



รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

ศาลปกครองกับการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน  
ภายใต้หลักความได้สัดส่วน

The role of the Administrative Court on reviewing the restrictions of  
people's rights and liberties under the Principle of Proportionality

โดย

อาจารย์ภัสวรรณ อุษพงษ์อมร

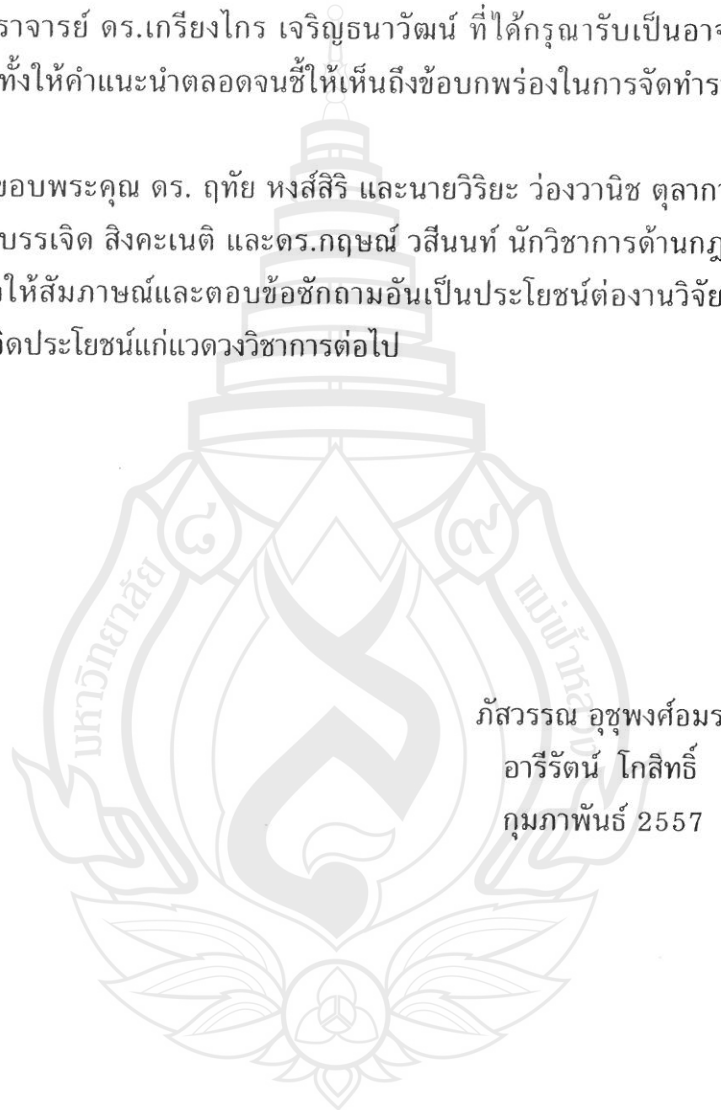
อาจารย์อารีรัตน์ โกสิทธิ์

งานวิจัยนี้ได้รับเงินอุดหนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง  
ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2556

## กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยนี้เกิดขึ้นโดยการสนับสนุนเป็นอย่างดีจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ซึ่งได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการสร้างสรรค์งานวิจัยเพื่อพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ และสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของท่านคณาจารย์ผู้มีพระคุณที่ให้ความช่วยเหลือและแนะนำ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาโครงการวิจัย พร้อมทั้งให้คำแนะนำตลอดจนชี้ให้เห็นถึงข้อบกพร่องในการจัดทำรายงานวิจัยนี้จนแล้วเสร็จ

นอกจากนี้ผู้วิจัยขอขอบพระคุณ ดร. ฤทัย หงส์สิริ และนายวิริยะ ว่องวานิช ตุลาการศาลปกครอง ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ และดร.กฤษณ์ วสินนท์ นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่ได้กรุณาสละเวลาให้สัมภาษณ์และตอบข้อซักถามอันเป็นประโยชน์ต่องานวิจัยนี้เป็นอย่างยิ่ง ส่งผลให้งานวิจัยนี้เกิดประโยชน์แก่แวดวงวิชาการต่อไป



ภัสวรรณ อุษุพงศ์อมร  
อารีรัตน์ โกสิทธิ์  
กุมภาพันธ์ 2557

## บทสรุปผู้บริหาร

ในปัจจุบันศาลปกครองตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีอำนาจหน้าที่ และองค์ประกอบตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 223-227 โดยหลักแล้วในการพิพากษาคดีของศาลปกครองจะต้องใช้หลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับกฎที่จำกัดและละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น คำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสงสัยว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในคดีอื่นๆ ในการพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับ “กฎ” ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น มีการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบและควบคุมกฎให้ชอบด้วยกฎหมายอย่างสม่ำเสมอด้วยหรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ที่บัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น แสดงให้เห็นว่าได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เป็นหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายและกฎ เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน และเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ซึ่งหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้พิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญไปใช้ควบคุมการกระทำทั้งหลายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอยู่ในขอบเขตที่ศาลปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้

หลักความได้สัดส่วนถือเป็นหลักการสำคัญที่ศาลปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในการพิจารณาว่ามาตรการที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรหรือไม่นั้น ต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา อันประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการดังนี้ คือ

1. หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หลักการนี้ บังคับว่าในบรรดามาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น

2. หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักการนี้เรียกร้องว่าในบรรดามาตรการหลาย ๆ อย่าง ซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลหรือสามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งแต่ละมาตรการย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด แต่ในกรณีที่มีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพียงมาตรการเดียวเท่านั้น มาตรการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น

3. หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) หลักการนี้เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองหากจำเป็นต้องออกมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นโดยไม่สามารถหามาตรการอื่นใด และเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดเมื่อได้พิจารณากับผลที่ได้จากการใช้มาตรการดังกล่าว ซึ่งต้องก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าผลกระทบที่มีต่อบุคคล

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้วสรุปได้ว่า ศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อย่างสม่ำเสมอ โดยศาลจะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ประกอบในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวในการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยคดีอย่างเป็นระบบ และได้มีการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ประกอบการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน อย่างไรก็ตาม ในบางคำวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น ศาลมิได้นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน จึงทำให้การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขาดความชัดเจน ซึ่งหากศาลมองข้ามปัญหาดังกล่าวโดยไม่นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามประการมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีของศาลในทุก ๆ คำวินิจฉัยที่อยู่ในขอบเขตของการใช้หลักความได้สัดส่วนแล้ว อาจส่งผลต่อรูปคดีอันเป็นการไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

## บทคัดย่อ

ในปัจจุบันศาลปกครองตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีอำนาจหน้าที่ และองค์ประกอบตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 223-227 โดยหลักแล้วในการพิพากษาคดีของศาลปกครองจะต้องใช้หลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับกฎที่จำกัดและละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น คำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสงสัยว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในคดีอื่นๆ ในการพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับ “กฎ” ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น มีการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ และควบคุมกฎให้ชอบด้วยกฎหมายอย่างสม่าเสมอด้วยหรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ที่บัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นนั้น แสดงให้เห็นว่าได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน และเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐ นอกจากนี้ หลักดังกล่าวนี้ใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทุกๆ คนอีกด้วย หลักนี้มีสาระสำคัญสามประการประกอบด้วย 1) หลักความเหมาะสม เป็นหลักการที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกมาตรการที่อาจทำให้บรรลู่วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ 2) หลักความจำเป็น เป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองต้องเลือกเฉพาะมาตรการที่เหมาะสม ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุดเท่านั้น 3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ โดยประโยชน์ที่ได้รับต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่จะเกิดขึ้น สาระสำคัญทั้งสามประการดังกล่าวนี้เป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ในระบบกฎหมายไทยหลักแห่งความได้สัดส่วนจัดเป็นหลักการพื้นฐานและเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง โดยหลักความได้สัดส่วนถือเป็นหลักการสำคัญที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่อย่างสม่าเสมอ โดยศาลจะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวในการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยคดีอย่างเป็นระบบ และได้มีการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ประกอบการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน

อย่างไรก็ตาม ในบางคำวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น ศาลมิได้นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนในการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน จึงทำให้การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขาดความชัดเจนและความแน่นอน ซึ่งหากศาลมองข้ามปัญหาดังกล่าว โดยไม่นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามประการมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีของศาลในทุก ๆ คำวินิจฉัยแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อคดีอื่นเป็นการไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้



## Abstract

Presently the role and the jurisdiction of the Administrative Court established under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E.2550 are defined in the Constitution Article 223-227. The Administrative Court adopts the Principle of Proportionality for judging cases concerning the “by-law” (the regulation which restricts and offends the rights and liberties of the people). One of the example cases is the judgment of the Central Administrative Court no. 2253/2545. However, whether or not the Administrative Court applies the Principle of Proportionality to examine the legitimacy of the “by-law” in other cases is still in question.

According to the Constitution B.E.2550 Article 29, the restriction of rights and liberties shall not be imposed on a person except by only to the extent of necessity. This shows that the Principle of Proportionality is obviously regulated in the Constitution. Proportionality is the fundamental principle in public law and the important sub-principle of Legal State. Moreover, this principle is used to protect rights and liberties of people. It can be divided into three sub-principles. Firstly, the Principle of Appropriateness requires the state to choose only measures, to be imposed on citizen, that are achievable. Secondly the Principle of Necessity requires the state to select measures with least impacts on rights and liberties of people, Lastly the Principle of Proportionality “*stricto sensu*” requires balancing between public interest and the impact of the measures on rights and liberties of the people with more weight on the public interest. These three sub-principles were derived from the judgments of the Federal Republic of Germany’s Constitution Court.

In Thailand, the Principle of Proportionality in public law is both fundamental principle and general principle of law. The administration is prohibited to perform an administrative action excessively affecting people’s rights and liberties. It must reasonably act in accordance with the extent of the facts in the case. The principle of proportionality is the key organizations in the justice system utilize as a tool in the entrenchment of the rights and the liberties of people. This study has shown that the Administrative Court regularly applies the Principle to examine the legitimacy of the “by-law”. The Court systematically applies the principle to the adjudication of the cases and has adopted perfectly the theory of the principle.

However, there are some cases that the Administrative Court has not applied the principles. As a result, the adoption of the principle of proportionality as a basis in reviewing the rules, that have the effect on restricting the rights and the liberties on people, is still lack of clarity and certainty. It can be clearly seen that if the court has not applied all three criterion of the principle of proportionality in judging all cases, people’s rights and liberties may be affected by some court decisions.

## สารบัญ

หน้า

กิตติกรรมประกาศ	ก
บทสรุปผู้บริหาร	ข
บทคัดย่อ (ภาษาไทย)	ง
บทคัดย่อ (ภาษาอังกฤษ)	ฉ
<b>บทที่ 1 บทนำ</b>	
1.1 ความสำคัญและความเป็นมาของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.4 สมมุติฐาน	4
1.5 วิธีการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
<b>บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎีว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน</b>	
2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	6
2.1.1 แนวคิดการรับรองสิทธิและเสรีภาพ	6
2.1.1.1 สำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ	6
2.1.1.2 สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง	8
2.1.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	9
2.1.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ	9
2.1.2.2 สถานะของสิทธิและเสรีภาพ	13
2.1.3 แนวคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ	14
2.1.3.1 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน	15
2.1.3.2 หลักสิทธิของบุคคลอื่น	17
2.1.3.3 หลักความมั่นคงแห่งรัฐ	19



## สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.1.4	ขอบเขตของการใช้และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญ	19
2.1.4.1	การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ	19
1)	ขอบเขตทั่วไป	20
2)	ขอบเขตเฉพาะ	21
2.1.4.2	การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้มาตรา 29	22
2.2	แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน	26
2.2.1	หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล	27
2.2.2	หลักแห่งความจำเป็น	28
2.2.3	หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ	29
<b>บทที่ 3</b>	<b>หลักความได้สัดส่วนและกฎในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน</b>	
3.1	หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน	33
3.1.1	ความหมายและลักษณะสำคัญของหลักความได้สัดส่วน	33
3.1.2	สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน	34
3.1.2.1	หลักความเหมาะสม	35
3.1.2.2	หลักความจำเป็น	36
3.1.2.3	หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ	37
3.1.3	ขอบเขตการใช้หลักความได้สัดส่วน	38
3.2	กฎในระบบกฎหมายเยอรมัน	39
3.2.1	ความหมายและประเภทของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน	39
3.2.2	การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองเยอรมัน	41
<b>บทที่ 4</b>	<b>หลักความได้สัดส่วนกับการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยศาลปกครองในประเทศไทย</b>	
4.1	ศาลปกครองกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ	44
4.1.1	ความหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง	44
4.1.2	ประเภทของกฎที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง	46

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.1.2.1 กฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด	47
4.1.2.2 กฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น	49
4.1.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครอง	53
4.1.3.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุด	53
4.1.3.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองชั้นต้น	53
4.2 การนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง	54
4.2.1 ขอบเขตและหลักเกณฑ์การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง	55
4.2.1.1 ขอบเขตการนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง	56
4.2.1.2 หลักเกณฑ์การนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง	58
4.2.2 คำวินิจฉัยของศาลปกครองในการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน	64
4.2.2.1 กรณีที่ศาลปกครองนำหลักการทั้งสามประการของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี	65

## สารบัญ(ต่อ)

	หน้า
4.2.2.2 กรณีที่ศาลปกครองนำหลักการบางประการ ของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี	76
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	85
5.2 ข้อเสนอแนะ	90
บรรณานุกรม	91
ประวัตินักวิจัย	96



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความสำคัญและที่มาของปัญหาที่ทำการวิจัย

ศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนจะต้องมีอำนาจบางประการเพื่อดำเนินการตามหน้าที่ ซึ่งอาจเป็นการใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ซึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นการวางหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล กรณีที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นเพียงข้อยกเว้นที่จำกัดถึงเท่านั้น โดยต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดและเพียงเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้ กฎหมายนั้นต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย นอกจากนี้ มาตรา 29 วรรคสาม ได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมาใช้กับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย ซึ่งกฎเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ดังนั้นจึงอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

กฎตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสามที่จะต้องปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วน นอกจากเป็นกฎที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปแล้ว กฎดังกล่าวต้องเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย กฎในความหมายนี้จึงได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎและประกาศขององค์กรอื่น ข้อบัญญัติท้องถิ่น และระเบียบ

ข้อบังคับ และข้อกำหนดของหน่วยงาน<sup>1</sup> ซึ่งการพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่งนั้น หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการตรวจสอบคือ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกันคือ หลักความสัมฤทธิ์ผล ที่บังคับว่าในบรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับประชาชนได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจรรย์ญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น หลักการย่อยต่อมาคือ หลักความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ อย่าง ซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่ทว่ามาตรการเหล่านั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด และหลักการย่อยประการสุดท้ายคือ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ หรือแก่สังคมโดยรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยมาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้วมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้บังคับไม่ได้ ฝ่ายปกครองต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้ หรือกล่าวคือชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล และจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นหรือชอบด้วยหลักความจำเป็นแล้วก็ตาม<sup>2</sup>

หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองและการกระทำทางปกครองอื่น ๆ จะต้องถือปฏิบัติ รวมถึงศาลปกครองที่เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง มีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองจะต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการกระทำทางปกครองนั้นออกเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มาตรการใดของฝ่ายปกครองจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นมีความเหมาะสม มีความจำเป็นและได้สัดส่วน

<sup>1</sup>ดิเรก สุขสว่าง, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 99.

<sup>2</sup>วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 85-92.

ในความหมายอย่างแคบ หากมาตรการของฝ่ายปกครองไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน มาตรการทางปกครองนั้นก็มิชอบด้วยกฎหมาย<sup>3</sup> ทั้งนี้ เพื่อควบคุมฝ่ายปกครองมิให้จำกัดสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร

ในการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยว่ากฎ ที่ฝ่ายปกครอง ออกเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ในคำวินิจฉัย ของศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 ซึ่งถือเป็นคำวินิจฉัยฉบับแรกที่ได้นำหลักความได้สัดส่วน มาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลา ที่กำหนด จากคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นตัวอย่างของการให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่ากรณีจะถือว่าขัด กับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น จะต้องนำข้อเท็จจริงมาปรับกับหลักกฎหมายอย่างไรและต้องชี้แจงน้ำหนัก ของเหตุผลและแสดงให้เห็นประจักษ์ว่า เรื่องนั้นขัดหรือไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างไร โดยการนำหลัก ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญมาเป็นพื้นฐานของการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหัวใจของการวินิจฉัยในเรื่องนี้มา เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเพียง เท่าที่จำเป็นหรือไม่ ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลปกครองฉบับนี้จึงเป็นการยืนยันหลักความได้ สัดส่วน โดยการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา แม้ว่ามาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติไว้แต่เพียงหลักการเท่านั้น<sup>4</sup>

นอกจากนั้น ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ซึ่งศาลปกครองสูงสุด ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัตินำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ที่ให้เพิ่มความเป็น ข้อ 11 ทวิ แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2536) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำ เที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์ ตามหลักสูตร ระยะเวลาและในสถานที่ฝึกอบรมที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ กำหนดไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 และรัฐธรรมนูญ จาก คำวินิจฉัยนี้ศาลปกครองได้ขยายความให้เห็นหลักการย่อยในรายละเอียดของหลักความได้ สัดส่วนซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีของหลักดังกล่าวได้เป็นอย่างดี<sup>5</sup>

<sup>3</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 283.

<sup>4</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 287-289.

<sup>5</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 286-287.

อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยได้มีข้อสงสัยว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในคดีอื่น ๆ ในการพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับ “กฎ” ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น มีการนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดีด้วยหรือไม่ โดยนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับการควบคุมการกระทำทางปกครองเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้องค์กรตุลาการเป็นสถาบันที่จะปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

## 1.2 วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย

1.2.1 ศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพหลักความได้สัดส่วน

1.2.2 ศึกษาถึงขอบเขตและหลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ ที่ศาลปกครองนำมาใช้พิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดี

1.2.3 ศึกษาวิเคราะห์การให้เหตุผลคำวินิจฉัยศาลปกครองว่าได้นำหลักความได้สัดส่วนนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่

## 1.3 ขอบเขตของโครงการวิจัย

1.3.1 ศึกษาถึงแนวคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 ว่ามีอยู่อย่างไร

1.3.2 ศึกษาคำวินิจฉัยศาลปกครองในการควบคุมการตรากฎที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

## 1.4 สมมติฐาน

ศาลปกครอง มีหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การตรา “กฎ” อันเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน ซึ่งศาลปกครองจะต้องนำมาใช้ในการตรวจสอบและควบคุม “กฎ” ให้ชอบด้วยกฎหมายอย่างสม่าเสมอ

## 1.5 วิธีการศึกษา

ใช้วิธีการศึกษาในเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยข้อมูลที่น่ามาใช้ศึกษาวิจัย ได้จากการข้อมูลจากรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลปกครองและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตำราเอกสาร บทความทางวิชาการ รายงานการวิจัยที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยและของต่างประเทศ (สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) เป็นบางส่วนด้วย และการสัมภาษณ์เจาะลึก(In-depth interviewing) ตุลาการศาลปกครองและนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบหลักการ แนวคิดและทฤษฎีของการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วนที่ศาลปกครองนำมาใช้ในคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับ “กฎ” ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

1.6.3 อาจารย์สถาบันการศึกษานำความรู้ที่ได้จากการวิจัยไปใช้สอนและใช้เป็นฐานข้อมูลอ้างอิงสำหรับผู้สนใจ



## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎีว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และหลักความได้สัดส่วน

#### 2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

##### 2.1.1 แนวคิดการรับรองสิทธิและเสรีภาพ

แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ในตำราวิชาการหลายเล่มได้อ้างอิงบรรดานักคิดหรือนักปรัชญาเมธีทั้งหลายที่กล่าวถึง “สิทธิ” โดยอ้างว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) เช่น เฮราคลิตัส (Heraclitus), เพลโต (Plato), อริสโตเติล (Aristotle), หรือซีเซโร (Marcus Tullius Cicero) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม พัฒนาการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่เป็นลายลักษณ์อักษรปรากฏครั้งแรกในมหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ที่ประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1215 หลังจากนั้นก็มีคำประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา (The American Declaration of Independence) ในปี ค.ศ. 1776, คำประกาศปฏิญญาแห่งสิทธิของบุคคลและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส (French Declaration of the Rights of man and Citizen), ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration on Human Rights 1948), กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Right 1966)<sup>1</sup>

##### 2.1.1.1 สำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ

ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติมีความสำคัญต่อการเกิดแนวคิดในเรื่องการรับรองสิทธิและเสรีภาพ โดยความเชื่อนี้ได้ปรากฏอยู่ในสำนักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเชื่อว่าสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติเป็นสิทธิที่เกิดและมีอยู่เองตามธรรมชาติ มนุษย์มิได้สร้างขึ้นและกฎหมาย

---

<sup>1</sup>โปรดอ่านข้อมูลเพิ่มเติมที่ หุุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก), 2548., กุลพล พลวัน, พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2538., อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2552., ภาณุพันธ์ ชัยรัตน์, การพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2549.

นั้นก็อยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ<sup>2</sup> กล่าวคือรัฐจะออกกฎหมายใดมาขัดกับกฎหมายธรรมชาติย่อมไม่ได้และสามารถใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาและสถานที่ด้วย

ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติเริ่มต้นมาตั้งแต่สมัยกรีก ในสมัยนี้จะปรากฏให้เห็นถึงแนวคิดในความเสมอภาคเท่าเทียมกันทางกฎหมายแล้ว โดยจะเห็นได้จาก “เสรีภาพอันเท่าเทียมกันทางการพูด” ของประชาชนบางนครของกรีกโบราณ และในยุคนี้บทบาทของปรัชญากฎหมายธรรมชาติ จัดได้ว่าเป็นการหวนเมล็ดพันธุ์แก่อุดมการณ์สิทธิธรรมชาติต่อมา โดยเฉพาะในเรื่องการวางรากฐานทางความคิดที่สร้างความชอบธรรมในการทำทายต่ออำนาจรัฐที่ไม่เป็นธรรม ความเป็นสากลของกฎหมายธรรมชาติและความเชื่อมั่นในความมีเหตุผลในธรรมชาติของมนุษย์รวมทั้งความเชื่อในเหตุผลของมนุษย์ว่าเป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ<sup>3</sup>

สมัยโรมัน แนวความคิดในเรื่องทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายโรมัน ในลักษณะของกฎหมายที่ใช้ได้กับทุกคน (กฎหมายสากล: law of nations) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับบรรดารัฐต่าง ๆ ที่อยู่ในจักรวรรดิของโรมัน โดยให้สิทธิบางประการแก่ประชาชนทุกคนไม่เฉพาะแก่ชาวโรมัน ต่อมาในยุคกลางแนวคิดในเรื่องทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติได้เปลี่ยนไปกลายเป็นแนวคิดทางการเมือง ซึ่งเป็นการกล่าวอ้างเพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ อิศรภาพ และความเสมอภาค<sup>4</sup>

ยุคฟื้นฟูภูมิปัญญา โดย จอห์น ล็อก (John Locke) ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีบทบาทสูงสุดในการพัฒนาทฤษฎีสิทธิธรรมชาติขึ้นมาเป็นอาวุธทางความคิดในการต่อสู้ทางการเมืองล้มล้างอำนาจของกษัตริย์ในอังกฤษ พัฒนาแนวคิด “สิทธิธรรมชาติ” ของมนุษย์ซึ่งตั้งอยู่บน “กฎแห่งธรรมชาติ” ประกอบกับนักปรัชญาของฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นมองเตสกีเออ หรือรุสโซ เห็นว่า สิทธิบางประการที่มีอยู่ประจำตัวของปัจเจกชน ในฐานะที่เป็นมนุษย์ก่อนที่มนุษย์จะเข้าร่วมเป็นสังคม ก็คือ สิทธิในชีวิต เสรีภาพหรืออิสรภาพจากการปกครองตามอำเภอใจ ไม่ชอบธรรม และสิทธิในทรัพย์สิน มนุษย์ยอมอยู่ในการปกครองของรัฐเพื่อปกป้องสิทธิเหล่านั้น สิทธิที่รัฐมีอยู่เหนือตัวปัจเจกชนตามสัญญา (Social Contract) นั้นก็เพื่อให้รัฐคุ้มครองสิทธิเหล่านั้น หากได้ทำให้มนุษย์สูญเสียสิทธิเหล่านั้นไป และถ้ารัฐไม่สามารถประกันสิทธิตามธรรมชาติได้ หรือไม่สามารถคุ้มครองได้แล้ว มนุษย์ก็ไม่ต้องผูกพันตามสัญญา<sup>5</sup> กล่าวคือ ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง

<sup>2</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 127.

<sup>3</sup> จรูญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริงของสังคม, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 90-91.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4.

ย่อมมีอิสระ หรือสิทธิธรรมชาติในการลงโทษผู้ปกครองที่กระทำละเมิดกฎหมายแห่งธรรมชาติ โดยการถอดถอนผู้ปกครองและแทนที่ด้วยรัฐบาลที่พร้อมจะเคารพต่อสิทธิดังกล่าว

จากแนวความคิดของปรัชญากฎหมายธรรมชาติพัฒนาสู่สิทธิธรรมชาติในยุคของจอห์น ล็อกเป็นต้นมา ได้มีอิทธิพลที่เห็นได้ชัดคือ การปฏิวัติในอเมริกา ค.ศ. 1776 ซึ่งคำประกาศอิสรภาพดังกล่าวได้มีการรับรองสิทธิตามธรรมชาติของชาวอเมริกาไว้หลายประการ ต่อมาได้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่ได้รับรองสิทธิดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน และในการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ก็อ้างสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง และปฏิญญาฉบับนี้ได้กลายเป็นต้นแบบในการรับรองสิทธิของพลเมืองในประเทศต่าง ๆ ต่อมาแนวคิดดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปฏิกิริยาสาครว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติอีกด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่เป็นที่มาของแนวความคิดในการรับรองสิทธิและเสรีภาพนั้นมิใช่เป็นเรื่องใหม่ แต่เป็นความคิดที่เกิดขึ้นมานานแล้ว โดยอยู่ในรูปแบบของสิทธิตามธรรมชาติ มีพื้นฐานสำคัญมาจากหลักนิติธรรมที่ถือว่ากฎหมายต้องมาจากเหตุผลและกฎหมายธรรมชาติที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้รับจากธรรมชาติ และรัฐต้องให้การเคารพและคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

#### 2.1.1.2 สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

หากตั้งสมมติฐานว่า สิทธิและเสรีภาพเกิดขึ้นเอง มีอยู่เองตามธรรมชาติของมนุษย์ มีมาก่อนที่จะมีบทกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร สิทธิเสรีภาพนี้เรียกอีกนัยหนึ่งว่า สิทธิมนุษยชน (Human rights) สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ (Fundamental rights and liberties) ด้วยเหตุนี้รัฐหรือฝ่ายปกครองนั้นจึงจำใจต้องรับรองและคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวโดยบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้รับการยอมรับมากยิ่งขึ้นตั้งแต่ศตวรรษที่ 18-19 ขึ้นมา จนนานาประเทศต่างยอมรับการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรมาเป็นอันดับหนึ่ง ก่อนกฎหมายจารีตประเพณี และทำให้สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีความมั่นคงขึ้นเรื่อยๆ จนถึงปัจจุบัน ผลที่ตามมาคือรัฐหรือผู้ปกครองจะยกเลิกหรือเพิกถอนเสรีภาพของประชาชนหาได้ไม่ แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐหรือฝ่ายปกครองจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้เลย กล่าวคือ รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประเภทของประชาชนได้โดยมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่รัฐในกรณีนั้น กรณีดังกล่าวเรียกบทกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่า บทบัญญัติรับรองไว้

อย่างสัมพันธ์ (Relative) เช่น การบัญญัติรับรองโดยมีเงื่อนไขไว้ในรัฐธรรมนูญ การรับรองไว้ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย เป็นต้น<sup>6</sup>

ด้วยเหตุที่มนุษย์ทุกคนต่างต้องการหาหลักประกันให้แก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินให้แก่ตนเองทั้งสิ้น อันเป็นสัญชาตญาณของความกลัว ความต้องการที่จะอยู่รอด ความมั่นคงปลอดภัยของมนุษย์ ดังนั้น เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงต้องร่วมมือร่วมใจกันหันหน้าเข้าหากันทำสัญญาในกลุ่มชนนั้นซึ่งเรียกว่า สัญญาประชาคม โดยประชาชนมอบอำนาจของประชาชนทุกคนในสังคมนั้นแก่ผู้ปกครองมาช่วยคุ้มครองดูแล และปกป้องรักษาทุกคนในสังคมนั้น แต่มิใช่เป็นการมอบทั้งชีวิตและจิตใจของประชาชนตามไปด้วย เพราะสิ่งเหล่านี้ประชาชนไม่ได้มอบให้ เพราะเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิดของทุก ๆ คนซึ่งฝ่ายปกครองไม่สามารถมาพรากสิ่งเหล่านี้ไปจากประชาชนได้ ดังนั้น แนวคิดในเรื่องสิทธิเสรีภาพจึงมีต้นกำเนิดมาจากสภาวะธรรมชาติ สัญชาตญาณของมนุษย์ทุกคน ซึ่งรัฐหรือผู้ปกครองซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายบ้านเมืองนั้นต้องยอมรับ เคารพ รับรองและคุ้มครองธรรมชาติเหล่านี้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ใต้การปกครองทุกคน การยอมรับของรัฐหรือฝ่ายบ้านเมืองจึงปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเขียนไว้ในกฎหมายสูงสุดของบ้านเมืองก็คือรัฐธรรมนูญ<sup>7</sup>

### 2.1.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นหัวใจสำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์จำเป็นจะต้องมี และใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจที่องค์กรต่างๆของรัฐทุกองค์กรจะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง ดังที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 26 ว่า การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

#### 2.1.2.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

##### 1) ความหมายของสิทธิ

ปัจจุบันประเทศต่างๆ ในโลกนี้ได้มีการรับรองเรื่อง “สิทธิ” เอาไว้โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของตน

<sup>6</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2555), หน้า 175.

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 170-171.

สำหรับความหมายของคำว่า “สิทธิ” มีนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวถึงเอาไว้ เช่น

สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้<sup>8</sup>

สิทธิ (Rights) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้<sup>9</sup>  
สิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ<sup>10</sup>

จากรายงานการวิจัยฯ ของ ศ.ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทรวานิช ได้สรุปลักษณะสำคัญของ “สิทธิ” ว่ามีลักษณะสำคัญดังนี้<sup>11</sup>

(1) สิทธินั้นจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ สิทธิจะเป็นการรับรองให้เจ้าของสิทธิมีอำนาจ สามารถใช้สิทธินั้นได้ หรืออาจจะไม่ใช้สิทธินั้นได้ตามเจตจำนงของเจ้าของสิทธิ ในบางกรณีก็อาจจะให้ผู้อื่นใช้สิทธิของตนแทนได้ ซึ่งการให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนนี้มักพบในกฎหมายแพ่ง

(2) สิทธินั้นเรียกร้องให้บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตนนั้น กล่าวคือ ถ้าเป็นสิทธิในทางแพ่ง จะสามารถเรียกร้องต่อทรัพย์สิน (ทรัพย์สินสิทธิ) บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องยอมรับและละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินอันผู้อื่นมีสิทธิอยู่นั้น หรือเรียกร้องให้บุคคลดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ (บุคคลสิทธิ) หรือในทางกฎหมายมหาชน สิทธินั้นจะเรียกร้องให้รัฐ โดยหน่วยงานของรัฐ กระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ เพื่อตนได้ ทุกกรณีนั้นแสดงถึง หน้าที่ ที่ผู้อื่นจะกระทำต่อสิทธินั้น กล่าวคือ ในทุกสิทธิจะมีหน้าที่ต่อผู้อื่นเสมอ

(3) สิทธิจะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากสิทธิเป็น

<sup>8</sup> โภคิน พลกุล, หลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), หน้า 138-139.

<sup>9</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 67.

<sup>10</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เคล็ดไทย, 2538), หน้า 41.

<sup>11</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทรวานิช, รายงานการวิจัยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 7.

เรื่องของอำนาจและหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐ บังคับทุกคนทั่วไปจะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของตน และกำหนดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเท่านั้น จริงอยู่แม้ในทางแพ่ง บุคคลมีสิทธิจะทำนิติกรรมได้โดยเสรี และนิติกรรมนั้นก็อาจจะเกิดสิทธิทางแพ่งขึ้นก็ได้ แต่การที่บุคคลทำนิติกรรมกันได้นั้นก็ต้องชอบด้วยเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่าสิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น โดยกฎหมายอาจจะกำหนดสิทธิไว้โดยชัดเจนหรือให้อำนาจแก่ปัจเจกชนไปกำหนด ก่อตั้งสิทธิระหว่างกันและกันได้โดยเสรี ตราบใดที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนสิทธิต่อรัฐนั้นก็ชัดเจนว่าต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติเท่านั้น

ดังนั้น สิทธิ จึงเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองคือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย

สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนอันเป็นประโยชน์หรืออำนาจที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน และในบางกรณีการรับรองสิทธิดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญบรรลุผล ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลกับรัฐ สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ ตัวอย่างของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในการได้รับการศึกษาจากรัฐ สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ สิทธิของผู้บริโภค สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐ และสิทธิชุมชน เป็นต้น<sup>12</sup>

## 2) ความหมายของเสรีภาพ

ความหมายของ “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญ มีผู้ให้นิยามไว้ดังต่อไปนี้

<sup>12</sup> เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 175.

ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาตรา 4 บัญญัติว่าเสรีภาพก็คือ ความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคม สามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นนี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น

เสรีภาพ หมายถึง สถานภาพของมนุษย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใครหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นอำนาจที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือที่จะไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด<sup>13</sup>

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ<sup>14</sup>

เสรีภาพ คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น และเป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทาง<sup>15</sup>

เสรีภาพ หมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตน<sup>16</sup>

ดังนั้น เสรีภาพ หมายถึง สภาพการหรือสภาวะของบุคคลที่อิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยความประสงค์ของตนเอง และไม่อยู่ภายใต้ความครอบงำหรือแทรกแซงของบุคคลอื่น

เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในกำหนดตนเองโดยอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยตนเอง โดยไม่ต้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยให้การใช้เสรีภาพของตนบรรลุผล หรือสะดวกขึ้น รัฐหรือบุคคลอื่นมีหน้าที่เพียงว่าต้องไม่เข้าไปรบกวนการใช้เสรีภาพของบุคคลเท่านั้น ตัวอย่าง เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในทางวิชาการ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ และเสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น<sup>17</sup>

<sup>13</sup> โภคิน พลกุล, หลักกฎหมายมหาชน, หน้า 138-139.

<sup>14</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 67.

<sup>15</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 41.

<sup>16</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2552), หน้า 51.

<sup>17</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 175.

เสรีภาพ เป็นสภาวะการณ์ของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น หรือปราศจากการหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่เท่าที่บุคคลนั้นไม่ถูกบังคับให้ต้องกระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่คุณคนนั้นประสงค์ที่จะกระทำ<sup>18</sup>

เสรีภาพจึงแตกต่างกับสิทธิซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในการความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่น อีกทั้งการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพของบุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน หากแต่ว่าหน้าที่ดังกล่าวซึ่งเกิดจากการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพของบุคคลเป็นหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของบุคคลที่กฎหมายได้รับรองไว้ นั้น ผู้ทรงเสรีภาพจึงมีอำนาจตามกฎหมายเพียงเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หาได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพสะดวกขึ้นแต่อย่างใดไม่<sup>19</sup> ดังนั้น “เสรีภาพ” จึงมีความหมายกว้างกว่า คำว่า “สิทธิ” เพราะเสรีภาพ หมายถึงการกระทำอย่างใดก็ได้ที่ตนปรารถนาที่จะทำโดยไม่เป็นการก่อกวนอันตรายแก่ผู้อื่น ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือขัดต่อกฎหมาย และผู้อื่นต้องหลีกเลี่ยงหรือระทำการอันใดที่เป็นการกระทำให้การใช้เสรีภาพต้องเสื่อมเสียหรือถูกตัดรอน และการจำกัดเสรีภาพของบุคคลจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป สิทธิ หมายถึง อำนาจหรือผลประโยชน์ที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง ส่วนเสรีภาพ หมายถึง สถานภาพของมนุษย์ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับบัญชาใครหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นอำนาจที่กระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือที่จะไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

### 2.1.2.2 สถานะของสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ ได้ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ราษฎร ซึ่งมนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ โดยองค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ ต่างต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง<sup>20</sup> ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

<sup>18</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดนานาสังพิมพ์, 2544), หน้า 87.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.



มาตรา 26 ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” และในมาตรา 27 ที่บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” ซึ่งบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรงแก่องค์กรของรัฐนั้นเลย โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติยืนยันอีกชั้นหนึ่ง และในกรณีที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครอง เสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งแก่ราษฎร ราษฎรย่อมใช้เสรีภาพนั้นได้ทันที รวมทั้งกรณีที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิด้านใดด้านหนึ่งแก่ราษฎร โดยหลักแล้ว ราษฎรก็ย่อมใช้สิทธินั้นได้ทันทีเช่นเดียวกัน<sup>21</sup>

### 2.1.3 แนวคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ในเรื่องหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น นักกฎหมายมหาชนคือ รศ.ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อธิบายว่า การใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดจะก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตยเกิดขึ้นมาในรัฐและนำไปสู่การไม่มีเสรีภาพเหลืออยู่เลย ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองประชาชน จัดระเบียบการใช้เสรีภาพของประชาชนเพื่อมิให้การใช้เสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งไปกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ ในสังคมหรือต่อประโยชน์สาธารณะ<sup>22</sup>

ส่วนรองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้กล่าวถึง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพว่า<sup>23</sup> หลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีจุดมุ่งหมาย เพื่อที่จะควบคุมมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจตามอำเภอใจในการออกกฎหมายที่เป็น

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

<sup>22</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 30.

<sup>23</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เจื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30, ฉบับที่ 2, 2543, หน้า 187-189.

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประกอบกับบทบัญญัติในมาตรานี้มีขึ้นด้วยเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ

เหตุผลประการแรก เป็นการคุ้มครองมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายที่เป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะเหตุว่าคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือหลักที่ฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายบริหารในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองให้สำเร็จลุล่วงไปได้ อนึ่ง หากได้พิจารณาระบบการกระทำของรัฐแล้วจะพบว่ากฎหมาย ซึ่งในที่นี้หมายรวมถึง กฎหมายที่องค์กรของรัฐอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นและกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ตราขึ้นใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป เช่น กฎกระทรวง, ประกาศกระทรวง เป็นต้น กับคำสั่งทางปกครองมีจุดที่เหมือนกัน คือ เป็นการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนในรัฐ กฎหมายและคำสั่งทางปกครองมุ่งใช้บังคับกับประชาชนเป็นสำคัญ

เหตุผลประการที่สอง เป็นการป้องกันมิให้เกิดเอกสิทธิและการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

นอกจากนี้ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ วิชัย ศรีรัตน์ ได้อธิบายถึงเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพว่าเป็น ปรวิษยาที่ได้แสดงถึงเหตุผลของสาเหตุที่จำต้องมีการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของมนุษย์ นั่นคือ ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ของรูสโซ โดยได้กล่าวเป็นเชิงประชดประชันไว้ว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพ พร้อมกับพันธนาการแห่งโซ่ตรวน” ซึ่งอธิบายถึงความพึงพาระหว่างปัจเจกชนกับรัฐในขณะที่พลเมืองยอมมอบกายให้รัฐเป็นผู้ปกครอง โดยยอมจำกัดสิทธิ อิสรภาพของตนเอง ขณะเดียวกันรัฐก็ไม่อาจจะบัญญัติกฎหมายพรากสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ได้และกฎหมายเช่นนั้นจักต้องไม่ขัดต่อเจตจำนงของประชาคมส่วนใหญ่<sup>24</sup>

### 2.1.3.1 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เป็นหลักเบื้องต้นในการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ที่ปรากฏอยู่เป็นหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ แนวความคิดเกี่ยวกับ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ต่อมาภายหลังกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (มาตรา 1131 และมาตรา 1133) และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (มาตรา 90) ได้ถือแนวคิดกล่าว โดยในชั้นแรกได้ยอมรับเฉพาะที่ใช้บังคับแก่หลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ต่อมาปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าแนวความคิดดังกล่าวได้กลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้ยอมรับหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม

<sup>24</sup>วิชัย ศรีรัตน์, สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543), หน้า 11.

อันดีของประชาชน ซึ่งนอกจากจะใช้บังคับแก่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ (มาตรา 113) แล้ว หลักดังกล่าวยังนำไปใช้บังคับกับเรื่องอื่น ๆ อีกหลายเรื่อง ส่วนการให้คำจำกัดความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้นเป็นเรื่องยากที่จะจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวแต่วัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้อาจกล่าวได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่มีผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญมากกว่า กล่าวโดยสรุป “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม<sup>25</sup>

ความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีผู้ให้นิยามไว้ว่า หมายถึง เรื่องใดที่มีได้เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระทั่งไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>26</sup>

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หมายถึง วินัยข้อบังคับแก่บุคคลเพื่อรักษาไว้ให้มั่นคงซึ่งความปลอดภัยและเพื่อรักษาความยุติธรรมให้มีอยู่ในความเกี่ยวพันระหว่างประชาชน และยังกินความตลอดถึงรัฐประศาสนนโยบายหรือความปลอดภัยของประเทศ และบุคคลในประเทศด้วย<sup>27</sup>

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

ตามความเห็นของ ศ.ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน เห็นว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึงทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการที่จะถือว่าการใดเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนน่าจะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติการที่จะถือว่าการใดขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยโดยความลำบากอย่างยิ่ง ยิ่งกว่านั้น หลักศีลธรรมอันดีโดยทั่วไปไม่มีความหมายใกล้เคียงกับ “หลักความสงบเรียบร้อย” มากจนอาจกล่าวได้ว่าเรื่องใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของ

<sup>25</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” บทบัญญัติ , ฉบับที่ 32, 2518, หน้า 13-14.

<sup>26</sup> เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพฯ : อักษรสาส์น, 2509), หน้า 148.

<sup>27</sup> วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา และหนี้, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 17.

ประชาชนมักจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เช่น ความตกลงที่ทำให้มนุษย์เสื่อมเสียศักดิ์ศรี นอกจากจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยแล้วยังขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย<sup>28</sup>

อย่างไรก็ดี ในทางวิชาการนิติศาสตร์ อาจให้คำจำกัดความได้ว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ธรรมเนียมประเพณีอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปในสังคมนั้น ๆ ดังนั้น ศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงมีความหมายกว้างกว่าหลักศีลธรรมในทางศาสนา กล่าวคือ หากการกระทำใดขัดต่อหลักการทางศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยชัดแจ้ง อาจจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมนั้นก็ได้ แต่การกระทำหลายอย่างที่แม้ไม่ขัดต่อหลักการในศาสนา เช่น ศาสนามีข้อกำหนดครอบคลุมไม่ถึง แต่ความรู้สึกของสังคมเห็นว่าเป็นการขัดต่อธรรมเนียมประเพณีอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปของสังคมนั้น ๆ ก็อาจถือเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปและตามยุคสมัยของสภาพสังคมที่อาจเปลี่ยนไป ช่วงระยะเวลาหนึ่งอาจถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เมื่อสังคมเปลี่ยนไป อาจเห็นว่าไม่ขัดก็ได้ แต่หลักศาสนาไม่มีการเปลี่ยนแปลง ดังนั้น ศีลธรรมในสังคมนั้นอาจจะไม่เป็นที่ยอมรับในอีกสังคมหนึ่งแม้ในประเทศเดียวกัน กฎหมายจึงต้องใช้คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” คือ ต้องยอมรับทั่วไปในสังคมไทย แม้ว่าจะนับถือศาสนา มีวัฒนธรรม หรือภาษาแตกต่างกัน<sup>29</sup>

สรุปได้ว่า ศีลธรรมนั้นเป็นความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ ว่าการกระทำเช่นไรเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ศีลธรรมเกี่ยวข้องกับกฎหมายเพราะศีลธรรมเป็นรากฐานของกฎหมาย และมนุษย์ยอมรับว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ยุติธรรมต่อเมื่อกฎหมายนั้นสอดคล้องกับความรู้สึกทางศีลธรรมของตนด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายมักจะมุ่งแต่เพียงการดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม แต่ศีลธรรมมุ่งที่จะให้มนุษย์มีทั้งความดีทั้งทางร่างกายและจิตใจ ดังนั้น ในบางครั้งถ้าเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายด้วยแล้ว ผู้กระทำผิดอาจได้รับการลงโทษทางสังคมด้วย นอกเหนือไปจากการลงโทษโดยกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

### 2.1.3.2 หลักสิทธิของบุคคลอื่น

หลักเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นถือว่าเป็นเหตุผลสำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งตามความเห็นของ Duerig เห็นว่า “สิทธิของบุคคลอื่น” นั้นเป็น

<sup>28</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” บทบันทึก, หน้า 25.

<sup>29</sup> กุลพล พลวัน, เสรีภาพทางวิชาการ, (สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ สำนักงานนายกรัฐมนตรี้, 2541), หน้า 104.

ข้อจำกัดที่มีอยู่ในสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย<sup>30</sup> โดยที่สิทธิและเสรีภาพ ตามทัศนะของ จอห์น ล็อค (John Locke) มองว่า มนุษย์กับสังคมแยกจากกันมิได้ เพราะสังคมเกิดมาจากมนุษย์ สังคมนั้น จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อความสงบสุขของมนุษย์ผู้ซึ่งเป็นสมาชิกในสังคม ซึ่งตามทัศนะของล็อค เห็นว่ามนุษย์ตามสภาวะดั้งเดิมนั้นเป็นสภาวะที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ โดยมนุษย์สามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองได้ภายในขอบเขตของกฎธรรมชาติ นอกจากนี้ในสภาวะธรรมชาตินั้นมนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และตามแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติการที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันนั้นก่อให้เกิดผลว่า ไม่มีบุคคลใดที่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะทุกคนต่างเป็นอิสระและเท่าเทียมกัน

ดังนั้น เมื่อเกิดรัฐขึ้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงได้รับการรับรองโดยกฎเกณฑ์ของรัฐ “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงมีได้อยู่ในสภาวะธรรมชาติอีกต่อไป หากแต่ได้ถูกกำหนดให้เป็นกฎหมายซึ่งออกโดยอำนาจของรัฐ ดังนั้น “สิทธิของบุคคลอื่น” จึงยังคงเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพที่แฝงอยู่โดยตรรกในทางกฎหมาย แต่ได้เปลี่ยนจากตรรกในทางกฎหมายในสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมมาเป็นตรรกในทางกฎหมายของกฎหมายบัญญัติ ซึ่งการกำหนดให้สิทธิแก่บุคคลอื่นในขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดเสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่ง โดยการจำกัดสิทธิของบุคคลอาจเป็นความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่เงื่อนไขดังกล่าวยังไม่ใช่เงื่อนไขที่พอเพียง หน้าที่ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลนั้นฝ่ายนิติบัญญัติอาจยกขึ้นเพื่อให้เป็นสิทธิของผู้ได้รับประโยชน์ได้ ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้อำนาจในทางกฎหมายแก่บุคคล เพื่อบุคคลนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายในผลประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองได้ เฉพาะกรณีที่ผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลที่สาม ในกรณีนี้จึงกล่าวได้ว่าเป็น “สิทธิของบุคคลอื่น” ซึ่งเป็นความชอบธรรมในการจำกัดขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ ถ้าหากปราศจากการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่ดี หรือในกรณีที่ผลประโยชน์นั้นเป็นเพียงผลสะท้อนจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ดีในกรณีนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ<sup>31</sup>

<sup>30</sup>Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2 Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994, S 302. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 204.

<sup>31</sup>K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, s 307. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 206.

### 2.1.3.3 หลักความมั่นคงแห่งรัฐ

ความมั่นคงแห่งรัฐ คือ การที่ประเทศชาติสามารถดำรงอยู่ได้อย่างสงบสุขพอสมควร ปลอดภัยจากการคุกคามหรือการรุกรานของศัตรู สามารถพัฒนาประเทศให้ก้าวหน้าในระดับที่เหมาะสมกับขีดความสามารถทางการงบประมาณของตน ประชาชนมีความอยู่ดีกินดีมีรายได้พอสมควรแก่อัตภาพ ประเทศชาติมีเกียรติและศักดิ์ศรีได้รับการยอมรับนับถือจากนานาประเทศ<sup>32</sup>

รากฐานของการทำหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ ถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาคม ความมั่นคงของรัฐเป็นผลมาจากการที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น ตามแนวความคิดของนักกฎหมายธรรมชาติ ความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและความสามารถทำภาระหน้าที่ของรัฐจึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจำกัดเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลได้ การย้อนกลับไปพิจารณาการทำภาระหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐกับความมั่นคงปลอดภัยของสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นการแสดงถึงความเกี่ยวพันของความชอบธรรมในยุคดั้งเดิมที่ยังคงมีผลมาจนถึงปัจจุบันนี้<sup>33</sup>

ดังนั้น ความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจกำหนดรูปแบบของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้แก่พลเมืองของตน เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ในการเสียภาษี หรือการกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ต่างๆ เป็นต้น

### 2.1.4 ขอบเขตของการใช้และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญ

#### 2.1.4.1 การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐรับรองสิทธิและเสรีภาพให้ประชาชน ประชาชนแต่ละคนจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพที่รัฐรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเมื่อต้องการจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพก็ต้องอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ การที่กฎหมายได้กำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ทรงสิทธิไว้ก็เพราะเกรงว่า

<sup>32</sup> ขจัดภัย บุรุษพัฒน์, ความมั่นคงแห่งชาติ, (กรุงเทพฯ : กรมการปกครอง, 2521), หน้า 2.

<sup>33</sup> Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S.322. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 207.

ผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพจะใช้สิทธิเสรีภาพไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นและบ้านเมือง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ ขอบเขตของการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ อาจจำแนกออกเป็น 2 แบบ คือ ขอบเขตทั่วไปในการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และขอบเขตเฉพาะในการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ<sup>34</sup>

#### 1) ขอบเขตทั่วไป

คำว่า “ขอบเขตทั่วไปในการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” หมายความว่า การที่ผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้นั้นจะต้องเคารพต่อขอบเขตทั่วไปที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ ขอบเขตทั่วไปดังกล่าวเป็นเกณฑ์กลางที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ใช้กับการใช้สิทธิเสรีภาพทุก ๆ ประเภทกล่าวคือผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพเมื่อต้องการจะใช้สิทธิและเสรีภาพใดก็ตามต้องอยู่ภายใต้เกณฑ์ที่ขอบเขตทั่วไปกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ขอบเขตทั่วไปในการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 28<sup>35</sup> เมื่อพิจารณามาตรา 28 วรรคแรกจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้วางหลักทั่วไปหรือขอบเขตทั่วไปของการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ภายใต้กรอบ 3 ประการ คือ

ประการแรก การใช้สิทธิเสรีภาพต้องไม่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพ ถ้าทุกคนต่างใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีข้อจำกัดโดยมองว่าเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติต่างมีอิสระ เสรีภาพที่จะกระทำประการใดก็ได้ ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วสังคมดังกล่าวก็จะหาความสงบสุขไม่พบ มีแต่การขัดแย้ง ทะเลาะวิวาทกันไปมาเสมือนหนึ่งบ้านเมือง

<sup>34</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารคำสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 214-218.

<sup>35</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28

“บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

นั้นไร้ข้อแปร ดังนั้นการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้ในข้อแรกนี้คือ เมื่อทุกคนมีสิทธิที่จะใช้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้ก็ต้องมีความระมัดระวังไม่ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของตนไปละเมิดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เพราะทุกคนต่างก็มีหน้าที่ต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเช่นเดียวกัน เช่น ทุกคนต่างมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแต่ก็ต้องระมัดระวังว่าการแสดงความคิดเห็นของตนต้องไม่ไปกระทบและก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติยศของบุคคลอื่น เป็นต้น

ประการที่สอง การใช้สิทธิเสรีภาพต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตดังกล่าวก็ด้วยเกรงว่าผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทอาจใช้สิทธิและเสรีภาพที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เช่น บุคคลแต่ละคนต่างมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแต่ได้แสดงความคิดเห็นที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือต้องการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของรัฐ เป็นต้น

ประการที่สาม การใช้สิทธิเสรีภาพต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อนี้เป็นหลักที่นานาประเทศยอมรับและมีเหมือนกันกับของไทย ความหมายของคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีความหมายกว้างขวางมากและเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐใช้ดุลยพินิจของตนในการตีความดังกล่าว เช่น ผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพว่าจ้างให้บุคคลหนึ่งทำการฆาตกรรมบุคคลที่ผู้ทรงสิทธิไม่ชอบ เช่นนี้ผู้ทรงสิทธิมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา บุคคลที่ได้รับการว่าจ้างตอบรับ สัญญาว่าจ้างดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากว่าสัญญาดังกล่าวแม้จะเกิดขึ้นก็ตาม แต่ขัดตกลงในสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

## 2) ขอบเขตเฉพาะ

การใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในบางกรณี นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตทั่วไปในการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตเฉพาะที่เพิ่มเติมจากขอบเขตทั่วไป การใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ได้แก่

### (1) การใช้สิทธิเสรีภาพในทางศาสนา ตามรัฐธรรมนูญแห่ง



ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 37<sup>36</sup> เมื่อพิจารณามาตรา 37 วรรคแรก จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิเสรีภาพเพิ่มเติมจากขอบเขตทั่วไป ตามมาตรา 28 ว่าการใช้สิทธิเสรีภาพในทางศาสนา นอกจากต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของการใช้สิทธิเสรีภาพ โดยทั่วไปแล้ว ยังต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองด้วย

(2) ขอบเขตของการใช้เสรีภาพทางวิชาการ ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 50<sup>37</sup> เมื่อพิจารณาตามมาตรา 50 จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตเฉพาะของการใช้เสรีภาพทางวิชาการว่าต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมือง

#### 2.1.4.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้ มาตรา 29

แม้ว่า รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไว้ในรัฐธรรมนูญ และถือว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องของปัจเจกชน แต่สิทธิและเสรีภาพนั้นก็ไม่สามารถใช้กันอย่างกว้างขวางโดยไร้ขอบเขตจำกัด เพราะมิเช่นนั้น ก็เกิดสภาวะอนาธิปไตย เหมือนเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่อย่างเต็มที่ จนกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ดังนั้น การมีสิทธิและเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุให้เกิดการไร้สิทธิและเสรีภาพ

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนาหรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากบุคคลอื่น”

<sup>37</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 50

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมือง หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิประจำตัวมนุษย์ที่ไม่อาจจะพราก หรือโอนไปจากเจ้าของได้ แต่สิทธินี้มิได้เป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute) กล่าวคือ สิทธินี้อาจถูกจำกัดการใช้โดยรัฐได้ในบางกรณีและในความเป็นจริงอิสรภาพหาได้เป็นสิทธิที่สมบูรณ์ไม่มีขอบเขต เพราะการใช้สิทธิแห่งอิสรภาพย่อมกระทบถึงบุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม ดังนั้นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐจึงเป็นสิ่งจำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ โดยรากฐานของเกณฑ์ที่ใช้บังคับในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เมื่อพิจารณาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ในมาตรา 4 บัญญัติว่า เสรีภาพก็คือ ความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นนี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น และในมาตรา 5 บัญญัติว่า กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้าม ใครจะมาห้ามไม่ให้ทำย่อมไม่ได้ และในทำนองกลับกัน บุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้กระทำการในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ<sup>38</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนเบื้องหลังแนวความคิดของทฤษฎีปัจเจกชนนิยม (Individualism) โดยทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับมนุษย์แต่ละคน ซึ่งเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมชาติ<sup>39</sup>

สำหรับปรัชญาที่ได้แสดงถึงเหตุผลของสาเหตุที่จำเป็นต้องมีการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของมนุษย์ นั่นคือ ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ของรูสโซ โดยได้กล่าวเป็นเชิงประชดประชันไว้ว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพ พร้อมกับพันธนาการแห่งโซ่ตรวน” ซึ่งอธิบายถึงความพึงพาระหว่างปัจเจกชนกับรัฐในขณะที่พลเมืองยอมมอบกายให้รัฐเป็นผู้ปกครอง โดยยอมจำกัดสิทธิ อิสรภาพของตนเอง ขณะเดียวกันรัฐก็ไม่อาจจะบัญญัติกฎหมายพรากสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ได้ และกฎหมายเช่นนั้นก็จะต้องไม่ขัดต่อเจตจำนงของประชาคมส่วนใหญ่<sup>40</sup> ฉะนั้น ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นมิใช่ว่ารัฐจะอ้างว่ามีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่กฎหมายนั้นต้องมีความชอบธรรมตามหลักนิติธรรม ประกอบกับต้องมีวัตถุประสงค์ที่กำหนดอีกด้วย

ดังนั้น เป็นที่ยอมรับกันว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นย่อมมีขอบเขตจำกัด รัฐจำเป็นต้องจำกัดขอบเขตแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน สังคม ศีลธรรมและความคงอยู่ของรัฐเอง กฎหมายที่รัฐ

<sup>38</sup>บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิชาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 74.

<sup>39</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

<sup>40</sup>วิชย ศรีรัตน์, สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย, หน้า 11.

บัญญัติขึ้นมาควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคล หรือระหว่างบุคคลกับรัฐย่อมต้องมีการกระทบถึงการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า กฎหมายนั้นเป็นทั้งเครื่องมือในการส่งเสริมให้บรรลุถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และในขณะเดียวกันก็เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้สิทธิและเสรีภาพด้วยเช่นเดียวกัน สำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ซึ่งรัฐธรรมนูญได้วางรูปแบบอันเป็นหลักประกันในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ดังต่อไปนี้<sup>41</sup>

1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับแนวความคิดที่ว่า “กฎหมายแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของประชาชน” กฎหมายในความหมายของระบอบประชาธิปไตยต้องมาจากประชาชน หรือจากตัวแทนของประชาชนเป็นผู้ตราขึ้นมา จากแนวความคิดดังกล่าวเมื่อมองโดยนัยกลับกัน กฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องเป็นกฎหมายที่มาจากประชาชน หรือตัวแทนของประชาชนเช่นกัน คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้ หมายถึงกฎหมายที่อยู่ในรูปแบบ (กฎหมายตามรูปแบบ) ของพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ ดังนั้น โดยเนื้อหาของกฎหมาย (กฎหมายตามเนื้อหา) จึงต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป เพราะกฎหมายไม่ว่าจะตราออกมาเพื่อให้ หรือจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลใช้บังคับกับทุก ๆ คนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ เพื่อรักษาไว้ซึ่งแนวความคิดกฎหมาย แสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของประชาชน จึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจในการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและมีให้เกิดเอกสิทธิและการเลือกปฏิบัติ โดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้บังคับ

2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีความชัดเจนและแน่นอน ความชัดเจนและแน่นอนของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อความถูกต้องใช้อำนาจของรัฐ และเพื่อให้ประชาชนทราบถึงสิทธิเสรีภาพที่ตนจะถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ “ความมั่นคงในนิติฐานะ” (Legal Security) ของบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของรัฐ การที่กฎหมายให้อำนาจกระทำการแก่รัฐต้องมีความชัดเจนแน่นอนดังกล่าวเพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่ารัฐจะให้อำนาจตามกฎหมายทำอะไรได้ หรือไม่ได้ได้อย่างไร และทำเพื่อประโยชน์อะไร และประชาชนจะปฏิบัติตนอย่างไร ภายใต้กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของตนโดยไม่ให้ละเมิดต่อกฎหมายดังกล่าว

3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังเป็นโทษ “กฎหมายย้อนหลังเป็นโทษมิได้” ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือ

<sup>41</sup>เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารคำสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 234-244.

หลักทั่วไปของกฎหมายทุก ๆ ประเภท ไม่ได้หมายความว่า หลักดังกล่าวใช้เฉพาะในกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่ยังใช้กับกฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย หลักกฎหมายดังกล่าวได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายต่าง ๆ ถึงแม้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวจะไม่ปรากฏเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ก็ต้องถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวดำรงอยู่ได้ด้วยตนเองและมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย กฎหมายการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องประกาศกฎหมายนั้นให้ประชาชนทราบเป็นการล่วงหน้าในราชกิจจานุเบกษาก่อนที่จะนำไปใช้บังคับแก่ประชาชน และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น และสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศกฎหมายนั้น ในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้ การตรากฎหมายย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลไม่ว่ากรณีใดๆ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ขัดต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ แม้รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ จะไม่ได้บัญญัติหลักแห่งความได้สัดส่วนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

5) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ หลักนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนต่อแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพได้ ในกรณีที่ไม้อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ แม้ว่า ตามรัฐธรรมนูญฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเพื่อรักษาประโยชน์มหาชน แต่ก็หาได้มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิเสรีภาพด้วยไม่ ดังนั้น กฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ ซึ่งหมายถึงหัวใจ หรือ “แก่น” (Core) หรือ “สารัตถะ” (Essence) ของสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ อะไรคือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทและมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้นับว่าเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการกำหนดขอบเขตสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

6) กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ เหตุที่ต้องการให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดสิทธิ เพราะเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของนิติบัญญัติในการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่าการตรา

กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่อย่างไร ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่สามารถกระทำได้” นอกจากนี้ ทำให้ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ว่ากฎหมายที่ตรามาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น รัฐมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ถ้ารัฐตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีอำนาจ กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

## 2.2 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

หลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐ ซึ่งเป็นหลักการที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (moderation)<sup>42</sup> โดยหลักแห่งความได้สัดส่วน หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง<sup>43</sup> ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักในรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ<sup>44</sup> นอกจากนี้ ยังเห็นได้จากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

<sup>42</sup>Paul MULLER, Le principe de la proportionalité, Revue de droit suisses, Bale, 1978, p. 198. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 10 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง, หน้า 24.

<sup>43</sup>วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 29-30.

<sup>44</sup>George NOLTE, General Principle of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective, M.L.R., Vol. 57, no. 2, March, 1994, pp. 191-192. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 10 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง, หน้า 24.

เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 58 วรรคสาม<sup>45</sup>

หลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อยๆ 3 หลักการ ด้วยกันคือ หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu)<sup>46</sup>

### 2.2.1 หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness)

หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) บังคับว่าในบรรดา มาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ตนออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของ กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วง มาตรการใดที่ไม่สามารถทำได้เป็นมาตรการที่ขัดต่อหลัก แห่งความสัมฤทธิ์ผล เป็นมาตรการที่ไม่มีผลบังคับ เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>47</sup> ตัวอย่างเช่น นาย ก. อายุ 16 ปี ไม่มีใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ ได้นำรถยนต์ของบิดามาขับเป็น ประจำ ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่ตำรวจออกคำสั่งให้นาย ก. ไปรายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจทุกสัปดาห์ เพื่อป้องกันมิให้นาย ก. นำรถยนต์ของบิดามาขับอีก คำสั่งของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเห็นประจักษ์ ชัดว่าไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุผลลงได้ คำสั่งดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเป็น

<sup>45</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 58 วรรคสาม “ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อ กฎหมายที่มีโทษทางอาญา หรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่อาจใช้ มาตรการบังคับทางปกครองโดยไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองให้กระทำ หรือละเว้นกระทำก่อน ก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน”

<sup>46</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin Heidelberg, New York, Tokyo, Springer-Verlag, 1985., Pierre MOOR, *Droit administrative*, Vol. I : Les fondement généraux, Berne, Edition Staempfli & Cie SA, 1988, pp., 350-355; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดย องค์การตุลาการ, ใน สมยศ เชื้อไทย(บรรณาธิการ) รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภสมทรัพย์, ( กรุงเทพฯ : พี.เค.พรินติ้งเฮ้าส์, 2531), หน้า 195-208.

<sup>47</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายปกครอง คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 28.

คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมก็ตาม<sup>48</sup>

สำหรับในประเทศไทยศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลมาใช้ในการวินิจฉัย เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 90/2547 แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้อำนาจแก่นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลก็ตาม แต่การออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ คำสั่งดังกล่าวจะต้องสามารถดำเนินการให้เจตนาธรรมณ์ หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายสำเร็จลุล่วงได้ คำสั่งใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนาธรรมณ์ หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้<sup>49</sup>

### 2.2.2 หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)

หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ อย่างซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือสามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนาธรรมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่ทว่ามาตรการเหล่านั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความคิดที่อยู่เบื้องหลังหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่ต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยที่สุด”<sup>50</sup> ตัวอย่างเช่น

ในการเซนเซอร์ภาพยนตร์ ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์นั้น มีมาตรการที่ใช้คือ

- 1) ห้ามฉายภาพยนตร์
- 2) ฉายได้แต่ต้องตัดฉากเลิฟซีนที่ไม่เหมาะสมออก

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า ทั้งสองมาตรการสอดคล้องกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) กล่าวคือ รักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่กระทบกระเทือนเสรีภาพของราษฎร เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางภาพยนตร์

<sup>48</sup>วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 32.

<sup>49</sup>ข้อมูลจากเว็บไซต์ของสำนักงานศาลปกครองสูงสุด <http://www.admincourt.go.th>

<sup>50</sup>วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 10 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง, หน้า 26.

แต่กระทบเสรีภาพทางความคิดเห็นต่างกัน ดังนั้นจึงต้องเลือกมาตรการหลัง เว้นแต่ ตัดฉากรันไปแล้วจะทำให้คุณภาพยন্ত্রนั้นไม่รู้เรื่องเลย<sup>51</sup>

ตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่า มาตรการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น เช่น อาคารแห่งหนึ่งเกิดชำรุดและอยู่ในลักษณะที่ไม่มั่นคง อาจเป็นอันตรายกับบุคคลที่สัญจรไปมา องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการขจัดอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลที่สัญจรไปมา จึงออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารดังกล่าว กรณีนี้แม้การรื้อถอนอาคารดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการบรรลุผลลงได้ ซึ่งหมายความว่า คำสั่งให้รื้อถอนอาคารสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลก็ตาม หากปรากฏชัดเจนว่าลำพังเพียงแค่การสั่งให้เจ้าของอาคารซ่อมแซมอาคารส่วนที่ชำรุดบกพร่องก็เพียงพอที่จะขจัดอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลที่สัญจรไปมาเช่นกัน คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สั่งให้รื้อถอนอาคารย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น เนื่องจากยังมีมาตรการอื่นที่รุนแรงน้อยกว่าและได้ผลอย่างเดียวกันกับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ คือ การออกคำสั่งให้ซ่อมแซมอาคาร ดังนั้นคำสั่งให้รื้อถอนอาคารจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>52</sup>

### 2.2.3 หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu)

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากมาตรการใด มาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ กล่าวอีกนัย มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้ว มาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นองค์ประกอบข้อที่สามของหลักความได้สัดส่วนนี้ จึงบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ราษฎร มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมโดยส่วนรวม ฝ่ายปกครองต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ ตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และจำเป็น

<sup>51</sup>วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายปกครอง, หน้า 31.

<sup>52</sup>วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 34.



แก่การดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น ตามหลักแห่งความจำเป็น<sup>53</sup>

ตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เช่น กรณีที่เจ้าของอาคารแห่งหนึ่งปลูกสร้างอาคารโดยผิดพลาดทำให้ระยะห่างระหว่างอาคารไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยขาดไป 1 เซนติเมตร กรณีนี้ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสั่งให้รื้อถอนอาคารที่สร้างเสร็จแล้ว ย่อมเห็นได้ชัดว่าไม่อาจคาดหมายจากผูปลูกสร้างอาคารได้ว่าเพียงแค่ผิดพลาดไป 1 เซนติเมตร โดยได้ตั้งใจ จะต้องถึงขนาดถูกสั่งให้รื้อถอนอาคาร ยิ่งไปกว่านั้นคำสั่งให้รื้อถอนอาคารในกรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องเสียไปกับประโยชน์สาธารณะจะได้รับแล้ว เห็นประจักษ์ชัดว่าไม่พอสมควรแก่เหตุ คำสั่งให้รื้อถอนอาคารกรณีตามตัวอย่างจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>54</sup>

ตัวอย่างจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.244/2553 โครงการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามในคดีนี้มีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงระบบกำจัดขยะมูลฝอยที่มีอยู่เดิมมาเป็นวิธีการที่ถูกหลักสุขาภิบาล ตามหลักวิชาการอันเป็นการรักษาไว้ซึ่งสภาพสิ่งแวดล้อม เมื่อซึ่งน้ำหนักของผลกระทบและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากโครงการดังกล่าวแล้วนั้น เห็นได้ว่า ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีมีสัดส่วนน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะ โครงการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจึงไม่อยู่ในความหมายเป็นการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่จะต้องจัดให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งต้องให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการโครงการดังกล่าว ตามมาตรา 56 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นแต่

<sup>53</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 10 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง, หน้า 28.

<sup>54</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 35.

อย่างไรใด ศาลพิพากษายกฟ้อง<sup>55</sup>

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554 เมื่อการก่อสร้างสะพานทางเดิน ค.ส.ล. ริมคลองบางเตยได้ทำลายสภาพความเป็นธรรมชาติ ความร่มรื่น และทัศนียภาพที่น่าดูที่มีอยู่เดิม ของสองฝั่งคลองและการใช้ประโยชน์จากสะพานดังกล่าวอาจนำไปสู่การทำลายความเจียบสงบ ของการอยู่อาศัยสองฝั่งคลอง ประกอบกับเมื่อพิจารณาที่ตั้งของสะพานและการใช้ประโยชน์จาก สะพานพิพาทแล้ว น่าจะมีประชาชนใช้เส้นทางในการสัญจรน้อย จึงไม่คุ้มค่าในการใช้ประโยชน์ อีกทั้งไม่มีการสร้างรั้วตาข่ายเหล็กตลอดเส้นทางที่สะพานเสียบขนานกับแนวเขตหมู่บ้านของ ผู้ฟ้องคดี เพื่อป้องกันมิให้บุคคลภายนอกล่วงล้ำเข้าไปในเขตหมู่บ้าน การก่อสร้างสะพานพิพาท จึงส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตอย่างปกติสุขของผู้ฟ้องคดีมากเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบกับ ประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากการก่อสร้างสะพานดังกล่าว การก่อสร้างสะพานพิพาทจึงเป็น การใช้ดุลพินิจที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินสมควร อันเป็นการกระทำที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>56</sup>

<sup>55</sup> ข้อเท็จจริงเพิ่มเติม “เทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้รับการสนับสนุนเงิน งบประมาณฯ จากสำนักนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม กระทรวงวิทย์ฯ ให้ดำเนินการปรับปรุง ระบบกำจัดขยะมูลฝอย ในบริเวณพื้นที่บ้านคำมิดใต้ หมู่ 10 ต.น้ำพอง อ.น้ำพอง จ.ขอนแก่น ปรากฏว่าราษฎรในหมู่บ้านดังกล่าวและบริเวณใกล้เคียงได้ชุมนุมคัดค้านจนไม่สามารถก่อสร้างได้ ตามกำหนด เทศบาลตำบลน้ำพอง จึงได้ทำหนังสือถึงเทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) เพื่อขอใช้พื้นที่กำจัดขยะ ซึ่งเทศบาลตำบลเขาสวนกวางอยู่ในเขตปกครองของ องค์การบริหารส่วนตำบลคำม่วง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การดำเนินการก่อสร้าง ระบบกำจัดขยะมูลฝอยของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่ชอบด้วยกฎหมาย” สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2555), หน้า 380.

<sup>56</sup> ข้อเท็จจริงเพิ่มเติม : “กรุงเทพมหานครได้อนุมัติเงินงบประมาณให้ผู้อำนวยการเขต บึงกุ่ม ทำการก่อสร้างสะพานทางเดิน ค.ส.ล. ริมคลองบางเตย บริเวณถนนนวมินทร์ถึงซอย มหาทรัพย์ เพื่อให้ประชาชนที่พักอาศัยในซอยมหาทรัพย์จำนวน 31 คน ใช้เป็นทางเชื่อมระหว่าง ถนนนวมินทร์ถึงซอยมหาทรัพย์ โดยไม่ได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและสอบถามความ ต้องการของประชาชนที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียง ซึ่งหากมีการเปิดใช้สะพานดังกล่าวจะทำให้ผู้ที่อยู่ อาศัยในหมู่บ้านสรายุรัมย์จำนวน 789 คน ไม่ได้รับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ทำให้ ทัศนียภาพที่สวยงามของคลองบางเตยถูกทำลาย รวมทั้งทำให้ลำคลองตื้นเขินและเกิดน้ำท่วม เพราะไม่สามารถขุดลอกคลองได้” สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2555), หน้า 383-387.

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนถือเป็นหลักการสำคัญที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นเพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หลักการนี้จึงเป็นหลักการสำคัญที่ถูกนำมาใช้เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินขอบเขตแห่งความเป็นธรรม



## บทที่ 3

# หลักความได้สัดส่วนและกฎในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

### 3.1 หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

#### 3.1.1 ความหมายและลักษณะสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit / Principle of Proportionality) ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีความสำคัญสำหรับการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มุ่งหมายเฉพาะเพื่อจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอีกด้วย<sup>1</sup> โดยหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม ที่คำนึงถึงหลักความยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของสังคมโดยรวม โดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ<sup>2</sup> ซึ่งหลักความได้สัดส่วนมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำในทางปกครองที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพที่ศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำในทางปกครองมาเป็นเวลายาวนานแล้ว<sup>3</sup> และในประเทศเยอรมันยังได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้เพื่อเป็นหลักแห่งความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายให้มีความสมบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องส่วนได้ส่วนเสียอันเกี่ยวกับสิทธิบุคคลตามกฎหมายที่

<sup>1</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการวิจัยเรื่อง การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), หน้า 8.

<sup>2</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 269.

<sup>3</sup>Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, S. 764 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 270.

ฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐต้องใช้ดุลพินิจในรูปของกฎ คำสั่ง และข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งนอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้แล้ว หลักความได้สัดส่วนยังเป็นพื้นฐานที่สำคัญและเป็นเครื่องมือของศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ สำหรับใช้ในการชี้แนะหนักว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐเป็นไปตามหลักสัดส่วนที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่ เพียงใด<sup>4</sup>

โดยนิยามของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ให้คำจำกัดความว่า “การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและมีความจำเป็นเท่าที่จะทำให้อัตุประสงค์ของรัฐบรรลุขึ้นมาได้ บุคคลจะต้องไม่มีภาระหน้าที่ซึ่งมากเกินไปกว่าความจำเป็น (excessive burden) และบุคคลจะได้รับผลกระทบจากภาระหน้าที่นั้นแต่พอสมควร (reasonable)”<sup>5</sup> หลักความได้สัดส่วนนี้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายปกครองซึ่งต้องการให้มาตรการต่าง ๆ สอดคล้องเป็นสัดส่วนกับวัตถุประสงค์หรือผลที่ต้องการ โดยที่หลักความได้สัดส่วนนี้มาจากหลักนิติรัฐและต้องใช้ประกอบการพิจารณาเสมอ หลักนี้จึงใช้บังคับกับทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายนิติบัญญัติด้วย นอกจากนี้ ยังใช้ในการกำหนดขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานเมื่อต้องมีการชี้แนะหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนกับประโยชน์สาธารณะซึ่งมีลักษณะจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชน<sup>6</sup>

### 3.1.2 สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

จากคำจำกัดความของหลักความได้สัดส่วนที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ให้ไว้ซึ่งเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนสาระสำคัญ 3 ประการคือ หลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการสำหรับวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่ง หลักความจำเป็นของมาตรการหรือวิธีการ และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือความสมเหตุสมผลระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว โดยสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>4</sup> ุฒิชัย จิตานู, “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน(Principle of Proportionality)”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 8, ฉบับที่ 22, หน้า 41-43 (มกราคม - เมษายน 2549).

<sup>5</sup> Jürgen Schwarze, *European Administrative Law*, (London : Sweet and Maxwell, 1992), p. 687 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบอบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 12.

<sup>6</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 33-34.

สหพันธ์ ในกรณีที่มีการโต้แย้งมาตรการในการตรวจสอบจดหมาย การติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ และการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการอื่น ๆ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมอันเป็นการโต้แย้ง หมายความว่าด้วยการจำกัดการติดต่อสื่อสารทางจดหมายทางไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล ฉบับลงวันที่ 13.8.1968 มาตรา 1 วรรคสามซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่ผล บังคับโดยตรง” ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าตามหลักความได้สัดส่วนนั้น มาตรการตรวจสอบดังกล่าวนั้น จะต้องมีความเหมาะสมเพื่อให้มาตรการในการแทรกแซงในสิทธิในการติดต่อสื่อสารนั้นมีผลต่อ การคุ้มครองต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง กล่าวคือ การแทรกแซงดังกล่าวนี้ เพื่อให้สามารถรับรู้ ได้ทันเวลาและสามารถที่จะค้นพบอันตรายอันเกิดจากการโจมตีโดยทางอาวุธที่กระทำต่อเยอรมัน ได้ นอกจากนี้มาตรการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องมีความจำเป็นด้วย หากมีมาตรการอื่นที่ ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่าและสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ มาตรการ ตรวจสอบดังกล่าวก็ไม่ถือว่าจำเป็น และท้ายที่สุดมาตรการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องได้สัดส่วนใน ความหมายอย่างแคบ ซึ่งหมายความว่ามาตรการตรวจสอบนั้นจะต้องวางอยู่ในความสัมพันธ์ที่ เหมาะสมระหว่างผลที่ได้รับจากมาตรการตรวจสอบดังกล่าวกับผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน<sup>7</sup>

นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบดุลพินิจของ ฝ่ายปกครอง หรือกล่าวคือ ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นขัดแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ และ หลักทั่วไปของกฎหมายปกครองหรือไม่ ซึ่งหมายรวมถึงหลักความได้สัดส่วนด้วย<sup>8</sup>

### 3.1.2.1 หลักความเหมาะสม

หลักความเหมาะสม หมายความว่าถึง สภาพการณ์ซึ่งรัฐได้แทรกแซง และภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ โดย มาตรการนั้นต้องอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่าง ชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>9</sup> ตัวอย่างจากการวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญสหพันธ์ซึ่งได้เคยวินิจฉัยว่ามาตรการในเรื่องนั้น ๆ มีความไม่เหมาะสม เช่น ในกรณี ของข้อห้ามในทางกฎหมายต่อหน่วยงานกลางที่จัดบริการให้มีการเดินทางร่วมไปกับรถยนต์ส่วนบุคคล เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของการจราจรและเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ร่วม

<sup>7</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 273-274.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 283.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 274.

เดินทางกับรถยนต์ส่วนบุคคล<sup>10</sup> ในกรณีของความจำเป็นของการตรวจสอบความสามารถในการยิงปืนและการพิสูจน์ความรู้ในทางเทคนิคเกี่ยวกับการใช้อาวุธ สำหรับการออกใบอนุญาตในการล่าสัตว์ด้วยเหยี่ยว<sup>11</sup> หรือในกรณีที่มีการจำกัดความเร็วของรถเพื่อบรรเทาความเสียหายของป่าซึ่ง Pieroth และ Schlink เห็นว่า การจำกัดความเร็วของรถเพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรเทาความสูญเสียของป่านั้น ในแง่ของความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวจะมีความเหมาะสมเมื่อสมมุติฐานหรือวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้สามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการลดลงของก๊าซโอเลียงการรถยนต์กับการฟื้นฟูสภาพที่ดีของป่า<sup>12</sup> เป็นต้น

### 3.1.2.2 หลักความจำเป็น

หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการใดๆ ที่รัฐนำมาใช้ซึ่งทำให้วัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้บรรลุผล มาตรการนั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น กล่าวคือ องค์การของรัฐไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะนำมาปฏิบัติได้และเป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลน้อยไปกว่ามาตรการนี้ มาตรการที่จำเป็นนั้นเป็นการเลือกวิธีการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผล และวิธีการนั้นจะต้องไม่จำกัดเสรีภาพของบุคคลมากเกินไป<sup>13</sup>

ในกรณีของการใช้หลักความจำเป็นนั้นควรจะเป็นกรณีที่มีมาตรการที่มีความเหมาะสมหลายมาตรการที่สามารถจะบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ การที่มีมาตรการที่เหมาะสมเพียงมาตรการเดียว กรณีนี้จึงไม่มีมาตรการที่จะกระทบกระเทือนที่น้อยที่สุดให้เลือกการตีความมาตรา 4(1) ของกฎหมายจราจร 1952 ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการถอนใบอนุญาตขับขี่ยานยนต์ ศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์เห็นว่า การถอนใบอนุญาตเพียงบางส่วนนั้นมิได้สนับสนุนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันสาธารณะต่ออันตราย

<sup>10</sup>BVerfGe 17, 306 (315) อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 275.

<sup>11</sup>BVerfGe 55, 159 (165) อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 275.

<sup>12</sup>Pieroth/ Schlink, Grundrechte–Staatsrecht II, 9 Aufl., 1993, Rdnr.323 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 277.

<sup>13</sup>Jürgen Schwarze, European Administrative Law, p. 687 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”, หน้า 18.

อันเกิดจากข้อบกพร่อง การบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีการเพิกถอนใบอนุญาตทั้งฉบับ<sup>14</sup>

หลักความจำเป็นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมการใช้อำนาจมหาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเคยมีกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1968 ที่กรุงเบอร์ลิน ประเทศเยอรมนี ในระหว่างนั้นได้มีการเดินขบวนของชาวเวียดนาม เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำการห้ามมิให้มีการเดินขบวน แต่กระนั้นก็ตามได้มีกลุ่มบุคคลหนึ่งนำโปสเตอร์แผ่นเล็กติดที่คอมไฟตามถนน และสถานที่อื่น ๆ เพื่อเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมเดินขบวน โดยสถานที่ชุมนุมนั้น ได้มีการระบุงูไว้ในแผ่นประกาศแผ่นเล็ก ๆ นั้น ตำรวจได้ทำการจับกุมบุคคลหนึ่ง ซึ่งทำการติดประกาศแผ่นประกาศดังกล่าวตามกำแพงบ้านในเขตพื้นที่อันเป็นที่อยู่อาศัยของเมือง บุคคลนั้นได้ถูกควบคุมตัวในคืนนั้น และในวันต่อมาจนกระทั่งการเดินขบวนได้รุดไปยังศาลปกครองชั้นสูงของเบอร์ลิน และศาลได้วินิจฉัยว่า การจับกุมบุคคลดังกล่าวนี้ไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบของสังคม เพราะการริบแผ่นประกาศดังกล่าวนี้ถือว่าการเพียงพอแล้ว<sup>15</sup>

### 3.1.2.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มีหลักการว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้<sup>16</sup> ซึ่งในการใช้มาตรการใด ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดกับบุคคลและผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการใช้มาตรการทางปกครอง และห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้

<sup>14</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 277.

<sup>15</sup>M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz de Verhaeltnismaessigkeit, 1985 s.65. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 19 ตอนที่ (1 เมษายน 2543), หน้า 178.

<sup>16</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 279.



มาตรการทางปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลมากกว่าที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่สังคม<sup>17</sup>

เมื่อระบบกฎหมายของเยอรมันเรียกร้องให้กระบวนการต่าง ๆ ต้องซึ่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของบุคคลและผลประโยชน์ของสังคม เพื่อกำหนดความเหมาะสมหรือสัดส่วนระหว่างความสูญเสียของฝ่ายหนึ่งและผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาผลที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะผลกระทบต่อบุคคลที่สาม หากองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบย่อมทำให้การใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองไม่มีผลบังคับใช้ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบยังเป็นฐานของการเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหายให้กับบุคคล ถ้าองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องรู้หรือควรจะรู้ว่าการกระทำของตนละเมิดต่อหลักนี้<sup>18</sup> ตัวอย่างของการใช้หลักความได้สัดส่วนทางกฎหมายปกครอง เช่น หน่วยงานราชการสั่งให้โรงงานต่อเติมปล่องควันไฟขึ้นไปอีก 30 เมตร เพื่อมิให้ควันรบกวนบริเวณใกล้เคียง คำสั่งนี้เหมาะสม หากการต่อเติมนี้จัดการรบกวนได้จริง ๆ คำสั่งนี้จำเป็น เมื่อมาตรการอื่นก็เป็นภาระแก่เจ้าของโรงงานไม่น้อยกว่ากัน แต่จะไม่จำเป็นแล้ว หากต่อเติมเพียง 15 เมตรก็พอ หรือใช้เครื่องกรองที่มีราคาสูงกว่าการต่อเติมก็ได้ผลอย่างเดียวกัน และคำสั่งนี้พอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ เมื่อราคาของการต่อเติมไม่สูงเกินกว่าผลที่จะได้รับ<sup>19</sup>

### 3.1.3 ขอบเขตการใช้หลักความได้สัดส่วน

จากสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน อันได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ซึ่งองค์กร

<sup>17</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Laws in Common Law Perspective*, p. 165-167. อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”, หน้า 22.

<sup>18</sup> ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 25.

<sup>19</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*, หน้า 35.

ของรัฐอาจนำหลักการทั้งสามประการนี้ไปใช้ในทางปฏิบัติได้ ดังนี้<sup>20</sup>

1) มาตรการที่รัฐนำมาใช้จะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการให้เกิดขึ้นหรือทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ตามที่รัฐกำหนดไว้

2) มาตรการของรัฐที่ทำให้วัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้บรรลุผลนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นโดยไม่มีกลไกอื่นใดที่จะนำมาปฏิบัติได้และเป็นกลไกที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยไปกว่ามาตรการนี้

3) มาตรการที่รัฐนำมาใช้จะต้องไม่เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกจำกัดอันเป็นผลจากการใช้มาตรการนั้น

จะเห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนนี้เป็นหลักที่มุ่งควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยการดำเนินการต่าง ๆ โดยมาตรการที่รัฐนำมาใช้ต้องก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น โดยรัฐต้องใช้มาตรการนั้นด้วยความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการ รวมทั้งต้องได้สัดส่วนกันระหว่างผลประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการดังกล่าวกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

### 3.2 กฎในระบบกฎหมายเยอรมัน

#### 3.2.1 ความหมายและประเภทของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ยอมรับให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง หรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายบริหารนั้น ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายมาใช้บังคับกับเอกชนได้ก็แต่เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภากำหนดให้สามารถทำได้ หรือเป็นกรณีที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz หรือ Basic Law) กำหนดเท่านั้น<sup>21</sup> ทั้งนี้ ในมาตรา 80 ของกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

<sup>20</sup> Jürgen Schwarze, *European Administrative Law*, p. 687 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”, หน้า 28-29.

<sup>21</sup> นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน”, (วิทยานิพนธ์ที่มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 30.

สามารถตรากฎหมายลำดับรองได้ 2 ลักษณะคือ<sup>22</sup>

1) กฎหมายลำดับรอง (Rechtsverordnungen/ Statutory order) ซึ่งตราโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกชื่อแตกต่างกันไป เช่น กฎฎีกา ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ หรือระเบียบ เป็นต้น โดยกฎหมายลำดับรองจะตราขึ้นได้โดยรัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์หรือรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น องค์กรเหล่านี้ได้รับการมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ตรากฎหมายลำดับรอง โดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการกฎหมายลำดับรองดังกล่าวต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 80 (1)<sup>23</sup> ของกฎหมายพื้นฐาน

2) กฎหมายลำดับรอง (Satzungen/ charter or byelaw) ซึ่งตราขึ้นโดยองค์การอิสระ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์การที่ตั้งขึ้นและรับรองโดยรัฐ เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เทศบาล มหาวิทยาลัย องค์การวิชาชีพ เป็นต้น เนื่องจากภายใต้หลักกฎหมายเป็นที่ยอมรับว่าองค์การอิสระเหล่านี้มีความเป็นอิสระในการดำเนินกิจการที่เป็นภารกิจหน้าที่ของตน เช่น ข้อบัญญัติ ข้อบัญญัติท้องถิ่น และโดยที่องค์การอิสระไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายบริหาร จึงไม่ต้องนำข้อจำกัดตามมาตรา 80 (1) ของกฎหมายพื้นฐานมาใช้บังคับกับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์การอิสระ

นอกจากนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันได้ยอมรับกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือองค์การอิสระอีกประเภทหนึ่ง คือ คำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการวางระเบียบ กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ตราขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการมอบอำนาจจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ในตนเองโดยเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในของฝ่ายปกครองเองจึงไม่มีผลกระทบต่อโดยตรงกับเอกชน ดังนั้น กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าว จึงไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของการมอบอำนาจในการ

<sup>22</sup> ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 39.

<sup>23</sup> Article 80 Issue of ordinances

(1) The Federal Government, a federal Minister or Land governments may be authorized by law to issue ordinances. The content, purpose, and scope of the authorization so conferred must be set forth in such law. This legal basis must be stated in the ordinance. If a law provides that such authorization may be delegate, such delegation shall require another ordinance.

ตรากฎหมายลำดับรอง<sup>24</sup>

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันมีฐานะเป็นกฎหมาย โดยไม่ถือว่ามีฐานะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะนิติกรรมทางปกครองของประเทศเยอรมันนั้นมีลักษณะและความหมายเฉพาะในเรื่องของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 มาตรา 35 วรรคแรก ได้ให้คำนิยามนิติกรรมทางปกครองว่าเป็น คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก<sup>25</sup>

### 3.2.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองเยอรมัน

การที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามกฎหมาย ทำให้ฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการด้วย ฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ แต่การควบคุมของฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง<sup>26</sup>

ศาลปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมันมี 3 ระดับคือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสหพันธ์ ซึ่งคดีที่เกี่ยวกับคำร้องขอให้ศาลตรวจสอบ

<sup>24</sup>Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2<sup>nd</sup> edition (Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, Newyork, 2001), pp.41-43 อ้างใน นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 31.

<sup>25</sup>กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 143.

<sup>26</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 255.

ความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองนั้นจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์<sup>27</sup> ซึ่งมาตรา 47 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายลำดับรองที่ออกภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายควบคุมอาคาร หรือออกตามบทบัญญัติหรือของพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา 246 วรรคสองของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร

2) บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ ที่มีสถานะต่ำกว่ากฎหมายของมลรัฐเท่าที่กฎหมายของมลรัฐได้กำหนดไว้

คำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองจะได้รับการพิจารณาที่เป็นคุณแก่ผู้ร้องเมื่อคำร้องนั้นโต้แย้งต่อผู้ออกกฎหรือข้อบังคับดังกล่าวว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นเป็นโมฆะ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองโดยศาลปกครองมีข้อพิจารณา ดังนี้<sup>28</sup>

(1) กรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของผู้ออกกฎหมายลำดับรอง หน่วยงานที่ออกกฎหมายลำดับรองต้องเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนั้น

(2) กระบวนการขั้นตอนของการตรากฎหมายลำดับรอง กฎหมายลำดับรองจะต้องชอบด้วยกระบวนการขั้นตอนของการออกกฎหมายลำดับรอง

(3) พื้นฐานในทางกฎหมายที่มอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองในการตรากฎหมายลำดับรองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนจะต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายอย่างเพียงพอ โดยจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของกฎหมายลำดับรองนั้น ในกรณีของข้อบัญญัติท้องถิ่นได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พื้นฐานในทางกฎหมายที่ให้อำนาจจะต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่จะมีการมอบอำนาจต่อโดยกฎหมายลำดับรอง ซึ่งหากถือตาม มาตรา 80 ของกฎหมายพื้นฐาน ในการมอบอำนาจต่อจะกระทำต่อเมื่อกฎหมายที่มอบอำนาจนั้นเอง ได้กำหนดไว้ให้มอบอำนาจต่อไปได้ นอกจากนี้ พื้นฐานในทางกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น

<sup>27</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 2<sup>nd</sup> edition (Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, Newyork, 2001), pp.41-43 อ้างถึงใน นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 79-80.

<sup>28</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้เบื้องต้นเบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), หน้า 134-136.

จะต้องครอบคลุมเนื้อหาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายนั้นด้วย หรือกล่าวคือ กฎหมายลำดับรองจะต้องออกภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจ

(4) กฎหมายลำดับรองจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า หากกฎหมายลำดับรองขัดแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่ากฎหมายลำดับรองนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ โดยศาลจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองจากบทบัญญัติของกฎหมายสหพันธ์และกฎหมายของมลรัฐทั้งหมดที่มีอยู่ รวมตลอดถึงตรวจสอบจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย

เมื่อศาลปกครองวินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองไม่ชอบด้วยมาตรา 47 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ผลของคำพิพากษาทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นไม่มีผลในทางกฎหมายและตกเป็นโมฆะ หรือกล่าวคือคำพิพากษามีผลย้อนหลังเท่ากับเป็นการลบล้างบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองทั้งหมดหรือบางส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไป โดยคำพิพากษาของศาลปกครองจะมีผลบังคับผูกพันเป็นการทั่วไป และคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่แสดงถึงความเป็นโมฆะของกฎหมายลำดับรองสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้<sup>29</sup>

หลักความได้สัดส่วน ถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญ อันมีที่มาจากหลักนิติรัฐและจากระบบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับกับการกระทำของรัฐทุกประเภท โดยถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ซึ่งศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ของกฎหมายลำดับรองด้วย

<sup>29</sup> นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน”, หน้า 115.

## บทที่ 4

### หลักความได้สัดส่วนกับการตรวจสอบ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยศาลปกครองในประเทศไทย

#### 4.1 ศาลปกครองกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

##### 4.1.1 ความหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ซึ่งเป็นนิยามความหมายเหมือนกับที่กำหนดในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น “กฎ” ในความหมายดังกล่าวนี้จึงหมายถึง หลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปตั้งแต่พระราชกฤษฎีกาลงมา<sup>1</sup> ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ไม่ว่าจะออกโดยองค์กรทางปกครองใด โดยหลักแล้วถ้ามาตรการนั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะแล้ว มาตรการดังกล่าวก็คือ “กฎ” ไม่ว่าจะใช้ชื่อเรียกว่าอะไร<sup>2</sup>

ในการพิจารณาว่าการกระทำใดของฝ่ายปกครองจะมีฐานะในทางกฎหมายเป็นกฎหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาลักษณะหรือสาระสำคัญของกฎ 3 ประการคือ<sup>3</sup>

ประการแรก “กฎ” ในทางทฤษฎีคือ การกระทำในทางกฎหมายฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่ใช้บังคับกับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

<sup>1</sup> จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548), หน้า 38.

<sup>2</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ตานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : จีระการพิมพ์, 2540), หน้า 119.

<sup>3</sup> นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 42-44.

ประการที่สอง กฎในระบบกฎหมายไทยเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง กฎจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองอื่นไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง

ประการสุดท้าย ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎได้เองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในทางตรงกันข้ามการที่องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ซึ่งหมายความรวมถึงการออกกฎด้วยนั้น อันมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนจะต้องมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจเอาไว้จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติโดยมีสาระเหมือนกันว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นด้วยโดยอนุโลม”

คำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 29 หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลบังคับในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น การที่รัฐจะกระทำการใดอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะสามารถกระทำได้ต่อเมื่อมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น หากฝ่ายปกครองจะออกระเบียบ หรือข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีฐานทางกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจแล้ว ย่อมไม่สามารถกระทำได้

ดังนั้น จากคำนิยามความหมายของกฎที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคสามนั้น สรุปได้ว่า กฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะต้องปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนนั้นต้องเป็นกฎที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หากเป็นกฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้นย่อมอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง



#### 4.1.2 ประเภทของกฎที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

การออก “กฎ” ของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องออกกฎภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจและจะต้องออกไม่เกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ โดย ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์<sup>4</sup> ให้คำอธิบายความหมายของ “กฎ” ไว้ว่า<sup>4</sup> พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎที่มีชื่อเรียกเช่นนี้ย่อมเป็นกฎทั้งโดยสภาพและโดยการกำหนดของกฎหมายจึงเป็นที่ชัดเจนอยู่ในตัว ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นกฎที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ กฎประเภทนี้อาจเป็นระเบียบหรือข้อบังคับของกระทรวง ทบวง กรม จังหวัด รัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยของรัฐ องค์กรมหาชน ฯลฯ บทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กฎหมายประเภทนี้อาจมีชื่อเรียกเป็นอย่างอื่นที่แตกต่างหรือนอกเหนือไปจากกฎประเภทที่มีชื่อตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎ ก.พ. ประกาศ ฯลฯ กรณีจึงต้องพิจารณาจากลักษณะของกฎนั้น ๆ ว่ามีลักษณะเป็นกฎตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งกฎมีลักษณะสำคัญสองประการคือ ประการแรก บุคคลที่อยู่ในบังคับของกฎนั้นจะต้องนิยามไว้เป็นประเภท โดยมีได้ระบุชื่อหรือเจาะจงตัวบุคคล เช่น คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือน ผู้ประกอบอาชีพทนายความ นักศึกษา ฯลฯ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ในบังคับของกฎได้ และประการที่สอง กรณีกฎที่กำหนดไว้ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ให้ข้าราชการแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น<sup>5</sup> ตามลักษณะที่มาของอำนาจในการออกกฎแล้ว กฎเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจดังกล่าวนี้จะได้รับมอบโดยผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จึงจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บท อันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายบริหารด้วย<sup>6</sup>

กฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแบ่งเป็น กฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

<sup>4</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2550), หน้า 146-147.

<sup>5</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 (อัสสัมชัญ), หน้า 22-23.

<sup>6</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2551), หน้า 26.

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

#### 4.1.2.1 กฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 (2) กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับกฎดังต่อไปนี้ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด<sup>7</sup>

##### 1) พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นพระประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราขึ้น ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 187 ได้บัญญัติรับรองพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในทางปฏิบัติพระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีตามที่คณะรัฐมนตรีเห็นสมควร<sup>8</sup> ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดิน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.2/2546 และที่ พ.21/2549) พระราชกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่ดินให้เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.3/2546) พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดิน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.4/2546) พระราชกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่ดินให้เป็นอุทยานแห่งชาติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.28/2550) พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.15/2546 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.47/2549) เป็นต้น

##### 2) กฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่ากฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติต่างๆ ไว้สำหรับเจ้าหน้าที่ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร ตั้งแต่การสอบข้อเท็จจริง การกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบและจำนวนค่าสินไหมทดแทน การมีคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหม

<sup>7</sup>แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (พ.ศ. 2544-พ.ศ. 2552), พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2553), หน้า 37-47.

<sup>8</sup>เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2556), หน้า 279.

ทดแทน รวมทั้งการผ่อนชำระค่าสินไหมทดแทนของเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบ ซึ่งจะเห็นได้ว่าระเบียบฉบับนี้มีข้อกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนั้น ระเบียบฉบับนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการผ่อนชำระเงินที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบจึงมีลักษณะเป็นกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ และในเมื่อเป็นกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2550)

### 3) กฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(1) กฎกระทรวง เป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้ฝ่ายบริหารออกใช้บังคับเพื่อกำหนดรายละเอียดของกฎหมายแม่บท ซึ่งตามปกติจะเป็นรายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยกว่ากรณีที่กฎหมายแม่บทมอบให้ฝ่ายบริหารกำหนดโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา<sup>9</sup> ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่ากฎกระทรวงเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ กรณีฟ้องว่ากฎกระทรวง ฉบับที่ 366 (พ.ศ. 2511) ออกตามความในพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ออกโดยไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.11/2545) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 15/2545) คดีพิพาทเกี่ยวกับการออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมเพื่อการจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีว่างงาน พ.ศ. 2546 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.1/2548) เป็นต้น

(2) มติคณะรัฐมนตรี เป็นผลการตัดสินใจร่วมของคณะรัฐมนตรีที่มีอำนาจร่วมกันในการบริหารราชการแผ่นดิน มติคณะรัฐมนตรีอาจเป็นไปเพื่อกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินหรือการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ<sup>10</sup> มติคณะรัฐมนตรีอาจมีทั้งกรณีที่มีลักษณะเป็น กฎ คำสั่ง หรือเป็นเพียงนโยบาย ทั้งนี้ ต้องพิจารณาเนื้อหาและผลบังคับของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีดังต่อไปนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ามีลักษณะเป็นกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 21 เมษายน 2541 ที่เห็นชอบหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการสงเคราะห์เกษตรกรที่ให้การช่วยเหลือเกษตรกรผู้ได้รับผลกระทบจากการสร้างเขื่อน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.10/2549)

<sup>9</sup> ประยูร กาญจนกุล, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 128.

<sup>10</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 286.

(3) ประกาศกระทรวง เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร ซึ่งรัฐมนตรีเจ้าของกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจออกได้โดยอาศัยการรับมอบอำนาจมาจากพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งให้ออกประกาศกระทรวง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการออกกฎหมาย<sup>11</sup> ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ การคลังเกี่ยวกับการกำหนดสินค้าหรือบริการที่ต้องเสียภาษีสรรพสามิตตามพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2547 เนื่องจากประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบแล้ว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 18/2547)

(4) กฎที่กำหนดโดยคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทรายซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 17วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 16/2546 และที่ ฟ. 43/2551)

(5) ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินตอบแทนพิเศษชั่วคราวของข้าราชการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 482/2550)

#### 4.1.2.2 กฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) อาจแบ่งกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นได้ ดังนี้<sup>12</sup>

##### 1) ประกาศกระทรวง

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ลงวันที่ 21 เมษายน 2547 กำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานของสถานที่บริการ ผู้ให้บริการ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 662/2548) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่อง กำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 113/2552) กรณีฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 29 พฤษภาคม 2551 เรื่องจัดตั้ง

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 283.

<sup>12</sup> แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง(พ.ศ. 2544-พ.ศ. 2552), พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2553), หน้า 47-55.

องค์การบริหารส่วนตำบลเวียงคำ อำเภอกุมภวาปี จังหวัดอุดรธานี เป็นเทศบาลตำบลเวียงคำ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 153/2552) เป็นต้น

2) ข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารซึ่งมอบอำนาจให้แก่องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นออกกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับในท้องถิ่นได้ ปัจจุบันประเทศไทยมีการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น 5 รูปแบบ คือ (1) องค์การบริหารส่วนจังหวัด (2) เทศบาล (3) องค์การบริหารส่วนตำบล และรวมถึงการบริหารราชการกึ่งท้องถิ่นด้วยคือ (4) กรุงเทพมหานคร และ (5) เมืองพัทยา<sup>13</sup> ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่า ข้อบัญญัติท้องถิ่นเป็นกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดอุดรธานี (ชั่วคราว) เรื่อง กำหนดค่าตอบแทนการใช้ที่ดินของรัฐ พ.ศ. 2548 ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดอุดรธานี (ชั่วคราว) เรื่อง การเก็บภาษีบำรุงองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2548 ข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2549 และข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2550 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 348/2550)

3) ระเบียบ เป็นแบบแผนที่วางไว้เป็นแนวทางปฏิบัติในการดำเนินการ ซึ่งพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ๆ ในการออกกฎข้อบังคับ ที่เรียกชื่อต่าง ๆ กัน เช่น ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด หรือประกาศ<sup>14</sup> ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่าระเบียบเป็นกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ ระเบียบกรมการขนส่งทางบกว่าด้วยการรับจดทะเบียนรถยนต์รับจ้าง (แท็กซี่) ในเขตกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2535 ที่กำหนดให้รถยนต์รับจ้างจะต้องเป็นรถยนต์ใหม่หรือรถที่มีอายุการใช้งานมาแล้วไม่เกิน 2 ปี นับแต่วันที่จดทะเบียนครั้งแรกและใช้งานมาแล้วเป็นระยะทางไม่เกิน 20,000 กิโลเมตร (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 130/2547) ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการสงเคราะห์ครูใหญ่และครูโรงเรียนเอกชน ในกรณีเจ็บป่วยและคลอดบุตร พ.ศ. 2544 ใช้บังคับแก่ครูโรงเรียนเอกชนทุกคน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 170/2550) ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินค่าตอบแทนนอกเหนือจากเงินเดือนของข้าราชการและลูกจ้างของส่วนราชการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 ที่กำหนดให้ประโยชน์แก่ข้าราชการเพียงบางกลุ่ม โดยยกเว้นข้าราชการซึ่งได้รับเงินเดือนระดับ 7 หรือตำแหน่งเทียบเท่า และยกเว้นข้าราชการครูหรือบุคลากรทางการศึกษาซึ่งได้รับเงินวิทยฐานะชำนาญการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.23/2551) เป็นต้น

4) ข้อบังคับ เป็นบทบัญญัติที่เป็นขั้นตอนการบังคับหรือกำหนดขั้นตอนไว้เป็นระเบียบในการปฏิบัติตามกฎหมาย ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่

<sup>13</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 253.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 284-285.

วินิจฉัยว่าข้อบังคับเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ ข้อบังคับกองบัญชาการตำรวจนครบาล ว่าด้วยแก้ไขเพิ่มเติมการกำหนดให้รถเดินทางเดี่ยว และ การใช้ทางเดินรถสำหรับรถบางประเภทในถนนเพชรบุรี กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2540 ออกโดยผู้บัญชาการตำรวจนครบาล โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 139 (4) และ (10) แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ประกอบกับคำสั่งกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งเจ้าพนักงานจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เมื่อเจ้าพนักงานจราจรได้ทำเครื่องหมายจราจรให้เป็นทางเดินรถทางเดี่ยว ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 272/2546) มติปรับเงินเลี้ยงชีพรายเดือนที่สภาทหารผ่านศึกได้ตราออกมาเป็นข้อบังคับสภาทหารผ่านศึก ว่าด้วยการสงเคราะห์ทหารผ่านศึก ครอบครัวทหารผ่านศึก และทหารนอกประจำการ (ฉบับที่ 57) พ.ศ. 2549 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 241/2550) ข้อบังคับสภานายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาชีวะาความ พ.ศ. 2529 และประกาศสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ ฉบับที่ 9/2549 เรื่อง ระเบียบว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ รุ่นที่ 28 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 556/2550)

#### 5) ประกาศ

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่าประกาศเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ ประกาศธนาคารอาคารสงเคราะห์ เรื่อง การรับสมัครบุคคลเพื่อคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 287/2545) ประกาศคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกประจำจังหวัดสุพรรณบุรี ฉบับที่ 52 (พ.ศ. 2545) ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2545 เรื่อง กำหนดเส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2546) ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ดอกเบี้ยและค่าบริการที่ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกได้ในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับ ลงวันที่ 24 มิถุนายน 2548 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 365/2550) เป็นต้น

#### 6) หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎ

หนังสือเวียน เป็นการที่หน่วยงานของรัฐ นอกจากจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ให้อำนาจ ทั้งกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติตามแนวทางหรือนโยบายที่ฝ่ายบริหารได้ออกเพื่อให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามได้อย่างสอดคล้องกัน เกิดประสิทธิภาพสูงสุดและเพื่อประโยชน์ของมหาชน<sup>15</sup> โดยปกติหนังสือเวียนไม่ใช่กฎ เว้นแต่ในหนังสือเวียนมีเนื้อหาซึ่งเข้าหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของกฎ กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคล

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 297.

ใดเป็นการเฉพาะ โดยหนังสือเวียนที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าหนังสือเวียนมีลักษณะเป็นกฎ ได้แก่ หนังสือกระทรวงการคลังซึ่งแจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2541 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2544) หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0526.6/ว. 22 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2543 ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังได้แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการจัดทำสัญญาอนุญาตให้ข้าราชการไปศึกษาฝึกอบรมหรือปฏิบัติการวิจัย ณ ต่างประเทศเพิ่มเติมทุกครั้ง เมื่อมีการอนุมัติให้ขยายระยะเวลาการศึกษา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 550/2547) หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับการเบิกค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 61/2549)

#### 7) มติคณะกรรมการหรือมติสภา

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยว่ามติคณะกรรมการหรือมติสภาเป็นกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ มติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 สามารถคัดเลือกบุคคลซึ่งสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาจากสถาบันการศึกษาที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนรับรองทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ได้รับคัดเลือก (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 158/2550) มติของ ก.พ. ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาวิชาเป็นวุฒิที่สมัครเข้ารับราชการโดยวิธีคัดเลือกได้ เป็นกรณีที่มีเหตุพิเศษที่อาจคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการได้ โดยให้มีผลใช้บังคับในปีงบประมาณ พ.ศ. 2544-2545 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.379/2550) มติของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลในการให้ใช้บัญชีผู้สอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเป็นพนักงานได้เฉพาะภายในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จัดสอบ มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการคัดเลือก การบรรจุและการแต่งตั้งบุคคลเป็นพนักงานเทศบาลโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 24 วรรคเจ็ด ประกอบมาตรา 17 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2522 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2550)

#### 4.1.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครอง

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น มีอำนาจหลักเกณฑ์จากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ต้องอาศัยเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9(1) รูปแบบของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ<sup>16</sup> ซึ่งการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น เป็นอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด นอกจากสามารถฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎแล้ว ศาลปกครองยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีละเมิดที่เกิดจากกฎได้ด้วย โดยอาจสรุปกรณีที่สามารถยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎต่อศาลปกครองได้ดังนี้<sup>17</sup>

##### 4.1.3.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุด

กรณีการยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎต่อศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ การฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายพระราชกฤษฎีกา หรือกฎออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

##### 4.1.3.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองชั้นต้น

กรณีการยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎต่อศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่

1) การฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (ยกเว้น พระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี) ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

<sup>16</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 229.

<sup>17</sup>จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย, วารสารวิชาการศาลปกครอง, หน้า 42-43.



พ.ศ. 2542<sup>18</sup>

2) การฟ้องคดีละเมิดจากกฎ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>19</sup>

ในการวินิจฉัยว่ากฎชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น นอกจากศาลปกครองสูงสุดจะได้พิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวกับอำนาจของผู้ออกกฎและหรือกระบวนการออกกฎแล้ว ยังได้พิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎว่าเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหรือไม่ ทั้งนี้ ในบางคดีหากมีประเด็นข้ออ้างอื่น ๆ ศาลจะพิจารณาในประเด็นนั้นภายหลังจากได้วินิจฉัยสองประเด็นข้างต้นเสร็จแล้ว เช่น กรณีกล่าวอ้างว่ากฎตามฟ้องมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือสร้างภาระเกินสมควรหรือชั้นตอนโดยไม่จำเป็น ซึ่งจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละคดีไป<sup>20</sup>

#### 4.2 การนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักความ

<sup>18</sup>พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบชั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

<sup>19</sup>พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

<sup>20</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

ได้สัดส่วนไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมถึงนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน<sup>21</sup> และตุลาการศาลปกครอง<sup>22</sup> ต่างมีความเห็นตรงกัน ซึ่งสรุปได้ว่าหลักดังกล่าวเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หลักนี้มีความสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ให้เป็นไปตามอำเภอใจ และเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยแล้วจะต้องใช้อำนาจนั้นเท่าที่จำเป็น ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองนั้น ๆ ด้วย กล่าวคือจะต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนเหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมายและการตัดสินใจ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนก็คือการที่ฝ่ายปกครองนำกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดมาปรับใช้กับเอกชนนั่นเอง<sup>23</sup> ศาลปกครอง มีหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การตรา “กฎ” อันเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยฝ่ายปกครอง ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนเช่นกัน และศาลปกครองจะต้องนำหลักดังกล่าวมาใช้ในการตรวจสอบและควบคุม “กฎ” ให้ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับศาลปกครองจะต้องใช้หลักการนี้อย่างสม่ำเสมอ ซึ่งในการวิจัยนี้จะได้นำเสนอเป็นสองประเด็น กล่าวคือ ประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตและหลักเกณฑ์ในการนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญที่ศาลปกครองนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง เฉพาะกรณีการออก “กฎ” ของฝ่ายปกครองกับประเด็นที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับ “กฎ” ที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

#### 4.2.1 ขอบเขตและหลักเกณฑ์การนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองและรับรองบรรดาสิทธิต่าง ๆ ไว้ตามรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้บางประเภทมิใช่สิทธิเด็ดขาด อาจถูกจำกัดสิทธิได้โดย

<sup>21</sup> ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ ดร.กฤษณ์ วสินนท์ เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2556 และศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2556

<sup>22</sup> ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ ดร. ฤทัย หงส์ลิริ อธิบดีศาลปกครองเชียงใหม่ เมื่อวันที่ 5 กันยายน 2556 และนายวิริยะ ว่องวานิช ตุลาการศาลปกครองขอนแก่น เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2556

<sup>23</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความได้สัดส่วน”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 20, ฉบับที่ 4, หน้า 99-101 (ธันวาคม 2533).

อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรืออาจกล่าวได้ว่าการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจการจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และตกอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน<sup>24</sup> ดังนั้น การออกกฎหมายของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลปกครองย่อมต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยด้วย ในวินิจฉัยนี้ได้แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ 4.2.1.1 ขอบเขตการนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง และ 4.2.1.2 หลักเกณฑ์การนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง

#### 4.2.1.1 ขอบเขตการนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง

โดยที่การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การที่จะให้การดำเนินการของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้ จำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐได้ ซึ่งลักษณะการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจเหนือที่อาจไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลได้ อย่างไรก็ตาม ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ๆ ดังนั้น รัฐจึงต้องมีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยต้องให้ความเคารพต่อแดนของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนให้อำนาจกระทำการดังกล่าว ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นมีโอกาสที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด จากหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเรียกร้องให้สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ เพื่อมิให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอาจเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองหรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอกก็ได้ เนื่องจากองค์กรตุลาการ

<sup>24</sup> วุฒิชัย จิตตานุ, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality)”, รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 10 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบอบนิติรัฐ”, (กรุงเทพฯ : พี.เพรส, 2555), หน้า 647.

เป็นองค์กรเดียวที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการถือเป็นหัวใจสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>25</sup>

กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายปกครองเพื่อให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้นั้นย่อมต้องมีการกระทบถึงการใชสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายนั้นเป็นทั้งเครื่องมือในการส่งเสริมให้บรรลุถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และในขณะเดียวกันก็เป็นอุปสรรคขัดขวางการใชสิทธิและเสรีภาพด้วยเช่นเดียวกัน สำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วางหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ซึ่งสรุปได้ ดังนี้

1) การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้แต่อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง

2) การตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ตามมาตรา 29 วรรคสอง

3) การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน ตามมาตรา 29 วรรคสอง

4) การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ ตามมาตรา 29 วรรคสอง

5) การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ตามมาตรา 29 วรรคสอง

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมายตามมาตรา 29 ย่อมหมายถึงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลบังคับในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ซึ่งหากฝ่ายปกครองจะออกกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ย่อมต้องอาศัยอำนาจจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจด้วยนั่นเอง

จะเห็นได้ว่า หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้

<sup>25</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 19-22.

พิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคล<sup>26</sup> ดังนั้น ฝ่ายปกครองต้องนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญไปใช้ควบคุมการกระทำทั้งหลายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอยู่ในขอบเขตที่ศาลปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้

#### 4.2.1.2 หลักเกณฑ์การนำหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองทั้งประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส ได้พัฒนาขึ้นมาเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐโดยมิให้ใช้อำนาจรัฐเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตของความเหมาะสม ความจำเป็น ขาดการสร้างดุลยภาพที่มีขึ้นระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ<sup>27</sup> หลักความได้สัดส่วนที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ 3 ประการ คือ

1) หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หรือหลักแห่งความเหมาะสม หลักการนี้บังคับว่าในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล และไม่มีผลใช้บังคับ ดังนั้นมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดสัมฤทธิ์ผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมเรียกร้องความสัมพันธ์เชิงเหตุและผลระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก (Common sense) ซึ่งหากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้

<sup>26</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ในบันทึกเรื่อง ทหารือปัญหาข้อกฎหมายกรณีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเอกสารการสอบ (เรื่องเสรีที่ 22/2543 กรณีการสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในประถมศึกษาปีที่ 1 โรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์)

<sup>27</sup> เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 147.

เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายประสงค์จะให้ เกิด เข้าข่ายการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)<sup>28</sup> จึงอาจสรุปได้ว่าหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักแห่งความเหมาะสมนี้เป็นหลักการที่บังคับให้ฝ่ายปกครองหากจำเป็นต้องออกมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้

2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักการนี้เรียกร่องว่าในบรรดามาตรการหลาย ๆ อย่างซึ่งสามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งแต่ละมาตรการย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยมาจากรากฐานความคิดที่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น ในกรณีที่มีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพียงมาตรการเดียวเท่านั้นที่ให้ฝ่ายปกครองใช้ หลักแห่งความจำเป็นจะไม่เกิดขึ้นในกรณีนี้<sup>29</sup> จึงอาจสรุปได้ว่า หลักแห่งความจำเป็นนั้นเป็นหลักการที่เรียกร่องให้ฝ่ายปกครองหากจำเป็นต้องออกมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นโดยไม่สามารถหามาตรการอื่นใด และเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่ามาตรการนี้ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) เป็นหลักการที่เรียกร่องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์อันมหาชนพึงจะได้รับจากการดำเนินการให้เป็นตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของฝ่ายปกครอง และเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดและก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนมากที่สุด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้มาตรการใดที่ก่อให้เกิดโทษแก่ประชาชนหรือส่วนรวมมากกว่าก่อประโยชน์ แม้มาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วจะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความ

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 149.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 151-152.

จำเป็นก็ตาม มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับไม่ได้<sup>30</sup> จึงอาจสรุปได้ว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นหลักการที่เรียกกร้องให้ฝ่ายปกครองหากจำเป็นต้องออกมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นโดยไม่สามารถหามาตรการอื่นใด และเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดแล้ว เมื่อได้พิจารณากับผลที่ได้จากการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว ก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าผลกระทบที่มีต่อบุคคล

โดยการควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครอง ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 ที่กำหนดให้ศาลปกครองทำหน้าที่ควบคุมการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายและตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ที่บัญญัติให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็มีอำนาจในการสั่งเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยว่ากฎ ที่ฝ่ายปกครองออกเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ผู้วิจัยขอหยิบยกคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 ที่ผู้วิจัยเห็นว่าคำวินิจฉัยนี้เป็นคำวินิจฉัยที่ได้นำหลักการมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญมาเป็นพื้นฐานของการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้นำหลักความได้สัดส่วนในทางทฤษฎีของหลักการดังกล่าวมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ ในการวินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนดเป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลได้วินิจฉัยพอสรุปได้ว่า กฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>31</sup>

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 152-153.

<sup>31</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552), หน้า 287-289.

(1) กฎดังกล่าวต้องออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่มาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ<sup>32</sup> กำหนดไว้

ศาลวินิจฉัยประเด็นนี้ว่ากฎดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามในมาตรา 32(1) (2) (4) และ(5) แห่งพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์ในการรักษาสัตว์น้ำอันเป็นทรัพยากรธรรมชาติอย่างหนึ่งให้อุดมสมบูรณ์ สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืนตลอดไปตามมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

(2) กฎดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีและของบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่อันเป็นท้องที่ที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่

ศาลได้สรุปประเด็นนี้ว่าประกาศกระทรวงเกษตรฯดังกล่าวได้กำหนดมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพแม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และผู้ประกอบอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการประกาศ ซึ่งได้แก่การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพได้เท่ากับมาตรการที่ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ แต่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และผู้ประกอบอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับน้อยกว่ามาตรการที่มีประกาศดังกล่าวกำหนดไว้ และมาตรการที่ประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบอาชีพในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม

(3) กฎดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพใน

<sup>32</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยอำนาจเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน



การประกอบอาชีพประจำของผู้ฟ้องคดี และบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับ

ศาลได้วินิจฉัยว่ากฎ หรือประกาศดังกล่าวมิได้ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นประกอบอาชีพประมงทุกท้องที่ในพื้นที่ดังกล่าวประกอบอาชีพประมงโดยสิ้นเชิงและตลอดไป คงห้ามแต่เพียงมิให้บุคคลใช้เครื่องมือบางชนิดทำการประมงในพื้นที่ที่กำหนดภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่ากฎดังกล่าวกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้

(4) กฎดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

ศาลได้วินิจฉัยประเด็นนี้ว่า เมื่อพิจารณาความในข้อ 2 ของกฎหมายดังกล่าวที่กำหนดว่า “ฤดูปลาที่มีไขวางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน กำหนดตั้งแต่วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 15 พฤษภาคม ของทุกปี” และความในข้อ 3 ของกฎดังกล่าวที่กำหนดว่า “ในฤดูที่กำหนดตามข้อ 2 นั้น ห้ามมิให้บุคคลใดใช้เครื่องมือทำการประมงดังต่อไปนี้ทำการประมงในท้องทะเลในท้องที่... ดังนี้...” แล้วเป็นที่เห็นได้ว่ากฎดังกล่าว เป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

(5) กฎดังกล่าวระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการออกกฎดังกล่าวไว้หรือไม่

ศาลวินิจฉัยว่า ข้อความในกฎดังกล่าวที่ว่า อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แสดงให้เห็นว่า ได้มีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการออกกฎดังกล่าวไว้ในกฎด้วยแล้ว จากคำวินิจฉัยดังกล่าว เป็นตัวอย่างของการให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่ากรณีจะถือว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น จะต้องนำข้อเท็จจริงมาปรับกับหลักกฎหมายอย่างไร และต้องชี้แจงน้ำหนักของเหตุผลและแสดงให้เห็นประจักษ์ว่า เรื่องนั้นขัดหรือไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างไร โดยการนำหลักตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญมาเป็นพื้นฐานของการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหัวใจของการวินิจฉัยในเรื่องนี้มาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่<sup>33</sup> จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองฉบับนี้เป็นที่ยืนยันหลักความได้สัดส่วน โดยศาลปกครองได้นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 289.

กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ และประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 เป็นกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองจึงสามารถนำหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติประมงและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายดังกล่าวได้

กล่าวโดยสรุป หลักความได้สัดส่วนเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้น กล่าวคือเมื่อฝ่ายปกครองจะออกมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาหลักย่อยๆ สามประการ ประกอบด้วย ประการแรกข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล ประการที่สองข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักแห่งความจำเป็น และประการสุดท้ายข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือกล่าวคือหลักความได้สัดส่วนบังคับให้ฝ่ายปกครองก่อนออกมาตรการใดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาตรการนั้นต้องเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้อย่างแท้จริง เป็นมาตรการที่ไม่สามารถหามาตรการอื่นใดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวตามหลักความจำเป็น และมาตรการนั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองจึงต้องนำหลักความได้สัดส่วนที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญและได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นด้วยเสมอ ประกอบกับการนำหลักเกณฑ์การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่งและวรรคสองของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากการตรากฎของฝ่ายปกครองที่อาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติอยู่ในขอบเขตการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองด้วยตามมาตรา 29 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ

#### 4.2.2 คำวินิจฉัยของศาลปกครองในการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องหลักความได้สัดส่วนที่ผู้วิจัยได้นำมาศึกษาและวิเคราะห์นี้ ได้นำมาเฉพาะตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่มีการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยทำการศึกษาวิเคราะห์การให้เหตุผลคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดว่าได้นำหลักความได้สัดส่วนนั้นมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ และได้ใช้หลักดังกล่าวในขอบเขตและหลักเกณฑ์อย่างไร ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้นำตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของแต่ละปี โดยเริ่มจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตั้งแต่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547 ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 คำวินิจฉัยนี้ถือเป็นคำวินิจฉัยฉบับแรกที่ได้นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วน อันเป็นหลักที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ โดยวางเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่<sup>34</sup> จนถึงคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดปี พ.ศ. 2555 แต่ในบางปีอาจไม่มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ ในการศึกษาวิเคราะห์ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้ทราบว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนนั้นมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างสม่ำเสมอหรือไม่ รวมทั้งศาลได้ใช้หลักดังกล่าวในขอบเขตและหลักเกณฑ์อย่างไร โดยได้แบ่งกรณีของการที่ศาลปกครองนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็น 2 กรณี คือ 4.2.2.1 กรณีที่ศาลปกครองนำหลักการทั้งสามประการของหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี และ 4.2.2.2 กรณีที่ศาลปกครองนำหลักการบางประการของหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งในการวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลผู้วิจัยขอเริ่มจาก ข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด และข้อสังเกตการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีรายละเอียดดังนี้

<sup>34</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, “คำพิพากษาวิเคราะห์ ประกาศกระทรวงเกษตรฯ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ฯ (คำวินิจฉัยศาลปกครองกลางที่ 2253/2545)”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 33 เล่มที่ 1, หน้า 192-193 (มีนาคม 2546).

4.2.2.1 กรณีที่ศาลปกครองนำหลักการทั้งสามประการของหลักความได้ สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547 เรื่อง คดีพิพาท เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

(1) ข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง

คดีนี้มีผู้ฟ้องคดียี่สิบสามคน โดยฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบ สามคนมีอาชีพประมงทำการประมงในพื้นที่ตำบลปากน้ำหลังสวน จังหวัดชุมพร และพื้นที่ ใกล้เคียง ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) และกรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ร่วมกันออกประกาศกระทรวงเกษตรและ สหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ซึ่งประกาศดังกล่าวได้ห้ามใช้เครื่องมือ ประเภทอวนลากทุกชนิดที่ใช้ประกอบกับเรือกล เครื่องมืออวนติดตาที่ใช้ประกอบกับเรือกล เครื่องมืออวนล้อมจับทุกชนิดที่ใช้ประกอบกับเรือกล เครื่องมืออวนครอบ อวนช้อนหรืออวนยกที่ ใช้ประกอบกับแสงไฟล่อ และเครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบกับเรือกล ทำให้เครื่องมือทำการ ประมงของผู้ฟ้องคดีที่ใช้อยู่ไม่สามารถทำการประมงได้ อีกทั้งระยะเวลาที่ห้ามทำการประมงซึ่ง เริ่มต้นตั้งแต่วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 15 พฤษภาคม ของทุกปี เป็นระยะเวลาที่ต่อเนื่องกับฤดู มรสุมที่เริ่มตั้งแต่เดือนพฤศจิกายนถึงเดือนธันวาคม ซึ่งทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามคนไม่สามารถทำ การประมงเป็นเวลา 6 เดือนในแต่ละปี ทำให้เกิดผลเสียหายต่อเศรษฐกิจชุมชน และมีผล เกี่ยวเนื่องถึงปัญหาการศึกษา สังคม และปัญหาเศรษฐกิจ นอกจากนี้ ประกาศกระทรวงเกษตรและ สหกรณ์ดังกล่าวได้ประกาศใช้โดยขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากเป็นประกาศที่ จำกัดสิทธิของประชาชน และมีผลกระทบต่อวิถีชีวิตชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์ จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน แต่ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามคนไม่ได้รับ ข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผล ตลอดจนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาก่อนออกประกาศ ดังกล่าว จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นเกี่ยวกับ เนื้อหาแห่งคดีที่จะต้องวินิจฉัย 2 ประเด็นดังนี้

ประเด็นแรก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) มีอำนาจตราประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยง

ตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ออกมาใช้บังคับหรือไม่

ในประเด็นนี้ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 5 และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ มีอำนาจออกประกาศกำหนดขนาดตา และระยะช่องเครื่องมือทำการประมงทุกชนิด กำหนดขนาด ชนิด จำนวน และส่วนประกอบของเครื่องมือทำการประมงที่อนุญาตให้ใช้ในที่จับสัตว์น้ำ กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงอย่างหนึ่งอย่างใดในที่จับสัตว์น้ำโดยเด็ดขาด กำหนดระยะที่ตั้งเครื่องมือประจำที่ให้ห่างกันเพียงใด กำหนดวิธีใช้เครื่องมือทำการประมงต่าง ๆ กำหนดฤดูปลาที่มีไข่และวางไข่เลี้ยงลูก กำหนดเครื่องมือที่ให้ใช้และกำหนดวิธีทำการประมงในที่จับสัตว์น้ำใด ๆ ในฤดูดังกล่าว กำหนดชนิด ขนาด และจำนวนอย่างสูงของสัตว์น้ำที่อนุญาตให้ทำการประมง กำหนดมิให้ทำการประมงสัตว์น้ำชนิดหนึ่งชนิดใดโดยเด็ดขาด ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 32(1) (2) (4) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 จึงเป็นการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ประเด็นที่สอง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้ใช้ดุลพินิจในการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานีภายในระยะเวลาที่กำหนดอย่างเป็นธรรม และชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในประเด็นนี้ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ออกประกาศกำหนดขนาดและชนิดของเครื่องมือทำการประมงในฤดูวางไข่และวางไข่เลี้ยงลูก กำหนดฤดูปลาที่มีไข่และวางไข่เลี้ยงลูก และกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงอย่างหนึ่งอย่างใดในการจับสัตว์น้ำในฤดูดังกล่าว ซึ่งจากการได้ศึกษาวิจัยของกรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) เพื่อกำหนดมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์น้ำ โดยเริ่มดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 พบว่าในเขตจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานีเป็นสถานที่วางไข่ของสัตว์น้ำเศรษฐกิจที่สำคัญ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) จึงออกประกาศห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในพื้นที่ดังกล่าว และได้ปรับปรุงแก้ไขมาโดยตลอดจนถึงปี พ.ศ. 2542 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้ออกประกาศห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดเพิ่มขึ้นจากประกาศฉบับเดิม เพื่อให้เหมาะสมกับสภาวะทรัพยากรสัตว์น้ำ ประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป แม้ว่าจะกระทบต่อรายได้จากการทำประมงของ

ผู้ฟ้องคดีก็เป็นเพียงระยะเวลา 3 เดือน ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถนำเรือออกทำการประมงนอกพื้นที่หรือใช้เครื่องมือทำการประมงอื่นที่ไม่ต้องห้าม หรือปรับเปลี่ยนเครื่องมือทำการประมงในระยะเวลาต้องห้ามดังกล่าว ผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการประเมิณผลที่ได้จากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 สามารถลดมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เป็นจำนวนมาก จึงเห็นได้ว่า ประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่คนได้รับ จึงมิได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และการออกประกาศดังกล่าวได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติประเภทสัตว์น้ำให้ยั่งยืน ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะในช่วงระยะเวลาและสถานที่ที่กำหนดเฉพาะเท่านั้นไม่มีลักษณะที่อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและอาชีพ ดังนั้น ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

(3) ข้อสังเกตการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547 ผู้วินิจฉัยมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยในเนื้อหาเป็นการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่หนด มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวซึ่งประกอบด้วย 3 หลักคือ

- หลักแห่งความสมเหตุสมผล กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยให้เหตุผลว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด เป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำ ตามพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว

- หลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยให้เหตุผลว่า จากการได้ศึกษาวิจัยของกรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) เพื่อกำหนดมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์น้ำ โดยเริ่มดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 พบว่าในเขตจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานีเป็นสถานที่วางไข่ของสัตว์น้ำเศรษฐกิจที่

สำคัญ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) จึงออกประกาศห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในพื้นที่ดังกล่าว และได้ปรับปรุงแก้ไขมาโดยตลอด จนถึงปี พ.ศ. 2542 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้ออกประกาศห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดเพิ่มขึ้นจากประกาศฉบับเดิม เพื่อให้เหมาะสมกับสภาวะทรัพยากรสัตว์น้ำ มาตรการตามประกาศดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป โดยไม่ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เจตนารมณ์ของการออกประกาศดังกล่าวเท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศดังกล่าว

- หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยให้เหตุผลว่า ผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการประเมินผลที่ได้จากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 สามารถลดมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เป็นจำนวนมาก จึงเห็นได้ว่า มาตรการตามประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบสามคนได้รับ หรือกล่าวคือ แม้ว่าประกาศดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบสามคนและผู้ประกอบอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ประกาศฉบับดังกล่าวใช้บังคับแต่น้อยกว่ามาตรการที่มีประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ และมาตรการที่มีประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สืบสามคน และผู้ประกอบอาชีพในเขตพื้นที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.341/2549 เรื่อง คดีพิพาท เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

(1) ข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง

คดีนี้มีผู้ฟ้องคดีสี่บุคคล โดยฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่บุคคลประกอบอาชีพประมงและทำประมงในพื้นที่อำเภอเมืองปัตตานี จังหวัดปัตตานี และพื้นที่ใกล้เคียงได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) และกรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2546 เรื่อง ห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบเรือยนต์ทำการประมงในพื้นที่บางแห่ง เพื่อเป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์น้ำให้คงความสมบูรณ์และใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่ได้ดำเนินการจัดหางบประมาณเพื่อจัดซื้อเรือประมงหรือตั้งคณะกรรมการเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการปรับเปลี่ยนเครื่องมืออวนรุน ซึ่งเป็นมาตรการในการรองรับปัญหาและบรรเทาความเดือดร้อนของชาวประมง การออกประกาศดังกล่าวทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่บุคคลได้รับความเดือดร้อน พื้นที่หวงห้ามในแผนที่แนบท้ายประกาศดังกล่าว

ครอบคลุมพื้นที่ทะเลจังหวัดปัตตานีทั้งหมดเท่ากับเป็นการห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนทำประมงโดยเด็ดขาด โดยที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนไม่ได้รับข้อมูลหรือเหตุผล รวมทั้งไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาก่อนการประกาศ นอกจากนี้ ประกาศดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งและแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงโดยไม่มีเหตุอันสมควร กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2546 เรื่อง ห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบเรือยนต์ทำการประมงในพื้นที่บางแห่ง

(2) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2546 เรื่อง ห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบเรือยนต์ทำการประมงในพื้นที่บางแห่ง ออกโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 5 และมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศกำหนดขนาดตา และระยะช่องเครื่องมือทำการประมงทุกชนิด กำหนดขนาด ชนิด จำนวน และส่วนประกอบของเครื่องมือทำการประมงที่อนุญาตให้ใช้ในที่จับสัตว์น้ำ กำหนดมิให้ใช้เครื่องมือทำการประมงอย่างหนึ่งอย่างใดในที่จับสัตว์น้ำ โดยเด็ดขาด กำหนดระยะที่ตั้งเครื่องมือประจำที่ให้ห่างกันเพียงใด กำหนดวิธีใช้เครื่องมือทำการประมงต่าง ๆ กำหนดฤดูปลาที่มิใช่และวางไข่เลี้ยงลูก กำหนดเครื่องมือที่ใช้และกำหนดวิธีการทำการประมงในที่จับสัตว์น้ำใด ๆ ในฤดูดังกล่าว กำหนดชนิด ขนาด และจำนวนอย่างสูงของสัตว์น้ำที่อนุญาตให้ทำการประมง กำหนดมิให้ทำการประมงสัตว์น้ำชนิดหนึ่งชนิดใดโดยเด็ดขาด ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศฉบับดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 32(2) และ(4) แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 จึงเป็นการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งจากการได้ศึกษาวิจัยของกรมประมง(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ว่าเครื่องมืออวนรุนซึ่งมีลักษณะปากอวนกางออกเป็นรูปสามเหลี่ยมและเปิดสูงทำให้จับสัตว์น้ำที่อาศัยอยู่หน้าดินได้ โดยมีกลุ่มสัตว์น้ำเศรษฐกิจปนอยู่ด้วย ส่งผลให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ เพราะหากปล่อยให้สัตว์น้ำเหล่านั้นเจริญเติบโตจะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจมากกว่า ประกอบกับตัวสกีซึ่งเป็นอุปกรณ์ที่ติดกับอวนรุนจะทำให้น้ำทะเลขุ่นส่งผลกระทบต่อการทำประมงพื้นบ้านบริเวณชายฝั่งด้วย กรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) จึงเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศฉบับดังกล่าวโดยมีแผนที่กำหนดเขตพื้นที่ห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนทำการประมงประกอบเรือยนต์แนบท้ายประกาศให้ชัดเจน จึงเห็นได้ว่า



ประกาศฉบับดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำ และอาชีพประมงพื้นบ้าน แม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนก็ตาม เมื่อชั่งน้ำหนักผลกระทบและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนได้รับกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่ต้องสูญเสียแล้ว ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนที่ได้รับเบาบางกว่าความเสียหายของประโยชน์สาธารณะ ประกอบกับยังไม่อาจแสวงหามาตรการอื่นใดที่จะสามารถดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และการประกอบอาชีพได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศดังกล่าว ประกาศดังกล่าวจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนสามารถนำเรือออกไปทำการประมงนอกพื้นที่หรือปรับเปลี่ยนเครื่องมือทำการประมงอื่นที่ไม่ต้องห้ามได้ ประกาศฉบับพิพาทมิได้ห้ามผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนทำการประมงโดยสิ้นเชิงและตลอดไป จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคน ฉะนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศฉบับดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 32(2) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 จึงเป็นการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย

(3) ข้อสังเกตการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.341/2549 ผู้วินิจฉัยมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยในเนื้อหาเป็นการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2546 เรื่อง ห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบเรือยนต์ทำการประมงในพื้นที่บางแห่ง มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวซึ่งประกอบด้วย 3 หลักคือ

- หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยให้เหตุผลว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2546 เรื่อง ห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบเรือยนต์ทำการประมงในพื้นที่บางแห่ง โดยมีแผนที่กำหนดเขตพื้นที่ห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนทำการประมงประกอบเรือยนต์แนบท้ายประกาศให้ชัดเจน จึงเห็นได้ว่าประกาศฉบับดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำและอาชีพประมงพื้นบ้าน ซึ่งเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ ตามพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 อันเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว

- หลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยให้เหตุผลว่า ยังไม่อาจแสวงหามาตรการอื่นใดที่จะสามารถดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมและการประกอบอาชีพได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศดังกล่าว ดังนั้น มาตรการตามประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป

- หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยให้เหตุผลว่า แม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนก็ตาม เมื่อชั่งน้ำหนักผลกระทบและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนได้รับกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่ต้องสูญเสียแล้ว ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนที่ได้รับเบาบางกว่าความเสียหายของประโยชน์สาธารณะ หรือกล่าวคือ มาตรการตามประกาศฉบับดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบหกคนได้รับ

3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

(1) ข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง

คดีนี้บริษัท นครบริการขนส่ง ผู้ฟ้องคดี เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย มีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเดินรถยนต์เพื่อรับส่งคนโดยสารและสินค้า ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารในเส้นทางหมวด 3 สายที่ 440 ภูเก็ต-นครศรีธรรมราช (ข) โดยฟ้องว่า ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) มีมติอนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางเดินรถตามที่บริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางฯ หมวด 3 สายที่ 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ มีคำขอ เนื่องจากเส้นทางที่ขอปรับปรุงดังกล่าวได้แก่ เส้นทางนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต เป็นเส้นทางจากจังหวัดกระบี่ผ่านอำเภออ่าวลึก สี่แยกปากอ่าว สามแยกทับปุด เข้าตัวเมืองจังหวัดพังงา สามแยกโคกกลอย อำเภอถลาง ถึงจังหวัดภูเก็ต ส่งผลให้เกิดปัญหาการแย่งรับผู้โดยสารในเส้นทางที่ผู้ฟ้องคดีได้รับใบอนุญาตทั้งสองเส้นทางข้างต้น ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือคัดค้านการปรับปรุงเส้นทางดังกล่าว แต่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ยืนยันการปรับปรุงเส้นทาง โดยให้เหตุผลว่า เพื่อเป็นทางเลือกแก่ประชาชนที่ต้องการเดินทางระหว่างภูเก็ต-นครศรีธรรมราช ให้ได้รับความสะดวกมากขึ้น และเพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการท่องเที่ยวในเขตภาคใต้ตอนกลางและตอนล่าง ประกอบกับแนวเส้นทางช่วงอำเภอทุ่งใหญ่-อำเภอลำทับ ยังไม่มีรถโดยสารให้บริการไปถึงจังหวัดภูเก็ต จึงสมควรปรับปรุงเส้นทางสายที่ 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต หลังจากนั้น คณะกรรมการควบคุม

การขนส่งทางบก (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้มีประกาศฉบับที่ 1467 (พ.ศ.2547) เรื่อง กำหนด (ปรับปรุง)เส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร หมวด 3 สาย 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต ลงวันที่ 15 กันยายน 2547 และนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ได้บันทึกการเปลี่ยนแปลงเส้นทางดังกล่าวไว้ในใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) แล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้มีการพิพากษา หรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่ง และประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่อนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางรถประจำทางสายที่ 743 และคำสั่งที่ให้นายทะเบียนบันทึกเงื่อนไขใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4)

(2) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า มติของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ฉบับที่ 1467 (พ.ศ.2547) เรื่อง กำหนด (ปรับปรุง) เส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร หมวด 3 สาย 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต ลงวันที่ 15 กันยายน 2547 และนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ได้บันทึกการเปลี่ยนแปลงเส้นทางดังกล่าวเป็นกฎและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และในประเด็นว่าการที่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ใช้ดุลพินิจอนุมัติให้กำหนด (ปรับปรุง)เส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร หมวด 3 สาย 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต เป็นมติที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (2)<sup>35</sup> แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 กำหนดให้คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางกำหนดเส้นทาง จำนวนผู้ประกอบการขนส่ง และจำนวนรถสำหรับการขนส่งประจำทางในเขตกรุงเทพมหานคร ระหว่างจังหวัดและระหว่างประเทศ ซึ่งการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ในการอนุมัติให้กำหนดปรับปรุงเส้นทางสำหรับการขนส่ง

<sup>35</sup>พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522

มาตรา 19 ให้คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(2) กำหนดเส้นทาง จำนวนผู้ประกอบการขนส่ง และจำนวนรถสำหรับการขนส่งประจำทางในเขตกรุงเทพมหานคร ระหว่างจังหวัดและระหว่างประเทศ

ประจำทางด้วยรถโดยสารนั้นจะต้องเป็นไปตามที่ข้อ 2<sup>36</sup> ของหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดหรือปรับปรุงเส้นทางรถโดยสารประจำทาง กำหนดไว้ กล่าวคือ จะต้องมียรายละเอียด คำชี้แจง และข้อมูลประกอบการพิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับแผนที่รวมเส้นทางที่เกี่ยวข้อง ระยะทางและสภาพทางที่ขอปรับปรุง ข้อมูลเกี่ยวกับเส้นทางเดิม ปัญหาการทับซ้อนเส้นทาง เงื่อนไขการเดินทางเดิม ปริมาณผู้โดยสาร ภาวะเศรษฐกิจและผลผลิตที่สำคัญ รวมทั้งการขนส่งแบบอื่นในเส้นทางที่กำหนดหรือปรับปรุง ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้นำรายละเอียดและข้อมูลตามที่ข้อ 2 ของหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนด

<sup>36</sup>หลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดหรือปรับปรุงเส้นทางรถโดยสารประจำทาง ข้อ 2 ในการพิจารณากำหนดหรือปรับปรุงเส้นทางจะต้องมียรายละเอียดคำชี้แจงและข้อมูลประกอบการพิจารณาดังนี้

2.1 แผนที่รวมเส้นทางที่เกี่ยวข้องแสดงเส้นทางที่กำหนดแล้ว เส้นทางที่ยังมิได้กำหนด และเส้นทางที่ขอกำหนดหรือปรับปรุงใหม่ ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับหมายเลขทางหลวง หมายเลขเส้นทาง ชื่อเส้นทาง ชื่อผู้ประกอบการขนส่ง และระยะทาง

2.2 แผนที่สังเขปแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับเส้นทางที่ขอกำหนดหรือปรับปรุงว่าเริ่มต้นจากจุดใด ไปตามถนนสายใด ผ่านที่ใดบ้าง จนถึงจุดหมายปลายทางโดยให้มียรายละเอียดเส้นทางเกี่ยวพันด้วย

2.3 สภาพและระยะทาง ระบุให้ชัดเจนว่า เส้นทางที่กำหนดมีระยะทางตลอดสายเท่าใด ช่วงที่ขอปรับปรุงระยะทางเท่าใด สภาพถนนเป็นทางลาดยาง ลูกรังหรือทางเดินจากที่ใดถึงที่ใด เป็นระยะทางเท่าใด

2.4 ปัญหาการทับเส้นทาง ระบุว่าทับเส้นทางสายใด ความยาวตลอดสายเท่าใด ทับช่วงไหน ระยะทางเท่าใด เป็นของผู้ประกอบการรายใด มีปัญหากรณีพิพาทระหว่างผู้ประกอบการขนส่งหรือไม่

2.5 จำนวนรถที่เดินอยู่เดิม ระบุว่ามียรถประเภทใด ลักษณะและสภาพเป็นอย่างไร หมายเลขทะเบียนใด จำนวนเท่าใด เดินจากไหนถึงไหน

2.6 ปริมาณผู้โดยสาร ซึ่งจะหาได้โดยวิธีสุ่มตัวอย่างหรือวิธีอื่นใดเพื่อมีตัวเลขสนับสนุนว่าในแต่ละวันจะมีผู้ใช้บริการในเส้นทางที่จะกำหนดหรือปรับปรุงเป็นจำนวนเท่าใด

2.7 ภาวะเศรษฐกิจและผลผลิตที่สำคัญ ระบุว่าอาชีพที่สำคัญของประชาชนในเส้นทางที่จะกำหนดหรือปรับปรุงว่าประกอบอาชีพอะไร มีผลผลิตที่สำคัญ ภาวะเศรษฐกิจเป็นอย่างไร

2.8 การขนส่งแบบอื่น ระบุไปด้วยว่าในเส้นทางที่กำหนดหรือปรับปรุงมีการขนส่งแบบอื่น ๆ เช่น ทางน้ำ ทางรถไฟ หรือไม่ การกำหนดหรือปรับปรุงเส้นทางจะสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนมากขึ้นหรือไม่ ประการใด

หรือปรับปรุงเส้นทางรถโดยสารประจำทางข้างต้นกำหนดมาประกอบการพิจารณาปรับปรุงเส้นทางแล้ว ประกอบกับเส้นทางการเดินทางการเดินทางรถจากจังหวัดนครศรีธรรมราชไปยังจังหวัดภูเก็ตมีผู้ได้รับอนุญาตประกอบการขนส่ง 3 รายคือ สายที่ 440 ภูเก็ต-นครศรีธรรมราช ของผู้ฟ้องคดีสายที่ 733 ภูเก็ต-นครศรีธรรมราช (ข) ของผู้ฟ้องคดี และสายที่ 739 นครศรีธรรมราช-บ้านส้อง-ภูเก็ต ของผู้ประกอบการรายอื่น ซึ่งหากมีการปรับปรุงเส้นทางเดินทางสายที่ 743 ของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) จากนครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต ผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์คือประชาชนที่อาศัยอยู่ระหว่างอำเภอทุ่งใหญ่และอำเภอลำทับ ซึ่งแต่เดิมประชาชนที่อยู่ในบริเวณดังกล่าว หากจะเดินทางไปจังหวัดพังงาหรือจังหวัดภูเก็ตจะต้องเดินทางมาต่อรถที่อำเภอลำทับ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่ประชาชนระหว่างอำเภอทุ่งใหญ่ และอำเภอลำทับได้รับจากการที่มีรถโดยสารประจำทางตรงไปจังหวัดพังงาหรือจังหวัดภูเก็ตโดยไม่ต้องต่อรถกับผลกระทบต่อการเดินทางในเส้นทางที่ทับซ้อนในเรื่องของรายได้ของผู้ฟ้องคดีแล้ว เห็นว่า การจัดบริการรถโดยสารสาธารณะให้แก่ประชาชนอย่างพอเพียงและมีความรวดเร็ว ถือเป็นจุดมุ่งหมายหลักของการจัดทำบริการสาธารณะรวมถึงสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง ดังนั้น การที่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) กำหนดเส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร หมวด 3 สาย 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 19(2) แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 แล้ว และเมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่ามติของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ชอบด้วยกฎหมาย ผลอันเกิดจากมติของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่นำไปสู่การมีประกาศมติของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ตามประกาศฉบับที่ 1467 (พ.ศ.2547) ลงวันที่ 15 กันยายน 2547 ย่อมทำให้ประกาศฉบับดังกล่าวรวมไปถึงคำสั่งของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่สั่งให้นายทะเบียนบันทึกเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการเดินทางในใบอนุญาตประกอบการเดินทางของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) ชอบด้วยกฎหมาย

(3) ข้อสังเกตการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554 ผู้วินิจฉัยมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยในเนื้อหาเป็นการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่า ประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่อนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางรถประจำทางสายที่ 743 มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวซึ่งประกอบด้วย 3 หลักคือ

- หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ ในการวินิจฉัยคดีศาลให้เหตุผลว่า คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) มีอำนาจหน้าที่ตาม มาตรา 19 ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 และเพื่อให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 อย่างไรก็ตาม ศาลจะมีได้วางหลักเกณฑ์ในกรณีนี้อย่างชัดเจนว่า ประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่อนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางรถประจำทางสายที่ 743 เป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว
- หลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ ในการวินิจฉัยคดีศาลให้เหตุผลว่า การจัดบริการรถโดยสารสาธารณะให้แก่ประชาชนอย่างพอเพียงและมีความรวดเร็วถือเป็นจุดมุ่งหมายหลักของการจัดทำบริการสาธารณะรวมถึงสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง ดังนั้น การที่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) กำหนดเส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร หมวด 3 สาย 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 19(2) แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 แล้ว จากเหตุผลดังกล่าว ศาลเห็นว่าการออกมาตรการตามประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะและบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522
- หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ในการวินิจฉัยคดีศาลให้เหตุผลว่า หากมีการปรับปรุงเส้นทางเดินรถสายที่ 743 ของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) จากนครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต ผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์คือประชาชนที่อาศัยอยู่ระหว่างอำเภอทุ่งใหญ่และอำเภอลำทับ ซึ่งแต่เดิมประชาชนที่อยู่ในบริเวณดังกล่าว หากจะเดินทางไปจังหวัดพังงาหรือจังหวัดภูเก็ตจะต้องเดินทางมาต่อรถที่อำเภอลำทับ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่ประชาชนระหว่างอำเภอทุ่งใหญ่ และอำเภอลำทับได้รับจากการที่มีรถโดยสารประจำทางตรงไปจังหวัดพังงาหรือจังหวัดภูเก็ตโดยไม่ต้องต่อรถกับผลกระทบต่อการเดินรถในเส้นทางที่ทับซ้อนในเรื่องของรายได้ของผู้ฟ้องคดีแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยให้เหตุผลถึงการใช้มาตรการตามประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ

#### 4.2.2.2 กรณีที่ศาลปกครองนำหลักการบางประการของหลักความได้ สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี

1) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.244/2553 เรื่อง  
คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย(อุทธรณ์  
คำพิพากษา)

##### (1) ข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง

คดีนี้มีผู้ฟ้องคดีสองร้อยสิบเอ็ดคน โดยฟ้องว่าองค์การบริหารส่วนตำบลคำม่วง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และเทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) ได้ร่วมกันกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อปี พ.ศ. 2542 เทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้รับงบประมาณสนับสนุนจากสำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม โดยเทศบาลตำบลน้ำพอง(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ได้ดำเนินโครงการระบบกำจัดขยะมูลฝอยในเขตเทศบาลตำบลน้ำพองแล้ว แต่ราษฎรในพื้นที่ที่จะก่อสร้างได้ต่อต้านคัดค้านไม่ยินยอมให้ดำเนินการโครงการ เป็นเหตุให้ไม่สามารถดำเนินการต่อได้ เทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) จึงขอใช้งบประมาณเหลือมปีไว้เพื่อหาพื้นที่แห่งใหม่ในการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอย ต่อมาในปี พ.ศ.2543 เทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) จึงหารือองค์การบริหารส่วนตำบลคำม่วง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เพื่อขอใช้พื้นที่ก่อสร้างปรับปรุงระบบขยะมูลฝอยบริเวณที่ทิ้งขยะของเทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) หลังจากนั้น เทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) ได้มีมติเมื่อคราวประชุมสมัยวิสามัญที่ 2/2553 เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2543 ให้ความเห็นชอบดำเนินงานปรับปรุงระบบกำจัดขยะระหว่างองค์การบริหารส่วนตำบลคำม่วง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และเทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) เป็นพื้นที่กำจัดขยะเดิมของเทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) การดำเนินงานตามโครงการดังกล่าวเป็นการกระทำโดยมิได้ทำการประชาพิจารณ์กับประชาชนผู้เกี่ยวข้อง เป็นการใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน เพราะสถานที่ก่อสร้างแห่งใหม่ไม่ตรงตามหลักเกณฑ์การก่อสร้างของสิ่งแวดล้อม ประกอบกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ไม่มีรายละเอียดใดๆ ที่พอจะให้ความมั่นใจเกี่ยวกับปัญหาผลกระทบที่มีผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนในหมู่บ้านใกล้เคียงบริเวณก่อสร้างจำนวนหลายหมู่บ้านที่ได้รับความเดือดร้อนได้ร่วมกันต่อต้านคัดค้านเพราะบริเวณก่อสร้างอยู่ติดกับแหล่งต้นน้ำลำธารธรรมชาติ (ห้วยคำมะไฟ) เป็นห้วยสาธารณะที่ไหลหล่อเลี้ยงประชาชนในละแวกนั้นในการอุปโภคบริโภค รวมทั้งใช้ในระบบการเกษตร

ต่อมา ประมาณเดือนตุลาคม 2543 มีโครงการวิจัยมูลฝอย คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ร่วมกับเทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และเทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) เข้ามาชี้แจงการก่อสร้างระบบกำจัดขยะซึ่งจะใช้พื้นที่ในเขตบ้านโนนทอง รวมทั้งสอบถามความคิดเห็นจากชาวบ้าน ซึ่งชาวบ้านโนนทอง-

ชี้แจงรายละเอียดอีกครั้งหนึ่ง แต่ชาวบ้านส่วนมากยังไม่เห็นด้วย ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้องค์การบริหารส่วนตำบลคำม่วง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ยกเลิกมติที่ประชุมสมัยวิสามัญที่ 2/2553 เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2543 ในการก่อสร้างที่ทิ้งขยะโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากราษฎร และสั่งให้ยกเลิกการก่อสร้างโครงการปรับปรุงระบบกำจัดขยะมูลฝอยในบริเวณพื้นที่กำจัดขยะมูลฝอยเดิมของเทศบาลตำบลน้ำพอง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และเทศบาลตำบลเขาสวนกวาง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3)

(2) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าการดำเนินโครงการระบบกำจัดขยะมูลฝอยร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามที่ตั้งอยู่บริเวณหมู่ที่ 5 ตำบลคำม่วง อำเภอเขาสวนกวาง จังหวัดขอนแก่น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า โครงการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามเป็นการดำเนินการในช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2543 ถึงปี พ.ศ. 2545 ซึ่งในเรื่องการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมนั้น มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องฉบับเดียวคือ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดเรื่องการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมไว้ในมาตรา 46 วรรคหนึ่ง ว่าเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดประเภท และขนาดของโครงการหรือกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เพื่อเสนอขอความเห็นชอบตามมาตรา 47 มาตรา 48 และมาตรา 49 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 3/2552 แล้วว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายประการหนึ่งที่ใช้บังคับส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่มีการดำเนินโครงการหรือกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม หากรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้ประกาศให้โครงการหรือกิจการใดต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแล้ว ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่ดำเนินโครงการหรือกิจการนั้น ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองประโยชน์ของรัฐและชุมชนในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 67 วรรคสอง แล้วพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง จึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 67 วรรคสอง ศาลปกครองจึงมีอำนาจอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวมาวินิจฉัยคดีนี้ได้ และโดยได้มีประกาศกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม จำนวน 3 ฉบับ กำหนดประเภทของโครงการหรือกิจการที่ต้องจัดทำรายงานการ



วิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมไว้ ซึ่งโครงการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยมิได้เป็นโครงการที่ ถูกกำหนดให้ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม และสถานที่ตั้งของโครงการ ระบบกำจัดขยะมูลฝอยที่พิพาทก็มีที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบให้กำหนดเป็น พื้นที่ลุ่มน้ำชั้น 1 บี ที่กำหนดให้โครงการทุกประเภทและทุกขนาดต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ประกอบกับโครงการก่อสร้างศูนย์กำจัดขยะร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามใน พื้นที่พิพาทนั้น มีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงระบบกำจัดขยะมูลฝอยที่มีอยู่เดิมซึ่งใช้วิธีเผาขยะเป็น ระยะๆ และไถดินกลบเป็นครั้งคราว มาเป็นใช้วิธีการที่ถูกหลักสุขาภิบาลตามหลักวิชาการที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ขอความร่วมมือคณะกรรมการสาธารณสุขศาสตร์มหาวิทยาลัยขอนแก่นศึกษาวิจัย และ ออกแบบให้ ซึ่งแม้โครงการก่อสร้างศูนย์กำจัดขยะร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจะทำให้ปริมาณขยะ มูลฝอยที่ต้องทำการกำจัดมีจำนวนมากขึ้น เนื่องจากต้องรวมเอาขยะจากสามพื้นที่เข้าด้วยกัน อันอาจจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ฟ้องคดีบ้างก็ตาม แต่เมื่อชั่งน้ำหนักของผลกระทบและ ความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากโครงการของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดเก็บและทำลายขยะให้ถูกวิธีและถูกสุขลักษณะ อันเป็น การรักษาไว้ซึ่งสภาพสิ่งแวดล้อมแล้วนั้น เห็นได้ว่า ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่อาจจะได้รับการ ดำเนินโครงการนี้มีสัดส่วนน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับจากการดำเนินการนี้ ซึ่งหาก ไม่ได้ดำเนินการโครงการนี้จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก โครงการก่อสร้างศูนย์กำจัด ขยะร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามในคดีนี้จึงไม่อยู่ในความหมายเป็นการดำเนินการโครงการ หรือ กิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่จะต้องจัดให้มีการศึกษา และประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งต้องให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทน องค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมให้ ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการโครงการดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น การก่อสร้างโครงการ ระบบกำจัดขยะมูลฝอยร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจึงไม่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

(3) ข้อสังเกตการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.244/2553 ผู้วิจัย มีความเห็นว่า คำวินิจฉัยในเนื้อหาได้มีการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมา เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่า การดำเนินโครงการระบบกำจัดขยะมูลฝอยร่วมของผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสามที่ตั้งอยู่บริเวณหมู่ที่ 5 ตำบลคำม่วง อำเภอเขาสวนกวาง จังหวัดขอนแก่น มีการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวซึ่งประกอบด้วย

- หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ จากคำวินิจฉัยมี ข้อความว่า หากรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้ประกาศให้

โครงการหรือกิจการใดต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมแล้ว ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่ดำเนินโครงการหรือกิจการนั้น ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แสดงให้เห็นว่า ศาลได้พิเคราะห์ถึงหลักแห่งความสัมฤทธิ์ ผลในกรณีนี้ด้วย แม้ว่าจะไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในคำวินิจฉัยว่า มติที่ประชุมสมัยวิสามัญที่ 2/2553 เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2543 ในการก่อสร้างที่ทิ้งขยะโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากราษฎร นั้นเป็น มาตรการที่ทำให้บรรลุเจตนารมณ์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม แห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวก็ตาม

- หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ การดำเนินโครงการระบบกำจัดขยะมูลฝอยร่วมของผู้ผูกฟองคืดทั้งสามที่ตั้งอยู่บริเวณหมู่ที่ 5 ตำบล คำม่วง อำเภอเขาสวนกวาง จังหวัดขอนแก่น แม้โครงการดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดความ เตือดร้อนแก่ผู้ผูกคืดบ้างก็ตาม แต่เมื่อชั่งน้ำหนักของผลกระทบและความเสียหายที่ผู้ผูกคืดจะ ได้รับกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากโครงการดังกล่าวที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดเก็บ และทำลายขยะให้ถูกวิธีและถูกสุขลักษณะ อันเป็นการรักษาไว้ซึ่งสภาพสิ่งแวดล้อมแล้วนั้น เห็นได้ ว่า ความเสียหายของผู้ผูกคืดที่อาจจะได้รับจากการดำเนินโครงการนี้มีสัดส่วนน้อยกว่าประโยชน์ สาธารณะที่ได้รับจากการดำเนินการนี้ ซึ่งหากไม่ได้ดำเนินการโครงการนี้จะมีผลกระทบต่อ สิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก จะเห็นได้ว่า ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มาใช้ ในการวินิจฉัยคดี โดยให้เหตุผลถึงการดำเนินโครงการดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ มากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ผูกคืดได้รับ

2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555 เรื่อง คดีพิพาท เกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

(1) ข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง

คดีนี้มีผู้ผูกคืดเจ็ดคน มีอาชีพทำการประมงปลากะตัก โดยเครื่องมืออวนครอบปลากะตักประกอบแสงไฟ โดยทำการประมงบริเวณพื้นที่อ่าวพังงา ฟ้องว่า คณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้มีมติในที่ประชุมครั้งที่ 4/2542 ว่ารัฐควร ดำเนินการออกมาตรการด้านการประมงโดยกำหนดแบ่งเขตการประมงในเขต 3 ไมล์ทะเล ห่าง จากฝั่งเป็นแหล่งทำการประมงของกลุ่มประมงพื้นบ้าน กำหนดห้ามทำการประมงปลากะตัก ทุกชนิดที่ใช้แสงไปล่อและให้คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของชาวประมง ลักษณะพหุภาคีในจังหวัดชายทะเลแต่ละจังหวัด ยกเว้นจังหวัดสงขลา กำหนดให้พื้นที่ห่างจากฝั่ง ระหว่าง 3-5 ไมล์ทะเลเป็นเขตกันชน ห้ามทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบเช่นกัน เพื่อป้องกันเกิดผลกระทบของแสงไฟต่อสัตว์น้ำวัยอ่อนที่อยู่บริเวณชายฝั่งและเพื่อประโยชน์ ในการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามเขตที่กำหนด ต่อมา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและ สหกรณ์ (ผู้ผูกคืดที่ 1) ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดมิให้ใช้

เครื่องมืออวนซ้อนหรืออวนยก อวนครอบปลาตะกั้งซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าในท้องทะเลบางพื้นที่ และกำหนดขนาดช่องตาอวนที่ใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าทำการประมงปลาตะกั้ง พ.ศ. 2544 ซึ่งผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ด เห็นว่า การกำหนดจุดพิกัดที่ 14 ตามแผนที่หมายเลข 308 แนบท้ายประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว เป็นการกำหนดจุดพิกัดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการจำกัดสิทธิการทำการประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ด กล่าวคือ มติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติในการประชุมครั้งที่ 4/2542 ในการกำหนดพื้นที่กันชนระยะระหว่าง 3-5 ไมล์ทะเลจากฝั่งควรกำหนดจากขอบน้ำทะเลชายฝั่งแผ่นดินออกไปตามระยะที่กำหนด และหากกรณีภูมิประเทศเป็นเกาะ ควรกำหนดบริเวณรอบเกาะโดยวัดจากขอบน้ำทะเลรอบเกาะออกไปในระยะที่กำหนด แต่กรณีของผู้ว่าราชการจังหวัดกระบี่ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) ได้กำหนดเขตห้ามทำการประมงตามจุดพิกัดที่กำหนดข้างต้นและแจ้งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศดังกล่าว โดยกำหนดรูปแผนที่หมายเลข 308 จุดพิกัด 14 แนบท้ายประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าว และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) อธิบดีกรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และผู้ว่าราชการจังหวัดกระบี่ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) ได้ใช้วิธีลากเส้นจากจุดพิกัดที่ 13 ถึงจุดพิกัดที่ 14 และไปถึงจุดพิกัดที่ 15 ทำให้บริเวณจังหวัดกระบี่และหมู่เกาะพีพี อ่าวพังงา เป็นเขตห้ามทำการประมงปลาตะกั้งโดยใช้เครื่องมืออวนซ้อนหรืออวนยก อวนครอบปลาตะกั้งซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้า ซึ่งไม่เป็นไปตามมติของที่ประชุมคณะกรรมการนโยบายแห่งชาติ จึงขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนแนวเขตห้ามท้ายประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ตั้งแต่จุดพิกัดที่ 13 ถึงจุดพิกัดที่ 14 และไปถึงจุดพิกัดที่ 15 ตามแผนที่หมายเลข 308 ทั้งหมด

(2) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า คำอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดที่ได้แย้งว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวไม่เป็นไปตามมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้มีมติในที่ประชุมครั้งที่ 4/2542 ที่เห็นชอบตามข้อเสนอของคณะกรรมการการศึกษาหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการทำการประมงปลาตะกั้งโดยใช้แสงไฟประกอบ และประกาศดังกล่าวออกตามข้อเสนอของคณะกรรมการพหุภาคี จังหวัดกระบี่ ที่ไม่เป็นไปตามกรอบแนวทางของมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ รวมทั้งการออกประกาศฉบับดังกล่าวยังเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีเกินความจำเป็นอันเป็นการขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีเหตุผลรับฟังได้หรือไม่

ในประเด็นนี้ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า อำนาจในการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1)

ออกประกาศกำหนดขนาดตาและระยะช่องเครื่องมือทำการประมงทุกชนิด กำหนดขนาด ชนิด จำนวนและส่วนประกอบของเครื่องมือทำการประมงที่อนุญาตให้ใช้ในที่จับสัตว์น้ำ กำหนดมิใช้เครื่องมือทำการประมงอย่างหนึ่งอย่างใดในที่จับสัตว์น้ำโดยเด็ดขาด รวมทั้งกำหนดวิธีใช้เครื่องมือทำการประมงต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของอำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ไว้อย่างชัดเจน แต่อาจพิจารณาได้จากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ที่มุ่งคุ้มครองสัตว์น้ำซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติ โดยจัดระบบการควบคุมการจับสัตว์น้ำ เพื่อให้สัตว์น้ำเป็นทรัพยากรที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน แต่เนื่องจากการใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้กระทำได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) จะใช้อำนาจออกประกาศดังกล่าวได้ จึงต้องมีเหตุผลอันสมควรและกระทำเท่าที่จำเป็น ซึ่งเมื่อพิจารณาหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติแล้วเห็นว่า เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้คณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่ในเชิงนโยบายเกี่ยวกับการประมงในภาพรวมของประเทศ ดังนั้น ในการปฏิบัติงานของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) และอธิบดีกรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ในกิจการเกี่ยวกับการประมงจึงต้องสอดคล้องกับนโยบายของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ

มติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ ครั้งที่ 4/2542 ปรากฏว่า คณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะกรรมการการศึกษาหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการทำประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบ ซึ่ง คณะอนุกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอแนวทางการแก้ไขการทำประมงปลากะตักโดยเสนอให้กำหนดเขต 3 ไมล์ทะเลห่างจากฝั่งเป็นแหล่งทำการประมงของกลุ่มประมงพื้นบ้าน กำหนดห้ามทำการประมงปลากะตักทุกชนิดที่ใช้แสงไฟล่อและมีเขตปลอดจากการทำการประมงปลากะตักปั่นไฟในระยะระหว่าง 3-5 ไมล์ทะเล เพื่อป้องกันปัญหาผลกระทบของแสงไฟต่อสัตว์น้ำวัยอ่อนที่อยู่บริเวณชายฝั่ง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีข้อมูลทางวิชาการที่พิสูจน์ได้ว่าพื้นที่ใดเป็นแหล่งวางไข่ หรือเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์น้ำวัยอ่อน ให้แต่ละจังหวัดดำเนินการห้ามทำประมงในบางฤดูกาล หรือในบางพื้นที่โดยยึดหลักและเหตุผลทางชีววิทยาประมง เศรษฐกิจและสังคมประกอบกันไป นอกจากนี้ คณะอนุกรรมการฯยังเสนอว่า เนื่องจากสภาพท้องทะเลแต่ละพื้นที่มีความแตกต่างกันตามสภาพภูมิศาสตร์ ดังนั้น การกำหนดเขตทำการประมงโดยใช้แสงไฟล่อจึงควรให้แต่ละจังหวัดตั้งคณะกรรมการในรูปพหุภาคีทำการพิจารณา กำหนดเขตทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟล่อตามความเหมาะสมของสภาพท้องถิ่น ซึ่งคณะกรรมการนโยบายแห่งชาติเห็นชอบกับข้อเสนอดังกล่าว และให้แต่ละจังหวัดตั้งคณะกรรมการในลักษณะพหุภาคีพิจารณารายละเอียดตามความเหมาะสม เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ในการออกประกาศกระทรวง

เกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ที่ได้กำหนดเขตห้ามทำการประมงปลากระตักปั่นไฟห่างจากเกาะออกไป 3 ไมล์ทะเลนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้พิจารณาในกรอบนโยบายตามมติของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ ครั้งที่ 4/2542 และมติของคณะกรรมการกำหนดเขตการทำประมงปลากระตักโดยใช้แสงไฟประกอบของจังหวัดกระบี่แล้ว กรณีจึงเห็นได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดเขตห้ามทำการประมงปลากระตักปั่นไฟภายในกรอบนโยบายของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ และเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศโดยถือตามความเห็นของคณะกรรมการพหุภาคีจังหวัดกระบี่ จึงมีอำนาจออกประกาศดังกล่าวได้โดยไม่ต้องมีหลักฐานทางวิชาการใหม่ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจออกประกาศโดยชอบแล้วเช่นกัน

นอกจากนี้ การออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าวมีผลห้ามทำการประมงปลากระตักปั่นไฟในเขตตามแผนที่ท้ายประกาศเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดยังสามารถทำการประมงนอกเขตที่ห้ามได้ และหากประสงค์จะทำประมงในเขตตามประกาศดังกล่าวก็สามารถทำการประมงได้โดยปรับเปลี่ยนวิธีการทำประมงหรือเครื่องมือทำการประมงที่ไม่ต้องห้ามตามประกาศดังกล่าว ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าวจึงมิได้มีผลเป็นการห้ามทำการประมงโดยสิ้นเชิง ประกอบกับการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 และเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับนโยบายของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติที่ได้มีการตั้งคณะอนุกรรมการ และคณะทำงานเพื่อศึกษาหามาตรการแก้ไขปัญหการทำประมงปลากระตักในทางวิชาการแล้ว และเห็นได้ว่า การกำหนดเขตปลอดการทำประมงปลากระตักตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าว จึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่เกินความจำเป็นอันจะเป็นการขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รวมทั้งประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับผู้ประกอบอาชีพทำการประมงปลากระตักทุกรายมิใช่มีผลเฉพาะประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าวกับผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดเท่านั้น ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดมิให้ใช้เครื่องมืออวนช้อนหรืออวนยกอวนครอบปลากระตัก ซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าในท้องทะเลบางพื้นที่ และกำหนดขนาดช่องตาอวนที่ใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าทำการประมงปลากระตัก พ.ศ. 2544 เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) ข้อสังเกตการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555 ผู้วินิจฉัยมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยในเนื้อหาเป็นการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็น

หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดมิให้ใช้เครื่องมืออวนซ้อนหรืออวนยก อวนครอบปลากะตักซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าในท้องทะเลบางพื้นที่ และกำหนดขนาดช่องตาอวนที่ใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าทำการประมงปลากะตัก พ.ศ. 2544 มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ซึ่งประกอบด้วย

- หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ จากคำวินิจฉัยข้างต้นตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศกำหนดขนาดตาและระยะช่องเครื่องมือทำการประมงทุกชนิด กำหนดขนาด ชนิด จำนวนและส่วนประกอบของเครื่องมือทำการประมงที่อนุญาตให้ใช้ในที่จับสัตว์น้ำ กำหนดมิให้เครื่องมือทำการประมงอย่างหนึ่งอย่างใดในที่จับสัตว์น้ำโดยเด็ดขาด รวมทั้งกำหนดวิธีใช้เครื่องมือทำการประมงต่าง ๆ แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของอำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ไว้อย่างชัดเจน แต่อาจพิจารณาได้จากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ที่มุ่งคุ้มครองสัตว์น้ำซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติ โดยจัดระบบการควบคุมการจับสัตว์น้ำ เพื่อให้สัตว์น้ำเป็นทรัพยากรที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน จะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว เป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว

- หลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยได้ให้ยกประเด็นมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ ครั้งที่ 4/2542 ที่ปรากฏว่า คณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะกรรมการการศึกษาหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบ ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้พิจารณาในกรอบนโยบายตามมติของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ ครั้งที่ 4/2542 และมติของคณะกรรมการกำหนดเขตการทำประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบของจังหวัดกระบี่แล้ว กรณีจึงเห็นได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดเขตห้ามทำการประมงปลากะตักปั่นไฟภายในกรอบนโยบายของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ และเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ออกประกาศโดยถือตามความเห็นของคณะกรรมการพหุภาคีจังหวัดกระบี่ จึงมีอำนาจออกประกาศดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานทางวิชาการใหม่ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจออกประกาศโดยชอบแล้วเช่นกัน จะเห็นได้ว่า ประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป โดยไม่ปรากฏว่ามีมาตรการ

อื่นใดที่สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการออกประกาศดังกล่าวเท่ากับ มาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศดังกล่าว

- หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ศาลไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยว่าประกาศดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดน้อยกว่ามาตรการตาม ประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยว่า การกำหนดเขตปลอดการทำ ประมงปลากระตักตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าว เป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพที่ไม่เกินความจำเป็นอันจะเป็นการขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งหมายความรวมถึงทุกหลักเกณฑ์ย่อยตามหลักความได้สัดส่วน

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งผู้วิจัยได้นำมาวิเคราะห์การ นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ประกอบในการวินิจฉัยคดี ของศาลในขอบเขตที่ข้อเท็จจริงในคดีเป็นการออกกฎที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนอย่างสม่าเสมอ ซึ่งปรากฏให้เห็นจากคำวินิจฉัยคดีของศาลในแต่ละปีดังที่ผู้วิจัยได้นำมา วิเคราะห์แล้วข้างต้น แต่กระนั้นก็ตาม มีบางคำวินิจฉัยของศาลที่มีได้วางหลักเกณฑ์ในการ ตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือกล่าวคือ ศาลปกครองมิได้นำหลักการ ในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนที่ประกอบด้วยหลักการย่อยๆ 3 ประการ คือ หลักแห่ง ความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มาเป็น หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ ครบทั้งสามประการอย่างชัดเจน

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ ได้ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน ที่มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ โดยองค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ ต่างต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง และในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ได้วางหลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ ซึ่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนอันเป็นประโยชน์ หรืออำนาจที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรอง และคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่นโดยเฉพะอย่างยิ่ง องค์กรของรัฐเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน หรือกล่าวคือ สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายจะต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ส่วนเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในกำหนดตนเองโดยอิสระ โดยการจำกัดเสรีภาพของบุคคลจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น มิใช่ว่ารัฐจะอ้างว่ามีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่กฎหมายนั้นต้องมีความชอบธรรมตามหลักนิติธรรม ประกอบกับต้องมีวัตถุประสงค์ที่กำหนดอีกด้วย

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ซึ่งรัฐธรรมนูญได้วางรูปแบบอันเป็นหลักประกันในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ กล่าวคือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้ กฎหมายนั้นต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจย่อหมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีผลบังคับในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น หากองค์กรฝ่ายปกครองจะออกกฎ ซึ่งหมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ



ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยไม่มีฐานทางกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจแล้วย่อมไม่สามารถกระทำได้ และจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การตรากฎหมาย และกฎที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ถือได้ว่าเป็นการรับรองหลักความได้สัดส่วนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ

หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน ถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำในทางปกครองมาเป็นเวลานานแล้ว ถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่มีความสำคัญสำหรับการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ และเป็นหลักที่มีความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้ให้คำจำกัดความ และสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนที่มีผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพที่จะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและมีความจำเป็นเท่าที่จะทำให้อัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุขึ้นมาได้ บุคคลจะต้องไม่มีภาระหน้าที่ซึ่งมาเกินกว่าความจำเป็น และบุคคลจะได้รับผลกระทบจากภาระหน้าที่นั้นแต่พอสมควร ซึ่งหลักความได้สัดส่วนมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำในทางปกครองที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ หลักความได้สัดส่วนนี้ เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายปกครองซึ่งต้องการให้มาตรการต่างๆ สอดคล้องเป็นสัดส่วนกับวัตถุประสงค์ หรือผลที่ต้องการ โดยที่หลักความได้สัดส่วนนี้มาจากหลักนิติรัฐ และต้องใช้ประกอบการพิจารณาเสมอ ซึ่งเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญประกอบด้วย 3 ประการคือ หลักความเหมาะสมของมาตรการ หรือวิธีการสำหรับวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่ง หลักความจำเป็นของมาตรการ หรือวิธีการ และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือความสมเหตุสมผลระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว

ในระบบกฎหมายไทยหลักแห่งความได้สัดส่วน จัดเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ที่ห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง กล่าวคือ เป็นหลักที่มุ่งควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองนำมาใช้ต้องก่อให้เกิดผลต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ ต้องใช้มาตรการดังกล่าวด้วยความจำเป็น และต้องได้สัดส่วนระหว่างผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกจำกัดอันเป็นผลจากการใช้มาตรการนั้นด้วย โดยหลักความได้สัดส่วน ถือเป็นหลักการสำคัญที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมใช้เป็นเครื่องมือ

ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองมิให้ใช้มาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร หรือต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น ซึ่งในการพิจารณาว่ามาตรการที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรหรือไม่ ต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา อันประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการดังนี้คือ

ประการแรก หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หรือ หลักแห่งความเหมาะสม หลักการนี้บังคับว่าในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุ่วงไปได้เท่านั้น มาตรการใดที่ไม่สามารถทำได้เป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล เป็นมาตรการที่ไม่มีผลบังคับ เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักการนี้เรียกร้องว่าในบรรดามาตรการหลาย ๆ อย่างซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล หรือสามารถทำให้เจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุ่วงไปได้ ซึ่งแต่ละมาตรการย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น แต่ในกรณีที่มีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพียงมาตรการเดียวเท่านั้น มาตรการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น

ประการสุดท้าย หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) หลักการนี้เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์อันมหาชนพึงจะได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ แม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ซึ่งสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ตามหลักแห่งความจำเป็นก็ตาม มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 ที่บัญญัติให้ศาลปกครองอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับ

เอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ การที่จะทำให้การดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้จำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจมหาชนได้ ในการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อ้อมเมื่อมีกฎหมาย โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนให้อำนาจกระทำการดังกล่าว ซึ่งการใช้อำนาจในการออกกฎอันเป็นมาตรการที่ทำให้การดำเนินการกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้นั้น ย่อมต้องมีการกระทบถึงการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และจากค่านิยมความหมายของกฎที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 รวมทั้งที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคสามนั้น จะเห็นได้ว่า กฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะต้องปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนนั้นต้องเป็นกฎที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หากเป็นกฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น ย่อมอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง และโดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ดังนั้น การออกกฎของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลปกครองต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในวินิจฉัยว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการออกกฎของฝ่ายปกครองนั้นได้กระทำตามหลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วน หรือกฎดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็มีอำนาจในการสั่งเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยว่า กฎที่ฝ่ายปกครองออกเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 ซึ่งถือเป็นคำวินิจฉัยฉบับแรกที่ได้นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วน อันเป็นหลักที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ โดยวางเกณฑ์ในการตรวจสอบว่ากฎที่ฝ่ายปกครองออกเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของ

ประชาชนได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ และในคำวินิจฉัยต่อ ๆ มา ศาลปกครองยังได้มีการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างสม่ำเสมอ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.341/2549 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554 อย่างไรก็ตาม บางคำวินิจฉัยของศาลปกครองมิได้นำหลักการในทางทฤษฎีทั้งสามประการของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นข้อพิจารณาอันประกอบด้วย ประการแรก ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ มาตรการที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้นั้นต้องเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้อย่างแท้จริง ประการที่สอง ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวนั้นต้องเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และเป็นมาตรการที่ไม่สามารถหามาตรการอื่นใด เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจประการสุดท้าย ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวนั้น ต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.244/2553 ที่ศาลปกครองได้นำข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มาประกอบในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น แต่หากขาดข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักแห่งความจำเป็น หรือในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555 ที่ศาลปกครองได้นำข้อเกี่ยวกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักแห่งความจำเป็น ส่วนข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น ศาลปกครองมิได้ยกข้อเท็จจริงมาประกอบการให้เหตุผลตามหลักการดังกล่าว เพียงแต่วินิจฉัยว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่เกินความจำเป็นอันจะเป็นการขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยดังกล่าวหมายความว่าความรวมถึงทุกหลักเกณฑ์ย่อยตามหลักความได้สัดส่วน

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างสม่ำเสมอ กล่าวคือ หากมีการฟ้องว่ากฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ศาลก็จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ประกอบในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ซึ่งในการวินิจฉัยคดีศาลปกครองได้มีการนำข้อเท็จจริงมาประกอบกับหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนในการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยคดีอย่างเป็นระบบ และได้มีการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ประกอบการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน อย่างไรก็ตาม มีบางคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองนำบางหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีเท่านั้น หรือกล่าวคือ ศาลปกครองมิได้นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามหลักการมาเป็นหลักเกณฑ์อย่างครบถ้วนในการพิจารณาพิพากษาคดี

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

การนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยศาลปกครองนั้น จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองพบว่ามีปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับการนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่มีอยู่ก่อนแล้ว ดังที่ได้เคยมีการศึกษาวิจัยแนวคำพิพากษาศาลปกครองในคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง<sup>1</sup> และจากการวิจัยปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลก็พบว่ายังคงมีปัญหายังคงมีอยู่เหมือนกัน กล่าวคือ ในบางคำวินิจฉัยคดีของปกครองนั้นศาลมิได้วางหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน จึงทำให้การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขาดความชัดเจนและความแน่นอน ซึ่งหากศาลมองข้ามปัญหาดังกล่าว โดยไม่นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามประการมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีของศาลในทุก ๆ คำวินิจฉัยแล้ว อาจส่งผลกระทบต่ออีกด้านเป็นการไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง

ดังนั้น หากศาลปกครองได้มีการนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีทั้งสามประการของหลักความได้สัดส่วน ได้แก่ ประการแรก หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล ประการต่อมา หลักแห่งความจำเป็น และประการสุดท้าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ในการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วนและชัดเจนในทุก ๆ คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองในการออกกฎหมาย ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่อยู่ในขอบเขตของการใช้หลักความได้สัดส่วนแล้ว ย่อมทำให้ฝ่ายปกครองตระหนักในการใช้อำนาจออกกฎหมายดังกล่าวอย่างพอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง และเกิดความชัดเจนว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เสมอ ซึ่งยังเป็นการส่งผลให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปยังศาลปกครองลดน้อยลงด้วยนั่นเอง

<sup>1</sup> ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 330-331.

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. 2544. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่ง  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กุลพล พลวัน. 2541. เสรีภาพทางวิชาการ. สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ สำนัก  
นายกรัฐมนตรี.
- \_\_\_\_\_. 2538. พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์  
วิญญูชน.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. 2556. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์  
วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. 2555. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์  
วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. 2554. เอกสารคำสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญ. คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- \_\_\_\_\_. 2547. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์  
วิญญูชน.
- ชจัดภัย บุรุษพัฒน์. 2521. ความมั่นคงแห่งชาติ. กรุงเทพฯ : กรมการปกครอง.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ในบันทึกเรื่อง หรือปัญหาข้อกฎหมายกรณีการเปิดเผย  
ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเอกสารการสอบ (เรื่องเสรีจที่ 22/2543 กรณีการสอบคัดเลือก  
เข้าศึกษาในประถมศึกษาปีที่ 1 โรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์).
- จรัญ โฆษณานันท์. 2545. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริง  
ของสังคม. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย. 2548. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย,  
วารสารวิชาการศาลปกครอง. 5 : 38-55.
- ชาญชัย แสงศักดิ์. 2550. คำอธิบายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง  
พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. 2540. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 1.  
กรุงเทพฯ : จีรัชการพิมพ์.

- ดิเรก สุขสว่าง. 2554. “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นรินทร์ อธิสาร. 2546. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. 2552. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. 2551. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. 2551. การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว. เอกสารวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- \_\_\_\_\_. 2547. ความรู้เบื้องต้นเบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- \_\_\_\_\_. 2546. คำพิพากษาวิเคราะห์ ประกาศกระทรวงเกษตรฯ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ฯ (คำวินิจฉัยศาลปกครองกลางที่ 2253/2545)”. วารสารนิติศาสตร์. 33 : 192-193.
- บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. 2537. คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. 2538. กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ประยูร กาญจนดุล. 2538. กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- ภานุพันธ์ ชัยรัตน์. 2549. การพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- โกดิน พลกุล. 2539. หลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. 2543. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ..... 2538. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เคล็ดไทย.
- ..... 2543. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 1 เรื่อง การกระทำทางปกครอง. (อัดสำเนา)
- ..... เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 10 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. (อัดสำเนา)
- ..... การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์การตุลาการ, ใน รวบรวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. สมยศ เชื้อไทย. กรุงเทพฯ : พี.เค.พรินติ้งเฮาส์.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. 2549. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน
- ..... 2543. เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์. 30 : 187-189.
- วิชัย ศรีรัตน์. 2543. สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. นนทบุรี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- วิริยะ เกิดศิริ. 2517. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา และหนี้. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิชญ์ เครื่องงาม. 2530. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์.
- วุฒิชัย จิตานู. 2549. การบังคับใช้หลักการสัดส่วน(Principle of Proportionality). วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 8 (มกราคม - เมษายน) : 41-43.
- ..... 2555 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality). รวบรวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 10 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ”. กรุงเทพฯ : พี.เพรส.



- ศรีรัตน์ งามนิสัย. 2550. หลักความพอสมควรแก่เหตุ ; พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. 2518. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. บทบัณฑิตย, 32 : 1-25.
- อุดม รัฐอมฤต และคณะ. 2544. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดนานาสังพิมพ์.
- อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. 2552. สิทธิมนุษยชน, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. 2520. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. 2533. หลักความได้สัดส่วน, วารสารนิติศาสตร์. 20 : 99-101.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทรวานิช. 2546. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ. รายงานวิจัย. กรุงเทพฯ : ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เสนีย์ ปราโมช. 2509. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อักษรสาส์น.
- สำนักงานศาลปกครอง. 2553. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (พ.ศ. 2544-พ.ศ. 2552), พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

## ภาษาต่างประเทศ

- Jakobs, M. Ch. 1985. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. 2543  
หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส. วารสารกฎหมาย  
ปกครอง. 19 ( เมษายน ) : 178.
- MULLER, Paul. 1978. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เอกสารประกอบการฝึกอบรม  
หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 10 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง :  
หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.
- NOLTE, George. 1994. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เอกสารประกอบการฝึกอบรม  
หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 10 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง :  
หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.
- Pieroth/ Schlink, 1993. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. 2552. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ  
เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์  
วิญญูชน.
- Schwarze, Jürgen. 1992. อ้างใน ศรีรัตน์ งามนีสัย. 2550. หลักความพอสมควรแก่เหตุ ;  
พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Singh, Mahendra. 2001. อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนีสัย. 2550. หลักความพอสมควรแก่เหตุ :  
พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_. 2001. อ้างถึงใน นรินทร์ อธิสาร. 2546. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย  
ของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน.  
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- Stern, Klaus. 1994. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. 2552. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ  
และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

## ประวัติผู้วิจัย

1. ชื่อ (ไทย) นางสาวภัทรวรรณ อุษุปงศ์อมร

(English) Ms. Passawan Ouchupongamorn

2. ตำแหน่งปัจจุบัน

หน่วยงานที่อยู่ ที่ติดต่อได้สะดวก

อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 333

หมู่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

หมายเลขโทรศัพท์ 053-916-857

โทรศัพท์เคลื่อนที่ 084-126-4896

โทรสาร 053-916-857

E-mail address : passawan2008@gmail.com

3. ประวัติการศึกษา

คุณวุฒิ	สาขาวิชา	สถาบัน	ปี พ.ศ. ที่จบ
ปริญญาโท	นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย	2546
ปริญญาตรี	นิติศาสตรบัณฑิต	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย	2536

4. ประสบการณ์การทำงาน

วัน เดือน ปี	ตำแหน่ง	สังกัดหน่วยงาน
2546 - 2548	อาจารย์ประจำ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม
2549 - 2550	อาจารย์ประจำ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ
2550 - 2551	อาจารย์ประจำ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี
2551 - 2553	อาจารย์ประจำ	คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
2553 - ปัจจุบัน	อาจารย์ประจำ	สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

5. ประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานวิจัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ โดยระบุสถานภาพในการทำการวิจัยว่าเป็นผู้อำนวยการแผนงานวิจัย หัวหน้าโครงการวิจัย หรือผู้ร่วมวิจัยในแต่ละผลงานวิจัย

โครงการวิจัยเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองการท่องเที่ยวเชิงอนุรักษ์ในจังหวัดจันทบุรี (Legal Measures for the Protection of Ecotourism in Chantaburi Province)

คณะผู้วิจัย	ศาสตราจารย์ ดร. สุนีย์ มัลลิกะมาส อาจารย์ ภัสวรรณ อุซุงค์อมร อาจารย์ ปรีญาภรณ์ อุบลสวัสดิ์	ที่ปรึกษาโครงการ หัวหน้าโครงการวิจัย ผู้ร่วมโครงการวิจัย
แหล่งทุน	มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี	
ปีที่ได้รับทุน	2551	

สถานะงานวิจัย งานวิจัยเสร็จสมบูรณ์ นำเสนอและตีพิมพ์บทความในงานประชุมวิชาการวิจัยรำไพพรรณี เนื่องในโอกาสวันคล้ายวันพระราชสมภพสมเด็จพระนางเจ้ารำไพพรรณี ครบ 105 ปี เรื่อง วิจัยเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน วันที่ 20-21 ธันวาคม 2552

1. ชื่อ (ไทย) นางสาวอารีรัตน์ โกสิทธิ์

(English) Ms. Areerat Kosit

2. ตำแหน่งปัจจุบัน

หน่วยงานที่อยู่ ที่ติดต่อได้สะดวก

อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 333

หมู่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

หมายเลขโทรศัพท์ 053-916-857

โทรศัพท์เคลื่อนที่ 081-554-9906

โทรสาร 053-916-857

E-mail address : areerat\_kosit@hotmail.com

### 3. ประวัติการศึกษา

คุณวุฒิ	สาขาวิชา	สถาบัน	ปี พ.ศ. ที่จบ
ปริญญาโท	นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย	2547
ปริญญาตรี	นิติศาสตรบัณฑิต	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์	2542

### 4. ประสบการณ์การทำงาน

วัน เดือน ปี	ตำแหน่ง	สังกัดหน่วยงาน
2547-ปัจจุบัน	อาจารย์	สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย แม่ฟ้าหลวง

5. ประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานวิจัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ โดยระบุสถานภาพในการทำการวิจัยว่าเป็นผู้อำนวยการแผนงานวิจัย หัวหน้าโครงการวิจัย หรือผู้ร่วมวิจัยในแต่ละผลงานวิจัย

ก. ผลงานวิจัยที่ตีพิมพ์ในวารสารระดับชาติและนานาชาติ

1. โครงการศึกษารูปแบบองค์กรและร่างกฎหมายจัดตั้งองค์กรบริหารจัดการการท่องเที่ยวหมู่เกาะช้างและพื้นที่เชื่อมโยงอย่างยั่งยืน

ระยะที่ 1

จัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการการท่องเที่ยวหมู่เกาะช้างและเพื่อนที่เชื่อมโยง

ระยะที่ 2

จัดทำร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การพัฒนาการท่องเที่ยวอย่างยั่งยืนในพื้นที่พิเศษ เพื่อเป็นกฎหมายแม่บทสำหรับการบริหารจัดการการท่องเที่ยวในพื้นที่พิเศษหมู่เกาะช้างและพื้นที่เชื่อมโยง และพื้นที่อื่นๆ ของประเทศ

(ผู้ช่วยวิจัย : แหล่งทุนจากการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย)

2. แนวทางของกฎหมายในการนำสิทธิในที่ดิน ส.ป.ก.ไปใช้เพื่อเป็นหลักประกันในการกู้ยืม: ศึกษาในเขตพื้นที่จังหวัดเชียงราย พะเยา ตาก และกำแพงเพชร (ผู้ร่วมวิจัย : แหล่งทุนจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง)

3. ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการท่องเที่ยวในจังหวัดเชียงราย

(หัวหน้าโครงการ : แหล่งทุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย)

ข. ผลงานวิจัยที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้

ระยะที่ 1

จัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการการท่องเที่ยวหมู่เกาะช้างและเพื่อนที่เชื่อมโยง

ระยะที่ 2

จัดทำร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การพัฒนาการท่องเที่ยวอย่างยั่งยืนในพื้นที่ เพื่อเป็นกฎหมายแม่บทสำหรับการบริหารจัดการการท่องเที่ยวในพื้นที่พิเศษหมู่เกาะช้าง และพื้นที่เชื่อมโยง และพื้นที่อื่นๆ ของประเทศ

2. แนวทางของกฎหมายในการนำสิทธิในที่ดิน ส.ป.ก.ไปใช้เพื่อเป็นหลักประกันในการกู้ยืม: ศึกษาในเขตพื้นที่จังหวัดเชียงราย พะเยา ตาก และกำแพงเพชร

3. ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการท่องเที่ยวในจังหวัดเชียงราย