู้ดำเนินการตรวจคุณภาพน้ำในแหล่งน้ำแร่ร้อน ซึ่งการที่ศูนย์วิทยาศาสตร์การแพทย์ที่ 11 จังหวัดสุราษฎร์ธานี มีไขหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการตรวจคุณภาพน้ำแร่ร้อนโดยตรง ก็ทำให้การดำเนินการอาจไม่รวดเร็วและทันทั่วถึง เนื่องจากติดปัญหาด้านเครื่องมืออุปกรณ์ ความเชี่ยวชาญ อัตราค่าจ้าง และงบประมาณ ตลอดจนสถานะของการดำเนินการก็เป็นเพียงการขอความร่วมมือเท่านั้น

ประการที่สาม การจัดสรรอำนาจหน้าที่ระหว่างราชการส่วนกลาง ภูมิภาคและท้องถิ่นในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนมีความไม่ชัดเจน

ปัญหาการจัดองค์กรของรัฐเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนยังมีข้อพิจารณาในการวางโครงสร้างอำนาจหน้าที่ระหว่างหน่วยงานราชการส่วนกลาง ภูมิภาคและท้องถิ่นอีกด้วย ทั้งนี้ ผู้เขียนพบว่า การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่บริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในปัจจุบัน เป็นการกำหนดให้อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจองค์กรในพื้นที่ที่มีแหล่งน้ำแร่ร้อนตั้งอยู่ อาทิ แหล่งน้ำแร่ร้อนรักษะวารินซึ่งอยู่ภายใต้การดำเนินงานของเทศบาลเมืองระนอง ก็ถูกบริหารจัดการภายใต้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาลเมืองระนอง จังหวัดระนอง พ.ศ. 2479 ในขณะที่กฎหมายที่ใช้ในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนพริ้ง ซึ่งเป็นแหล่งน้ำแร่ร้อนที่ตั้งอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติน้ำตกหงาว ได้แก่ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 โครงสร้างทางกฎหมายเช่นนี้ย่อมทำให้การบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองมีความไม่เป็นเอกภาพ กล่าวคือ การบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนอยู่ในลักษณะ ‘ต่างคนต่างทำ’ การดำเนินการร่วมกันอาศัยการ ‘ขอความร่วมมือ’ มากกว่ากลไกที่ชัดเจนทางกฎหมาย

ประการที่สี่ ความไม่ชัดเจนระหว่างขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐทำให้เกิดการบริหารทรัพยากรบุคคลและงบประมาณที่ไม่มีประสิทธิภาพ

การที่รัฐจะสร้างรายได้จากการเปิดบริการน้ำแร่ร้อนเป็นแหล่งท่องเที่ยว นั้น จำต้องมีการลงทุนทั้งในด้านสถานที่และบุคลากร อาทิ การปรับปรุงสถานที่ให้บริการและทัศนียภาพโดยรอบแหล่งน้ำแร่ร้อน หรือการจ้างพนักงานเพื่อให้บริการ รักษาความสะอาด และดูแลความปลอดภัยแก่ผู้เข้ามาใช้บริการ เพื่อให้สามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวและแข่งขันในทางธุรกิจได้ ซึ่งหากไม่มีนโยบายและแผนการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนแหล่งใดแหล่งหนึ่ง หรือแผนพัฒนาร่วมกันสำหรับน้ำแร่ร้อนต่าง ๆ ในจังหวัดระนอง ก็อาจทำให้เกิดการลงทุนที่ ‘ได้ไม่คุ้มเสีย’ เนื่องจากอาจได้รายได้กลับมาน้อยกว่างบประมาณที่ภาครัฐลงทุนไป

ประการที่ห้า การไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาว่า การใช้อำนาจในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากจนเกินไปหรือไม่

ข้อพิจารณาสำคัญประการหนึ่งในการบริหารจัดการสาธารณะใด ๆ คือ แม้จะประสงค์ให้มีบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ก็ต้องเป็นไปโดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรด้วย การบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนก็เช่นกัน อาทิ แผนในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนเพื่อให้ก่อให้เกิดรายได้และการพัฒนาอุตสาหกรรมท่องเที่ยว น่าจะรวมถึงการลงทุนปรับปรุงสถานที่และทัศนียภาพโดยรอบ และการจ้างบุคลากรเพื่อให้การบริการเพิ่มเติมด้วย และเมื่อลงทุนเช่นนี้แล้ว รัฐก็ควรหวังรายได้ที่มากขึ้นจากการเก็บค่าบริการการใช้ น้ำแร่ร้อนจากนักท่องเที่ยวทั้งชาวไทยและต่างชาติ อย่างไรก็ตาม การเก็บค่าบริการการใช้ น้ำแร่ร้อนนี้ก็อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน โดยเฉพาะประชาชนที่ใช้น้ำแร่ร้อนในชีวิตประจำวันอยู่แล้วก่อนที่จะมีการลงทุน จึงมีประเด็นน่าพิจารณาว่าจะขัดต่อสิทธิในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติของบุคคลและ



ชุมชนตั้งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายต่าง ๆ รับรองไว้หรือไม่⁸ ทั้งนี้ แม้ว่าพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 จะมีการบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลในการใช้น้ำไว้ว่า ‘บุคคลมีสิทธิใช้หรือเก็บกักน้ำได้เท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ในกิจกรรมหรือในที่ดินของตน’⁹ แต่ก็เป็นการใช้สิทธิไว้ถึงการใช้น้ำในภาพรวม¹⁰ ไม่ได้บัญญัติถึงการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน โดยเฉพาะเจาะจง

ประการที่หก ความไม่ชัดเจนในหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการน้ำแร่ร้อนของเอกชน

จากความซับซ้อนและหลากหลายของการบริหารจัดการกิจการสาธารณะในปัจจุบัน ส่งผลให้การดำเนินการมิได้จำกัดอยู่เพียงแต่โดยเป็นหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่ยังเปิดโอกาสให้เอกชนสามารถเข้าร่วมในรูปแบบต่าง ๆ ได้ อาทิ การนำภารกิจของรัฐที่จะต้องจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคบางอย่างไปให้เอกชนดำเนินการ โดยที่เอกชนสามารถเก็บค่าตอบแทนจากผู้ใช้บริการได้ หรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการลงทุนสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ ทั้งหมดนี้ล้วนเป็นเครื่องมือที่น่าพิจารณาเพื่อก่อให้เกิดการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากเอกชนมักมีความเชี่ยวชาญในการประกอบกิจการค้า เพราะต้องพิจารณาถึงทั้งเงินลงทุนและผลตอบแทนอยู่เสมอ แต่ในขณะเดียวกัน รัฐก็ต้องควบคุมตรวจสอบการประกอบกิจการของเอกชน เพื่อมิให้เกิดการเอื้อประโยชน์ต่อเอกชนรายใดรายหนึ่ง การกำหนดอัตราค่าใช้บริการที่สูงจนเกินไป การนำทรัพยากรธรรมชาติไปใช้อย่างสิ้นเปลืองหรือก่อให้เกิดปัญหาต่อสิ่งแวดล้อมด้วย ซึ่งการประกอบกิจการน้ำแร่ร้อนของเอกชนในปัจจุบันยังไม่มีความชัดเจนในประเด็นเหล่านี้ และกระบวนการหลายขั้นตอน อาทิ การอนุญาตให้เอกชนขุดเจาะแหล่งน้ำแร่ร้อนใหม่ หรือการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมยังถูกบังคับใช้ตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 อยู่

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การขาดโครงสร้างทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนอย่างมีประสิทธิภาพในจังหวัดระนองและในประเทศไทย ทำให้นโยบายและแผนยุทธศาสตร์ในการเพิ่มศักยภาพการเป็นแหล่งท่องเที่ยวระดับโลกของแหล่งน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองเป็นไปอย่างมีข้อจำกัด¹¹ ทั้งนี้ เบื้องต้นพบว่าโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองนี้

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43.

⁹ พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาตรา 7.

¹⁰ พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาตรา 4.

¹¹ ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า ‘โครงสร้างทางกฎหมาย’ (legal framework) เนื่องจากเห็นว่ามีความครอบคลุมถึงเนื้อหาที่ผู้เขียนต้องการวิเคราะห์ กล่าวคือ หมายรวมถึงบ่อเกิดกฎหมาย องค์การของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการ เครื่องมือทางกฎหมาย สภาพบังคับของการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนด การมีส่วนร่วมและรับรองสิทธิของเอกชน ฯลฯ ทั้งนี้ การใช้คำว่า legal framework ในความหมายข้างต้นนี้ปรากฏในวงวิชาการกฎหมายปกครองอยู่แล้ว อาทิ การที่ Peter Cane อธิบายว่า ‘Administrative law provides a framework for public administration’ ซึ่งแปลได้ใจความว่า ‘กฎหมายปกครอง [เป็นกฎหมายที่] วางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะ’ อันกินความถึงทั้งโครงสร้างองค์กรผู้ใช้อำนาจ (institutional framework) อำนาจหน้าที่ (functions, powers and duties) และความชอบธรรมในการบริหารจัดการสาธารณะ (accountability). โปรดดู Peter Cane, *Administrative Law* (5th edn, Oxford University Press 2011) 11-14.

มีความแตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศอยู่ไม่น้อย อาทิ ประเทศเกาหลีได้มีการตราพระราชบัญญัติ น้ำแร่ร้อน (Hot Spring Act) พร้อมด้วยข้อกำหนดเพื่อการบังคับใช้รัฐบัญญัติน้ำแร่ร้อน ออกตามคำสั่ง ประธานาธิบดี (Enforcement Decree of the Hot Spring Act) ขึ้นเพื่อใช้บังคับกับการบริหารจัดการ น้ำแร่ร้อนโดยเฉพาะ แม้ว่าผู้เขียนจะยังมิได้สรุปว่าประเทศไทยควรตรากฎหมายเฉพาะเพื่อใช้ในการ บริหารจัดการน้ำแร่ร้อน แต่การนี้ย่อมทำให้เห็นในเบื้องต้นว่าประเทศเกาหลีได้มีการกำหนด เครื่องมือทางกฎหมายที่จำเป็นต่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนไว้อย่างละเอียด อาทิ การนิยามความเป็น น้ำแร่ร้อน องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการ การกำหนดแผนเพื่อพัฒนาแหล่งน้ำแร่ร้อนและ พื้นที่แอ่งน้ำแร่ร้อนคุ้มครอง การจดทะเบียนสถานบ่อน้ำแร่ร้อนเพื่อตรวจสอบน้ำแร่ร้อน การกำหนด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานที่พักตากอากาศน้ำแร่ร้อน เขตเมืองน้ำแร่ร้อน การขุดเจาะและการรายงาน การค้นพบน้ำแร่ร้อน ผู้มีสิทธิใช้น้ำแร่ร้อนโดยชอบธรรม การตรวจสอบมาตรฐานคุณภาพน้ำ การสงวน ทรัพยากรน้ำแร่ร้อน การจัดตั้งสมาคมน้ำแร่ร้อน อัตราค่าธรรมเนียมการใช้น้ำ บลทงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน ฯลฯ¹² โครงสร้างทางกฎหมายข้างต้นน่าจะเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ส่งผลต่อเกิดประสิทธิภาพ ในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน ตลอดจนการพัฒนาการท่องเที่ยวที่เกี่ยวเนื่องกับน้ำแร่ร้อนในประเทศ เกาหลีได้ไม่มากนัก¹³

จากเหตุผลทั้งหมดดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ผู้เขียนจึงทำได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้าง ทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนองขึ้น โดยตั้งคำถามหลักในการศึกษาไว้ว่า หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ ซึ่งจะใช้เป็นมาตรวัดโครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนที่ดีพึงเป็นเช่นใด¹⁴

¹² โปรดดู รัฐบัญญัติน้ำแร่ร้อน มาตรา 2, 3, 3-2, 5, 7, 9, 9-2, 10-3, 12, 12-2, 13, 14, 16, 19, 21, 23, 24, 27, 31, 32-37.

¹³ Korea Tourism Organization, 'Winter in Warmth at Hot Springs & Spas' (Korea Tourism Organization, 12 November 2019) <https://english.visitkorea.or.kr/enu/ATR/SI_EN_3_6.jsp?cid=2640311> accessed 28 August 2020.

¹⁴ อนึ่ง คำว่า 'หลักการทางกฎหมาย' (legal principle) ไม่ได้ถูกให้ความหมายไว้ในฐานะคำศัพท์เทคนิคทางกฎหมาย. โปรดดู Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (11th edn, Thomson Reuters 2019); Elizabeth A. Martin, *A Dictionary of Law* (5th edn, Oxford University Press 2003); W.J. Stewart and Robert Burgess, *Collins Dictionary Law* (2nd, HarperCollins Pub Ltd 2001); Steven H. Gifis, *Dictionary of Legal Terms* (3rd edn, Barron's Educational Series 1998). อย่างไรก็ตาม ในบริบทของกฎหมายปกครองนั้น ถูกอธิบายในฐานะองค์ประกอบที่สำคัญของกฎหมายปกครอง ประการหนึ่ง ได้แก่ 'principles governing the acts of public agents when those acts conflict with private rights' ซึ่งแปลได้ใจความว่า 'หลักการที่ควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการกระทำนั้นขัดต่อสิทธิ ของปัจเจกชน' (Bryan A. Garner 51) ในทำนองเดียวกัน Peter Cane ก็อธิบาย 'หลักการทั่วไปทางกฎหมายปกครอง' (general principles of administrative law) ไว้ว่าหมายถึง 'a set of rules and principles about how government should perform its tasks' ซึ่งแปลได้ใจความว่า 'ชุดของกฎเกณฑ์หรือหลักการที่เกี่ยวข้องกับคำถามที่ว่า การปฏิบัติภารกิจ ของฝ่ายปกครองควรเป็นเช่นใด' (Peter Cane (n 11) 10) ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเลือกใช้คำว่า 'หลักการทางกฎหมาย' ตามนัยข้างต้น ในบทความนี้ กล่าวคือให้หมายถึง 'หลักการที่อยู่เบื้องหลังและคอยกำกับกับการดำเนินการบริหารจัดการสาธารณะของฝ่ายปกครอง' นั่นเอง.

โครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้¹⁵ และในจังหวัดระนอง¹⁶ เป็นอย่างไร มีข้อเหมือนและแตกต่างกันประการใดบ้าง และที่สำคัญที่สุด คือ โครงสร้างทางกฎหมายทั้งสองสามารถตอบโจทย์หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องอันเป็นมาตรฐานที่วิเคราะห์ไว้ได้ดีเพียงใดสมควรได้รับการพัฒนาปรับปรุงอย่างไรบ้าง

ในการนี้ เพื่อการตอบคำถามข้างต้นอย่างเป็นระบบระเบียบ ตลอดจนความครบถ้วนในรายละเอียดของการนำเสนอผลการศึกษา ผู้เขียนจึงได้แบ่งเนื้อหาของการศึกษาวิจัยออกเป็น 2 ส่วน และนำเสนอเป็นบทความวิจัย 2 ชิ้น ได้แก่ บทความวิจัยที่นำเสนอผลการศึกษารายแรก ได้แก่ การวิเคราะห์หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ เพื่อสร้างมาตรฐานในการพิจารณาโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน อันได้แก่บทความที่อยู่ในมือของผู้่านนี้ และบทความวิจัยที่นำเสนอผลการศึกษารายหลัง ได้แก่ การสำรวจและวิเคราะห์โครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนอง ซึ่งผู้เขียนจะได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในโอกาสต่อไป¹⁷

¹⁵ ในเชิงระบบกฎหมายที่เลือกมานั้น แม้ว่าจะมีประเทศที่มีชื่อเสียงในด้านการใช้น้ำแร่ร้อนเป็นแหล่งท่องเที่ยวมากมาย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบปัญหาในการศึกษาโครงสร้างทางกฎหมายในประเทศเหล่านั้น เนื่องจากประเทศเหล่านั้นมีโครงสร้างทางกฎหมายที่มีความแตกต่างกับกฎหมายไทยอย่างมาก อาทิ ระบบกฎหมายจีนมีองค์ประกอบในทางกฎหมายปกครองที่มีความเฉพาะเจาะจงทั้งที่เกี่ยวกับรูปแบบการกระทำทางปกครอง (ซึ่งเรียกว่า xingzheng xingwei) ผู้กระทำการในระบบกฎหมายปกครอง (ซึ่งเรียกว่า zhuti) กฎหมายนิติบัญญัติในทางปกครอง ความรับผิดชอบทางปกครอง ฯลฯ โปรดดู Albert Hy Chen, 'The Chinese Tradition' in Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (Oxford University Press 2020). เช่นเดียวกัน ประเทศญี่ปุ่นก็มีนิติวิธีที่เป็นเอกลักษณ์อย่างการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้กับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน นอกจากนี้ ผู้เขียนยังพบปัญหาในการเข้าถึงเอกสาร เนื่องจากเอกสารทางการในประเทศญี่ปุ่นและประเทศจีนส่วนมากไม่ได้ถูกแปลเป็นภาษาอังกฤษอีกด้วย ดังนั้น จึงอาจมีหน่วยงานเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อวัตถุประสงค์ของการศึกษานี้

ในทางกลับกัน อุตสาหกรรมน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้กำลังได้รับความนิยมและถูกพัฒนาอย่างมาก จึงถือว่าอยู่ในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกับประเทศไทย แต่ 'นำหน้าไปก่อนหนึ่งก้าว' นอกจากนี้ ประเทศเกาหลีใต้ยังใช้ระบบซิวลลอร์และมีความเป็นรัฐเดี่ยวเช่นเดียวกับประเทศไทย ทั้งเอกสารทางการโดยเฉพาะกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรองที่ใช้ในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนก็ยังสามารถเข้าถึงเป็นภาษาอังกฤษได้อีกด้วย.

¹⁶ การศึกษาครั้งนี้กำหนดขอบเขตไว้ที่การบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนอง เนื่องจากเห็นว่าสามารถใช้เป็นตัวอย่างความไม่เป็นเอกภาพของการบริหารจัดการสาธารณะขององค์กรของรัฐต่าง ๆ แม้ในพื้นที่จังหวัดเดียวกัน ซึ่งสะท้อนถึงปัญหาในเชิงโครงสร้างทางกฎหมายได้ดี อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ใช้บังคับกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนองนั้นแท้จริงแล้วใช้บังคับกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในพื้นที่อื่น ๆ ของประเทศไทยด้วย ดังนั้น ประโยชน์ของการศึกษาจึงจะส่งผลถึงการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนทั่วประเทศด้วย.

¹⁷ อนึ่ง การศึกษาชิ้นนี้เป็นการศึกษาในสาขากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ เพราะเป็นการวิเคราะห์หลักการทางกฎหมายซึ่งอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจบริหารจัดการสาธารณะของรัฐกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อการออกแบบโครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการสาธารณะอย่างเหมาะสมในประเทศต่าง ๆ ซึ่งประกอบไปด้วยการวิเคราะห์องค์ประกอบหลายประการร่วมกัน ได้แก่ องค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้อง อำนาจหน้าที่ กระบวนการ ความเชี่ยวชาญ ในการตอบสนองวัตถุประสงค์ของสังคมส่วนรวม การควบคุมความชอบธรรมของการบริหารจัดการ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารจัดการ ฯลฯ โปรดดูขอบเขตเนื้อหาในสาขากฎหมายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบเพิ่มเติมใน John Bell, 'Comparative Administrative Law' in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (n 5); Francesca Bignami, 'Comparative Administrative Law' in Mauro Bussani and Ugo Mattei (n 5)

สำหรับการศึกษาหลักการทางกฎหมายเพื่อสร้าง ‘มาตรวัด’ อันจะใช้ในการพิจารณาว่า โครงสร้างการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนที่ดีพึงเป็นเช่นไรนั้น ผู้เขียนพบว่าหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะถูกอธิบายไว้จำนวนมาก ทั้งหลักการทั่วไปและหลักการเฉพาะสำหรับกิจการสาธารณะแต่ละประเภท และหลักการทางกฎหมายเหล่านี้มักมีเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญหรือสิ่งที่เรียกร่องที่แตกต่างหลากหลายและขัดกันในบางครั้ง¹⁸ การนี้นำมาสู่ประเด็นปัญหาว่าการวางโครงสร้างการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในความเป็นจริงจะต้องคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายใดก่อนหรือหลัง กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมีความไม่ชัดเจนและไม่สามารถหาข้อสรุปมาตรวัดในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการได้

การนี้อุปมาอุปไมยโครงสร้างการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนด้วยการสร้างรถยนต์ ที่ซึ่งระบบและกลไกต่าง ๆ พึงถูกออกแบบภายใต้ ‘หลักวิศวกรรมยานยนต์’ (automobile engineering) อาทิ การออกแบบกลไกของรถให้ตอบสนองประสิทธิภาพการขับขี่ (performance) มีความทนทาน (durability) ในขณะเดียวกัน ก็ต้องคำนึงถึงความปลอดภัย (safety) และสวดกสบาย (NVH Engineering : noise, vibration, and harshness) ของผู้โดยสาร ตลอดจนความสามารถในการประหยัดพลังงานและการลดมลพิษที่จะปล่อยออกสู่สิ่งแวดล้อม (fuel economy and emissions) นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงของการใช้รถที่ออกแบบด้วย หลักการเหล่านี้มีความเป็นนามธรรมไม่สามารถจับต้องได้ แต่ล้วนเป็นต้นตอของการออกแบบกลไกต่าง ๆ ของรถยนต์ทั้งสิ้น ในลักษณะเดียวกัน หลักการทางกฎหมายก็เป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลังการวางโครงสร้างและคอยกำกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในระบบกฎหมายต่าง ๆ นั้นเอง¹⁹

บทความนี้จะทำการ ‘ถอดประกอบชิ้นส่วน’ (disassembling) เพื่อให้เกิดความเข้าใจหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนอย่างชัดเจนมากขึ้น ไล่เรียงตั้งแต่ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการบริหารจัดการสาธารณะ (หัวข้อที่ 1) หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ (หัวข้อที่ 2) ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ (หัวข้อที่ 3) แนวทางพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวางโครงสร้างการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน (หัวข้อที่ 4) และบทสรุปส่งท้าย (หัวข้อที่ 5)

ทั้งนี้ เป็นการศึกษาจากหลักฐานทางเอกสารเป็นหลัก เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าเป็นการศึกษา ‘โครงสร้างที่เป็นทางการ’ ซึ่งองค์กรของรัฐต้องบังคับใช้ในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน ดังนั้น จึงเป็นขอบเขตที่ควรจะถูกศึกษาเป็นอันดับแรก ก่อนที่จะศึกษาลงไปในรายละเอียดของการบังคับใช้กฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติจากปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ อาทิ วัฒนธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารและการบังคับใช้กฎหมาย ฯลฯ ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรศึกษาเช่นกันเพื่อให้เกิดการพิจารณาอย่างรอบด้านสูงสุด ดังที่ Colin Scott อธิบายความสำคัญของการบังคับใช้กฎหมายโดยพิจารณานโยบายสาธารณะจากทั้งปัจจัยทางปฏิบัติและวิชาการไว้. โปรดดู Colin Scott, ‘Implementation: Facilitating and Overseeing Public Services at Street Level’ in Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth (n 15) 595. แต่ประการนี้พึงเป็นขอบเขตของการศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมในอนาคต มิใช่ขอบเขตของบทความนี้.

¹⁸ ดังจะได้แจกแจงและวิเคราะห์โดยละเอียดตลอดบทความนี้.

¹⁹ โปรดดูคำอธิบายเกี่ยวกับการใช้คำว่า ‘หลักการทางกฎหมาย’ ในเชิงอรรถที่ 14.

1. ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการบริหารจัดการสาธารณะ

การจะพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนนั้น จำเป็นต้องบ่งชี้ถึง ‘ความเป็นการบริหารจัดการสาธารณะ’ ของการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนเสียก่อน ในหัวข้อนี้ จึงจะแจกแจงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารจัดการสาธารณะโดยสังเขป เพื่อให้พอได้เห็นที่มาที่ไปและธรรมชาติของการบริหารจัดการสาธารณะที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ อันจะเชื่อมโยงถึงความเข้าใจในหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ทั้งที่เกี่ยวกับการให้อำนาจหน้าที่หน่วยงานของรัฐเพื่อบริหารจัดการสาธารณะและการควบคุมการบริหารจัดการสาธารณะต่อไป

1.1 ความเป็นมาของการบริหารจัดการสาธารณะ

เฉกเช่นเดียวกับบรรทัดฐานใด ๆ ของสังคม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการให้อำนาจรัฐกระทำการหรือการควบคุมการกระทำเหล่านั้น ล้วนเกิดขึ้นจากสภาพความเป็นจริงในสังคมมนุษย์ทั้งสิ้น ดังนั้น ไม่ว่าจะถูกเรียกชื่อหรือจัดระบบทางวิชาการเช่นใด²⁰ การบริหารจัดการสาธารณะก็มีลักษณะความเป็นมาที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นจำนวนมาก สังคมก็ต้องมีการจัดตั้งระบบส่วนกลาง (public utility) ซึ่งประชาชนในสังคมสามารถใช้ประโยชน์ร่วมกันได้²¹ ทั้งนี้ ระบบส่วนกลางต่าง ๆ ในสังคมมนุษย์ในอดีตยังมีความไม่สลับซับซ้อนมากนัก โดยเป็นเพียงความต้องการพื้นฐานของมนุษย์อย่างความปลอดภัยหรือการติดต่อสื่อสาร เช่น กิจการตำรวจ การจัดเวรยามและป้อมปราการ การส่งสาส์นและข้อความ ถนนหนทางและสะพานเท่านั้น²² การนี้ทำให้รัฐมีหน้าที่จะต้องเข้าไปวางโครงสร้างและจัดสรรให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินกิจการสาธารณะในด้านต่าง ๆ ทั้งการจัดให้มีบริการของส่วนรวม (provide) การอนุญาตให้ปัจเจกชนรายใดรายหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันอาจส่งผลกระทบต่อส่วนรวม (permit) การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ดำเนินกิจการที่ส่งผลกระทบต่อส่วนรวม (authorize) ตลอดจนการควบคุมการใช้อำนาจเหล่านั้น (control) กล่าวคือ รัฐต่าง ๆ ล้วนแต่มีหน้าที่ในการจัดสรรการ ‘บริหารจัดการ’ (administrate) กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ การบริหารจัดการสาธารณะ (public administration) จึงเกิดขึ้น²³

²⁰ อาทิ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจัดระบบการบริหารจัดการสาธารณะภายใต้แนวคิดที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง เรียกว่า “การจัดทำบริการสาธารณะ” (public service) ซึ่งจะได้อภิปรายรายละเอียดด้านล่างต่อไป.

²¹ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law* (2nd edn, Oxford University Press 2008) 169.

²² เช่น กิจการที่ถูกพิจารณาให้เป็น Utilitas Publica ในยุคโรมัน หรือระบบไปรษณีย์และรถม้านำสาส์นในฝรั่งเศส ยุคพระเจ้าหลุยส์ที่ 11. โปรตดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2560) 20.

²³ คำว่า ‘การบริหารจัดการสาธารณะ’ (public administration) เป็นคำศัพท์ทั่วไปอันเกิดจากคำว่า ‘การบริหารจัดการ’ (administration) รวมกับคำว่า ‘สาธารณะ’ (public) ทั้งนี้ ไม่ปรากฏการให้คำนิยามในฐานะคำศัพท์เทคนิคไว้ในสารานุกรมกฎหมายและรัฐประศาสนศาสตร์. โปรตดู David Schultz, *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy* (Facts on File 2004); Peter Cane and Joanne Conaghan, *The New Oxford Companion to Law* (Oxford University Press 2008).

อย่างไรก็ดี การที่สังคมมนุษย์มีขนาดใหญ่และสลับซับซ้อนมากขึ้น ย่อมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของระบบส่วนกลางพื้นฐานเหล่านี้ ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอปัจจัยสำคัญ 3 ประการ ซึ่งก่อให้เกิดผลดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การก้าวกระโดดของพัฒนาการความสลับซับซ้อนของสังคมอันเป็นผลมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมในช่วง ค.ศ. 1760 ถึง ค.ศ. 1850 ซึ่งเปลี่ยนรูปแบบการผลิตสินค้าจากเดิมที่เป็นการผลิตด้วยมือมาเป็นการผลิตโดยเครื่องจักร การนี้ทำให้เกิดกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมในมิติที่หลากหลายขึ้น ทั้งในด้านแรงงาน สวัสดิการ ความปลอดภัยของเครื่องจักร การขนส่งสินค้าและส่งออกที่มีปริมาณมากขึ้น ฯลฯ²⁴

ประการที่สอง สภาพสังคมในโลกตะวันตกยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมนี้มีบรรยากาศของการเรียกร้องการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนสูง²⁵ สภาพการณ์เช่นนี้ส่งผลต่อสภาพของกิจกรรมต่าง ๆ ที่รัฐเคยเป็นผู้ผูกขาดกระทำการทั้งหมด ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นกิจกรรมที่มีการดำเนินการอันส่งผลกระทบต่อคนส่วนมากในสังคม เปลี่ยนมาเป็นการดำเนินการโดยเอกชนมากขึ้น อาทิ การที่ปัจเจกชนเป็นเจ้าของโรงงาน กิจการห้างร้าน กิจการธนาคารหรือการเป็นเจ้าของตลาด ฯลฯ

ประการที่สาม นอกจากกระแสธารของประชาธิปไตยในภาคพื้นทวีปยุโรปจะทำให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการดำเนินการต่าง ๆ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมมากขึ้นแล้ว ยังนำมาซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับการที่รัฐต้องเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินการของเอกชนเหล่านั้น ตลอดจนการพิจารณาความเป็นรัฐในฐานะผู้มีหน้าที่ต้องสร้างสวัสดิการให้แก่ประชาชนมากขึ้นด้วย²⁶

การที่สังคมในประเทศภาคพื้นยุโรปเจริญเติบโตไปในสภาพการณ์เช่นนี้ย่อมส่งผลให้รัฐต้องดำเนินกิจกรรมสาธารณะต่าง ๆ มากมายและหลากหลายกว่าสังคมในอดีต ทั้งกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับพลังงานไฟฟ้าและก๊าซ การวางผังเมือง การจัดสรรที่อยู่อาศัย การเก็บขยะ การจัดสรรระบบสวัสดิการ การสาธารณสุข การคมนาคม การออกใบอนุญาตขับขี่ การธนาคาร การเดินทางเข้าออกประเทศ ฯลฯ ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นกิจกรรมที่พึงต้องอยู่ภายใต้การบริหารจัดการสาธารณะทั้งสิ้น เพราะเป็นกิจกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับสังคมและประชาชนในวงกว้าง กล่าวคือ เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคมนั่นเอง

สภาพการเติบโตของกิจกรรมสาธารณะที่มีปริมาณและความหลากหลายมากขึ้นเช่นนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ แม้จะมีรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกันไปตามบริบทของสังคมนั้น ๆ ประกอบเข้ามามีด้วยก็ตาม อาทิ ในประเทศอังกฤษ ช่วงทศวรรษที่ 1830s – 1850s มีการขยายตัวของหน้าที่ของรัฐบาลกลางในการบริหารจัดการกิจการที่สำคัญ 4 อย่าง ได้แก่ กิจการโรงงาน (factories) กิจการเกี่ยวกับการคุ้มครองคนยากจน (poor) กิจการรางรถไฟ (railway) และกิจการสาธารณสุข

²⁴ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560) 83-84.

²⁵ เพิ่งอ้าง 47-84.

²⁶ เพิ่งอ้าง 85-110.



(public health) ซึ่งหน้าที่ในกิจการทั้งหมดนี้ล้วนแล้วแต่เป็นผลมาจากการขยายตัวของสังคมในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรมทั้งสิ้น²⁷ หลังจากนั้น ในช่วงทศวรรษที่ 1910s รัฐบาลของนายกรัฐมนตรีนี Henry Asquith ได้ผ่านร่างกฎหมายออกมาบังคับใช้หลายฉบับ อาทิ กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูประบบสวัสดิการ ระบบบำนาญบำนาญ ระบบประกันแห่งชาติ ระบบการศึกษา การคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้แรงงาน ฯลฯ²⁸ และในช่วงทศวรรษที่ 1920s – 1930s ก็เป็นช่วงที่ได้รับการศึกษาวิพากษ์วิจารณ์จากนักประวัติศาสตร์ว่ามีการขยายตัวของอำนาจของรัฐบาลกลางตลอดจนการขบคิดถึงการใช้อำนาจเหล่านั้นอย่างเหมาะสมมากที่สุดช่วงหนึ่ง²⁹ นอกจากนี้ ในช่วงทศวรรษที่ 1980s ยังมีการขยายตัวของกิจกรรมสาธารณะไปอีกระดับ ได้แก่ ความพยายามในการปฏิรูปการปกครองและสถาบันต่าง ๆ ของชาติ โดยเฉพาะในยุครัฐบาลของนายกรัฐมนตรี Margaret Thatcher ได้มีการปฏิรูปรัฐวิสาหกิจหลายกิจการไปเป็นของเอกชน อาทิ อุตสาหกรรมแก๊สและไฟฟ้า กิจการอสังหาริมทรัพย์ กิจการการเงิน หรือการให้สัมปทานกิจการสาธารณะบางส่วนไปให้เอกชนดำเนินการแทน โดยหวังให้เกิดการดำเนินการที่คล่องตัวและสามารถแข่งขันในภาคธุรกิจได้³⁰

อนึ่ง แนวความคิดเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการ (welfare state) ก็เป็นปัจจัยสำคัญอีกอย่างของการเจริญเติบโตของกิจกรรมสาธารณะในประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 1911 มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกันแห่งชาติ (National Insurance Act) เพื่อเสริมการคุ้มครองและควบคุมกิจกรรมสาธารณะที่อยู่ภายใต้กฎหมายต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน (Factory Act) พระราชบัญญัติสาธารณสุขแห่งชาติ (Public Health Act) และกฎหมายนิติบัญญัติเกี่ยวกับระบบรถไฟ (railway legislation) และนอกจากการขยายตัวของอำนาจของรัฐบาลส่วนกลางแล้ว ก็ยังมีการขยายการดำเนินการในกิจการบางอย่างสู่รัฐบาลท้องถิ่นด้วย³¹

สำหรับประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น สภาพการณ์เติบโตของกิจกรรมสาธารณะยิ่งเห็นได้อย่างชัดเจน เนื่องจากประเทศเหล่านี้ต้องก่อร่างสร้างประเทศขึ้นใหม่และมีกิจการส่วนรวมต่าง ๆ ที่ต้องดำเนินการมากมาย ในประเทศออสเตรเลีย กิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกัวิถีชีวิตของคนในสังคม ในช่วงต้นก็มีการดำเนินการและริเริ่มโดยรัฐทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นระบบการคมนาคม การศึกษา ระบบเงินได้ และการจัดสรรที่ดิน³² ในทำนองเดียวกัน การก่อร่างสร้างรัฐและการปกครองขึ้นใหม่ของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็พุ่งมาด้วยภารกิจในการบริหารจัดการสาธารณะมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงทศวรรษที่ 1920s ซึ่งเป็นช่วงที่มีการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการกิจการหลายประการภายใต้แนวคิด ‘Administrative State’ กล่าวคือ รัฐพึงมีอยู่เพื่อบริหารจัดการและจัดระบบระเบียบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในลักษณะต่าง ๆ นอกเหนือจากกิจการพื้นฐาน ไม่ว่าจะเป็นคุณครู

²⁷ Paul Craig, *Administrative Law* (8th edn, Sweet & Maxwell 2016) 35-36.

²⁸ Joanna Bell, *The Anatomy of Administrative Law* (Hart Publishing 2020) 38-42.

²⁹ Ibid 42-45.

³⁰ Peter Cane (n 11) 14.

³¹ William Wade and Christopher Forsyth, *Administrative law* (11th edn, Oxford University Press 2014) 3-4.

³² Robin Creyke, John McMillan and Mark Smyth, *Control of Government Action: Text, Cases and Commentary* (5th edn, LexisNexis Butterworths 2019) 3-4.

ในโรงเรียน เจ้าหน้าที่ระบบประกันแห่งชาติ (national insurance officer) ระบบการจัดหางาน (job centre) เจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมตรวจสอบความสะอาดและโรงงานอุตสาหกรรม (sanitary and factory inspectors) ฯลฯ ก็ล้วนแล้วแต่ต้องอยู่ในการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐทั้งสิ้น³³

ในประเทศฝรั่งเศส การพัฒนากิจการสาธารณะให้กว้างขวางและเป็นระบบมากขึ้นเกิดขึ้นอย่างมีนัยสำคัญในช่วงการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งถูกวิเคราะห์ว่าเป็นจุดกำเนิดของแนวคิดรัฐสมัยใหม่ และทำให้เกิดสภาพการณ์ที่รัฐและองค์กรของรัฐถูกเรียกร้องโดยประชาชนให้ดำเนินการบริหารจัดการ หรือจัดให้มีบริการสาธารณะอันเกี่ยวเนื่องกับประโยชน์ส่วนรวมมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อตอบสนองการที่ประชาชนเสียภาษีและยอมสละสิทธิเสรีภาพมาอยู่ภายใต้อำนาจตามกฎหมายของรัฐ³⁴

ในประเทศเยอรมนี แนวคิดรัฐสวัสดิการ หรือรัฐสังคม (Sozialstaat) มีส่วนสำคัญในการขยายตัวของกิจการสาธารณะ ดังที่ Basic Law ประกาศไว้ว่า ‘The Federal Republic of Germany is a ... social ... state’ และเรียกร้องให้สหพันธรัฐดำเนินการให้เกิดเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ (economic equilibrium) ความเป็นธรรมในการลี้ภัยและเนรเทศออกนอกประเทศ (refugee and expellee matters) การจัดระบบสวัสดิการ (public welfare) การชดเชยความเสียหายอันเกิดจากสงคราม (war damages and reparations) ตลอดจนการคุ้มครองประโยชน์ของผู้พิการและถูกสังหารในสงคราม ฯลฯ³⁵

สำหรับประเทศไทยนั้น การบริหารจัดการสาธารณะเริ่มมีความชัดเจนและเป็นไปในรูปแบบของรัฐสมัยใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งได้ทรงปฏิรูประบบราชการใหม่ มีการจัดตั้งกระทรวงขึ้นมาทำหน้าที่บริหารจัดการสาธารณะในกิจการที่มีความสำคัญในขณะนั้น อาทิ กระทรวงคมนาคม กระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงสาธารณสุข และกระทรวงกลาโหม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ก็ยังเป็นระบบของการผูกขาดการบริหารจัดการสาธารณะไว้ที่ส่วนกลาง จนกระทั่งในช่วงการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้นำทุนของรัฐไปสร้างรัฐวิสาหกิจขึ้นจำนวนหนึ่ง แต่กิจการเหล่านี้ก็ยังคงควบคุมโดยระบบราชการ³⁶ และในปัจจุบันก็มีการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะในรูปแบบต่าง ๆ มากขึ้น ซึ่งทั้งหมดนี้เกิดจากการขยายตัวของกิจการสาธารณะที่มีปริมาณและความหลากหลายมากขึ้นในสังคมเป็นหนึ่งในปัจจัยที่สำคัญนั่นเอง

1.2 ความหมายของการบริหารจัดการสาธารณะ

จากความเป็นมาของการบริหารจัดการสาธารณะในประเทศต่าง ๆ ที่ได้แจกแจงไปข้างต้น สามารถสรุปความหมายของการบริหารจัดการสาธารณะได้ว่าหมายถึง ‘การบริหารจัดการกิจการซึ่งมี

³³ William Wade and Christopher Forsyth (n 31) 3.

³⁴ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 169; นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรธ 22) 21.

³⁵ Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective* (2nd edn, Springer 2001) 18-20.

³⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรธ 22) 139.

ส่วนเกี่ยวข้องและส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม' ซึ่งการให้ความหมายการบริหารจัดการสาธารณะ เช่นนี้เป็นไปในทำนองเดียวกันในวงวิชาการกฎหมายในประเทศต่าง ๆ เพียงแต่อาจเพิ่มเติมรายละเอียดบางประการลงไปในทำให้ความหมายเหล่านั้น เช่น รายละเอียดของการดำเนินการโดยรัฐ หรืออยู่ในการอำนาจการและควบคุมของรัฐ การเพิ่มเติมตัวอย่างประเภทของกิจการสาธารณะ หรือ การเน้นย้ำมิติของการตอบสนองความต้องการของคนในสังคม

อาทิ Peter Cane อธิบายไว้ว่า 'การบริหารจัดการสาธารณะ คือ การบังคับใช้นโยบายและโครงการสาธารณะต่าง ๆ ในชีวิตประจำวัน ในทุกกิจการที่มีความเกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชน'³⁷ ในทำนองเดียวกัน Jean Riveron et Jean Waline อธิบายไว้ว่า 'บริการสาธารณะ (public service) คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ตลอดจนการจัดให้มีสาธารณูปโภคต่าง ๆ'³⁸ เช่นเดียวกับ Leon Duguit ซึ่งให้ความหมายแก่การบริหารจัดการสาธารณะว่า 'เป็นการให้บริการแก่ประชาชนหรือการดำเนินการอื่นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน' ทั้งนี้ โดยต้องถือเป็น 'ภารกิจของฝ่ายปกครอง' และเป็นส่วนหนึ่งของ 'องค์ประกอบของรัฐ เป็นสิ่งที่มีคู่กับรัฐ และแสดงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน'³⁹ ส่วน John Bell, Sophie Boyron และ Simon Whittaker อธิบายในมุมมองกลับว่า 'บริการสาธารณะ คือ โครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการตอบสนองความต้องการในประโยชน์สาธารณะ' นั่นเอง⁴⁰

สำหรับการให้ความหมายการบริหารจัดการสาธารณะในระบบกฎหมายไทยนั้น ส่วนมากได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁴¹ อาทิ ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายของการจัดทำบริการสาธารณะไว้ว่า 'หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน'⁴² และอธิบายว่าแต่เดิมเป็นกิจการที่ดำเนินการโดยระบบราชการ แล้วจึงขยายการดำเนินการไปยังรัฐวิสาหกิจและเอกชนผ่านการให้สัมปทาน ทำให้ขอบเขตกว้างขวางขึ้นและหมายถึง 'กิจการทุกประเภทที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน'⁴³

³⁷ 'Public administration is the day-to-day implementation of public policy and public programmes...in all areas of social and economic life' (Peter Cane (n 11) 3).

³⁸ Jean Riveron et Jean Waline, *Droit administrative* (16th edn, Dalloz 1996) 385 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 29, วิญญูชน 2563) 69.

³⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 32-35.

⁴⁰ 'The public service is a legal structure by which a need of public interest is satisfied' (John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 169).

⁴¹ ภายใต้แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งจะแจกแจงรายละเอียดต่อไป.

⁴² ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549) 59.

⁴³ เพิ่งอ้าง 108-109; โปรดดูเพิ่มเติมใน ชาญชัย แสงศักดิ์ (เชิงอรรถ 38) 69.

1.3 ลักษณะของการบริหารจัดการสาธารณะ

เมื่อพิจารณาการให้ความหมายอันเป็นผลลัพธ์ที่เกิดจากสภาพความเป็นมาที่เกิดขึ้นจริงในสังคมแล้ว ผู้อ่านจะพบ ‘ลักษณะร่วม’ ของการบริหารจัดการสาธารณะ ซึ่งถูกอธิบายไว้ในแนวทางเดียวกันในระบบกฎหมายต่าง ๆ ทั้งนี้ สามารถแจกแจงได้เป็น 3 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง การบริหารจัดการจะต้องมีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อสาธารณะประโยชน์ กล่าวคือ เป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนมากในสังคม ทั้งการใช้ชีวิตอยู่ด้วยความปลอดภัยและสุขสบาย ประการที่สอง การเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับรัฐไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ทั้งกรณีที่รัฐดำเนินการเอง ไม่ว่าจะโดยอาศัยองค์ประกอบใด และกรณีที่รัฐให้นโยบาย อำนาจการ หรือความควบคุมการดำเนินการ ไม่ว่าจะในลักษณะที่ควบคุมอย่างเข้มข้นหรือผ่อนปรนให้เกิดอิสระในการดำเนินการ ตลอดจนกรณีที่รัฐมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการหรือเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการ และ ประการที่สาม การเป็นกิจการที่มีการใช้อำนาจมหาชน (public power) หรือสัญญาสาธารณะบางประการ⁴⁴

1.4 ประเภทและระดับของกิจการที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการสาธารณะ

นอกจากการให้ความหมายและลักษณะของการบริหารจัดการสาธารณะที่มีความคล้ายคลึงกันในระบบกฎหมายต่าง ๆ แล้ว ประเภทและระดับของกิจการที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการสาธารณะ ก็ถูกแจกแจงไว้ในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ จากเดิมที่สภาพสังคมไม่มีความซับซ้อน กิจการที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการสาธารณะก็จะเป็นกิจการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการดูแลความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน อาทิ กิจการด้านยุติธรรม การรักษาความปลอดภัยของสังคม การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ เป็นต้น⁴⁵ อย่างไรก็ตาม จากสภาพสังคมในปัจจุบันที่มีความสลับซับซ้อนขึ้น ทำให้ขอบเขตของกิจการที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการสาธารณะมีความหลากหลายมากขึ้น ทั้งกิจการที่เกี่ยวข้องกับการดูแลและพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชน อาทิ กิจการด้านการศึกษาของชาติ กิจการด้านสังคมและวัฒนธรรม⁴⁶ ตลอดจนกิจการที่เกี่ยวข้องกับการดูแลให้ประชาชนอยู่ดีกินดี อาทิ กิจการด้านเศรษฐกิจ การท่องเที่ยว สุขอนามัย ฯลฯ⁴⁷

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจึงพบว่า ประเภทของกิจการที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการสาธารณะ ก็คือกิจกรรมที่ตอบสนองความต้องการของมนุษย์ในด้านต่าง ๆ นั่นเอง⁴⁸ ทั้งความต้องการในการดำรงชีวิตพื้นฐาน ได้แก่ ที่อยู่อาศัย การบริโภค เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค และความต้องการที่มากขึ้น

⁴⁴ สอดคล้องกับการอธิบายองค์ประกอบของบริการสาธารณะโดยนักวิชาการท่านต่าง ๆ อาทิ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 168-169; นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 142-143; ประยูร กาญจนดุล (เชิงอรรถ 42) 110-115.

⁴⁵ อาจถูกเรียกว่า ‘การบริหารจัดการสาธารณะทางปกครอง’.

⁴⁶ อาจถูกเรียกว่า ‘การบริหารจัดการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม’.

⁴⁷ อาจถูกเรียกว่า ‘การบริหารจัดการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม’.

⁴⁸ ประยูร กาญจนดุล (เชิงอรรถ 42) 39-40.

อันเกิดจากความเจริญก้าวหน้าของสังคม ได้แก่ การเดินทางสัญจรที่สะดวกสบาย การศึกษา พลังงาน การพักผ่อนหย่อนใจ ฯลฯ

อนึ่ง ในประการที่เป็นการดำเนินการ อำนาจการ หรือควบคุมการบริหารจัดการสาธารณะของรัฐ สามารถเกิดขึ้นได้ 2 ระดับ ได้แก่ การบริหารจัดการสาธารณะระดับชาติ อันเป็นการบริหารจัดการกิจการสาธารณะที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งโดยสภาพแล้วจะเป็นกิจการที่มีความสำคัญและต้องอาศัยการตัดสินใจจากรัฐบาลกลาง เพื่อให้เกิดเป็นนโยบายหรือการดำเนินการในลักษณะเดียวกันทั่วประเทศ เช่น การต่างประเทศ การป้องกันประเทศ การคลัง ฯลฯ และการบริหารจัดการสาธารณะระดับท้องถิ่น ซึ่งเป็นการบริหารจัดการกิจการสาธารณะที่รัฐบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ⁴⁹

1.5 ความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารจัดการสาธารณะและกฎหมายปกครอง

จากการศึกษาข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารจัดการสาธารณะข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่าการบริหารจัดการสาธารณะเกิดจากความจำเป็นและสภาพความเป็นไปในสังคมที่รัฐจำต้องเข้าไปดำเนินกิจกรรมที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคนส่วนมาก ด้วยเหตุนี้ การให้ความหมาย ลักษณะ ประเภทและระดับของการบริหารจัดการสาธารณะจึงเป็นไปในทำนองเดียวกันในประเทศต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ จะวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะเช่นไรเพื่อให้การบริหารจัดการเป็นไปอย่างเหมาะสมที่สุด เช่นว่ากิจการสาธารณะหนึ่ง ๆ จะถูกดำเนินการโดยองค์กรประเภทใด ใช้จำนวนบุคลากรมากน้อยเพียงใด มีขอบเขตอำนาจอย่างไร มีความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ในการดำเนินการอย่างไร

ทั้งนี้ ประเทศต่าง ๆ ใช้ ‘กฎหมาย’ มาเป็นเครื่องมือในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะทั้งสิ้น ซึ่งสาขากฎหมายที่มีบทบาทนี้โดยตรง ได้แก่ ‘กฎหมายปกครอง’ โดยองค์ประกอบสำคัญของการบริหารจัดการสาธารณะที่กฎหมายปกครองเข้าไปวางโครงสร้างและตอบคำถามในรายละเอียด ได้แก่ องค์กรผู้บริหารจัดการสาธารณะ (institutional framework of public administration) อำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการสาธารณะ (functions, powers and duties of public administration) และการควบคุมความชอบธรรมของการบริหารจัดการสาธารณะ (accountability of public administration)⁵⁰ กล่าวโดยสรุปได้ตามที่ Peter Cane อธิบายไว้ว่า ‘กฎหมายปกครอง คือ ส่วนหนึ่งของโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะ’ นั่นเอง⁵¹

⁴⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 53-68. อนึ่ง การจัดระดับของการบริหารจัดการสาธารณะและการพิจารณาว่ากิจการใดเหมาะที่จะถูกดำเนินการในระดับใด โดยองค์กรประเภทใด เป็นการพิจารณาวางโครงสร้างเป็นการเฉพาะในระบบกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งจะต้องนำหลักการในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิ หลักการรวมอำนาจและการกระจายอำนาจ มาใช้พิจารณาประกอบ ประการนี้จะได้แจกแจงโดยละเอียดต่อไปด้านล่าง.

⁵⁰ Peter Cane (n 11) 11-14; โปรดดูคำอธิบายในทำนองเดียวกันใน ชาญชัย แสงวงศ์ (เชิงอรรถ 38) 35-36.

⁵¹ ‘Administrative law is a part of the legal framework for public administration’ (Peter Cane (n 11) 3).

นักวิชาการในระบบกฎหมายต่าง ๆ อธิบายความสัมพันธ์โดยทั่วไประหว่างกฎหมายปกครอง และการบริหารจัดการสาธารณะภายใต้การให้คำนิยามกฎหมายปกครองในทำนองเดียวกันเช่นนี้ แม้จะมีรายละเอียดปลีกย่อยและสำนวนการอธิบายที่แตกต่างกันบ้าง⁵² อาทิ Sabino Cassese อธิบายบทบาทสำคัญของกฎหมายปกครองไว้ 2 ประการ ได้แก่ การวางระบบแห่งบรรทัดฐานที่ เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ (systematizes the legal order relating to the public administration) และการสร้างระบบในการประเมินการบริหารจัดการสาธารณะให้ได้มาตรฐานตาม มุมมองของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (constructive evaluation from the perspective of standards of legality)⁵³ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ อธิบายว่า ‘กฎหมายปกครองเป็น กฎหมายมหาชนที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารราชการ (บริการสาธารณะ) และการกำหนด อำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ (บริการสาธารณะ)’⁵⁴ ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายกฎหมายปกครองไว้ว่า ‘เป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับการจัด ระเบียบการปกครองรัฐในทางปกครอง และการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำ บริการสาธารณะ รวมทั้งวางหลักความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน’⁵⁵ และ รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า ‘กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มุ่งจัดระเบียบ การปกครองภายในของรัฐ โดยเฉพาะกิจการของฝ่ายบริหารในการสนองความต้องการส่วนรวมของ ประชาชน หรือที่เรียกว่าบริการสาธารณะ’⁵⁶

1.6 แนวคิดโดยเฉพาะเจาะจงของแต่ละระบบกฎหมายในการใช้กฎหมาย ปกครองวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะ

แม้ประเทศต่าง ๆ จะใช้กฎหมายปกครองเพื่อการวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะ แต่ข้อพึงพิจารณาคือรายละเอียดของการวางโครงสร้างนั้นไม่จำเป็นต้องเหมือนกัน กล่าวคือ ในความ

⁵² แต่ในเชิงลึกอาจเน้นสาระสำคัญที่แตกต่างกัน เช่น นักวิชาการกฎหมายปกครองเชิงอนุรักษนิยมจะเน้นการใช้ กฎหมายปกครองในลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครอง ในขณะที่นักวิชาการบางส่วนพยายามนำเสนอการเข้าใจกฎหมายปกครอง เพื่อนำมาซึ่งการใช้ความเชี่ยวชาญและความสามารถของฝ่ายปกครองอย่างเต็มที่ด้วย. โปรดดู Elizabeth Fisher and Sidney A. Shapiro, *Administrative Competence: Reimagining Administrative Law* (Cambridge University Press 2020) ในประการนี้จะได้แจกแจงโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป.

⁵³ Sabino Cassese, *Le basi de diritto amministrativo* (1995) 12; ในทำนองเดียวกันนี้ John Bell อธิบายไว้ว่า ‘Public administration is concerned with the institutional arrangements for the provision of public services and the regulation of governmental activities. Its focus is the organization, management, and effectiveness of those institutional arrangements... Administrative law examines these arrangements in terms of values such as legality, fair procedure, and proportionate use of power’ (John Bell (n 17) 1254).

⁵⁴ ออมร จันทรสุมบุรณ์, ‘บทบรรณาธิการ’ (2525) 1 วารสารกฎหมายปกครอง อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์ (เชิงอรธ 38) 33.

⁵⁵ ประยูร กาญจนดุล (เชิงอรธ 42) 7, 8, 54, 57, 59.

⁵⁶ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 14, วิญญูชน, 2563) 81.

เป็นจริงแล้ว การกำหนดรายละเอียดขององค์กรผู้ดำเนินการ อำนาจหน้าที่ และการควบคุมความชอบธรรมของการบริหารจัดการสาธารณะ ทั้งในเชิงหลักการทางกฎหมายและกฎหมายที่ใช้บังคับจริง ตลอดจนแนวความคิดในทางวิชาการ (academic concept) ในประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกัน เนื่องจากประเทศต่าง ๆ ต้องพยายามวางโครงสร้างและระบบกฎหมายปกครองเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะให้มีความชอบธรรมและมีประสิทธิภาพสูงสุด ตามแต่บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ที่มีความเฉพาะเจาะจงของตน⁵⁷

อาทิ ที่เห็นเด่นชัดและมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวอย่างยิ่งและไม่ปรากฏในระบบกฎหมายอื่นได้แก่ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะผ่านแนวคิด ‘**การจัดทำบริการสาธารณะ**’⁵⁸ ดังคำปรารภของ G. Braibant ที่ว่า ‘**ไม่ว่าจะมีทางออกหรือการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในอนาคต ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะต้องไม่ลืมจิตวิญญาณของตัวเอง คือ แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะ**’⁵⁹ ทั้งนี้ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีการวางทฤษฎี ประเภทและเครื่องมือที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะภายใต้แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะอย่างเป็นระบบระเบียบ อาทิ การแบ่งประเภทออกเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ซึ่งกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐบาลกลางและไม่อาจมอบหมายให้องค์กรอื่นดำเนินการแทนได้ ต่างจากบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม สังคม สุขภาพ วัฒนธรรม และการกีฬา ที่สามารถดำเนินการโดยองค์กรของรัฐประเภทอื่นได้⁶⁰ ตลอดจนการแจกแจงประเภทของเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะภายใต้กลุ่มนิติกรรมฝ่ายเดียวและหลายฝ่าย⁶¹

นอกจากนี้ แม้ว่าประเทศฝรั่งเศสจะใช้ระบบซีวิลลอว์ แต่คำพิพากษาศาลและองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองก็มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาลักษณะของกิจการที่อยู่ภายใต้หรือนอกเหนือแนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะ⁶² การขยายขอบเขตของกิจการที่อยู่ภายใต้แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะออกไปอย่างกว้างขวางมากขึ้น⁶³ การพิจารณาลักษณะของกิจการว่าอยู่

⁵⁷ ซึ่งการจะวางโครงสร้างอย่างไรให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น เป็นประเด็นที่พิจารณากันอยู่เสมอในทุกระบบกฎหมาย. โปรดดูตัวอย่างการพิจารณาเพิ่มเติมใน Francesca Bignami (n 17) 148-154.

⁵⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 19.

⁵⁹ ‘Whatever the new solutions and changes in the future, French administrative law must not lose its soul: the public service’ (G. Braibant, ‘Du simple au complexe, quarante ans de droit administrative (1953-1993)’ (1994) 45 EDCE 409 at 420 cited in John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 168).

⁶⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 35-41.

⁶¹ รวมถึงการแยกการจัดทำบริการสาธารณะออกจากตำรวจทางปกครอง. โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 25-32.

⁶² อาทิ คดี Bac d’Eloka 1921 คดี Epoux Herbelin 1986 และคดี Ville de Melun et association Melum-culture-loisirs 1990 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 34, 36).

⁶³ อาทิ คดี Union Syndicale des industries aeronautiques 1956 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 22) 37).

ภายใต้บริการสาธารณะประเภทใด⁶⁴ การมีส่วนร่วมของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ⁶⁵ รวมถึงความรับผิดชอบจากความเสียหายที่เกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะ⁶⁶ ฯลฯ

อนึ่ง การอธิบายแนวความคิดโดยนักวิชาการก็เป็นอีกส่วนหนึ่งที่มีความสำคัญในพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยนักวิชาการที่มีบทบาทอย่างมากและเป็นที่ยอมรับในวงกว้าง ได้แก่ Léon Duguit ผู้สนับสนุนแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐที่มีความเป็นสังคมนิยม (socialistic state) ซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้อำนาจในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะที่หลากหลายนอกเหนือไปจากกิจกรรมพื้นฐาน และรัฐที่เน้นการมีส่วนร่วม (collective state) โดยอธิบายว่า ‘กิจกรรมสาธารณะใด ๆ ต้องถูกวางระเบียบและควบคุม เพราะมีส่วนเกี่ยวข้องกันอย่างเลี่ยงไม่ได้ต่อการพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของสังคม’⁶⁷ ทั้งหมดทั้งหมดนี้ก็เป็นไปเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการเป็นรัฐสวัสดิการ (welfare state) และรัฐบรรษัทอำนาจนิยม (corporatist state) ซึ่งคำนึงถึงประโยชน์ของปัจเจกชนทุกคนในประเทศ ทั้งนี้ แนวคิดของรัฐสมัยใหม่เช่นนี้ (Duguit’s modern theory of the state) จะสำเร็จได้โดยฐานของกฎหมายที่วางโครงสร้างบริหารจัดการและสร้างบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพและเท่าเทียมแก่ประชาชน มากกว่าการบังคับ (command) นั้นเอง⁶⁸

ในขณะที่การทำให้บทบาทและหน้าที่ของการบริหารจัดการสาธารณะเป็นไปอย่างเหมาะสมในประเทศฝรั่งเศสถูกอธิบายผ่านแนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะ การดังกล่าวในประเทศอังกฤษเป็นไปภายใต้กลไกของระบบกฎหมายปกครอง โดยที่ไม่มีคำจำกัดความเฉพาะ (specific legal connotation) คำว่า ‘บริการสาธารณะ’ แยกเช่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม แนวทางการพัฒนาหลักการที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ โดยเฉพาะการควบคุมการใช้อำนาจทางปกครองก็เป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลเช่นเดียวกัน โดยเริ่มจากช่วงทศวรรษที่ 1910s ซึ่งศาลคุ้มครองปัจเจกชนจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ และพัฒนาเหตุผลและฐานการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (ground of judicial review of administrative action) เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน⁶⁹ และนอกจากการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการ

⁶⁴ อาทิ คดี Dame Philipponeau คดี Chillous et Isaad Slimane คดี Eugene Marquis คดี Astruc e Societe du Theatre des Champs-Elysees c/Ville de Paris 1916 คดี Sieur Gheusy 1923 คดี Commune d’Huez 1959 และคดี Ville de Toulouse c/Association Toulouse Football Club 1961 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรธ 22) 35-41).

⁶⁵ อาทิ คดี Blanco 1903 และคดี Terrier 1903 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรธ 22) 22-23).

⁶⁶ อาทิ คดี Feutry 1908 คดี Fonscolombe 1908 และคดี Jouillie 1908 (อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรธ 22) 23-24).

⁶⁷ ‘Any activity that has to be governmentally regulated and controlled because it is indispensable to the realisation and development of social solidarity...’ (See Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration* (3rd edn, Cambridge University Press 2009) 34).

⁶⁸ โปรดดู Léon Duguit, *Law in the Modern State* (1919) 4-51; John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 168-169.

⁶⁹ คดีที่ได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญ เช่น *R v Local Government Board, Ex Parte Arlidge* [1915] AC 120 (HL), *Anisminic* [1969] 2 AC 147, *British Oxygen Co Ltd v minister of Technology* [1971] AC 610 (HL), *Padfield v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] AC 997 (HL). โปรดดู Joanna Bell (n 28) 39-58.



สาธารณะในคำพิพากษาแล้ว ข้อเสนอแนะจากคณะกรรมการที่รัฐบาลตั้งขึ้นเพื่อการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ อาทิ Report of Committee on Ministers' Powers (1932) และ Report of Committee on Administrative Tribunals and Enquiries (1957) ตลอดจนการวิเคราะห์คำพิพากษาโดยนักวิชาการก็มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักการทางกฎหมายปกครองเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะในประเทศอังกฤษเช่นกัน⁷⁰

ในระบบกฎหมายออสเตรเลียก็มีการใช้กฎหมายปกครองเพื่อวางโครงสร้างการควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมสาธารณะต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐ⁷¹ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นการใช้กฎหมายปกครองเข้ามาวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะเกิดขึ้นในหลากหลายรูปแบบ ทั้งในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายปกครองหรือภายใต้แนวคิด Administrative State ซึ่งอาศัยการใช้อำนาจทางปกครองเป็นแรงขับเคลื่อนการพัฒนา รัฐ ดังนั้น จึงต้องมีการวางโครงสร้างเพื่อสนับสนุนและควบคุมการดำเนินการของฝ่ายปกครองผ่านการพิจารณาประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิ ขอบเขตของการมอบอำนาจ (scope of delegation) การยับยั้งบทบาทตนเองของศาล (judicial deference) และการคุ้มครองสิทธิในเชิงกระบวนการ (procedural right) เป็นต้น⁷²

ส่วนในประเทศเยอรมนีนั้น การใช้กฎหมายวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะจะให้ความสำคัญกับการบังคับใช้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญค่อนข้างมาก และใช้หลักการดังกล่าวเป็นแกนกลางในการควบคุมการบริหารจัดการสาธารณะให้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย อาทิ การบังคับให้การดำเนินกิจกรรมสาธารณะต่าง ๆ เป็นไปโดยเท่าเทียมและเคารพสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้⁷³

2. หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ

จากการพิจารณาข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารจัดการสาธารณะ สามารถสรุปได้ว่าการบริหารจัดการสาธารณะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเจริญเติบโตขึ้นอย่างก้าวกระโดดของสังคมในยุคปัจจุบัน ทำให้เกิดกิจการสาธารณะจำนวนมากที่รัฐจะต้องเข้าไปดำเนินการหรือมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างเลี่ยงมิได้ สภากาการณ์เช่นนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างคล้ายคลึงกันในประเทศต่าง ๆ ดังนั้น การให้ความหมาย ลักษณะ การแบ่งประเภทและระดับกิจการที่อยู่ในการบริหารจัดการสาธารณะ จึงเป็นไปในทำนองเดียวกัน รวมถึงการใช้กฎหมายปกครอง

⁷⁰ โปรดดูเพิ่มเติมใน Voraphol Malsukhum, *Legal Culture, Legality and the Determination of the Grounds of Administrative Action in England and Australia* (Springer 2021) Chapter 2 Section 2.3.

⁷¹ Robin Creyke, John McMillan and Mark Smyth (n 32) 3.

⁷² โปรดดูเพิ่มเติมใน Stephen Skowronek, *Building a New American State: The Expansion of Administrative Capacities 1877-1920* (Cambridge University Press 1982); 'The American Administrative State: Development and Political Environment' in David H. Rosen bloom, Robert S. Kravchuk and Richard M. Clerkin (eds), *Public Administration: Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector* (8th edn, McGraw-Hill Education 2015).

⁷³ Mahendra P. Singh (n 35) 18-20.

เป็นเครื่องมือในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะด้วย อย่างไรก็ตาม การวางโครงสร้างและแนวคิดทางวิชาการที่เข้ามาจัดระเบียบการดังกล่าวมีความแตกต่างกันได้ เพราะพัฒนาไปตามบริบททางสังคมและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ

ในการนี้ เป็นที่ชัดเจนว่าการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนเป็นกิจกรรมสาธารณะอย่างหนึ่ง ที่จำต้องถูกวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะ เนื่องจากเข้าลักษณะของกิจกรรมที่มีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงกับประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการตั้งวัตถุประสงค์ในการใช้น้ำแร่ร้อนเพื่อการหารายได้เข้ารัฐ อันจะส่งผลต่อความเป็นอยู่และการทำมาหากินของประชาชน และยังคงคำนึงถึงการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างคุ้มค่า การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สิทธิและความปลอดภัยของประชาชนผู้ใช้น้ำแร่ร้อนด้วย และเมื่อเป็นกิจกรรมที่มีความเชื่อมโยงกับประโยชน์สาธารณะแล้ว การดำเนินการโดยหลักก็ต้องทำโดยองค์กรของรัฐ ซึ่งก็จำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนเข้าไปวางกฎเกณฑ์ ออกคำสั่ง ตลอดจนอนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมกับการดำเนินงานบางส่วนได้ ทั้งนี้ โดยใช้กฎหมายปกครองเป็นกลไกในการวางโครงสร้างเหล่านี้

อย่างไรก็ดี คำถามสำคัญของบทความนี้ คือ พึงวางโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนเช่นไรจึงจะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้ ในประการนี้ พึงต้องเข้าใจเสียก่อนว่า ‘โครงสร้างที่ดี’ นั้น เป็นคำถามที่ไม่มีคำตอบตายตัว และอาจแปรเปลี่ยนไปได้ตามความเห็นของแต่ละบุคคล เปรียบเทียบได้กับการออกแบบรถยนต์ที่สามารถออกแบบไปตามที่วิศวกรแต่ละคนคิดว่าเหมาะสม แต่อย่างไรก็ดี ก็ยังคงต้องคำนึงถึงหลักการวิศวกรรมยานยนต์พื้นฐานบางประการดังที่ได้กล่าวไว้แล้วด้านบน เนื้อหาในหัวข้อนี้จึงจะทำการถอดประกอบหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะอย่างละเอียด ทั้งหลักการทางกฎหมายทั่วไปในการบริหารจัดการสาธารณะ และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนโดยเฉพาะ⁷⁴

อนึ่ง พึงสังเกตได้จากการพิจารณาเนื้อหาในหัวข้อก่อนว่า ระบบกฎหมายต่าง ๆ อาจมีแนวทางการอธิบายหลักการทางกฎหมายเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะไว้อย่างเฉพาะเจาะจง อาทิ ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือภายใต้พัฒนาการของคำพิพากษาในระบบกฎหมายอังกฤษ อย่างไรก็ตาม เมื่อบทความนี้ประสงค์จะพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในจังหวัดระนอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรจำกัดการศึกษาอยู่เฉพาะแนวทางของระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่ง แต่พึงรวบรวมและสกัดหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เพื่อการวิเคราะห์อย่างลึกซึ้งถึงรากฐานของหลักการที่พึงคำนึงถึงในการออกแบบโครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁷⁴ เนื่องจากหลักการเหล่านี้เป็นที่มาของการวางโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะดังที่ Peter Cane อธิบายว่า ‘...provide a framework for public administration across the whole spectrum of public activity’ (Peter Cane (n 11) 9).

2.1 หลักการทางกฎหมายทั่วไปในการบริหารจัดการสาธารณะ

จากการพิจารณาข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารจัดการสาธารณะ โดยเฉพาะความเป็นมาของการบริหารจัดการสาธารณะในภาพรวม พบว่าหลักการทางกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะสามารถถูกจัดได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มหลักการทางกฎหมายที่รัฐใช้เป็นฐานความชอบธรรมในการใช้อำนาจมหาชนเข้าดำเนินกิจกรรมสาธารณะ และกลุ่มหลักการทางกฎหมายที่เรียกร้องการควบคุมการใช้อำนาจเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในการนี้ ผู้เขียนจะได้แจกแจงสาระสำคัญของหลักการทางกฎหมายทั้ง 2 กลุ่มนี้โดยสังเขป ก่อนที่จะวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักการทางกฎหมายทั้ง 2 กลุ่มต่อไป

2.1.1 หลักการทางกฎหมายที่เป็นฐานที่มาของอำนาจในการบริหารจัดการสาธารณะ

หลักการทางกฎหมายที่เป็นฐานที่มาของอำนาจในการบริหารจัดการสาธารณะเป็นหลักการที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่ก่อเกิดสังคมมนุษย์และเกิดภาวะที่มนุษย์ต้องใช้ทรัพยากรหรือระบบส่วนกลางร่วมกัน ทั้งนี้ ในประการเบื้องต้นหลักการเหล่านี้ทำหน้าที่สร้างความชอบธรรม (legitimacy) ให้แก่ผู้ปกครองในการเข้าใช้อำนาจมหาชนเพื่อบริหารจัดการกิจกรรมอันมีความเชื่อมโยงกับประโยชน์ของคนหมู่มาก และในเวลาต่อมาก็พัฒนาไปสู่การเรียกร้องให้การดำเนินการของรัฐต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วย ทั้งนี้ หลักการทางกฎหมายในกลุ่มนี้ที่พึงศึกษา ได้แก่

ก. แนวคิดว่าด้วยรัฐและอำนาจอธิปไตย

หลักการทางกฎหมายแรกที่พึงทำความเข้าใจในกลุ่มของหลักการทางกฎหมายที่เป็นฐานความชอบธรรมของรัฐ ได้แก่ แนวคิดว่าด้วยรัฐและอำนาจอธิปไตย ซึ่งอธิบายอย่างกระชับที่สุดได้ว่ารัฐ (state) มีต้นกำเนิดมาจากการรวมตัวกันของมนุษย์ จากการเป็นครอบครัว ตระกูล ชนเผ่า จนเป็นกลุ่มชนที่มีวัฒนธรรมภาษาพื้นฐานเดียวกัน และเกิดเป็นสังคมขึ้นเมื่อลงหลักปักฐานในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง จากนั้นเมื่อสังคมมีขนาดใหญ่มากขึ้น มีการปกครองผู้คนที่มีความเป็นกิจจะลักษณะ และมีกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนในการบังคับบัญชาคนในสังคมอย่างเคร่งครัดจริงจัง พร้อมด้วยองค์ประกอบอื่น ได้แก่ ดินแดน ประชากร อำนาจอธิปไตย และรัฐบาลแล้ว ก็จะกลายเป็นรัฐขึ้น⁷⁵ ทั้งนี้ ทฤษฎีว่าด้วยการกำเนิดของรัฐ อันเป็นความคิดที่ว่ารัฐเกิดขึ้นได้อย่างไรและเพราะเหตุใดจึงมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจเข้าดำเนินกิจกรรมสาธารณะนั้น มีการอธิบายอยู่หลากหลายแนวทาง แต่ที่ได้รับคามนิยมและถูกหยิบยกขึ้นมาอธิบายอยู่เสมอมี 3 แนวทาง ได้แก่⁷⁶

⁷⁵ โปรดดู สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 56) 101-105.

⁷⁶ โปรดดูเพิ่มเติมใน สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 56) 107-112; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2561) 74-83; บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 4, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 39-42; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: รัฐ* (เล่ม 4, วิญญูชน 2560) 15-86.

แนวทางที่หนึ่ง รัฐเกิดจากอาณาจักรฆราวาสที่แยกตัวอิสระจากศาสนจักร อธิบายได้ว่า รัฐซึ่งเป็นฝ่ายอาณาจักรจึงมีคุณค่าและอำนาจในตัวเอง ไม่ต้องอาศัย ถูกควบคุม หรือพึ่งพาสังคโต โดยเฉพาะศาสนจักร การนี้จึงก่อร่างสร้างการปกครองที่เป็นเอกเทศและมีการใช้กำลังบังคับได้อย่าง เป็นอิสระ มี ‘เหตุผลการดำรงอยู่ของรัฐ’ (reason of state) ซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับหลักการทางอุดมคติ หรือศีลธรรมใด⁷⁷ และมีอำนาจสูงสุดเบ็ดเสร็จเด็ดขาดเหนือประชาชนในรัฐ ซึ่งเรียกว่า ‘อำนาจอธิปไตย’ (sovereign power)⁷⁸ ขึ้น

แนวทางที่สอง รัฐเกิดจากพันธสัญญาประชาคม (social contract) โดยแนวคิดนี้มี นักปราชญ์เสนอแนวทางการอธิบายไว้อย่างหลากหลาย ที่สำคัญ อาทิ Thomas Hobbes ซึ่งเสนอมว่า มนุษย์ต่างพยายามทำทุกวิถีทางเพื่อให้ตนเองอยู่รอดตามธรรมชาติ สภาวะการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดการใช้ กำลังแก่งแย่งชิงฆ่ากัน และเป็นอันตรายต่อมนุษย์ทุกคนในประชาคม จึงต้องก่อพันธสัญญาขึ้น โดยผู้อยู่ใต้ปกครองยอมสละเสรีภาพส่วนบุคคลให้ผู้ปกครอง เพื่อให้ผู้ปกครองรักษาสีทธิที่จะ ไม่ถูกละเมิดของตนไว้ ด้วยเหตุนี้ รัฐย่อมมีความชอบธรรมที่จะใช้อำนาจดำเนินกิจการต่าง ๆ ได้⁷⁹ ในทางกลับกัน John Locke เสนอสัญญาประชาคมในแนวทางที่ว่า มนุษย์ทุกคนเข้าทำสัญญากันเอง เพื่อความมั่นคงในชีวิต โดยสัญญาดังกล่าวมีทั้งส่วนที่ประชาชนยินยอมรับสถานะการปกครองและส่วน ของการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ รัฐยอมถูกผูกพันที่จะเคารพกฎหมายเช่นเดียวกับกับ ประชาชน ดังนั้น หากรัฐบาลละเมิดกฎหมาย ประชาชนในฐานะคู่สัญญาก็สามารถยกเลิกเพิกถอน สัญญานั้นได้⁸⁰ นอกจากนี้ ยังมีสัญญาประชาคมตามแนวคิดของ Jean-Jacques Rousseau ที่เสนอมว่า แม้มนุษย์จะต้องสูญเสียเสรีภาพตามธรรมชาติและสิทธิที่ไม่มีขอบเขตไป แต่จะได้เสรีภาพทางสังคม กลับมาแทน รัฐจะเป็นทั้งผู้คุ้มครองและปกครองมนุษย์แต่ละคน พลเมืองในสังคมเป็นผู้มีเหตุผลและ อยู่ในฐานะอธิปไตย การที่มนุษย์ถูกพรากเสรีภาพไปจะกระทำได้โดยกฎหมายอันแสดงออกถึง เจตนาธรรมร่วมกันของปวงชนเท่านั้น⁸¹

แนวทางที่สาม รัฐเกิดจากความขัดแย้งของมนุษย์ (les conflits) อธิบายความชอบธรรม และเสถียรภาพในการสถาปนาสถานะที่เหนือกว่าของผู้ปกครอง เพื่อเป็นกลไกในการใช้อำนาจบังคับ

⁷⁷ เสนอโดย Machiavelli. โปรดดูเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการทางปรัชญาและ ลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (เชิงอรรถ 24) 28-30.

⁷⁸ เสนอโดย Jean Bodin. โปรดดูเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการทางปรัชญาและ ลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (เชิงอรรถ 24) 30-32.

⁷⁹ โปรดดูเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: รัฐ* (เชิงอรรถ 76) 80-82; ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 15, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 214-216.

⁸⁰ โปรดดูเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: รัฐ* (เชิงอรรถ 76) 80-82; บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (เชิงอรรถ 24) 51-52; ปรีดี เกษมทรัพย์ (เชิงอรรถ 79) 222-225.

⁸¹ โปรดดูเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: รัฐ* (เชิงอรรถ 76) 81; บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (เชิงอรรถ 24) 51-54; ปรีดี เกษมทรัพย์ (เชิงอรรถ 79) 231-233.

สถานการณ์ให้อยู่ภายใต้ความสงบเรียบร้อย รัฐมีฐานะเป็น ‘ชนชั้นทางการเมืองที่คุมอำนาจชนชั้นอื่น ๆ ในสังคม’⁸²

จะเห็นได้ว่าไม่ว่าแนวคิดการกำเนิดรัฐใด ๆ ล้วนแล้วแต่อธิบายความชอบธรรมของการมีรัฐและการใช้อำนาจมหาชนเข้าบริหารจัดการกิจการสาธารณะ หลักการทางกฎหมายปกครองต่าง ๆ จึงเป็นสิ่งที่ตามมาจากความเป็นรัฐทั้งสิ้น ดังที่ Harlow Carol and Richard Rawlings ประมวลไว้ว่า ‘ทฤษฎีว่าด้วยรัฐอยู่เบื้องหลังทฤษฎีทางกฎหมายปกครองทั้งปวง’⁸³

ข. หลักประโยชน์สาธารณะ

หลักการทางกฎหมายประการถัดมาที่ต้องคำนึงถึงในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะ คือ วัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐทุกอย่างต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การอธิบายว่าการใช้อำนาจต่าง ๆ เป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ย่อมสร้างเสริมความชอบธรรมให้แก่รัฐในการมีสถานะเหนือกว่าปัจเจกชน แต่ในขณะเดียวกันความชอบธรรมนี้ก็เป็ข้อผูกมัดด้วยว่าการดำเนินกิจกรรมของรัฐต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น จะทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่รัฐหรือเอื้อประโยชน์แก่ปัจเจกชนรายใดรายหนึ่งมิได้ การอธิบายหลักประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นรากที่มาของการใช้อำนาจมหาชนเช่นนี้เป็นไปในการทำงานเดียวกันในระบบกฎหมายต่าง ๆ อาทิ John Bell, Sophie Boyron และ Simon Whittaker อธิบายไว้ว่า ‘ประโยชน์สาธารณะเป็นเหตุผลหลักในทุกการกระทำของรัฐ เป็นสิ่งที่สร้างความชอบธรรมให้กับการใช้อำนาจขององค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ...’⁸⁴

ในวงวิชาการกฎหมายไทยก็ใช้หลักประโยชน์สาธารณะอธิบายความชอบธรรมของการบริหารจัดการกิจกรรมสาธารณะของรัฐเช่นกัน อาทิ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบายหลักประโยชน์สาธารณะในฐานะ ‘องค์ประกอบประการสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง’⁸⁵ ในขณะที่รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย อธิบายประโยชน์สาธารณะในแนวทางของระบบกฎหมายเยอรมันในฐานะที่เป็น ‘นิติสมบัติ (Rechtsgut) หรือคุณธรรมทางกฎหมายของกฎหมายมหาชน’ ซึ่งกฎหมายมีหน้าที่ต้องคุ้มครอง⁸⁶ และแจกแจง

⁸² มีผู้อธิบายการเกิดรัฐในแนวทางนี้หลายท่าน อาทิ Georg Wilhelm Friedrich Hegel อธิบายว่ารัฐเป็นสิ่งจำเป็นและมีเหตุผล เกิดจากความขัดแย้งระหว่างคนในสังคม หรือ Karl Marx อธิบายรัฐในฐานะผลจาก ‘การต่อสู้ระหว่างชนชั้น และความขัดแย้งที่ไม่อาจประนีประนอมได้’. โปรดดูเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน: รัฐ* (เชิงอรอด 76) 73-76; บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ (เชิงอรอด 76) 49.

⁸³ ‘Behind every theory of administrative law there lies a theory of the state’ (Carol Harlow and Richard Rawlings (n 67) 1).

⁸⁴ ‘...the public good is the principal reason for state action. That notion both justifies the more extensive powers of public bodies...’ (John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 169); โปรดดูเพิ่มเติมใน Peter Cane, Leighton McDonald and Kristen Rundle, *Principles of Administrative Law* (3rd edn, Oxford University Press 2018) 354-355.

⁸⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ 2554) 11.

⁸⁶ สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรอด 56) 39.

ประเภทของประโยชน์สาธารณะออกเป็น ประโยชน์มหาชนทั่วไป ได้แก่ ประโยชน์ที่ทุกคนในสังคมได้รับ ทำให้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิกับปัจเจกชนรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง และประโยชน์มหาชนเฉพาะ ได้แก่ ประโยชน์ที่ปัจเจกชนรายใดรายหนึ่งได้รับเป็นการเฉพาะตัว และทำให้เอกชนปัจเจกชนผู้นั้น กลายมาเป็น ‘ผู้ทรงสิทธิ’ หรือ ‘ผู้ใช้บริการ’ ในทางกฎหมาย⁸⁷ ทั้งนี้ การรับประโยชน์สาธารณะของ เอกชนอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ ทั้งการรับโดยเสรีผ่านการใช้บริการสาธารณะที่จัดทำขึ้นเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ อาทิ ถนนหนทาง สวนสาธารณะ การรับโดยมีเงื่อนไข เช่น การจ่ายค่าธรรมเนียมน เพื่อใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะบางอย่าง อาทิ การใช้ทางด่วนพิเศษในการสัญจร หรือการรับ ประโยชน์โดยการถูกบังคับ อาทิ การศึกษาในระดับประถม⁸⁸

ค. การกิจของรัฐและเอกลักษณ์ขององค์กรของรัฐ

นอกจากการพิจารณาในแง่วัตถุประสงค์ว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว การสร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจมหาชนเข้าดำเนินการบริหารจัดการสาธารณะของรัฐยังสามารถอธิบายในแง่ของ ‘ภารกิจ’ หรือ ‘หน้าที่’ ได้ด้วย กล่าวคือ การบริหารจัดการสาธารณะเป็น ภารกิจที่รัฐต้องจัดทำให้กับประชาชน ทั้งนี้ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่⁸⁹

ภารกิจพื้นฐาน อันเป็นภารกิจในการดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษา ความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ตลอดจนป้องกันและยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคม โดยความมั่นคง ปลอดภัยนี้มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ ความมั่นคงปลอดภัยภายในชุมชน เช่น ความมั่นคงปลอดภัย จากการละเมิดต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของเอกชนแต่ละคน และความมั่นคงปลอดภัยภายนอก ชุมชน อันมีแหล่งที่มาจากภายนอกประเทศ เช่น การรุกรานด้วยกำลังทหารโดยรัฐอื่น ภารกิจพื้นฐาน ของรัฐเหล่านี้ก่อให้เกิดหน้าที่และความชอบธรรมที่รัฐจะต้องเข้าไปบริหารจัดการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีตำรวจ การสร้างเสนาญนาภาพทางทหาร การทำสนธิสัญญา ตลอดจนการเจริญ สัมพันธไมตรีต่างประเทศ ฯลฯ

ภารกิจลำดับรอง อันเป็นภารกิจในการส่งเสริมการกินดีอยู่ดี สวัสดิภาพ ความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตและสังคมวัฒนธรรมของประชาชน เช่น การให้บริการการศึกษา การรักษาพยาบาล การคมนาคม การส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม การประกันการว่างงานและค่าแรงขั้นต่ำ ตลอดจนการคุ้มครองผู้บริโภค ภารกิจลำดับรองเหล่านี้ก่อให้เกิดหน้าที่และความชอบธรรมที่รัฐจะต้อง เข้าไปบริหารจัดการสาธารณะที่เกี่ยวข้อง เช่น การตั้งโรงเรียน การสร้างถนน ระบบขนส่ง การสร้าง สนามกีฬาและสวนสาธารณะ การอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ⁹⁰

⁸⁷ เฟ็งอ่าง 41-42.

⁸⁸ เฟ็งอ่าง 47-51.

⁸⁹ จันจิรา เอี่ยมมยุรา, ‘วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ ข้อความคิด’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2529) 5-6; สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรด 56) 39-41.

⁹⁰ อนึ่ง จะพบว่าภารกิจของรัฐเหล่านี้มีความสัมพันธ์สอดคล้องกับประเภทของกิจการต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้การบริหาร จัดการสาธารณะ ได้แก่ กิจการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการดูแลความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน กิจการที่ เกี่ยวข้องกับการดูแลให้ประชาชนอยู่ดีกินดี และกิจการด้านสังคมและวัฒนธรรม ดังที่ได้แจกแจงไว้ในหัวข้อที่ 1 นั้นเอง.



นอกจากนี้ ยังสามารถพิจารณาภารกิจของรัฐในแง่บทบาทหน้าที่ซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการได้ด้วย ดังที่ W. Friedmann ได้แจกแจงออกเป็น 5 ประการ ได้แก่ รัฐในฐานะผู้พิทักษ์ (protector) เพื่อภารกิจในการป้องกันความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของประเทศ รัฐในฐานะผู้สนับสนุนหรือผู้บริการ (provider) เพื่อภารกิจในการสร้างมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีแก่ประชาชน รัฐในฐานะผู้ควบคุม (regulator) เพื่อภารกิจในการสร้างความเป็นธรรมในการดำเนินการระหว่างเอกชน รัฐในฐานะผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (entrepreneur) เพื่อภารกิจที่ต้องเข้าแทรกแซงระบบเศรษฐกิจหรือสร้างสาธารณูปโภคโดยการเข้าไปเป็นผู้เล่นในตลาดเสียเอง และรัฐในฐานะอนุญาโตตุลาการ (umpire arbitrator) เพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างเอกชน⁹¹ กล่าวโดยสรุป รัฐสมัยใหม่ถูกพิจารณาว่ามีหน้าที่และภารกิจมากมายที่ต้องดำเนินการ ดังที่ Sir Cecil Carr ปรารภไว้ว่า ‘เรายอมรับกันโดยคุณวิญญูว่า ในปัจจุบัน รัฐไม่ได้เป็นเพียงเป็นแค่ตำรวจ ผู้พิพากษา และผู้ดูแลความสงบดังเช่นในอดีตแล้ว แต่ยังเป็นครูในโรงเรียน ผู้วางผังเมือง ผู้สร้างถนนหนทาง ผู้จัดการทรัพยากร ฯลฯ ด้วย’⁹²

ภารกิจเหล่านี้ล้วนสร้างความชอบธรรมให้แก่รัฐ องค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าบริหารจัดการกิจการสาธารณะต่าง ๆ⁹³ และอธิบายเหตุผลของการมีอำนาจและสถานะเหนือกว่าปัจเจกชน ซึ่งอาจถูกอธิบายภายใต้แนวคิด ‘เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง’ เช่น การที่รัฐและหน่วยงานของรัฐสามารถสร้างผลผูกมัดและสภาพบังคับของคำสั่งของตนต่อปัจเจกชนจนกว่าจะมีการเพิกถอนโดยองค์กรของรัฐอื่นที่มีอำนาจควบคุม หรือ ‘อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง’ เช่น ความสามารถในการบังคับฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง หรือการคุ้มครองทรัพย์สินที่ฝ่ายปกครองครอบครองและใช้อยู่ตนเอง⁹⁴

ง. หลักความสามารถและเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง

นอกจากการสร้าง ความชอบธรรมในการดำเนินการบริหารจัดการสาธารณะแล้ว ในปัจจุบัน องค์กรของรัฐยังถูกเรียกร้องให้ดำเนินการต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย ทั้งนี้ ปัจจัยที่มีส่วนสำคัญต่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการสาธารณะ ได้แก่ ความสามารถและความเชี่ยวชาญ

⁹¹ W. Friedmann, *The State and The Rule of Law in Mixed Economy* (1971) อ้างถึงใน สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรธ 56) 160-161. ในทำนองเดียวกัน ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคนดี ใช้ประเภทของภารกิจของรัฐในประการต่าง ๆ เพื่อการพิจารณาแบ่งแยกประเภทของฝ่ายปกครอง โดยแบ่งเป็นฝ่ายปกครองเพื่อความสงบเรียบร้อย (die Ordnungsverwaltung) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ดูแลคุณภาพชีวิตของบุคคล (die Leistungsverwaltung) ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ควบคุมกำกับ (die Lenkungsverwaltung) ฝ่ายปกครองด้านการคลัง (die Abgabenverwaltung) และฝ่ายปกครองด้านปัจจัยพื้นฐาน (die Bedarfsverwaltung). โปรดดู บรรเจิด สิงคนดี, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2563) 36-37.

⁹² ‘We nod approvingly today when someone tells us that, whereas the State used to be merely policeman, judge and protector, it has now become schoolmaster, doctor, house-builder, road-maker, town-planner, public utility supplier and all the rest of it’ (cited in Carol Harlow and Richard Rawlings (n 67) 1-2).

⁹³ John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 169.

⁹⁴ ประยูร กาญจนกุล (เชิงอรธ 42) 47-51; John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 172.

ของฝ่ายปกครอง (administrative competence and expertise) ซึ่งผลงานเขียนล่าสุดของ Elizabeth Fisher และ Sidney A. Shapiro นำเสนอหลักการในเรื่องนี้ไว้อย่างละเอียดว่า ไม่เพียงแต่ความเชี่ยวชาญและทักษะของเจ้าหน้าที่รัฐแต่ละบุคคลเท่านั้นที่จะส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการสาธารณะ แต่สิ่งสำคัญ ได้แก่ ปัจจัยที่หลากหลายอันจะนำไปสู่ความเชี่ยวชาญขององค์กรในภาพรวม ซึ่งต้องพิจารณาจากระบบการดำเนินงานภายในองค์กรและกระบวนการแก้ไขปัญหาอย่างละเอียด (discursive problem-solving processes) ทั้งนี้ เพื่อสร้างแรงขับเคลื่อนในการดำเนินงานที่น่าเชื่อถือและรวดเร็ว (accountable and responsive workforce)⁹⁵ ดังที่ผู้พิพากษา Felix Frankfurter เขียนไว้ในคำพิพากษาคดี *Burlington Truck Lines, Inc. v United States* ว่า ‘ความเชี่ยวชาญถือว่าเป็นเส้นเลือดใหญ่ของกระบวนการทางปกครอง’⁹⁶

ในการนี้ Elizabeth Fisher และ Sidney A. Shapiro ได้แจกแจงภาพรวมของความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองไว้ในลักษณะของ ‘ชุดความรู้ในทางปฏิบัติขององค์กรที่ซับซ้อน’ (complex set of institutional knowledge practices)⁹⁷ ทั้งนี้ อาจแจกแจงคุณสมบัติสำคัญของความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองได้หลายประการ ได้แก่ ความรู้แบบชัดแจ้ง (explicit knowledge) ซึ่งหาได้จากการฝึกอบรมขององค์กร และความรู้ที่ฝังลึกอยู่ในตัวคน (tacit knowledge) ซึ่งได้มาจากการประสบการณ์ที่สั่งสมมาจากการปฏิบัติงานในสถานการณ์จริง ซึ่งมีความสำคัญมาก การปฏิบัติงานที่ขาดความรู้ที่ฝังลึกอยู่ในตัวคนย่อมประสบความสำเร็จยาก เปรียบเทียบการให้นักกฎหมายแพ่งพาณิชย์มาทำงานในด้านกฎหมายมหาชน หรือความแตกต่างในความเชี่ยวชาญระหว่างนักวิทยาศาสตร์ในห้องทดลองกับนักวิทยาศาสตร์ที่ทำงานวิจัยและวิเคราะห์ผลการวิจัย⁹⁸

ทั้งนี้ ความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองยังรวมถึงความสามารถในเชิงงานฝีมือ (craftsmanship) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางสังคมนอกเหนือจากกระบวนการทางเหตุผลในเชิงตรรกะด้วย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองพึงดำเนินงานต่าง ๆ ด้วยแนวคิด ทฤษฎี ข้อมูล และเครื่องมือทางเทคนิค เพื่อการสร้างข้อสรุปและเหตุผลเฉพาะเจาะจงสำหรับการตัดสินใจใดการตัดสินใจหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังที่ Eugene Bardach อธิบายไว้ว่า การตัดสินใจของหน่วยงานทางปกครองมีความเป็น ‘ศิลปะมากกว่าวิทยาศาสตร์’ (art than science)⁹⁹

นอกจากความรู้แบบชัดแจ้ง ความรู้ที่ฝังลึกอยู่ในตัวคน และความสามารถในเชิงงานฝีมือแล้ว ความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองยังรวมถึงการประสานงานของผู้เชี่ยวชาญ (coordination of expertise) ด้วย เนื่องจากหน้าที่ในการบริหารจัดการสาธารณะที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครอง (statutory mandate) มักมีกระบวนการที่เกี่ยวข้องมากมาย ทั้งการประเมินข้อมูล การวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของข้อเสนอแนะในแง่มุมต่าง ๆ ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญมากกว่าหนึ่งสาขา ทั้งกฎหมาย

⁹⁵ Elizabeth Fisher and Sidney A. Shapiro (n 52) 18-19.

⁹⁶ ‘Expertise is the life-blood of the administrative process’ (371 U.S. 156 (1962), 167 cited in *ibid* 35).

⁹⁷ *Ibid* 50.

⁹⁸ *Ibid* 50-52.

⁹⁹ Eugene Bardach, *A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path to More Effective Problem Solving* (2nd edn, Chatham House Publishers 2000) xiv. cited in *ibid* 53.

วิทยาศาสตร์ และเศรษฐศาสตร์ กล่าวคือ การดำเนินการต้องประกอบไปด้วยความเชี่ยวชาญอย่างลึกซึ้งในสาขาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงความเชี่ยวชาญเชิงปฏิสัมพันธ์ (interactional expertise) และ ความเชี่ยวชาญในการตัดสินใจ (decision-making expertise) เพื่อหาข้อสรุปที่ดีที่สุดให้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น¹⁰⁰

จ. หลักการรวมและกระจายอำนาจ

คุณสมบัติของความรู้แบบชัดแจ้ง ความรู้ที่ฝังลึกอยู่ในตัวคน ความสามารถในการแข่งขันฝีมือ และการประสานงานของผู้เชี่ยวชาญข้างต้นนี้ มีความสำคัญและจำเป็นอย่างมากต่อการบริหารจัดการสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น กฎหมายปกครองต้องวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะอย่างที่ทำให้แน่ใจว่า จะเอื้อให้เกิดความสามารถและเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองเหล่านี้¹⁰¹ ทั้งนี้ การพิจารณาวางกลไกข้างต้นมีปัจจัยที่พึงคำนึงถึง 2 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง กิจกรรมสาธารณะบางประเภทต้องอาศัยการดำเนินการร่วมกันขององค์กรของรัฐมากกว่าหนึ่งองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมากกว่าหนึ่งคน ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเกิดแก่การบริหารจัดการสาธารณะแทบทุกประเภท ดังที่ Elizabeth Fisher และ Sidney A. Shapiro อธิบายไว้ว่า ‘การบริหารจัดการสาธารณะไม่เคยเกิดขึ้นหรือถูกดำเนินการอย่างโดดเดี่ยว’¹⁰² ประการที่สอง แต่ในบางกรณี ความเชี่ยวชาญจะถูกใช้เป็นผลจริงต่อเมื่อฝ่ายปกครองมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานและตัดสินใจได้ด้วยตนเอง เพราะหากแม้ฝ่ายปกครองมีความเชี่ยวชาญ แต่ถูกบังคับและต้องเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจตามการพิจารณาความเหมาะสมขององค์กรอื่น ย่อมทำให้ความเชี่ยวชาญที่ฝ่ายปกครองมีไม่เกิดผลในความเป็นจริง

ทั้งนี้ การสร้างความร่วมมือกันในการบริหารจัดการสาธารณะที่จะต้องจัดสายการควบคุมการดำเนินงานระหว่างองค์กรต่าง ๆ และการสร้างความเป็นอิสระให้เกิดขึ้นแก่องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีธรรมชาติที่ขัดแย้งกัน กล่าวคือ หากถูกควบคุมย่อมไม่เป็นอิสระ แต่หากไม่ร่วมมือกัน ย่อมไม่เกิดความเชี่ยวชาญในองค์กรรวม หรือหากร่วมมือกัน แต่ไม่กำหนดโครงสร้างองค์กร ก็อาจไม่สามารถยุติความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นในการดำเนินงานได้ ด้วยเหตุนี้ หลักการทางกฎหมายที่สำคัญอีกประการที่เกี่ยวข้องกับการวางโครงสร้างความสัมพันธ์และลำดับศักดิ์ระหว่างองค์กรที่มีหน้าที่บริหารจัดการสาธารณะ (hierarchy in administrative organization) จึงถูกอธิบายไว้ในระบบกฎหมายต่าง ๆ ได้แก่¹⁰³

¹⁰⁰ Ibid 55-60.

¹⁰¹ Ibid 60-65.

¹⁰² ‘Public administration...has never operated in functional isolation’ (Ibid 19).

¹⁰³ ไม่ว่าจะ เป็นภายใต้ระบบ function public ของประเทศฝรั่งเศส หรือระบบ Berufsbeamtentum ของประเทศเยอรมนี. โปรดดูเพิ่มเติมใน Matthias Ruffert, ‘National Executives and Bureaucracies’ in Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth (n 15) 508.

หลักการรวมอำนาจ (centralization) เป็นหลักการที่พัฒนาขึ้นมาเป็นเวลายาวนานในระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹⁰⁴ กล่าวคือ องค์กรผู้มีอำนาจส่วนกลางซึ่งอาจเรียกว่า ‘ราชการส่วนกลาง’ หรือ ‘รัฐบาลกลาง’ สามารถตัดสินใจในการดำเนินการต่าง ๆ ได้ทั้งหมด โดยที่ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรและเจ้าหน้าที่ภายใต้หลักการรวมอำนาจนี้มักเป็นไปอย่างเข้มข้น อาทิ เป็นไปตามระบบการบังคับบัญชา (supervision) ซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม โดยมีวัตถุประสงค์ คือ การสร้างความเป็นเอกภาพในการดำเนินงานต่าง ๆ โดยเฉพาะในกิจการที่มีความสำคัญต่อประเทศในภาพรวม¹⁰⁵

หลักการกระจายอำนาจ (decentralization) จากเหตุผลที่การดำเนินการบริหารจัดการสาธารณะขององค์กรในราชการส่วนกลางมักไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นได้ หรือไม่มีความสามารถเพียงพอในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะ จึงเริ่มเกิดองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระมากขึ้นในชื่อเรียกต่าง ๆ¹⁰⁶ ทั้งนี้ การกระจายอำนาจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การกระจายอำนาจทางพื้นที่หรือทางเขตแดน คือ การกระจายอำนาจบริหารจัดการสาธารณะบางอย่างไปให้รัฐบาลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการ ซึ่งนำไปสู่การวางโครงสร้างการบริหารที่เป็นอิสระให้แก่ท้องถิ่น อาทิ การมีงบประมาณและทรัพย์สินบางส่วนของตนเอง และการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค คือ การกระจายอำนาจการบริหารจัดการกิจการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะให้แก่องค์กรที่มีได้อยู่ในระบบราชการส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินการ¹⁰⁷

การจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐภายใต้หลักการกระจายอำนาจอาจมีรูปแบบการดำเนินการ การเรียกชื่อองค์กร ประเภทขององค์กร ความสัมพันธ์ในรายละเอียดระหว่างองค์กรที่แตกต่างกัน แต่ก็เป็นที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ เพราะมุ่งให้เกิดการมีส่วนร่วมของประชาชน (public participation) ในพื้นที่ต่าง ๆ อันเป็นการส่งเสริมความเป็นประชาธิปไตย กล่าวคือ เปิดโอกาสให้ประชาชนผู้เป็นผู้ตัดสินใจในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะ ในพื้นที่ของตน ผ่านผู้บริหารท้องถิ่นที่ตนเป็นผู้เลือกเองและพิจารณาว่าทราบปัญหาในพื้นที่ดีที่สุด¹⁰⁸ นอกจากนี้ ยังมุ่งหวังและประกันความเป็นอิสระในการดำเนินงานขององค์กรด้วย โดยเฉพาะในการบริหารจัดการกิจการบางอย่างที่ฝ่ายปกครองจะได้ใช้ความเชี่ยวชาญของตนได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ แม้จะยังมีการกำกับ

¹⁰⁴ Ibid 509.

¹⁰⁵ โปรดดูเพิ่มเติมใน วรพล มลสุขุม และดุลยวัฒน์ เขาวนดี, ‘รูปแบบทางกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรจัดการความรู้ทางทะเล’ (2564) 39 วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁰⁶ รัฐบาลท้องถิ่นในเยอรมนีเริ่มปรากฏตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 19 ภายใต้ชื่อเรียกเฉพาะหลากหลาย เช่น corporation, institution หรือ foundation ในฝรั่งเศสเกิดในลักษณะขององค์กรย่อยขององค์กรหลักต่าง ๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ทางการค้า ส่วนในประเทศอังกฤษ แม้รัฐบาลท้องถิ่นจะมีมาอย่างยาวนานแล้ว แต่การจัดระบบเกิดขึ้นในช่วงหลังของศตวรรษที่ 19 ภายใต้แนวคิดการจัดการสาธารณะใหม่. โปรดดูเพิ่มเติมใน Matthias Ruffert (n 103) 519-520.

¹⁰⁷ โปรดดูเพิ่มเติมใน วรพล มลสุขุม และดุลยวัฒน์ เขาวนดี (เชิงจรด 105).

¹⁰⁸ ดังที่ Peter Cane อธิบายไว้ว่า ‘...local authorities are obviously concerned primarily to further the interests of their own areas’ (Peter Cane (n 11) 30); Matthias Ruffert (n 103) 519-520.



(oversight) จากส่วนกลางอยู่ แต่ก็ไม่ถูกควบคุมอย่างเข้มข้นนัก ทั้งหมดทั้งมวลนี้เป็นไปเพื่อจะนำไปสู่ผลลัพธ์ คือ ประสิทธิภาพในการบริหารจัดการสาธารณะในท้ายที่สุด

นอกจากการพยายามสร้างความเป็นอิสระเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ใช้ความเชี่ยวชาญของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพในเชิงโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรแล้ว ยังปรากฏเครื่องมือทางกฎหมายที่จะส่งเสริมให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ความเชี่ยวชาญและมีอิสระในการบริหารจัดการสาธารณะด้วย อาทิ ดุลพินิจทางปกครอง (administrative discretion) อันเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกที่จะดำเนินการอย่างไรในสถานการณ์หนึ่ง ๆ ระหว่างการบริหารจัดการสาธารณะได้ เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดหรือผูกพันการดำเนินการของฝ่ายปกครองไว้ล่วงหน้า ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดดินแดนที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการทางกฎหมายที่เป็นธรรมที่สุดกับสถานการณ์ หรือสามารถปรับเปลี่ยนการดำเนินการให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างยืดหยุ่น¹⁰⁹ หรือแม้แต่มอบอำนาจในการกำหนดรายละเอียดตามบทกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เพราะเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์การปฏิบัติงานในการบริหารจัดการสาธารณะในความเป็นจริง จึงน่าจะทำหน้าที่วางกฎเกณฑ์ในรายละเอียดอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็วมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ¹¹⁰

โดยสรุป หลักการทางกฎหมายส่วนแรกที่ต้องคำนึงถึงในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะทุกประเภท ได้แก่ แนวคิดที่ว่าด้วยเรื่องรัฐและอำนาจอธิปไตย ประโยชน์สาธารณะภารกิจและเอกสิทธิ์ขององค์กรของรัฐ ความสามารถและความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง หลักการรวมและกระจายอำนาจ และเหตุผลเบื้องหลังการให้ดุลพินิจทางปกครองและมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองแก่ฝ่ายบริหาร ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นฐานในการสร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้อำนาจของรัฐเหนือปัจเจกชนในการบริหารจัดการสาธารณะเท่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้การดำเนินการต่าง ๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วย

2.1.2 หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการบริหารจัดการสาธารณะเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

นอกจากหลักการทางกฎหมายที่เป็นฐานที่มาของอำนาจในการบริหารจัดการสาธารณะแล้ว การวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะยังต้องคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายอีกส่วนหนึ่งที่มุ่งเน้นการควบคุมการบริหารจัดการสาธารณะเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยที่สำคัญ ได้แก่ การปกครองโดยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักการอื่น ๆ ที่สนับสนุนการทำงานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถอธิบายได้โดยสังเขปดังต่อไปนี้¹¹¹

¹⁰⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 91) 99.

¹¹⁰ โปรตุเกสและสหราชอาณาจักรและเหตุผลของการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองเพิ่มเติมใน Stephen Argument, 'Delegated Legislation' in Matthew Groves and H. P. Lee (eds), *Australian Administrative Law: Fundamentals, Principles and Doctrines* (Cambridge University Press 2007).

¹¹¹ แม้เป็นเนื้อหาหลักกฎหมายปกครองที่ปรากฏในตำราต่าง ๆ โดยทั่วไปอยู่แล้ว แต่ก็พึงต้องถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาในการศึกษา

ก. ระบอบประชาธิปไตยและการปกครองที่กฎหมายเป็นใหญ่

หากจะกล่าวถึงโครงสร้างที่ใหญ่ที่สุดของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในรัฐสมัยใหม่ คงต้องกล่าวถึงการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ แม้การให้ความหมายของระบอบประชาธิปไตยรวมถึงการอธิบายคุณลักษณะต่าง ๆ จะมีความหลากหลายอย่างมากในวงวิชาการ แต่สามารถพิจารณาได้ว่าระบอบประชาธิปไตยมีข้อเรียกร้องอันเป็นพื้นฐาน (minimum requirement) บางประการ ได้แก่ การที่อำนาจสูงสุดในการปกครองต้องเป็นของประชาชนทุกคน ซึ่งจะมีส่วนร่วมและตัดสินใจในการปกครองอย่างเสมอภาคกัน การได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองของผู้ปกครองเป็นไปตามวิถีทางแห่งประชาธิปไตย ยึดหลักเสียงข้างมากที่มีการคุ้มครองเสียงข้างน้อยมิใช่ได้อำนาจมาโดยการใช้กำลังบังคับ และการใช้อำนาจของผู้ปกครองต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการปกครองที่กฎหมายเป็นใหญ่ ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นใหญ่ในการปกครอง

ข. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การอธิบายคุณลักษณะสำคัญอันจะนำไปสู่สภาพแห่งการปกครองที่กฎหมายเป็นใหญ่นั้น ทำให้หลากหลายแนวทางและมักจะมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ อาทิ การอธิบายผ่านหลักนิติธรรม (Rule of Law) ในประเทศอังกฤษ หรือหลักนิติรัฐ (Legal State) ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป เป็นต้น¹¹² อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบพื้นฐานที่ถือเป็นสาระสำคัญของการปกครองที่กฎหมายเป็นใหญ่ ซึ่งถูกอธิบายไว้เป็นหัวใจของทุกแนวคิด ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (principle of legality) ซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจรัฐใด ๆ โดยเฉพาะในประการที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ มีกฎหมายให้อำนาจและการนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย¹¹³

ค. หลักกฎหมายที่เสริมการทำงานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังมีหลักการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและเสริมการทำงานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย อาทิ **หลักการแบ่งแยกอำนาจ** (separation of powers) ซึ่งเรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจการปกครองต่าง ๆ ได้แก่ อำนาจในการตรา บังคับใช้ และตีความกฎหมายให้ถูกใช้โดยองค์กรของรัฐต่างองค์กรกัน เพื่อให้เกิดการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน¹¹⁴

¹¹² โปรดดูเพิ่มเติมใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (เชิงอรธ 76) 115-133; John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (21) 179; Voraphol Malsukhum (n 70).

¹¹³ โปรดดูเพิ่มเติมใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2562) 37-60; นันทวัฒน์ บรรมานันท์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2560) 295-299; วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรธ 85) 45-54; ประยูร กาญจนดุล (เชิงอรธ 42) 164-168.

¹¹⁴ โปรดดูเพิ่มเติมใน Peter L. Strauss, 'Separation of Powers in Comparative Perspective: How Much Protection for the Rule of Law' in Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth (n 15) 397.



หลักความเป็นอิสระของตุลาการ (judicial independence) ซึ่งเรียกร้องให้มีกลไกการประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมิถูกรบกวนโดยองค์กรของรัฐอื่น ๆ และสามารถทำหน้าที่ในการคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับโดยประชาชน ตลอดจน**หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน** ซึ่งเรียกร้องการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในกิจกรรมสาธารณะต่าง ๆ มากกว่าการมีเพียงผู้แทนของตนเข้าไปพิจารณาร่างกฎหมายในสภาเท่านั้น¹¹⁵

อนึ่ง พึงทำความเข้าใจว่าหลักการเหล่านี้ อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมาย เนื่องจากระบบกฎหมายต่าง ๆ ออกแบบองค์ประกอบที่จะนำไปสู่สภาวะการณ์แห่งการปกครองที่กฎหมายเป็นใหญ่แตกต่างกันตามแต่บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ¹¹⁶ อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ล้วนแต่เป็นไปในทำนองเดียวกัน คือ ส่งเสริมการทำงานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย อันนำไปสู่การทำให้เกิดการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั่นเอง

2.2 หลักการทางกฎหมายเฉพาะในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน

ข้อพึงพิจารณาต่อไป คือ หลักการที่อธิบายไปในหัวข้อ 2.1 ทั้งหมดเป็นหลักการสำคัญที่พึงคำนึงถึงในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการกิจการสาธารณะทุกประเภท แต่ในความเป็นจริงแล้ว กิจการสาธารณะแต่ละประเภทล้วนแล้วแต่มีธรรมชาติที่แตกต่างกัน ทำให้การวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพจำต้องคำนึงถึงหลักการทางกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนมีความเกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่ก็ยังต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และยังเกี่ยวข้องกับการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐเพื่อการพัฒนา น้ำแร่ร้อนให้มีความเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่สามารถก่อให้เกิดรายได้ต่อรัฐและชุมชนด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักการทางกฎหมายเฉพาะที่พึงคำนึงถึงในการพิจารณาโครงสร้างการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนที่สำคัญดังต่อไปนี้

2.2.1 หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารทรัพยากรธรรมชาติ

หลักการทางกฎหมายที่พึงคำนึงในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการกิจการที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นอากาศ น้ำ ลม พลังงาน ดิน ฯลฯ ได้แก่ การคำนึง**การอนุรักษ์ทรัพยากรให้มีความมั่นคงและสามารถนำไปได้อย่างยั่งยืน** ตลอดจนถึง**อำนาจของรัฐและสิทธิของปัจเจกชนในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ**เพื่อประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตนอย่างเหมาะสม หลักการเหล่านี้ อาจถูกอธิบายในรายละเอียดและเรียกชื่อแตกต่างกันไปตามแต่ทรัพยากรธรรมชาติแต่ละประเภท อาทิ ความมั่นคงทางพลังงาน ความพอเพียงในการใช้พลังงาน การมีไฟฟ้าใช้ในราคาที่สมเหตุสมผล ฯลฯ¹¹⁷

¹¹⁵ โปรดดูเพิ่มเติมใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (เชิงอรธ 113) 37-60.

¹¹⁶ โปรดดูเพิ่มเติมใน Voraphol Malsukhum (n 70).

¹¹⁷ และถูกศึกษาในรายละเอียดในสาขากฎหมายพลังงาน. โปรดดูเพิ่มเติมใน Raphael J. Heffron, *Energy Law: An Introduction* (Springer 2015) Chapter 3.

สำหรับสาขากฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพยากรน้ำโดยเฉพาะ หรือที่เรียกว่า **กฎหมายน้ำ** (water law) นั้น ถือว่าเป็นสาขากฎหมายที่ได้รับความสนใจอย่างมาก เนื่องจากน้ำเป็นทรัพยากรที่มีความสำคัญต่อความอยู่รอดของชีวิตมนุษย์ทุกคน อีกทั้งยังมีความเกี่ยวข้องกับทรัพยากรอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นพื้นดินและป่าไม้ด้วย ดังนั้น ทรัพยากรน้ำจึงเป็นสิ่งที่สำคัญต่อสังคม ความเป็นอยู่ และการพัฒนา เศรษฐกิจและสังคมของมนุษย์ไม่ว่าในระดับใด¹¹⁸ ทั้งนี้ หลักการสำคัญประการแรกที่ต้องคำนึงถึงในการจัดสรรทรัพยากรน้ำ คือ **ความต้องการและความเพียงพอของน้ำ** (demand and availability of water) ต่อการเติบโตของประชากร เนื่องจากสังคมในปัจจุบันมีการใช้น้ำที่หลากหลายมากขึ้น นอกจากเพื่อกินดื่ม การเกษตร และการปศุสัตว์แล้ว ยังรวมถึง**การใช้น้ำเพื่อการพักผ่อนหย่อนใจ** (recreational purpose) ด้วย อย่างไรก็ตาม การวางโครงสร้างการบริหารจัดการน้ำก็ต้องคำนึงถึง **ความยั่งยืนของการใช้น้ำและผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม** ด้วย เพราะการใช้น้ำในกิจกรรมใด ๆ ของมนุษย์ล้วนแล้วแต่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมด้วย เพราะการใช้น้ำในกิจกรรมใด ๆ ของมนุษย์ล้วนแล้วแต่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรงหรือทางอ้อมแก่ระบบนิเวศทางน้ำ ซึ่งอาจทำให้เกิดผลกระทบยาวถึงการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่มากจนเกินไป (over-exploitation) อันนำไปสู่ความขาดแคลนน้ำที่มีคุณภาพในที่สุด¹¹⁹

ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการบริหารจัดการน้ำในยุคปัจจุบันมีข้อพึงคำนึงถึง 5 ประการ ได้แก่ การบริหารจัดการทรัพยากรน้ำอย่างเพียงพอต่อความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมของประชาชน การส่งเสริมการใช้น้ำเพื่อสวัสดิการของผู้ใช้น้ำ การใช้น้ำเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ การใช้น้ำอย่างเหมาะสมในกิจกรรมการค้าของปัจเจกชน และการปกป้องประโยชน์ส่วนรวมในทางสิ่งแวดล้อมและความยั่งยืนของการใช้น้ำร่วมกันนั่นเอง¹²⁰ และเพื่อให้บรรลุหลักการข้างต้น จึงต้องมีการวางแผนที่เหมาะสมทั้งในเชิงคุณภาพและปริมาณ¹²¹ รวมถึงวางโครงสร้างกิจกรรมสาธารณะที่เกี่ยวข้องอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อนำไปสู่**ความสมดุลระหว่างการใช้น้ำให้เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมและส่วนตนของปัจเจกชน และการอนุรักษ์การใช้น้ำอย่างยั่งยืนและคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม**¹²²

2.2.2 หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

นอกจากหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการน้ำแล้ว ยังควรพิจารณาถึงหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมด้วย ทั้งนี้ หลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

¹¹⁸ Dante A. Caponera and Marcella Nanni, *Principles of Water Law and Administration: National and International* (2nd edn, Taylor&Francis 2007) 1-2.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid 135.

¹²¹ Ibid 2.

¹²² โปรดดูเพิ่มเติมใน Kate A. Berry and Eric Mollard, *Social Participation in Water Governance and Management: Critical and Global Perspectives* (Earthscan 2010); Jona Razzaque, 'Public Participation in Water Governance' in Joseph W. Dellapenna and Joyeeta Gupta, *The Evolution of the Law and Politics of Water* (Springer 2009).

มีเนื้อหาจำนวนมากและคงไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาทั้งหมด แต่มีข้อพิจารณาที่เชื่อมโยงกับหน้าที่ของรัฐที่น่าสนใจบางประการ อธิบายได้ว่าการเจริญเติบโตของสังคมสมัยใหม่โดยเฉพาะในภาคการค้าและอุตสาหกรรมทำให้เกิดข้อเรียกร้องให้รัฐต้องมีหน้าที่คุ้มครองและป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งในแง่ของมลพิษที่เกิดจากการดำเนินกิจกรรมทางอุตสาหกรรมและการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างเกินความจำเป็น อันอาจส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศน์ในระยะยาว¹²³ การนี้จึงได้มีการอธิบายหลักการที่สำคัญและพึงคำนึงถึงในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมของรัฐไว้บางประการ ได้แก่ หลักการป้องกันภัยอันตราย (prevention principle) เพื่อป้องกันมิให้การดำเนินกิจกรรมใด ๆ ก่อให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงต่อชีวิตร่างกาย สุขภาพ และสิ่งแวดล้อมอันเป็นนิติสมบัติของรัฐ หลักความเอื้ออาทร (integration principle) เพื่อการใช้สิ่งแวดล้อมอันเป็นสมบัติตามธรรมชาติอย่างทะนุถนอมที่สุด หลักการคุ้มครองความมีอยู่และหลักความยั่งยืน (sustainability) เพื่อประกันคุณภาพของสิ่งแวดล้อมให้เป็นอยู่อย่างปรากฏในปัจจุบัน ไม่เสื่อมทรามลง และหลักที่ว่าผู้ก่อมลภาวะเป็นผู้จ่าย (polluter pays principle) ซึ่งเรียกร้องให้ผู้ก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมเป็นผู้ชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น¹²⁴

2.2.3 หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแทรกแซงทางเศรษฐกิจ

จากการตั้งวัตถุประสงค์ให้น้ำแร่ร้อนกลายเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่สร้างรายได้ให้แก่รัฐ จึงมีมติของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น ประเด็นปัญหาที่ว่า การจะวางโครงสร้างการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนให้เป็นแหล่งท่องเที่ยว นั้น รัฐพึงเข้ามามีบทบาทอย่างไร หากมีการดำเนินการโดยเอกชนอยู่แล้ว การดำเนินการโดยรัฐจะเป็นการแทรกแซงกลไกตลาดหรือไม่ หากทำได้ควรจะมีขอบเขตอย่างไร และควรใช้องค์กรของรัฐใด รูปแบบการดำเนินการใด (อาทิ การออกกฎหมายหรือคำสั่งบังคับฝ่ายเดียว การควบคุมและกำกับ การวางแผนนโยบาย หรือการร่วมมือกับเอกชน) จึงจะเหมาะสมที่สุด รัฐมีเหตุผลความจำเป็นรองรับการแทรกแซงดังกล่าว (อาทิ เพื่อคำนวณและรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ คุ้มครองความเป็นธรรมในตลาด กระจายรายได้และความมั่งคั่งยกระดับสาธารณสุขภาค หรือส่งเสริมสวัสดิการสังคม) หรือไม่ และมีกลไกประกันว่าเอกชนจะไม่ถูกแทรกแซงในบางกรณี (อาทิ ระบบกรรมสิทธิ์ การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ฯลฯ) หรือไม่ การดำเนินการโดยรัฐเพื่อรายได้หรือสร้างบริการสาธารณะแก่ประชาชนนี้ จะสามารถจัดเก็บค่าธรรมเนียมได้มากน้อยเพียงใด¹²⁵ ทั้งนี้ หลักการที่ควรคำนึงถึงในการวางโครงสร้างทางกฎหมายเหล่านี้ คือ หลักการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างเสรี หลักการแทรกแซงอย่างพอเหมาะพอควร และหลักการระวังมิให้เกิดสภาพของการผูกขาดกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ ซึ่งก็ล้วนเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ คือ ความกินดีอยู่ดีของประชาชนทั้งในระดับชาติและท้องถิ่น

¹²³ บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ (เชิงอรรถ 76) 133-134.

¹²⁴ เฝิงอั้ง 135-139.

¹²⁵ เป็นประเด็นที่ถามในสาขากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจอยู่แล้ว. โปรดดู บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ (เชิงอรรถ 76) 245-246, 260-262; ประยูร กาญจนกุล (เชิงอรรถ 42) 41-43.

การมีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานที่เอื้อต่อการทำกิจการการค้า และสามารถหารายได้เข้ารัฐเพื่อนำไปใช้ใน การพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ ได้นั้นเอง¹²⁶

3. ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน

จากที่ได้พิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนข้างต้น ผู้เขียนพบข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับธรรมชาติและความสัมพันธ์ระหว่างหลักการทางกฎหมายเหล่านี้ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง หลักการทางกฎหมายเหล่านี้แท้จริงแล้วมีเนื้อหาที่ทับซ้อนกันหรือเรียกร้องในสิ่งเดียวกัน ทั้งระหว่างหลักการทางกฎหมายทั่วไปและหลักการทางกฎหมายเฉพาะ อาทิ อำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะใช้เหนือปัจเจกชนก็คือสิ่งเดียวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เพียงแต่ให้รายละเอียดต่างกันตามระดับของการใช้อำนาจเพื่อสร้างความชอบธรรมเท่านั้น หรือการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติให้มีความมั่นคงและยั่งยืน แท้จริงก็คือการขยายความรายละเอียดของประโยชน์สาธารณะที่รัฐตั้งเป้าประสงค์ไว้ในกิจการสาขาใดสาขาหนึ่งเป็นการเฉพาะ การเรียกร้องความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองเพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการสาธารณะ ก็คือหลักการที่ส่งเสริมและนำไปสู่การทำให้ประโยชน์ต่อสาธารณะเกิดผลลัพธ์ที่ดีที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือการกระจายอำนาจการปกครองสู่ท้องถิ่นก็เป็นไปเพื่อตอบสนองความเชี่ยวชาญในการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นผู้ที่ทราบปัญหาในพื้นที่ที่สุด และยังเป็นไปเพื่อส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนตามวิถีทางแห่งประชาธิปไตย จากการที่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยมีส่วนในการตัดสินใจเกี่ยวกับกิจการสาธารณะบางอย่างด้วยตัวเองด้วย ในทำนองเดียวกันนี้ ข้อเรียกร้องที่ไม่ให้มีการผูกขาดกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐ ก็เป็นไปเพื่อการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะสามารถประกอบอาชีพอย่างเสรีนั่นเอง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ของหลักการทางกฎหมายทั้งหมดที่ได้สำรวจมาข้างต้นมีเนื้อหาที่ทับซ้อนปะปนกันเป็นกลุ่มก้อน (cluster) อย่างหนาแน่น ทำให้ยากต่อการแยก การพิจารณาออกจากกันได้โดยเด็ดขาด

ประการที่สอง หลักการทางกฎหมายเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นข้อความคิดที่เป็นนามธรรม (abstract) มิใช่โครงสร้างและกลไกที่จับต้องได้ในการบริหารจัดการในความเป็นจริง แต่มีสถานะเป็นหลักการอันเป็นที่มาของการออกแบบโครงสร้างและกลไกในความเป็นจริงเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้โดยสภาพแล้วการพิจารณาว่าจะออกแบบโครงสร้างและกลไกทางกฎหมายในการบริหารจัดการกิจการสาธารณะใดกิจการสาธารณะหนึ่ง จึงไม่มีข้อสรุปที่แน่นอนและตายตัว (non-fixed) ดังที่ได้ตั้ง

¹²⁶ อนึ่ง แม้ปรัชญาและแนวคิดทางการเมืองและเศรษฐกิจที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศจะส่งผลต่อการอธิบายหลักการเหล่านี้ในรายละเอียด แต่ในความเป็นจริงแล้ว การแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยรัฐเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในทุกประเทศไม่ว่าจะยึดถือแนวทางเสรีนิยมหรือสังคมนิยม เพราะกิจกรรมสาธารณะที่รัฐเข้าไปดำเนินการล้วนมีความเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจโดยธรรมชาติ อีกทั้ง ยังมีความจำเป็นที่รัฐต้องเข้าไปสร้างความเป็นธรรมระหว่างเอกชน และป้องกันการครอบงำของธุรกิจต่างชาติด้วย. บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ (เชิงอรุณ 76) 258-270.

ข้อสังเกตไว้แล้ว การอธิบายและนำหลักการทางกฎหมายเหล่านี้ไปใช้ในการออกแบบโครงสร้างทางกฎหมาย สามารถทำได้อย่างหลากหลายและแตกต่างกันในระบบกฎหมายต่าง ๆ¹²⁷ ยิ่งไปกว่านั้น นักวิชาการทางกฎหมายแต่ละท่าน แม้ในระบบกฎหมายเดียวกันก็อาจอธิบายหลักการที่สำคัญที่จะใช้ในการออกแบบโครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการสาธารณะอย่างแตกต่างกันได้

ประการที่สาม จากการพิจารณาภาพรวมของหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ข้างต้น จะพบว่าหลายครั้งหลักการทางกฎหมายเหล่านี้มีเนื้อหาหรือสิ่งที่เรียกร่องที่ขัดแย้งกันโดยธรรมชาติ กล่าวคือเป็นไปเพื่อสร้าง ‘ความชอบธรรม’ หรือส่งเสริม ‘ความเชี่ยวชาญ’ ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองส่วนหนึ่ง และเป็นไปเพื่อ ‘การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน’ และ ‘มุ่งควบคุมการใช้อำนาจในการบริหารจัดการสาธารณะของฝ่ายปกครอง’ อีกส่วนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจดำเนินการบางอย่าง การนั้นมักจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสมอไม่มากก็น้อย ไม่ทางตรงก็ทางอ้อม ในทางกลับกัน หากให้สิทธิประชาชนใช้น้ำแร่ร้อนอย่างเสรี การดำเนินการกิจการในการพัฒนาแหล่งท่องเที่ยวเพื่อหารายได้เข้าสู่รัฐ อันอาจต้องพิจารณาเก็บอัตราค่าใช้บริการน้ำแร่ร้อนที่แพงขึ้นก็ไม่อาจประสบความสำเร็จได้อย่างดี

จากความสัมพันธ์ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ทั้ง 3 ประการ ได้แก่ ลักษณะที่ทับซ้อนปะปนกันเป็นกลุ่มก้อน ความเป็นนามธรรมไม่มีข้อสรุปที่แน่นอนและตายตัว และการมีเนื้อหาหลายส่วนที่ขัดแย้งกัน โดยธรรมชาตินี้ ผู้เขียนพบว่านักวิชาการกฎหมายปกครองต่างหาคำตอบว่าการบริหารจัดการสาธารณะที่ดีพึงเป็นไปเช่นใด โดยการพยายาม ‘ผสมความขัดแย้ง’ ‘จำแนกแจกแจง’ หรือ ‘สร้างสมดุล’ ระหว่างหลักการทางกฎหมายเหล่านี้ในหลากหลายลักษณะ ได้แก่

3.1 การสร้างความสมดุลในตัวเองของหลักการทางกฎหมาย

ดังจะเห็นได้ว่าหลักการทางกฎหมายที่น่าเสนอไปข้างต้นทั้งหมดจะถูกอธิบายอย่างมีข้อจำกัดและขอบเขตการใช้ในตัวเองแทบทั้งสิ้น อาทิ ขอบเขตการตีความคำว่า ‘ประโยชน์สาธารณะ’ และ ‘ภารกิจของรัฐ’ มิได้หมายถึงเฉพาะแต่การสร้างสาธารณูปโภคเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนด้วย ดังที่รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้แจกแจงข้อพิจารณาในการดำเนินงานมหาชนภายใต้หลักนิติรัฐไว้ว่า ‘ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชนสอดคล้องกันให้มากที่สุด...การดำเนินงานมหาชนจึงต้องไม่ริบคว่นลง ความเห็นที่ประโยชน์ทั้งสองมีแต่จะขัดแย้งกันเสมอไป ถ้าสามารถทำให้ประโยชน์ทั้งสองนี้ประสานกลมกลืนกันไปได้ ก็จะไม่ก่อให้เกิดความผาสุกอย่างสมบูรณ์’¹²⁸ แต่หากยังคงมีความขัดแย้งกัน แม้จะต้องเลือกประโยชน์สาธารณะมาก่อนประโยชน์ของเอกชน แต่ก็ยังต้อง ‘พิเคราะห์อย่างรอบคอบอยู่เสมอที่จะไม่ทำให้เอกชนเสียเปรียบโดยไม่จำเป็น’ และต้องมีการกำหนดการเยียวยาที่เป็นธรรมแก่เอกชนผู้เสียผลประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั้นด้วย¹²⁹

¹²⁷ ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนจากการสำรวจแนวคิดโดยเฉพาะเจาะจงของแต่ละระบบกฎหมายในการใช้กฎหมายปกครองวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะในหัวข้อที่ 1.6.

¹²⁸ สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 56) 45-47.

¹²⁹ เพิ่งอ้าง.

เช่นเดียวกันกับการพิจารณาหลักการรวมอำนาจและกระจายอำนาจก็ต้องทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประสิทธิภาพในการจัดทำบริการสาธารณะให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วประเทศกับการส่งเสริมความเชี่ยวชาญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและการมีส่วนร่วมของประชาชนในพื้นที่¹³⁰ ในทำนองเดียวกัน Elizabeth Fisher และ Sidney A. Shapiro อธิบายอย่างชัดเจนว่าการพิจารณาความสามารถของฝ่ายปกครองต้องพิจารณาทั้งส่วนของความเชี่ยวชาญและความชอบธรรมของการบริหารจัดการสาธารณะไปพร้อมกัน จะพิจารณาแต่ความเชี่ยวชาญของการบริหารจัดการสาธารณะอย่างเดียวไม่ได้ ทั้งนี้ ความชอบธรรมที่ว่านี้ไม่ได้มีมิติที่แคบและหมายถึงการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการใช้อำนาจเพื่อจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างเหมาะสม (fit and appropriate) ด้วย¹³¹

3.2 การสร้างความสมดุลร่วมกันระหว่างหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ

ในขณะที่หัวข้อก่อนเป็นการสร้างความสมดุลโดยมีหลักการทางกฎหมายใดหลักการทางกฎหมายหนึ่งเป็นแกนกลาง เช่น หลักประโยชน์สาธารณะ หลักความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองหรือหลักการรวมและกระจายอำนาจ แต่ความสลับซับซ้อนจะเพิ่มมากขึ้นเมื่อต้องพิจารณาหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ร่วมกัน ทั้งนี้ หากเป็นความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง ข้อพิพาทใดข้อพิพาทหนึ่ง อาทิ การดำเนินกิจกรรมสาธารณะของฝ่ายปกครองหนึ่ง ๆ เป็นไปโดยชอบธรรมหรือไม่นั้น ก็ต้องพิจารณาในลักษณะของ ‘การตีความกฎหมาย’ หรือ ‘การชั่งน้ำหนัก’ กล่าวคือ ตีความว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อบริหารจัดการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งระบบกฎหมายต่าง ๆ มีวิธีการและเลือกใช้เครื่องมือที่แตกต่างกันในการสร้างสมดุลนี้¹³²

อย่างไรก็ดี สิ่งที่เป็นภารกิจสำคัญของบทความนี้ คือ การพยายามสร้างความสมดุลระหว่างหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อ ‘การออกแบบโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะ’ ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่ท้าทายมากกว่า เพราะไม่มีข้อพิพาทที่รูปธรรมชัดเจนให้พิจารณา แต่ต้องสร้างระบบการพิจารณาหลักการต่าง ๆ อย่างเป็นนามธรรมและเป็นการทั่วไป และระบบความสัมพันธ์เหล่านี้ก็ไม่มีข้อสรุปที่ตายตัว กล่าวคือ สามารถอธิบายในลักษณะที่หลากหลายโดยนักวิชาการแต่ละคนได้ ในการนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอชุดคำอธิบายหรือแนวคิดทางวิชาการ (academic concept) ที่น่าสนใจที่นักวิชาการกฎหมายปกครองสร้างขึ้นเพื่อใช้อธิบายความสมดุลระหว่างหลักการทางกฎหมายบางประการก่อน จากนั้นจึงจะสังเคราะห์แนวทางการพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนที่ผู้เขียนเห็นควรต่อไป

¹³⁰ ดังที่ Paul Craig อธิบายไว้ว่า ‘The debate on central-local relations...involves fundamental issues, such as the balance between efficiency and democracy, between uniformity of standard and diversity, and the meaning to be attached participation’ (Paul Craig (n 27) 158).

¹³¹ Elizabeth Fisher and Sidney A. Shapiro (n 52) 32–33.

¹³² อาทิ หลักความได้สัดส่วน (proportionality) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (legal certainty) ฯลฯ. โปรดดูเพิ่มเติมใน Voraphol Malsukhum (n 70).



ก. หลักการจัดทำบริการสาธารณะของ Louis Rolland

หลักการบริหารจัดการสาธารณะที่เป็นที่นิยมและถูกอ้างถึงอย่างแพร่หลายภายใต้แนวคิดการจัดทำบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย คือ หลักการจัดทำบริการสาธารณะของ Louis Rolland แห่งสำนักความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (l'Ecole de Bordeaux)¹³³ ซึ่งอธิบายหลักการที่ควรคำนึงถึงในการจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะของ 'คุณค่าทางกฎหมาย' (legal value) ที่ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทใดหรือจัดทำโดยองค์กรใดก็จะต้องคำนึงถึง 3 ประการ ได้แก่¹³⁴

หลักว่าด้วยความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะ (le principe d'égalité) เป็นหลักเกณฑ์ที่เรียกร้องให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคนอย่างเสมอภาคกัน จะมุ่งหมายให้สนองประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะมิได้ ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวมีที่มาจากบทบัญญัติในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droit de l'homme et du citoyen) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญในการที่จะถูกปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันทางกฎหมาย และถูกพัฒนาเพิ่มเติมโดยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ¹³⁵

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ (le principe de continuité) ซึ่งอธิบายว่าการจัดทำบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่มีความจำเป็นต่อประชาชน จึงมีอายุชงัดขังกลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ทั้งนี้ หลักว่าด้วยความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ เป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของรัฐ (principe de la continuité de l'Etat) โดยศาลปกครองสูงสุดให้ความสำคัญกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องนี้เป็นอย่างมาก¹³⁶ และได้รับการยอมรับจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเช่นกัน จนทำให้หลักการนี้กลายมาเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของการจัดทำบริการสาธารณะอีกประการ¹³⁷

หลักว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงตามความเหมาะสมแก่สถานการณ์ (le principe d'adaptation ou principe de mutabilité) เรียกร้องให้การจัดทำบริการสาธารณะที่ดีต้องสามารถ

¹³³ Gilles J. Guglielmi, *Introduction au droit des services publics* (L.G.D.H. 1994) 39 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ* (เชิงอรรถ 22) 43.

¹³⁴ โปรดดูเพิ่มเติมใน John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 170.

¹³⁵ อาทิ คดี Chomel คดี 1911 Société des concerts du conservatoire ,Gr. Ar., n° 791951 คดี CAA Paris, 6 Nov. 2003, Union nationale interuniversitaire, AJDA 2004, 343 เป็นต้น. โปรดดู John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 171; Alain-Serge Mescheriakoff, *Droit des services publics* (PUF 1991) 139-140 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ* (เชิงอรรถ 22) 44.

¹³⁶ อาทิ คดี Winkell 1909. โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ* (เชิงอรรถ 22) 46-47.

¹³⁷ อาทิ คดี CE Ass. Plen. 7July 1950, Dehaene, RDP 1950.691concl. Gazier คดี Continuité du service public de la radio-télévision 1979. โปรดดู John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 170; Gilles J. Guglielmi (n 133).

ปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลา (adaptability) เพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ อันเป็นเป้าหมายสูงสุดของการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับความต้องการส่วนรวมของประชาชนในสังคมปัจจุบันมากที่สุดด้วย¹³⁸

นอกจากนี้ หนังสือกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสบางเล่มยังได้สร้างหลักการขั้นพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะประการที่สี่ขึ้นมา ได้แก่ **หลักว่าด้วยความเป็นกลาง** (le principe de neutralité) แต่หลักการดังกล่าวกลับไม่เป็นที่ยอมรับ เนื่องจากถูกมองว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักว่าด้วยความเสมอภาคอยู่แล้ว¹³⁹

ข. การบริหารจัดการที่ดี (good administration) การเป็นรัฐบาลที่ดี (good government) หลักธรรมาภิบาล (good governance) และหลักความรับผิดชอบ (accountability)

นอกเหนือจากการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างหลักการต่าง ๆ ในลักษณะของ ‘คุณค่าทางกฎหมาย’ ที่ต้องคำนึงถึงตามแนวทางของ Louis Roland แล้ว นักวิชาการบางท่านใช้วิธีการ ‘สร้างชุดคำอธิบายทางวิชาการ’ อันประกอบไปด้วยหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นมา เพื่อใช้ขงว่าโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะที่ดีพึงเป็นเช่นไร อาทิ Paul Craig นำเสนอว่าการบริหารจัดการที่ดีนั้น นอกจากการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและความชอบธรรมของการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงหลักการที่เกี่ยวข้องทั้งในทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเป็นธรรมในเชิงกระบวนการ (procedural propriety) หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน หลักความเปิดเผย (openness) หลักความสมเหตุสมผล (rationality) หลักความเกี่ยวข้องเชื่อมโยง (relevance) วัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (propriety of purpose) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (legal certainty) และหลักความได้สัดส่วน (proportionality) ด้วย¹⁴⁰

ในขณะที่ Timothy Endicott อธิบายหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ภายใต้แนวคิดความแตกต่างระหว่าง**รัฐบาลที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ** (arbitrary government) ซึ่งอยู่เหนือการควบคุมใด ๆ และเป็นปฏิปักษ์กับการปกครองโดยกฎหมาย¹⁴¹ กับ**รัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ** (responsible government) ซึ่งตอบสนองความต้องการของสังคมและประโยชน์ของผู้ผู้ได้การปกครองมากกว่าประโยชน์ส่วนตน ตลอดจนให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ไม่ใช่พลเมืองของตนด้วยความสุจริต (good faith) และมีเหตุมีผล (reasonable) ซึ่งเมื่อการดำเนินการสำเร็จคล่องไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและเต็มไปด้วย

¹³⁸ อาทิ คดี Compagnie nouvelle de gaz de Deville-Lès-Rouen 1902 คดี Vincent 1969. โปรดดู John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 17-1701; Jean-Marie PONTIER, *Les services publics* (HACHETTE 1996) 92 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (เชิงจรด 22) 50-52.

¹³⁹ โปรดดู John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (n 21) 171; Meschariakoff, *Services publics* 133-135.

¹⁴⁰ Paul Craig (n 27) 17; ดูคำอธิบายที่เรียกชื่อเหมือนกัน แต่มีรายละเอียดที่ต่างกันใน Mark Elliott and Jason N.E. Varuhas, *Administrative Law: Text and Materials* (5th edn, Oxford University Press 2017) 1.

¹⁴¹ Timothy Endicott, *Administrative Law* (4th edn, Oxford University Press 2018) 9-10.



ความเห็นอกเห็นใจ (compassion) โดยคำนึงถึงทุกองค์ประกอบแล้ว ก็พึงถูกพิจารณาได้ว่าเป็น **การปกครองโดยรัฐบาลที่ดี** (good government)¹⁴²

Timothy Endicott อธิบายต่อไปว่า กฎหมายปกครองเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนความพยายามในการเป็นรัฐบาลที่มีความรับผิดชอบและการบรรลุเป้าหมายในการเป็นรัฐบาลที่ดีในท้ายที่สุด โดยมีหลักการทางกฎหมายอันเป็น ‘มาตรฐานทั่วไป’ (general standard) ที่ต้องคำนึงถึงมากมาย อาทิ หลักการแบ่งแยกอำนาจที่เรียกร้องให้รัฐบาลต้องดำเนินการบริหารจัดการสาธารณะอย่างชัดเจน (clear) เปิดเผย (open) คาดหมายได้ (prospective) มั่นคง (stable) และมีกรบังคับใช้กฎหมายเป็นการทั่วไป (general) อีกทั้งยังเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ซึ่งบังคับใช้กฎหมายสามารถดำเนินการได้อย่างอิสระและมีประสิทธิภาพ¹⁴³ นอกจากนี้ การวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะยังจะต้องสามารถปรับเปลี่ยนไปตามลักษณะ (nature) ความเชี่ยวชาญ และกระบวนการเฉพาะขององค์กรที่ใช้อำนาจ ประเภทของกิจการสาธารณะ และผลกระทบและความเสียหายต่อปัจเจกชน ผู้รับบริการ ฯลฯ ด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้ถูกอธิบายภายใต้หลักความสัมพันธ์ (principle of relativity)¹⁴⁴ ตลอดจนการเคารพและให้เกียรติการดำเนินการขององค์กรอื่น ๆ (comity) กล่าวคือ การควบคุมการตัดสินใจจะกระทำเท่าที่จำเป็นเมื่อการดำเนินการขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ศุภนิติกระบวนการ (due process of law) ความเป็นธรรม (justice) และความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (legal certainty) เท่านั้น¹⁴⁵

หลักธรรมาภิบาลก็เป็นที่ยอมรับและถูกใช้พิจารณาโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะเช่นกัน และก็มีลักษณะร่วมอย่างเดียวกันกับหลักการเป็นรัฐบาลที่ดี คือ เป็นการพยายามสร้างชุดคำอธิบายทางวิชาการเพื่ออธิบายความสัมพันธ์ระหว่างหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง อาทิ Mark Elliott และ Robert Thomas อธิบายว่าหลักธรรมาภิบาลมีความสำคัญมาก เพราะเกี่ยวเนื่องกับการยอมรับความชอบธรรมของสถาบันการปกครอง (legitimacy of the institutions of government) ซึ่งหากไม่มีแล้วย่อมทำให้เกิดสังคมที่สงบสุขและมีการบริหารจัดการที่ดีและสร้างสรรค์มิได้ ทั้งนี้ แม้ว่าจะไม่มีข้อกำหนดตายตัวว่าสังคมที่มีธรรมาภิบาลพึงเป็นเช่นไร แต่ก็มี ‘ชุดของหลักการสำคัญ’ (set of core principles) ที่ยอมรับเป็นวงกว้างว่าจะนำไปสู่ความมีธรรมาภิบาลได้ ได้แก่ การบริหารโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม (governing in the public interest) การบริหารอย่างโปร่งใส (governing transparently) การบริหารอย่างเคารพสิทธิเสรีภาพ ศักดิ์ศรีและประโยชน์ของปัจเจกชน (respecting the dignity, rights, and interests of individuals) และการบริหารอย่างมีประสิทธิภาพ (governing competently)¹⁴⁶

¹⁴² Ibid 15–16.

¹⁴³ Ibid 17–28.

¹⁴⁴ Ibid 13–14.

¹⁴⁵ Ibid 16–28.

¹⁴⁶ Mark Elliott and Robert Thomas, *Public Law* (4th edn, Oxford University Press 2020) Section 10.

ทั้งนี้ พึงเข้าใจตามที่ Mark Elliott และ Robert Thomas ได้ให้ข้อสังเกตไว้แล้วว่า รายละเอียดของหลักการที่นำไปสู่ความมีธรรมาภิบาลสามารถอธิบายแตกต่างกันและปรับเปลี่ยนได้¹⁴⁷ และอาจถูกนำมาใช้ในบางระบบกฎหมายในฐานะหลักการบริหารราชการทั่วไปที่มีกฎหมายรับรองได้ อาทิ **หลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี** ภายใต้พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ซึ่งอธิบายหลักการสำคัญ 4 ประการและ 10 หลักการย่อย ได้แก่ **การบริหารจัดการภาครัฐแนวใหม่** (New Public Management) ซึ่งประกอบด้วยประสิทธิภาพ ประสิทธิผล การตอบสนอง **ค่านิยมประชาธิปไตย** (Democratic Value) ซึ่งประกอบด้วยภาวะรับผิดชอบ/สามารถตรวจสอบได้ เปิดเผย/โปร่งใส หลักนิติธรรม ความเสมอภาค **ประชารัฐ** (Participatory State) ซึ่งประกอบด้วยการมีส่วนร่วม/การพยายามแสวงหาฉันทามติ การกระจายอำนาจ และ**ความรับผิดชอบต่อการบริหาร** (Administrative Responsibility) ซึ่งประกอบด้วยคุณธรรมและจริยธรรม เป็นต้น¹⁴⁸

ชุดคำอธิบายทางวิชาการที่จะถูกยกเป็นตัวอย่างสุดท้ายในหัวข้อนี้ คือ **หลักความรับผิดชอบต่อ**¹⁴⁹ ซึ่งเรียกร้องให้การกระทำใด ๆ ในการบริหารจัดการสาธารณะขององค์กรและเจ้าหน้าที่รัฐเป็นการกระทำที่สามารถอธิบายเหตุผลได้และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบ¹⁵⁰ ในทำนองเดียวกัน หลักความรับผิดชอบนี้ไม่มีเนื้อหาตายตัว (unspecific) และอาจเรียกร่องมากกว่าความรับผิดชอบต่อในทางกฎหมาย (legal accountability) เช่น ความรับผิดชอบต่อทางการเมือง (political accountability) ความรับผิดชอบต่อทางการเงิน (financial accountability) และความรับผิดชอบต่อราชการ (bureaucratic accountability)¹⁵¹ นอกจากนี้ ยังอาจถูกนำไปใช้ในการพิจารณาการดำเนินกิจกรรมสาธารณะของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะได้ด้วย อาทิ การที่ Anne C. L. Davies นำหลักความรับผิดชอบต่ออันประกอบด้วยการยอมรับ (acceptability) ความสร้างสรรค์ (productivity) และความเหมาะสม (fit) มาใช้เป็นข้อแนะนำในการพิจารณาการเข้าทำสัญญาของรัฐ¹⁵² และเช่นเดียวกัน หลักความรับผิดชอบนี้ก็ไม่ได้มีความหมายเดียว แต่สามารถอธิบายได้อย่างหลากหลายในแต่ละ

¹⁴⁷ ตลอดจนการอธิบายในมุมมองของนักรัฐประศาสนศาสตร์ก็อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างออกไป. โปรดดูตัวอย่างใน Dennis A. Rondinelli, 'Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens' January 2007 (7th Global Forum on Reinventing Government: Building Trust in Government, Vienna, Austria 26-29 June 2007).

¹⁴⁸ โปรดดู หลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี <https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/attachment/article/7.1_hlakthrrmaaphibaalkhngkaarbrihaarkicckhaarbaanemuengthiidi.pdf> สืบค้นเมื่อ 24 กันยายน 2564.

¹⁴⁹ แท้จริงแล้ว ชุดคำอธิบายทางวิชาการในลักษณะเดียวกันนี้ยังมีอีกมากมาย ทั้งที่เรียกร่องหลักการในทางกฎหมายและหลักการอื่นนอกเหนือจากกฎหมาย อาทิ หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน. โปรดดู Andrea Ross-Robertson, 'Sustainable Development' in Peter Cane and Joanne Conaghan (n 23) 1147-1148.

¹⁵⁰ Timothy Endicott (n 141) 28.

¹⁵¹ Robin Creyke, John McMillan and Mark Smyth (n 32) 18-30.

¹⁵² Anne C. L. Davies, *Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract* (Oxford University Press 2001).

ระบบกฎหมาย เนื่องจากแต่ละสังคมย่อมมีความเข้าใจเรื่องสิทธิ การมีส่วนร่วม หรือความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน¹⁵³

3.3 การพิจารณาความสัมพันธ์ในเชิงวัตถุประสงค์และความนิยมในการเลือกใช้เครื่องมือ

นอกจากการสร้างความสมดุลในการอธิบายในตัวหลักการเองและการสร้างชุดคำอธิบายทางวิชาการที่ประกอบไปด้วยหลักการต่าง ๆ แล้ว การสร้างความสมดุลยังสามารถทำได้ผ่านการพิจารณาวัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายปกครองในการวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะด้วย กล่าวคือ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่กล่าวไปทั้งหมดข้างต้นมีแก่นสารในเชิงวัตถุประสงค์ 2 ประการ ได้แก่ ความต้องการที่จะทำให้การบริหารจัดการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และความต้องการควบคุมการบริหารจัดการสาธารณะให้ไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากจนเกินไป ในการนี้ นักวิชาการกฎหมายปกครอง พยายามแจกแจงวัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายปกครองเข้ามาวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะใน 2 ประการข้างต้น และสร้างทฤษฎีและวิธีการแก้ปัญหาความขัดแย้งกันโดยธรรมชาติขึ้นอย่างหลากหลาย

อาทิ Carol Harlow and Richard Rawlings เสนอทฤษฎีสัญญาณไฟจราจร (lights theory) อธิบายวัตถุประสงค์ที่มาก่อน (preferred value) ของกฎหมายปกครอง ออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ กลุ่มนักกฎหมายที่เชื่อว่าวัตถุประสงค์ที่มาก่อนคือการควบคุมไม่ให้นิติกรดำเนินกิจกรรมสาธารณะของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า กลุ่มนักกฎหมายที่เชื่อในทฤษฎีไฟแดง (red light theorist) และกลุ่มนักกฎหมายที่เชื่อว่าวัตถุประสงค์ที่มาก่อนคือการส่งเสริมการดำเนินกิจกรรมสาธารณะของฝ่ายปกครองให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เรียกว่า กลุ่มนักกฎหมายที่เชื่อในทฤษฎีไฟเขียว (red light theorist)¹⁵⁴ หรือการพิจารณากฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นเครื่องมือ (instrumentalist) นำไปสู่ผลลัพธ์ที่ต้องการ และกฎหมายปกครองในฐานะที่ไม่ใช่เครื่องมือ (non-instrumentalist) เพราะไม่ได้เน้นที่ผลลัพธ์ แต่ความสำเร็จเกิดจากการให้ความสำคัญกับคุณค่าบางประการ เช่น การบังคับใช้กฎหมายอย่างโปร่งใสชัดเจนและสม่ำเสมอมากกว่า¹⁵⁵ ความนิยมที่แตกต่างกันเหล่านี้ก็นำไปสู่การพิจารณาบทบาทหน้าที่ของตุลาการในการบริหารจัดการสาธารณะที่แตกต่างกันได้ อาทิ ทฤษฎีไฟแดงย่อมเชื่อว่าองค์กรตุลาการมีหน้าที่สำคัญในการหยุดยั้งการใช้อำนาจที่มีชอบของฝ่ายปกครอง ในขณะที่ทฤษฎีไฟเขียวเชื่อว่าองค์กรตุลาการมีหน้าที่ร่วมมือและส่งเสริม

¹⁵³ รวมถึงวิธีการที่จะทำให้เกิดความน่าเชื่อถือว่าเป็นรัฐบาลที่มีความรับผิดชอบในระบบกฎหมายต่าง ๆ ก็แตกต่างกัน. โปรดดูเพิ่มเติมใน Athanasios Psygkas, 'Accountability' in Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, and Peter L. Lindseth (n 15).

¹⁵⁴ Carol Harlow and Richard Rawlings (n 67) 4-22; Mark Elliott and Jason N.E. Varuhas (n 140) 2-6.

¹⁵⁵ Peter Cane, Leighton McDonald and Kristen Rundle (n 84) 346-347.

การบริหารจัดการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพมากกว่าไปหยุดยั้งฝ่ายปกครอง¹⁵⁶ นอกจากนี้ ยังเกี่ยวข้องกับ การเลือกใช้เครื่องมือที่ต่างกันในการควบคุมการบริหารจัดการสาธารณะด้วย โดยมักปรากฏ คำอธิบายในลักษณะของเหรียญสองด้าน (dichotomies) เช่น ความสมดุลระหว่างการแทรกแซง (intervention) และการยับยั้งของศาล (restraint) เป็นต้น¹⁵⁷

อนึ่ง นักวิชาการบางส่วนนำเสนอต่อไปว่าการพิจารณาวัตถุประสงค์และเครื่องมือในลักษณะ ที่เป็นเหรียญสองด้านเช่นนี้ไม่ใช่วิธีการที่ดีนัก เพราะเป็นการบังคับให้กฎหมายปกครองต้องเลือกข้างใด ข้างหนึ่ง กล่าวคือ จะแทรกแซงหรือปล่อยให้การบริหารจัดการสาธารณะดำเนินต่อไป และไม่ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์อีกประการที่ไม่ได้ถูกเลือกเลย อาทิ Elizabeth Fisher และ Sidney A. Shapiro เสนอว่าการที่นักกฎหมายมักแต่กล่าวการที่รัฐจะมีอำนาจมากจนเกินไป และมองฝ่ายปกครอง ในลักษณะว่ามี ‘ความจำเป็น’ ที่จะต้องถูกควบคุมเป็นเรื่องที่ไม่สมควรเกิดขึ้น¹⁵⁸ แท้ที่จริงแล้ว กฎหมายปกครองสามารถมีบทบาทหลายอย่างในเวลาเดียวกัน ทั้งความเชี่ยวชาญในการทำภารกิจที่ ได้รับมอบอำนาจมาจากกฎหมายให้สำเร็จ ตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะตามแต่สถานการณ์ ที่เกิดขึ้น และใช้ความเชี่ยวชาญนั้นอย่างชอบธรรมด้วยได้¹⁵⁹ ดังที่ William Wade และ Christopher Forsyth ประารณไว้ว่า ‘คงจะเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน หากคิดว่าระบบกฎหมายปกครอง จำเป็นต้องเป็นปฏิปักษ์ต่อความมีประสิทธิภาพของฝ่ายปกครอง แท้ที่จริงแล้ว เส้นทางของการปกครอง จะราบรื่นกว่า หากกฎหมายมีมาตรฐานความชอบด้วยกฎหมายที่สูง สมเหตุสมผล และเป็นธรรม’¹⁶⁰

4. แนวทางพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวางโครงสร้าง การบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน

การจะพิจารณาว่าการบริหารจัดการกิจการสาธารณะใดกิจการสาธารณะหนึ่งมีโครงสร้าง ทางกฎหมายที่ดีหรือไม่นั้น มีหลักการทางกฎหมายทั้งหลักการทั่วไปและหลักการเฉพาะที่เกี่ยวข้อง จำนวนมาก นอกจากนี้ ยังมีชุดคำอธิบายทางวิชาการที่หลากหลาย อาทิ หลักการจัดทำบริการ สาธารณะของ Louis Roland หลักการบริหารจัดการที่ดี หลักการเป็นรัฐบาลที่ดี หลักธรรมาภิบาล

¹⁵⁶ โปรดดู Carol Harlow and Richard Rawlings (n 67) 4-22; Mark Elliott and Jason N.E. Varuhas (n 140) 2-6.

¹⁵⁷ หรือการพิจารณาเลือกใช้มาตรวัดในทางกฎหมาย (legal paradigms) หรือมาตรวัดที่ไม่ใช่กฎหมาย (non-Legal paradigms). โปรดดู Robin Creyke, John McMillan and Mark Smyth (n 32) 4-13.

¹⁵⁸ Elizabeth Fisher and Sidney A. Shapiro (n 52) 35-36.

¹⁵⁹ Ibid 14-16, 25-26, 67-70.

¹⁶⁰ ‘It is a mistaken to suppose that a developed system of administrative law is necessarily antagonistic to efficient government...the government’s path will be smoother, where the law can enforce high standards of legality, reasonable and fairness’ (William Wade and Christopher Forsyth (n 31) 6).



หลักความรับผิดชอบ ฯลฯ ซึ่งชุดคำอธิบายทางวิชาการเหล่านี้พยายาม ‘รวบรวม’ ‘จัดหมวดหมู่’ หรือ ‘จัดระดับความสำคัญก่อนหลัง’ หลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ในฐานะ ‘ชุดของหลักการสำคัญ’ (set of core principles) ‘องค์ประกอบ’ (component) ‘มาตรฐานทั่วไป’ (general standard) หรือ ‘ข้อเรียกร้อง’ (requirement) ที่เหมือนกันและแตกต่างกันบ้างในแต่ละชุดคำอธิบาย

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ คือ หากต้องวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะสำหรับกิจการสาธารณะใดกิจการสาธารณะหนึ่งในความเป็นจริง ดังเช่นภารกิจในการพิจารณาโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนของบทความนี้แล้ว นักกฎหมายจะพึงเลือกใช้ชุดคำอธิบายหรือหลักการทางกฎหมายมาเป็นมาตรวัดโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการที่ดีอย่างไร

ทั้งนี้ จากการถอดประกอบชิ้นส่วนเพื่อศึกษาหลักการที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะและชุดคำอธิบายทางวิชาการต่าง ๆ ทั้งหมดโดยละเอียด ผู้เขียนพบว่ามีแนวทางที่สามารถดำเนินการได้ 3 แนวทาง

แนวทางที่หนึ่ง คือ การหยิบยกรวมชุดคำอธิบายทางวิชาการชุดใดชุดหนึ่งมาเป็นมาตรวัดในการพิจารณาโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะที่ต้องการศึกษา สำหรับแนวทางนี้ ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะเป็นการพิจารณาที่สิ้นเชิงเกินไป อีกทั้งยังไม่มีกรลงรายละเอียดหลักการเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับกิจการสาธารณะแต่ละประเภทด้วย

แนวทางที่สอง คือ การศึกษาองค์ประกอบของหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ แล้วสร้างชุดคำอธิบายทางวิชาการใหม่ขึ้นมาเพื่อใช้กับกิจการสาธารณะอันเฉพาะเจาะจงที่ต้องการศึกษา สำหรับแนวทางนี้ ผู้เขียนเห็นว่าผลลัพธ์จะไม่สร้างประโยชน์เท่าที่ควร เนื่องจากการถอดประกอบชิ้นส่วนทำให้พบว่าธรรมชาติของหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเหล่านี้มีความยืดหยุ่นและเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลาอยู่เสมอ¹⁶¹ และชุดอธิบายอันมีชื่อเรียกเฉพาะที่สร้างมานั้นก็จะใช้ได้เพียงกับกิจการสาธารณะที่ถูกมุ่งวางโครงสร้างเป็นการเฉพาะเท่านั้น อีกทั้ง การสร้างชุดคำอธิบายทางวิชาการขึ้นใหม่ก็เป็นภารกิจที่นักวิชาการกฎหมายทั่วโลกทำกันอยู่แล้ว แต่เป็นกลับสิ่งที่ไม่เคยมีผู้ใด (และจะไม่มีทางที่จะมีผู้ใด) ทำได้อย่างสมบูรณ์แบบ เนื่องจากลักษณะตามธรรมชาติของหลักการทางกฎหมายเหล่านี้เป็นสิ่งที่ไม่อาจหาข้อสรุปหรือเนื้อหาที่ตายตัวได้ ประการนี้สอดคล้องกับที่ Harlow Carol and Richard Rawlings ประารภไว้ว่า ‘กฎหมายปกครองไม่อาจมีชุดคุณค่าที่สมบูรณ์ที่สุดอันจะใช้เป็นศูนย์กลางแห่งการโคจรของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนได้เลย’¹⁶²

¹⁶¹ ธรรมชาติของกฎหมายปกครองมีการบังคับใช้ที่เปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลาและรวดเร็วกว่ากฎหมายสาขาอื่น เพราะต้องตอบรับกับสถานการณ์การบริหารจัดการสาธารณะในปัจจุบันอยู่เสมอ. Mahendra P. Singh (n 35) 2.

¹⁶² ‘There is no single finite question or set of questions for administrative law to answer, revolving around a single attitude to the state’s relationships with its subjects’ (Carol Harlow and Richard Rawlings (n 67) 48).

แนวทางที่สาม เป็นแนวทางที่บทความฉบับนี้พยายามนำเสนอ คือ การรวบรวมหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในลักษณะของ ‘รายการสิ่งของ’ (checklist) ดังเช่นการไล่เรียงหลักการทั่วไปและหลักการเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการสาธารณะแต่ละประเภท ซึ่งในการศึกษาคั้งนี้ ได้แก่ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารทรัพยากรธรรมชาติและคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ รวมถึงหลักการทางกฎหมายที่ถูกกล่าวถึงในชุดคำอธิบายทางวิชาการต่าง ๆ อันถูกพิจารณาเกี่ยวข้อง จากนั้น จึงเน้นการพิจารณาไปในทางที่ว่าโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะที่ศึกษาสามารถตอบสนอง ‘รายการหลักการทางกฎหมาย’ ต่าง ๆ เหล่านี้หรือไม่ และกลไกต่าง ๆ ในโครงสร้างทางกฎหมายที่ศึกษาสามารถตอบสนองรายการหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่รวบรวมไว้ได้อย่าง ‘สมดุล’ หรือไม่

ในการนี้ ผู้เขียนขอกลับมาที่การอุปมาอุปไมยที่ได้ตั้งไว้ กล่าวคือ ประการแรก รถยนต์ที่ถูกออกแบบพึงต้องทำหน้าที่ได้ครบถ้วน ทั้งขับเคลื่อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีความปลอดภัยแก่ผู้ขับขี่ และประหยัดพลังงาน (รวมถึงวัตถุประสงค์เฉพาะใด ๆ ที่ผู้ออกแบบรถยนต์ประสงค์) ซึ่งเปรียบเทียบกับกับการวางโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อบริหารจัดการสาธารณะที่ตอบสนองรายการหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่พึงคำนึงถึงอย่างครบถ้วน และประการที่สอง การทำงานของกลไกต่าง ๆ ในรถยนต์ต้องสอดประสานกันอย่างสมดุลด้วย ซึ่งเปรียบเทียบกับกับการที่กลไกทางกฎหมายต่าง ๆ ในโครงสร้างทางกฎหมายสามารถตอบสนองรายการหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ อย่างสมดุล ไม่เน้นหนักไปที่หลักการใดหลักการหนึ่ง หรือวัตถุประสงค์ข้อใดข้อหนึ่งมากเกินไปจนทำให้หลักการหรือวัตถุประสงค์อื่นไม่ถูกตอบสนอง แม้จะไม่ประสงค์กำหนดชื่อเฉพาะสำหรับมาตรวัดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะนี้ในลักษณะเดียวกับที่นักวิชาการท่านอื่น ๆ พยายามทำกับชุดคำอธิบายทางวิชาการที่ตนสร้างขึ้นเพิ่มเติมอีกแล้ว แต่ผู้เขียนคงต้องดำเนินการไว้เพื่อประโยชน์ในการอ้างอิงในการศึกษาต่อไป โดยจะได้อ้างอิงถึงมาตรวัดข้างต้นนี้ว่า ‘ความครบถ้วนและสมดุลของการตอบสนองหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะ’

5. บทสรุปสังท้าย

บทความนี้มุ่งนำเสนอบทสรุปที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง การได้มาซึ่ง ‘มาตรวัด’ ที่จะใช้ในการพิจารณาประสิทธิภาพในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน ซึ่งผู้เขียนประสงค์ให้บทสรุปประการนี้เป็นประโยชน์หลัก (main contribution) ของบทความ โดยสามารถสรุปได้ดังตารางด้านล่างนี้



1 มาตรฐานโครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนที่ดี ต้องตอบสนอง ‘รายการหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องและพึงคำนึงถึง’ ที่หลากหลายอย่างครบถ้วน				
หลัก ทั่วไป หลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับการสร้าง ความชอบธรรมและประสิทธิภาพ		2 ต้องคำนึงถึงการตอบสนอง รายการหลักการเหล่านี้อย่างสมดุล	หลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน	
หลัก ทั่วไป	แนวคิดว่าด้วยการเกิดรัฐ อำนาจ อธิปไตย ประโยชน์สาธารณะ	ตัวอย่างการพิจารณาความสมดุล การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็เป็นส่วน หนึ่งของการพิจารณาประโยชน์สาธารณะ ความสามารถของฝ่ายปกครองพิจารณาจากทั้ง ความเชี่ยวชาญและความชอบธรรม	ระบอบประชาธิปไตย	หลัก ทั่วไป
	ภารกิจของรัฐ		การปกครองโดยกฎหมาย	
	เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง		หลักความชอบด้วยกฎหมายของ การกระทำทางปกครอง	
	ความสามารถ		การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ	
ความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง หลักการรวมและกระจายอำนาจ		หลักการแบ่งแยกอำนาจ		
อำนาจหลักการทางกฎหมายที่ถูกกล่าวถึงในชุดคำอธิบายทางวิชาการที่นักกฎหมายสร้างไว้มาใช้พิจารณาพร้อมด้วยก็ได้ อาทิ หลักการจัดทำบริการสาธารณะของ Louis Rolland หลักการบริหารจัดการที่ดี การเป็นรัฐบาลที่ดี หลักธรรมาภิบาล หลักความรับผิดชอบ				
หลัก เฉพาะ	การคุ้มครองความมั่นคงใน ทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม	ความสมดุลระหว่างการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมกับสิทธิของปัจเจกชนในการใช้ ทรัพยากรธรรมชาติเพื่อประโยชน์ส่วนตน	สิทธิในการใช้พลังงานและแสวงหา ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ	หลัก เฉพาะ
	การควบคุมคุณภาพและความ ยั่งยืนของแหล่งน้ำ	ความสมดุลระหว่างการอนุรักษ์การใช้น้ำและการใช้ น้ำให้เป็นประโยชน์ต่อปัจเจกชน	ความเพียงพอในใช้น้ำของปัจเจกชน	
	ความเป็นธรรมและการรักษา เสถียรภาพเศรษฐกิจ	การแทรกแซงของรัฐอย่างพอเหมาะและระมัดระวังมิให้ เกิดสภาพของการผูกขาดกิจการทางเศรษฐกิจ	เสรีภาพในการประกอบอาชีพ	

ทั้งนี้ การนำมาตรฐานนี้ไปใช้พิจารณาว่าการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนองมีโครงสร้างทางกฎหมายที่ดีหรือไม่นั้น ยังมีความสลับซับซ้อนลงไปอีกว่ากลไกทางกฎหมายแต่ละส่วนอาจต้องตอบสนองหลักการทางกฎหมายในรายละเอียดที่ต่างกัน เพราะมีสาระสำคัญของข้อเรียกร้องที่แตกต่าง อาทิ ความสามารถและความเชี่ยวชาญจะเป็นหลักการที่สำคัญเมื่อพิจารณาโครงสร้างขององค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ ในขณะที่การออกแบบระบบการควบคุมการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนต้องพิจารณาเน้นความสำคัญไปที่หลักการคุ้มครองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ใช้น้ำ และเมื่อพิจารณาโครงสร้างทั้งหมดกลไกต่าง ๆ ก็ต้องสามารถตอบสนองหลักการต่าง ๆ ทั้งหมดอย่างสมดุล ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์และนำเสนอผลการศึกษาในส่วนหลังนี้ในโอกาสต่อไป

ประการที่สอง ได้แก่ การสังเคราะห์แนวทางพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวางโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะ ซึ่งผู้เขียนประสงค์ให้บทสรุปประการนี้เป็นประโยชน์เสริม (additional contribution) ของบทความ กล่าวคือ ในการพิจารณาโครงสร้างการบริหารจัดการกิจการสาธารณะใดกิจการสาธารณะหนึ่งมักมีหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจะเกิดปัญหว่านักกฎหมายจะวางโครงสร้างการบริหารจัดการภายใต้หลักการทางกฎหมายใดบ้าง และหากหลักการทางกฎหมายเหล่านั้นมีเนื้อหาหรือสิ่งที่เรียกร้องขัดแย้งกันแล้ว จะต้องพิจารณาใช้หลักการใดก่อนหรือหลัง หรือใช้ร่วมกันอย่างไร ซึ่งบทความนี้ก็ได้นำเสนอแนวทางไว้ว่าพึง

รวบรวมและพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในฐานะ ‘รายการสิ่งของ’ (checklist) จากนั้นจึงตรวจสอบดูว่าโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการสาธารณะที่ศึกษาสามารถตอบสนอง ‘รายการหลักการทางกฎหมาย’ เหล่านั้นอย่าง ‘ครบถ้วน’ และ ‘สมดุล’ หรือไม่

อนึ่ง แนวทางการพิจารณาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะข้างต้นนี้ แท้ที่จริงแล้ว สามารถนำไปปรับใช้กับการพิจารณาโครงสร้างการบริหารจัดการสาธารณะได้ทุกประเภท อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี รายการสิ่งของอาจมีความแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะหลักการทางกฎหมายเฉพาะบางประการ อาทิ หากเป็นการพิจารณาโครงสร้างการบริหารจัดการทรัพยากรแร่หรือการเหมืองแร่ (mineral resource and mining) ก็ไม่จำเป็นต้องนำหลักการในกฎหมายน้ำเข้ามาอยู่ในรายการ แต่ต้องนำหลักการอื่นที่เกี่ยวข้อง อาทิ หลักความเป็นเจ้าของ (ownership) หลักสุขภาพและความปลอดภัยของคนงานเหมือง (health and safety of miners) เข้ามาอยู่ในรายการแทน เป็นต้น