

การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง
ที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล

3.1 ข้อความคิดว่าด้วยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล

บุคคลทุกคนย่อมมีแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะกระทำการใด ๆ ตามความต้องการของตนได้ โดยรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติรับรองและให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของบุคคล อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น หาได้เป็นการปฏิเสธมิให้รัฐใช้อำนาจเข้าแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยสิ้นเชิงไม่ หากแต่รัฐมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสาธารณะประโยชน์ แม้กระนั้นรัฐก็มีอาจใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยปราศจากขอบเขตได้ รัฐสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ภายใต้หลักเกณฑ์บางประการ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนเกิดความไม่เป็นธรรมต่อบุคคลนั้น

3.1.1 สาระสำคัญและการแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

3.1.1.1 สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

“สิทธิ” ในความหมายทั่วไปหมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือ เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย¹ ส่วน “เสรีภาพ” ในความหมายทั่วไปหมายถึง อำนาจที่จะเลือกประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ในเชิงปฏิเสธแก่ผู้อื่นที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจเลือกประพฤติดังกล่าวของอีกบุคคลหนึ่ง²

¹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2538), น.205.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น.348.

สิทธิและเสรีภาพดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพตามความหมายทั่วไป ซึ่งบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะกำหนดการดำเนินชีวิตของตน โดยการเลือกประพฤติปฏิบัติหรือกระทำการใด ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น และบุคคลสามารถเรียกร้องต่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะป็นเอกชนหรือรัฐให้กระทำการหรือละเว้นการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ตนตามที่กฎหมายรับรองได้ หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อรัฐเพื่อให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นลายลักษณ์อักษร คือ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง³

เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำของบุคคลอื่น⁴ ซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และก่อให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐที่จะไม่กระทำการอันเป็นการขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคล

การที่รัฐได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ มีผลให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร โดยองค์กรของรัฐมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กล่าวคือ โดยหลักแล้วองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการต้องละเว้นการกระทำใด ๆ ที่มีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เว้นแต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติกฎหมายจะให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เช่น องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจแก่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น หรือองค์กรฝ่ายบริหารไม่สามารถใช้อำนาจ

³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น.58.

⁴ เพิ่งอ้าง, น.58-59.

ปกครองออกกฎหมายหรือคำสั่งใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำการนั้นไว้

3.1.1.2 การแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอาจแบ่งแยกได้หลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพ หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกประเภทสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประการหนึ่งคือ การแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักเกณฑ์นี้จะแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดหรืออาจถูกแทรกแซงโดยกฎหมายได้หรือไม่ และหากเป็นสิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดหรือแทรกแซงโดยกฎหมายได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องมีเงื่อนไขการจำกัดหรือไม่ อย่างไร

การแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ อาจแบ่งได้ 3 ประการ คือ (1) สิทธิและเสรีภาพที่ไม่สามารถจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (2) สิทธิและเสรีภาพที่อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยไม่มีเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ และ (3) สิทธิและเสรีภาพที่อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิ⁵

(1) สิทธิและเสรีภาพที่ไม่สามารถจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้อย่างบริบูรณ์ โดยไม่กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพนั้นอยู่ภายใต้การจำกัดของกฎหมายใด ๆ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา และเสรีภาพในทางวิชาการซึ่งมาตรา 38 และมาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้รับรองและคุ้มครองไว้อย่างบริบูรณ์โดยไม่ให้อำนาจรัฐตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้

(2) สิทธิและเสรีภาพที่อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่มีเงื่อนไขพิเศษในการจำกัด คือ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ โดยรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่รัฐในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้ และไม่ได้กำหนดว่ากฎหมายดังกล่าวจะต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ กฎหมายนั้นอาจมีเนื้อหาจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการทั่วไปได้ เช่น เสรีภาพในเคหสถาน มาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 บัญญัติรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในเคหสถาน การจำกัดเสรีภาพในเคหสถานโดยการเข้าไปในเคหสถานหรือการตรวจเคหสถาน โดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้ครอบครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะมีอำนาจตามกฎหมาย และสิทธิใน

⁵ เพิ่งอ้าง, น.62-63.

ทรัพย์สิน มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 บัญญัติรับรองให้บุคคลมีสิทธิในทรัพย์สิน แต่รัฐอาจจำกัดสิทธิในทรัพย์สินได้โดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่

(3) สิทธิและเสรีภาพที่อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องมีเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิ คือ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์เช่นกัน โดยรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่รัฐตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้ แต่กฎหมายที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น จะต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หากรัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้โดยมีวัตถุประสงค์อื่นนอกจากวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 บัญญัติรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น มาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 บัญญัติรับรองให้บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีอำนาจตามกฎหมาย โดยกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้มีสิทธิเสรีภาพที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ โดยรัฐต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่จะไม่กระทำการอันเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น มีทั้งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่อาจถูกจำกัดได้ และสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยมีข้อยกเว้นให้รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ ดังนั้น ในบางกรณีรัฐจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ภายใต้เงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

3.1.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล

3.1.2.1 เหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคล

การที่บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพโดยปราศจากขอบเขตอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม (general interest) หรือประโยชน์สาธารณะ (public interest)⁶ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมีอำนาจจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นและประโยชน์สาธารณะ รวมถึงการดำรงอยู่และความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ⁷

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น สิทธิของบุคคลอื่นเป็นเหตุผลหนึ่งในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพราะการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจจะขัดกับสิทธิและเสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่งได้ รัฐจึงต้องเข้ามาจัดระเบียบโดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้วยวิธีต่าง ๆ⁸

สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นซึ่งเป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีขอบเขตเพียงใดนั้น แนวความคิดของนักกฎหมายในสำนักกฎหมายธรรมชาติมีความเห็นว่า มนุษย์ทุกคนมีสถานะธรรมชาติดั้งเดิมที่มีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดสามารถก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะฉะนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลหนึ่งจึงต้องอยู่ภายในขอบเขตที่ไม่ไปรบกวนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือละเมิดผลประโยชน์ของบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยอาศัยสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นขอบเขตแห่งการจำกัดสิทธินั้นมีข้อบกพร่อง คือ เนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นมีขอบเขตที่ไม่แน่นอนและขาดกฎเกณฑ์ที่ใช้เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยในกรณีมีข้อพิพาท ดังนั้น เมื่อมีรัฐเกิดขึ้น สิทธิของบุคคลอื่นที่เดิมเป็นสภาพธรรมชาติจึงได้รับการรับรองโดยกฎเกณฑ์ของรัฐ และถูกกำหนดให้เป็นกฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นโดยอำนาจของรัฐ⁹

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.64.

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 221-222.

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 350.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 222.

เมื่อ "สิทธิของบุคคลอื่น" ได้มีสถานะเป็นกฎหมายแล้ว ขอบเขตเนื้อหาของสิทธิของบุคคลอื่นจึงได้รับการกำหนดโดยเจตจำนงขององค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนในรัฐ ในการกำหนดขอบเขตเนื้อหาของสิทธิบุคคลอื่นโดยกฎหมายนี้ องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดขอบเขตของสิทธิบุคคลอื่นอย่างไรก็ได้ หากแต่ต้องกำหนดขอบเขตสิทธิของบุคคลอื่นโดยใช้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของคำว่า "สิทธิ" เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตสิทธิของบุคคลอื่น เมื่อ "สิทธิ" หมายถึงผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่กฎหมายต้องการให้การรับรองและความคุ้มครอง ในกรณีที่รัฐบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหนึ่งเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น กฎหมายดังกล่าวต้องมีลักษณะคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนบุคคลอื่น กฎหมายนั้นจึงจะมีความชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นได้¹⁰

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเพื่อการคุ้มครอง "สิทธิของบุคคลอื่น" ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ 2540 เช่น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น (มาตรา 39) การจำกัดสิทธิในการรับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐโดยบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลอื่น (มาตรา 58)

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อพิจารณาคำว่า "ประโยชน์สาธารณะ" (public interest) หรือ "สาธารณะประโยชน์" หรือ "ประโยชน์มหาชน" ต่างมีความหมายทั่วไปในทำนองเดียวกันว่า สิ่งที่เป็นผลดีหรือเป็นคุณกับประชาชนทั่วไป¹¹ ในทางตำรากฎหมายปกครอง คำว่า "ประโยชน์สาธารณะ" หมายถึง ความต้องการอันร่วมกันของราษฎร¹² หรือประโยชน์ส่วนรวมของทุก ๆ คน ไม่ใช่เป็นประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง¹³ ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการอันร่วมกันของประชาชนดังกล่าว เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ (public services) เพื่อตอบสนองความต้องการอันร่วมกันของประชาชน ดังนั้น

¹⁰ เพิ่งอ้าง, น. 222-223.

¹¹ ัญญลักษณ์ เกตุศร, "สาธารณะประโยชน์ในกฎหมายปกครอง," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.26.

¹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 15.

¹³ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536), น.29.

ประโยชน์สาธารณะจึงเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐ โดยมีอำนาจมหาชนเป็นวิธีการดำเนินการที่ให้มีอำนาจเหนือปัจเจกชนเพื่อดำเนินการให้สำเร็จตามเป้าหมายนั้น¹⁴

เมื่อประโยชน์สาธารณะเป็นความต้องการการการอันร่วมกันของคนส่วนใหญ่ในสังคม มิใช่ความต้องการหรือประโยชน์ของปัจเจกบุคคลคนใดคนหนึ่ง ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนแต่ละคน เพราะประโยชน์สาธารณะเป็นประโยชน์ที่ทุกคนเป็นเจ้าของและเป็นประโยชน์ของคนหมู่มาก ส่วนประโยชน์เอกชนเป็นประโยชน์ของคนส่วนน้อย ประโยชน์ของเอกชนย่อมต้องเป็นรองประโยชน์สาธารณะ¹⁵ ด้วยเหตุนี้ รัฐซึ่งมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

ส่วนกรณีที่มีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น สืบเนื่องมาจากทฤษฎีสัญญาประชาคมที่เห็นว่าปัจเจกบุคคลได้ทำข้อตกลงกันและมอบอำนาจให้แก่รัฐเพื่อดูแลความสงบเรียบร้อยของสังคม หากสังคมดำรงอยู่อย่างสงบเรียบร้อย ปัจเจกบุคคลแต่ละคนจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้¹⁶ รัฐจึงมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม และมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อให้บุคคลแต่ละคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ 2540 เช่น การจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 34) การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (มาตรา 36) การจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 37) การจำกัดเสรีภาพในการรวมตัวเป็นองค์การเอกชนโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม (มาตรา 45) การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน (มาตรา 50)

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.333.

¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น.33-34.

¹⁶ บวรเจต สิ๊งคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.233.

(3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่นเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐ และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ¹⁷ โดยที่รัฐมีหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยและให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น รัฐต้องมีความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและมีความสามารถในการกระทำภาระหน้าที่ รัฐจึงมีความชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเพื่อรักษาความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐ และความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ

การรักษาความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐโดยการป้องกันประเทศจากการรุกรานภายนอกประเทศเป็นเหตุผลที่ทำให้รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ โดยก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลในการรับราชการทหาร เพื่อให้บุคคลเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันประเทศ ซึ่งนอกจากจะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วยการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลแล้ว ยังกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลด้วย นอกจากนี้ การรักษาความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐยังก่อให้เกิดหน้าที่และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในกรณีอื่น เช่น การเกณฑ์แรงงาน การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม การจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ 2540 เช่น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ (มาตรา 39) การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอย่างสงบโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน (มาตรา 44) การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ (มาตรา 49) การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ในการป้องกันประเทศและรับราชการทหาร (มาตรา 69)

นอกจากนี้ การรักษาความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้รัฐอาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้กับพลเมืองของตนได้ เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่เสียภาษี การกำหนดหน้าที่ให้บุคคลเช่นนี้ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประการหนึ่ง ซึ่งการที่จะทำให้น้ำที่ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติได้ องค์กรณีบัญญัติจะต้องตรากฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทำหน้าที่ดังกล่าวด้วย

¹⁷ เฟิงอ๋าง, น.224-229.

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเพื่อความสามารถในการทำ ภาระหน้าที่ของรัฐที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ 2540 เช่น การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ปฏิบัติตาม กฎหมาย (มาตรา 67) การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่เสียภาษีอากรและช่วยเหลือราชการ (มาตรา 69)

แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่รัฐหาได้มีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยปราศจากขอบเขตไม่ รัฐย่อมมีอำนาจ จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ปรากฏในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 กล่าวคือ รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติ แห่งกฎหมายให้อำนาจ และต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยจะมีผลกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิ และเสรีภาพไม่ได้ ดังนั้น รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ต่อเมื่อมีอำนาจตามกฎหมาย และรัฐใช้อำนาจนั้นภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

3.1.2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐกับการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของบุคคล

รัฐเกิดขึ้นและดำรงอยู่เพื่อจัดทำภารกิจตอบสนองความต้องการร่วมกันของคนใน สังคม ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ เพื่อจัดทำภารกิจของรัฐให้บรรลุวัตถุประสงค์ หากพิจารณาการใช้อำนาจรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การกระทำของรัฐอาจแบ่งได้สาม ประเภท คือ การกระทำทางนิติบัญญัติหรือการใช้อำนาจตรากฎหมาย การกระทำทางบริหาร ซึ่ง ประกอบด้วย การกระทำของรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง และการกระทำทางตุลาการหรือ การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งรัฐอาจใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวไปในทางที่จำกัดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อความ มั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐ และเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะไม่ใช้ อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่บุคคล รัฐจึงต้อง ใช้อำนาจกระทำการภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ”

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ หมายถึง การกระทำขององค์กร ของรัฐทุกองค์กรจะต้องมีกฎหมายเป็นรากฐาน และการกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วย กฎหมาย กล่าวคือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบและวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁸ การกระทำของรัฐที่มีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งการกระทำทาง นิติบัญญัติ การกระทำทางปกครอง และการกระทำทางตุลาการ จึงต้องมีแหล่งอำนาจจาก

¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.52

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นแหล่งที่มาของอำนาจตรากฎหมายและมีบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์กฤษฎีกาบัญญัติจึงตรากฎหมายที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ การตรากฎหมายจึงต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นหลักการควบคุมการตรากฎหมายขององค์กฤษฎีกาให้อยู่ภายใต้กรอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้องค์กฤษฎีกาตรากฎหมายตามอำเภอใจและเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²⁰

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจแยกพิจารณาได้เป็นสองลักษณะ²¹ คือ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากแบบพิธีในการบัญญัติกฎหมาย โดยพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ได้บัญญัติขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขและขั้นตอนต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาเนื้อหาของกฎหมาย โดยพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาสาระตลอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ที่เป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญหรือไม่ กฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงต้องชอบด้วยกระบวนการตรากฎหมายที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และเนื้อหาของกฎหมายต้องชอบด้วยเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดเนื้อหาของสาระของกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล²² ได้แก่

(ก) บทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กฤษฎีกาใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ องค์กฤษฎีกาจะใช้อำนาจตรากฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับบุคคลมากกว่าปกติได้ ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจขององค์กฤษฎีกาเกิดขึ้น

²⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 3 (กันยายน – ธันวาคม 2544): น.28.

²¹ กนิษฐา เชี่ยววิทย์, “การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กฤษฎีกาโดยองค์กฤษฎีกาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.22.

²² เพ็งอ่าง, น.35-45.

(ข) บทบัญญัติที่กำหนดเนื้อความของกฎหมาย ในส่วนที่ว่าด้วยหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย “หลักนิติรัฐ” เป็นหลักการที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพที่เท่าเทียมกันของปัจเจกบุคคล และการสร้างหลักประกันให้กับสิทธิและเสรีภาพที่ได้บัญญัติรับรองไว้ภายใต้หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ในขณะที่ “หลักประชาธิปไตย” เป็นหลักการว่าด้วยการยอมรับสิทธิของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ในการเข้าไปมีส่วนร่วมกำหนดเจตนารมณ์ของรัฐ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นซึ่งขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย ย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(ค) บทบัญญัติที่กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยยอมให้รัฐใช้อำนาจล่วงล้ำต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ในกรณีที่รัฐมีความจำเป็นต้องปกป้องประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐมีหน้าที่ต้องดูแลรักษา ดังนั้นกฎหมายที่รัฐตราขึ้นโดยมีเนื้อหาไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ หากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดประเภทของประโยชน์สาธารณะเป็นการเฉพาะเจาะจง กฎหมายนั้นก็จะต้องตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะประเภทที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวจะต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นข้อจำกัดอำนาจรัฐในการตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยกฎหมายนั้นจะต้องตราขึ้นตามวิธีการและขั้นตอนที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ และองค์กรณีบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรณีบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล นอกจากนี้ เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กล่าวคือ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่มีเนื้อหาขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย และต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ

บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวอาจถูกตรวจสอบและเพิกถอนได้โดยองค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

องค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการอันร่วมกันของคนในสังคม วัตถุประสงค์ในการดำเนินงานขององค์กรฝ่ายปกครองย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้องค์กรฝ่ายปกครองจึงมีสถานะเหนือกว่าเอกชนในอันที่จะกระทำการใดซึ่งมีผลเป็นการบังคับเอกชนได้ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือเอกชน คือ การกระทำทางปกครอง

หากพิจารณาคำนิยามของการกระทำทางปกครองในเชิงปฏิเสธ การกระทำทางปกครองคือ การกระทำที่มีใช้การกระทำในทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำในทางการเมือง²³ หากพิจารณาเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครอง คือ ผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง²⁴ ซึ่งฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายนั้นในสถานะที่เหนือกว่าเอกชน กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชน หรืออาจเป็นการกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน²⁵

การกระทำทางปกครองอาจแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ นิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง ประกอบด้วย กฎและคำสั่งทางปกครอง “กฎ” คือบทบัญญัติที่ฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและบทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และ “คำสั่งทางปกครอง” คือ การใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

²³ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.26.

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมานูญ, จัดพิมพ์โดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2545), น.132.

²⁵ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น.27.

ส่วน “ปฏิบัติการทางปกครอง” คือ การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้ประสงค์ต่อผลทางกฎหมาย แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง²⁶

ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ การทำคำสั่งทางปกครอง หรือการปฏิบัติการทางปกครอง องค์การฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชนที่จะกระทำการทางปกครองให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ใช้อำนาจตามกฎหมายดำเนินกิจการบริการสาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ แม้องค์การฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ในขณะเดียวกันบุคคลจำต้องมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ เพื่อมิให้องค์การฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการตามอำเภอใจ การดำเนินกิจกรรมทางปกครองขององค์การฝ่ายปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องอยู่ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐที่กำหนดให้รัฐต้องใช้อำนาจภายใต้บังคับของกฎหมาย และหลักการดังกล่าวจะมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง องค์การฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการเช่นนั้นและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด²⁷ หลักการนี้ประกอบด้วยสาระสำคัญสองประการ คือ

(ก) องค์การฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากกฎหมาย หรือ “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” หลักการนี้กำหนดว่าองค์การฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้กระทำการนั้น²⁸ กฎหมายจึงเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการขององค์การฝ่ายปกครอง ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เหตุที่กฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย องค์การนิติบัญญัติซึ่งประกอบด้วยผู้แทนที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.72.

²⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), น.27.

²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น.21.

มีอำนาจตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ กฎหมายที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือให้อำนาจองค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ จึงต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยความยินยอมของ “ผู้แทนปวงชน”²⁹ หลักการดังกล่าวปรากฏในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ซึ่งกำหนดว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น

2. องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมาย นอกจากฝ่ายปกครองต้องมีอำนาจตามกฎหมายเพื่อกระทำการทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดการกระทำทางปกครอง ได้แก่ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการทางปกครอง กฎหมายอื่น ๆ ในลำดับพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครอง รวมถึงรัฐธรรมนูญ กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป และในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะราย หรือออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดการออกคำสั่งทางปกครอง จะหมายรวมถึงกฎหมายลำดับรองที่องค์กรฝ่ายปกครองตราขึ้นที่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นด้วย³⁰

หากองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรือกระทำการโดยขัดต่อบรรดากฎหมายดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นจะขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งผลในทางกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ กล่าวคือ การกระทำนั้นอาจตกเป็นโมฆะ โดยไม่มีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ต้น หรือการกระทำนั้นอาจถูกเพิกถอนได้โดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27, น.30.

³⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26, น. 18-20.

3.1.3 บทบาทของหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์การตรวจสอบการใช้ อำนาจรัฐในการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐกำหนดให้การกระทำทุกประเภทของรัฐต้องมีรากฐานจากกฎหมาย และการใช้อำนาจกระทำการนั้น จะต้องชอบด้วยกฎหมายทั้งในด้านวัตถุประสงค์ เนื้อหา และรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐผูกพันองค์กรของรัฐในการใช้อำนาจทุกประเภท หากพิจารณาการเฉพาะตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจทางปกครองแล้ว การตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรองย่อมอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐด้วย กล่าวคือ การตรากฎหมายต้องชอบด้วยหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการตรากฎหมายลำดับรองต้องชอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการหนึ่งที่ใช้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่ผูกพันการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง โดยเป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจรัฐมิให้ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็น ในการพิจารณาว่ากฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายหรือไม่นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายและกฎหมายลำดับรองชอบด้วยกระบวนการตรากฎหมาย และชอบด้วยบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายและกฎหมายลำดับรองนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่ เมื่อหลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายและกฎหมายลำดับรองชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่

ในขั้นตอนของการตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรอง จะต้องตรากฎหมายและกฎหมายลำดับรองโดยคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ กฎหมายและกฎหมายลำดับรองนั้นจะต้องมีลักษณะที่ทำให้วัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครองบรรลุผลได้ และเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด รวมทั้งประโยชน์สาธารณะที่ได้จากกฎหมายและกฎหมายลำดับรองนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคล

ในขั้นตอนของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง องค์กรที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง จะต้องนำหลักความพอสมควรแก่เหตุในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไประดับรัฐธรรมนูญมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองด้วย หากปรากฏว่ากฎหมายและกฎหมายลำดับรองนั้นขัดหรือแย้งต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ กฎหมายและกฎหมายลำดับรองดังกล่าวไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายปกครองบรรลุผลได้ หรือไม่ใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อสาธารณะน้อยกว่าความเสียหายที่บุคคลได้รับ องค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะต้องเพิกถอนกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองที่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ

3.2 การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในการตรากฎหมาย

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย การใช้อำนาจรัฐต้องเคารพต่อหลักนิติรัฐเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะไม่ใช้อำนาจรัฐกระทำการใด ๆ ที่กระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น จึงต้องมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐเป็นสามฝ่าย ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายปกครอง และองค์กรตุลาการ และกำหนดให้องค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจรัฐต่างกัน กล่าวคือ องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมาย องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจบังคับใช้กฎหมาย และองค์กรตุลาการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษารรคดี และมีการกำหนดกลไกให้องค์กรทั้งสามนี้ตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน

ทั้งนี้ การใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐดังกล่าวจะต้องผูกพันต่อกฎหมาย โดยองค์กรของรัฐจะมีอำนาจกระทำการใด ๆ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ การใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ องค์กรของรัฐจะใช้อำนาจรัฐกระทำใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากการกระทำขององค์กรของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลใช้บังคับ

ในกรณีขององค์กรนิติบัญญัติ เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะใช้อำนาจตรากฎหมายที่เป็น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องปรากฏว่ามีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่

องค์การนิติบัญญัติกระทำการเช่นนั้นได้ และองค์การนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเนื้อหาและเงื่อนไขของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ รวมถึงหลักการกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่เป็นพื้นฐานของรัฐที่มีระบบการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ โดยที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ และมีสถานะเป็นหลักการกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม องค์การนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งจะเป็นหลักประกันว่าองค์การนิติบัญญัติจะไม่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนเกินขอบเขตอันสมควร

3.2.1 ความหมายของกฎหมาย

ความหมายของ “กฎหมาย” อาจแบ่งแยกได้เป็นสองนัย ได้แก่ ความหมายของกฎหมายตามเนื้อหา และความหมายของกฎหมายตามแบบพิธี³¹ ซึ่งกฎหมายตามเนื้อหา หมายถึง ข้อบังคับของรัฐที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ สำหรับกฎหมายตามแบบพิธี หมายถึง กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อหาหรือไม่ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อบังคับของรัฐที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ หรือกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล

ในการตราฎีกาทางกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้นั้น องค์การผู้ใช้อำนาจตรากฎหมายจะต้องดำเนินการตามกระบวนการและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กฎหมายที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 จึงหมายถึง กฎหมายตามแบบพิธี ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์การที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ลายลักษณ์อักษรที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและมีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ อันเป็นกรณีพิเศษที่รัฐธรรมนูญให้องค์กรฝ่ายบริหารมีอำนาจตราฎีกาดังกล่าวได้

เพราะฉะนั้น ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ที่ต้องมีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุและอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้โดยองค์การตุลาการจึงหมายถึงบรรดาฎีกาที่บัญญัติขึ้นโดยองค์การผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ และฎีกาดังกล่าวมีผล

³¹ หยุด แสงอุทัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.41 และ 50.

บังคับเป็นการทั่วไป อันได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ คือ พระราชกำหนด

3.2.2 กระบวนการตรากฎหมาย

สำหรับกระบวนการตรากฎหมายในบทนี้ จะขออธิบายถึงกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยแบ่งเป็นกระบวนการตราพระราชบัญญัติและกระบวนการตราพระราชกำหนด

3.2.2.1 กระบวนการตราพระราชบัญญัติ

กระบวนการตราพระราชบัญญัติจะเริ่มต้นจากการเสนอร่างกฎหมายโดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย การพิจารณาร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และการประกาศใช้บังคับกฎหมายในราชกิจจานุเบกษา

(1) องค์กรผู้มีอำนาจเสนอร่างพระราชบัญญัติ

ตามรัฐธรรมนูญฯ 2540 องค์กรผู้มีอำนาจเสนอร่างพระราชบัญญัติ ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

(ก) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

มาตรา 169³² ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นสังกัดอยู่ มีมติให้เสนอได้และต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่ายี่สิบคนรับรอง แต่สำหรับร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเงิน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอได้ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรีให้เสนอได้

³² มาตรา 169 ภายใต้อำนาจมาตรา 170 ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะเสนอได้ก็แต่โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะรัฐมนตรี แต่ร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเงิน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

การเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จะกระทำได้เมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นสังกัด มีมติให้เสนอได้และต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่ายี่สิบคนรับรอง

ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจมีขั้นตอนเพิ่มเติมภายในพรรคการเมือง ซึ่งเป็นไปตามแนวทางที่ปฏิบัติกันของพรรคการเมืองหรือตามข้อบังคับของพรรคการเมือง โดยส่วนใหญ่การนำเสนอร่างกฎหมายโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องผ่านการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องจากฝ่ายกฎหมายของพรรคการเมือง หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจใช้บริการจากหน่วยงานของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรให้เป็นผู้ยกร่างพระราชบัญญัติได้³³

(ข) คณะรัฐมนตรี

มาตรา 169 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปร่างกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีจะเป็นร่างกฎหมายที่รัฐบาลใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลที่แถลงไว้ต่อรัฐสภา

ในทางปฏิบัติ การริเริ่มให้มีร่างพระราชบัญญัติจะมาจากการเสนอของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ โดยหน่วยงานเจ้าของเรื่องจะยกร่างพระราชบัญญัติเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แล้วส่งให้หน่วยงานในระดับเหนือขึ้นไป เช่น กระทรวง เป็นผู้พิจารณาก่อน แล้วจึงส่งเรื่องไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาว่าจะเห็นชอบในหลักการเพื่อเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวต่อรัฐสภาในฐานะที่เป็นร่างของรัฐบาลหรือไม่

ในการดำเนินการเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อคณะรัฐมนตรีดังกล่าว หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนในระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548³⁴ ซึ่งนอกจากจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนสำหรับการเสนอเรื่องทั่วไปในหมวด 3 แล้ว หน่วยงานของรัฐที่เสนอร่างพระราชบัญญัติจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนการเสนอร่างกฎหมายในหมวด 4 อีกด้วย

³³ นรนิติ เศรษฐบุตร, รายงานการวิจัย เรื่อง กระบวนการนิติบัญญัติของรัฐสภาไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2544), น. 25.

³⁴ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอนพิเศษ 23 ง วันที่ 15 มีนาคม 2548

ทั้งนี้ ข้อ 14³⁵ ของระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องจัดทำคำชี้แจงตามหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็น การตราพระราชบัญญัติท้ายระเบียบนี้ และตามข้อ 1 ข้อ 5 และข้อ 9 ของหลักเกณฑ์ในการ ตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติท้ายระเบียบดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่มี สาระสำคัญสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ด้วย ได้แก่ (1) การตรวจสอบวัตถุประสงค์ และเป้าหมายของภารกิจ (2) การตรวจสอบภาระต่อบุคคลและความคุ้มค่าของร่าง พระราชบัญญัติ และ (3) การตรวจสอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง

สำหรับหลักเกณฑ์การตรวจสอบวัตถุประสงค์และเป้าหมายในการตราพระราชบัญญัติ นั้น ข้อ 1 ของหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติท้ายระเบียบ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี ประกอบกับคำอธิบายหลักเกณฑ์การ ตรวจสอบและวัตถุประสงค์ของภารกิจในข้อ 4.1³⁶ ของคู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรา กฎหมาย³⁷ กำหนดว่า หน่วยงานต้องกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจที่จะดำเนินการ

³⁵ ข้อ 14 การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อขอให้มีการตราพระราชบัญญัติขึ้น นอกจากจะต้องดำเนินการตามหมวด 3 แล้ว หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ด้วย

(1) จัดทำคำชี้แจงตามหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตรา พระราชบัญญัติท้ายระเบียบนี้

(2) จัดทำสรุปสาระสำคัญของหลักการในร่างพระราชบัญญัติ

(3) จัดทำตารางเปรียบเทียบในกรณีแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงพระราชบัญญัติที่มีอยู่แล้ว

ให้นำความใน (2) และ (3) มาใช้บังคับกับการเสนอร่างกฎหมายอื่นที่มีใช้ พระราชบัญญัติด้วยโดยอนุโลม

³⁶ ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คู่มือการตรวจสอบ ความจำเป็นในการตรากฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายผลิตเอกสาร สำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา, 2547), น.10-11.

³⁷ คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย เป็นเอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อเป็นคู่มือ อธิบายหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายให้แก่หน่วยงานของรัฐ ตามที่ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 ให้ทุกหน่วยงานต้องดำเนินการตรวจสอบความ จำเป็นในการตรากฎหมายและต้องเสนอคำชี้แจงความจำเป็นในการตรากฎหมายประกอบร่าง กฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้การเสนอกฎหมายเป็นไปเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นอย่างแท้จริง ละเอียดรอบคอบ และลดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

ให้ชัดเจน รวมทั้งต้องศึกษาสภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องโดยละเอียด เพื่อกำหนดมาตรการหรือแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม (potential solution) โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจนั้นคืออะไร
2. มีความจำเป็นต้องทำภารกิจนั้นหรือไม่
3. การทำภารกิจนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องใด
4. มาตรการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจคืออะไร
5. มีทางเลือกอื่นที่จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันหรือไม่
6. ภารกิจนั้นจะแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องนั้นได้เพียงใด

ในส่วนหลักเกณฑ์การตรวจสอบภาระต่อบุคคลและความคุ้มค่าในการตราพระราชบัญญัตินั้น ตามข้อ 5 ของหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติท้ายระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีฯ ประกอบกับคำอธิบายหลักเกณฑ์การตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพและความคุ้มค่าของร่างพระราชบัญญัติในข้อ 4.5³⁸ ของคู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย กำหนดว่า โดยที่กฎหมายส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การตรากฎหมายจึงต้องเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. กฎหมายที่จะตราขึ้นได้สร้างภาระหน้าที่ใดให้เกิดขึ้นแก่บุคคลบ้าง
2. สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดบ้างที่ต้องถูกจำกัด และต้องระบубทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจการตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นไว้โดยชัดแจ้ง
3. การจำกัดสิทธินั้นเป็นการจำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ อย่างไร และกระทบกระเทือนสาระของสิทธิและเสรีภาพนั้นหรือไม่
4. ประชาชนและสังคมส่วนรวมจะได้ประโยชน์อะไรบ้างจากกฎหมายดังกล่าว
5. บทบัญญัติในกฎหมายนั้นอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติได้โดยไม่เกิดความยุ่งยากหรือภาระหน้าที่แก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือไม่

³⁸ ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 36, น.14-15.

6. เมื่อคำนึงถึงงบประมาณที่ต้องใช้ ภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นกับประชาชนและการที่ประชาชนจะต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ เทียบกับประโยชน์ที่ได้รับแล้วจะคุ้มค่า³⁹หรือไม่

สำหรับหลักเกณฑ์การตรวจสอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง⁴⁰ ตามข้อ 9 ของหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติท้ายระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีฯ นั้น ข้อ 4.9⁴¹ ของคู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายอธิบายความเหมาะสมของหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรองไว้ในอดีตหน่วยงานของรัฐมักอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายออกกฎหมายลำดับรองเพื่ออำนวยความสะดวกในการทำงานและการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ โดยไม่คำนึงถึงภาระที่เกิดขึ้นกับประชาชน ทั้งการขยายอำนาจของเจ้าหน้าที่หรือสร้างขั้นตอนในการให้บริการที่ไม่จำเป็น แม้ว่าเนื้อหาของสาระของกฎหมายลำดับรองเหล่านั้นจะไม่ขัดต่อกฎหมายแม่บท ดังนั้น ในการเสนอให้มีการตรากฎหมาย หน่วยงานของรัฐต้องกำหนดกรอบหรือมาตรการป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายลำดับรองที่เป็นการขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควรไว้ด้วย โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

1. กฎหมายที่จะตราขึ้นนั้นจำเป็นต้องออกกฎหมายลำดับรองด้วยหรือไม่ ในกรณีใดบ้าง และมีเหตุผลประการใด
2. กฎหมายลำดับรองที่จะออกในแต่ละกรณีมีเนื้อหาสาระอย่างไร

³⁹ ความคุ้มค่าของร่างพระราชบัญญัติในข้อนี้หมายถึงการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผลประโยชน์ที่เกิดจากมาตรการตามร่างพระราชบัญญัติ กับงบประมาณที่ต้องใช้ในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมาตรการดังกล่าวและภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นกับประชาชนอันเนื่องมาจากมาตรการตามร่างพระราชบัญญัตินั้น ว่ามีความเหมาะสมซึ่งกันและกันหรือไม่

⁴⁰ ตามข้อ 9 ของหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติท้ายระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ใช้ถ้อยคำว่า “อำนาจในการตราอนุบัญญัติ” แต่โดยที่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เรียกกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง และมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดว่า “กฎหมายลำดับรอง” ดังนั้น จึงได้เปลี่ยนถ้อยคำดังกล่าวเป็นคำว่า “อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง” เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกัน

⁴¹ เพิ่งอ้าง, น.19-20.

3. มีหลักเกณฑ์ในการป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายลำดับรองในลักษณะที่เป็นการขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควรไว้แล้วหรือไม่อย่างไร

4. กำหนดเวลาในการพิจารณาทบทวนกฎหมายลำดับรอง

ทั้งหลักเกณฑ์การตรวจสอบวัตถุประสงค์และเป้าหมายในการตราพระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การตรวจสอบภาระต่อบุคคลและความคุ้มค่าของร่างพระราชบัญญัติ และหลักเกณฑ์การตรวจสอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองต่างมีสาระสำคัญสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งสามประการ กล่าวคือ หลักเกณฑ์การตรวจสอบวัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่จะเสนอร่างกฎหมายจะต้องตรวจสอบวัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจและมาตรการทางกฎหมายเพื่อดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจนั้น ซึ่งสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลที่มุ่งพิจารณาผลสัมฤทธิ์ของมาตรการที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ส่วนหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาว่าร่างกฎหมายก่อให้เกิดภาระหน้าที่ใดแก่บุคคลบ้างและเป็นการก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นที่กำหนดว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้ต้องเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด

สำหรับหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าบทบัญญัติในร่างกฎหมายนั้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นหรือไม่ และการพิจารณาเปรียบเทียบสัดส่วนความคุ้มค่าระหว่างภาระหน้าที่ของบุคคลกับประโยชน์ที่ประชาชนและสังคมส่วนรวมจะได้รับ รวมถึงการพิจารณาว่าร่างกฎหมายดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายลำดับรองในลักษณะที่เป็นการขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควรหรือไม่ เป็นหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ซึ่งกำหนดว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้จะต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดผลประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ

เมื่อหน่วยงานของรัฐได้เสนอร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัตินี้แล้วต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการหรือให้ความเห็นชอบเบื้องต้นกับหลักการของร่างพระราชบัญญัตินั้นแล้ว สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะส่งร่างพระราชบัญญัติไปที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตรวจพิจารณาต่อไป

ในการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น มาตรา 15 ทวิ⁴² แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 กำหนดว่าในการพิจารณาร่างกฎหมาย ให้กรรมการกฤษฎีกาคำหนึ่งถึงความจำเป็น ความเป็นไปได้ และขอบเขตที่จะต้องมีกฎหมายดังกล่าว ความสอดคล้องกับหลักกฎหมายและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ความมีประสิทธิภาพของการจัดองค์กรและกลไกเพื่อการใช้บังคับกฎหมาย ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการบริหารราชการ และภาระหรือความยุ่งยากของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายนั้นด้วย ประกอบกับข้อ 16⁴³ ของระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 กำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจสอบความถูกต้องตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ สำหรับร่างพระราชบัญญัติที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาด้วย ดังนั้น ในขั้นตอนการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงต้องมีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติและความสัมฤทธิ์ผลของมาตรการตามพระราชบัญญัตินั้น และพิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติมีบทบัญญัติที่เป็นการสร้างภาระอันเกิน

⁴² มาตรา 15 ทวิ ในการพิจารณาร่างกฎหมายให้กรรมการกฤษฎีกาคำหนึ่งถึงความจำเป็น ความเป็นไปได้ และขอบเขตที่จะต้องมีกฎหมายดังกล่าว ความสอดคล้องกับหลักกฎหมายและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ความมีประสิทธิภาพของการจัดองค์กรและกลไกเพื่อการใช้บังคับกฎหมาย ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการบริหารราชการ และภาระหรือความยุ่งยากของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายนั้นด้วย และแก้ไขปรับปรุงให้ถูกต้องเหมาะสม ในกรณีที่กรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าร่างกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับสาระสำคัญของหลักการ หรือมีความเห็นขัดแย้งกับหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนซึ่งมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กรรมการกฤษฎีกาจะเสนอความเห็นเพื่อขอให้มีการทบทวนในหลักการเสียก่อน หรือจะปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น และรายงานคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไปก็ได้

⁴³ ข้อ 16 ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ส่งร่างพระราชบัญญัติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาหรือให้ยกร่างพระราชบัญญัติใด ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจสอบความถูกต้องตามหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติด้วย

ในกรณีที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องมีหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติใด หรือการมีหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะไม่คุ้มค่าหรือเกิดผลเสียหายต่อรัฐหรือประชาชน ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการายงานความเห็นดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีโดยเร็ว และเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติเป็นประการใด ให้ดำเนินการต่อไปตามมตินั้น

สมควรแก่ประชาชนหรือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นหรือไม่ รวมถึงการพิจารณาเปรียบเทียบสัดส่วนระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะอยู่ภายใต้บังคับร่างพระราชบัญญัตินั้นกับผลประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับด้วย ซึ่งการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวสอดคล้องกับสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุเช่นกัน

เพราะฉะนั้น ในขั้นตอนการร่างกฎหมายและเสนอร่างกฎหมายโดยคณะรัฐมนตรีมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาร่างกฎหมายและพิจารณาตรวจร่างกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว

เมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะจัดทำคำชี้แจงสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ เพื่อส่งเรื่องกลับไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี หลังจากที่สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้รับร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว จะนำมาเตรียมเรื่องเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ หากคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว จะดำเนินการส่งร่างพระราชบัญญัติไปยังคณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎร หรือที่เรียกว่า “วิป” ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นตัวแทนของพรรคการเมืองร่วมรัฐบาลทุกพรรค หากคณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบแล้ว เท่ากับว่าพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลให้ความเห็นชอบ หลังจากนั้นคณะกรรมการประสานงานฯ จะส่งร่างพระราชบัญญัติกลับมาให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นครั้งสุดท้าย หากไม่มีข้อขัดข้องใด ๆ สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะได้ดำเนินการนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวส่งไปยังสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรเพื่อดำเนินการตามกระบวนการนิติบัญญัติในรัฐสภาต่อไป

(ค) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

มาตรา 170⁴⁴ ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 กำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ แต่ประชาชนจะเสนอร่างพระราชบัญญัติได้แต่เฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย และแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ตามหมวด 3 และหมวด 5 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 โดยประชาชน

⁴⁴ มาตรา 170 ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาพิจารณากฎหมายตามที่กำหนดในหมวด 3 และหมวด 4 แห่งรัฐธรรมนูญนี้

คำร้องขอตามวรรคหนึ่งต้องจัดทำร่างพระราชบัญญัติเสนอมาด้วย

หลักเกณฑ์และวิธีการเข้าชื่อรวมทั้งการตรวจสอบ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

จะต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติที่แบ่งเป็นมาตราชัดเจน พร้อมทั้งบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบในการเสนอกฎหมายด้วย

ทั้งนี้ การยกร่างพระราชบัญญัติที่เสนอโดยประชาชนนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์และแนวทางในการยกร่างที่ชัดเจน ขึ้นอยู่กับกลุ่มของประชาชนที่เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าจะดำเนินการยกร่างโดยวิธีใด

(2) การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ

รัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ 2540 ประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่ได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติก่อน⁴⁵ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรมีมติเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติแล้ว วุฒิสภาจึงเป็นองค์กรที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติในลำดับถัดไป

(ก) การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในสภาผู้แทนราษฎร

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในสภาผู้แทนราษฎรต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งโดยทั่วไปจะแบ่งการพิจารณาเป็น 3 วาระ ดังนี้

วาระที่หนึ่ง การพิจารณาในชั้นรับหลักการ คือ การพิจารณาและลงมติว่าสภาผู้แทนราษฎรเห็นควรให้มีร่างกฎหมายในเรื่องนั้น โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในร่างกฎหมายนั้นหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในชั้นรับหลักการนี้ ผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติจะเป็นผู้มีสิทธิได้อภิปรายก่อนเพื่อชี้แจงหลักการและเหตุผลประกอบการเสนอร่างพระราชบัญญัติ จากนั้นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะอภิปรายคัดค้านหรือสนับสนุนร่างพระราชบัญญัตินั้น

ในกรณีที่ปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งมีปัญหาสำคัญที่ยากแก่การวินิจฉัยหรือมีรายละเอียดมาก สภาผู้แทนราษฎรอาจมีมติให้ตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาปัญหาหรือรายละเอียดต่าง ๆ แล้วเสนอความเห็นต่อสภาผู้แทนราษฎรว่าควรจะมีมติรับหลักการแห่งร่างกฎหมายนั้นหรือไม่

ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติรับหลักการ สภาก็จะพิจารณาร่างกฎหมายนั้นต่อไปเป็นวาระที่สอง หากในวาระนี้สภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่รับหลักการ ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป ไม่อาจดำเนินการใด ๆ กับร่างพระราชบัญญัตินั้นในสภาผู้แทนราษฎรได้อีก

⁴⁵ มาตรา 172 ร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน

วาระที่สอง การพิจารณารายมาตรา (ขั้นแปรญัตติ) คือ การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ในรายละเอียดทุกมาตรา และพิจารณาทีละมาตราไปตามลำดับ โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถ เสนอความคิดเห็นหรือขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายได้ตามที่เห็นสมควร

การพิจารณาในขั้นนี้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจมีมติให้ดำเนินการพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการเต็มสภา โดยถือว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทุกคนทำหน้าที่ เป็นกรรมาธิการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น อันจะมีผลเป็นการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ นั้นครั้งเดียวสามวาระ จึงไม่มีขั้นตอนการยื่นคำขอแปรญัตติ เพราะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทุกคนสามารถขอเสนอแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติได้ในฐานะที่เป็นกรรมาธิการ

หากสภาผู้แทนไม่มีมติให้ดำเนินการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการ เต็มสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องมีมติแต่งตั้งคณะกรรมการสามัญหรือคณะกรรมการ วิสามัญ เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้ง ให้เป็นกรรมาธิการสามารถเสนอความคิดเห็นหรือขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายนั้นได้ แต่สำหรับ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมาธิการในคณะกรรมการชุดนั้น สามารถขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายได้โดยการเสนอความเห็นของตนด้วยการยื่นคำขอแปรญัตติ

การพิจารณาของคณะกรรมการจะพิจารณาเรียงไปตามลำดับเป็นรายมาตรา และ พิจารณาคำขอแปรญัตติด้วยว่าเห็นด้วยกับคำแปรญัตติหรือไม่ และจะแก้ไขร่างพระราชบัญญัติ ให้เป็นไปตามเสียงข้างมากของที่ประชุมคณะกรรมการ

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเสร็จแล้ว จะต้องจัดทำเป็นเอกสาร เพื่อรายงานต่อประธานสภา ว่าได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติเสร็จแล้ว และมีการแก้ไขเพิ่มเติม หรือมีข้อสังเกตอย่างไร เพื่อให้ประธานสภาบรรจุเข้าระเบียบวาระและให้ที่ประชุมสภา ผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไป

วาระที่สาม การพิจารณาลงมติให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติ เมื่อการ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะพิจารณาในวาระที่ สามเพื่อลงมติให้ความเห็นชอบกับร่างกฎหมายนั้น ซึ่งในวาระนี้จะไม่มีกรรมาธิการ ที่ประชุมจะ ลงมติเพียงว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเท่านั้น ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีมติในวาระที่สาม เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติ ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะดำเนินการเสนอร่าง พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไปยังวุฒิสภาต่อไป

(ข) การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวุฒิสภา

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยวุฒิสภาโดยปกติจะมีขั้นตอนการพิจารณาในลักษณะเดียวกันกับการพิจารณาร่างกฎหมายในสภาผู้แทนราษฎร กล่าวคือ มีการพิจารณาเป็นสามวาระเช่นเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างประการสำคัญ คือ การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวุฒิสภามีกำหนดเวลาไว้แน่นอน ซึ่งมาตรา 174⁴⁶ ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 กำหนดว่า ร่างกฎหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเงิน วุฒิสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ร่างกฎหมายนั้นมาถึงวุฒิสภา และร่างกฎหมายเกี่ยวข้องกับการเงิน ต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ร่างกฎหมายมาถึงวุฒิสภา หากวุฒิสภาพิจารณากฎหมายไม่เสร็จภายในเวลาที่กำหนด จะมีผลให้ถือว่าวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายนั้นแล้ว

วาระที่หนึ่ง การพิจารณาในชั้นรับหลักการ วุฒิสภาจะพิจารณาลักการของพระราชบัญญัติว่าจะเห็นชอบด้วยในหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติหรือไม่ หากวุฒิสภามีมติเห็นชอบด้วยกับหลักการ ก็จะมีการพิจารณาในวาระที่สองต่อไป

⁴⁶ มาตรา 174 ภายใต้อำนาจมาตรา 180 เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เสนอตามมาตรา 172 และลงมติเห็นชอบแล้ว ให้สภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นต่อวุฒิสภา วุฒิสภาต้องพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เสนอมานั้นให้เสร็จภายในหกสิบวัน แต่ถ้าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวข้องกับการเงิน ต้องพิจารณาให้เสร็จภายในสามสิบวัน ทั้งนี้ เว้นแต่วุฒิสภาจะได้ลงมติให้ขยายเวลาออกไปเป็นกรณีพิเศษซึ่งต้องไม่เกินสามสิบวัน กำหนดวันดังกล่าวให้หมายถึงวันในสมัยประชุมและให้เริ่มนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมาถึงวุฒิสภา

ระยะเวลาดังกล่าวในวรรคหนึ่ง ไม่ให้นับรวมระยะเวลาที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 177

ถ้าวุฒิสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่เสร็จภายในกำหนดเวลาที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น

หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยในหลักการของร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 175⁴⁷ ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 กำหนดให้วุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัติกลับคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร หากสภาผู้แทนราษฎรไม่นำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นพิจารณา จะมีผลทำให้ร่างกฎหมายนั้นตกไป หากสภาผู้แทนราษฎรนำร่างพระราชบัญญัติขึ้นมาพิจารณาใหม่ และมีมติยืนยันตามร่างเดิมด้วยเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จะถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เพื่อนำขึ้นทูลเกล้าฯ ให้ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้บังคับต่อไปได้ แต่ถ้าการลงมตินั้นมีคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่ง จะถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

วาระที่สอง การพิจารณารายมาตรา (ขั้นแปรญัตติ) การพิจารณาในวาระที่สองของวุฒิสภานั้นแบ่งออกเป็นสองขั้นตอนเช่นเดียวกับการพิจารณาในวาระที่สองของสภาผู้แทนราษฎร คือ ขั้นตอนแรกเป็นการพิจารณาในชั้นของคณะกรรมการธิการ ซึ่งอาจเป็นคณะกรรมการเต็มสภาหรือคณะกรรมการที่วุฒิสภาตั้งก็ได้ และขั้นตอนที่สองเป็นการพิจารณาในวุฒิสภาหลังจากที่คณะกรรมการธิการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเสร็จ โดยคณะกรรมการจะเสนอร่างพระราชบัญญัติที่พิจารณาแล้วต่อที่ประชุมวุฒิสภา พร้อมรายงานที่ระบุว่ามีการแก้ไขหรือไม่แก้ไขในมาตราใดบ้าง

หลังจากนั้น ที่ประชุมวุฒิสภาจะต้องลงมติว่าจะให้แก้ไขเพิ่มเติมตามที่ได้พิจารณาในวุฒิสภาในวาระที่สอง หรือลงมติเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่มี การแก้ไขเพิ่มเติม

⁴⁷ มาตรา 175 ภายใต้บังคับมาตรา 180 เมื่อวุฒิสภาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว

- (1) ถ้าเห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93
- (2) ถ้าไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นไว้ก่อน และส่งร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร

วาระที่สาม การพิจารณาลงมติว่าจะให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติ เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่สองเสร็จแล้ว วุฒิสภาจะพิจารณาในวาระที่สามเพื่อลงมติว่าจะให้ความเห็นชอบกับร่างกฎหมายนั้นหรือไม่ โดยไม่มีการอภิปราย

ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติโดยไม่มีการแก้ไข จะถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติ แม้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติแล้วก็ตาม ให้ส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นกลับคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรมีมติยืนยันร่างเช่นเดียวกับในวาระที่หนึ่ง

ส่วนในกรณีที่วุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติแตกต่างไปจากร่างที่มาจากสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาจะส่งร่างพระราชบัญญัติกลับไปยังสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา หากสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติของวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจะมีหนังสือยืนยันมติของรัฐสภาไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อนำเสนอนายกรัฐมนตรีต่อไป

หากสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติม จะต้องมีการตั้งคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น เมื่อคณะกรรมการร่วมสองสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นเสร็จแล้ว จะต้องรายงานและเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณา ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีมติเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัตินั้น สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจะมีหนังสือยืนยันมติของรัฐสภาไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

หากสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัตินั้น สภาผู้แทนราษฎรจะต้องนำร่างพระราชบัญญัติขึ้นพิจารณาใหม่ โดยสภาผู้แทนราษฎรอาจมีมติเป็นสองแนวทางได้แก่ มีมติให้ความเห็นชอบกับร่างเดิมที่ผ่านการพิจารณาไปจากสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง หรือมีมติให้ความเห็นชอบกับร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการร่วมกันด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง จึงจะถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา สามารถนำขึ้นทูลเกล้าฯเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้บังคับได้ต่อไป

อนึ่ง จากการพิจารณาคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ มีคำร้องบางเรื่องที่ผู้ร้องเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ 2540 เนื่องจากบทบัญญัตินั้น

ขัดแย้งต่อกรอบการใช้อำนาจอย่างได้สัดส่วน ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ 2540⁴⁸ ซึ่งเป็น การอ้างว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าใน ขั้นตอนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภาเป็นการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาพิจารณา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติด้วย

3.2.2.2 กระบวนการตราพระราชกำหนด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติ โดยองค์กรที่มีอำนาจตราพระราชกำหนด คือ คณะรัฐมนตรี กระบวนการตรา พระราชกำหนดจึงมีความแตกต่างจากกระบวนการตราพระราชบัญญัติ กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีมี อำนาจออกพระราชกำหนดให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาจากสภา ผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

อย่างไรก็ดี คณะรัฐมนตรีมีอำนาจออกพระราชกำหนดได้เฉพาะตามเงื่อนไขที่กำหนด ไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ได้แก่

(1) เมื่อมีความจำเป็นเกี่ยวกับความมั่นคง กล่าวคือ เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็น เร่งด่วนที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และเป็นกรณีที่ต้องจำเป็นต้องทำเพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัย ของประเทศ หรือเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ (มาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญ 2540)

(2) เมื่อมีความจำเป็นเกี่ยวกับการเงิน กล่าวคือ เมื่อมีความจำเป็นต้องมีกฎหมาย เกี่ยวกับภาษีอากรหรือกฎหมายเกี่ยวกับเงินตรา ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและ ลับ เพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติ (มาตรา 220 ของรัฐธรรมนูญ 2540)

เมื่อพระราชกำหนดมีผลใช้บังคับแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องรีบนำพระราชกำหนดเสนอเพื่อให้ รัฐสภาพิจารณาว่าจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติ ถ้ารัฐสภาอนุมัติ ถือว่าพระราชกำหนดนั้นได้รับความ เห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว และมีผลให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

กรณีที่ถือว่ารัฐสภาอนุมัติพระราชกำหนด ได้แก่ (ก) สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามี มติอนุมัติ (ข) สภาผู้แทนราษฎรมติอนุมัติ แต่วุฒิสภามีมติไม่อนุมัติ และสภาผู้แทนราษฎรมติ

⁴⁸ โปรดดูรายละเอียดจากคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 30/2548 เรื่อง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 77 คน ให้ศาล รัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) กรณีร่างพระราชบัญญัติการผลิต ผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. มาตรา 38 วรรคหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48

อีกครั้งเพื่อยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร

ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนด ถือว่าพระราชกำหนดไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และจะสิ้นผลการใช้บังคับนับแต่วันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่ารัฐสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น แต่ทั้งนี้ไม่กระทบถึงการใดที่กระทำไปในระหว่างที่พระราชกำหนดยังมีผลใช้บังคับ

กรณีที่อยู่ว่ารัฐสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนด ได้แก่ (ก) สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีมติไม่อนุมัติ (ข) สภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่อนุมัติ (ค) สภาผู้แทนราษฎรมีมติอนุมัติ แต่วุฒิสภามีมติไม่อนุมัติ และสภาผู้แทนราษฎรมีมติอีกครั้งเพื่อยืนยันการอนุมัติ แต่การมีมติในครั้งหลังนี้มีคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร

3.2.3 การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมาย

3.2.3.1 หลักเกณฑ์การตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในกระบวนการตรากฎหมายซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่การเสนอร่างกฎหมาย การพิจารณา ร่างกฎหมาย และการอนุมัติกฎหมาย ทั้งการตราพระราชบัญญัติและการตราพระราชกำหนด จะมีองค์กรที่เกี่ยวข้องในกระบวนการตรากฎหมายหลายองค์กร ซึ่งทุกองค์กรที่เกี่ยวข้องในกระบวนการตรากฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล พึงต้องตระหนักว่าการใช้อำนาจรัฐโดยการตรากฎหมายจะต้องละเมิดหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นหรือไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร

ดังนั้น ในกรณีขององค์กรผู้เสนอกฎหมายที่ยกร่างกฎหมายเพื่อเสนอต่อรัฐสภาจะต้องยกร่างกฎหมายโดยคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการเสนอร่างกฎหมายต่อสภา และมีวัตถุประสงค์ในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อนำกฎหมายนั้นเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการ จะต้องคำนึงว่าร่างกฎหมายที่จะเสนอต่อรัฐสภาจะมีผลเป็นการละเมิดหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นหรือไม่ มิใช่เพียงแต่จะคำนึงถึงการนำมาตราตามกฎหมายไปใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแต่ประการเดียว ส่วนกรณีขององค์กรผู้ใช้อำนาจพิจารณาและอนุมัติกฎหมาย ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา จะต้องพิจารณาด้วยว่าบทบัญญัติในร่างกฎหมายที่จำกัดสิทธิและ

เสรีภาพของบุคคลนั้น มีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือไม่

เพราะฉะนั้น ในการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ องค์การผู้เสนอกฎหมายและรัฐสภาจึงต้องนำสาระสำคัญทั้งสามประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุ มาเป็นหลักเกณฑ์ในการร่างกฎหมายและการพิจารณาร่างกฎหมาย โดยมีขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมาย

ในการร่างกฎหมายเพื่อเสนอให้รัฐสภาพิจารณาและอนุมัติเป็นกฎหมายนั้น องค์การผู้เสนอกฎหมายจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายที่มีบทบัญญัติเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุผลได้

อนึ่ง วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันมิให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ หรือมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะ หากกฎหมายใดตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์นอกเหนือจากนี้แล้ว การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็น “การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ” และมีผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁴⁹

(2) การตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล

เมื่อกำหนดวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว องค์การผู้เสนอกฎหมายต้องพิจารณากำหนดมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดผลสัมฤทธิ์หรือกำหนดมาตรการที่นำไปสู่ผลที่ตนมุ่งประสงค์ เพื่อนำมาตรการดังกล่าวมาบทบัญญัติกฎหมาย

ในส่วนของ การพิจารณาร่างกฎหมายโดยรัฐสภา ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น เป็นมาตรการที่ทำให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นหรือไม่ หรือพิจารณาว่าผลอันเกิดจากบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่

⁴⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6, น.116.

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่ามาตรการทางกฎหมายนั้นจะทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดผลสัมฤทธิ์หรือไม่ องค์กรผู้เสนอกฎหมายและรัฐสภาจะต้องประเมินสถานการณ์ในขณะที่ยกร่างหรือพิจารณาอนุมัติร่างกฎหมายว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดผลสัมฤทธิ์หรือไม่ และควรคาดการณ์สถานการณ์ในอนาคตด้วยว่ามาตรการดังกล่าวจะมีความเป็นไปได้ในการทำให้วัตถุประสงค์นั้นบรรลุผลหรือไม่

(3) การตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความจำเป็น

เมื่อพิจารณากำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ทำให้วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายบรรลุผลแล้ว หากในเรื่องนั้นมีมาตรการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หลายมาตรการ และมาตรการเหล่านั้นมีระดับความรุนแรงมากน้อยต่างกัน องค์กรผู้เสนอกฎหมายจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบมาตรการต่าง ๆ เหล่านี้ว่า มาตรการใดเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด และเลือกมาตรการนั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมาย

ในส่วนของรัฐสภา สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะต้องพิจารณาว่ามาตรการที่องค์กรผู้เสนอกฎหมายนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายนั้น เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ หรือมีมาตรการอื่นใดที่สามารถทำให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นได้ โดยกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่ามาตรการที่องค์กรผู้ยกร่างกฎหมายเสนอมาหรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากในเรื่องดังกล่าวมีมาตรการทางกฎหมายเพียงมาตรการเดียวที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นได้ กรณีไม่จำเป็นต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่ามาตรการนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุดหรือไม่

(4) การตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

เมื่อพิจารณากำหนดมาตรการที่สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลและหลักความจำเป็นแล้ว องค์กรผู้เสนอกฎหมายและรัฐสภาจะต้องพิจารณาด้วยว่า หากนำมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้แล้ว จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือเป็นการสร้างภาระและก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลมากกว่าประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมได้รับหรือไม่ หากมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมส่วนรวม องค์กรผู้เสนอกฎหมายและรัฐสภาไม่สามารถนำมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายได้ แม้ว่ามาตรการนั้นจะทำให้วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เกิดผลสัมฤทธิ์และเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ไม่ได้สัดส่วนวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น

อนึ่ง การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายดังกล่าว สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติในระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ซึ่งได้กล่าวถึงในหัวข้อที่ 3.2.2.1 ข้างต้น โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ยกร่างกฎหมายและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะต้องยกร่างกฎหมายและตรวจพิจารณาร่างกฎหมายโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายและมาตรการที่จะนำมาใช้ซึ่งต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ และต้องพิจารณาผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอันเกิดจากร่างกฎหมายนั้น รวมทั้งพิจารณาสัดส่วนความเสียหายต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายกับประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับ

3.2.3.2 ตัวอย่างการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรา กฎหมาย

จากหลักเกณฑ์การตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งสี่ ประการ ผู้เขียนขอเสนอตัวอย่างการตรากฎหมายที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักความพอสมควรแก่เหตุ คือ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518⁵⁰ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ (1) ต้องการปรับปรุงโครงสร้างการถือครองที่ดินให้มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยการกระจายที่ดินให้แก่เกษตรกรผู้ทำประโยชน์ที่ดินด้วยตนเอง และ (2) ต้องการให้ที่ดินที่จัดให้เกษตรกรได้นำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจให้คุ้มค่าที่สุด

ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว รัฐต้องจัดหาที่ดินให้แก่เกษตรกรที่ไร้ที่ดินทำกินและกำหนดเงื่อนไขให้ที่ดินได้รับการบำรุงและพัฒนาให้มีการใช้ให้เกิดประโยชน์อย่างคุ้มค่าสูงสุด รัฐจึงต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ได้จัดให้แก่เกษตรกรไปแล้วเพื่อให้ที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินอยู่ในมือของเกษตรกรให้นานที่สุดเท่าที่จะทำได้ และให้เกษตรกรผู้ซึ่งได้รับการจัดที่ดินใช้ที่ดินนั้นประกอบเกษตรกรรมให้ได้ผลคุ้มค่ามากที่สุด ซึ่งมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวปรากฏใน มาตรา 29 และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518⁵¹

⁵⁰ เทียมทัน อุณหะสุวรรณ, “การควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินที่เกษตรกรได้รับกรรมสิทธิ์จากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.117 และ 135-137.

⁵¹ โปรดดูบทบัญญัติมาตรา 29 และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ในภาคผนวก ก

ในวิทยานิพนธ์ของคุณเทียมทัน อุณหะสุวรรณ เรื่อง การควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินที่เกษตรกรได้รับกรรมสิทธิ์จากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ได้เสนอข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสอดคล้องของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ กับหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ มีเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์เพื่อกระจายการถือครองที่ดินให้เกิดความเป็นธรรมในทุกท้องที่ทั่วประเทศที่มีปัญหาการถือครองที่ดินที่ไม่เป็นธรรม ให้รัฐสามารถเข้าไปจัดระบบการถือครองใหม่ได้อย่างทั่วถึง มาตรา 29 จึงกำหนดเพดานการถือครองที่ดิน (The ceiling redistributive models) แล้วให้อำนาจสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ส.ป.ก.) จัดซื้อที่ดินหรือเวนคืนที่ดินเอกชนส่วนที่เจ้าของมีเกินส่วนที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด ซึ่งเป็นส่วนที่เจ้าของที่ดินละทิ้งและไม่ได้ทำประโยชน์อย่างเต็มที่ แล้วนำที่ดินดังกล่าวมาจัดสรรให้แก่เกษตรกรที่ไร้ที่ดินทำกินให้มีที่ดินทำกินอย่างถาวร อันแสดงให้เห็นว่ามาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของของพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ

(2) มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่มีความจำเป็น เนื่องจากถ้ารัฐไม่นำมาตรการทางกฎหมายเรื่องกำหนดเพดานการถือครองที่ดินในเขตดังกล่าวมาใช้ รัฐก็ไม่อาจดำเนินการจัดซื้อที่ดินหรือเวนคืนที่ดินส่วนที่เกินสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งอำนาจการใช้กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินเอกชนในเขตปฏิรูปที่ดินที่ไม่ได้ทำประโยชน์ที่ดินได้ และความมุ่งหมายของรัฐในการยกเลิกการผูกขาดที่ดินจากผู้ที่มีดินจำนวนมากแต่ไม่ได้ทำการเกษตรด้วยตนเอง เพื่อกระจายสิทธิการถือครองที่ดินมาสู่มือเกษตรกรผู้ไถหว่านที่ดินด้วยตนเองก็จะไม่ประสบผลสำเร็จ มาตรา 29 จึงมีความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ

นอกจากนี้ มาตรา 29 ยังเป็นบทบัญญัติที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของเจ้าของที่ดินเอกชนในเขตปฏิรูปที่ดินน้อยที่สุด เพราะมีข้อยกเว้นไว้ว่าหากเจ้าของที่ดินเอกชนนั้นทำการเกษตรด้วยตนเอง รัฐอนุญาตให้เก็บที่ดินไว้ได้ไม่เกิน 50 ไร่ และถ้าทำการเกษตรและเลี้ยงสัตว์ใหญ่ด้วย รัฐอนุญาตให้เก็บที่ดินไว้ได้ไม่เกิน 100 ไร่ แต่ถ้าหากเจ้าของที่ดินไม่ได้ทำประโยชน์ในที่ดินนั้นเลย รัฐอนุญาตให้เก็บที่ดินไว้ได้ไม่เกิน 20 ไร่ สำหรับที่ดินส่วนที่เกินจากเพดานถือครองรัฐจะขอซื้อโดยให้ราคาที่เป็นธรรม หากไม่ยินยอมขายรัฐจึงจะใช้อำนาจตามกฎหมายปฏิรูปที่ดินดำเนินการเวนคืน ซึ่งจะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้กับเจ้าของที่ดินด้วย อีกทั้งการใช้บังคับมาตรา 29 จะต้องกระทำเฉพาะในเขตปฏิรูปที่ดิน ซึ่งรัฐได้พิจารณาคัดเลือกแล้วว่าเป็นเขตที่มี

ความเหมาะสมแก่การดำเนินงานปฏิรูปที่ดิน เนื่องจากมีจำนวนผู้เช่าและผู้ไ้ที่ดินทำกินจำนวนมาก และที่ดินมีผลผลิตต่อไร่ต่ำ

(3) มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับเอกชนเจ้าของที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินและประโยชน์ที่สาธารณชนพึงจะได้รับ กล่าวคือ เมื่อรัฐใช้อำนาจบังคับซื้อหรือเวนคืนที่ดินส่วนที่เกินสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดจากเจ้าของที่ดินซึ่งไม่ได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อเกษตรกรรมอย่างเต็มที่ รัฐจะต้องจ่ายค่าชดเชยที่ดินที่เป็นกรรมให้แก่เจ้าของที่ดินเดิมด้วย ในขณะที่เดียวกันรัฐมีหน้าที่จะต้องนำที่ดินนั้นมาจัดสรรให้กับเกษตรกรที่ไร้ที่ดินทำกิน ซึ่งเป็นกลุ่มคนส่วนใหญ่ของสังคม

แม้ว่าเจ้าของที่ดินจะต้องสูญเสียสิทธิในทรัพย์สินของตน แต่สัดส่วนแห่งความเสียหายนั้นมีน้อยกว่าประโยชน์ที่สาธารณชนได้รับ กล่าวคือ ประการแรก รัฐสามารถกระจายทรัพยากรที่ดินอันมีอยู่อย่างจำกัดไปยังเกษตรกรซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ของสังคมได้อย่างเป็นธรรม และประการที่สอง รัฐสามารถก่อให้เกิดการใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นได้อย่างคุ้มค่าเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคม ซึ่งจะมีผลดีกว่าให้ที่ดินดังกล่าวอยู่กับเจ้าของที่ดินที่ปล่อยให้ที่ดินนั้นรกร้างว่างเปล่าโดยไม่ได้ทำประโยชน์

3.3 การปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในการตรากฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองหรือกฎเป็นผลิตผลจากการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครอง จึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักการนี้มีสาระสำคัญว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด⁵² กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งอำนาจและข้อจำกัดอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง

กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ รัฐธรรมนูญ ทั้งบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการขัดต่อบรรดากฎหมายเหล่านี้ไม่ได้ ดังนั้น เมื่อ

⁵² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 6, น.67-68.

หลักความพอสมควรแก่เหตุมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองเพื่อตรากฎหมายลำดับรองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย

3.3.1 ความหมายของกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรอง หมายถึง บรรดากฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับที่เป็นแม่บท และมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด⁵³

ดังนั้น การตรากฎหมายลำดับรองจึงต้องมีพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งให้อำนาจ และต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง นอกจากนี้ เนื่องจากอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจึงมีค่าบังคับต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติและไม่อาจขัดต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ และเป็นผลให้กฎหมายลำดับรองไม่อาจมีบทกำหนดเป็นการตัดทอนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ เว้นแต่กฎหมายแม่บทจะมีบทบัญญัติให้ตรากฎหมายลำดับรองที่มีบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ และกำหนดขอบเขตของเรื่องไว้⁵⁴ ตัวอย่างของกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ฯลฯ

⁵³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” ใน *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, รวบรวมโดย สมยศ เชื้อไทย*, (กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินติ้ง เฮ้าส์, 2531), น. 195. อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.50–51.

⁵⁴ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 53*, น. 51 และ 57.

การที่องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายในลักษณะที่มอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองไปออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมีเหตุผลดังนี้⁵⁵

(1) องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจจะกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ของกฎหมายไว้ได้ทั้งหมด การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงเป็นเพียงกำหนดกรอบของสิทธิหน้าที่ของประชาชน หรือขอบเขตการจำกัดสิทธิและหน้าที่ของประชาชน และมอบให้องค์กรฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียดเป็นกฎหมายลำดับรองต่อไป

(2) พระราชบัญญัติหลายฉบับมีเนื้อหาที่เป็นเรื่องทางเทคนิค จึงควรมอบรายละเอียดให้ผู้ชำนาญเป็นผู้กำหนด

(3) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดเป็นพระราชบัญญัติจะมีความเคร่งครัดตายตัวขาดความยืดหยุ่นและไม่เหมาะกับกาลสมัย กฎหมายลำดับรองจะช่วยให้มีการใช้กฎหมายให้เหมาะกับกาลสมัยได้

(4) หากองค์กรนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายในทุกเรื่องแล้วอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ การตราพระราชบัญญัติให้มอบอำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองเพื่อไปออกกฎหมายลำดับรองได้ จะทำให้การใช้บังคับกฎหมายทันต่อสถานการณ์

3.3.2 กระบวนการตรากฎหมายลำดับรอง

หากพิจารณาประเภทของกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยเกณฑ์ของครุผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง จะเห็นได้ว่าองค์กรผู้ที่มีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองมีหลายองค์กร ซึ่งขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติจะกำหนดให้องค์กรใดมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองนั้น เช่น คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตรากฎกระทรวง กฎทบวง ประกาศกระทรวง หรือมีมติคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีมีอำนาจตราประกาศกระทรวง ประกาศทบวง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือของครุปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจตราข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งในบรรดากฎหมายลำดับรองประเภทต่าง ๆ เหล่านี้ หากแบ่งแยกประเภทโดยอาศัยเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายลำดับรอง จะแบ่งแยกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ กฎหมายลำดับรองที่

⁵⁵ ธรรมนิติย์ สุมนต์กุล, การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง, เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 1 (ภาค 2) ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันจันทร์ที่ 30 มิถุนายน 2546. (เอกสารจัดสำเนา), น.3.

ต้องผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะมีผลใช้บังคับ และกฎหมายลำดับรองที่ไม่ต้องผ่านความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนมีผลใช้บังคับ

ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะขออธิบายเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองสองลักษณะ คือ กระบวนการตรากฎหมายลำดับรองที่ต้องผ่านความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะมีผลใช้บังคับ และกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองที่ไม่ต้องผ่านความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนจะมีผลใช้บังคับ

3.3.2.1 กระบวนการตรากฎหมายลำดับรองที่ต้องผ่านความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนจะมีผลใช้บังคับ

กฎหมายลำดับรองที่ต้องผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะมีผลใช้บังคับมักจะเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีความสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินและหรือส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก จึงต้องมีกระบวนการควบคุมด้วยการให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับ ตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกา ประกาศพระบรมราชโองการ มติคณะรัฐมนตรีที่มีฐานะเป็นกฎ กฎกระทรวง กฎทบวง และรวมถึงกฎของคณะกรรมการบางกรณี เช่น กฎ ก.พ. กฎ ก.ค.⁵⁶

กระบวนการตรากฎหมายลำดับรองจะเริ่มจากการเสนอแนะโดยหน่วยงานที่ประสงค์จะตรากฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้น ซึ่งหน่วยงานจะต้องจัดทำร่างกฎหมายลำดับรองเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีด้วย เมื่อหน่วยงานได้เสนอร่างกฎหมายลำดับรองต่อคณะรัฐมนตรีตามขั้นตอนของระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 แล้ว คณะรัฐมนตรีจะส่งร่างกฎหมายลำดับรองดังกล่าวให้องค์กรที่มีอำนาจตรวจพิจารณาร่างกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

⁵⁶ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, “การควบคุมการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.87-88 และ 113.

ในส่วนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือคณะกรรมการกฤษฎีกา⁵⁷ จะดำเนินการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายลำดับรองตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยการจัดทำและพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ทั้งนี้ ในการตรวจพิจารณาเนื้อหาของร่างกฎหมายลำดับรองโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา 15 ทวิ ของพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาร่างกฎหมายโดยคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รวมถึงภาระหรือความยุ่งยากของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายนั้น

อนึ่ง ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ไม่ได้กำหนดให้หน่วยงานที่ยกร่างกฎหมายลำดับรองหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาต้องนำหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติไปใช้ในการยกร่างหรือตรวจพิจารณากฎหมายลำดับรอง ในลักษณะเดียวกับกับการยกร่างหรือการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ดังนั้น ในกระบวนการยกร่างหรือตรวจพิจารณาร่างกฎหมายลำดับรองจึงไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องพิจารณาตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายลำดับรอง อย่างไรก็ดี หน่วยงานที่ยกร่างกฎหมายลำดับรองและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือคณะกรรมการกฤษฎีกา อาจนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการยกร่างกฎหมายลำดับรองและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายลำดับรองได้ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตรากฎหมายลำดับรอง⁵⁸

⁵⁷ โดยที่ข้อ 4 ของระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดทำและพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 กำหนดให้เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจสั่งการให้เจ้าหน้าที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาดำเนินการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายลำดับรองได้ หากร่างกฎหมายลำดับรองดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับแบบในการร่างกฎหมายหรือเป็นกฎหมายที่ไม่ซับซ้อน หรือเป็นเรื่องเร่งด่วน ดังนั้น ในบางกรณีร่างกฎหมายลำดับรองจะได้รับการตรวจพิจารณาโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และในบางกรณีจะได้รับการตรวจพิจารณาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา

⁵⁸ ประเสริฐ สุขสบาย, “การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น.33.

เมื่อร่างกฎหมายลำดับรองผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ในกรณีของร่างพระราชกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งเรื่องกลับไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ทูลเกล้าฯลงพระปรมาภิไธยในพระราชกฤษฎีกา และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ส่วนกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งเรื่องกลับไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะส่งเรื่องไปยังหน่วยงานเจ้าของเรื่องเพื่อให้รัฐมนตรีที่รับผิดชอบหรือผู้มีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองนั้น ๆ ลงนามและส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป⁵⁹

ในส่วนของการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายลำดับรองโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีอำนาจตรวจพิจารณาร่างกฎหมายลำดับรองในประเภทประกาศและระเบียบที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 และเมื่อสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีตรวจพิจารณาร่างกฎกระทรวงดังกล่าวแล้วเสร็จ จะส่งเรื่องไปยังหน่วยงานเจ้าของเรื่องเพื่อให้ผู้มีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองนั้น ๆ ลงนามและส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁶⁰

3.3.2.2 กระบวนการตรากฎหมายลำดับรองที่ไม่ต้องผ่านความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนจะมีผลใช้บังคับ

กฎหมายลำดับรองที่ไม่ต้องผ่านความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีก่อนจะมีผลใช้บังคับ เช่น ประกาศกระทรวง ประกาศทบวง ระเบียบ กฎและประกาศขององค์กรต่าง ๆ ซึ่งผู้มีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองเหล่านี้ ได้แก่ รัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และองค์กรต่าง ๆ สามารถตรากฎหมายลำดับรองและประกาศใช้บังคับได้ด้วยตนเอง โดยไม่ผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี มีผลให้กฎหมายลำดับรองเหล่านี้ไม่ผ่านการพิจารณาความเหมาะสมและความชอบด้วยกฎหมายโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยการจัดทำและพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522⁶¹ ซึ่งขั้นตอนในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองนั้น

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, น. 90 - 91.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง.

⁶¹ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, อ้างแล้ว เข็มอรกที่ 56, น. 88-90.

นอกจากนี้ ในส่วนของข้อบัญญัติท้องถิ่น ผู้มีอำนาจเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นคือ ผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งจะเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นต่อสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อพิจารณา เมื่อสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาแล้วเสร็จและมีมติเห็นชอบด้วยกับร่างข้อบัญญัติท้องถิ่น ในบางกรณีจะต้องเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาให้ความเห็นชอบ

เมื่อร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่เกี่ยวข้องแล้ว ให้ผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นลงนามเพื่อใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้นต่อไป ในการประกาศใช้บังคับข้อบัญญัติท้องถิ่นให้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจตราข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น เช่น ประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือติดประกาศไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

3.3.3 การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง

3.3.3.1 หลักเกณฑ์การตรากฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในการตรากฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งกฎหมายลำดับรองที่ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และกฎหมายลำดับรองที่ไม่ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องตรากฎหมายลำดับรองโดยคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองดังกล่าวต้องไม่มีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือสร้างภาระหน้าที่ต่อบุคคลเกินสมควร โดยนำสาระสำคัญของทั้งสามประการของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง ซึ่งการตรากฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายลำดับรอง

โดยที่กฎหมายลำดับรองคือกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งองค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียดในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองนั้น ในบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวย่อมต้องมีวัตถุประสงค์เฉพาะสำหรับการมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองตรากฎหมายลำดับรองนั้น ดังนั้น เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองจะตรากฎหมายลำดับรองตามที่ได้รับมอบอำนาจจากบทบัญญัติ

กฎหมายได้แล้ว ในเบื้องต้นองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายลำดับรองนั้น ซึ่งนอกจากจะเป็นวัตถุประสงค์ตามที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องการแล้ว วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองนั้นด้วย

นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวยังต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ การใช้อำนาจทางปกครองที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม หากการตรากฎหมายลำดับรองนั้นมีวัตถุประสงค์นอกเหนือไปจากนี้ วัตถุประสงค์ดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) การตรากฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล

เมื่อกำหนดวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายลำดับรองที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณากำหนดมาตรการที่จะนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรอง โดยมาตรการดังกล่าวต้องทำให้วัตถุประสงค์ขององค์กรฝ่ายปกครองในการตรากฎหมายลำดับรองนั้นและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่ให้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองบรรลุผล องค์กรฝ่ายปกครองจึงพิจารณาเลือกมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองได้

หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ขององค์กรฝ่ายปกครองหรือเจตนารมณ์หรือของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงได้ องค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถเลือกมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องการได้หลายมาตรการ มาตรการเหล่านั้นถือเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลทั้งสิ้น ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้มาตรการหนึ่งมาตรการใดก็ได้ แม้ว่าเมื่อพิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้วมาตรการนั้นมีความเหมาะสมน้อยกว่ามาตรการอื่นก็ตาม เพราะกรณีถือว่าเป็นดุลพินิจโดยแท้ขององค์กรฝ่ายปกครอง⁶²

(3) การตรากฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับหลักความจำเป็น

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองพิจารณากำหนดมาตรการที่จะนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเป็นมาตรการที่จะทำให้วัตถุประสงค์ขององค์กรฝ่ายปกครองและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจบรรลุผลแล้ว หากกรณีดังกล่าวมีมาตรการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์มากกว่าหนึ่งมาตรการ องค์กรฝ่ายปกครองต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่าในบรรดา

⁶² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 33.

มาตรการเหล่านั้น มาตรการใดก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือสร้างภาระความเสียหายให้กับบุคคลน้อยที่สุด และเลือกมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรอง

อย่างไรก็ตาม หากกรณีดังกล่าวมีมาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์เพียงมาตรการเดียว องค์การฝ่ายปกครองไม่สามารถพิจารณาเปรียบเทียบได้ว่ามาตรการดังกล่าวกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดหรือไม่ และต้องเลือกมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรอง

(4) การตรากฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

เมื่อองค์การฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการที่จะนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลและหลักความจำเป็นแล้ว องค์การฝ่ายปกครองต้องพิจารณาเปรียบเทียบหรือชั่งน้ำหนักว่า การใช้บังคับมาตรการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือสร้างภาระความเสียหายต่อบุคคลมากกว่าที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่สาธารณะหรือหรือประโยชน์ของสังคมส่วนรวมหรือไม่ และองค์การฝ่ายปกครองจะนำมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองได้ต่อเมื่อมาตรการนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะหรือสังคมส่วนรวม

แต่หากมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายหรือสร้างภาระให้กับบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคมส่วนรวม องค์การฝ่ายปกครองจะไม่สามารถนำมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองได้ แม้ว่ามาตรการนั้นจะทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่เป็นแหล่งอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองเกิดผลสัมฤทธิ์และเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ไม่ได้สัดส่วนวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว

3.3.3.2 ตัวอย่างการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรา

กฎหมายลำดับรอง

จากหลักเกณฑ์การตรากฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งสี่ประการดังกล่าว ขอเสนอตัวอย่างของการตรากฎหมายลำดับรองที่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ คือ (1) การตรากฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ และ (2) การตรากฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการบังคับใช้ผังเมืองรวม

(1) การตรากฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์

เดิมมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง หลักเกณฑ์การโฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 19 กันยายน 2546 และประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง หลักเกณฑ์การโฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 16 พฤษภาคม 2548 ซึ่งกำหนดห้ามมิให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ในระหว่างเวลา 05.00 ถึง 22.00 นาฬิกา และห้ามโฆษณาในลักษณะเชิญชวนให้บริโภคหรืออวดอ้างสรรพคุณของเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ โดยการโฆษณาในช่วงเวลาดังกล่าวให้โฆษณาในลักษณะของการเสนอภาพลักษณ์ของบริษัทหรือกิจการ (corporate image) เท่านั้น

ต่อมากระทรวงสาธารณสุขมีนโยบายให้ควบคุมการบริโภคเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ โดยห้ามมิให้โฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ในสื่อทุกชนิด รวมทั้งสื่อวิทยุและโทรทัศน์ ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายคนไทยแข็งแรง (healthy Thailand) และลดการเจ็บป่วย และลดอุบัติเหตุจากรถ หลังจากปัจจุบันสุขภาพคนไทยถูกคุกคามจากเครื่องดื่มน้ำที่มีแอลกอฮอล์ กระทรวงสาธารณสุข โดยสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาจึงได้ตรากฎหมายลำดับรองที่การห้ามมิให้โฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ คือ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2549 และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2549⁶³

คำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2549 เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออก

⁶³ โปรดดูประกาศและคำสั่งดังกล่าวในภาคผนวก ข และภาคผนวก ค

ตามความในมาตรา 24⁶⁴ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดว่า ในกรณี ที่สินค้าใดอาจเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค ให้มีการกำหนดให้สินค้านั้นที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และให้มีอำนาจออกคำสั่งห้ามการโฆษณาสินค้านั้น ในการนี้ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา โดยได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค จึงออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมแอลกอฮอล์ เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากฯ เพื่อกำหนดให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุม ฉลาก และออกคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณา เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ฯ เพื่อห้ามมิให้โฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมแอลกอฮอล์ซึ่ง เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากดังกล่าว

ในการออกคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการ โฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการจำกัด เสรีภาพในการประกอบกิจการและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของผู้ประกอบกิจการผลิต เครื่องดื่มแอลกอฮอล์และผู้ประกอบธุรกิจการโฆษณา มีข้อพิจารณาตามหลักการตรากฎหมาย ลำดับรองให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุดังนี้

(ก) การกำหนดวัตถุประสงค์ของคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ฯ

ในคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549ฯ กำหนดวัตถุประสงค์ ของคำสั่งฉบับนี้ว่า โดยที่เป็นการสมควรควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโดยเฉพาะ อย่างยิ่งเด็กและ เยาวชน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการดำเนินการตามนโยบายของกระทรวงสาธารณสุขที่ต้องการควบคุมการ บริโภคเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ให้บรรลุเป้าหมายคนไทยแข็งแรง (healthy

⁶⁴ มาตรา 24 ในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเห็นว่าสินค้าใดอาจเป็น อันตรายแก่ผู้บริโภคและคณะกรรมการว่าด้วยฉลากได้กำหนดให้สินค้านั้นเป็นสินค้าที่ควบคุม ฉลากตามมาตรา 30 ให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจออกคำสั่งดังต่อไปนี้

(1) กำหนดให้การโฆษณานั้นต้องกระทำไปพร้อมกับคำแนะนำหรือคำเตือนเกี่ยวกับ วิธีใช้หรืออันตราย ตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณากำหนด ทั้งนี้ โดยคณะกรรมการ ว่าด้วยการโฆษณาจะกำหนดเงื่อนไขให้แตกต่างกันสำหรับการโฆษณาที่ใช้สื่อโฆษณาที่ต่างกันก็ได้

(2) จำกัดการใช้สื่อโฆษณาสำหรับสินค้านั้น

(3) ห้ามโฆษณาสินค้านั้น

Thailand) และลดการเจ็บป่วยและลดอุบัติเหตุจากรถยนต์ที่มีสาเหตุจากการบริโภคเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์

ส่วนมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจออกคำสั่งดังกล่าว เป็นบทบัญญัติในส่วนที่ 41 การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา และในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติได้ให้เหตุผลในการตราพระราชบัญญัตินี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการโฆษณาว่า ในปัจจุบันมีการเสนอสินค้าและบริการต่าง ๆ ต่อประชาชนเพิ่มมากขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ประกอบธุรกิจการโฆษณาได้นำวิชาการทางการตลาดและทางการโฆษณามาใช้ในการส่งเสริมการขายสินค้าและบริการ ทำให้ผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาดและความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคาสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้ถูกต้องทันทั่วทั้งที่ และในบางกรณีไม่อาจจะยับยั้งการกระทำที่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้ทันทั่วทั้งที่ จึงสมควรมีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไป โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต่อผู้บริโภค เพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค มาตรา 24 จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา เพื่อมิให้ผู้บริโภคได้รับอันตรายหรือความเสียหายจากการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณา

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549ฯ มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ได้รับความเสียหายหรืออันตรายจากการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กและเยาวชน ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งต้องการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อมิให้ได้รับความเสียหายหรืออันตรายจากการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้ประกอบธุรกิจโฆษณา

(ข) คำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549ฯ เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ กับหลักความสัมฤทธิ์ผล

มาตรการที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยานำมากำหนดเป็นบทบัญญัติกฎหมายในคำสั่งฉบับนี้ คือ การห้ามไม่ให้โฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิด ยกเว้นการโฆษณาในสิ่งพิมพ์ซึ่งจัดพิมพ์นอกราชอาณาจักร โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ให้นำเข้ามาจำหน่าย จ่าย แจก ในราชอาณาจักรโดยเฉพาะ และการถ่ายทอดสดเหตุการณ์สดจากต่างประเทศทางวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อออกอากาศใน

ราชอาณาจักรไทยโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงการโฆษณาที่แทรกหรือคั่นระหว่างการถ่ายทอดสด ซึ่งตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าควบคุมฉลากฯ กำหนดว่าเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ หมายถึงของเหลวเพื่อการบริโภคของมนุษย์ที่มีจำนวนเอทานอลเกินกว่า 5 มิลลิกรัมต่อของเหลว 1 ลิตรหรือเกินกว่า 0.5 ดีกรี ซึ่งได้แก่ เบียร์ ไวน์ สุรา หรือของเหลวที่มีชื่ออื่น ๆ

การห้ามไม่ให้โฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์โดยผลของคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาและประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาดังกล่าว มีผลให้ผู้ประกอบกิจการผลิตภัณฑ์สุรา เบียร์ หรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อื่น ๆ ที่มีระดับแอลกอฮอล์เกินกว่า 0.5 ดีกรี รวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาไม่สามารถเผยแพร่โฆษณาผลิตภัณฑ์สุรา เบียร์ หรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อื่น ๆ ที่มีระดับแอลกอฮอล์เกินกว่า 0.5 ดีกรี ผ่านทางสื่อโฆษณาต่าง ๆ ได้ เว้นแต่สื่อโฆษณาที่เป็นข้อยกเว้นตามคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาดังกล่าว

ในการพิจารณากำหนดมาตรการดังกล่าวสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการที่ห้ามมิให้มีการโฆษณาเหล่านี้ผ่านทางสื่อโฆษณาทุกชนิดนั้น จะมีผลเป็นการลดปริมาณการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกระทรวงสาธารณสุขที่ต้องการควบคุมการบริโภคเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายคนไทยแข็งแรง และลดการเจ็บป่วยและลดอุบัติเหตุจากราจร อันมีสาเหตุจากการบริโภคเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ เพราะฉะนั้น ในการพิจารณากำหนดมาตรการตามคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549ฯ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาจึงได้พิจารณากำหนดมาตรการที่มีผลให้วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายลำดับรองนั้นบรรลุผล ซึ่งเป็นการพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลแล้ว

(ค) คำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ฯ กับหลักความจำเป็น

มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ กำหนดมาตรการในการควบคุมการโฆษณาสินค้าไว้ 3 ประการ ได้แก่ (ก) กำหนดให้การโฆษณานั้นต้องกระทำไปพร้อมกับคำแนะนำหรือคำเตือนเกี่ยวกับวิธีใช้หรืออันตราย (ข) จำกัดการใช้สื่อโฆษณาสำหรับสินค้า และ (ค) ห้ามโฆษณาสินค้า ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาได้เลือกมาตรการห้ามโฆษณาสินค้า ตามมาตรา 24 (3) มากำหนดเป็นคำสั่งเพื่อห้ามมิให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิด ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการ

ประกอบกิจการและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของผู้ประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และ ผู้ประกอบธุรกิจการโฆษณา และในทางข้อเท็จจริงมาตรการดังกล่าวยังมีผลกระทบต่อผลประกอบการในธุรกิจเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ และผลประกอบการของธุรกิจโฆษณา กล่าวคือ ยอดขายเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์และมูลค่าการโฆษณาลดลงกว่าปีนี้มีจำนวนลดลง

ในการพิจารณาเลือกมาตรการดังกล่าวมากำหนดเป็นกฎหมายลำดับรอง สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาได้ให้เหตุผลว่า เนื่องจากมาตรการเดิมที่ใช้ควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นการกำหนดห้ามมิให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ในระหว่างเวลา 05.00 ถึง 22.00 นาฬิกา ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ เพราะยังมี การโฆษณาแฝงในรูปแบบต่าง ๆ ทำให้ไม่สามารถลดการบริโภคเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ได้ นอกจากนี้ มีผลการศึกษาขององค์การอนามัยโลกบ่งชี้ว่าการห้ามโฆษณาเหล้ามีผลต่อนักดื่มหน้าใหม่ โดยปริมาณการดื่มแอลกอฮอล์ในกลุ่มประเทศที่มีการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์น้อยกว่ากลุ่มประเทศที่ไม่มีการห้ามหรือจำกัดการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ อีกทั้งอัตราการตายจากอุบัติเหตุจราจรในกลุ่มประเทศที่มีการห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อยู่ในระดับต่ำกว่ากลุ่มประเทศที่ไม่มีการห้ามหรือจำกัดการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

ในกรณีนี้สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาได้พิจารณาแล้วว่ามาตรการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิดเป็นเพียงมาตรการเดียวที่จะทำให้อัตราการบริโภคที่กำหนดไว้เกิดผลสำเร็จอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด แม้การห้ามมิให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เฉพาะบางช่วงเวลาจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รวมถึงมีผลกระทบต่อผลประกอบการของผู้ประกอบการในธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และธุรกิจโฆษณาน้อยกว่าการห้ามมิให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิด แต่มาตรการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดประสิทธิผลที่ทัดเทียมกับการห้ามมิให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิด จึงเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีมาตรการอื่นใดที่ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ได้ เช่นเดียวกับการห้ามมิให้มีการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิด กรณีจึงไม่ต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่ามาตรการดังกล่าวเป็นเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการน้อยที่สุด สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา จึงได้พิจารณาออกคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ฯ ที่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นแล้ว

(ง) คำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ฯ กับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่าการห้ามมิให้โฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิดทำให้มูลค่าของผลประกอบการในธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีจำนวนลดลงและยังมีผลให้มูลค่าโฆษณาสินค้าประเภทนี้มีจำนวนลดลงอีกด้วย อย่างไรก็ตาม สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาได้ออกคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549ฯ โดยได้พิจารณาแล้วว่า มาตรการห้ามมิให้โฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิดจะส่งผลให้ผู้บริโภคลดการบริโภคเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ และจะมีผลต่อเนื่องไปถึงการลดผลกระทบจากปัญหาอันเกิดจากการบริโภคเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ เช่น ทำให้โรคต่าง ๆ มากกว่า 60 กลุ่มโรค ซึ่งเกิดจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีจำนวนลดลง และลดจำนวนการเกิดอุบัติเหตุทางจราจร อันเป็นสาเหตุการเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความพิการและการเสียชีวิต รวมทั้งสร้างความสูญเสียทางเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งผลเหล่านี้เป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนรวมหรือเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ และเมื่อเปรียบเทียบความเสียหายของผู้ประกอบการในธุรกิจโฆษณาและผู้ประกอบการในธุรกิจเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์กับผลประโยชน์ที่เกิดกับประชาชนโดยส่วนรวมแล้ว มาตรการนี้ก่อให้เกิดประโยชน์กับประชาชนโดยส่วนรวมในสัดส่วนที่มากกว่าความเสียหายของผู้ประกอบการดังกล่าว

ดังนั้น ในการนำมาตราการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ด้วยสื่อโฆษณาทุกชนิด มาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรอง สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาจึงได้ขังนำหน้ากระทรวง ผลกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมได้รับตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแล้ว

อนึ่ง หลังจากที่มีการประกาศใช้ประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2549 และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2549 แล้ว สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อขอหารือแนวทางการปฏิบัติและขอบเขตของคำสั่งฉบับดังกล่าว และคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ได้มีความเห็นปรากฏตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง คำสั่งห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ (เรื่องเสร็จที่ 590/2549) ความโดยสรุปว่า เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ถือเป็นอาหารตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติเรื่อง

การควบคุมฉลากสำหรับอาหารไว้โดยเฉพาะและมีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายอยู่แล้ว การกำหนดให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมแอลกอฮอล์เป็นสินค้าควบคุมฉลากตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จึงไม่อาจจะกระทำได้ เมื่อเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ไม่เป็นสินค้าควบคุมฉลาก กรณีจึงไม่เข้าเงื่อนไขของการออกคำสั่งห้ามมิให้โฆษณาสินค้าดังกล่าว ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น ประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากฯ และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ฯ จึงไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย

(2) การตรากฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการบังคับใช้ผังเมืองรวม

พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการวางและจัดทำผังเมืองและวิธีดำเนินการให้เป็นไปตามผังเมือง ซึ่งในเวลาจะใช้บังคับผังเมืองในท้องที่ใด จะต้องออกกฎหมายเฉพาะอีกฉบับหนึ่ง เช่น กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะทำการสำรวจเพื่อการวางและจัดทำผังเมืองรวมหรือผังเมืองเฉพาะ⁶⁵ ดังนั้น หากในท้องที่ใดที่องค์กรฝ่ายปกครองประสงค์จะจัดทำผังเมืองรวม องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการตรากฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามมาตรา 26⁶⁶ ของพระราชบัญญัติการผังเมืองฯ

ในการเสนอร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกามีมติให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีนำข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อ 38 (1)⁶⁷ ของ

⁶⁵ เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 2-3.

⁶⁶ มาตรา 26 การใช้บังคับผังเมืองรวมให้กระทำโดยกฎกระทรวง

กฎกระทรวงตามวรรคหนึ่งต้องมีรายการตามมาตรา 17 และให้ใช้บังคับได้ไม่เกินห้าปี

ฯลฯ

ฯลฯ

⁶⁷ ข้อ 38 ผังเมืองรวมตามกฎหมายกระทรวงนี้ มีนโยบายและมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(1) ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินที่ประสงค์จะใช้ที่ดิน เพื่อก่อสร้างอาคารหรือประกอบกิจการที่ต้องขออนุญาตหรือต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ให้แจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กรุงเทพมหานครกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

ร่างกฎกระทรวงดังกล่าว ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายว่าร่างข้อ 38 (1) ซึ่งกำหนดเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินต้องแจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินต่อพนักงานท้องถิ่น จะเป็นการดำเนินการเกินอำนาจตามมาตรา 17⁶⁸ (5) แห่งพระราชบัญญัติการผังเมืองฯหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นปรากฏตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินในร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ 393/2548) โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) เห็นว่าปัญหาข้อหาข้อนี้มีประเด็นต้องพิจารณาว่า ข้อกำหนดตามข้อ 38 (1) ของร่างกฎกระทรวงดังกล่าวถือเป็นมาตรการหรือวิธีการดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของผังเมืองรวมตามมาตรา 17 (5) แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 หรือไม่ และในการพิจารณาข้อหาดังกล่าวคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ ดังนี้

(ก) การกำหนดวัตถุประสงค์ของร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ.

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) ได้ตรวจสอบวัตถุประสงค์ของร่างข้อ 38 (1) จากคำชี้แจงของผู้แทนกรุงเทพมหานคร และมีความเห็นว่าร่างข้อ 38 (1) เป็นมาตรการบังคับให้ได้มาซึ่งข้อมูลการใช้ประโยชน์ที่ดินในที่ดินแต่ละประเภทภายในเขตผังเมืองรวม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้

⁶⁸ มาตรา 17 ผังเมืองรวมประกอบด้วย

- (1) วัตถุประสงค์ในการวางและจัดทำผังเมืองรวม
- (2) แผนที่แสดงเขตของผังเมืองรวม
- (3) แผนผังซึ่งทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือหลายฉบับพร้อมด้วยข้อกำหนด โดยมีสาระสำคัญทุกประการหรือบางประการ ดังต่อไปนี้

- (ก) แผนผังกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินตามที่ได้จำแนกประเภท
- (ข) แผนผังแสดงที่โล่ง
- (ค) แผนผังแสดงโครงการคมนาคมและขนส่ง
- (ง) แผนผังแสดงโครงการกิจการสาธารณูปโภค

(4) รายการประกอบแผนผัง

(5) นโยบาย มาตรการและวิธีการดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของผังเมืองรวม

การใช้ประโยชน์ที่ดินในกรุงเทพมหานครถูกต้องตามข้อกำหนดของผังเมืองรวมที่ได้วางไว้และบรรลุนิติบุคคลประสงค์ของผังเมืองรวมกรุงเทพมหานครที่กำหนดไว้ในร่างข้อ 5⁶⁹ ดังนั้น ข้อกำหนดตามร่างข้อ 38 (1) จึงเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนา และการดำรงรักษาเมือง

⁶⁹ ข้อ 5 การวางและจัดทำผังเมืองรวมกรุงเทพมหานครตามกฎหมายว่าด้วยผังเมืองรวมนี้ใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากรุงเทพมหานครเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของผังเมืองรวมในอนาคต 20 ปี โดยมีวัตถุประสงค์ ดังนี้

- (1) ส่งเสริมความเป็นเมืองน่าอยู่โดยการพัฒนาบริการทางสังคม สาธารณูปโภค และสาธารณูปการให้พอเพียงและได้มาตรฐาน เพื่อคุณภาพชีวิตที่ดีของประชาชน
- (2) ส่งเสริมการเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจในสาขาธุรกิจ การค้า และการบริการที่สำคัญของประเทศและภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้
- (3) ส่งเสริมการเป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยว และเป็นทางผ่านเข้าออกของประเทศ และภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้
- (4) ส่งเสริมการเป็นศูนย์กลางทางการบริหารการปกครอง และเป็นที่ตั้งของสถาบันที่สำคัญของประเทศและนานาชาติ
- (5) ส่งเสริมความสะดวกสบายในการคมนาคมขนส่ง โดยพัฒนาระบบขนส่งมวลชน และเชื่อมโยงโครงข่ายระบบคมนาคมขนส่งให้เกิดความสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น
- (6) ส่งเสริมการพัฒนา ปรับปรุงและฟื้นฟูย่านที่อยู่อาศัย และจัดให้มีศูนย์ชุมชนเพื่อให้บริการต่าง ๆ ที่จำเป็น
- (7) จัดระบบการขยายตัวของอุตสาหกรรมการผลิตที่ไม่มีความเสี่ยงต่ออุบัติเหตุและปราศจากมลพิษ และส่งเสริมให้เกิดอุตสาหกรรมผลิตที่ต้องใช้ทักษะแรงงานฝีมือและเทคโนโลยีขั้นสูง
- (8) อนุรักษ์และฟื้นฟูศิลปวัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อมที่มีคุณค่าทางศิลปวัฒนธรรม สถาปัตยกรรม ประวัติศาสตร์ และโบราณคดี เพื่อดำรงรักษาความเป็นเอกลักษณ์ของกรุงเทพมหานครและของชาติ
- (9) อนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ ที่คงคุณค่าความงดงาม บำรุงรักษา ฟื้นฟูคุณภาพสิ่งแวดล้อม และป้องกันปัญหาจากภัยธรรมชาติ
- (10) ดำรงรักษาพื้นที่เกษตรกรรมที่มีความอุดมสมบูรณ์ และยกระดับฐานะทางเศรษฐกิจและคุณภาพชีวิตของเกษตรกร

และบริเวณที่เกี่ยวข้องในด้านต่าง ๆ ที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการผังเมือง ตามมาตรา 4⁷⁰ แห่งพระราชบัญญัติการผังเมืองฯ

(ข) ร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. กับหลักความสัมฤทธิ์ผล

โดยที่ร่างข้อ 38 (1) กำหนดให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินที่ประสงค์จะใช้ที่ดินเพื่อก่อสร้างอาคารหรือประกอบกิจการที่ต้องขออนุญาตหรือต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ให้แจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินต่อพนักงานท้องถิ่น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) จึงเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นมาตรการที่ใช้เป็นแนวทางการพัฒนาและการดำรงรักษาเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องในด้านต่าง ๆ ที่บรรล่วัตถุประสงค์ของการผังเมืองตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติผังเมืองฯ และเป็นมาตรการเพื่อปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของผังเมืองรวมตามมาตรา 17 (5) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

(ค) ร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. กับหลักความจำเป็น

ในการตรากฎหมายลำดับรองที่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นนั้น องค์กที่ที่เกี่ยวข้องจะต้องพิจารณาว่ามาตรการตามกฎหมายลำดับรองเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ

⁷⁰ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“การผังเมือง” หมายความว่า การวาง จัดทำและดำเนินการให้เป็นไปตามผังเมืองรวมและผังเมืองเฉพาะในบริเวณเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบท เพื่อสร้างหรือพัฒนาเมืองหรือส่วนของเมืองขึ้นใหม่หรือแทนเมืองหรือส่วนของเมืองที่ได้รับความเสียหายเพื่อให้มี หรือทำให้ดียิ่งขึ้นซึ่ง殊ลักษณะความสะอาดสวยงาม ความเป็นระเบียบ ความสวยงาม การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน ความปลอดภัยของประชาชน และสวัสดิภาพของสังคมเพื่อส่งเสริมการเศรษฐกิจ สังคม และสภาพแวดล้อม เพื่อดำรงรักษาหรือบูรณะสถานที่และวัตถุที่มีประโยชน์หรือคุณค่าในทางศิลปกรรม สถาปัตยกรรม ประวัติศาสตร์ หรือโบราณคดี หรือเพื่อบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิประเทศที่งดงาม หรือมีคุณค่าในทางธรรมชาติ

“ผังเมืองรวม” หมายความว่า แผนผัง นโยบายและโครงการ รวมทั้งมาตรการควบคุมโดยทั่วไป เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนา และการดำรงรักษาเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบท ในด้านการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน การคมนาคมและการขนส่ง การสาธารณสุข ปลอดภัย บริการสาธารณะ และสภาพแวดล้อม เพื่อบรรล่วัตถุประสงค์ของการผังเมือง

เสรีภาพของบุคคลหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุดหรือไม่ หรือมีมาตรการใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลน้อยกว่ามาตรการดังกล่าวหรือไม่

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับข้อ 38 (1) ของร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) ไม่ได้นำหลักความจำเป็นมาวินิจฉัยว่าข้อ 38 (1) เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินน้อยที่สุดหรือไม่

(ง) ร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. กับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

แม้ในเบื้องต้นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) จะเห็นว่าข้อ 38 (1) เป็นมาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์ของการผังเมืองและการผังเมืองรวม แต่มีความเห็นในประเด็นต่อมาว่า หลักเกณฑ์และวิธีการแจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินต่อพนักงานท้องถิ่นจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนในกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. จะบัญญัติให้กรุงเทพมหานครไปออกข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการแจ้งดังกล่าวไม่ได้ เนื่องจากมาตรา 26 กำหนดให้การใช้บังคับผังเมืองรวมต้องกระทำโดยกฎกระทรวง โดยกฎกระทรวงดังกล่าวต้องมีรายการมาตรา 17 และมาตรา 17 (5) กำหนดให้ผังเมืองรวมประกอบด้วยนโยบาย มาตรการ และวิธีดำเนินการเพื่อปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของผังเมืองรวม ดังนั้น ข้อ 38 (1) ในส่วนที่กำหนดให้อำนาจอกรุงเทพมหานครกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการแจ้งจึงไม่อาจกระทำได้ และต้องกำหนดเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจนในกฎกระทรวง

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) มีข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อ 38 (1) ว่า การกำหนดให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินต้องแจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดิน ทั้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักและรองน่าจะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร เนื่องจากการใช้หรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักย่อมเป็นไปตามข้อกำหนดในร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. และสามารถใช้ประโยชน์ได้เต็มทั้งพื้นที่อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องแจ้งข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ แต่สำหรับการใช้หรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินรองหรือเพื่อกิจการอื่นนอกกรอบการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักนั้นได้มีการกำหนดไว้เป็นสัดส่วน จึงมีเหตุผลความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องต้องทราบถึงข้อมูลการใช้ประโยชน์ดังกล่าวว่าเกินสัดส่วนหรือไม่ ฉะนั้น ข้อกำหนดให้แจ้งตามข้อ 38 (1) จึงควรเป็นมาตรการบังคับสำหรับการใช้หรือการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการอื่นเท่านั้น