

## หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายต่างประเทศ

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายของประเทศในยุโรป ซึ่งความสำคัญของหลักดังกล่าวมีพัฒนาการมาจากการขยายตัวของการใช้อำนาจรัฐในช่วงระยะเวลาต่าง ๆ และมีผลให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขององค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรนิติบัญญัติ หลักการหนึ่งที่องค์กรตุลาการได้นำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าว คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ

พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายยุโรป<sup>1</sup> เกิดจากการที่รัฐมีภาระหน้าที่เพิ่มขึ้น จากเดิมที่รัฐจำกัดตนเองให้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การบังคับใช้กฎหมายอาญา และการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับปกครองประเทศ ต่อมารัฐสมัยใหม่มีหน้าที่จัดทำบริการสังคมที่มีความซับซ้อนและตรากฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของสังคมเพิ่มขึ้น ทั้งกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และการกระจายรายได้ ซึ่งเรียกรัฐที่มีภาระหน้าที่ดังกล่าวว่า “รัฐสังคมนิตรีรัฐ”<sup>2</sup> (social state) พัฒนาการดังกล่าวมีผลให้องค์กรของรัฐมีอำนาจมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งได้ใช้ดุลพินิจในการใช้อำนาจทางปกครองเพิ่มขึ้น ดังนั้น จึงต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองที่เข้มงวดมากขึ้น วิธีการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กร

---

<sup>1</sup>Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law (London: Kluwer Law International, 1996), pp.5-7, 13-22.

<sup>2</sup> รัฐสังคมนิตรีรัฐ เป็นรัฐที่ปกครองบนพื้นฐานหลักสังคมนิตรีรัฐ (Sozialer Rechtsstaat) ซึ่งเป็นหลักที่แตกต่างจากหลักนิติรัฐ กล่าวคือ ความเสมอภาคในความหมายของหลักสังคมนิตรีรัฐนั้น นอกจากจะเป็นความเสมอภาคภายใต้กฎหมายแล้ว ยังต้องเป็นความเสมอภาคในเสรีภาพตามความเป็นจริงด้วย ดังนั้น องค์กรผู้ออกกฎหมายของรัฐจึงมีหน้าที่ต้องจัดการให้ผู้ที่มิฐานะอ่อนแอในสังคมได้มีเสรีภาพในทางความเป็นจริง และได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายไม่น้อยกว่า ผู้มีอำนาจในสังคมหรือผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.130-132.

ฝ่ายปกครองประการหนึ่ง คือ การควบคุมการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ (judicial review)

การที่องค์กรฝ่ายปกครองมีภารกิจเพิ่มมากขึ้น สืบเนื่องจากองค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายให้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ เพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐสวัสดิการ (welfare state) ที่ในระยะเริ่มแรกต้องตรากฎหมายเพื่อตอบสนองนโยบายทางสังคม และในระยะต่อมาได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจ เช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาดการค้า กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายว่าด้วยการขนส่งและการเกษตร

ลักษณะการตรากฎหมายดังกล่าวแตกต่างจากการตรากฎหมายแบบดั้งเดิมที่มุ่งวางกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการกระทำ เช่น กำหนดความปลอดภัยและสุขอนามัยของโรงงาน การห้ามมิให้ใช้แรงงานเด็ก แต่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติในช่วงเวลาต่อมาจะมอบอำนาจการตัดสินใจให้กับองค์กรฝ่ายปกครอง การตรากฎหมายจึงเปลี่ยนแปลงจากการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการกระทำมาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อสร้างการจัดการอย่างเป็นระบบ กฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าวจึงกำหนดเฉพาะหลักเกณฑ์ที่สำคัญในแต่ละเรื่อง และมอบอำนาจในการกำหนดรายละเอียดหรือการตัดสินใจเฉพาะกรณีให้กับองค์กรฝ่ายปกครอง การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ส่งผลให้องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจมากขึ้น และมีผลให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการตัดสินใจเพิ่มขึ้น ตลอดจนมีผลให้เกิดการมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองตรากฎหมายลำดับรองมากขึ้น เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจเพิ่มขึ้น และประชาชนเห็นว่าองค์กรฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีการเรียกร้องให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยในยุโรป รวมทั้งเยอรมันเกิดการเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ แต่เดิมนั้นการปกครองระบอบประชาธิปไตยจะให้ความสำคัญกับ “หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” แต่หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 หลักที่มีความสำคัญเพิ่มขึ้น คือ “หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ” ดังที่ปรากฏว่ากฎหมายพื้นฐาน (the basic law / Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้บัญญัติรับรองหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ โดยในระยะแรกหลักการที่นำมาจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติได้แก่ หลักการได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (constitutional principle of equal protection before the law) ต่อมาหลักการที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ได้แก่ หลักความเสมอภาค สิทธิขั้นพื้นฐาน

หลักนิติรัฐ และได้มีการนำ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” มาใช้วินิจฉัยคดีในฐานะที่เป็นหลัก รัฐธรรมนูญ

ความเปลี่ยนแปลงอีกประการหนึ่ง คือ การเปลี่ยนแปลงทัศนคติเกี่ยวกับหน้าที่ของ องค์การนิติบัญญัติในการสร้างระบบกฎหมาย นับตั้งแต่ ค.ศ. 1930 แนวคิดเกี่ยวกับการ เปลี่ยนแปลงทางสังคม (social change) ได้เกิดขึ้น โดยมีแนวคิดว่าปัญหาทางสังคมต่าง ๆ เช่น ความยากจน ภาวะการว่างงาน ความไม่เสมอภาค ฯลฯ เป็นผลที่เกิดจากการกระทำของมนุษย์ ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้สามารถจัดให้หมดสิ้นไปได้โดยการออกแบบการกระทำของมนุษย์ ซึ่งการ ออกแบบการกระทำของมนุษย์สามารถกระทำได้โดยนำกระบวนการนิติบัญญัติมาเป็นเครื่องมือ เพื่อสร้างการเปลี่ยนแปลงทางสังคม ดังนั้น ในระยะต่อมากระบวนการนิติบัญญัติจึงมี วัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติและก่อสร้างแบบแผนสำหรับ ความประพฤติ กฎหมายจึงกลายเป็นเครื่องมือที่ทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของสังคม หน้าที่เป็น เครื่องมือที่ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ ดังนั้น จึงต้องมีการ ควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ (enjoying unjustified privilege) จน กระทบต่อสิทธิของบุคคล นอกจากนี้ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐต่าง ๆ ได้ยอมรับถึงหลัก สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และได้ร่วมทำสนธิสัญญา European Union on Human Right เพื่อเป็น เครื่องหมายแสดงว่ารัฐรับรู้ถึงการมีอยู่ของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้นำมาซึ่ง บทบาทหน้าที่ขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ และทำให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคล

ในบรรดาประเทศตะวันตกที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย องค์กรของรัฐซึ่งใช้อำนาจแทรกแซงสิทธิประชาชนจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันสิทธิเสรีภาพและ หลักการแบ่งอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือที่มีความเหมาะสมที่สุดในการควบคุมกิจกรรมของรัฐที่เป็นการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพ ซึ่งหลักความ พอสมควรแก่เหตุในบริบทของรัฐที่ปกครองด้วยระบอบเสรีประชาธิปไตยมีความหมายว่า หาก บรรดาองค์กรของรัฐจะใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพ รัฐจะต้องไม่ใช้อำนาจนั้นมากเกินกว่าความ จำเป็น ดังนั้น บทบาทของหลักความพอสมควรแก่เหตุคือการส่งเสริมให้องค์กรของรัฐต้องซ้ งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของสาธารณะและหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล

## 1.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมัน

### 1.1.1 บ่อเกิดและพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมัน

หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Ueberschussverbot) ในระบบกฎหมายเยอรมันมีรากฐานที่มาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigkeit) ที่คำนึงถึงหลักความยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของสังคมโดยรวม รวมถึงหลักความยุติธรรมในลักษณะของการตอบแทนและความยุติธรรมในลักษณะของการแบ่งส่วน นอกจากนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุยังมีที่มาจากความคิดที่ว่ากฎหมายย่อมมีความมุ่งหมายเพื่อรับใช้ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม วัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นตัวกำหนดการดำเนินการของกฎหมาย ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีขึ้นเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย<sup>3</sup>

พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมันเริ่มต้นในปลายศตวรรษที่ 19 โดยศาลปกครองสูงสุดแห่งปรัสเซีย (Prussian Supreme Administrative Court) ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการวินิจฉัยคดี Kreuzberg ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจ ในคดีนี้ศาลได้ตรวจสอบว่ามาตรการที่ตำรวจนำมาใช้นั้นมีความรุนแรงเกินกว่าความจำเป็นที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นหรือไม่ โดยศาลได้นำมาตรา 10 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของกฎหมายตำรวจมาวินิจฉัยคดีนี้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดว่าเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องใช้มาตรการตามกฎหมายเท่าที่จำเป็นที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้น เพราะฉะนั้น มาตรการใดที่ไม่จำเป็นจะไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตำรวจ<sup>4</sup>

ในการพัฒนาการใช้บังคับหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้น ศาลของเยอรมันไม่ได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุมาจากการตีความกฎหมายที่มีนัยเกี่ยวกับการห้ามมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจอย่างไม่สมเหตุสมผล หากแต่ได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและผลที่ได้รับ (means and ends) หรือความสัมพันธ์

<sup>3</sup> บรเวจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.301.

<sup>4</sup> Jürgen Schwarze, European Administrative Law, (London: Sweet and Maxwell, 1992), p.686.

ระหว่างเหตุและผล (cause and effect) ในระยะแรกของการพัฒนาหลักการนี้เรียกว่าในบรรดา มาตรการหลาย ๆ มาตรการที่จะทำให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ องค์การของรัฐควรเลือกใช้ มาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ (suitable means) มากที่สุด อย่างไรก็ตาม มาตรการที่ก่อให้เกิด ผลสัมฤทธิ์มากที่สุดนั้นอาจไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น กล่าวคือ ไม่ใช่มาตรการที่ลวงละเมิดหรือก่อให้เกิด ความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด ดังนั้น ศาลจึงเพิ่มเติมองค์ประกอบที่สองซึ่งเรียกว่าในบรรดา มาตรการหลาย ๆ มาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์นั้น องค์การของรัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด สำหรับองค์ประกอบที่สามของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น ศาลได้พัฒนาขึ้นมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง หลักการนี้เรียกว่าการก้าวล่วงต่อสิทธิ ของบุคคลนั้นจะต้องได้สัดส่วนที่เหมาะสมกับผลที่ต้องการให้เกิดขึ้น<sup>5</sup>

สำหรับการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้บังคับโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ นั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีความสำคัญต่อวิถีชีวิตของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในระยะแรกศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ไม่ได้นำหลักการนี้มาใช้อย่างสม่ำเสมอและใช้หลักการนี้โดยปราศจากลำดับขั้นตอนที่เป็นระบบ อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่มีการวินิจฉัยคดี *Apothekenurteil* (BVerfGE 7 S 377) ใน ค.ศ. 1945 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้มากขึ้น โดย นำมาใช้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนในฐานะที่เป็นมาตรฐานตามรัฐธรรมนูญซึ่งใช้ตรวจสอบ กระบวนการตรากฎหมาย<sup>6</sup> โดยในการตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายหรือการควบคุมการ กระทำขององค์กรนิติบัญญัตินี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้นำหลัก “การห้ามมิให้ใช้มาตรการที่ รุนแรงเกินกว่าความจำเป็น” (prohibition of excessive measures) หรือ “หลักความปราศจาก เหตุผล” (unreasonableness) มาใช้ โดยถือว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นองค์ประกอบหนึ่ง ของหลักการห้ามมิให้ใช้มาตรการที่รุนแรงเกินกว่าความจำเป็น เพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานในการ ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ<sup>7</sup> นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังได้วินิจฉัยในคดีอื่น ๆ ว่าใน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีสถานะในระดับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ และมีพื้นฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน<sup>8</sup>

<sup>5</sup>Nicholas Emiliou, *supra* note 1, pp.23-24.

<sup>6</sup>*Ibid.*, pp. 24-25.

<sup>7</sup>Jürgen Schwarze, *supra* note 4, pp.686-687.

<sup>8</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.304.

### 1.1.2 สาระสำคัญและสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมัน

จากพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักการนี้เป็นหลักที่มุ่งควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการต่าง ๆ โดยพิจารณาที่ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น ทั้งผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับสาธารณะและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น มาตรการที่รัฐนำมาใช้ต้องก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตรงตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น โดยรัฐต้องใช้มาตรการนั้นเท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการ อีกทั้งผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องได้สัดส่วนกัน

โดยที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นผลจากหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐทั้งปวง หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเรื่องสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 15 ธันวาคม 1965 ได้วินิจฉัยว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>9</sup> นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังได้วินิจฉัยว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่ควบคุมการกระทำทั้งปวงของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>10</sup>

สำหรับนิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้คำจำกัดความหลักความพอสมควรแก่เหตุว่า “การแทรกแซงสิทธิเสรีภาพจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและมีความจำเป็นเท่าที่จะทำให้อัตุประสงค์ของรัฐบรรลุผลขึ้นมาได้ บุคคลจะต้องไม่มีภาระหน้าที่ซึ่งมากเกินไปเกินกว่าความจำเป็น (excessive burden) และบุคคลจะได้รับผลกระทบจากภาระหน้าที่นั้นแต่พอสมควร (reasonable)”<sup>11</sup>

จากคำจำกัดความดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้แบ่งแยกองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างกว้างเป็น 3 ประการ ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล

<sup>9</sup> 19 BverfGE 342, 348-49 อ้างใน Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2<sup>nd</sup> edition, (Berlin: Springer, 2001), p.161.

<sup>10</sup> BverfGE 19, 348;23, 133;43, 106; 61, 134. อ้างใน Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.688.

<sup>11</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.687.

(suitability) หลักความจำเป็น (necessity) และหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality *stricto sensu*)

องค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุดังกล่าวเป็นผลจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมใช้มาตรการในการตรวจสอบจดหมาย การติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์ และการติดต่อสื่อสารโดยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยการจำกัดการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย ทางไปรษณีย์ และการสื่อสารทางไกล ฉบับลงวันที่ 13.8.1968 ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น มาตรการตรวจสอบดังกล่าวต้องมีผลสัมฤทธิ์ เพื่อให้มาตรการในการแทรกแซงสิทธิในการติดต่อสื่อสารสามารถคุ้มครองต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองได้ นั่นคือการรับรู้และค้นพบอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเยอรมันอันเนื่องมาจากการโจมตีโดยอาวุธได้ทันเวลานอกจากนี้ มาตรการตรวจสอบดังกล่าวต้องมีความจำเป็นด้วย หากมีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยกว่าและเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ มาตรการตรวจสอบตามกฎหมายนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นมาตรการที่มีความจำเป็น และมาตรการดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ผลประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการตรวจสอบนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมกับผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล<sup>12</sup>

จากคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาว่าการใช้อำนาจรัฐแทรกแซงสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของปัจเจกบุคคล โดยใช้มาตรการตรวจสอบจดหมายและการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์เป็นมาตรการสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ จะต้องแยกการวิเคราะห์เป็นสามประการ กล่าวคือ พิจารณาว่ามาตรการตรวจสอบจดหมายและการติดต่อสื่อสารทางโทรศัพท์จะทำให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการเกิดขึ้นได้หรือไม่ ซึ่งวัตถุประสงค์ที่ต้องการในกรณีนี้คือการค้นพบอันตรายที่จะเกิดขึ้น และไม่มีมาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่ามาตรการนี้ อีกทั้งต้องเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่จะได้รับ ซึ่งองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งสามประการมีสาระสำคัญดังนี้

#### 1.1.2.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล (suitability)

หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสมของมาตรการที่รัฐนำมาใช้ หมายถึง เมื่อรัฐนำมาตราการใช้บังคับ ต้องปรากฏว่ามาตรการนั้นจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เกิดขึ้น หรือทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้<sup>13</sup> ซึ่งความหมายเดิมของ

<sup>12</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.305.

<sup>13</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.687.

หลักความสัมฤทธิ์ผลที่ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษา จะมุ่งพิจารณาว่ามาตรการนั้นจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้หรือไม่ หากมาตรการใดอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปอย่างยากลำบาก มาตรการนั้นย่อมเป็นมาตรการที่ไม่สัมฤทธิ์ผล<sup>14</sup>

ความหมายของหลักความสัมฤทธิ์ผลตามแนวใหม่ มีการอธิบายว่าหลักความสัมฤทธิ์ผลหมายถึง สภาพการณ์ที่รัฐได้ทำการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยรัฐต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นต้องอยู่บนสมมุติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>15</sup>

หลักความสัมฤทธิ์ผลจึงเป็นหลักที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับการบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น โดยความหมายเดิมของหลักความสัมฤทธิ์ผลจะต้องปรากฏอย่างชัดเจนว่ามาตรการใด ๆ ที่รัฐนำมาใช้ต้องบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้ แต่ความหมายของหลักความสัมฤทธิ์ผลตามแนวใหม่ นั้น ถ้ามาตรการที่รัฐนำมาใช้ได้รับการประเมินว่ามีความเป็นไปได้อย่างชัดเจนที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้ ก็เป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล

ในการใช้อำนาจรัฐให้สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล จะขอกกล่าวถึงองค์กรที่ใช้ อำนาจรัฐสององค์กร คือ องค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรนิติบัญญัติ ในส่วนการใช้อำนาจรัฐให้สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลขององค์กรฝ่ายปกครอง<sup>16</sup> หมายถึง เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองจะใช้บังคับกฎหมาย องค์กรฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้วิธีการที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นบรรลุผลสำเร็จ การพิจารณาว่ามาตรการใดที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายเกิดผลสัมฤทธิ์ จะต้องพิจารณาจากลักษณะในทางภาวะวิสัย (objective) ของมาตรการนั้น มิได้พิจารณาจากการตัดสินใจในทางอัตวิสัย (subjective) ขององค์กรฝ่ายปกครอง วิธีการหรือมาตรการใดที่องค์กรฝ่ายปกครองนำมาใช้ไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายบรรลุผลได้ หรือเป็นมาตรการที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมาย มาตรการนั้นขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล ตัวอย่างเช่น กฎกระทรวงที่กำหนดพื้นที่ในการสร้างแหล่งเพาะปลูก โดยกำหนดให้รวมถึงพื้นที่ซึ่งมีลักษณะไม่เหมาะสมและไม่สามารถทำการเพาะปลูกได้ เป็นกฎกระทรวงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>17</sup> มาตรการที่ไม่สัมฤทธิ์ผล

<sup>14</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.306.

<sup>15</sup> *เพ็งอ้าง*, น.306.

<sup>16</sup> Mahendra P. Singh, *supra note 9*, pp.163-164.

<sup>17</sup> 52 PrOVG, 419. *อ้างใน* Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.163.



จึงไม่มีผลใช้บังคับทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เพราะเป็นมาตรการที่ไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายบรรลุผลสำเร็จได้

นอกจากนี้ คำสั่งหรือข้อห้ามใดๆ ที่นำมาปฏิบัติแล้วมีความขัดแย้งหรือฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ คำสั่งหรือข้อห้ามนั้นย่อมเป็นคำสั่งหรือข้อห้ามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจออกคำสั่งให้เจ้าของบ้านที่เลี้ยงสุนัขนำสุนัขขังไว้ในห้องที่ปิดมิดชิด เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบหรือเสียงรบกวนแก่เพื่อนบ้านในบริเวณใกล้เคียงได้ เพราะการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์และการห้ามทารุณสัตว์<sup>18</sup>

ในส่วนของการใช้อำนาจของรัฐขององค์กรนิติบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล<sup>19</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดคำจำกัดความของหลักความสัมฤทธิ์ผลว่า มาตรการที่สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลคือมาตรการที่สามารถส่งเสริมให้เกิดผลที่ต้องการได้ นอกจากนี้ ในเขตแดนเสรีภาพของบุคคล มาตรการหรือกฎเกณฑ์ซึ่งจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจะต้องสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง

คำจำกัดความดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการควบคุมอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการใช้มาตรการต่าง ๆ ให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสองประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง มาตรการที่ไม่เคารพต่อหลักความสัมฤทธิ์ผลคือมาตรการที่ไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการได้ ประการที่สอง หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดผลบางส่วนอย่างเป็นรูปธรรม ก็ถือว่าเพียงพอต่อการพิจารณาว่า มาตรการนั้นสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการขององค์กรนิติบัญญัติที่ต้องอาศัยระยะเวลาในการก่อให้เกิดผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น นอกจากนี้ ในเวลาที่องค์กรนิติบัญญัติตัดสินใจเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งมาใช้ มาตรการนั้นอาจจะไม่สนับสนุนวัตถุประสงค์ที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการอย่างชัดเจนได้ ดังนั้น แม้จะมีข้อเท็จจริงว่ามาตรการที่องค์กรนิติบัญญัตินำมาใช้ยังไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ ณ เวลานั้น แต่มาตรการนั้นยังไม่ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติ ตัวอย่างเช่น ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายว่าด้วยภาษีพิเศษเกี่ยวกับการขนส่งสินค้าทางไกล (Werkfernverkehrs) ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากระยะเวลาในการใช้บังคับมาตรการทางภาษีนี้

<sup>18</sup> 27 OVG LünburgE 321, 325. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra* note 9, p.164.

<sup>19</sup> Nicholas Emiliou, *supra* note 1, pp.26-28.

มีระยะเวลาที่สั้นเกินไปที่จะก่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ที่องค์กรณีบัญญัติต้องการอย่างเป็นรูปธรรม<sup>20</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ามาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์อย่างชัดเจน เนื่องจากก่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการเฉพาะในระยะเวลาดำเนินการ เป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าประกาศของ Agencies for arranging shared travel (Mitfahrerzentralen) ที่มีขึ้นเพื่อสนับสนุนความปลอดภัยของการจราจรบนถนนและป้องกันอันตรายให้กับผู้โดยสาร เป็นมาตรการที่ไม่ทำให้วัตถุประสงค์สัมฤทธิ์ผล (objectively unsuitable)<sup>21</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าข้อกำหนดว่าด้วยผู้ขายปลีกที่มีความชำนาญเกี่ยวกับสินค้าที่ขาย มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์อย่างชัดเจน<sup>22</sup>

ในการบังคับใช้หลักความสัมฤทธิ์ผล ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะตั้งข้อสมมุติฐานเพื่อประเมินค่า (makes an *ex ante* evaluation) และพิจารณามาตรการขององค์กรณีบัญญัติประกอบกับสถานการณ์ในขณะที่มีการเตรียมการจัดทำมาตรการดังกล่าว ซึ่งในสถานการณ์นั้น องค์กรณีบัญญัติอาจเห็นว่าเหตุการณืที่ทำให้มาตรการนั้นสัมฤทธิ์ผล กระบวนการนี้เรียกร้องให้มีการกำหนดข้อเท็จจริงและการประเมินเกี่ยวกับการคาดการณ์ (prediction) ซึ่งองค์กรณีบัญญัติได้นำมาใช้ในขณะที่กำหนดมาตรการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ทั้งนี้ ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย องค์กรณีบัญญัติอาจมอบหมายให้องค์กรตุลาการหรือองค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ โดยกำหนดบทบัญญัติที่เปิดให้มีการตีความได้อย่างกว้าง (virtue of open-ended clauses) ไว้ในกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง หากองค์กรณีบัญญัติมีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ในการกำหนดข้อเท็จจริงที่แน่นอนและกำหนดการคาดการณ์ที่เป็นพื้นฐานของการตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพขั้นพื้นฐาน องค์กรณีบัญญัติสามารถหลีกเลี่ยงบทบัญญัติว่าด้วย

<sup>20</sup> Case C-331/88 Fedesa [1990] ECR I-4023 per curiam; Cases C-133/93, 300/93 and 362/93 Crispoltoni [1994] ECR I-4863, p.4905 per curiam. อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.26.

<sup>21</sup> BVerfGE E 17 S 306 (315). อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.26.

<sup>22</sup> BVerfGE 19 S 330 (338). อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.27.

อำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 1 (3)<sup>23</sup> ของกฎหมายพื้นฐานได้ ในทางตรงกันข้าม หากข้อเท็จจริงดังกล่าวมีความไม่แน่นอนอย่างมาก กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอาศัยข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องทบทวนการกำหนดข้อเท็จจริงและการคาดการณ์ขององค์กฤษฎีกา การตรวจสอบในแนวทางดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าองค์กฤษฎีกาได้คาดการณ์และประเมินสถานการณ์อย่างถูกต้อง จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่าการคาดการณ์และการประเมินสถานการณ์นั้นมีความผิดพลาด ทั้งนี้ เป็นที่ยอมรับว่าองค์กฤษฎีกามีสิทธิทำผิดพลาด (right to err) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคาดการณ์อนาคตและการนำมาตราทางนิติบัญญัติมาปฏิบัติ มาตรการที่เกิดจากการที่องค์กฤษฎีกาคาดการณ์ผิดพลาดจะได้รับการวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์กฤษฎีกาสามารถใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการประเมินสถานการณ์ได้

ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจประเมินสถานการณ์มีผลต่อระดับความเคร่งครัดของการควบคุมความชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล ตัวอย่างเช่น การใช้ดุลพินิจประเมินสถานการณ์ของเรื่องที่เกี่ยวข้องเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจมีขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่แคบ จึงถูกควบคุมเฉพาะกรณีที่มีพยานหลักฐานอย่างเพียงพอเท่านั้น ในกรณีใดที่การคาดการณ์มีความเป็นไปได้อย่างแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวข้องสิทธิในทางเศรษฐกิจ มาตรการที่นำมาใช้ในกรณีนี้จะถูกควบคุมด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลอย่างรุนแรง หรือในกรณีที่มีการจำกัดเสรีภาพของบุคคลหรือสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ เป็นอย่างมาก เช่น เสรีภาพในการเลือกประกอบวิชาชีพ กรณีนั้นจะถูกควบคุมความชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลอย่างรุนแรงเช่นกัน

ในระหว่างที่มาตรการต่าง ๆ มีผลบังคับ และมีการพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นไม่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ องค์กฤษฎีกาควรเลือกที่จะแก้ไขปรับปรุงมาตรการนั้นหรือยกเลิกมาตรการนั้นเสีย ตัวอย่างเช่น ในคดี *Mühlengesetz*<sup>24</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า หากมีการพิสูจน์ว่าการประเมินสถานการณ์ขององค์กฤษฎีกาเกิดความผิดพลาดในทางปฏิบัติ องค์กฤษฎีกา

<sup>23</sup> Article 1. Protection of human dignity.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law.

<sup>24</sup> BVerfGE 25 S1 (13) อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.28.

มีภาระหน้าที่แต่เพียงผู้เดียวในการแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการประเมินสถานการณ์นั้น

#### 1.1.2.2 หลักความจำเป็น (necessity)

หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการใด ๆ ที่รัฐนำมาใช้ซึ่งทำให้วัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้บรรลุผล มาตรการนั้นจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น กล่าวคือ องค์การของรัฐไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะนำมาปฏิบัติได้และเป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลน้อยไปกว่ามาตรการนี้ มาตรการที่จำเป็นไม่ได้หมายถึงวิธีการที่มีความจำเป็น แต่เป็นการเลือกวิธีการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผล และวิธีการนั้นจะต้องไม่จำกัดเสรีภาพของบุคคลมากเกินไปจนเกินความจำเป็น<sup>25</sup> หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักความจำเป็นคือหลักว่าด้วยการใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด (the principle of mildest means) โดยเรียกร่องว่าในบรรดามาตรการหลายมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลสำเร็จ จะมีเพียงมาตรการเดียวที่ควรจะถูกปฏิบัติตามคือมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลน้อยที่สุด และเป็นมาตรการที่ทำให้สังคมสูญเสียประโยชน์น้อยที่สุด<sup>26</sup> ดังนั้น มาตรการที่รัฐนำมาใช้อาจจะก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตรงตามวัตถุประสงค์ของรัฐ แต่มาตรการนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ หากปรากฏว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้ขัดต่อหลักความจำเป็น กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด

ตัวอย่างของการนำหลักความจำเป็นมาใช้กับมาตรการขององค์กรฝ่ายปกครอง ได้แก่<sup>27</sup> ในการควบคุมความเดือดร้อนรำคาญที่มีสาเหตุจากการเปิดร้านเหล้าขนาดเล็ก องค์กรฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้วิธีการควบคุมความเดือดร้อนรำคาญด้วยการเปลี่ยนแปลงเวลาปิดร้านได้โดยไม่ต้องนำวิธีการจัดเก็บภาษีหรือเปรียบเทียบปรับมาใช้ ถ้าการควบคุมความเดือดร้อนรำคาญสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยการเปลี่ยนแปลงเวลาปิดร้าน<sup>28</sup>

องค์กรฝ่ายปกครองได้จำกัดการขับชี่ยานพาหนะในเวลากลางคืนบนถนนบางเส้นเป็นระยะเวลาสามเดือน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้นักท่องเที่ยวได้รับความสงบในช่วงเวลากลางคืน ศาลตัดสินว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ปราศจากเหตุผลอันควรและขัดต่อหลักความจำเป็น<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.687.

<sup>26</sup> Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.164.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.164.

<sup>28</sup> 17 BWVGHE 227. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.164.

<sup>29</sup> [1983] NVwZ 93,94 (BVerwG). อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.164.

ในการนำหลักความจำเป็นมาใช้กับมาตรการขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น ต้องปรากฏว่ามีมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์หลายมาตรการที่จะเลือกใช้ได้ในกรณีที่ไม่มีตัวเลือกเช่นนั้น องค์กรฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถเลือกใช้บังคับมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดได้<sup>30</sup> ตัวอย่างเช่น ในการตีความมาตรา 4 (1) ของประมวลกฎหมายจราจร ค.ศ. 1952 (§ 4 (1) of the Road Traffic Code of 1952) ซึ่งมอบอำนาจให้ตำรวจสามารถยึดใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ของบุคคลที่แสดงให้เห็นว่าไม่มีความเหมาะสมที่จะได้รับใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ได้ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์เห็นว่าวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้คือการป้องกันประชาชนจากความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากผู้ขับขี่รถยนต์ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะขับเคื่อนยานพาหนะ ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวจะเกิดผลสัมฤทธิ์ได้ต่อเมื่อมีการเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ทั้งหมดเท่านั้น ดังนั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่สามารถเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่รถยนต์แต่เพียงบางส่วน เพราะการเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่รถยนต์แต่เพียงบางส่วนไม่ทำให้วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าวเกิดผลสัมฤทธิ์ ในกรณีนี้จึงไม่มีมาตรการอื่นใดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเลือกบังคับใช้ได้ นอกจากการเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ทั้งหมด<sup>31</sup>

สำหรับการใช้หลักความจำเป็นขององค์กรนิติบัญญัติ<sup>32</sup> หากมีมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์หลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติย่อมต้องเลือกใช้มาตรการที่ทำให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดเช่นกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยมีคำวินิจฉัยว่า ในการเลือกใช้มาตรการทางนิติบัญญัติที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการนั้น หากมีมาตรการใดที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกัน และเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยที่สุด องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกใช้มาตรการนั้น

ในการบังคับใช้ข้อความคิดเกี่ยวกับหลักความจำเป็นในส่วนขององค์กรนิติบัญญัติ กรณีจะต้องปรากฏว่ามีมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์และทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรนิติบัญญัติต้องการหลายมาตรการ ในกรณีที่ปรากฏว่ามีมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ให้เลือกหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติย่อมไม่สามารถเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุดได้ ซึ่งการกำหนดเกณฑ์ที่นำมาตัดสินว่ามาตรการที่องค์กรนิติบัญญัตินำมาใช้เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุดหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีความเห็นว่า หลักความจำเป็นซึ่งเป็นองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความหมายแตกต่างจากความหมายทั่วไป หลัก

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> 13 BVerwGE 288. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra* note 9, p.164.

<sup>32</sup> Nicholas Emiliou, *supra* note 1, pp.29-31.

ความจำเป็นมิได้หมายความว่าถึงการศึกษาว่ามาตรการที่องค์กฤษฎบัญญัติจะนำมาใช้เป็น มาตรการที่มีความจำเป็นจริง ๆ หรือไม่ หากแต่ต้องพิจารณาว่าในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิด ประสิทธิภาพเท่ากันหรือมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ขององค์กฤษฎบัญญัติสัมฤทธิ์ผล เช่นเดียวกันนั้น มาตรการใดเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุด ความรุนแรงน้อยที่สุด ในที่นี้หมายถึงมาตรการนั้นจะต้องมีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด ดังนั้น หลักความจำเป็นจึงเกี่ยวข้องกับระดับการที่รัฐเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพของพลเมือง ซึ่งถูก กำหนดด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การพิจารณาเปรียบเทียบว่ามาตรการสองมาตรการมีประสิทธิภาพเท่ากันหรือไม่ หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดแนวทางไว้ว่า เมื่อมาตรการสองมาตรการไม่อาจจะวินิจฉัยได้ว่าจะมีประสิทธิภาพเท่ากันหรือไม่ ดังนั้น จึงต้อง พิจารณาว่ามาตรการสองมาตรการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพเท่ากันนั้น หากมาตรการหนึ่งจำกัด สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่าอีกมาตรการหนึ่ง รัฐต้องเลือกใช้มาตรการนั้น ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เพิกถอนบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีในการขนส่ง สินค้า เนื่องจากมีการตรวจสอบพบว่ามีมาตรการอื่นที่สามารถนำไปปฏิบัติได้ และเป็นมาตรการที่ มีความยุ่งยากในทางปฏิบัติน้อยกว่าการจัดเก็บภาษีดังกล่าว<sup>33</sup>

อย่างไรก็ตาม องค์กฤษฎบัญญัติไม่จำเป็นต้องจำกัดการใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่าเทียม กันเพียงมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยอมรับว่าองค์กฤษฎบัญญัติมี เสรีภาพที่จะประเมินสถานการณ์หรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ และยังมีเสรีภาพใน การกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวกับการเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ที่สุด (the most suitable means) ด้วย หลังจากที่ได้ตั้งสมมุติฐานและประเมินสถานการณ์ในอนาคต แล้ว เพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กฤษฎบัญญัติ องค์กฤษฎบัญญัติอาจ เลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์มากกว่ามาตรการหนึ่งได้ ในการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์จะพิจารณาตรวจสอบว่ามาตรการขององค์กฤษฎบัญญัติที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์เป็น มาตรการที่จำเป็นหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) มาตรการแต่ละมาตรการที่ได้รับการประเมินโดยการตั้งสมมุติฐาน (*ex ante*) ว่า เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพเท่ากัน มาตรการที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ต้องเป็นมาตรการ ที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับข้อห้าม มิให้จำหน่ายยาฆ่าสัตว์โดยวิธีการ *travel businesses* ว่าเป็นข้อห้ามที่ไม่มีความจำเป็น

<sup>33</sup> BVerfGE 16 S 147 (173). อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra* note 1, p.30.

เนื่องจากผลที่ได้จากการใช้มาตรการดังกล่าวคือการคุ้มครองป้องกันสุขภาพของมนุษย์ นั้น อาจเกิดผลสัมฤทธิ์ได้เท่ากับการใช้มาตรการจำกัดการเชิญชวนให้ซื้อสินค้าจากร้านที่จำหน่ายเวชภัณฑ์<sup>34</sup>

(2) หลังจากที่มีการประเมินสถานการณ์โดยอาศัยข้อเท็จจริง (*ex post*) แล้ว มาตรการที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ ต้องเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่ามาตรการอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการเพิ่มเอกสิทธิ์ให้กับสำนักงานจัดหางานที่ครอบคลุมไปถึงสัญญาจ้างทำงานชั่วคราว โดยได้สรุปผลจากข้อเท็จจริงของคดีนี้ว่า การเพิ่มเอกสิทธิ์ดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิมากเกินไป ดังนั้น จึงเป็นมาตรการที่ไม่มีความจำเป็น

นอกจากการตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการของรัฐตามหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว ในกรณีของมาตรการของรัฐที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระกับสาธารณะ การตรวจสอบความจำเป็นของมาตรการของรัฐในกรณีเช่นนี้ จะต้องพิจารณาว่ามาตรการนั้นต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณะน้อยที่สุด ส่วนในกรณีของมาตรการของรัฐที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง การพิจารณาความจำเป็นของมาตรการของรัฐในกรณีนี้ จะต้องพิจารณาว่าผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดกับบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งในระดับที่มีความสำคัญกว่าผลกระทบหรือความเสียหายของกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งหรือไม่<sup>35</sup>

หลักความจำเป็นได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญ เพราะเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมมิให้องค์กรของรัฐก้าวล่วงเขตแดนของสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ตัวอย่างของกรณีนี้คือ ในเบอร์ลิน ปี ค.ศ. 1968 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ชาวเวียตนามออกมาเดินขบวนผู้บังคับบัญชาสูงสุดของตำรวจท้องถิ่นได้ออกคำสั่งห้ามการเดินขบวน แม้กระนั้นก็ยังมีการประท้วงจำนวนหนึ่งที่ปิดแผ่นป้ายตามถนนและที่อื่น ๆ เพื่อเชิญชวนให้ประชาชนมาร่วมเดินขบวนในสถานที่นัดหมายที่ปรากฏบนแผ่นป้าย ตำรวจได้จับกุมชายผู้หนึ่งซึ่งกำลังติดแผ่นป้ายบนกำแพงบ้านซึ่งอยู่ในเขตที่อยู่อาศัย ชายผู้นี้ถูกคุมขังตลอดคืนและตลอดวันของวันรุ่งขึ้น จนกระทั่งการเดินขบวนสิ้นสุดลง ชายผู้ถูกจับกุมได้อุทธรณ์ต่อศาลปกครองของเบอร์ลิน ศาลได้วินิจฉัยว่า

<sup>34</sup> BverfGE 17 S 269 (279) อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.31.

<sup>35</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.311.

การจับกุมดังกล่าวไม่มีความจำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากการยึดหรือริบวัสดุอุปกรณ์ในการเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อก็เพียงพอแล้ว<sup>36</sup>

### 1.1.2.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (*proportionality stricto sensu*)

มาตรการของรัฐที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หมายถึง มาตรการซึ่งรัฐนำมาใช้ต้องไม่เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกจำกัด<sup>37</sup> โดยหลักการนี้เรียกร้องว่าความรุนแรงของการที่รัฐใช้อำนาจแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับน้ำหนักของเหตุผลในการใช้มาตรการแทรกแซงนั้นจะต้องได้สัดส่วนอย่างเหมาะสมซึ่งกันและกัน อีกทั้งความเสียหายที่ปัจเจกบุคคลได้รับกับผลประโยชน์ของสังคมอันเกิดจากการใช้มาตรการของรัฐจะต้องได้ดุลยภาพที่เหมาะสมกัน<sup>38</sup> การกระทำขององค์กรของรัฐที่ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่ได้สัดส่วนนั้นควรได้รับการโต้แย้งคัดค้านเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในการใช้มาตรการใด ๆ ที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลควรจะได้รับ การตรวจสอบโดยระดับความซับซ้อนทางกฎหมาย (degree of legal perplexity / Rechtsbetroffenheit) เป็นกรณี ๆ ไป และต้องประเมินถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย<sup>39</sup>

การใช้มาตรการใด ๆ ขององค์กรฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น<sup>40</sup> องค์กรฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดกับบุคคลและผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการใช้มาตรการทางปกครอง และห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้มาตรการทางปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลมากกว่าที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่สังคม

การชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายของบุคคลกับผลประโยชน์ของสังคมดังกล่าว โดยทั่วไปศาลจะให้ความสำคัญกับการใช้ดุลพินิจทางปกครอง (the administrative decision) และจะเข้าไปแทรกแซงเฉพาะในกรณีที่ปรากฏว่ามีการใช้อำนาจโดยขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบอย่างชัดแจ้ง ตัวอย่างเช่น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้ปฏิเสธที่จะแทรกแซงการใช้ดุลพินิจของเทศบาล ในกรณีที่เทศบาลได้กำหนดให้คู่อริชำระค่าธรรมเนียม

<sup>36</sup> OVG (DVBL) 1971 S 279 อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.31.

<sup>37</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.687.

<sup>38</sup> BVerfGE 35 S 401. อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.32.

<sup>39</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.32.

<sup>40</sup> Mahendra P. Singh, *supra note 9*, pp.165-167.



การปิดป้ายประกาศ เนื่องจากกรณีนี้ยังไม่มี ความชัดเจนว่าเทศบาลไม่ได้พิจารณาคุณภาพระหว่างภาระหน้าที่ของคูกรณีกับผลประโยชน์ที่จะเกิดกับสังคม<sup>41</sup>

ในการทำงานเดียวกัน ถ้ากฎหมายกำหนดมาตรการเฉพาะสำหรับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยเฉพาะอย่างชัดเจนแล้ว ศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงการใช้มาตรการดังกล่าว แม้จะปรากฏว่า มาตรการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่สังคม ตัวอย่างเช่น คำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครองที่กำหนดให้รื้อถอนทำลายสิ่งก่อสร้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นคำสั่งที่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>42</sup> โดยศาลต้องยอมรับว่าการพิจารณาคุณภาพของประโยชน์ที่เกิดขึ้นไม่อาจจะพิจารณาเฉพาะในบริบทของกรณีใดกรณีหนึ่งได้ หากแต่จะต้องพิจารณาในบริบทของกฎหมายและข้อกำหนดในสถานการณ์ทั่วไปอีกด้วย

โดยสรุปแล้วหลักความพอสมควรแก่เหตุเรียกร้องว่าองค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจใช้ดุลพินิจเท่าที่ตนต้องการได้ องค์กรฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้ข้อผูกพันในอันที่จะสร้างความสมดุลที่เหมาะสมระหว่างผลประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของบุคคล ตัวอย่างเช่น การที่องค์กรฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะออกใบรับรองคุณสมบัติแก่ผู้ร้องขอ เนื่องจากผู้ร้องขอถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญา โดยใบรับรองดังกล่าวมีความจำเป็นต่อการสมัครเข้าศึกษาต่อในระดับมหาวิทยาลัย ในกรณีเช่นนี้ศาลอาจสั่งให้คำสั่งปฏิเสธดังกล่าวเป็นโมฆะได้ แม้ว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดำเนินการเช่นนั้น เนื่องจากศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณาทางอาญายังไม่ได้ตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำผิดกฎหมาย และศาลเห็นว่าการมีคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวเป็นการตัดสิทธิการเข้าประกอบอาชีพของผู้ร้องขอ อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามมาตรา 12 (1)<sup>43</sup> ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และการจำกัดสิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ร้องขอมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดแก่สังคม<sup>44</sup>

<sup>41</sup> 26BVerwGE 305; also 39 BVerwGE 190, 195. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.165.

<sup>42</sup> [1966] DÖV 249 (BVerwG). อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.165.

<sup>43</sup> Article 12 (Right to choose trade, occupation or profession)

(1) All Germans shall have the right to choose their trade occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of trades occupations or professions maybe regulated by or pursuant to a law.

<sup>44</sup> 22 VR 64, 67 (BVerwG) Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.166.

นอกจากนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุยังนำมาใช้ในการควบคุมการออกคำสั่งเนรเทศคนต่างชาติดอกจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ที่มีสาเหตุจากการที่คนต่างชาติถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดในคดีอาญา ศาลซึ่งพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศได้เรียกร้องให้องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเนรเทศคนต่างชาติโดยถือเอาเหตุจากการที่คนต่างชาติถูกตัดสินว่ามีความผิดในคดีอาญา ตัวอย่างเช่น

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยคดีลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 1980 ว่า สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะต้องปฏิบัติตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเนรเทศคนต่างชาติ กล่าวคือ เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงและสถานการณ์ของแต่ละกรณีแล้ว ต้องปรากฏว่าอันตรายที่เกิดจากคำสั่งเนรเทศจะต้องไม่เป็นการไม่ได้สัดส่วนกับผลที่ต้องการให้เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมของแต่ละกรณีกับผลที่จะเกิดขึ้น เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่นำมาใช้และผลที่เกิดจากมาตรการนั้นจะต้องไม่เป็นการไม่ได้สัดส่วนกัน<sup>45</sup>

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้ออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้คนต่างชาติอยู่อาศัยในเยอรมัน เนื่องจากคนต่างชาติได้รับโทษในคดีเกี่ยวกับการฝ่าฝืนกฎจราจรเล็ก ๆ น้อย ๆ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้ตัดสินว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ<sup>46</sup>

ในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลได้แสดงให้เห็นว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาพิจารณาประกอบการออกคำสั่งไม่อนุญาตให้คนต่างชาติอยู่อาศัยในประเทศอันเนื่องมาจากคนต่างชาติผู้นั้นได้รับโทษในคดีอาญา โดยจะต้องพิจารณาความเสียหายต่อคนต่างชาติอันเกิดจากการออกคำสั่งไม่อนุญาตและผลที่จะได้รับตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ทั้งนี้ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบสถานการณ์ของแต่ละกรณีเป็นการเฉพาะด้วย เช่น ระยะเวลาในการอยู่อาศัย การปรับตัวของบุคคลให้เข้ากับเศรษฐกิจและสังคม สถานะทางเศรษฐกิจ ความประพฤติโดยรวมของคนต่างชาติ ฯลฯ

เมื่อระบบกฎหมายของเยอรมันเรียกร้องให้กระบวนการต่าง ๆ ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของบุคคลและผลประโยชน์ของสังคม เพื่อกำหนดความเหมาะสมหรือสัดส่วนระหว่างความสูญเสียของฝ่ายหนึ่งและผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง องค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบต่อคู่กรณีบุคคลที่สาม

<sup>45</sup> 60 BverwGE 75,77. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra note* 9, p.166.

<sup>46</sup> 59 BverwGE 105 and 112. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra note* 9, p.166.

ผลของการไม่ปฏิบัติตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ นอกจากจะทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่มีผลบังคับใช้แล้ว การไม่ปฏิบัติตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบยังเป็นฐานของการเรียกร้องให้รัฐชดเชยค่าเสียหายให้กับบุคคล ถ้าองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องรู้หรือควรรู้ว่าการกระทำของตนละเมิดต่อหลักนี้

สำหรับการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาใช้กับการกำหนดมาตรการขององค์กรนิติบัญญัติ<sup>47</sup> หลักการนี้ห้ามมิให้องค์กรนิติบัญญัติใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์ของสังคม ดังเช่นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า วิธีการที่รัฐเลือกใช้กับผลตามความมุ่งหมายซึ่งได้รับจากการใช้วิธีการนั้นควรมีความสัมพันธ์อย่างเหมาะสมซึ่งกันและกัน<sup>48</sup>

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบกับหลักความจำเป็นแล้ว หลักการทั้งสองประการมีลักษณะเหมือนกันในแง่ที่เป็นหลักการที่กำหนดความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับการประเมินค่าเพื่อใช้ในการวินิจฉัยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่มีความแตกต่างกันตรงที่การกำหนดดุลยภาพระหว่างวิธีการและผลที่จะได้รับตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดวัตถุประสงค์ล่วงหน้าหรือกำหนดวัตถุประสงค์ให้เป็นที่แน่นอน ดังนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติมีเสรีภาพในการกำหนดวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมาย องค์กรนิติบัญญัติจะสามารถโน้มน้าวให้เกิดการยอมรับมาตรการที่ไม่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือเป็นมาตรการที่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยไม่มีข้อสงสัยว่าประโยชน์สาธารณะตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้จะอยู่เหนือกว่าการจำกัดสิทธิของบุคคลอย่างรุนแรงโดยมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ด้วยเหตุนี้หน้าที่ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจะขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายพื้นฐานยอมรับให้องค์กรนิติบัญญัติมีขอบเขตในการแทรกแซงการกำหนดวัตถุประสงค์ของมาตรการของรัฐมากน้อยเพียงใด ซึ่งมาตรการและผลที่จะได้รับนั้นจะต้องไม่เป็นการไม่ได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน ดังนั้น ในการเปรียบเทียบมาตรการและผลที่จะได้รับนั้นจะต้องปรากฏว่ามาตรการและผลที่จะได้รับได้ดุลยภาพซึ่งกันและกัน

ขอบเขตของหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบจะเปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะของการแทรกแซงและขอบเขตการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง ยกตัวอย่างเช่นในขอบเขตของกฎเกณฑ์ด้านเศรษฐกิจ องค์กรนิติบัญญัติมีขอบเขตในการแทรกแซงอย่าง

<sup>47</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, pp.32-35.

<sup>48</sup> BVerGE 35 S 401. อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.32.

กว้างขวาง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบจะนำไปใช้เฉพาะในกรณีที่มีการดำเนินการขององค์กรนิติบัญญัติเกิดจากการตั้งสมมุติฐานที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน หรือเป็นกรณีที่การใช้มาตรการแทรกแซงขององค์กรนิติบัญญัติเป็นสิ่งที่ไม่สมเหตุสมผลหรือมาตรการดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในกรณีอื่น ๆ เช่น เสรีภาพในการประกอบการค้า การประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยใช้ “ความสมเหตุสมผล” (reasonable) “การแสดงผลในทางภาวะวิสัย” (objectively justified) หรือ “ความสำคัญ” (important) เพื่อกำหนดลักษณะของประโยชน์สาธารณะว่าประโยชน์สาธารณะลักษณะใดมีความสำคัญเพียงพอต่อการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าเฉพาะการป้องกันรักษาประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญอย่างมากเท่านั้นที่มีเหตุผลเพียงพอต่อการจำกัดเสรีภาพใด ๆ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำได้โดยมีเงื่อนไขว่าเหตุผลในการจำกัดเสรีภาพนั้นต้องเป็นไปเฉพาะเพื่อการป้องกันอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่รุนแรงฉุกเฉินเท่านั้น เงื่อนไขที่เป็นรูปธรรมดังกล่าวเป็นเกณฑ์ประการหนึ่งที่ต้องคัดสรรตุลาการนำมาใช้ตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งบรรทัดฐานที่ศาลเคยนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบ คือ ความสงบเรียบร้อยตามรัฐธรรมนูญ (Wertordnung des Grundgesetzes)

ข้อความคิดว่าด้วยความสงบเรียบร้อยตามรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือพื้นฐานที่ใช้ในการตีความรัฐธรรมนูญ และได้มีการจัดแบ่งข้อความคิดดังกล่าวตามลำดับชั้น (hierarchical order) กฎเกณฑ์ที่สำคัญที่สุด คือ กฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับระบอบเสรีประชาธิปไตยและหลักว่าด้วยศักดิ์ศรีของมนุษย์ กฎเกณฑ์ดังกล่าวหมายความรวมถึงหลักการพื้นฐานของฝ่ายปกครองด้วย เช่น หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน หลักการแบ่งอำนาจ หลักการบริหารราชการโดยชอบด้วยกฎหมาย และหลักว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งคุณค่าเหล่านี้ผูกพันองค์กรของรัฐทั้งปวงที่จะใช้บังคับกฎเกณฑ์ดังกล่าวและทำให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอย่างเป็นรูปธรรม

ในการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาใช้บังคับนั้น<sup>49</sup> จะต้องมีการจำกัดขอบเขตของการบังคับใช้และความมีผลของหลักดังกล่าว ในขั้นแรก หากศาลนำหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาใช้วินิจฉัยมาตรการใด ๆ โดยทั่วไปศาลจะต้องให้ความสำคัญกับการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง (the administrative decision) และศาลมีอำนาจเข้าแทรกแซงเฉพาะกรณีที่มีความชัดเจนว่าเป็นเรื่องที่มีความไม่ได้สัดส่วนกัน ในทำนองเดียวกัน หากเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดมาตรการในการดำเนินการอย่างชัดเจนแล้ว ศาลจะ

<sup>49</sup> Nicholas Emiliou, *supra* note 1, pp.35-37.

ปฏิบัติที่จะเข้าไปแทรกแซงในเรื่องนั้น แม้ว่าความเสียหายที่เกิดกับบุคคลจะมากกว่าผลประโยชน์ที่สังคมได้รับอย่างชัดเจน

การจำกัดการบังคับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบในประการต่อมา คือ ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงว่ามาตรการทางมหาชน (a public measure) อาจเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการนั้นหรือความสมดุลระหว่างตัวแปรสองประการดังกล่าวไม่อาจอนุมานได้ว่ามีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลซึ่งกันและกัน ในกรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะตรวจสอบเฉพาะมาตรการที่อยู่ในประเภทที่ให้ผลในทางลบ หรือเป็นมาตรการที่ไม่สัมพันธ์ผลหรือไม่มีความจำเป็น แต่ก่อให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์ของบุคคลและมีความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน

ข้อเรียกร้องประการต่อมา คือ สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองสองประการจะต้องมีความสมดุลซึ่งกันและกัน กล่าวคือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองทั้งสองประการนั้นจะต้องเกิดผลสัมฤทธิ์ที่ดีที่สุด หรืออาจกล่าวได้ว่าภายใต้หลักตามรัฐธรรมนูญที่ต้องการคุ้มครองคุณค่าทางกฎหมาย (legal value) การคุ้มครองคุณค่าทางกฎหมายหลาย ๆ ประการจะต้องประสานสอดคล้องกัน หากมีกรณีที่คุณค่าทางกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้มีความขัดแย้งกัน คุณค่าประการหนึ่งจะต้องไม่ได้รับการพิจารณาให้เกิดความเสียหายมากกว่าคุณค่าอีกประการหนึ่ง

ในการพิจารณาเพื่อคุ้มครองคุณค่าทางกฎหมายหลายประการให้สอดคล้องกัน องค์กรณีบัญญัติมีหน้าที่แบ่งแยกประโยชน์ของปัจเจกบุคคลตามรัฐธรรมนูญและประโยชน์ของสังคม ซึ่งองค์กรณีบัญญัติจะต้องทำหน้าที่ดังกล่าวให้บรรลุผล ทั้งในกรอบของการดำรงรักษา กฎเกณฑ์และกฎหมายที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ และภายในกรอบของหลักประกันสิทธิอื่น ๆ อีกด้วย ดังนั้น องค์กรณีบัญญัติจึงอยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องแก้ไขปัญหาความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของเอกชน (private interest) และประโยชน์สาธารณะ (public interest) ทั้งนี้ กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวให้บรรลุผลสำเร็จไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ซึ่งกำหนดว่า องค์กรณีบัญญัติต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการแบ่งแยกผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน ภายใต้หลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐธรรมนูญ (the principle of the unity of the constitution) หลักการนี้เป็นหลักที่ใช้ในการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรียกร่องว่ากฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญกฎเกณฑ์หนึ่ง ควรจะได้รับการตีความให้เป็นไปในทิศทางที่ไม่ขัดแย้งกันกับกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ดังนั้น องค์กรณีบัญญัติจึงมีหน้าที่ในการก่อให้เกิดการประนีประนอม เพื่อให้กฎเกณฑ์ทั้งหลายมีผลบังคับใช้ไปพร้อมกัน

### 1.1.3 ขอบเขตของการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในกฎหมายมหาชนของเยอรมัน

ในการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาบังคับใช้กับการกระทำของรัฐในระบบกฎหมายมหาชนของเยอรมัน เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดขอบเขตและแนวทางสำหรับการกระทำในทางการเมือง (political action) ดังนั้น ภายใต้โครงสร้างนี้องค์กรทางการเมืองและองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความมั่นคงและความเจริญก้าวหน้าให้แก่สังคม นอกจากนี้ กฎหมายพื้นฐานยังควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กร โดยควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐในฐานะที่เป็นผู้กระทำและเป็นผู้ดำเนินการด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุผลที่ต้องการ พร้อมทั้งยังควบคุมปัจเจกบุคคลและกลุ่มทางสังคม (social groups) โดยกำหนดขอบเขตที่บุคคลเหล่านั้นสามารถกระทำใด ๆ ได้อย่างเสรีตามที่ต้องการ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญจะต้องมีหลักประกันว่าองค์กรของรัฐจะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยหลักแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลถูกจำกัดได้เฉพาะเพื่อการปกป้องสิทธิของบุคคลอื่นและเพื่อประโยชน์ทั่วไปของคนในสังคม โดยการจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>50</sup> ด้วยเหตุนี้องค์กรของรัฐจึงต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ควบคุมการกระทำทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ในแง่นี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยมีคำวินิจฉัยว่า<sup>51</sup> หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญต่อการกำหนดแนวทางของกิจกรรมทั้งปวงของรัฐ (all state activities)<sup>52</sup>

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีองค์ประกอบสามประการ ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ องค์กรของรัฐอาจนำองค์ประกอบทั้งสามประการไปใช้ในทางปฏิบัติได้<sup>53</sup> ดังนี้

ประการแรก มาตรการที่รัฐนำมาใช้จะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการให้เกิดขึ้นหรือทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้

ประการที่สอง มาตรการของรัฐซึ่งทำให้วัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้บรรลุผลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น กล่าวคือ องค์กรของรัฐไม่มีกลไกอื่นใดที่จะนำมาปฏิบัติได้และเป็นกลไกที่

<sup>50</sup> Nicholas Emiliou, *supra* note 1, p.23.

<sup>51</sup> 38 BVerfGE 348, 368 and 23 BVerfGE 127, 133. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra* note 9, p.161.

<sup>52</sup> Mahendra P. Singh, *supra* note 9, p.161.

<sup>53</sup> Jürgen Schwarze, *supra* note 4, p.687.

จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยไปกว่ามาตรการนี้ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ามาตรการที่จำเป็นหาใช้วิธีการที่มีความจำเป็นไม่ หากแต่เป็นการเลือกวิธีการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผล และวิธีการนั้นจะต้องไม่จำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็น

ประการที่สาม มาตรการที่รัฐนำมาใช้จะต้องไม่เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกจำกัดอันเป็นผลจากการใช้มาตรการนั้น

เมื่อพิจารณาถึงการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ควบคู่กับการใช้อำนาจอรัฐประเภทต่าง ๆ แล้ว ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมกระบวนการร่างกฎหมาย (law-making process) ดังนั้น องค์กฤษฎีนิติบัญญัติจะต้อนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้บังคับในกระบวนการตรากฎหมาย หากองค์กฤษฎีนิติบัญญัติไม่นำหลักดังกล่าวมาใช้ในกระบวนการตรากฎหมาย จะมีผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ยกเว้นกฎหมายดังกล่าวจะประกอบด้วยหลักการที่มีลำดับชั้นเท่ากับหรือสูงกว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตาม ในการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้กับการใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้น มีความเห็นอีกด้านหนึ่งที่ตั้งข้อสังเกตว่า องค์กฤษฎีนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่<sup>55</sup> เนื่องจากในทางวิชาการและคำวินิจฉัยของศาลมีความเห็นว่าการกระทำขององค์กฤษฎีนิติบัญญัติที่แทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานต้องผูกพันต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยในการตรากฎหมายขององค์กฤษฎีนิติบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน องค์กฤษฎีนิติบัญญัติจะต้องเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กฎหมายพื้นฐานไม่ได้กำหนดข้อผูกพันขององค์กฤษฎีนิติบัญญัตินั้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม มีความพยายามที่จะตีความบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานเพื่อแสดงให้เห็นเหตุผลว่า

<sup>54</sup> *Ibid.*, p.689.

<sup>55</sup> Ottmar Pohl, *Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?*, (Köln: W.Kleikamp, 1959), pp. 12, 56-57, 96, 116-117, 119.

องค์กรณีบัญญัติต้องผูกพันต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ไม่ว่าจะ เป็นมาตรา 19<sup>56</sup> (2) ซึ่ง กำหนดว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธินั้น และ มาตรา 3<sup>57</sup> (1) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักความเสมอภาค หรือการกล่าวอ้างว่าหลักความ พอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีความเป็นอิสระและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อันมีที่มาจากสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 2<sup>58</sup> (1) และนอกจากนี้ยังมีความเห็น

---

<sup>56</sup> Article 19 (Restriction of basic rights)

(1) In so far as a basic right may, under this Basic Law, be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not solely to an individual case. Furthermore, such law must name the basic right, indicating the Article concerned.

(2) In no case may the essential content of a basic right be encroached upon

(3) The basic rights shall apply also to domestic juristic persons to the extent that the nature of such rights permits.

(4) Should any person's right be violated by public authority, recourse to the court shall be open to him. If jurisdiction is not specified, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by the provisions of this paragraph.

<sup>57</sup> Article 3 (Equality before the law)

(1) All persons shall be equal before the law.

(2) Men and women shall have equal rights.

(3) No one may be prejudiced or favoured because of his sex, his parentage, his race, his language, his homeland and origin, his faith, or his religious or political opinions.

<sup>58</sup> Article 2 (Rights of liberty)

(1) Everyone shall have the right to the free development of his personality in so far as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral code.

(2) Everyone shall have the right to life and to inviolability of his person. The liberty of the individual shall be inviolable. These rights may only be encroached upon pursuant to a law.



ว่าความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุมีที่มาจาก มาตรา 1<sup>59</sup> (3) ที่กำหนดว่าสิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ โดยถือเป็นเสมือนกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง

ผลจากการศึกษาปรากฏว่า มาตรา 19 (2) เป็นข้อจำกัดอย่างเด็ดขาด (the absolute theory) ในการเข้าแทรกแซงในเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวใช้บังคับกับทุกส่วนของอำนาจรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งนี้ การปฏิบัติตามข้อจำกัดดังกล่าวก็ไม่ได้หมายความว่า การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย และในกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีที่มาจากหลักความเสมอภาคนั้น แม้จะปรากฏว่าหลักทั้งสองประการมุ่งคุ้มครองในสิ่งเดียวกัน แต่คำจำกัดความของหลักความเสมอภาคและหลักความพอสมควรแก่เหตุมีความแตกต่างกัน ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงไม่มีที่มาจากหลักความเสมอภาค นอกจากนั้น ในส่วนที่กล่าวอ้างว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีความเป็นอิสระและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอันมีที่มาจากสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 (1) จะเห็นได้ว่า เนื้อหาของหลักเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 2 (1) ไม่สามารถถือได้ว่ามีหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ด้วย เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานไม่รู้จักสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่ได้ระบุเป็นลายลักษณ์อักษร และไม่สามารถถือได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเหมือนจุดเชื่อมที่ใช้ได้กับสิทธิขั้นพื้นฐานทุกกรณี เพราะฉะนั้น โดยสรุปแล้วผลจากการศึกษาปรากฏว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่ผูกพันต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในประเด็นเดียวกันนี้ ได้มีผู้เสนอความเห็นว่า เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติอื่น ๆ หรือไม่ จึงมีปัญหาวว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักกฎหมาย

<sup>59</sup> Article 1 (Protection of human dignity)

(1) The dignity of man shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as a basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law.

ทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเป็นหลักที่ผูกพันองค์กรนิติบัญญัติหรือไม่<sup>60</sup> ในประเด็นนี้ Hans Peters ให้ความเห็นไว้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุไม่สอดคล้องกับสถานะขององค์กรนิติบัญญัติในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมีการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากองค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันกับหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว กรณีย่อมนำไปสู่การถ่ายโอนอำนาจหรือผลักอำนาจนิติบัญญัติไปยังองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญ และย่อมเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น โดยหลักองค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรากฎหมายทุกกรณี ซึ่งการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีของการนำแนวคิดหรือนโยบายของรัฐมาทำให้เกิดผลในความเป็นจริง โดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม องค์กรนิติบัญญัติจะทำหน้าที่ดังกล่าวได้อย่างสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อตนมีอำนาจหรือเสรีภาพในการตัดสินใจกำหนดความเป็นไปได้ในการตรากฎหมาย โดยองค์กรนิติบัญญัติจะผูกพันแต่เฉพาะขอบเขตหรือข้อจำกัดที่มีในรัฐธรรมนูญเท่านั้น นอกจากนี้ ความเห็นที่ว่าองค์กรนิติบัญญัติผูกพันต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุย่อมเป็นการขัดแย้งต่อลักษณะที่เป็นสาระสำคัญขององค์กรนิติบัญญัติ และจะมีผลให้องค์กรนิติบัญญัติไม่มีเสรีภาพในการตัดสินใจ ซึ่งจะนำไปสู่การทำให้องค์กรนิติบัญญัติกลายเป็นองค์กรที่ใช้บังคับกฎหมายแทนที่จะเป็นองค์กรที่ตรากฎหมาย

เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้กับการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างการตัดสินใจกำหนดมาตรการในทางนิติบัญญัติกับวัตถุประสงค์ของรัฐ (นโยบายของรัฐ) ซึ่งนำไปสู่การตรวจสอบนโยบายทางการเมืองโดยแท้ว่ามาตรการนั้นเหมาะสมและจะนำไปสู่เป้าหมายที่องค์กรนิติบัญญัติประสงค์หรือไม่ หากให้มีการตรวจสอบความสัมพันธ์ดังกล่าวโดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลเสมือนเป็นการตรวจสอบประเด็นทางการเมืองที่รัฐสภาได้ดำเนินการตรวจสอบมาแล้วนั่นเอง

จากข้อเสนอของ Hans Peters ที่เห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติมีอิสระในการตรากฎหมาย และจะผูกพันแต่เฉพาะข้อจำกัดที่กำหนดในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ย่อมนำไปสู่ผลที่ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุไม่ได้มีสถานะเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

<sup>60</sup> Andreas Heusch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, (Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2003), pp.47-50.

นั้นไม่ได้มีผลจำกัดเฉพาะต่อเขตอำนาจการตัดสินใจขององค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงอำนาจในการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญในการที่จะต้องตรวจสอบข้อจำกัดในทางรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าในรัฐประชาธิปไตยซึ่งมีรัฐสภาเป็นองค์กรที่ได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนจะถือว่าเป็นองค์กรเดียวที่มีความชอบธรรมในระบบประชาธิปไตย กล่าวคือ องค์กรอื่นไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหารหรือองค์กรตุลาการต่างก็มีความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาไว้ การตรวจสอบดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมาทำหน้าที่ของรัฐสภา หากแต่เป็นการทำหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งในการทำหน้าที่ดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญต้องระวังว่าจะไม่ทำหน้าที่เป็นองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง โดยศาลรัฐธรรมนูญต้องเคารพต่ออำนาจในการตัดสินใจและอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาด้วย และไม่จำกัดอำนาจดังกล่าวของรัฐสภา เท่าที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้จำกัดอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งหมายรวมถึงกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบ ซึ่งศาลจะเคารพดุลพินิจในการคาดการณ์ขององค์กรนิติบัญญัติเสมอ ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นในการปฏิเสธหลักความพอสมควรแก่เหตุเพื่อคุ้มครององค์กรนิติบัญญัติจากการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

นอกจากการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติแล้ว หลักความพอสมควรแก่เหตุยังเป็นหลักที่นำไปใช้สำหรับการบังคับใช้กฎหมาย (the application of law)<sup>61</sup> ดังนั้น ผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายและบังคับใช้กฎหมาย จะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในการตีความและการบังคับใช้กฎหมายเสมอ<sup>62</sup>

ในการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการตีความ โดยเฉพาะในกรณีที่สิทธิตามรัฐธรรมนูญสองประการขัดหรือแย้งกัน การตีความดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักการประนีประนอม กล่าวคือ ตีความเพื่อให้การป้องกันสิทธิตามรัฐธรรมนูญสองประการไปสู่จุดที่ทำให้สิทธิแต่ละประการปรากฏเป็นรูปธรรม เมื่อมีกรณีที่เกิดการขัดหรือแย้งกันของสิทธิสองประการ ผู้ตีความจะต้องไม่ตีความโดยให้ความสำคัญกับสิทธิประการหนึ่งมากกว่าสิทธิอีกประการหนึ่งด้วยวิธีการประเมินผลประโยชน์ (weighing up of interest) หรือประเมิน

<sup>61</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.689.

<sup>62</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.24.

คุณค่า (weighing up of values) ที่ไม่เหมาะสม วิธีการตีความที่เหมาะสมสำหรับกรณีนี้ คือ การตีความตามหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐธรรมนูญ (the unity of the Constitution) กล่าวคือ สิทธิทั้งสองประการต้องได้รับการจำกัดภายในขอบเขตที่แน่นอน เพื่อให้สิทธิทั้งสองประการเกิดประสิทธิผลมากที่สุด เพราะฉะนั้น แนวทางที่จะจำกัดขอบเขตของสิทธิทั้งสองประการจะต้องเหมาะสมและได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี โดยจะต้องไม่จำกัดสิทธิทั้งสองประการมากเกินไปจนกว่าความจำเป็น หากสามารถทำให้สิทธิทั้งสองประการประนีประนอมกันได้ ในบริบทนี้ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” จึงหมายถึงการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิสองประการ เพื่อให้สิทธิทั้งสองประการเกิดผลสัมฤทธิ์มากที่สุด<sup>63</sup>

นอกจากการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้สำหรับการใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>64</sup> ยังแสดงให้เห็นว่าศาลจะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปบังคับใช้กับปัญหาการขัดหรือแย้งกันของประโยชน์ (conflicting of interest) ภายใต้บทบัญญัติหรือขอบเขตของกฎหมายเอกชนอีกด้วย<sup>65</sup>

#### 1.1.4 การควบคุมความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของกฎหมายและกฎหมายลำดับรอง โดยองค์กรตุลาการ

##### 1.1.4.1 การควบคุมความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของกฎหมายโดย องค์กรตุลาการ

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุ จะเห็นได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่ห้ามมิให้รัฐใช้อำนาจใด ๆ ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเกินความจำเป็นหรือใช้อำนาจอธิปไตยเป็นการไม่ได้สัดส่วนกันระหว่างผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นสำคัญ และโดยที่มาตรา 1 (3) กำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง และกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานผูกมัดอำนาจรัฐทั้งปวง ดังนั้น บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพจึงผูกมัดองค์กรนิติบัญญัติในลักษณะที่ห้ามมิให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน หากองค์กรนิติบัญญัติฝ่าฝืนต่อข้อห้ามดังกล่าว การ

<sup>63</sup> Jürgen Schwarze, *supra* note 3, p.689.

<sup>64</sup> 35 BVerfGE 202, 221. อ้างใน Mahendra P. Singh, *supra* note 9, p.161.

<sup>65</sup> *Ibid.*

ดำเนินการใด ๆ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพยังผูกพันต่อองค์กรณีบัญญัติในลักษณะที่เรียกร้องให้องค์กรณีบัญญัติสร้างสรรค์กฎหมายให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ ให้องค์กรณีบัญญัตินำสิทธิขั้นพื้นฐานมาเป็นเกณฑ์กำหนดแนวทางสำหรับงานนิติบัญญัติทั้งปวง<sup>66</sup>

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดกรอบในการตรากฎหมายดังกล่าวไว้ 5 ประการ<sup>67</sup> ได้แก่ (1) กฎเกณฑ์ที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจน (2) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจง (3) กฎเกณฑ์ที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีการอ้างอิงเลขมาตราของบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจ (4) ห้ามวางกฎเกณฑ์ที่กระทบส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ (5) การตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ เมื่อหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นส่วนหนึ่งของกรอบตามรัฐธรรมนูญสำหรับการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ ดังนั้น การควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ จึงกระทำได้ด้วยอาศัยกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายเยอรมัน กฎหมายพื้นฐานไม่ได้กำหนดให้มีการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนที่ร่างกฎหมายนั้นจะมีผลใช้บังคับ แต่กำหนดไว้เฉพาะการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติและประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วเท่านั้น ซึ่งการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญประกอบด้วย<sup>68</sup>

(1) การควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม (Abstrakte Normenkontrolle) เป็นกรณีที่รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตัดสินว่า กฎหมายแห่งสหพันธ์หรือกฎหมายแห่งมลรัฐฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือตัดสินกรณีที่มีปัญหาว่ากฎหมายระดับมลรัฐขัดต่อกฎหมายระดับสหพันธ์หรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี การควบคุมกฎหมาย

<sup>66</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, รายงานผลการวิจัย เรื่อง หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), น. 84-86.

<sup>67</sup> เพิ่งอ้าง, น. 88.

<sup>68</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมาย 16, 2 (เมษายน 2539): น.30-32.

มิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมนี้ใช้ควบคุมบทบัญญัติทางกฎหมายทุกระดับ ทุกประเภท และควบคุมรวมไปถึงกฎหมายที่ประกาศใช้ก่อนหน้าที่กฎหมายพื้นฐานจะมีผลใช้บังคับด้วย

(2) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม (Konkrete Nomenkontrolle) เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของศาล หากศาลใดเห็นว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายระดับมลรัฐฉบับใดขัดต่อกฎหมายระดับสหพันธ์ และกฎหมายนั้นเป็นเกณฑ์การพิพากษาคดีของศาล ศาลดังกล่าวต้องหยุดการพิจารณาไว้ และส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาว่ากฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมนี้จำกัดเฉพาะกรณีของกฎหมายตามรูปแบบ กล่าวคือ กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาตามกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น ส่วนกฎหมายลำดับรองและกฎหมายตามรูปแบบที่มีมาก่อนกฎหมายพื้นฐานฉบับปัจจุบัน เป็นอำนาจของศาลแต่ละศาลที่จะวินิจฉัยเองว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพิจารณาแล้วศาลนั้นเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะไม่นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับกับคดี

ข้อพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นกฎเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น<sup>69</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีแนวโน้มที่จะพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน จะต้องมีการเปรียบเทียบโดยการประเมินค่าความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์มหาชนประการหนึ่งกับการสูญเสียเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอีกประการหนึ่ง ดังนั้น เหตุผลในการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะมีความแตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับการพิจารณาว่าในกรณีนั้น ๆ ระหว่างผลประโยชน์มหาชนกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ผลประโยชน์อย่างใดมีความสำคัญมากกว่า โดยมีขั้นตอนการตรวจสอบ ดังนี้

(1) การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานว่าสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ จะต้องตรวจสอบขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครอง โดยสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธินั้นจะกำหนดขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองของแต่ละสิทธิไว้ ซึ่งขอบเขตดังกล่าวถือว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgut) อย่างไรก็ตาม มีสิทธิจำนวนไม่น้อยที่มีปัญหาในการกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานให้ชัดเจนจึงเป็นเรื่องยาก เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในทาง

<sup>69</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.313-315.

วิชาการและในทางศิลปะ ตามมาตรา 5 (1) และ (3) ของกฎหมายพื้นฐาน หรือสิทธิในความเสมอภาค ตามมาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐาน

(2) หลังจากที่กำหนดขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองแล้ว ในขั้นต่อไปจะต้องตีความขอบเขตหรือความเป็นไปได้ของการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามหลักทั่วไปแล้วการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล การจะทำให้ประโยชน์มหาชนบรรลุความมุ่งหมายได้นั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล โดยรูปแบบของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีรูปแบบที่แตกต่างกัน ดังนี้

รูปแบบที่ 1 บทบัญญัติที่อนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้กำหนดไว้โดยตรงจากรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดไว้ในสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ๆ

รูปแบบที่ 2 การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีการกำหนดไว้โดยอ้อมในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรนิติบัญญัติอาจจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ หรือที่เรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขของกฎหมาย” ซึ่งอาจแยกได้เป็น (1) สิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป และ (2) สิทธิขั้นพื้นฐานกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ

รูปแบบที่ 3 สิทธิขั้นพื้นฐานบางประเภทได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนว่าคุ้มครองโดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติข้อจำกัดของการใช้สิทธิไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างไรก็ตาม ต้องนำเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้มาเป็นเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

(3) เมื่อกำหนดขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ในขั้นตอนต่อไปคือการตรวจสอบว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานขององค์กรนิติบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นไปอย่างพอสมควรแก่เหตุ เช่น ในการพิจารณากฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป นั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับสิ่งอื่น ๆ ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เน้นย้ำไว้ในคำวินิจฉัยว่าการมอบอำนาจให้องค์กรนิติบัญญัติเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป นั้น หลักสำคัญที่ต้องคำนึงถึงคือองค์กรนิติบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประโยชน์มหาชนมักจะบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจนถึงริมสุดขอบเขตที่อนุญาตให้จำกัดได้ หรือจนถึงขอบเขตอันเป็น

สาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นๆ ซึ่งโดยแท้จริงแล้วการจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้แค่ไหน เพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความสำคัญของประโยชน์มหาชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล ในเรื่องนั้น และกรณีย่อมต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์มหาชนและประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นกรณีที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ผลของกฎหมายที่ถูกรื้อถอนจะปฏิบัติตามหลักความเป็นโมฆะ (Nichtigkeit) กล่าวคือ กฎหมายนั้นย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น โดยไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย (ex tunc)<sup>70</sup>

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปและมีผลบังคับเสมือนเป็นกฎหมาย ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ และศาลได้แสดงความเสียเปล่าของกฎหมายนั้น ห้ามมิให้บุคคลใดปฏิบัติตามกฎหมายนั้นอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญจะตกเป็นโมฆะ โดยไม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่ต้นก็ตาม แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่กระทบคำพิพากษาซึ่งถึงที่สุดแล้ว แต่หากยังไม่มี การบังคับตามคำพิพากษา กรณีก็ไม่สามารถบังคับตามคำพิพากษาได้ หากคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งถึงที่สุด ผู้ต้องคำพิพากษาที่ศาลตัดสินโดยอาศัยฐานจากบทกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในภายหลังว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ อาจยื่นคำร้องขอให้อัยการยื่นคำฟ้องใหม่ได้<sup>71</sup>

#### 1.1.4.2 การควบคุมความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของกฎหมายลำดับรอง โดยองค์กรตุลาการ

กฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายเยอรมัน หมายถึง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายใช้บังคับกับเอกชนได้เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภา กำหนดให้สามารถทำได้ หรือเป็นกรณีที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ มาตรา 80

<sup>70</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ,” วารสารกฎหมายปกครอง 17, 1 (เมษายน 2539): 57-58.

<sup>71</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), น.49.



ของกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายลำดับรองได้สองลักษณะ คือ<sup>72</sup>

(1) กฎหมายลำดับรอง (Rechtsverordnungen / Statutory order) ที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกชื่อแตกต่างกันไป เช่น กฎฎีกา ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ หรือระเบียบ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายลำดับรองจะตราขึ้นได้โดยรัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ หรือรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น องค์กรเหล่านี้ได้รับการมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ตรากฎหมายลำดับรอง โดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย ทั้งนี้ การตรากฎหมายลำดับรองโดยองค์กรฝ่ายบริหารต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 80 (1)<sup>73</sup> ของกฎหมายพื้นฐาน

(2) กฎหมายลำดับรอง (Satzungen / charter or byelaw) ที่ตราขึ้นโดยองค์การอิสระ (autonomous bodies) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์การที่ตั้งขึ้นและรับรองโดยรัฐ เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เทศบาล มหาวิทยาลัย องค์กรวิชาชีพ เป็นต้น เนื่องจากภายใต้หลักกฎหมายเป็นที่ยอมรับว่าองค์กรเหล่านี้มีความเป็นอิสระในการดำเนินกิจการที่เป็นภารกิจหน้าที่ของตน จึงมีความจำเป็นที่องค์การอิสระเหล่านี้ต้องมีการออกกฎหมายลำดับรองมาใช้บังคับ เช่น ข้อบัญญัติ ข้อบัญญัติท้องถิ่น และโดยที่องค์การอิสระไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายบริหาร จึงไม่ต้องนำข้อจำกัดตามมาตรา 80 (1) ของกฎหมายพื้นฐานมาใช้บังคับกับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์การอิสระ

<sup>72</sup> นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครอง และผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูศาลปกครองเพิกถอน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.31-32, 35-36.

<sup>73</sup> Article 80 Issue of ordinances.

(1) The Federal Government, a Federal Minister or the 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.

ลักษณะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายเยอรมันมีด้วยกัน 2 ลักษณะ ได้แก่<sup>74</sup>

(1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองโดยอ้อม (indirect or incidental judicial review) ได้แก่ กรณีที่มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้น และมีประเด็นที่เกี่ยวกับการกระทำที่เกิดจากกฎหมายลำดับรอง หรือมีการบังคับใช้กฎหมายลำดับรอง และมีการโต้แย้งว่ากฎหมายลำดับรองนั้น ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะถือว่าประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองเป็นประเด็นรองในคดี และผลของคำพิพากษาที่แสดงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลเป็นการทั่วไป แต่จะมีผลเฉพาะในคดีนั้น

(2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองโดยตรง (direct or principal judicial review) หรือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองแบบนามธรรม (abstract judicial review) ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองที่ถูกโต้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมาย หลังจากกฎหมายลำดับรองนั้น ๆ ออกมา มีผลใช้บังคับ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการบังคับหรือต้องรอให้มีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองถือเป็นประเด็นหลักในคดี หากศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาดังกล่าวจะมีผลในทางกฎหมายเป็นการทั่วไป

เขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองในคดีที่ประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองเป็นประเด็นหลักในคดี (prinzipale Normenkontrolle) เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 47 (1) แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมัน ซึ่งกำหนดการควบคุมตรวจสอบกฎหมายลำดับรองไว้สองกรณี<sup>75</sup> คือ

(1) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อบัญญัติขององค์การปกครองตนเอง (bylaws) ที่ตราขึ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายควบคุมอาคาร หรือความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (substatutory orders) ที่ตราขึ้นภายใต้มาตรา 246 (2) แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว

(2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองของมลรัฐเท่าที่กฎหมายของมลรัฐกำหนดไว้ รวมถึงกฎหรือข้อบังคับของนิติบุคคลมหาชน และข้อบัญญัติขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

<sup>74</sup> นรินทร์ อธิสาร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.110-111.

<sup>75</sup> เพิ่งอ้าง, น.111.

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง

ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองของเยอรมันอาจแยกได้เป็น<sup>76</sup> (1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา เช่น การออกกฎหมายลำดับรองเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ หรือออกกฎหมายลำดับรองที่มีเนื้อหาขัดต่อหลักนิติรัฐ และ (2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ คือ การออกกฎหมายลำดับรองโดยบกพร่องในการปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายแม่บท โดยศาลปกครองจะมีข้อพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง ดังนี้<sup>77</sup>

(1) ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของผู้ออกกฎหมายลำดับรอง หน่วยงานที่ออกกฎหมายลำดับรองต้องเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนั้น

(2) กระบวนการขั้นตอนของการตรากฎหมายลำดับรอง กฎหมายลำดับรองจะต้องชอบด้วยกระบวนการขั้นตอนของการออกกฎหมายลำดับรอง

(3) พื้นฐานในทางกฎหมายที่มอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองในการตรากฎหมายลำดับรองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนจะต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายอย่างเพียงพอ โดยจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของกฎหมายลำดับรองนั้น

(4) กฎหมายลำดับรองจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า โดยศาลจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองจากบทบัญญัติของกฎหมายสหพันธ์และกฎหมายของมลรัฐทั้งหมดที่มีอยู่ รวมตลอดถึงตรวจสอบจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย

โดยที่หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมันมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ อันมีที่มาจากหลักนิติรัฐและจากระบบการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหลักดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับกับการกระทำของรัฐทุกประเภท<sup>78</sup> ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักการหนึ่งที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองด้วย

<sup>76</sup> เฟิงอ้วง, หน้า 113-114.

<sup>77</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), น.134-136.

<sup>78</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.318.

เมื่อศาลปกครองวินิจฉัยว่ากฎหมายลำดับรองไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 47 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง กำหนดให้ผลของคำพิพากษาทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นไม่มีผลในทางกฎหมายและตกเป็นโมฆะ (null and void) ซึ่งทำให้กฎหมายลำดับรองนั้นไม่มีอยู่ หรือเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้นโดยไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย หรือกล่าวได้ว่าคำพิพากษามีผลย้อนหลังเท่ากับเป็นการลบล้างบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไป ทั้งนี้ ศาลปกครองอาจมีคำพิพากษาที่แสดงถึงความเป็นโมฆะของกฎหมายลำดับรองทั้งหมดหรือบางส่วนได้ โดยคำพิพากษาของศาลปกครองจะมีผลบังคับผูกพันเป็นการทั่วไป และคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่แสดงถึงความเป็นโมฆะของกฎหมายลำดับรองสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> นรินทร์ อธิสาร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 72, น.115.

## 1.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายอังกฤษ

### 1.2.1 พัฒนาการและบ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายอังกฤษ

ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐอย่างแพร่หลาย แต่ในประเทศอังกฤษนั้น ข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุยังไม่เป็นที่รับรู้ในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งจะเห็นได้จากการที่กฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษา (case law) และวรรณกรรมทางกฎหมายยังไม่ได้กล่าวถึงหรืออ้างอิงถึงหลักนี้มากนัก ทั้งนี้เป็นผลเนื่องจากลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งทำให้ศาลไม่สามารถกำหนดประเด็นในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความเหมาะสมของมาตรการของรัฐอย่างชัดเจนได้ เพราะศาลจะวินิจฉัยว่ามาตรการต่าง ๆ ที่ไม่เหมาะสมเป็นมาตรการอันเกิดจากการกระทำที่เกินขอบอำนาจ (*ultra vires*) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกินกว่าหรือเหนือกว่าอำนาจตามกฎหมาย (the statutory powers)<sup>80</sup>

นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าการที่ระบบกฎหมายอังกฤษขาดการควบคุมการกระทำของรัฐซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ยังมีสาเหตุจากการที่ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าว และเป็นเพราะในระบบกฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญกับหลักการว่า “รัฐสภามีอำนาจอย่างไม่จำกัด” (the powers of Parliament are in principle unlimited) ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องชี้แจงน้ำหนักระหว่างการจำกัดสิทธิของบุคคลกับความสำคัญของวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องปฏิบัติตาม

อย่างไรก็ตาม หลักความพอสมควรแก่เหตุได้เริ่มปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษอันเป็นผลจากอิทธิพลของกฎหมายประชาคมยุโรป (European Community law) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อิทธิพลจากกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice) ซึ่งเป็นผลให้มีการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้าสู่ระบบกฎหมายอังกฤษ ดังนั้น ระบบกฎหมายอังกฤษจึงรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองของภาคพื้นยุโรป โดยผ่านทางคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลของอังกฤษได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้เพิ่มขึ้น โดยปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยแห่งคดี (*rationes decidendi*) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายประชาคม (Community law)<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.695.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 696.

แม้ในระยะแรกศาลอังกฤษจะยังไม่รับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุของระบบกฎหมายสหภาพยุโรปมาใช้เป็นหลักการพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มากเกินไปจนเกินความจำเป็นหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายของสหภาพยุโรปก็มีผลผูกพันต่อศาลที่ต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยว่ากฎ (statutory rule) หรือนโยบาย (policy) หรือการใช้ดุลพินิจ (decision) จะเหมาะสมและมีความจำเป็นกับวัตถุประสงค์ของมาตรการของรัฐเหล่านี้หรือไม่ นอกจากนี้ การใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุยังต้องครอบคลุมไปถึงการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายของสหภาพยุโรปอีกด้วย ซึ่งผลผูกพันเหล่านี้ย่อมเรียกร้องให้ศาลต้องประเมินค่าผลกระทบจากมาตรการตามลักษณะของวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น และยังคงอ้างอิงหลักฐานเกี่ยวกับนโยบาย สังคม และเศรษฐกิจซึ่งเป็นบริบทในขณะที่มาตราการนั้นนำไปใช้ปฏิบัติ ซึ่งบทบาทนี้จะคล้ายคลึงกับศาลในฝรั่งเศส เยอรมัน อินเดีย หรือสหรัฐอเมริกา ในการวินิจฉัยว่ามาตรการหรือการใช้ดุลพินิจชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>82</sup>

ก่อนที่ระบบกฎหมายอังกฤษจะรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากระบบกฎหมายสหภาพยุโรปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้น ในระบบกฎหมายอังกฤษมีข้อความคิดที่อาจเทียบเคียงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุได้ นั่นคือข้อความคิดว่าด้วย “หลักความปราศจากเหตุผล” (unreasonableness) ซึ่งเป็นหลักอันเป็นรากฐานสำคัญในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>83</sup> กล่าวคือเป็นหลักการพื้นฐานในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครอง หลักการนี้เป็นที่รู้จักกันในชื่อ “Wednesbury unreasonableness” ซึ่งปรากฏในคดี *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation (1948) 1 KB 223, 223-224, CA.*<sup>84</sup> ในคดีนี้ Lord Greene MR ได้กล่าวว่า ศาลจะเข้าแทรกแซงการใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐได้แต่เฉพาะกรณีที่องค์กรของรัฐใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่ปราศจากเหตุผล หรือกรณีที่ปรากฏว่าองค์กรของรัฐไม่มี

<sup>82</sup> Jeffery Jowell, Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, 3<sup>rd</sup> edition, (Oxford: Clarendon Press, 1994), p.48.

<sup>83</sup> Mahendra P. Singh, *supra note 9*, p.160.

<sup>84</sup> อ้างใน John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>th</sup> edition, (New York: Palgrave Macmillan, 2005), p.381.

เหตุผลที่จะทำเช่นนั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ศาลเห็นว่าการใช้ดุลพินิจตัดสินใจนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ดี (bad decision)<sup>85</sup>

ในคดีเดียวกันนี้ Lord Greene MR ได้ใช้คำว่า “ความปราศจากเหตุผล” ในสองนัยที่แตกต่างกัน นัยแรก ได้ใช้คำว่า “ความปราศจากเหตุผล” เพื่ออธิบายถึงหลักการพื้นฐานของการโต้แย้งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรของรัฐ สำหรับนัยนี้ คำว่า “ความปราศจากเหตุผล” ได้นำมาใช้อธิบายการกระทำที่ยุบพื้นฐานความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) ความไม่สัมพันธ์กันของเรื่อง (irrelevancy) และการกระทำอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน สำหรับนัยที่สอง ได้ใช้คำว่า “ความปราศจากเหตุผล” เพื่อกำหนดให้องค์กรตุลาการแทรกแซงการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ (discretionary decisions) ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และสร้างข้อจำกัดในการใช้อำนาจแทรกแซงดังกล่าว ความหมายในนัยแรกได้ยอมรับให้ศาลเข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจที่อยู่นอกเหนืออำนาจที่รัฐสภามอบให้กับองค์กรผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจ ทั้งนี้ ศาลจะต้องไม่เข้าไปทำหน้าที่แสดงความคิดเห็นแทนองค์กรของรัฐ อีกทั้งศาลต้องไม่ทำลายการใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐเพียงเพราะศาลรู้สึกว่าการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวมีวิธีการอื่น ๆ ที่มีเหตุผลยิ่งกว่า หากศาลได้วินิจฉัยว่าการใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุผลแล้ว ศาลจะเพิกถอนการกระทำนั้น<sup>86</sup>

นอกจากนี้ ในคดี *CCSU v Council of Civil Service Unions [1984] 3 ALL ER 935 at 951*<sup>87</sup> Lord Diplock ได้กล่าวว่า ศาลจะแทรกแซงการใช้ดุลพินิจได้ต่อเมื่อปรากฏว่าการใช้ดุลพินิจนั้นไม่ได้เกิดจากการใช้เหตุผลเป็นพื้นฐาน หรือเป็นกรณีที่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวอยู่นอกเหนือมาตรฐานอันเหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งไม่มีวิญญูชนผู้ใดจะใช้วิจรรย์ตัดสินใจดำเนินการเช่นนั้นได้ หลักการตรวจสอบของ Lord Diplock มักมีการนำไปใช้ในกรณีที่ไม่มีแทรกแซงการใช้ดุลพินิจ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Brind v Secretary of State for the Home Department (1991)*<sup>88</sup> รัฐบาลได้ห้ามมิให้มีการถ่ายทอดสดการสัมภาษณ์ผู้ที่ให้การสนับสนุนกองกำลัง IRA (Irish Republican Army) ซึ่งศาลสภาขุนนาง (The House of Lords) ตัดสินว่า แม้ว่า

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.381.

<sup>86</sup> Paul Crag, “Grounds for Judicial Review: Substantive Control Over Discretion,” in *English public law*, ed. Professor David Feldman, (New York: Oxford University Press, 2004), p.832.

<sup>87</sup> อ้างใน John Alder, *supra note 84*, p. 382.

<sup>88</sup> *Ibid.*

การสั่งห้ามดังกล่าวอาจจะนำไปใช้ในทางที่ผิด แต่การสั่งห้ามมิให้เผยแพร่การสัมภาษณ์ดังกล่าว ก็ยังมีพื้นฐานจากเหตุผล (rational) บางประการ คือ การป้องกันการก่อการร้าย ดังนั้น การสั่งห้ามมิให้เผยแพร่การสัมภาษณ์ดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่สมบูรณ<sup>89</sup>

หลักความปราศจากเหตุผล หรือหลัก *Wednesbury test* ที่เกิดจากการตีความโดย Lord Greene และ Lord Diplock นั้น ศาลได้พัฒนาหลักการนี้ไปใช้ในการวินิจฉัยคดีประเภทต่าง ๆ ดังนี้<sup>90</sup>

(1) คดีที่ไม่เกี่ยวกับสิทธิ ศาลได้ขยายการใช้หลักความปราศจากเหตุผลให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ไม่เกี่ยวเนื่องกับสิทธิ โดยใช้หลักนี้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตัดสินใจว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวถูกหรือผิด การตรวจสอบโดยหลักความปราศจากเหตุผลดังกล่าวได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขประกอบกรขออนุญาตก่อตั้งโครงการพัฒนาพื้นที่ ปราบกฏว่าได้มีการยกเลิกเงื่อนไขที่กำหนดให้เจ้าของโครงการจะต้องก่อสร้างถนนขนาดเล็กลงผ่านบริเวณหน้าโครงการ และจะต้องให้บุคคลอื่น ๆ มีสิทธิผ่านถนนดังกล่าวด้วย จึงมีประเด็นปัญหาว่าการยกเลิกเงื่อนไขดังกล่าวมีเหตุผลหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการใช้ดุลพินิจยกเลิกเงื่อนไขดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีเหตุผล

(2) คดีที่เกี่ยวกับสิทธิ ศาลได้ใช้หลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (principle of judicial review) ซึ่งรวมถึงหลักความปราศจากเหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิตามระดับความเคร่งครัด (degrees of intensity) ที่แตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของเรื่อง ดังเช่นที่ Lord Bridge ได้กล่าวไว้ในคดี *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Brind* [1991] 1 AC 696, 748-749, HL.<sup>91</sup> ว่า ในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ ศาลต้องสอบถามว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ใช้ดุลพินิจในเบื้องต้นโดยมีเหตุผลหรือไม่ โดยศาลควรเริ่มต้นด้วยการตั้งสมมุติฐานว่าประโยชน์สาธารณะในเรื่องนี้มีเหตุผลอันสมควรต่อการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลหรือไม่ ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของ Sir Thomas Bingham MR ในคดี *R v Ministry of Defence, ex p Smith* [1996] QB 517, CA.<sup>92</sup> ว่า ศาลต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจได้ก้าวพ้นขอบเขตของผู้ใช้ดุลพินิจที่มีเหตุผลหรือไม่ (a reasonable decision-maker) และยังเป็นกรณีที่มีการแทรกแซงสิทธิมนุษยชนมากขึ้นเท่าใด ศาลยังจำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์ว่าการแทรกแซงนั้นมีเหตุผล

<sup>89</sup> John Alder, *supra* note 84, pp.381-382.

<sup>90</sup> Paul Crag, *supra* note 86, pp.832-835.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.834.

<sup>92</sup> *Ibid.*



(3) คดีที่เกี่ยวกับความมีเหตุผลและการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย (rationality and abuse of power) ของหลักความคาดหวังโดยสุจริต (legitimate expectation)<sup>93</sup> ในคดี *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan [2001] QB 213, CA.*<sup>94</sup> ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับการคาดหวังโดยสุจริต ศาลได้วินิจฉัยว่าในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพ ศาลสามารถตั้งสมมุติฐานได้ว่า การแทรกแซงดังกล่าวได้ใช้เหตุผลน้อยมาก อันเป็นผลจากการตรวจสอบโดยใช้หลักความปราศจากเหตุผล และศาลสามารถตัดสินได้ว่าการแทรกแซงดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย (abuse of power) ภาระหน้าที่ของศาลในคดีลักษณะนี้คือการรับประกันว่าอำนาจที่ใช้เปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐไม่ได้ถูกใช้ไปในทางที่ผิดหรือใช้ไปในทางไม่ชอบ และไม่ทำให้ความคาดหวังโดยสุจริตของปัจเจกบุคคลไร้ผลอย่างไม่เป็นธรรม การตรวจสอบตามหลักความคาดหวังโดยสุจริตจึงเป็นการตรวจสอบสำหรับกรณีที่องค์กรของรัฐจะตัดสินใจเปลี่ยนแปลงนโยบาย ซึ่งการคาดหวังโดยสุจริตของผู้ร้องไม่อาจถูกลบล้างได้ จนกว่าจะปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะจะมีความสำคัญเหนือกว่าการคาดหวังโดยสุจริตของบุคคล

ในขณะที่ศาลอังกฤษได้ใช้หลักความปราศจากเหตุผลในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการนั้น ในระบบกฎหมายอังกฤษเริ่มมีการกล่าวถึงการรับหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในระบบกฎหมายอังกฤษ ดังที่ปรากฏในคดี *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] 1 AC 374, HL*<sup>95</sup>. โดย Lord Diplock เป็นบุคคลแรกที่กล่าวถึงหลักความพอสมควรในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งใน

<sup>93</sup> หลักการคาดหวังโดยสุจริต (legitimate expectation) ในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ เป็นหลักที่ใช้ในกระบวนการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (judicial review) โดยนำหลักความยุติธรรมและหลักความมีเหตุผล (principles of fairness and reasonableness) ในสถานการณ์ที่บุคคลมีความคาดหวัง (expectation) หรือมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับแนวทางปฏิบัติขององค์กรของรัฐที่มีมานานแล้ว หรือการดำเนินการตามสัญญาขององค์กรของรัฐ หรือความคาดหวังว่าตนจะได้รับ ความยุติธรรมจากรัฐ เช่น ความคาดหวังว่าบุคคลผู้วินิจฉัยถึงสิทธิของตนจะวินิจฉัยโดยปราศจากอคติ ความคาดหวังที่จะได้มีโอกาสชี้แจงแสดงเหตุผล ตลอดจนความคาดหวังที่ว่าทำไมตนจึงถูกปฏิเสธสิทธิ

<sup>94</sup> อ้างใน Paul Crag, *supra note 86*, p. 834.

<sup>95</sup> อ้างใน Andrew Arden, Jonathan Manning, Local Government Constitutional and Administrative Law, (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.198.

คดีนี้ Lord Diplock ได้อ้างอิงถึงหลักการที่เป็นพื้นฐานของการควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการที่มีอยู่เดิมในระบบกฎหมายอังกฤษ ได้แก่ หลักความปราศจากเหตุผล (irrationality) หลักความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) หลักความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณา (procedural impropriety) และกล่าวว่าในอนาคตมีความเป็นไปได้ที่อังกฤษจะต้องรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักที่แพร่หลายในบรรดาประเทศสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community) เข้ามาใช้ในระบบกฎหมายปกครอง อันเนื่องมาจากการที่อังกฤษได้เข้าเป็นสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป<sup>96</sup> ซึ่งการกล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีนี้ ก่อให้เกิดการถกเถียงว่าควรแยกหลักความพอสมควรแก่เหตุออกมาเป็นอีกหลักหนึ่งแยกต่างหากจากหลักความไม่มีเหตุผล (unreasonableness) หรือไม่ เพื่อนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาบังคับใช้แทนหลักความปราศจากเหตุผล เนื่องจากหลักความปราศจากเหตุผลเป็นหลักเกณฑ์ที่คลุมเครือและไม่สามารถนำไปบังคับใช้ได้อย่างชัดเจนแน่นอน<sup>97</sup>

ประเด็นปัญหาว่าควรแยกหลักความพอสมควรแก่เหตุออกจากหลักความปราศจากเหตุผลหรือไม่ ยังปรากฏในคดี *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Brind* [1991] 1 AC 696, 748-749, HL<sup>98</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร ค.ศ. 1981 (Broadcasting Act 1981) ออกคำสั่งห้ามมิให้สถานีโทรทัศน์ BBC ออกอากาศการสัมภาษณ์สมาชิกองค์การก่อการร้ายหรือการสัมภาษณ์ผู้สนับสนุนองค์การดังกล่าว ผู้ร้องในคดีนี้ขอให้ศาลตรวจสอบคำสั่งดังกล่าว และได้แย้งว่าคำสั่งห้ามมิให้ออกอากาศก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าก่อให้เกิดผลดี ศาลฎีกาชั้นหนึ่งได้พิจารณาคดีนี้ด้วยข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ แต่ปฏิเสธที่จะยอมรับว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักหนึ่งแยกต่างหากจากหลักความปราศจากเหตุผล<sup>99</sup>

อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังนักวิชาการของอังกฤษมีความเห็นว่า ในระบบกฎหมายอังกฤษมีความเป็นไปได้ที่จะนำหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเคยนำมาใช้เฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิต่าง ๆ ตามสนธิสัญญา มาใช้แทนที่หลักความปราศจากเหตุผลซึ่งเป็นหลักการพื้นฐาน

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Naomi Sidebotham, "Judicial review: Is there still a role for reasonableness?," <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n1/sidebotham81.html>>

<sup>98</sup> อ้างใน John F. McEldowney, *Public Law*, (London: Sweet & Maxwell, 1998), p.535.

<sup>99</sup> John F. McEldowney, *supra note* 98, p. 535.

ดั้งเดิมในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ แนวโน้มดังกล่าวปรากฏในคดี *R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL [2001] 2 AC 532<sup>100</sup> ในคดีนี้ผู้ร้องในคดีโต้แย้งว่า ระเบียบเกี่ยวกับการควบคุมนักโทษ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 47 (1) ของ The Prisons Act 1952 เป็นระเบียบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่ง Lord Bingham of Cornhill ได้วินิจฉัยว่า ระเบียบดังกล่าวละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพของผู้ร้อง โดยปราศจากเหตุผล และยังได้ให้ความเห็นว่าคดีนี้อาจวินิจฉัยได้ผลอย่างเดียวกัน หากนำหลัก ความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าว

ในคดีเดียวกันนี้ Lord Steyn ได้ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างหลักความพอสมควร แก่เหตุและหลักความปราศจากเหตุผลว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุอาจเรียกร้องให้ศาล ประเมินความสมดุลของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้ดุลพินิจ นอกเหนือไปจากการเรียกร้องให้ศาลพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของความมีเหตุผลหรือไม่ ส่วน Lord Cooke ได้ให้ความเห็นไว้ ในคดีนี้ว่า หลักความปราศจากเหตุผลกำลังเข้าสู่ในสภาวะเสื่อมถอยลงจากระบบกฎหมาย ปกครองอังกฤษ ความเห็นของ Lord Steyn และ Lord Cooke ในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงสถานการณ์ ที่องค์กรตุลาการจะไม่นำหลักความปราศจากเหตุผลมาใช้พิจารณาการใช้ดุลพินิจทางปกครอง และการขยายตัวของ การบังคับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีอื่น ๆ นอกเหนือไปจากคดีที่ เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

นอกจากนี้ ยังมีคดีที่แสดงให้เห็นถึงการรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากระบบ กฎหมายยุโรปมาใช้บังคับในระบบกฎหมายมหาชนอังกฤษ<sup>101</sup> คือ คดี *R. v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] 2 WLR 305, [1996] QB 517<sup>102</sup> ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่ารัฐบาลอังกฤษ มีนโยบายห้ามมิให้คนรักร่วมเพศเข้ารับตำแหน่งในกองทัพ ซึ่งผู้ร้องในคดีคัดค้านว่านโยบาย ดังกล่าวขัดต่อมาตรา 8 แห่งสนธิสัญญายุโรป (European Convention) ซึ่งกำหนดให้รัฐต้อง เคารพต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล (individual's private life) ผู้พิพากษา Simon

<sup>100</sup> W. Stuart gale, "Unreasonableness and Proportionality: Recent Developments in Judicial Review," *Scots Law Times* 4 (2005) <www.westlaw.com>

<sup>101</sup> The Lord Irvine of Lairg, Lord High Chancellor of Great Britain, "The Modern Development of Public Law in Britain; and the Special Impact of European Law," <www.sal.org.sg/Pdf/1999-11-SAcLJ-265-Irvine.pdf>

<sup>102</sup> อ้างใน The Lord Irvine of Lairg, Lord High Chancellor of Great Britain, *supra note 101*, p.278.

Brown ของศาล Divisional Court ได้แสดงความเห็นว่า ศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะนำทฤษฎีว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุมาบังคับใช้กับกรณีที่เป็นนโยบายของรัฐบาลแทรกแซงสิทธิมนุษยชนของผู้ร้อง ดังนั้น หากปรากฏว่าศาลได้ใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีนี้ ศาลจะได้ข้อสรุปว่ามาตรการของรัฐที่จำกัดสิทธิของผู้ร้องไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้บรรลุผลสำเร็จ

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงศาลไม่ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วิเคราะห์ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โดยศาลวินิจฉัยว่านโยบายของรัฐบาลจะไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อนโยบายดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่มีเหตุผล (irrational) อย่างชัดเจน ดังที่ Lord Bingham ได้ให้ความเห็นไว้ในคดีนี้ว่า ยิ่งองค์กรฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเข้าแทรกแซงสาระสำคัญของสิทธิมนุษยชนมากเท่าใด ศาลยิ่งต้องกำหนดให้มีการพิสูจน์ว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีเหตุผลอันเป็นการวินิจฉัยบนพื้นฐานของหลักความปราศจากเหตุผล

โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Rights Act 1998) มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2000 และส่งผลให้หลักกฎหมายของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Convention of Human Rights 1950) กลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายอังกฤษ ดังนั้น ในปัจจุบันศาลอังกฤษสามารถนำหลักกฎหมายต่าง ๆ ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนได้<sup>103</sup> ดังนั้น ในระบบกฎหมายอังกฤษจึงนำหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสำคัญในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป มาบังคับใช้ในคดีที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998<sup>104</sup>

### 1.2.2 สาระสำคัญและสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายอังกฤษ

หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายอังกฤษ<sup>105</sup> หมายถึง ความได้สัดส่วนของการที่องค์กรของรัฐตั้งข้อสันนิษฐานหรืออนุมานเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการ ซึ่งการตั้งข้อสันนิษฐานหรือการอนุมานดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานที่ว่าวัตถุประสงค์ทั่วไปต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และองค์กรของรัฐจะไม่ดำเนินการเพื่อให้บรรลุ

<sup>103</sup> ณรงค์เดช สรุโฆษิต, คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในประเทศอังกฤษ, (เอกสารอัดสำเนา). น.133.

<sup>104</sup> John Alder, *supra note 84*, p.383.

<sup>105</sup> Paul Crag, *supra note 86*, pp.835-836.

วัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม (improper purpose) ถ้าวัตถุประสงค์มีความไม่เหมาะสมแล้ว การใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมจะต้องถูกยกเลิกเพิกถอน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่

หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยความสมดุลระหว่างประโยชน์และวัตถุประสงค์ (interest and objective) อีกทั้งยังหมายความถึง ความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างมาตรการและวัตถุประสงค์ (means and ends) ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องระบุประโยชน์ที่มีความสัมพันธ์กับเรื่อง และประเมินความสำคัญของประโยชน์ดังกล่าว และในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐจะต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นเรื่องที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่

หลักเกณฑ์สามประการที่ศาลมักจะนำมาใช้วิเคราะห์ว่ามาตรการของรัฐสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ได้แก่ (1) มาตรการที่นำมาใช้มีความจำเป็น (necessary) ต่อการทำให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุผลหรือไม่ (2) มาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสม (suitable) ต่อการทำให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุผลหรือไม่ และ (3) มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลน้อยที่สุดหรือไม่ หรืออาจเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality stricto sensu)

คำวินิจฉัยของศาลในระยะหลังแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยใช้หลักเกณฑ์ทั้งสามประการดังกล่าวอย่างเคร่งครัด และเป็นที่ยอมรับว่าหลักเกณฑ์ทั้งสามประการเรียกร้องให้ศาลพิจารณาตรวจสอบวิธีการต่าง ๆ ที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลได้ ทั้งนี้ เนื่องจากมีข้อเท็จจริงว่าในคดีเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลจะต้องพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่นำมาใช้ในคดีดังกล่าวเป็นวิธีการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้และเป็นวิธีการที่จำกัดสิทธิขั้นน้อยที่สุดหรือไม่ ประกอบกับคดีที่ต้องการให้ศาลพิจารณาเลือกใช้วิธีการต่าง ๆ ที่เหมาะสมมีจำนวนเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ ในคดีที่มีลักษณะเป็นวิชาชีพหรือเป็นคดีเกี่ยวกับเทคนิคเฉพาะด้าน กรณีจำเป็นต้องใช้ผู้ชำนาญการเฉพาะทางเพื่อเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นว่าวิธีการต่าง ๆ ที่อาจเลือกใช้บังคับได้นั้นเป็นวิธีการที่นำไปปฏิบัติได้จริง

สำหรับสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายอังกฤษ<sup>106</sup> มีประเด็นปัญหาว่า การที่ศาลอังกฤษได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในคดีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจะมีผลให้หลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองหรือไม่

<sup>106</sup> The Lord Irvine of Lairg, Lord High Chancellor of Great Britain *supra note* 101, pp.281-282.

กล่าวคือ การรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุมาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจะนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการหรือไม่ ซึ่งเดิมศาลอังกฤษจะวินิจฉัยคดีดังกล่าวด้วยหลักความปราศจากเหตุผล แต่เมื่อระบบกฎหมายอังกฤษรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้ามาแล้ว ศาลอังกฤษจะต้องใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุมาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกประเภท หรือจะนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้เฉพาะในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

ในเรื่องนี้ได้มีความเห็นแบ่งเป็นสองแนวทาง สำหรับแนวทางที่หนึ่งนั้น นักวิชาการจำนวนมากเห็นว่าควรนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้เป็นหลักทั่วไปในระบบกฎหมายปกครอง เพราะการวินิจฉัยคดีด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุทำให้เกิดการอภิปรายหรือการให้เหตุผลที่โปร่งใสและเปิดเผยกว่าหลักความปราศจากเหตุผล และระเบียบวิธีในการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุยังมีความเป็นระบบมากกว่าหลักความปราศจากเหตุผล

ส่วนแนวทางที่สองมีความเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครอง เพราะข้อเท็จจริงที่ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุสามารถนำมาใช้เป็นหลักทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมิได้เป็นเครื่องหมายแสดงให้เห็นว่าหลักดังกล่าวจะมีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในคดีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนอื่น ๆ เนื่องจากในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ศาลต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบอย่างเคร่งครัดต่อกรกระทำของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน ในคดีสิทธิมนุษยชนจึงสมควรนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้เป็นหลักการพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ดังนั้น ความเห็นในแนวทางที่สองจึงเห็นว่า ควรจำกัดการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเฉพาะในคดีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และไม่ควรนำหลักนี้ไปใช้ในทุก ๆ กรณีที่มีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ

### 1.2.3 ขอบเขตของการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายอังกฤษ

ปัญหาว่าการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาบังคับใช้ในระบบกฎหมายอังกฤษได้แค่ไหน เพียงใดนั้น เริ่มเป็นที่ถกเถียงกันในคดี *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Brind*. [1991] 1 AC 696, HL<sup>107</sup>. ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่ารัฐมนตรีว่าการ

<sup>107</sup> Paul Crag, *supra* note 86, p.836.

กระทรวงมหาดไทยได้ออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร ค.ศ. 1981 (Broadcasting Act 1981) ซึ่งกำหนดให้สถานีโทรทัศน์ BBC และสถานีโทรทัศน์ IBA ระงับการออกอากาศรายการที่นำเสนอบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนขององค์กรก่อการร้ายและถูกเนรเทศภายใต้กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการก่อการร้าย คำสั่งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้องค์กรดังกล่าวมีความชอบธรรมในทางการเมือง (political legitimacy) และป้องกันการมีให้มีการข่มขู่คุกคาม ซึ่งผู้ร้องในคดีนี้ได้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ได้สัดส่วน (disproportionate)

Lord Bridge วินิจฉัยว่าการจำกัดเสรีภาพในการพูดไม่ถือเป็นสิ่งที่ปราศจากเหตุผลและไม่เชื่อว่าการพิจารณาและพิพากษาในคดีนี้จะนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยได้อย่างไรก็ตาม Lord Bridge เห็นด้วยกับ Lord Roskill ที่ว่า ในอนาคตหลักความพอสมควรแก่เหตุอาจจะผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายอังกฤษ

ส่วน Lord Roskill นั้น แม้จะยอมรับว่าคำวินิจฉัยของ Lord Diplock ในคดี *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374, 410, HL.*<sup>108</sup> ที่กล่าวถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุจะก่อให้เกิดการพัฒนาการของคดี แต่อย่างไรก็ตาม Lord Roskill เห็นว่า การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในคดี *Brind* จะเป็นการชักนำศาลให้เข้าไปวินิจฉัยการออกคำสั่งแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของ Lord Ackner และ Lord Lowry ที่ได้ให้เหตุผลว่า หากได้มีการผนวกหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้าไปในระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว จะทำให้มีมาตรฐานในการตรวจสอบที่เข้มงวดกว่าการใช้หลักความปราศจากเหตุผล ซึ่งหมายความว่ากรณีที่ศาลจะก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความสมควร (merits) เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้

แม้ว่าในคดี *Brind* จะปรากฏว่าความเห็นเกี่ยวกับการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในระบบกฎหมายอังกฤษมีความขัดแย้งกัน แต่ศาลก็ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในคดีประเภทต่าง ๆ ทั้งในกรณีที่น่ามาใช้อย่างชัดเจน และการนำมาใช้โดยอ้อมด้วยการให้เหตุผลด้วยวิธีการเดียวกันกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ดังนี้<sup>109</sup>

#### 1.2.3.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีเกี่ยวกับสิทธิ (Proportionality and rights)

การใช้หลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีลักษณะบางอย่างเหมือนกันกับหลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏในคดีที่มีการใช้อำนาจรัฐไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังเช่นในคดี *Brind* แม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลสภาขุนนางได้ปฏิเสธที่จะนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้

<sup>108</sup> อ้างใน Paul Crag, *supra note 86*, p.836.

<sup>109</sup> Paul Crag, *supra note 86*, pp.837-841.

เป็นหลักการพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ แต่ Lordships หลายท่านได้วินิจฉัยคดีโดยการให้เหตุผลด้วยวิธีการเดียวกันกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ เช่น Lord Templeman มีคำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า ศาลต้องไม่จำกัดตัวเองแต่เพียงการสอบถามว่าการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่ผิดปกติหรือไม่มีเหตุผล (perverse or irrational) หรือไม่ หากแต่ต้องพิจารณาว่าการที่รัฐมนตรีใช้ดุลพินิจเข้าแทรกแซงสิทธิเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมสมควรหรือไม่ ซึ่งการแทรกแซงดังกล่าวจะต้องมีความจำเป็นและได้สัดส่วนกับความเสียหายอันเกิดจากการจำกัดสิทธิ

ในคดีอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน ได้แก่ คดี *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Leech [1994] QB 198, CA.*<sup>110</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการพิจารณาความสมบูรณ์ของระเบียบว่าด้วยการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่เรือนจำอ่านจดหมายของนักโทษได้ และห้ามมิให้ส่งจดหมายที่มีเนื้อหาขาวเกินสมควรหรือจดหมายที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสม ศาลตัดสินว่า ยิ่งสิทธิขั้นพื้นฐานถูกแทรกแซงมากเท่าใด ก็ยิ่งเป็นการยากที่จะแปลความได้ว่ามีกฎหมายใดให้อำนาจในการออกระเบียบเช่นนั้น

นอกจากนี้ในคดี *R v Ministry of Defense, ex p Smith [1996] QB 517, CA.*<sup>111</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการคัดค้านคำสั่งที่ห้ามมิให้บุคคลรักร่วมเพศสมัครเข้าเป็นทหารของกองทัพ Sir Thomas Bingham MR ได้วินิจฉัยว่า ยิ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นการแทรกแซงสาระสำคัญของสิทธิมนุษยชนมากเท่าใด ยิ่งทำให้ศาลต้องเรียกร้องให้มีการแสดงเหตุผลอันสมควร ก่อนที่ศาลจะตัดสินว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่

ในคดี *R v Secretary of State for the Home Department, ex p McQuillan [1995] 4 All ER 400*<sup>112</sup> เป็นคดีที่ผู้ร้องคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ห้ามมิให้ผู้ร้องเดินทางเข้าอังกฤษ โดยคำสั่งดังกล่าวอ้างว่าผู้ร้องเกี่ยวข้องหรือเคยเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย ผู้ร้องยืนยันว่าตนมิได้เป็นสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายอีกต่อไป และชีวิตของตนจะได้รับอันตรายหากยังต้องอาศัยอยู่ในไอร์แลนด์เหนือ ในคดีนี้ Sedley J ยอมรับว่าเสรีภาพในการเดินทางเป็นคุณค่าขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนั้น ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลควรจะตรวจสอบเหตุผลของรัฐมนตรีอย่างละเอียดและกำหนดขอบเขตของความมีเหตุผล (rationality) อย่างเคร่งครัด

<sup>110</sup> อ้างใน Paul Crag, *supra* note 86, p. 837.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 838.



อย่างไรก็ตาม มีคดีอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันนี้ที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเห็นว่าการเพิ่มปริมาณความเคร่งครัดในการตรวจสอบที่มากขึ้นดังกล่าวไม่เป็นการตรวจสอบที่เพียงพอในระดับเดียวกันกับการใช้หลักความจำเป็นและหลักความพอสมควรแก่เหตุภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

วิธีการที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในคดีต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมานั้นใกล้เคียงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ การยอมรับว่าประโยชน์ต่าง ๆ ที่แน่นอนมีฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ทำให้การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้บังคับเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดให้ประโยชน์มีฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมหมายความว่ารัฐต้องใช้อำนาจรัฐล้ำสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลให้น้อยที่สุด และต้องตั้งข้อสันนิษฐานว่าการรुकล้ำหรือการแทรกแซงใด ๆ ควรจะกระทำให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น จึงต้องมีการตรวจสอบว่าการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการจำกัดสิทธิที่น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในสถานการณ์เช่นนั้นแล้วหรือไม่

### 1.2.3.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีเกี่ยวกับการลงโทษ (Proportionality and penalties)

ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการกำหนดโทษโดยองค์กรฝ่ายปกครองจำนวนมาก ศาลได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ทั้งการนำมาใช้อย่างชัดเจนและการนำมาใช้โดยปริยาย ตัวอย่างเช่น คดี *R v Barnsley MBC, ex p Hook [1976] 1 WLR 1052, 1057.*<sup>113</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตั้งแผงลอยจำหน่ายสินค้าเนื่องจากผู้ขออนุญาตตั้งแผงลอยได้ปัสสาวะในที่สาธารณะและใช้ถ้อยคำหยาบคาย คดีนี้ Lord Denning MR ได้พิพากษาให้ยกเลิกการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวบางส่วน เนื่องจากการลงโทษดังกล่าวมากเกินไปกว่าความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่เหมาะสมกับคดีประเภทนี้ ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ร้องจะไม่คัดค้านกฎเกณฑ์ทางปกครอง (administrative rule) หากแต่จะคัดค้านการกำหนดโทษสำหรับกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎดังกล่าว และเป็นที่ยอมรับกันว่าการกำหนดโทษคือการเปรียบเทียบระหว่างการกระทำผิดและประโยชน์ที่จะได้รับผลกระทบจากการลงโทษ โดยประโยชน์ดังกล่าวอาจหมายถึงเสรีภาพของบุคคลในกรณีที่เป็นการลงโทษโดยการจำคุกหรือกักขังหรืออาจหมายถึงการสูญเสียวิถีทางดำเนินชีวิตเช่นเดียวกับในคดี *Hook* ทั้งนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม หมายถึง การที่ไม่กำหนดโทษให้มากเกินไป

<sup>113</sup> อ้างใน Paul Crag, *supra note 86*, p.839.

ความจำเป็น อันเป็นหลักที่ปรากฏอยู่ใน Bill of Rights 1689 ซึ่งศาลมักจะไม่ใช่แทรกแซงดุลพินิจในการกำหนดโทษ เว้นแต่กรณีดังกล่าวจะปรากฏว่าเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วน

1.2.3.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง  
(Proportionality and the exercise of administrative discretion)

แม้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุยังไม่มีสถานะเป็นหลักทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ แต่ศาลก็ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยในคดีที่ไม่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือคดีที่ไม่เกี่ยวกับการกำหนดโทษเกินความจำเป็นรูปแบบของคดีในลักษณะนี้ คือ คดีเกี่ยวกับการที่องค์กรของรัฐตัดสินใจใช้ดุลพินิจของตนเฉพาะในกรณีใดกรณีหนึ่ง ซึ่งมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์หลายประเภท และผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคลให้ได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน

ในคดี *R (on the application of Holding & Barnes plc) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23; [2001] 2 WLR 1389 at [51].<sup>114</sup> Lord Slynn ได้กล่าวว่าศาลควรยอมรับให้หลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษ ไม่ใช่แค่เพียงนำมาใช้ในการตัดสินคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายประชาคมยุโรปเท่านั้น แต่รวมถึงคดีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในประเทศด้วย

การที่ศาลนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองเพียงบางส่วนนั้น เป็นเพราะว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในหลายกรณีเกี่ยวข้องกับการกำหนดดุลยภาพ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดนโยบาย (political determinations) และการเลือกขององค์กรฝ่ายปกครอง (administrative choices) ดังนั้น กรณีจึงไม่เป็นการเหมาะสม หากผู้พิพากษาจะเข้าไปทำลายการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะศาลควรจะเป็นผู้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่มีความขัดแย้งอย่างมากเท่านั้น อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุสามารถนำมาใช้อย่างเคร่งครัดมากหรือน้อยก็ได้ ในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างกว้าง ศาลอาจนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้อย่างไม่เคร่งครัดมากก็ได้

<sup>114</sup> อ้างใน Paul Crag, *supra* note 86, p.840.

#### 1.2.4 การควบคุมความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของกฎหมายและการกระทำทางปกครอง โดยองค์การตุลาการ

ในประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองหรือคดีรัฐธรรมนูญออกจากคดีแพ่งและคดีอาญา ดังนั้น ศาลที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจึงได้แก่ศาลยุติธรรม แต่เพียงศาลเดียว

สำหรับคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญศาลสภาขุนนางเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว โดยพระราชบัญญัติอำนาจศาลในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ ค.ศ. 1876 (The Appellate Jurisdiction Act 1876) บัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสภาขุนนางในคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ จะต้องมีส่วนชิกสภาขุนนางดังต่อไปนี้เข้าร่วมด้วย ได้แก่ (1) ลอร์ด ชานเซลเลอร์ (Lord Chancellor) (2) สมาชิกสภาขุนนางที่เป็นนักกฎหมาย (law lords) และ (3) ขุนนาง (peers)<sup>115</sup>

อนึ่ง รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten constitution) อันเป็นรัฐธรรมนูญที่ประกอบขึ้นด้วยส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten and written) โดยส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรมิได้รวมอยู่ในเอกสารฉบับเดียว แต่เป็นกฎข้อบังคับที่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกจำนวนหนึ่ง (a number of written rules) ซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจของรัฐบาลและสิทธิที่พึงปวงของประชาชน และในส่วนของรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หมายถึง รัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติที่ไม่ได้รวมอยู่ในเอกสารหลักที่เป็นทางการเพียงฉบับเดียว แต่ไปปรากฏอยู่ในจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติ รวมทั้งในพระราชบัญญัติและเอกสารที่มีความสำคัญทางรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญของอังกฤษมีทั้งส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร (non-legal rules and legal rules of the constitution) ดังนี้<sup>116</sup>

<sup>115</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลรัฐธรรมนูญไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส, (มปท.: มปพ., 2544), น.231.

<sup>116</sup> เพิ่งอ้าง, น.207-217.

(1) จารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติ (customs and conventions) ที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์หรือหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับพฤติกรรมทางการเมืองอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปภายในประเทศ ซึ่งเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐได้ยึดถือและปฏิบัติสืบต่อกันมา

(2) พระราชบัญญัติและเอกสารที่มีความสำคัญทางรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ (legislative statutes and document of outstanding importance) เป็นพระราชบัญญัติที่มีความสำคัญทางรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ เนื่องจากได้วางรากฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และกำหนดสถาบันทางการเมืองทั้งหลาย

(3) หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลในคดีทั้งปวง หรือคำพิพากษาของศาลในอดีต เช่น หลักนิติธรรม (rule of law)

(4) หนังสือต้นตำรับที่เขียนโดยผู้เชี่ยวชาญด้านรัฐธรรมนูญซึ่งมีหลักฐานอย่างเป็นทางการ (authoritative interpretations)

(5) ข้อตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ รวมทั้งบรรดาคำตัดสินของศาลประชาคมยุโรปที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของประชาคมยุโรป

ทั้งนี้ คดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่ศาลสหภาพขุนนางมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องหรือส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศหรือสาธารณะประโยชน์โดยส่วนรวม

(2) ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ทั้งส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรและส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

(3) ข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน หรือเกี่ยวข้องกับหลักการ สาระสำคัญที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั่วไป เช่น การใช้อำนาจอธิปไตย สถาบันกษัตริย์ องค์การของรัฐ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ<sup>117</sup>

สำหรับคดีปกครอง ศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครองได้แก่ ศาลยุติธรรม ซึ่งประกอบด้วย ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) และศาลสหภาพขุนนาง โดยศาลชั้นต้นที่มีอำนาจรับฟ้องและพิจารณาคดีปกครอง ได้แก่ ศาลแพ่งควีนส์เบนด์ ศาลแพ่ง

<sup>117</sup> เฟิงอ้าง, น.234-235.

ซานเซอร์ ซึ่ง เป็นแผนกหนึ่งของศาลไฮน์คอร์ท และศาลมาจิสเตรท ซึ่งมีได้เป็นแผนกหนึ่งของศาลไฮน์คอร์ท แต่มีฐานะเป็นศาลปกครองชั้นต้นในท้องถิ่น<sup>118</sup>

ในการพิจารณาคดีปกครอง ศาลมีอำนาจหน้าที่ทั่วไปที่จะพิจารณาว่าในการที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกฎหมายของรัฐบาล และอีกส่วนหนึ่งเป็นคอมมอนลอว์ นั้น องค์กรฝ่ายปกครองได้นำกฎหมายดังกล่าวไปใช้ภายในขอบเขตที่ได้รับมอบหมายหรือไม่ หรือใช้ด้วยความสุจริตหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าองค์กรฝ่ายปกครองได้กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามแบบหรือขั้นตอนของกฎหมาย หรือเกิดจากการกระทำที่ไม่สุจริต หรือเกินขอบอำนาจหน้าที่ของกฎหมาย (*ultra vires*) ศาลมีอำนาจเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้<sup>119</sup>

#### 1.2.4.1 การควบคุมความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เนื่องจากหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายสหภาพยุโรป ดังนั้น ในการพิจารณาคดีที่อยู่ในแดนของกฎหมายประชาคม ศาลอังกฤษจึงมีหน้าที่ต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความจำเป็นและเป็นกฎหมายที่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติหรือไม่ กรณีจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบควบคุมกฎหมายของรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ ว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของสหภาพยุโรปหรือไม่ ในการตรวจสอบดังกล่าวศาลจะต้องประเมินผลกระทบจากมาตรการทางกฎหมายประกอบกับวัตถุประสงค์ของมาตรการทางกฎหมายดังกล่าว และจะต้องพิจารณาผลกระทบของมาตรการทางกฎหมายภายในบริบททางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจอีกด้วย<sup>120</sup>

นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพของบุคคลตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลพึงต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติมีความสำคัญเหนือกว่าสิทธิซึ่งถูกแทรกแซงในคดีนั้นหรือไม่ รวมทั้งต้องพิจารณาว่ามาตรการทางกฎหมายนั้นสามารถทำให้บรรลุผลสำเร็จได้หรือไม่และเป็นมาตรการที่ล่วงละเมิดสิทธิและ

<sup>118</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), น.167.

<sup>119</sup> เพิ่งอ้าง, น.172.

<sup>120</sup> Jeffery Jowell, Dawn Oliver, The Changing Constitution, 4<sup>rd</sup> edition, (Oxford: Clarendon Press, 2000), pp.103-104.

เสรีภาพในระดับที่น้อยที่สุดหรือไม่ นอกจากนี้ หากเป็นการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับสังคม เศรษฐกิจ และนโยบายโดยทั่วไปแล้ว การวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับหลักความ พอสสมควรแก่เหตุหรือไม่ จะต้องพิจารณาผลกระทบจากการตรากฎหมายเป็นการทั่วไป โดยไม่อาจ พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้

#### 1.2.4.2 การควบคุมความชอบด้วยหลักความพอสสมควรแก่เหตุของการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการใน ระบบกฎหมายอังกฤษคือการที่ศาลสภาขุนนางใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการ ใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำ ทางปกครองประกอบด้วยหลักเกณฑ์สามประการ ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality) ความปราศจากเหตุผล (irrationality) และความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณา (procedural impropriety) ซึ่งหลักความพอสสมควรแก่เหตุเป็นส่วนหนึ่งของหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบ ความปราศจากเหตุผลของการกระทำทางปกครอง<sup>121</sup>

หลักความพอสสมควรแก่เหตุที่ใช้ควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง กำหนดว่า การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจะต้องไม่รุกล้ำสิทธิของบุคคลมากเกินไปกว่าความ จำเป็นต่อการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หลักเกณฑ์ในการ ตรวจสอบความชอบด้วยหลักความพอสสมควรแก่เหตุของการกระทำทางปกครอง<sup>122</sup> ปรากฏในคดี *De Freitas v. Permanent Secretary (1999)*<sup>123</sup> ดังนี้

- (1) วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีความสำคัญมาก เพียงพอที่จะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่
- (2) มาตรการที่กำหนดขึ้นมีความสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์ของมาตรการ นั้นหรือไม่
- (3) มาตรการที่นำมาใช้ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิหรือเสรีภาพ จะต้องไม่ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพมากเกินไปกว่าความจำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของ มาตรการนั้นบรรลุผล

<sup>121</sup> John Alder, *General Principles of Constitutional and Administrative Law*, (New York: Palgrave Macmillan, 2002), pp.363, 368.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p.385.

<sup>123</sup> อ้างใน John Alder, *supra note 121*, p.385.

### 1.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปเกิดจากการรวมตัวกันขององค์การระหว่างประเทศสามแห่ง ได้แก่ (1) ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (The European Coal and Steel Community – ECSC) ซึ่งก่อตั้งโดยสนธิสัญญากรุงปารีส ใน ค.ศ. 1951 (2) ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community – EEC) ซึ่งก่อตั้งโดยสนธิสัญญากรุงโรม ใน ค.ศ. 1957 และ (3) ประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรป (The European Atomic Energy Community – EAEC) ซึ่งก่อตั้งโดยสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1957 องค์การระหว่างประเทศทั้งสามแห่งได้รวมตัวกันเป็นประชาคมยุโรป (European Community – EC) โดยสนธิสัญญาบรัสเซลส์ ในปี ค.ศ. 1967 ซึ่งในขณะนั้นประกอบด้วยประเทศสมาชิก 12 ประเทศ การรวมตัวดังกล่าวมีผลให้ฝ่ายบริหาร (คณะมนตรี) ขององค์การระหว่างประเทศทั้งสามแห่งได้รวมเป็นคณะมนตรีชุดเดียวกัน ต่อมาใน ค.ศ. 1991 รัฐบาลของประเทศสมาชิกทั้ง 12 ประเทศ ได้ร่วมกันลงนามในสนธิสัญญา Maastricht (The Maastricht Treaty) เพื่อก่อตั้งสหภาพยุโรป และได้เปลี่ยนสถานภาพของประชาคมยุโรปมาเป็นสหภาพยุโรป ซึ่งในปัจจุบันโครงสร้างของสหภาพยุโรปประกอบด้วยสถาบันหลัก 5 สถาบัน ได้แก่

(1) คณะมนตรียุโรป (The European Council) มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ และกำหนดแนวนโยบายความสัมพันธ์กับประเทศนอกกลุ่มสมาชิก

(2) สภารัฐมนตรี (The Council of Ministers) มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจและทำหน้าที่ด้านนิติบัญญัติร่วมกับสภายุโรป โดยการออกกฎหรือข้อบังคับต่าง ๆ ของสหภาพยุโรป

(3) คณะกรรมาธิการยุโรป (The European Commission) มีอำนาจหน้าที่ในการเสนอกฎหมาย และรับผิดชอบการดำเนินงานให้เป็นไปตามกฎหมายของสหภาพยุโรป อีกทั้งยังมีหน้าที่ควบคุมดูแลงบประมาณและโครงการต่าง ๆ ที่ได้รับความเห็นชอบโดยสภายุโรปและสภารัฐมนตรีของสหภาพยุโรป

(4) สภายุโรป (The European Parliament) มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลการบริหารงานของคณะกรรมาธิการยุโรปโดยการตั้งกระทู้ถาม และมีอำนาจตัดสินใจร่วมกับสภารัฐมนตรีในการให้ความเห็นชอบกฎและข้อบังคับต่าง ๆ

(5) ศาลยุติธรรมยุโรป (The Court of Justice of the European Union) ก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1951 โดยสนธิสัญญากรุงปารีส ที่ก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป ต่อมาสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติให้ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป ประชาคมเศรษฐกิจยุโรป และประชาคมพลังงานปรมาณูแห่งยุโรปอยู่ภายใต้ศาลยุติธรรมเดียวกัน

ศาลยุติธรรมยุโรปมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ระหว่างองค์กรของสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิก โดยศาลยุติธรรมยุโรปประกอบด้วยศาลสูงสุดแห่งสหภาพยุโรปหรือศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (The European Court of Justice) และศาลชั้นต้น (The General Court)

ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปประกอบด้วยองค์คณะผู้พิพากษาจำนวน 25 คน และ Advocate-General จำนวน 8 คน ที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและเสนอความคิดเห็นแก่ผู้พิพากษา แต่ความเห็นของ Advocate-General ไม่ถือเป็นคำพิพากษา เป็นแต่เพียงคำแนะนำเท่านั้น ส่วนศาลชั้นต้นประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 25 คน โดยไม่มีการแต่งตั้งตำแหน่ง Advocate-General ประจำศาลชั้นต้น

กฎหมายของสหภาพยุโรปที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ได้แก่ สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคม (Treaties establishing the Communities) ความตกลงระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป อนุสัญญาระหว่างประเทศสมาชิก กฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) เช่น ระเบียบ (regulations) ข้อกำหนด (directives) คำสั่ง (decisions) นอกจากนี้กฎหมายของสหภาพยุโรปยังรวมถึงกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไป (general principles of law) และแนวจารีตทางกฎหมาย (legal custom) อีกด้วย

หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นผลจากการนำหลักเกณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับในรูปแบบเดียวกันกับปัญหาต่าง ๆ ที่มีความแน่นอน หรือปัญหาที่มีลักษณะเหมือนกัน และการใช้บังคับหลักเกณฑ์เหล่านั้นยังผลให้การให้เหตุผลของกรณีต่าง ๆ มีลักษณะที่ร่วมกันและเป็นการให้เหตุผลที่เป็นไปตามตรรกะ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปจะผูกพันการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ในการออกกฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) และผูกพันศาลยุติธรรมแห่งยุโรป รวมถึงองค์กรภายในประเทศรัฐสมาชิกในการใช้บังคับกฎหมายประชาคม การตีความสนธิสัญญา การใช้อำนาจตามกฎหมายลำดับรอง รวมถึงการใช้อำนาจตรากฎหมาย

ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป เช่น หลักความเสมอภาค (the principle of equality) หลักความมั่นคงของกฎหมายและหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (legal certainty and protection of legitimate expectations) สิทธิในการป้องกันตัว (rights of defence) ซึ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่งในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป



### 1.3.1 พัฒนาการและบ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

สำหรับพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปและเป็นหลักพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของประชาคมยุโรปนั้น<sup>124</sup> ศาลยุติธรรมยุโรปได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นครั้งแรกในคดีเกี่ยวกับมาตรการตามข้อบังคับว่าด้วยตลาด โดยศาลมีวัตถุประสงค์เพื่อถ่วงดุลผลอันเกิดจากมาตรการตามข้อบังคับว่าด้วยตลาดที่จำกัดเสรีภาพตามสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้ายุโรป ค.ศ. 1951 (ECSC Treaty) คดีดังกล่าวคือคดี *8/55 Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority [1954 to 1956] ECR 245 at p. 299*<sup>125</sup> ในคดีนี้ผู้ร้องโต้แย้งว่าราคาถ่านหินซึ่งกำหนดโดยคำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการทั่วไป (general decision) สูงกว่าราคาถ่านหินของเบลเยียม ซึ่งคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) ให้การรับรองว่าราคาถ่านหินดังกล่าวเป็นราคาที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการเรียกคืนเงินค่าชดเชยจากบริษัทต่าง ๆ ที่ไม่ได้ลดราคาถ่านหินลงอย่างเพียงพอ และมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดค่าชดเชยให้กับผลิตภัณฑ์ถ่านหินของเบลเยียมที่มีต้นทุนสูง อย่างไรก็ตาม ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าว และวินิจฉัยว่าในการบังคับใช้หลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปนั้น การกระทำของคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูงในการตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเหมาะสม (proportionate) กับผลกระทบของการกระทำนั้น และโดยแท้จริงแล้วหลักความพอสมควรแก่เหตุมักจะได้รับอ้างอิงในการอุทธรณ์คดีเกี่ยวกับค่าปรับที่กำหนดโดยคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) หรือคณะกรรมการสิทธิการ (Commission)

นอกจากนี้ ศาลได้อ้างอิงหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยอ้อมในคดี *19/61 Mannesmann AG v. High Authority [1962] ECR 357 at 370 – 371*.<sup>126</sup> ซึ่งศาลตัดสินว่าในกรณีที่คณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) ดำเนินการตามข้อกำหนดทางการเงินเพื่อสร้างความปลอดภัยให้กับเสถียรภาพของตลาด คณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูงมีหน้าที่ให้เหตุผลเกี่ยวกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในขณะที่มีการนำข้อกำหนดทางการเงินดังกล่าวไปบังคับใช้ เพื่อให้เกิด

<sup>124</sup> John A. Usher, *General Principles of EC Law*, (London: Longman, 1998), pp.40 – 43. และ Takis Tridimas, *The General Principles of EC Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp.93–94.

<sup>125</sup> อ้างใน John A. Usher, *supra note 124*, pp.40–41. และ Takis Tridimas, *supra note 124*, p.93.

<sup>126</sup> อ้างใน Takis Tridimas, *supra note 124*, p. 93.

ความประจักษ์ว่าวัตถุประสงค์ของมาตรการที่ต้องปฏิบัติตามจะบรรลุผลสำเร็จภายใต้เงื่อนไขที่ให้ประโยชน์มากที่สุด และก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด

ใน ค.ศ. 1970 ศาลได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้อย่างชัดเจนในคดีเกี่ยวกับการเกษตรกรรม คือ คดี *11/70 Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr – und Vorratsstelle Getreid* [1970] ECR 1125<sup>127</sup> ที่มีกรโต้แย้งว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับระบบการวางเงินมัดจำตามเงื่อนไขของใบอนุญาตนำเข้าส่งออกเป็นข้อกำหนดที่ละเมิดละเมิดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ แม้ศาลจะเห็นว่าไม่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักความพอสมควรแก่เหตุ แต่ในคำวินิจฉัยได้ยืนยันว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักพื้นฐานในการตรวจสอบการใช้อำนาจของประชาคมยุโรป และในคดีนี้ *Dutheille de Lamothe* ซึ่งเป็น Advocate-General ให้ความเห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายประชาคมยุโรป โดยผลของมาตรา 40<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> อ้างใน John A. Usher, *supra note 124*, p.41. และ Takis Tridimas, *supra note 124*, p.94.

<sup>128</sup> Article 40

1. Member States shall develop the common agricultural policy by degrees during the transitional period and shall bring it into force by the end of that period at the latest.

2. In order to attain objectives set out in Article 39 a common organization of agricultural markets shall be established.

This organization shall take one of the following forms, depending on the product concerned:

- (a) common rules on competition;
- (b) compulsory coordination of the various national market organization;
- (c) a European market organization.

3. The common organization established in accordance with paragraph 2 may include all measures required to attain the objectives set out in Article 39, in particular regulation of prices, aids for the production and marketing of the various products, storage and carry-over arrangements and common machinery for stabilizing imports or exports.

The common organization shall be limited to pursuit of the objectives set out in Article 39 and shall exclude any discrimination between producers or consumers within the Community.

Any common price policy shall be based on common criteria and uniform methods of calculation.

4. In order to enable the common organization referred to in paragraph 2 to attain its objectives, one or more agricultural guidance and guarantee funds may be set up.

(3) ของ EEC Treaty และได้รับการเผยแพร่ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายประชาคมยุโรป อันมีป้อเกิดจากระบบกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิก

หลังจากศาลได้มีคำวินิจฉัยในคดี *Internationale Handelsgesellschaft* แล้ว ศาลได้อธิบายรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในคดีที่เกิดขึ้นในช่วงหลัง และได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุให้ครอบคลุมถึงการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรฝ่ายบริหาร

นอกจากนี้ การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้โดยศาลยุติธรรมแห่งยุโรปยังปรากฏในคดี 114, 116 119 – 120/76 *Bela – Mühle* [1977] ECR 1211.<sup>129</sup> ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า ข้อบังคับของคณะมนตรี (Council Regulation) หมายเลข 563/76 ที่กำหนดให้โรงงานผลิตอาหารสัตว์ต้องผสมนมผงสกัดไขมันแทนการผสมเปลือกถั่วเหลืองลงไปในการผลิตอาหารสัตว์ และทำให้โรงงานมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น เป็นข้อบังคับที่กำหนดภาระหน้าที่ที่ไม่เหมาะสมและไม่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการลดปริมาณนมผงสกัดไขมันที่เก็บสะสมไว้ และตัดสินว่าข้อบังคับดังกล่าวไม่สมบูรณ

ต่อมาศาลได้พัฒนาข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในคดีเกี่ยวกับภาระหน้าที่หลัก (primary obligation) และภาระหน้าที่รอง (secondary obligation) เพื่ออธิบายความแตกต่างระหว่างภาระหน้าที่หลักและภาระหน้าที่รอง โดยศาลมีความเห็นว่า ในขณะที่ค่าปรับเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยอาจไม่เหมาะสมกับการไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่หลักคือการส่งออกสินค้า แต่ค่าปรับดังกล่าวเหมาะสมกับการไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่รองคือการปฏิบัติตามใบอนุญาตส่งออกภายในระยะเวลาอันจำกัด สถานการณ์ดังกล่าวได้เกิดในคดี *181/84 E.D. and F. Man v Intervention Board* [1985] ECR 2889.<sup>130</sup> ซึ่งศาลตัดสินว่าวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้มีการจ่ายเงินมัดจำคือการสร้างความปลอดภัยให้กับสินค้าที่ส่งออก ในกรณีที่การส่งออกสินค้าส่งออกเกิดความล่าช้าไป 2-3 ชั่วโมง จากกำหนดเวลาตามใบอนุญาตส่งออก แต่ถ้าตามข้อเท็จจริงยังปรากฏว่ามีเวลาเพียงพอที่จะดำเนินการส่งออกให้สำเร็จแล้ว หากมีการกำหนดให้รับค่าปรับทั้งหมด การรับค่าปรับทั้งหมดนั้นจะเป็นการละเมิดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตัดสินคดีนี้ คือ ความแตกต่างระหว่างภาระหน้าที่หลัก คือ การดำเนินการส่งออกให้สำเร็จ และภาระหน้าที่รอง คือ การปฏิบัติตามใบอนุญาตภายในเวลาที่จำกัด

<sup>129</sup> อ้างใน John A. Usher, *supra note* 124, p.42.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p.43.

ความเห็นของศาลในลักษณะดังกล่าวยังปรากฏในคดี 21/85 *Maas v Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung* [1986] ECR 3537.<sup>131</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า มีการริบเงินค่ามัดจำที่จ่ายไปตามกฎหมายว่าด้วยการสงเคราะห์ด้านอาหาร เนื่องจากผู้ส่งออกบรรจุสินค้าลงเรือล่าช้าไป 2-3 วัน และเป็นเพราะเรือดังกล่าวมีอายุการใช้งานนานเกิน 15 ปี ซึ่งเกินกำหนดเวลาที่กฎหมายระบุไว้ ศาลตัดสินว่า แม้ภาระหน้าที่ในการบรรจุสินค้าภายในเวลาอันจำกัดเป็นภาระหน้าที่หลัก แต่การขนส่งทางทะเลที่ล่าช้าไป 2-3 วัน ไม่เป็นการฝ่าฝืนภาระหน้าที่หลัก และเนื่องจากตามข้อเท็จจริงสินค้าไปถึงจุดหมายปลายทางตามกำหนดเวลา การริบค่ามัดจำจึงไม่ถูกต้อง สำหรับประเด็นที่ว่าเรือมีอายุการใช้งานเกินกว่า 15 ปี นั้น ไม่ใช่ภาระหน้าที่หลัก เนื่องจากเงื่อนไขดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายอื่น ๆ ที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดให้ริบเงินมัดจำทั้งหมดจึงเป็นการไม่เหมาะสม

ในส่วนของการพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบมาตรการภายในประเทศของรัฐสมาชิก<sup>132</sup> กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาในระยะแรกได้วางแนวทางไว้อย่างชัดเจนว่า มาตรการภายในประเทศไม่อาจจะก่อให้เกิดผลที่เป็น การสร้างความเสียหายให้กับเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้ เว้นแต่มาตรการดังกล่าวมีความจำเป็น อย่างยิ่งต่อการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หลักความพอสมควรแก่เหตุ เริ่มมีความหมายที่เฉพาะเจาะจงใน ค.ศ. 1980 พัฒนาการดังกล่าวเป็นผลจากการขยายตัวของการฟ้องร้องคดีต่อศาล กล่าวคือ เมื่อองค์การตุลาการที่ใช้อำนาจตัดสินคดีภายในประเทศของรัฐสมาชิกมีความคุ้นเคยกับกฎหมายประชาคมยุโรปมากขึ้น การฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมยุโรปจึงเพิ่มขึ้น และดังนั้น การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในการโต้แย้งมาตรการภายในประเทศ จึงขยายตัวขึ้นตามสัดส่วนการฟ้องร้องคดีที่เพิ่มขึ้น

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ควบคุม ตรวจสอบมาตรการภายในรัฐสมาชิกเกิดการขยายตัว คือ การเปลี่ยนแปลงขั้นพื้นฐานของ

<sup>131</sup> อ้างใน John A. Usher, *supra* note 124, p.43.

<sup>132</sup> Takis Tridimas, *supra* note 124, p.94.

นโยบายในทางตุลาการ (judicial policy) กล่าวคือ มาตรา 28<sup>133</sup> และมาตรา 30<sup>134</sup> ของ EC Treaty ได้รวมหลักการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมของมาตรการภายในรัฐสมาชิกมาไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว โดยหลักการนี้ได้รับการยืนยันในคดี *Cassis de Dijon*<sup>135</sup> อันนำมาซึ่งการขยายขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายภายในประเทศรัฐสมาชิกที่ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัติที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายประชาคม ต่อมาเมื่อมีการใช้บังคับข้อความคิดว่าด้วยการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมในบทบัญญัติดังกล่าวน้อยลง การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้บังคับจึงเพิ่มมากขึ้น ในฐานะที่หลักดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานในการตัดสินเกี่ยวกับมาตรการภายในของรัฐสมาชิกที่สอดคล้องตรงกับกฎหมายประชาคมยุโรป ในทำนองเดียวกับพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุเกี่ยวกับการเปิดเสรีในการเคลื่อนย้ายสินค้าและบุคคล

จากพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปมีบ่อเกิดจากบทบัญญัติในสนธิสัญญา หลักนิติรัฐ หลักกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิก และหลักกฎหมายที่อนุমানได้จากสนธิสัญญา<sup>136</sup>

<sup>133</sup> Article 28 Quantitative restrictions on imports and all measure having equivalent effect shall be prohibited between Member States.

<sup>134</sup> Article 30 The provisions of Articles 28 and 29 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or disguised restriction on trade between Member States.

<sup>135</sup> *Case 120/78 Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* อ้างใน Takis Tridimas, *supra note 124*, p.94.

<sup>136</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, pp.710-716.

1.3.1.1 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุจากบทบัญญัติที่ชัดเจนในสนธิสัญญา  
(express provisions in the Treaty)

ในคดี 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratsstelle* [1970] E.C.R.1125.<sup>137</sup> Dutheillet de Lamothe ซึ่งมีตำแหน่งเป็น Advocate-General ได้ศึกษาบ่อเกิดทางกฎหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ตลอดจนการรับเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุเข้าสู่ระบบกฎหมายประชาคมยุโรป ในเรื่องนี้ Dutheillet de Lamothe ได้กล่าวว่า หากพิจารณาถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องแล้ว แม้ปัจเจกบุคคลไม่ควรมีเสรีภาพในการกระทำอย่างไม่จำกัดที่อยู่เหนือระดับความจำเป็นของผลประโยชน์สาธารณะ แต่สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้รับการรับรองทั้งจากหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายประชาคมยุโรป การรับรองโดยคำวินิจฉัยของศาล และโดยบทบัญญัติในสนธิสัญญา ซึ่งในส่วนของบทบัญญัติในสนธิสัญญานั้น Dutheillet de Lamothe เห็นว่าบทบัญญัติที่เป็นการรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลปรากฏอยู่ในมาตรา 39<sup>138</sup> และมาตรา

<sup>137</sup> อ้างใน Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.710.

<sup>138</sup> Article 39

1. The objective of the common agricultural policy shall be:

(a) to increase agricultural productivity by promoting technical progress and by ensuring the rational development of agricultural production and the optimum utilization of the factors of production, in particular labour;

(b) thus to ensure a fair standard of living for the agricultural community, in particular by increasing the individual earnings of persons engaged in agriculture;

(c) to stabilize markets;

(d) to assure the availability of supplies;

(e) to ensure that supplies reach consumers at reasonable prices.

2. In working out the common agriculture policy and the special methods for its application, account shall be taken of:

(a) the particular nature of agriculture activity, which results from the social structure of agriculture and from structural and natural disparities between the various agricultural regions;

(b) the need to effect the appropriate adjustments by degrees;

(c) the fact that in the Member States agriculture constitutes a sector closely linked with the economy as a whole.

40<sup>139</sup> ของ Treaty Establishing The European Economic Community (Rome, 25 March 1957) (EEC Treaty) โดยมาตรา 40 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การตลาดร่วม (the common organization of the markets) อันเป็นมาตรการเพื่อให้บรรลุผลตามมาตรา 39

ทั้งนี้ Dutheillet de Lamothe มีความเห็นว่า วิธีการวินิจฉัยคดีที่วิธีหนึ่ง คือ การนำกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้พิจารณาพิพากษาในคดีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความคลุมเครือ หรือมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่เพียงพอต่อกรณีนั้น หรือมีช่องว่างในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งมาตรการตามมาตรา 40 ไม่เป็นมาตรการที่กำหนดวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะมากหรือน้อยเกินไป แต่เป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมพอดีกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 39

ความเห็นของ Dutheillet de Lamothe แสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 40 ยอมรับให้มีการใช้บังคับเฉพาะมาตรการที่มีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามมาตรา 39 เท่านั้น อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ เช่น หลักความจำเป็น อย่างไรก็ตาม แม้ว่ามาตรการนั้นอาจเป็นมาตรการที่จำเป็น แต่หากเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลโดยไม่ได้สัดส่วนกับผลที่ต้องการให้เกิดขึ้นอย่างชัดเจน กรณีนี้ไม่สามารถกำหนดให้นำมาตรการนั้นมาใช้ได้

ในคดี 31/70 *Deutsche Getreide-und Futtermittelhandels-gesellschaft mbH v. Hauptzollamt Hamburg-Altona* [1970] E.C.R. 1055 et seq., 1071<sup>140</sup> ศาลได้ยอมรับวิธีการที่เสนอโดย Dutheillet de Lamothe เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (the proportionality principle in the strict sense) ที่กำหนดว่า นอกจากศาลจะต้องประเมินความจำเป็นของมาตรการแล้ว ศาลยังต้องกำหนดกระบวนการซึ่งน้ำหนักของผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องของอีกฝ่าย ทั้งนี้ การตรวจสอบความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบของมาตรการเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น เพราะมาตรการที่จำกัดสิทธิของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องมากเกินไปจะได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 1.3.1.2 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุจากหลักนิติรัฐ

นักวิชาการจำนวนมากมีความเห็นว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปแสดงให้เห็นถึงหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักที่มีอยู่ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปมาตั้งแต่แรกเริ่ม และเป็นหลักรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นที่ยอมรับของรัฐสมาชิกทั้งหมด แม้ว่าลักษณะและเนื้อหาของสาระของหลักนิติรัฐในแต่ละระบบกฎหมายจะมีความแตกต่างกัน

<sup>139</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ 128

<sup>140</sup> อ้างใน Jürgen Schwarze, *supra* note 4, p.711.

อย่างไรก็ดี ในเรื่องนี้เมื่อประเด็นปัญหาว่า ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปสามารถอ้างอิงข้อความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐในสถานะเดียวกันกับหลักนิติรัฐของระบบกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิกได้หรือไม่ โดยระยะแรกศาลได้นำข้อความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐมาใช้วินิจฉัยคดีเป็นครั้งแรก แต่มีผลให้หลักกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษา (case law) ได้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับหลักนิติรัฐเป็นจำนวนมาก เนื่องจากประชาคมยุโรปมีความแตกต่างจากรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย ซึ่งเรียกร้องให้การกระทำทุกอย่างต้องผูกพันด้วยกฎหมายอย่างชัดเจน เพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่กระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคล ซึ่งผลที่สุดแล้วระบบกฎหมายสหภาพยุโรปได้ยอมรับข้อความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐ และมีผลให้พลเมืองของประชาคมสามารถป้องกันตนเองจากการที่ประชาคมใช้อำนาจเกินขอบเขตได้ด้วยมาตรการทางกฎหมาย

ในเรื่องนี้ Hans Peter Ipsen ได้กล่าวว่าสิทธิที่จะเป็นผลตามมา คือ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาตามหลักการจำกัดอำนาจขององค์กรในประชาคมยุโรป ทั้งนี้ เป็นผลจากกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนั้นมีพื้นฐานหลักนิติรัฐ การละเมิดหลักดังกล่าวจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ นอกจากนี้ Ipsen ยังได้อ้างว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นการแสดงออกซึ่งหลักนิติรัฐ และเป็นการขยายหลักว่าด้วยการจำกัดอำนาจโดยสนธิสัญญา

หลักนิติรัฐจะมีผลผูกพันองค์กรต่าง ๆ ของประชาคมยุโรปในลักษณะเดียวกันกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่ที่เป็นการป้องกันสิทธิของพลเมืองของประชาคมยุโรปโดยอัตโนมัติ และมีผลบังคับให้องค์กรของประชาคมยุโรปอยู่ภายใต้หลักความยุติธรรม (the principle of justice) แนวความคิดที่แสดงให้เห็นถึงการนำหลักความยุติธรรมมาใช้ ปรากฏในคดี *Mannesmann v. High Authority, July 13, 1962*<sup>141</sup> ซึ่งอธิบายเกี่ยวกับหลักความยุติธรรมว่า เป็นหน้าที่ของคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้บรรลุผลสำเร็จภายใต้เงื่อนไขที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และต้องกำหนดภาระต่อปัจเจกบุคคลผู้เกี่ยวข้องให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

### 1.3.1.3 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุจากหลักกฎหมายภายในประเทศ (national rules)

ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป การใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นการให้เหตุผลโดยอ้างอิงจากระบบกฎหมายภายในประเทศ (the national legal system) ของรัฐสมาชิก เนื่องจากในกรณีที่กฎหมายประชาคมที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งมี

<sup>141</sup> อ้างใน Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.714.



ความจำเป็นต่อการวินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อพิพาทไว้ วิธีการหนึ่งซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป คือ การใช้กฎหมายเปรียบเทียบ ศาลจึงมีหน้าที่นำหลักกฎหมายภายในประเทศมาวินิจฉัยข้อพิพาทให้เกิดความเหมาะสมในแต่ละคดี

สำหรับการกำหนดเนื้อหาของหลักกฎหมายให้เกิดความแน่นอน เพื่อให้หลักกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิกเกิดความสัมพันธ์กับกฎหมายประชาคม ศาลจะต้องดึงกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ร่วมกันในระบบกฎหมายของรัฐสมาชิกซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศมาวินิจฉัยคดี ทั้งนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกส่วนใหญ่ แม้ว่ารรัฐสมาชิกต่าง ๆ จะมีรูปแบบของการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุที่แตกต่างกันออกไป

1.3.1.4 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่อนุมานจากบทบัญญัติของสนธิสัญญา  
(the proportionality principles as deduced from the treaty provisions)

Hans Kutscher อดีตประธานศาลยุติธรรมแห่งยุโรปตั้งข้อสังเกตว่า มีความจำเป็นหรือไม่ในการเรียกร้องว่า หลักความสูงสุดของหลักกฎหมาย (the supreme principles of the law principles) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายร่วมกันของประเทศสมาชิก จะเป็นเหตุผลในการบังคับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในกฎหมายสหภาพยุโรป และมีความเห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นผลที่เกิดจากการอนุมานบทบัญญัติของสนธิสัญญาอันมีมาตั้งแต่แรกเริ่ม ซึ่งในสนธิสัญญาประกอบด้วยกฎเกณฑ์เป็นจำนวนมากที่มีแดนคาบเกี่ยวกับการใช้มาตรการซึ่งเป็นที่ต้องการ (required measures) หรือมาตรการที่มีเหตุผลอันสมควร (justified measures) หรือมาตรการที่มีความจำเป็น (necessary measures) หรือเป็นมาตรการซึ่งก่อให้เกิดการรบกวนที่น้อยที่สุด อันเป็นกลไกของตลาดร่วมยุโรป (Common Market)

เมื่อศาลได้มีคำวินิจฉัยในคดี *Ruckdeschel, October 1977*<sup>142</sup> ซึ่งได้อธิบายถึงบทบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ในมาตรา 40 (3) และ (2) แห่ง EEC Treaty ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติที่แสดงออกโดยเฉพาะเจาะจงถึงหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความเสมอภาค อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักการพื้นฐานในกฎหมายประชาคม ดังนั้น ด้วยการให้เหตุผลในลักษณะเดียวกันนี้ สามารถแปลความได้ว่าบทบัญญัติตามสนธิสัญญาและกฎเกณฑ์อื่น ๆ เป็นการแสดงออกโดยเฉพาะเจาะจงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุเช่นกัน

<sup>142</sup> อ้างใน Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.715.

### 1.3.2 สาระสำคัญและสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่เรียกร้องว่าการกระทำใด ๆ จะต้องมีความเหมาะสม (appropriate) และมีความจำเป็น (indispensable) ซึ่งการกระทำที่มีความเหมาะสม คือ การกระทำที่สามารถทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ส่วนการกระทำที่มีความจำเป็น คือ การกระทำที่ไม่สามารถแทนที่ได้ด้วยการกระทำอื่นใด ในอันที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพอย่างเท่าเทียมกันได้เพื่อจะให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ และเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดอันตรายน้อยที่สุดต่อวัตถุประสงค์ประการอื่น ๆ หรือประโยชน์ที่ต้องการคุ้มครองโดยกฎหมายสหภาพยุโรป<sup>143</sup>

การให้นิยามหลักความพอสมควรแก่เหตุของศาลในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป<sup>144</sup> ศาลได้ให้นิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นครั้งแรกในคดี *Fédéchar*<sup>145</sup> ใน ค.ศ. 1955 ซึ่งในระยะแรกของการวินิจฉัยคดีโดยหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลได้กล่าวอ้างถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยให้นิยามว่า

“ตามที่มีการยอมรับหลักนิติรัฐเป็นการทั่วไปนั้น การโต้แย้งโดยทางอ้อมของคณะเจ้าหน้าที่ชั้นสูง (High Authority) ต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำที่พอสมควร (proportion) กับน้ำหนักของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

นิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ได้รับการกล่าวอ้างมากที่สุดในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป คือ นิยามที่ปรากฏในคดี *Fromançais*<sup>146</sup> ซึ่งศาลให้คำนิยามไว้ว่า

“เพื่อจะพิสูจน์ว่าบทบัญญัติในกฎหมายประชาคมยุโรปสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุและเป็นบทบัญญัติที่มีความจำเป็นหรือไม่ ประการแรก จะต้องพิจารณาว่า มาตรการที่นำมาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์มีลักษณะสอดคล้องกับสาระสำคัญของวัตถุประสงค์ ในการนำมาตรการนั้นมาใช้หรือไม่ และประการที่สอง มาตรการต่าง ๆ เหล่านี้มีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการเหล่านั้นหรือไม่”

<sup>143</sup> Koen Lenaerts and Piet Van Nufel, Constitutional Law of the European Union, 2<sup>nd</sup> edition, (London: Sweet & Maxwell, 2005), p.111.

<sup>144</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, pp.134-135.

<sup>145</sup> Case 8/55 [1954 – 1955] ECR 292, p.299 per curiam. อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.134.

<sup>146</sup> Case 66/82 [1983] ECR 395, p.404 per curiam. อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.134.

นियามดังกล่าวมีขอบเขตแคบกว่านิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากนิยามนี้ไม่ได้กล่าวถึงหลักการย่อยที่ว่าด้วยความสัมฤทธิ์ผล (the subprinciple of suitability) ไว้ อย่างไรก็ตาม ในระยะต่อมาศาลมีแนวโน้มที่จะนำข้อความคิดว่าด้วยความสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมันมาใช้บังคับมากขึ้น โดยเห็นได้จากนิยามของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ว่า

“หลักความพอสมควรแก่เหตุเรียกร้องว่า มาตรการที่นำมาใช้โดยสถาบันในประชาคมยุโรป จะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิเกินขอบเขตของความเหมาะสมและความจำเป็น เพื่อจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ เมื่อมีมาตรการที่ทำให้เกิดความสัมฤทธิ์ผลหลาย ๆ มาตรการให้เลือกปฏิบัติได้ มาตรการที่นำมาใช้จะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระน้อยที่สุด และความเสียหายอันเกิดจากมาตรการนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ต้องปฏิบัติตาม”

จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มีหลักการย่อยของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายเยอรมันทั้งสามประการปรากฏในนิยามดังกล่าว ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล (suitability) หลักความจำเป็น (necessity) และหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality in *stricto sensu*) อย่างไรก็ตาม นิยามดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันไปตามบริบทของคดีที่ต่างประเภทกัน

ก่อนที่จะมีการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมารวมไว้ใน EC Treaty ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้วินิจฉัยคดีจำนวนมาก ซึ่งในระยะนั้นข้อความคิดว่าด้วยความสมควรแก่เหตุมีความหลากหลายแตกต่างกันไปตามบริบทของกฎหมายประชาคมยุโรปที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม อาจแบ่งการนำข้อความคิดว่าด้วยความสมควรแก่เหตุไปใช้ได้เป็นสองแบบ ได้แก่ การใช้ข้อความคิดว่าด้วยความสมควรแก่เหตุในบริบทของการกำหนดอำนาจในการตรวจกฎหมายของประชาคมยุโรปและองค์กรต่าง ๆ ของประชาคมยุโรป โดยใช้หลักความสมควรแก่เหตุกำหนดภาระหน้าที่ตามกฎหมายประชาคมยุโรปให้ถูกต้องตามกฎหมาย และการใช้ข้อความคิดว่าด้วยความสมควรแก่เหตุในการกำหนดการกระทำของรัฐสมาชิก เมื่อประเทศเหล่านั้นกระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายประชาคมยุโรป<sup>147</sup>

<sup>147</sup> John A. Usher, *supra* note 124, p.37.

เมื่อได้มีการรวมข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในสนธิสัญญาแล้ว ในวรรคท้ายของมาตรา 3b<sup>148</sup> ของ EC Treaty ซึ่งแก้ไขโดย The Maastricht Treaty (ซึ่งในปัจจุบันคือมาตรา 5 ของ EC Treaty ซึ่งแก้ไขโดย The Amsterdam Treaty) ได้บัญญัติว่า การกระทำทุกอย่างของประชาคมจะต้องไม่อยู่เหนือความจำเป็นที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ตามสนธิสัญญานี้ หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรา 3b เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยให้ความสำคัญกับการกระทำขององค์กรในประชาคมยุโรปว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดภาระมากกว่าผลประโยชน์ที่จะตามมาหรือไม่<sup>149</sup>

ตัวอย่างของข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในลักษณะดังกล่าวปรากฏในคดี *C-359/92 Germany v Council [1994] ECR I-3681*.<sup>150</sup> ซึ่งประเทศเยอรมันเรียกร้องว่า มาตรา 9 ของ Council Directive 92/59 ว่าด้วยความปลอดภัยของสินค้า เป็นบทบัญญัติที่ละเมิดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพราะบทบัญญัตินี้กำหนดอำนาจให้กับคณะกรรมการ (Commission) เพื่อกำหนดให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการตามมาตรา 6 (1) (d) – (h) ของ Council Directive โดยประเทศเยอรมันโต้แย้งว่า การใช้อำนาจของคณะกรรมการไม่เหมาะสม (appropriate) และไม่มีการรับประกันว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์มากที่สุดหรือไม่ (the most suitable) และยังโต้แย้งว่าการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันนี้ สามารถกระทำได้ด้วยวิธีการตามมาตรา 169 ของ EC Treaty ในคดีนี้ศาลตั้งข้อสังเกตว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเรียกร้องว่ามาตรการที่นำมาใช้โดยสถาบันต่าง ๆ ของประชาคมยุโรปจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้บรรลุผลสำเร็จ โดยมาตรการดังกล่าวจะต้องไม่

---

<sup>148</sup> Article 3b The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the member-States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.

<sup>149</sup> John A. Usher, *supra note 124*, p.38.

<sup>150</sup> *Ibid.*

อยู่นอกเหนือความจำเป็นของวัตถุประสงค์นั้น สำหรับข้อโต้แย้งของรัฐบาลเยอรมันนั้น ศาลวินิจฉัยว่าการให้อำนาจแก่คณะกรรมการกำหนดมาตรการดังกล่าวไม่ใช่กรณีที่ไม่เหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค และวิธีการตามมาตรา 169 ของ EC Treaty ไม่ก่อให้เกิดผลอย่างเดียวกันกับการใช้วิธีการตาม มาตรา 9 ของ Council Directive 92/59

ในส่วนของความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐสมาชิก เมื่อรัฐสมาชิกกระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายสหภาพยุโรป ปรากฏในคดี *C-55/94 Gebhard [1995] ECR I – 4165*<sup>151</sup> ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งยุโรปวินิจฉัยว่า มาตรการภายในของประเทศสมาชิกที่มีแนวโน้มว่าจะไม่มีการรับประกันเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามสนธิสัญญา มาตรการดังกล่าวจะต้องทำให้วัตถุประสงค์ที่จะต้องดำเนินการตามเกิดความสัมพันธ์ผล และมาตรการเหล่านั้นจะต้องไม่อยู่นอกเหนือความจำเป็นที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น<sup>152</sup>

จากความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏในคดีต่าง ๆ จะเห็นได้ว่า ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ใช้ถ้อยคำที่แสดงความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุต่างกันไป เช่นคำว่า “จำเป็น” (necessary) “เหมาะสม” (suitable) “มีความจำเป็นอย่างยิ่ง” (essential) แต่อย่างไรก็ตาม แนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปไม่ได้แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจน ดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน แม้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปในหลาย ๆ คดีจะพิจารณาหลักความพอสมควรแก่เหตุเพียงแง่มุมเดียว แต่หากพิจารณาหลักกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษา รวมทั้งความเห็นของ Advocate-General เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุจะประกอบด้วยหลักการย่อยสามประการ ได้แก่ หลักความสัมพันธ์ผล (suitability) หลักความจำเป็น (necessity) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality in the strict sense)<sup>153</sup>

### 1.3.2.1 หลักความสัมพันธ์ผล (suitability)

หลักความสัมพันธ์ผล คือ หลักที่นำมาพิจารณาว่ามาตรการที่นำมาใช้เป็นมาตรการที่เหมาะสมต่อการทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นเกิดผลสัมฤทธิ์หรือไม่<sup>154</sup> คำพิพากษาของศาลในหลายคดีตัดสินว่ามาตรการที่นำมาใช้จะสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุต่อเมื่อ

<sup>151</sup> John A. Usher, *supra note 124*, p.40.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.854.

<sup>154</sup> Takis Tridimas, *supra note 124*, pp.91–92.

มาตรการนั้นทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดความสัมฤทธิ์ผล ซึ่งความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ ตัวอย่างเช่น วิธีการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 40 (1) ของ EEC Treaty ซึ่งจะทำให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 39 (1) ของ EEC Treaty เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการที่จะนำไปใช้ ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดีลักษณะเดียวกันนี้ว่า มาตรการแทรกแซงทางเศรษฐกิจจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดผลสำเร็จอย่างแน่แท้ และมาตรการดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่สัมฤทธิ์ผลต่อเมื่อทำให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการเป็นจริง<sup>155</sup>

ในการกำหนดความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการใด ๆ ให้เป็นที่แน่นอนนั้น ศาลจะจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการประเมินว่าเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลอย่างชัดแจ้งหรือไม่ โดยจะพิจารณาความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการในเวลาที่มีการนำมาตรการนั้นมาใช้ แม้ว่าในภายหลังจะปรากฏว่ามีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มเติมขั้นตอนเพื่อให้มาตรการเกิดผลสัมฤทธิ์โดยสมบูรณ์

#### 1.3.2.2 หลักความจำเป็น (necessity)

หลักความจำเป็น คือ หลักที่นำมาพิจารณาว่ามาตรการที่นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรการเกิดผลสัมฤทธิ์นั้น เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นหรือไม่ กล่าวคือ มีมาตรการอื่นที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์อย่างเดียวกัน และเป็นมาตรการที่มีข้อจำกัดน้อยที่สุดหรือไม่<sup>156</sup>

หลักความจำเป็นเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ศาลนำไปใช้ตัดสินคดีส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ และเป็นหลักเกณฑ์ที่นำไปใช้ในการวินิจฉัยคดีในระยะแรก โดยศาลจะประเมินว่ามาตรการที่นำมาใช้มีความจำเป็นหรือไม่ ซึ่งมักจะพบในคดีที่มีการกำหนดภาระหน้าที่อันเกินขอบเขตให้กับบุคคล ในคดีส่วนใหญ่ศาลยืนยันว่ามาตรการของประชาคมยุโรปจะต้องไม่เกินกว่าความจำเป็นต่อการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ หลักความจำเป็นกำหนดว่ามาตรการที่นำมาใช้ซึ่งเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุผลสำเร็จ จะต้องเป็นมาตรการที่มีข้อจำกัดน้อยที่สุด และในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์หลาย ๆ มาตรการ มาตรการที่นำมาใช้ได้เพียงมาตรการเดียว คือ มาตรการที่ก่อให้เกิดความรุนแรงน้อยที่สุด<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, pp.855–856.

<sup>156</sup> Takis Tridimas, *supra note 124*, p.92.

<sup>157</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.857.

### 1.3.2.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (proportionality in the strict sense)

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ คือ หลักที่นำมาพิจารณาว่า มาตรการที่นำมาใช้ซึ่งเป็นมาตรการที่มีข้อจำกัดน้อยที่สุดนั้น เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่มากกว่าผลประโยชน์หรือไม่<sup>158</sup> เมื่อพิจารณาตามหลักนี้ ศาลจึงต้องชั่งน้ำหนักระหว่าง ผลประโยชน์ทั่วไป (general good) ที่ได้รับการบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ กับการจำกัดสิทธิพลเมืองของประชาคมยุโรป อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครอง

ข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบปรากฏเป็น ครั้งแรกในคดี *Hauer 44/79 [1979] E.C.R. 3727 at 3747 et seq.*<sup>159</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการ จำกัดการใช้สิทธิในการประกอบอาชีพและสิทธิในทรัพย์สิน โดยมีการออกคำสั่งห้ามมิให้ เพาะปลูกต้นองุ่นขึ้นใหม่ ศาลวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็น และข้อจำกัดอัน เกิดจากมาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่ต้องดำเนินการโดยประชาคม ยุโรป และไม่เป็นการละเมิดสาระสำคัญของสิทธิในทรัพย์สิน

ดังนั้น การพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบจึงต้อง พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผลกระทบจากมาตรการและผลประโยชน์ที่จะได้รับจากมาตรการ นั้น ซึ่งจะต้องมีความเหมาะสมซึ่งกันและกัน ดังเช่นคดีเกี่ยวกับการริบเงินมัดจำ ศาลวินิจฉัยว่า กรณีเป็นการไม่พอสมควรแก่เหตุ หากยอมให้มีการริบค่าปรับทั้งหมดโดยที่ไม่มีการละเมิดหน้าที่ อย่างรุนแรง ในกรณีดังกล่าวศาลได้พิจารณาตามความสัมพันธ์อย่างไม่พอสมควรแก่เหตุระหว่าง โทษที่นำมาใช้กับกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามหน้าที่ได้สำเร็จ หรือกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามหน้าที่ได้ เสร็จทันกำหนดเวลา ซึ่งเป็นการลงโทษที่มากเกินไปเกินขอบเขตอันสมควร<sup>160</sup>

สำหรับสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป<sup>161</sup> มีประเด็นปัญหาว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นเพียงหลักกฎหมายปกครองเท่านั้น หรือมีสถานะเป็นหลักรัฐธรรมนูญ เนื่องจากแต่เดิมนั้นศาลได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ บังคับเฉพาะคดีเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองของสถาบันต่าง ๆ ใน ประชาคมยุโรปเท่านั้น โดยที่มีได้นำหลักดังกล่าวไปใช้ในฐานะเป็นหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่ใช้

<sup>158</sup> Takis Tridimas, *supra note 124*, p.92.

<sup>159</sup> อ้างใน Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.859.

<sup>160</sup> Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.859.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp.717-719.

ประเมินการกระทำของประชาคมยุโรปทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งการออกกฎเกณฑ์โดยคณะมนตรี (Council) และคณะกรรมการ (Commission)

อย่างไรก็ตาม ในระยะต่อมาได้มีการพัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุให้มีสถานะเป็นหลักทั่วไป ซึ่งครอบคลุมถึงการจำกัดบรรดาการกระทำทางกฎหมาย (legal acts) ของประชาคมยุโรป และรวมถึงการตรากฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนดภาระหน้าที่อีกด้วย เช่นเดียวกับหลักกฎหมายทั่วไปส่วนใหญ่ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปที่มีพัฒนาการจากหลักที่ใช้ควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองไปสู่หลักที่ใช้ควบคุมตรวจสอบกฎเกณฑ์ตามกฎหมาย

ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีสถานะเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญที่ครอบคลุมการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบรรดากฎเกณฑ์ทั้งปวงของประชาคม ทั้งนี้ Capotorti ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็น Advocate-General ได้ให้ความเห็นไว้ในคดี 83 และ 94/76, 15 และ 40/77 [1978] E.C.R. 1209 at 1230<sup>162</sup> ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่อยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยประชาคมยุโรป

### 1.3.3 ขอบเขตของการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป

ในมาตรา 3b<sup>163</sup> วรรค 3 ของ EC Treaty (ซึ่งในปัจจุบันคือมาตรา 5 ของ EC Treaty ซึ่งแก้ไขโดย The Amsterdam Treaty) กำหนดหลักความพอสมควรแก่เหตุว่า “การกระทำทั้งปวงของประชาคมจะต้องไม่อยู่นอกเหนือความจำเป็นต่อการทำให้วัตถุประสงค์ตามสนธิสัญญาเกิดความสัมฤทธิ์ผล” บทบัญญัตินี้นำไปใช้บังคับกับการกระทำทุกประเภทของประชาคม ทั้งการตรากฎหมายและการใช้อำนาจทางบริหาร ซึ่งใน Edinburgh guidelines ได้อธิบายหน้าที่ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวว่า มาตรา 3b ใช้บังคับกับการกระทำทุกประเภทของประชาคมยุโรป โดยหลักความพอสมควรแก่เหตุกำหนดให้การดำเนินการใด ๆ ของประชาคมยุโรปจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ตามสนธิสัญญาบรรลุผลเท่านั้น กล่าวคือ ประชาคมยุโรปไม่ควรออกข้อบังคับ (regulation) หากเรื่องนั้นสามารถดำเนินการได้ด้วยการออกข้อกำหนด (directive) หรือประชาคมยุโรปไม่จำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดของข้อกำหนด หากเรื่องนั้นสามารถดำเนินการได้ด้วยการกำหนดเค้าโครง (framework) ของข้อกำหนด

<sup>162</sup> อ้างใน Jürgen Schwarze, *supra note 4*, p.719.

<sup>163</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ 148



จากบทบัญญัติในมาตรา 3b ของ EC Treaty ประกอบกับ Edinburgh Guidelines แสดงให้เห็นว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุมิได้เป็นเพียงหลัก (doctrine) สำหรับศาลเพื่อใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประชาคมเท่านั้น แต่หลักความพอสมควรแก่เหตุยังเป็นหลักในกระบวนการนิติบัญญัติ (legislative doctrine) สำหรับสถาบันการเมืองของประชาคมยุโรปในการใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักที่กำหนดแนวทางว่าการกระทำประเภทใดที่ประชาคมยุโรปสมควรกระทำ หรืออาจกล่าวอีกนัยว่า สถาบันต่าง ๆ ของประชาคมยุโรปไม่ควรนำมาตรากฎที่ไม่เหมาะสมต่อการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์มาใช้บังคับ ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงควบคุมขอบเขตการตรากฎหมายที่มีบทบัญญัติซึ่งกำหนดรายละเอียดมากเกินไปจนความจำเป็น และกำหนดวิธีการที่ใช้เป็นเครื่องมือดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ว่าต้องเป็นวิธีการที่สร้างข้อจำกัดน้อยที่สุด<sup>164</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าว ขอบเขตการใช้บังคับหลักความพอสมควรแก่เหตุตามมาตรา 5 ของ EC Treaty ซึ่งแก้ไขโดย The Amsterdam Treaty มีดังนี้<sup>165</sup>

#### 1.3.3.1 การคุ้มครองอำนาจภายในประเทศ (protecting national powers)

ตามที่มาตรา 5<sup>166</sup> วรรคสอง ของ EC Treaty กำหนดว่า “ประชาคมยุโรปจะกระทำการเฉพาะในเรื่องที่รัฐสมาชิกไม่สามารถดำเนินการให้เกิดผลสัมฤทธิ์ได้อย่างเพียงพอ และเป็นเรื่องที่ประชาคมสามารถดำเนินการให้สัมฤทธิ์ผลได้มากกว่า” บทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นถึงการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรม ในการตรวจสอบเพื่อคุ้มครองการใช้อำนาจในส่วนที่เหลือ (residuary powers) ของรัฐสมาชิก การกระทำทั้งปวงของประชาคมยุโรปจึงต้องมี

<sup>164</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, pp.139–142.

<sup>165</sup> Koen Lenaerts and Piet Van Nufel, *supra note 143*, pp.112-114.

<sup>166</sup> Article 5 The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.

ความเหมาะสม (appropriate) และมีความจำเป็น (indispensable) ต่อการสนับสนุนให้รัฐสมาชิกมีความสามารถอย่างเพียงพอ ซึ่งความเหมาะสมในที่นี้หมายถึงการกระทำของประชาคมยุโรปจะต้องมีความเหมาะสมต่อการทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดความสัมฤทธิ์ผล ส่วนการกระทำที่มีความจำเป็น หมายถึง การกระทำที่ไม่สามารถแทนที่ได้ด้วยมาตรการอื่น

พิธีสารว่าด้วยการใช้บังคับหลักการส่งเสริมและหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality) กำหนดให้รูปแบบการกระทำของประชาคมยุโรปจะต้องเป็นการกระทำที่ธรรมดา (simple) ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และเสนอให้มีการออกข้อกำหนด (directive) มากกว่าข้อบังคับ (regulation) อีกทั้งเนื้อหาของข้อกำหนดจะต้องเป็นการกำหนดโครงสร้าง (framework) มากกว่ากำหนดรายละเอียด

ตามลักษณะและเนื้อหาของการกระทำของประชาคมยุโรป มาตรการต่าง ๆ ของประชาคมยุโรปควรละเว้นการกำหนดขอบเขตสำหรับการใช้ดุลพินิจภายในประเทศให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และสร้างความมั่นคงปลอดภัยให้กับจุดมุ่งหมายของมาตรการ และส่งเสริมข้อกำหนดตามสนธิสัญญา ในกรณีที่มีการควบคุมความจำเป็นในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ประชาคมยุโรปควรจัดให้มีมาตรการต่าง ๆ หลายแนวทาง เพื่อให้รัฐสมาชิกมีทางเลือกในการดำเนินการให้สัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น

#### 1.3.3.2 การคุ้มครองผลประโยชน์ตามกฎหมาย (protecting legitimate interests)

มาตรา 5<sup>167</sup> วรรคสาม ของ EC Treaty จำกัดการกระทำของประชาคมยุโรป โดยกำหนดว่า การกระทำที่ล่วงของประชาคมยุโรปจะต้องไม่อยู่นอกเหนือความจำเป็นในการทำให้วัตถุประสงค์ตามสนธิสัญญาเกิดความสัมฤทธิ์ผล ซึ่งการกระทำที่อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ตามสนธิสัญญาจะถือเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจ (*ultra vires*)

หลักความพอสมควรแก่เหตุตามมาตรา 5 วรรคสาม ของ EC Treaty ที่เรียกร้องว่าการกระทำที่กำหนดไว้จะต้องไม่อยู่นอกเหนือความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้น เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองประเทศสมาชิก หน่วยงานประจำภูมิภาคและหน่วยงานประจำท้องถิ่น (regional and local authorities) การค้าและอุตสาหกรรม และพลเมืองของประชาคมยุโรป จากการกระทำของประชาคมยุโรปที่ก่อให้เกิดภาวะหรือหน้าที่ซึ่งไม่พอสมควรกับประโยชน์ที่กำหนดไว้ การกระทำทางกฎหมายใดของประชาคมที่มีลักษณะเช่นว่านี้อาจจะขัดต่อมาตรา 5 วรรคสาม ของ EC Treaty ได้

<sup>167</sup> โปรดดูเชิงอรรถที่ 166

นอกจากนี้เมื่อประชาคมยุโรปใช้อำนาจในทางบริหาร ประชาคมยุโรปจะต้องพิจารณาความสามารถของรัฐสมาชิกเพื่อสนับสนุนให้รัฐสมาชิกดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้

### 1.3.3.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นเครื่องมือของสถาบัน (Institutional implementation)

พิธีสารว่าด้วยการใช้บังคับหลักการส่งเสริมและหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality) กำหนดให้สถาบันต่าง ๆ นำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปบังคับใช้ในระดับเดียวกับหลักการส่งเสริม (the principle of subsidiarity) เมื่อมีการพิจารณาหรือปรับปรุงข้อเสนอต่าง ๆ (proposals) มาตรการทุก ๆ มาตรการจะต้องกำหนดเหตุผลที่มีความเหมาะสมต่อการทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้สัมฤทธิ์ผล และเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นต่อวัตถุประสงค์นั้น ในการรายงานต่อคณะมนตรีแห่งยุโรป (European Council) เกี่ยวกับการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ตามหลักการส่งเสริม (the principle of subsidiarity) คณะกรรมาธิการแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุควรได้รับการยกเลิกหรือแก้ไข และควรมีการรวบรวมรายชื่อกฎหมายที่สามารถแก้ไขหรือยกเลิกได้ ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายเพื่อแสดงให้เห็นถึงหลักการส่งเสริมและหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจน จะทำให้กระบวนการตรากฎหมายของประชาคมมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น

สำหรับขอบเขตการบังคับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุกับกฎหมายภายในประเทศของรัฐสมาชิก<sup>168</sup> หลักความพอสมควรแก่เหตุไม่ได้ใช้บังคับเฉพาะกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประชาคมเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงมาตรการภายในประเทศของรัฐสมาชิกที่มีผลแทรกแซงการใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งได้รับการรับรองโดยสนธิสัญญาอีกด้วย ตัวอย่างเช่น การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุไปใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการย้ายถิ่นที่อยู่โดยเสรีของบุคคล (the free movement of persons) เพื่อโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเนรเทศพลเมืองชาวอังกฤษออกจากอิตาลี ซึ่งเป็นคำสั่งที่ออกโดยหน่วยงานของอิตาลีในกรณีนี้มาตรการภายในประเทศที่ได้รับการโต้แย้งไม่ได้อาศัยอำนาจตามสนธิสัญญา แต่นำเอาอำนาจทั่วไปของรัฐสมาชิกมาใช้บังคับในการกำหนดแนวทางการเคลื่อนย้ายบุคคลภายในอาณาเขตประเทศ ผู้ร้องคนหนึ่ง คือ Ms. Watson ซึ่งเป็นชาวอังกฤษ ได้เรียกร้องสิทธิในการอยู่อาศัยที่อิตาลี ซึ่งสิทธิในการย้ายถิ่นที่อยู่โดยเสรีของบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาคมยุโรปซึ่งอาจจำกัดได้เฉพาะเพื่อบริหารนโยบายสาธารณะ ความมั่นคงของรัฐ หรือการสาธารณสุข หน่วยงาน

<sup>168</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, pp.166-168.

ของอิตาลีต้องการเนรเทศ Ms. Watson ออกจากประเทศ โดยให้เหตุผลว่า Ms. Watson เพิกเฉยต่อการปฏิบัติตามกระบวนการทางปกครองภายใต้กฎหมายอิตาลีว่าด้วยการบันทึกและตรวจสอบการเดินทางเข้าออกประเทศอิตาลี

ในคดีนี้ Trabbuchi ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็น Advocate-General ตั้งข้อสังเกตว่า เมื่อรัฐดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ รัฐไม่ควรเข้าแทรกแซงการใช้สิทธิส่วนบุคคลหรือเสรีภาพของบุคคลที่รับรองโดยสนธิสัญญา ในบริบทนี้การกำหนดภาระหน้าที่ควรจะพอสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่องค์กรของรัฐต้องการ โดยแท้จริงแล้วหลักความพอสอดคล้องแก่เหตุไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีที่มีความเสี่ยงต่อสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยสนธิสัญญา แต่ยังเป็นหลักทั่วไปที่ครอบคลุมถึงการกระทำของสถาบันต่าง ๆ ของประชาคมยุโรปและองค์กรภายในประเทศ

นอกจากนี้ เมื่อองค์กรภายในประเทศจะตรากฎหมายกำหนดโทษเพื่อให้สอดคล้องกับข้อบังคับของประชาคมยุโรป โทษดังกล่าวต้องเป็นโทษที่มีความพอสอดคล้อง และมีผลเป็นการห้ามปราม (dissuative) ศาลได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นการใช้ดุลพินิจของรัฐสมาชิกในการกำหนดโทษทางอาญาที่ขัดต่อกฎหมายประชาคมไว้ในคดี *Hansen C-326/88 [1990] ECR I-2911, p.2935 per curiam*<sup>169</sup> ว่า มาตรา 5 ของ EEC Treaty กำหนดให้บรรดามาตรการของรัฐสมาชิกจะต้องมีความจำเป็นต่อการบังคับใช้และการมีผลของกฎหมายประชาคมยุโรป ดังนั้น ในการที่รัฐสมาชิกจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษทางอาญา รัฐสมาชิกจะต้องรับรองว่าการกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายประชาคมจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขทั้งด้านสัณญัตติและสารบัญญัติ (procedural and substantive conditions) และในทุกกรณีการลงโทษดังกล่าวจะต้องมีผลบังคับเป็นโทษที่มีความพอสอดคล้องและมีผลเป็นการห้ามปราม (dissuative)

การที่รัฐสมาชิกจะต้องผูกพันต่อหลักความพอสอดคล้องแก่เหตุในการบัญญัติกฎหมายและการกระทำทางปกครอง (legislative and administrative action) ซึ่งมีผลกระทบต่อเสรีภาพของประชาคม อาจเกิดขึ้นจากการตรากฎหมายลำดับรองโดยสถาบันของประชาคมยุโรป เช่น มาตรา 3 ของ Commission Directive 70/50 บัญญัติว่า การจำกัดการเคลื่อนย้ายสินค้าโดยเสรี (the free movement of goods) จะถือว่าไม่พอสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของข้อจำกัดเหล่านั้นต่อเมื่อวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันนั้นสามารถบรรลุผลสำเร็จได้ด้วยมาตรการอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้าน้อยที่สุด

นอกจากนี้ ศาลได้กำหนดแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรการภายในประเทศที่จำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายบริการ (the free movement of service) ไว้ว่า (1) เหตุผลของมาตรการ

<sup>169</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p. 167.

จำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายบริการดังกล่าว จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอันหลีกเลี่ยงไม่ได้ (2) ประโยชน์สาธารณะที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของรัฐที่เป็นแหล่งกำเนิดการให้บริการ และ (3) ผลอันเกิดจากมาตรการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ไม่อาจดำเนินการให้บรรลุผลสำเร็จได้ด้วยมาตรการอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้าที่น้อยที่สุด ดังนั้น การที่รัฐสมาชิกจะจำกัดกิจกรรมใด ๆ เกี่ยวกับการให้บริการ การจำกัดดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลอันสมควรและไม่เป็นการสร้างภาระหน้าที่มากเกินไป

#### 1.3.4 การให้หลักความพอสมควรแก่เหตุในทางปฏิบัติในการตัดสินคดีของศาลยุติธรรมยุโรป

หลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งได้รับการพัฒนาอย่างเป็นระบบโดยศาลยุติธรรมยุโรป และประกอบด้วยหลักการย่อยสามประการ อันได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ นั้น ศาลยุติธรรมยุโรปได้นำหลักการย่อยแต่ละประการไปใช้ในการวินิจฉัยคดี<sup>170</sup> ดังนี้

##### 1.3.4.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล (suitability)

ศาลได้นำหลักความสัมฤทธิ์ผลไปใช้ในการตรวจสอบมาตรการของประชาคมยุโรป หลายคดี ซึ่งในคดีส่วนมากการตรวจสอบด้วยหลักนี้ได้เรียกร้องให้ศาลประเมินสิ่งที่เรียกกันในกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาว่า “สถานการณ์ทางเศรษฐกิจอันซับซ้อน” (complex economic situation) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (wide discretionary powers) ผลจากการควบคุมตรวจสอบมาตรการด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยองค์กรตุลาการใน คือ ศาลจะตรวจสอบเฉพาะมาตรการที่ก่อให้เกิดความไม่สัมฤทธิ์ผลอย่างชัดเจน เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เกิดผลสัมฤทธิ์ และประเด็นที่จะต้องชี้ขาดคือในเวลาที่น่ามาตรการดังกล่าวมาใช้ กรณีสามารถสันนิษฐานได้หรือไม่ว่ามาตรการนั้นไม่สามารถนำไปสู่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ ดังนั้น ศาลจึงต้องประเมินมาตรการเฉพาะในเวลาที่น่ามาตรการนั้นมาใช้บังคับ และมาตรการดังกล่าวต้องเกิดความไม่สัมฤทธิ์ผลต่อการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างชัดเจน ดังที่ศาลได้อธิบายว่าความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประชาคมยุโรปไม่อาจจะขึ้นอยู่กับ การพิจารณาทบทวนย้อนหลังถึงประสิทธิภาพของการกระทำนั้น องค์กรณีนิติบัญญัติของประชาคมยุโรปถูกผูกมัดให้ประเมินผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตของกฎเกณฑ์ที่ได้นำมาใช้ และผลต่าง ๆ

<sup>170</sup> Nicholas Emiliou, *supra note 1*, pp.191-194.

เหล่านั้นไม่อาจรู้ล่วงหน้าได้อย่างแม่นยำ การวิจารณ์การประเมินของประชาคมยุโรปจะทำได้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีความไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสมปรากฏอย่างชัดเจนในขณะที่นำกฎเกณฑ์นั้นมาบังคับใช้ ในทางปฏิบัติการควบคุมตรวจสอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลคือการควบคุมว่ามาตรการได้นำมาใช้อย่างไรเหตุผล (arbitrarily) หรือไม่

#### 1.3.4.2 หลักความจำเป็น (necessity)

หลักความจำเป็นมีบทบาทสำคัญต่อกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักเกณฑ์ว่าด้วยความจำเป็นเรียกร้องว่า ในบรรดามาตรการที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์หลาย ๆ มาตรการ มาตรการที่จะนำมาใช้ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดภาระน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม หากมีการเลือกมาตรการดังกล่าวไปใช้บังคับกับการใช้อำนาจดุลพินิจที่เกี่ยวกับนโยบายทางเศรษฐกิจแล้ว การควบคุมตรวจสอบโดยหลักความจำเป็นจะถูกจำกัด

ในคดี *Fedesa*<sup>171</sup> ศาลได้พิจารณาความสมบูรณ์ของข้อกำหนด (directive) ที่ห้ามมิให้ใช้สารที่มีส่วนผสมของฮอร์โมนในการทำปศุสัตว์ ซึ่งในประเด็นเกี่ยวกับความจำเป็นของการเลือกใช้มาตรการ ศาลได้วินิจฉัยว่าเนื่องจากการกระทำของคณะมนตรี (Council) ยังไม่มีความผิดพลาดอย่างชัดเจน และข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการป้องกันสุขภาพ ประกอบกับการกำจัดอุปสรรคของการค้าหรือการบิดเบือนการแข่งขันไม่สามารถทำให้เกิดผลสัมฤทธิ์ได้ด้วยวิธีการที่ก่อให้เกิดภาระน้อยกว่าข้อกำหนดดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อองค์กรณีบัญญัติของประชาคมยุโรปจะนำมาตรการที่เกี่ยวข้องกับนโยบายทางเศรษฐกิจมาใช้บังคับจึงมีความเป็นไปได้เสมอที่จะนำมาตรการซึ่งไม่ก่อให้เกิดข้อจำกัดที่น้อยกว่ามาใช้บังคับได้ แต่มาตรการดังกล่าวจะต้องทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดผลสัมฤทธิ์มากกว่ามาตรการอื่น ๆ

#### 1.3.4.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (*Proportionality Stricto Sensu*)

โดยส่วนมากศาลจะนำหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาใช้บังคับในคดีเกี่ยวกับการเลือกใช้มาตรการที่ล่วงเกินละเมิดสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยสนธิสัญญาหรือสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (a fundamental human right) ส่วนในคดีประเภทอื่น ๆ ที่นำหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบไปบังคับใช้ คือ คดีที่ผู้ร้องอ้างว่าการกำหนดโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายของผู้ร้อง

<sup>171</sup> *Case C-331/88 Fedesa [1990] ECR I-4023 per curiam.* อ้างใน Nicholas Emiliou, *supra note 1*, p.192.

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิที่รับรองโดยสนธิสัญญา ศาลมุ่งประสงค์ที่จะเข้าแทรกแซงด้วยการตรวจสอบอย่างละเอียดมากขึ้น แนวโน้มของหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาในเรื่องนี้ คือ กรณีที่รัฐสมาชิกต้องการได้รับผลประโยชน์จากบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่ยอมให้มีการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เสรีภาพขั้นพื้นฐาน การก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวจะได้รับการอนุญาตให้กระทำได้แต่เฉพาะในกรณีที่มีการคุกคามผลประโยชน์ภายในประเทศอย่างรุนแรง และมาตรการที่นำมาใช้ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดข้อจำกัดน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในสถานการณ์นั้น

นอกเหนือจากการตรวจสอบมาตรการที่ก่อให้เกิดข้อจำกัดต่อสิทธิด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลและหลักความจำเป็นแล้ว ศาลจะต้องตรวจสอบขอบเขตของการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องด้วย ตราบเท่าที่มาตรการนั้นไม่แทรกแซงสิทธิจนเกินความพอสมควรแก่เหตุ หรือแทรกแซงสิทธิมากเกินไปจนทำให้เกิดความเสียหายต่อสาระสำคัญของสิทธิต่าง ๆ มาตรการนั้นย่อมเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย

วิธีการนี้ปรากฏอย่างชัดเจนในกรณีที่สถาบันทางการเมืองใช้อำนาจดุลพินิจในแดนของการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ ซึ่งศาลได้ยอมรับหลักความยุติธรรมที่ว่าไม่ควรกำหนดโทษมากเกินไปจนความจำเป็น และศาลไม่ควรเข้าแทรกแซงการกำหนดโทษ เว้นแต่จะปรากฏว่าการกำหนดโทษดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่พอสมควรแก่เหตุ ตัวอย่างของหลักกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาเกี่ยวกับระบบการกำหนดเงินค่ามัดจำในเรื่องของนโยบายทางการเกษตร ศาลได้วินิจฉัยว่าการริบเงินค่ามัดจำทั้งหมดไม่ควรก่อให้เกิดความรุนแรงเกินกว่าความจำเป็นของวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้อง