

## บทที่ 2

### หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาหลักความพอสมควรแก่เหตุของระบบกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 1 จะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายมหาชนของต่างประเทศได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐประเภทต่าง ๆ มาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน โดยองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดสาระสำคัญ หลักเกณฑ์ และองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ชัดเจนแน่นอน นอกจากนี้ ในทางตำราเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายต่างประเทศได้มีการอธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งหลักดังกล่าวได้รับการพัฒนาเป็นข้อความคิดที่สำคัญในการใช้อำนาจรัฐและการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

สำหรับการศึกษาหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยในบทนี้จะได้ศึกษาพัฒนาการ บ่อเกิด สาระสำคัญและสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุจากตำราและบทความต่าง ๆ รวมถึงคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกา คำพิพากษาศาลปกครอง และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

#### 2.1 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทย

ข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยมีพัฒนาการจากปัจจัยหลายประการ ทั้งจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ตำรากฎหมายมหาชนที่อธิบายสาระสำคัญเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ และความเห็นของหน่วยงานในองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง ตลอดจนคำพิพากษาศาลปกครองและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งพัฒนาการในแต่ละภาคส่วนมีรายละเอียดดังนี้

### 2.1.1 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในศาลยุติธรรม

การศึกษาคำพิพากษาของหลักความพอสมควรแก่เหตุในศาลยุติธรรมอาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยพิจารณาว่าในคำพิพากษาดังกล่าว ศาลยุติธรรมได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ อย่างไร

ในส่วนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญบางฉบับไม่ได้กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>1</sup> จึงมีผลให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักกฎหมายทั่วไป หรือรัฐธรรมนูญบางฉบับกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ในลักษณะว่า ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้ง โดยศาลเห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ก่อน และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย<sup>2</sup> บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีผลให้ศาลยุติธรรมสามารถใช้อำนาจวินิจฉัยในเบื้องต้นได้ว่ากฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร หากศาลยุติธรรมเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจะไม่ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา

ดังนั้น ในระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญดังกล่าวใช้บังคับ ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในการที่ศาลยุติธรรมพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยส่วนใหญ่จะมีประเด็นในการพิจารณา ดังนี้ (1) บทบัญญัติของกฎหมายละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 546/2478 คำพิพากษาฎีกาที่ 766/2505 คำพิพากษาฎีกาที่ 6/2526 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1540/2531) (2) บทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้กฎหมายมีผล

<sup>1</sup> ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

<sup>2</sup> ตัวอย่างเช่น มาตรา 225 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 191 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 206 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

ย้อนหลังในทางอาญาหรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 คำพิพากษาฎีกาที่ 21/2492 คำพิพากษาฎีกาที่ 222/2494 คำพิพากษาฎีกาที่ 225/2496 คำพิพากษาฎีกาที่ 1212/2497 คำพิพากษาฎีกาที่ 1460/2497 คำพิพากษาฎีกาที่ 771-772/2502 คำพิพากษาฎีกาที่ 225/2506 คำพิพากษาฎีกาที่ 1439-1440/2506 คำพิพากษาฎีกาที่ 562/2508 คำพิพากษาฎีกาที่ 494/2510 และคำพิพากษาฎีกาที่ 913/2536) (3) บทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 239/2525) (4) บทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้องค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาลใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีหรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506 คำพิพากษาฎีกาที่ 1240/2514 และคำพิพากษาฎีกาที่ 913/2536) (5) บทบัญญัติของกฎหมายมีผลเป็นการลงโทษอาญากับบุคคลที่ไม่ได้กระทำผิดหรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1602-1603/2509)<sup>3</sup>

จากคำพิพากษาดังกล่าวไม่ปรากฏว่าศาลยุติธรรมได้พิจารณาในประเด็นที่ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีมีบทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือเกินขอบเขตอันสมควรหรือไม่ ดังนั้น ในส่วนของการใช้อำนาจของศาลยุติธรรมในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลยุติธรรมจึงยังไม่ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว

สำหรับการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในระยะเวลา ก่อน พ.ศ. 2540 ศาลซึ่งได้รับมอบหมายให้มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ได้แก่ ศาลยุติธรรม โดยเอกชนอาจเสนอปัญหาว่าการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ศาลยุติธรรมพิจารณาได้หลายวิธี เช่น (1) กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้เอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครองมีสิทธินำคดีไปฟ้องต่อศาลได้โดยตรง (2) กรณีที่เอกชนได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครอง และฟ้องให้องค์กรฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทน ซึ่งก่อนที่ศาลจะพิพากษายกฟ้องหรือบังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทน ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ (3) กรณีที่เอกชนถูกฟ้องเป็นคดีอาญาในข้อหาว่าฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองหรือฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรอง จำเลยในคดีอาจให้การต่อสู้คดีได้ว่าคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรองไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรองดังกล่าวจึงไม่ต้องรับผิดทางอาญา และขอให้ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์ ซึ่งในกรณีนี้ศาลจะต้อง

<sup>3</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน มานิตย์ จุมปา, รวมบทความเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.62-64, 69-93, 118-135.

วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรองเป็นเบื้องต้นก่อนที่จะวินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดี<sup>4</sup>

ในระยะเวลาที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นระยะเวลาก่อนที่รัฐธรรมนูญฯ 2540 จะบัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในมาตรา 29 ปรากฏว่าศาลยุติธรรมได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในฐานะที่หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีรากฐานจากความยุติธรรม<sup>5</sup> หรืออีกนัยหนึ่งศาลยุติธรรมได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากการให้เหตุผลในแต่ละคดีเพื่อวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจรัฐในคดีดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรมหรือไม่ อย่างไร

โดยระยะแรกศาลยุติธรรมได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้บังคับกับการออกประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้ากำไรเกินควร โดยมีแนววินิจฉัยว่าหากประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรฉบับใดไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร หรือเป็นที่เห็นได้ชัดเจนนว่ามาตรการตามประกาศนั้นไม่สามารถป้องกันการค้ากำไรเกินควรได้ ประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการค้ากำไรเกินควรซึ่งเป็นแหล่งอำนาจในการออกประกาศดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร การอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกประกาศเพื่อวัตถุประสงค์ประการอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เพื่อการป้องกันการค้ากำไรเกินควร หรือออกประกาศที่กำหนดมาตรการซึ่งไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เป็นแหล่งอำนาจบรรลุผลได้ ย่อมเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2498<sup>6</sup> โจทก์ฟ้องว่าคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรจังหวัดลำพูน ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ออกประกาศห้ามมิให้ผู้ใดนำไม้ชนิดไม้หวงห้ามตามพระราชกฤษฎีกากำหนดไม้หวงห้าม

<sup>4</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง,” ใน ศาลปกครอง, รวบรวมโดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), น.27-29.

<sup>5</sup> ธีญญลักษณ์ เกตุศร, “สาธารณะประโยชน์ในกฎหมายปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.109.

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง, น. 111.

พ.ศ. 2494 ที่แปรรูปแล้วออกนอกเขตจังหวัดลำพูนก่อนได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษร จำเลยได้ฝ่าฝืนประกาศฉบับนี้ โดยบรรทุกไม้หวงห้ามออกนอกจังหวัดลำพูนก่อนได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากประธานกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรจังหวัดลำพูน

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 มาตรา 8 ให้คณะกรรมการการค้ากำไรเกินควรส่วนจังหวัดออกประกาศสั่งการได้เฉพาะที่เกี่ยวกับการห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควร แต่กรณีนี้เห็นได้ชัดตามสำเนาประกาศฉบับนี้เพื่อป้องกันการลักลอบตัดฟันไม้หวงห้าม จึงมิได้อยู่ในขอบเขตที่กฎหมายฉบับนี้มอบให้กระทำได้ จึงพิพากษายืนให้ประกาศฉบับนี้เป็นโมฆะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1677/2498<sup>7</sup> โจทก์ฟ้องว่าจำเลยฆ่าสุกรแล้วเข้ามาในเมืองและในเขตเทศบาลจังหวัดสุรินทร์ อันเป็นการฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามประกาศดังกล่าวไม่มีข้อความตอนใดแสดงให้เห็นว่าได้ออกประกาศเพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร แต่อ้างเหตุว่าเพื่อมิให้รายได้ของเทศบาลตกต่ำและเพื่อสร้างความปลอดภัยต่อสวัสดิภาพของประชาชน ฉะนั้นจึงเป็นประกาศที่ปราศจากอำนาจนอกเหนือกฎหมาย พิพากษายืนให้ยกฟ้องโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512<sup>8</sup> พนักงานอัยการฟ้องว่าจำเลยร่วมกันเคลื่อนย้ายสุกรมีชีวิตจำนวน 15 ตัว เข้าไปในท้องที่อำเภอตากใบ จังหวัดนราธิวาส โดยมีได้รับหนังสืออนุญาตจากคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร การกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดนราธิวาส ฉบับที่ 2/2502 ซึ่งข้อ 3 ของประกาศดังกล่าวกำหนดว่า ห้ามมิให้ผู้ใดเคลื่อนย้ายสุกรมีชีวิตเข้าไปในเขตท้องที่อำเภอสุไหงโกลก อำเภอแว้ง และอำเภอตากใบ เว้นแต่จะได้รับหนังสืออนุญาตจากคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จึงขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490

ศาลมีคำวินิจฉัยว่าหลักสำคัญในเรื่องนี้มีอยู่ว่าประกาศคณะกรรมการจะต้องเป็นไปเพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร ตามประกาศฉบับนี้ไม่ได้แสดงแจ้งชัดว่าที่ห้ามนำสุกรมีชีวิตเข้าไปในเขตพื้นที่ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์อย่างไร คงปรากฏอยู่ที่คำฟ้องของโจทก์กว่าที่ห้ามเช่นนั้นเพื่อ

<sup>7</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>8</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.87-88.

ป้องกันมิให้สุกรมี่ชีวิตในท้องที่ควบคุมมีราคาสูงขึ้น และเป็นที่รู้กันทั่วไปว่าสินค้าปริมาณเพิ่มมากขึ้น ราคาย่อมถูกลง ตรงกันข้าม สินค้าใดมีปริมาณลดน้อย ราคาย่อมสูงขึ้น การที่ทางการประกาศห้ามมิให้สุกรมี่ชีวิตเข้าไปในเขตโดยยอมทำให้สุกรมี่ชีวิตมีปริมาณลดน้อยลง อันจะทำให้ราคาสูงขึ้น จึงเห็นว่าประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดฉบับนี้มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการส่วนจังหวัดไว้ จึงใช้บังคับไม่ได้

นอกจากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวแล้ว ศาลฎีกายังได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรในคดีอื่น ๆ ด้วยการให้เหตุผลในแนวทางเดียวกันนี้ ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 716/2499 คำพิพากษาฎีกาที่ 1724/2512 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2068/2514<sup>9</sup>

ในระยะต่อมา ศาลยุติธรรมได้ขยายการวินิจฉัยคดีด้วยการให้เหตุผลที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุให้ครอบคลุมไปยังการกระทำทางปกครองประเภทอื่น ๆ เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร การก่อสร้างเส้นทางคมนาคม การกำหนดค่าทดแทนในการเวนคืนที่ดิน

คำพิพากษาฎีกาที่ 910-920/2510<sup>10</sup> จำเลยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 มีคำสั่งให้โจทก์เลิกใช้อาคารห้องแถวที่โจทก์เช่าจากบริษัทนายเลิด และขนย้ายสิ่งของออกจากอาคารที่เช่า โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ศาลวินิจฉัยว่า ในคำสั่งของจำเลยดังกล่าวปรากฏคำว่า “ฯลฯ มีสภาพชำรุดทรุดโทรมอันเป็นที่น่ารังเกียจ ฯลฯ” ประกอบกับคำพยานจำเลยเบิกความว่า อาคารที่ให้รื้อนี้เป็นเพราะมีส่วนน่ารังเกียจรวมอยู่ด้วย ดังนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยถือเอาสภาพน่ารังเกียจของอาคารพิพาทเป็นลักษณะสำคัญอันเป็นที่ตั้งแห่งการวินิจฉัย แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ว่าให้ถือเอาเหตุนี้มาวินิจฉัยได้ คำสั่งของจำเลยที่ให้รื้อถอนอาคารพิพาทจึงมิได้ตั้งอยู่บนเหตุผลและไม่มีมูลฐานตามกฎหมาย พิพากษายืนให้คำสั่งดังกล่าวไม่มีผลบังคับกับโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 2683/2536<sup>11</sup> โจทก์เป็นเจ้าของที่ดินแห่งหนึ่งซึ่งมีสิ่งปลูกสร้างในที่ดินเป็นบ้านเรือนโบราณ และบ้านดังกล่าวได้รับขึ้นทะเบียนเป็นโบราณสถานเรือนทรงไทยแล้ว ต่อมาได้มีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนในท้องที่แขวงสี่พระยา และแขวง

<sup>9</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการวิจัย เรื่อง คำพิพากษาที่เกี่ยวกับคดีปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.113 – 116.

<sup>10</sup> รัญญลักษณ์ เกตุศร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.113.

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, น. 115-116.

สุริยวงศ์ เขตบางรัก กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2538 เพื่อเวนคืนที่ดินพิพาท และกระทรวงมหาดไทย ได้ออกประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2528 กำหนดให้ทางหลวงสายที่ ผ่านที่ดินและบ้านพิพาทของโจทก์เป็นทางหลวงที่มีความจำเป็นต้องสร้างโดยเร่งด่วน ซึ่งทำให้ จำเลยมีอำนาจตามข้อ 66 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 295 ที่จะเข้าครอบครอง อสังหาริมทรัพย์และรถถนนสิ่งปลูกสร้าง ขนย้ายทรัพย์สินเพื่อดำเนินการสร้างทางหลวง จำเลยจึง มีคำสั่งให้โจทก์ขนย้ายทรัพย์สินและบริวารออกไปจากที่ดิน โจทก์และกรมศิลปากรได้เจรจาขอให้ จำเลยเบี่ยงการสร้างถนนโดยไม่กระทบต่อโบราณสถานเรือนทรงไทย แต่จำเลยไม่ยินยอม โจทก์ จึงขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของจำเลย และห้ามจำเลยรถถนนสิ่งปลูกสร้างหรือกระทำการ ใด ๆ ในที่ดินของโจทก์

ศาลฎีกาเห็นว่ากรณีนี้จำเลยได้ใช้อำนาจเวนคืนที่ดินพิพาทและกำหนดแนวทางหลวง ที่สร้างไว้ตามกฎหมายก่อนที่กรมศิลปากรจะได้ประกาศขึ้นทะเบียนบ้านพิพาทเป็นโบราณสถาน เรือนทรงไทย หากต้องสร้างถนนเบี่ยงเบนออกไปจากบ้านพิพาท ก็ต้องมีการเวนคืนที่ดินของผู้อื่น เพิ่มขึ้นจากเดิม และย่อมทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของที่ดินผู้อื่น และจำต้องเสียค่าใช้จ่ายใน การสำรวจแนวถนนใหม่ ประกอบกับหากต้องสร้างถนนเบี่ยงเบนไป ถนนบริเวณนั้นจะเป็นทางโค้ง ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ใช้รถใช้ถนน และเกิดความไม่คล่องตัวของจราจรได้ นอกจากนี้ ยังปรากฏจากคำเบิกความของรองอธิบดีกรมศิลปากร พยานโจทก์ว่า บ้านพิพาทสามารถถอด แยกเป็นส่วนต่าง ๆ และนำไปประกอบเป็นรูปทรงเดิมได้ ดังนั้น การที่จำเลยไม่ยอมสร้างทาง เบี่ยงเบนออกไปจากบ้านพิพาท จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ที่ กฎหมายให้ไว้โดยชอบแล้ว

นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับหลักความ พอดีสมควรแก่เหตุในคดีเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อื่น ๆ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 4634/2536 คำพิพากษาฎีกาที่ 9932/2539 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 8298/2540<sup>12</sup>

แนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับหลักความพอดีสมควรแก่เหตุในระยะหลัง ศาลได้ พิจารณาเปรียบเทียบความเสียหายของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของสาธารณะ และพิจารณา ถึงความจำเป็นของมาตรการทางปกครองในแต่ละคดี หากความเสียหายของปัจเจกบุคคลอันเกิด จากมาตรการทางปกรองนั้นไม่มากเกินไปสมควร หรือเมื่อเปรียบเทียบแล้วความเสียหายที่ปัจเจก บุคคลได้รับน้อยกว่าประโยชน์ของสาธารณะหรือประชาชนทั่วไป หรือมาตรการดังกล่าวเป็น

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง, น. 111, 114-115.

มาตรการที่มีความจำเป็นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้แล้ว ศาลจะวินิจฉัยว่ามาตรการทางปกครองดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมที่ให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุมาในคดีเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แนวคำพิพากษาดังกล่าวมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### 2.1.1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการฟ้องและการพิจารณาพิพากษาคดี

การควบคุมการกระทำทางปกครองมิให้ขัดกฎหมายโดยศาลยุติธรรมในระยะก่อน พ.ศ. 2540 บุคคลไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลยุติธรรมเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายได้โดยตรง แต่เป็นกรณีที่อัยการฟ้องว่าบุคคลกระทำการที่ฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งทางปกครอง และขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาลงโทษทางอาญากับจำเลย ซึ่งประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาประเด็นว่าจำเลยกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งทางปกครองที่กล่าวอ้างหรือไม่ คือ ประเด็นว่ากฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่บุคคลฟ้องว่าได้รับความเสียหายจากการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง และขอให้ศาลสั่งงดการกระทำหรือยกเลิกการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรอง คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำทางปกครองอื่น ๆ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาพิจารณาเพื่อพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเหล่านั้น

ในกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายลำดับรองขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลจะพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่นำมาใช้บังคับกับคดี จำเลยจึงไม่มีความผิดอาญาฐานฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองดังกล่าว และศาลจะพิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 716/2499 จำเลยกับพวกได้สมคบกันนำเอาเนื้อกระป๋องชำแหละเข้ามาในเขตเทศบาลโดยไม่มีใบอนุญาต อันเป็นการฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดพระนคร (ฉบับที่ 37) ลงวันที่ 5 ตุลาคม 2496 ศาลฎีกาเห็นว่าประกาศฉบับนี้ไม่ปรากฏว่าได้มีการห้ามการค้ากำไรเกินควรในเนื้อโคหรือกระป๋องชำแหละ ทั้งข้ออ้างของคณะกรรมการฯ ในการออกประกาศเพื่อสวัสดิภาพของประชาชนผู้บริโภคและเพื่อช่วยสงวนพันธุ์โคและกระป๋องสำหรับเกษตรกร หาใช่เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควรไม่ ดังนั้น ประกาศฉบับนี้จึงนอกเหนือวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควรฯ ไม่มีผลใช้บังคับพิพากษายืนให้ยกฟ้องโจทก์ในข้อหานี้



ในทางตรงกันข้าม หากศาลเห็นว่ากฎหมายลำดับรองนั้นชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ศาลจะพิพากษาให้นำกฎหมายลำดับรองดังกล่าวมาใช้บังคับกับคดี และพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองนั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2068/2514 จำเลยนำน้ำแข็งบรรจุรถยนต์จากนอกเขตจังหวัดธนบุรีเข้าไปจำหน่ายในเขตจังหวัดธนบุรี อันเป็นการฝ่าฝืนประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัด ป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดธนบุรี ฉบับที่ 49 พ.ศ. 2502 ฉบับที่ 50 พ.ศ. 2503 และฉบับที่ 51 พ.ศ. 2505 ศาลฎีกาเห็นว่าประกาศฉบับนี้ได้ระบุวัตถุประสงค์ไว้ไว้ตอนต้นแล้วว่า เพื่อป้องกันการการค้ากำไรเกินควร และข้อเท็จจริงไม่เพียงพอที่จะฟังได้ว่าประกาศดังกล่าวเป็นการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการป้องกันการการค้ากำไรเกินควร ประกาศฉบับนี้จึงมีผลบังคับใช้ได้ จำเลยจึงมีความผิดฐานฝ่าฝืนประกาศดังกล่าว

ในกรณีของการกระทำทางปกครองอื่น ๆ หากศาลเห็นว่าการกระทำทางปกครองนั้นขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลจะพิพากษาให้การกระทำทางปกครองดังกล่าวไม่มีผลบังคับกับโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 910-920/2510 ศาลวินิจฉัยชี้ว่า ในคำสั่งของจำเลยที่ให้โจทก์เลิกใช้อาคารห้องแถวและขนย้ายสิ่งของออกจากอาคารปรากฏคำว่า “ฯลฯ มีสภาพชำรุดทรุดโทรมอันเป็นที่น่ารังเกียจ ฯลฯ” ดังนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยถือเอาสภาพน่ารังเกียจของอาคารพิพาทเป็นลักษณะสำคัญอันเป็นที่ตั้งแห่งการวินิจฉัย แต่พระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าให้ถือเอาเหตุนี้มาวินิจฉัยได้ คำสั่งของจำเลยที่ให้รื้อถอนอาคารพิพาทจึงมิได้ตั้งอยู่บนเหตุผลและไม่มีมูลฐานตามกฎหมาย พิพากษายืนให้คำสั่งดังกล่าวไม่มีผลบังคับกับโจทก์

แต่หากศาลเห็นว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ศาลจะพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากเป็นคดีที่โจทก์ฟ้องว่าองค์การฝ่ายปกครองกระทำละเมิด ศาลจะพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองดังกล่าวไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 4634/2536 จำเลยได้ก่อสร้างขยายปรับปรุงทางหลวงจังหวัดผ่านแนวเขตที่ดินของโจทก์ โดยมีการยกระดับถนนให้สูงขึ้น ซึ่งมีผลเป็นการบังทางลมและแสงสว่างที่จะเข้าบ้านโจทก์ โจทก์ได้รับความเสียหาย จึงขอให้จำเลยงดการก่อสร้างถนนทางหลวงสายดังกล่าว

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการดำเนินการก่อสร้างขยาย บูรณะ และบำรุงรักษาทางหลวงจังหวัด และจำเลยได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าว

เพื่อความสะอาดปลอดภัยในการจราจรของประชาชนทั่วไปและเพื่อป้องกันน้ำท่วม ประกอบกับไม่สามารถหลีกเลี่ยงการยกระดับถนนให้ต่ำกว่าที่สร้างได้ เพราะจะทำให้การจราจรติดขัดและอาจเกิดอันตรายแก่ผู้ใช้ทางหลวงเส้นนี้ ซึ่งก่อนที่โจทก์จะซื้อที่ดินพิพาท โจทก์ทราบแล้วว่าจำเลยจะก่อสร้างปรับปรุงยกระดับถนนพิพาท โจทก์จึงคาดหมายได้ว่าการยกระดับถนนพิพาทอาจทำให้ที่ดินและบ้านถูกถนนพิพาทบังทางลมและแสงสว่าง ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบประโยชน์ที่ประชาชนทั่วไปจำนวนมากจะได้รับความสะดวกปลอดภัยและความเจริญของท้องถิ่นจากการยกระดับถนนพิพาท กับการที่โจทก์ต้องขาดความสะดวกสบายไปบ้างแล้ว เห็นว่าความเดือดร้อนของโจทก์ดังกล่าวไม่เกินกว่าที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ และมีเหตุอันสมควร โจทก์จำต้องยอมรับเอาตั่งเช่นบุคคลอื่นที่อยู่ร่วมกับโจทก์ในสังคมยอมรับ การก่อสร้างปรับปรุงยกระดับถนนพิพาทไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์ พิพากษายืนให้ยกฟ้องโจทก์

#### 2.1.1.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความหมายหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ศาลไม่ได้อ้างอิงหลักความพอสมควรแก่เหตุเพื่อนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยตรง จึงยังไม่มีการอธิบายสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุ และไม่มีการแยกแยะองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ชัดเจนไว้ในคำพิพากษาศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาดังกล่าวศาลยุติธรรมได้ให้เหตุผลในคดีเพื่อวินิจฉัยว่าการกระทำทางปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร ซึ่งการให้เหตุผลในคดีนั้นสอดคล้องกับสาระสำคัญบางประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นว่าศาลได้นำสาระสำคัญบางประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วยการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 1110/2512 ศาลให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล โดยวินิจฉัยว่าประกาศคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรที่ห้ามมิให้เคลื่อนย้ายสุกรเข้ามาในเขตจังหวัดนราธิวาส ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร จึงไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 และใช้บังคับไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 4634/2536 ศาลให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยวินิจฉัยว่าจำเลยได้ก่อสร้างปรับปรุงทางหลวงจังหวัดตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเพื่อความสะดวกปลอดภัยในการจราจรของประชาชนทั่วไปและเพื่อป้องกันน้ำท่วม ประกอบกับไม่สามารถหลีกเลี่ยงการยกระดับถนนให้ต่ำกว่าที่สร้างได้ เพราะจะทำให้จราจรติดขัดและเกิดอันตรายต่อผู้ใช้ทางหลวงได้ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบประโยชน์ที่ประชาชนทั่วไปจำนวนมากจะได้รับความสะดวกปลอดภัยและความเจริญของท้องถิ่นจากการยกระดับถนนพิพาท กับภาระที่โจทก์ต้องขาดความสะดวกสบายไปบ้างอันเนื่องจากถูกถนนพิพาทบังทางลมและแสงสว่าง ศาลเห็นว่าความเดือดร้อนของโจทก์ดังกล่าวไม่เกินกว่าที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ และมีเหตุอันสมควร การก่อสร้างปรับปรุงยกระดับถนนพิพาทไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 8298/2540 ศาลได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยวินิจฉัยว่าแม้การที่โจทก์ก่อสร้างซ่อมแซมสะพานโดยเปลี่ยนแนวสะพานใหม่ไปปิดบังหน้าร้านค้าของโจทก์ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายบ้างก็ตาม แต่โจทก์ไม่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินควร ประกอบกับการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่มีกฎหมายรับรองให้กระทำได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์

### 2.1.1.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนำองค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้กับคดี

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าศาลยุติธรรมได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับสาระสำคัญบางประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งในการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่สอดคล้องกับสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุแต่ละประการ ศาลยุติธรรมมีแนวคำพิพากษาดังนี้

#### (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล

ในการวินิจฉัยคดีตามหลักความสัมฤทธิ์ผล ศาลจะค้นหาวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง และพิจารณาว่ามาตรการที่กำหนดโดยกฎหมายลำดับรองนั้นทำให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองบรรลุผลหรือไม่ หรือเหตุผลในการตรากฎหมายลำดับรองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เป็นแหล่งอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้นหรือไม่

หากมาตรการตามกฎหมายลำดับรองนั้นทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองบรรลุผล หรือเหตุผลในการตรากฎหมายลำดับรองสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ กฎหมายลำดับรองนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมาย และมีผลใช้บังคับได้ แต่หากเหตุผลในการตรากฎหมายลำดับรองนั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ กฎหมายลำดับรองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใช้บังคับ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1677/2498 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าตามประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควรไม่มีข้อความตอนใดแสดงให้เห็นว่าได้ออกประกาศเพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควรเลย แต่อ้างเหตุว่าทำให้รายได้ของเทศบาลตกต่ำและไม่ปลอดภัยต่อสวัสดิภาพของประชาชน ฉะนั้นจึงเป็นประกาศที่ปราศจากอำนาจนอกเหนือกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 910-920/2510 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในคำสั่งของจำเลยที่ให้โจทก์เลิกใช้อาคารและขนทรัพย์สิ้นออกจากอาคารปรากฏคำว่า “ฯลฯ มีสภาพชำรุดทรุดโทรมอันเป็นที่น่ารังเกียจ ฯลฯ” ย่อมสื่อแสดงอยู่ว่า จำเลยถือเอาสภาพน่ารังเกียจของอาคารพิพาทเป็นลักษณะสำคัญอันเป็นที่ตั้งแห่งการวินิจฉัย แต่พระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2497 ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าให้ถือเอาเหตุนี้มาวินิจฉัยได้ คำสั่งของจำเลยที่ให้รื้อถอนอาคารพิพาทจึงมิได้ตั้งอยู่บนเหตุผลและไม่มีมูลฐานตามกฎหมาย คำสั่งดังกล่าวไม่มีผลบังคับกับโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2068/2514 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดธนบุรี ฉบับที่ 49 พ.ศ. 2502 ฉบับที่ 50 พ.ศ. 2503 และฉบับที่ 51 พ.ศ. 2505 ซึ่งประกาศโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 ได้ระบุวัตถุประสงค์ไว้ตอนต้นแล้วว่า เพื่อป้องกันการค้ากำไรเกินควร และข้อเท็จจริงไม่เพียงพอที่จะฟังได้ว่าประกาศดังกล่าวเป็นการนอกเหนือวัตถุประสงค์ในการป้องกันการค้ากำไรเกินควร ประกาศฉบับนี้จึงมีผลบังคับใช้ได้ จำเลยจึงมีความผิดฐานฝ่าฝืนประกาศดังกล่าว

## (2) หลักความจำเป็น

ในการวินิจฉัยคดีตามหลักความจำเป็น ศาลยุติธรรมจะพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองนั้นเป็นมาตรการที่หลีกเลี่ยงได้หรือไม่ หากองค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถหลีกเลี่ยงที่จะใช้มาตรการทางปกครองดังกล่าวได้ มาตรการนั้นย่อมเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4634/2536 ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยไม่สามารถหลีกเลี่ยงการยกระดับถนนให้ต่ำกว่าที่สร้างได้ เพราะจะทำให้จราจรติดขัดและเกิดอันตรายต่อผู้ใช้ทางหลวงได้ การก่อสร้างปรับปรุงยกระดับถนนพิพาทจึงไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์

### (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

ในการวินิจฉัยคดีตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองนั้นเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์มากเกินไปสมควรหรือไม่ หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์มากกว่าประโยชน์ที่สังคมจะได้รับหรือไม่ หากมาตรการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์มากเกินไปสมควรหรือไม่ หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมมากกว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ศาลจะพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 2683/2536 ศาลพิพากษาว่าหากจำเลยต้องสร้างถนนเบี่ยงเบนออกไปจากบ้านพิพาท ซึ่งเป็นเรือนทรงไทยที่ได้รับการจดทะเบียนโบราณสถาน จะต้องมีการเวนคืนที่ดินของผู้อื่นเพิ่มขึ้นจากเดิม และทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของที่ดินผู้อื่นที่ไม่ทราบมาก่อนว่าที่ดินจะต้องถูกเวนคืน ประกอบกับมีข้อเท็จจริงว่าบ้านพิพาทสามารถถอดแยกเป็นส่วนต่าง ๆ และนำไปประกอบเป็นรูปทรงเดิมได้ ดังนั้น การที่จำเลยไม่ยอมสร้างทางเบี่ยงเบนออกไปจากบ้านพิพาทจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ดุลพินิจตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้โดยชอบแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 9932/2539 ศาลพิพากษาว่าเมื่อปรากฏว่าการเวนคืนที่ดินตัดผ่านหน้าที่ดินของโจทก์ทำให้ที่ดินส่วนที่เหลือของโจทก์มีราคาสูงขึ้น โจทก์จึงได้รับประโยชน์จากการเวนคืนมากกว่าราคาซื้อขายตามปกติในท้องตลาด การกำหนดค่าทดแทนให้โจทก์ในกรณีนี้จึงเป็นประโยชน์แก่โจทก์เป็นอย่างมากอยู่แล้ว การกำหนดค่าทดแทนเพิ่มให้แก่โจทก์ย่อมไม่เป็นธรรมแก่สังคม จำเลยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนเพิ่มแก่โจทก์อีก

คำพิพากษาฎีกาที่ 8298/2540 ศาลพิพากษาว่า การที่จำเลยดำเนินการก่อสร้างและซ่อมแซมสะพานนรรัตน์สถานเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณะชนผู้ใช้นานพานหนะและสัญจรไปมาให้ได้รับความปลอดภัย แม้การก่อสร้างนั้นจะทำให้สะพานกับเสาสพานปิดบังหน้าร้านค้าของโจทก์และทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายบ้าง แต่โจทก์ก็ไม่ได้รับความเสียหายเกินควร ประกอบกับการกระทำของจำเลยมีกฎหมายรับรองให้กระทำได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นละเมิด

#### 2.1.2 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในทางตำรา

จากพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลยุติธรรม เห็นได้ว่าศาลยุติธรรมได้พัฒนาสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วยการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่มีลักษณะสอดคล้องกับองค์ประกอบบางประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในระบบกฎหมายต่างประเทศ แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวยังไม่ได้อ้างอิงหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจน อีกทั้งยังไม่ได้กำหนดสาระสำคัญขององค์ประกอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างครบถ้วน

ในระยะเวลาที่ศาลยุติธรรมพัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วยการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐอยู่นั้น ทางตำราเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนได้มีการอธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยอาศัยองค์ความรู้จากตำรากฎหมายต่างประเทศ นักวิชาการท่านแรกที่เป็นผู้อธิบายข้อความคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้อย่างชัดเจน คือ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ซึ่งปรากฏในบทความเรื่อง “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”<sup>13</sup> ในบทความนี้อาจารย์วรพจน์ฯ ได้แปลคำว่า principle of proportionality เป็นภาษาไทยว่า “หลักแห่งความได้สัดส่วน” และอธิบายถึงอำนาจของศาลในการควบคุมการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยเหตุผล ซึ่งการควบคุมให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลนั้น ศาลจะต้องเข้าไปพิจารณาถึงความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครอง โดยหลักที่ศาลนำมาใช้ตรวจสอบความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของคำสั่งทางปกครองได้แก่ หลักแห่งความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ที่มีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ สามหลัก กล่าวคือ

(1) หลักแห่งความเหมาะสม (principle of suitability) เป็นหลักที่บังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้พิจารณาเลือกออกคำสั่งที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น คำสั่งทางปกครองใดที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏขึ้นมาได้ ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่เหมาะสม

(2) หลักแห่งความจำเป็น (principle of necessary) มีความหมายว่า ในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ ประการซึ่งล้วนแต่สามารถดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น องค์กรฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด และถ้าเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎร องค์กรฝ่ายปกครองต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

<sup>13</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เภษมทรัพย์, รวบรวมโดย สมยศ เชื้อไทย, (กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินติ้งเฮ้าส์, 2531), น.206-208.

(3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense) เป็นหลักที่เรียกร้องให้เกิดภาวะสมดุลระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับเอกชนและประโยชน์ของชุมชนที่พึงได้รับจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครอง หลักนี้จึงห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะบังเกิดกับราษฎร

โดยอาจารย์วรพจน์ฯ ได้ยกตัวอย่างเพื่อประกอบการอธิบายสาระสำคัญแต่ละประการ ด้วย ซึ่งมีทั้งตัวอย่างที่มาจากคำพิพากษาฎีกาของศาลไทย คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1110/2512 และคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ได้แก่ *C.E. 19 mai 1993, Benjamin, Rec. Lebon, p. 541.* และ *C.E. 28 mai 1971 Ministre de l'équipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle-Est". Rec. Lebon, p. 409.* ทั้งนี้ คำอธิบายเกี่ยวกับหลักแห่งความได้สัดส่วนดังกล่าว อาจารย์วรพจน์ฯ ได้อ้างอิงมาจากหนังสือ German Administrative Law in Common Law Perspective ของ Mahendra p. Singh ปี 1985

หลังจากนั้น อาจารย์วรพจน์ฯ ได้เขียนถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนไว้ในหนังสือ "หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง"<sup>14</sup> ซึ่งได้อธิบายหลักแห่งความได้สัดส่วนไว้ในสองลักษณะ คือ

(1) หลักแห่งความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยได้อธิบายว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อยสามหลักการ ได้แก่ หลักแห่งความเหมาะสม (principle of suitability) หลักแห่งความจำเป็น (principle of necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense)

(2) หลักแห่งความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นลักษณะของกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการ กล่าวคือ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่ขัดต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร หลักการดังกล่าวประกอบด้วยหลักการย่อยสามประการ ได้แก่ หลักแห่งความเหมาะสม (principle of suitability) หลักแห่งความจำเป็น (principle of

<sup>14</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), น. 42-51 และ 68-71.

necessary) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense) กฎหมายใดที่ขัดต่อหลักแห่งความได้สัดส่วนถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ อาจารย์วรพจน์ได้อ้างอิงข้อความคิดเกี่ยวกับหลักแห่งความได้สัดส่วนดังกล่าวจากหนังสือของต่างประเทศ ได้แก่ (1) Paul Muller, Le principe de la proportionnalite, Revue de droit suisse, Bâle, 1978. (2) Georg Nolte, General Principle of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective, M.L.R., Vol. 57, no. 2 March, 1994. (3) Mahendra p. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, Berlin Heidelberg, New York, Tokyo, Springer-Verlag, 1985. (4) Pierre Moor, Droit administrative, Vol. I : Les fondements généraux, Bene, Edition Staempfli & Cie SA, 1998. และ (5) M. Long, P. Well, G. Braibant, Les grands arrest de la jurisprudence administrative. Paris, Sirey, 1978.

ในระยะเวลาต่อมา ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้เขียนบทความเรื่อง “หลักแห่งความได้สัดส่วน”<sup>15</sup> ในวารสารนิติศาสตร์ ซึ่งได้แปลและเรียบเรียงจากบทความเรื่อง Le principe de proportionnalité ของ Guy Braibant ใน Mélanges offerts à Marcel Waline, Tome II, Juillet 1974, LGDJ. ซึ่งในบทความนี้ได้กล่าวถึงการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนและการปรับใช้หลักแห่งความได้สัดส่วนโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

ต่อมาในตำรากฎหมายมหาชนอื่น ๆ ได้มีการอธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ด้วย เช่น รศ. สมยศ เชื้อไทย ได้เขียนถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุใน “คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป”<sup>16</sup> โดยอธิบายว่ากฎหมายที่สภานิติบัญญัติออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นจะออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ โดยลักษณะประการหนึ่งของกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือ ต้องเป็นกฎหมายที่ไม่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่เกินสมควรเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือที่เรียกว่าหลักการใช้อำนาจพอสมควรแก่เหตุหรือหลักสัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยหลักดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ในการ

<sup>15</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักแห่งความได้สัดส่วน,” วารสารนิติศาสตร์ 20, 4 (มีนาคม 2533): น.99-109.

<sup>16</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.133-134.



พิจารณาสามประการ คือ (1) เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์หรือไม่ (2) เป็นมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุดหรือไม่ และ (3) ผลประโยชน์ต่อส่วนรวมคุ้มค่ากับผลเสียที่เอกชนได้รับหรือไม่

นอกจากนี้ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้เขียนถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุใน “คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน”<sup>17</sup> ซึ่งอธิบายว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการหนึ่งของหลักความแน่นอนของกฎหมายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยหลักกฎหมายนี้เป็นเครื่องมือในการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญกับมาตรการของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อความผาสุกของส่วนรวม รัฐจึงจำกัดสิทธิบุคคลได้เท่าที่จำเป็นต่อการรักษาผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ทั้งนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุมีองค์ประกอบสามประการ ได้แก่ (1) หลักความเหมาะสม คือ ในการออกกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกใช้วิธีการที่สามารถส่งผลให้บรรลุเป้าหมายที่ได้วางไว้จริง ๆ (2) หลักความจำเป็น คือ ในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่ได้วางไว้ หากสามารถใช้มาตรการที่อ่อนกว่าที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดมาได้โดยไม่เสียหาย ก็ถือว่ามาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมานั้นขัดต่อหลักความจำเป็น และ (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ คือ ผลกระทบที่มีต่อปัจเจกบุคคลควรจะถูกอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผลกับประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับ

ต่อมา เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้เขียนถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในหนังสือ “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”<sup>18</sup> ซึ่งได้อธิบายถึงพัฒนาการและสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวในระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ในระบบกฎหมายอังกฤษ หลักนี้เรียกว่าหลัก “การมีเหตุอันสมควร” (reasonableness) อันเป็นหลักที่ใช้ควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองให้ใช้อำนาจอย่างมีเหตุผล ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักนี้เรียกว่า “หลักแห่งการได้สัดส่วน” (principe de proportionnalité) และเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียระหว่างประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์

<sup>17</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.133-134.

<sup>18</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น.220-226.

สาธาณณะอย่างหนึ่งกับประโยชน์สาธาณณะอีกอย่างหนึ่ง ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักนี้เรียกว่า “หลักการได้สัดส่วนตามความหมายอย่างกว้าง” ซึ่งประกอบด้วยข้อพิจารณา 3 ประการ คือ (1) ความสามารถบรรลุผล โดยพิจารณาว่ามาตรการที่นำมาใช้นำไปสู่การทำให้สำเร็จวัตถุประสงค์ที่ต้องการหรือไม่ (2) ความจำเป็น โดยพิจารณาว่ามาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐมีผลเสียหายต่อเอกชนน้อยที่สุดหรือไม่ และ (3) ความเป็นสัดส่วน เป็นการพิจารณาว่ามาตรการนั้นก่อให้เกิดผลกระทบที่เกินสัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับหรือไม่

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายมหาชนของไทย ก่อน พ.ศ. 2540 เป็นการรับเอาองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุของระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส มาอธิบายหลักความพอสมควรแก่เหตุในแง่มุมต่าง ๆ ทั้งในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจทางปกครองและหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

หลังจากที่รัฐธรรมนูญฯ 2540 มีผลใช้บังคับ ซึ่งมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดว่าการตรากฎหมายและการตรากฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น จึงเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญฯ ในระยะเวลาดังกล่าวมีการเขียนบทความและตำราเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุเพิ่มมากขึ้น กล่าวคือ ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ได้เขียนหนังสือ “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”<sup>19</sup> ซึ่งอธิบายถึงหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการขององค์กรฝ่ายปกครอง และเป็นเงื่อนไขของการตรากฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนในตำราเล่มนี้มีรายละเอียดเช่นเดียวกับหลักแห่งความได้สัดส่วนที่ปรากฏในหนังสือ “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง” อย่างไรก็ตาม อาจารย์วรพจน์ฯ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่าหลักความได้สัดส่วนได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540

<sup>19</sup> วรพจน์ วิศวตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 8*, น.85-94, 128-133.

ต่อมา ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ และอาจารย์สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์ ได้ร่วมกันเขียนบทความเรื่อง “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส”<sup>20</sup> ในส่วนของหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมัน อาจารย์บรรเจิดฯ ได้อธิบายถึงพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนและสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ คือ (1) หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) (2) หลักความจำเป็น (Enforderlichkeit) และ (3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) นอกจากนี้ ยังได้อธิบายถึงขั้นตอนการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและการกระทำทางปกครอง ในส่วนของหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส อาจารย์สมศักดิ์ฯ ได้อธิบายถึงการนำหลักความได้สัดส่วนตรวจสอบความชอบด้วยการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส และขอบเขตของการนำหลักความได้สัดส่วนไปใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ

หลังจากนั้น ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้เขียนหนังสือ “หลักการพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540”<sup>21</sup> ซึ่งอธิบายว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประการหนึ่ง ซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 และได้อธิบายถึงพัฒนาการและสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน รวมทั้งขั้นตอนการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและการกระทำทางปกครองตามระบบกฎหมายเยอรมัน

ต่อมาในการจัดพิมพ์หนังสือเล่มนี้เป็นครั้งที่ 2<sup>22</sup> อาจารย์บรรเจิดฯ ได้เพิ่มเติมหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย โดยอธิบายถึงสาระสำคัญ สถานะ และพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย รวมถึงการนำหลักความได้สัดส่วนไปใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>20</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2542): น.40-70.

<sup>21</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.194-207.

<sup>22</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.298-328.

นอกจากบทความและหนังสือดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในระยะเวลาหลังจากที่รัฐธรรมนูญฯ 2540 มีผลใช้บังคับ ยังมีบทความและตำราอื่น ๆ ที่อธิบายข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ เช่น บทความ เรื่อง “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”<sup>23</sup> ของ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ซึ่งได้อธิบายว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการหนึ่งของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขของการตรากฎหมาย และศาลรัฐธรรมนูญจะต้องนำหลักการนี้มาเป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยลักษณะของกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุจะต้องมีลักษณะดังนี้ (1) กฎหมายจะต้องเป็นมาตรการอันเหมาะสมที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ (2) กฎหมายจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ และ (3) กฎหมายจะต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียกับประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับ

ในระยะต่อมาอาจารย์วรเจตน์ฯ ได้อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในหนังสือ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง”<sup>24</sup> ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นหลักการพื้นฐานสำหรับการกระทำทางปกครองที่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการอันเป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคลอย่างพอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง โดยมีขั้นตอนการพิจารณาว่าองค์กรฝ่ายปกครองกระทำอันสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ 4 ขั้นตอน ได้แก่ (1) การค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง (2) การพิจารณาว่ามาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองเลือกเป็นมาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการหรือไม่ (3) การพิจารณาว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ และ (4) การพิจารณาว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่จำเป็นนั้น เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่

<sup>23</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์*, 30, 2 (มิถุนายน 2543): น.187 – 189.

<sup>24</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.31-38.

นอกจากนี้ ในหนังสือ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”<sup>25</sup> ของ ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้ อธิบายถึงความหมายโดยทั่วไปของหลักความพอสมควรแก่เหตุ พร้อมทั้งอธิบายวิธีการใช้หลัก ความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งประกอบด้วยขั้นตอนหลักสองขั้นตอน ได้แก่ (1) การตรวจสอบ วัตถุประสงค์ของมาตรการของรัฐ และ (2) การตรวจสอบว่ามาตรการของรัฐเป็นมาตราที่ เหมาะสมหรือไม่ และเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ รวมถึงตรวจสอบว่ามาตรการของรัฐได้สัดส่วน กับผลที่ได้รับหรือไม่

จากพัฒนาของหลักความพอสมควรแก่เหตุในทางตำราหลังจากรัฐธรรมนูญฯ 2540 มี ผลใช้บังคับ จะเห็นได้ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในตำรากฎหมายมหาชน ของไทย นอกจากจะเป็นการรับเอาองค์ความรู้จากกฎหมายต่างประเทศแล้ว ยังมีการอธิบาย ความเชื่อมโยงระหว่างหลักความพอสมควรแก่เหตุกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 อันเป็น การแสดงให้เห็นถึงการปรากฏตัวอย่างชัดเจนของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมาย ไทยผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าว อีกทั้งในตำรากฎหมายมหาชนดังกล่าวยังได้อธิบายถึง หลักเกณฑ์การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาบังคับใช้ในทางปฏิบัติกับการใช้อำนาจทาง ปกครองและการใช้อำนาจนิตินบัญญัติ รวมถึงการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้ในการ วิวินิจฉัยคดีของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย

### 2.1.3 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในประมวลกฎหมายอาญาและบทบัญญัติ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ

เมื่อพิจารณาพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในบทบัญญัติกฎหมาย ลายลักษณะอักษรของระบบกฎหมายไทย พบว่าในประมวลกฎหมายอาญามีการนำหลักความ พอสมควรแก่เหตุมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นและการกระทำ อันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 67 มาตรา 68 และมาตรา 69 แห่งประมวล กฎหมายอาญา นอกจากนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุยังปรากฏในบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนด ขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ ทั้งในรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ โดยกำหนดให้ องค์การของรัฐใช้อำนาจอันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็น

<sup>25</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.344-347.

### 2.1.3.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุในประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการบัญญัติถึงการกระทำอันเป็นความผิดและการบัญญัติโทษ ทั้งความผิดและโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่น ๆ อย่างไรก็ดีตาม แม้ในบางกรณีบุคคลได้กระทำการอันเป็นความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นบัญญัติไว้ก็ตาม แต่บุคคลนั้นอาจไม่ต้องรับผิดทางอาญา เนื่องจากเป็นการกระทำดังกล่าวมีเหตุที่ทำให้บุคคลมีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุที่ทำให้บุคคลมีอำนาจกระทำความผิดอาญารวมทั้งกรณีที่ยกเว้นโทษทางอาญาไว้หลายกรณี และในบางกรณีมีการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลมีอำนาจกระทำความผิดอาญาหรือเป็นกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษทางอาญาหรือไม่ ได้แก่ (1) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และ (2) การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

#### (1) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้บุคคลมีอำนาจกระทำได้ โดยไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา โดยมาตรา 68<sup>26</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดว่า ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจึงมีองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่<sup>27</sup> (1) จะต้องมีความเสี่ยงซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย (2) ภัยอันตรายนั้นต้องเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง (3) ผู้กระทำได้ต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายนั้น และ (4) การกระทำนั้นจะต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุก็เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจทำได้ ส่วนการกระทำเพียงใดจะถือว่าได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ มีทฤษฎีที่สำคัญอยู่ 2 ทฤษฎี<sup>28</sup> ได้แก่

<sup>26</sup> มาตรา 68 ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด

<sup>27</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 19, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.134.

<sup>28</sup> เพ็งอ่าง, น. 136.

(ก) ทฤษฎีส่วนสัดส่วน ตามทฤษฎีนี้จะต้องพิจารณาว่าอันตรายที่จะพึงเกิดขึ้น ถ้าหากไม่ป้องกันจะได้สัดส่วนสัดส่วนกับอันตรายที่ผู้กระทำได้กระทำเนื่องจากการป้องกันนั้นหรือไม่

(ข) ทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุด ตามทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำที่ใช้วิถีทางน้อยที่สุดที่จะทำให้เกิดอันตราย ก็ถือว่าผู้กระทำได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ให้ความเห็นว่า ทฤษฎีที่ควรนำมาวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คือ ทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุด เนื่องจากการป้องกันเป็นการกระทำต่อผู้ที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย และผู้กระทำไม่ควรจะต้องทนทานต่อภัยอันตรายดังกล่าว ถ้าหากผู้กระทำได้ใช้วิถีทางน้อยที่สุดที่เขาพึงทำได้ในภาวะเช่นนั้นเพื่อป้องกันภัยอันตรายแล้ว ควรจะถือว่าเขาได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว

ดังนั้น เมื่อบุคคลกระทำความผิดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา แต่ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นย่อมไม่มีความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 68 อย่างไรก็ตาม หากบุคคลได้กระทำการป้องกันอันเกินสมควรแก่เหตุ มาตรา 69<sup>29</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดว่า ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งการกระทำใดจะเป็นการป้องกันอันเกินสมควรแก่เหตุ ก็ต้องนำทฤษฎีส่วนสัดส่วนหรือทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุดมาวินิจฉัยเช่นกัน

## (2) กรณีกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เป็นกรณีที่บุคคลกระทำความผิดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา แต่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำดังกล่าว กล่าวคือ การกระทำ

<sup>29</sup> มาตรา 69 ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้

นั้นยังผิดกฎหมายอยู่ แต่กฎหมายเห็นใจผู้กระทำจึงยกโทษให้<sup>30</sup> ซึ่งมาตรา 67<sup>31</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้แยกการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นออกเป็น 2 กรณี<sup>32</sup> ได้แก่

(ก) การกระทำผิดด้วยความจำเป็น เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ ตามมาตรา 67 (1) ซึ่งมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ (1) ต้องได้กระทำความผิดด้วยความจำเป็น (2) ความจำเป็นที่ต้องกระทำความผิดนั้นเป็นเพราะต้องอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจของบุคคลอื่น (3) ต้องไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ และ (4) ต้องกระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ

(ข) การกระทำผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภยันตราย ตามมาตรา 67 (2) ซึ่งมีองค์ประกอบ 6 ประการ ได้แก่ (1) เป็นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (2) เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตราย (3) ภยันตรายนั้นต้องเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง (4) ภยันตรายนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ (5) ภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตนเอง และ (6) ผู้กระทำต้องได้กระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ

ในองค์ประกอบของการกระทำผิดด้วยความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ และการกระทำผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภยันตราย ที่กำหนดว่าผู้กระทำจะต้องกระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ นั้น มีทฤษฎีที่นำมาพิจารณา 2 ทฤษฎี เช่นเดียวกันกับทฤษฎีที่นำมาพิจารณากการกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>33</sup> ได้แก่

(ก) ทฤษฎีสวนสัด จะต้องนำเอาอันตรายที่ผู้กระทำโดยความจำเป็นจะพึงได้รับมาเปรียบเทียบกับอันตรายที่ผู้กระทำโดยความจำเป็นก่อให้เกิดขึ้น ถ้าได้ส่วนสัดกันก็ถือว่าได้กระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ

(ข) ทฤษฎีวิถีทางน้อยที่สุด จะต้องพิจารณาว่าการที่ผู้กระทำจำต้องกระทำโดยความจำเป็นนั้น เป็นวิถีทางน้อยที่สุดที่พึงทำได้หรือไม่ ถ้าเป็นวิถีทางน้อยที่สุดก็ถือว่าได้ทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ

<sup>30</sup> เฝิงอ้วง, น.140.

<sup>31</sup> มาตรา 67 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

<sup>32</sup> เฝิงอ้วง, น.141 และ 143.

<sup>33</sup> เฝิงอ้วง, น.142-143 และ 145.



ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นว่า การกระทำโดยความจำเป็นเป็นกรณีที่บุคคลกระทำต่อบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนผิดแต่อย่างใด ฉะนั้น ผู้กระทำโดยความจำเป็นจึงต้องอดทนรับภัยอันตรายไปบ้าง จึงต้องใช้ทฤษฎีส่วนลัดพิจารณาปัญหาที่ว่า การกระทำความผิดโดยความจำเป็นนั้นได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ซึ่งต่างกับเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่ศาสตราจารย์ ดร. หยุตฯ เห็นว่าควรใช้ทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด

ดังนั้น เมื่อบุคคลกระทำความผิดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา แต่ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจหรือเพื่อให้พ้นจากภัยอันตราย ผู้นั้นจะได้รับการยกเว้นโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 แต่หากบุคคลได้กระทำความผิดด้วยความจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่าความจำเป็นแห่งกรณี มาตรา 69<sup>34</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดว่า ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งการกระทำใดจะเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุหรือเกินความจำเป็นแห่งกรณี ก็ต้องนำทฤษฎีส่วนลัดหรือทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุดมาวินิจฉัยเช่นกัน

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นในประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่าในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือการกระทำใดเป็นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นหรือไม่ นั้น ศาลจะต้องวินิจฉัยว่าบุคคลได้กระทำการนั้นไปพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ หรือเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่าความจำเป็นแห่งกรณีหรือไม่ โดยทฤษฎีที่นำมาพิจารณาความพอสมควรแก่เหตุของการกระทำดังกล่าว ได้แก่ ทฤษฎีส่วนลัด และทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด

อย่างไรก็ตาม หลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามีข้อแตกต่างจากหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายมหาชน กล่าวคือ หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายอาญาเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์หรือการชั่งน้ำหนักระหว่างผลร้ายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลผู้กระทำการอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำการด้วยความจำเป็น กับผลร้ายอันเกิดจากการกระทำของบุคคลที่ได้ทำไปเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นหรือผลร้ายอันเกิดจากการกระทำความผิดกฎหมายอาญาด้วยความจำเป็น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมา

<sup>34</sup> มาตรา 69 ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้

พิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าว คือ (1) ทฤษฎีสวนสัด ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าความรุนแรงอันเกิดจากการกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำด้วยความจำเป็นได้สัดส่วนหรือมีความเหมาะสมกับความรุนแรงอันเกิดจากการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายกับบุคคลนั้นหรือไม่ และ (2) ทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด ซึ่งเป็นการพิจารณาว่า ในภาวะที่บุคคลจะได้รับอันตราย การกระทำที่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำด้วยความจำเป็นนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้กระทำอันตรายหรือบุคคลอื่นน้อยที่สุดหรือไม่ โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุดฯ เห็นว่า การกระทำอย่างพอสมควรแก่เหตุในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นไปตามทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด ส่วนการกระทำอย่างพอสมควรแก่เหตุในเรื่องการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นจะต้องเป็นไปตามทฤษฎีสวนสัด

ในขณะที่หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายมหาชนเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความสัมพันธ์หรือซึ่งนำหน้าระหว่างผลประโยชน์อันเกิดการใช้อำนาจรัฐ กับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า การใช้อำนาจรัฐทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐหรือไม่ และเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลน้อยที่สุดหรือไม่ รวมทั้งการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจะต้องก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคล อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเปรียบเทียบเนื้อหาของทฤษฎีสวนสัดและทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุดกับสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุในกฎหมายมหาชน จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ เนื้อหาของทฤษฎีสวนสัดสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ที่เป็นการซึ่งนำหน้าระหว่างผลดีและผลร้ายอันเกิดจากการกระทำใดการกระทำหนึ่ง ส่วนเนื้อหาของทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุดสอดคล้องกับหลักความจำเป็น ที่เป็นการพิจารณาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลร้ายน้อยที่สุดหรือไม่

#### 2.1.3.2 หลักความพอสมควรเหตุในบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ

ก่อนที่มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 จะบัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ นั้น มีบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กำหนดให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งทั้งมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 และบทบัญญัติที่กำหนดให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นต่างเป็นบทบัญญัติที่กำหนด “กรอบ” หรือ “ขอบเขต” ของการใช้อำนาจรัฐมิให้มีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลมากเกินไปกว่าขอบเขตอันสมควร ดังนั้น ก่อนที่จะพิจารณาความเป็นมาและสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 จะขอกล่าวถึงบทบัญญัติที่กำหนดให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นในบทบัญญัติกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

(1) หลักความพอสมควรแก่เหตุกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

ก่อนที่รัฐธรรมนูญฯ 2540 จะบัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในมาตรา 29 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจในการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรองอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่าที่เป็นนั้น ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหลายฉบับที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองไว้เช่นกัน โดยกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเท่าที่จำเป็น ยกตัวอย่างเช่น

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485 กำหนดว่า ในกรณีฉุกเฉินเพื่อเป็นการป้องกันอันตรายอันเกิดแก่การชลประทาน นายช่างชลประทานมีอำนาจที่จะใช้ที่ดินหรือสิ่งของของบุคคลใด ๆ ในบริเวณที่อาจเกิดอันตรายได้เท่าที่จำเป็น แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517 กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปทำการอันจำเป็นเพื่อการสำรวจในท้องที่ที่ถูกประกาศให้เป็นเขตโครงการจัดรูปที่ดินได้ และเมื่อมีความจำเป็นและสมควร ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจขุดดิน ตัดรากกิ่งไม้ กระทำอย่างอื่นแก่สิ่งกีดขวางการสำรวจได้เท่าที่จำเป็น โดยให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายน้อยที่สุด

มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 กำหนดว่า ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจพบว่าผู้ใดไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับการทำงานหรือฝึกงานในต่างประเทศ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจระงับการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของผู้นั้นได้เท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี

มาตรา 57 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 กำหนดให้ผู้ตรวจการมีอำนาจสั่งให้ผู้ขับรถหยุดรถเพื่อทำการตรวจสอบการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กับมีอำนาจสั่งให้บุคคลใดปฏิบัติตามเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์แก่การตรวจสอบนั้นได้

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดเงื่อนไขของการใช้อำนาจรัฐว่า องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการตามที่บัญญัติขึ้นให้อำนาจกระทำการได้ โดยต้องใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวเท่าที่จำเป็น แต่บทบัญญัตินี้ยังไม่ได้รับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้อย่างชัดเจน เป็นเพียงบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในระบบกฎหมายไทยยังมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติอีกสองฉบับที่บัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

(ก) พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

ในการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ หากบุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งนั้นไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามมาตรา 56<sup>35</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่จะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ และมาตรา 56 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดว่า เจ้าหน้าที่ที่ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับทางปกครองน้อยที่สุด ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยมาตรา 56 ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง และเลือกใช้มาตรการทางปกครองที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้น โดยมาตรการดังกล่าวต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น กล่าวคือ เป็นมาตรการที่กระทบต่อผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุดด้วย

บทบัญญัติดังกล่าวนำแนวทางในการยกเว้นมาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยมาตรการบังคับในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1953 (Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27 April 1953) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน<sup>36</sup> จึงมีหลักการสำคัญของการบังคับทางปกครองที่

---

<sup>35</sup> มาตรา 56 เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้ เว้นแต่จะมีการสั่งทุเลาการบังคับไว้ก่อนโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั่นเอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

ฯลฯ

ฯลฯ

ให้เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด

<sup>36</sup> วิจิตรา วอนเพียร, "ปัญหาการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 90.

คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หลักการตามมาตรา 56 วรรคสาม ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองเท่าที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด เป็นหลักการเดียวกับกฎหมายว่าด้วยมาตรการบังคับในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 9 วรรคสอง ที่กำหนดว่า มาตรการบังคับทางปกครองต้องอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ในการบังคับการ และกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและสาธารณชนน้อยที่สุด<sup>37</sup>

(ข) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของบุคคล นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และคุ้มครองความเป็นส่วนตัว (personal data and privacy protection) และกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐจัดเก็บข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลให้กระทำเท่าที่จำเป็น

มาตรา 23 (1)<sup>38</sup> แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ กำหนดว่า หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลเพียงพอเท่าที่เกี่ยวข้อและจำเป็นเพื่อการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์เท่านั้น และยกเลิกการจัดให้มีระบบดังกล่าวเมื่อหมดความจำเป็น บทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นถึงหลักการสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (personal data protection act) คือ หลักการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็น (limiting collection principle) หรือหลักการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลอย่างได้สัดส่วน (data proportional principle) ซึ่งหลักการดังกล่าวหมายความว่า การจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคลต้องจัดเก็บเท่าที่จำเป็นตามหน้าที่ขององค์กรนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าข้อมูลส่วน

<sup>37</sup> เพิ่งอ้าง, น.45-46 และ 91.

<sup>38</sup> มาตรา 23 หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ต้องจัดให้มีระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลเพียงพอเท่าที่เกี่ยวข้อและจำเป็นเพื่อการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์เท่านั้น และยกเลิกการจัดให้มีระบบดังกล่าวเมื่อหมดความจำเป็น

บุคคลที่ทำการประมวลต้องมีความเกี่ยวข้อง พอเพียงและได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการใช้หรือ เกี่ยวเนื่องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>39</sup>

ดังนั้น ในการที่หน่วยงานของรัฐจะดำเนินการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หน่วยงานจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามอำนาจหน้าที่ ของหน่วยงานของตน และจัดเก็บข้อมูลข่าวสารเท่าที่เกี่ยวข้องและมีความจำเป็นต่อการ ดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวกำหนดให้องค์กรของรัฐ ใช้อำนาจล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลเท่าที่จำเป็น อันเป็นหลักการที่สอดคล้องกับ หลักความพอสมควรแก่เหตุ

(2) หลักความพอสมควรแก่เหตุในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ก่อนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะมีผลใช้บังคับนั้น รัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์การตรากฎหมายหรือกฎหมาย ลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ในลักษณะ เดียวกับมาตรา 29<sup>40</sup> ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ซึ่งบัญญัติว่า การตรากฎหมายและกฎหมายลำดับ รองอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น เท่านั้น โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญ ฉบับก่อนหน้านี้นี้จะบัญญัติแต่เพียงว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่ง

<sup>39</sup> ชั่งทอง โอบาสศิริวิทย์, “การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นส่วนตัวในประเทศไทย: ปัจจุบันและอนาคต,” วารสารนิติศาสตร์ 34, 4 (ธันวาคม 2547): น. 616. และ จันทจิรา เขียมมยุรา, “แนวคิดและหลักการร่างกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ของประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์ 34, 4 (ธันวาคม 2547): น. 654.

<sup>40</sup> มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำ มิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดย อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

รัฐธรรมนูญ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้<sup>41</sup>

สำหรับการยกร่างรัฐธรรมนูญฯ 2540 ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ<sup>42</sup> สภาว่่างรัฐธรรมนูญมีมติให้ตั้งคณะกรรมการพิจารณาการประจำสภาว่่างรัฐธรรมนูญ 5 คณะ และกำหนดให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญและกำหนดกรอบความคิดพื้นฐานหลักการ และสาระสำคัญที่ควรจะนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบปัญหาและหลักการในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญไว้ 3 กรอบใหญ่ ได้แก่ (1) สิทธิ เสรีภาพ และการมีส่วนร่วมของพลเมือง (2) การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และ (3) สถาบันการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเมือง

คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญกำหนดสภาพปัญหาหลักของกรอบข้อที่ 1 ไว้ว่า สิทธิและเสรีภาพและหน้าที่บางประการยังไม่ครบถ้วนชัดเจน และไม่มีผลคุ้มครองให้บังคับได้จริง ในทางปฏิบัติ รวมถึงการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์อื่นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้ง่าย และกว้างขวางเกินสมควรจนอาจกระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ ซึ่งสภาพปัญหาประการสุดท้ายนี้ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการในการแก้ไขปัญหาไว้ว่า ต้องมีการกำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายหรือโดยการใช้อำนาจรัฐกระทำได้เฉพาะเหตุที่รัฐธรรมนูญอนุญาตไว้และเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และกฎหมายเช่นนั้นจะต้องใช้เป็นการทั่วไป และต้องระบุนบทมาตราในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

เมื่อสภาว่่างรัฐธรรมนูญมีมติเห็นชอบกรอบการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ประการแล้ว คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญตามกรอบทั้งสามประการ สำหรับอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญกรอบที่ 1 เกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และการมีส่วนร่วมของพลเมือง ประกอบด้วย (1) นายพนัส ทัศนียานนท์ (2) รองศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ (3) รองศาสตราจารย์ธงทอง จันทรางศุ (4) นายแก้วสรร อติโพธิ และ (5) ดร. วิษณุ วรรณุญ

<sup>41</sup> โปรดดู มาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และ มาตรา 24 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538

<sup>42</sup> แสง บุญมี (บรรณาธิการ), กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, มปป.), น. 55 – 58, 62, 101.

คณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญตามกรอบที่ 1 ได้เสนอร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญตามหลักการแก้สภาพปัญหาการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ง่ายและกว้างขวางเกินสมควรจนอาจกระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ อันเป็นที่มาของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ไว้ดังนี้

“มาตรา 3/1/4 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น แต่จะกระทบถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำไปใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”<sup>43</sup>

คณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญตามกรอบที่ 1 ได้ชี้แจงต่อคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการวางหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กรณีที่รัฐจะจำกัดสิทธิได้เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ซึ่งต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้จำกัดสิทธิได้และต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น อันมีลักษณะเป็นการวางขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ ยิ่งกว่าการจำกัดสิทธิของบุคคล และการที่รัฐใช้ข้อยกเว้นตามมาตรานี้เกินความจำเป็นก็จะเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ<sup>44</sup>

ต่อมาในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ<sup>45</sup> ครั้งที่ 1/2540<sup>46</sup> ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลขานุการคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญได้ชี้แจง

<sup>43</sup> มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), น. 91-92.

<sup>44</sup> สรุปผลการประชุมยกร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ณ โรงแรมรอยัล คลิฟ บีฟ พัทยา วันที่ 22 เมษายน 2540

<sup>45</sup> คณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเป็นคณะกรรมการสามัญประจำสภาร่างรัฐธรรมนูญ ตามมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2540 เพื่อทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... ที่สภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติในวาระที่หนึ่งรับไว้พิจารณา



ว่า ร่างมาตรา 29๗ เป็นการนำหลักการมาจากรัฐธรรมนูญของเยอรมัน โดยวางหลักว่าสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นจะจำกัดไม่ได้ กล่าวคือ โดยหลักรัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิของบุคคลไม่ได้หรือกระทำกรใด ๆ ให้กระทบต่อสิทธิของบุคคลไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นว่ารัฐจะจำกัดสิทธิของบุคคลได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย และกำหนดข้อยกเว้นของการจำกัดสิทธิต่อไปว่า แม้จะจำกัดสิทธิโดยอำนาจของกฎหมาย แต่กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายเฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจจำกัดสิทธิของบุคคลได้เท่านั้น และต้องจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

ในประเด็นนี้ นายแก้วสรร อติโพธิ อนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญตามกรอบที่ 1 ได้ชี้แจงเพิ่มเติมว่า โดยทั่วไปบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้จะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะ แต่กฎหมายที่จำกัดสิทธิดังกล่าวต้องทำเท่าที่จำเป็น เช่น การจำกัดสิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่ รัฐอาจออกกฎหมายห้ามมิให้บุคคล ผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่ติดกรมทหารสร้างที่อยู่อาศัยใด ๆ ในที่ดินดังกล่าว โดยอ้างเหตุผลในการออกกฎหมายดังกล่าวเพื่อความมั่นคงของรัฐ กรณีเช่นนี้เป็นการตรากฎหมายจำกัดสิทธิที่เกินความจำเป็น เพราะการห้ามมิให้บุคคลสร้างที่อยู่อาศัยติดกรมทหารไม่ได้ทำให้วัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงบรรลุผลสำเร็จ แต่หากรัฐจะตรากฎหมายห้ามมิให้เจ้าของที่ดินสร้างอาคารสูงติดคลังสรรพาวุธ กรณีเช่นนี้เป็นการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น

ต่อมาในการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14/2540<sup>47</sup> เพื่อพิจารณาร่างมาตรา 29 นายแก้วสรร อติโพธิ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้อภิปรายในประเด็นเกี่ยวกับร่างมาตรา 29 ว่าบทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องให้ได้สัดส่วนและไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น แต่ในบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดแต่เพียงให้นำหลักการนี้ไปใช้กับการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง โดยไม่ได้กำหนดให้นำหลักการนี้ไปใช้กับการวินิจฉัยสั่งการในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงขอแปรญัตติให้เพิ่มเติมว่า ความในร่างมาตรา 29 จะต้องนำไปใช้กับคำวินิจฉัยสั่งการตามกฎหมายต่าง ๆ ด้วย แต่หากคณะกรรมาธิการยกร่าง

<sup>46</sup> รายงานประชุมคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 1/2540 วันอังคาร ที่ 10 มิถุนายน 2540 ณ ห้องประชุมคณะกรรมาธิการ หมายเลข 213 - 216.

<sup>47</sup> รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14/2540 วันอังคาร ที่ 8 กรกฎาคม 2540 ณ ตึกรัฐสภา

รัฐธรรมนูญยืนยันให้ชัดเจนได้ว่าหลักการจำกัดสิทธิต้องได้สัดส่วนและต้องมีเหตุผลนั้นครอบคลุมไปถึงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย ก็ไม่ขัดข้องที่จะคงตามร่างเดิมไว้

ในประเด็นนี้ รองศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในฐานะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่า แม้ในร่างมาตรา 29 จะกำหนดให้นำหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นใช้บังคับเฉพาะกับการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง แต่หากพิจารณาว่าร่างมาตรา 29 ประกอบกับร่างมาตรา 6 จะเห็นได้ว่าคำว่า กฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ตามร่างมาตรา 6 นั้น ในที่ประชุมแห่งนี้ได้อภิปรายตั้งแต่ต้นแล้วว่า ถ้อยคำดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการวินิจฉัยสั่งการต่าง ๆ ด้วย ดังนั้น อำนาจบังคับของหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นจึงครอบคลุมไปถึงการวินิจฉัยสั่งการตามกฎหมายด้วย

จากข้อมูลเกี่ยวกับการยกร่างมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ข้างต้น เห็นได้ว่ามาตรา 29 มีที่มาจากมาตรา 19<sup>48</sup> ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz) ซึ่งประกอบด้วยหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่คล้ายคลึงกัน 3 ประการ ได้แก่ (1) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit and Einzelfallverbot) (2) หลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

<sup>48</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.

(Zitiergebot) และ (3) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltsgarantie)<sup>49</sup>

สำหรับบทบัญญัติของมาตรา 29 ในส่วนที่ว่าด้วยการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรองที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น นั้น จากคำชี้แจงของกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวเป็นการพิจารณาขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นหรือได้สัดส่วนกันระหว่างผลประโยชน์ที่จะได้รับจากกฎหมายนั้นกับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นผลจากการแก้ไขสภาพปัญหาที่ว่า การออกกฎหมายหรือกฎหมายอื่นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้ง่ายและกว้างขวางเกินสมควร หลักการตรากฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็นจึงมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายต่างประเทศ ดังนั้น คำว่า “เท่าที่จำเป็น” ในบทบัญญัตินี้จึงเป็นการบัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก และมีความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐอันมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะกระทำโดยการตรากฎหมายหรือกฎหมายลำดับรอง จะต้องผูกพันต่อหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ

นอกจากการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรองที่ต้องผูกพันต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ตามเจตนารมณ์ของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ยังมุ่งประสงค์ให้หลักความพอสมควรแก่เหตุนี้มีผลใช้บังคับไป

รูปแบบต่าง ๆ อีกด้วย ทั้งการออกคำสั่งทางปกครองและการกระทำทางปกครองอื่น ๆ

เมื่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้บัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้แล้ว หลักดังกล่าวจึงมีผลผูกพันต่อการใช้อำนาจรัฐทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายหรือการใช้อำนาจทางปกครองในการตรากฎหมายลำดับรองหรือออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใด นอกจากนี้ องค์การตุลาการที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุตามบทบัญญัตินี้ไปใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ด้วย ซึ่งในระยะเวลาดังกล่าว ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้นำหลัก

<sup>49</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่,” วารสารกฎหมายปกครอง 17, 2 (สิงหาคม 2541): น.30.

ความพอสมควรแก่เหตุและหลักการตรากฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นไปใช้ในการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ทั้งในฐานะที่หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ และในฐานะที่เป็นหลักรัฐธรรมนูญตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540

#### 2.1.4 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายในองค์กรฝ่ายปกครอง

ก่อนที่จะมีการตั้งศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญฯ 2540 เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง นอกจากจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมแล้ว ยังมีองค์กรภายในฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวด้วย องค์กรดังกล่าว คือ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 โดยมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชน และเสนอคำวินิจฉัยต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาสั่งการต่อไป<sup>50</sup>

ในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนดังกล่าว มีกรณีที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้อ้างอิงหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนในการวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจรัฐมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลเป็นการใช้อำนาจอย่างได้สัดส่วนหรือไม่ดังนี้

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 84/2538 ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่า “ความผิดของตนเอง” ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ที่กำหนดว่า ในกรณีข้าราชการได้รับอันตรายเพราะเหตุปฏิบัติราชการในหน้าที่หรือถูกประทุษร้ายเพราะเหตุกระทำตามหน้าที่ ให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับบำนาญปกติและบำนาญพิเศษ เว้นแต่การได้รับอันตรายหรือถูกประทุษร้ายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือความผิดของตนเอง

ในเรื่องนี้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่าหลักที่ควรถือเป็นบรรทัดฐานในการตีความหรือวินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว คือ “หลักแห่งความได้สัดส่วน” ดังนั้น ในการตีความหรือการวินิจฉัยคำว่า “ความผิดของตนเอง” ของบทบัญญัติดังกล่าวจึงต้องนำเอาความ

<sup>50</sup> ปัจจุบันศาลปกครองเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนแทนคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2522

ร้ายแรงของความผิดที่ผู้ถูกระบุชื่อบุคคลได้กระทำขึ้นอันเป็นสาเหตุให้ผู้ผู้นั้นต้องถูกระบุชื่อบุคคลอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น มาเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของอันตรายที่ผู้ถูกระบุชื่อบุคคลได้รับ ประกอบกับความดีความชอบอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการของผู้ถูกระบุชื่อบุคคลว่า ได้สัดส่วนกันหรือไม่ ถ้าได้สัดส่วนกันก็ถือว่าผู้ถูกระบุชื่อบุคคลนั้นไม่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับบำนาญพิเศษด้วย แต่ถ้าความผิดที่ผู้ถูกระบุชื่อบุคคลได้กระทำขึ้นเป็นเพียงความผิดเล็กน้อยไม่สามารถเทียบกันได้กับความร้ายแรงของอันตรายที่ผู้ถูกระบุชื่อบุคคลนั้นได้รับ และไม่สามารถเทียบได้กับความดีความชอบที่ผู้ถูกระบุชื่อบุคคลนั้นได้กระทำมา ก็ต้องถือว่าผู้ถูกระบุชื่อบุคคลนั้นยังเข้าเกณฑ์ที่จะได้รับบำนาญพิเศษอยู่

จากคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบมาใช้ในการพิจารณา โดยเปรียบเทียบความร้ายแรงของการกระทำความผิดของผู้รับบำนาญกับความร้ายแรงของอันตรายที่ผู้รับบำนาญได้รับว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่

นอกจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ข้างต้นแล้ว หลัง พ.ศ. 2540 ปรากฏว่าในการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ประการหนึ่งเกี่ยวกับการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ<sup>51</sup> เพื่อให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย มีกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกานำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นแนวทางในการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ ดังนี้

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

มาตรา 7 คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่

๑๑๑

๑๑๑

(2) รับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของ  
นายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี

๑๑๑

๑๑๑

เรื่องเสรีจที่ 22/2543<sup>52</sup> ทบวงมหาวิทยาลัยมีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา ขอรื้อประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการขอให้เปิดเผยกระดาษคำตอบและบัญชีคะแนนการ สอบคัดเลือก กรณีที่นางสุมาลี ลิมปโหวาท ขอให้คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พิจารณาเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกสารการสอบของเด็กหญิงณัฐนิช ลิมปโหวาท และของ นักเรียนที่ผ่านการสอบคัดเลือกเข้าเรียนในชั้นประถมศึกษาปีที่ 1 โรงเรียนสาธิตแห่ง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารฯ ได้มีคำวินิจฉัย ฌบับแรกว่า มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์มีสิทธิจะไม่เปิดเผยกระดาษคำตอบและบัญชีคะแนนของ ผู้สอบคัดเลือกทั้งหมดได้ ซึ่งนางสุมาลีไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว และมีหนังสือขอให้ ทบวงมติดังกล่าวอีกครั้ง หลังจากนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารฯ จึงได้มี คำวินิจฉัยฉบับที่สองว่า ให้มหาวิทยาลัยเปิดเผยกระดาษคำตอบและบัญชีคะแนนของผู้สอบ คัดเลือกทั้งหมดให้นางสุมาลีตรวจดูได้

เนื่องจากการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารฯ ฉบับที่สองจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของนักเรียนคนอื่น ๆ ทบวงมหาวิทยาลัยจึงขอรื้อว่า การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในส่วนที่เกี่ยวกับการสอบต่าง ๆ ควรเปิดเผยมากน้อยเพียงใด

ในเรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) เห็นว่า การพิจารณาขอเบตการเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคล จำเป็นต้องนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่เกี่ยวข้องมาประกอบการวินิจฉัย เพราะในปัญหานี้เกี่ยวข้องและกระทบถึงประโยชน์สองฝ่าย คือ ประโยชน์ส่วนรวม (public interest) ซึ่งหน่วยงานราชการมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาฝ่ายหนึ่ง และประโยชน์ของเอกชนอีกฝ่าย หนึ่ง โดยประโยชน์ของเอกชนแบ่งออกเป็นสองด้าน คือ ด้านประโยชน์ของผู้ขอให้เปิดเผยข้อมูล ข่าวสาร และด้านประโยชน์ของบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ได้แก่ (1) หลักความได้สัดส่วน ตามกฎหมายของประเทศ เยอรมันและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งกฎหมายของทั้งสองประเทศมีหลักการในแนวทางเดียวกัน และ (2) หลักปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการสอบ ซึ่งแยกออกเป็น “การสอบวัดผลการศึกษา” และ “การ สอบแข่งขัน”

ในส่วนของ “หลักความได้สัดส่วน” คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) อธิบายว่า หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้พิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของรัฐที่มี

<sup>52</sup> บันทึกร เรื่อง ขอรื้อปัญหาข้อกฎหมายกรณีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้อง ฌเอกสารการสอบ (กรณีการสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในชั้นประถมศึกษาปีที่ 1 โรงเรียนสาธิตแห่ง มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์)

ผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคล โดยมีหลักการที่เป็นข้อพิจารณา 3 ประการ คือ (1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเหมาะสม (principle of suitability) (2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความจำเป็น (principle of necessity) และ (3) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความสมดุล (principle of proportionality stricto sensu) ซึ่งสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างส่วนได้เสียของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน เมื่อองค์ของรัฐจะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง องค์ของรัฐจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ วิธีการ และผลกระทบที่เกิดจากมาตรการนั้น โดยมาตรการที่นำมาใช้จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม กล่าวคือ เป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้อย่างแท้จริง มาตรการนั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นต้องใช้ตามหลักความจำเป็น กล่าวคือ ไม่สามารถหามาตรการอื่นใดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว และ มาตรการนั้นต้องเป็นมาตรการที่มีความสมดุลตามหลักความสมดุล กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างผลเสียกับผลประโยชน์ที่ได้รับนั้นอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน

เมื่อนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ให้ความเห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกสารการสอบ โดยอาศัยพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กีด หรือโดยอาศัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กีด แม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกสารการสอบได้ แต่ในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวต้องเป็นไปตาม “เงื่อนไข” แห่งเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคล ทั้งบุคคลที่เป็นผู้ขอข้อมูลและบุคคลอื่นที่ถูกกระทบกระเทือนเพราะการใช้สิทธิของบุคคลผู้ขอข้อมูล ฉะนั้น ในการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้ดุลพินิจในการสั่งการให้เปิดเผยหรือไม่ให้เปิดเผย “ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ” จึงต้องชั่งน้ำหนักของประโยชน์ทั้งสองฝ่าย คือ ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคล (ทั้งบุคคลที่เป็นผู้ขอข้อมูลและบุคคลอื่นที่ถูกกระทบกระเทือนเพราะการใช้สิทธิของบุคคลผู้ขอข้อมูล) ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่า การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้ดุลพินิจสั่งการจะต้องตรวจสอบเกณฑ์ทั้งสามนี้ก่อน

**ก.หลักความเหมาะสม** การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจะสอดคล้องกับหลักความเหมาะสมก็ต่อเมื่อการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการขอให้เปิดเผยได้อย่างแท้จริง สำหรับกรณีที่เป็นปัญหานี้ การที่ผู้สอบแข่งขันรายหนึ่งขอให้เปิดเผยเอกสารการสอบย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อทราบรายละเอียดเกี่ยวกับการให้คะแนนและหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

วัตถุประสงค์ของผู้ขอดังกล่าวสามารถบรรลุเป้าหมายได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ยินยอมให้ผู้ขอได้ตรวจสอบเอกสารการสอบดังกล่าว จึงจะทำให้ผู้ขอตรวจสอบเอกสารสามารถทราบข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานสำหรับการใช้สิทธิของตนต่อไป การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารในลักษณะเช่นนี้จึงมีความเหมาะสม

ข.หลักความจำเป็น การเปิดเผยข้อมูลที่สอดคล้องกับหลักความจำเป็น หมายความว่าไม่มีวิธีการอื่นใดที่จะทำให้ผู้ที่ขอเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเอกสารการสอบสามารถทราบผลสอบนั้นได้ นอกจากการอนุญาตให้ผู้ขอทำการตรวจดูเอกสาร และในกรณีของการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเอกสารการสอบ จะต้องกระทำให้มีผลกระทบต่อผู้เข้าสอบแข่งขันรายอื่น ๆ น้อยที่สุด เช่น การไม่เปิดเผยชื่อผู้เป็นเจ้าของกระดาษคำตอบ

ค.หลักความสมดุล การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารต้องมีความสมดุลระหว่าง “ประโยชน์สาธารณะ” กับ “ประโยชน์ส่วนบุคคล” การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเอกสารการสอบหรือกระดาษคำตอบที่มีส่วนเปิดเผยไปถึง “ข้อสอบ” ซึ่งเป็นสิทธิของส่วนราชการที่ทำหน้าที่แทนรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวม จึงจำเป็นต้องพิจารณาด้วยว่าผลกระทบในทางเสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวมในการเปิดเผย “ข้อสอบ” จะสมดุลกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือไม่

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า ในข้อหาหรือนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในฐานะที่เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งสาระสำคัญของหลักดังกล่าวเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างส่วนได้เสียของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน เมื่อองค์กรของรัฐจะเข้ามาตรากฎมาตรการหนึ่ง องค์กรของรัฐจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ วิธีการ และผลกระทบที่เกิดจากมาตรการนั้น โดยมาตรการที่นำมาใช้จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม กล่าวคือ เป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้อย่างแท้จริง มาตรการนั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นต้องใช้ตามหลักความจำเป็น กล่าวคือ ไม่สามารถหามาตรการอื่นใดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวและต้องเป็นมาตรการที่มีผลกระทบน้อยที่สุด อีกทั้งมาตรการนั้นต้องเป็นมาตรการที่มีความสมดุลตามหลักความสมดุล กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างผลเสียกับผลประโยชน์ที่ได้รับนั้นอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน

เรื่องเสรีจที่ 293/2543<sup>53</sup> สำนักงานคณะกรรมการจัดระบบการจราจรทางบกได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขอหารือประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการไม่ส่งเสริมการใช้รถยนต์ส่วนบุคคล โดยจะกำหนดห้ามรถยนต์ส่วนบุคคล (เฉพาะรถยนต์นั่งส่วนบุคคล

<sup>53</sup> บันทึก เรื่อง การดำเนินการตามมาตรการไม่ส่งเสริมการใช้รถยนต์ส่วนบุคคล



บุคคลไม่เกินเจ็ดคน และรถยนต์บรรทุกส่วนบุคคลซึ่งมิได้ใช้ประกอบการขนส่งส่วนบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบก) ที่มีเลขตัวท้ายของป้ายทะเบียนรถตรงกับเลขท้ายของวันนั้น ไม่ให้เดินรถในเขตพื้นที่ 45 ตารางกิโลเมตรในช่วงเวลาเร่งด่วนตอนเช้า (06.00 – 09.00 นาฬิกา) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมปริมาณการใช้รถยนต์ส่วนบุคคลในพื้นที่ที่มีการจราจรหนาแน่น เพื่อให้สภาพการจราจรโดยรวมมีความสะดวกคล่องตัว โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 139 (1) แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 แต่โดยที่รัฐธรรมนูญได้รับรองเสรีภาพในการเดินทางของบุคคลไว้ จึงขอหรือว่าการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1 คณะที่ 4 และคณะที่ 5) มีความเห็นว่า มาตรการดังกล่าวไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ เพราะมาตรการดังกล่าวเป็นเพียงการจำกัดการใช้ยานพาหนะบางชนิด เฉพาะการเข้าไปในเขตพื้นที่บางแห่ง ในบางวันและบางเวลาเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า มาตรการดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนที่อยู่ในเขตพื้นที่ที่กำหนดเป็นอย่างมาก เพราะในวันที่ถูกห้ามเดินรถในเขตพื้นที่นั้น ก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงไปใช้เส้นทางอื่นได้ มาตรการนี้จึงไม่เหมาะสมแก่การนำมาใช้บังคับ ควรหามาตรการอื่นที่สามารถแก้ไขปัญหาการจราจรได้ โดยไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนมากเกินไป และควรเป็นมาตรการที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติสามารถบังคับการให้เป็นไปได้โดยไม่ยุ่งยากมากนัก

ในความเห็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ได้กล่าวอ้างถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยตรง แต่ได้ให้ความเห็นว่าแม้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่ถ้ามาตรการตามกฎหมายลำดับรองดังกล่าวก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนมากเกินไป หน่วยงานของรัฐก็ไม่ควรเลือกใช้มาตรการทางปกครองนั้น และสมควรพิจารณาหามาตรการอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนน้อยกว่ามาใช้บังคับซึ่งมีสาระสำคัญเช่นเดียวกันกับเนื้อหาของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมามาใช้วินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อกฎหมายดังที่ปรากฏในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอรื้อการบังคับใช้ระเบียบกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ว่าด้วยการเข้ามาดำเนินงานขององค์การเอกชนต่างประเทศในประเทศไทย พ.ศ. 2541 (เรื่องเสรีจที่ 1035/2547) และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินในร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. .... (เรื่องเสรีจที่ 393/2548)

### 2.1.5 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในศาลปกครอง

ศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามมาตรา 276<sup>54</sup> ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ฯลฯ

ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรตุลาการที่จัดตั้งขึ้นหลังจากหลังจากรัฐธรรมนูญฯ 2540 มีผลใช้บังคับ ซึ่งในระยะเวลาดังกล่าว มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้บัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ และเป็นช่วงระยะเวลาหลังจากที่ตำรากฎหมายมหาชนต่าง ๆ ได้อธิบายสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้อย่างกว้างขวาง โดยนำองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุของระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสมาอ้างอิงไว้ในตำราดังกล่าว และนอกจากนี้ ยังได้อธิบายการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในบริบทของระบบกฎหมายไทย ทั้งในด้านการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ตลอดจนทั้งการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีขององค์กรตุลาการที่มีอำนาจควบคุม

<sup>54</sup> มาตรา 276 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ดังนั้น ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยจึงได้รับการพัฒนาขึ้น โดยมีปัจจัยหลักจากตำราเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุของนักวิชาการหลายท่านดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ประกอบกับหลักดังกล่าวได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 รวมทั้งมีตำราเกี่ยวกับศาลปกครองที่กล่าวถึงการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครอง โดยกล่าวว่า หลักกฎหมายที่ศาลปกครองต้องนำมาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะต้องมีความหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าวและต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดของการกระทำทางปกครอง นอกจากจะหมายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังหมายความรวมถึงกฎหมายประเพณีและบรรดาหลักกฎหมายทั่วไปด้วย และหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองประการหนึ่ง คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>55</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญฯ 2540 จึงรับเอาองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุจากตำรากฎหมายมหาชน ซึ่งมีพื้นฐานจากสาระสำคัญของหลักความพอสมควรเหตุในระบบกฎหมายต่างประเทศมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประเภทต่าง ๆ โดยในระยะแรกที่ศาลปกครองเปิดทำการ<sup>56</sup> และพิจารณาพิพากษาคดีตามอำนาจหน้าที่ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ศาลปกครองยังไม่ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยคดีพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง จนกระทั่งใน พ.ศ. 2545 ศาลปกครองกลางได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาวินิจฉัยคดีเป็นครั้งแรกเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2253/2545<sup>57</sup>

<sup>55</sup> ไปรอดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น.15-27.

<sup>56</sup> ศาลปกครองเปิดทำการในวันที่ 9 มีนาคม 2544

<sup>57</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, น.321-322.

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2253/2545 ในคดีนี้มีประเด็นต้องวินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีการวางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี เป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในประเด็นเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้น ศาลเห็นว่าประกาศดังกล่าวจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อเป็นกฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงเท่าที่จำเป็น ซึ่งหมายความว่า มาตรการที่กฎดังกล่าวกำหนดไว้สามารถดำเนินให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎดังกล่าวหรือไม่ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีผลกระทบที่น้อยที่สุดหรือไม่ และมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่ประกอบอาชีพในท้องที่ที่กฎดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่

ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า ประกาศกระทรวงเกษตรดังกล่าวได้กำหนดมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพ แม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ประกอบอาชีพประมงในเขตพื้นที่ตามประกาศดังกล่าว แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศดังกล่าว โดยมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงน้อยกว่ามาตรการที่ประกาศดังกล่าวกำหนดไว้ และมาตรการตามประกาศดังกล่าวก็ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบอาชีพในเขตพื้นที่ตามประกาศดังกล่าวมากกว่าที่ก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวม

ในคดีนี้ได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับนี้เช่นกัน คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547 ศาลวินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่ามาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไป และแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบสามคนในท้องที่ดังกล่าวมากกว่ามาตรการตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับเดิม แต่ก็ถือได้ว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะเนนการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับลงวันที่ 24

กันยายน 2542 มาตรการตามประกาศฉบับนี้จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน แม้จะกระทบต่อรายได้จากการทำประมงของผู้ฟุ้งคืดทั้งยี่สิบสามคนก็เป็นเพียงระยะเวลา 3 เดือน ซึ่งผู้ฟุ้งคืดก็สามารถนำเรือออกไปทำการประมงนอกพื้นที่ได้ หรือปรับเปลี่ยนเครื่องที่ใช้ทำการประมงในพื้นที่ต้องห้ามดังกล่าว ผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการประมงผลที่ได้จากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามประกาศฉบับดังกล่าวสามารถลดมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เป็นจำนวนมาก จึงเห็นได้ว่าประกาศฉบับนี้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟุ้งคืดได้รับ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว พิจารณายืนยันตามศาลปกครองชั้นต้นให้ยกฟ้อง

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ศาลปกครองสูงสุดจะนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547 ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแล้ว โดยคดีแรกที่ศาลนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้วินิจฉัยคดี คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 15/2545

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 15/2545 ศาลวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 มีเจตนารมณ์ให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้มาตรฐาน ดังนั้น การกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์เช่นนั้นสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัคคุเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งข้อกำหนดดังกล่าวก็ไม่ขัดต่อหลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมัคคุเทศก์หรือสังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมย่อมจะเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม เพราะจะได้นำความรู้ที่ได้รับไปถ่ายทอดทำให้นักท่องเที่ยวได้มีความรู้ความเข้าใจข้อมูลต่าง ๆ อย่างถูกต้องทันต่อเหตุการณ์ และมัคคุเทศก์ก็จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาทและความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ในขณะที่มัคคุเทศก์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมโดยเสียค่าใช้จ่ายทุก 2 ปี โดยประมาณเท่านั้น ดังนั้น ข้อ 11 ทวิ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2536) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543)ฯ

จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบสิทธิเสรีภาพของมัคคุเทศก์จนเกินสมควร อันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด จึงพิพากษายกฟ้อง

หลังจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประเภทต่าง ๆ ทั้งการตรวจกฎหมายลำดับรอง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 16/2545 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 17/2545 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 18/2545) และการกระทำทางปกครองอื่น ๆ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 5-6/2546 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 79/2547 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 90/2547 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 111/2547 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 139/2548) ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดของแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่วินิจฉัยตามหลักความพอสมควรแก่เหตุต่อไปในบทที่ 3

#### 2.1.6 พัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในศาลรัฐธรรมนูญ

ก่อนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย องค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในระยะเวลาที่อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย 7 คำวินิจฉัย<sup>58</sup> แต่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้ในการวินิจฉัยประเด็นแห่งคดี เพราะโดยส่วนใหญ่ประเด็นที่ศาลยุติธรรมเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยจะเป็นประเด็นที่ว่าบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาชอบด้วยบทบัญญัติของ

<sup>58</sup> ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ ต.1/2494 คำวินิจฉัยที่ ต.2/2494 คำวินิจฉัยที่ ต.3/2494 คำวินิจฉัยเรื่อง มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 75 ตอนที่ 17 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2501) คำวินิจฉัยที่ ต.1/2513 คำวินิจฉัยที่ 1/2535 และคำวินิจฉัยที่ 2/2535

รัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการลงโทษทางอาญาหรือไม่<sup>59</sup> และประเด็นอื่น ๆ<sup>60</sup> เช่น ความไม่ชอบด้วยเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญในการตราพระราชกำหนด

อย่างไรก็ดี ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2513 ซึ่งมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลแขวงอุบลราชธานีมีความเห็นว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจกำหนดโทษที่รุนแรง ซึ่งไม่ได้สัดส่วนความผิดที่ถูกกล่าวหา จึงมีข้อควรพิจารณาว่าประเด็นปัญหาตามคำวินิจฉัยนี้สามารถนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาปรับใช้กับคดีนี้ได้หรือไม่

ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า ศาลแขวงอุบลราชธานีขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ข้อ 1 และ ข้อ 2 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้อำนาจแก่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสั่งว่าบุคคลใดเป็นบุคคลอันธพาลและควบคุมบุคคลนั้นไว้เพื่อทำการอบรมและฝึกอาชีพให้กลับตนเป็นพลเมืองดี โดยศาลแขวงอุบลราชธานีมีความเห็นในคดีนี้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในเรื่องของหลักสิทธิเสรีภาพของบุคคล กล่าวคือ การที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดระยะเวลาการลงโทษที่แน่นอนไว้ และให้คณะกรรมการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 มีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณากำหนดความรุนแรงของโทษ ทำให้โทษที่ได้รับไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่ถูกกล่าวหา และขัดต่อหลักอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะบทบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ชี้ขาดว่าผู้ใดกระทำความผิดหรือไม่ โดยไม่ต้องดำเนินการฟ้องร้องต่อศาล อันเป็นการใช้อำนาจในลักษณะการพิพากษาคดี จึงเป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่แทนศาลธรรมดาที่มีอยู่แล้ว

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อกวาดล้างปราบปรามและทำการอบรมปมนิสัยผู้ที่จะประพฤติเป็นอันธพาลให้กลับตนเป็นพลเมืองดีเพื่อประโยชน์และความผาสุกของประชาชน การกำหนดให้นำตัวบุคคลอันธพาลไปฝึกอาชีพเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเท่านั้น ไม่ใช่การลงโทษอาญา จึงมิใช่กฎหมายที่ลงโทษบุคคลที่มีผล

<sup>59</sup> โปรดดูคำวินิจฉัยที่ ต. 1/2494 คำวินิจฉัยที่ ต. 2/2494 และคำวินิจฉัยที่ ต. 3/2494

<sup>60</sup> โปรดดูคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่อง มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 75 ตอนที่ 17 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2501) คำวินิจฉัยที่ 1/2535 และคำวินิจฉัยที่ 2/2535

เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนถึงขั้นขัดรัฐธรรมนูญ และการตรากฎหมายที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตุลาการได้อย่างศาล เป็นกรณีที่รัฐมีอำนาจตรากฎหมายให้ใช้วิธีการใดอันมีลักษณะเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อให้บรรลุผลเช่นนั้นย่อมทำได้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 จึงไม่ใช่กฎหมายที่ตั้งศาลขึ้นมาใหม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 กำหนดให้อำนาจแก่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสั่งว่าบุคคลใดเป็นบุคคลอันธพาลและควบคุมบุคคลนั้นไว้เพื่อทำการอบรมและฝึกอาชีพโดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาการลงโทษที่แน่นอนไว้ และให้คณะกรรมการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 มีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณากำหนดความรุนแรงของโทษนั้น มีประเด็นที่ควรพิจารณาด้วยว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นหรือไม่ได้สัดส่วนกับความผิดของบุคคลนั้นหรือไม่ เพราะแม้โทษดังกล่าวจะไม่ใช้โทษทางอาญา แต่บทบัญญัติดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายที่อยู่ของบุคคล กรณีนี้จึงสามารถนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้ อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดี เนื่องจากมีความเห็นว่าการกำหนดให้นำนัดบุคคลอันธพาลไปฝึกอาชีพเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเท่านั้น ไม่ใช่การลงโทษอาญา จึงมิใช่กฎหมายที่ลงโทษบุคคลที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนถึงขั้นขัดรัฐธรรมนูญ

ในระยะเวลาต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ รวมทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชกำหนด โดยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าวนั้น หลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาวินิจฉัยว่าความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาของร่างกฎหมายหรือกฎหมายประกอบด้วยหลักเกณฑ์หลายประการ เช่น หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา ฯลฯ



สำหรับหลักเกณฑ์การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ ได้แก่ (1) การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (2) กฎหมายดังกล่าวจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ (3) กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และ (4) ต้องมีการระบุบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายนั้นด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหลายกรณีที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลบนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ประการที่หนึ่ง คือ การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่นำหลักเกณฑ์การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นมาวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเพียงแต่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นหรือมากเกินไปเกินความจำเป็นหรือไม่ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องตราบทบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ อันเป็นการนำถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 29 มากล่าวอ้างไว้ โดยไม่ได้พิเคราะห์ความสอดคล้องของบทบัญญัติกฎหมายกับสาระสำคัญของทั้งสามประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วยการนำข้อเท็จจริงมาปรับเข้ากับสาระสำคัญแต่ละประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุและให้เหตุผลในทางกฎหมายว่ากรณีของข้อเท็จจริงในคดีนั้นสอดคล้องกับสาระสำคัญแต่ละประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ อย่างไร ดังมีตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2542 ประธานวุฒิสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า ร่างพระราชบัญญัติควบคุมยาง พ.ศ. .... มีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจประกาศกำหนดเขตทำสวนยาง วิธีการทำสวนยาง และให้เกษตรกรต้องปลูกยางพันธุ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด อีกทั้งยังกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจเข้าไปในสวนยางหรือแปลงเพราะพันธุ์ต้นยางเพื่อตรวจสอบเนื้อที่และวิธีการทำสวนยาง และตรวจสอบคุณภาพยาง ตลอดจนเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ได้ อันเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ศาลเห็นว่า การที่เกษตรกรต้องปลูกยางพันธุ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดว่าเหมาะสมและต้องทำสวนยางตามวิธีการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด จะเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่ นั้น เมื่อพิจารณาคำปรารภของร่างพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้ระบุไว้แล้วว่ามีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แม้จะขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของ

บุคคล ก็เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และมีได้เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

คำวินิจฉัยที่ 54-55/2543 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามาตรา 85/1 มาตรา 85/3 และมาตรา 85/9 แห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... ซึ่งให้อำนาจแก่คณะกรรมการการเลือกตั้งในการสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง เป็นบทบัญญัติที่มีความจำเป็นต่อราชอำนาจเพื่อขจัดอุปสรรคในการจัดการเลือกตั้ง และให้การเลือกตั้งดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบนพื้นฐานของหลักการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ยังปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2544 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2545 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 59/2545 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40/2547 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45-46/2547 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2548 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 41/2548 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2548 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 63/2548 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2549 ทั้งนี้จะได้กล่าวถึงรายละเอียดของแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อไปในบทที่ 3

## 2.2 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าก่อนที่มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 จะบัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้แล้ว ศาลยุติธรรมได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในฐานะที่หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และต่อมารัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้บัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในมาตรา 29 ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยจึงมีบ่อเกิดจากหลักกฎหมายทั่วไปและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ 2540

## 2.2.1 หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่มาของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักแห่งดุลยพินิจระหว่างสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ ในขณะที่เดียวกันยังทำหน้าที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพื่อมิให้รัฐใช้อำนาจให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างไม่เหมาะสมหรือเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองให้หลักการนี้มีผลผูกพันต่อการใช้อำนาจรัฐประเภทต่าง ๆ แต่โดยที่ประเทศไทยเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังนั้น หากมีกรณีที่ต้องพิจารณาเห็นว่ารัฐใช้อำนาจอย่างไม่เหมาะสมหรือเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น องค์การตุลาการสามารถนำหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาวินิจฉัยขอบเขตการใช้อำนาจรัฐได้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อบุคคลที่รัฐใช้อำนาจล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพเกินความจำเป็น

ทั้งนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไปสองประการ คือ หลักความยุติธรรม และหลักนิติรัฐ<sup>61</sup>

### 2.2.1.1 หลักความยุติธรรม

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุคือการเรียกร้องให้องค์กรของรัฐซึ่งใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกับผลประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ โดยองค์กรของรัฐต้องเลือกมาตรการที่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นรากฐานของสาระสำคัญดังกล่าวของหลักความพอสมควรแก่เหตุ คือ หลักความยุติธรรม

หลักความยุติธรรมแบ่งออกเป็นสองลักษณะ คือ ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วน (distributive justice) และความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนทดแทน (commutative justice) ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วน คือ ความยุติธรรมที่ใช้เป็นเครื่องแบ่งสรรอำนาจหน้าที่ในกิจการสาธารณะ เกียรติยศ ความมั่งคั่ง และภาระของแต่ละคนในชุมชน โดยต้องแบ่งสรรสิ่งต่าง ๆ แก่บุคคลอย่างมีสัดส่วนเหมาะสมแก่คุณภาพของแต่ละบุคคล ส่วนความยุติธรรมในการ

<sup>61</sup> ธรรมนูญลักษณะ เกตุศร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.99.

แลกเปลี่ยนทดแทน คือ ความยุติธรรมในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ซึ่งต่างฝ่ายต่างต้องแลกเปลี่ยนทดแทนกันอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน<sup>62</sup>

ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วนจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ต้องมีการแบ่งสรรประโยชน์และภาระให้กับคนในสังคมอย่างเหมาะสม เมื่อรัฐมีอำนาจมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะตอบสนองความต้องการของส่วนรวม และในขณะเดียวกันก็มีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งทำให้บุคคลบางกลุ่มบางคนต้องเสียประโยชน์ รัฐจึงต้องมีมาตรการหรือวิธีการจัดทำบริการสาธารณะที่ตอบสนองความต้องการของส่วนรวม ในขณะเดียวกันมาตรการหรือวิธีการนั้นจะต้องเป็นธรรมต่อบุคคลที่อาจต้องรับภาระจากการที่ส่วนรวมได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้น

#### 2.2.1.2 หลักนิติรัฐ

หลักการพื้นฐานประการหนึ่งของการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตย คือ หลักนิติรัฐ หรือหลักการที่กำหนดให้รัฐให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่บุคคลจะได้ใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร<sup>63</sup> ดังนั้น รัฐจึงต้องยอมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภา อันเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยผู้แทนของประชาชน การที่รัฐผูกพันตนต่อกฎหมายดังกล่าวมีผลให้รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่กฎหมายยินยอมให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งหากพิจารณาหลักนิติรัฐในแง่ของรูปแบบ<sup>64</sup> หลักนิติรัฐจะประกอบด้วยหลักการ 4 ประการ ได้แก่ (1) หลักการแยกอำนาจ (2) หลักการที่ว่ากฎหมายตามรูปแบบย่อมผูกมัดอำนาจรัฐ (3) หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนทางศาล และ (4) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อมาตรการของรัฐ ส่วนในแง่ของเนื้อหา<sup>65</sup> หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการ 3 ประการ ได้แก่ (1) หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของประชาชน (2) หลักการที่ว่ามาตรการของรัฐต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยพิจารณาถึงความเหมาะสม ความจำเป็น และความได้สัดส่วนที่ดีของมาตรการของรัฐ และ (3) หลักการชดเชยให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการ

<sup>62</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), น.114-115.

<sup>63</sup> สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น.127.

<sup>64</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น.241.

<sup>65</sup> เพ็ญอ้าง.

กระทำอันมิชอบของรัฐ ซึ่งหลักการต่าง ๆ เหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐและจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐ

จากข้อพิจารณาในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีพื้นฐานจากหลักนิติรัฐ และมีวัตถุประสงค์ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีปอบเกิดจากหลักนิติรัฐและเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่ใช้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง รวมถึงการใช้อำนาจรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมิให้รัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามอำเภอใจ โดยรัฐอาจใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินกิจการของรัฐให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือการรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ

#### 2.2.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ 4 ประการ ได้แก่ (1) การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (2) กฎหมายดังกล่าวจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ (3) กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และ (4) ต้องมีการระบุบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายนั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าการตรากฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็นนั้น เป็นการรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ปอบเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยจึงมีที่มาจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ปัจจุบันนี้รัฐธรรมนูญฯ 2540 จะถูกยกเลิกไปโดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19



## 2.3 สาระสำคัญและสถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาพัฒนาการของหลักความพอสมควรแก่เหตุในประเทศไทยจะเห็นได้ว่า ในระยะก่อนที่นักวิชาการจะเขียนตำราเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยอาศัยองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้น ศาลยุติธรรมได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุจากการให้เหตุผลในคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจรัฐในคดีดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรมอย่างไร แต่พัฒนาการในช่วงระยะเวลานั้น ศาลยุติธรรมยังไม่ได้สรุปว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสาระสำคัญและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร เป็นแต่เพียงการนำสาระสำคัญบางประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยคดี เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในคดีนั้น

ในขณะเดียวกัน พัฒนาการในทางตำราเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุได้พัฒนาเพิ่มขึ้น โดยมีการแปลตำรากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเผยแพร่ผ่านทางตำราและบทความต่าง ๆ จนกระทั่งมีการเขียนตำราและบทความที่อธิบายถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุในบริบทระบบกฎหมายไทย พัฒนาการในช่วงระยะเวลานี้ จึงมีผลให้สาระสำคัญและหลักเกณฑ์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นที่รับรู้ในระบบกฎหมายมหาชนของไทย ว่าหลักดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ ที่ห้ามมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร แต่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง ในการตรวจสอบว่ารัฐละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็นหรือไม่ จึงต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ ทั้งอำนาจตรากฎหมายและอำนาจกระทำการทางปกครอง เพื่อมิให้รัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินความพอดี ทั้งนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุประกอบด้วยหลักเกณฑ์สามประการ คือ (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (2) หลักความจำเป็น และ (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งต่อมาศาลปกครองได้นำสาระสำคัญและหลักเกณฑ์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุในทางตำราดังกล่าวมาใช้เป็นหลักกฎหมายเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยมีรากฐานที่สำคัญจากพัฒนาการในทางตำรา ซึ่งในทางตำราได้อธิบายความหมายของหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ดังนี้

หลักความพอสมควรแก่เหตุ หมายถึง หลักการที่ห้ามมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรหรือใช้อำนาจนั้นอย่างอำเภอใจ<sup>69</sup> หากแต่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พอเหมาะพอประมาทกับสภาพของข้อเท็จจริง<sup>70</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐมีอำนาจตามกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ แต่บุคคลไม่จำเป็นต้องสละสิทธิและเสรีภาพของตนเกินกว่าความจำเป็น ดังนั้น องค์กรของรัฐทั้งองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจรัฐให้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรได้ มาตรการขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลเกินกว่าความจำเป็น

ในการพิจารณาว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐอย่างอำเภอใจ หรือมาตรการของรัฐมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือเป็นการสร้างภาระให้กับบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือไม่นั้น จะต้องนำสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ซึ่งตำราและบทความเกี่ยวกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทยอธิบายว่า สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ ได้แก่ (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (2) หลักความจำเป็น และ (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยหลักเกณฑ์แต่ละประการมีสาระสำคัญ<sup>71</sup> ดังนี้

### 2.3.1 หลักความสัมฤทธิ์ผล

หลักความสัมฤทธิ์ผล หมายถึง หลักที่เรียกร้องว่ามาตรการที่องค์กรของรัฐกำหนดขึ้นอันมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการใช้บังคับมาตรการดังกล่าวบรรลุผลได้ หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตามที่องค์กรของรัฐมุ่งประสงค์ได้จริง หากมาตรการใดเห็นได้ชัดเจนว่าไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ มาตรการนั้นย่อมขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล

<sup>69</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น.187.

<sup>70</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.29-30.

<sup>71</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.85-94, 128-133 และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 70*, น.32-35.



ดังนั้น ในกรณีของการตรากฎหมาย กฎหมายจะชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลต่อเมื่อ มาตรการที่กฎหมายดังกล่าวนำมาใช้บังคับแก่บุคคลเป็นมาตรการที่สามารถทำให้เกิดผลตามที่ องค์ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริง ส่วนในกรณีของการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครองจะชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผลต่อเมื่อมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองนำมา บังคับต่อบุคคลนั้นเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่าย ปกครองกระทำการทางปกครองเกิดผลสำเร็จได้

มาตรการทางกฎหมายใดไม่สามารถทำให้สิ่งที่องค์กรนิติบัญญัติมุ่งประสงค์ปรากฏ เป็นจริงได้ หรือมาตรการทางปกครองใดไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มอบอำนาจ ให้กระทำการนั้นปรากฏเป็นจริงได้ กฎหมายหรือการกระทำทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วย หลักความสัมฤทธิ์ผล

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่นำหลักความสัมฤทธิ์ผลมาวินิจฉัยความชอบ ด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ได้แก่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 15/2545 ศาลพิพากษาว่าพระราชบัญญัติธุรกิจ นำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 มีเจตนารมณ์ให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไปอย่าง มีระเบียบและได้มาตรฐาน ดังนั้น การกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมเป็น มาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์เช่นนั้นสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัคคุเทศก์ได้รับ ความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 18/2545 ศาลพิพากษาว่าพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มีเจตนารมณ์เพื่อสร้างหรือพัฒนาเมืองหรือส่วนของเมืองขึ้นใหม่ หรือแทนเมืองหรือส่วนของ เมืองที่ได้รับความเสียหาย เพื่อให้มีสุขลักษณะ ความสะอาดสวยงาม ความเป็นระเบียบ ฯลฯ และเพื่อ ส่งเสริมการเศรษฐกิจ สังคม สภาพแวดล้อม ฯลฯ เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการผังเมืองก็เพื่อการ ดำเนินการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนให้สอดคล้องกับประโยชน์ของเอกชนอัน เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน สำหรับวัตถุประสงค์ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 433 (พ.ศ. 2542)ฯ ก็เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาและการดำรงรักษาเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบทในด้านการใช้ ประโยชน์ในทรัพย์สิน การคมนาคมการขนส่ง การสาธารณสุข โภค ฯลฯ เห็นได้ว่า กฎกระทรวงฉบับนี้มี วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและประโยชน์มหาชนเช่นเดียวกัน ประกอบกับมีข้อเท็จจริงว่า ที่ดินของผู้ฟ้องคดีอยู่ติดริมแม่น้ำปิง การกำหนดให้บริเวณฝั่งแม่น้ำเป็นที่โล่งเพื่อนันทนาการและ

รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมจึงเป็นเรื่องที่มีความเหมาะสม และไม่ได้เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดี โดยสิ้นเชิงแต่อย่างใด

### 2.3.2 หลักความจำเป็น

หลักความจำเป็น หมายถึง หลักการที่กำหนดว่ามาตรการของรัฐอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือสร้างภาระให้แก่บุคคลน้อยที่สุด ดังนั้น เมื่อองค์กรของรัฐจะนำมาตราการใด ๆ มาบังคับใช้กับบุคคลและมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐสำเร็จลุล่วงได้ หากมาตรการดังกล่าวมีมากกว่าหนึ่งมาตรการ และในบรรดามาตรการต่าง ๆ เหล่านี้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากน้อยแตกต่างกัน องค์กรของรัฐจะต้องเปรียบเทียบผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่เกิดจากบรรดามาตรการเหล่านั้น ว่ามาตรการใดก่อให้เกิดความรุนแรงต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด และต้องเลือกใช้บังคับมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด มาตรการดังกล่าวจึงจะถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ามาตรการที่รัฐจะนำมาใช้บังคับกับบุคคลนั้นมีเพียงมาตรการเดียวที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้ มาตรการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น เพราะไม่มีกรณีที่ต้องเปรียบเทียบผลกระทบของมาตรการต่าง ๆ ต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด

เมื่อนำหลักความจำเป็นพิจารณาประกอบกับการตรากฎหมาย มาตรการทางกฎหมายที่ชอบด้วยหลักความจำเป็น คือ มาตรการทางกฎหมายที่ทำให้วัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติสำเร็จลุล่วง และเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด หากมีมาตรการทางกฎหมายหลายมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติได้ องค์กรนิติบัญญัติต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดตราเป็นกฎหมาย หากมาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกมาตราเป็นกฎหมายไม่ใช่มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด กฎหมายดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความจำเป็น

ในกรณีของการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยหลักความจำเป็น คือ มาตรการทางปกครองที่ทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการบรรลุผลได้ และเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด หากฝ่ายปกครอง

เลือกใช้บังคับมาตรการที่มีความรุนแรงมากกว่า ทั้งที่สามารถเลือกใช้มาตรการทางปกครองที่มีความรุนแรงน้อยกว่าได้ การกระทำทางปกครองดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความจำเป็น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่นำหลักความจำเป็นมาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 51/2547 ศาลพิพากษาว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่ามาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่และวางไข่เลี้ยงลูกในท้องที่บางแห่งภายในระยะเวลาที่กำหนด ฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2527 และแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ที่ประสงค์ทั้งสี่สิบสามคนในท้องที่ดังกล่าวมากกว่ามาตรการตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2527 แต่ก็ถือได้ว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 มาตรการตามประกาศฉบับนี้จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน

### 2.3.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักการซึ่งกำหนดให้องค์กรของรัฐที่จะใช้มาตรการใด ๆ อันอาจเกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากการบังคับใช้มาตรการนั้นกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลหรือผลประโยชน์ที่บุคคลต้องสูญเสียไป ว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับนั้นมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลหรือไม่ หากมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะแล้ว แม้ว่ามาตรการนั้นจะมีประโยชน์ต่อสาธารณะอยู่บ้าง หรือเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด แต่มาตรการดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความพอสมควร

แก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เพราะเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดี องค์ของรัฐย่อมไม่สามารถใช้บังคับมาตรการดังกล่าวกับบุคคลได้

การใช้อำนาจตรากฎหมายและอำนาจกระทำการทางปกครองที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ต้องปรากฏว่ามาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางปกครองนั้น เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากกว่าก่อให้เกิดความเสียหายหรือสร้างภาระให้กับบุคคล หากมาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางปกครองนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลมากกว่าประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับ แม้จะเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์บรรลุผลและเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด มาตรการทางกฎหมายและมาตรการทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองที่นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 16/2545 ศาลพิพากษาว่าการใช้บังคับผังเมืองรวมตามมาตรา 17 (3) (ก) แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนได้รับทราบแนวนโยบายของทางราชการที่จะจัดให้มีโครงการคมนาคมและขนส่งในเขตผังเมืองรวม ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางถนนในผังเมืองรวมในเบื้องต้นตามหลักวิชาการสถาปัตยกรรมและการผังเมืองเท่านั้น มิได้สำรวจหรือศึกษารายละเอียดในแง่ของวิศวกรรมศาสตร์ ผลกระทบต่อประชาชนในเขตท้องที่และผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม หรือการเปลี่ยนแปลงระบบโครงสร้างของประชากร ฉะนั้น เมื่อหน่วยงานที่รับผิดชอบโครงการจะทำการก่อสร้างถนนก็จะสำรวจออกแบบรายละเอียดทางวิศวกรรมศาสตร์และสำรวจรายละเอียดที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ที่จะเวนคืนอีกครั้ง ซึ่งอาจต้องเปลี่ยนแปลงไปจากที่กำหนดไว้ในผังเมืองรวมได้

เมื่อในกรณีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการสำรวจแนวทางที่จะเวนคืนตามผังเมืองรวมเดิมแล้วปรากฏว่า จะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างถูกเวนคืนประมาณ 170 หลัง ซึ่งต้องจ่ายค่าเวนคืนประมาณ 150 ล้านบาท ส่วนการเวนคืนตามแนวทางที่กำหนดไว้ในแผนที่ท้ายพระราชกฤษฎีกาจะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างถูกเวนคืนประมาณ 49 หลัง จ่ายค่าเวนคืนประมาณ 76 ล้านบาท ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้ปรับแนวถนนตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วน เพื่อให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพมีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแต่ละคนเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน ทั้งนี้ เพื่อให้การแก้ไขปัญหาต่าง ๆ เป็นไปอย่างมี

ประสิทธิภาพและประสิทธิผลให้มากที่สุด ฉะนั้น การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีและพระราชกฤษฎีกาฯ ฉบับนี้จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 17/2545 ศาลเห็นว่ากฎกระทรวง ฉบับที่ 414 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากรุงเทพมหานครและดำรงรักษาเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องในด้านการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน การคมนาคม และการขนส่ง การสาธารณสุขปโภค ฯลฯ ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 และการจำแนกการใช้ประโยชน์ที่ดินออกเป็นประเภทตามกฎกระทรวงฉบับนี้ได้คำนึงถึงการขยายตัวของเมืองและประชาชนในอนาคต โดยอาศัยเกณฑ์และมาตรฐานการวางและจัดทำผังเมืองรวม พ.ศ. 2539 ประกอบกับการกำหนดให้ที่ดินในเขตพื้นที่สีเหลืองประเภทที่อยู่อาศัยหนาแน่น ไม่อนุญาตให้มีการก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่หรืออาคารสูง เพื่อมิให้เกิดการรบกวนสิทธิของผู้อื่น เพราะอาคารขนาดใหญ่หรืออาคารสูงย่อมบังทางแดด ทางลม และบดบังสายตาผู้อยู่อาศัยจากภูมิทัศน์โดยรอบ และการประกอบธุรกิจอาคารขนาดใหญ่มีผลให้จราจรติดขัดและก่อให้เกิดมลพิษต่อชุมชน ดังนั้น จึงเห็นว่าข้อกำหนดในกฎกระทรวงฉบับนี้ ถึงจะมีข้อขัดข้องในการใช้สิทธิของบุคคลอยู่บ้าง แต่ก็มีสัดส่วนน้อยกว่าประโยชน์ที่กรุงเทพมหานครและประชาชนส่วนรวมได้รับ เพราะผู้ฟ้องคดีก็ยังสามารถสร้างอาคารที่อยู่อาศัยและประกอบพาณิชยกรรมประเภทอาคารที่มีขนาดหรือความสูงไม่เกินข้อกำหนดได้

#### 2.4 สถานะของหลักความพอสมควรแก่เหตุในระบบกฎหมายไทย

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยอมรับนับถือหลักนิติรัฐ รัฐนั้นย่อมมิให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลไว้ด้วย หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจมหาชนเท่าที่จำเป็นแก่การดำรงอยู่ของรัฐ และมีให้ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเกินกว่าความจำเป็น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญที่ใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกประเภท ซึ่งในระบบกฎหมายบาง

ประเทศ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ<sup>72</sup>

สำหรับระบบกฎหมายไทย ก่อนที่รัฐธรรมนูญฯ 2540 จะบัญญัติรับรองหลักนี้ไว้ใน มาตรา 29 ศาลยุติธรรมได้พัฒนาหลักความพอสมควรแก่เหตุโดยการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดี เพื่อพิจารณาว่าการใช้อำนาจอรัฐในคดีดังกล่าวไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรมอย่างไร ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในฐานะที่หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้บัญญัติรับรองหลักนี้ไว้ในมาตรา 29 โดยกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองต้องตรากฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองอันมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเท่าที่จำเป็น ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงมีสถานะเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีผลผูกพันการใช้อำนาจอรัฐทั้งปวง ทั้งการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการทางปกครอง และการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจอรัฐ

อย่างไรก็ตาม แม้ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 จะไม่ได้บัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้อย่างชัดเจน<sup>73</sup> แต่โดยที่หลักความพอสมควรแก่เหตุมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการใช้อำนาจอรัฐ มิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจอรัฐไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปจนเกินสมควร ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการใช้อำนาจอรัฐ ดังนั้น หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงยังมีสถานะเป็นกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ และมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ใช้อำนาจภายใต้กรอบของหลักความพอสมควรแก่เหตุ

<sup>72</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 22, น.319.

<sup>73</sup> มาตรา 3 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้